

**WAR WSP
DYNŃ ÓLN
SKI+ ICY•**

ROCZNIK 2013



**WAR WSP
DYN' ÓLN
SKI+ ICY.**

ROCZNIK 2013

Nakład:

700 egzemplarzy

Wydawca:

Wardyński i Wspólnicy sp.k.

Redakcja:

Beata Niemczuk, Justyna Zandberg-Malec

Produkcja:

Aleksandra Włodarczyk

Projekt graficzny:

Magda Wiśniewska i Bazyli Krasulak

Skład i druk:

Drukarnia Piotra Włodarskiego

© Copyright by Wardyński i Wspólnicy sp.k., 2013

Słowo wstępne

Na czym polega należyta staranność menedżera?
Janusz Tomczak

Wykonanie w Polsce wyroku sądu obcego
nie jest żadnym problemem
Monika Hartung

Wysokie obcasy a wypadek przy pracy
Agnieszka Lisiecka

Odpowiedzialność członków zarządu za praktyki
ograniczające konkurencję
Sabina Famirska

Firma spółki z o.o.
Jacek Bondarewski

Nabywanie nieruchomości przez cudzoziemców
– temat stale aktualny
Iwona Kasperek, Tomasz Zasacki

Międzynarodowa wymiana informacji w sprawach
podatkowych
Łukasz Pikus, Dariusz Wasylkowski

Ochrona informacji poufnych udostępnionych
w ramach badania prawnego
Anna Dąbrowska, Maciej Szewczyk

Naruszenie na wokandzie, tj. czy chronić
prawa własności intelektualnej przed polskim sądem
dr Monika Żuraw-Kurasiewicz, Włodzimierz Szoszek

Kilka słów o outsourcingu w Polsce
Danuta Pajewska

Czy spółka komandytowo-akcyjna trafi na giełdę?
Michał Nowacki, Marcin Pietkiewicz

Kłopoty z chargebackiem
Krzysztof Wojdyło

Co ma bank do repriwatyzacji?
Krzysztof Wiktor, Leszek Zatyka

Outsourcing pracowniczy
dr Szymon Kubiak

Natura 2000 i inne formy ochrony przyrody
a proces inwestycyjny i transakcje fuzji i przejęć
Bartosz Kuraś, Izabela Zielińska-Barłózek

5 Perspektywy wydobywania węglowodorów w Polsce
– spojrzenie prawnika
Veronika Pelc, Radosław Wasiak

7 Kiedy pozew przychodzi z Portugalii
Łukasz Lasek, Anna Pompe

10 Odpowiedzialność odszkodowawcza członka
zarządu w razie niezłożenia w terminie wniosku
o ogłoszenie upadłości spółki z o.o.
Michał Barłowski, Karol Czepukojć

13 Czy koncepcja *deemed collection* może być
atrakcyjnym rozwiązaniem dla nabywców
wierzytelności?
16 Krzysztof Wojdyło, Marcin Smolarek

19 Kilka sposobów na ekologów
Dominik Wałkowski, Izabela Zielińska-Barłózek

22 Ochrona ubezpieczeniowa w kontekście
odpowiedzialności karnej
Michał Steinhagen

25 Sprzedaż i kupno projektów OZE
Marek Dolatowski, Veronika Pelc

28 Czy spory korporacyjne można rozstrzygać
w drodze arbitrażu?
Paweł Mazur, Natalia Rutkowska

31 Jak skutecznie przeprowadzić restrukturyzację
zadłużenia poza upadłością?
Łukasz Szegda

O kancelarii 80

Szanowni Państwo,

To już trzecie wydanie Rocznika naszej kancelarii. Znów dzielimy się z Państwem przemyśleniami, które powstały na gruncie spraw prowadzonych dla naszych klientów polskich i zagranicznych.

Media zapowiadają, że czeka nas trudny rok, a w trudnych czasach, jak pisze jeden z naszych autorów, warto przypominać podstawowe reguły. Jedną z nich jest oczywiście zachowywanie stosownej ostrożności, by uniknąć zbędnych kłopotów. Chodzi też jednak o coś więcej: o powrót do wartości, o renesans uczciwości i rzetelności kupieckiej, która jest warunkiem wzajemnego zaufania między kontrahentami.

Coraz bardziej rozszerza się zakres indywidualnej odpowiedzialności menedżerów i członków zarządu – za nietrafione decyzje gospodarcze, za niezłożenie na czas wniosku o ogłoszenie upadłości, teraz także za praktyki ograniczające konkurencję. Jedynym wyjściem jest świadomość ryzyka i unikanie zachowań, które mogłyby skutkować taką odpowiedzialnością.

Przedsiębiorca musi także trzymać rękę na pulsie, nie ograniczając się do naszego, polskiego podwórka. Przystąpienie Polski do Unii Europejskiej było ogromną zmianą, z którą nie może się równać żadna inna w ostatnim dwudziestolecu. Poza ogromną szansą przyniosło ono jednak równie wielkie wyzwania, związane choćby z ryzykiem prowadzenia sporów przed obcym sądem, wedle zasad obcego prawa.

Ryzyka sporów nie sposób wyeliminować, ale warto pamiętać, że precyzyjne formułowanie umów, a także stosowanie się do niepisanych zasad wspomnianej już uczciwości i rzetelności, może znacznie je ograniczyć. Warto też pamiętać, że nie zawsze najlepszą metodą zakończenia sporu jest prowadzenie wieloletniego postępowania sądowego. Pomoc prawna nie polega tylko na tym.

Tomasz Wardyński

Na czym polega należyta staranność menedżera?

Janusz Tomczak

Większość profesjonalistów funkcjonujących w obrocie gospodarczym zdaje sobie sprawę, że ich działalność może być postrzegana przez pryzmat prawa karnego, a nietrafione decyzje gospodarcze mogą nieść za sobą ryzyko odpowiedzialności karnej. Poniżej przedstawiamy parę uwag o zasadach tej odpowiedzialności.

„Ryzyko gospodarcze” nie stanowi dostatecznego usprawiedliwienia dla nieprzemyślanych i nieprzygotowanych decyzji, a „nos” bądź „intuicja” nie mogą decydować o losie cudzego mienia.

Przepis, który daje podstawę do niniejszych rozważań (art. 296 Kodeksu karnego), odnosi się do osób, które:

- zajmują się sprawami majątkowymi lub działalnością gospodarczą organizacji lub osoby trzeciej;
- są do tego zobowiązane na podstawie umowy, ustawy lub decyzji właściwego organu;
- przez nadużycie powierzonych im uprawnień lub niedopełnienie obowiązków narażają na powstanie lub powodują powstanie znacznej szkody majątkowej w mieniu tej organizacji lub osoby.

Chodzić więc będzie nie tylko o menedżera wielkiego przedsiębiorstwa, ale również o szefów poszczególnych jego działów, o członków zarządów spółek, a także o członków rad nadzorczych, pełnomocników zajmujących się sprawami swoich mocodawców itp. Przepis ten jest bowiem na tyle ogólny, że może obejmować swoim zakresem mnóstwo różnorodnych sytuacji.

Każde z użytych we wspomnianym przepisie słów i sformułowań dorobiło się tomów poświęconej im literatury, na których kanwie zapadło wiele orzeczeń sądów różnych instancji. Niemniej w trudnych i niepewnych czasach warto powtarzać podstawowe reguły, które mogą zadecydować o uznaniu kogoś za winnego popełnienia wspomnianego przestępstwa, co w konsekwencji może zaważyć na karierze tej osoby, a także na losie powierzonego jej mienia i ludzi, którzy na nim pracują.



Co to znaczy „zajmowanie się cudzymi sprawami majątkowymi lub działalnością gospodarczą”?

Oczywiście nie chodzi tu o każdą czynność, która ma za przedmiot składnik cudzego majątku. Chodzi tylko o takie czynności, które związane są z kompetencjami władczymi i samodzielnością decyzyjną.

Ważniejsze jest jednak stwierdzenie, że osobą, która zajmuje się cudzymi sprawami majątkowymi, jest jedynie ten, kto z jednej strony jest zobowiązany i uprawniony do zachowania w stanie nie pogorszonego powierzonego mu mienia, z drugiej zaś ma prawo i obowiązek działać tak, aby powierzony mu majątek pomnażać, zmierzając do powiększenia jego wartości. W często cytowanym postanowieniu z 27 kwietnia 2001 r. (sygn. akt I KZP 7/01) Sąd Najwyższy stwierdził w sposób jednoznaczny, że ten, „kto ma jedynie obowiązki w zakresie dbałości o to, aby stan mienia powierzonego nie uległ pogorszeniu, nie może być uważany za zajmującego się cudzymi sprawami majątkowymi”.

Pojęcie „działalności gospodarczej” zasadniczo nie budzi w praktyce kontrowersji. Chociaż znajduje swoją definicję w systemie prawa, to jego potoczne rozumienie jako działalności zarobkowej, wykonywanej w sposób ciągły, zorganizowany i zawodowy, jest jak najbardziej prawidłowe.

Na czym polega nadużycie uprawnień lub niedopełnienie obowiązków?

O ile czynność polegająca na „niedopełnieniu obowiązków” teoretycznie jest stosunkowo łatwa do zdefiniowania (wystarczy porównać zakres obowiązków z rzeczywistym ich wykonaniem), o tyle czasem trudno określić, na czym polega „nadużycie uprawnień”. Mogą to być m.in. działania, które wprawdzie leżą w zakresie kompetencji sprawcy, lecz kłócą się z powierzonymi mu do realizacji zadaniami, stanowiąc wypaczenie jego zadań.

To, co w praktyce budzi kontrowersje i niejednokrotnie stanowi problem w toku postępowania dowodowego, to ustalenie zakresu uprawnień i obowiązków konkretnej osoby.

Niekiedy bowiem ów zakres nie wynika z dokumentów – umowy, zakresu obowiązków czy też wspomnianej decyzji właściwego organu – ale poszukiwać go należy w zasadach prawidłowego gospodarowania, normach zawodowych, charakterze pełnionej funkcji czy zwyczajach/normach obowiązujących w danej branży.

Właśnie w tych systemach norm należy poszukiwać wzorców prawidłowego zachowania, powinności i obowiązku w konkretnej sytuacji. Te niepisane zasady, istniejące poza systemem norm powszechnie

obowiązujących, stają się czasem przedmiotem dowodzenia w postępowaniu sądowym, gdzie konieczne jest właśnie ustalenie, jak potencjalny sprawca przestępstwa powinien się być zachować w konkretnej sytuacji gospodarczej.

Pomocnym, dodatkowym kryterium oceny postępowania sprawcy jest pochodzący z systemu prawa cywilnego wzorzec „racjonalnego” bądź „dobrego gospodarza” czy też „sumiennego kupca”. Kodeks spółek handlowych w art. 293 § 2 stanowi, że „Członek zarządu, rady nadzorczej, komisji rewizyjnej oraz likwidator powinien przy wykonywaniu swoich obowiązków dążyć staranności wynikającej z zawodowego charakteru swojej działalności”.

Właśnie zasady profesjonalizmu i zawodowy charakter działalności będą odgrywały olbrzymią rolę przy ocenie rzetelności postępowania.

Owa rzetelność i profesjonalizm, opieranie swoich decyzji na racjonalnych, weryfikowalnych przesłankach mogą, w razie niepowodzeń podejmowanych działań gospodarczych, uchronić menedżera przed odpowiedzialnością, gdyż są przejawem niezbędnej troski o zminimalizowanie ryzyka gospodarczego towarzyszącego każdej decyzji pozostającej w sferze obrotu.

Warto w tym kontekście przywołać wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 29 listopada 2006 r. (sygn. akt II AKa 96/06), w którym sąd zwrócił uwagę na proces decyzyjny poprzedzający błędną decyzję, niosącą za sobą poważne konsekwencje finansowe. Sąd wskazał, że oskarżony, menedżer dużej instytucji, zanim podjął brzemienne w skutkach decyzję, konsultował ją z kompetentnymi osobami i zasięgał porad doradców zewnętrznych, które wprawdzie okazały się nietrafione, niemniej jego postępowaniu w takiej sytuacji trudno zarzucić błędy.

Powyższy obraz należy uzupełnić o informację, że termin „znaczna szkoda majątkowa”, którym posługuje się Kodeks karny, również ma zdefiniowaną treść: jako znaczne oceniane są szkody o wartości przekraczającej 200 000 złotych.

Oznacza to, że w większych podmiotach gospodarczych praktycznie każda istotniejsza decyzja gospodarcza niosąca za sobą skutki finansowe będzie mogła być rozpatrywana w kategoriach przestępstwa z art. 296 k.k.

Każda osoba zajmująca się zawodowo zarządzaniem i nadzorem w spółkach prawa handlowego musi też pamiętać, że skazanie prawomocnym wyrokiem za przestępstwa gospodarcze (w szerokim rozumieniu) skutkuje automatycznym zakazem pełnienia funkcji członka zarządu, rady nadzorczej itp.

Odpowiadając zatem na pytanie postawione w tytule niniejszego tekstu, można stwierdzić, że należyta staranność menedżera polegać będzie na racjonalnym gospodarowaniu, zgodnie z praktyką zawodową przyjętą w danej branży i środowisku, w zakresie powierzonych zadań, kompetencji i obowiązków.

Narzędziem pomocnym w osiągnięciu tych celów będzie stworzenie w ramach zarządzanego przedsiębiorstwa mechanizmów kontrolnych, służących wczesnemu wykrywaniu nieprawidłowości i diagnozowaniu problemów. Nie może być to system funkcjonujący wyłącznie na papierze. Musi to być efektywna struktura zapewniająca dobry przepływ informacji pomiędzy poszczególnymi poziomami zarządzania. Dostrzegalna jest rosnąca rola pionów audytu wewnętrznego oraz *compliance* w organizacji przedsiębiorstw.

Ich sprawne funkcjonowanie minimalizuje ryzyko nadużyć, odpowiedzialności poszczególnych osób, wreszcie odpowiedzialności samego podmiotu, która może być pochodną czynów, których dopuścili się osoby działające w jego imieniu lub pod jego nadzorem.

Oczywiste jest przy tym, że najlepsza organizacja nie zwalnia osób, którym powierzono cudze mienie, od stałego podnoszenia swej wiedzy oraz gromadzenia doświadczeń. Osoba taka musi mieć świadomość stale zmieniających się warunków gospodarczych oraz stale podnosić swoje kwalifikacje, tak by nie zawieść zaufania mocodawcy.

Powierzenie zajmowania się cudzymi sprawami majątkowymi opiera się bowiem przede wszystkim na zaufaniu i nie bez powodu przestępstwo z art. 296 Kodeksu karnego nazywane jest przestępstwem nadużycia zaufania.

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

Wykonanie w Polsce wyroku sądu obcego nie jest żadnym problemem

Monika Hartung

Rozmowa z Moniką Hartung o tym, jakiemu prawu warto poddać umowę z przedsiębiorcą zagranicznym i jaki sąd będzie rozpoznawał ewentualny spór wynikający z takiej umowy.



Polski przedsiębiorca zawiera umowę z przedsiębiorcą niemieckim. Jakiemu prawu będzie poddana ta umowa?

Monika Hartung: Zaczniemy od tego, że zgodnie z art. 3 tzw. konwencji Rzym I, czyli rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 593/2008 w sprawie prawa właściwego dla zobowiązań umownych, strony mogą same wybrać prawo, któremu chcą poddać umowę. Poprzednia wersja ustawy Prawo prywatne międzynarodowe wymagała istnienia tzw. łącznika, np. w postaci obywatelstwa czy miejsca zamieszkania. Obecnie takiego wymogu nie ma, więc można poddać umowę dowolnie wybranemu prawu.

Dopiero jeśli strony nie dokonają takiego wyboru, kwestię prawa właściwego rozstrzygają stosowne regulacje prawne – inne w przypadku umowy zawartej z innym przedsiębiorcą unijnym, a inne w przypadku umowy zawartej z przedsiębiorcą spoza Unii.

Jeśli polski przedsiębiorca zawrze umowę z przedsiębiorcą spoza Unii i nie dokona wyboru prawa, a spór będzie rozstrzygał sąd polski, to wchodzimy na grunt polskiego Prawa prywatnego międzynarodowego. Sądy rozstrzygające spór przyjmują bowiem tzw. przepisy kolizyjne państwa *fori*, czyli państwa sądu rozpoznającego sprawę. Natomiast rozpoznając spór między dwoma przedsiębiorcami unijnymi sąd polski określa prawo właściwe na podstawie konwencji Rzym I (dla zobowiązań umownych) i Rzym II (dla zobowiązań pozaumownych).

Art. 4 rozporządzenia Rzym I zawiera generalną regulację odnośnie do sytuacji, w której strony nie dokonały wyboru prawa. Otóż w przypadku umów sprzedaży towaru prawem właściwym będzie co do zasady prawo tego państwa, w którym sprzedawca ma miejsce zwykłego pobytu.

Ale tak naprawdę kwestia prawa właściwego jest pochodną ustalenia jurysdykcji.

Jak w takim razie ustala się jurysdykcję?

Podstawowym aktem prawnym w sprawach pomiędzy przedsiębiorcami unijnymi jest rozporządzenie Rady (WE) nr 44/2001 w sprawie jurysdykcji i uznawania orzeczeń sądowych oraz ich wykonywania w sprawach cywilnych i handlowych. Określa ono zasady istnienia jurysdykcji, czyli prawa sądu do rozpoznania określonej sprawy. Dla naszej rozmowy o umowach istotny jest art. 5, który stanowi, że osoba mająca miejsce zamieszkania na terytorium państwa członkowskiego może być pozwana w innym państwie członkowskim.

Jeżeli przedmiotem postępowania jest umowa lub roszczenie wynikające z umowy, sądem właściwym jest sąd miejsca, w którym zobowiązanie zostało wykonane albo miało być wykonane. Przez miejsce wykonania zobowiązania w przypadku sprzedaży rzeczy ruchomych rozumie się państwo, w którym rzeczy te zgodnie z umową zostały dostarczone albo miały być dostarczone, a w przypadku świadczenia usług – miejsce w państwie członkowskim, w którym usługi zgodnie z tą umową były świadczone albo miały być świadczone.

Ten przepis jest bardzo często stosowany przed sąd polski, zazwyczaj z inicjatywy pełnomocnika pozwanego zagranicznego przedsiębiorcy. W przypadku braku jurysdykcji sąd polski jest obowiązany odrzucić pozew. Wielokrotnie prowadziliśmy sprawy, w których sądy polskie odrzucały pozwy z uwagi na brak jurysdykcji w świetle art. 5 rozporządzenia 44/2001.

A gdyby sąd rozpoznał jednak sprawę mimo braku jurysdykcji?

Takie postępowanie byłoby dotknięte nieważnością. Dlatego z perspektywy strategii prowadzenia sporu wniosek o odrzucenie pozwu jest pierwszoplanowy. Nie można bowiem dopuścić do przeprowadzenia sporu i narażać klienta na koszty, jeśli na końcu ma się okazać, że nie było jurysdykcji, a w konsekwencji mamy nieważność postępowania i trzeba zaczynać od początku przed innym sądem.

W jednej z naszych spraw przedsiębiorca polski pozwał pięć podmiotów: osobę fizyczną, zamieszkałą w Czechach, oraz spółkę czeską, węgierską, słowacką i polską. Ostatecznie proces przed polskim sądem będzie się toczył wyłącznie przeciwko polskiej spółce. W stosunku do spółki czeskiej, węgierskiej i słowackiej sąd pozew odrzucił, gdyż do wniosku o odrzucenie pozwu zostały załączone m.in. listy przewozowe, z których wynikało, że towary miały być dostarczone odpowiednio na Słowację, do Czech i na Węgry. Czyli w tych krajach znajdowało się miejsce wykonania zobowiązania. Z tego względu, zgodnie z art. 5 rozporządzenia 44/2001, sąd uznał brak swojej

jurysdykcji w tej sprawie. Powód nadal może dochodzić swoich roszczeń wobec trzech wspomnianych spółek, ale już przed właściwymi sądami w Czechach, na Słowacji i na Węgrzech.

To jest chyba dość kłopotliwe dla polskich przedsiębiorców, jeżeli muszą prowadzić sprawy za granicą.

To może być kłopotliwe, ale z drugiej strony, jeśli polski przedsiębiorca zostanie pozwany np. przed sąd węgierski, a umowa była wykonywana w Polsce, to również on ma prawo złożyć wniosek o odrzucenie pozwu i pozew zostanie odrzucony z powodu braku jurysdykcji.

Kiedy już ustalimy jurysdykcję konkretnego sądu, to ten sąd, stosując obowiązujące go przepisy, ustala prawo właściwe. Tu trzeba pamiętać, że każdy sąd na terenie Unii jest jednocześnie i sądem krajowym, i sądem unijnym. W związku z tym sąd, ustalając prawo właściwe, stosuje i przepisy krajowe, i unijne. W przypadku przedsiębiorców unijnych kieruje się konwencją Rzym I, zgodnie z zasadą prymatu prawa wspólnotowego nad krajowym porządkiem prawnym.

Należy tu jeszcze powiedzieć, że wszystkie sądy unijne, w tym polskie, są w stanie orzekać na podstawie prawa obcego. Sąd polski może więc orzekać na podstawie prawa czeskiego, a czeski – na podstawie prawa polskiego. To oczywiście wydłuża postępowanie, ponieważ sąd musi sięgać do treści prawa obcego, zaznajomić się z tym prawem i wydać wyrok na podstawie obcego prawa materialnego. Z perspektywy polskiej mogę powiedzieć, że zastosowanie niewłaściwego prawa materialnego skutkuje oczywiście uchynieniem wyroku.

Czy zdarza się, że umawiające się strony poddają umowę prawu państwa trzeciego, np. Luksemburga?

Z mojego doświadczenia wynika, że najczęściej zdarza się to w przypadku zapisu na arbitraż. Najprościej jest jednak, jeżeli jurysdykcja i prawo właściwe są zgodne, czyli jeśli sąd polski orzeka według prawa polskiego. Takie postępowanie jest najsprawniejsze. W związku z tym, jeżeli sądem właściwym ma być sąd powszechny, warto w umowie dokonać wyboru i tego sądu, i kompatybilnego prawa właściwego. Na podstawie zobowiązań umownych łatwo jest przecież przewidzieć jurysdykcję i poddać umowę temu samemu prawu, które wynika z jurysdykcji.

Oczywiście jeśli mamy przedsiębiorców z różnych krajów, każdy z nich w imię ochrony własnego interesu będzie dążył do sądzenia się przed własnym sądem, według znanych mu dobrze, czyli „własnych” regul

prawnych. Wtedy takim wentylem bezpieczeństwa jest niedokonywanie wyboru prawa.

Z kolei w arbitrażu strony często poszukują prawa ze wspólnego źródła. Czyli np. przedsiębiorca polski i przedsiębiorca austriacki poddają umowę prawu niemieckiemu. Są to systemy oczywiście nietożsame, ale jednak oparte o wspólne źródło. Jest to chyba najlepsze rozwiązanie w sytuacji, gdy nie możemy się porozumieć co do prawa kraju jednej ze stron.

Tu jeszcze jedna uwaga: jeśli z negocjacji wynika, że nie możemy się porozumieć co do właściwości prawa polskiego w sprawie, to rekomendując klientowi wybór innego prawa musimy zaznaczyć, że niezbędne będzie zwrócenie się o opinię do prawników z tego kraju, którego prawo ma być stosowane. Polski adwokat ani radca prawny, który nie jest jednocześnie przykładowo adwokatem niemieckim, nie ma bowiem prawa wyrażać opinii o prawie obcym.

A jak jest z dochodzeniem roszczeń przed sądami zagranicznymi?

To będzie lustrzane odbicie tego, o czym mówiliśmy wcześniej. Oczywiście bardzo różne są koszty prowadzenia takich sporów. Mówię tu i o kosztach sądowych, i o kosztach zastępstwa procesowego, i o kosztach opinii biegłego. Wprawdzie my w Polsce, jeśli chodzi o sprawy do wartości przedmiotu sporu 2 milionów złotych, mamy jedne z wyższych kosztów sądowych w Europie. Dopiero później opłata sądowa zatrzymuje się na poziomie 100 tysięcy złotych, niezależnie od wartości sporu. Mimo to koszty sporu w Polsce są niższe niż np. w Wielkiej Brytanii. To jest istotna okoliczność, która ogranicza przedsiębiorcom polskim dostęp do wymiaru sprawiedliwości za granicą.

Warto jednak pamiętać, że w każdym przypadku dysponujemy pełną paletą środków zabezpieczających. Nawet jeżeli mamy jurysdykcję sądu obcego, możemy zabezpieczyć roszczenie przed sądem polskim, a następnie wnieść powództwo przed sąd obcy. Wprawdzie w literaturze już podnoszą się głosy, że właściwie jurysdykcja jest wymagana również dla postępowania zabezpieczającego, ale ja się z tym nie zgadzam. To by powodowało, że mając jurysdykcję sądu brytyjskiego, musielibyśmy uzyskać zabezpieczenie w Wielkiej Brytanii, a następnie stwierdzać jego wykonalność w Polsce. To by się miało z celem postępowania zabezpieczającego.

Jak potem wykonuje się w Polsce wyrok sądu zagranicznego?

To nie jest żadnym problemem. Miałam np. taką sprawę – wprawdzie dotyczyło to arbitrażu – gdy przedsiębiorca polski miał w umowie zawartej z brytyjskim dostawcą zapis na arbitraż. Ponieważ z jakichś przyczyn nie zapłacił, został pozwany przed sąd arbitrażowy w Wielkiej Brytanii. Z uwagi na koszty, ale również z powodu niewłaściwej porady prawnej, nie wdał się w spór, a gdy został wydany wyrok, nie wystąpił o uchylenie tego wyroku w Wielkiej Brytanii. W efekcie strona brytyjska wygzekwowała pieniądze od przedsiębiorcy polskiego. Prawnik doradzał mu bowiem, żeby nie wdawać się w spór, bo przecież nie wykonają tego wyroku w Polsce. A to nieprawda, bo w Polsce bez przeszkód wykonuje się wyroki sądów unijnych.

Oczywiście wymaga to stwierdzenia wykonalności takiego wyroku, ale tutaj znowu mamy uproszczenie wynikające z przepisów unijnych, a konkretnie z rozporządzenia 44/2001. Takie stwierdzenie wykonalności w I instancji przebiega bez udziału drugiej strony, która w efekcie dowiaduje się o fakcie, gdy wyrok jest już wykonalny. Wtedy ta druga strona musi podjąć czynności zmierzające do wstrzymania wykonania tego wyroku i złożenia zażalenia, które też jest rozpoznawane na posiedzeniu niejawnym.

Procedura uzyskania wykonalności jest znacznie uproszczona, bo sąd polski nie ma prawa wkraczać w rozstrzygnięcie sądu obcego. Analogicznie uproszczona procedura jest też w sytuacji odwrotnej, jeśli to przedsiębiorca polski uzyskał wyrok przeciwko brytyjskiemu kontrahentowi. Wówczas stwierdza jego wykonalność w Wielkiej Brytanii i tam ten wyrok wykonuje. Oczywiście koszty znowu są odmienne, ponieważ w Polsce procedura uzyskania wykonalności jest względnie tania.

To samo dotyczy zresztą wyroków sądów arbitrażowych, z tym że jeśli wyrok zapadł przed sądem arbitrażowym w Polsce, to taki wyrok podlega stwierdzeniu wykonalności na posiedzeniu niejawnym, natomiast wykonalność wyroku „obcego” sądu arbitrażowego stwierdza się po przeprowadzeniu rozprawy.

Należy więc pamiętać, że trzeba walczyć o swoje na poziomie sporu, a nie liczyć na wygraną na etapie postępowania o stwierdzenie wykonalności.

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

Wysokie obcasy a wypadek przy pracy

Agnieszka Lisiecka

O upadek na obcasach nietrudno. Wysoki obcas częściej niż płaski może być źródłem kłopotów, i to nie tylko dla właścicielki. Kłopoty może mieć również pracodawca, jeśli tak ubrana pracownica nieszczęśliwie przewróci się w pracy i dozna urazu. Takie zdarzenie z reguły będzie kwalifikowane jako wypadek przy pracy, co dla pracodawcy oznacza określone obowiązki, a nawet odpowiedzialność odszkodowawczą. Ostateczna ocena w tym zakresie zależeć będzie od okoliczności danego przypadku.

Kwalifikacja wypadku jako wypadku przy pracy

Ustawa o ubezpieczeniu społecznym z tytułu wypadków przy pracy i chorób zawodowych (potocznie zwana ustawą wypadkową) za wypadek przy pracy uznaje zdarzenie nagłe, wywołane przyczyną zewnętrzną, powodujące uraz lub śmierć, które nastąpiło w związku z pracą. Aby zdarzenie zostało uznane za wypadek przy pracy, wszystkie te przesłanki muszą być spełnione łącznie.

Co istotne, ustawa bardzo szeroko definiuje związek z pracą. Może on mieć charakter funkcjonalny, czasowy lub miejscowy. Wypadkiem będzie nie tylko zdarzenie, które nastąpiło podczas wykonywania lub w związku z wykonywaniem przez pracownika zwykłych czynności lub poleceń przełożonych. Tak kwalifikowane zdarzenie może nastąpić także w trakcie wykonywania czynności na rzecz pracodawcy bez polecenia, jak też w czasie pozostawania pracownika w dyspozycji pracodawcy w drodze między siedzibą pracodawcy a miejscem wykonywania obowiązku wynikającego ze stosunku pracy.

Równie szeroko interpretuje się przyczynę zewnętrzną. Co do zasady za przyczynę zewnętrzną uznaje się każdy czynnik pochodzący spoza organizmu człowieka, który przyczynił się do powstania zdarzenia. Może to być zarówno potknięcie się na podłodze niespełniającej wymogów BHP (np. niestabilnej, nierównej, śliskiej), jak i nieskoordynowane ruchy pracownika, powodujące jego upadek nawet na gładkiej powierzchni. W zasadzie nie ma tu znaczenia, jakie obuwie pracownik nosił w chwili wypadku.



Do wypadku w pracy nie dojdzie natomiast, jeśli upadek został spowodowany wyłącznie schorzeniem wewnętrznym pracownika, np. skłonnością do omdleń lub zakłóceń równowagi (wyrok SN z 16 czerwca 1980 r., sygn. III PR 33/80). Zabraknie tutaj bowiem przyczyny zewnętrznej, od której wystąpienia zależy kwalifikacja zdarzenia jako wypadku przy pracy.

Jeśli jednak czynnik wewnętrzny i zewnętrzny zadziałają równolegle (tj. pracownik z zakłóceniami równowagi w wysokich obcasach przewróci się na nierównej powierzchni), przesądzi to o istnieniu przyczyny zewnętrznej w rozumieniu ustawy wypadkowej, jeśli zostanie wykazane, że bez czynnika zewnętrznego nie doszłoby do szkodliwego skutku. Takie szerokie rozumienie przyczyny zewnętrznej potwierdza dotychczasowe orzecznictwo Sądu Najwyższego (wyrok SN z 27 kwietnia 2009 r., sygn. IUK 336/08).

Świadczenia z ubezpieczenia społecznego

Kwalifikacji zdarzenia jako wypadku przy pracy dokonuje powołany przez pracodawcę zespół powypadkowy. Zatwierdzony przez pracodawcę protokół stwierdzający wypadek przy pracy jest podstawą prawną uzyskania przez pracownika świadczeń z ubezpieczenia społecznego z tytułu wypadku przy pracy (m.in. zasiłku chorobowego, świadczenia rehabilitacyjnego, zasiłku wyrównawczego, jednorazowego odszkodowania, renty lub renty szkoleniowej). Rodzaj i wysokość należnych świadczeń zależą będzie od okoliczności danego stanu faktycznego.

Świadczenia z ubezpieczenia wypadkowego nie będą jednak przysługiwać, gdy wyłączną przyczyną wypadków było udowodnione naruszenie przez ubezpieczonego przepisów dotyczących ochrony życia i zdrowia, spowodowane przez niego umyślnie lub wskutek rażącego niedbalstwa. Pracownik nie otrzyma też świadczeń, jeśli to on sam, będąc w stanie nietrzeźwości lub pod wpływem środków odurzających lub substancji psychotropowych, przyczynił się w znacznym stopniu do spowodowania wypadku.

Odpowiedzialność pracodawcy

Jeśli otrzymane z ZUS świadczenia nie pokryją w pełni poniesionej przez pracownika szkody, co do zasady będzie on mógł dochodzić odszkodowania uzupełniającego od pracodawcy. Kwalifikacja zdarzenia jako wypadku przy pracy nie przesądza jednak automatycznie o odpowiedzialności odszkodowawczej pracodawcy. Aby pracownik mógł dochodzić odszkodowania od pracodawcy, musi wykazać przesłanki odpowiedzialności cywilnoprawnej pracodawcy. To na pracowniku ciąży w tym zakresie ciężar dowodu.

