

**WAR WSP
DYN' ÓLN
SKI• ICY•**

ROCZNIK 2017

Nakład:

850 egzemplarzy

Wydawca:

WiW Services Sp. z o.o.

Redakcja:

Justyna Zandberg-Malec

Produkcja:

Aleksandra Włodarczyk

Projekt graficzny:

Magda Wiśniewska i Bazyl Krasulak

Zdjęcia:

Paweł Wodnicki

Skład i druk:

Drukarnia Piotra Włodarskiego

© Copyright by Wardyński i Wspólnicy sp.k., 2017



Słowo wstępne

Wyludzenia internetowe. Środki prawnej ochrony z perspektywy karnej i cywilnej

Paweł Mazur, Janusz Tomczak, Krzysztof Wojdyło

Od wierzyciela do właściciela, czyli o przejmowaniu akcji w spółkach publicznych

Łukasz Szegda, Artur Bednarski

Nie podpisuj in blanco

dr Marcin Lemkowski

Hurtowe oszustwa podatkowe wymagają
detalicznego badania

Dariusz Wasylkowski, Wojciech Marszałkowski

Nabycie przedsiębiorstwa: odpowiedzialność nabywcy za zobowiązania zbywcy

Bartosz Kuraś, Izabela Zielińska-Barłózek

Czy można ukraść spółkę? Sprawa pana A

Weronika Pelc

Skazanie polskiej spółki za granicą to nie science fiction

Aleksandra Sępniewska

Jaki Brexit?

Agnieszka Kraińska

Kto może działać w imieniu spółki?

Izabela Zielińska-Barłózek, Anna Dąbrowska, Maciej Szewczyk

Kiedy wspólnik może domagać się wypłaty dywidendy?

dr Kinga Ziemnicka

O upodabnianiu opakowań

dr Monika A. Górka, Włodzimierz Szoszk

Czysta etykieta żywności

Joanna Krakowiak

Związki zawodowe na drodze sądowej

Agnieszka Lisiecka, Katarzyna Żukowska

Transakcje przejęć spółek giełdowych – jak sobie radzić z informacjami poufnymi?

Danuta Pajewska, Marcin Pietkiewicz

Wybory pracownicze na Facebooku

dr Szymon Kubiak, Kamil Jabłoński

Odpowiedzialność z tytułu wad obiektu budowlanego

Stefan Jacyno, dr Przemysław Szymczyk

Świadczenie przejęcia części robót – kompromis między wykonawcą a inwestorem

Hanna Drynkorn

5	Rok z podatkową ulgą na działalność B+R	58
	Joanna Prokurat	
7	Postępowanie spadkowe z udziałem małoletniego spadkobiercy	61
	Barbara Majewska	
10	Unijne znaki towarowe pod ochroną prawa karnego	64
	Ewa Górnisiewicz-Kaczor, Anna Pompe	
13	Upadek giełdy kryptowalut. Ochrona prawna użytkowników	67
	Łukasz Lasek, Jakub Barański, Jacek Czarnecki	
16	Sprzedaż przedsiębiorstwa dłużnika w trybie przygotowanej likwidacji	70
	Karol Czepukojć	
19	Trzeba – i można – domagać się rozstrzygnięcia swojej sprawy	73
	dr Ewa Butkiewicz, dr Maciej Kiełbowski	
22	Kogo, za co i za ile pozywać przy bezumownym korzystaniu z nieruchomości	76
	Krzysztof Wiktor, Leszek Zatyka	
25	Pozwolenia środowiskowe wygasają szybciej, niż się wydaje	79
	Dominik Wałkowski, Martyna Robakowska	
28	Odlączyli prąd – i co dalej?	82
	Marek Dolatowski	
31	Transakcje a pomoc publiczna	85
	Agnieszka Kraińska	
34	Dwa lata przepisów o CFC – wciąż dużo wątpliwości	88
	Michał Nowacki	
37	Leniency: dylematy sygnalistów	91
	Sabina Famirska	
40	Dane osobowe w roku 2018	94
	Sylwia Paszek, Agnieszka Szydlik	
43	O kancelarii	97
46		
49		
52		
55		

Szanowni Państwo,

jak wiadomo, prognozy zawsze najlepiej sprawdzają się wstecz, ale w tym roku próby prognozowania są szczególnie ryzykowne. Rzeczywistość, również prawna, znacznie przyspieszyła i liczba niewiadomych wzrosła. Nowych i planowanych zmian w prawie jest tak wiele, że należałoby im poświęcić osobną publikację.

Między innymi dlatego w tym roku odświeżamy nieco formułę Rocznika, skupiając się przede wszystkim na problemach poszczególnych przedsiębiorców. Znakomita większość artykułów autorstwa naszych prawników powstała na bazie konkretnych spraw, spośród których wybraliśmy te, które obrazują jakąś szerszą prawidłowość i mogą być pomocne dla innych. Opisujemy zarówno sprawy, z którymi coraz częściej zwracają się do nas klienci, jak i te, z którymi zetknęliśmy się ostatnio po raz pierwszy i które otwierają całkiem nowy rozdział naszego doradztwa.

Na pierwszym miejscu, ponownie jak w zeszłym roku, znalazły się zagrożenia związane z cyberprzestępczością, które choć szeroko nagłośnione, nadal bywają bagatelizowane, co wykorzystują zorganizowane grupy przestępcze. Cyberprzestrzeń jest dziś swoistym Dzikim Zachodem, w którym przestępcy mają szerokie możliwości działania. Szeryfów – wyspecjalizowanych pracowników policji i prokuratury – jest zbyt niewiele, by mogli skutecznie chronić nasze dobra osobiste i majątkowe. Musimy zatem dokonać wysiłku, aby umożliwić funkcjonowanie w sieci instytucji ochrony prawnej.

Rolą adwokata i radcy prawnego jest ochrona klienta i zarazem społeczeństwa, w którym on działa, przed ludźmi złej wiary. Zwracanie uwagi na zagrożenia jest więc adwokackim obowiązkiem. Naszym zadaniem jest wyjaśnianie, co nowego pojawiło się w postaci ustaw i orzecznictwa, oraz wskazywanie, co się wiąże z poszczególnymi rozwiązaniami prawnymi. Probierzem są tu niezmiennie wartości – konieczne, żeby funkcjonowało społeczeństwo obywatelskie.

Po raz siódmy już życzę Państwu przyjemnej lektury naszej dorocznej publikacji.

Tomasz Wardyński

W

yłudzenia internetowe. Środki prawnej ochrony z perspektywy karnej i cywilnej

Internet opanował nasze życie prywatne i zawodowe. Dotyczy to w szczególności handlu międzynarodowego, gdzie znakomita większość transakcji jest obecnie zawierana i realizowana przy użyciu poczty elektronicznej. Oczywistym zaletom związanym z przyśpieszeniem i odformalizowaniem obrotu towarzyszą jednak zagrożenia, z których przedsiębiorcy czasem nie zdają sobie sprawy, a czasem je bagatelizują.



Paweł Mazur



Janusz Tomczak



Krzysztof Wojdyło



Business email compromise

Mail wygląda niewinnie, jak każdy inny, których dziesiątki trafiają dziennie do departamentów odpowiedzialnych za realizację przelewów w naszych firmach. Wszystko jest standardowe, nic nie wzbudza podejrzeń. Zgadza się dane nadawcy, kontekst wiadomości oraz używane słownictwo. Zazwyczaj dopiero po czasie okazuje się, że mail został wysłany przez przestępców. To właśnie istota cyberprzestępstwa określanego mianem Business Email Compromise (BEC) lub Email Account Compromise (EAC).

Polega ono na upozorowaniu prawdziwej korespondencji w celu wyłudzenia środków pieniężnych. Przestępcy tworzą adresy mailowe łudząco przypominające adresy faktycznych uczestników relacji handlowych. W podstawowej warstwie widocznej dla odbiorcy adres mailowy fikcyjnego nadawcy może być nawet identyczny z adresem mailowym prawdziwego nadawcy. Dopiero pogłębiona analiza adresów pozwala wychwycić różnice.

Celem ataku jest wywołanie u odbiorcy wiadomości przekonania, że koresponduje ze znaną mu osobą. Jest to zazwyczaj partner handlowy lub przełożony z pracy (często np. prezes zarządu). Zgodnie z raportami FBI po roku 2010 odnotowano radykalny wzrost przestępstw opartych na schematach BEC oraz EAC. W 2015 r. FBI uznało nawet te cyberprzestępstwa za najbardziej palący problem cyberprzestrzeni. W czerwcu 2016 r. FBI szacowało łączną wartość strat wygenerowanych do tej pory przez te przestępstwa na ponad trzy miliardy dolarów. Warto podkreślić, że statystyki FBI dotyczą jedynie części przestępstw BEC oraz EAC.

Cyberprzestępcy, podszywając się pod osobę znaną odbiorcy maila, najczęściej w którymś momencie proszą o przesłanie określonych środków pieniężnych na wskazane w mailu konto bankowe. W przypadku maila od partnera handlowego jest to często informacja o zmianie numeru konta służącego do wzajemnych rozliczeń. W przypadku maila rzekomo pochodzącego od przełożonego może to być np. informacja o konieczności wykonania przelewu związanego z bardzo poufnym projektem.

Niektóre przypadki, z którymi stykaliśmy się w naszej praktyce, pokazywały wyraźnie, że cyberatak był bardzo dobrze przygotowany. Przestępcy najprawdopodobniej przez pewien czas monitorowali korespondencję między ofiarami. Dzięki temu umieli doskonale wpisać się w kontekst prowadzonej dotychczas korespondencji, wybrać właściwy moment oraz używać tych samych zwrotów, przez co skutecznie uśpiłi czujność pokrzywdzonych.

Wiadomości zawarte w mailach są często uwiarygadniane poprzez podanie numerów telefonów do rzeko-

mych zaufanych stron trzecich (np. prawników), które potwierdzają dane transakcyjne podane w fałszywym mailu. Skala omawianych przestępstw jest bardzo zróżnicowana. W większości przypadków przestępcom udaje się nakłonić ofiary do dokonania przelewów wartych kilkaset tysięcy dolarów. Zdarzają się jednak również wielomilionowe kwoty.

Środki przebrane przy wykorzystaniu sfałszowanej wiadomości mailowej trafiają zazwyczaj na rachunek bankowy założony przez tzw. słupa, tj. osobę fizyczną lub firmę mniej lub bardziej świadomie współpracującą z przestępcami. Od tego momentu zaczyna się wyścig z czasem.

Jak zabezpieczyć skradzione pieniądze?

Podstawą jest szybkość działania. Jeśli pieniądze trafiają na konto firmy czy osoby powiązanej z przestępcami, nie będą tam leżeć długo. Najczęściej transferowane są przelewami elektronicznymi do państw znanych z niechęci do współpracy międzynarodowej, gdzie ślad po nich ginie, albo też są podejmowane w gotówce z bankomatów.

Zablokowanie środków zaraz po ich wpływie na konto polskiego banku jest możliwe dzięki decyzji prokuratora. Problemem jest czas trwania blokady, która przed postawieniem zarzutów konkretnej osobie nie może przekraczać trzech miesięcy. Tymczasem w naszej praktyce zdarzało się, że współpraca pomiędzy bankami szła tak opornie, że pokrzywdzona firma zgłaszała swoje roszczenia już po upływie tego okresu. Nawet jeśli pokrzywdzony wcześniej ustalił dane konta, na które trafiły jego pieniądze, to i tak istnieje obawa, że po 90 dniach blokada upadnie i przestępcy, korzystając z luki w prawie, zdążą zagarnąć środki dla siebie.

Rozwiązaniem może być zabezpieczenie roszczenia w postępowaniu cywilnym. Pokrzywdzony jako osoba uprawniona do dysponowania pieniędzmi ma roszczenie o ich zwrot do właściciela rachunku, na którym wyłudzone środki się znalazły. Podstawą prawną takiego roszczenia może być zarówno czyn niedozwolony, jak i bezpodstawne wzbogacenie. To roszczenie ma charakter majątkowy i może zostać zabezpieczone między innymi poprzez zajęcie wierzytelności z rachunku bankowego albo innej wierzytelności, w tym na przykład wierzytelności, jaką posiadacz rachunku może mieć wobec banku lub prokuratury o wypłacenie pieniędzy po upływie terminu blokady. Zabezpieczenia dokonuje sąd na wniosek powoda złożony w pozwie lub przed wszczęciem postępowania.

Ta ostatnia możliwość jest szczególnie atrakcyjna z uwagi na niską opłatę sądową i kluczową dla sprawy szybkość działania sądu, który powinien rozpoznać wniosek nie-

zwłocznie, nie później jednak niż w terminie tygodnia od dnia jego wpływu. Jeśli sąd przychyli się do wniosku, a dzieje się to na posiedzeniu niejawnym bez informowania pozwanego, zabezpieczenie może być natychmiast wykonane przez komornika. W efekcie bank lub prokurator nie tylko będzie uprawniony, ale też obowiązany do przelania zabezpieczonej wierzytelności na konto depozytowe komornika, gdzie pieniądze mogą bezpiecznie czekać na finalny wyrok sądu lub decyzję prokuratury o ich zwrocie na konto prawowitego właściciela.

A jak je odzyskać ?

Pokrzywdzonych w tego rodzaju sprawach łączy zazwyczaj jedna motywacja: przede wszystkim chcą odzyskać środki pieniężne. Rzadko kiedy interesuje ich ustalenie sprawców wyłudzenia i osób, które im pomagały.

Przedstawiciele prokuratury i policji również cechuje pragmatyzm w podchodzeniu do tego typu spraw. Mając na uwadze ich międzynarodowy charakter, skupiają się głównie na tym, co możliwe i realne do osiągnięcia w ramach ich jurysdykcji krajowej. Fakt, że zdarzenia składające się na BEC (korespondencja elektroniczna, przepływy finansowe) mają zazwyczaj miejsce w daleko oddalonych od siebie jurysdykcjach, powoduje, że poszczególne jego elementy mogą być kwalifikowane np. jako oszustwo lub pranie pieniędzy pochodzących z przestępstwa. Kwalifikacja prawna ma wpływ na zakres i kierunek działań podejmowanych przez organy ścigania.

Ponieważ dysponentem środków pieniężnych zablokowanych na rachunku bankowym na mocy postanowienia prokuratora jest on sam, do niego należy decyzja o zwolnieniu środków i ich zwrocie pokrzywdzonemu.

W praktyce głównym wyzwaniem w takiej sytuacji jest zgromadzenie wystarczającej ilości dowodów, które pozwolą prokuratorowi przyjąć, że zwraca pieniądze temu, kto je stracił na skutek wyłudzenia. W sformalizowanym postępowaniu karnym oznacza to często konieczność uzyskania dowodów w trybie pomocy prawnej, co nastrocza wielu trudności.

Bywa jednak i tak, że podmiot, który jest posiadaczem rachunku, podejmuje kroki prawne zmierzające do wydania mu zablokowanych środków. Do tego czasem dochodzą działania organów skarbowych, które w ramach własnych uprawnień mogą podejmować działania „konkurencyjne” wobec działań prokuratury i policji. Niezbędne wówczas może stać się wszczęcie lub kontynuowanie sprawy cywilnej, w ramach której sąd zdecyduje o obowiązku zapłaty przywłaszczonych kwot przez posiadacza rachunku na rzecz pokrzywdzonego. Wbrew pozorom postępowanie takie może

nie być proste, gdyż to powód musi niezbicie wykazać swoje uprawnienie do konkretnych pieniędzy zgromadzonych na koncie pozwanego i skorelowany z tym uprawnieniem obowiązek ich wydania przez firmę, która na tym rachunku może posiadać środki zgromadzone z różnych – niekoniecznie nielegalnych – źródeł.

Reasumując, w prostych wydawałoby się sprawach związanych ze zwrotem wyłudzonych pieniędzy konieczne jest wykorzystywanie instrumentów dostępnych w różnych reżimach prawnych i postępowaniach.

Prawo zostało daleko w tyle

Radykalny wzrost liczby cyberprzestępstw opartych o schemat BEC niewątpliwie wynika również ze zmniejszonej skuteczności walki z tymi przestępstwami. Jednym z jej powodów jest niedostosowanie systemu prawa. Powyżej wskazaliśmy przykłady braku dostosowania przepisów do natury cyberprzestępstw. Takich przykładów jest jednak znacznie więcej. Przepisy o tajemnicy bankowej bardzo skutecznie utrudniają pozyskiwanie przez pokrzywdzonych podstawowych informacji o losach skradzionych środków. Brakuje również skutecznych instrumentów prawnomiędzynarodowych, które umożliwiłyby sprawne pozyskiwanie informacji niezbędnych do ścigania przestępców (np. odpowiednich numerów IP oraz innych danych teleinformatycznych). Tradycyjnie prawo karne pozostaje najgorzej zharmonizowanym reżimem prawnym, co w zglobalizowanym obrocie gospodarczym uniemożliwia skuteczną walkę z cyberprzestępcami.

Wobec trudności w dochodzeniu sprawiedliwości tradycyjnymi metodami uwaga pokrzywdzonych zaczyna skupiać się na mniej oczywistych rozwiązaniach. Pokrzywdzeni zaczynają dochodzić odszkodowań od instytucji finansowych, które uczestniczyły w realizacji przelewów, w szczególności od instytucji, które prowadziły rachunki bankowe dla tzw. słupów. Należy się spodziewać, że w najbliższym czasie liczba roszczeń wobec instytucji finansowych będzie rosła. Dla wielu pokrzywdzonych będzie to jedyna szansa na uzyskanie rekompensaty za doznane krzywdy.

Paweł Mazur, adwokat, wspólnik, praktyka postępowania sądowych i arbitrażowych

Janusz Tomczak, adwokat, partner odpowiedzialny za praktykę karną

Krzysztof Wojdyło, adwokat, wspólnik odpowiedzialny za praktykę prawa nowych technologii



O d wierzyciela do właściciela, czyli o przejmowaniu akcji w spółkach publicznych



Łukasz Szegda



Artur Bednarski

Gdy dłużnik nie spłaca wymagalnych wierzytelności, a z informacji rynkowych wynika, że jest w trudnej sytuacji i może nawet zostać ogłoszona jego upadłość, wierzyciele stają przed dylematem, czy skorzystać z otrzymanych zabezpieczeń, czy próbować dalej rozmawiać z dłużnikiem. Wybór egzekucji z zabezpieczeń oznacza konieczność rozstrzygnięcia szeregu problemów. Prawidłowe ich rozwiązanie jest warunkiem skutecznego zaspokojenia. Poza samym zaspokojeniem, jeśli zabezpieczenia są ustanowione na akcjach innego podmiotu, można przy okazji doprowadzić do przejęcia tego podmiotu przez wierzyciela.

Jeden z naszych klientów miał kłopoty z odzyskaniem wierzytelności od swojego kontrahenta. Wszystko wskazywało, że spółka ma istotne problemy finansowe. Po długich negocjacjach strony zawarły umowę regulującą zasady spłaty zadłużenia. Wierzytelności zostały też zabezpieczone m.in. zastawem rejestrowym na akcjach jednego z podmiotów zależnych dłużnika. Akcje były zdematerializowane i dopuszczone do obrotu na Giełdzie Papierów Wartościowych. Wydawało się, że kryzys został zażegnany.

Jednak pomimo uzgodnionej restrukturyzacji dłużnik nie wykonywał przyjętych zobowiązań. W końcu wierzyciel dowiedział się, że dłużnik złożył wniosek o ogłoszenie upadłości układowej, a inny z wierzycieli złożył wniosek o ogłoszenie upadłości likwidacyjnej dłużnika.

W takiej sytuacji priorytetem dla wierzyciela staje się jak najszybsze zaspokojenie wierzytelności, aby się nie uwikłać w długie i kosztowne postępowanie upadłościowe. Przede wszystkim zaś należy ustalić, jakie działania można podjąć.

Dostępne opcje

Naszego klienta w dalszym ciągu obowiązywały zawarte z dłużnikiem i pozostałymi wierzycielami umowy restrukturyzacyjne. Miały one zapewnić dłużnikowi spokój w okresie restrukturyzacji, tak aby jednostronne działania wierzycieli nie zniweczyły celu, jakim była maksymalizacja poziomu spłaty i uniknięcie upadłości dłużnika. W okresie obowiązywania tych umów, mimo niewykonywania ich przez dłużnika, wierzyciel nie mógł podejmować żadnych działań o charakterze egzekucyjnym. Pierwsze pytanie brzmiało zatem, czy i kiedy umowę można wypowiedzieć.

W takich przypadkach trzeba precyzyjnie określić sytuację, w jakich wierzyciel może wypowiedzieć umowę. Ewentualne wątpliwości w tym zakresie mogą utrudniać dalsze działania związane z dochodzeniem zaspokojenia. W tym jednak przypadku odpowiedź była dość jednoznaczna, a przesłanki wypowiedzenia umowy faktycznie zaszły. Jednak od wypowiedzenia do zaspokojenia jeszcze długa droga. Dopiero tu zaczynają się schody.

Zawarta z dłużnikiem umowa zastawu rejestrowego na akcjach przewidywała różne sposoby zaspokojenia. Podstawowym była egzekucja prowadzona w trybie przepisów Kodeksu postępowania cywilnego. Wierzyciel mógł też sprzedać akcje w przetargu publicznym albo przejąć zastawione akcje na własność i rozliczyć zabezpieczoną wierzytelność z wartością akcji, po której dokonano przejęcia. Wierzycielowi zostało również udzielone pełnomocnictwo do sprzedaży akcji. Ze względu na złożone wnioski o ogłoszenie upadłości przy wyborze należało kierować się czasem potrzebnym na poszczególne działania.

Egzekucja prowadzona według przepisów Kodeksu postępowania cywilnego jest niezbyt szybka. Dłużnik może skarżyć w zasadzie każdą czynność komornika. Chociaż przepisy wskazują, że wniesienie skargi nie wstrzymuje postępowania, sam obieg korespondencji i akt pomiędzy sądem a komornikiem może trwać tygodniami. Poza tym w pierwszym etapie kontrolę nad procesem sprzedaży ma raczej dłużnik.

Dom maklerski prowadzący rachunek papierów wartościowych, na którym zapisane są akcje, ma obowiązek wezwać dłużnika do złożenia dyspozycji sprzedaży akcji, tak aby w ciągu miesiąca było możliwe zaspokojenie wierzyciela. Działania dłużnika mogą całkowicie uniemożliwić sprzedaż akcji przez ten okres.

Dodatkowo w przypadku ogłoszenia upadłości likwidacyjnej egzekucja z zastawów jest niemożliwa, gdyż wszystkie postępowania egzekucyjne dotyczące składników masy upadłości ulegają zawieszeniu, a z chwilą uprawomocnienia się postanowienia o ogłoszeniu upadłości – umorzeniu.

Sprzedaż w przetargu publicznym prowadzonym przez notariusza lub komornika również nie jest pewnym sposobem uzyskania zaspokojenia. Najważniejszą wadą jest brak odpowiednich przepisów wykonawczych dotyczących instrumentów finansowych. Istniejące rozporządzenie wyraźnie wyłącza swoje zastosowanie do instrumentów finansowych. Poza tym notariusze i komornicy niechętnie podejmują się prowadzenia tego typu sprzedaży.

Atrakcyjną i szybką metodą wydaje się sprzedaż na podstawie pełnomocnictw. Zastawnik działający na podstawie pełnomocnictwa zawiera umowę z nabywcą i rozlicza ceną zabezpieczoną wierzytelność. Jednak w przypadku akcji dopuszczonych do obrotu na rynku regulowanym każda sprzedaż musi uwzględniać przepisy ustawy o ofercie publicznej. W przypadku istotnych pakietów akcji nabywanie akcji odbywa się w drodze ogłoszenia wezwania do zapisywania się na sprzedaż lub zamianę akcji. Wzywający musi ustanowić zabezpieczenie wezwania, zawiadomić Komisję Nadzoru Finansowego oraz GPW, a całe wezwanie przeprowadzić za pośrednictwem firmy inwestycyjnej. Przeprowadzenie tej procedury trwa co najmniej kilka tygodni.

Ostatnią opcją było przejęcie akcji na własność na podstawie ustawy o zastawie rejestrowym. Zgodnie z postanowieniami umowy i ustawy zastawnik może zawiadomić zastawcę o przejęciu przedmiotu zastawu na własność, w efekcie czego zabezpieczona wierzytelność jest pomniejszana o wartość, po której doszło do przejęcia. W przypadku akcji dopuszczonych do obrotu na rynku regulowanym nie występują problemy znane przy przejmowaniu udziałów, dotyczące ustalania wartości przejęcia. Ustawa wskazuje, że przejęcie następuje

po kursie z końca dnia, w którym następuje przejęcie. Dodatkowo w przypadku przejmowania akcji na własność na podstawie praw zastawniczych wierzyciel nie ma obowiązku ogłaszania wezwania zgodnie z ustawą o ofercie publicznej.

Po zapoznaniu się z możliwościami wierzyciel skłaniał się ku przejęciu akcji na własność, ale tu pojawił się dodatkowy problem.

Zawiadomienia i terminy

Ustawa o zastawie rejestrowym wymaga od zastawnika, aby przed przejęciem akcji zawiadomił zastawcę o zamiarze przejęcia. Zawiadomienie takie powinno wskazywać, że wierzyciel zamierza dochodzić zaspokojenia z zabezpieczenia i określać sposób, w jaki będzie go dochodzić. W terminie siedmiu dni od dnia zawiadomienia zastawca może albo spłacić zastawnika, albo wystąpić z powództwem o ustalenie, że wierzytelność nie jest wymagalna lub nie istnieje.

Jednak wierzyciel prowadził wyścig z czasem, gdyż przejęcie nie jest dopuszczalne, jeżeli akcje zostaną zajęte przez innego wierzyciela w toku egzekucji komorniczej, co w sytuacji dłużnika było dość prawdopodobne.

Konsekwencje naruszenia terminu, który powinien upłynąć pomiędzy datą zawiadomienia a przejęciem akcji, nie są uregulowane. Zgodnie z dominującym poglądem termin ten został wskazany po to, aby umożliwić zastawcy spłatę zaległej wierzytelności albo wystąpienie do sądu z powództwem, ale ustawodawca nie obwarował go rygorem nieważności. Zdaniem zwolenników tego poglądu naruszenie terminu może skutkować co najwyżej roszczeniami o naprawienie szkody, która wynika dla zastawcy z faktu, że zastawnik nie zastosował się do wymogów ustawowych lub umownych.

Jeśli przyjąć, że mimo naruszenia wspomnianego terminu przejęcie pozostanie skuteczne, prawna sytuacja wierzyciela przejmującego staje się korzystniejsza. Dłużnik chcący dochodzić odszkodowania musi wykazać, że na skutek tego naruszenia poniósł szkodę, czyli że w jego majątku wystąpił uszczerbek (np. utrata akcji), który by nie wystąpił, gdyby wierzyciel zachował się zgodnie z umową. W przeważającej części przypadków dłużnik musi zatem wykazać, że gdyby przejęcie zostało dokonane zgodnie z umową, to albo spłaciłby wierzyciela, albo wartość, po której dokonano przejęcia, byłaby wyższa.

Wierzyciel stanął przed dylematem, czy zastosować się ściśle do postanowień umowy i odczekać siedem dni, co groziło ogłoszeniem upadłości wobec dłużnika przed przejęciem akcji lub zajęciem akcji przez innego wierzyciela, czy też zaryzykować naruszenie powyższego terminu, czego konsekwencją mogły być ewentualne roszczenia odszkodowawcze.

Po uzyskaniu analiz prawnych wierzyciel ocenił, że ryzyka związane z naruszeniem terminu nie przeważają nad ryzykiem zajęcia akcji i dalszego opóźniania dochodzenia zaspokojenia. Skierował więc zawiadomienia o przejęciu do dłużnika i do domu maklerskiego.

Odpowiedź dłużnika i... domu maklerskiego

Na reakcję dłużnika nie trzeba było długo czekać. Nie tylko zakwestionował on działania wierzyciela, ale też skierował do sądu wnioski o zabezpieczenie, żądając zakazania wierzycielowi rozporządzania akcjami, wycofywania akcji z obrotu na GPW oraz wykonywania praw z akcji. Dłużnik wykazywał, że przejęcie akcji bez uprzedniego zawiadomienia jest nieważne.

Nieoczekiwanie również dom maklerski odmówił niezwłocznego wykonania złożonych dyspozycji przeniesienia akcji na rachunek papierów wartościowych klienta. Zażądał m.in. wskazania, że istnieją wymagalne wierzytelności oraz że upłynął wymagany termin, a także pokrycia przez wierzyciela prowizji za przeniesienie akcji z rachunku dłużnika na rachunek wierzyciela (mimo że zobowiązany do jej uiszczenia był dłużnik, zgodnie z umową zawartą pomiędzy domem maklerskim a wierzycielem).

Od wierzyciela do właściciela

Sąd oddalił wniosek dłużnika o zabezpieczenie, prezentując argumentację zbliżoną do tej, która wcześniej przekonana wierzyciela. Podkreślił, że z ustawy nie wynika skutek w postaci nieważności przejęcia, a dodatkowo wskazał, że dłużnik i tak już zalega z płatnością ponad terminy, których dochowania oczekuje od wierzyciela. Zażalenie wniesione przez dłużnika nie zmieniło sytuacji.

Po długich negocjacjach i spełnieniu kolejnych wymogów domu maklerskiego udało się też doprowadzić do skutecznego przeniesienia akcji z rachunku dłużnika na rachunek wierzyciela. Wierzyciel stał się właścicielem akcji stanowiących istotny pakiet akcji spółki publicznej.

Powyższy przykład pokazuje, że przejmowanie akcji może okazać się skutecznym sposobem zaspokajania wierzytelności, a także przejmowania kontroli nad spółkami (zwłaszcza że wykonanie praw zastawnika nie wiąże się z obowiązkiem ogłoszenia wezwania). Jednak działania takie muszą być dobrze zaplanowane, przeprowadzone sprawnie i nie są wolne od ryzyk.

Łukasz Szegda, radca prawny, współnik odpowiedzialny za praktykę bankowości i finansowania projektów

Artur Bednarski, adwokat, praktyka bankowości i finansowania projektów



Nie podpisuj in blanco

W praktyce gospodarczej zdarza się często, że złożenie podpisu pod dokumentem nie jest w danej chwili możliwe. Zostawiamy wówczas podpisaną kartkę in blanco zaufanej osobie, aby następnie wypełniła ten dokument treścią. Jak pokazuje praktyka, może to nieść za sobą dotkliwe konsekwencje.



dr Marcin Lemkowski

Samolot odleci, pociąg odjedzie

Rzymianie mawiali: *festina lente*, czego odpowiednikiem polskim jest powiedzenie: gdy się człowiek spieszy, to się diabeł cieszy. Tak też było w tej sprawie: klient, który negocjował umowę najmu, spieszył się na samolot. Ponieważ rozmowy się przedłużały, ale wszystko wskazywało na to, że do zawarcia umowy dojdzie, klient podpisał dwie kartki in blanco i przekazał je swojemu zaufanemu współpracownikowi, który pozostał na negocjacjach. Miał on następnie z wykorzystaniem podpisanych kartek sporządzić umowę najmu w wersji ostatecznie uzgodnionej.

Do zawarcia umowy jednak finalnie nie doszło, a klient zapomniał, że kartki in blanco podpisał.

Przychodzi weksel

Po kilku latach od tych wydarzeń klientowi doręczono list z polskiego sądu, który zawierał nakaz zapłaty na sumę 3,2 mln euro, wydany na podstawie weksla. Klient przecierał oczy ze zdumienia, ponieważ nigdy takiego weksla nie podpisywał. Jednak podpis wyglądał jak jego własny. Zastanawiające było natomiast to, że weksel był sporządzony w dwóch językach – także w języku polskim, którego klient nie znał.

Klient wniósł zarzuty od nakazu zapłaty, w których podnosił, że weksla tego nie podpisywał.

Biegły pismoznawca

W tego typu sprawach sąd niemal zawsze zasięga pomocy biegłego sądowego – pismoznawcy, który przeprowadza badania porównawcze pisma. Tak było i tym razem. Sąd postanowił skorzystać z – jak się wyraził – „najbardziej znamienitego biegłego”, nominując do tej roli profesora uniwersytetu z ogromnym doświadczeniem w tego typu badaniach.

Profesor po zapoznaniu się z aktami sprawy wydał opinię, w której stwierdził, że z dużym prawdopodobieństwem podpis pochodzi od klienta, jednak nie można wykluczyć również tego, że podpis został sfałszowany metodą tzw. naśladownictwa swobodnego, czyli wyuczenia się podpisu przez fałszerza, odwzorowania jego kształtu i naniesienia na papier. Profesor wyjaśnił, że podpis na wekslu właściwie jest tylko parafą, podpisem skróconym, a pełne, wiarygodne badanie jest możliwe tylko w przypadku podpisu dłuższego, mającego kilkanaście znaków.

Pamięć wraca

Jeszcze przed wydaniem opinii klient, przeglądając dokumenty związane ze sprawą, odnalazł w swoich archiwach faks od dawnego współpracownika, w którym współpracownik ów oświadczał, że dwie kart-

ki z podpisem in blanco, wydane podczas negocjacji umowy najmu, zatrzymuje do ewentualnego wykorzystania w przyszłości. Klient, natknąwszy się na ten dokument, poprosił o zwrot owych kartek, które jednak nie zostały oddane, nie odnalazły się, nie wytłumaczono mu także, co się z nimi stało.

Od tej chwili klient nabrał pewności, że to właśnie na jednej z tych kartek ktoś następco nadrukował tekst weksla.

Profesor odpowiada

Biegły przeważnie odpowiada w sądzie także na pytania stron. Niekiedy dopiero w trakcie przesłuchania przychodzą do głowy najciekawsze pytania, mimo że wcześniej pełnomocnicy często bardzo długo przygotowują się do rozprawy. Właśnie w odpowiedzi na pytania pełnomocników klienta profesor wyjaśnił, że nie da się dzisiaj zidentyfikować pochodzenia papieru, na którym weksel został nadrukowany, podobnie jak nie da się ustalić drukarki, którą do tego wykorzystano. Można natomiast ustalić wiek dokumentu, ale tylko jeśli jest nie starszy niż dwa lata – w takim bowiem okresie następuje stopniowe wysychanie tuszu. Po tym czasie można stwierdzić jedynie, że dokument jest starszy niż dwuletni. Najciekawsze pytanie dotyczyło jednak tego, jak długo na papierze utrzymują się odciski palców. Okazuje się, że bardzo długo – aż do 20 lat!

Daktyloskopia

Stwierdzenie to otworzyło nowy wątek w sprawie – zgłoszony został wniosek o przeprowadzenie dowodu z badania daktyloskopijnego, czyli ustalenie, czyje odciski palców znajdują się na wekslu. Oczywiście podejrzenie padło w pierwszym rzędzie na byłego pracownika klienta, który – jak się akurat złożyło – miał być niedługo przesłuchiwany jako świadek. Przy tej okazji, bezpośrednio w trakcie rozprawy, poproszono go, aby wyraził zgodę na pobranie od niego odcisków palców. Zaraz po jej uzyskaniu sąd, korzystając z policji sądowej, zarządził zaprowadzenie świadka z sali rozpraw na komisariat, gdzie pobrano od niego odciski palców i utrwalono je na tzw. karcie daktyloskopijnej.

Dotykać kartek in blanco mogła też sekretarka

Klient przypomniał sobie, że na spotkaniu w sprawie umowy najmu była też obecna sekretarka, która mogła podawać mu kartki papieru, na których naniósł następnie podpisy in blanco. Znalezienie na wekslu jej odcisków palców bardzo uwiarygodniłoby zarzut, że weksel powstał właśnie na tych kartkach, bo z okoliczności sprawy wynikało, że ani ona, ani były współpracownik nie mieli później okazji dotykać tego dokumentu. Klient wniósł wobec tego, aby również sekretarka pod-

dała się badaniu daktyloskopijnemu. Ta jednak odmówiła poddaniu się tej czynności, do czego w postępowaniu cywilnym ma prawo. Krótco później również były współpracownik wycofał swoją zgodę na pobranie od niego odcisków palców.

Sąd wydaje wyrok, strona apeluje

Sąd postanowił nie przeprowadzać dowodu z opinii biegłego z zakresu daktyloskopii, uznając, że jest on zbędny w sprawie, a poza tym osoby, których odciski palców miały być poszukiwane na wekslu, albo cofnęły swoją zgodę na tę czynność, albo nigdy jej nie wyraziły. Następnie sąd wydał wyrok, w którym utrzymał w mocy wydany na podstawie weksla nakaz zapłaty na sumę 3,2 mln euro z odsetkami.

Klient z wyrokiem tym się nie pogodził i wywiódł apelację, która została uwzględniona. Sąd apelacyjny zauważył przede wszystkim, że okoliczności współpracy powoda i klienta nie wskazywały na to, aby kiedykolwiek był podpisywany weksel na tę sumę. Poza tym dokument był dwujęzyczny, a cała historia jego powstania, przedstawiana w zeznaniach stron, jawiła się jako mało wiarygodna. Sprawa została skierowana do ponownego rozpoznania.

Badanie odcisków palców

Rozpoznając sprawę ponownie, sąd najpierw oddalił wniosek o dowód z opinii daktyloskopijnej. Klient, oprostowując tę decyzję, wskazał, że cofnięcie już udzielonej zgody na pobranie odcisków palców nie jest

przeszkodą do przeprowadzenia tego dowodu, bo zagadnienie to rozpatrywać należy w kategorii ochrony dóbr osobistych, które zostały już naruszone przy pobieraniu śladów, zatem cofnięcie zgody po tym zdarzeniu jest bezskuteczne. Po namyśle sąd dopuścił dowód z zakresu opinii daktyloskopijnej. Jednak badanie to nie potwierdziło, że na wekslu znajdują się odciski palców byłego współpracownika. Były ślady, ale pochodzące od innych osób, oraz kilka na tyle niewyraźnych, że nie można było przypisać ich podejrzaney osobie.

Jakkolwiek dowód ten nie przesądził o tym, kto sfałszował weksel, to jednak wystarczył, by sąd oddalił powództwo wobec klienta. Sąd przyjął, że weksel powstał właśnie na kartkach podpisanych in blanco, które klient dawno temu przekazał swojemu współpracownikowi. Nie przesądził natomiast, bo było to zbędne w sprawie, kto dopuścił się fałszerstwa. Powód wniósł apelację od tego wyroku, ale została ona oddalona.

Skończyło się dobrze

Ta sprawa skończyła się dla klienta sukcesem. Próba wykorzystania złożonych w zaufaniu podpisów in blanco nie powiodła się, choć po pierwszym wyroku sądu klient był w całkiem poważnych opałach.

Dlatego ilekroć przychodzi złożyć podpis in blanco, trzeba zastanowić się nie raz, nie dwa i nie trzy, czy na pewno warto to robić. Bo zawsze może się okazać, że w którejś z przesyłek do nas adresowanych znajdzie się dokument, którego treści ani faktu podpisywania nie będziemy w stanie sobie przypomnieć.

dr Marcin Lemkowski, adwokat, partner, praktyka postępowania sądowych i arbitrażowych

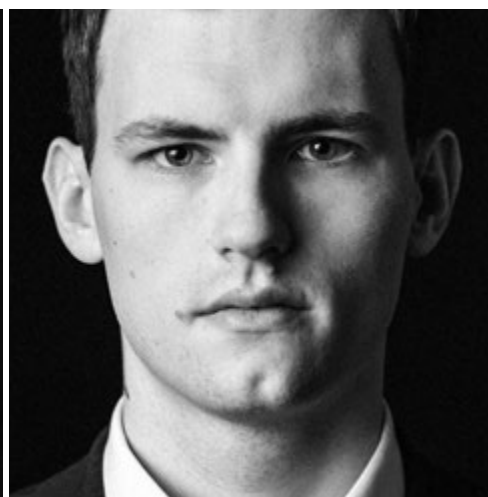




urtowe oszustwa podatkowe wymagają detalicznego badania



Dariusz Wasylkowski



Wojciech Marszałkowski

Postępowanie kontrolne w spółce bywa preludium do postępowania karnego skarbowego, a coraz częściej również karnego wobec członków zarządu. Spełnienie przesłanek warunkujących obciążenie ich odpowiedzialnością karną skarbową powinno być skrupulatnie badane w stosunku do każdego z nich z osobna. Członkowie zarządu bowiem, działając jedynie w określonym obszarze swoich kompetencji, nierzadko nie mają podstaw, by podejrzewać nieprawidłowości w rozliczaniu zobowiązań podatkowych.