Przepisy prawa przewidują dwa reżimy odpowiedzialności – na zasadzie winy lub na zasadzie ryzyka. Odpowiedzialność na zasadzie winy jest odpowiedzialnością za zawinione i bezprawne działania lub zaniechania pracodawcy, z których szkoda wynika. Taką odpowiedzialność uzasadniać będzie nie dopełnienie przez pracodawcę obowiązków w zakresie BHP. Jeśli jednak pracodawca dopełnił wszelkich ciążących na nim obowiązków, nie będzie mu można przypisać winy, co uwolni go od odpowiedzialności odszkodowawczej. Inaczej sprawa ma się w przypadku odpowiedzialności na zasadzie ryzyka.

Zasada ryzyka jest surowszym reżimem odpowiedzialności, niezależnym od winy, gdzie sam fakt wyrządzenia szkody przesądza w zasadzie o obowiązku jej naprawienia. Ten reżim odpowiedzialności został przewidziany dla prowadzących na własny rachunek przedsiębiorstwo lub zakład wprawiany w ruch za pomocą sił przyrody, np. pary, gazu, elektryczności (m.in. kopalnie, przedsiębiorstwa kolejowe, energetyczne, produkcyjne), z uwagi na większe zagrożenie dla życia i zdrowia, jakie z zasady powodują. Aby przypisać pracodawcy odpowiedzialność w tym reżimie, szkoda nie musi pozostawać w jakimkolwiek bezpośrednim związku przyczynowym z siłami przyrody (czyli nie musi np. być spowodowana przez maszynę). Wystarczy, żeby pozostawała w związku z ruchem przedsiębiorstwa jako całości. Nie ma też znaczenia okoliczność, że pracodawca wypełnił wszystkie ciążące na nim obowiązki w zakresie BHP. Pracodawca będzie mógł uwolnić się od odpowiedzialności tylko jeśli wykaze, że szkoda nastąpiła na skutek działania siły wyższej albo wyłącznie z winy poszkodowanego (rozumianej jako wyłączna przyczyna wypadku) lub osoby trzeciej, za którą nie ponosi odpowiedzialności.

W praktyce wykazanie przez pracodawcę tych okoliczności może być trudne, ponieważ przypadki działania siły wyższej należą do rzadkości, a sam wypadek jest najczęściej splotem wielu przyczyn, co w praktyce niemal uniemożliwia przypisanie winy (przyczyny) wyłącznie pracownikowi lub takiej osobie trzeciej. Dodatkową trudnością jest bardzo wąski katalog osób, za które pracodawca nie ponosi odpowiedzialności. Taką osobą trzecią nie będzie inny pracownik, współpracownik czy kontrahent – osoby te bowiem uznaje się za włączone w ruch przedsiębiorstwa, za które pracodawca ponosi odpowiedzialność.

Niezależnie od reżimu odpowiedzialności wysokie obcasy mogą jednak wpłynąć na wysokość zasądanego odszkodowania w ramach tzw. miarkowania. Miarkowanie to zmniejszanie odszkodowania

w stosunku do stopnia przyczynienia się samego poszkodowanego. Dotyczyć to będzie zwłaszcza tych sytuacji, gdy pracownik nie zachowuje wymaganej ostrożności, np. zakłada buty na zbyt wysokich obcasach lub mimo ostrzeżeń pracodawcy.

Roszczenia przysługujące pracownikowi

Jeśli pracownik udowodni przesłanki odpowiedzialności pracodawcy, przysługuje mu szereg roszczeń. Pracownik może dochodzić odszkodowania obejmującego wszelkie koszty poniesione przez niego z powodu wypadku, w tym koszty leczenia, koszty opieki sprawowanej przez osoby trzecie, koszty odwiedzin przez osoby najbliższe oraz koszty przygotowania do innego zawodu, jeśli pracownik stał się inwalidą. Koszty te muszą być uzasadnione, celowe i udokumentowane przez pracownika. Jeżeli poszkodowany utracił całkowicie lub częściowo zdolność do pracy zarobkowej albo jeżeli zwiększyły się jego potrzeby lub zmniejszyły widoki powodzenia na przyszłość, może on żądać odpowiedniej renty lub jednorazowego odszkodowania. Dotyczy to w szczególności przypadku, gdy poszkodowany stał się inwalidą, a przyznanie jednorazowego odszkodowania ułatwi mu wykonywanie nowego zawodu. Wreszcie pracownik może dochodzić zadośćuczynienia pieniężnego za doznaną krzywdę, a więc za doznane w wyniku wypadku cierpienia fizyczne i psychiczne.

Jak się zabezpieczać przed wypadkami przy pracy?

W praktyce wypadek przy pracy wiąże się przede wszystkim z pytaniem o stan bezpieczeństwa

i higieny pracy w zakładzie pracy. Praktycznie każde niedopełnienie lub naruszenie przez pracodawcę obowiązków w zakresie BHP realnie stwarza zagrożenie wypadkowe. Warunkiem *sine qua non* jest zatem bezwzględne przestrzeganie wymogów w zakresie BHP.

Jak wynika ze statystyki wypadkowości GUS, najczęstszą przyczyną wypadków w Polsce w pierwszym półroczu 2012 roku było nieprawidłowe zachowanie się pracownika. Warto zatem położyć nacisk na podnoszenie kultury bezpieczeństwa wśród samych pracowników. Starania pracodawcy w zakresie przestrzegania przepisów BHP mogą okazać się nieskuteczne, jeśli sami pracownicy będą lekceważyć zagrożenia i ryzyka występujące w ich codziennej pracy. Podniesienie kultury bezpieczeństwa może okazać się skutecznym narzędziem zmniejszenia liczby wypadków.

Warto również ubezpieczyć się od odpowiedzialności cywilnej. Takie ubezpieczenie, obejmujące wypadki przy pracy i wynikające stąd roszczenia, może istotnie odciążyć pracodawcę finansowo oraz zapewnić pracownikowi szybkie naprawienie poniesionej szkody. Ważne jest, aby warunki ubezpieczenia obejmowały wszelkie możliwe rodzaje roszczeń, jakie mogą potencjalnie przysługiwać pracownikowi, w tym przede wszystkim zadośćuczynienie oraz rentę, których kwoty mogą być relatywnie wysokie w stosunku do innych dochodzonych przez pracownika roszczeń.

Agnieszka Lisiecka, adwokat, jest współnikiem kierującym Zespołem Prawa Pracy

Odpowiedzialność członków zarządu za praktyki ograniczające konkurencję

Sabina Famirska

Obowiązujące od ponad 20 lat przepisy antymonopolowe sankcjonowały praktyki ograniczające konkurencję karami pieniężnymi nakładanymi jedynie na przedsiębiorców. Planowana nowelizacja ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów ma zmienić ten stan rzeczy.



Opublikowany 18 grudnia 2012 roku projekt nowelizacji ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów przewiduje wprowadzenie odpowiedzialności osób fizycznych za dopuszczenie do naruszenia przez przedsiębiorcę zakazu praktyk ograniczających konkurencję.

Podobne uregulowania funkcjonują w wielu innych krajach europejskich, przewidując bądź administracyjnoprawną odpowiedzialność finansową osób fizycznych (m.in. Niemcy, Hiszpania, Holandia), bądź sankcje o charakterze karnym (m.in. Wielka Brytania, Francja, Grecja, Irlandia, Słowacja). W niektórych jurysdykcjach naruszenie przepisów antymonopolowych wiąże się z dalej idącymi sankcjami, takimi jak zakaz pełnienia funkcji kierowniczych przez określony czas (Słowenia, Litwa, Łotwa).

Planowane zmiany polskiej ustawy antymonopolowej zakładają odpowiedzialność osób, które pełniąc funkcję kierowniczą lub wchodząc w skład organu zarządzającego przedsiębiorcy, w ramach sprawowania swojej funkcji, poprzez swoje działanie lub zaniechanie, w tym również niedopełnienie obowiązków w zakresie nadzoru, dopuścili – choćby nieumyślnie – do naruszenia przez przedsiębiorcę zakazu porozumień ograniczających konkurencję, określonych w art. 6 ust. 1 pkt 1-6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów lub przepisów art. 101 ust. 1 pkt a-e TFUE.

Proponowana regulacja przewiduje zamknięty katalog naruszeń, za które może ponosić odpowiedzialność osoba fizyczna. Są to porozumienia o charakterze horyzontalnym lub wertykalnym polegające na ustalaniu cen i warunków umów, ograniczeniu produkcji i zbytu, podziale rynku, stosowaniu uciążliwych lub niejednorodnych warunków umów, tzw. sprzedaży związanej, ograniczaniu lub eliminowaniu dostępu do rynku czy uczestnictwie w zmowie przetargowej.

Projekt nowelizacji wymienia dwie grupy podmiotów objętych przedmiotową regulacją: są to członkowie zarządu przedsiębiorcy oraz osoby pełniące u przedsiębiorcy funkcje kierownicze. Proponowana regulacja może budzić wątpliwości ze względu na brak definicji „osób pełniących funkcję kierowniczą”. W konkretnych stanach faktycznych osoba, której nazwa stanowiska sugeruje pełnienie funkcji kierowniczej, *de facto* takich funkcji nie pełni (np. pełni funkcje doradcze, nie posiada podległych pracowników lub nie ma wpływu na proces decyzyjny w firmie). Uzasadnienie projektu lakonicznie wskazuje, że organ antymonopolowy będzie wszczynał i prowadził postępowania w przypadkach, gdy „rola osoby pełniącej funkcję kierowniczą nie budzi żadnych wątpliwości”.

Można zakładać, że chodzi tutaj o osoby, które choć nie są formalnie członkami organu zarządzającego, to jednak w strukturze przedsiębiorcy są odpowiedzialne za pewne obszary zarządzania w firmie. Chodzi przy tym o osoby, które mogły mieć realny wpływ na proces decyzyjny w zakresie dopuszczenia się naruszenia zakazu antykonkurencyjnych porozumień albo swoimi działaniami lub zaniechaniami spowodowały, nawet w sposób pośredni, zaangażowanie się pracowników w nielegalną praktykę. Taki sposób rozumowania potwierdza częściowo uzasadnienie projektu, które jako przykład osoby potencjalnie odpowiedzialnej wskazuje osobę, która czerpie z naruszenia korzyści, np. w postaci premii za większą sprzedaż przedsiębiorcy osiągniętą dzięki zмовie cenowej.

Katalog podmiotów, które będą ponosić odpowiedzialność na gruncie znowelizowanej ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, będzie szeroki. Obejmuje on członków kadry zarządzającej i kierowniczej, którzy bezpośrednio zaangażowali się w nielegalną praktykę (np. brali udział w spotkaniach, podczas których dokonywano nielegalnych ustaleń), bezpośrednio kierowali osobami angażującymi się w porozumienie (wydając im polecenia służbowe lub wskazując działania umożliwiające zawarcie porozumienia), ale także nie dopełnili swoich obowiązków w zakresie nadzoru nad podległymi im pracownikami lub stwarzali system zachęt ułatwiających podjęcie przez pracowników decyzji o zaangażowaniu się w nielegalne porozumienie.

Zakresem planowanej regulacji będą objęci nie tylko obecni członkowie organu zarządzającego lub osoby obecnie pełniące funkcje kierownicze, ale także byli członkowie kadry kierowniczej i zarządzającej, tj. te osoby, które pracowały dla danego przedsiębiorcy w trakcie trwania naruszenia i pełniąc decyzyjne funkcje, dopuścili do naruszenia przez przedsiębiorcę przepisów prawa.

Projekt nowelizacji zakłada, że odpowiedzialność osób fizycznych będzie miała charakter następczy w stosunku do odpowiedzialności przedsiębiorcy, który dopuścił się stosowania zakazanego porozumienia. Oznacza to, że kara pieniężna będzie nakładana jedynie wówczas, jeżeli sam przedsiębiorca zostanie uznany za winnego dopuszczenia się stosowania zakazanej praktyki.

Proponowane zmiany wzbudzały silne kontrowersje ze względu na wysokość kary pieniężnej grożącej osobie fizycznej. Projekt nowelizacji przewiduje możliwość nałożenia stosunkowo wysokiej, jak na polskie warunki, kary pieniężnej w wysokości do 500 tysięcy euro, czyli ponad 2 mln zł. Choć sama koncepcja nakładania kary pieniężnej nie jest ewenementem w polskim systemie prawnym, planowana wysokość kary nakładanej przez Prezesa UOKiK razi swoją dolegliwością na tle innych regulacji prawnych przyznających regulatorom rynku prawo nakładania kar pieniężnych na osobę fizyczną (np. Komisja Nadzoru Finansowego może nałożyć karę w wysokości 100 tys. złotych, a Prezes Urzędu Regulacji Energetyki i Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej – w wysokości do 300% miesięcznego wynagrodzenia osoby pełniącej funkcje kierownicze).

Można mieć nadzieję, że należycie uwzględnione przesłanki wymiaru kary będą prowadzić do miarkowania jej wysokości. Przy ustalaniu wymiaru kary Prezes UOKiK będzie brał pod uwagę sytuację finansową ukaranej osoby (w tym dochód przez nią osiągnięty), okres naruszenia, jego skutki rynkowe oraz stopień wpływu działania lub zaniechania tej osoby na naruszenie, którego dopuścił się przedsiębiorca.

Projekt nowelizacji przewiduje pewne mechanizmy chroniące interes członków zarządu lub kadry kierowniczej. Powszechną obawą takich osób jest możliwość poniesienia odpowiedzialności karnej. Projektowana zmiana zakłada, że taka podwójna odpowiedzialność, administracyjna i karna za ten sam czyn, zostanie wyłączona. W obecnym stanie prawnym przepis ten będzie miał o tyle ograniczone znaczenie, że w zasadzie praktyki ograniczające konkurencję nie są sankcjonowane karnie. Wyjątek w tym względzie stanowi zмова przetargowa w przetargu publicznym, która stanowi praktykę ograniczającą konkurencję na podstawie art. 6 ust. 1 pkt 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz przestępstwo określone w art. 305 Kodeksu karnego.

Zdecydowanie dalej idącą ochronę interesów członków zarządu i kadry kierowniczej stanowią proponowane zmiany zakładające możliwość skorzystania przez te osoby z programu łagodzenia kar (ang. *leniency*), co

pozwole uniknąć uszczuplenia ich majątku osobistego. Program polega na poinformowaniu organu antymonopolowego o istnieniu niedozwolonego porozumienia w zamian za możliwość uniknięcia kary lub jej redukcję. Ponadto projekt wprowadza procedurę ułatwiającą podjęcie decyzji o skorzystaniu z tego mechanizmu. Wniosek *leniency* złożony przez samego przedsiębiorcę będzie z mocy prawa obejmował członków kadry zarządzającej przedsiębiorstwa. Projekt przewiduje bowiem, że w przypadku złożenia wniosku przez przedsiębiorcę Prezes UOKiK przyjmuje fikcję prawną, iż wniosek został złożony w imieniu wszystkich osób zarządzających, wobec których w tej sprawie mogłoby toczyć się postępowanie przed Prezesem UOKiK. Projekt nie przewiduje natomiast odwrotnego mechanizmu, a zatem wniosek *leniency* złożony przez

osobę fizyczną nie będzie obejmował parasolem ochronnym samego przedsiębiorcy.

Proponowane zmiany ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów wejdą w życie najprawdopodobniej w 2013 roku. Projekt zakłada, że nowe przepisy nie będą miały zastosowania do praktyk zakończonych przed wejściem w życie ustawy. Takie rozwiązanie wynika z konstytucyjnej zasady niedziałania prawa wstecz. Nie pozwala ona oceniać zdarzeń zaistniałych pod rządami starych przepisów, które nie przewidywały odpowiedzialności osób fizycznych za naruszenie prawa, według nowych norm prawnych, które taką odpowiedzialność wprowadzają. Powyższa zasada odnosi się zwłaszcza do norm prawnych o charakterze represyjnym, z którymi mamy do czynienia w przypadku analizowanego rozwiązania.

Sabina Famirska, radca prawny, jest członkiem Zespołu Prawa Konkurencji

Firma spółki z o.o.

Jacek Bondarewski

Firma spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, często zwana też nazwą spółki, jest podstawowym elementem identyfikującym ten podmiot prawny i w dużej mierze stanowi o tożsamości spółki w jej zewnętrznych relacjach z innymi podmiotami, osobami i organami publicznymi. Między innymi z tego względu firma spółki podlega ochronie prawnej. Firma stanowi też obligatoryjny element treści każdej umowy spółki z ograniczoną odpowiedzialnością.

Problematykę tworzenia i używania w obrocie firmy jako oznaczenia spółki z ograniczoną odpowiedzialnością reguluje szereg aktów prawnych. Podstawowe grupy przepisów dotyczących tej materii zawarte są w Kodeksie spółek handlowych oraz w Kodeksie cywilnym.

Dopuszczalne elementy

Co do zasady firma spółki z ograniczoną odpowiedzialnością może być obrana dowolnie, przy czym powinna zawierać dodatkowe oznaczenie „spółka z ograniczoną odpowiedzialnością”. Wskazane wytyczne ustawy uzasadniają wyodrębnienie dwóch zasadniczych elementów firmy spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, tj. korpusu firmy i dodatku w postaci oznaczenia formy prawnej spółki. Ustawodawca, pozostawiając swobodę w zakresie wyboru brzmienia korpusu firmy, wprowadził, głównie w przepisach Kodeksu cywilnego, szereg zasad dotyczących tworzenia firmy i posługiwania się firmą. Jedną z podstawowych zasad dotyczących firmy jest wymóg jej zgodności ze stanem prawnym i faktycznym. Oznacza to przede wszystkim, że firma nie powinna wprowadzać kogokolwiek w błąd, np. co do zakresu prowadzonej działalności, powiązań spółki jako przedsiębiorcy czy regionu (obszaru) prowadzonej działalności.

Ustawodawca dopuszcza zawarcie w treści firmy spółki informacji dotyczących przedmiotu działalności, siedziby oraz określonych form organizacyjnych, w jakich spółka prowadzi przedsiębiorstwo. Ujęcie tych danych w firmie spółki jest jednak możliwe tylko wówczas, gdy informacje te odpowiadają prawdzie.



Firma spółki z ograniczoną odpowiedzialnością może także zawierać nazwisko osoby fizycznej, jeżeli ma to na celu ukazanie związków tej osoby z powstaniem lub działalnością tej spółki jako przedsiębiorcy.

Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością może posiadać tylko jedną firmę. Firma ta jest ustalona brzmieniem umowy spółki i jest wpisana do rejestru przedsiębiorców (w Krajowym Rejestrze Sądowym). W związku z tym obowiązuje zasada jawności firmy.

Przepisy szczególne Kodeksu spółek handlowych i niektórych innych ustaw przewidują nieznaczne modyfikacje firmy spółki w pewnych specyficznych sytuacjach, w których może znaleźć się spółka. Przykładowo spółka po ogłoszeniu upadłości występuje w obrocie pod dotychczasową firmą z dodaniem oznaczenia „w upadłości likwidacyjnej” albo „w upadłości układowej”. Ustawodawca dopuścił także, w treści Kodeksu spółek handlowych, używanie w obrocie skrótu firmy spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w ten sposób, że dodatkowe oznaczenie „spółka z ograniczoną odpowiedzialnością” może być zredukowane do jednej z dwóch form „spółka z o.o.” lub „sp. z o.o.”.

Zakaz zbywania

Firma przedsiębiorcy nie może być zbyta. Ustawodawca dopuścił natomiast, w treści Kodeksu cywilnego, możliwość upoważnienia innego przedsiębiorcy do korzystania z firmy, jeżeli nie wprowadza to kogokolwiek w błąd co do tożsamości podmiotów lub innych okoliczności związanych z oznaczaniem przedsiębiorców i ich działalnością. Należy jednak zwrócić uwagę, że dopuszczalność udzielenia licencji w odniesieniu do firmy przedsiębiorcy jest dość złożonym, a w niektórych przypadkach kontrowersyjnym rozwiązaniem. Dodatkowo przepis art. 43⁸ § 3 Kodeksu cywilnego, odnosząc się do różnych podmiotów prawnych, w tym spółek z ograniczoną odpowiedzialnością, przewiduje, że w przypadku zbycia przedsiębiorstwa jego nabywca może nadal prowadzić to przedsiębiorstwo pod dotychczasową nazwą. W takim wypadku nabywca ten powinien umieścić dodatek wskazujący firmę lub nazwisko nabywcy (o ile strony nie postanowiły inaczej). Powołane powyżej regulacje (począwszy od ogólnego zakazu zbywania firmy) dotyczą dość skomplikowanego zagadnienia zbiegu pojęć i regulacji dotyczących firmy, oznaczenia (nazwy) przedsiębiorstwa i dodatkowo (na mocy odrębnych przepisów) znaków towarowych, które mogą być używane w ramach przedsiębiorstwa. Z uwagi na złożony charakter tych pojęć wskazane jest, aby w przypadku zbycia przedsiębiorstwa strony każdorazowo uzgodniły zagadnienia związane

z relacjami między oznaczeniem przedsiębiorstwa i firmą zbywcy, a także – jeżeli będzie to konieczne – firmą nabywcy przedsiębiorstwa. Uzgodnienia te powinny być także poddane weryfikacji prawnej co do ich prawidłowości i wykonalności.

Wyłączność w obrębie rynku

Dość złożonym zagadnieniem jest także problematyka wyłączności firmy, czyli zachowania wymogu, aby firma spółki odróżniała się dostatecznie od firm innych przedsiębiorców działających na tym samym rynku. O ile w orzecznictwie sądów, zarówno w okresie przedwojennym, jak i powojennym, wielokrotnie podkreślana była zasada niezbędnej łatwości w odróżnianiu firm, dostępnej dla przeciętnego odbiorcy, o tyle wprowadzenie w znowelizowanym Kodeksie cywilnym pojęcia rynku, w ramach którego ocenia się zachowanie wymogu odróżniania firm, może powodować problemy interpretacyjne. W uprzednio obowiązującym reżimie prawnym – pod rządami Kodeksu handlowego – wymagane było, aby nowa firma spółki odróżniała się dostatecznie od firm wpisanych lub zgłoszonych do rejestru handlowego w tej samej miejscowości. Odejście od tego wymogu, jakkolwiek uzasadnione ze względu na wprowadzenie np. Krajowego Rejestru Sądowego, wymaga przyjęcia częściowo innych kryteriów weryfikacji kolizyjnego podobieństwa firm różnych spółek niż zasady przyjęte pod rządami Kodeksu handlowego. Ustawodawca nie przewidział w obecnie obowiązujących przepisach Kodeksu cywilnego regulujących problematykę firmy, w jaki sposób należy interpretować pojęcie rynku, w ramach którego firma przedsiębiorcy powinna różnić się od firm innych przedsiębiorców. Dla prawników podstawowym skojarzeniem z regulacjami wyjaśniającymi pojęcie rynku będzie być może przepis (wraz z dalszym orzecznictwem i komentarzami) definiujący rynek właściwy w treści ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Zgodnie z brzmieniem tej ustawy przez rynek właściwy rozumie się rynek towarów, które ze względu na ich przeznaczenie, cenę oraz właściwości, w tym jakość, są uznawane przez ich nabywców za substytuty oraz są oferowane na obszarze, na którym, ze względu na ich rodzaj i właściwości, istnienie barier dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu, panują zbliżone warunki konkurencji. Niemniej nie jest to jedyna możliwa interpretacja pojęcia rynku. W doktrynie prawa definiowane są także inne określenia rynku, które w pewnych wypadkach mogą mieć wpływ na wykładnię przepisów Kodeksu cywilnego dotyczących firmy. I tak, przykładowo, wymienia się rynek w znaczeniu temporalnym, tj. rynek tworzący się przejściowo, na pewien czas, w związku z okolicznościami uzasadniającymi sprzedaż

określonych produktów (np. ozdób świątecznych). Ponadto można wyróżnić też definicję rynku w znaczeniu geograficznym – jako określony obszar, na którym panują warunki konkurencji odnoszące się przedsiębiorców (konkurentów) oferujących dane produkty lub usługi (do pojęcia obszaru odnosi się też częściowo powołana powyżej definicja rynku właściwego).

W związku z powyższym należy wskazać, że problematyka interpretacji rynku, na którym zgodnie z przepisami Kodeksu cywilnego każda firma powinna dostatecznie odróżniać się od innych

firm, jest bardzo bogata. Dodatkowo zagadnienie rozróżniania przedsiębiorców, ich oznaczeń, firm i innych elementów tożsamości jest przedmiotem dalszych regulacji, w tym części przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Z tych względów ustalenie, czy spełnione są wymogi prawa dotyczące prawidłowego określenia firmy, wymaga nie tylko badania wymogów prawnych regulujących nadawanie nazwy przedsiębiorcy, ale także, w wielu przypadkach, rozważenia warunków rynkowych i konkurencyjnych, w których ma działać przedsiębiorca.

Jacek Bondarewski, radca prawny, jest współnikiem współodpowiedzialnym za Zespół Prawa Korporacyjnego, Restrukturyzacji Spółek i Kontraktów Handlowych

Nabywanie nieruchomości przez cudzoziemców – temat stale aktualny

Iwona Kasperek Tomasz Zasacki



Choć restrykcje związane z nabywaniem gruntów przez cudzoziemców znacznie zmalały po wejściu Polski do Unii, nabywanie przez nich gruntów rolnych wciąż wymaga zezwolenia i rodzi liczne problemy praktyczne. Nie zawsze jest bowiem jasne, czy dany grunt jest gruntem rolnym. Tymczasem brak wymaganego zezwolenia prowadzi do nieważności nabycia nieruchomości.

Po akcesji Polski do Unii Europejskiej (i towarzyszącej jej nowelizacji ustawy z 24 marca 1920 roku o nabywaniu nieruchomości przez cudzoziemców) kwestia uzyskiwania zezwolenia na nabycie nieruchomości przez cudzoziemców będących obywatelami lub przedsiębiorcami państw stron umowy o Europejskim Obszarze Gospodarczym albo

Konfederacji Szwajcarskiej w dużej mierze straciła na znaczeniu. Ponieważ jednak utrzymano konieczność uzyskania zezwolenia przy nabywaniu nieruchomości rolnych lub leśnych, problem ten nie zniknął całkowicie i nadal pojawia się przy wielu transakcjach. Tymczasem wykładnia i praktyka stosowania ustawy z 1920 roku rodzi wiele problemów interpretacyjnych i powoduje,

że w analizach prawnych spotykamy się z prawdziwymi lamiglówkami.

Skoncentrujemy się na nabywaniu nieruchomości rolnych, pomijając kwestię nieruchomości leśnych, które nie rodzą tylu problemów praktycznych.

Ustawa z 1920 roku nie zawiera definicji nieruchomości rolnej. Stwierdza tylko (w swoim brzmieniu po nowelizacji z 2004 roku), że nabycie nieruchomości rolnych następuje z zachowaniem przepisów ustawy z 11 kwietnia 2003 roku o kształtowaniu ustroju rolnego (u.k.u.r.). U.k.u.r. zawiera definicję nieruchomości rolnej odwołującą się wprost do definicji zawartej w Kodeksie cywilnym. W tej sytuacji należy sięgać do definicji zawartych zarówno w Kodeksie cywilnym, jak i w u.k.u.r.

Kodeks cywilny w art. 46¹ definiuje nieruchomości rolne jako nieruchomości, które są lub mogą być wykorzystywane do prowadzenia działalności wytwórczej w rolnictwie w zakresie produkcji roślinnej i zwierzęcej, nie wyłączając produkcji ogrodniczej, sadowniczej i rybnej. Należy zwrócić uwagę, że zakres tej definicji jest niezmiernie szeroki, do czego istotnie przyczynia się określenie „mogą być wykorzystywane”. Oznacza ono bowiem, że o rolniczym charakterze gruntu decyduje jego potencjalne rolnicze przeznaczenie, a nie aktualny sposób wykorzystywania. Grunty, które nie są, ale mogą być wykorzystywane rolniczo, w tym także ugory i odłogi, są zatem gruntami rolnymi. W praktyce zdarza się, że strony umowy błędnie traktują nieruchomość przez wzgląd na jej położenie, klasyfikację w rejestrze gruntów, sposób wykorzystywania i zabudowę, podczas gdy w świetle przepisów jest ona nieruchomością rolną i tym samym jej nabycie wymaga zezwolenia.

U.k.u.r. w art. 2 ust. 1 przez nieruchomość rolną rozumie nieruchomość rolną w rozumieniu Kodeksu cywilnego, z wyłączeniem jednak nieruchomości położonych na obszarach przeznaczonych w planach zagospodarowania przestrzennego na cele inne niż rolne. Analiza obu definicji prowadzi do wniosku, że sytuacja jest klarowna, gdy cudzoziemiec dysponuje wypisem z miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego, z którego wynika, iż nieruchomość położona jest na obszarze przeznaczonym na cele inne niż rolne. W innych przypadkach sytuacja wymaga drobiazgowej analizy dokumentów i może być trudna do jednoznacznego zakwalifikowania.

Jeżeli brak jest planu zagospodarowania przestrzennego obejmującego daną nieruchomość, pojawia się pytanie, w jaki sposób stwierdzić, że nieruchomość ta nie ma charakteru rolnego. Z informacji publikowanych przez Ministerstwo

Spraw Wewnętrznych wynika, że rolny charakter nieruchomości ustala się na podstawie dokumentów, którymi są oprócz zaświadczenia o przeznaczeniu w planie miejscowym: decyzja o warunkach zabudowy, decyzja ustalająca lokalizację inwestycji celu publicznego, decyzja o wyłączeniu gruntu z produkcji rolniczej i wypis z rejestru gruntów. W praktyce przyjmuje się, że gdy z decyzji o warunkach zabudowy lub decyzji o lokalizacji celu publicznego wynika, że nieruchomość jest przeznaczona na cele inne niż rolne, to cudzoziemiec z Europejskiego Obszaru Gospodarczego albo Konfederacji Szwajcarskiej jest zwolniony z obowiązku uzyskania zezwolenia na nabycie nieruchomości. Do praktyki tej należy podchodzić ostrożnie. Pojawia się pytanie, czy art. 2 ust. 1 u.k.u.r. może być interpretowany rozszerzająco i czy przeznaczenie nieruchomości na cele inne niż rolne w decyzji o warunkach zabudowy i w decyzji o lokalizacji celu publicznego należy traktować na równi z takim przeznaczeniem określonym w planie zagospodarowania. Należy wskazać, że definicja nieruchomości rolnej zawarta w art. 2 ust. 1 u.k.u.r. nie odwołuje się do przeznaczenia nieruchomości określonego w oparciu o przepisy ustawy o zagospodarowaniu przestrzennym, lecz wskazuje jeden ściśle określony instrument planistyczny, jakim jest plan zagospodarowania przestrzennego.

Co prawda decyzja o warunkach zabudowy i decyzja o lokalizacji celu publicznego określają sposób zagospodarowania i warunki zabudowy terenu w przypadku braku planu miejscowego, są jednak aktami o innym charakterze niż plan i wydaje się je w zupełnie innym trybie. Można przytoczyć poważne głosy za tym, że próby uznania tych decyzji za substytut planu miejscowego są pozbawione podstaw¹. Tym samym nie można uznać, że *per analogiam* wyłączają one daną nieruchomość z kategorii nieruchomości rolnej. Zalecalibyśmy daleko posuniętą ostrożność i pogłębioną analizę w sytuacji, gdy inwestor z EOG zamierza nabyć nieruchomość, w stosunku do której wydano decyzję o warunkach zabudowy, lecz nieruchomość ta jest lub może być wykorzystywana rolniczo.

Wypis z rejestru gruntów też wcale nie musi przesądzać sprawy, co ilustruje następujący przykład. Zabudowany grunt o powierzchni około 0,1 ha, dla którego nie było obowiązującego planu zagospodarowania przestrzennego, został opisany w ewidencji gruntów i budynków jako „inne tereny zabudowane”. Wydawać by się mogło, że nie ma podstaw do potraktowania takiej nieruchomości jako rolnej. Analiza dokumentów

¹ Planowanie i zagospodarowanie przestrzenne – komentarz pod redakcją prof. Zygmunta Niewiadomskiego, CH Beck, Warszawa 2008, str. 463.

wykazała jednak, że w przeszłości nieruchomość była sklasyfikowana jako pastwisko. Zmiana w ewidencji gruntów nastąpiła nie ze względu na zmianę sposobu zagospodarowania nieruchomości, ale w związku z wytycznymi organów administracji publicznej dotyczącymi podatku od nieruchomości. Zgodnie z wytycznymi grunty zabudowane klasyfikowano jako użytki rolne zabudowane tylko wtedy, gdy były związane z prowadzeniem gospodarstw rolnych, których powierzchnia przekracza 1 ha. Zmiana klasyfikacji w ewidencji gruntów nie zmieniła charakteru nieruchomości. Grunt jest i był zabudowany oborą, w której obecnie nie prowadzi się hodowli bydła, ale która w każdej chwili może być wykorzystana na cele hodowlane – a skoro tak, to mamy do czynienia z nieruchomością rolną.

Ciekawy problem powstaje też, gdy nieruchomość przeznaczona jest w planie zagospodarowania przestrzennego na cele inne niż rolne, lecz plan ten przewiduje pozostawienie rowów melioracyjnych, które służą na potrzeby innych nieruchomości. Zwracamy uwagę, że rowy melioracyjne zgodnie z przepisami w sprawie ewidencji gruntów i budynków klasyfikowane są jako użytki rolnicze, czyli grunty rolne².

Jak widać, rozstrzygnięcie statusu nieruchomości ma kluczowe znaczenie. Tylko rzetelna analiza każdego przypadku pozwoli uniknąć poważnych konsekwencji w postaci nieważności nabycia nieruchomości.

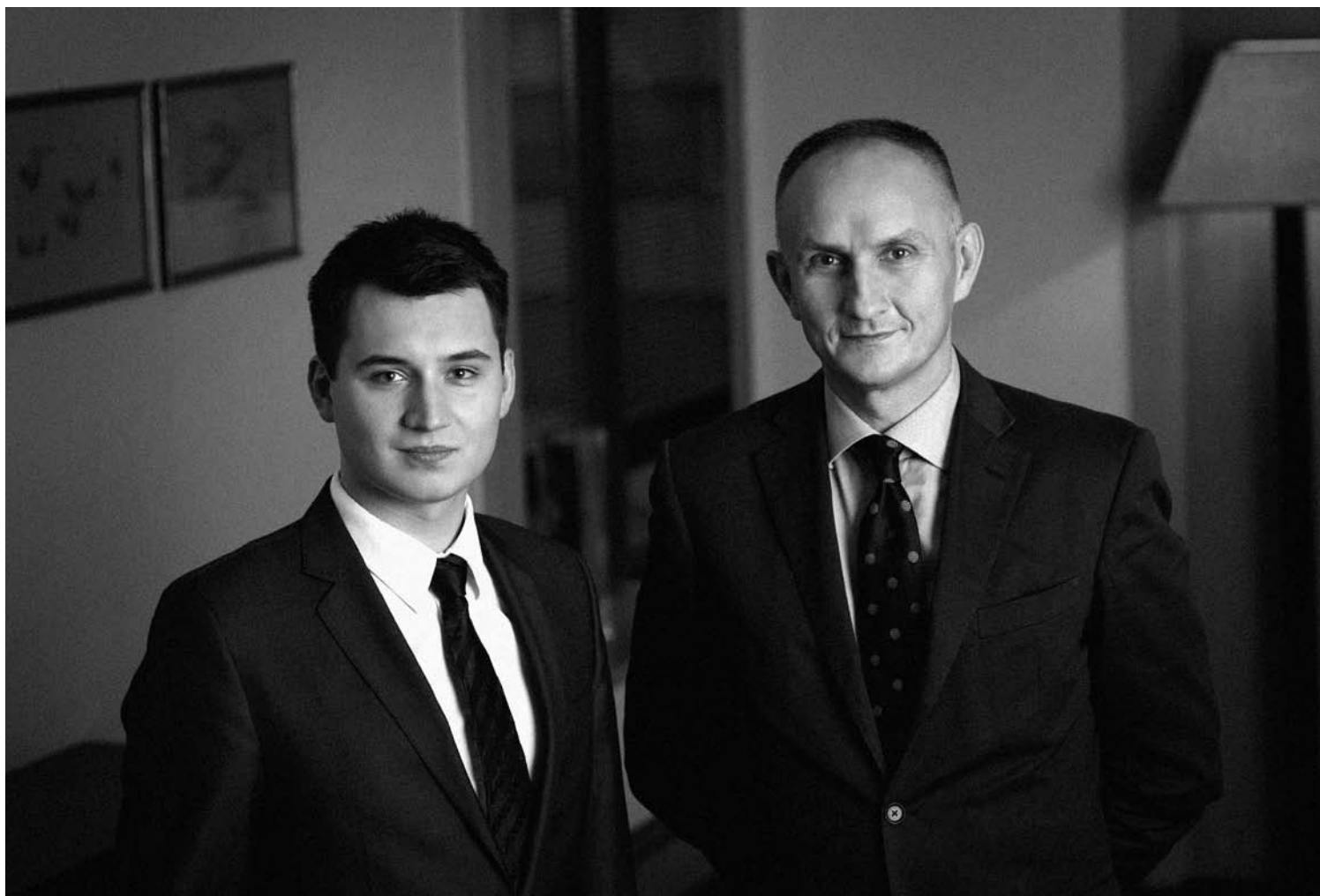
² Rozporządzenie Ministrów Rozwoju Regionalnego i Budownictwa z 29 marca 2001 w sprawie ewidencji gruntów i budynków (Dz. U. Nr 38, poz. 454).

Iwona Kasperek jest specjalistką w Zespole Nieruchomości i Inwestycji Budowlanych

Tomasz Zasacki, adwokat, jest doradcą kancelarii z Zespołu Nieruchomości i Inwestycji Budowlanych

Międzynarodowa wymiana informacji w sprawach podatkowych

Łukasz Pikus Dariusz Wasylkowski



Od kilku lat można zaobserwować wzmożoną aktywność państw w zakresie wymiany informacji w sprawach podatkowych. Ma to praktyczne konsekwencje dla polskich podatników, czego przykładem może być nowa dyrektywa UE dotycząca współpracy państw w sprawach podatkowych, wchodząca w życie od 1 stycznia 2013 roku. Zakłada ona m.in. wprowadzenie automatycznej wymiany informacji o wybranych kategoriach przychodów.

Kryzys finansowy i związana z nim niekorzystna sytuacja budżetowa wielu państw rozwiniętych skłoniła je do poszukiwania sposobów na zwiększenie dochodów, także podatkowych. Mają temu służyć między innymi podejmowane na forach międzynarodowych

wysiłki służące usprawnieniu międzynarodowej wymiany informacji w sprawach podatkowych. Wymiana ta w dobie postępującej globalizacji staje się narzędziem niezbędnym do skutecznego egzekwowania prawa podatkowego przez organy państwa.

Wiodącą rolę w działaniach na rzecz skutecznej wymiany informacji w sprawach podatkowych odgrywa Organizacja Współpracy Gospodarczej i Rozwoju (OECD), która przygotowała Modelową konwencję w sprawie podatku od dochodów i majątku. Konwencja ta stanowi podstawę do wymiany informacji między państwami; to na niej oparta jest zdecydowana większość zawartych przez Polskę umów o unikaniu podwójnego opodatkowania. OECD przygotowała też model TIEA, czyli model dwustronnych umów międzynarodowych o wymianie informacji przeznaczony do zawierania umów z państwami uchodzącymi do tej pory za „raje podatkowe”, a także model, na którym oparta jest wielostronna Konwencja o wzajemnej pomocy administracyjnej w sprawach podatkowych, do której poza Polską przystąpiło już ponad 40 państw.

Poszczególne jurysdykcje, które zobowiązały się wdrożyć międzynarodowy standard wymiany informacji, poddawane są dwuetapowym audytom. W pierwszym etapie badane jest wdrożenie standardu na poziomie istniejących w danej jurysdykcji instrumentów prawnych. W przypadku pomyślnego przejścia tej fazy audytu w drugim etapie sprawdza się, czy w praktyce wymiana informacji odbywa się zgodnie ze standardem.

Wypracowany przez OECD standard zakłada pełną wymianę informacji „na wniosek” we wszelkich sprawach podatkowych, bez ograniczeń wynikających z tajemnicy bankowej oraz bez względu na to, czy państwo, do którego wniosek wpłynął, potrzebuje objętej wnioskiem informacji dla własnych celów podatkowych.

Jednocześnie, aby zapobiec prowadzeniu tzw. *fishing expeditions*, czyli prób gromadzenia informacji o podatnikach „na oślep”, instrumenty prawne stanowiące podstawę międzynarodowej wymiany informacji zawierają zazwyczaj – podobnie jak rozwiązania modelowe OECD – zastrzeżenie, że wymianie podlegają informacje, „które mogą mieć istotne znaczenie” (*foreseeably relevant*) dla zapewnienia skuteczności prawa podatkowego. Można się spodziewać, że kształtująca się dopiero praktyka stosowania wymogu „istotnego znaczenia” będzie w przyszłości jednym z najistotniejszych elementów wpływających na zakres wymiany informacji w sprawach podatkowych.

Poza OECD, działania na rzecz usprawnienia międzynarodowej wymiany informacji w sprawach podatkowych podejmuje także Unia Europejska. Najważniejszym przejawem tej aktywności w ostatnim czasie było wydanie przez Radę UE 15 lutego 2011 roku nowej dyrektywy w sprawie współpracy

administracyjnej w dziedzinie opodatkowania. Część przepisów tej dyrektywy wchodzi w życie 1 stycznia 2013 roku, w pozostałej części państwa członkowskie mają zapewnić skuteczność jej postanowień do 1 stycznia 2015 roku.

Polska – ostatnie zmiany dotyczące ram prawnych dla wymiany informacji

W ostatnim czasie polskie władze podejmują starania, by wprowadzać do renegocjowanych czy zawieranych na nowo umów o unikaniu podwójnego opodatkowania takie rozwiązania dotyczące wymiany informacji, które zapewniałyby zgodność z międzynarodowym standardem promowanym przez OECD. Odpowiednią klauzulę dotyczącą wymiany informacji wprowadzono między innymi w umowie o unikaniu podwójnego opodatkowania ze Szwajcarią, która pozostawała dotychczas jedyną, w której w ogóle nie było takiego postanowienia. Co więcej, 7 marca 2011 roku została zawarta z Wyspą Man pierwsza polska umowa dotycząca międzynarodowej wymiany informacji oparta na modelu TIEA. Przed końcem 2012 roku weszły w życie jeszcze dwie takie umowy – z Jersey i Guernsey, podpisano też kolejne – z Andorą, Dominiką, Grenadą i San Marino. Zgodnie z deklaracjami Ministerstwa Finansów negocjowane są kolejne umowy oparte na TIEA z państwami i terytoriami, z którymi Polska nie ma zawartej umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania.

Ponadto od 1 stycznia 2013 roku weszły w życie przepisy implementujące pierwszą część postanowień dyrektywy. Przewidują one między innymi ułatwienie w procesie dalszego przekazywania innym państwom informacji uzyskanych na podstawie dyrektywy od państwa obcego. Na skutek zmian władze polskie będą mogły przekazać innemu państwu członkowskiemu UE informacje o polskim podatniku uzyskane np. od władz niemieckich, jedynie powiadamiając o tym władze niemieckie, które z kolei będą uprawnione do zgłoszenia sprzeciwu w terminie 10 dni. Dotychczas takie dalsze udostępnienie informacji wymagało każdorazowej zgody państwa, z którego informacje pochodzą.

Na implementację oczekują kolejne postanowienia dyrektywy, w szczególności przewidujące obowiązkową automatyczną wymianę informacji dotyczących określonych źródeł przychodu osób zamieszkałych na terenie Polski (automatyczna wymiana informacji obejmie dochody z zatrudnienia, wynagrodzenia dyrektorów, produkty ubezpieczenia na życie nieobjęte innymi unijnymi aktami prawnymi dotyczącymi wymiany informacji i innych podobnych środków, świadczenia emerytalne i rentowe, a także własność nieruchomości i dochody z tego tytułu).

Sytuacja polskiego podatnika

Zawieranie przez Polskę nowych umów międzynarodowych dających podstawę do wymiany informacji w sprawach podatkowych oraz wprowadzanie w umowach już istniejących poprawek do już istniejących klauzul o wymianie informacji skutkuje rozszerzeniem katalogu jurysdykcji, z których polskie władze będą mogły uzyskiwać informacje o polskich podatnikach. Co istotne, aktualnie obowiązujące przepisy praktycznie uniemożliwiają podatnikowi zakwestionowanie włączenia do materiału dowodowego informacji uzyskanych w ramach wymiany międzynarodowej. Jednocześnie nie istnieją też środki umożliwiające podatnikowi poddanie

kontroli sądowej postanowienia o przekazaniu przez polskie organy informacji władzom innego państwa. Brak takich gwarancji stawia pod znakiem zapytania realizację przysługującemu podatnikowi konstytucyjnego prawa do prywatności.

W aktualnym stanie prawnym podatnik może więc jedynie zadbać o to, by tak układać swoje stosunki gospodarcze, żeby informacje przekazywane polskim organom przez władze innego państwa, z którym Polska na podstawie dostępnych instrumentów prawnych wymienia informacje podatkowe, nie wzbudziły wątpliwości co do prawidłowości jego rozliczeń podatkowych.

Lukasz Pikus jest członkiem Zespołu Doradztwa Podatkowego

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

Ochrona informacji poufnych udostępnionych w ramach badania prawnego

Maciej Szewczyk Anna Dąbrowska

Potencjalny inwestor na etapie negocjacji zwykle żąda dostępu do danych, które stanowią tajemnicę spółki. Jak ujawniać te informacje, nie naruszając ciężącego na zarządzie obowiązku zachowania tajemnic spółki i nie narażając spółki na szkodę? I czy można mieć gwarancje, że informacje te nie zostaną ujawnione osobom trzecim?



We współczesnej praktyce transakcyjnej nabycie praw udziałowych, jak również przedsiębiorstwa, jego zorganizowanej części czy wreszcie poszczególnych aktywów służących prowadzeniu działalności gospodarczej, z reguły poprzedzane jest badaniem prawnym przedmiotu transakcji (*due diligence*).

Celem takiego badania jest dostarczenie inwestorowi możliwie szerokiej wiedzy na temat przedmiotu transakcji, jego specyfiki oraz ewentualnych ryzyk prawnych, które mogą wpływać na funkcjonowanie przedmiotu transakcji czy wręcz dyskwalifikować go w oczach inwestora.

O specyfice tak pojętego badania prawnego stanowi okoliczność, że opiera się ono głównie na materiałach udostępnianych inwestorowi przez zarząd badanej spółki. Materiały te z kolei w znacznej części stanowią tajemnice spółki lub przynajmniej mają charakter informacji, których niewłaściwe wykorzystanie mogłoby narazić spółkę na szkodę.

Powyższy problem należy rozpatrywać na dwóch płaszczyznach:

- obowiązku zachowania tajemnic spółki, ciężącego na zarządzie badanej spółki, oraz
- obowiązku ochrony informacji uzyskanych w toku badania prawnego, ciężącego w szczególności na inwestorze (zlecającym badanie) oraz osobach, którymi w ramach badania prawnego się posługuje.

Obowiązek zachowania tajemnic spółki wynika w szczególności z przepisów Kodeksu spółek handlowych, statuujących zakres obowiązków i odpowiedzialności członków zarządu spółki kapitałowej, jak również z przepisów ustawy

z 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, które kwalifikują ewentualne udostępnienie informacji przez zarząd badanej spółki jako czyn nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie z Kodeksem spółek handlowych zarząd, jako obligatoryjny organ każdej spółki kapitałowej, jest powoływany w celu prowadzenia spraw spółki i jej reprezentacji. Dlatego też nieuprawnione ujawnienie tajemnic przedsiębiorstwa spółki osobom trzecim może skutkować odpowiedzialnością odszkodowawczą członków zarządu. Ma tu zastosowanie reżim odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną działaniem lub zaniechaniem sprzecznym z prawem lub postanowieniami umowy spółki czy statutu. Ponadto, na gruncie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, przekazanie, ujawnienie lub wykorzystanie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa (tj. informacji technicznych, technologicznych, organizacyjnych przedsiębiorstwa lub innych informacji posiadających wartość gospodarczą, nieujawnionych do wiadomości publicznej, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności) jest czynem nieuczciwej konkurencji, o ile ujawnienie takich informacji zagraża interesowi przedsiębiorcy lub interes ten narusza.

Nie zawsze jest jednak łatwo wskazać, czy doszło do ujawnienia informacji, kwalifikującego się jako czyn nieuczciwej konkurencji lub skutkującego powstaniem odpowiedzialności odszkodowawczej członka zarządu. W każdym bowiem przypadku należy uwzględnić szereg okoliczności, w tym rynkowe znaczenie informacji (tzn. na ile ujawnienie danych informacji podmiotom nieupoważnionym może spowodować szkodę po stronie spółki), a także sytuację, w której informacje są ujawniane. Można argumentować, że przekazywanie przez zarząd spółki informacji w ramach badania prawnego nie będzie stanowiło naruszenia art. 11 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, o ile zarząd przy zachowaniu należytej staranności rozważy, czy przekazanie takich informacji osobom trzecim nie zagraża istotnym interesom spółki. Takie założenie można uznać za tym bardziej uzasadnione, jeżeli zarząd spółki:

- ograniczy się do udostępnienia informacji poufnych możliwie ograniczonemu kręgowi osób, od których uprzednio uzyska odpowiednie zobowiązanie do zachowania tych informacji w poufności; a także
- poweźmie szczególne kroki zmierzające do właściwego zabezpieczenia informacji (w szczególności udostępnienia informacji w sposób uniemożliwiający lub przynajmniej utrudniający wykonywanie ich kopii – np. za pośrednictwem

odpowiednio zabezpieczonej platformy informatycznej – tzw. *virtual data room*).

Z kolei źródła drugiego obowiązku ciążącego na podmiocie (w szczególności na inwestorze), który uzyskał informacje poufne w ramach badania prawnego, szukać należy w przepisach Kodeksu cywilnego dotyczących prowadzenia negocjacji zmierzających do zawarcia umowy. Dalsze rozważania będą poświęcone temu właśnie zagadnieniu – w odniesieniu do przypadków, w których badane podmioty nie są spółkami publicznymi.

Zgodnie z art. 72¹ k.c. w przypadku gdy w toku negocjacji strona udostępniła informacje z zastrzeżeniem poufności, druga strona jest obowiązana do nieujawniania i nieprzekazywania ich innym osobom oraz do niewykorzystywania tych informacji dla własnych celów. Można przyjąć, że granice tego obowiązku wyznacza cel udostępnienia poufnych informacji, jakim jest przeprowadzenie transakcji (zawarcie umowy). Tym samym można przyjąć, że udostępnienie informacji przez stronę, która związana jest obowiązkiem zachowania poufności (np. przez potencjalnego kupującego), podmiotom z nią współpracującym w ramach negocjacji (np. doradcom prawnym przeprowadzającym analizę przedmiotu transakcji) nie będzie stanowiło naruszenia poufności.

Przepis art. 72¹ k.c. ma charakter dyspozytywny (czyli względnie obowiązujący), co oznacza, że strony mogą inaczej uregulować zakres odpowiedzialności, w tym w szczególności zawrzeć przed rozpoczęciem negocjacji umowę o zachowaniu poufności.

Obowiązek zachowania poufności, o którym mowa w art. 72¹ k.c., powstaje wyłącznie w przypadku łącznego spełnienia następujących przesłanek:

- informacje poufne zostały ujawnione w toku negocjacji (np. w celu przeprowadzenia przez inwestora badania prawnego spółki),
- ujawniane informacje mają charakter poufny (tzn. informacje te nie powinny być znane szerszemu kręgowi osób – dotyczy to np. informacji dotyczących baz klientów, procesu produkcji, polityki cenowej itp.), oraz
- przy ujawnieniu informacji strona ujawniająca złożyła zastrzeżenie dotyczące ich poufności.

Udostępnienie drugiej stronie w toku negocjacji informacji z zastrzeżeniem ich poufności skutkuje powstaniem między stronami stosunku zobowiązaniowego, którego treść stanowi obowiązek nieujawniania i nieprzekazywania tych informacji osobom trzecim oraz niewykorzystywania ich do własnych celów.

O ile strony nie ustalą inaczej, w przypadku naruszenia przedmiotowego obowiązku przez uczestnika negocjacji (lub, jak się wydaje, również przez osobę działającą na jego zlecenie – np. doradcę finansowego czy prawnego) na stronie naruszającej może ciążyć obowiązek naprawienia szkód poniesionych przez podmiot, który udostępnił poufne informacje, albo wydania uzyskanych korzyści.

Obowiązek zachowania poufności ma charakter bezterminowy i ciągły, tj. istnieje tak długo, jak długo wierzyciel (strona ujawniająca poufne informacje) będzie mieć interes w jego zachowaniu. Oznacza to, że o ile strony nie postanowiły inaczej, zobowiązanie do zachowania poufności zachowuje swoją moc bez względu na to, czy negocjowana umowa została ostatecznie zawarta.

Anna Dąbrowska, radca prawny, i Maciej Szcwarczyk są członkami Grupy Transakcyjnej

Naruszenie na wokandzie, tj. czy chronić prawa własności intelektualnej przed polskim sądem

dr Monika Żuraw-Kurasiewicz Włodzimierz Szoszuk



Ochrona własności intelektualnej, tj. m.in. utworów, wynalazków, znaków towarowych czy wzorów przemysłowych, ma kluczowe znaczenie dla większości przedsiębiorstw. Prawa te często stanowią o ich wartości, a naruszenie tych praw może powodować poważne straty. Przepisy prawa wyznaczają granice pomiędzy sferą wyłączności korzystania z określonego dobra przez uprawnionego a swobodą działania osób trzecich. Jednakże o tym, czy doszło do naruszenia, decyduje sąd w konkretnej sprawie.

Specyfiką regulacji dotyczących praw własności intelektualnej są ogólne sformułowania, które w zasadzie nie wystarczą do jednoznacznego stwierdzenia, kiedy dochodzi do naruszenia. Konieczne jest odwołanie się do orzecznictwa i wypracowanych

w nim reguł wykładni. Co więcej, wiele pojęć zawartych w przepisach może podlegać subiektywnej ocenie, jak np. „ryzyko konfuzji” w przypadku znaków towarowych czy „ogólne odmienne wrażenie” w prawie wzorów przemysłowych. Niezmiennie ważne jest

zatem, by sąd rozstrzygający sprawę rozumiał specyfikę dóbr niematerialnych i dynamicznie rozwijające się orzecznictwo.

Sz szczególnie ważna jest znajomość orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, gdyż jedną z kompetencji tego sądu jest wykładnia przepisów wspólnotowych obejmujących również znaczącą część regulacji praw własności intelektualnej. W zasadzie trudno o prawidłowy wyrok bez osadzenia rozstrzygnięcia w ugruntowanym orzecznictwie. Dla przykładu można podać, że nawet normatywny wymiar „podobieństwa” jest różny w zależności od chronionego dobra niematerialnego. Od kilku lat można zaobserwować, że polskie sądy coraz lepiej rozumieją tę specyfikę i stosują w swych ocenach reguły wykładni wpisujące się w nurt dotychczasowej linii orzeczniczej, szeroko uwzględniając także standardy europejskie.

Ochrona dóbr własności intelektualnej ma też swoją specyfikę procesową. Reguły procesu, w szczególności w zakresie postępowania dowodowego, są takie same jak zasady ogólne. Nie ma odrębnej regulacji przewidzianej dla dóbr niematerialnych. Zawodzą one jednak w sytuacji, kiedy sąd zażąda przedstawienia dowodu np. na to, że określone towary nie zostały wyprodukowane przez uprawnionego. Zgodnie z zasadami zdrowego rozsądku powinno wystarczyć odpowiednio uzasadnione oświadczenie uprawnionego. Zdarza się jednak, że sąd nakazuje przeprowadzić dowód z opinii biegłego, której przygotowanie ze swej natury jest długotrwałe i kosztowne, a poza tym biegły i tak musi oprzeć swoją opinię na informacjach pozyskanych od uprawnionego. Tylko uprawniony wie bowiem, jakie cechy mają towary pochodzące z jego przedsiębiorstwa.

Częste jest też powoływanie biegłych na okoliczności, które nie są okolicznościami faktycznymi, lecz normatywnymi kryteriami oceny, która powinna być dokonana przez sąd. Do stwierdzenia, czy używanie znaku przez osobę trzecią powoduje ryzyko wywołania pomyłek, powinno wystarczyć przedstawienie świadectwa rejestracji znaku uprawnionego i oznaczenia produktu potencjalnie naruszającego prawa powoda. Tymczasem sądy powołują biegłych, aby ocenili podobieństwo oznaczeń, podczas gdy opinia biegłego powinna dotyczyć ustalenia faktów, i to wymagających wiedzy specjalistycznej. Powołanie biegłego będzie jednak uzasadnione np. w sporze dotyczącym naruszenia patentu, kiedy rzeczywiście potrzebna będzie wiedza specjalistyczna, np. na temat technologii zastosowanej w produkcie naruszającym.

Nieadekwatność zarówno materialnoprawną, jak i procesową widać szczególnie wyraźnie w kontekście

roszczeń finansowych przysługujących uprawnionemu. Naruszenie dóbr niematerialnych wiąże się ze stratą uprawnionego, która stosunkowo rzadko ma skonkretyzowany wymiar.

Zdarzają się sytuacje, kiedy to naruszyiciel przyjmuje zamówienie na wyprodukowanie określonych towarów. Jedną ze spraw o naruszenie wzoru przemysłowego dotyczyła specjalistycznych toreb, które okazały się towarami naruszającymi interesy podmiotu, który miał być dostawcą towarów chronionych jego zarejestrowanym wzorem. Sytuacja jest więc oczywista: dostawca utracił korzyści, które by uzyskał, gdyby kontrakt na określoną liczbę toreb nie został z naruszyicielem zawarty. Częściej jednak sprawy nie są tak oczywiste.

Pierwszą trudnością jest określenie skali naruszenia. Wiadomości te zwykle posiada sam naruszyiciel. Tylko czasem można je ustalić w toku analizy jego dokumentacji handlowej i księgowej. Drugą trudnością jest oszacowanie wielkości uszczerbku w dobrach uprawnionego powstałego w wyniku naruszenia. Same zyski uzyskane przez naruszyiciela nie są tożsame z uszczerbkiem poniesionym przez uprawnionego. Zysk, który osiąga naruszyiciel, jest bowiem w pewnym zakresie wynikiem poczynionych przez naruszyiciela nakładów i poniesionych kosztów.

Co więcej, uszczerbek w interesach uprawnionego może nie być od razu odczuwalny, a jego powstanie może rozciągać się w czasie. Tymczasem postępowanie cywilne wymaga konkretnych dowodów. Te ograniczenia powodują, że uprawnieni często rezygnują z dochodzenia roszczeń finansowych, obawiając się negatywnego wyniku procesu oraz tego, że jego koszt, ze względu na utrudnienia dowodowe i długotrwałość postępowania, przewyższy zasądzoną rekompensatę.

Można się spodziewać, że niedawno wprowadzone regulacje prawne pomogą usunąć powyższe trudności. W zakresie praw własności intelektualnej przewidziano tzw. roszczenie informacyjne, które pozwala uprawnionemu zażądać od naruszyiciela informacji o skali naruszenia i osiągniętym zysku. Wyliczenie odszkodowania metodą tzw. fikcyjnej licencji ma pomóc przezwyciężyć trudności związane z wykazaniem rozmiaru szkody. Wydaje się, że potrzeba jeszcze czasu, by te nowe regulacje znalazły efektywne i szerokie zastosowanie. Na razie znacznie łatwiej osiągnąć zakaz dalszych naruszeń i nakaz usunięcia ich skutków, niż uzyskać rekompensatę.

Aby ochrona dóbr własności intelektualnej była skuteczna, musi być udzielona szybko. Wyrok wydany np. po trzech czy pięciu latach od rozpoczęcia produkcji według opatentowanej technologii może mieć czasem

tylko wymiar psychologicznej satysfakcji. Ogłoszenie przeprosin za naruszenie sprzed pięciu lat może już nie odwrócić niekorzystnych skutków. Wydaje się, że największą bolączką polskich sądów w sprawach własności intelektualnej jest właśnie długotrwałość procesów. Uprawnieni są zatem często skłonni zawrzeć mniej korzystną ugodę niż czekać kilka lat na korzystny wyrok w sądzie.

Można jednak stwierdzić znaczącą zmianę odnośnie do tymczasowej ochrony udzielanej prawom własności intelektualnej. Sądy szybko orzekają zakaz kontynuowania naruszeń i zajęcie naruszających produktów. Zezwolenie na dalsze działania naruszające na czas kilkuletniego procesu mogłoby nawet zniweczyć prawo wyłączne. Gdyby osoba trzecia przez kilka lat używała cudzego znaku, mógłby on zacząć być kojarzony również z naruszcicielem, co oznaczałoby brak ryzyka konfuzji w dniu wydawania wyroku.

Problematyczna bywa czasem także egzekucja wyroków. Przerwać naruszenie może tylko sam naruszciciel. Coraz dotkliwsze sankcje pieniężne, również wprowadzona

w 2012 roku zapłata na rzecz samego uprawnionego za nieprzestrzeganie zakazu, powinny jednak znacząco egzekucję ułatwić.

Przyglądając się procesom z zakresu ochrony praw własności intelektualnej w Polsce trzeba pamiętać, że nie mają one długiej historii, popartej wieloletnią tradycją, jak w innych krajach UE. Ich historia sięga początku lat 90. Wcześniej regulacja praw własności intelektualnej była przedmiotem analizy teoretycznej.

Mimo to można powiedzieć, że świadomość specyfiki dóbr własności intelektualnej już się ukształtowała i jest powszechna. Kolejnym krokiem będzie uelastycznienie reguł wykładni i reguł procesowych, tak aby oferowana w przepisach ochrona, która w pełni odpowiada przyjętym w UE standardom, była realizowana jeszcze skuteczniej. Obserwuje się wzrost liczby spraw, które trafiają na wokandę. Można więc sądzić, że spór sądowy stał się efektywnym narzędziem w walce z naruszeniami i alternatywą dla polubownego zakończenia sporu, który nie może być w konkretnej sprawie osiągnięty.

dr Monika Żuraw-Kurasiewicz, radca prawny, jest członkiem Zespołu Własności Intelektualnej

Włodzimierz Szoszyk, adwokat, jest współnikiem współodpowiedzialnym za Zespół Własności Intelektualnej

Kilka słów o outsourcingu w Polsce

Danuta Pajewska



W świecie coraz większych przedsięwzięć gospodarczych i konieczności racjonalnego zarządzania nimi nie wszystko trzeba robić własnymi siłami. Trzeba jednak wiedzieć, na co zwrócić uwagę i jak się zabezpieczyć, żeby outsourcing, zamiast ograniczyć koszty, sam nie stał się ich źródłem. Jest to szczególnie istotne w przypadku instytucji regulowanych, takich jak banki.

Ideą outsourcingu jest korzystanie przy prowadzeniu przedsiębiorstwa z zasobów zewnętrznych. Duże podmioty gospodarcze, a także grupy kapitałowe coraz większą uwagę zwracają na efektywność i koszty funkcjonowania. Takie czynności jak obsługa kadr, płace, zakupy czy IT, a w przypadku instytucji finansowych funkcje tzw. *back office*, są czasami niepotrzebnie dublowane w grupie kapitałowej bądź

generują większe koszty, niż gdyby były realizowane przez zewnętrzny specjalistyczny podmiot.

Na usługi outsourcingowe należy spojrzeć z trzech różnych perspektyw. Pierwsza to możliwość korzystania z outsourcingu przez instytucje regulowane i rodzaj czynności, które mogą być przez nie zlecane na zewnątrz. W zakresie korzystania z usług zewnętrznych

przez banki, firmy inwestycyjne i instytucje płatnicze mamy dość klarowne reguły prawne.

Druga dotyczy firm wykonujących usługi będące przedmiotem outsourcingu (insourcerów). Należy zwrócić uwagę, do jakiego stopnia istnieje dowolność prawna świadczenia takich usług, jakie podmioty mogą je świadczyć i jakie wymogi powinny one spełniać. Istnieją bowiem kategorie usług (np. prowadzenie ksiąg rachunkowych), które wymagają posiadania określonych uprawnień.

Trzeci obszar zagadnień, jaki powinien być wzięty pod uwagę, to korporacyjny aspekt outsourcingu w grupach kapitałowych. Jeśli w grupie utworzymy spółkę, która będzie centralnie świadczyła usługi, organizowała zakupy i podejmowała decyzje w tym zakresie, to może pojawić się ryzyko naruszenia uprawnień korporacyjnych władz spółek z grupy, które jako samodzielny podmiot będą osobiście odpowiadać za skutki decyzji, na które mogą nie mieć wpływu. Aby zapewnić komfort spółkom z grupy, należy odpowiednio uregulować zasady korzystania z usług wspólnych, w szczególności uregulować tryb konsultacyjny podejmowania decyzji.