Prezentowany stan faktyczny ma charakter hipotetyczny, jednak podobny przebieg wydarzeń wielokrotnie miał miejsce w realiach gospodarczych ostatnich lat.

Zaskakujący zbieg okoliczności

Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością prowadzi działalność gospodarczą w zakresie handlu kawą w ziarnach. Spółka nabywa towar od dużych hurtowników lub importerów i odsprzedaży go dostawcom zaopatrującym zakłady pracy oraz obiekty gastronomiczne. Rynek handlu kawą charakteryzuje się dużym rozproszeniem, tj. na rynku działa wiele podmiotów prowadzących działalność na różną skalę.

W skład zarządu spółki wchodzi trzy osoby. Pierwszy członek zarządu odpowiada za poszukiwanie dostawców oraz rynków zbytu i działalność marketingową, w tym prezentowanie oferty spółki podczas targów. Drugi członek zarządu piastuje stanowisko dyrektora finansowego. Trzeci członek zarządu odpowiada za działalność operacyjną, logistykę oraz inne bieżące kwestie.

W 2014 r. podczas okresowo odbywających się targów do stanowiska spółki podszedł przedsiębiorca przedstawiający się jako dystrybutor kawy obsługujący hale widowiskowo-targowe oraz punkty gastronomiczne w północnej Polsce. Po zapoznaniu się z ofertą spółki wskazał, że chciałby nabyć trzy tony kawy – mieszanki ziarna arabica i robusta wypalanej u producenta Grado Espresso – w cenie 60 złotych netto za kilogram. Wskazał także, że byłoby to zamówienie próbne, by sprawdzić rzetelność kontrahenta. Spółka nie posiadała tego produktu w ofercie, lecz obecny na targach członek zarządu przyjął od nowo poznanego przedsiębiorcy wizytówkę. Po dwóch tygodniach do spółki zadzwonił inny nieznaną kontrahent, oferując dostawy kawy Grado Espresso w cenie 57 złotych netto za kilogram. Spółka nabyła od dostawcy próbne trzy tony kawy i zbyła je kontrahentowi poznanemu podczas targów.

Współpraca z nowymi kontrahentami szybko się rozwinęła. Gdy wolumen zamówień się powiększył, spółka zaczęła korzystać z przewoźnika poleconego przez nowego dostawcę, by ten woził towar bezpośrednio od dostawcy spółki do odbiorcy towarów.

Wizyta Urzędu Kontroli Skarbowej

W 2016 r. do drzwi spółki zapukał Urząd Kontroli Skarbowej. W toku przeprowadzonego postępowania kontrolnego stwierdzono, że spółka i jej kontrahenci uczestniczyli w przestępczym łańcuchu transakcji. Zobowiązanie podatkowe spółki w podatku VAT za poszczególne okresy 2014 r. zostało określone na kilka milionów złotych, a wynikało z odmówienia spółce prawa do odliczenia podatku VAT z faktur wystawionych przez dostawcę towaru oraz firmę logistyczną

w związku z nieistnieniem transakcji (brakiem rzeczywistego obrotu).

W uzasadnieniu decyzji organ wskazał, że z uwagi na nieistnienie transakcji nie ma obowiązku badać, czy spółka działała w dobrej wierze, tj. czy wybrała kontrahenta z należytą starannością. Niemniej organ ocenił, że spółka podjęła współpracę z nieznanymi wcześniej podmiotami, a członkowie zarządu zdawali sobie sprawę z nienaturalnie szybkiego rozwoju współpracy. Organy wskazały ponadto na niewystarczającą weryfikację tożsamości kontrahenta, a za lekkomyślne uznały posługiwanie się przez spółkę nieznanymi firmami przewozowymi. Do materiału dowodowego włączono decyzje wydane przez organ przeciwko kontrahentom spółki oraz ich kooperantom wskazujące na istnienie zamkniętego kręgu dostawców. Decyzja kończyła się konkluzją, że spółka godziła się na uczestnictwo w schemacie przestępczym.

Odpowiedzialność członków zarządu

Czy ustalenia organu kontroli skarbowej powinny mieć decydujący wpływ na ocenę odpowiedzialności członków zarządu w postępowaniu karnym skarbowym?

Postępowanie karne skarbowe toczące się równolegle bądź w następstwie postępowania kontrolnego inspirowane jest informacjami, które przesiakają do akt sprawy karnej skarbowej. Stąd na organach kontroli skarbowej spoczywa szczególna odpowiedzialność za prawidłowość ustaleń faktycznych i zastosowania prawa materialnego. Oskarżyciel publiczny nie powinien przyjmować bezkrytycznie ustaleń i oceny prawnej dokonanych w postępowaniu kontrolnym.

Zakres badania sprawy przez Urząd Kontroli Skarbowej

W toku postępowania organy mają obowiązek podjąć wszelkie niezbędne działania w celu dokładnego wyjaśnienia stanu faktycznego oraz załatwienia sprawy. Zakres merytoryczny sprawy ogranicza sferę okoliczności, które powinny podlegać badaniu przez organ kontroli skarbowej.

W sprawach oszustw karuzelowych decyzje organów najczęściej wskazują, że faktury wystawione przez podmiot nieistniejący lub stwierdzające czynności, które nie zostały dokonane, nie stanowią podstawy do odliczenia lub zwrotu podatku VAT. Zgodnie z praktyką, jeśli organy stwierdzą dokonanie rzeczywistej transakcji, przedmiotem badania będzie to, czy na podstawie obiektywnych przesłanek stwierdzić można, iż podatnik wiedział lub powinien był wiedzieć, że transakcja mająca stanowić podstawę prawa do odliczenia wiązała się z przestępstwem popełnionym przez wystawcę faktury lub inny podmiot działający na wcześniejszym etapie obrotu.

Zakres badania sprawy przedstawionej w kazusie

Zgodnie ze stanem faktycznym sprawy każdy z członków zarządu posiadał część wiedzy o kooperacji z kontrahentem. Rola pierwszego z nich zakończyła się z momentem nawiązania współpracy, rola dyrektora finansowego obejmowała jedynie badanie przepływów pieniężnych i prawidłowości dokumentacji, a rola członka zarządu zajmującego się logistyką obejmowała kwestie zwiększenia wolumenu sprzedaży i kooperacji z firmą przewozową.

Organ podniósł, że do transakcji nie doszło, a spółce nie przysługuje prawo do odliczenia, czym zdjął z siebie ciężar badania, czy podatnik działał w dobrej wierze. Niezależnie od tego organ wypowiedział się o świadomości członków zarządu, stwierdzając, że wszyscy wiedzieli o przestępczym procederze.

Dokonując tej konstatacji, organ zintegrował wiedzę poszczególnych członków zarządu z ustaleniami poczynionymi w toku innych postępowań kontrolnych i całą tę wiedzę przypisał członkom zarządu *in gremio*. Organ wykroczył przy tym poza zakres merytorycznego rozpoznania sprawy, oceniając zamiar spółki co do uczestnictwa w oszustwie karuzelowym.

Rola oskarżyciela publicznego

Na oskarżyciela publicznym spoczywa istotne zadanie. Pozornie okoliczności faktyczne sprawy wyjaśniono w postępowaniu kontrolnym, jednak w rzeczywistości wiele ustaleń pozostaje spornych.

Oskarżyciel publiczny jest zobowiązany dokonać ustaleń faktycznych w odniesieniu do każdej osoby odrębnie, bowiem współsprawca za czyn zabroniony odpowiada w granicach swojej umyślności lub nieumyślności. Takie zatowiszowane badanie jest jednym z wymogów, który odróżnia postępowanie kontrolne od postępowania karnego skarbowego. W przypadku postępowania kontrolnego wnioski organu kontroli skarbowej (niezależnie od tego, że mogą być uznane za zbyt daleko idące) powinny dotyczyć spółki, czyli podatnika. W przypadku postępowania karnego skarbowego stroną postępowania jest członek zarządu.

Rola pełnomocnika i obrońcy

Obok czynności dokonywanych w związku z meritem sprawy, zadaniem pełnomocnika w postępowaniu kontrolnym jest badanie, by organ właściwie identyfikował

działania poszczególnych osób, a także kontestowanie nieprawdziwych twierdzeń organu, nawet jeśli są one pozornie nieistotne dla rozstrzygnięcia sprawy. Twierdzenia takie mogą mieć bowiem wpływ na przebieg postępowania karnego skarbowego.

W toku postępowania karnego skarbowego obrońca powinien w pierwszej kolejności wykazać niedoskonałości decyzji wydanej przez organy, w szczególności te, które nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia w sprawie podatkowej (okoliczności istotne są bowiem badane przez sądy administracyjne), a nie zostały usunięte w toku postępowania kontrolnego.

Konkluzja

Aktywna postawa pełnomocnika na etapie postępowania kontrolnego jest niezbędna, bowiem zwalczanie ustaleń organów w sprawie karnej skarbowej jest utrudnione. W praktyce ustalenia organu przybierają charakter niepisane domniemanie, a w konsekwencji obrońca zmuszony jest dowodzić niewinności członka zarządu.

Uczciwy przedsiębiorca dysponuje w toku postępowania szeregiem argumentów, poczynając od formalnych, takich jak wykazanie, że kontrahent dokonał wszelkich wymaganych prawem rejestracji, a kończąc na wykazaniu, że dokonana transakcja jest zbieżna z praktyką rynkową, a ceny nie odstają od normy w sposób budzący podejrzenie.

Kluczem do bezpieczeństwa spółki i członków zarządu jest jednak prewencja, polegająca na przeglądzie portfolio i eliminacji podejrzanych dostawców, zaprojektowaniu odpowiednich dla danego sektora gospodarki procedur weryfikacji nowych kontrahentów, a czasem także na korekcie deklaracji podatkowych w niezbędnym zakresie.

Powyższe zabiegi są niezbędne, gdyż instrumentalne wykorzystywanie uczciwych przedsiębiorców przez oszustów jest praktyką nagminną. W konsekwencji nierzadko to rzetelni przedsiębiorcy mogą najdotkliwiej odczuć skutki działania organów kontroli skarbowej oraz organów ścigania. Te bowiem w obliczu bezskuteczności swoich działań w stosunku do oszustów przeczują negatywne konsekwencje – finansowe, karne skarbowe, a w ostatnim czasie również karne – na podmioty pozostające w zasięgu oraz dysponujące jakimikolwiek aktywami.

Dariusz Wasylkowski, adwokat, doradca podatkowy, współnik odpowiedzialny za praktykę podatkową

Wojciech Marszałkowski, praktyka podatkowa



Nabywcy przedsiębiorstwa: odpowiedzialność nabywcy za zobowiązania zbywcy



Bartosz Kuraś



Izabela Zielińska-Barłózek

W praktyce transakcyjnej podstawowe pytanie brzmi, czy dana transakcja dotyczy aktywów czy udziałów albo akcji. Gdy przedmiotem transakcji są aktywa, mogą one stanowić przedsiębiorstwo albo jego zorganizowaną część. Ma to szczególne znaczenie dla nabywcy (kupującego), ponieważ ze zbyciem przedsiębiorstwa ustawa wiąże określone skutki w zakresie odpowiedzialności nabywcy za zobowiązania zbywcy.

○dpowiedzialność nabywcy przedsiębiorstwa za długi zbywcy to rozwiązanie przyjęte w polskim systemie prawnym, które często zaskakuje przedsiębiorców zagranicznych, zwłaszcza z krajów anglosaskich. W konsekwencji zdarza się, aczkolwiek nie zawsze skutecznie, że strony podejmują próby takiego ukształtowania transakcji, aby nie mogła ona być uznana za transakcję, której przedmiotem jest przedsiębiorstwo.

Poniżej opisujemy, co może być uznane za przedsiębiorstwo, oraz podajemy kilka przykładów dotyczących zasady odpowiedzialności nabywcy przedsiębiorstwa, a także możliwego jej wyłączenia lub ograniczenia.

Przedsiębiorstwo – co to takiego?

Gdy przedmiotem transakcji są aktywa, a nie udziały w spółce, trzeba zbadać, czy stanowią one przedsiębiorstwo, gdyż taka kwalifikacja pociąga określone skutki dla kupującego. Jednym z nich jest jego odpowiedzialność za historię przedsiębiorstwa, tj. zobowiązania związane z przedsiębiorstwem przed jego nabyciem.

Zgodnie z definicją ustawową przedsiębiorstwo jest zorganizowanym zespołem składników niematerialnych i materialnych przeznaczonym do prowadzenia działalności gospodarczej. Ustawa przykładowo wskazuje, jakie składniki wchodzi w skład przedsiębiorstwa. Mogą to być w szczególności: nazwa przedsiębiorstwa, własność nieruchomości lub ruchomości, w tym urządzeń, materiałów, towarów i wyrobów, oraz inne prawa do nieruchomości lub ruchomości – prawa rzeczowe lub prawa wynikające z umów najmu i dzierżawy, wierzytelności, prawa z papierów wartościowych i środki pieniężne, koncesje, licencje i zezwolenia, prawa własności przemysłowej, majątkowe prawa autorskie, księgi i dokumenty związane z prowadzeniem działalności gospodarczej. Typowym składnikiem przedsiębiorstwa jest również klientela – oceniana jako jeden z najważniejszych składników – a także *goodwill*, pojęcie zaczerpnięte z *common law*, uosabiające w zasadzie pewną reputację i sieć powiązań danego przedsiębiorstwa.

Przedsiębiorstwo jest więc pewnym zorganizowanym kompleksem majątkowym przeznaczonym do prowadzenia działalności gospodarczej. Może się ono składać z różnorodnych elementów. Na potrzeby każdej transakcji trzeba przeprowadzić ocenę składników mających stanowić jej przedmiot. Przede wszystkim należy ocenić, osobno od strony prawnej, a osobno od strony podatkowej, czy dane aktywa będące przedmiotem danej transakcji są funkcjonalnie i organizacyjnie zespolone jako całość i stanowią przedsiębiorstwo. Jest to istotne, gdyż przedsiębiorstwo jest szczególnym przedmiotem obrotu prawnego i gospodarczego. Jak wskazuje praktyka i orzecznictwo, decydujące jest występowanie elementu organizacji oraz funkcjonalnego powiąza-

nia różnorodnych składników przedsiębiorstwa umożliwiających jego traktowanie jako pewnej całości.

Za przedsiębiorstwo (lub jego zorganizowaną część, do której w zasadzie stosuje się regulacje dotyczące samego przedsiębiorstwa) został na przykład uznany dział pewnej firmy, wyodrębniony organizacyjnie i funkcjonalnie, zajmujący się czynnościami księgowo-finansowymi. W innej sprawie przedsiębiorstwo stanowił dział firmy zajmujący się sprzedażą określonej grupy produktów.

Z drugiej strony można wskazać przykład pewnego przedsiębiorcy, który zaprzestał prowadzenia działalności, a następnie, po dłuższym czasie jej nieprowadzenia, wystawił na sprzedaż aktywa w postaci nieruchomości i parku maszynowego. Aktywa te, które mimo pewnego powiązania ze sobą od kilku lat nie były używane, nie stanowiły przedsiębiorstwa. Dopiero odpowiednie uzupełnienie tych aktywów już po transakcji (inwestycja w linię produkcyjną, przebudowa hali na potrzeby podjęcia działalności gospodarczej przez kupującego) oraz ich właściwe funkcjonalne i organizacyjne powiązanie (odpowiedni zarząd, baza klientów, pracownicy) doprowadziły do powstania przedsiębiorstwa.

Odpowiedzialność nabywcy za zobowiązania przedsiębiorstwa

Odpowiednia kwalifikacja przedmiotu transakcji jest istotna, gdyż nabywca przedsiębiorstwa (np. kupująca je spółka) jest odpowiedzialny solidarnie ze zbywcą (np. ze sprzedającą spółką) za zobowiązania zbywcy związane z prowadzeniem przedsiębiorstwa. Jest to więc odpowiedzialność kupującego przedsiębiorstwo za historię tego przedsiębiorstwa bezpośrednio wobec wierzycieli sprzedającego. Po transakcji, której przedmiotem jest przedsiębiorstwo, wierzyciel sprzedającego (np. dostawca surowców, bank finansujący działalność sprzedającego) może co do zasady żądać zaspokojenia (np. zapłaty za dostarczone surowce, zwrotu udzielonego finansowania) od kupującego.

Odpowiedzialność taka nie powstaje, gdy przedmiot transakcji nie stanowi przedsiębiorstwa.

Odpowiedzialność ta nie powstaje również, gdy w chwili nabycia nabywca nie wiedział o tych zobowiązaniach, mimo zachowania należytej staranności. Innymi słowy przed nabyciem przedsiębiorstwa nabywca powinien je dokładnie zbadać. Badanie powinno być przeprowadzone z zachowaniem należytej staranności wymaganej w obrocie profesjonalnym, z udziałem specjalistów z różnych dziedzin, w celu wyjaśnienia różnych zagadnień, w tym prawnych, organizacyjnych i finansowych.

Szczegółowy zakres badania zależy oczywiście od rodzaju i rozmiaru przedsiębiorstwa. Typowymi badaniami prowadzonymi przez kupujących są więc prawne

i podatkowe badania *due diligence*. Gdy w skład przedsiębiorstwa wchodzi nieruchomości, kupujący często decydują się również na przeprowadzenie osobnego badania technicznego lub środowiskowego. W określonych sytuacjach konieczne może być również przeprowadzenie np. badania systemów IT. Zachowanie należytej staranności wymaganej w obrocie profesjonalnym na etapie badania przedmiotu transakcji (tj. przedsiębiorstwa) jest konieczne, żeby kupujący mógł się później powoływać na wyłączenie odpowiedzialności za długi sprzedającego.

Odpowiedzialność nabywcy ponadto ogranicza się do wartości nabytego przedsiębiorstwa według stanu w chwili nabycia, a według cen w chwili zaspokojenia wierzyciela. Odpowiedzialności tej nie można wyłączyć ani ograniczyć bez zgody wierzyciela.

Próby ograniczenia lub wyłączenia odpowiedzialności

Odpowiedzialności kupującego za związane z przedsiębiorstwem długi sprzedającego nie można wyłączyć względem wierzycieli w umowie pomiędzy zbywcą a nabywcą. Zasada ta ma więc zastosowanie w stosunkach między zbywcą i nabywcą przedsiębiorstwa a wierzycielami przedsiębiorstwa bez względu na treść porozumienia między sprzedającym i kupującym. W praktyce zasadą jest, że w samej umowie sprzedający i kupujący regulują zasady ponoszenia odpowiedzialności przez sprzedającego, w razie gdyby wierzyciel sprzedającego zgłosił wobec kupującego roszczenia związane z okresem sprzed nabycia przez niego przedsiębiorstwa. Wywiera to jednak jedynie skutki wewnętrzne, tj. wyłącznie między kupującym i sprzedającym.

W praktyce obrotu często podejmowane są różne próby wyłączania odpowiedzialności nabywcy. W odniesieniu do najistotniejszych wierzycieli sprzedającego, zwłaszcza banków czy innych finansujących, powszechną praktyką jest uzyskiwanie zgód tych podmiotów na wyłączenie odpowiedzialności nabywcy. Najczęściej zgoda połączona jest z przynajmniej częściową spłatą istniejącego zobowiązania, często dokonywaną bezpośrednio z ceny, jaką płaci kupujący za przedsiębiorstwo. Jest to niewątpliwie najbezpieczniejszy sposób ograniczenia odpowiedzialności kupującego za długi sprzedającego, na jakimś etapie obecny w większości transakcji, których przedmiotem jest przedsiębiorstwo.

Inne sposoby spotykane w praktyce dotyczą etapowania. W pewnej sprawie sprzedający postanowił etapować zbycie określonych składników. Całość powiązanych ze sobą aktywów – w tym nieruchomości, maszyny, prawa z umów z dostawcami i odbiorcami, prawa własności intelektualnej – stanowiła niewątpliwie przedsiębiorstwo. Składniki stanowiące przedsiębiorstwo

były jednak przenoszone na podstawie osobnych umów w różnym czasie. Na dodatek kupujący dokonał pośredniego nabycia tych aktywów przez dwie różne w całości kontrolowane przez siebie spółki z o.o. (spółki córki). Pod względem ekonomicznym kupujący nabył więc pośrednio po pewnym czasie wszystkie składniki przedsiębiorstwa, formalnoprawnie jednak były one podzielone pomiędzy dwa podmioty.

Zbywanie poszczególnych składników przedsiębiorstwa na podstawie różnych umów nie eliminuje ryzyka odpowiedzialności kupującego za długi sprzedającego. Często zresztą sprzedaż przedsiębiorstwa odbywa się na podstawie więcej niż jednej umowy, zwłaszcza gdy w skład przedsiębiorstwa wchodzi nieruchomości.

Bardziej skomplikowana sytuacja ma miejsce, gdy zbycie poszczególnych składników rozłożone jest w czasie oraz następuje formalnie na rzecz różnych podmiotów (choć należących do tej samej grupy). Tutaj konieczna jest ocena konkretnego przypadku. W sprawie opisanej powyżej transakcja została ustrukturyzowana w sposób mający dać nabywcy jak najwięcej argumentów przemawiających za tym, że nabył on aktywa niestanowiące przedsiębiorstwa. Z całokształtu dokumentacji i okoliczności sprawy ewidentnie wynikało jednak, że przedmiotem transakcji było przedsiębiorstwo, a struktura transakcji miała na celu uniknięcie ewentualnej odpowiedzialności przez kupującego wobec wierzycieli sprzedającego.

Ochrona praw wierzycieli

Rozciągnięcie na nabywcę odpowiedzialności za zobowiązania zbywcy związane z prowadzeniem przedsiębiorstwa oznacza przystąpienie przez kupującego do długu sprzedającego. Cel tego rozwiązania jest jasny: chodzi o ochronę praw wierzycieli. Zbycie przedsiębiorstwa co do zasady nie zwalnia zbywcy z odpowiedzialności za historię przedsiębiorstwa. Obok dłużnika – zbywcy wierzyciel ma nowego dłużnika: nabywcę, będącego aktualnym właścicielem przedsiębiorstwa.

Opisane zasady odpowiedzialności kupującego w przypadku nabycia przedsiębiorstwa zawsze powinny znaleźć odzwierciedlenie w dokumentach transakcyjnych. Wierzycielom natomiast pozwalają one dochodzić swoich praw, w razie potrzeby na drodze sądowej, od podmiotu posiadającego majątek – nabywcy przedsiębiorstwa.

Bartosz Kuraś, radca prawny, praktyka transakcji i prawa korporacyjnego

Izabela Zielińska-Barłózek, radca prawny, współnik odpowiedzialny za praktykę transakcyjną



Czy można ukraść spółkę? Sprawa pana A



Weronika Pelc

Jeżeli jesteś wspólnikiem przynoszącej zyski spółki, której działalność jest prowadzona przez cieszących się twoim nieograniczonym zaufaniem zarządców, pamiętaj, że czasem sprawy mogą przybrać nieoczekiwany obrót, a przynosząca zyski działalność może się znaleźć bez twojej zgody, a nawet wiedzy, w innych rękach.

Pan A był przedsiębiorcą prowadzącym poprzez sieć spółek działalność handlową w wielu krajach świata. Ponieważ on był jeden, a spółek wiele, w różnych jurysdykcjach, gdzie obowiązywały różne wymogi prawne oraz różne praktyki prowadzenia działalności, pan A współpracował z lokalnymi wspólnikami mniejszościowymi, którzy znali miejscowe języki, prawa i obyczaje.

Jeżeli lokalny wspólnik okazywał się osobą odpowiedzialną i godną zaufania, pan A zgadzał się na wejście takiej osoby do zarządu lub udzielał jej daleko idących pełnomocnictw. Poza tym polegał na jej zdaniu co do formalnej struktury prowadzenia działalności oraz znajomości lokalnego prawa. Zakładał, że członek zarządu na stałe mieszkający w kraju prowadzenia działalności nie będzie ryzykował podejmowania jakichkolwiek działań sprzecznych z prawem i we własnym interesie będzie działalność prowadził uczciwie.

Pan A często odwiedzał swoje spółki i analizował dane księgowe, przy czym opierał się na księgowości zarządczej, ponieważ lokalne sprawozdania finansowe nie były dla niego zrozumiałe ze względu na nieznaną języka i odmienności w zasadach rachunkowości.

Wkrótce po jednej z wizyt pana A w siedzibie jego polskiej spółki zaufany współpracownik – pan X, będący wspólnikiem mniejszościowym posiadającym 10% udziałów oraz członkiem zarządu – przestał odbierać jego telefony i odpowiadać na maile. Osoby zatrudnione w biurze spółki nie potrafiły udzielić żadnych informacji na temat miejsca pobytu swojego lokalnego szefa. Zaniepokojony pan A ponownie przyjechał do Polski i udał się do biura swojej spółki. Tam przywitał się z pracownikami, poprosił o kawę i dane na temat ostatnio zawartych transakcji.

Jakież było jego zdziwienie, kiedy znani mu od lat pracownicy wprawdzie uprzejmie podali kawę, ale oświadczyli, że nie mogą udzielić mu żadnych wyjaśnień co do stanu spraw spółki, ponieważ od miesiąca w niej nie pracują. Co więcej, biuro nie jest już biurem spółki pana A, gdyż umowa najmu została rozwiązana. Aktualnie w biurze znajduje się siedziba spółki XYZ należącej do pani Y. Pracownicy nie wiedzieli, gdzie znajduje się dokumentacja spółki pana A ani nie potrafili wskazać miejsca pobytu pana X.

Pan A udał się następnie do banku, w którym znajdowały się rachunki spółki, ale odmówiono mu podania jakichkolwiek informacji, ponieważ nie był wskazany jako osoba upoważniona do rachunku, a jego podpisu nie było na karcie wzorów podpisów. Jediną osobą upoważnioną do rachunku był pan X oraz księgowa, aktualnie zatrudniona w spółce XYZ.

Pan A chciał natychmiast jechać na policję i zgłosić kradzież spółki, ale powstrzymała go przed tym nieznaną polskiego. Skontaktował się ze znanym mu prawnikiem, z którego usług sporadycznie korzystał w sprawach spornych. Prawnik nie mógł udzielić mu wyjaśnień co do stanu jego spółki, jako że bieżące sprawy prawne spółki pana A prowadzili pan W wraz z zaufaną księgową. Wyjaśnił mu jednak, że bez zebrania większej ilości informacji oraz dowodów wizyta na policji lub w prokuraturze jest bezprzedmiotowa. Pracownicy mają prawo zmienić pracodawcę, a spółka może zmienić biuro. Pan W, jako członek zarządu upoważniony do samodzielnej reprezentacji, mógł legalnie i skutecznie rozwiązać umowę najmu. Poza tym polskie prawo nie przewiduje czegoś takiego jak kradzież spółki. Prawnik wydrukował aktualny odpis spółki pana A z KRS. Z odpisu wynikało, że parę tygodni wcześniej pojawiły się tam dane prokurenta samoistnego – osoby nieznanego panu A o egzotycznie brzmiącym nazwisku.

Pan A próbował uzyskać informacje i dokumenty spółki od księgowej, ale ta była nieuchwytna. Z pomocą prawnika pan A zaczął opracowywać strategię odzyskania kontroli nad spółką i jej majątkiem. Mimo że był wspólnikiem posiadającym 90% udziałów i głosów, nie mógł od razu dokonać zmian w zarządzie, gdyż zmiana zarządu wymagała zwołania nadzwyczajnego zgromadzenia wspólników celem podjęcia stosownych uchwał. Zajęło to cenne dwa tygodnie. Przez ten czas wiele osób, w tym kontrahentów i instytucji, odmawiało panu A informacji i dostępu do dokumentów jego spółki, powołując się na fakt, że pan A nie jest upoważniony do jej reprezentacji. Wreszcie pan A podjął stosowne uchwały, usuwając pana X z zarządu i powołując do zarządu samego siebie. Następnym krokiem było formalne wystąpienie do księgowej i pana X o przekazanie dokumentacji spółki, wizyta w banku oraz odwiedziny u najważniejszych kontrahentów spółki.

W banku okazało się, że na rachunku pozostało mało środków, a znaczne kwoty zostały przelane nieznanym panu A spółkom z siedzibami w krajach Europy Wschodniej nie będących członkami UE, tytułem rozliczenia należności handlowych. Co więcej nie było dowodów, aby stali, znani panu A kontrahenci dokonywali na rachunek spółki jakichkolwiek wpłat.

Polscy kontrahenci pana A byli bardzo mało rozmowni. Na ogół twierdzili, że w pełni rozliczyli się z jego spółką, a dowody na to powinien mieć sam pan A, skoro jest członkiem zarządu spółki. Nie chcieli rozmawiać o dalszej współpracy i twierdzili, że mają nowych dostawców.

Pan A zmuszony był wynająć prywatnego detektywa, który ustalił, że pani Y, właścicielka spółki XYZ,

pozostawała z panem X w stałym pożyciu przed jego zniknięciem. Detektyw zlokalizował również magazyn, w którym znajdowały się towary spółki pana A. Był to magazyn wynajmowany przez spółkę XYZ. Spółka XYZ wyjaśniła, że towary znajdujące się w magazynie oraz wyposażenie biura są aktualnie jej własnością, a kupiła je okazjnie od spółki W. Pani Y dysponowała ważną umową sprzedaży. Pani Y nie wiedziała, skąd spółka W miała wyposażenie biura i towary handlowe spółki pana A. Odmówiła odpowiedzi na jakiekolwiek pytania dotyczące jej relacji z panem X.

Pan A nie dysponował żadną dokumentacją księgową swojej spółki, stąd w sensie prawnym nie mógł nawet udowodnić, że towary znajdujące się w magazynie spółki XYZ należały do jego spółki. Zaalarmowana prokuratura i policja ograniczyły się do sprawdzenia, że spółka XYZ posiada umowę potwierdzającą legalne nabycie tych rzeczy.

Pan A wezwał pana X jako byłego członka zarządu do przekazaniu mu, jako nowemu członkowi zarządu, całej dokumentacji spółki. Po wielu tygodniach wymiany korespondencji, w której pan X wyjaśniał zaistniałą sytuację swoją nagłą ciężką chorobą, na okoliczność której przedstawił nawet zwolnienie lekarskie, doszło do spotkania pana X i pana A oraz przekazania dokumentacji spółki.

Pan X twierdził, że został oszukany przez nowego prokurenta. Nowy prokurent, wtedy jeszcze szeregowy pracownik spółki, przedstawił mu perspektywy rozszerzenia działalności na kraje Europy Wschodniej i dpro-

wadził nawet do sfinalizowania i rozliczenia kilku udanych transakcji. Możliwość dalszych transakcji uzależnił jednak od powierzenia mu obowiązków prokurenta. Następnie, korzystając ze swoich nowych uprawnień, dokonał szeregu transakcji, które nie były już tak udane – nabywcy towarów nie zapłacili. Spółka poniosła ciężkie straty. Aby je ograniczyć, pan X zmienił biuro na mniejsze i tańsze oraz zapowiedział obniżenie pensji pracownikom. W reakcji na to pracownicy zwolnili się. Pan X wystawił także na sprzedaż pozostałe towary, ponieważ dotychczasowi kontrahenci stracili zainteresowanie współpracą ze spółką. Nie chciał rozmawiać o spółce pani Y i twierdził, że nic go z nią nie łączy.

Pan A nie dał wiary wyjaśnieniom pana X i złożył zawiadomienie o podejrzeniu popełnienia przestępstwa działania na szkodę spółki przez pana X. Pan X bronił się, że podejmował ryzyko gospodarcze i że nie każda decyzja biznesowa okazuje się korzystna. Z braku dowodów prokuratura umorzyła postępowanie, ale pan A wniósł prywatny akt oskarżenia.

Sprawa toczy się od kilku lat. Postępowanie dowodowe napotyka spore utrudnienia ze względu na brak dokumentów oraz trudności z przesłuchaniem świadków. W szczególności ani były prokurent, ani jego kontrahenci nie stawiają się na rozprawy, a ich faktyczne miejsce pobytu jest nieznane.

Interesy pani Y rozwijają się bardzo dobrze. Pan X nie prowadzi już działalności gospodarczej. Można go czasem spotkać na ulicy w środku dnia, kiedy odbiera z przedszkola swoje dzieci, których matką jest pani Y.

Weronika Pelc, radca prawny, wspólnik odpowiedzialny za praktykę doradztwa dla sektora energii oraz jeden ze wspólników praktyki transakcyjnej



S

kazanie polskiej spółki za granicą to nie science fiction



Aleksandra Stępniewska

Znoszenie międzynarodowych barier otwiera możliwości inwestycyjne. Jednocześnie poszerza zakres odpowiedzialności prawnej, w tym karnej, a granice państw przestają być przeszkodą w wykonywaniu orzeczonych kar.

Przystąpienie Polski do Unii Europejskiej i do wspólnego rynku otworzyło przed polskimi przedsiębiorstwami nowe perspektywy rozwoju i inwestycji, a wachlarz form biznesowej ekspansji uległ poszerzeniu.

Wybór modelu biznesowego (reprezentacja, oddział lub utworzenie spółki zależnej) podyktowany jest różnorodnymi względami i decyzjami strategicznymi, które niejednokrotnie uwarunkowane są specyfiką gałęzi rynku, na jakim przedsiębiorca działa, a także otoczeniem prawnym. Truizmem będzie więc konstatacja, że niezależnie od swobód gwarantowanych przez UE prowadzenie działalności gospodarczej w innym państwie członkowskim wiąże się z koniecznością przestrzegania obowiązującego w nim prawa. Być może natomiast nie jest truizmem to, że dotyczy to również prawa karnego, a prowadzona działalność gospodarcza może podlegać szeroko pojętemu ryzyku odpowiedzialności karnej i to nie tylko dla osób fizycznych, ale także dla spółki polskiej działającej w Polsce lub spółki córki utworzonej w państwie docelowym. Odpowiedzialność karna spółek za granicą może tym bardziej zaskakiwać, że w Polsce odpowiedzialność podmiotów zbiorowych za przestępstwa w praktyce właściwie nie istnieje.

Przy najczarniejszym scenariuszu spółka polska może zostać skazana wyrokiem karnym przez sąd państwa obcego, na terytorium którego była ekonomicznie obecna czy to przez swoich reprezentantów, czy też przez spółkę córkę, a wyrok taki w ramach UE będzie wykonalny w Polsce.

Korporacyjna odpowiedzialność karna

Taki stan rzeczy może wiązać się z obowiązującym w danym państwie reżimem odpowiedzialności karnej osób prawnych i praktyką jego stosowania. W oznaczonych sytuacjach praktyka ta może prowadzić nawet do uchylecia korporacyjnej zasłony (*corporate veil*), zasadniczo uznawanej w przypadku powiązań kapitałowych między spółkami zależnymi, które z założenia są podmiotami autonomicznymi.

Bez znaczenia dla odpowiedzialności karnej polskich przedsiębiorstw może być fakt, że są one dla danego systemu prawnego podmiotami zagranicznymi. Jeżeli przestępstwo zostało popełnione na terytorium danego państwa i spełnione zostały przesłanki korporacyjnej odpowiedzialności karnej, zasadniczo wymiar sprawiedliwości tego państwa jest właściwy do ścigania i skazania także zagranicznej osoby prawnej. Jest to naturalna konsekwencja stosowania krajowego prawa karnego do przestępstw popełnionych na terytorium państwowym, niezależnie od narodowości sprawcy.

Przykładem systemu prawnego, w którym funkcjonuje reżim korporacyjnej odpowiedzialności karnej, jest

Francja. Odpowiedzialność ta jest odpowiedzialnością samoistną i niezależną od uprzedniego ustalenia w ostatecznym wyroku sądu karnego, że przestępstwo zostało popełnione przez osobę fizyczną – jak ma to aktualnie miejsce w Polsce. Pociągnięcie do odpowiedzialności karnej osoby prawnej i osoby fizycznej może więc nastąpić we Francji w ramach tego samego procesu.

Podstawą skazania osoby prawnej jest zachowanie osoby fizycznej, które w ocenie sądu wypełniło przesłanki odpowiedzialności karnej osoby prawnej. Chodzi konkretnie o zachowanie stanowiące przestępstwo, które popełnione zostało na rzecz spółki przez jej organ lub inną osobę uprawnioną do jej reprezentowania (art. 121-2 francuskiego kodeksu karnego).

Spółka z zarzutami

Postawienie zarzutów spółce polskiej przez zagraniczne organy ścigania może być źródłem szeregu problemów natury prawnej, w szczególności dotyczących właściwej reprezentacji spółki w procesie karnym oraz realizacji prawa do obrony. Powstaje na przykład pytanie, czy prokurent, działający w imieniu spółki w ramach prowadzonej działalności gospodarczej, może z racji swojego umocowania działać w imieniu spółki, która jest podejrzana, a następnie oskarżona.

Polski Kodeks cywilny definiuje prokurę jako pełnomocnictwo handlowe, a więc umocowanie do czynności sądowych i pozasądowych związanych z prowadzeniem działalności gospodarczej. W ocenie niżej podpisanej nie ma podstaw do przyjmowania, że zakres prokury obejmuje także umocowanie do procesowej reprezentacji oskarżonej osoby prawnej w procesie karnym, w tym do decydowania o strategii obrony. Umocowanie takie należy przypisywać członkom organu zarządzającego spółki, mającym najdalej idącą wiedzę na jej temat oraz najszerze uprawnienia do podejmowania decyzji w imieniu spółki jako jej „uosobienie”.

W przeciwnym razie może powstać ryzyko naruszenia prawa spółki do obrony, m.in. w zakresie prawa do wysłuchania, prawa do informacji na temat zarzutów i oskarżenia kierowanego przeciwko spółce.

W tym kontekście naturalne wydaje się, że odpowiedzialność za świadomość spółki o toczącym się procesie, a także za strategię obrony powinna spoczywać w rękach osób wchodzących w skład zarządu spółki. Ma to także znaczenie z punktu widzenia języka, w jakim proces przed zagranicznymi organami wymiaru sprawiedliwości ma się toczyć wobec polskiej spółki. Jako podmiot o statusie cudzoziemca polska spółka powinna bowiem mieć prawo wskazać, że nie włada językiem procedury, i tym samym wnosić, aby proces toczył się wobec niej w języku polskim. To z kolei powinno

zapewnić także doręczanie spółce tłumaczeń decyzji procesowych istotnych z punktu widzenia oskarżenia i toczącego się procesu.

W tym aspekcie zasadna więc może być rekomendacja, aby w przypadku oskarżenia polskiego podmiotu korporacyjnego jako język procedury zawsze wybierać język polski, bez względu na to, czy w momencie stawiania zarzutów lub wniesienia aktu oskarżenia do sądu w strukturze spółki jest osoba, która włada językiem procedury.

Wyrok skazujący i jego wykonanie

Należy pamiętać, że różnice w systemach prawnych państw członkowskich UE nie są przeszkodą dla transgranicznego wykonywania wyroków. Wynika to z przyjętego w ramach UE założenia wzajemnego zaufania między państwami członkowskimi oraz wynikającej stąd powinności wzajemnego uznawania i wykonywania orzeczeń sądowych wydawanych w sprawach cywilnych oraz karnych.

Wykonywanie orzeczeń poddane jest swoistemu automatyzmowi, a odmowa ich wykonania może nastąpić tylko w wyrażnie ustawowo wskazanych sytuacjach.

W sprawach karnych przeszkodą dla wykonania wyroku nie będzie m.in. okoliczność, że w państwie, w którym ma być wykonany wyrok skazujący podmiot zbiorowy, nie obowiązuje reżim korporacyjnej odpowiedzialności karnej jak w państwie, w którym wyrok został wydany. Artykulacją tego stanu rzeczy jest decyzja ramowa 2005/214 w sprawie stosowania zasady wzajemnego uznawania do kar o charakterze pieniężnym, która w art. 9 ust. 3 wskazuje, że „kara o charakterze pieniężnym nałożona na osobę prawną podlega egzekucji, nawet jeżeli państwo wykonujące nie uznaje zasady odpowiedzialności karnej osób prawnych”. Zasadniczo także surowość nałożonej kary nie będzie stanowić skutecznej podstawy odmowy wykonania wyroku.

Zagraniczny wyrok sądu karnego skazujący polską spółkę na karę grzywny lub inne kary lub środki karne, np. naprawienie szkody wyrządzonej przestępstwem, w razie jego uprawomocnienia będzie więc wykonalny w Polsce jako państwie siedziby polskiej spółki lub w innym państwie członkowskim, w którym spółka posiada majątek.

Oczy dookoła głowy

Znoszenie międzypaństwowych barier prawno-ekonomicznych jest niezaprzeczalnie atrakcyjne dla podmiotów gospodarczych chcących umiędzynarodowić swoją działalność. Jednocześnie jednak odpowiedzialne prowadzenie biznesu musi uwzględniać fakt, że takie umiędzynarodowienie może silnie oddziaływać na sferę prawną przedsiębiorstwa i rodzić istotne ryzyka. Od chwili, kiedy spółka aktywuje działalność biznesową za granicą, ona sama oraz spółka zależna (jeśli została utworzona) zaczynają podlegać także obowiązującemu na danym terytorium systemowi prawnemu, a także praktyce jego stosowania. Praktyka ta niekoniecznie musi uwzględniać „zagraniczne pochodzenie” spółki i wynikające stąd implikacje.

Przy podejmowaniu decyzji o wejściu na rynki zagraniczne konieczne jest więc wszechstronne zbadanie regulacji prawnych obowiązujących w danym państwie i istotnych z punktu widzenia prowadzenia działalności gospodarczej, a w ramach tego badania nie można pominąć uregulowań prawnokarnych. Jest to szczególnie istotne, jeżeli w systemie prawnym państwa, w którym spółka chce być biznesowo obecna, obowiązuje reżim odpowiedzialności karnej podmiotów zbiorowych.

Po zbadaniu prawnego ekosystemu należy opracować mapę ryzyk wystąpienia zachowań mogących skutkować odpowiedzialnością karną – z uwzględnieniem specyfiki prowadzonej działalności gospodarczej. Należy również opracować system procedur zgodności (*compliance*), który może być istotnym narzędziem ochrony, a w zależności od systemu prawnego – także obrony w razie adresowanych do spółki zarzutów prawnokarnych. W niektórych jurysdykcjach stworzenie takiego systemu będzie wręcz wymogiem ustawowym, jak przykładowo będzie to miało miejsce od maja 2017 r. we Francji w odniesieniu do ryzyk wszelkiego rodzaju zachowań korupcyjnych.

Dodatkowo, z racji legislacyjnej inflacji, jakiej aktualnie doświadczamy, nieodzowne wydaje się także stałe monitorowanie zmian prawnych oraz praktyki stosowania prawa w państwie, w którym spółka polska jest ekonomicznie obecna.

Aleksandra Stępniewska, adwokat, praktyka prawa karnego



Jaki Brexit?



Agnieszka Kraińska

Wciąż nie wiemy, jak będzie wyglądał Brexit, choć w chwili pisania tych słów od pamiętnego referendum minęło już ponad pół roku. Nie bez znaczenia jest tu fakt, że państwo występujące z Unii musi dokonać przeglądu całego swojego ustawodawstwa. Proces występowania z Unii wydaje się tak skomplikowany, że nieomal niemożliwy. Przyjrzyjmy się jego możliwym skutkom na przykładzie tzw. swobód europejskich.

23

czerwca 2016 r. obywatele Zjednoczonego Królestwa Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej opowiedzieli się za wystąpieniem ich państwa z Unii Europejskiej. Należy przypomnieć, że Wielka Brytania przystąpiła do Wspólnot w 1973 r. i jest pierwszym państwem, które podjęło decyzję o wystąpieniu.

Procedurę wystąpienia z Unii reguluje artykuł 50 Traktatu o Unii Europejskiej, który został wprowadzony 1 grudnia 2009 r. na mocy Traktatu Lizbońskiego. Art. 50 stanowi, że każde państwo członkowskie może, zgodnie ze swoimi wymogami konstytucyjnymi, podjąć decyzję o wystąpieniu z UE. Zgodnie z procedurą wystąpienia państwo notyfikuje swój zamiar Radzie Europejskiej. Następnie Unia prowadzi negocjacje z występującym państwem członkowskim i zawiera z nim umowę dotyczącą warunków wystąpienia oraz zasad przyszłych stosunków. Umowa jest zawierana w imieniu Unii przez Radę Unii Europejskiej większością kwalifikowaną po uzyskaniu zgody Parlamentu Europejskiego. Traktaty przestają mieć zastosowanie do występującego państwa od dnia wejścia w życie umowy o wystąpieniu lub dwa lata od wyżej wspomnianej notyfikacji chęci wystąpienia (chyba że Rada Europejska, w porozumieniu z występującym państwem, podejmie jedomyślnie decyzję o przedłużeniu tego okresu).

Fakt, że traktaty przestają mieć zastosowanie do występującego państwa, oznacza, że państwo to przestaje być związane obowiązkami wynikającymi z prawa UE i traci wszystkie uprawnienia z niego wynikające. Z punktu widzenia państw pozostających w Unii państwo występujące staje się państwem trzecim, a więc w świetle ich ustawodawstw przestają się do niego stosować wszystkie przepisy dotyczące państw członkowskich UE. Występujące państwo członkowskie powinno dokonać przeglądu całego swojego ustawodawstwa i zdecydować, w jakim zakresie muszą zostać dokonane zmiany, albowiem znaczna część krajowego prawa stanowi wdrożenie prawa UE i przyznaje rozliczne uprawnienia obywatelom UE oraz podmiotom pochodzącym z państw członkowskich.

Konsekwencją wystąpienia Wielkiej Brytanii będzie utrata statusu obywatela UE przez jej obywateli, a także utrata wszystkich dobrodziejstw związanych ze swobodą przepływu towarów, swobodą przedsiębiorczości, swobodą przepływu usług oraz swobodą przepływu kapitału przez jej obywateli oraz podmioty prowadzące działalność gospodarczą. Żeby lepiej sobie wyobrazić skutki wystąpienia, postanowiliśmy przedstawić je na przykładzie wybranych regulacji. Oczywiście są to rozważania hipotetyczne, ponieważ nie wiemy, jak zostaną ukształtowane relacje pomiędzy Wielką Brytanią a UE i czy będą one przypominały stosunki z pań-

stwami EFTA – członkami EOG, czy kształtowane bilateralnymi umowami stosunki ze Szwajcarią, czy też będą to relacje *sui generis*. Nie ulega natomiast wątpliwości, że Unia nie przyzna Wielkiej Brytanii dostępu do rynku wewnętrznego, jeżeli Wielka Brytania wzajemnie nie przyzna korzyści obywatelom i przedsiębiorcom z państw UE.

Swoboda przepływu towarów

Prostą konsekwencją wystąpienia Wielkiej Brytanii z Unii Europejskiej będzie wprowadzenie cła na towary brytyjskie w UE i wzajemnie. Konieczne będzie również uregulowanie zasad wprowadzania towarów brytyjskich na rynek UE i *vice versa*. Pamiętać należy, że prawo UE reguluje zasady wzajemnego uznawania towarów wprowadzonych do obrotu w jednym z państw członkowskich, zakazuje wprowadzania ograniczeń ilościowych i podobnych środków, stanowi techniczną harmonizację dla rozmaitych branż, a także ustala zasady odpowiedzialności za szkody spowodowane przez produkt niebezpieczny. Wszystkie te regulacje nie będą już dotyczyły towarów brytyjskich, a Wielka Brytania nie będzie miała obowiązku ich stosowania.

Swoboda przedsiębiorczości

W odniesieniu do samodzielnego i stałego wykonywania działalności gospodarczej przy pomocy trwałego urządzenia w innym państwie członkowskim prawo unijne gwarantuje zasadę traktowania narodowego dla obywateli i przedsiębiorstw z państw UE. Jeżeli Wielka Brytania wystąpi z Unii, podmioty brytyjskie nie będą miały prawa tworzenia oddziałów, agencji i filii w UE na niedyskryminacyjnych zasadach, a do obywateli brytyjskich przestaną mieć zastosowanie takie regulacje sektorowe jak np. szczególne przepisy dotyczące prowadzenia działalności przez prawników. W tym miejscu należy również wspomnieć rozległą unijną regulację dotyczącą prawa spółek oraz ich opodatkowania, która przestanie znajdować zastosowanie do brytyjskich przedsiębiorców oraz do prowadzenia działalności w Wielkiej Brytanii przez podmioty z UE.

Swoboda świadczenia usług

Swoboda świadczenia usług dotyczy wszystkich tych usług, które świadczone są za wynagrodzeniem, tymczasowo, na terytorium innego państwa członkowskiego, i gwarantuje zasadę traktowania narodowego dla podmiotów z państw UE. Dla współczesnej gospodarki kluczowe znaczenie mają regulacje dotyczące usług na rynku cyfrowym. W ramach swobody świadczenia usług funkcjonują również sektorowe regulacje dotyczące telekomunikacji, mediów audiowizualnych, transportu, energetyki czy poczty. Trudno wyobrazić sobie jednoznaczne przecięcie wynikających z tej swobody

związków Wielkiej Brytanii z UE, a jednak taka jest konsekwencja prostego wystąpienia z Unii.

Przepływ osób

Swoboda przepływu osób wiąże się ze swobodą przedsiębiorczości i swobodą przepływu usług. Regulacje unijne zapewniają wzajemne uznawanie kwalifikacji zawodowych (np. w zawodzie lekarza, pielęgniarki czy architekta), możliwość studiowania we wszystkich państwach członkowskich czy równy dostęp pracowników i ich rodzin do świadczeń socjalnych. Obywatele Unii muszą być traktowani w sposób równy i mogą wraz z rodzinami korzystać z wolności przemieszczania się na całym terytorium UE. To swobodny przepływ osób w ramach Unii (szczególnie napływ obywateli państw członkowskich Europy Środkowej i Wschodniej) był główną przyczyną frustracji obywateli brytyjskich głosujących za Brexitem. Konsekwencją prostego wystąpienia z UE będzie możliwość zamknięcia się Wielkiej Brytanii na napływ obywateli państw członkowskich. Jednakże obywatele brytyjscy utracą związane z obywatelstwem UE prawo do równego traktowania w państwach unijnych, w tym w krajach południa Europy, gdzie często mają drugie domy lub spędzają emeryturę.

Swoboda przepływu kapitału

W ramach tej swobody UE stworzyła niezwykle rozległe i skomplikowane regulacje dotyczące rynków finansowych. Instytucje finansowe z państw członkowskich korzystają ze swobody prowadzenia działalności na jej całym terytorium. Dzięki jednolitej regulacji i zasadom nadzoru instytucje finansowe nie muszą występować o zezwolenie na działalność w każdym państwie członkowskim: po uzyskaniu zezwolenia na działalność w swoim państwie macierzystym korzystają z tzw. paszportu europejskiego. Wystąpienie Wielkiej Brytanii z UE będzie poważnym ciosem dla brytyjskich instytucji finansowych, których rozwój, popularność i sukces wynika również z tego, że mogą swobodnie działać na całym terytorium Unii.

Inne konsekwencje

Funkcjonowanie rynku wewnętrznego zapewniają regulacje unijne dotyczące prawa konkurencji, pomocy

publicznej, reguł zamówień publicznych, podatku VAT i akcyzy czy też współpracy sądowej, które także przestaną wiązać Wielką Brytanię.

Rynek wewnętrzny jest narzędziem do osiągania przez Unię wspólnych celów, takich jak trwałość i zrównoważony rozwój, ochrona środowiska naturalnego, lepsze standardy życia, wysoki poziom zatrudnienia i ochrony socjalnej oraz spójność gospodarcza i społeczna. Cele te osiągane są dzięki realizowaniu przez państwa członkowskie ich obowiązków (np. przestrzeganie prawa UE, wkład do budżetu UE) i praw (np. korzystanie ze wspólnego rynku, otrzymywanie dopłat z funduszy unijnych). Naruszenie równowagi pomiędzy obowiązkami a uprawnieniami podważa solidarność i poczucie sprawiedliwości.

Z tego powodu Unia nie może dopuścić, by Wielka Brytania wystąpiła z UE i z jednej strony zaczęła stosować praktyki protekcyjnistyczne, a z drugiej strony korzystała z dobrodziejstw związanych z dostępem do wspólnego rynku.

Biorąc pod uwagę międzynarodowe relacje gospodarcze i członkostwo w organizacjach międzynarodowych, należy również wspomnieć, że członkostwo Wielkiej Brytanii w Światowej Organizacji Handlu czy stosunki handlowe z państwami EFTA (Islandia, Liechtenstein, Norwegia i Szwajcaria), które uregulowane są w ramach jej członkostwa w Unii Europejskiej, również podlegać będą renegocjacji z tymi organizacjami po wystąpieniu Wielkiej Brytanii z UE.

Zakres zmian i dostosowań, które musiałaby przejść Wielka Brytania w związku z wystąpieniem z Unii (a które przedstawiliśmy tu pobieżnie i w uproszczeniu), jest porażający w swym rozmiarze. Biorąc pod uwagę rozbieżne interesy UE i Wielkiej Brytanii, która chce ją opuścić, dwuletni okres na wynegocjowanie traktatu oraz fakt, że „traktat secesyjny” powinien być ratyfikowany przez wszystkie państwa członkowskie, proces występowania wydaje się tak skomplikowany i bolesny, że nieomal niemożliwy.

Agnieszka Krainśka, radca prawny, praktyka prawa europejskiego



Kto może działać w imieniu spółki?

O prawnych i praktycznych aspektach działania przedstawicieli i reprezentantów spółek. Kto może działać w imieniu spółki? W jakich granicach? Czy każde umocowanie do działania musi być ujawnione w publicznie dostępny sposób? I czy można bez zastrzeżeń polegać na tym, co zostało zapisane w KRS?



Izabela Zielińska-Barłózek



Anna Dąbrowska



Maciej Szewczyk



Spółki kapitałowe, tj. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością oraz spółka akcyjna, są osobami prawnymi, a tym samym, zgodnie z art. 38 Kodeksu cywilnego, działają przez swoje organy. Organem, któremu przepisy Kodeksu spółek handlowych przyznają prawo reprezentacji spółki, jest zarząd.

Oczywiście nie tylko członkowie zarządu mogą dokonywać czynności prawnych w imieniu spółki. Gdyby tak było, do ich obowiązków należałoby nie tylko dokonywanie czynności istotnych (np. zawieranie kluczowych umów), ale także zupełnie błahych (jak zakup wody mineralnej dla pracowników). Byłoby to nie tylko nieefektywne, ale wręcz nieracjonalne.

Szczęśliwie zarząd może, z zastrzeżeniem ograniczeń przewidzianych w przywołanych wyżej kodeksach i ewentualnych postanowieniach aktów organizacyjnych danej spółki, ustanawiać przedstawicieli: prokurentów i pełnomocników.

KRS to nie wszystko

Dla kontrahenta spółki najważniejsza jest pewność, że osoba działająca w imieniu spółki jest do tego uprawniona. Na tym tle wcale nierzadko dochodzi do problemów.

Niewątpliwie podstawowym środkiem dającym pewien stopień pewności jest rejestr przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego. Przewidziane w ustawie o KRS domniemania powszechnej znajomości wpisów ogłoszonych w Monitorze Sądowym i Gospodarczym (art. 15 ust. 1), a także prawdziwości tych wpisów (art. 17 ust. 1) niewątpliwie służą zapewnieniu bezpieczeństwa. Trudno jednak w praktyce obrotu odnosić się ślepo do treści wpisów w rejestrze, a wspomniane domniemania traktować w sposób absolutny.

Nowy członek zarządu

Po pierwsze, należy zwrócić uwagę, że obok tzw. wpisów konstytutywnych, tj. takich, których dokonanie warunkuje skuteczność czynności prawnej (np. zmiana umowy spółki, podwyższenie kapitału zakładowego itp.), znaczna część wpisów ma jedynie charakter deklaratoryjny. Ich ewentualne niedokonanie lub opóźnienie nie wpływa na skuteczność, a tym bardziej ważność danej czynności. Do tej kategorii należą wszystkie wpisy odnoszące się do składu personalnego organów spółki (w tym zarządu) oraz jej prokurentów. Oznacza to, że z jednej strony osoby wskazane w rejestrze jako członkowie zarządu wcale nie muszą nimi być w danej chwili, z drugiej zaś nie można wykluczyć, że status członków zarządu mają także inne osoby, nieujawnione (jeszcze) w rejestrze. Do czasu jednak odzwierciedlenia w KRS stanu faktycznego nie można wykluczyć daleko idących utrudnień dla spółki związanych z działaniem przez osoby (jeszcze) nieujawnione lub też z ewentualnym (choćby noszącym znamiona naduży-

cia prawa czy wręcz czynu niedozwolonego) działaniem osób, które w rejestrze figurują, choć (już) utraciły swój dotychczasowy status.

Przykład: *Uchwałą zgromadzenia wspólników, wchodzącą w życie z chwilą podjęcia, odwołano dotychczasowych i powołano nowych członków zarządu. Tuż po podjęciu uchwały nowy członek zarządu składa kontrahentowi spółki oświadczenie o odstąpieniu od umowy i żąda zapłaty kary umownej. Kontrahent kwestionuje umocowanie członka zarządu, powołując się na treść odpisu z KRS, w którym ów (nowy) członek nie figuruje.*

Jakkolwiek w takim przypadku nie można odmówić członkowi zarządu prawa do złożenia wskazanego oświadczenia (dla uproszczenia przyjmijmy, że co do zasady mogło ono w danym przypadku zostać złożone), to jednak stanowisko kontrahenta także zasługuje na uwzględnienie. Ma on wszak pełne prawo, by, w oparciu o art. 17 ust. 1 ustawy o KRS, twierdzić, że nie ma dostatecznych podstaw do uznania, że osoba, z którą ma do czynienia, istotnie jest członkiem zarządu. Z drugiej strony sama spółka, w której imieniu działa taki nieujawniony w KRS członek zarządu, nie może względem kontrahenta działającego w dobrej wierze podnosić, że dane w rejestrze nie są już aktualne (art. 17 ust. 2 ustawy o KRS). W takiej sytuacji dopuszczenie nowego członka do działania będzie zazwyczaj zależało od dobrej woli kontrahenta (drugiej strony czynności).

Reprezentacja czynna i bierna

Po drugie, ślepe zapatrzenie w treść wpisów w KRS może prowadzić na manowce w odniesieniu do zasad reprezentacji mających zastosowanie do spółki.

Przykład: *W Dziale 2 rejestru przedsiębiorców prowadzonego dla spółki kapitałowej wskazuje się organ uprawniony do reprezentacji tej spółki. O ile umowa spółki lub statut nie przewidują w tym zakresie szczególnych postanowień, bardzo często można tu znaleźć informację, że w przypadku zarządu wieloosobowego spółka reprezentowana jest w szczególności przez dwóch członków zarządu działających łącznie. Czy jeżeli kontrahent złoży spółce oświadczenie (np. w sprawie odstąpienia od umowy) na ręce jednego tylko członka zarządu, to oświadczenie takie będzie nieskuteczne?*

W takim przypadku oświadczenie (ponownie przyjmijmy, że ma ono odpowiednie podstawy materialnoprawne i faktyczne) wywoła spodziewane skutki prawne, bowiem niezależnie od regulacji dotyczących się tzw. reprezentacji czynnej (a więc zasad statuujących sposób składania w imieniu spółki oświadczeń), istnieje norma przyznająca każdemu członkowi zarządu indywidualnie prawo reprezentacji biernej (tj. przyjmowania w imieniu spółki oświadczeń osób trzecich). Informacji na ten temat próżno jednak szukać w rejestrze.

Należy tu przypomnieć, że nie każde działanie w imieniu spółki (dokonywanie czynności prawnych lub faktycznych) stanowi jej reprezentację w rozumieniu przepisów k.s.h.

Sposób reprezentacji

Podobną uwagę można sformułować w odniesieniu do wskazywania we wspomnianym Dziale 2 rejestru samego sposobu reprezentacji spółki.

Przykład: Obok określenia sposobu reprezentacji (czynnej) spółki przez zarząd w Dziale 2 znajduje się nierzadko wskazanie, że do składania oświadczeń w imieniu spółki uprawniony jest także jeden członek zarządu działający wspólnie z prokurentem. W praktyce podobny wpis wcale nierzadko bywa interpretowany w ten sposób, że prokurent w ogóle nie może działać inaczej aniżeli wspólnie z członkiem zarządu.

Taka interpretacja, choć niestety pojawia się w praktyce i – co bardzo przykre – bywa podzielana przez organy administracji, a nawet sądy (!), jest w oczywisty sposób błędna. Jakkolwiek w potocznym rozumieniu każde działanie „za spółkę” lub w jej imieniu określa się mianem reprezentacji, to jednak jest to praktyka nieprawidłowa. Niezależnie bowiem od reprezentacji – opisaney powyżej – i reprezentantów, spółka może ustanawiać także inne osoby, które w określonym zakresie mogą dokonywać czynności prawnych lub faktycznych w jej imieniu. Wspólnym mianownikiem dla ustanawianych w ten sposób osób jest to, że ich umocowanie do działania podlegać będzie ocenie na gruncie przepisów Kodeksu cywilnego dotyczących przedstawicielstwa (art. 95 i n.). Będą to mianowicie prokurenci lub pełnomocnicy.

Prokurent niewskazany w KRS

Czy zatem kontrahent spółki dowie się z odpisu z KRS, kto poza zarządem może działać w imieniu spółki? Po części tak, bowiem ujawnieniu w rejestrze podlegają prokurenci. Ujawnieniu takiemu nie podlegają jednak wszyscy inni pełnomocnicy (np. pracownicy umocowani do dokonywania określonych czynności i zawierania określonych umów czy też pełnomocnicy procesowi spółki). Jednak nawet w przypadku wpisów dotyczących prokurentów mogą pojawić się pewne wątpliwości.

Przykład: Niezależnie od innych form prokury, przedsiębiorca może udzielić tzw. prokury łącznej, umocowując dwie lub więcej osób do wspólnego działania. Prawidłową praktyką byłoby w takim przypadku wyraźne wskazanie w rejestrze przedsiębiorców, że dany prokurent może działać wraz z jednym lub większą liczbą podobnych mu prokurentów łącznych. Rzeczywista praktyka jest jednak zgoła odmienna i wcale nierzadko wpis odnoszący się do takiego przedstawiciela spółki ogranicza się do wskazania, że została mu udzielona „prokura łączna”.

Jeśli więc w rejestrze widnieje co najmniej trzech prokurentów, co do których wskazano, że przysługują im „pro-

kura łączna”, nie sposób przesądzić bez analizy dokumentów, na podstawie których takiej prokury udzielono, czy do działania wystarczy działanie dwóch, trzech czy większej jeszcze liczby prokurentów.

Zwykli pełnomocnicy

Wreszcie warto zwrócić także uwagę na „zwykłych” pełnomocników, niepodlegających wpisowi do KRS. Zakres ich umocowania druga strona danej czynności może zweryfikować jedynie w oparciu o sam dokument pełnomocnictwa. Nie wdając się w tym miejscu w rozważania, jak kontrahent spółki mógłby zweryfikować to, czy okazywane mu pełnomocnictwo pozostaje w mocy, warto zwrócić uwagę na to, czy pełnomocnictwo zostało ważnie udzielone.

Przykład: Jeżeli osoba (np. członek zarządu), która udzieliła pełnomocnictwa w imieniu spółki, została następnie wykreślona z rejestru, kwestionowane bywa samo umocowanie pełnomocnika. Czy słusznie?

Także i ta praktyka jest nieprawidłowa. Jeżeli bowiem pełnomocnictwo zostało udzielone nie do reprezentowania konkretnej osoby, będącej członkiem zarządu, ale zostało udzielone w imieniu spółki, to w braku odmiennych zastrzeżeń w samej treści pełnomocnictwa pozostaje ono w mocy niezależnie od dalszych losów osoby podpisującej. Inną sprawą jest to, jak pełnomocnik może wykazać prawidłowość swego umocowania. Aktualny odpis z KRS (w tym jego elektroniczny odpowiednik dostępny nieodpłatnie w internecie) nie będzie tu niestety pomocny. Trzeba będzie sięgnąć po tzw. odpis pełny, zawierający historyczne dane, w tym dane dotyczące okresu, w którym osoba, która pełnomocnictwo podpisała, była ujawniona w rejestrze.

Powszechna niewiedza

Podsumowując powyższe rozważania, wypada zauważyć, że najczęstszą przyczyną konfuzji nie jest niedoskonałość wpisów w rejestrze przedsiębiorców (zawiniona przez spółki, sądy lub wynikająca z przyczyn czysto systemowych, takich jak konstrukcja rejestru czy tryb dokonywania w nim wpisów). Jest nią wcale nierzadka nieznanomość przepisów odnoszących się do zasad reprezentacji czy ujawniania tych zasad w rejestrze. Odnosi się to zarówno do samych spółek, których te zasady dotyczą, jak i osób trzecich, w tym ich kontrahentów, a nawet (o zgrozo!) organów administracji publicznej czy sądów.

Izabela Zielińska-Barłózek, radca prawny, współnik odpowiedzialny za praktykę transakcyjną

Anna Dąbrowska, radca prawny, współnik, praktyka transakcji i prawa korporacyjnego

Maciej Szewczyk, radca prawny, praktyka transakcji i prawa korporacyjnego



K

iedy wspólnik może domagać się wyплаты dywidendy?

W typowych spółkach kapitałowych osiągnięcie korzyści z tytułu dywidendy stanowi jedno z najważniejszych uprawnień korporacyjnych wspólników oraz akcjonariuszy. Prawo do udziału w zysku nie ma jednak charakteru bezwzględnego. Powstaje zatem pytanie, w jakich okolicznościach wspólnik czy akcjonariusz spółki kapitałowej może domagać się wypłaty dywidendy.



dr Kinga Ziemnicka



Wspólnicy spółek kapitałowych mogą wybrać sposób przeznaczenia zysku osiągniętego przez spółkę w danym roku obrotowym w granicach określonych przez prawo. Niekiedy ścierają się tu interesy wspólników, którzy są zainteresowani otrzymaniem dywidendy, z bieżącymi i perspektywicznymi interesami spółki, wymagającymi przeznaczenia środków na jej rozwój. Z tego też względu decyzje w tej sprawie mają znaczenie kluczowe zarówno dla wspólników, jak i dla samej spółki. Przeznaczenie zysku osiągniętego przez spółkę nie pozostaje również bez wpływu na ochronę interesów jej wierzycieli, dlatego też przepisy prawa wprowadzają ograniczenia w zakresie kwoty zysku możliwej do wypłaty na rzecz udziałowców.

Wysokość dopuszczalnej dywidendy

W pierwszej kolejności pojawia się pytanie, z jakich kapitałów, obok zysku za ostatni rok obrotowy, możliwe są wypłaty z tytułu dywidendy. Odpowiedź każdorazowo wymaga przeanalizowania nie tylko tego, czy w danym kapitale znajdują się środki pozwalające na wypłatę, ale także źródeł pochodzenia takich środków.

Dla przykładu, w jednej ze spraw zarząd spółki w informacji dodatkowej do sprawozdania finansowego zaproponował powiększenie wysokości dywidendy na rzecz wspólników o kwoty zgromadzone w kapitale zapasowym. W trakcie przygotowywania uchwały o podziale zysku okazało się jednak, że w rzeczywistości kapitał zapasowy został utworzony nie z zysku, ale z dopłat wniesionych przez wspólników, które powinny być zaksięgowane w kapitale rezerwowym i które nie mogą być przeznaczone na wypłatę dywidendy. W rezultacie sprawozdanie finansowe (zbadane już przez biegłego rewidenta) wymagało zmiany, a podjęcie uchwały o powiększeniu dywidendy ze środków pochodzących z kapitału zapasowego zgodnie z propozycją zarządu okazało się niemożliwe.

Wspomniane ograniczenia wiążą się z potrzebą ochrony interesów wierzycieli spółek kapitałowych. Regulacje dotyczące dopuszczalnych kwot zysku, które mogą być przeznaczone do podziału pomiędzy wspólników czy akcjonariuszy, mają bowiem zapobiegać niekontrolowanemu przepływowi środków majątkowych pomiędzy spółką a jej wspólnikami.

Od zysku osiągniętego przez spółkę w ostatnim roku obrotowym należy zatem odróżnić kwotę przeznaczoną do podziału pomiędzy wspólników, która jest obliczana z uwzględnieniem również innych pozycji bilansowych. Zgodnie z treścią art. 192 k.s.h. (oraz odpowiednio art. 348 § 1 k.s.h.) kwota przeznaczona do podziału między wspólników nie może przekraczać zysku za ostatni rok obrotowy, powiększonego o niepodzielone zyski z lat ubiegłych oraz o kwoty przeniesione z utworzonych z zysku kapitałów zapasowych i rezerwowych,

które mogą być przeznaczone do podziału (na wypłatę dywidendy). Kwotę tę należy pomniejszyć o niepokryte straty, udziały (akcje) własne oraz o kwoty, które zgodnie z ustawą lub umową spółki (statutem) powinny być przekazane z zysku za ostatni rok obrotowy na kapitały zapasowy lub rezerwowe.

Powyższe przepisy mają charakter bezwzględnie obowiązujący, co oznacza, że wspólnicy nie mogą na podstawie postanowień umowy spółki, statutu albo stosownej uchwały przeznaczyć do wypłaty kwoty przekraczającej przewidziany ustawowy limit.

W kontekście wspomnianej powyżej przykładowej sprawy należy zauważyć, że w ramach kapitałów zapasowych czy też kapitałów rezerwowych mogą znajdować się kwoty, które nie pochodzą z zysku spółki i są wyłączone z przeznaczenia na wypłatę dywidendy. Dotyczy to w szczególności agio, ujmowanego w kapitale zapasowym, które nie stanowi zysku, a w konsekwencji nie może zostać przeznaczone do podziału na rzecz wspólników. Podobnie dopłaty księgowane w ramach „kapitału rezerwowego z dopłat wspólników” nie mogą zostać użyte na wypłatę dywidendy. Wynika to ze szczególnych zasad zwrotu dopłat przewidzianych w art. 179 k.s.h.

W odróżnieniu od spółki z o.o. w spółce akcyjnej wprowadzono ponadto obowiązkowe odpisy z zysku na kapitał zapasowy. Zgodnie bowiem z art. 396 § 1 k.s.h. w spółce akcyjnej na pokrycie straty należy utworzyć kapitał zapasowy, do którego przelewa się co najmniej 8% zysku za dany rok obrotowy, dopóki kapitał ten nie osiągnie co najmniej jednej trzeciej kapitału zakładowego. W tym zakresie zatem również nie jest możliwe przeznaczenie tej części zysku na wypłatę dywidendy.

Warto wspomnieć, że jeżeli na poczet danego roku obrotowego wypłacono zaliczkę na poczet dywidendy, to kwota ta redukuje odpowiednio sumy przeznaczone na wypłatę dywidendy po zakończeniu roku obrotowego (art. 191 § 1 k.s.h., art. 347 § 3 k.s.h.).

Roszczenie o wypłatę dywidendy oraz uprawnienie do dokonania cesji takiego prawa

Kolejne zagadnienie, jakie wiąże się z podziałem zysku, dotyczy sytuacji, w której wspólnik może domagać się od spółki wypłaty dywidendy w określonej wysokości i przenieść to prawo na inny podmiot poprzez cesję wierzytelności.

Kwestia ta wymaga odróżnienia ogólnego prawa do zysku, jakie posiada wspólnik (akcjonariusz) w ramach swoich praw udziałowych, od prawa do zysku, wynikającego z uchwały podjętej przez zgromadzenie wspólników (albo walne zgromadzenie).

Wspólnicy oraz akcjonariusze nabywają bowiem prawo podmiotowe do zysku na podstawie uchwały zatwierdzającej roczne sprawozdanie finansowe spółki, przy równoczesnym przeznaczeniu tego zysku do podziału (uchwałą, umową spółki albo statutem). Różnica między tymi prawami sprowadza się do tego, że prawo wspólnika do udziału w zysku wynikające z uchwały podjętej przez zgromadzenie wspólników obejmuje roszczenie o jej wypłatę. Ogólne zaś prawo wspólnika do udziału w zysku, jako jedno z uprawnień korporacyjnych związanych z udziałem, nie może być przedmiotem obrotu w oderwaniu od całości praw udziałowych. Natomiast z chwilą podjęcia uchwały przyznającej wspólnikom skonkretyzowane prawo do udziału w zysku nabywają oni wobec spółki roszczenie o wypłatę przypadającej im części. Powstałe roszczenie o wypłatę dywidendy należnej wspólnikowi jako prawo majątkowe może podlegać obrotowi, stanowiąc uprawnienie o charakterze obligacyjnym, które może być przedmiotem cesji, potrącenia, zastawu lub zastawu rejestrowego (wyrok Sądu Najwyższego z 11 września 2002 r., V CKN 1370/00).

Warto również wspomnieć, że przepisy dotyczące spółki z o.o., odmiennie niż w przypadku spółki akcyjnej, nie uzależniają podziału zysku od wniesienia wkładów, gdyż wspólnicy spółki z o.o. mają obowiązek wnieść pełne wkłady na pokrycie całego kapitału zakładowego jeszcze przed rejestracją spółki (ewentualnie przed rejestracją podwyższenia kapitału zakładowego). W spółce akcyjnej natomiast zysk co do zasady rozdziela się w stosunku do liczby akcji, ale jeżeli akcje nie są całkowicie pokryte, zysk rozdziela się w stosunku do dokonanych wpłat na akcje (art. 347 § 2 k.s.h.).

Możliwość zakwestionowania uchwały w sprawie przeznaczenia zysku

W sytuacji, gdy została podjęta uchwała w sprawie pozostawienia zysku w spółce, pojawia się dalsze pytanie, czy wspólnik może zakwestionować taką uchwałę i domagać się zasądzenia przez sąd wyższej kwoty dywidendy.

Zysk pozostawiony w spółce może być przeznaczony na różne cele w zależności od potrzeb spółki. W szczególności może być on przeznaczony na podwyższenie kapitału zakładowego, na pokrycie przyszłych lub istniejących strat poniesionych w poprzednich latach obrotowych, na umorzenie udziałów, a także na zwiększenie innych kapitałów własnych spółki, w tym kapitału zapasowego lub kapitałów rezerwowych.

Udziałowcy, którzy nie zgadzają się z treścią uchwały w sprawie pozostawienia zysku w spółce, mogą wprawdzie domagać się uchylecia takiej uchwały przez sąd (na podstawie art. 249 k.s.h. albo art. 422 k.s.h.), ale nie mają instrumentu pozwalającego wyegzekwować podjęcie określonej uchwały. Sąd może bowiem uchylć uchwałę w sprawie pozostawienia zysku w spółce, ale nie ma możliwości wydania orzeczenia, które zastąpiłoby uchwałę w zakresie podziału zysku i przeznaczenia go na wypłatę dywidendy na rzecz wspólników (akcjonariuszy).

Należy jednocześnie podkreślić, że wszelkie wypłaty z zysku spółki na rzecz jej wspólników albo akcjonariuszy (lub innych uprawnionych np. z tytułu świadectw założycielskich, świadectw użytkowych, uprawnień osobistych czy tantiem z zysku dla członków organów) przekraczające maksymalne kwoty dywidendowe przewidziane w art. 192 oraz art. 348 § 1 k.s.h. stanowią świadczenia dokonane wbrew przepisom prawa, które jako świadczenia nienależne podlegają obowiązкови zwrotu przewidzianemu odpowiednio w art. 198 oraz 350 k.s.h. Wymienione przepisy stanowią zatem kluczowe uregulowania służące ochronie majątku spółki, a zarazem ochronie interesów jej wierzycieli, przed nieuprawnionymi przepływami środków majątkowych na rzecz jej udziałowców.

dr Kinga Ziemnicka, radca prawny, praktyka transakcji i prawa korporacyjnego oraz praktyka rachunkowości korporacyjnej





upodabnianiu opakowań



dr Monika A. Górską



Włodzimierz Szoszuk

Oscar Wilde powiedział, że naśladownictwo jest najszerszą formą pochlebstwa. Być może ta myśl przyświeca konkurentom wprowadzającym na rynek produkt w opakowaniu podobnym do już sprzedawanego lub z podobną etykietą. Takie działania mogą jednak prowadzić do zmniejszenia transparentności, zaburzenia uczciwej konkurencji między jego uczestnikami i wprowadzenia w błąd konsumenta. Orzecznictwo polskie i unijne potwierdza, że tak się dzieje.

Warto zaznaczyć, że opakowanie czy też etykietę produktu – odpowiednio do potrzeb – można chronić prawami wyłącznymi, np. rejestrując znak towarowy lub wzór przemysłowy. Jednak nawet wtedy, gdy opakowanie produktu nie jest chronione prawami wyłącznymi, możliwa jest jego ochrona przed naśladownictwem wprowadzającym w błąd na podstawie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Podobne ogólne wrażenie

Interesować nas będzie sytuacja, w której na rynku funkcjonują produkty, których etykiety lub opakowania (kartonik, flakon, butelka itp.) są podobne, a podobieństwo nie jest spowodowane wymogami technicznymi bądź branżowymi lub zdeterminowane cechami funkcjonalnymi, lecz wynika ze zbieżności np. szaty słowno-graficznej, kolorystyki, wykorzystania podobnych elementów, układu czy motywów graficznych.

Co może zrobić producent, jeżeli znajdzie się w sytuacji jak w poniższym przykładzie etykiet dla oliwy (wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE *Aceites del Sur-Coosur* przeciwko EUIPO, C498/07 P)?

wcześniejszy
unijny znak towarowy



kwestionowany zgłoszony
unijny znak towarowy



Zasadniczo przywołane powyżej znaki towarowe nie są identyczne, jednak można w nich wskazać zbieżne elementy. Znak towarowy *La Española* powiela dość szczegółowo istotę wizualnego przekazu znaku towarowego *Carbonell*: kobieta ubrana w tradycyjny strój siedzi w pobliżu gałęzi drzewa oliwnego, na tle gaju oliwnego. Opakowanie oliwy *La Española* stanowi niemal identyczną kompozycję kolorów, kształtów i proporcji, wreszcie rozmieszczenia nazw, które znajdują się w tym samym miejscu i są przedstawione w bardzo podobny sposób. W konsekwencji wspólne elementy obu znaków towarowych wywołują bardzo podobne ogólne wrażenie.

Przykład ten odnosi się do etykiet chronionych prawem wyłącznym (sprawa bowiem dotyczyła unijnego znaku towarowego i zgłoszonego do rejestracji unijnego znaku towarowego). Jeśli jednak opakowanie nie jest chronione prawem wyłącznym, to czy są instrumenty prawne chroniące przed konkurentami?