W ostatnich latach Polska stała się bardzo atrakcyjną lokalizacją dla centrów outsourcingowych z uwagi na dostęp do wykształconych kadr, możliwość korzystania z pomocy publicznej, relatywnie niskie koszty centrum i dostępność bazy biurowej. Wśród firm zagranicznych decydujących się na stworzenie takich centrów w Polsce są m.in. zagraniczne banki i instytucje finansowe, które prowadząc działalność w wielu krajach, mogą, z uwagi na specyfikę funkcji *back office*, dokonywać przetwarzania danych w jednym stworzonym do tego celu centrum. Także banki działające w Polsce coraz intensywniej wykorzystują możliwość outsourcingu niektórych czynności.

Outsourcing – uregulowania szczególne

Prawo bankowe reguluje zakres i warunki zlecania czynności poza bank. Bank może outsourcować pośrednictwo w czynnościach bankowych, w imieniu i na rzecz banku, oraz czynności faktyczne związane z działalnością bankową. Oznacza to, że nie może outsourcować zarządzania bankiem, zarządzania ryzykiem, zarządzania majątkiem banku ani przeprowadzania analiz kredytowych.

Prawo bankowe w szczególny sposób reguluje kwestię odpowiedzialności wobec klienta. Bank odpowiada za czynności agenta, któremu zlecił wykonywanie czynności w ramach outsourcingu, jak za swoje własne działania. Nie może też ograniczyć odpowiedzialności agenta wobec banku za szkody klientów. Banki mogą outsourcować usługi także poza granice Polski,

ale outsourcing poza UE może nastąpić wyłącznie za zgodą KNF. Analogiczne zasady dotyczą firm inwestycyjnych, które mogą powierzyć wykonanie czynności związanych z prowadzeniem działalności podmiotowi zewnętrznemu, o ile nie powoduje to przekazania prowadzenia działalności maklerskiej, reprezentowania firmy lub zarządzania nią.

Szczególne zasady dotyczą także zlecenia na zewnątrz prowadzenia ksiąg rachunkowych, które może zostać outsourcowane na rzecz przedsiębiorców i osób fizycznych uprawnionych do usługowego prowadzenia ksiąg, tj. posiadających certyfikat księgowy, wpisanych do rejestru biegłych rewidentów lub na listę doradców podatkowych. Księgi rachunkowe mogą być prowadzone poza siedzibą spółki, jeśli został o tym powiadomiony urząd skarbowy, a organom kontroli zapewniona jest dostępność ksiąg rachunkowych i dowodów księgowych. Umowa z zewnętrznym księgowym powinna być zawarta na piśmie i zapewniać, że insourcer odpowiada za przestrzeganie wszelkich norm regulujących zasady i formę prowadzenia ksiąg

Relacje prawne o charakterze outsourcingu są regulowane prawnie tylko w przypadku instytucji finansowych. W przypadku innych podmiotów umowy outsourcingowe nie są regulowane przez żadne szczególne przepisy, czyli należą do kategorii umów nienazwanych. Taka relacja pozostaje w sferze swobody zawierania umów i jedynie z uwagi na charakter i zakres przedmiotu czynności insourcera może być zakwalifikowana jako umowa zlecenia, świadczenia usług lub umowa o dzieło. Ważne jest zatem, aby w umowie precyzyjnie określić zakres powierzonych czynności i związane z nimi prawa i obowiązki stron, a także odpowiedzialność insourcera. Ma to istotne znaczenie dla ustalenia, czy umowa ma charakter starannego działania (usługi, zlecenie), czy jej efektem ma być konkretne dzieło bądź rezultat.

Ochrona danych osobowych i informacji chronionych

Jeżeli w wyniku zawarcia umowy outsourcingowej może dojść do powierzenia przetwarzania danych osobowych, umowa taka powinna wprost zawierać postanowienia o powierzeniu tej czynności insourcerowi. W umowie należy zastrzec, że insourcer może przetwarzać dane tylko w celu wskazanym w umowie outsourcingowej, oraz zobowiązać insourcera do spełniania wymogów organizacyjnych i technicznych wskazanych przepisami dla administratora danych. Podmiot outsourcujący odpowiada za przetwarzanie danych przez insourcera.

Należy także zadbać o odpowiednią ochronę informacji chronionej, jaką jest informacja poufna lub zawodowa.

Przekazywanie takich danych do centrum outsourcingu musi się odbywać w prawem przepisany sposób, w szczególności w zgodności z przepisami prawa bankowego i przepisami regulującymi działalność instytucji finansowych, które wprowadzają szereg ograniczeń związanych z przekazywaniem takich informacji na zewnątrz.

Korzyści z utworzenia centrum outsourcingu w Polsce

Dla podmiotów, które zamierzają utworzyć w Polsce centrum outsourcingu, interesująca może być możliwość uzyskania dodatkowych korzyści finansowych. Korzyści takie mogą płynąć z prowadzenia działalności na terenie specjalnej strefy ekonomicznej, z refundacji kosztów wyposażenia stanowisk pracy, refundacji kosztów szkoleń lub z długoterminowej pomocy bezpośredniej.

Prowadzenie działalności w specjalnej strefie ekonomicznej na podstawie zezwolenia pozwala skorzystać ze zwolnienia z podatku dochodowego od osób prawnych. Korzystanie ze specjalnej strefy ekonomicznej nie jest możliwe w przypadku prowadzenia działalności regulowanej, w szczególności usług finansowych.

Refundację kosztów wyposażenia stanowisk pracy można uzyskać na podstawie wniosku złożonego

przez pracodawcę do prezydenta miasta, po zawarciu stosownej umowy. Beneficjent takiej pomocy jest zobowiązany utrzymywać subsydiowane stanowiska pracy przez okres 2 lat. Uzyskanie takiej pomocy jest możliwe pod warunkiem zatrudniania osób zarejestrowanych jako bezrobotne.

Refundacja kosztów szkolenia jest możliwa na podstawie wniosku o planowanych szkoleniach złożonego do prezydenta miasta i po zawarciu stosownej umowy. Możliwe jest uzyskanie kwoty do 80% kosztów szkolenia (zwykle do 50%), nieprzekraczającej jednak trzykrotności przeciętnego wynagrodzenia w Polsce.

Uzyskanie długoterminowej pomocy jest możliwe na podstawie długoterminowego planu przyjętego indywidualnie dla konkretnego projektu przez Radę Ministrów na wydatki związane z inwestycją lub zatrudnieniem. Pomoc, udzielana po negocjacjach, nie jest ograniczona co do zakresu i czasu. Ze względu na motywacyjny charakter pomocy wszelkie wydatki związane z inwestycją powinny być ponoszone po uzyskaniu zielonego światła od rządu. Takim zielonym światłem jest zwykle list potwierdzający pomoc rządu. Jest on też pierwszym krokiem w procedurze określającej ostateczną wielkość pomocy państwa. Pomoc taka podlega notyfikacji do Komisji Europejskiej.

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

Czy spółka komandytowo-akcyjna trafi na giełdę?

Michał Nowacki Marcin Pietkiewicz

Rok 2012 przyniósł istotne rozstrzygnięcia wątpliwości podatkowych związanych z prowadzeniem działalności gospodarczej z wykorzystaniem spółki komandytowo-akcyjnej i tym samym wzrost popularności tej spółki. Wydaje się, że naturalną konsekwencją takiej sytuacji powinno być pojawienie się akcji pierwszej spółki komandytowo-akcyjnej na giełdzie papierów wartościowych. Niestety, planowane zmiany przepisów podatkowych prawdopodobnie skutecznie powstrzymają inwestorów przed wprowadzaniem takich akcji do obrotu publicznego w najbliższej przyszłości.

W ostatnich latach spółka komandytowo-akcyjna (S.K.A.) zyskiwała na popularności jako wehikuł wykorzystywany do prowadzenia działalności, w szczególności w przypadku inwestycji dokonywanych przez fundusze inwestycyjne zamknięte. Atrakcyjność S.K.A. dla funduszy wynika z tego, że emitują one akcje, które mogą być przedmiotem inwestycji takich funduszy. Dodatkowo charakterystyka podatkowa S.K.A. pozwala na wykorzystanie przez fundusze przysługującego im zwolnienia z podatku dochodowego w odniesieniu do dochodu generowanego za pośrednictwem S.K.A.

Do 2012 roku S.K.A. nie była popularna jako forma prowadzenia działalności gospodarczej wśród innych niż fundusze inwestycyjne inwestorów, którzy nie są zwolnieni z podatku dochodowego. Było to związane z wątpliwościami co do opodatkowania akcjonariuszy. Dopiero rok 2012 przyniósł korzystne dla podatników rozstrzygnięcia w tym zakresie, które sprawiły, że S.K.A. stała się atrakcyjnym podatkowo wehikułem do prowadzenia działalności gospodarczej.

S.K.A. na giełdzie

Wybierając S.K.A. jako formę prowadzenia działalności w celu uzyskania określonych korzyści podatkowych w nieznacznym stopniu wykorzystuje się korzyści płynące z konstrukcji prawnej tej spółki. Zalety te wiążą się z generalną ideą przekazania zarządu spółki konkretnemu inwestorowi branżowemu przy jednoczesnym dopuszczeniu do udziału w spółce inwestorów czysto finansowych. Istota gospodarcza S.K.A. wyraża się bowiem



w powiązaniu i współwystępowaniu tzw. inwestora aktywnego (komplementariusza) z inwestorem pasywnym (akcjonariuszem), którego główną rolą jest dofinansowanie przedsiębiorstwa prowadzonego przez komplementariusza w zamian za udział w zyskach spółki. Znalazło to potwierdzenie w regulacji art. 126 § 1 Kodeksu spółek handlowych, zgodnie z którym do S.K.A. stosuje się z jednej strony przepisy właściwe dla spółek osobowych (spółka jawna), a z drugiej posiłkowo przepisy dotyczące spółek kapitałowych (spółka akcyjna).

Porównując S.K.A. ze spółką akcyjną należy wskazać na dalej idącą możliwość kształtowania wewnętrznej struktury organizacyjnej S.K.A. w ramach statutu, co odróżnia ją od spółki akcyjnej. W przypadku obu spółek istnieje możliwość uzyskania finansowania poprzez giełdę papierów wartościowych, jednakże w przypadku S.K.A. wprowadzonej na giełdę komplementariusz zachowuje większą kontrolę nad przedsiębiorstwem. Osiągnięcie zbliżonego efektu w spółce akcyjnej wiąże się z koniecznością wprowadzenia rozbudowanych zapisów statutowych mających zapewnić określonemu akcjonariuszowi kontrolę nad spółką, co nie zawsze jest dobrze postrzegane przez inwestorów.

Akcje emitowane przez S.K.A., będąc papierami wartościowymi, mogą być przedmiotem obrotu na Giełdzie Papierów Wartościowych w Warszawie (GPW) czy w alternatywnym systemie obrotu (np. NewConnect). Mogą być również przedmiotem oferty publicznej na podstawie prospektu emisyjnego. Do akcji emitowanych przez S.K.A., co do zasady, stosuje się te same regulacje GPW i Krajowego Depozytu Papierów Wartościowych (KDPW) co do akcji emitowanych przez spółki akcyjne.

Oczywiście w samym procesie przeprowadzenia oferty publicznej lub wprowadzenia na GPW będą pewne różnice pomiędzy oboma spółkami, które wynikają z ich charakteru. Przykładowo można wskazać na odmienności co do organu spółki podejmującego decyzję o dopuszczeniu do obrotu na GPW i zarejestrowaniu akcji w KDPW czy też przedstawienia w prospekcie emisyjnym zasad zarządzania spółką, w tym opisu komplementariusza oraz praw i obowiązków akcjonariuszy. Ta ostatnia kwestia powinna być szczególnie jasno wskazana, aby potencjalni inwestorzy wiedzieli, jakie posiadają uprawnienia i jak będzie wyglądać ich relacja z komplementariuszem.

W tym kontekście szczególnie istotne jest takie ukształtowanie statutowej relacji komplementariusza z akcjonariuszami, aby nie stanowiło to bariery dla inwestorów kapitałowych.

Nadzór nad działaniami komplementariusza, który zarządza S.K.A., sprawuje rada nadzorcza, będąca niejako przedstawicielem akcjonariuszy powołanym do sprawowania bieżącego nadzoru działalności spółki i komplementariusza. Komplementariusz nie może być członkiem rady nadzorczej ani nie może głosować nad uchwałami o wyborze członków rady, jeśli jest równocześnie akcjonariuszem. Podobnie jak w spółce akcyjnej w S.K.A. istnieje możliwość statutowego rozszerzenia kompetencji rady nadzorczej w taki sposób, żeby komplementariusz musiał uzyskać zgodę rady na dokonanie określonych czynności. Zwiększa to kontrolę akcjonariuszy, działających poprzez radę nadzorczą, nad działaniami komplementariusza podejmowanymi w ramach bieżącej działalności spółki.

Kodeks spółek handlowych w art. 146 wymienia sprawy, które wymagają uchwał walnego zgromadzenia akcjonariuszy, oraz te, które wymagają zgody komplementariusza lub – jeśli jest ich kilku – ich większości (np. podział zysku w części przypadającej akcjonariuszom). Statut może rozszerzyć zakres spraw wymagających zgody walnego zgromadzenia lub komplementariusza, nie można go wszakże zawęzić, co jest szczególnie istotne w przypadku zgody komplementariusza na podział zysku.

Bardzo ważne będą również zasady podziału zysku. Generalnie komplementariusz oraz akcjonariusze uczestniczą w zysku proporcjonalnie do ich wkładów wniesionych do spółki. Bierze się tu pod uwagę wszystkie wkłady wniesione do spółki. Zasadę tę można wszakże zmienić w ramach zasady autonomii statutowej, tworząc przykładowo system zachęt dla inwestorów nabywających akcje i przyznając im pierwszeństwo wypłaty zysku.

Podatki ciągle przeszkodą

Pomimo wyżej wspomnianych elastycznych rozwiązań korporacyjnych, do tej pory (stan na 31 grudnia 2012) żadna S.K.A. nie jest notowana na GPW. Wynika to głównie ze wspomnianych wątpliwości dotyczących zasad opodatkowywania podatkiem dochodowym akcjonariuszy S.K.A., które istniały do 2012 roku. Ze względu na szczególny status akcjonariuszy w S.K.A. w porównaniu do wspólników innych spółek osobowych (np. udział w zysku S.K.A. w formie dywidendy, możliwość swobodnego obrotu akcjami S.K.A., w szczególności gdyby były notowane na giełdzie) istniały wątpliwości, czy akcjonariusze S.K.A. powinni wpłacać w trakcie danego roku podatkowego zaliczki na podatek dochodowy, w związku ze swoim udziałem w zysku S.K.A. Organy podatkowe twierdziły, że akcjonariusze S.K.A. powinni rozliczać podatek dochodowy podobnie jak wspólnicy innych

spółek osobowych, w szczególności że są zobowiązani do wpłacania zaliczek na podatek dochodowy. Orzecznictwo sądowe nie było jednolite. Przełomem była uchwała Naczelnego Sądu Administracyjnego z 16 stycznia 2012 r. (II FPS 1/11) oraz interpretacja ogólna Ministra Finansów z 11 maja 2012 r. (DD5/033/1/12/KSM/DD-125).

Zgodnie z interpretacją ogólną zarówno osoby prawne, jak i osoby fizyczne będące akcjonariuszami S.K.A. nie są zobowiązane do wpłacania zaliczek na podatek dochodowy na bieżąco (np. miesięcznie). Akcjonariusze są zobowiązani do wpłacenia zaliczki dopiero w miesiącu, w którym zostanie podjęta uchwała o podziale zysków, lub w dniu dywidendy, jeżeli taki dzień jest ustalony. Oznacza to w praktyce, że akcjonariusze mogą reinwestować zyski S.K.A., odraczając moment ich opodatkowania aż do podjęcia decyzji o ich wypłacie.

Stanowisko wyrażone w interpretacji ogólnej spowodowało gwałtowny wzrost popularności S.K.A., pomimo głosów, że Minister Finansów zapewne podejmie kroki legislacyjne mające na celu zmianę zasad opodatkowania akcjonariuszy. Kilka miesięcy po wydaniu interpretacji ogólnej Ministerstwo

Finansów zaprezentowało projekt zmian przepisów podatkowych. Główną z proponowanych zmian jest nadanie S.K.A. statusu podatnika podatku dochodowego od osób prawnych. Wstępnie zmiany miały wejść w życie już 1 stycznia 2013 roku, jednakże na skutek zgłoszonych krytycznych uwag do projektu prace nad nim postanowiono wydłużyć.

Na obecnym etapie trudno przewidzieć, w jakim kierunku pójdą dalsze prace legislacyjne dotyczące zmian w zakresie opodatkowania S.K.A. i kiedy wejdą one w życie.

W konsekwencji, pomimo rozwiania w 2012 roku wątpliwości dotyczących opodatkowania akcjonariuszy S.K.A. podatkiem dochodowym, ze względu na planowane zmiany regulacji podatkowych dotyczących S.K.A. należy założyć, że kwestie podatkowe będą ciągle głównym hamulcem wstrzymującym wykorzystanie formy S.K.A. jako wehikułu do pozyskania finansowania poprzez GPW. Brak pewności co do ostatecznego kształtu nowych przepisów będzie negatywnie wpływać na chęć wykorzystywania S.K.A. jako formy prowadzenia działalności gospodarczej, a tym bardziej na możliwość wprowadzenia akcji takich spółek do obrotu publicznego.

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

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

Kłopoty z chargebackiem

Krzysztof Wojdyło

Rok 2012 przyniósł niespotykany wzrost zainteresowania chargebackiem. Ta znana do niedawna nieliczna instytucja prawna zagościła na stałe w mediach. Stało się tak głównie za sprawą spektakularnych upadłości znanych biur podróży. Zdarzenia te pozwoliły uświadomić szerszej publiczności znaczenie chargebacku oraz wyzwań, które niesie ze sobą ta instytucja prawna.



Prawidłowe zrozumienie instytucji chargebacku wymaga kilku uwag wprowadzających, dotyczących specyfiki uregulowań prawnych w zakresie instrumentów płatniczych. Wbrew pozorom większość regul, które rządzą używaniem instrumentów płatniczych (w przeważającej mierze nadal są nimi karty płatnicze), nie jest tworzona przez ustawodawcę. Głównym inicjatorem w tworzeniu tych regul są organizacje płatnicze, przede wszystkim VISA i MasterCard. Organizacje te tworzą bardzo rozbudowane regulaminy, które są wiążące dla podmiotów wydających instrumenty płatnicze w ramach danej organizacji płatniczej (przede wszystkim dla banków) oraz dla podmiotów rozliczających transakcje dokonywane z użyciem instrumentów płatniczych (agentów rozliczeniowych). Podmioty te z kolei transponują część rozwiązań z regulaminów organizacji płatniczych do umów zawieranych z własnymi klientami (posiadaczami kart – w przypadku wydawców kart oraz podmiotami akceptującymi płatności instrumentami płatniczymi – w przypadku agentów rozliczeniowych).

W efekcie tego skomplikowanego układu posiadacze kart płatniczych oraz podmioty przyjmujące płatności kartami (np. punkty handlowe) są podmiotami praw i obowiązków w zakresie niektórych rozwiązań prawnych przyjętych w ramach regulaminów organizacji płatniczych, pomimo iż nie łączą ich z tymi organizacjami żadne bezpośrednie więzy prawne. Doskonałym przykładem ilustrującym ten układ jest właśnie chargeback.

Mówiąc w wielkim skrócie, chargeback jest rozwiązaniem, które umożliwia posiadaczowi

instrumentu płatniczego zgłaszanie do wydawcy tego instrumentu roszczeń z tytułu nieprawidłowości związanych z płatnościami dokonywanymi instrumentem płatniczym. Nieprawidłowości mogą być związane z wieloma okolicznościami. Regulaminy organizacji płatniczych przewidują kilkanaście, o ile nie kilkadziesiąt różnych zdarzeń, które mogą powodować powstanie roszczenia z tytułu chargebacku. Do najbardziej znanych należą roszczenia związane z nieautoryzowanym użyciem instrumentu płatniczego. Zgłoszenie roszczenia uruchamia złożoną procedurę, która – jeśli roszczenia posiadacza instrumentu są zasadne – doprowadza do zwrotu posiadaczowi kwot pobranych z jego rachunku z tytułu dokonania dotkniętej wadą transakcji instrumentem płatniczym. W efekcie zatem akceptant, który przyjął płatność kartą, musi ją zwrócić posiadaczowi instrumentu.

Nie ulega wątpliwości, iż chargeback jest rozwiązaniem niezwykle korzystnym dla posiadaczy instrumentów płatniczych, stanowiącym dodatkowy instrument ochrony praw konsumenta. Jest to rozwiązanie, które ma również przyczyniać się do rozwoju bezgotówkowych form płatności. Dzięki niemu płatnościom instrumentami płatniczymi towarzyszy pewna wartość dodana, nieobecna w bardziej tradycyjnych formach płatności. Kradzież gotówki i dokonanie transakcji przy jej użyciu nie skutkuje przecież powstaniem u poszkodowanego roszczenia w stosunku do banku, w którym wypłacił gotówkę.

Pomimo niewątpliwych korzyści chargeback wzbudza też szereg kontrowersji u akceptantów płatności instrumentami płatniczymi. Nasze doświadczenie pokazuje, iż większość tych kontrowersji wynika w dużej mierze z braku wystarczającej wiedzy akceptantów na temat chargebacku. Ma to zapewne swoje źródło w niedostatecznej komunikacji pomiędzy agentami rozliczeniowymi a akceptantami. Warto raz jeszcze podkreślić, iż akceptanci nie są stroną jakichkolwiek bezpośrednich umów z organizacjami płatniczymi. Nie wiążą ich również bezpośrednio regulaminy organizacji płatniczych. Tymczasem zdecydowana większość regulacji dotyczących chargebacku jest zawarta właśnie w regulaminach organizacji płatniczych. Dochodzi w związku z tym do powstania specyficznej sytuacji: akceptanci ponoszą największe ryzyko ekonomiczne związane z chargebackiem (w przypadku pozytywnego rozstrzygnięcia roszczenia zgłoszonego przez posiadacza instrumentu to oni są bowiem zobowiązani do zwrotu otrzymanej zapłaty), nie są natomiast w większości przypadków świadomi reguł, które rządzą chargebackiem.

Umowy o akceptację kart płatniczych zawierane pomiędzy akceptantami a agentami rozliczeniowymi są zazwyczaj bardzo lakoniczne w zakresie chargebacku. W sprawach bardziej szczegółowych odwołują się często do nieznanych akceptantom regulaminów organizacji płatniczych. Do tego to nie akceptanci decydują o rozstrzygnięciach dotyczących roszczeń z chargebacku. Regulaminy przewidują w tym zakresie specjalne procedury, w ramach których decydująca rola należy do wydawców oraz organizacji płatniczych. Akceptant może uczestniczyć w procedurze wyjaśniania roszczeń, nie on jednak podejmuje ostateczne decyzje w tym zakresie.

Akceptant może być zatem zmuszony do zwrotu zapłaty otrzymanej za pomocą karty, nawet jeśli nie zgadza się z rozstrzygnięciem dotyczącym chargebacku. Szczególnie kontrowersyjne mogą okazać się te roszczenia chargeback, które oparte są na nieprawidłowym dostarczeniu towaru lub usługi przez sprzedawcę. Należy zauważyć, że roszczenie z chargebacku może być w takim przypadku roszczeniem konkurencyjnym w stosunku do zwykłego roszczenia z tytułu rękojmi lub gwarancji, które ma posiadacz instrumentu względem sprzedawcy. Nie można wykluczyć sytuacji, w której roszczenie z chargebacku zostanie rozstrzygnięte pozytywnie, pomimo że nie ma podstaw prawnych do dochodzenia roszczeń z tytułu rękojmi lub gwarancji. W takim przypadku odpowiedzialność akceptanta będzie szczególną odpowiedzialnością opartą na zasadzie ryzyka (do czego wprost nawiązują niektóre umowy o akceptację kart płatniczych), w skrajnych przypadkach mogącą skutkować koniecznością zwrotu ceny, przy jednoczesnym braku zwrotu sprzedanego towaru lub świadczonej usługi.

Powyższe kontrowersje są niejako immanentnie wpisane w istotę chargebacku. Instytucja ta będzie wiązała się z pewnymi ryzykami dla każdego podmiotu, który zdecydował się na akceptację instrumentów płatniczych. Jednocześnie trudno wyobrazić sobie istnienie systemu płatności bezgotówkowych bez uprawnień z tytułu chargeback. Stanowią one istotny element gwarantujący ochronę praw konsumenta w określonych przypadkach. Biorąc to pod uwagę, warto zastanowić się nad wypracowaniem skuteczniejszych narzędzi komunikacji, które pozwolą akceptantom na pełne zrozumienie chargebacku oraz wiążących się z nim zobowiązań, a także systemowego znaczenia tej instytucji.

Przedstawione kontrowersje związane z chargebackiem są znane już od dłuższego czasu. Upadłości znanych biur podróży ujawniły jednak również nowe, nieuświadomione do tej pory ryzyka związane

z chargebackiem. Okazało się bowiem, iż w pewnych okolicznościach podstawowe ryzyko ekonomiczne związane z chargebackiem może ponosić agent rozliczeniowy. Dzieje się tak w przypadku, w którym podstawą roszczenia z tytułu chargebacku jest brak prawidłowego wykonania sprzedaży bądź usługi opłaconej z wyprzedzeniem za pomocą instrumentu płatniczego, będący skutkiem ogłoszenia upadłości sprzedawcy/usługodawcy. W takim przypadku pozytywne rozpatrzenie roszczenia z tytułu chargeback powoduje, iż zobowiązanym do zwrotu kwot zapłaconych instrumentem płatniczym będzie agent rozliczeniowy, który, ewentualnie, będzie mógł dochodzić od upadłego swoich roszczeń w postępowaniu upadłościowym. Agenci rozliczeniowi ryzykują zatem powstanie znaczących zobowiązań finansowych przy niewielkiej szansie na odzyskanie zwróconych kwot.

Na powyższy problem nałożyła się w polskich realiach dodatkowa okoliczność. Z uwagi na istnienie systemu obowiązkowych ubezpieczeń/gwarancji biur podróży, klientowi upadłego biura podróży, który za nieodbyłą wycieczkę zapłacił kartą płatniczą, służyły *de facto* co najmniej trzy niezależne od siebie roszczenia: podstawowe roszczenie względem masy upadłości, roszczenie z tytułu chargebacku oraz roszczenie z tytułu ubezpieczenia/gwarancji wykupionej przez upadłe biuro podróży. Powstało zatem realne ryzyko, iż dochodzona kwota zostanie tej samej osobie wypłacona kilkukrotnie. Brak było jasnych zasad postępowania w takich sytuacjach. Trudno przykładowo rozstrzygnąć,

co dzieje się w przypadku wypłaty kwoty z tytułu chargebacku przed wypłatami np. z tytułu gwarancji biura podróży. Czy agent rozliczeniowy wstępuje w takim przypadku w prawa klienta biura podróży? Istniejące przepisy prawa oraz regulaminy organizacji płatniczych nie pozwalały udzielić jednoznacznych odpowiedzi na te pytania.

Kontrowersje dotyczyły również sytuacji, w której płatności z tytułu nieodbytych wycieczek przyjmowali agenci upadłych biur podróży. Nie jest do końca jasne, czy agenci, którzy przekazali upadłemu przyjęte płatności, powinni być zobowiązani do zwrotu zapłaconych kwot na podstawie chargebacku. Również w tym przypadku istniejące regulacje nie pozwalały na określenie jasnych reguł postępowania.

Upadłości biur podróży ujawniły braki oraz niedoskonałości istniejących rozwiązań dotyczących chargebacku. Warto, w oparciu o doświadczenia zebrane w związku z omawianymi wydarzeniami, doprowadzić do stworzenia swoistej mapy ryzyk związanych z chargebackiem. Pozwoli to udoskonalić istniejące rozwiązania. Chodzi w szczególności o stworzenie procedur, które uniemożliwią nieuczciwym posiadaczom instrumentów kilkukrotne zaspokojenie roszczeń. Warto również stworzyć jasne rozwiązania w odniesieniu do płatności przyjmowanych przez agentów upadłych przedsiębiorców. Umożliwi to odbudowanie zaufania uczestników systemu obrotu bezgotówkowego do instytucji chargeback.

Krzysztof Wojdyło, adwokat, jest członkiem Zespołu Postępowania Regulacyjnych

Co ma bank do reprivatyzacji?

Krzysztof Wiktor Leszek Zatyka



Bardzo wiele atrakcyjnie położonych nieruchomości w Polsce nadal ma nieuregulowany stan prawny. Ze względu na swoją lokalizację coraz częściej są one obiektem zainteresowania deweloperów. A ponieważ nabycie nieruchomości jest zwykle finansowane przez bank, banki weszły do grona podmiotów zainteresowanych kompleksowym wyjaśnieniem zasadności zgłaszanych roszczeń reprivatyzacyjnych.

Zniszczenia wojenne w Polsce, w szczególności w dużych miastach, były tak olbrzymie, że do dziś nie zagospodarowano wszystkich terenów zdewastowanych w trakcie działań zbrojnych. Duża część tych terenów została przejęta przez państwo wskutek powojennej nacjonalizacji, która objęła

szereg nieruchomości na terenie całego kraju. Wiele z nich zostało po 1989 roku skomunalizowanych lub uwłaszczono nimi przedsiębiorstwa państwowe i spółdzielnie mieszkaniowe.

Obecnie, z uwagi na duży rozwój budownictwa na cele mieszkaniowe i biurowe, jaki nastąpił

w ostatnim dwudziestoleciu, większość nieruchomości o uregulowanym stanie prawnym, położonych w centralnych punktach miast, została już zagospodarowana bądź nabyta przez deweloperów w tym celu. Dlatego też deweloperzy coraz częściej planują inwestycje w nieruchomości, w stosunku do których zgłoszone zostały bądź mogą powstać roszczenia dawnych właścicieli, bądź w stosunku do których toczą się postępowania administracyjne lub sądowe, których celem jest odzyskanie nieruchomości. Dotyczy to przede wszystkim nieruchomości stanowiących obecnie własność Skarbu Państwa lub jednostek samorządu terytorialnego, ale także sprywatyzowanych przedsiębiorstw państwowych lub ich następców prawnych.

A ponieważ zdecydowana większość transakcji nabycia nieruchomości komercyjnych odbywa się z udziałem banków kredytujących inwestycje, banki stają się kolejnymi podmiotami zainteresowanymi kompleksowym wyjaśnieniem charakteru i zasadności zgłaszanych roszczeń reprivatyzacyjnych.

Przed udzieleniem kredytu na zakup nieruchomości obciążonej roszczeniami reprivatyzacyjnymi bank, w ramach analizy zdolności kredytowej kredytobiorcy i aktualnego stanu prawnego nieruchomości będącej przedmiotem zabezpieczenia, powinien zbadać nie tylko aktualne wpisy i wzmianki o wnioskach w księdze wieczystej nieruchomości, ale również prawidłowość uzyskania tych praw i podstaw wpisu do księgi wieczystej. Jest to szczególnie ważne, jeżeli prawa do nabywanej nieruchomości przysługują w dalszym ciągu Skarbowi Państwa bądź jednostce samorządu terytorialnego. Oznacza to konieczność analizy dokumentacji dotyczącej nieruchomości oraz postępowań administracyjnych, które toczyły się w ciągu ponad sześćdziesięciu lat od zakończenia II wojny światowej. Zbadać trzeba również następstwo prawne autorów roszczeń reprivatyzacyjnych po dawnych właścicielach nieruchomości. Bez znaczenia są natomiast hipoteki historyczne wpisane do ksiąg wieczystych przed nacjonalizacją, nawet jeżeli do tej pory nie zostały formalnie wykreślone.

Bank nie jest w stanie samodzielnie zbadać kwestii roszczeń reprivatyzacyjnych. Musi jednak ustalić swoją politykę w tym zakresie w ramach procedur zarządzania ryzykiem kredytowym. Do wyboru ma albo całkowitą rezygnację z finansowania transakcji nieruchomości objętych roszczeniami reprivatyzacyjnymi, albo udzielanie kredytów po przeprowadzeniu procedur minimalizujących ryzyko kredytowe.

Co do zasady ustaleniu podlegać będzie, czy nabycie nieruchomości następuje przez kredytobiorcę w dobrej czy złej wierze, a więc czy działania nabywcy objęte

będą zasadą rękoi wiary publicznej ksiąg wieczystych. Zasada ta chroni nabywcę własności nieruchomości (lub prawa użytkowania wieczystego do niej) od osoby nieposiadającej praw do jej zbycia.