Weźmy przykład pochodzący ze znanego irlandzkiego orzeczenia (sprawa *McCambridge Limited* przeciwko *Joseph Brennan Bakeries*, [2012] IESC 46, opis za opraco-

waniem zamieszczonym na stronie European Communities Trade Mark Association). Producent chleba razowego od wielu lat stosował charakterystyczne przezroczyste opakowanie, w kolorystyce zielono-białej, z wizerunkiem kłosa zboża oraz stałym rozmieszczeniem napisów na opakowaniu. Konkurent (*Brennans*) wprowadził na rynek produkt, który opakował w dość podobny sposób.

wcześniejsze opakowanie
McCambridge



późniejsze opakowanie
Brennan



Rozpatrując sprawę sąd wskazał, że wielkość, kształt i przezroczystość opakowania *McCambridge* nie były odróżniające, swoiste dla *McCambridge*. Jednak opakowanie *McCambridge* ma też cechy, które wyróżniają je na tle innych, np. napisy wykonane białą czcionką na zielonym tle, stylizowany podpis, kłos pszenicy. Elementy te w połączeniu tworzą charakterystyczne wyróżniające opakowanie. Sąd uznał, że opakowanie *Brennans* jest konfuzyjnie podobne do opakowania *McCambridge*. Podobieństwa nie wyłącza nawet umieszczenie nazwy *Brennans* na opakowaniu, bowiem – jak stwierdził sąd – w dobie supermarketów konsument przy wyborze produktu kieruje się pewnym wrażeniem, ulotnym obrazem z pamięci. Nawet uważny konsument poświęca jedynie ułamek chwili na obejrzenie produktu.

W obu przywołanych powyżej sprawach znaczenie dla oceny prawnej miało ogólne wrażenie podobieństwa, wynikające ze zbieżności elementów etykiet bądź opakowań. Jak pisał już w 1982 r. prof. Marian Kępiński, nabywca kieruje się pewnymi przewodnimi elementami oznaczenia, pomijając rozbieżności, w pamięci zachowując z reguły jedynie ogólny zarys interesującego go oznaczenia (wyrok SN z 25 marca 1997 r., III CKN 11/97). Liczy się więc obraz, jaki pozostaje w pamięci odbiorcy. Z tego choćby względu przyjmuje się, że znaczne ryzyko wprowadzenia w błąd istnieje przy sprzedaży internetowej, ponieważ klient może oprzeć się jedynie na opisie oraz na zamieszczonym w sieci małym i zazwyczaj niewyraźnym zdjęciu produktu, gdzie szczególną rolę odgrywa kolorystyka, układ graficzny etykiety bądź opakowania produktu (wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z 7 lutego 2012 r., I ACa 1558/11).

Ryzyko wprowadzenia w błąd przeciętnego nabywcy

Ustalenie podobieństwa etykiety bądź opakowania jest pierwszym krokiem do stwierdzenia naruszenia. Kolejnym będzie ustalenie ryzyka wprowadzenia w błąd nabywcy. Ochrona przed wprowadzeniem w błąd co do pochodzenia towarów ma zagwarantować klientowi

możliwość ustalenia pochodzenia określonego towaru poprzez umożliwienie mu odróżnienia tego towaru od towaru o innym pochodzeniu. Ryzyko wprowadzenia w błąd istnieje wtedy, gdy odbiorcy mogliby uznać, że towary lub usługi pochodzą z tego samego przedsiębiorstwa, ewentualnie z przedsiębiorstw powiązanych gospodarczo (wyroki Trybunału Sprawiedliwości w sprawach: C-39/97 Canon, C-108/97 i C-109/97 Windsurfing Chiemsee).

Ryzyko wprowadzenia w błąd ocenia się całościowo według postrzegania modelowego przeciętnego klienta. Przeciętny klient to osoba poinformowana i uważna oraz świadoma dokonywanych wyborów. W zależności od rodzaju nabywanego towaru może się on jednak wykazywać różnym poziomem uwagi – poziom uwagi będzie niższy w przypadku zakupu artykułu masowego (np. cukierków) i wyższy w przypadku dobra luksusowego (np. niektórych perfum). Przeciętny klient może uznać, że pojawienie się produktu w opakowaniu różniącym się w pewnym stopniu od opakowania już mu znanego jest zamierzonym działaniem producenta, a nie próbą nieuczciwego postępowania konkurenta (wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 4 grudnia 2013 r., I ACa 661/13). Odświeżanie wyglądu opakowań czy też rebranding bazujący na elementach „starego” wyglądu to działania znane konsumentom i wykorzystywane co jakiś czas przez producentów. Konsument może też błędnie założyć, że zbieżność znanych mu elementów opakowania wynika np. z rozszerzenia portfolio produktów dotychczasowego producenta albo z nawiązania relacji licencyjnych pomiędzy producentami (co uzasadniałoby nieco inne opakowanie).

Równoczesne wykorzystanie licznych zbieżnych elementów i motywów przez konkurenta dla towaru konkurencyjnego może zostać uznane za nieprzypadkową próbę przyciągnięcia uwagi klientów i wykorzystania w ten sposób pozycji, którą wypracował przedsiębiorca. Działanie takie może zostać uznane za naruszenie praw wyłącznych bądź nieuczciwe konkutowanie. Tym bardziej że przecież istnieją nieograniczone środki, w tym plastyczne, możliwe do zastosowania w celu odróżnienia towarów.

Działanie w cieniu

Warto tu przypomnieć orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości UE w sprawie L’Oreal przeciwko Bellure (C-487/07). Należący do Grupy L’Oréal Lancôme produkuje i sprzedaje czyste perfumy. Pozwany sprzedawał imitacje czystych perfum we flakonikach i opakowaniach wykazujących ogólne podobieństwo do flakoników i opakowań czystych perfum Lancôme, będących renomowanymi znakami towarowymi.

słowne i słowno-graficzne
znaki towarowe (nazwa,
flakonik i opakowanie)
należące do Lancôme



flakonik
i opakowanie
perfum La Valeur



Podobieństwo pomiędzy flakonikami i opakowaniami nie jest na tyle duże, by wprowadzić odbiorców w błąd. Można przyjąć, że różnice są na tyle znaczne, że nabywca ich nie pomyli. Innymi słowy nabywca będzie wiedział, że produkty oznaczone znakiem Trésor to produkty markowe, a produkty oznaczone znakiem La Valeur to imitacja tych perfum, że produkty te pochodzą od różnych producentów, między którymi nie zachodzą powiązania gospodarcze.

Jednakże Trybunał uznał, że kiedy osoba trzecia próbuje, używając oznaczenia podobnego do renomowanego znaku towarowego, działać w jego cieniu, aby skorzystać z jego atrakcyjności, renomy i prestiżu oraz wykorzystać wysiłek włożony przez właściciela znaku towarowego w wykreowanie i utrzymanie jego wizerunku, odosobnienie korzyści z takiego używania winno zostać uznane za czerpanie nienależnej korzyści. Nawet jeżeli nie zachodzi podobieństwo na tyle duże, by wprowadzić w błąd, to „działanie w cieniu” również jest naganne.

Zamiast podsumowania

Nabywcy często kierują się bodźcami wizualnymi. Kształt, kolor, układ graficzny elementów opakowania bądź etykiety produktu ułatwiają konsumentowi odróżnianie produktów i ich producentów. Stworzenie i wypromowanie produktu to dziś często wieloetapowy i kosztowny proces. Wysiłek producenta danego produktu może zostać podważony, gdy na rynek wprowadzany jest produkt w podobnym opakowaniu. Konsument, kierując się podobieństwem opakowań, może nabyć produkt w przekonaniu, że pochodzi on od znanego mu producenta, bądź może uznać, że istnieje jakieś powiązanie z produktem już funkcjonującym na rynku. Działanie takie zaburza uczciwą konkurencję.

Trzeba jednak zaznaczyć, że nie każdy przypadek podobnych opakowań wskazuje na niedozwolone podobieństwo. Dlatego zawsze niezbędna jest szczegółowa analiza i ocena danej sprawy.

dr Monika A. Górka, radca prawny, praktyka własności intelektualnej

Włodzimierz Szoszek, adwokat, starszy wspólnik odpowiedzialny za praktykę własności intelektualnej

Czysta etykieta żywności

Na rynku żywności dynamicznie wzrasta liczba tzw. produktów *clean label*, czyli z „czystą etykietą”. Producent żywności pracuje nad uproszczeniem swoich receptur, aby móc zakomunikować konsumentom, że jego produkty należą do tej grupy. Pojawia się kluczowe pytanie, jak bardzo uproszczone powinny zostać receptury i jak to skutecznie, a zarazem bezpiecznie zakomunikować konsumentom.



Joanna Krakowiak

Czysta etykieta – czyli jaka?

Czysta etykieta to nie tyle określenie samej etykiety, ale przede wszystkim produktu, którego skład jest prosty, oparty na niewielkiej liczbie naturalnych składników.

Trend upraszczania receptur produktów spożywczych rozpoczął się od opublikowania wyników badania przeprowadzonego na Uniwersytecie Southampton w 2007 r., z którego wynikało, że sześć barwników stosowanych masowo w galaretkach i innych deserach (tzw. „barwniki Southampton”) może powodować ADHD u dzieci. Bezpośrednim skutkiem raportu było wprowadzenie do rozporządzenia 1333/2008 w sprawie barwników obowiązku umieszczania na produktach zawierających te barwniki ostrzeżeń dotyczących możliwości wystąpienia ADHD u dzieci. Długofalowym efektem raportu jest to, że konsumenci zaczęli zwracać większą uwagę na skład produktów i poszukiwać takich, które mają proste i zrozumiałe receptury. Skład produktu, a nie np. jego marka, stał się jednym z kluczowych czynników wyboru nabywanej żywności.

Mimo że trend czystej etykiety trwa już kilka lat, a około 1/3 nowych produktów wprowadzanych na rynek należy do tej kategorii, brak jest prawnej definicji tego pojęcia oraz wytycznych dotyczących jego stosowania. W praktyce przyjmuje się, że oznacza on dwie rzeczy: etykieta produktu jest jasna, klarowna i łatwa do zrozumienia przez konsumenta, zaś skład produktu jest prosty, czyli oparty na niewielkiej liczbie naturalnych składników.

Producent podejmuje pierwszy krok: uproszczenie etykiet bez zmiany receptur. Okazuje się, że zgodnie z załącznikiem VIII do rozporządzenia 1169/2011 producent nie musi deklarować obecności niektórych składników. Dotyczy to np. wody, która jest dodawana do nawodnienia składnika użytego w formie odwodnionej. Liczba składników wymienionych na etykiecie spada.

Samo uproszczenie etykiety to jednak za mało. Gdyby producent ograniczył się do poprawienia czytelności etykiety, pozostawiając w składzie wysoko przetworzone składniki, i na tej podstawie wskazywał, że etykieta jego produktu jest czysta, naraziłby się na zarzut wprowadzania konsumenta w błąd. Zapewnienie czytelności etykiety jest bowiem wymogiem wynikającym z rozporządzenia 1169/2011, a nie wartością dodaną dla konsumenta. Na podobne zarzuty naraziłby się, gdyby z wieloskładnikowego, wysoko przetworzonego produktu usunął jeden składnik, i na tej podstawie umieszczał na etykiecie hasło „czysta etykieta”.

Aby móc wprowadzić na rynek produkty z czystą etykietą, niezbędne jest opracowanie nowych receptur, maksymalnie zbliżonych do takich, które konsument mógłby określić jako domowe czy tradycyjne. Istotne jest zredukowanie liczby składników, eliminacja substancji che-

micznych lub wysoko przetworzonych i zastąpienie ich składnikami o pochodzeniu naturalnym. W praktyce jest to czasochłonny i kosztowny proces, wymagający bliskiej współpracy prawników i technologów produkcji.

Konsument decyduje

Konsumenci deklarują chęć spożywania naturalnej żywności. Określenie „naturalny” nie jest definiowane w przepisach prawa z wyjątkiem przypadków szczególnych, jak np. aromat naturalny. Oceniając, czy dany składnik jest naturalny, na zasadzie analogii można odnieść się do orzeczenia Naczelnego Sądu Administracyjnego z 16 grudnia 2014 r. (II GSK 2033/13), w którym sąd orzekł, że umieszczenie na ketchupie napisu „domowy smak”, podczas gdy produkt zawiera substancje zagęszczające (E412 i E1422), nie jest dozwolone, ponieważ wprowadza konsumenta w błąd co do właściwości produktu. Przekładając tok rozumowania sądu na ocenę określenia „naturalny”, należy wziąć pod uwagę dwie okoliczności: źródło pochodzenia składnika – czy jest ono naturalne (biologiczne) czy syntetyczne (chemiczne) – oraz stopień przetworzenia składnika o pochodzeniu naturalnym. O ile dosyć łatwo jest określić spełnienie pierwszego kryterium, o tyle drugie jest w dużym stopniu oceniane. Nie ma z góry określonej granicy dopuszczalnego stopnia przetworzenia składnika, tak aby miał on nadal przymiot naturalności. Nie jest na przykład jasne, czy pulpy warzywne to jeszcze składnik naturalny, czy już nie. Jeszcze trudniejsza jest ocena, ile składników można użyć, aby móc mówić o prostym składzie. Czy na przykład pięć składników sera twarogowego to wystarczająco krótki skład, czy trzeba ograniczyć ich liczbę do dwóch lub trzech?

Pracując nad nowymi recepturami produktów, trzeba więc przeanalizować skład produktu przez pryzmat oczekiwań konsumenta, tj. ocenić, jakie składniki uznaje on za pożądane lub przynajmniej akceptowalne w produkcie, który uznałby za naturalny. Ocena ta musi uwzględniać rodzaj produktu spożywczego, obszar geograficzny oraz czas, ponieważ preferencje konsumentów nie są jednolite i zmieniają się wraz z doniesieniami naukowymi dotyczącymi wpływu określonych składników na zdrowie. Dlatego jednorazowe oczyszczenie składu produktu z niechętnych przez konsumentów składników może okazać się niewystarczające, a producent powinien przyjąć procedury okresowego weryfikowania receptur produktów pod względem ich zgodności nie tylko z przepisami prawa, ale też z oczekiwaniami konsumentów.

Oczywiście zmiany w składzie przekładają się na charakterystykę produktu (kolor, konsystencję, zapach) oraz jego cenę. Producent musi dokonać analizy biznesowej, czy konsument zapłaci wyższą cenę za naturalny produkt o mało atrakcyjnych cechach organoleptycznych. Nasz producent w stosunku do kilku produktów posta-

nawia podjąć większe ryzyko biznesowe i wypuścić na rynek niszowy produkt premium. W stosunku do pozostałych wybiera strategię małych kroków, czyli stopniową eliminację wysoko przetworzonych składników.

„Bez substancji konserwujących” już nie wystarczy

Po opracowaniu nowych receptur należy zakomunikować ten fakt konsumentom w sposób nie tylko skuteczny, ale też bezpieczny pod względem prawnym. Ryzyko zakwestionowania tej komunikacji przez konsumentów, organy nadzoru i konkurentów powinno być ograniczone do minimum. Producent podejmuje decyzję, że na etykietach uproszczonym listom składników będą towarzyszyć dodatkowe komunikaty podkreślające naturalny skład produktów.

Oświadczenia dotyczące uproszczonego składu produktów mogą być formułowane w sposób negatywny („bez substancji konserwujących”, „bez barwników”, „bez GMO”) lub pozytywny, czyli z podkreśleniem tego, co produkt zawiera. O ile umieszczenie list składników jest obligatoryjne, o tyle oświadczenia dotyczące składu należą do informacji umieszczanych na produkcie dobrowolnie. Nie oznacza to jednak, że mogą być one formułowane w sposób dowolny, ponieważ muszą spełniać wymagania wskazane przepisach prawa, w szczególności w art. 36 rozporządzenia 1169/2011. Oświadczenia nie mogą wprowadzać konsumenta w błąd, być niejednoznaczne, a w określonych przypadkach muszą być oparte na danych naukowych.

Wskazówki do oceny dopuszczalności oświadczeń negatywnych znajdujemy w wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 11 stycznia 2016 r. (VI SA/Wa 201/15). W orzeczeniu tym sąd stwierdził, że podanie informacji, że olej nie zawiera cholesterolu, składników mleka i glutenu, wprowadzało konsumentów w błąd, ponieważ sugerowało, że produkt ma szczególne właściwości, a w rzeczywistości miały je również oleje produkowane przez konkurentów. Oświadczenie to, mimo że prawdziwe, mogło stwarzać mylne wyobrażenie, że produkt jest jedynym lub jednym z nielicznych produktów mających określony skład. Przykład ten pokazuje, że producent, pracując nad deklaracjami produktowymi, powinien zwrócić uwagę, jak wpłyną one na postrzeganie nie tylko jego produktów, ale też jego konkurentów.

Przykładowo, oceniając dopuszczalność zastosowania oświadczenia „bez substancji konserwujących”, należy zastosować następujący test:

- czy produkt zawiera substancje konserwujące?
- czy zgodnie z prawem produkt może zawierać tego rodzaju substancje?

- czy analogiczne produkty konkurentów zawierają substancje konserwujące?
- czy eliminacja substancji konserwujących pozytywnie wpływa na recepturę produktu?

Jeżeli odpowiedź na pytanie pierwsze jest przecząca, a na wszystkie kolejne twierdząca, to producent może bezpiecznie używać hasła „bez substancji konserwujących”.

Sformułowania typu „bez substancji X” są jednak masowo używane na rynku spożywczym i siła ich oddziaływania na konsumentów spada. Nasz producent postanawia budować wizerunek produktów w sposób pozytywny. Ekspozuje na etykiecie informację, że produkty składają się z określonej (niewielkiej) liczby składników, oraz wymienia na froncie opakowania ich nazwy, które są zrozumiałe dla większości konsumentów. Ponadto informuje o nowych recepturach na stronie internetowej i wskazuje, w jakim celu są dodawane poszczególne składniki.

Przepływ informacji pomiędzy producentem a konsumentem jest kluczowy, bo nawet największe nakłady na opracowanie nowych receptur mogą pójść na marne, jeżeli nie zostaną skutecznie zakomunikowane konsumentom.

Czysta etykieta i co dalej?

Doświadczenie pokazuje, że prace nad nowymi produktami, reformulacja istniejących, towarzyszące temu zmiany na etykietach produktów oraz w materiałach promocyjnych, na stronie internetowej i na portalach społecznościowych to proces ciągły. Szybka identyfikacja potrzeb konsumentów i niezwłoczna odpowiedź na nią to podstawowe elementy sukcesu. Trend czystej etykiety na razie trzyma się mocno, ale w przyszłości może się okazać, że konsumenci oczekują więcej. Chcą bowiem kupować produkty nie tylko oparte na niewielkiej liczbie naturalnych składników, ale też mieć pewność, że zostały one pozyskane w sposób etyczny, ze źródeł opartych na zrównoważonym rolnictwie. Na tego rodzaju potrzeby ma odpowiadać tzw. etykieta transparentna, czyli pozwalająca prześledzić drogę poszczególnych składników od pola do stołu. Zważywszy na ilość informacji związanych z tego rodzaju dobrowolnym etykietowaniem, wdrożenie transparentnej etykiety wymagałoby umieszczenia części informacji w formie elektronicznej, np. w postaci aplikacji mobilnej. Wygląda więc na to, że litera „E” nie zniknie z branży spożywczej – zamiast nielubianych przez konsumentów E-składników będzie oznaczać e-etykiety.

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



Związki zawodowe na drodze sądowej



Agnieszka Lisiecka



Katarzyna Żukowska

W sporach sądowych dotyczących zbiorowego prawa pracy, jakkolwiek jest to dyskusyjne, co do zasady należy przyjąć dopuszczalność drogi sądowej. Dopuszczalność drogi sądowej nie przesądza jednak istnienia interesu prawnego związków zawodowych do wytaczania powództwa w sporach o charakterze zbiorowym. Brak interesu prawnego w każdym przypadku będzie skutkował oddaleniem powództwa. Niezależnie od tego w każdym przypadku należy pamiętać o ocenie zasadności powództwa.

Spór o podwyżki

Związki zawodowe, strony zakładowego układu zbiorowego pracy, wystąpiły do sądu pracy o ustalenie istnienia sporu zbiorowego dotyczącego podwyżek płac pracowników. Wcześniej odbyły się zakończone niepowodzeniem negocjacje płacowe pomiędzy związkami zawodowymi a pracodawcą.

Po fiasku negocjacji związki zawodowe skierowały do pracodawcy pismo o wszczęciu sporu zbiorowego dotyczącego podwyżek płac. Pracodawca w oparciu o przepis art. 4 ust. 2 ustawy o rozwiązywaniu sporów zbiorowych odmówił uznania tego sporu za legalny, wskazując, że kwestie corocznych podwyżek płac, w razie nieosiągnięcia porozumienia przez strony układowe, zostały wyczerpująco i jednoznacznie uregulowane w zakładowym układzie zbiorowym pracy, a układ ten nie został wypowiedziany.

Układ zbiorowy stanowił, że jeśli strony układowe nie osiągną porozumienia płacowego do końca pierwszego kwartału danego roku kalendarzowego, płace zasadnicze zostaną obligatoryjnie podwyższone o wskaźnik inflacji roku poprzedniego. W omawianej sprawie wskaźnik inflacji roku poprzedniego wynosił zero, co skutkowało brakiem podwyżek dla pracowników.

W takim stanie sprawy związki zawodowe wystąpiły do sądu pracy o ustalenie istnienia sporu zbiorowego. Powództwo to wpisało się w kontrowersyjną problematykę dopuszczalności drogi sądowej w sprawach tzw. zbiorowego prawa pracy oraz – w razie uznania dopuszczalności tej drogi – oceny zasadności takiego powództwa. Obie te kwestie zostały podniesione przez pozwaną spółkę w trakcie postępowania sądowego.

Dopuszczalność sporu zbiorowego

Spór o podwyżki wynagrodzeń jest, co do zasady, objęty materią sporu zbiorowego. Jeżeli jednak u pracodawcy obowiązuje układ zbiorowy pracy, spór o podwyżki nie zawsze będzie legalny (tj. dopuszczalny i zgodny z prawem). Jego legalność uzależniona będzie bowiem od zakresu żądań oraz od tego, czy zachodzi konieczność wypowiedzenia układu.

Zgodnie z art. 4. ust. 2 ustawy o rozwiązywaniu sporów zbiorowych jeżeli spór zbiorowy dotyczy treści układu zbiorowego, którego stroną jest organizacja związkowa, wszczęcie i prowadzenie sporu o zmianę układu może nastąpić nie wcześniej niż z dniem jego wypowiedzenia. Jest to tzw. klauzula pokoju społecznego, która zakazuje inicjowania sporów zbiorowych w sytuacjach, gdy obowiązują porozumienia składające się z norm wynegocjowanych przez partnerów społecznych. Dotyczy to nie tylko wszczynania i prowadzenia sporów zbiorowych o zmianę wiążącego układu zbiorowego pracy, lecz także sytuacji, gdy zgłoszone żądanie determinuje

zmianę układu, jak to miało miejsce – w ocenie spółki – w niniejszej sprawie. Postanowienia układu zbiorowego przewidywały bowiem jednoznaczny i wyczerpujący mechanizm dokonywania podwyżek płac w razie niezawarcia pomiędzy stronami układowymi porozumienia płacowego. W takiej sytuacji prowadzenie sporu zbiorowego w przedmiocie podwyżek wynagrodzeń oznaczałoby *de facto* prowadzenie sporu dotyczącego treści układu, tj. zasad dokonywania podwyżek wynagrodzeń pracowników, co, do czasu wypowiedzenia układu zbiorowego, byłoby niezgodne z przepisami art. 4 ust. 2 ustawy o rozwiązywaniu sporów zbiorowych.

Dopuszczalność drogi sądowej

W odpowiedzi na pozew pozwana z ostrożności zgłosiła żądanie uznania niedopuszczalności drogi sądowej, podnosząc, że sprawa ta nie jest sprawą z zakresu prawa cywilnego w rozumieniu art. 1 Kodeksu postępowania cywilnego do rozpoznania przez sądy powszechne. Uznanie przez sąd pracy niedopuszczalności drogi sądowej skutkowałoby odrzuceniem pozwu.

Pozwana argumentowała, że do kategorii spraw cywilnych należą tylko te sprawy z zakresu prawa pracy, które zostały wyliczone w przepisie art. 476 § 1 k.p.c., tj. sprawy dotyczące roszczeń indywidualnych pracowników związanych ze stosunkiem pracy danego pracownika zgłaszanych wobec pracodawcy. Spór zbiorowy nie ma natomiast charakteru indywidualnego, a jego stroną będzie zawsze związek zawodowy.

Dla spraw z zakresu zbiorowego prawa pracy przewidziany jest szczególny tryb ich rozwiązywania w oparciu o przepisy ustawy o rozwiązywaniu sporów zbiorowych. Ponadto, zgodnie z przepisem art. 37 ustawy o związkach zawodowych, spory pomiędzy związkami zawodowymi a pracodawcami dotyczące interesów pracowników rozwiązywane są na zasadach określonych w odrębnej ustawie, tj. właśnie w ustawie o rozwiązywaniu sporów zbiorowych.

Sąd pracy nie uwzględnił jednak żądania odrzucenia pozwu. Stwierdził bowiem, że prawo do sądu zostało *expressis verbis* wyrażone w przepisie art. 45 ust. 1 Konstytucji. Sąd wskazał także, że Konstytucja zakazuje stanowienia przepisów, które zamykałyby komukolwiek drogę sądową lub dochodzenia naruszonych praw i wolności, zaś przepis art. 177 Konstytucji przewiduje domniemanie właściwości sądów powszechnych we wszystkich sprawach, z wyjątkiem ustawowo zastrzeżonych dla właściwości innych sądów.

Zasadność powództwa

Alternatywnym żądaniem pozwanej było oddalenie powództwa z uwagi na jego niezasadność z powo-

du braku interesu prawnego organizacji związkowych w rozumieniu art. 189 k.p.c.

Materialnoprawną przesłanką zasadności powództwa o ustalenie istnienia lub nieistnienia stosunku prawnego bądź prawa dochodzonego w oparciu o przepis art. 189 k.p.c. jest istnienie po stronie powoda interesu prawnego do jego wytoczenia. Co do zasady, jeżeli powód nie ma interesu prawnego do jego wytoczenia, powództwo zasługuje na oddalenie.

Interes prawny zachodzi, jeżeli sam skutek, jaki wywoła uprawomocnienie się wyroku ustalającego, zapewni powodowi ochronę jego prawnie chronionych interesów, czyli definitywnie zakończy spór istniejący lub zapobiegnie powstaniu takiego sporu w przyszłości. Potrzeba ochrony prawnej musi być przy tym obiektywna, a więc rzeczywiście istniejąca. Brak interesu prawnego jako przesłanki powództwa z art. 189 k.p.c. zachodzi natomiast wówczas, gdy powód nie ma żadnej potrzeby ustalania prawa lub stosunku prawnego, gdyż jego sfera prawna nie została naruszona ani zagrożona.

W niniejszej sprawie – w ocenie pozwanej – dochodzone przez organizacje związkowe roszczenie o ustalenie istnienia sporu zbiorowego zmierzało w istocie do rozstrzygnięcia niepewności co do tego, czy wszczęty przez związki zawodowe spór ma charakter sporu zbiorowego w rozumieniu ustawy o rozwiązywaniu sporów zbiorowych, a w rezultacie czy w razie podjęcia akcji strajkowej powód jako organizator nielegalnego strajku naraża się na odpowiedzialność finansową. Natomiast skuteczność dochodzenia roszczenia o ustalenie na podstawie art. 189 k.p.c. nie jest uwarunkowana samym tylko wykazaniem, że po stronie powodowej istnieje potrzeba prawna rozstrzygnięcia niepewności co do określonego stanu rzeczy. Powód musi jeszcze udowodnić, że ma interes prawny w skierowaniu powództwa przeciwko konkretnemu pozwanemu.

Pozwana argumentowała ponadto, że zbiorowy interes pracowników, do którego reprezentowania powołane są związki zawodowe, nie może być utożsamiany z własnym interesem prawnym związku zawodowego w rozumieniu przepisów art. 189 k.p.c. W przepisie tym chodzi bowiem o własny interes prawny powoda, a nie o interes prawny innych podmiotów. Wprawdzie

związki zawodowe powołane zostały do reprezentowania oraz obrony praw i interesów pracowników, ale to nie oznacza, że interesy pracowników mogą być utożsamiane z interesem samych związków zawodowych (ich własnym interesem jako osób prawnych czy stron mających zdolność sądową). Związki zawodowe mają jedynie reprezentować interesy pracowników, co oznacza, że czym innym są te interesy (skoro są one tylko reprezentowane przez związki zawodowe), a czym innym interesy samych związków zawodowych jako odrębnych podmiotów prawnych. Związki zawodowe mają bronić i reprezentować prawa i interesy pracowników, co oznacza, że działalność w tym zakresie jest ich powinnością, a nie ich interesem prawnym.

W ocenie pozwanej powodowe organizacje związkowe, wnosząc powództwo o ustalenie, domagały się w istocie jedynie ustalenia w interesie ogółu pracowników, czy zainicjowany przez nich spór jest sporem zbiorowym, co nie jest celem procesu toczonego na podstawie art. 189 k.p.c.

Pogląd ten, a także powyższą argumentację, podzielił sąd pracy, stwierdzając, że w niniejszej sprawie po stronie organizacji związkowych nie istniał interes prawny w ustaleniu istnienia lub nieistnienia sporu zbiorowego, podkreślając, że powództwo o ustalenie istnienia sporu zbiorowego wytoczone przez związki zawodowe zawsze będzie odnosiło się do interesów podmiotów innych niż strony powodowej, a mianowicie zbiorowości pracowników. Sąd wywodził przy tym, że nie ma sporu zbiorowego bez interesów pracowników, albowiem spór zbiorowy jest genetycznie powiązany ze zbiorowymi interesami i prawami pracowników. Ponadto sąd pracy podzielił stanowisko i argumenty pozwanej co do tego, że w niniejszej sprawie nie istniała możliwość wszczęcia legalnego sporu zbiorowego z uwagi na zakaz przewidziany w przepisie art. 4 ust. 2 ustawy o rozwiązywaniu sporów zbiorowych. Wobec powyższego sąd oddalił powództwo jako niezasadne.

Agnieszka Lisiecka, adwokat, współnik odpowiedzialny za praktykę prawa pracy

Katarzyna Żukowska, praktyka prawa pracy



Transakcje przejęć spółek giełdowych – jak sobie radzić z informacjami poufnymi?



Danuta Pajewska



Marcin Pietkiewicz

Transakcje przejęć spółek giełdowych i akwizycje dokonywane przez spółki giełdowe są bardzo specyficzne ze względu na prawne ograniczenia w zakresie posiadania i wykorzystywania informacji mogących wpłynąć na cenę akcji spółki na giełdzie, nazywanych w języku prawnym informacjami poufnymi. Niedawne wejście w życie tzw. rozporządzenia MAR dotyczącego między innymi postępowania z informacjami poufnymi spółek notowanych na giełdzie jest doskonałą okazją, by przyjrzeć się im bliżej.

Kiedy informacja staje się poufna?

Informacją poufną dotyczącą spółki giełdowej lub jej akcji jest informacja, która nie jest znana szerokiemu kręgowi inwestorów, a która ze względu na doniosłość zdarzeń lub okoliczności, których dotyczy, mogłaby tworzyć przewagę i uprzywilejować jednego inwestora giełdowego wobec pozostałych. Przepisy rozporządzenia MAR, czyli rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 596/2014 z dnia 16 kwietnia 2014 r. w sprawie nadużyć na rynku, posługują się dwiema przesłankami, których spełnienie powoduje, że mamy do czynienia z informacją poufną – są nimi precyzyjność informacji oraz jej cenotwórczy charakter.

Informacją poufną będzie zatem wiadomość o zdarzeniu dotyczącym spółki notowanej lub jej akcji, którą potencjalny inwestor giełdowy wziąłby pod uwagę, podejmując decyzję o inwestycji w akcje tej spółki, a jednocześnie informacja ta byłaby na tyle precyzyjna, że mogłaby prawdopodobnie i znacząco wpłynąć na cenę akcji, zaś inni inwestorzy giełdowi nie mieliby do tej informacji dostępu.

Jeżeli informacja poufna powstanie w spółce giełdowej, to obowiązkiem spółki jest niezwłoczne przekazanie jej do wiadomości publicznej, tak aby wszyscy inwestorzy mieli zapewniony do niej jednakowy dostęp.

Kryteria uznania informacji za poufną są określone w sposób ogólny i właśnie to stanowi o dużej trudności w stosowaniu tych przepisów, zwłaszcza gdy chodzi o ustalenie momentu powstania informacji poufnej w przypadku zdarzeń, które – tak jak transakcje przejęć spółek – nie mają charakteru jednorazowego, a są procesem rozciągniętym w czasie.

Spółka giełdowa wybiera się na zakupy

Spółka giełdowa planuje wejść na rynek innego kraju przez nabycie spółki działającej w podobnej branży i posiadającej ugruntowaną pozycję na tym rynku. Zarząd spółki giełdowej nie chce zbyt wcześnie przekazywać informacji o planowanych i podejmowanych działaniach, ponieważ obawia się reakcji ze strony konkurencji i uważa, że ujawnienie tej wiadomości mogłoby wpłynąć niekorzystnie na negocjacje mające doprowadzić do nabycia lokalnej spółki.

Koncepcja a realizacja

W pierwszej kolejności zarząd spółki giełdowej będzie musiał ustalić moment, w którym zamiar przeprowadzenia transakcji przejdzie z fazy planów w fazę realizacji, czyli podjęte zostaną kroki, które mogą, ale nie muszą doprowadzić do realizacji transakcji. Trzeba wskazać, że w tej sytuacji zarząd spółki jest w dość komfortowej sytuacji, gdyż własnymi działaniami tworzy informację poufną i może w dużym stopniu zarządzać

tym procesem z uwzględnieniem swych potrzeb biznesowych.

Na powstanie ewentualnego obowiązku informacyjnego w pierwszej fazie projektu akwizycyjnego duży wpływ może mieć dotychczasowa polityka informacyjna spółki. Znacznie łatwiej będzie zarządzać tym procesem, jeżeli spółka wcześniej w ogóle nie wypowiadała się na temat planowanych akwizycji albo generalnie informowała rynek o swych zamiarach, a podejmowane działania będą w zgodzie z upublicznianymi planami. W trudniejszej sytuacji będzie zarząd zamierzający podjąć działania, które mogą prowadzić do efektów odwrotnych do tych zakomunikowanych wcześniej rynkowi.

Transakcja w fazie negocjacji

Trzeba pamiętać, że na proces transakcji akwizycyjnej nie należy patrzeć wyłącznie z perspektywy oceny prawdopodobieństwa dojścia do skutku transakcji, czyli osiągnięcia celu końcowego transakcji w postaci nabycia spółki, jest ona bowiem procesem rozciągniętym w czasie, a walor informacji poufnej mogą mieć zdarzenia występujące w każdej z jej faz.

Momentem, w którym może powstać informacja poufna, zdecydowanie jest rozpoczęcie negocjacji dotyczących nabycia konkretnej spółki. Bardzo często pierwszym doniosłym zdarzeniem w procesie negocjacji transakcji, werbalizującym konkretny zamiar nabywcy w stosunku do danej spółki przejmowanej, jest podpisanie listu intencyjnego, umowy o zachowaniu poufności lub analogicznego dokumentu. Dokumenty te mogą wyznaczać ramy dalszych czynności negocjacyjnych, takich jak prowadzenie badania przejmowanej spółki (tzw. *due diligence*), a następnie negocjacji kluczowych warunków transakcji, co może skutkować zawarciem tzw. *term sheetu* i przystąpieniem do negocjacji umowy sprzedaży.

Okoliczności występujące w każdej z tych faz mogą zostać uznane za informację poufną, jeżeli wyczerpują jej definicję.

Opóźnienie publikacji o rozpoczęciu negocjacji

Trzeba jednak pamiętać, że uznanie danej fazy negocjacji za informację poufną nie zawsze musi prowadzić do jej natychmiastowego ogłoszenia przez spółkę giełdową. Jeżeli zarząd uważa, że jej upublicznienie będzie naruszać uzasadniony interes spółki, np. mogłoby wpłynąć niekorzystnie na wynik negocjacji ze sprzedającym, to może podjąć decyzję o opóźnieniu publikacji.

Zarząd będzie mógł podjąć taką decyzję, jeżeli opóźnienie nie wprowadzi w błąd opinii publicznej (czyli jeśli nie przekazywał wcześniej komunikatów, z których mogłyby płynąć przeciwne wnioski) oraz zapewni zachowanie poufności wiadomości (ograniczy krąg osób mających

dostęp do informacji o negocjacjach, zobowiąże je do zachowania poufności i wciągnie na listę tzw. insiderów).

Ważne jest, że na gruncie obecnych przepisów na etapie podejmowania decyzji o opóźnieniu publikacji informacji poufnej zarząd spółki nie musi już informować o nim Komisji Nadzoru Finansowego (wymóg taki istniał przed wejściem w życie rozporządzenia MAR). Obowiązek ten został odsunięty w czasie do momentu, w którym spółka ujawni informację opóźnioną.

Spółka giełdowa na celowniku

Inne trudności pojawiają się przy transakcjach przejęć spółek giełdowych. Można je prześledzić na przykładzie potencjalnego inwestora zamierzającego nabyć większościowy pakiet akcji spółki od znaczącego akcjonariusza, który ma przeważający wpływ na skład rady nadzorczej i zarządu spółki giełdowej.

Dostęp do informacji o spółce

W takich przypadkach negocjacje transakcji prowadzone są z akcjonariuszem, wobec czego sama spółka w nich nie uczestniczy. Inwestorzy oczekują jednak dostępu do dokumentów i informacji o spółce, aby przeprowadzić jej badanie, a ich uzyskanie często nie jest możliwe bez choćby częściowego zaangażowania przedstawicieli spółki. Powoduje to, że spółka giełdowa za pośrednictwem swych przedstawicieli dowiaduje się o planowanej transakcji sprzedaży, czyli wchodzi w posiadanie informacji poufnej.

Spółka giełdowa musi w takiej sytuacji w odpowiednim momencie zidentyfikować powstanie po jej stronie informacji poufnej i odpowiednio zareagować. Jeżeli przejęcie ma być przyjazne (tylko wtedy prowadzone jest badanie spółki przez potencjalnego inwestora), to akcjonariusz będzie mógł powiadomić spółkę o swych zamiarach, a spółka będzie mogła podjąć decyzję o podaniu informacji do wiadomości publicznej albo opóźnieniu jej publikacji.

Na zakres obowiązków spółki giełdowej przekazującej informacje inwestorowi będzie wpływać również to, czy inwestor posiada już akcje spółki.

Pozostałe obszary zwiększonego ryzyka

Szczególną ostrożność należy zachować w sytuacji, gdy akcjonariusz sprzedający akcje albo jego przedstawiciele są jednocześnie członkami zarządu spółki przejmowanej. Trzeba zwrócić wtedy baczną uwagę na sposób komunikowania się z potencjalnym inwestorem oraz treść przekazywanych informacji. Akcjonariusze mogą również podlegać dodatkowym ograniczeniom co do zbywania akcji w czasie tzw. okresów zamkniętych poprzedzających publikację okresowych raportów finansowych.

Z perspektywy inwestora kluczowe będzie natomiast, aby w momencie realizacji transakcji nie posiadał uzyskanej od spółki informacji spełniającej kryteria informacji poufnej. W przeciwnym razie inwestor narażałby się na zarzut naruszenia przepisów zakazujących nabywania akcji w oparciu o informację poufną.

Tematyka informacji poufnej w transakcjach przejęć nabiera szczególnego znaczenia, ponieważ w wielu przypadkach będzie wpływać i na sposób zaprojektowania transakcji, i na chronologię realizacji jej poszczególnych etapów. Procesem tym należy jednak zarządzać, dostosowując go do konkretnych potrzeb i założeń biznesowych. Oczywiście w ramach granic wyznaczonych nowymi regulacjami rozporządzenia MAR, które uporządkowały dotychczasową praktykę rynkową ukształtowaną w dużym stopniu już wcześniej, pod wpływem orzecznictwa unijnego i decyzji regulatorów.