W kontekście roszczeń reprivatyzacyjnych nabycie w dobrej wierze oznacza nabycie praw do nieruchomości ze świadomością nabywania od osoby uprawnionej, z jednoczesnym brakiem świadomości zgłoszonych roszczeń dawnych właścicieli i brakiem świadomości postępowań wszczętych w przedmiocie zwrotu nieruchomości. W złej wierze jest bowiem ten, kto wiedział lub z łatwością mógł się dowiedzieć o roszczeniach reprivatyzacyjnych i ich zasadności. Złą lub dobrą wiarę nabywcy nieruchomości ocenia się według jego świadomości i wiedzy z daty zawarcia umowy przenoszącej własność (istotna różnica dotyczy prawa użytkowania wieczystego, gdyż w tym przypadku oceny dobrej lub złej wiary nabywcy dokonuje się na dzień wpisu tego prawa do księgi wieczystej, co oznacza konieczność dodatkowego zbadania wzmianek o wnioskach i wpisów powstałych między zawarciem umowy a wpisem prawa użytkowania wieczystego do księgi wieczystej).

Często jednak przedmiotem transakcji jest nieruchomość, w stosunku do której zostały już zgłoszone roszczenia, toczą się postępowania w przedmiocie zwrotu nieruchomości, a w księdze wieczystej znajdują się wzmianki o wnioskach o wpis ostrzeżeń. W takiej sytuacji przedmiotem analizy będzie ocena ich zasadności, a decyzje dewelopera oraz banku w zakresie inwestowania i kredytowania obarczone będą ryzykiem gospodarczym. Należy przy tym pamiętać, że każda wzmianka o wniosku o wpis roszczeń reprivatyzacyjnych, zamieszczona w księdze wieczystej, wyłącza działanie rękoi do czasu prawomocnego wykreślenia tej wzmianki wskutek oddalenia wniosku. Samo pojawienie się wzmianki o wniosku o wpis w księdze wieczystej roszczeń reprivatyzacyjnych nie oznacza więc automatycznego wyłączenia rękoi. Wzmianka taka zawsze wymaga dokładnego zbadania treści wniosku.

Konieczność analizy roszczeń reprivatyzacyjnych widoczna jest szczególnie przy nabywaniu przez kredytobiorcę prawa użytkowania wieczystego. Jak wiadomo, prawo użytkowania wieczystego ustanowione może być jedynie na nieruchomości Skarbu Państwa bądź jednostki samorządu terytorialnego. Podważenie przez dawnych właścicieli podstawy nabycia prawa własności nieruchomości przez te podmioty i jego odzyskanie przez dawnych właścicieli może skutkować wygaśnięciem ustanowionego prawa użytkowania wieczystego gruntu, gdyż prawo użytkowania wieczystego nie

może być ustanowione na nieruchomości będącej własnością prywatną. Wprawdzie Sąd Najwyższy i sądy powszechne coraz częściej potwierdzają, że nabycie prawa użytkowania wieczystego od osoby nieuprawnionej do jego zbycia chronione jest rękojnią wiary publicznej ksiąg wieczystych, jednakże stanowisko to nie jest ostatecznie ugruntowane i budzi wątpliwości, zarówno w orzecznictwie, jak i w doktrynie, głównie z tej przyczyny, że rękojnia chroniąca użytkownika wieczystego niejako „przy okazji” sankcjonuje nabycie praw własności do nieruchomości przez Skarb Państwa, mimo że jej nacjonalizacja, po wielu latach, została unieważniona jako rażąco naruszająca prawo.

Zasadność roszczeń reprivatyzacyjnych może więc skutkować dla banku podwójnym ryzykiem. Po pierwsze, podjęcie skutecznych działań i odzyskanie nieruchomości przez dawnych właścicieli pozbawi kredytobiorcę praw do nieruchomości wskutek wygaśnięcia prawa użytkowania wieczystego i hipoteki

ustanowionej na tym prawie, uniemożliwiając mu zrealizowanie inwestycji i negatywnie wpływając na jego zdolność do regulowania własnych zobowiązań, w tym kredytowych. Po drugie, wygaśnięcie hipoteki banku na skutek wygaśnięcia użytkowania wieczystego pozbawi bank przedmiotu zabezpieczenia. Bank będzie mógł wówczas skierować swoje roszczenia jedynie do pozostałych składników majątku kredytobiorcy, w tym do roszczeń kredytobiorcy związanych z wygaśnięciem prawa użytkowania wieczystego. Wynik postępowania sądowego i egzekucyjnego w takim wypadku będzie niepewny w porównaniu z egzekucją wykonywaną w oparciu o ustanowione zabezpieczenie hipoteczne.

W przypadku finansowania transakcji nabycia nieruchomości obarczonej ryzykiem reprivatyzacyjnym tylko dogłębna analiza zasadności roszczeń do nieruchomości, wskazująca możliwe przyszłe scenariusze zdarzeń prawnych, umożliwi bankowi podjęcie racjonalnej decyzji w przedmiocie wniosku kredytowego.

Krzysztof Wiktor, radca prawny, jest członkiem Zespołu Reprivatyzacji

Leszek Zatyka, radca prawny, jest członkiem Zespołu Reprivatyzacji

Outsourcing pracowniczy

dr Szymon Kubiak



Umowy outsourcingowe podbiły serca i umysły przedsiębiorców. Są jednym z najgorętszych tematów dyskusji – szczególnie w czasach kryzysu gospodarczego, gdy wszyscy szukają kolejnych oszczędności. Może właśnie dlatego Harvard Business Review uznał outsourcing za największe odkrycie ostatnich lat. Warto więc zastanowić się, czym właściwie jest ten fenomen i jakie rodzi ryzyka, zwłaszcza w kontekście stosunków pracowniczych.

Definicji samego outsourcingu jest wiele. Zgodnie z jedną z nich outsourcingiem jest przekazywanie funkcji wykonywanych dotychczas przez pracowników danego przedsiębiorstwa (outsourcera) firmie zewnętrznej (insourcerowi), co do zasady niezwiązanej bezpośrednio z outsourcerem, najczęściej specjalizującej się w konkretnej dziedzinie,

np. w zarządzaniu, obsłudze określonych procesów biznesowych, infrastrukturze czy określonych technologiach – np. IT.

Kodeks cywilny (ani żaden inny) nie zawiera definicji umowy outsourcingowej – uznaje się, że jest to tzw. umowa nienazwana. Trudno jednak wskazać listę cech

wspólnych pozwalających na wyodrębnienie takiego typu umowy. Jednolity wzór umowy outsourcingowej nie istnieje i najprawdopodobniej nie zostanie stworzony. Rzeczywistość gospodarcza, w której znajduje zastosowanie outsourcing, jest bowiem zbyt różnorodna.

Outsourcing pracowniczy (zwany też nieprecyzyjnie leasingiem pracowniczym) bywa często mylony z zatrudnianiem pracowników tymczasowych. Jest to istotny błąd, postaramy się więc uporządkować te pojęcia.

Zatrudnianie pracowników tymczasowych

Zostało uregulowane ustawą z 9 lipca 2003 r. o zatrudnieniu pracowników tymczasowych. To forma „atypowego zatrudnienia” z udziałem trzech podmiotów. Upraszczając, polega ona na tym, że praca wykonywana jest u klienta (tzw. pracodawcy użytkownika) i pod jego kierownictwem. Agencja pracy tymczasowej (jako pracodawca) wypełnia natomiast obowiązki w zakresie zatrudnienia, ubezpieczenia, urlopów wypoczynkowych itd. Innymi słowy, choć stosunek pracy łączy pracownika tymczasowego z agencją pracy tymczasowej, praca jest wykonywana na rzecz i pod kierownictwem pracodawcy użytkownika. Wspomniana ustawa zawiera jednak przepisy nakazujące równe traktowanie pracowników tymczasowych i pracowników pracodawcy użytkownika (m.in. w zakresie wynagrodzeń). Na dodatek do takiej formy zatrudnienia, w zakresie nieuregulowanym we wspomnianej ustawie, stosuje się przepisy Kodeksu pracy. Najczęściej niweczy to biznesowe oczekiwanie stron, że ta forma zatrudnienia atypowego ograniczy bezpośrednie koszty zatrudnienia (szczególnie gdy trzeba jeszcze zapłacić prowizję agencji). Nie jest to więc i nie może być tańsza forma zatrudnienia.

Outsourcing pracowniczy

Korzysta ze swobody zawierania umów przewidzianej w przepisach Kodeksu cywilnego. Umowa outsourcingowa ma najczęściej charakter zbliżony do umowy o świadczenie usług lub umowy zlecenia. Jest to więc świadczenie określonych usług na rzecz innego podmiotu – jedynie wykonywanych przez pracowników lub własnych zleceniobiorców, podporządkowanych w całości podmiotowi wykonującemu te usługi, a nie podmiotowi, na rzecz którego usługi te są wykonywane. Kluczowa jest tu właśnie kwestia podporządkowania. Przez cały okres trwania outsourcingu pracowniczego pracodawcą lub też zleceniodawcą (jeśli podstawą zatrudnienia jest nie umowa o pracę, ale umowa cywilnoprawna, np. umowa o świadczenie usług z osobami samozatrudnionymi, czyli prowadzącymi jednoosobowe działalności gospodarcze) w stosunku

do wykonawców usługi pozostaje podmiot, który nawiązał z nimi stosunek pracy czy cywilnoprawny.

Dobrze skonstruowany i wykonywany outsourcing pracowniczy nie powinien prowadzić do powstania ani stosunku pracy, ani też stosunku zlecenia pomiędzy wykonawcami a podmiotem, na rzecz którego usługi lub praca są świadczone.

Innymi słowy, podstawową cechą odróżniającą outsourcing pracowniczy od zatrudnienia pracowników własnych lub też świadczenia pracy przez pracowników tymczasowych jest brak podporządkowania (zarówno prawnego, jak i faktycznego) wykonawców w stosunku do podmiotu, u którego takie usługi/praca jest wykonywana.

Kluczową kwestią jest to, że prawidłowo zastosowany outsourcing pracowniczy nie skutkuje, co do zasady, koniecznością zrównania wysokości wynagrodzenia pracowników outsourcera i insourcera, nawet zatrudnionych na tych samych stanowiskach.

Wymóg braku podporządkowania został zliberalizowany w wyroku Sądu Najwyższego z 5 listopada 1999 r. (I PKN 337/99, OSNAP 2001, nr 6, poz. 186), w którym sąd ten analizował przypadek outsourcingu pracowniczego. Sąd Najwyższy stwierdził, że wykonywanie pracy w miejscu wyznaczonym przez rzeczywistego pracodawcę, tj. pracodawcę zatrudniającego, znajdującym się w zakładzie pracy innego podmiotu i pod jego kierownictwem, nie powoduje samo w sobie nawiązania stosunku pracy z tym podmiotem. W orzeczeniu tym Sąd Najwyższy za błędny uznał pogląd, iż pracownik powinien świadczyć pracę w zakładzie pracy pracodawcy i wyłącznie pod jego kierownictwem. Stwierdził bowiem, iż obowiązek taki nie wynika z uregulowań prawa pracy. Pracownik powinien stosować się do poleceń przełożonych (por. art. 100 § 1 Kodeksu pracy), a w praktyce życia gospodarczego polecenie przełożonego może polegać na tym, iż zobowiązuje on pracownika do czasowego lub nawet stałego wykonywania poleceń innych osób (np. innego podmiotu/pracodawcy).

Ryzyko przejścia zakładu pracy

W kontekście outsourcingu pracowniczego nie można pominąć istotnego ryzyka uznania, że zawarcie umowy outsourcingowej będzie skutkowało przejściem całości lub części zakładu pracy. Konsekwencją byłoby przejście na insourcera pracowników outsourcera (lub odwrotnie – w przypadku zakończenia umowy outsourcingu).

Żaden przepis wspólnotowego prawa pracy nie stanowi wprost podstawy do ochrony pracowników przed skutkami outsourcingu. Nie znaczy to jednak, że

w przypadku outsourcingu pracownicy nie podlegają żadnej potencjalnej ochronie przed zmianami organizacyjnymi lub/i rozwiązaniem ich stosunków pracy w związku z takim procesem. Powierzenie podmiotom zewnętrznym zadań wykonywanych dotychczas samodzielnie przez pracodawcę może stanowić przejście części zakładu pracy (w rozumieniu dyrektywy Rady 2001/23/WE z 12 marca 2001 r., odzwierciedlonej w prawie polskim słynnym już art. 23¹ Kodeksu pracy).

Zgodnie z dyrektywą przejście części zakładu pracy nie może stanowić przyczyny rozwiązania z pracownikami stosunków pracy ani też być powodem zmiany warunków ich pracy. Pracownicy zaś z dniem przejścia stają się z mocy prawa pracownikami podmiotu przejmującego (w tym przypadku insourcera). Zastosowanie ochrony przewidzianej w dyrektywie może więc wyeliminować korzyści płynące z outsourcingu pracowniczego, takich jak redukcja kosztów zatrudnienia. W związku z tym w interesie stron zawierających umowy outsourcingu leży takie zdefiniowanie zakresu przejmowanych zadań, aby wykluczyć zastosowanie regulacji dotyczących przejścia części zakładu pracy.

Dyrektywa, podobnie jak art. 23¹ Kodeksu pracy, nie definiuje pojęcia przejścia zakładu pracy lub jego części na innego pracodawcę. W polskich przepisach brak jest katalogu zdarzeń (nie byłoby bowiem możliwe jego stworzenie), które powodują takie przejście. W orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej i Sądu Najwyższego przyjmuje się bardzo szerokie rozumienie tego pojęcia.

Sprawę pogarsza fakt, że polski Kodeks pracy rozumie je nawet szerzej niż dyrektywa. W prawie polskim (a konkretnie w art. 23¹ Kodeksu pracy) nie wprowadzono bowiem wymogu, aby przejmowana

jednostka zachowała swą tożsamość. Tymczasem zgodnie z art. 1 ust. 1 lit. b. dyrektywy przejście w jej rozumieniu zachodzi wówczas, gdy „przejmowana jest jednostka gospodarcza, która zachowuje swoją tożsamość, oznaczającą zorganizowane połączenie zasobów, którego celem jest prowadzenie działalności gospodarczej, bez względu na to, czy jest to działalność podstawowa, czy też pomocnicza”.

Niestety dla wszelkich koncepcji outsourcingu, w których przejęcie pracowników nigdy nie było zamiarem stron, a nawet wypaczałoby biznesowe założenia takiego rozwiązania, Sąd Najwyższy do niedawna uznawał wprost, iż element tożsamości jest obojętny dla zastosowania tego przepisu. Pojawilo się jednak światelko w tunelu. W jednym ze swoich najnowszych orzeczeń odnośnie do art. 23¹ Kodeksu pracy Sąd Najwyższy (wyrok SN z 13 kwietnia 2010 r., I PK 210/09) podjął próbę ograniczenia tak szeroko rozumianego pojęcia przejścia części zakładu pracy. Wskazał, że ocena, czy w przypadku „outsourcingu” określonych zadań do podmiotu zewnętrznego doszło do przejścia części zakładu pracy, wymaga całościowej i kompleksowej oceny takich okoliczności faktycznych, jak rodzaj zakładów, przejęcie składników majątkowych i niematerialnych, przejęcie większości pracowników, przejęcie klientów, a zwłaszcza stopień podobieństwa działalności prowadzonej przed przejęciem i po przejęciu zadań.

Podsumowując, pomimo coraz większej powszechności outsourcingu pracowniczego nie ukształtowała się jeszcze jednolita praktyka (w szczególności orzecnicza) oceny takich umów. Tylko więc dobrze skonstruowana umowa, dostosowana do sytuacji faktycznej i prawnej outsourcera i insourcera, bezpiecznie i skutecznie spełni oczekiwania biznesowe stron, chroniąc je przed kosztownym i długotrwałym sporem.

dr Szymon Kubiak, radca prawny, jest członkiem Zespołu Prawa Pracy

Natura 2000 i inne formy ochrony przyrody a proces inwestycyjny i transakcje fuzji i przejęć

Bartosz Kuraś Izabela Zielińska-Barłózek

Ograniczenia obowiązujące na terenach objętych obszarowymi formami ochrony przyrody, takimi jak Natura 2000, parki narodowe czy parki krajobrazowe, mogą mieć niebagatelne znaczenie dla możliwości przeprowadzenia procesu inwestycyjnego i transakcji fuzji i przejęć.

Często nabywca nieruchomości nie może przeprowadzić zamierzonej inwestycji *greenfield*, gdyż planowana lokalizacja została objęta którąś z form ochrony przyrody. Może też się okazać, że działalność istniejącego przedsiębiorstwa jest prowadzona na obszarach, na których obowiązują zakazy lub nakazy, albo działalność ta negatywnie oddziałuje na obszary Natura 2000, przez co inwestor po transakcji nie może zrestrukturyzować przedsiębiorstwa albo zwiększyć jego mocy produkcyjnej.

Jednak nawet gdy wiadomo, że planowana inwestycja koliduje z celami ochrony poszczególnych obszarów, można próbować znaleźć rozwiązania umożliwiające jej realizację. Trzeba przy tym pamiętać, że naruszenie ograniczeń związanych z formami ochrony przyrody może skutkować w pewnych przypadkach wydaniem decyzji nakazującej wstrzymanie działalności przedsiębiorstwa.

Formy ochrony przyrody i przykładowe ograniczenia

Formy ochrony przyrody to system administracyjnych zabezpieczeń, które realizują cele ochrony przyrody. Wynikają one przede wszystkim z ustawy z dnia 16 kwietnia 2004 r. o ochronie przyrody. Wyróżnia się przy tym formy obszarowej ochrony przyrody, formy ochrony indywidualnej oraz ochronę gatunkową roślin i zwierząt.

Dla procesu inwestycyjnego oraz dla transakcji, których przedmiotem są nieruchomości (lub udziały w spółkach posiadających nieruchomości), podstawowe znaczenie mają formy ochrony obszarowej, a więc parki narodowe, rezerваты przyrody, parki krajobrazowe, obszary chronionego krajobrazu oraz obszary Natura 2000.



Z jakimi dokładnie zakazami i nakazami inwestor będzie musiał się zmierzyć, zależy od konkretnego obszaru chronionego (z wyjątkiem obszarów Natura 2000, gdzie ograniczenia i wyjątki od nich są co do zasady jednakowe).

W praktyce najczęściej analizowane są ograniczenia związane z inwestycjami na terenie parków krajobrazowych lub obszarów chronionego krajobrazu (zajmujących według różnych szacunków prawie jedną trzecią powierzchni Polski). Pod pewnymi warunkami można bowiem na tych obszarach prowadzić działalność gospodarczą, przy tym ograniczenia tam obowiązujące nie są aż tak surowe jak na terenie parków narodowych.

Istotne znaczenie praktyczne ma przy tym możliwość wprowadzenia zakazu realizacji przedsięwzięć mogących znacząco oddziaływać na środowisko – a właśnie ten zakaz najczęściej jest wprowadzany na obszarach chronionych.

Otóż zgodnie z ustawą z dnia 3 października 2008 r. o udostępnianiu informacji o środowisku i jego ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie środowiska oraz o ocenach oddziaływania na środowisko przedsięwzięcia znacząco oddziałujące na środowisko dzieli się na takie, które mogą zawsze znacząco oddziaływać na środowisko (uogólniając, są to przedsięwzięcia dużych rozmiarów), i na takie, które mogą potencjalnie znacząco oddziaływać na środowisko, jeżeli został stwierdzony obowiązek przeprowadzenia oceny oddziaływania przedsięwzięcia na środowisko. Szczegółowo określa je rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 9 listopada 2010 r. w sprawie przedsięwzięć mogących znacząco oddziaływać na środowisko.

Co ważne, zakaz realizacji przedsięwzięć mogących znacząco oddziaływać na środowisko nie dotyczy realizacji tych przedsięwzięć, dla których sporządzenie raportu o oddziaływaniu na środowisko nie jest obowiązkowe, a przeprowadzona procedura oceny oddziaływania na środowisko wykazała brak niekorzystnego wpływu na przyrodę parku krajobrazowego. Dla parku rozrywki czy pola golfowego nie zawsze musi być więc konieczne sporządzenie raportu. Jeśli nie jest (o czym decyduje organ wydający decyzję o środowiskowych uwarunkowaniach), a omawiany zakaz obowiązuje, to mimo to można zrealizować takie przedsięwzięcie w parku krajobrazowym. Wykazać jednak należy brak niekorzystnego wpływu na dany obszar. Nie można przy tym naruszyć innych zakazów obowiązujących na danym obszarze.

Warto też pamiętać, że granice obszarowych form

ochrony przyrody wyznaczane są w złożonej procedurze, której podstawy prawne wielokrotnie ulegały zmianom. W praktyce zdarza się zatem, że procedura wyznaczania danego parku krajobrazowego lub rezerwatu przyrody obarczona jest wadami. W pewnych sytuacjach, gdy wady te są istotne, może okazać się, że *de facto* zakazów nie ma, skoro nie ma prawidłowo wyznaczonego chronionego obszaru.

Ograniczenia wynikające z sieci Natura 2000

Szczególnie dotkliwe ograniczenia mogą wystąpić, jeżeli w sąsiedztwie planowanej inwestycji ustanowione zostały obszary Natura 2000 (co ważne, nie musi to być sąsiedztwo bliskie). Inaczej niż przy pozostałych obszarowych formach ochrony przyrody, nie ma znaczenia, gdzie jest zlokalizowane dane przedsięwzięcie: czy w granicach obszaru Natura 2000, czy też poza jego granicami. W tym przypadku bowiem wystarczy, że planowana działalność będzie znacząco negatywnie oddziaływać na cele ochrony obszarów Natura 2000.

Zgodnie z ustawą o ochronie przyrody co do zasady zabronione jest podejmowanie działań mogących (osobno lub w połączeniu z innymi działaniami) znacząco negatywnie oddziaływać na cele ochrony obszaru Natura 2000. Dotyczy to w szczególności sytuacji, gdy działania takie mogłyby pogorszyć stan siedlisk przyrodniczych lub siedlisk gatunków roślin i zwierząt, dla których ochrony wyznaczono obszar Natura 2000, lub wpłynąć negatywnie na gatunki, dla których ochrony został wyznaczony obszar Natura 2000, lub wreszcie pogorszyć integralność obszaru Natura 2000 lub jego powiązania z innymi obszarami. Trzeba podkreślić, że nie chodzi tutaj o jakiegokolwiek oddziaływanie, lecz jedynie o znaczące negatywne oddziaływanie na środowisko. Jak słusznie zauważył NSA (wyrok z 10 marca 2011 r., II OSK 2561), oznacza to, że nie wszystkie negatywne oddziaływania będą uniemożliwiały realizację przedsięwzięcia, ale tylko te, których skala oddziaływania będzie uznana za znaczącą. „Znaczące negatywne oddziaływanie” jest pojęciem nieostrym. Organ administracji prowadzący postępowanie zawsze powinien precyzyjnie wskazać przesłanki, na jakich oparł się, uznając dane oddziaływanie za znaczące i negatywne. Znaczenie mogą mieć tutaj m.in. intensywność i czas ingerencji.

Jest obszar Natura 2000 i może być obszar Natura 2000 – te same ograniczenia

Wyznaczanie obszarów Natura 2000 odbywa się w złożonej procedurze wymagającej współdziałania i uzgodnienia proponowanych obszarów m.in. z Komisją Europejską, przy czym ostatecznie rozporządzenie w tej sprawie wydaje Minister

Środowiska. Co istotne, ograniczenia mające zastosowanie do już wyznaczonych obszarów Natura 2000 stosuje się również do obszarów proponowanych, które mogą dopiero stać się obszarami Natura 2000.

Nie jest jednoznaczne, od kiedy dany obszar uznać należy za proponowany. Pomocne w takiej ocenie jest jednak najnowsze orzecznictwo NSA. Zdaniem NSA (wyrok z 10 lipca 2012 r., II OSK 708/11) właściwe zabezpieczenie danego projektowanego obszaru Natura 2000 powinno nastąpić co najmniej od dnia przesłania danych dotyczących tego obszaru Natura 2000 do Komisji Europejskiej. Samo podjęcie konsultacji społecznych w sprawie zaproponowania danego obszaru KE wydaje się więc etapem zbyt wczesnym (wyrok NSA z 17 kwietnia 2012 r., II OSK 146/12).

W konsekwencji trzeba pamiętać, że dla oceny, czy na danym terenie obowiązują ograniczenia związane z obszarami Natura 2000, nie wystarczy sama analiza rozporządzenia Ministra Środowiska ustanawiającego obszary Natura 2000.

Kiedy ograniczenia Natury 2000 nie mają zastosowania

Pod pewnymi warunkami możliwa jest realizacja działań mogących znacząco negatywnie oddziaływać na cele ochrony obszaru Natura 2000. Po pierwsze, muszą za tym przemawiać konieczne wymogi nadrzędnego interesu publicznego, w tym wymogi o charakterze społecznym lub gospodarczym. Po drugie, nie może istnieć alternatywny sposób realizacji tych działań. Po trzecie, zapewniona musi zostać kompensacja przyrodnicza niezbędna do zagwarantowania spójności i właściwego funkcjonowania sieci obszarów Natura 2000, której koszty powinien ponieść realizujący przedsięwzięcie.

Dodatkowe obostrzenia dotyczą działań znacząco negatywnie oddziałujących na siedliska i gatunki priorytetowe. Tego rodzaju działania dozwolone

są wyłącznie w celu ochrony zdrowia i życia ludzi, zapewnienia bezpieczeństwa powszechnego, uzyskania korzystnych następstw o pierwszorzędym znaczeniu dla środowiska przyrodniczego lub w celu wynikającym z koniecznych wymogów nadrzędnego interesu publicznego, po uzyskaniu opinii Komisji Europejskiej.

W orzecznictwie dominuje dość rygorystyczne podejście dotyczące dopuszczalności realizacji przedsięwzięcia, które może mieć negatywny wpływ na dobra chronione na obszarach Natura 2000. Wskazuje się przy tym (wyrok WSA w Warszawie z 26 kwietnia 2007 r., IV SA/Wa 2319/06), że organ administracji musi rozważyć istnienie rozwiązań alternatywnych, uwzględniając także koszty środowiskowe czy społeczne ich realizacji. Istnienie alternatywnego rozwiązania należy rozważać, mając na uwadze szczególną potrzebę ochrony dóbr objętych specjalnymi formami ochrony przyrody, nie pomijając równocześnie potrzeby racjonalnego równoważenia racji ochrony tych obszarów z innymi względami oraz zasady zrównoważonego rozwoju.

Uwagi końcowe

Obowiązujący system obszarowej ochrony przyrody wprowadza szereg zakazów i nakazów, które ograniczają możliwość prowadzenia na danym terenie określonego rodzaju działalności albo, jak w przypadku obszarów Natura 2000, działalności znacząco negatywnie oddziałującej na te obszary.

Dlatego też w ramach badania prawnego nieruchomości, na której ma być przeprowadzona inwestycja, lub w ramach badania prawnego spółki, której działalność oddziałuje na środowisko, wskazana jest również weryfikacja, czy planowana bądź już prowadzona działalność nie narusza ograniczeń wynikających z obszarowych form ochrony przyrody. Jeżeli narusza, wówczas należy zbadać, czy możliwe są odstępstwa od ograniczeń, tak aby zamierzone przedsięwzięcie mogło być zrealizowane lub działalność mogła być dalej prowadzona.

Bartosz Kuraś jest członkiem Zespołu Prawa Ochrony Środowiska

Izabela Zielińska-Barłożek, radca prawny, jest współnikiem odpowiedzialnym za Zespół Prawa Ochrony Środowiska

Perspektywy wydobywania węglowodorów w Polsce – spojrzenie prawnika

Weronika Pelc Radosław Wasiak



Zgodnie z szacunkami Państwowego Instytutu Geologicznego zasoby gazu łupkowego w Polsce mogą wynosić od 346 mld m³ do 768 mld m³. Do tego dochodzą złoża ropy naftowej, oceniane wstępnie na 268 mln ton. Choć wcześniejsze szacunki amerykańskiej Agencji ds. Energii były bardziej optymistyczne, zapał inwestorów branżowych nie osłabł. Szacowane zasoby w połączeniu z udokumentowanymi złożami konwencjonalnymi pozwolą w pełni zaspokoić wewnętrzne zapotrzebowanie Polski na błękitne paliwo przez 50-60 lat, a na ropę naftową przez lat 10. Niezbędny jest jednak przejrzysty i stabilny system regulacji prawnych zabezpieczający długofalowe interesy inwestorów, Skarbu Państwa, środowiska naturalnego oraz społeczności lokalnych.

Aktualne regulacje i postulaty ich zmian

Podstawowym aktem prawnym regulującym prowadzenie działalności w zakresie poszukiwania, rozpoznawania i wydobywania węglowodorów jest obecnie ustawa z dnia 9 czerwca 2011 r. – Prawo geologiczne i górnicze. Jej przepisy regulują takie kwestie jak: prawo własności kopalin i możliwość rozporządzania nimi (użytkowanie górnicze), prawo do dysponowania informacją geologiczną o złożach kopalin, zasady i tryb udzielania koncesji geologicznych oraz zasady i tryb prowadzenia działalności wydobywczej w tzw. zakładach górniczych.

Ponadto inwestycje węglowodorowe podlegają regulacjom zawartym w szeregu innych aktów prawnych. Do najistotniejszych zaliczyć należy: ustawy z zakresu ochrony środowiska dotyczące m.in. oceny oddziaływania inwestycji na środowisko, ustawę – Prawo wodne regulującą kwestie możliwości wykorzystania wody w zabiegu szczelinowania hydraulicznego, ustawy o odpadach oraz o odpadach wydobywczych, które nakładają liczne wymogi w zakresie magazynowania i utylizacji cieczy pozostającej po procesie wydobywczym, przepisy z zakresu planowania i zagospodarowania przestrzennego nakładające obowiązek uwzględnienia działalności wydobywczej w dokumentach planistycznych mających charakter prawa miejscowego czy też przepisy ustawy o substancjach chemicznych i ich mieszaninach, która ma zastosowanie w zakresie chemicznych dodatków tworzących wraz z wodą i piaskiem plyn szczelinujący.

Wymienione ustawy wraz z innymi ustawami i aktami niższego rzędu wydawanymi na ich podstawie powinny tworzyć spójny i jasny system uregulowań.

Choć regulacje zawarte w nowym Prawie geologicznym i górniczym oraz liczne nowelizacje innych aktów prawnych zostały wprowadzone już po rozpoczęciu działalności w zakresie niekonwencjonalnych złóż węglowodorów oraz po rozdzieleniu większości perspektywicznych koncesji pomiędzy zainteresowanych inwestorów, nowe prawo w powszechnym przekonaniu nie do końca odpowiada specyficznym metodom eksploatacji tych złóż. Nowe przepisy, podobnie jak regulacje obowiązujące poprzednio, nie różnicują złóż węglowodorów konwencjonalnych i niekonwencjonalnych. Tym samym, pomimo znaczących różnic w sposobie prowadzenia prac geologicznych, konieczne jest stosowanie do obu rodzajów działalności tych samych, nie zawsze przystających do nich przepisów.

Metody eksploatacji węglowodorów ze złóż niekonwencjonalnych budzą również obawy

o bezpieczeństwo środowiska naturalnego, zwłaszcza zasobów wody pitnej. Aby podtrzymać przyjazny klimat dla gazu łupkowego, przepisy prawa powinny więc tworzyć jasne reguły monitoringu stanu środowiska w procesie eksploatacji złóż i po jego zakończeniu. Postulat ten jest szczególnie aktualny w kontekście podnoszonego przez środowiska ekologów zarzutu różnego traktowania inwestycji tego samego rodzaju przez organy ochrony środowiska działające na różnych obszarach kraju.

Eksploatacja niekonwencjonalnych złóż węglowodorów ma również istotny aspekt ekonomiczny. Wydobywanie gazu łupkowego ma zwiększyć niezależność energetyczną Polski, uniezależniając ją od zewnętrznych dostaw surowców. Ponadto doprowadzić ma do zmniejszenia cen energii, a tym samym do zwiększenia konkurencyjności gospodarki polskiej. Jednocześnie wskazuje się na konieczność obłożenia węglowodorów specjalnymi daninami publicznymi, które przełożyć się mają na zwiększenie dochodów i ograniczenie deficytu budżetowego.