Danuta Pajewska, radca prawny, partner odpowiedzialny za praktykę rynków kapitałowych i instytucji finansowych

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



Wybory pracownicze na Facebooku



dr Szymon Kubiak



Kamil Jabłoński

Czy nam się to podoba, czy nie, serwisy społecznościowe takie jak Facebook, LinkedIn, Twitter czy YouTube i komunikatory takie jak Messenger, WhatsApp czy Snapchat najprawdopodobniej na zawsze zmieniły sposób, w jaki się komunikujemy. Siłę ich oddziaływania i funkcjonalność można wykorzystać na potrzeby wspomagania komunikacji wewnętrznej w zakładzie pracy, także w toku zwolnień grupowych.

Jak się okazuje, komunikację z użyciem serwisów społecznościowych można wykorzystać np. do przeprowadzenia wyborów przedstawicieli pracowników w procedurze wymaganej przepisami ustawy z dnia 13 marca 2003 r. o szczególnych zasadach rozwiązywania z pracownikami stosunków pracy z przyczyn niedotyczących pracowników („ustawa o zwolnieniach grupowych”). Z takim przykładem zetknęliśmy się niedawno w naszej praktyce.

Konieczność szybkiego wybrania przedstawicieli pracowników

W stosunku do spółki prowadzącej w Polsce działalność typu call center, ale zarejestrowanej w jednym z państw Unii Europejskiej, doszło do wszczęcia tzw. głównego postępowania upadłościowego w rozumieniu rozporządzenia Rady (WE) nr 1346/2000 z 29 maja 2000 r. Z chwilą wszczęcia postępowania upadłościowego spółka zaprzestała prowadzenia wszelkiej działalności gospodarczej, co zgodnie ze wskazanym rozporządzeniem podlegało automatycznemu uznaniu także w Polsce i skutkowało koniecznością rozwiązania stosunków pracy w trybie ustawy o zwolnieniach grupowych ze wszystkimi pracownikami zatrudnionymi na terenie Polski. Zgodnie z decyzją zarządców masy upadłościowej wszyscy polscy pracownicy spółki zostali natychmiast zwolnieni z obowiązku świadczenia pracy, a biuro spółki zostało zamknięte. W takim stanie faktycznym podjęto decyzję o rozpoczęciu procedury zwolnień grupowych przewidzianej w ustawie o zwolnieniach grupowych.

Prawidłowo zainicjowana procedura zwolnień grupowych powinna rozpocząć się konsultacją zamiaru przeprowadzenia grupowego zwolnienia z zakładowymi organizacjami związkowymi działającymi u pracodawcy. Jeśli zakładowa organizacja związkowa nie została utworzona, konsultacji należy dokonać z przedstawicielami pracowników wybranymi „w trybie przyjętym u danego pracodawcy”. W spółce nie było zakładowej organizacji związkowej, w związku z czym należało wybrać przedstawicieli pracowników. Ustawodawca nie sprecyzował, w jaki sposób należy przeprowadzić takie wybory. Powoduje to liczne wątpliwości choćby co do formy takich wyborów. Najczęściej stosowanym rozwiązaniem jest wybór przedstawicieli pracowników w drodze referendum w zakładzie pracy, np. na spotkaniu załogi.

W analizowanym przypadku nie było możliwe przeprowadzenie typowego referendum w zakładzie pracy, ponieważ wszyscy pracownicy zostali zwolnieni z obowiązku świadczenia pracy, a zakład pracy (biuro) przestał funkcjonować z dnia na dzień. W konsekwencji pracodawca nie mógł prawidłowo rozpocząć procedury zwolnień grupowych, tj. wyłonić przedstawicieli pracowników w trybie art. 2 ust 7 ustawy o zwolnieniach

grupowych w celu skonsultowania z nimi zamiaru zwolnień grupowych oraz regulaminu zwolnień grupowych. Ponieważ pracownicy nie mieli już dostępu do służbowej poczty elektronicznej, pojawił się pomysł, by wybrać przedstawicieli pracowników z wykorzystaniem głosowania na tzw. grupie na portalu Facebook, do którego dostęp miała większość pracowników spółki.

Zorganizowanie wyborów na Facebooku nie stanowiło dla pracowników problemu i pozwoliło zainicjować procedurę zwolnień grupowych. Taka forma komunikacji z blisko trzystu pracownikami wydawała się jedynym skutecznym i możliwym rozwiązaniem, tym bardziej że art. 2 ust. 7 ustawy o zwolnieniach grupowych nie nakłada na pracodawcę obowiązku przeprowadzenia wyborów w drodze fizycznego głosowania w zakładzie pracy (tj. np. poprzez wrzucenie karty do głosowania do urny wyborczej).

Zadania pracodawcy w procedurze wyborów

Z jednej strony nie ma konkretnych wytycznych ustawowych co do sposobu wyłaniania przedstawicieli pracowników, ale z drugiej strony oczywista jest potrzeba zachowania w tym procesie transparentnych i demokratycznych standardów. Dlatego należy się zastanowić nad rolą i obowiązkami pracodawcy w toku wyborów oraz nad tym, czy zostały one spełnione w okolicznościach analizowanej sprawy.

Niewątpliwie podstawowym zadaniem pracodawcy jest zapewnienie pracownikom możliwości organizacyjno-technicznych przeprowadzenia wyborów. Najczęściej sprowadza się to do przeznaczenia jednego lokalu w zakładzie pracy na „lokal wyborczy”. Naszym zdaniem do zadań pracodawcy należy też przygotowanie harmonogramu wyborów, zaprojektowanie kart do głosowania, wydrukowanie ich odpowiedniej ilości i rozkolportowanie ich wśród pracowników.

Aby zagwarantować demokratyczne standardy wyborów, należy również zapewnić możliwość udziału w wyborach pracownikom, którzy z różnych względów są nieobecni w pracy. Dotyczy to w szczególności pracowników przebywających na zwolnieniach chorobowych i urlopach związanych z rodzicielstwem. W takiej sytuacji rekomendowanym rozwiązaniem jest umożliwienie im w określonym z góry terminie głosowania korespondencyjnego, za pośrednictwem poczty.

Ponadto, aby zagwarantować prawidłowy i transparentny przebieg głosowania, optymalnym rozwiązaniem jest powierzenie pracownikom szeregu zadań związanych z organizacją samych wyborów. Pracodawca powinien powierzyć kilku pracownikom zadania związane z organizacją procesu wyborów, tj. utworzenie komitetu wyborczego czy też nadzór nad transparent-

nym sposobem podliczania głosów. Do pracowników należy też przekazanie pracodawcy informacji o wyniku wyborów.

Powierzenie pracownikom dodatkowych zadań naszym zdaniem łączy się ze zwolnieniem ich z obowiązku świadczenia pracy z zachowaniem prawa do wynagrodzenia na czas niezbędny do organizacji i przeprowadzenia wyborów.

Pracodawca musi też powstrzymać się od pewnych czynności związanych z wyborami. Nie może wywierać jakiegokolwiek wpływu na ich wynik, w szczególności bezpośrednio ingerować w wybór konkretnych pracowników. Nie powinien również brać udziału w czynnościach technicznych związanych z głosowaniem, takich jak zliczanie głosów czy otwarcie urny wyborczej. Takie czynności powinny być zawsze przeprowadzane przez samych pracowników w sposób wyłączający możliwość jakiegokolwiek manipulacji wynikiem głosowania. Nie ma jednak przeszkód, żeby przedstawiciel pracodawcy pełnił przy tej okazji rolę „niezależnego obserwatora”, czuwającego nad prawidłowym i niezakłóconym przebiegiem głosowania.

Gwarant demokratycznych standardów

W analizowanym przypadku organizacja wyborów przedstawicieli pracowników w drodze głosowania za pośrednictwem Facebooka w naszej opinii sprzyja przestrzeganiu standardów demokratycznych i transparentności procesu wyborów, choćby dzięki uniemożliwieniu pracodawcy wywierania jakiegokolwiek wpływu na wynik głosowania. Umieszczenie serwerów portalu społecznościowego poza zakładem pracy wyłącza dodatkowo możliwość jakiegokolwiek manipulacji wynikiem głosowania czy to przez pracodawcę, czy przez pracowników.

Wreszcie, co jest nie bez znaczenia, przeprowadzenie wyborów za pomocą platformy społecznościowej znacznie obniża koszt ich organizacji i ogranicza do minimum czynności organizacyjne z tym związane, jak choćby przygotowanie kart do głosowania czy oddanie lokalu na potrzeby przeprowadzenia wyborów.

Serwisy społecznościowe to wciąż nowy i dynamicznie rozwijający się obszar, stąd wiele zjawisk z nimi związanych nie ma powszechnie uznanych definicji. Tym trudniej jest je dopasowywać do istniejących od lat koncepcji i wymogów zakorzenionych w – niejednokrotnie skostniałych – przepisach prawa pracy.

Podsumowując, uważamy, że o ile wszyscy pracownicy mają techniczną możliwość wzięcia udziału w wyborach za pomocą portalu społecznościowego takiego jak Facebook, czy też innego narzędzia dostępnego przez

internet (choćby elektronicznego systemu do głosowania udostępnionego pracownikom przez pracodawcę) wyłączającego możliwość manipulacji wynikiem głosowania, taki tryb wyboru przedstawicieli pracowników należy uznać za dopuszczalny i mieszczący się w szerokim pojęciu „trybu przyjętego u danego pracodawcy”.

Nie tylko zwolnienia grupowe

Na marginesie dodać należy, że potrzeba wyłonienia przedstawicieli pracowników pojawia się nie tylko w toku zwolnień grupowych, ale dotyczy sytuacji występujących znacznie częściej. Z przedstawicielami pracowników należy bowiem konsultować wprowadzenie telepracy, działania związane z bezpieczeństwem i higieną pracy czy wykaz prac w warunkach szczególnie uciążliwych lub szczególnie szkodliwych dla zdrowia na potrzeby ustalania skróconego czasu pracy. Dodatkowo akceptacji przedstawicieli pracowników wymaga m.in. uzgodnienie regulaminu zakładowego funduszu świadczeń socjalnych, wprowadzenie do regulaminu wynagradzania pracowników postanowienia o nietworzeniu zakładowego funduszu świadczeń socjalnych czy zawarcie umowy zakładowej w sprawie utworzenia pracowniczego programu emerytalnego. We wszystkich wymienionych wyżej sytuacjach organizacja wyborów przedstawicieli pracowników w drodze wyborów online znacznie ograniczyłaby czas, koszt i czynności organizacyjne po stronie pracodawcy, bez uszczerbku dla zachowania transparentności i standardów demokratycznych samych wyborów.

Zapewne analogiczne do opisanego stanu faktycznego, a może daleko bardziej złożone przypadki wykorzystania nowych technologii/mediów społecznościowych będą coraz częściej pojawiały się w relacjach pracodawca – pracownicy i tym samym w praktyce prawników zajmujących się tą dziedziną. Powstawanie nowych aplikacji takich jak np. Facebook at Work może tylko przyspieszyć ten proces. Niewykluczone więc, że słusznym postulatem *de lege ferenda* jest, aby w pewnym zakresie (nie popadając jednak w nadregulację, szkodliwą szczególnie w obszarze nowych technologii) wprost dopuścić ich wykorzystanie w szeregu przypadków do komunikacji pracodawca – pracownik. Czas pokaże, czy powyższy postulat zostanie dostrzeżony przez polskiego ustawodawcę, a w szczególności przez powołaną we wrześniu 2016 r. komisję kodyfikacyjną prawa pracy.

dr Szymon Kubiak, radca prawny, współnik współodpowiedzialny za praktykę prawa pracy

Kamil Jabłoński, radca prawny, praktyka prawa pracy



Odpowiedzialność z tytułu wad obiektu budowlanego



Stefan Jacyno



dr Przemysław Szymczyk

W przypadku wadliwego wykonania robót budowlanych inwestorowi przysługuje wybór co do formy otrzymania rekompensaty od wykonawcy tychże robót. Może on wywodzić swoje roszczenia zarówno z rękojmi (lub gwarancji) za wady obiektu budowlanego, jak i z przepisów przewidujących ogólne zasady odpowiedzialności kontraktowej wykonawcy.

W praktyce rynkowej dość często można spotkać się z nieprawidłowym stanowiskiem, że wykonawca robót budowlanych odpowiada wobec inwestora wyłącznie na podstawie rękojmi lub udzielonej przez siebie gwarancji. Poszkodowani inwestorzy nierzadko zapominają o jeszcze innej możliwości, tj. o roszczeniach odszkodowawczych wynikających z ogólnych zasad odpowiedzialności dłużnika za nienależyte wykonanie zobowiązania (art. 471 k.c.).

Warto o nich pamiętać również ze względu na inny okres przedawnienia tego typu roszczeń. Podczas gdy uprawnienia z tytułu rękojmi (i zazwyczaj z tytułu gwarancji udzielonej dodatkowo przez wykonawcę) wygasają w przypadku nieruchomości po pięciu latach (do 25 grudnia 2014 r. okres ten wynosił trzy lata), termin przedawnienia roszczeń opartych na ogólnych zasadach odpowiedzialności kontraktowej wynosi dziesięć lat (lub trzy lata, jeśli obiekt został wybudowany na cele związane z działalnością gospodarczą inwestora).

Wady ujawnione po latach

Pewien inwestor w marcu 2011 r. zawarł umowę o roboty budowlane, których przedmiotem było wykonanie obiektu z towarzyszącą infrastrukturą komunikacyjną. Obiekt nie był przeznaczony na prowadzenie działalności gospodarczej przez inwestora. Według umowy wykonawca udzielił inwestorowi gwarancji jakości (nie wyłączając i nie ograniczając zarazem odpowiedzialności z tytułu rękojmi) na okres trzech lat od daty podpisania protokołu odbioru końcowego i przekazania obiektu do użytkowania. Protokół taki został podpisany 12 grudnia 2011 r.

Pismem z 19 grudnia 2014 r. inwestor zgłosił wykonawcy szereg usterek ujawnionych w trakcie użytkowania obiektu (liczne pęknięcia ścian i stropu, nieszczelność rur instalacyjnych, zawilgocenie posadzek, nieprawidłowo wykonana izolacja fundamentów itp.). Wykonawca odmówił usunięcia wad, powołując się w szczególności na wygaśnięcie uprawnień z tytułu rękojmi i udzielonej gwarancji. Korespondencja między stronami toczyła się przez kilka miesięcy, lecz wykonawca stanowczo odmawiał wykonania napraw.

Ponieważ usterki były poważne i groziły dalszym rozprzestrzenianiem się, inwestor zlecił ich usunięcie innemu podmiotowi. Koszt prac wyniósł ok. 150 tys. zł. Następnie, 15 czerwca 2015 r., inwestor wniósł pozew przeciwko wykonawcy, domagając się zwrotu tej kwoty. Powództwo zostało oddalone, gdyż wykonawca podniósł zarzut przedawnienia roszczeń wynikających z rękojmi i gwarancji, a sąd przychylił się do tego zarzutu.

Na tym etapie inwestor zwrócił się do naszej kancelarii z prośbą o opinię dotyczącą m.in. zasadności wnoszenia apelacji od niekorzystnego wyroku.

Okres gwarancji i rękojmi już minął

Po przeanalizowaniu stanu sprawy potwierdziliśmy, że uprawnienia inwestora zarówno z tytułu rękojmi, jak i udzielonej gwarancji za wady obiektu wygasły, stąd zarzut podniesiony przez wykonawcę był uzasadniony. Zgodnie bowiem z przepisami (art. 656 § 1 k.c.) do rękojmi za wady wykonanego obiektu budowlanego stosuje się odpowiednio przepisy o umowie o dzieło, tj. art. 638 k.c., który stanowi, że w przypadku rękojmi za wady dzieła mają odpowiednie zastosowanie przepisy o rękojmi przy sprzedaży (a więc art. 556 i nast. k.c.), a zgodnie z nimi uprawnienia z tytułu rękojmi za wady fizyczne nieruchomości wygasają po upływie pięciu lat od odbioru końcowego robót budowlanych. Na dodatek w poprzednim stanie prawnym, który dotyczył niniejszej sprawy, wygasły one po upływie trzech lat od tej daty.

Omawiany termin został wydłużony 25 grudnia 2014 r., gdy weszła w życie ustawa z 30 maja 2014 r. o prawach konsumenta, zmieniająca m.in. przepisy Kodeksu cywilnego, jednak do umów zawartych przed tym dniem nadal znajduje zastosowanie krótszy, trzyletni okres. Taki też okres gwarancji strony ustaliły w umowie o roboty budowlane. Okres ten pokrywał się zarazem z okresem rękojmi, która nie została umownie wyłączona ani ograniczona. Ponieważ, jak już wspomniano, powyższy okres miał być liczony od daty podpisania protokołu końcowego odbioru obiektu (co nastąpiło 12 grudnia 2011 r.), uprawnienia inwestora z tytułu rękojmi (i tym samym gwarancji) wygasły 12 grudnia 2014 r.

Powyższy termin ma charakter zawity, a zatem w takim terminie trzeba wystąpić ze stosownym powództwem na drodze sądowej. Tymczasem inwestor złożył pozew dopiero w czerwcu 2015 r., a więc po upływie trzyletniego terminu, kiedy uprawnienia z rękojmi już mu nie przysługiwały.

Szansa na odszkodowanie

W naszej opinii zaznaczyliśmy jednocześnie, że utrata uprawnień z tytułu rękojmi (a zarazem gwarancji) za wady wzniesionego budynku nie powoduje automatycznej utraty roszczeń odszkodowawczych opartych na ogólnych zasadach odpowiedzialności dłużnika za nienależyte wykonanie zobowiązania (art. 471 i nast. k.c.). Miało to tym większe znaczenie w niniejszej sprawie, gdyż klient nie powołał w swoim pozwie przeciwko wykonawcy żadnej podstawy prawnej zgłoszonego roszczenia, ograniczając się wyłącznie do przedstawienia faktów i dowodów na ich wykazanie.

Klient nie wskazał w pozwie, aby korzystał z uprawnień wynikających z rękojmi (lub gwarancji) i aby z tego wywodził swoje roszczenia o zapłatę. Innymi słowy,

można było przyjąć, że roszczenie klienta nosiło charakter odszkodowawczy i oparte było na ogólnych zasadach odpowiedzialności kontraktowej (art. 471 i nast. k.c.), a niekoniecznie na uprawnieniach z tytułu rękojmi lub gwarancji. Roszczenie to nie wygasło w przeciwieństwie do uprawnień z rękojmi lub gwarancji. Okres przedawnienia wynosił w tym przypadku dziesięć lat, gdyż wznoszony obiekt nie służył prowadzonej przez klienta działalności gospodarczej (art. 118 k.c.). Nie było zatem żadnych przeszkód, aby dochodzić odszkodowania w oparciu o ogólne zasady odpowiedzialności kontraktowej. Pozostawało jedynie wykazać przed sądem przesłanki takiej odpowiedzialności, a mianowicie:

- fakt nienależytego wykonania zobowiązania przez wykonawcę robót budowlanych,
- rodzaj i wysokość poniesionej szkody,
- istnienie związku przyczynowego między nienależytym wykonaniem zobowiązania a szkodą.

Przekonaliśmy klienta, że wniesienie apelacji jest w pełni uzasadnione.

Korzystne rozstrzygnięcie

Sąd apelacyjny całkowicie zgodził się z naszą oceną, wskazując, że utrata uprawnień z tytułu rękojmi (a razem gwarancji) za wady wzniesionego budynku nie stanowi przeszkody, by domagać się od wykonawcy odszkodowania za nienależyte wykonanie umowy o roboty budowlane. Niezależnie bowiem od realizacji uprawnień wynikających z rękojmi (lub gwarancji) inwestor może na zasadach ogólnych (art. 471 i nast. k.c.) dochodzić od wykonawcy odszkodowania z powodu nienależytego wykonania zobowiązania.

Jak podkreślił sąd, wybór sposobu uzyskania rekompensaty w tym zakresie należy do inwestora, przy czym dokonanie wyboru wywołuje określone konsekwencje prawne i procesowe. Otóż jeśli inwestor wybrał reżim rękojmi, wówczas musi jedynie udowodnić istnienie wady wykonanego obiektu budowlanego. Rękojmia (i gwarancja) stanowi bowiem szczególny rodzaj ochrony udzielonej inwestorowi, niezależnej od winy i wiedzy wykonawcy robót ani od wystąpienia szkody w związku z wadliwą realizacją prac budowlanych. Jeżeli zaś inwestor skorzystał z reżimu odpowiedzialności kontraktowej (art. 471 k.c.), wówczas musi dowieść nie tylko nienależytego wykonania obiektu, ale także spowodowanej tym szkody. Wynika to z faktu, że w tej drugiej sytuacji wykonawca nie odpowiada za samo istnienie wady, lecz dopiero za faktyczną, udowodnioną

szkodę wyrządzoną niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania.

Sąd potwierdził również naszą opinię, że choć inwestor wywodził swoje roszczenie z faktur wystawionych za zastępcze usunięcie wad budynku, to w rzeczywistości można je potraktować jako roszczenie odszkodowawcze z tytułu nienależytego wykonania umowy, a nie roszczenie oparte na rękojmi lub udzielonej przez wykonawcę gwarancji. Zdaniem sądu szkodą dla naszego klienta były koszty wykonania napraw obiektu i taką też kwotę zasądził on na rzecz inwestora.

Zasady warto zapisać zawczasu

Powyższy przykład dowodzi, że nawet jeśli inwestor w związku z upływem terminów utraci uprawnienia z tytułu rękojmi lub udzielonej przez wykonawcę robót budowlanych gwarancji, to w pewnych sytuacjach wciąż może domagać się odszkodowania za wadliwe wykonanie obiektu, korzystając z ogólnych przepisów o odpowiedzialności kontraktowej. Zależy to od kilku czynników, w tym od daty zawarcia umowy oraz od tego, czy wznoszony obiekt przeznaczony jest na prowadzenie działalności gospodarczej przez inwestora.

Z dowodowego punktu widzenia znacznie łatwiej jest dochodzić roszczeń na podstawie rękojmi lub udzielonej gwarancji. W takiej sytuacji wykonawca odpowiada bowiem według surowszego reżimu odpowiedzialności za samo istnienie wady, a nie za szkodę wyrządzoną niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania (jak ma to miejsce w przypadku ogólnych zasad odpowiedzialności kontraktowej). Dlatego tak ważne jest odpowiednie ukształtowanie treści umowy zawieranej z wykonawcą robót budowlanych, m.in. poprzez właściwą modyfikację odpowiedzialności z tytułu rękojmi. Pomoże to zawczasu należycie zabezpieczyć interesy inwestora na wypadek potencjalnego sporu związanego z wadliwym wykonaniem obiektu. Dotyczy to w szczególności działalności gospodarczej, gdyż w tym przypadku, wobec krótkiego, trzyletniego okresu przedawnienia roszczeń, odwołanie się do zasad ogólnych nie odniesie skutku.

Stefan Jacyno, adwokat, współnik odpowiedzialny za praktykę nieruchomości i inwestycji budowlanych oraz praktykę repriwatyzacyjną

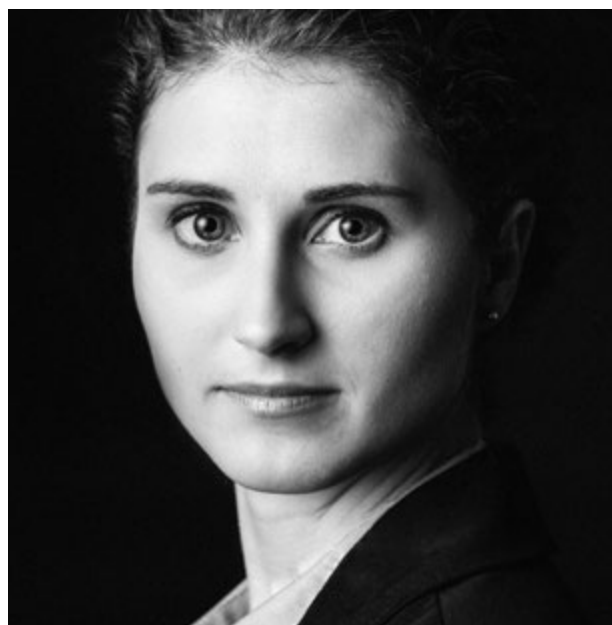
dr Przemysław Szymczyk, adwokat, praktyka nieruchomości i inwestycji budowlanych



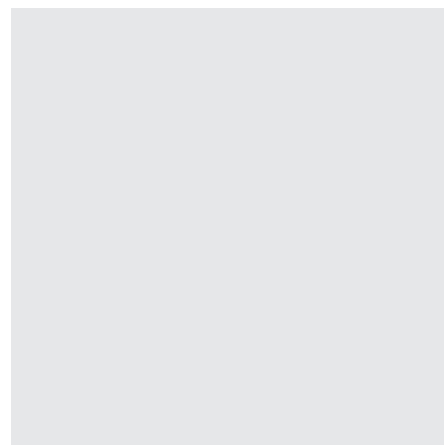
Ś

wiadectwo przejęcia części robót – kompromis między wykonawcą a inwestorem

Gdy prace budowlane są już prawie wykonane i mogłyby być przynajmniej w części użytkowane przez inwestora, ale brakuje im pewnych elementów, o zasadniczym ukończeniu robót nie może być mowy. W interesie obu stron kontraktu jest podjęcie czynności kontraktowych, które uregulują pozycję stron, kompromisowo rozstrzygając o uprawnieniach i obowiązkach.



Hanna Drynkorn



Taka sytuacja będzie dotyczyła obiektów, których wyodrębniona część może samodzielnie służyć działalności inwestora, mimo że zamawiany obiekt stanowi całość, której wykonanie jest zobowiązaniem wykonawcy, i tylko jego ukończenie uzasadnia wystawienie świadectwa przejęcia całości robót. Zdarza się też tak, że obiekt faktycznie może być już użytkowany w części, co leży w interesie samego inwestora, mimo że brakuje mu niektórych elementów, dzięki którym spełni wszystkie funkcjonalne wymagania stawiane przez inwestora oraz wynikające z prawa.

Trzeba podkreślić, że użytkowanie części obiektu, gdy całość nie jest jeszcze gotowa, będzie możliwe tylko w odniesieniu do obiektów, które zgodnie z Prawem budowlanym nie wymagają pozwolenia na budowę (wskazanych w art. 29 ustawy Prawo budowlane). Jeśli bowiem konieczne jest uzyskanie pozwolenia na budowę, później uzyskiwane pozwolenie na użytkowanie musi obejmować ten sam zakres robót, który obejmowało pozwolenie na budowę.

Jest linia kolejowa, brak ekranów akustycznych

Wykonawca był zobowiązany do modernizacji linii kolejowej na długim odcinku w sposób spełniający warunki wynikające z przepisów prawa – w tym prawa ochrony środowiska. W czasie przewidzianym na ukończenie wykonawca miał także uzyskać pozwolenie na użytkowanie całego obiektu.

Do upływu tego terminu wykonawca wykonał linię kolejową, ale na pewnym odcinku nie umieścił ekranów akustycznych, przez co inwestycja nie spełniała wymogów prawa ochrony środowiska. Z powodu nieukończenia wszystkich robót wymaganych prawem wykonawca nie uzyskał też pozwolenia na użytkowanie obiektu. Obiekt nie był zatem gotowy do odbioru, ponieważ występowały „istotne” braki w stosunku do zakresu świadczenia wykonawcy. Ponieważ jednak linia kolejowa została ukończona na całej długości, jaka była zlecona wykonawcy, zamawiający mógł faktycznie ją użytkować – w oczekiwaniu na ukończenie wszystkich prac, w tym przede wszystkim postawienie ekranów akustycznych oraz uzyskanie pozwolenia na użytkowanie.

Wykonawca wystąpił z wnioskiem o wystawienie świadectwa przejęcia całości robót. Swoją wniosek uzasadniał tym, że roboty niewykonane stanowią procentowo niewielki zakres, w aspekcie finansowym, w stosunku do wartości całego kontraktu. Twierdził, że pozostała część robót ma taki charakter, że mogą one zostać wykonane już po uzyskaniu świadectwa przejęcia. Zdaniem wykonawcy wystawienie świadectwa przejęcia całości robót pozwoliłoby uniknąć niesprawiedliwego obciążania

wykonawcy karami umownymi za opóźnienie w wykonaniu całości kontraktu.

Rozpatrując wniosek wykonawcy, inżynier stwierdził, że brak jest przesłanek do wystawienia świadectwa przejęcia całości robót, oraz odrzucił wniosek. Wskazał jednocześnie, że w zaistniałej sytuacji rozwiązaniem najlepiej odzwierciedlającym stan rzeczywisty na budowie, a jednocześnie sprawiedliwym dla obu stron kontraktu, jest wystawienie świadectwa przejęcia części robót, czyli dokumentu uregulowanego w subklauzuli 10.2 FIDIC.

Dlaczego nie Świadectwo Przejęcia (całości robót)

Wystawienie świadectwa przejęcia całości robót na podstawie subklauzuli 10.1 w przedstawionej sytuacji byłoby nieakceptowalne z punktu widzenia interesów inwestora. Przejęcie obiektu stanowi bowiem o zasadniczym ukończeniu całości robót. Zasadniczym to znaczy takim, które pozwala na użytkowanie całego obiektu zgodnie z jego przeznaczeniem. Ma to miejsce wtedy, gdy po stronie wykonawcy zostają do wykonania jedynie drobne zaległe prace. Ponadto wystawienie świadectwa przejęcia na podstawie subklauzuli 10.1 jest na gruncie prawa polskiego utożsamiane z odbiorem robót, chyba że strony postanowią inaczej.

Odbiór robót powoduje wymagalność roszczenia wykonawcy o zapłatę całości wynagrodzenia za wykonane roboty oraz początek biegu terminu rękojmi. W sytuacji gdy występują wady istotne albo nie jest ukończona część obiektu, zamawiający nie ma podstaw do dokonania odbioru, który w kontraktach realizowanych na podstawie FIDIC zazwyczaj dokonywany jest poprzez wydanie świadectwa przejęcia całości robót na podstawie subklauzuli 10.1.

Natomiast odmowa wydania takiego świadectwa w sytuacji znacznego zaawansowania robót powoduje często sprzeciw wykonawcy, który z powodu niezakończenia inwestycji w sposób, który umożliwiłaby wydanie świadectwa przejęcia całości robót, jest zobowiązany do zapłaty kar umownych za niezrealizowanie prac budowlanych w przewidzianym umową terminie. Z drugiej strony inwestor nie jest uprawniony do użytkowania obiektu, który formalnie pozostaje w dyspozycji wykonawcy zajmującego teren budowy aż do momentu wydania świadectwa przejęcia.

W efekcie obiekt gotowy do użytkowania w pewnej części lub w określony – choć jeszcze nie docelowy – sposób nie jest wykorzystywany ani przez wykonawcę, ani przez inwestora. Strony pozostają w zawieszeniu do momentu, gdy wykonawca skończy wszystkie prace, w wyniku czego przedmiot umowy osiągnie stan gotowości do odbioru.

Praktyczne narzędzie FIDIC

Na takie okoliczności FIDIC przewiduje instytucję świadectwa przejęcia części robót uregulowaną w subklauzuli 10.2. Świadectwo przejęcia części robót jest wystawiane przez inżyniera w sytuacji, gdy inwestor może już użytkować część obiektu, a nie ma podstaw do jego odebrania, gdyż nie jest on w całości gotowy do użytkowania zgodnie z przeznaczeniem. Jednocześnie – jeżeli minął już termin wykonania umowy – obowiązek wykonawcy do zapłaty kar umownych za opóźnienie, dzięki wystawieniu świadectwa przejęcia części robót, zostaje ograniczony jedynie do robót nim nieobjętych, czyli tych, które pozostają jeszcze do wykonania.

Inwestorzy dysponujący środkami publicznymi i w konsekwencji stosujący prawo zamówień publicznych często wykreślają subklauzulę 10.2 na etapie formułowania warunków kontraktu, a jeśli pozostawiają ją w treści kontraktu, i tak nie stosują jej na etapie realizacji inwestycji. Nawet pozostawienie tego wzorcowego zapisu w kontrakcie nie rodzi bowiem roszczenia wykonawcy o wystawienie świadectwa przejęcia części robót w razie spełnienia się przesłanek opisanych w tej subklauzuli, tylko jest w każdym przypadku uzależnione od zgody inwestora.

Omawiana regulacja ustanawia przydatne narzędzie, które pozwala z zachowaniem dyscypliny finansów publicznych zastosować rozwiązanie sprawiedliwe i nienaruszające interesów żadnej ze stron. Podobnie jak wiele innych regulacji FIDIC subklauzula 10.2 zawiera gotowy do wykorzystania mechanizm wypracowany w długiej praktyce twórców wzoru warunków kontraktowych FIDIC, który również w polskim otoczeniu prawnym może stanowić kompromis służący pozasądowemu załatwieniu sporu między stronami kontraktu budowlanego.

Wystawienie świadectwa przejęcia części robót, podobnie jak większość czynności kontraktowych uregulowanych w FIDIC, nie znajduje odpowiednika w polskim prawie, co powoduje niechęć do jego stosowania w praktyce. Tymczasem pozostaje ono w zgodzie z polskimi regulacjami, a jego wykorzystanie może być niezwykle przydatne w celu zażegnania sporów powstających szczególnie na końcowym etapie realizacji obiektu.

Hanna Drynkorn, praktyka infrastruktury, transportu, zamówień publicznych i PPP



Rok z podatkową ulgą na działalność B+R



Joanna Prokurat

Od 1 stycznia 2016 r. obowiązuje podatkowa ulga na prowadzenie działalności badawczo-rozwojowej. Ulga ta, która zastąpiła ulgę na nabycie nowych technologii, miała zwiększyć atrakcyjność rozwiązań fiskalnych dla podatników prowadzących działalność badawczo-rozwojową. Efektywność ulgi zwiększyła się jeszcze od początku 2017 r. w związku z wejściem w życie tzw. małej ustawy o innowacyjności, wprowadzającej istotne zmiany w zasadach funkcjonowania ulgi.

Podmioty działające w sektorze innowacji niemal jednogłośnie deklarują aprobatę co najmniej dla kierunku wprowadzanych zmian, a podmioty prowadzące działalność B+R wykazują wysokie zainteresowanie skorzystaniem z ulgi. Niekoniecznie znajduje to odzwierciedlenie w liczbie opublikowanych dotychczas indywidualnych interpretacji prawa podatkowego w tym zakresie, która nie przekracza kilkunastu. Może to być wynikiem dochodzących z rynku oraz od doradców sygnałów o nieprecyzyjnym brzmieniu regulacji i niekorzystnej dla podatników ich wykładni. Solidne przygotowanie do wdrożenia ulgi na działalność B+R prowadzi jednak do wniosku, że głoszone tezy o ograniczonej efektywności ulgi w większości przypadków okazują się nieprawdziwe, a podatnicy z powodzeniem mogą korzystać z preferencji wynikających z ulgi. Dowodem są m.in. opisane poniżej przypadki naszych klientów.

Od teorii...

Przypomnijmy: mechanizm ulgi zakłada, że podatnik podatku dochodowego od osób fizycznych albo prawnych, prowadzący działalność badawczo-rozwojową (B+R), jest uprawniony do dodatkowego odliczenia kosztów poniesionych na taką działalność od podstawy opodatkowania.

Do objęcia ulgą kwalifikują się określone wydatki poniesione na zdefiniowaną przez ustawodawcę działalność B+R. W zależności od wielkości podatnika lub kategorii kosztów odliczeniu od podstawy opodatkowania podlega określony procent kosztów poniesionych na działalność B+R. Koszty kwalifikowane, które mogą zostać odliczone w ramach ulgi, obejmują:

- płace i składki pracowników, w części finansowanej przez płatnika, jeżeli te należności i składki dotyczą pracowników zatrudnionych w celu realizacji działalności B+R,
- nabycie materiałów i surowców bezpośrednio związanych z prowadzoną działalnością B+R,
- ekspertyzy, opinie, usługi doradcze i usługi równorzędne, a także nabycie wyników badań naukowych, świadczonych lub wykonywanych na podstawie umowy przez jednostkę naukową na potrzeby prowadzonej działalności B+R,
- odpłatne korzystanie z aparatury naukowo-badawczej wykorzystywanej wyłącznie w prowadzonej działalności B+R, jeżeli to korzystanie nie wynika z umowy zawartej z podmiotem powiązanym z podatnikiem,
- odpisy amortyzacyjne od środków trwałych oraz wartości niematerialnych i prawnych wykorzystywanych w prowadzonej działalności B+R, z wyłączeniem samochodów osobowych oraz budowli, budynków i lokali będących odrębną własnością.

W przypadku kwalifikowanych kosztów wynagrodzeń możliwe jest dokonanie dodatkowego odpisu w wysokości 30% ich wartości, niezależnie od wielkości podatnika. W przypadku pozostałych spośród wyżej wymienionych kosztów kwalifikowanych dodatkowy odpis wynosi 20% dla mikro, małych i średnich (MŚP) podatników oraz 10% dla dużych podatników.

Obowiązują dwa wyłączenia dla stosowania odpisu w ramach ulgi. Dotyczą one kosztów zwróconych w jakiejkolwiek formie oraz kosztów ponoszonych przez przedsiębiorstwa, które w danym roku prowadziły działalność na terenie specjalnej strefy ekonomicznej na podstawie zezwolenia.

Odliczeń od podstawy opodatkowania w ramach ulgi można dokonywać przez trzy kolejne lata, jeżeli w roku, w którym przysługuje odpis w ramach ulgi, podatnik poniósł stratę lub dochód podatkowy był zbyt niski, aby możliwe było dokonanie maksymalnego przysługującego odpisu.

...do praktyki

Praktyczne zastosowanie przepisów o uldze na działalność B+R rodzi wiele obaw i pytań.

Usługi zewnętrzne od każdego

Jeden z praktycznych problemów, podnoszony zresztą już na etapie legislacyjnym, z którym stykają się podatnicy zainteresowani skorzystaniem z ulgi, dotyczy kategorii kosztów ponoszonych na usługi zewnętrzne. Art. 18d ust. 2 pkt 3 ustawy o CIT stanowi, że koszty kwalifikowane w ramach ulgi obejmują „ekspertyzy, opinie, usługi doradcze i usługi równorzędne, a także nabycie wyników badań naukowych, świadczonych lub wykonywanych na podstawie umowy przez jednostkę naukową na potrzeby prowadzonej działalności B+R”. Z brzmienia tego artykułu wiele osób wywodzi, że koszty ekspertyz, opinii, usług doradczych i równorzędnych, a także nabycie wyników badań naukowych może stanowić koszty kwalifikowane wyłącznie wtedy, gdy są świadczone lub wykonywane na podstawie umowy przez jednostkę naukową.

Jednakże już literalna wykładnia rozważanego przepisu wskazuje, że jednostka naukowa musi być źródłem wyłącznie kosztów związanych z nabyciem wyników badań naukowych, a nie wszystkich wskazanych w nim usług zewnętrznych. Aby przekonać wahający się organ, podatnik nabywający m.in. usługi certyfikacji ISO komponentów wykorzystywanych do kreacji prototypów w ramach prowadzonych prac B+R odwołał się do gramatyki języka polskiego i mającej prymat nad innymi wykładni literalnej przepisów prawa podatkowego. Z zasad polskiej składni wynika bowiem, że

„świadczonych lub wykonywanych” może się odnosić wyłącznie do „wyników badań naukowych”; „eksperytyzy, opinie, usługi doradcze i równorzędne” musiałyby być „świadczane lub wykonywane” (inny też musiałby być szysk wyrzów).