W najbliższej przyszłości można się więc spodziewać uchwalenia nowych przepisów lub nowelizacji już obowiązujących. Nowe regulacje wynikać mogą z wewnątrz krajowych planów legislacyjnych oraz z oczekiwań zgłaszanych na forum wspólnotowym

Plany legislacyjne Rządu RP

W październiku 2012 roku Ministerstwo Środowiska przedstawiło założenia nowej ustawy węglowodorowej. Planowane rozwiązania zmierzają w kierunku zwiększenia obciążeń podatkowych związanych z działalnością w zakresie eksploatacji węglowodorów (zauważyć należy, że obciążenia te dotychczas były jednymi z najniższych na świecie). Poza planowanym zwiększeniem dochodów Skarbu Państwa, istotnym celem nowych przepisów jest zwiększenie kontroli Skarbu Państwa nad procesem poszukiwania i eksploatacji węglowodorów oraz nad procesem obrotu koncesjami udzielanymi na tego rodzaju działalność.

Zgodnie z projektem ogół obciążeń wynikających ze wszystkich podatków i opłat nakładanych na przedsiębiorców prowadzących działalność wydobywczą powinien kształtować się na poziomie 40% ich zysku brutto. Na obciążenia te składać mają się m.in. nowo wprowadzane podatki od wydobywania niektórych kopalin (w wysokości 5% wartości wydobytego gazu i 10% wydobytej ropy) oraz od dodatnich skumulowanych przepływów finansowych (podatek typu *cash flow* w wysokości 25%). Przewiduje się też podniesienie opłat eksploatacyjnych, których wysokość będzie zróżnicowana w zależności od

rodzaju węglowodorów i typu złoża, z jakiego będą one wydobywane.

W celu zwiększenia kontroli Skarbu Państwa nad procesem eksploatacji węglowodorów ponownym modyfikacjom ulegnie system koncesjonowania działalności węglowodorowej. Zniesiony ma być m.in. obowiązek posiadania koncesji na prace poszukiwawcze prowadzone bez odwiertów oraz zasada pierwszeństwa w uzyskaniu koncesji rozpoznawczo-wydobywczej po zakończeniu prac poszukiwawczych. Przewiduje się wprowadzenie zasady pierwokupu koncesji czy też możliwości przeniesienia koncesji tylko na rzecz określonych podmiotów, które poddane zostały procedurze prekwalifikacji. Dodatkowo przewiduje się powołanie spółki ze 100% udziałem Skarbu Państwa pod nazwą Narodowy Operator Kopalni Energetycznych (NOKE). Spółka ta ma uczestniczyć w procesie eksploatacji złóż w charakterze kapitałowego udziałowcy konsorcjum wydobywczego.

Szereg przedstawionych założeń jest zbyt ogólny, aby oszacować ich wpływ na pozycję inwestorów. Nie wiadomo na przykład, jaka będzie pozycja NOKE w procesie inwestycyjnym. Czy spółka ta będzie partycypować jedynie w zyskach z eksploatacji węglowodorów, czy również w jej kosztach i czy w związku z tym będzie miała wpływ na decyzje biznesowe podejmowane przez przedsiębiorców. Nie jest też jasne, jak nowe regulacje wpłyną na prawa i obowiązki dotychczasowych koncesjonariuszy. Projekt założeń do ustawy wydaje się sugerować, iż zachowają oni prawa nabyte na podstawie dotychczasowych przepisów.

Te i inne kwestie z pewnością zostaną sprecyzowane w momencie przedstawienia przez Ministra Środowiska szczegółowego projektu nowego prawa, który zgodnie z zapowiedziami powinien ujrzeć światło dzienne w I kwartale 2013 roku, choć z uwagi na istotność i złożoność kwestii, jakie ustawa ma regulować, niewykluczone jest późniejszy termin.

Aspekty wspólnotowe

Istotną informację o prawdopodobnych kierunkach zmian ustawodawczych zawiera też rezolucja Parlamentu Europejskiego z 21 listopada 2012 r. w sprawie wpływu działalności wydobywczej gazu łupkowego i oleju łupkowego na środowisko (2011/2308 (INI)).

Uchwała Parlamentu nie ma mocy wiążącej, ale zawiera podsumowanie dyskusji zwolenników i przeciwników wydobywania gazu łupkowego oraz ich wspólnie wypracowane stanowisko. W uchwale przyznaje się, że państwa członkowskie posiadają wyłączne prerogatywy w zakresie eksploataowania posiadanych przez nie

zasobów energii, ale podkreśla się konieczność przestrzegania unijnych przepisów dotyczących ochrony bezpieczeństwa i środowiska. Uchwała wymienia 17 unijnych dyrektyw i rozporządzeń, które aktualnie znajdują zastosowanie do wydobywania gazu łupkowego. Większość z nich dotyczy kwestii ochrony środowiska.

Uchwała wylicza też rozmaite wątpliwości i obawy co do wpływu wydobywania gazu i oleju łupkowego na środowisko. Zaleca przyjęcie dodatkowych przepisów gwarantujących właściwy stopień ochrony środowiska w działalności wydobywczej w odniesieniu do niekonwencjonalnych paliw kopalnych. W uchwale podnosi się, że rozwój gazu łupkowego budzi kontrowersje, że zrównoważony charakter gazu łupkowego nie został jeszcze udowodniony, a zwiększenie zużycia paliw kopalnych może być niezgodne z konwencją ONZ w sprawie zmian klimatu.

Zgodnie z uchwałą konieczne jest m.in.:

- objęcie prac w zakresie poszukiwania, rozpoznawania i wydobywania gazu łupkowego obowiązkiem sporządzania oceny oddziaływania na środowisko;
- opracowanie i stosowanie najlepszych dostępnych praktyk w tym zakresie;
- przeniesienie na spółki zajmujące się poszukiwaniem i wydobywaniem gazu łupkowego ciężaru dowodu w zakresie odpowiedzialności za powstałe szkody (czyli wprowadzenie domniemania, że stwierdzone w danej lokalizacji szkody powstają ze względu na ich działanie);
- zakazanie prowadzenia prac w obszarach ochrony wody pitnej oraz na obszarach wydobywania węgla kamiennego;
- wprowadzenie wymogu stosowania zamkniętego systemu recyklingu wody z wykorzystaniem stalowych zbiorników;
- wprowadzenie minimalnych odstępów bezpieczeństwa;
- wprowadzenie obowiązku wprowadzenia urządzeń do spalania całkowitego w otworach.

Uchwała wskazuje też wiele innych aspektów tej działalności, które powinny zostać bardziej szczegółowo uregulowane i w kilku punktach wzywa Komisję Europejską do przedstawienia wniosków ustawodawczych. Dlatego możliwe jest opracowanie dyrektywy poświęconej niekonwencjonalnym paliwom kopalnym, która zaostrzy warunki prowadzenia tej działalności. Regulacje takie będą miały oczywisty wpływ na prawo polskie, które będzie musiało zostać do nich dostosowane.

Podsumowanie

Prowadzone prace w zakresie poszukiwania i rozpoznawania niekonwencjonalnych złóż gazu już wkrótce mogą dać realną odpowiedź na pytanie o ich rzeczywiste zasoby w Polsce. Ważne, aby do tego czasu powstał jednolity system regulacji prawnych, który zapewni zyski inwestorom prowadzącym

działalność wydobywczą, zwiększy dochody Skarbu Państwa i zagwarantuje bezpieczeństwo środowisku naturalnemu. Stworzenie takiego systemu umożliwić może Polsce dołączenie do grona państw, które dzięki posiadanym bogactwom naturalnym osiągnęły znaczący rozwój gospodarczy oraz stabilność ekonomiczną.

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

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

Kiedy pozew przychodzi z Portugalii

Łukasz Lasek Anna Pompe



Przedsiębiorcy coraz częściej toczą spory przed sądami różnych państw. Dotyczy to również sporów o naruszenie praw własności intelektualnej, które chociaż pozostają silnie związane z terytoriami państw udzielających praw wyłącznych, podlegają europejskim zasadom jurysdykcyjnym.

Ryzyka sporu sądowego nie sposób wyeliminować nawet przy zachowaniu najwyższej staranności. Przedsiębiorcy doskonale wiedzą, że mogą być zmuszeni dochodzić ochrony własnych interesów przed szkodzącą im działalnością konkurentów. Inaczej jest jednak, kiedy sami zostaną pozwani. Zaskoczenie jest tym większe, jeśli przedsiębiorca prowadzi działalność lokalnie, a pozew wpływa z zagranicy.

Z zasady spór sądowy toczy się przed sądem najbliższym dla pozwanego. Spór nie powinien bowiem łączyć się z dodatkowymi trudnościami dla strony broniącej się. Zasada ta odzwierciedla powszechne przekonanie, że dogodniej jest występować przed znanymi sobie sądami. Obecna rzeczywistość gospodarcza nie pozwala jednak wykluczyć, że spór sądowy przyjdzie pozwanemu toczyć przed sądem położonym w innej części kraju, lub nawet w innym państwie. Z naszej praktyki wynika,

że liczba sporów transgranicznych wzrasta, zwłaszcza tych dotyczących praw własności intelektualnej lub naruszenia zasad uczciwej konkurencji. Nie chcemy tu wnikać w przyczyny takiego stanu rzeczy. Warto jednak odnotować, że w odpowiedzi na szybko zmieniające się warunki prowadzenia działalności gospodarczej na rynku wewnętrznym UE, w tym coraz powszechniejszą obecność przedsiębiorców na kilku rynkach jednocześnie, prawodawstwo europejskie dąży do scalania systemów jurysdykcji krajowej.

Kwestię jurysdykcji, obok przepisów prawa krajowego, regulują przepisy europejskiego prawa procesowego, przede wszystkim rozporządzenie nr 44/2001 z dnia 22 grudnia 2000 r. w sprawie jurysdykcji i uznawania orzeczeń sądowych oraz ich wykonywania w sprawach cywilnych i handlowych. Potencjalny powód często będzie miał wybór między sądami jurysdykcji różnych państw i nie zawsze będzie dla niego korzystne prowadzenie sporu w państwie pozwanego. Wybór forum dla prowadzenia procesu sądowego stanowi nierzadko element strategii i to nie tylko w przypadku dużych postępowań o charakterze paneuropejskim. Zakaz naruszania znaku towarowego zarejestrowanego w Polsce może równie dobrze nadejść z cypryjskiego, angielskiego, co z polskiego sądu.

Jestem w internecie – pozwij mnie wszędzie

W przypadku spraw o naruszenie praw własności intelektualnej lub zasad uczciwej konkurencji spory będą rozstrzygane albo przez sądy funkcjonujące w okręgu zamieszkania pozwanego lub jego siedziby, albo przez sądy, w których okręgu doszło do zdarzenia powodującego szkodę lub gdzie szkoda faktycznie powstała.

Zastosowanie powyższych reguł do okoliczności konkretnych spraw coraz częściej rodzi duże problemy. Wiążą się one przede wszystkim z odchodzeniem od tradycyjnych form prowadzenia działalności gospodarczej i korzystaniem z nowoczesnych metod i rozwiązań biznesowych.

W ostatnich latach wyzwaniem dla Trybunału Sprawiedliwości UE były czyny niedozwolone popełniane w internecie. Ponieważ treści zamieszczone w internecie mogą być przeglądane w tym samym momencie przez nieograniczoną liczbę internautów w różnych krajach, potencjalnie wszędzie tam może dojść do wyrządzenia szkody innemu przedsiębiorcy. Taka sytuacja pozornie otwiera przed powodem możliwość prowadzenia sporu w dowolnie wybranym państwie. Trybunał wprowadził jednak mechanizmy mające ograniczyć tę arbitralność.

Jednym z ograniczeń jest tzw. doktryna mozaikowa. Polega ona na tym, że powód może dochodzić

roszczenia odszkodowawczego jedynie do wysokości szkody, jaką poniósł w danym państwie, w którym wytacza spór. Mechanizm ten co prawda nie ogranicza liczby możliwych miejsc, w których może toczyć się proces, niemniej przeciwdziała wytaczaniu sporów w jurysdykcjach mających ze sprawą, poza drobną szkodą, niewiele wspólnego (tzw. *forum shopping*).

Z najnowszego orzecznictwa Trybunału wynika, że sama dostępność stron internetowych w danym państwie może być niewystarczająca dla zakotwiczenia jurysdykcji krajowej sądów tego państwa. Postuluje się badanie, na jakie rynki ukierunkowana była działalność sprawcy, przy uwzględnieniu takich okoliczności jak język strony, dozwolone płatności, obecność przedstawiciela handlowego itd. Forum dla sporów wynikających z czynów niedozwolonych w internecie mogą zatem stanowić sądy tych właśnie państw, na których rynki chciał dotrzeć przedsiębiorca ze swoją ofertą.

Szkoda nie zawsze tam, gdzie zaksięgowano stratę

Interpretacja kluczowego pojęcia szkody i miejsca jej wystąpienia powoduje wiele trudności praktycznych i podlega ciągłej wykładni Trybunału. Trybunał jak dotąd wyraźnie wskazał, że po pierwsze – pojęcie szkody ma charakter autonomiczny i nie powinno być interpretowane przez pryzmat przepisów krajowych, a po drugie – szkoda nie obejmuje szkody wtórnej.

Czym jest szkoda wtórna? Niech za przykład posłuży następujący stan faktyczny. Polska spółka konkuruje na rynku francuskim ze spółką francuską, którą pozywa przed polski sąd z tytułu popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji na tamtejszym rynku. Zarzut dotyczy działań, które mają prowadzić do utraty przez polską spółkę kontraktów z francuskimi dystrybutorami. Oczywiście jest, że w takim przypadku następuje zmniejszenie obrotów polskiej spółki, ale gdzie dochodzi do powstania szkody? Zdaniem polskiej spółki szkoda powstała na jej ojcystym rynku, ponieważ tutaj odnotowuje ją w swoim majątku. Tymczasem można postrzegać, że tzw. szkoda pierwotna powstaje na rynku francuskim i jest związana z utratą tamtego rynku. Natomiast okoliczność, gdzie szkoda zostanie odnotowana księgowo, lub gdzie znajdują się główne aktywa poszkodowanego, ma wtórne znaczenie.

Należy zaznaczyć, że w okolicznościach tej konkretnej sprawy polski sąd udzielił tymczasowego zabezpieczenia roszczeń, co było dużym zaskoczeniem dla spółki francuskiej, tym bardziej że sąd zastosował przepisy polskiej ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Co więcej, sąd zakazał prowadzenia

określonych działań, nie obwarowując tego zakazu żadnymi ograniczeniami terytorialnymi. Należało zatem uznać, że zabezpieczenie ma charakter paneuropejski. Ostatecznie sprawa o zabezpieczenie zakończyła się uznaniem przez sąd drugiej instancji braku jurysdykcji krajowej sądów polskich i odrzuceniem wniosku o zabezpieczenie. Trzeba jednak oczekiwać, że z tego rodzaju sprawami będziemy mieli do czynienia coraz częściej.

Uwaga na nadużycia

Nikogo nie trzeba przekonywać, że pozwanie polskiej spółki w Salonikach lub portugalskiej w Zamościu nie będzie dla żadnej z nich komfortowe ani tanie. Zdarza się jednak, że zarzut braku jurysdykcji podniesiony w odpowiednim momencie może skutkować przeniesieniem sporu przed bardziej dogodny dla pozwanego sąd. Natomiast nieopatrzne wdanie się w spór co do istoty sprawy skutkuje utrwaleniem się jurysdykcji i koniecznością kontynuowania sprawy przed obcymi sądami, nawet jeżeli były one nieprawidłowo wskazane.

Stosunkowo często powodowie decydują się wnieść powództwo przed określony sąd pomimo braku podstawy jurysdykcyjnej. Liczą, że pozwany nie podniesie zarzutu braku jurysdykcji, a najlepiej – nie podejmie merytorycznej obrony, doprowadzając do uzyskania wyroku zaocznego. Przepisy europejskiego postępowania cywilnego bywają też nadużywane np. po to, żeby powstrzymać sądy innych państw przed rozpoznawaniem tej samej sprawy.

Ustawodawca europejski i Trybunał Sprawiedliwości podejmują próby minimalizowania negatywnych skutków wynikających z nadużywania przepisów procesowych, jak dotąd bez wyraźnych efektów.

Rady dla (potencjalnie) pozwanego

Inaczej niż w przypadku relacji kontraktowych, gdzie strony zawczasu uzgadniają forum dla rozwiązywania przyszłych sporów i dokonują wyboru prawa, sprawy o naruszenie praw własności intelektualnej i uczciwej konkurencji zawsze będą wnoszone przed sądy wybrane zgodnie z przepisami procedury cywilnej krajowej lub europejskiej ze wszystkimi ich niedoskonałościami.

Dlatego też przedsiębiorcy powinni uwzględniać europejskie przepisy procesowe, które pozwolą określić, jakie przepisy krajowe winny być wzięte pod uwagę przy ocenie prowadzonej przez nich działalności pod kątem zgodności z zasadami uczciwej konkurencji i prawami własności intelektualnej. Trzeba pamiętać, że działania na jednym rynku mogą stanowić naruszenie reguł uczciwej konkurencji w innym państwie.

W razie otrzymania pozwu z innego państwa przede wszystkim trzeba sprawdzić, czy pozew, załączniki do pozwu oraz pouczenia doręczone zostały w języku znanym pozwanemu lub w jednym z oficjalnych języków miejsca jego siedziby. Chociaż zgodnie z orzecznictwem Trybunału załączniki nieistotne dla podjęcia obrony nie muszą być przetłumaczone, nieprzetłumaczenie pozwu i zasadniczych dokumentów do niego dołączonych skutkuje wadliwością doręczenia, a taki pozew może zostać zwrócony nadawcy w ciągu tygodnia. W razie zaś przyjęcia pozwu istotne jest szybkie skontaktowanie się z prawnikami znającymi się na prawie danego państwa. W wielu państwach wraz z doręczeniem pozwu zaczynają biec terminy sądowe na wniesienie odpowiedzi na pozew. Często, tak jak np. w Polsce, terminy te są bardzo krótkie i identyczne zarówno dla pozwanych z zagranicy, jak i z kraju. Uchybienie takiemu terminowi może powodować różne konsekwencje, takie jak utrata prawa powoływania się na zarzuty, twierdzenia lub dowody, a nawet wydanie niekorzystnego wyroku zaocznego.

Podsumowanie

Przepisy europejskie pozostawiają pewną swobodę w wyborze miejsca prowadzenia sporu. Dlatego warto ocenić, które z nich będzie najbardziej optymalne. Możliwość prowadzenia postępowań paneuropejskich lub uzyskiwania zabezpieczeń o charakterze paneuropejskim może istotnie redukować koszty ochrony praw własności intelektualnej. Z drugiej strony natomiast nie sposób wyeliminować ryzyka otrzymania pozwu z zagranicy i dlatego należy znać swoje prawa procesowe, a także być świadomym konieczności szybkiego ustalenia pozycji procesowej i wyboru strategii dalszego działania.

Łukasz Lasek jest członkiem Zespołu Rozwiązywania Sporów i Arbitrażu

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

Odpowiedzialność odszkodowawcza członka zarządu w razie niezłożenia w terminie wniosku o ogłoszenie upadłości spółki z o.o.

Michał Bartowski Karol Czepukojć

Członek zarządu może zostać pociągnięty przez wierzyciela spółki do odpowiedzialności odszkodowawczej, jeśli nie złożono w terminie wniosku o ogłoszenie upadłości spółki. Wniosek powinien zostać zgłoszony w sądzie upadłościowym w terminie dwóch tygodni od dnia, w którym spółka stała się niewypłacalna. Obowiązek ten spoczywa na każdym z członków zarządu spółki, a jego niedopełnienie może mieć dla każdego z nich negatywne konsekwencje finansowe.

Celem regulacji, które ustanawiają odpowiedzialność odszkodowawczą członka zarządu w razie niezłożenia w terminie wniosku o ogłoszenie upadłości spółki z o.o., jest stworzenie dodatkowego zabezpieczenia interesów majątkowych wierzycieli spółki oraz wzmocnienie wiarygodności samej instytucji spółki z o.o., w której odpowiedzialność wspólników za zobowiązania spółki jest ograniczona tylko do majątku spółki. Członek zarządu może ponieść odpowiedzialność za szkodę wyrządzoną wierzycielowi spółki z o.o. poprzez niezłożenie w terminie wniosku o ogłoszenie jej upadłości na podstawie art. 299 k.s.h.¹ lub art. 21 ust. 3 p.u.i n.² W naszej publikacji omówimy tę pierwszą podstawę odpowiedzialności.

Na ryzyko odpowiedzialności odszkodowawczej z art. 299 k.s.h.³ naraża się członek zarządu spółki z o.o., która stała się niewypłacalna⁴ i wobec której nie zgłoszono w terminie wniosku o ogłoszenie upadłości.

¹ Ustawa z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych (Dz. U. Nr 94, poz. 1037 z późn. zm.).

² Ustawa z dnia 28 lutego 2003 r. Prawo upadłościowe i naprawcze (Dz. U. Nr 60, poz. 535 z późn. zm.).

³ W literaturze i orzecznictwie zarysował się wyraźny spór co do oceny charakteru odpowiedzialności członków zarządu na podstawie art. 299 k.s.h.: czy jest to odpowiedzialność odszkodowawcza za czyn niedozwolony, czy odpowiedzialność gwarancyjna za zobowiązania spółki. W ostatnich latach Sąd Najwyższy zdecydowanie opowiedział się za poglądem, że na tej podstawie członkowie zarządu ponoszą względem wierzycieli spółki odpowiedzialność za szkodę wyrządzoną im czynem niedozwolonym. Tak np.: SN w składzie siedmiu sędziów w uchwale z 7 listopada 2008 r., III CZP 72/2008, LexPolonica nr 1961623.

⁴ Zgodnie z art. 11 p.u.i n. spółkę z o.o. uznaje się za niewypłacalną, jeżeli zaprzestala wykonywania swoich wymagalnych zobowiązań pieniężnych lub jej zobowiązania przekroczyły wartość majątku spółki, nawet wówczas, gdy zobowiązania te są na bieżąco wykonywane.



Może do tego dojść, gdy prowadzona na wniosek wierzyciela egzekucja z majątku takiej spółki okazuje się bezskuteczna. W razie bezskuteczności egzekucji staje się oczywiste, że zarówno wierzyciel egzekwujący, jak i każdy inny wierzyciel niezabezpieczony rzeczowo na majątku spółki stracił szanse na zaspokojenie przez spółkę swych roszczeń. Każdy z wierzycieli, którego należność jest wymagalna (a więc nie tylko ten, na którego wniosek dokonano bezskutecznej egzekucji), uzyskuje wówczas możliwość wystąpienia przeciwko członkowi zarządu spółki na drogę sądową z roszczeniem odszkodowawczym. Sprawy te rozpatrywane są w postępowaniu cywilnym przed sądem właściwym według miejsca siedziby spółki (art. 298 k.s.h.).

Pociągnięta do odpowiedzialności może być osoba, która pełniła funkcję członka zarządu w czasie, w którym łącznie spełnione były dwa warunki: istniało zobowiązanie spółki względem wierzyciela (nawet jeszcze niewymagalne) i spółka była niewypłacalna. W praktyce, wbrew literalnemu brzmieniu art. 299 k.s.h., powództwo o naprawienie szkody może być więc wytoczone na tej podstawie także przeciwko osobie, która aktualnie nie pełni już funkcji członka zarządu. Na potrzeby publikacji będziemy ją jednak tak nazywali. Warto zauważyć, że pomiędzy osobami odpowiedzialnymi na podstawie art. 299 k.s.h. występuje wobec wierzycieli spółki odpowiedzialność solidarna z wszelkimi tego konsekwencjami.

W celu pociągnięcia członka zarządu do odpowiedzialności wierzyciel musi wykazać, że ma wobec spółki należność⁵ stwierdzoną tytułem egzekucyjnym⁶ i egzekucja tej wierzytelności z majątku spółki okazała się bezskuteczna lub byłaby się okazała bezskuteczna w razie jej przeprowadzenia. Obowiązek udowodnienia tego faktu jest w swej istocie dowodem na okoliczność doznania przez wierzyciela szkody, której wysokość stanowi, co do zasady, kwota niewyegzekwowanej od spółki należności, ewentualnie wraz z należnościami ubocznymi i kosztami bezskutecznej egzekucji⁷. Należy zwrócić uwagę, że

nie można uznać za bezskuteczną egzekucji, w ramach której wierzyciel uzyskał lub mógłby uzyskać chociażby częściowe zaspokojenie swojego roszczenia⁸.

W orzecznictwie aprobowane jest liberalne podejście do interpretacji pojęcia „bezskuteczna egzekucja”⁹. Bezskuteczność może więc zostać wykazana poprzez każdy dowód wskazujący, że spółka nie ma majątku, z którego wierzyciel mógłby się zaspokoić. Twierdzi się, że w tym celu nie musi wcale dojść do wszczęcia postępowania egzekucyjnego przeciwko spółce na rzecz konkretnego wierzyciela i jego umorzenia z uwagi na bezskuteczność. Wystarczy wykazać, że gdyby doszło do egzekucji na rzecz tego wierzyciela, to okazałaby się ona oczywiście bezskuteczna. Dowodem na to może być więc nie tylko postanowienie komornika sądowego o umorzeniu egzekucji prowadzonej na rzecz wierzyciela, będącego powodem w sprawie, z powodu jej bezskuteczności, ale także dowód „pośrednio” wykazujący tę okoliczność. Przykładem niech będzie:

- postanowienie komornika sądowego o umorzeniu egzekucji prowadzonej na rzecz innego wierzyciela z powodu jej bezskuteczności,
- postanowienie sądu upadłościowego o oddaleniu wniosku o ogłoszenie upadłości spółki z uwagi na brak majątku wystarczającego na pokrycie kosztów postępowania upadłościowego,
- bilans spółki lub wykaz majątku (sporządzony w trybie art. 913 i n. k.p.c.¹⁰), który dowodzi, że spółka nie ma środków na zaspokojenie wierzyciela,
- wykazanie, że majątek posiadany przez spółkę jest obciążony rzeczowo w stopniu, który nie pozwala liczyć na zaspokojenie roszczeń wierzyciela.

Członek zarządu może uwolnić się od odpowiedzialności odszkodowawczej, pomimo że egzekucja z majątku spółki okazała się albo byłaby się okazała bezskuteczna. Członek zarządu musi w tym celu wykazać, że we właściwym czasie doszło do zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości spółki. Nie ma znaczenia, czy był to wniosek o przeprowadzenie postępowania upadłościowego obejmującego likwidację majątku dłużnika, czy też postępowania upadłościowego z możliwością zawarcia układu. W orzecznictwie uważa się, że bez znaczenia jest także to, czy wniosek zgłosił członek zarządu będący stroną pozwaną w procesie, czy inny z uprawnionych do

⁵ Art. 299 k.s.h. dotyczy wierzytelności cywilnoprawnych i publicznoprawnych. Przepisy szczególne mogą jednak wyłączać jego zastosowanie do pewnych kategorii należności. Zob. np. art. 116 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (Dz. U. Nr 137, poz. 926 z późn. zm.) w odniesieniu do należności podatkowych i art. 116 Ordynacji podatkowej w zw. z art. 31 ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (Dz. U. Nr 137, poz. 887 z późn. zm.) w odniesieniu do należności z tytułu składek na ubezpieczenia społeczne. Przepisy te regulują zbliżone do art. 299 k.s.h. zasady odpowiedzialności członków zarządu.

⁶ SN w uchwale z 15 czerwca 1999 r., III CZP 10/99, LexPolonica nr 334994.

⁷ SN w składzie siedmiu sędziów w uchwale z 7 listopada 2008 r., III CZP 72/2008, LexPolonica nr 1961623.

⁸ SN w wyroku z 16 marca 2007 r., III CSK 404/2006, LexPolonica nr 2077161.

⁹ SN w wyroku z 9 maja 2008 r., III CSK 364/07, LexPolonica nr 2143632.

¹⁰ Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. Nr 43, poz. 296 z późn. zm.).

tego podmiotów¹¹. Liczy się jedynie fakt skutecznego zgłoszenia¹² wniosku o ogłoszenie upadłości spółki z zachowaniem ustawowego terminu.

Gdy nie doszło do zgłoszenia wniosku we właściwym czasie, pozycja członka zarządu pogarsza się, ale wciąż ma on możliwość obrony przed roszczeniami wierzycieli. Przepis art. 299 k.s.h. jest źródłem usuwalnego domniemania prawnego, którym objęte są przesłanki odpowiedzialności odszkodowawczej członka zarządu, tj. istnienie jego winy, szkody wierzyciela oraz związku przyczynowego. W celu obalenia tego domniemania członek zarządu musi wykazać, że nie ponosi on winy za niezłożenie wniosku w terminie lub, ewentualnie, że wierzyciel nie poniósł na skutek tego szkody. Może tego dokonać poprzez wykazanie, że np.:

- w trakcie jego kadencji spółka była wypłacalna,
- zobowiązanie spółki powstało po jego odwołaniu z pełnionej funkcji,
- we właściwym terminie od powołania na stanowisko, po ustaleniu stanu finansów spółki, złożył on wniosek o ogłoszenie upadłości spółki,

- od początku jego kadencji spółka nie miała środków na zaspokojenie kosztów postępowania upadłościowego, dlatego wniosek o ogłoszenie upadłości nie był zgłaszany,
- wierzyciel zwlekał z egzekucją z majątku spółki i to z tej przyczyny nie uzyskał zaspokojenia swych roszczeń.

Jeżeli członek zarządu nie będzie w stanie wykazać braku swojej winy lub braku szkody wierzyciela, i nie doszło do zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości spółki we właściwym czasie, to winno się uznać obowiązek członka zarządu naprawienia szkody poniesionej przez wierzyciela na skutek bezprawnego i zawinionego niezgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości spółki.

Tytułem zakończenia wspomnieć można, że polski rząd prowadzi aktualnie prace nad nowelizacją ustawy Prawo upadłościowe i naprawcze, która ma m.in. wydłużyć ustawowy termin na zgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości z dotychczasowych dwóch tygodni do jednego miesiąca. Postulowane zmiany obejmują również nowelizację art. 299 k.s.h. poprzez doprecyzowanie zasad odpowiedzialności na jego podstawie¹³.

¹¹ SN w wyroku z 9 maja 2008 r., III CSK 364/07, LexPolonica nr 2143632.

¹² Uznaje się, że nie można traktować wniosku jako skutecznie zgłoszonego, gdy został on następnie zwrócony lub odrzucony przez sąd upadłościowy ze względów formalnoprawnych.

¹³ Zob. rekomendacje Zespołu Ministra Sprawiedliwości ds. Nowelizacji Prawa Upadłościowego i Naprawczego z 19 grudnia 2012 r., < <http://ms.gov.pl/pl/novelizacja-prawa-upadlosciowego-i-naprawczego> >.

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

Karol Czepukojć jest członkiem Zespołu Upadłości i Restrukturyzacji

Czy koncepcja *deemed collection* może być atrakcyjnym rozwiązaniem dla nabywców wierzytelności?

Krzysztof Wojdyło Marcin Smolarek

Złożone transakcje pakietowej sprzedaży wierzytelności mają to do siebie, że w niemal każdej z nich, już po skutecznym nabyciu pakietu wierzytelności oraz zapłacie ceny, może się okazać, że wartość nominalna części przeniesionych wierzytelności nie odpowiada wartości branej pod uwagę przy określaniu ceny tych wierzytelności. Może do tego dojść z wielu powodów.



W niektórych transakcjach zbycia wierzytelności sprzedaż jest poprzedzona długotrwałą procedurą przetargową. Już przy składaniu ofert na nabycie portfeli oferenci są proszeni o przedstawienie wiążącej propozycji ceny za nabywany portfel. Propozycję taką przygotowuje się na podstawie stanu portfela z określonego dnia. Od wyceny portfela do momentu zapłaty ceny oraz skutecznego nabycia portfela może minąć nawet kilka miesięcy, podczas których zmienić się może wartość poszczególnych wierzytelności. Część wierzytelności może nawet przestać istnieć (np. w wyniku dokonanej przez dłużnika spłaty, jeszcze do rąk zbywcy – pierwotnego wierzyciela).

Różnica pomiędzy nominalną wartością wierzytelności a wartością braną pod uwagę przy wycenie może też powstać w efekcie zmiany wartości wierzytelności już po jej nabyciu przez nabywcę, lecz przed terminem jej wymagalności. Powodem może być na przykład potrącenie dokonane przez dłużnika wierzytelności, które może być skuteczne także wobec nabywcy wierzytelności. Zmniejszenie wartości wierzytelności może być również wynikiem zastosowania rabatów w relacji zbywca wierzytelności – dłużnik wierzytelności (sytuacje takie są częste, gdy przedmiotem sprzedaży są wierzytelności handlowe względem stałych kontrahentów).

Ryzyko ekonomiczne dla nabywcy

Takie sytuacje kreują dla nabywców wierzytelności oczywiste ryzyko ekonomiczne. Nabywca dokonał zapłaty za wierzytelność, której wartość nominalna okazała się niższa niż zakładana. Może to zaprzepaścić ekonomiczny sens transakcji sprzedaży wierzytelności.

Oczywiście nie można wykluczyć, iż w konkretnej transakcji ryzyko to będzie umownie pokrywane przez nabywcę. Jednak w zdecydowanej większości przypadków nabywca będzie chciał zapewne zrekompensować sobie straty poniesione w wyniku zapłaty ceny za wierzytelność, która okazała się znacznie mniej warta (lub, w ekstremalnej sytuacji, w ogóle przestała istnieć). W tym celu umowy sprzedaży wierzytelności przewidują różne rozwiązania, które mają zrekompensować ryzyko nabywcy.

Każde z potencjalnych rozwiązań prawnych niesie określone konsekwencje w sferze prawa cywilnego oraz podatkowego. Nasze doświadczenie pokazuje, że strony umów sprzedaży wierzytelności zazwyczaj niestety nie przywiązują należytej wagi do tego zagadnienia. Jak uczy praktyka, szczególnie sali sądowej, bezkrytyczne przenoszenie rozwiązań z umów rządzonych prawem obcym (głównie angielskim lub Nowego Jorku) często skutkuje negatywnymi konsekwencjami, gdy dochodzi do sporu między stronami.

Podstawowym celem wspomnianych rozwiązań prawnych jest zrekompensowanie nabywcy strat poniesionych w związku z nabyciem wierzytelności. W tym celu umowa zbycia wierzytelności musi przede wszystkim wprowadzać mechanizmy umożliwiające zidentyfikowanie wierzytelności, których obniżenie wartości doprowadziło do powstania takiej straty. W tym miejscu twórcy umów rozporządzających wierzytelnościami muszą rozstrzygnąć pierwszy istotny dylemat prawny dotyczący konstrukcji umowy.

Sprzedaż zbioru wierzytelności czy jego poszczególnych składników

Należy ustalić, czy umowa zbycia pakietu wierzytelności jest jednym stosunkiem prawnym mającym za swój przedmiot zbiór wierzytelności, czy też mamy do czynienia z wielością stosunków prawnych, odpowiadających liczbie przenoszonych wierzytelności. Przy tym drugim podejściu rodzi się dylemat, jak daleko powinna być posunięta indywidualizacja konkretnych wierzytelności.

W polskim prawie nie istnieje legalna definicja wierzytelności, dlatego ustalenie, co dokładnie powinno być przedmiotem poszczególnych stosunków prawnych, może być problematyczne (np. w przypadku kilku wierzytelności wynikających z jednej umowy z danym dłużnikiem). Jeśli wybierzemy koncepcję wielości stosunków prawnych, umowa, na podstawie której dochodzi do przelewu wierzytelności, powinna zawierać mechanizm umożliwiający przypisanie poszczególnym wierzytelnościom określonej części ceny płatnej za cały pakiet wierzytelności. W koncepcji tej bowiem cena za pakiet jest w praktyce sumą

indywidualnych cen za poszczególne wierzytelności wchodzące w skład portfela. Nie sposób wskazać tu wszystkich zalet i wad poszczególnych koncepcji oraz dylematów prawnych, które są z nimi związane. Na potrzeby tego tekstu przyjęliśmy jednak, iż co do zasady można sobie wyobrazić zastosowanie obydwu koncepcji.

W zależności od przyjętej koncepcji umowy rozporządzającej wierzytelnościami istnieje kilka możliwych rozwiązań w zakresie zrekompensowania nabywcy strat poniesionych w związku ze zmniejszaniem się wartości nominalnej wierzytelności. Poniżej zasygnalizujemy dwa, najbardziej charakterystyczne wedle naszej oceny, modele stosowanych rozwiązań.

Zwrotna cesja wierzytelności

Pierwszy zestaw rozwiązań opiera się na koncepcji zwrotnej cesji wierzytelności, których wartość uległa zmniejszeniu. Wierzytelności są przelewane zwrotnie na nabywcę w zamian za zwrot ceny zapłaconej pierwotnie przez nabywcę. Większość umów opartych na wzorcach pochodzących z obcych jurysdykcji nie określa szczegółowo charakteru zwrotnego przelewu, co w polskich realiach może przysporzyć stronom umowy poważnych problemów, przede wszystkim podatkowych. Rodzi się bowiem zasadniczy dylemat, czy traktować zwrotny przelew jako oddzielną, samodzielną transakcję sprzedaży wierzytelności (tym razem w odwróconym układzie podmiotowym), czy też np. jako odstąpienie od pierwotnie zawartej umowy sprzedaży. Wydaje się, że potraktowanie cesji zwrotnej jako samodzielnej transakcji sprzedaży wierzytelności będzie skutkowało powstaniem normalnych konsekwencji podatkowych dla takiej transakcji (np. w zakresie podatku od czynności cywilnoprawnych). Dla wielu podmiotów może się to okazać nie lada zaskoczeniem.

Alternatywą jest uznanie, iż cesja zwrotna jest w tym przypadku skutkiem odstąpienia od umowy. Rozwiązanie to wymaga jednak wprowadzenia do umowy sprzedaży wierzytelności odpowiednich postanowień, które będą wprost nawiązywały do instytucji odstąpienia, w tym przede wszystkim terminu, do którego strony mogą z tego prawa skorzystać. Pozwoli to w naszej ocenie zmniejszyć ryzyka podatkowe związane ze zwrotnym przelewem wierzytelności. Najłatwiej zastosować to rozwiązanie w transakcjach opartych na koncepcji wielości stosunków prawnych. W takim przypadku następuje odstąpienie od poszczególnych umów sprzedaży wierzytelności, przy jednoczesnym braku zmian w zakresie umów dotyczących pozostałych wierzytelności.

Zobowiązanie zbywcy do wyrównania poniesionej straty

Drugi zestaw rozwiązań jest oparty na koncepcji, zgodnie z którą zmniejszenie wartości przeniesionej wierzytelności powoduje powstanie po stronie zbywcy zobowiązania do wyrównania nabywcy poniesionej straty (np. w przypadku spadku wartości wierzytelności o 10% jej wartości nominalnej zbywca jest zobowiązany do przekazania nabywcy kwoty odpowiadającej owym 10%). Wiele funkcjonujących na rynku wzorców umów bezkrytycznie powieliła w tym zakresie postanowienia umowne pochodzące z umów tworzonych w innych jurysdykcjach. W konsekwencji mogą pojawić się problemy z określeniem natury prawnej zobowiązania zbywcy. Wiele umów stosuje przykładowo koncepcję tzw. *deemed collections*. Jest to pewne abstrakcyjne założenie, zgodnie z którym równowartość spadku wartości wierzytelności jest traktowana tak, jakby została otrzymana przez zbywcę od dłużnika tytułem spłaty wierzytelności. W niektórych przypadkach rzeczywiście spadek wartości wierzytelności będzie efektem spłaty dokonanej przez dłużnika do rąk zbywcy. W wielu przypadkach jednak spadkowi wartości wierzytelności nie będzie towarzyszyła faktyczna spłata dokonana przez dłużnika (tak będzie przykładowo w przypadku korekty wartości wierzytelności w wyniku zastosowania rabatów). Koncepcja *deemed collections* również w takich przypadkach przewiduje przekazanie przez zbywcę nabywcy kwoty odpowiadającej spadkowi wartości przeniesionej wierzytelności.

Nadanie zobowiązaniu zbywcy odpowiednich ram prawnych może mieć kluczowe znaczenie dla oceny podatkowego wymiaru świadczenia dokonywanego na rzecz nabywcy. Inaczej będzie kwalifikowane świadczenie o charakterze kary umownej lub gwarancji, inaczej korekta ceny. Warto również w tym przypadku zawczasu wprowadzić do umowy odpowiednie postanowienia, które uchronią strony umowy od niekorzystnych skutków podatkowych.

Rozwiązania oparte na zobowiązaniu zbywcy do zrekompensowania nabywcy strat poniesionych w związku ze zmniejszeniem wartości wierzytelności są łatwiejsze do zastosowania w umowach opartych na koncepcji jednego stosunku prawnego. W przypadku umów opartych na koncepcji wielości stosunków prawnych mogą one doprowadzić do powstania specyficznych sytuacji (szczególnie w przypadku portfeli wierzytelności straconych (*distressed assets* lub *NPL – nonperforming loans*), w których cena zapłacona za wierzytelności jest zazwyczaj zdecydowanie niższa od ich wartości nominalnej).

Wyobraźmy sobie przykładowo, iż w skład portfela wchodzi wierzytelność zakwalifikowana do wierzytelności straconych o wartości nominalnej 100. Nabywca płaci za tę wierzytelność 20. Okazuje się, że pomiędzy dniem oszacowania wierzytelności a dniem jej nabycia doszło do częściowej spłaty wierzytelności. Zbywca otrzymał od dłużnika 50. Tym samym, w chwili, w której nabywca nabywał wierzytelność, jej wartość nominalna wynosiła 50. Jeżeli umowa zbycia wierzytelności przewiduje, że spłacone przez dłużnika 50 ma być przekazane nabywcy wierzytelności (bez cesji zwrotnej tej wierzytelności), to w efekcie świadczenie to przewyższy cenę zapłaconą za wierzytelność. Sytuacji takiej można by uniknąć przyjmując, że mamy do czynienia z jednym stosunkiem prawnym. W takim przypadku świadczenie zbywcy nie przekroczyłoby zapewne całości ceny zapłaconej za portfel.

Podsumowanie

Powyżej przedstawiliśmy tylko przykładowe zagadnienia, które wiążą się ze zmianami wartości wierzytelności wchodzących w skład przenoszonych portfeli wierzytelności. Chcielibyśmy niniejszym zachęcić twórców umów sprzedaży wierzytelności do głębszej refleksji nad prawnym i podatkowym wymiarem stosowanych rozwiązań. Wierzymy, że pozwoli to uchronić strony tych umów przed negatywnymi konsekwencjami związanymi z niezbyt szczegółowym określeniem natury zastosowanych konstrukcji prawnych.

Marcin Smolarek, adwokat, jest członkiem Zespołu Bankowości i Finansowania Projektów

Krzysztof Wojdyło, adwokat, jest członkiem Zespołu Postępowań Regulacyjnych oraz Praktyki Usług Płatniczych

Kilka sposobów na ekologów

Izabela Zielińska-Barłózek Dominik Wałkowski

W postępowaniach, w ramach których przeprowadza się ocenę oddziaływania planowanego przedsięwzięcia na środowisko, mogą uczestniczyć organizacje ekologiczne. Ekologom, którzy często z tego uprawnienia korzystają, zarzuca się blokowanie inwestycji i przedłużanie procedur. Trzeba jednak pamiętać, że sądy administracyjne uchylają decyzje środowiskowe nie dlatego, że ekologodzy nie zgadzają się z treścią zawartych w nich rozstrzygnięć, lecz z powodu niezgodności z prawem działań organów administracji wydających decyzje.

Uprawnienia ekologów zostały rozszerzone z chwilą wejścia w życie ustawy z 3 października 2008 r. o udostępnianiu informacji o środowisku i jego ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie środowiska oraz o ocenach oddziaływania na środowisko (Dz.U. Nr 199, poz. 1227 ze zm., „ustawa o ocenach oddziaływania na środowisko”, „u.o.o.ś.”).

Obecnie organizacje ekologiczne, które powołując się na swoje cele statutowe, zgłaszają chęć uczestniczenia w określonym postępowaniu wymagającym udziału społeczeństwa, uczestniczą w nim na prawach strony. Mogą one również wnosić odwołania i składać skargi do sądu administracyjnego nawet wtedy, gdy nie brały udziału w postępowaniu. Nadanie tak szerokich uprawnień organizacjom ekologicznym wynika z prawa międzynarodowego i unijnego oraz ma stymulować organy administracji do prawidłowego uwzględniania uwarunkowań ekologicznych w wydawanych rozstrzygnięciach.

Aby zminimalizować ryzyko uchylecia decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach i uniknąć istotnych opóźnień w realizacji inwestycji, trzeba dopilnować, aby od strony formalnej postępowanie administracyjne przebiegło w całkowitej zgodności z przepisami prawa – przede wszystkim z ustawą o ocenach oddziaływania na środowisko i Kodeksem postępowania administracyjnego („k.p.a.”). Przy skomplikowanym charakterze postępowań związanych z oceną oddziaływania na środowisko nietrudno jednak o błąd, który może stać się później podstawą do zakwestionowania wydanej decyzji o środowiskowych



uwarunkowaniach. Wzrastająca świadomość wymagań prawnych powoduje, że również organizacje ekologiczne, zaskarżając decyzje o środowiskowych uwarunkowaniach, coraz częściej wskazują tego typu uchybienia proceduralne, licząc na korzystne dla siebie uchylenie wydanej decyzji. Jest to istotne w szczególności w postępowaniach przed sądami administracyjnymi, gdyż tam prawidłowość postępowania jest oceniana co do zasady wyłącznie od strony formalnoprawnej.

Wielu błędów o charakterze formalnym można jednak uniknąć, stosując kilka z zaproponowanych poniżej rozwiązań.

Monitorowanie przebiegu postępowania

Zgodnie z ogólnymi zasadami postępowania administracyjnego organy administracji stoją na straży praworządności, a prowadząc postępowanie działają na podstawie przepisów prawa. Inwestor planujący realizację określonego zamierzenia budowlanego co do zasady zobowiązany jest jedynie do złożenia kompletnego wniosku o wydanie decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach, opracowania w razie potrzeby raportu o oddziaływaniu przedsięwzięcia na środowisko oraz reagowania na wezwania organów do przedstawienia dodatkowych dokumentów lub złożenia określonych wyjaśnień.

Prawidłowe przeprowadzenie procedur środowiskowych jest jednak w interesie inwestora. Powinien on więc czynnie uczestniczyć w każdym stadium postępowania, aktywnie korzystać z prawa wglądu do akt i na bieżąco weryfikować prawidłowość podejmowanych przez urzędników działań, aby niezwłocznie wskazywać zauważone nieprawidłowości. Pozwoli to podjąć czynności zaradcze, których zastosowanie później może już nie być możliwe.

Inwestor powinien zatem w szczególności zweryfikować, czy organy administracji w prawidłowy sposób podają wymagane informacje do publicznej wiadomości (w Biuletynie Informacji Publicznej, poprzez obwieszczenie w miejscu planowanego przedsięwzięcia itp.). Doświadczenie pokazuje, że warto sprawdzać nawet standardowe czynności, gdyż zdarzają się błędy w zakresie formułowania typowych pouczeń o możliwości i terminie wniesienia środka zaskarżenia lub określania 21-dniowego terminu przeznaczanego na składanie przez społeczeństwo uwag i wniosków. Do często popełnianych błędów należy również niedostrzeganie różnic między wymogami prawnymi związanymi z podawaniem informacji do publicznej wiadomości a tymi, które dotyczą informowania wyłącznie stron postępowania. To ostatnie jest szczególnie istotne w przypadku informowania stron w trybie obwieszczenia (art. 49 k.p.a.).

Błędy popełniają nie tylko urzędnicy. Formalne uchybienia mogą się wiązać ze sporządzaniem raportów o oddziaływaniu przedsięwzięcia na środowisko i polegać na pominięciu określonych załączników lub nieuwzględnieniu wszystkich wymogów wynikających z ustawy. Raporty często zawierają sprzeczności lub niefortunne sformułowania, które mogą wprowadzać w błąd. Praktyka pokazuje, że wszelkie niejasności, braki i sprzeczności, nawet jeżeli wynikają z oczywistej omyłki, są w praktyce bardzo często uznawane przez oponentów inwestycji za celowy zabieg inwestora zmierzający do ukrycia niewygodnych faktów. Warto zatem przed złożeniem raportu poprosić o jego przeczytanie niespecjalistę, osobę niezaangażowaną w jego przygotowanie.

Uzupełnienie i sprostowanie decyzji

Nierzadko błędy dotyczą treści samej decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach. W takich sytuacjach uchybienia można zidentyfikować dopiero po otrzymaniu decyzji, co oznacza, że nie jest możliwe ich usunięcie w ramach postępowania przed organem pierwszej instancji.

Nie zawsze jednak tego typu uchybienia wymagają uruchomienia długotrwałych procedur odwoławczych lub zmierzających do zmiany decyzji środowiskowej. Przepisy Kodeksu postępowania administracyjnego wyposażają strony w praktyczne, lecz często niedoceniane rozwiązanie w postaci uprawnienia do zażądania uzupełnienia decyzji co do jej rozstrzygnięcia. Można to uczynić w terminie 14 dni od dnia jej doręczenia (art. 111 § 1 k.p.a.). Przepisy umożliwiają również uzupełnienie lub sprostowanie pouczenia o prawie odwołania lub wniesienia skargi do sądu administracyjnego.

Powyższy instrument może być również wykorzystany w stosunku do postanowień wydawanych przez organy administracji (art. 126 w zw. z art. 111 § 1 k.p.a.). Oznacza to, że uzupełnieniu może podlegać nie tylko decyzja o środowiskowych uwarunkowaniach, lecz również wcześniejsze rozstrzygnięcia, podejmowane przez organy w formie postanowienia.

Możliwość uzupełnienia decyzji pozwala zatem wyeliminować uchybienia, które gdyby zostały dostrzeżone przez organ odwoławczy lub wskazane w odwołaniu przez organizację ekologiczną, mogłyby stać się podstawą do uchylenia decyzji.

Należy jednak mieć także świadomość ograniczeń wynikających ze stosowania tej instytucji i pamiętać o tym, że dopuszczalny zakres uzupełnienia decyzji jest precyzyjnie określony przepisami Kodeksu postępowania administracyjnego. Przede wszystkim należy pamiętać, że uzupełnienie decyzji może mieć

zastosowanie tylko w odniesieniu do jej rozstrzygnięcia oraz określonych elementów pouczenia. Mimo rozbieżności w orzecznictwie, co do zasady należy przyjąć, że nie można uzupełniać uzasadnienia decyzji. To ograniczenie jest dotkliwe właśnie w przypadku decyzji środowiskowych, w których uzasadnienie jest jednym z najistotniejszych elementów i to w nim właśnie często popełniane są błędy.

Rozprawa administracyjna może być obligatoryjna

Rozprawa administracyjna umożliwia wszystkim zainteresowanym przedstawienie swoich poglądów, co w założeniu ma sprzyjać odpowiednio wczesnemu wyjaśnieniu wątpliwości i zminimalizowaniu ryzyka zakwestionowania rozstrzygnięcia przez niezadowolone z jego treści strony. W przypadku postępowań w sprawie wydania decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach organ administracji może w niektórych sytuacjach dopuścić do udziału w rozprawie społeczeństwo (art. 36 u.o.o.ś.). Jeśli planowane przedsięwzięcie budzi zainteresowanie i protesty, podczas rozprawy z udziałem społeczeństwa nierzadko dochodzi do zacieklej konfrontacji. To powoduje, że organy administracji odstępują od przeprowadzenia rozprawy w ogóle.

W praktyce często nieprawidłowo przyjmuje się, że użycie w przepisach sformułowania „organ może przeprowadzić rozprawę administracyjną otwartą dla społeczeństwa” przesądza o tym, że rozprawa administracyjna jest fakultatywna, a brak jej przeprowadzenia nie może być podstawą zarzutów wobec przebiegu postępowania. Tymczasem fakultatywność dotyczy otwartości rozprawy dla społeczeństwa, a nie jej przeprowadzenia w ogóle. Obligatoryjność rozprawy administracyjnej należy oceniać na podstawie art. 89 k.p.a., który określa sytuacje, w których przeprowadzenie rozprawy administracyjnej jest obowiązkowe. Brak przeprowadzenia rozprawy w sytuacji, gdy jest ona wymagana, jest poważnym uchybieniem proceduralnym, na który powołują się przeciwnicy inwestycji.

Prawidłowe i sprawne przeprowadzenie procedur związanych z oceną oddziaływania na środowisko wymaga zatem aktywnego udziału inwestora, który powinien na bieżąco kontrolować działania organów administracji, tak aby ewentualne nieprawidłowości zostały wyeliminowane jak najwcześniej. Pozbawi to podmioty nieprzychylne realizacji inwestycji argumentów przed organami odwoławczymi, a przede wszystkim przed sądami administracyjnymi.

Dominik Wałkowski, adwokat, jest członkiem Zespołu Prawa Ochrony Środowiska

Izabela Zielińska-Barłożek, radca prawny, jest współnikiem odpowiedzialnym za Zespół Prawa Ochrony Środowiska

Ochrona ubezpieczeniowa w kontekście odpowiedzialności karnej

Michał Steinhagen

Czy udzielając ochrony ubezpieczeniowej z tytułu odpowiedzialności cywilnej ubezpieczyciel musi się też liczyć z tym, że będzie musiał pokryć kwoty, które ubezpieczony zapłacił osobom pokrzywdzonym z tytułu odpowiedzialności karnej?



Odpowiedzialność ubezpieczyciela za zapłatę świadczeń nałożonych na ubezpieczonego w orzeczeniach sądów karnych budzi w ostatnim czasie poważne wątpliwości. Dotyczą one przede wszystkim dopuszczalności żądania przez ubezpieczonego od ubezpieczyciela, na podstawie ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej, zwrotu kwot, które ubezpieczony zapłacił z tytułu obowiązku naprawienia szkody lub zapłaty nawiazki nałożonych na niego przez sąd na podstawie przepisów prawa karnego.

Zagadnienie to, w kontekście obowiązków nakładanych na sprawców wypadków komunikacyjnych, było w ostatnich latach przedmiotem dwóch przeciwstawnych uchwał Sądu Najwyższego. Tezy Sądu Najwyższego mogą mieć zastosowanie nie tylko w odniesieniu do obowiązkowego ubezpieczenia komunikacyjnego, lecz także w innych przypadkach ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej.

W uchwale z 21 grudnia 2006 r. (III CZP 129/06) Sąd Najwyższy uznał, że sprawca wypadku komunikacyjnego, od którego zasądzono nawiazkę na podstawie art. 46 § 2 i art. 48 k.k., nie może domagać się od ubezpieczyciela – na podstawie umowy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej posiadaczy pojazdów mechanicznych za szkody powstałe w związku z ruchem tych pojazdów – zwrotu nawiazki zapłaconej pokrzywdzonemu. Z kolei w uchwale z 13 lipca 2011 r. (III CZP 31/11) Sąd Najwyższy stwierdził, że sprawca wypadku komunikacyjnego, na którego w procesie karnym nałożono obowiązek naprawienia szkody na podstawie art. 46 § 1 w związku z art. 39 pkt 5 k.k., może domagać się od ubezpieczyciela, z którym łączy go umowa ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej

posiadaczy pojazdów mechanicznych za szkody powstałe w związku z ruchem tych pojazdów, zwrotu świadczenia zapłaconego na rzecz pokrzywdzonego.

W obu przypadkach Sąd Najwyższy uznał, iż z konstrukcji ubezpieczenia OC wynika, że odpowiedzialność gwarancyjna ubezpieczyciela odnosi się jedynie do cywilnej odpowiedzialności odszkodowawczej sprawcy szkody, a nie do jego ewentualnej odpowiedzialności karnej. Główną przyczyną rozbieżności w obydwu uchwałach była natomiast odmienna ocena charakteru przepisów Kodeksu karnego przewidujących zapłatę nawiązki i naprawienie szkody.

W uchwale z 21 grudnia 2006 r. Sąd Najwyższy podkreślił, że obowiązek naprawienia szkody lub zapłaty nawiązki są środkami karnymi, a podstawą ich orzekania są przepisy prawa karnego. Wskazał również, że celem stosowania tych środków jest przede wszystkim represja i prewencja, tak jak w przypadku innych kar przewidzianych w ustawach karnych. Wyrównanie uszczerbku poniesionego przez pokrzywdzonego nie jest głównym celem stosowania tych środków karnych. Choć przy ich orzekaniu stosuje się posiłkowo przepisy prawa cywilnego dotyczące szkody, nie zmienia to ich karnego charakteru.

Z kolei w uchwale z 13 lipca 2011 r. Sąd Najwyższy zauważył, że nie ma dostatecznych podstaw do uznania, że środek karny w postaci obowiązku naprawienia szkody pełni wyłącznie funkcję penalną ani nawet że funkcja ta przeważa nad funkcją kompensacyjną. Odwołując się do nazwy tego środka, sąd wskazał, że jego istotą jest naprawienie wyrządzonej przestępstwem szkody. Ponadto sąd zauważył, że warunkiem orzeczenia tego środka jest istnienie szkody w chwili orzekania, nie stosuje się go zatem, jeżeli szkoda została naprawiona przez sprawcę albo inną osobę. Ponadto, zgodnie z art. 415 § 5 k.p.k., nie orzeka się tego środka ani nawiązki, jeżeli roszczenie wynikające z popełnienia przestępstwa jest przedmiotem innego postępowania albo o roszczeniu tym prawomocnie orzeczono. Dodatkowo, choć środek karny powinien wykonać skazany, który nie może żądać, aby uczyniła to inna osoba, pokrzywdzony może wystąpić z roszczeniem o naprawienie szkody bezpośrednio przeciwko

ubezpieczycielowi. Może więc dojść do sytuacji, w której ubezpieczyciel spełni świadczenie, zanim środek karny zostanie wykonany.

W konkluzji uchwały z 13 lipca 2011 r. Sąd Najwyższy podkreślił, że dla możliwości żądania przez ubezpieczonego od ubezpieczyciela zwrotu kwoty wypłaconej poszkodowanemu z tytułu naprawienia szkody nie ma znaczenia, czy sprawca spełnił to świadczenie dobrowolnie, czy wskutek obowiązku nałożonego wyrokiem karnym. Skoro ubezpieczony naprawił szkodę, może żądać od ubezpieczyciela zwrotu spełnionego świadczenia.

Wskazane uchwały Sądu Najwyższego mają istotne znaczenie dla ukształtowania zakresu odpowiedzialności ubezpieczycieli z tytułu ubezpieczenia OC. Z jednej strony można uznać, że ubezpieczony nie może żądać przejęcia przez ubezpieczyciela odpowiedzialności za sankcje o charakterze czysto represyjnym nałożone na niego jako sprawcę przestępstwa. Nawet jeśli dana sankcja ma charakter pieniężny (np. grzywna), sprawca powinien ponieść ją osobiście, gdyż ma ona charakter kary za popełnione przestępstwo. Jeżeli nie ma ona jednocześnie charakteru odpowiedzialności cywilnej (np. odszkodowawczej), sprawca – ubezpieczony nie może, co do zasady, żądać następnie od ubezpieczyciela zwrotu równowartości zapłaconego świadczenia. Warto przy tym zauważyć, że konkretna umowa dobrowolnego ubezpieczenia OC może przewidywać zwrot tego typu świadczeń. W takim przypadku należy rozważyć ewentualną sprzeczność klauzuli umownej z naturą stosunku ubezpieczenia oraz z ustawowymi zasadami prawa karnego.

Z drugiej strony wykonanie pieniężnych sankcji karnych, które mają jednocześnie charakter odpowiedzialności cywilnej, może uzasadniać żądanie przez ubezpieczonego od ubezpieczyciela zwrotu zapłaconych kwot. Istotne jest przy tym, aby główną cechą danej sankcji było zaspokojenie roszczeń o charakterze cywilnym. Wówczas można twierdzić, jak wynika z uchwały Sądu Najwyższego z 13 lipca 2011 r., że charakter świadczenia spełnionego przez ubezpieczonego jest bardziej istotny niż rodzaj postępowania (cywilne, karne albo administracyjne), w jakim zostało ono nałożone na ubezpieczonego.

Michał Steinbagen, adwokat, jest odpowiedzialny za Praktykę Prawa Ubezpieczeniowego

Sprzedaż i kupno projektów OZE

Marek Dolatowski Weronika Pelc



Wciąż nie wiadomo, jaki kształt przybierze nowa ustawa o odnawialnych źródłach energii. Z istniejącego projektu można już jednak wywnioskować, na co warto zwrócić uwagę, podejmując decyzję o zakupie projektu OZE. Aktualny projekt ustawy pozwala też zorientować się w zasadniczych założeniach nowego systemu wsparcia.

Zainteresowani realizacją projektów odnawialnych źródeł energii (OZE) wciąż nie mają pełnej jasności co do warunków prowadzenia działalności. Długo oczekiwana ustawa o odnawialnych źródłach energii jest już dostępna w formie projektu na rządowych stronach Biuletynu Informacji Publicznej. Ostatnia wersja nosi datę 9 października 2012 roku, ale – w stanie na koniec 2012 roku – wciąż nie sposób

przewidzieć ani daty jej uchwalenia i wejścia w życie, ani jej ostatecznej treści. Ostatnio termin prac rządu nad projektem ustawy został przedłużony. Należy spodziewać się, że następnie projekt ustawy ulegnie zmianom w toku prac parlamentarnych. Wpływa to na opóźnienia i utrudnienia w pozyskaniu finansowania projektów oraz w obrocie projektami, ale ich nie wyklucza.

Nowy system wsparcia

Aktualna wersja projektu pozwala już zorientować się w zmienionej strukturze wsparcia, lecz wciąż niemożliwe jest oszacowanie opłacalności realizacji projektów OZE o większej mocy ze względu na niepewność co do wartości zielonych certyfikatów. Podstawowa zmiana to zróżnicowanie wsparcia ze względu na rodzaj projektu oraz jego rozmiar. Najwięcej na wejściu w życie nowych przepisów skorzystają małe projekty fotowoltaiczne do 10kW montowane wyłącznie na budynkach. Najwięcej stracą instalacje wykorzystujące do produkcji energii elektrycznej biomasę do spalania wielopaliwowego oraz projekty wiatrowe powyżej 500 kW zlokalizowane na lądzie. Ustawodawca skraca okres dofinansowania projektów opartych o współspalanie przez zielone certyfikaty do 5 lat, licząc od dnia wytworzenia po raz pierwszy energii elektrycznej, na którą wydano świadectwa pochodzenia. Pozostałe projekty mają zagwarantowane wsparcie na 15 lat.

Największym i najpewniejszym wsparciem będą cieszyć się małe projekty OZE, to jest o mocy zainstalowanej do 100 kW. Zakup energii z mikroinstalacji (do 40 kW) oraz małych instalacji do 100 kW ma być dokonywany po stałej cenie ustalonej przez Ministra Gospodarki i obowiązującej na cały okres funkcjonowania instalacji. Aktualnie projekt przepisów wprowadzających tzw. trójpak energetyczny przewiduje ceny w granicach od 0,45 zł (energia produkowana z biogazu z surowców z oczyszczalni ścieków) do 1,3 zł (instalacje fotowoltaiczne do 10 kW montowane wyłącznie na budynkach) za 1 kWh. Zakup energii z tych instalacji ma się odbywać po niezmiennej, stałej cenie obowiązującej w dniu oddania instalacji do użytkowania. Właściciel instalacji nie musi więc obawiać się zmian cen zakupu.

Ceny, po których ma odbywać się zakup energii z małych projektów OZE, określane będą co roku do 30 września przez Ministra Gospodarki, jednak mają obowiązywać tylko nowo uruchamiane instalacje. Ustawa określa także podmiot zobowiązany do zakupu energii po obowiązujących, stałych cenach. Będzie to tak zwany sprzedawca zobowiązany wyznaczony przez Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki w drodze decyzji, czyli największy sprzedawca energii operujący w obszarze danego operatora sieci.

Projekty powyżej 100 kW będą wspierane na zasadach analogicznych do obecnych, to znaczy będą osiągać przychody ze sprzedaży energii oraz zielonych certyfikatów. I tu jednak następuje korekta systemu. Cena sprzedaży energii określana jest w projekcie ustawy na 198,90 zł za 1 MWh. Przewidziana jest jej coroczna waloryzacja średniorocznym wskaźnikiem wzrostu cen towarów i usług konsumpcyjnych określanym przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego. Jeżeli sprzedaż energii nastąpi po cenie wyższej niż 105%

określonej w poprzednim zdaniu ceny zakupu, to wytwórcy nie przysługują zielone certyfikaty. Oplata zastępcza na poziomie 286,74 zł za 1 MWh nie będzie waloryzowana. Jeżeli ceny zielonych certyfikatów spadną i przez dwa kolejne kwartały wynosić będą mniej niż 75% wartości opłaty zastępczej, Minister Gospodarki może, lecz nie jest obowiązany, zwiększyć wymagany udział energii odnawialnej w całości sprzedawanej energii elektrycznej. Jednocześnie projekt ustawy zawierającej przepisy wprowadzające do ustawy o OZE przewiduje, że dla instalacji OZE oddanych do użytkowania przed wejściem w życie ustawy wsparcie będzie dostępne przez okres 15 lat od dnia oddania do użytkowania, a w przypadku tych instalacji, które korzystają z możliwości uzyskania zielonych certyfikatów, współczynnik korekcyjny wynosić będzie jeden. Oznacza to, że ustawodawca stara się tak dalece jak to możliwe zagwarantować uruchomionym już instalacjom takie same warunki wsparcia jak dotychczas. Nie da się jednak prawdopodobnie uniknąć spadku wartości certyfikatów ze względu na brak waloryzacji opłaty zastępczej oraz zwiększoną podaż zielonej energii na rynku. Jest to obszar największej niepewności dla inwestorów.