Pełne odpisy amortyzacyjne

Zagadnieniem, z którym przyszło nam się zmierzyć, był również możliwy do zaliczenia do kosztów kwalifikowanych zakres wartości odpisów amortyzacyjnych od środków trwałych wykorzystywanych w prowadzonej działalności B+R. Podatnik prowadził działalność gospodarczą w zakresie budowy maszyn i urządzeń przemysłowych, a także działalność B+R w tym samym zakresie przedmiotowym w rzeczywistych warunkach produkcyjnych, w tym przy wykorzystaniu linii produkcyjnych służących bieżącej działalności operacyjnej. W sprawie tego podatnika organ podatkowy wstępnie zakwestionował kwalifikowalność całej wartości odpisów amortyzacyjnych od wspomnianej linii produkcyjnej, a następnie od tej ich części, którą – jak ustalił – przypadała na czas wykorzystywania tej linii do bieżącej działalności.

Finalnie organ podatkowy dał się jednak przekonać, że dotyczący tego zagadnienia art. 18d ust. 2 pkt 4 ustawy o CIT nie zawiera ograniczeń w analizowanym zakresie, w szczególności nie ogranicza zakresu wykorzystywania środków trwałych oraz wartości niematerialnych i prawnych „wyłącznie”, „tylko” czy „jedynie” do prowadzonej działalności B+R, tak jak czyni to ustawodawca podatkowy chociażby odnośnie do kosztów wykorzystywania aparatury badawczej. W przypadku takiej aparatury ustawodawca wprost wskazał, że kosztem kwalifikowanym jest odpłatne korzystanie z aparatury naukowo-badawczej wykorzystywanej „wyłącznie w prowadzonej działalności B+R”.

Koszty prac rozwojowych również sprzed 2016 r.

Innym ważkim tematem był moment poniesienia kosztów składających się na prace rozwojowe jako wyznaczniki ich kwalifikowalności. Opierając się na kilku interpretacjach indywidualnych, w których Minister Finansów ograniczał kwalifikowalność kosztów do poniesionych od 1 stycznia 2016 r., kiedy ulga na działalność B+R weszła w życie, podatnik niemal dał się przekonać, że koszty kwalifikowane składające się na wartość początkową prowadzonych przez niego prac rozwojowych, zapoczątkowanych przed 2016 r., obejmują tylko te z nich, za które zapłacił po 31 grudnia 2015 r.

Artykuł 18d ust. 8 ustawy o CIT, zgodnie z którym odliczenia dokonuje się w zeznaniu za rok podatkowy, w którym poniesiono koszty kwalifikowane, ani inne regulacje ustawy o CIT dotyczące analizowanej ulgi nie zawierają jednak szczególnej zasady wyznaczania momentu poniesienia kosztów kwalifikowanych. W konsekwencji skuteczna okazała się argumentacja oparta m.in. na odwołaniu do ogólnych zasad wyznaczania momentu poniesienia kosztu, zawartych w art. 15 ustawy o CIT, w tym odwołanie do art. 15 ust. 4a tej ustawy dotyczącego szczególnych zasad ustalania momentu poniesienia kosztów prac rozwojowych, np. jednorazowo w roku podatkowym, w którym zostały zakończone. W efekcie podatnik może odliczać koszty kwalifikowane w ramach ulgi niezależnie od momentu, kiedy przedmiot kosztów kwalifikowanych został nabyty albo kiedy wydatkowano środki na nabycie przedmiotu kosztów kwalifikowanych, chociażby miało to miejsce przed 2016 r. W ten sposób istotnie zwiększona została baza kosztów kwalifikowanych w ramach ulgi odnośnie do prac rozwojowych rozpoczętych przed wejściem w życie przepisów o uldze.

Podsumowanie

Podatkowa ulga na działalność B+R niewątpliwie stanowi interesujący fiskalny instrument wspierania takiej działalności. Dotychczas podatnicy zaangażowani w prace badawczo-rozwojowe mogli liczyć na bardzo ograniczone możliwości ich podatkowego wsparcia, w związku z czym poszukiwali raczej dotacji i innych bezpośrednich form wsparcia.

Celem ulgi jest wzrost zainteresowania prowadzeniem działalności B+R oraz skali tej działalności w Polsce. Atrakcyjność ulgi zwiększają jeszcze zmiany obowiązujące od 1 stycznia 2017 r., a mianowicie rozszerzenie katalogu kosztów kwalifikowanych, zwiększenie limitów odliczenia kosztów kwalifikowanych, wydłużenie do sześciu lat podatkowych terminu na dokonanie odliczenia w ramach ulgi, a także możliwość uzyskania gotówkowego zwrotu kwoty odliczenia kosztów kwalifikowanych. Jednak już dotychczasowe doświadczenia pozwalają wnioskować, że ulga może się wiązać z istotnymi korzyściami podatkowymi. Skala tych korzyści może zostać zwiększona względem pierwotnie zakładanych dzięki umiejętnemu odczytaniu norm płynących z ustawy o CIT oraz skutecznemu ich wdrażaniu.

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



P

ostępowanie spadkowe z udziałem małoletniego spadkobiercy

Uregulowanie kwestii prawnych związanych ze śmiercią osoby bliskiej nie jest zadaniem łatwym, w szczególności jeśli do dziedziczenia dochodzi małoletni spadkobierca. W takiej sytuacji na pierwszy plan wysuwa się potrzeba zapewnienia jak najpełniejszej ochrony jego praw w możliwie najkrótszym czasie przy jednoczesnym uwzględnieniu najważniejszych potrzeb małoletniego i zminimalizowaniu ryzyka związanego z przyjęciem spadku, który może być obciążony długami.



Barbara Majewska

Bardzo często zdarza się, że spadkodawca umiera nagle, nie sporządzając uprzednio testamentu, pozostawiając po sobie współmałżonka i małoletnie dzieci. Wtedy to na spadkobiercach spoczywa obowiązek uregulowania spraw spadkowych. Sytuacja komplikuje się, gdy interes małoletniego spadkobiercy wymaga np. sprzedaży podlegającego dziedziczeniu mieszkania, a nie ma pewności, czy pozostawiony majątek nie jest obciążony długami.

Notarialne poświadczenie dziedziczenia także dla małoletniego spadkobiercy

Uregulowanie kwestii spadkowych w głównej mierze odbywa się na drodze sądowej. Alternatywną i równoważną w skutkach formą stwierdzenia nabycia spadku jest notarialne poświadczenie dziedziczenia. Pomimo niewątpliwych zalet tej metody jest ona rzadko stosowana przez notariuszy w przypadku małoletnich spadkobierców.

Spadkobiercy w ciągu sześciu miesięcy od dnia, w którym dowiedzieli się o tytule swego powołania, podczas jednej wizyty u notariusza mogą:

- w przypadku prawdopodobieństwa istnienia długów spadkowych złożyć oświadczenie o przyjęciu spadku z dobrodziejstwem inwentarza – tj. z ograniczeniem odpowiedzialności za długi spadkowe do wartości stanu czynnego spadku – w imieniu własnym oraz za pośrednictwem przedstawiciela ustawowego w imieniu małoletniego,
- uzyskać protokół dziedziczenia, a w jego następstwie akt poświadczenia dziedziczenia, który z chwilą jego zarejestrowania w Rejestrze Spadkowym prowadzonym przez Krajową Radę Notarialną ma skutki prawomocnego postanowienia o stwierdzeniu nabycia spadku.

Ustalenie składników majątku spadkowego a tajemnica bankowa

Przyjęcie spadku z dobrodziejstwem inwentarza, tzn. z ograniczeniem odpowiedzialności za długi spadkowe, pociąga za sobą konieczność określenia wartości majątku spadkowego, która wyznacza zakres odpowiedzialności spadkobierców za długi spadkowe. Nie zawsze jednak spadkobiercy dysponują kompletną wiedzą o stanie pozostawionego majątku spadkowego, a w szczególności o zobowiązaniach mających wpływ na jego wartość. Informacji na temat stanu finansów zmarłego mogą udzielać różne instytucje, w tym Biuro Informacji Kredytowej (BIK).

Na historię kredytową spadkodawcy, którą dysponuje BIK, składają się informacje przekazywane przez banki lub SKOK-i na temat kredytów, pożyczek, korzystania z kart debetowych/kredytowych oraz limitu debeto-

wego w rachunku oszczędnościowo-rozliczeniowym. Dostęp do historii kredytowej pozwala spadkobiercom ustalić długi wchodzące w skład odziedziczonego spadku. Należy jednak pamiętać, że dane dotyczące historii kredytowej osoby zmarłej objęte są tajemnicą bankową. Uzyskanie informacji o jakichkolwiek zobowiązaniach finansowych osoby zmarłej możliwe jest dopiero po wylegitymowaniu się przez spadkobiercę prawomocnym postanowieniem sądu stwierdzającym nabycie spadku na jego rzecz bądź aktem poświadczenia dziedziczenia.

Wykaz inwentarza zamiast spisu inwentarza

Spadkobiercy, dysponując kompletną wiedzą na temat zobowiązań finansowych zaciągniętych przez spadkodawcę, powinni ustalić wartość majątku spadkowego, która wyznaczy granice ich odpowiedzialności za długi spadkowe. Do 17 października 2015 r. obowiązywała zasada, że przy przyjęciu spadku z dobrodziejstwem inwentarza wartość dziedziczonego spadku mogła być określona wyłącznie w drodze spisu inwentarza dokonywanego przez komornika na polecenie sądu. Takie rozwiązanie ustawowe było jednak czasochłonne i zarazem kosztowne, gdyż sporządzenie spisu inwentarza odbywało się za wynagrodzeniem, a w jego trakcie niejednokrotnie zachodziła konieczność powoływania rzeczoznawców majątkowych w celu wyceny składników majątku spadkowego, głównie w sytuacjach, w których w skład spadku wchodziły nieruchomości. Wiązało się to z dodatkowymi (niemałymi) kosztami obciążającymi spadkobierców i znacznie przedłużało całą procedurę. Szeroka krytyka tych rozwiązań prawnych w doktrynie i orzecznictwie była asumptem do wprowadzenia nowej instytucji w prawie spadkowym: wykazu inwentarza. Spełnia ona podobne funkcje jak spis inwentarza, jest jednak bardziej dostępna i zdecydowanie tańsza.

Wykaz inwentarza to nic innego jak prywatny spis aktywów i pasywów składających się na spadek, a także przedmiotów zapisów windykacyjnych, uwzględniający wartość aktywów według stanu i cen z chwili otwarcia spadku oraz wysokość długów spadkowych według stanu z chwili otwarcia spadku. Mimo że przepisy nie regulują terminu, w jakim powinno nastąpić sporządzenie wykazu inwentarza, nie warto zwlekać z jego sporządzeniem, gdyż skutek przyjęcia spadku z dobrodziejstwem inwentarza w postaci ograniczenia odpowiedzialności za długi spadkowe następuje w zasadzie dopiero w momencie sporządzenia wykazu inwentarza.

Należy pamiętać, że wykaz inwentarza, w przeciwieństwie do spisu inwentarza, jest dokumentem o charakterze prywatnym, który może zostać złożony w sądzie bądź u notariusza. Wycena składników majątkowych na potrzeby wykazu inwentarza nie wymaga angażowa-

nia rzeczoznawców majątkowych, co znacznie obniża koszty związane z ustaleniem składu masy spadkowej. W przypadku składania wykazu inwentarza bezpośrednio w sądzie jego obowiązkową treść wyznacza rozporządzenie w sprawie określenia wzoru wykazu inwentarza. Może ono jednak z powodzeniem stanowić za przykład w przypadku sporządzania notarialnego wykazu inwentarza, który to wykaz również deponowany jest w sądzie spadku.

Pomimo zachowania należytej staranności przy sporządzaniu wykazu inwentarza już po jego sporządzeniu i złożeniu w sądzie spadku może się okazać, że jest on niekompletny. Zdarza się bowiem, że spadkobiercy uzyskują następczo informacje o dodatkowych składnikach majątkowych wchodzących w skład spadku, które również powinny zostać uwzględnione w wykazie. W takiej sytuacji istnieje możliwość uzupełnienia sporządzonego wykazu inwentarza o nowe składniki majątkowe. Sporządzenie wykazu inwentarza (ewentualnie jego uzupełnienie) kończy proces regulowania praw do spadku.

Nabycie spadku przez małoletniego a obowiązek podatkowy

Nie należy zapominać, że nabycie spadku, w tym również przez małoletniego, wiąże się z obowiązkiem podatkowym w zakresie podatku od spadku i darowizn. Obowiązek powstaje z chwilą uprawomocnienia się postanowienia sądu stwierdzającego nabycie spadku albo z chwilą zarejestrowania aktu poświadczenia dziedziczenia przez notariusza. Jeżeli jednak spadkobierca należy do najbliższej rodziny zmarłego (tzn. jest małżonkiem, zstępnym, wstępnym, pasierbem, rodzeństwem, ojczymem bądź macochą spadkodawcy), może liczyć na zwolnienie z tego obowiązku. W celu uzyskania zwolnienia należy zgłosić we właściwym urzędzie skarbowym fakt nabycia rzeczy lub praw majątkowych w nieprzekraczalnym terminie sześciu miesięcy od dnia uprawomocnienia się postanowienia spadkowego bądź zarejestrowania notarialnego aktu poświadczenia dziedziczenia. Jest to termin zawity, co oznacza, że nie podlega przywróceniu, a zatem jego niedochowanie będzie

skutkowało opodatkowaniem nabytego majątku zgodnie z zasadami określonymi w ustawie o podatku od spadków i darowizn dla nabywców z pierwszej grupy podatkowej.

Zarząd majątkiem spadkowym a sądowa ochrona interesów małoletniego spadkobiercy

Przeprowadzenie procedury spadkowej na rzecz małoletniego spadkobiercy, a następnie ujawnienie jego praw np. w księgach wieczystych prowadzonych dla odziedziczonych nieruchomości, nie oznacza swobody w dysponowaniu przez małoletniego nabytym spadkiem, gdyż małoletni jako osoba niemająca zdolności do czynności prawnych (bądź mająca ograniczoną zdolność do czynności prawnej) nie może samodzielnie rozporządzać swoim majątkiem. Wszelkie czynności przekraczające swoim zakresem zwykły zarząd majątkiem małoletniego, do których z pewnością można zaliczyć sprzedaż mieszkania nabytego przez małoletniego w wyniku spadkobrania czy zakup nowego mieszkania w imieniu małoletniego i na jego rzecz, podlegają ochronie sądowej, co oznacza, że ich dokonanie wymaga uzyskania uprzedniego zezwolenia sądu opiekuńczego. Sąd wyrazi zgodę na dokonanie tych czynności, jeśli zostanie wykazane, że są one uzasadnione i korzystne dla małoletniego.

Podsumowanie

Jeszcze do niedawna przeprowadzenie czynności w postępowaniu spadkowym z udziałem małoletniego spadkobiercy wymagało kontroli sądowej na wszystkich jego etapach. Dodatkowo ustaleniem składników majątkowych wchodzących w skład spadku zajmował się komornik, który sporządzał tzw. spis inwentarza. Niestety była to dość czasochłonna i kosztowna procedura. Obecne rozwiązania prawne stwarzają możliwość szybszego i zdecydowanie korzystniejszego potwierdzenia praw do spadku. Warto z nich zatem korzystać.

Barbara Majewska, radca prawny, praktyka reptrywatyzyjny i praktyka doradztwa dla klientów indywidualnych





Unijne znaki towarowe pod ochroną prawa karnego



Ewa Górniewicz-Kaczor



Anna Pompe

Naruszyciele znaków towarowych, chcąc uniknąć odpowiedzialności karnej, argumentują czasem, że ochrona prawa karnego podlegają wyłącznie krajowe, a nie unijne znaki towarowe. Taka argumentacja jest jednak pozbawiona podstaw. Ochrona prawnokarna nie jest uzależniona od trybu rejestracji znaku towarowego.

Jest wiele powodów, dla których przedsiębiorcy decydują się na rejestrację unijnych znaków towarowych, niekiedy nawet zastępując wcześniejsze rejestracje uzyskane w trybie krajowym lub międzynarodowym. Taki wybór jest uzasadniony przede wszystkim względami ekonomicznymi. Atrakcyjna jest możliwość szybkiego uzyskania prawa wyłącznego ważnego na terenie Unii Europejskiej. Unijny znak towarowy, pozostając nadal prawem terytorialnym, oznacza jedną rejestrację i ochronę w 28 państwach jednocześnie.

U podstaw idei stworzenia takiego znaku leżało założenie, że prawo z jego rejestracji nie może stwarzać gorszej sytuacji dla jego właściciela, niż gdyby właściciel ten posiadał krajowy znak towarowy zarejestrowany w którymkolwiek z państw wspólnego rynku. Pojawiło się jednak pytanie, czy właścicielowi unijnego znaku towarowego służą takie same środki w dochodzeniu ochrony jak właścicielowi krajowego znaku towarowego. Jeśli na rynku pojawią się towary podrobione, czy może on żądać ścigania i ukarania osób produkujących lub sprzedających takie towary?

Podróbki towarów luksusowych na wokandzie

Policja ujawniła fakt sprzedaży towarów, co do których zachodziło podejrzenie, że zostały opatrzone podrobionym znakiem towarowym jednego z renomowanych producentów towarów luksusowych. Zostało potwierdzone ponad wszelką wątpliwość, że zatrzymane towary nie zostały wyprodukowane ani przez uprawnionego, ani przez żaden podmiot, któremu udzielił on zgody (licencji) na używanie znaków. Klient zwrócił się do nas z prośbą o pomoc w prowadzeniu sprawy. Od początku był zdecydowany bronić swoich praw do renomowanego znaku towarowego, bowiem doskonale zdawał sobie sprawę, jak szkodliwa dla wizerunku marki jest obecność na rynku towarów podrobionych.

W sprawie toczyło się postępowanie karne. Sprawcy został postawiony zarzut popełnienia czynu z art. 305 ustawy Prawo własności przemysłowej (p.w.p.) w związku z dokonywaniem obrotu towarami z podrobionym znakiem towarowym. Oskarżony, korzystając z pomocy obrońcy, przedstawił linię obrony, która opierała się m.in. na zarzucie braku ochrony karnej dla unijnych znaków towarowych. Urząd prokuratorski i właściciel znaku, który występował w sprawie jako oskarżyciel posiłkowy, od początku argumentowali, że nie ma różnic w ochronie karnej na krajowe i unijne znaki towarowe. Podrobiony w rozumieniu norm karnych obowiązujących w Polsce może być również unijny znak towarowy.

W tej sprawie zagadnieniem ochrony karnoprawnej unijnych znaków towarowych wnikliwie zajmowały się sąd rejonowy i sąd okręgowy jako sąd odwoławczy.

W sprawie opinie wyrazili m.in. profesorowie prawa karnego i Ministerstwo Sprawiedliwości. Ostatecznie sąd uznał oskarżonego za winnego popełnienia przestępstwa, tym samym potwierdzając, że podrobiony został unijny znak towarowy. Oskarżony złożył apelację od wyroku. Sąd odwoławczy definitywnie przesądził sprawę i utrzymał w mocy wyrok skazujący.

Systemy rejestracji znaków towarowych

Przedsiębiorca, który chce chronić swój znak towarowy na terenie Polski, może skorzystać z trzech systemów rejestracji w różnych organach rejestracyjnych.

- Tryb krajowy: zgłoszenie znaku w Urzędzie Patentowym RP prowadzi do uzyskania prawa skutecznego tylko na obszarze Polski.
- Tryb międzynarodowy: zgłoszenie znaku w Biurze Światowej Organizacji ds. Własności Intelektualnej prowadzi do uzyskania prawa na obszarze państw wskazanych przez zgłaszającego, lecz dopiero po przeprowadzeniu stosownych procedur z udziałem krajowych urzędów rejestracyjnych działających w poszczególnych państwach.
- Tryb unijny: zgłoszenie znaku w Urzędzie Unii Europejskiej ds. Własności Intelektualnej prowadzi do uzyskania na podstawie jednej decyzji prawa, które ma charakter jednolity i wywołuje jednako- we skutki prawne w całej Unii Europejskiej.

Każda z tych ścieżek jest niezależna i prowadzi do przyznania właścicielowi zarejestrowanego znaku towarowego monopolu na jego używanie. Oznacza to tyle, że – bez względu na to, w jakim trybie znak jest zarejestrowany – bez zgody jego właściciela nikt nie może go używać. Wejście w sferę wyłącznych uprawnień łączy się z odpowiedzialnością na gruncie prawa cywilnego, jak i karnego.

Podrobiony znak towarowy

Norma karna z art. 305 p.w.p., służąca walce ze zjawiskiem tzw. piractwa w dziedzinie znaków towarowych, stanowi, że odpowiedzialności karnej podlega ten, kto dokonuje obrotu towarami z „podrobionym znakiem towarowym”. Ustawa dalej definiuje, że przez znak towarowy podrobiony rozumie się „użyte bezprawnie znaki identyczne lub takie, które nie mogą być odróżnione w zwykłych warunkach obrotu od znaków zarejestrowanych”. Pojęcie „znaku zarejestrowanego” nie zostało zdefiniowane przez ustawę, ale jego jednoznaczność nie pozostawia wątpliwości, jak powinno być rozumiane. Znakiem zarejestrowanym jest znak, który jest przedmiotem decyzji o udzieleniu prawa, czyli rejestracji wydanej przez organ rejestracyjny.

Sądy karne wielokrotnie skazywały sprawców dokonywania obrotu podrobionymi unijnymi znakami towa-

rowymi. Zaledwie w nielicznych sprawach oskarżeni podważali możliwość stosowania w takich przypadkach norm prawa karnego, lecz bezskutecznie. W przytoczonej sprawie wymiar sprawiedliwości gruntownie rozważył jednak problem, uwzględniając szeroki wachlarz argumentów podniesionych przez strony, i potwierdził dotychczasową spójną linię orzecniczą.

Skąd różne poglądy?

Zwolennicy ograniczenia zakresu ochrony prawnokarnej jedynie do znaków krajowych wskazują przede wszystkim, że art. 305 p.w.p. odnosi się tylko do znaku zarejestrowanego, a nic nie mówi o zarejestrowanym unijnym czy międzynarodowym znaku towarowym. Penalizacji natomiast podlegają jedynie czyny wskazane wprost w ustawie. Argumentują też, że art. 4 p.w.p., który nakazuje odpowiednio stosować prawo krajowe w kwestiach nieuregulowanych przez umowy międzynarodowe czy bezpośrednio obowiązujące przepisy prawa unijnego, stoi w oczywistej sprzeczności z zasadą *nullum crimen sine lege* (nie ma przestępstwa bez ustawy), bowiem stosowanie analogii w prawie karnym jest niedopuszczalne.

Przedstawione powyżej stanowisko jest nietrafne. Przede wszystkim nie uwzględnia ono wykładni językowej i systemowej przepisów ustawy Prawo własności przemysłowej. Unijny znak towarowy spełnia bowiem kryteria pozwalające zakwalifikować go jako „zarejestrowany znak towarowy” i „podrobiony znak towarowy”, a fakt, że ustawodawca nie nawiązał w art. 305 p.w.p. do przyjmowanego podziału znaków towarowych na krajowe, międzynarodowe i unijne, nie wyłącza zastosowania tego przepisu do każdego z nich.

Ustawodawca abstrahuje od tego, w jakim trybie nastąpiła rejestracja, znaczenie nadaje jedynie samej okoliczności uzyskania prawa uznawanego na terenie Polski za skutecznie nabyte. W tym duchu orzekają sądy, wskazując, że „pod mianem „zarejestrowany znak towarowy” (...) rozumieć (...) należy każdy znak towarowy niezależnie od trybu, w jakim doszło do jego zarejestrowania, pod warunkiem, że tryb ten będzie uznawany w Polsce (...) Powyższe prowadzi do wniosku, że międzynarodowy i wspólnotowy znak towarowy winien być traktowany jak krajowy znak towarowy i przysługuje mu identyczna ochrona – w tym prawnokarna – jak tymże znakom” (wyrok Sądu Okręgowego w Olsztynie z 30 marca 2012 r., VII Ka 210/12, niepubl.). Sądy podkreślają też, że nie ma zastrzeżenia ustawowego, że „zarejestrowany znak towarowy” to wyłącznie ten, który został poddany procedurze opisanej normatywnie w przepisach Prawa własności przemysłowej i zarejestrowany w Urzędzie Patentowym Rzeczypospolitej Polskiej. Wobec tego jednoznacznie należy stwierdzić,

że w pojęciu „znak zarejestrowany” mieści się również znak unijny.

W przywołanej sprawie sąd uznał, że z perspektywy polskiego systemu prawnego decydujące znaczenie dla rozstrzygnięcia analizowanego zagadnienia ma brzmienie art. 4 p.w.p. Przepis ten stwarza możliwość odpowiedniego stosowania przepisów ustawy Prawo własności przemysłowej, w tym zawartych w niej norm prawa karnego, we wszystkich sprawach nieuregulowanych w umowach międzynarodowych lub przepisach prawa Unii Europejskiej określających szczególny tryb udzielania ochrony na znaki towarowe bezpośrednio obowiązujących w Polsce. Rozporządzenie w sprawie znaku towarowego Unii Europejskiej nie reguluje odpowiedzialności karnoprawnej, a zatem do ochrony unijnych znaków towarowych przed działaniami pirackimi odpowiednie zastosowanie znajdują normy karne przewidziane w polskim prawie. Jednocześnie objęcie taką ochroną unijnych znaków towarowych nie stanowi rozszerzającej wykładni prawa karnego, skutkującej szerszym zakresem penalizacji niż wynikająca z reguł wykładni językowej. Za twierdzeniem, że produkt bezprawnie opatrzony unijnym znakiem towarowym jest towarem podrobionym w rozumieniu prawa karnego, przemawia także czysto racjonalne uzasadnienie. Unijna rejestracja znaku towarowego to tylko alternatywna ścieżka prowadząca do takiego samego skutku jak rejestracja krajowa. Nie ma uzasadnienia celowościowego dla uznania odpowiedzialności karnej producenta lub sprzedawcy towarów podrobionych ze znakiem krajowym, a unijnym już nie. W odbiorze społecznym towary te niczym się nie różnią. Tak samo dochodzi do podszycia się pod cudzą markę. Gdyby przyjąć inaczej, byłaby to najprostsza droga do uniknięcia odpowiedzialności karnej w przypadku kradzieży cudzego znaku towarowego.

Rozstrzyga fakt rejestracji znaku towarowego

Z perspektywy prawa karnego unijny znak towarowy podlega takiej samej ochronie jak znak towarowy zarejestrowany w trybie krajowym. Nie ma żadnego uzasadnienia, by rozróżniać zarejestrowane znaki towarowe, jeśli chodzi o możliwość przypisania odpowiedzialności karnej osobie produkującej lub sprzedającej towary podrobione. Decyduje bowiem nabycie prawa do znaku towarowego ważnego na terenie Polski, bez względu na to, w jakim urzędzie i w jakiej procedurze to nastąpiło.

Ewa Górniewicz-Kaczor, praktyka własności intelektualnej

Anna Pompe, adwokat, wspólnik współodpowiedzialny za praktykę własności intelektualnej



Upadek giełdy kryptowalut.

Ochrona prawna użytkowników

„Strona niedostępna”. „Serwis zawieszony”. „Awaria strony”. „Trwają prace konserwacyjne”. Treść może być różna, ale dla użytkowników internetowych giełd kryptowalut (umożliwiających ich nabywanie i wymianę) taki komunikat może oznaczać, że ich środki przepadły. Skorzystanie z drogi prawnej może być wówczas nie tylko jedynym sposobem na odzyskanie choć części środków, ale też jedyną metodą ustalenia, co się w ogóle stało. Czy jednak nasze prawo i sądy są odpowiednio przygotowane do radzenia sobie z problemami związanymi z kryptowalutami i technologią *blockchain*?



Łukasz Lasek



Jakub Barański



Jacek Czarnecki



Czym są kryptowaluty i czy mają wartość

Od kilku lat obserwujemy powstawanie walut całkowicie cyfrowych. Do najbardziej znanych należy Bitcoin. Każda z tych walut oparta jest o nieco inny algorytm, jednak ich filozofia jest taka sama. Nie ma zcentralizowanego podmiotu, który by je emitował, a następnie zarządzał całym systemem płatności. Robi to algorytm, który w ramach rozproszonych sieci *peer-to-peer* prowadzi rejestr środków i rachunków, przyjmujący w zasadzie postać historii dokonanych transakcji. Rejestr ten przechowywany jest niezależnie przez wszystkich użytkowników sieci w formie tzw. *blockchaina*, czyli łańcucha bloków, w które grupowane są indywidualne transakcje.

Jednym z podstawowych założeń technologii *blockchain* i kryptowalut jest właśnie wyeliminowanie konieczności korzystania z tzw. zaufanej trzeciej strony do funkcjonowania całego systemu płatności. Kryptowaluty istnieją wyłącznie w cyberprzestrzeni. Tzw. portfele kryptowalut to nic innego jak dwa ciągi znaków: adres (będący odpowiednikiem numeru rachunku) oraz klucz prywatny (będący odpowiednikiem hasła PIN). Aby dysponować kryptowalutami przypisanymi do danego adresu, potrzebna jest znajomość klucza prywatnego. Osoba, która ma klucz prywatny – prawowity posiadacz lub cyberprzestępca – może decydować o losie jednostek kryptowaluty przypisanych do danego adresu.

Kryptowaluty jako cel ataku cyberprzestępców

Technologia *blockchain* jest sama w sobie bardzo bezpieczna i odporna na manipulacje. Z uwagi na rozproszony charakter rejestru trudno wyobrazić sobie skuteczny atak mający na celu jego zafałszowanie lub zmodyfikowanie. Naraz zaatakowane musiałyby zostać setki tysięcy komputerów.

„Kradzież” indywidualnych jednostek kryptowalut jest natomiast stosunkowo prosta – wystarczy bowiem uzyskać dostęp do klucza prywatnego powiązanego z portfelem, do którego przypisane są jednostki. Ponieważ klucz to nic innego jak ciąg znaków, w praktyce kradzież środków nie musi wcale przyjmować postaci skomplikowanego ataku hakerskiego. Klucz prywatny może być przechowywany na kartce papieru. Może być również zapisany jako niezaszyfrowany plik na naszym komputerze. Przejęcie tak zapisanego klucza nie musi być zatem nadmiernie skomplikowane.

Giełdy kryptowalut

Najbardziej narażone na ataki są jednak internetowe giełdy kryptowalut. Są to serwisy internetowe, które pozwalają nabywać jednostki kryptowalut, a następnie wymieniać je na inne, tradycyjne lub wirtualne. Aby stać się posiadaczem jednostki kryptowaluty, wystarczy

otworzyć konto na jednej z giełd (które działają także w Polsce), wpłacić odpowiednią ilość tradycyjnych środków pieniężnych, a po ich zaksięgowaniu złożyć zlecenie nabycia kryptowaluty.

Co do zasady po dokonaniu takiej transakcji powinniśmy zdeponować nasze jednostki w indywidualnym portfelu, nad którym mamy wyłączną kontrolę. Użytkownicy często jednak przechowują swoje środki na wirtualnych kontach giełd. Choć nie jest to ich rola, giełdy bardzo często traktowane są przez użytkowników jako substytut banku. Nierzadko dysponują one zatem bardzo znacznymi środkami. Zdobycie klucza prywatnego do portfela giełdy daje do nich dostęp.

Ośmioletnia historia Bitcoina jest pełna przykładów udanych ataków na giełdy i kradzieży posiadanych przez nie jednostek kryptowalut. Najbardziej spektakularne przykłady to utrata ok. 750 000 BTC (obecnie równowartość ok. 620 mln USD) z giełdy Mt Gox na początku 2014 r. oraz ok. 120 000 BTC z giełdy Bitfinex w połowie 2016 r. (ok. 99 mln USD). Problem utraty środków kilkakrotnie wystąpił także w przypadku polskich giełd i ich użytkowników. Ich straty szacowane były w milionach złotych.

Czy prawo skutecznie chroni posiadaczy kryptowalut

Polskie prawo przewiduje odpowiednie środki prawne pozwalające dochodzić zwrotu utraconych środków. Sprawy te nie są jednak proste, a chcąc dochodzić roszczeń, napotykamy szereg problemów praktycznych.

Często trudno jest określić, jakie dokładnie roszczenia nam przysługują. Czy powinniśmy dochodzić zwrotu jednostek kryptowaluty, czy odszkodowania w walucie tradycyjnej? A jeśli zwrotu kryptowaluty, to jak wyegzekwować późniejszy wyrok? Często nie jest też jasne, przeciw komu należy kierować roszczenia. Nie zawsze bowiem wiadomo, kto był administratorem giełdy, a kto właścicielem rachunków bankowych lub portfeli kryptowalut, na których przechowywane były „depozyty” użytkowników.

Z tymi i wieloma innymi trudnościami musi się liczyć poszkodowany użytkownik giełdy chcący dochodzić ochrony prawnej. Większość opisanych wyżej problemów spowodowana jest tym, że giełdy kryptowalut nie są w Polsce regulowane.

Co robić, gdy to nam przydarzył się problem

Użytkownikom, którzy zostali pokrzywdzeni na skutek ataku hakerskiego przeprowadzonego na giełdę lub którzy w inny sposób utracili swoje środki, pozostają indywidualne działania prawne, czyli wystąpienie z roszczeniami cywilnoprawnymi lub wszczęcie postępowania karnego.

Praktyka pokazuje, że decydujące znaczenie ma szybkość podjętych działań. Im szybciej zadziałamy, tym większe mamy szanse na zabezpieczenie materiału dowodowego (np. danych informatycznych) i majątku, z którego będzie można zaspokoić nasze roszczenia. Warto zatem rozważyć wystąpienie z wnioskami o udzielenie zabezpieczenia naszych roszczeń i niezbędnych dowodów (np. poprzez sporządzenie kopii binarnej zawartości serwerów, na których postawiony był serwis giełdy).

Instytucja zabezpieczenia roszczeń pozwala uzyskać tymczasową ochronę na czas trwania postępowania sądowego. Jej celem jest zagwarantowanie, żeby po uzyskaniu korzystnego wyroku był on w praktyce wykonalny. Niewiele satysfakcji sprawi nam bowiem korzystny wyrok, jeżeli dłużnik po zakończeniu postępowania nie będzie posiadał już żadnego majątku i nie będzie w stanie zaspokoić naszych roszczeń. Z jednej strony możemy więc dążyć do zabezpieczenia wirtualnej waluty – zakazać giełdzie dysponować wirtualną walutą lub nakazać jej przelanie na rachunek osoby zaufanej, wskazanej przez sąd (np. samego użytkownika lub komornika). Z drugiej strony możemy starać się zajmować „tradycyjny” majątek operatora giełdy – konta bankowe, ruchomości, nieruchomości itp.

Instytucja zabezpieczenia dowodu pozwala nam, także przed wszczęciem procesu, żądać zabezpieczenia dowodów, które mogą zostać utracone, a mają istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy. Aby móc skutecznie dochodzić roszczeń o zwrot środków, użytkownik giełdy musi przede wszystkim udowodnić wysokość środków zapisanych na jego wirtualnym koncie. W sytuacji gdy serwis internetowy giełdy przestał działać, a my nie posiadamy np. wyciągów przesyłanych mejlowo albo zrzutów ekranu przedstawiających ostatnie saldo naszego konta, ta przesłanka może w praktyce okazać się niemal niemożliwa do wykazania – istotne w tym zakresie dane są bowiem w wyłącznej dyspozycji giełdy, a co gorsza mogły również zostać uszkodzone lub utracone w wyniku ataku.

W postępowaniu cywilnym możliwości poszukiwania i wydobywania dowodów znajdujących się w posiadaniu przeciwnej strony są ograniczone. Bardzo często w tego typu przypadkach prowadzone są jednak równoległe postępowania karne. Można zatem rozwa-

żyć, czy nie skorzystać z pomocy organów ścigania, które dysponują instrumentami prawnymi pozwalającymi na zabezpieczenie odpowiednich danych. Jako pokrzywdzeni mamy prawo zgłaszać wnioski o przeprowadzenie określonych czynności śledczych. Nie ma zatem przeszkód, aby zasugerować organom ścigania np. zabezpieczenie baz danych serwisu internetowego giełdy zawierających informacje na temat sald poszczególnych użytkowników. Jeżeli integralność danych została naruszona, prokurator może natomiast skorzystać z pomocy odpowiednich specjalistów w celu odtworzenia danych i utrwalenia ich w formie kopii binarnej. Materiały pozyskane w toku śledztwa będą mogły zostać co do zasady wykorzystane w postępowaniu cywilnym. Udział w postępowaniu karnym może być tym samym istotny, nawet jeżeli nie zależy nam na ustaleniu, kto był sprawcą przestępstwa, które doprowadziło do utraty środków przez giełdę.

Podsumowanie

Giełdy kryptowalut stały się konieczną bramą styku świata walut tradycyjnych i cyfrowych. Jednocześnie są one najsłabszym pod względem bezpieczeństwa ogniwem całego systemu, narażonym na najpoważniejsze zagrożenia.

Zapewnienie efektywnej ochrony prawnej użytkowników giełd kryptowalut będzie jednym z najistotniejszych wyzwań dla systemów prawnych w tej dziedzinie. Wydaje się, że giełdy, którym użytkownicy powierzają swoje oszczędności, będą musiały ostatecznie zostać poddane regulacji tak jak i inne instytucje finansowe. Jasno będzie musiała zostać określona struktura własnościowa giełdy, stosowane przez nią systemy bezpieczeństwa, a także sposoby zabezpieczania danych. Bez tych zmian korzystanie z giełd kryptowalut jest wciąż obarczone wysokim ryzykiem. System prawny przewiduje wprowadzić ochronę przed utratą kryptowalut, ale korzystanie z niej może nie zawsze być skuteczne.

Łukasz Lasek, adwokat, praktyka postępowan sądowych i arbitrażowych

Jakub Barański, praktyka postępowan sądowych i arbitrażowych

Jacek Czarnecki, praktyka prawa nowych technologii



Sprzedaż przedsiębiorstwa dłużnika w trybie przygotowanej likwidacji



Karol Czepukojć

Procedura przygotowanej likwidacji (tzw. *pre-pack*) jest dostępna w Polsce od 1 stycznia 2016 r. Przedsiębiorstwo dłużnika może zostać sprzedane w tym trybie na wniosek dłużnika lub wierzyciela, który samodzielnie poszukuje nabywcy i negocjuje z nim warunki sprzedaży; wierzyciel także może być nabywcą. Transakcja jest finalizowana krótko po ogłoszeniu upadłości dłużnika.

Artykuł opisuje hipotetyczną sprawę, w której na pewnym etapie na wniosek głównego wierzyciela dochodzi do ogłoszenia upadłości dłużnika i sprzedaży jego przedsiębiorstwa, bez zgody dłużnika, w trybie przygotowanej likwidacji.

Kredyt inwestycyjny

Spółka z o.o., prowadząca działalność produkcyjną, finansowała z kredytu inwestycyjnego modernizację parku maszynowego. Dla uproszczenia przyjmijmy, że do spłaty kredytu wraz z odsetkami miało dojść jednorazowo w styczniu 2017 r. Kredyt został zabezpieczony przez ustanowienie na rzecz banku zastawów rejestrowych na zbiorze rzeczy ruchomych i praw, stanowiącym całość gospodarczą (w tym na maszynach i zapasach), oraz hipoteki na nieruchomości gruntowej zabudowanej halą produkcyjną. Przedmioty zabezpieczeń stanowiły własność spółki i były wolne od innych obciążeń.

Zagrożenie niewypłacalnością

W IV kwartale 2015 r. kluczowy klient spółki wpadł w poważne kłopoty finansowe, które doprowadziły do ogłoszenia jego upadłości. Syndyk upadłego rozwiązał umowę ramową ze spółką i zakończył współpracę, która zapewniała spółce 30% rocznych przychodów. Spółka w ocenie zarządu musiała do końca stycznia 2016 r. pozyskać nowe zlecenia rekompensujące tę stratę, aby uniknąć własnej niewypłacalności.