Przy podejmowaniu decyzji o ewentualnym zakupie projektu OZE należy uwzględnić obowiązujący dany projekt system wsparcia i zwrócić uwagę na konsekwencje wprowadzenia przez ustawodawcę korekt do systemu.

Przyłączenie do sieci

Przyłączenie projektu do sieci jest niezbędne dla funkcjonowania obiektu i uzyskiwania wsparcia. Aktualnie w Polsce w większości regionów brakuje wolnych mocy przyłączeniowych dla średnich i dużych OZE. Zmiany w przepisach wprowadzone w 2010 roku wbrew oczekiwaniom nie rozwiązały tego problemu. Dodatkowo, ponieważ sądy w konsekwentnie wydawanych orzeczeniach przesądziły, że to operatorzy sieci finansują inwestycje na rozbudowę i modernizację sieci związaną z przyłączeniem, operatorzy dużo ostrożniej szacują możliwości przyłączenia do sieci, wiedząc, że za przyłączenie w ostatecznym rozrachunku zapłacą odbiorcy. Dlatego warto kupować projekty tylko jeżeli mają zawartą z operatorem umowę o przyłączenie do sieci. Nawet jeżeli projekt posiada ważne warunki przyłączenia, zawarcie umowy o przyłączenie nie jest pewne. Na etapie negocjacji umowy strony mogą nie osiągnąć porozumienia.

Nowe przepisy znacznie ułatwiają przyłączenie mikroinstalacji do sieci. Za przyłączenie mikroinstalacji do sieci nie będą pobierane opłaty, a jeżeli moc zainstalowana instalacji nie będzie większa niż określona we wcześniej wydanych warunkach przyłączenia (np. wydanych na etapie budowy i przyłączenia do sieci budynku, na którym powstaje mikroinstalacja), to wymagane będzie jedynie zgłoszenie przyłączenia.

Licznik inteligentny zainstaluje operator sieci na swój koszt.

Trwałość i poprawność praw do gruntu

Należy podkreślić, że projekt ustawy nie reguluje wielu kwestii związanych z realizacją projektów OZE bardzo istotnych dla ich funkcjonowania. Dotyczy to m.in. tytułu prawnego do korzystania z nieruchomości. Mimo upływu lat właściwie skonstruowany tytuł prawny do nieruchomości jest raczej wyjątkiem niż regułą. Po części wynika to ze specyfiki polskiego prawa, które nie reguluje wyczerpująco wieloletnich kontraktów dotyczących korzystania z nieruchomości, jeżeli ich stroną nie są wyłącznie przedsiębiorcy. Jesienią 2012 roku zapadło orzeczenie Sądu Najwyższego podważające częściowo możliwość korzystania z umowy dzierżawy przy projektach OZE ze względu na brak elementu pobierania pożytków. Orzeczenie to może rzutować na zwiększenie ilości prób podważenia trwałości zawartych i zawieranych umów oraz prawa inwestora. Stąd pojawiają się postulaty uregulowania wybranych kwestii z tym związanych w projekcie ustawy OZE.

Inwestorzy popełniają też wiele błędów dotyczących treści i formy umowy. Przykładem może być nieprecyzyjne określenie przedmiotu umowy, to jest brak precyzyjnego zdefiniowania części nieruchomości objętych umową, konstruowanie okresu umowy tak, że nie wiadomo, czy zawarta umowa jest umową na czas określony czy też nieokreślony, niewłaściwy opis stron, brak wpisu umowy do księgi wieczystej itp.

Właściwe decyzje administracyjnoprawne

Realizacja projektów OZE wiąże się z uzyskaniem całego szeregu decyzji administracyjnych. Są to m.in. zezwolenia planistyczne na zlokalizowanie inwestycji na określonym obszarze (uwzględnienie inwestycji w miejscowym planie zagospodarowania przestrzennego, a w przypadku braku tego planu uzyskanie decyzji o warunkach zabudowy), zezwolenia środowiskowe (decyzja o środowiskowych uwarunkowaniach), pozwolenia na budowę oraz pozwolenia na użytkowanie gotowej inwestycji.

Przede wszystkim należy sprawdzić, czy decyzje zostały prawidłowo wydane pod względem formalnym i czy prawidłowo określają przedmiot rozstrzygnięcia. Wszystkie decyzje i zezwolenia administracyjne uzyskiwane w toku procesu inwestycyjnego powinny być bowiem ze sobą spójne. Dość często zdarzają się błędy wynikające z ludzkiej nieuwagi, np. nieprawidłowe określenie projektu czy oznaczenie nieruchomości

lub różnice wynikające ze zmian w projekcie wprowadzanych na etapie jego przygotowania.

Należy również zweryfikować prawidłową realizację obowiązków nałożonych w decyzjach na inwestora, a także zwrócić uwagę na terminy ważności lub realizacji projektu określone w decyzjach. Może się bowiem okazać, że w wyniku błędów w projekcie, zaniechań inwestora lub zbliżającego się końca terminu ważności danej decyzji kupujący będzie musiał występować o jej zmianę lub nawet o wydanie nowej. Proces ten może nawet doprowadzić do fiaska całego projektu. Należy bowiem pamiętać, że uzyskanie stosownych zezwoleń w pewnej mierze opiera się na uznaniu administracyjnym, a dodatkowo istnieje możliwość zaskarżenia wydanych decyzji przez strony, czyli m.in. niezadowolonych sąsiadów.

Poprawność w przenoszeniu praw do projektu w przeszłości

Zdarza się, że sprzedawca danego projektu nie jest jego pierwszym właścicielem. W takim przypadku trzeba sprawdzić, czy przy poprzednich transakcjach nabycia danego projektu wszystkie umowy i decyzje administracyjne go dotyczące zostały prawidłowo przeniesione na nowego inwestora. W przypadku umów istotne jest sprawdzenie, czy dochowano wszystkich formalności związanych z uzyskaniem zgód innych stron umowy na przejście praw i obowiązków. W przypadku decyzji administracyjnych z kolei należy zweryfikować dochowanie obowiązków wobec organów, które je wydały, wynikających z przepisów prawa lub samych decyzji.

Relatywnie mniej pracy wymaga przejęcie spółki celowej założonej na potrzeby konkretnego projektu. W takim przypadku należy jednak zwrócić uwagę na klauzule *change of control* zawarte w związanych z projektem umowach, a także sprawdzić aspekty wynikające z prawa handlowego.

Zakup projektu OZE pozwala zaoszczędzić czas i środki związane z organizacją projektu od podstaw. Pozwala także skorzystać z systemu wsparcia gwarantującego kupno produkowanej w OZE energii oraz przyznającego dodatkowe środki ponad rynkowe ceny energii, czy to w formie stałej, gwarantowanej ceny dla instalacji do 100 kW, czy poprzez system zielonych certyfikatów. Jednak zakup projektu powinien zostać poprzedzony dokładną analizą jego opłacalności ze względu na planowane w systemie wsparcia korekty oraz zbadaniem prawidłowości pozyskanych przez poprzednika praw projektowych.

Marek Dolatowski jest członkiem Zespołu Doradztwa dla Sektora Energetycznego

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

Czy spory korporacyjne można rozstrzygać w drodze arbitrażu?

Paweł Mazur Natalia Rutkowska



Spory korporacyjne, z uwagi na ich bezpośredni wpływ na prowadzenie biznesu oraz często znaczny poziom skomplikowania, wydają się szczególnie predestynowane do rozstrzygania przez sądy polubowne. Polskie prawo dopuszcza przekazanie takich sporów do arbitrażu, obwarowując jednak to rozwiązanie istotnymi ograniczeniami, które należy wziąć pod uwagę, decydując się na zapis na sąd polubowny w umowie lub statucie spółki.

Możliwość poddania sporu ze stosunku spółki kognicji sądu polubownego ma wiele atutów, których nie zapewnia proces przed sądem powszechnym. Postępowanie arbitrażowe jest z reguły znacznie szybsze od analogicznego postępowania sądowego. Ma to tym większe znaczenie, że wiele spraw ze stosunku

spółki wymaga rozwiązania w terminie wcześniejszym, niż przeciętnie umożliwia to sąd powszechny. Kolejnym argumentem za stosowaniem zapisu na sąd polubowny w sprawach ze stosunku spółki jest poufność arbitrażu. Postępowanie arbitrażowe daje znacznie większą gwarancję tego, że poza spółkę nie wydostaną się

wrażliwe dane, a także informacje, które mogłyby zaszkodzić wspólnikom oraz zniechęcić potencjalnych inwestorów. Ma to szczególne znaczenie w przypadku sporów korporacyjnych, z natury dotyczących wewnętrznych spraw przedsiębiorstwa.

Nie bez znaczenia jest też fakt, że arbitraż zapewnia neutralne forum dla konfliktów z udziałem wspólników bądź inwestorów zagranicznych. Dla tych ostatnich możliwość uniknięcia zmagania z obcym systemem sądowniczym jest zasadniczą zaletą, która może wpłynąć na decyzję o ulokowaniu inwestycji. Za skorzystaniem z zapisu przemawia wreszcie niewątpliwie istotna możliwość oddania sporu w ręce profesjonalistów poprzez wybranie sądu arbitrażowego lub arbitrów wyspecjalizowanych w rozstrzyganiu sporów danego rodzaju.

Zdatność arbitrażowa sporu w prawie polskim

Zgodnie z art. 1157 Kodeksu postępowania cywilnego strony mogą poddać pod rozstrzygnięcie sądu polubownego wszelkie spory o prawa majątkowe lub niemajątkowe, z wyjątkiem spraw o alimenty, pod warunkiem jednak, że w sporach tych możliwe jest zawarcie ugody sądowej. Możliwość oddania danego sporu do arbitrażu nazywana jest jego zdatnością arbitrażową.

Przekazanie sprawy do właściwości sądu arbitrażowego następuje poprzez zawarcie zapisu na sąd polubowny w formie pisemnej. W zależności od tego, kiedy strony decydują się na zawarcie zapisu, musi on określać konkretny, zaistniały już spór, bądź stosunek prawny, z którego spór może wyniknąć w przyszłości. Zapis może ponadto określać szczegóły procedury postępowania, a także wskazywać konkretny stały sąd polubowny.

Przepisy kodeksu wprost przewidują możliwość poddania właściwości sądu arbitrażowego sporów ze stosunku spółki, zarówno osobowej, jak i kapitałowej. Zgodnie z art. 1163 § 1 Kodeksu postępowania cywilnego może to nastąpić poprzez zamieszczenie zapisu na sąd polubowny w umowie spółki lub statucie spółki akcyjnej. Z mocy prawa zapis taki wiąże wszystkich wspólników (akcjonariuszy) oraz samą spółkę. Przez spory „ze stosunku spółki” należy rozumieć takie spory, które dotyczą relacji między wspólnikami a spółką wynikających z samej racji istnienia spółki i uczestniczenia w niej przez wspólników.

Zakres ten nie obejmuje natomiast spraw rodzących się na gruncie innych stosunków cywilnoprawnych między spółką a wspólnikami, jak również między spółką a członkami jej organów (np. o naprawienie szkody wyrządzonej spółce w pełnieniu funkcji organu).

Spory takie mogą jednak co do zasady być rozstrzygane w drodze arbitrażu, o ile stosowna klauzula arbitrażowa zostanie zamieszczona w odrębnych umowach zawieranych między spółką a jej wspólnikami lub członkami organów.

Powyższe uwagi dotyczą ogólnych zasad zdatności arbitrażowej i dopiero odniesione do konkretnych kategorii sporów korporacyjnych mogą pokazać praktyczne możliwości arbitrażu oraz jego ograniczenia.

Spory pozbawione zdatności arbitrażowej

Najbardziej chyba dotkliwym ograniczeniem arbitrażu w sprawach ze stosunku spółki jest wykluczenie zdatności arbitrażowej powodztw o uchylenie lub stwierdzenie nieważności uchwał zgromadzenia wspólników sp. z o.o. oraz walnego zgromadzenia akcjonariuszy S.A. Choć jest to dość naturalna konsekwencja niemożliwości zawarcia ugody w takiej sprawie, to jednak wyjątku od tej zasady szukano we wspomnianym art. 1163 § 1 k.p.c. dotyczącym zapisu na sąd polubowny w umowie lub statucie spółki. Wedle niektórych poglądów doktryny przepis ten miał stanowić wyjątek od wymogu zdatności ugodowej sporu i umożliwiać przekazanie do arbitrażu wszelkich spraw ze stosunku spółki – pod warunkiem, że stosowny zapis znalazł się w umowie spółki lub jej statucie. Argumentację tę wspierać mogła geneza art. 1163 § 1 k.p.c., który został wprowadzony w ramach fundamentalnej reformy prawa arbitrażowego z 2005 roku i nie miał swojego odpowiednika w poprzednim stanie prawnym, w którym kwestia zdatności arbitrażowej sporów korporacyjnych pozostawała sporna. Co więcej, na etapie prac legislacyjnych zrezygnowano z zapisu wprost zakazującego przekazywania do sądu polubownego spraw dotyczących ważności uchwał organów spółki, który pierwotnie miał znaleźć się w art. 1163 k.p.c. Mogłoby to wskazywać, że zamiarem ustawodawcy było dopuszczenie rozstrzygania w arbitrażu o wszelkich sporach ze stosunku spółki, a w szczególności o uchylenie lub stwierdzenie nieważności uchwały zgromadzenia wspólników lub walnego zgromadzenia akcjonariuszy.

Z takim rozumowaniem nie zgodził się Sąd Najwyższy, przesądzając w sprawie o sygnaturze III CZP 13/09 o bezwzględnym braku zdatności arbitrażowej spraw o uchylenie lub stwierdzenie nieważności uchwały zgromadzenia wspólników oraz walnego zgromadzenia akcjonariuszy. Sąd przyjął, że art. 1163 k.p.c. nie stanowi szczególnej podstawy zdatności arbitrażowej sporów korporacyjnych, a określa jedynie konsekwencje prawne zawarcia zapisu w umowie lub statucie spółki, w szczególności zakreślając krąg

związanych nim podmiotów. Konsekwencją orzeczenia Sądu Najwyższego jest to, iż sprawy tego typu mogą być w obecnym stanie prawnym rozpoznawane wyłącznie przez sądy powszechne. Jest to rozwiązanie niekorzystne dla inwestorów oraz odbiegające od współczesnych standardów krajów takich jak Niemcy, Francja, Szwajcaria, Wielka Brytania czy Stany Zjednoczone, które nie zakazują rozstrzygania o ważności lub istnieniu uchwał organów spółki w arbitrażu.

Choć nie przesądzają o tym wprost przepisy ani orzecznictwo, identyczny los podzielić muszą sprawy dotyczące ważności (czy właściwie – istnienia) uchwał podejmowanych przez zarząd lub radę nadzorczą spółki. Ponieważ są to spory, w których zasadniczo niemożliwe jest zawarcie ugody sądowej, nie mogą one podlegać właściwości sądu polubownego. Nie mogą być rozstrzygane w arbitrażu także sprawy podlegające właściwości sądów rejestrowych. Dotyczy to spraw wpisu w rejestrze przedsiębiorców, jak i spraw nierejestrowych, takich jak żądania wynikające z uprawnień kontrolnych wspólnika lub akcjonariusza, czy żądanie wyrażenia przez sąd zastępczej zgody na zbycie udziału w sp. z o.o. Brak zdatności arbitrażowej charakteryzuje również sprawy z powództwa o rozwiązanie spółki z o.o. lub wyłączenie jej wspólnika. Podobnie jak w poprzednich przypadkach, wyłączenie uzasadnione jest brakiem możliwości zawarcia przez strony ugody sądowej. Sąd powszechny orzekający w takich sprawach ma bowiem dyskrecyjną (choć nie pozbawioną ograniczeń) władzę orzeczenia o rozwiązaniu spółki lub wyłączeniu wspólnika, której strony sporu nie mogą „uzurpować” dla siebie poprzez zawarcie ugody doprowadzającej do takiego skutku.

Spory mające zdatność arbitrażową

Pomimo licznych wyłączeń, wiele kategorii spraw korporacyjnych można poddać właściwości sądu polubownego. Są to wszelkie spory, w których

strona żąda od drugiej świadczenia o charakterze pieniężnym lub niepieniężnym. Przykładem mogą być roszczenia związane z wnoszonymi wkładami, o wypłatę dywidendy, o zapłatę dopłat w sp. z o.o. lub o wykonanie przez wspólnika innych obowiązków związanych z jego udziałem bądź akcją. Spory te mogą przybierać różne konfiguracje podmiotowe, tj. dotyczyć roszczeń spółki przeciwko wspólnikowi albo wspólnika przeciwko spółce lub innym wspólnikom. W takich przypadkach zapis na sąd polubowny może być zamieszczony w umowie lub statucie spółki, jak i w odrębnej umowie zawierającej klauzulę arbitrażową. Często taką umową jest tzw. umowa wspólników (*shareholders agreement*), powszechna zwłaszcza w umowach typu *joint ventures* między podmiotami z różnych jurysdykcji.

Podsumowanie

Obecna regulacja postępowania arbitrażowego, jak i jej interpretacja przez sądy, stawia istotne ograniczenia utrudniające wykorzystanie tej instytucji do rozstrzygania szerokiej grupy sporów ze stosunku spółki. Nie znaczy to jednak, że sądownictwo polubowne nie może być użytecznym narzędziem dla spółek, wspólników oraz inwestorów operujących na polskim rynku. Aby jednak stosować je z powodzeniem, należy pamiętać o granicach, w jakich jest to możliwe, i na tej podstawie odpowiednio formułować zawierane zapisy na sąd polubowny.

Ze względu na coraz częstsze głosy krytyki dotyczące obowiązującej regulacji, nieprzystającej do realiów rynkowych, istnieje realna szansa na modyfikację aktualnych rozwiązań w zakresie zdatności arbitrażowej sporów korporacyjnych. Pozostaje mieć nadzieję, iż ustawodawca zdecyduje się na prędkie dostosowanie polskich rozwiązań do obecnych trendów międzynarodowych, zgodnie z którymi arbitraż traktowany jest jako naturalne forum dla rozstrzygania wszelkich sporów występujących w świecie biznesu, w tym także sporów korporacyjnych.

Paweł Mazur, adwokat, wspólnik, członek Zespołu Rozwiązywania Sporów i Arbitrażu

Natalia Rutkowska jest członkiem Zespołu Rozwiązywania Sporów i Arbitrażu

Jak skutecznie przeprowadzić restrukturyzację zadłużenia poza upadłością?

Łukasz Szegda

Rozmowa z Łukaszem Szegdą o tym, jak uniknąć upadłości, uzgadniając zmianę warunków finansowania z wierzycielami.



Spowolnienie gospodarcze w Polsce w 2012 roku przyniosło wzrost liczby przedsiębiorców mających problemy finansowe, w szczególności w zakresie prawidłowej spłaty zadłużenia zaciągniętego na finansowanie swojej działalności. Jakie działania zarząd takiej spółki mógł podejmować i czego mógł się spodziewać w takiej sytuacji po finansujących go podmiotach?

Łukasz Szegda: To prawda, że zeszły rok stał pod znakiem problemów finansowych wielu spółek, zwłaszcza z branży budowlanej. Problemy z realizacją dużych kontraktów budowlanych i infrastrukturalnych związanych m.in. z EURO 2012 spowodowały, że kilku dużych i mniejszych graczy w tej branży straciło płynność finansową. Spółki mające gorsze perspektywy zmuszone były złożyć wniosek o ogłoszenie upadłości. Dla tych, które nie widziały możliwości kontynuowania działalności, pozostawała upadłość likwidacyjna. Inne, widzące rozwiązania umożliwiające im dalsze prowadzenie działalności, preferowały opcję upadłości układowej, przedstawiając swoim wierzycielom określone propozycje układowe.

Na szczęście dla części spółek mających lepsze perspektywy przejściowe problemy z płynnością nie oznaczały konieczności ogłoszenia upadłości czy wszczęcia postępowania naprawczego. Takie spółki zazwyczaj mają możliwość zrestrukturyzowania długu, czyli zmiany warunków swojego zadłużenia poza upadłością, drogą negocjacji z wierzycielami. Zarządy niektórych spółek, świadome obowiązku złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości, decydują się na restrukturyzację pozasądową. Kilku spółkom udało się skorzystać z takiej możliwości. Poza oczywistą zaletą w postaci uniknięcia negatywnej

reakcji kontrahentów na ogłoszenie upadłości, opcja ta ma kilka innych istotnych zalet, w szczególności większą kontrolę stron nad procesem uzgadniania nowych warunków. Brak jest bowiem wówczas narzuconego gorsetu przepisów upadłościowych i związanych z nim ram czasowych. Unika się też ingerencji trzeciej strony (tj. nadzorcy sądowego, sędziego sądu upadłościowego lub syndyka) w dalsze ustalenia pomiędzy stronami.

Jak wygląda taki proces restrukturyzacji zadłużenia poza postępowaniem upadłościowym?

Nie jest to proces sformalizowany, więc może on mieć bardzo różny przebieg. Standardowo spółka, widząc, że traci płynność i nie będzie miała środków na spłatę kolejnych rat kredytu lub na spłatę obligacji, prosi wierzycieli o możliwość przeprowadzenia rozmów nt. zmiany warunków spłaty długu. Jeśli spółka ma wielu wierzycieli, wskazane jest zapewnienie stronom możliwości spokojnego negocjowania nowych warunków bez obawy, że któryś z wierzycieli będzie chciał w tym czasie podjąć jakieś kroki w celu zaspokojenia swojej wierzytelności, uprzedzając innych. W tym właśnie celu zawiera się umowę (w żargonie zwaną umową *standstill*), na mocy której wierzyciele (np. banki, obligatariusze) zobowiązują się, że przez określony w umowie czas potrzebny na uzgodnienie restrukturyzacji nie będą egzekwować swoich wierzytelności ani wykorzystywać zabezpieczeń (np. hipotek lub zastawów) ustanowionych na ich rzecz. Zobowiązują się również, że w tym czasie nie będą wszczynać przeciw spółce postępowań sądowych, egzekucyjnych lub upadłościowych. Innymi słowy, zobowiązują się dać spółce spokój potrzebny do negocjacji zmian przy zachowaniu *status quo* dotychczasowych praw wierzycieli.

Po zawarciu takiej umowy strony przechodzą do kolejnego etapu, czyli do uzgadniania właściwego porozumienia restrukturyzacyjnego.

Jak długo zajmuje uzgadnianie takich nowych warunków i jak to przebiega?

Czas uzgadniania warunków restrukturyzacji jest bardzo różny, w zależności od kilku czynników. Po pierwsze od sytuacji finansowej samej spółki, liczby wierzycieli oraz różnorodności grup interesów pomiędzy tymi wierzycielami, a po drugie od czynników charakterystycznych dla danej spółki. Zwykle strony w umowie *standstill* przyjmują okres kilku, np. 3 miesięcy, który jest niezbędny na przeprowadzenie analizy finansowej spółki w celu oceny, jakiego rodzaju zmiana warunków zadłużenia byłaby wskazana dla danej spółki i, przede wszystkim, byłaby realna do udźwignięcia przez nią

w przewidywanych warunkach rynkowych. Ustalenie zbyt rygorystycznych warunków albo przyjęcie zbyt optymistycznych założeń może spowodować, że problemy finansowe powrócą bardzo szybko i strony będą musiały wrócić do rozmów. Często wierzyciele zmuszeni są do przedłużenia umowy *standstill*, bo w przewidzianym czasie nie udało im się dojść do porozumienia.

Ponieważ spółka cały czas prowadzi działalność operacyjną, czasami, jeszcze przed ostatecznym uzgodnieniem warunków restrukturyzacji, spółka może potrzebować finansowania bieżącej działalności do czasu, kiedy będzie mogła skorzystać z nowego finansowania po restrukturyzacji (tzw. finansowanie pomostowe).

Uzgadnianie ostatecznego porozumienia jest zwykle bardzo skomplikowane. Poza kwestiami biznesowymi polegającymi m.in. na wyborze właściwych rozwiązań restrukturyzacyjnych i ustawieniu ich właściwych parametrów, z uwzględnieniem interesu każdej z grup wierzycieli, a często i partykularnych interesów pojedynczych wierzycieli, konieczne jest bieżące rozwiązywanie wielu trudnych kwestii prawnych. W większości przypadków są to bowiem umowy niestandardowe, szyte na miarę specyfiki danego dłużnika i jego wierzycieli.

W jaki sposób zwykle zmieniane są warunki finansowania w takiej umowie restrukturyzacyjnej?

Przede wszystkim trzeba powiedzieć, że zmiana warunków istniejącego finansowania (np. odroczenie terminu spłaty) nie jest jedynym sposobem restrukturyzacji. Często stosowana jest konwersja części długu na kapitał, czyli objęcie udziałów bądź akcji w restrukturyzowanej spółce pokryte wierzytelnością wobec spółki. Oznacza to pojawienie się w spółce nowego wspólnika lub wspólników, np. banku lub obligatariuszy, którzy często pozostają jednocześnie wierzycielami spółki. Ich prawa w spółce mogą się różnie kształtować w zależności głównie od tego, jaki procent kapitału wierzyciele objęli (co jest zależne od oceny, jaką część długu trzeba skonwertować na kapitał, gdyż przekraczałaby ona możliwości spłaty przez spółkę). Zwykle taki wierzyciel, wstępując do spółki jako wspólnik, otrzymuje uprawnienie do kontroli i ograniczony wpływ na działalność spółki, czy to w postaci możliwości wyznaczenia członka rady nadzorczej lub zarządu, czy to na mocy specjalnych uprawnień przyznanych umową. Zamiana długu na akcje oznacza dla banku dużo większe ryzyko, ale też większe możliwości wpływu na spółkę i potencjalnie większe zyski. Często taki wierzyciel wchodzący w rolę akcjonariusza rezerwuje sobie prawo wyjścia

z pozycji udziałowca, jak tylko określone wskaźniki finansowe spółki ulegną poprawie.

Naturalnie istotną kwestią negocjacyjną jest udział dotychczasowych akcjonariuszy w procesie wsparcia zadłużonej spółki, czy to przez dodatkowe wsparcie finansowe, czy to przez dodatkowe zabezpieczenia.

Umowa restrukturyzacyjna może również przewidywać udzielenie nowego finansowania, gdy, poza ułatwieniem spłaty już pożyczonych pieniędzy, konieczne jest zasilenie spółki dodatkowymi środkami finansowymi. Często taki wierzyciel zapewniający nowe finansowanie (może to być jeden z istniejących wierzycieli, ich grupa lub też zupełnie nowy podmiot) jest traktowany w sposób szczególny i jego kredyt ma priorytet w spłacie, a zabezpieczenia na jego rzecz uzyskują najwyższe pierwszeństwo (tzw. *super senior*).

Jeśli chodzi o samą zmianę istniejącego finansowania, to praktyka wskazuje, że również tu wachlarz potencjalnych rozwiązań jest dość szeroki. Poza wspomnianym już odroczeniem spłaty lub zmianą harmonogramu spłaty (często w sposób różny dla różnych kategorii wierzycieli) obejmować on może np. ustanowienie dodatkowych zabezpieczeń, konsolidację warunków zadłużenia dla różnych wierzycieli, a nieraz i redukcję długu lub obniżenie jego kosztów. Często na dłużnika nakładane są dodatkowe zobowiązania związane z uzgodnioną restrukturyzacją operacyjną spółki, np. wdrożenie uzgodnionego planu działań w celu redukcji kosztów lub poprawy efektywności, obowiązek zbycia części majątku mniej istotnej dla głównej działalności operacyjnej i wiele innych.

Jakie pułapki prawne czyhają na strony umowy restrukturyzacyjnej? Na jakie kwestie trzeba szczególnie zwracać uwagę?

Tu wszystko zależy od konkretnej sytuacji. Trudno mówić o jakichś standardowych kwestiach. Z uwagi na dużą ilość takich zagadnień mogę jedynie wspomnieć kilka przykładowych, które w praktyce się pojawiają. Są to chociażby kwestie związane ze strukturyzowaniem transakcji i zabezpieczeń w celu ograniczenia ryzyka zakwestionowania nowych zabezpieczeń ustanawianych w ramach restrukturyzacji w przypadku, gdyby w niedługim czasie po ich ustanowieniu spółka mimo restrukturyzacji upadła (na podstawie przepisów upadłościowych dotyczących bezskuteczności

i zaskarżania określonych czynności upadłego). Innym przykładem może być kwestia ustalenia sposobu zabezpieczenia prawnego przychodów uzyskiwanych przez dłużnika z kontraktów z klientami (np. z użyciem specjalnego ściśle kontrolowanego rachunku bankowego). Szczególnej uwagi wymagają również kwestie relacji pomiędzy wierzycielami i ich kategoriami, co często wymaga odrębnej umowy.

Z kwestii bardziej technicznych można wspomnieć chociażby o konieczności zaadresowania potencjalnego ryzyka związanego z powstaniem opróżnionego miejsca hipotecznego w przypadku ustanowienia nowych hipotek w miejsce zwalnianych dotychczasowych, zabezpieczających kredyty bilateralne.

Jakie są perspektywy na rok 2013 w zakresie restrukturyzacji długu? Czy można mówić o jakiś trendach?

W latach 2013-2014 w Europie oczekiwane jest zjawisko tzw. *refinancing wall*, czyli nawarstwienia się wymagalności wielu lewarowanych kredytów zaciąganych na dużą skalę przed kryzysem, szczególnie w latach 2006-2007. W obecnych warunkach rynkowych zrefinansowanie tak dużych wartości zadłużenia może nie być w pełni możliwe w ramach tradycyjnie dostępnych źródeł i dotychczas istniejących na rynku rozwiązań. To może się przełożyć również na problemy polskich spółek, które bądź zaciągnęły takie kredyty, bądź je poręczają (np. jako jeden z członków międzynarodowej grupy). Przywidujemy nasilenie się problemów wynikających z tego zjawiska.

Patrząc wyłącznie na polski rynek, w 2012 roku dało się odnotować zwiększenie stopnia skomplikowania transakcji restrukturyzacyjnych, m.in. w związku z postępującym procesem dywersyfikacji źródeł finansowania przedsiębiorców, co pociąga za sobą większą różnorodność kategorii wierzycieli uczestniczących w takich procesach. Tak więc, poza tradycyjnie występującymi tu bankami, częściej będziemy spotykać w takich procesach obligatariuszy, firmy faktoringowe, fundusze *mezzanine* i innych dostawców alternatywnych źródeł finansowania. W ubiegłym roku dał się też zauważyć zwiększony udział państwa i powiązanych z nim podmiotów w działaniach restrukturyzacyjnych istotnych polskich przedsiębiorców, trudno jednak ocenić, na ile może się to zmienić w trwały trend.

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

O kancelarii Wardyński i Wspólnicy

Kancelaria Wardyński i Wspólnicy jest niezależną polską firmą prawniczą skupiającą ponad 110 prawników, w tym wielu uznanych ekspertów prawa.

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

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

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

Naszym klientom doradzamy w następujących dziedzinach:

bankowość i finansowanie projektów	ochrona danych osobowych	prawo sportowe
doradztwo dla klientów indywidualnych	ochrona zdrowia	prawo upadłościowe
fuzje i przejęcia	outsourcing	<i>private equity</i>
infrastruktura, transport, zamówienia publiczne	podatki	reprzywatyzacja
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: Czech Desk, French Desk, German 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 2013

Po raz kolejny dzielimy się z Państwem wiedzą i doświadczeniem, które zgromadziliśmy w trakcie pracy na rzecz klientów polskich i zagranicznych.

Poprzednie dwa wydania Rocznika dowiodły, że taka koncepcja cieszy się nieustającym zainteresowaniem. Dlatego również w tym roku w głównej publikacji naszej kancelarii piszemy nie o sobie, ale o tym, na czym znamy się najlepiej – czyli o najgoręcej dyskutowanych zagadnieniach prawnych mających bezpośrednie przełożenie na działalność gospodarczą.

Dopełnieniem niniejszej publikacji są nasze dwa portale: Portal Procesowy, www.PortalProcesowy.pl oraz Portal Transakcyjny, www.PortalTransakcyjny.pl. Znajdą tam Państwo omówienie najciekawszych zagadnień prawnych, zmian legislacyjnych oraz przełomowych orzeczeń sądów polskich i unijnych.

Zapraszamy do lektury.