Na wypadek gdyby starania o pozyskanie nowych klientów się nie powiodły, spółka zwróciła się do licencjonowanego doradcy restrukturyzacyjnego, legitymującego się doświadczeniem w restrukturyzacji przedsiębiorstw z tej samej branży, o przygotowanie spółki do złożenia do sądu wniosku restrukturyzacyjnego.

Postępowanie sanacyjne

Spółka nie pozyskała wystarczającej ilości nowych zleceń. Pojawiły się pierwsze niezaspokojone, wymagalne zobowiązania. W lutym 2016 r. zarząd spółki zdecydował się złożyć do sądu restrukturyzacyjnego wniosek o otwarcie postępowania sanacyjnego oraz o udzielenie zezwolenia na wykonywanie zarządu własnego nad przedsiębiorstwem. Liczono, że w postępowaniu sanacyjnym dojdzie do restrukturyzacji spółki i że uzyska ona w okresie przejściowym ochronę przed wierzycielami, w tym przed bankiem.

W terminie dwóch tygodni sąd otworzył postępowanie sanacyjne i ustanowił jako zarządcę spółki licencjonowanego doradcę restrukturyzacyjnego, który wspierał spółkę w przygotowaniach do złożenia wniosku restrukturyzacyjnego. Sąd nie wyraził jednak zgody na wykonywanie zarządu własnego nad przedsiębiorstwem przez dotychczasowy zarząd spółki. Zdaniem sądu skuteczne przeprowadzenie postępowania sanacyjnego nie wymagało

osobistego udziału zarządu. Zarząd został w pełnym zakresie powierzony zarządcy powołanemu przez sąd.

Restrukturyzacja zadłużenia

Według wstępnego planu restrukturyzacyjnego, załączonego przez spółkę do wniosku o otwarcie postępowania sanacyjnego, zadłużenie wobec banku miało zostać częściowo umorzone (25% należności głównej i 100% odsetek), a następnie zaspokajane w ratach przez okres pięciu lat począwszy od stycznia 2017 r. Założenia te zostały podtrzymane przez zarządcę w planie restrukturyzacyjnym. Zdaniem zarządcy i zarządu spółki jej kondycja nie pozwalała na przedstawienie korzystniejszych propozycji spłat. Plan restrukturyzacyjny został następnie pozytywnie zaopiniowany przez radę wierzycieli, przy głosie „przeciw” oddanym przez bank jako członka rady, oraz zatwierdzony przez sędziego-komisarza.

Bank nie był zainteresowany restrukturyzacją swej należności na proponowanych warunkach. Przystąpił więc do sondowania rynku pod kątem ewentualnej sprzedaży przedsiębiorstwa spółki lub jego poszczególnych składników w celu zaspokojenia swej należności z przedmiotów zabezpieczeń. Zarządca wykluczał jednak sprzedaż składników majątkowych stanowiących znaczną część przedsiębiorstwa spółki w postępowaniu sanacyjnym w celu zaspokojenia części należności, gdyż uniemożliwiłoby to jego zdaniem wykonanie planu restrukturyzacyjnego i układu.

Inwestor branżowy

Bank nawiązał pomimo to kontakt z inwestorem branżowym, który był zainteresowany nabyciem przedsiębiorstwa spółki w całości. Był to podmiot niepowiązany z dłużnikiem. Kluczowa dla niego była możliwość nabycia przedsiębiorstwa „w ruchu” oraz ograniczenie ryzyka związanego z istniejącym zadłużeniem spółki. Inwestor chciał, aby do sprzedaży doszło najpóźniej w drugiej połowie 2017 r. Strony uzgodniły, że preferowanym trybem nabycia będzie tzw. *pre-pack*, z uwagi na uwarunkowania prawne, szybkość procedury i skutek sprzedaży dokonanej w tym trybie. Jest to sprzedaż ze skutkiem sprzedaży egzekucyjnej; dochodzi zasadniczo do nabycia „czystych” składników majątkowych, bez obciążeń i zobowiązań spółki.

Opis i oszacowanie przedsiębiorstwa

Bank zlecił rzeczoznawcy majątkowemu, na swój koszt, sporządzenie opisu i oszacowania przedsiębiorstwa. Był to rzeczoznawca majątkowy wpisany na listę biegłych sądowych, posiadający wiadomości specjalne na temat wyceny przedsiębiorstw oraz mający doświadczenie w wycenie przedsiębiorstw z branży, w której działalność prowadziła spółka. Co ważne, w związku z postanowieniami umowy kredytu inwestycyjnego i dokumentacji dotyczącej ustanowionych na rzecz banku zabezpieczeń, zarządca wyraził zgodę na dopuszczenie rzeczoznaw-

cy majątkowego do składników przedsiębiorstwa. Bez fizycznego dostępu do nich sporządzenie opisu i oszacowania byłoby niezwykle utrudnione, a w odniesieniu do wielu aktywów niemożliwe.

Opis i oszacowanie miał posłużyć bankowi na potrzeby sprzedaży w trybie tzw. *pre-pack*. Dokument zawierał m.in. informacje na temat:

- przedmiotu działalności przedsiębiorstwa, nieruchomości wchodzących w jego skład (w tym ich obszaru i oznaczenia księgi wieczystej), innych środków trwałych oraz stwierdzonych praw i obciążeń;
- hipoteki i zastawu rejestrowego obciążających przedsiębiorstwo, ich wartości oraz wartości składników nimi obciążonych, a także stosunku wartości poszczególnych składników obciążonych do wartości przedsiębiorstwa;
- szacunkowych kosztów postępowania upadłościowego tak przy likwidacji na zasadach ogólnych, jak i w trybie tzw. *pre-packu*, które należałoby ponieść przy sprzedaży przedsiębiorstwa w całości.

Oszacowanie uwzględniało warunki sprzedaży wymuszonej przedsiębiorstwa analogicznie jak w postępowaniu upadłościowym przy likwidacji na zasadach ogólnych. Wartość oszacowania stanowiła punkt wyjścia dla banku w negocjacjach z inwestorem. Aby uzyskać sądowe zatwierdzenie warunków sprzedaży, cena nie mogła być bowiem niższa od tej wartości (ewentualnie pomniejszonej o koszty postępowania, które należałoby ponieść w związku z likwidacją przedsiębiorstwa w postępowaniu upadłościowym na zasadach ogólnych, a których nie poniosłoby się przy sprzedaży w *pre-packu*).

Umorzenie postępowania sanacyjnego

Bank uzgodnił z inwestorem obopólnie korzystne warunki sprzedaży, w tym cenę, która była wyższa niż wartość przedsiębiorstwa przyjęta w oszacowaniu i pozwalała w całości zaspokoić należność banku; sporządzono także projekt umowy sprzedaży.

Nabycie ze skutkiem egzekucyjnym pozwalało inwestorowi na tyle ograniczyć ryzyko transakcji, że postanowił nabyć przedsiębiorstwo bez badania *due diligence*, opierając się na informacjach z rynku oraz zawartych w planie restrukturyzacyjnym, opisie i oszacowaniu oraz w innych dokumentach zgromadzonych w aktach postępowania sanacyjnego.

Aby starać się o sądowe zatwierdzenie uzgodnionych warunków sprzedaży i doprowadzić do transakcji, konieczne było wcześniejsze umorzenie postępowania sanacyjnego i ogłoszenie upadłości dłużnika. W grudniu 2016 r. doszło do zwołania przez sędziego-komisarza zgromadzenia wierzycieli w celu głosowania nad układem. Bank wyraził zgodę na objęcie układem swej wierzytelno-

ści, wziął udział w głosowaniu nad układem i oddał głos „przeciwko” propozycjom układowym. Z uwagi na siłę głosu banku układ nie został przyjęty, gdyż głos „przeciwko” oddali wierzyciele mający łącznie ponad jedną trzecią sumy wierzytelności przysługujących głosującym wierzycielom. Sąd został w ten sposób zobligowany do umorzenia postępowania sanacyjnego. Spółka co prawda wniosła zażalenie na postanowienie o umorzeniu, ale zostało ono oddalone jako niezasadne.

Uproszczony wniosek o ogłoszenie upadłości wraz z wnioskiem o zatwierdzenie warunków sprzedaży przedsiębiorstwa

W terminie przewidzianym do złożenia zażalenia na postanowienie o umorzeniu postępowania sanacyjnego bank złożył do sądu upadłościowego uproszczony wniosek o ogłoszenie upadłości dłużnika. Do wniosku dołączony został wniosek o zatwierdzenie wynegocjowanych z inwestorem warunków sprzedaży przedsiębiorstwa wraz z jego opisem i oszacowaniem, pisemną zgodą banku jako zastawnika na transakcję oraz projektem umowy sprzedaży. Zwrócić należy w tym miejscu uwagę, że w trybie tzw. *pre-packu* można dokonać sprzedaży także zorganizowanej części przedsiębiorstwa lub składników majątkowych stanowiących znaczną część przedsiębiorstwa. W żadnym wypadku nie jest przy tym wymagana zgoda dłużnika.

Rozpoznanie wniosku zostało wstrzymane do czasu rozpoznania zażalenia na postanowienie o umorzeniu postępowania sanacyjnego. Sąd ustanowił jedynie tymczasowego nadzorcę sądowego, któremu zlecił sporządzenie sprawozdania odnoszącego się m.in. do proponowanych warunków sprzedaży przedsiębiorstwa. Tymczasowy nadzorca sądowy nie zgłosił do nich zastrzeżeń.

Ogłoszenie upadłości i zatwierdzenie warunków sprzedaży

Po uprawomocnieniu się postanowienia o umorzeniu postępowania sanacyjnego sąd ogłosił upadłość dłużnika, ustanowił syndyka i zatwierdził warunki sprzedaży przedsiębiorstwa, odwołując się do warunków określonych w projekcie umowy sprzedaży. Na postanowienie uwzględniające wniosek o zatwierdzenie warunków sprzedaży zażalenie wniosło trzech wierzycieli, którzy kwestionowali wysokość ceny sprzedaży. Każde z tych zażeń zostało jednak oddalone przez sąd jako niezasadne.

Zawarcie umowy sprzedaży i wydanie przedsiębiorstwa

W terminie 30 dni od uprawomocnienia się postanowienia o zatwierdzeniu warunków sprzedaży, po uzyskaniu wpłaty całej ceny do masy upadłości, syndyk zawarł z inwestorem umowę sprzedaży. Doszło następnie do wydania przez syndyka przedsiębiorstwa nabywcy.

Karol Czepukojć, licencjonowany doradca restrukturyzacyjny, praktyka restrukturyzacji i upadłości



Trzeba – i można – domagać się rozstrzygnięcia swojej sprawy



dr Ewa Butkiewicz



dr Maciej Kiełbowski

Tytułowe stwierdzenie jest może truizmem, ale w przedstawianym postępowaniu administracyjnym o stwierdzenie nieważności decyzji rozstrzygnięcie sprawy nie wydawało się organowi administracji konieczne. Dopiero sąd administracyjny musiał wyjaśnić organowi administracji, że w postępowaniu w sprawie stwierdzenia nieważności decyzji nie jest dopuszczalne jego umorzenie bez wydawania decyzji, nawet jeśli decyzja objęta wnioskiem została wcześniej zmieniona, a nawet uchylona.

 mawiana sprawa dotyczy zasad dopuszczania do obrotu produktów leczniczych i zagadnień z tym związanych.

Strona Alfa – podmiot odpowiedzialny oryginalnego produktu leczniczego – skierowała wniosek o uznanie nieważności decyzji administracyjnej, mocą której Prezes Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych (URPL) udzielił podmiotowi Beta pozwolenia na dopuszczenie do obrotu generycznego produktu leczniczego. Alfa wskazywała, że URPL dopuścił się rażącego naruszenia prawa, polegającego na nieuwzględnieniu okresu wyłączności danych dla referencyjnego produktu leczniczego (naruszając art. 15 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 6 września 2001 Prawo farmaceutyczne).

Prezes URPL umorzył jednak postępowanie z wniosku Alfa o stwierdzenie nieważności, twierdząc, że decyzja o dopuszczeniu do obrotu leku generycznego nie znajduje się już w obrocie prawnym, gdyż nastąpiła zmiana podmiotu odpowiedzialnego za lek generyczny ze spółki Beta na spółkę Gamma, czego zresztą URPL nie ujawnił, choć miał taki obowiązek. Wskutek zmiany podmiotu odpowiedzialnego została wydana nowa decyzja, nosząca inną datę i znak, choć zawierająca ten sam numer pozwolenia i kod EAN UCC.

Alfa wniosła o ponowne rozpatrzenie sprawy, zarzucając obrazę art. 105 § 1 Kodeksu postępowania administracyjnego i niewłaściwą wykładnię art. 32 ust. 1 Prawa farmaceutycznego. W uzasadnieniu strona podniosła, że decyzja o zmianie podmiotu odpowiedzialnego (z Beta na Gamma) nie odnosi się do samych materialnych podstaw wydania pozwolenia na dopuszczenie leku do obrotu, a jedynie zmienia nazwę podmiotu odpowiedzialnego. Taka decyzja ma charakter wtórny, wręcz techniczny wobec decyzji pierwotnej udzielającej pozwolenia na dopuszczenie do obrotu, która nadal pozostaje w obrocie prawnym.

Prezes URPL utrzymał jednak w mocy decyzję umarzającą postępowanie, powtarzając zasadniczo argumenty wcześniejsze, dlatego Alfa wniosła skargę do wojewódzkiego sądu administracyjnego.

W skardze sformułowano kilka zarzutów natury procesowej, ale zasadniczo wszystkie koncentrowały się na zagadnieniu związanym z zarzucaną bezprzedmiotowością postępowania. Alfa wnosiła o uchylenie obydwu decyzji Prezesa URPL wydanych w sprawie, a nadto – mając na uwadze możliwość przewidzianą w art. 145a Prawa o postępowaniu przed sądami administracyjnymi – o stwierdzenie nieważności decyzji w przedmiocie udzielenia pozwolenia na dopuszczenie do obrotu generycznego produktu leczniczego oraz decyzji w sprawie zmiany podmiotu odpowiedzialnego za lek generyczny

lub o zobowiązanie Prezesa URPL do wydania takich decyzji.

Prezes URPL wniósł o oddalenie skargi.

Wydanym wyrokiem WSA uchylił zaskarżoną decyzję Prezesa URPL oraz poprzedzającą ją decyzję o umorzeniu postępowania. W uzasadnieniu wyroku sąd odniósł się przede wszystkim do skutków wydania decyzji o zmianie podmiotu odpowiedzialnego na decyzję pierwotną o dopuszczeniu produktu leczniczego do obrotu. W ocenie sądu „wydanie nowego pozwolenia, w przypadku zmiany podmiotu odpowiedzialnego, przenosi na ten nowy podmiot, uprawnienia i obowiązki poprzedniego podmiotu odpowiedzialnego, wynikające z pierwotnej decyzji”. Wniosek taki był zgodny z założeniami Alfa.

Sąd wskazał na szereg przesłanek prowadzących do takiego wniosku. I tak Prawo farmaceutyczne nie wymaga od wnioskodawcy, który ma stać się nowym podmiotem odpowiedzialnym, złożenia pełnej dokumentacji niezbędnej przy dopuszczaniu produktu leczniczego do obrotu i ponownego przechodzenia procedury dopuszczania. Wymaga jedynie złożenia oświadczenia, że – poza elementem podmiotowym (zatem zmianą Beta na Gamma) – pozostałe elementy pozwolenia oraz dokumentacja nie uległy zmianie.

Za ciągłością trwania pierwotnej decyzji o dopuszczeniu do obrotu przemawiało też zachowanie dotychczasowego numeru pozwolenia i kodu EAN UCC w nowym pozwoleniu. W tym zakresie użyto również argumentu natury pragmatycznej, jako że gdyby wraz ze zmianą podmiotu odpowiedzialnego następowała zmiana kodu EAN, lek „zagubiłby się” w spisie leków refundowanych. Dlatego intencją ustawodawcy było przyjęcie w art. 32 Prawa farmaceutycznego koncepcji sukcesji, tj. wejścia nowego podmiotu odpowiedzialnego (tu: Gamma) w prawa i obowiązki dotychczasowego podmiotu (Beta). Zmiana podmiotu odpowiedzialnego pozostaje tym samym irrelevantna dla systemu refundacji.

Sąd podkreślił, że z punktu widzenia systemu prawa sukcesja uprawnień i obowiązków z decyzji administracyjnych jest wyjątkiem, a jej dopuszczalność i zakres należy oceniać na podstawie wyraźnego przepisu prawa materialnego. Takim przepisem jest jednak art. 32 Prawa farmaceutycznego, a nowa decyzja wydana w oparciu o jego ust. 2 pkt f „stanowi dopuszczalną prawnie formę zmiany dotychczasowej decyzji jedynie w zakresie oznaczenia jej adresata, przy zachowaniu wszystkich pozostałych warunków z niej wynikających”. Sąd przypomniał także, że takie stanowisko wyrażał już wcześniej (wyrok WSA w Warszawie z 12 kwietnia 2008 r., VII SA/Wa 8/07), a w poprzednim czasie, przed zmianą przepisów dotyczącą właściwości organów (która prze-

niosła tę kategorię spraw z kompetencji ministra zdrowia do Prezesa URPL), minister zdrowia jako organ dopuszczający ówczesnie produkty medyczne do obrotu i dokonujący zmiany podmiotu odpowiedzialnego nie miał wątpliwości w tym zakresie.

Sąd nie podzielił argumentu organu, że w związku z wydaniem decyzji o zmianie podmiotu odpowiedzialnego ustał byt prawny pierwotnej decyzji. Przypomniął organowi o konieczności wydania w takim przypadku decyzji o wygaśnięciu pozwolenia w oparciu o art. 162 § 1 pkt 1 Kodeksu postępowania administracyjnego. Zdaniem sądu nie zaistniała przesłanka bezprzedmiotowości takiej decyzji w sytuacji, kiedy nastąpiła sukcesja administracyjna, żaden też przepis prawa nie nakazywał stwierdzenia wygaśnięcia pierwotnej decyzji o dopuszczeniu do obrotu na podstawie 162 § 1 pkt 1 k.p.a. wskutek zmiany podmiotu odpowiedzialnego. Tak więc decyzja pierwotna o dopuszczeniu do obrotu leku generycznego (wydana pierwotnie na rzecz Beta) wciąż pozostawała w obrocie prawnym.

Sąd zauważył, że organ administracji, do którego wpłynął wniosek o stwierdzenie nieważności decyzji, zobowiązany był odpowiednio przeprowadzić postępowanie celem oceny legalności decyzji. Jak bowiem stwierdził sąd, „Postępowanie w sprawie stwierdzenia nieważności decyzji jest samodzielnym postępowaniem administracyjnym, którego istotę stanowi ustalenie ewentualnego zaistnienia przesłanek określonych w art. 156 § 1 k.p.a.”.

Sąd podkreślił, że legalność decyzji należy ocenić i może to nastąpić nawet jeśli decyzja była zmieniana lub uchylona, samą bowiem legalność danej decyzji ocenia się według stanu prawnego z daty jej wydania.

Zmiana lub uchylenie decyzji nie zmienia bowiem faktu, że mogła być ona na tyle wadliwa, że była nieważna od początku. Nie można też wykluczyć, że z powodu nawet okresowego funkcjonowania takiej decyzji w obrocie prawnym strona poniosła szkodę, a więc ma prawo dochodzić odszkodowania z tego tytułu, w zależności od konkretnego przypadku, od określonego organu administracji publicznej lub również od adresata decyzji. Jeśli więc organ nie wypowie się co do legalności decyzji, tylko – jak w omawianej sprawie – umorzy postępowanie z powodu jego bezprzedmiotowości, strona pozbawiona będzie możliwości dochodzenia swoich praw. Sąd podkreślił, że taka sytuacja jest niedopuszczalna i dlatego uchylił zaskarżoną decyzję organu oraz decyzję ją poprzedzającą.

Tak właśnie omawianą sprawę rozstrzygnął Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie wyrokiem z 22 stycznia 2016 r., VI SA/Wa 1864/15. Wyrok ten, jakkolwiek jeszcze nie prawomocny, wskazuje właściwy sposób rozumienia i traktowania przepisów o stwierdzeniu nieważności decyzji administracyjnej. Oczywiście postępowanie to ma charakter nadzwyczajny i nie będzie wykorzystywane zawsze, ale jeżeli już strona zażąda jego wszczęcia (może to być bowiem istotne dla ochrony jej interesów, tak jak w omawianym przypadku), może zasadnie liczyć na uzyskanie merytorycznego rozstrzygnięcia.

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

dr Maciej Kielbowski, adwokat, praktyka postępowań sądowych i arbitrażowych



Kogo, za co i za ile pozywać przy bezumownym korzystaniu z nieruchomości



Krzysztof Wiktor



Leszek Zatyka

Nie tak łatwo być właścicielem nieruchomości, która znalazła się w bezprawnym posiadaniu podmiotów trzecich. Należałoby oczekiwać, że przepisy prawa przyznają pierwszeństwo prawom właścicielskim. Życie pisze jednak różne scenariusze, a sądy w Polsce wydają różne orzeczenia.

Z posiadaniem nieruchomości bez tytułu prawnego mamy zwykle do czynienia, gdy najemca lub dzierżawca nieruchomości odmówi jej zwrotu właścicielowi po wygaśnięciu umowy najmu czy dzierżawy. W Polsce istotnym źródłem takich sytuacji są też sprawy poprzedzone odzyskaniem przez dawnych właścicieli nieruchomości bezprawnie odebranych przez państwo w okresie powojennym.

Przepisy Kodeksu cywilnego przewidują dotkliwe konsekwencje dla nieuprawnionego posiadacza nieruchomości. Posiadacz taki (w zależności od konkretnego stanu faktycznego sprawy) może być bowiem:

- zobowiązany do zapłaty wynagrodzenia za bezumowne korzystanie z nieruchomości w nieprzedawnionym okresie, który może wynieść 10 lat a nawet dłużej, jeżeli właściciel nieruchomości w odpowiednim czasie podjął działania zabezpieczające roszczenie,
- zobowiązany do zwrotu uzyskanych pożytków z nieruchomości i tych, których nie uzyskał z uwagi na złą gospodarkę,
- obciążony odpowiedzialnością za pogorszenie nieruchomości i utratę przez nią wartości rynkowej.

Wprawdzie nie zawsze odpowiedzialność nieuprawnionego posiadacza względem właściciela będzie tak szeroka (uzależniona jest bowiem od jego złej bądź dobrej wiary), jednak prawo daje właścicielowi duże możliwości zrehabilitowania niemożności czerpania korzyści z własności nieruchomości.

Mogłoby się wydawać, że przepisy regulujące ochronę prawa własności, jako dotyczące jednego z podstawowych praw konstytucyjnych, powinny być dobrze rozpoznane i jednolicie interpretowane w orzecznictwie sądów powszechnych i Sądu Najwyższego oraz piśmiennictwie prawniczym. Okazuje się jednak, że kwestie te rodzą wiele trudności i skutkują rozbieżnościami w rozstrzygnięciach sądowych.

Kogo pozywać

W szeregu prowadzonych spraw sądowych dotyczących rozliczeń właściciela nieruchomości z jej bezpodstawnym posiadaczem najczęściej spotykaliśmy się z zarzutami dotyczącymi braku legitymacji biernej pozwanego. Pozwani wskazują, że kto inny powinien być pozwany w postępowaniu sądowym.

Zarzut taki został podniesiony na przykład w sprawie o zapłatę wynagrodzenia za bezumowne korzystanie z nieruchomości, w której kancelaria reprezentowała właściciela warszawskiej kamienicy odzyskanej po kilkunastoletniej batalii prawnej przed organami administracji i sądami.

Na skutek prowadzonej rewindykacji okazało się, że decyzje administracyjne, na podstawie których podmioty publiczne uzyskały prawa do nieruchomości, były od samego początku pozbawione mocy prawnej jako nieważne. W rzeczywistości podmiotom publicznym nigdy nie przysługiwały prawa do nieruchomości, a zatem wprawdzie były jej posiadaczami samoistnymi, lecz posiadały ją bez tytułu prawnego.

Atrakcyjnie położona kamienica była w posiadaniu podmiotów publicznych nieprzerwanie od lat 50. XX wieku do momentu jej faktycznego odzyskania w 2010 r. Podmioty publiczne (najpierw Skarb Państwa, a następnie – na skutek komunalizacji w 1990 r. – m.st. Warszawa) przez 60 lat korzystały z kamienicy, czerpiąc z niej korzyści w postaci czynszu najmu lokali mieszkalnych oraz użytkowych, nie ponosząc jednocześnie żadnych obciążeń na rzecz prawowitych jej właścicieli.

Miasto stołeczne Warszawa nie korzystało więc z kamienicy samodzielnie, przeznaczając jej pomieszczenia na biura urzędu, tylko prowadziło z jej wykorzystaniem miejską gospodarkę lokalową. Z tej też przyczyny w postępowaniu sądowym m.st. Warszawa podnosiło, że to nie ono powinno być zobowiązane wobec właściciela nieruchomości z tytułu bezumownego korzystania z kamienicy, ale poszczególni lokatorzy i najemcy, którzy faktycznie korzystali z wynajmowanych pomieszczeń.

Argumentacji takiej nie uwzględnił Sąd Okręgowy w Warszawie, który zasądził od m.st. Warszawy na rzecz klienta kancelarii wynagrodzenie za bezumowne korzystanie z kamienicy w żądanej kwocie odpowiadającej wysokości czynszów za tego typu lokale. Odmiennego zdania był jednak Sąd Apelacyjny w Warszawie, który uznał, że m.st. Warszawa nie było posiadaczem nieruchomości, a odpowiedzialność wobec właściciela powinni ponosić lokatorzy i najemcy.

Takiego rozstrzygnięcia nie zaakceptował Sąd Najwyższy, który na skutek skargi kasacyjnej złożonej przez kancelarię uchylił wyrok i nakazał ponowne rozpoznanie sprawy przez Sąd Apelacyjny w Warszawie. Sąd Najwyższy wskazał, że posiadacz samoistny nieruchomości, jakim było m.st. Warszawa, nie pozbysła się statusu posiadacza nieruchomości na skutek oddania jej w posiadanie podmiotowi zależnemu na podstawie umowy. Posiadacz samoistny nie traci kontaktu z nieruchomością, ma wpływ na sposób korzystania z nieruchomości przez posiadacza zależnego, może również wypowiedzieć umowę najmu. Sąd Najwyższy podkreślił, że nie można obciążać lokatorów i najemców obowiązkiem powtórnej zapłaty czynszu za korzystanie z nieruchomości w sytuacji, gdy taki czynsz był już raz zapłacony na rzecz m.st. Warszawy.

Po ponownym rozpoznaniu sprawy Sąd Apelacyjny w Warszawie przyznał klientowi kancelarii od m.st. Warszawy wynagrodzenie za bezumowne korzystanie z nieruchomości.

Kwestia legitymacji biernej posiadacza samoistnego nieruchomości, który oddał nieruchomość w posiadanie osobie trzeciej, jest obecnie przedmiotem szeregu kontrowersji, co spowodowało, że sprawą zajmie się w najbliższym czasie Sąd Najwyższy w powiększonym składzie. W prowadzonych przez kancelarię sprawach Sąd Najwyższy trzykrotnie potwierdził legitymację bierną m.st. Warszawa, a raz wstrzymał się z wydaniem rozstrzygnięcia do czasu wydania orzeczenia przez powiększony skład Sądu Najwyższego.

Za co pozywać

Nie mniej skomplikowanym problemem jest ustalenie zakresu odpowiedzialności posiadacza samoistnego z tytułu posiadania nieruchomości bez tytułu prawnego. Jak wspomnieliśmy, Kodeks cywilny sugeruje szeroką odpowiedzialność posiadacza z tego tytułu obejmującą wynagrodzenie za bezumowne korzystanie, zwrot pożytków uzyskanych i nieuzyskanych przez posiadacza, jak również odpowiedzialność z tytułu pogorszenia nieruchomości.

W orzecznictwie sądowym i piśmiennictwie spotkać można pogląd, że właściciel nieruchomości nie powinien się wzbogacić z tytułu bezumownego korzystania z nieruchomości kosztem jej posiadacza. Sugerowałoby to, że właściciel może domagać się tylko jednego z tych roszczeń.

Stanowisko takie faworyzuje jednak stan faktyczny bezprawnego posiadania nieruchomości i czerpania z niej korzyści, nakładając na poszkodowanego właściciela niewspółmiernie cięższe obowiązki i konieczność poniesienia dużo większych kosztów w celu ochrony prawa własności (koszty i ryzyko prowadzenia postępowań sądowych). Po stronie bezpodstawnego posiadacza nieruchomości powstaje zaś jedynie zagrożenie zapłaty wynagrodzenia za korzystanie z nieruchomości bądź zwrotu pożytków. Jedyńm negatywnym skutkiem dla takiego posiadacza byłby więc obowiązek zapłaty kwoty ekonomicznie zbliżonej do tej, jaką musiałby i tak zapłacić, gdyby legalnie korzystał z nieruchomości.

Taka działalność może być więc dla samoistnego posiadacza w złej wierze opłacalna ekonomicznie, zwłaszcza że roszczenia właściciela ulegają przedawnieniu.

Dlatego zasadniejsze wydaje się stanowisko przeciwnie, wskazujące na brak konkurencyjności powyższych roszczeń, które powinny się uzupełniać w interesie właściciela. Takie też stanowisko przyjął ostatnio Sąd Naj-

wyższy w innej prowadzonej przez kancelarię sprawie dotyczącej roszczeń właściciela w stosunku do bezprawnego posiadacza nieruchomości.

W tym kontekście należałoby się zastanowić, czyje prawa powinny mieć pierwszeństwo ochrony prawnej w przypadku konfliktu pomiędzy prawem własności nieruchomości a prawami podmiotów posiadających nieruchomość bezprawnie.

Wydaje się, że państwo prawa powinno chronić te uprawnienia, które znajdują oparcie w obowiązujących regulacjach ustawowych. Takim prawem podlegającym ochronie jest bez wątpienia prawo własności.

Za ile pozywać

Innym trudnym zagadnieniem jest kwestia wartości roszczeń, z którymi można realnie wystąpić. Na ich wysokość wpływa szereg okoliczności natury prawnej i faktycznej, a przede wszystkim moment, od którego posiadanie nieruchomości przez podmiot nieuprawniony ma charakter posiadania w złej wierze. Z roszczeniami wobec posiadacza można bowiem wystąpić tylko wtedy, gdy pozostaje on w złej wierze, ta zaś istnieje wtedy, gdy posiadacz powinien mieć świadomość, że stan posiadania nie znajduje oparcia w prawie. Od daty przyjętej przez sąd zależy zatem długość okresu, za który właściciel może domagać się roszczeń.

Na wartość roszczeń wpływa również faktyczny i prawny charakter nieruchomości i poszczególnych lokali. Generalnie odpowiedzialność posiadacza powinna być ustalana na podstawie wartości rynkowej, czyli ceny, jaką musiałby zapłacić, gdyby legalnie korzystał z nieruchomości. Niektóre sądy przyjmują jednak, że wartość ta powinna być obniżana w sytuacji, gdy nieruchomość w spornym okresie objęta była regulacjami prawnymi uniemożliwiającymi uzyskiwanie korzyści z nieruchomości w wartościach rynkowych.

Nie do pozazdrosczenia

Jak z powyższych rozważań wynika, sytuacja właścicieli nieruchomości będących w posiadaniu podmiotu nieuprawnionego jest nie do pozazdrosczenia. Ich sytuacja przedstawiałaby się jeszcze gorzej, gdybyśmy opisali trudności i zagrożenia związane z podejmowaniem działań prawnych mających na celu odzyskanie faktycznego władztwa nad nieruchomością. Ale to już temat na inną historię.

Krzysztof Wiktor, radca prawny, partner współodpowiedzialny za praktykę repriwatyzacyjną

Leszek Zatyka, radca prawny, praktyka repriwatyzacyjna



P

ozwolenia środowiskowe wygasają szybciej, niż się wydaje



Dominik Wałkowski



Martyna Robakowska

Prowadzenie działalności gospodarczej często wymaga uzyskania pozwolenia na pobór wód, odprowadzanie ścieków, wytwarzanie odpadów czy emisje substancji do powietrza. Większość z nich wydawana jest na określony czas. Często zapomina się jednak o tym, że w pewnych sytuacjach pozwolenia wygasają wcześniej.

Nierzadko przedsiębiorca jest błędnie przekonany o ważności pozwolenia, gdyż nie upłynął wskazany w nim termin, podczas gdy w rzeczywistości pozwolenie wygasło na mocy szczególnych regulacji. Przepisy prowadzące do wygaśnięcia pozwoleń można podzielić na dwie grupy.

Pierwsza grupa norm reguluje sytuacje, w których organy ochrony środowiska ze względu na wystąpienie pewnych okoliczności orzekają o ograniczeniu albo cofnięciu pozwolenia. Przykładowo stanie się tak, jeśli instalacja nie jest należycie eksploatowana, przez co stwarza zagrożenie pogorszenia stanu środowiska w znacznych rozmiarach lub zagrożenie życia lub zdrowia ludzi (art. 193 ust. 1 p.o.ś.). Decyzja taka może zostać również wydana, jeśli eksploatacja instalacji jest prowadzona z naruszeniem warunków pozwolenia (art. 194 ust. 1 pkt 1 p.o.ś.) albo gdy przepisy dotyczące ochrony środowiska zmieniły się w stopniu uniemożliwiającym emisję lub korzystanie ze środowiska na warunkach określonych w pozwoleniu (art. 194 ust. 1 pkt 2 p.o.ś.). Takie sytuacje nie są jednak dla adresatów pozwoleń dużym zaskoczeniem, gdyż rozstrzygnięcie o ograniczeniu lub cofnięciu pozwolenia poprzedzone jest postępowaniem, które kończy się wydaniem decyzji doręczanej adresatowi. Od decyzji takiej można się odwołać. Przedsiębiorca ma zatem świadomość, że dalsza eksploatacja instalacji wiązać się będzie m.in. z nałożeniem na niego kar pieniężnych lub obowiązkiem ponoszenia opłat podwyższonych.

Druga grupa przepisów reguluje znacznie groźniejsze sytuacje, w których pozwolenia emisyjne wygasają z mocy prawa wskutek zaistnienia wskazanych w przepisie okoliczności. Przedsiębiorca może być zatem nieświadomy tego, że jego pozwolenie już od pewnego czasu nie jest ważne. Często dowiaduje się o tym dopiero w trakcie kontroli – nierzadko po kilku miesiącach czy nawet latach od wygaśnięcia pozwolenia. Tym samym sankcje finansowe, których wysokość zależy m.in. od okresu prowadzenia instalacji bez wymaganego pozwolenia, są w takich przypadkach bardzo dotkliwe. Czasem organy ochrony środowiska będą nawet obowiązane wstrzymać eksploatację instalacji ze względu na brak ważnego pozwolenia.

W naszej praktyce nierzadko spotykamy się z takimi sytuacjami, gdyż przepisy i ich częste zmiany mogą zaskoczyć nawet najbardziej doświadczonych przedsiębiorców.

Brak eksploatacji instalacji przez dwa lata

Pewien przedsiębiorca, ze względu na przedłużającą się restrukturyzację i konieczność pozyskania finansowania, zawiesił na pewien czas korzystanie z instalacji. Kiedy w końcu, po pokonaniu wszystkich przeszkód, wznowił jej eksploatację, inspektorzy ochrony środo-

wiska zarzucili mu prowadzenie instalacji bez wymaganych pozwoleń. Przedsiębiorca zwrócił kontrolującym uwagę, że od chwili uzyskania pozwolenia jego instalacja nie została zmodyfikowana, a uzyskane pozwolenie nadal jest adekwatne do prowadzonej działalności. Podkreślił również, że jeden z punktów pozwolenia wskazuje jego termin ważności, który jeszcze nie upłynął. Wreszcie – argumentował przedsiębiorca – o uchyleniu decyzji przed wskazanym w niej terminem powinien być poinformowany. Skoro udzielenie pozwolenia nastąpiło poprzez doręczenie mu odpowiedniej decyzji, to i uchylenie powinno nastąpić w ten sam sposób.

Niestety inspektorzy ochrony środowiska mieli rację. Zaprzymanie działalności objętej pozwoleniem na okres co najmniej dwóch lat skutkuje wygaśnięciem pozwolenia (art. 193 ust. 1 pkt 5 p.o.ś.). Następuje to z mocy prawa, a zatem nie jest konieczne przeprowadzenie postępowania administracyjnego w celu uchylenia pozwolenia. Wprawdzie organy administracji wydają w takich przypadkach decyzję stwierdzającą wygaśnięcie pozwolenia, jednak rozstrzygnięcie to stanowi jedynie formalne potwierdzenie, że pozwolenie już wygasło. Podobnie pozwolenie emisyjne (zintegrowane, na wprowadzanie gazów i pyłów do powietrza, wodnoprawne na wprowadzanie ścieków do wód lub do ziemi, na wytwarzanie odpadów) wygasa z mocy prawa, jeśli prowadzący instalację nie rozpoczął działalności objętej pozwoleniem w terminie dwóch lat od dnia, w którym stało się ono ostateczne (art. 193 ust. pkt 4 p.o.ś.).

Brak pozwolenia zintegrowanego

Wydawać się może, że ustalenie, czy dana działalność wymaga uzyskania pozwolenia zintegrowanego, nie powinno nastręczać większych trudności. Wykaz takich instalacji znajduje się bowiem w rozporządzeniu Ministra Środowiska. W praktyce jednak prawidłowe zakwalifikowanie danej instalacji wywołuje niekiedy spore wątpliwości. Błędne ustalenie, że pozwolenie zintegrowane jest w danym przypadku niepotrzebne, może nieść poważne konsekwencje. Z chwilą, gdy dana instalacja stała się instalacją wymagającą pozwolenia zintegrowanego, wygasają dotychczasowe pozwolenia emisyjne (wodnoprawne na pobór wód, wodnoprawne na wprowadzanie ścieków do wód lub do ziemi, na wprowadzanie gazów i pyłów do powietrza oraz na wytwarzanie odpadów, art. 193 ust. 2 p.o.ś.). Oprócz ryzyka ponoszenia opłat podwyższonych z tytułu braku pozwolenia niezwykle dotkliwą sankcją jest spoczywający na organach inspekcji ochrony środowiska obowiązek wstrzymania użytkowania instalacji eksploatowanej bez pozwolenia zintegrowanego (art. 365 ust. 1 p.o.ś.).

Z czego wynikają wspomniane wątpliwości? Najczęściej spowodowane są one nieprawidłowym obliczaniem

zdolności produkcyjnej, brakiem sumowania parametrów tego samego rodzaju lub po prostu niesprawdzeniem, czy eksploatowane w zakładzie urządzenia składają się na instalację wymienioną w tym rozporządzeniu. Czasem też po modernizacji lub rozbudowie zakładu przedsiębiorca nie zauważa, że instalacja osiągnęła progi zdolności produkcyjnych, których przekroczenie wymaga uzyskania pozwolenia zintegrowanego.

Nawet jednak gdy przedsiębiorca zna treść rozporządzenia, określenie, czy prowadzenie danej instalacji wymaga pozwolenia zintegrowanego, jest często bardzo problematyczne, co wynika z niejasnych sformułowań użytych w tym akcie.

Z trudnościami takimi spotykają się m.in. przedsiębiorcy, którzy w swoich zakładach posiadają instalację do spalania paliw. Zgodnie z rozporządzeniem jeśli nominalna moc takiej instalacji przekracza 50 MW, na jej eksploatację uzyskać należy pozwolenie zintegrowane. Wymóg ten odnosi się jednak jedynie do grupy instalacji „do wytwarzania energii i paliw”. Przedsiębiorca musi zatem określić, czy jego instalacja do spalania paliw może zostać jednocześnie uznana za instalację do wytwarzania energii – często bowiem spalanie określonego paliwa jest jedynie jednym z kilku procesów, które zachodzą w danej instalacji.

Z podobnym problemem zmierzył się przedsiębiorca, który prowadził instalację do produkcji papieru. Dokończył on modernizację zakładu, polegającą m.in. na montażu nowych urządzeń, które pozwalały mu wytwarzać 20 ton papieru na dobę. Z uwagi na trudności związane z uruchomieniem odnowionego skrzydła fabryki rzeczywista wielkość produkcji jeszcze przez kilka miesięcy nie przekraczała 15 ton na dobę. Przedsiębiorca ten powinien uzyskać pozwolenie zintegrowane już w momencie spełnienia kryterium formalnego – czyli w dniu, w którym zdolność produkcyjna jego instalacji przekroczyła wskazany w rozporządzeniu próg 20 ton na dobę. Przedstawione organom inspekcji ochrony środowiska wyjaśnienia dotyczące rzeczywistej wielkości produkcji nie mogły uchronić przedsiębiorcy przed sankcjami nałożonymi za brak uzyskania pozwolenia zintegrowanego.

Zmiany przepisów i przepisy przejściowe

Zmora niemal wszystkich przedsiębiorców są częste zmiany prawa. Nierzadko dotyczą one uzyskanych w przeszłości pozwoleń, które muszą w wyznaczonym terminie zostać dostosowane do nowych regulacji. Niekiedy prawodawca wprost rozstrzyga o tym, że dotychczasowe pozwolenia wygasają w określonej dacie, nawet jeżeli zostały udzielone na dłuższy czas. Wiele przykładów takich rozwiązań prawnych dostarczyła niedawno nowa ustawa o odpadach, która stanowi, że z upływem dwóch lat od dnia jej wejścia w życie (tj. 23 stycznia 2015 r.) wygasają decyzje zatwierdzające instrukcję eksploatacji składowiska odpadów (art. 240 ust. 1 ustawy). Z kolei zezwolenia na zbieranie odpadów, odzysk lub unieszkodliwianie odpadów zachowały ważność przez trzy lata (tj. do 23 stycznia 2016 r., art. 232 ust. 2 ustawy).

Niezbędna czujność

Precyzyjne określenie daty ważności zezwolenia bywa niełatwym zadaniem. Czasem przepisy nakazują liczyć termin wygaśnięcia od chwili uruchomienia rejestru publicznego, a niekiedy modyfikują jeszcze ten termin w drodze nowelizacji przepisów. Ustawodawca wymaga zatem od przedsiębiorców, by nieustannie zachowali czujność.

Ustawy dotyczące ochrony środowiska przewidują kilka istotnych wyjątków od zasady, że pozwolenia emisyjne wygasają po upływie określonego w nich terminu. Dla przedsiębiorców szczególnie znaczenie mają te regulacje, które powodują wygaśnięcie pozwoleń z mocy prawa. Ryzyko to należy rozważyć, podejmując decyzję o przebudowie czy rozbudowie instalacji. Przedsiębiorca, który w odpowiednim czasie wystąpi o wydanie nowego pozwolenia, uniknie nie tylko dotkliwych kar administracyjnych, lecz także konieczności wstrzymania użytkowania instalacji.

Dominik Wałkowski, adwokat, partner kierujący praktyką prawa ochrony środowiska

Martyna Robakowska, praktyka prawa ochrony środowiska



O

dłączyli prąd – i co dalej?

Typowy wczesny poranek w dużym zakładzie przemysłowym. Taśmy produkcyjne pracują pełną parą, żeby zdążyć z terminową realizacją zamówień. Nagle wszystko staje, halę produkcyjną na moment ogarnia ciemność przecinana smugami światła z niewielkich okien, a po chwili włącza się agregat do zasilania oświetlenia awaryjnego. Nie ma prądu! Kierownik zakładu nerwowo chwyta za komórkę i wybiera numer głównego energetyka, żeby dowiedzieć się, co się stało.



Marek Dolatowski

Przerwy planowane i nieplanowane

Główny energetyk z kolei natychmiast dzwoni do dystrybutora energii. Awaria. Nie wiadomo, ile potrwa, ale jest poważna. Po odłożeniu słuchawki i poinformowaniu zakładu sięga po długo negocjowaną umowę na świadczenie usług dystrybucji. Negocjacje dotyczyły zwłaszcza zapisów o dopuszczalnych przerwach planowanych i nieplanowanych. Prawo dla takich odbiorców jak on (III grupa przyłączeniowa) nakazuje bowiem uregulować w umowie dopuszczalną długość przerw. Inaczej jest w przypadku gospodarstw domowych i innych niewielkich odbiorców (grupy IV i V), dla których długości dopuszczalnych przerw określa prawo. Główny energetyk szybko znalazł załącznik z dopuszczalną długością jednorazowej przerwy nieplanowanej. Nieplanowanej, bo dystrybutor o niej nie poinformował wcześniej w sposób przewidziany prawem.

Znowu dzwoni telefon. Tym razem członek zarządu odpowiedzialny za produkcję. Nerwowym głosem tłumaczy głównemu energetykowi, jak napięty jest grafik realizacji zamówień. Awaria po stronie dystrybutora oznacza jednak, że trzeba czekać. Pozostaje tylko jedno pytanie: jak dystrybutor energii za to wszystko odpowiada.

To dlatego zapisy w umowach o dopuszczalnych przerwach są takie istotne. Jeżeli bowiem długość przerw przekracza czas dopuszczalny, odbiorcom należą się tzw. bonifikaty. Ich wysokość wynosi od pięciokrotności do nawet dziesięciokrotności (dla małych odbiorców) tzw. średniej ceny energii na rynku konkurencyjnym (obecnie 169,99 zł/MWh) za każdą niedostarczoną jednostkę energii. Bonifikaty należą się bez względu na przyczynę przerwy w dostawach (nie zależą od odpowiedzialności dostawcy za wystąpienie przerwy) i należy je wypłacić także w przypadku wystąpienia tzw. siły wyższej (np. gdy do awarii dochodzi ze względu na warunki atmosferyczne).

Co więcej, prawo nie przewiduje żadnych okoliczności wyłączających obowiązek wypłaty bonifikat. Sady uznały zatem obowiązek wypłaty bonifikat za bezwzględnie obowiązujący dla przedsiębiorstw energetycznych. Oznacza to, że wypłata bonifikat za niedostarczoną energię elektryczną należy się niezależnie od zapisów w umowach z jednym zastrzeżeniem – przerwy w dostawie energii muszą przekroczyć długości określone w umowie lub przepisach prawa.

Co więcej bonifikaty nie są odszkodowaniem i nie wyłączają jego dochodzenia. Oznacza to, że jeśli wystąpią przerwy przekraczające długości przerw dopuszczalnych, odbiorca może obok bonifikat dochodzić odszkodowania za szkody wyrządzone przerwami w dostarczaniu energii (np. w wyniku strat poniesionych ze względu na konieczność przerywania produkcji i brak

terminowej realizacji zamówień). Wysokość bonifikat nie powinna mieć wpływu na rozmiar dochodzonego odszkodowania (zmniejszyć jego wysokości o wysokość udzielonych bonifikat).

Bezzasadny brak naliczenia bonifikat grozi ukaraniem dostawcy energii przez Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki (URE) karą pieniężną do 15% jego przychodu z działalności koncesjonowanej osiągniętego w minionym roku podatkowym.

Takie regulacje powodują, że dystrybutor ma motywację do jak najszybszego usunięcia awarii, a przedsiębiorcy nie są bezradni, gdy przerwa przekroczy dopuszczalne długości.

Ograniczenie dostaw

Wydarzenia z 10 sierpnia 2015 r. starszym odbiorcom przypomniły, a młodszym uświadomiły, co oznaczają tzw. stopnie zasilania, wprowadzone ostatni raz w czasach PRL. Tego dnia w wyniku jednoczesnego wystąpienia niekorzystnych zjawisk (awarie, upał, susza i bezwietrzna pogoda) poziom rezerw zdolności wytwórczych energii spadł poniżej dopuszczalnych wielkości, co zmusiło operatora systemu przesyłowego do ograniczenia dostaw energii. Następnie Rada Ministrów rozporządzeniem potwierdziła obowiązywanie ograniczeń do końca sierpnia 2015 r.

Za brak zastosowania się do ograniczeń w poborze energii grozi kara pieniężna wymierzana przez Prezesa URE. Maksymalny pułap kary wynosi 15% przychodu ukaranego odbiorcy osiągniętego w minionym roku podatkowym. Obecnie toczy się bardzo wiele postępowań w sprawie wymierzenia kar za niezastosowanie się do ograniczeń, ponieważ wielu przedsiębiorców nie zdążyło (albo nie było w stanie ze względu na trwające procesy produkcyjne) odpowiednio szybko zredukować poboru mocy.

Nasz przedsiębiorca miał więcej szczęścia. Jego proces produkcyjny mógł być przerwany prawie natychmiast. Teraz dział obsługi klientów musi tylko poinformować klientów o opóźnieniu w dostawach zamówionych przez nich towarów i sprawdzić, czy na podstawie umów nie grożą im za takie opóźnienia jakieś konsekwencje. Sam przedsiębiorca nie poniesie jednak konsekwencji względem URE.

Poza niskim poziomem rezerw ograniczenie poboru energii w celu zapewnienia bezpieczeństwa dostaw może wynikać m.in. z:

- wprowadzenia stanu nadzwyczajnego,
- katastrofy naturalnej albo bezpośredniego zagrożenia wystąpienia awarii technicznej w rozumieniu ustawy o stanie klęski żywiołowej,

- wprowadzenia embarga, blokady, ograniczenia lub braku dostaw paliw lub energii elektrycznej z innego kraju na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, lub zakłóceń w funkcjonowaniu systemów elektroenergetycznych połączonych z krajowym systemem elektroenergetycznym,
- strajku lub niepokojów społecznych.

Ograniczeniom podlegają odbiorcy energii, dla których wielkość mocy umownej ustalona została powyżej 300 kW.

W zakresie wynikającym z podjętych działań i zastosowanych środków, w szczególności z przerw i ograniczeń w dostarczaniu i poborze energii elektrycznej, nie przysługują bonifikaty za niedotrzymanie standardów jakościowych obsługi odbiorców lub parametrów jakościowych energii elektrycznej, a odpowiedzialność odszkodowawcza operatora podlega ograniczeniom określonym w ustawie Prawo energetyczne.

Wielkości planowanych ograniczeń w poborze energii określa się w stopniach zasilania od 11 do 20, przy czym 11 stopień zasilania oznacza, że odbiorca może pobierać moc zgodnie z umową. Stopnie zasilania od 12 do 19 powinny zapewniać równomierne obniżanie mocy elektrycznej pobieranej przez odbiorcę aż do 20 stopnia, w którym odbiorca może pobierać moc do wysokości ustalonego minimum, niepowodującego m.in. zagrożenia bezpieczeństwa osób oraz uszkodzenia lub zniszczenia obiektów technologicznych.

Należy pamiętać, że dopuszczalne maksymalne ograniczenia w dostarczaniu i poborze energii elektrycznej oraz sposób powiadamiania odbiorców o obowiązujących stopniach zasilania powinno się uregulować w umowach na sprzedaż, dystrybucję lub przesył energii. Należy zatem przy ich zawieraniu zwrócić szczególną uwagę na poziomy poboru energii określone dla każdego stopnia zasilania. W szczególności należy się upewnić, czy 20 stopień zapewnia bezpieczeństwo osób oraz brak uszkodzeń lub zniszczenia obiektów technologicznych.

Podsumowując, energia elektryczna jako szczególne dobro powinna być dostarczana bez zakłóceń, a ograniczenie lub wstrzymanie jej dostaw może nastąpić tylko w wyjątkowych sytuacjach. Ustawa Prawo energetyczne nakłada na przedsiębiorstwa energetyczne zobowiązanie utrzymania zdolności urządzeń, instalacji i sieci do realizacji zaopatrzenia w energię w sposób ciągły i niezawodny. Dostawcy energii mogą zwolnić się z tego obowiązku tylko w określonych sytuacjach.

Ponieważ niezawodność dostaw energii w Polsce znacznie odbiega na niekorzyść od standardów wielu państw Unii Europejskiej, warto wiedzieć, jakie prawa przysługują odbiorcom w sytuacji, gdy zabraknie prądu.

Marek Dolatowski, adwokat, praktyka doradztwa dla sektora energii

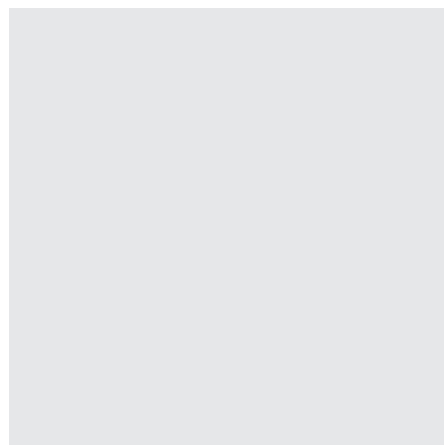


Transakcje a pomoc publiczna

W przypadku podmiotów realizujących projekty dofinansowane ze środków europejskiej polityki spójności przeprowadzenie transakcji fuzji lub przejęcia wymaga współpracy z instytucjami, które udzieliły dofinansowania i nadzorują wykonywanie przez beneficjenta uzgodnionych obowiązków. Często konieczne jest również zawarcie odpowiednich porozumień z tymi instytucjami. W przeciwnym razie konieczny może być zwrot dofinansowania.



Agnieszka Kraińska



Przystąpienie Polski do Unii Europejskiej dało polskim przedsiębiorcom dostęp do finansowania ze środków europejskich funduszy strukturalnych. Absorpcja środków w ramach europejskiej polityki spójności następuje m.in. poprzez krajowe oraz regionalne Programy operacyjne, które umożliwiają dofinansowanie przedsiębiorców realizujących projekty wpisujące się w cele tych programów.

Wydatkowanie środków unijnych zapewnić ma trwałe zmiany w gospodarce państw członkowskich. Z tego powodu umowy o dofinansowanie nakładają obowiązki związane z utrzymaniem trwałości projektu przez kilka lat po zakończeniu jego realizacji (co do zasady pięć lat, a trzy lata dla MŚP).

Definicja trwałości projektu zawarta jest w rozporządzeniu UE 1083/2006 (dla projektów realizowanych w ramach perspektywy finansowej 2007-2013) oraz rozporządzeniu UE 1303/2013 (dla projektów realizowanych w ramach perspektywy finansowej 2014-2020).

Wspomniane rozporządzenia UE przewidują, że zaprzestanie działalności produkcyjnej oraz zmiana własności elementu infrastruktury (rozumiana zarówno jako transakcja na udziałach, jak i transakcja na aktywach) stanowi lub może stanowić naruszenie trwałości projektu i obowiązek zwrotu dofinansowania.

Szczegółowe warunki dotyczące zasad udzielenia pomocy oraz sposobu realizacji wspieranych projektów znajdują się w umowach o dofinansowanie zawieranych przez odpowiednie instytucje z beneficjentami środków. Analizując związane z daną transakcją ryzyka w obszarze udzielonej pomocy publicznej, przede wszystkim należy przeanalizować umowy o dofinansowanie zawarte przez strony transakcji.

Zasadą ogólną dotyczącą podmiotów, które uzyskały dofinansowanie z funduszy UE, jest to, że w okresie trwania obowiązku utrzymania trwałości projektu zarówno transakcje typu *share deal*, jak i *asset deal* wymagają szczególnej dbałości o utrzymanie charakteru, celów lub warunków projektu oraz zapewnienie rynkowości cen sprzedawanych/nabywanych udziałów lub aktywów.

Przeprowadzenie transakcji w odniesieniu do takich podmiotów wymaga współpracy z instytucjami, które udzieliły dofinansowania i nadzorują wykonywanie przez beneficjenta obowiązków wynikających z zawartej umowy o dofinansowanie. Często konieczne jest również zawarcie odpowiednich porozumień z instytucjami, które udzieliły dotacji.

Poniżej omawiamy dwa przykłady ubiegłorocznych transakcji, których podmiotem byli przedsiębiorcy realizujący projekty dofinansowane z funduszy UE.

Długotrwałe ustalenia z instytucją pośredniczącą

Podmiot A sprzedawał podmiotowi B aktywa w postaci przedsiębiorstwa. A był beneficjentem dwóch projektów dofinansowanych z funduszy unijnych w ramach krajowych Programów operacyjnych, przy czym każdy z tych projektów nadzorowany był przez inną instytucję pośredniczącą (Projekt I i Projekt II).

W dacie zamierzonego zamknięcia transakcji Projektowi I brakowałoby trzech miesięcy do upływu pięcioletniego okresu trwałości, a Projektowi II 40 miesięcy do upływu pięcioletniego okresu trwałości.

W odniesieniu do Projektu I odpowiednio wcześniej zostały podjęte rozmowy z instytucją pośredniczącą, która przedstawiła swoje opinie i zalecenia dotyczące ram, w których byłaby gotowa zaakceptować przejęcie projektu. Odpowiedni wniosek został przygotowany, a instytucja przedstawiła swoje stanowisko dotyczące ewentualnych aneksów do umowy o dofinansowanie projektu.

W odniesieniu do Projektu II instytucja nie była w stanie przedstawić swojego stanowiska przed planowaną datą zamknięcia transakcji, a więc data ta została przełożona.

Ostatecznie instytucja nie wyraziła zgody na przejęcie Projektu II, natomiast zgodziła się na skrócenie okresu trwałości projektu i zwrot części dofinansowania przez beneficjenta.

Ze względu na przesunięcie daty zamknięcia transakcji okres trwałości Projektu I upłynął i w tym zakresie można było dokonać transakcji bez ograniczeń. W odniesieniu do projektu II beneficjent zwrócił określoną część dofinansowania.

W konsekwencji transakcja została dokonana w terminie późniejszym niż pierwotnie zaplanowano.

Utrata statusu uznanej organizacji producentów

Grupa producentów owoców i warzyw (podmiot A) otrzymała dofinansowanie ze środków unijnych funduszy rolnych na dojście do statusu uznanej organizacji producentów owoców i warzyw. Podmiot zrealizował pięcioletni harmonogram dojścia do wspomnianego statusu i uzyskał uznanie. W ciągu trzech lat po uzyskaniu uznania kondycja finansowa podmiotu uległa pogorszeniu i podjęto decyzję o poszukiwaniu inwestora strategicznego, którego znaleziono.

Uznana organizacja producentów owoców i warzyw musi spełniać wymogi dotyczące ładu korporacyjnego określone prawem polskim i prawem Unii Europejskiej. Jednym z takich wymogów jest wprowadzenie do statutu organizacji postanowienia, że żaden z członków, udziałowców lub akcjonariuszy ani żadna inna osoba nie może posiadać więcej niż 49% udziałów lub akcji na zgromadzeniu wspólników lub walnym zgromadzeniu i nie

może dysponować więcej niż 20% głosów na zgromadzeniu wspólników, walnym zgromadzeniu albo walnym zebraniu członków organizacji, także pośrednio.

Podmiot B jako inwestor strategiczny zamierzał przejąć większościowy pakiet udziałów w podmiocie A. Takie działanie stałoby w sprzeczności z postanowieniami umowy spółki, a zmiana tych postanowień stanowiłaby naruszenie wymogów prawnych dotyczących statusu uznanej organizacji producentów owoców i warzyw.

Dodatkowo pojawiła się niepewność dotycząca tego, czy utrata statusu uznanej organizacji producentów nie rodzi ryzyka zwrotu dofinansowania uzyskanego na dojście do uznania.

W ramach przygotowania do transakcji konieczne było rozstrzygnięcie wspomnianych wątpliwości. Skierowane zostały wnioski o przedstawienie stanowiska do dwóch Agencji podległych Ministrowi Rolnictwa odpowiedzialnych za nadzór nad organizacjami producentów owoców i warzyw. Kilkumiesięczna korespondencja i wymiana stanowisk doprowadziła do przedstawienia przez Agencje opinii o braku obowiązku zwrotu otrzymanego dofinansowania oraz do uchylenia statusu uznanej organizacji producentów.

W konsekwencji transakcja została zawarta bez dalszych przeszkód.

Wnioski

Transakcje dotyczące podmiotów, które uzyskały dofinansowanie ze środków unijnych, wymagają planowania z uwzględnieniem czasu koniecznego do przeprowadzenia uzgodnień z instytucjami, które udzieliły finansowania oraz nadzorują realizację dotowanych projektów.

Przeprowadzenie transakcji, która łamie postanowienia umowy o udzielenie dofinansowania, wiąże się dla beneficjenta tych środków nie tylko z wynikającymi z umowy konsekwencjami, w tym finansowymi (zwrot dofinansowania wraz z odsetkami, realizacja weksla in blanco stanowiącego zabezpieczenie wierzytelności publicznej), ale powodować może również odpowiedzialność karną jako działanie na niekorzyść budżetu UE.

Transakcja taka może też rodzić negatywne konsekwencje dla podmiotu przejmującego nie tylko w przypadku nabycia udziałów lub akcji beneficjenta, ale również w przypadku nabycia przedsiębiorstwa rozumianego jako zespół składników niematerialnych i materialnych, w ramach którego realizowany jest dofinansowany projekt. Nie można również wykluczyć takich konsekwencji w przypadku przejęcia dofinansowanych aktywów niestanowiących przedsiębiorstwa.

Nasze doświadczenie uczy, że tego typu transakcje muszą być dokonywane w ścisłej współpracy z instytucjami publicznymi, a przygotowanie i planowanie transakcji musi uwzględniać czas na przeprowadzenie wyjaśnień i uzgodnień z tymi instytucjami oraz ewentualnych zmian w umowach o dofinansowanie.

Z naszych doświadczeń wynika też, że konieczne uzgodnienia z odpowiednimi instytucjami są czasochłonne, szczególnie w przypadkach, w których występują zagadnienia nietypowe. Dlatego uzgodnień takich nie można odkładać na ostatnią chwilę.

Agnieszka Krainśka, radca prawny, praktyka prawa europejskiego



D

wa lata przepisów o CFC – wciąż dużo wątpliwości



Michał Nowacki

W 2016 r. polscy podatnicy złożyli pierwsze zeznania CIT-CFC i PIT-CFC, w których wykazali dochody z zagranicznych spółek kontrolowanych (*Controlled Foreign Corporation, CFC*) osiągnięte w roku 2015. Złożono w sumie 125 zeznań, a łączna kwota podatku należnego, którą wykazano w tych zeznaniach, to jedynie 11,5 mln zł. Nie zmienia to faktu, że z praktyki doradczej wynikają istotne wątpliwości co do stosowania przepisów o CFC, a dotychczasowa praktyka organów podatkowych ciągle nie odpowiada na wiele pytań.

Poniżej prezentujemy przykładowe problemy i wątpliwości, z jakimi muszą się liczyć przedsiębiorcy prowadzący działalność poza granicami Polski. Omawiamy je na przykładzie polskiej spółki z ograniczoną odpowiedzialnością prowadzącej część swojej działalności gospodarczej za granicą, za pośrednictwem oddziału zagranicznego. Przedstawiony stan faktyczny ma charakter hipotetyczny, ale jest oparty o szereg doświadczeń i obserwacji autora z ostatnich dwóch lat praktyki doradczej.

Zagraniczne oddziały polskiej spółki

Spółka prowadzi działalność gospodarczą w branży finansowej, a ewentualne nadwyżki finansowe przeznacza na działalność pożyczkową. Spółka prowadzi działalność również za granicą, poprzez dwa oddziały stanowiące zakłady zagraniczne (*permanent establishment*). Oddziały nie są założone w państwach traktowanych przez Polskę jako tzw. raje podatkowe (tj. państwa stosujące szkodliwą konkurencję podatkową). Z oboma państwami Polska ma podpisane umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania.

Oddział A został założony w państwie A. Umowa z tym państwem przewiduje m.in. że jeśli polski rezydent podatkowy prowadzi działalność gospodarczą w państwie A poprzez położony w tym państwie zakład (np. oddział), to dochody tego zakładu podlegają opodatkowaniu w państwie A, a Polska zwolni ten dochód od podatku w Polsce (metoda wyłączenia).

Oddział B został utworzony w państwie B, w którym przewidziany jest dwustopniowy sposób uiszczania podatku dochodowego: na poziomie lokalnym (czyli tak jak na poziomie stanu w Stanach Zjednoczonych, landu w Niemczech lub kantonu w Szwajcarii) oraz na poziomie centralnym. Nominalne stawki podatku dochodowego na poziomie lokalnym i centralnym wynoszą po 8%. Dodatkowo przepisy wewnętrzne państwa B przewidują możliwość zryczałtowanego obniżenia podstawy opodatkowania podatkiem dochodowym dochodów z odsetek (*notional interest deduction*) i należności licencyjnych (*IP box regime*), w związku z czym efektywna stawka podatku dochodowego jest bardzo niska.

Polskie przepisy dotyczące CFC przewidują m.in., że regulacje te stosuje się odpowiednio również do podatników, którzy prowadzą działalność poprzez zagraniczny zakład, chyba że dochody tego zakładu są uwzględniane w podstawie opodatkowania zgodnie z zasadami ogólnymi (co w praktyce oznacza, że regulacje o CFC nie znajdują zastosowania, jeśli właściwa umowa o unikaniu podwójnego opodatkowania przewiduje metodę zaliczenia). Zgodnie z tą zasadą dochód zagranicznego zakładu podlega opodatkowaniu w Polsce, ale na

poczet polskiego podatku zalicza się podatek zapłacony od tego dochodu za granicą – w takim przypadku cel fiskalny jest osiągnięty bez potrzeby stosowania regulacji o CFC).

Odpowiednie stosowanie przepisów o CFC do zagranicznych zakładów (oddziałów) oznacza m.in. że przepisy te stosuje się, jeśli:

- co najmniej 50% przychodów pochodzi ze źródeł pasywnych (np. odsetki, należności licencyjne, dywidendy, zyski kapitałowe),
- przynajmniej jeden rodzaj tych przychodów podlega opodatkowaniu w państwie, w którym znajduje się zakład zagraniczny (oddział), według stawki podatku dochodowego niższej co najmniej o 25% od 19% (tj. wynoszącej 14,25% lub mniej) lub podlega zwolnieniu lub wyłączeniu z opodatkowania podatkiem dochodowym.

Przepisy przewidują również pewne wyłączenie zastosowania reguł CFC, mimo że spełnione są ww. przesłanki do opodatkowania CFC.

Dla celów niniejszego artykułu przyjęliśmy, że:

- oddział A w państwie A spełnia wszelkie warunki do uznania go za CFC w rozumieniu polskich przepisów, a jedyna wątpliwość dotyczy tego, czy przepisy o CFC są zgodne z postanowieniami umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania pomiędzy Polską a państwem A,
- w przypadku oddziału B w państwie B abstrahujemy od kwestii zgodności przepisów o CFC z umową o unikaniu podwójnego opodatkowania pomiędzy Polską a państwem B; w tym przypadku oddział B nie będzie stanowić CFC dla spółki pod warunkiem, że stawki podatku dochodowego obowiązujące w państwie B są wystarczająco wysokie, aby wykluczyć stosowanie przepisów o CFC, a jednocześnie przepisy dotyczące obniżenia podstawy opodatkowania (*notional interest deduction*, *IP box*) nie zostaną uznane za wyłączenie lub zwolnienie z opodatkowania podatkiem dochodowym.

Wątpliwości

W ramach przedstawionego stanu faktycznego pojawiają się następujące wątpliwości:

- czy polskie przepisy o CFC są zgodne z umowami o unikaniu podwójnego opodatkowania, jeśli umowa taka przewiduje, że dochody zakładu opodatkowane w jednym państwie (w naszym przypadku w państwie A) są zwolnione od opodatkowania w Polsce?
- przyjmując konserwatywnie, że przepisy o CFC są zgodne z umowami o unikaniu podwójnego opo-

datkowania, jak dla celów tych przepisów należy oceniać stawkę podatkową w państwie B, skoro jest ona płatna na różnych szczeblach w ramach podziału administracyjnego państwa B, a żadna z tych stawek osobno nie jest wyższa niż 14,25%, ale łącznie dają one odpowiednio wysoką stawkę nominalną podatku dochodowego, aby wykluczyć stosowanie przepisów o CFC?

CFC a umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania

W ocenie autora przepisy o CFC w zakresie, w jakim opodatkowują w Polsce dochody spółki z oddziału A w państwie A, są sprzeczne z umową o unikaniu podwójnego opodatkowania pomiędzy Polską a państwem A. Mając na uwadze hierarchię źródeł prawa w Polsce i prymat umów międzynarodowych ponad ustawami, należałoby zatem uznać, że zapisy umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania pomiędzy Polską a państwem A „nadpisują” regulacje ustawy o CIT dotyczące CFC. W ocenie autora jedyną drogą do osiągnięcia celu przez polskiego ustawodawcę w takim stanie faktycznym powinna być renegotjacja umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania w taki sposób, aby zapewnić zgodność polskich regulacji o CFC z zapisami tej umowy (np. poprzez zmianę metody unikania podwójnego opodatkowania na metodę zaliczenia lub poprzez zawarcie w umowie zapisów antyabuzyjnych).

Problem sprzeczności przepisów o CFC z umowami o unikaniu podwójnego opodatkowania był podnoszony w procesie legislacyjnym. Do chwili obecnej ta sprzeczność nie została potwierdzona przez żadne orzeczenie sądowe. Pogląd ten, choć w ocenie autora ma bardzo silne podstawy, należy traktować jako jeden z argumentów w analizie przepisów o CFC. Wydaje się, że bez wsparcia orzecznictwa sądowego nie powinien być traktowany jako jedyna przesłanka do wyłączenia obowiązku podatkowego w zakresie CFC.

Stawka podatku

W wielu krajach podatek dochodowy jest płatny na różnych szczeblach administracji państwowej lub samorządowej. W Polsce podatek dochodowy płacony jest do Skarbu Państwa, ale następnie w określonym procencie trafia do budżetów samorządów, z których pochodzi dany podatnik. W istocie zatem osiągany jest ten sam cel, tj. finansowanie budżetu państwa i jednostek niższego szczebla, z tym że w Polsce cel ten jest osiągnięty poprzez pośrednie finansowanie jednostek samorządu terytorialnego, a w niektórych krajach podatek ten jest płacony w części bezpośrednio do jednostek niższego szczebla.

W ocenie autora ww. różnice pomiędzy Polską a państwem B nie powinny negatywnie wpływać na ocenę

statusu oddziału B dla celów CFC. Skoro łączna stawka podatku dochodowego płacona przez oddział B w państwie B jest wyższa niż 14,25%, oznacza to, że oddział B nie spełnia w tym zakresie warunków uznania go za CFC, nawet gdyby podstawa opodatkowania dla celów podatku dochodowego na poziomie centralnym i lokalnym była inna. Wydaje się, że organy podatkowe dzielają ten pogląd.

Wyłączenia i zwolnienia

Polskie ustawy podatkowe dość jasno określają, co stanowi zwolnienie od podatku – przysporzenie, które stanowi dochód w rozumieniu ustawy podatkowej i jako takie powinno podlegać opodatkowaniu podatkiem dochodowym, ale poprzez przepis szczególny jest od tego podatku zwolnione.

Większe wątpliwości rodzi określenie, co ustawodawca rozumie poprzez wyłączenie. Analiza ustaw o podatkach dochodowych wskazuje, że z wyłączeniem mamy do czynienia w sytuacji, gdy dane przysporzenie potencjalnie mogłoby podlegać opodatkowaniu, ale ustawodawca z jakiegoś powodu wyłącza dane przysporzenie lub kategorię przysporzeń z zakresu ustawy. Przykładowo ustawy podatkowe wyłączają ze swojego zakresu przychody z działalności rolniczej.

Narzędzia do obniżenia podstawy opodatkowania przewidziane w państwie B (*notional interest deduction, IP box*) są w swojej konstrukcji najczęściej zbliżone do zryczałtowanych kosztów uzyskania przychodów (niepowiązanych z rzeczywistymi kosztami poniesionymi przez podatnika), które są również w pewnym zakresie przewidziane w polskich ustawach o podatkach dochodowych. W ocenie autora tego rodzaju mechanizmy obniżania podstawy opodatkowania nie powinny być traktowane jako „zwolnienie” lub „wyłączenie” dla celów CFC.

Wnioski

Niewielka skala raportowania w zakresie CFC za 2015 r. wskazuje, że podatnicy odpowiednio zreorganizowali strukturę swojej działalności za granicą lub wszystkie wątpliwości wynikające z tych przepisów interpretują w sposób korzystny dla siebie, uznając, że nie posiadają zagranicznej spółki kontrolowanej. Dalszy rozwój praktyki podatkowej (interpretacje, orzecznictwo), jak również podejście organów do kwestii CFC w ramach uprawnień kontrolnych zdecyduje o faktycznej istotności tych regulacji w polskim porządku podatkowym.

Michał Nowacki, radca prawny, doradca podatkowy, partner w praktyce podatkowej



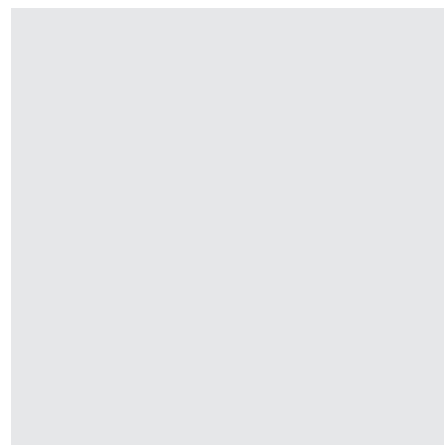


leniency: dylematy sygnalistów

Gdy spółka wykryje, że działania jej pracowników mogą być zakwalifikowane jako antykonkurencyjne porozumienie, staje przed dylematem, czy poza ukróceniem nieprawidłowości należy poinformować o nich UOKiK. Faktycznie, skorzystanie z programu leniency jest decyzją strategiczną, wiążącą się z pewnymi niedogodnościami, ale znacznie kosztowniejsze może być niezgłoszenie wykrytych nieprawidłowości.



Sabina Famirska



Sprawa dotyczyła polskiej spółki akcyjnej będącej częścią międzynarodowej korporacji prowadzącej działalność w różnych regionach świata. Spółka matka ma siedzibę w Stanach Zjednoczonych. W Europie grupa jest obecna w kilku państwach członkowskich Unii Europejskiej. Władze grupy kładą szczególny nacisk na stosowanie zasad zgodności prawnej, czyli przestrzeganie programu *compliance*, który został wdrożony we wszystkich spółkach zależnych, również w Europie. Jednym z najważniejszych jego elementów jest program zgodności z prawem konkurencji (*competition compliance*).

Grupa kapitałowa miała problemy antymonopolowe w przeszłości – była przedmiotem postępowania przed Departamentem Sprawiedliwości w Stanach Zjednoczonych w związku z kartelem cenowym. Działaniami spółki interesowała się też Komisja Europejska, albowiem jedna ze spółek z grupy kilka lat temu zaangażowała się w nielegalną praktykę na poziomie europejskim i została ukarana wielomilionową karą.

Skutki wewnętrznego dochodzenia

W związku z problemami z przeszłości w spółce zarządzono przegląd istniejącego programu zgodności prawnej pod kątem jego efektywności, a także przeprowadzenie wewnętrznego dochodzenia mającego na celu wykrycie ewentualnych nieprawidłowości. W wyniku wewnętrznego postępowania odkryto, że polscy pracownicy mają intensywne kontakty z konkurentami, z którymi spotykają się przy okazji różnorodnych konferencji i działalności w ramach stowarzyszeń branżowych. Nierzadkie są wspólne kolacje i wyjazdy. W trakcie spotkań prowadzone są rozmowy dotyczące głównie ogólnej sytuacji rynkowej, ale zdarza się też, że pracownicy dyskutują z kolegami z konkurencyjnych spółek na temat zasad współpracy z klientami czy terminów i wysokości podwyżek cen produktów. Zlecona opinia prawna wykazała, że zachowanie pracowników może być kwalifikowane jako antykonkurencyjne porozumienie.

Zarząd polskiej spółki stanął przed dylematem, jak zachować się w tej sytuacji, a zwłaszcza czy poinformować UOKiK o nieprawidłowościach, czyli czy złożyć wniosek w ramach programu łagodzenia kar. Pytanie brzmiało oczywiście, czy złożenie takiego wniosku będzie się wiązać z konkretnymi dolegliwościami finansowymi dla spółki oprócz kary pieniężnej. Poszczególni członkowie zarządu obawiali się również osobistych konsekwencji, zwłaszcza że piastowali jednocześnie funkcje dyrektorskie w spółce i byli bezpośrednimi przełożonymi pracowników, o których tutaj mowa. Zastanawiali się zatem, czy mogą być pociągnięci do odpowiedzialności przez UOKiK lub osoby trzecie oraz czy akcjonariusze mogą mieć względem nich roszczenia za brak właściwego nadzoru nad pracownikami lub za

brak zgłoszenia nieprawidłowości do UOKiK pomimo ich wykrycia.

Zarząd poprosił nas o przedstawienie wad i zalet programu łagodzenia kar oraz ewentualnej odpowiedzialności członków zarządu za nieprawidłowości antymonopolowe.

Plusy i minusy leniency

Program łagodzenia kar (leniency) premiuje uczestnika antykonkurencyjnego porozumienia, który decyduje się na pójście na współpracę z organem antymonopolowym. Programem rządzi zasada „kto pierwszy, ten lepszy”. Pierwszy z uczestników, który poinformuje UOKiK o porozumieniu, może liczyć na całkowite zwolnienie od kary pieniężnej, która w sprawach antymonopolowych jest bardzo dotkliwa (maksymalna kara może wynieść nawet 10% przychodów uzyskanych przez spółkę w roku poprzedzającym nałożenie kary). Dalsi sygnaliści mogą uzyskać odpowiednie zmniejszenie kary – o 50%, 30% lub 20%, w zależności od ich miejsca „w kolejce”.

Nie wystarczy jednak jedynie poinformować UOKiK o nieprawidłowościach. Wnioskodawca musi wykazać się inicjatywą i aktywnością w pozyskiwaniu dowodów dotyczących porozumienia. Niejednokrotnie wymaga to zaangażowania kilku osób (koordynatorów), którzy będą sprawdzać dokumenty/maile czy przesłuchiwać pracowników zaangażowanych w kartel.

Samo złożenie wniosku leniency nie gwarantuje również sukcesu. Nie może skorzystać z dobrodziejstwa programu podmiot, który w dniu złożenia wniosku nie zaprzestał uczestnictwa w porozumieniu, np. jeśli po tej dacie jego pracownicy – pomimo zakazu ze strony zarządu – kontynuowali niedozwolone rozmowy z konkurentami lub stosowali nielegalnie uzgodnione ceny. Również jakość dowodów może zostać krytycznie oceniona przez UOKiK, co będzie skutkowało odebraniem przez UOKiK dobrodziejstwa leniency, pomimo złożenia przez wnioskodawcę obciążających oświadczeń.

Reasumując, złożenie wniosku leniency jest zawsze obarczone pewnym ryzykiem. Decyzja w tym względzie musi być podjęta odpowiedzialnie i starannie, z pełnym zaangażowaniem władz spółki i jego pracowników.

Spółka, która decyduje się na pełną współpracę z UOKiK w ramach leniency, może też pójść krok dalej i złożyć oświadczenie o dobrowolnym poddaniu się karze. W zamian za oświadczenie, że nie będzie kwestionować ustaleń faktycznych UOKiK i nie złoży odwołania od decyzji, może uzyskać obniżenie kary o 10% w stosunku do kary, jaką początkowo planował nałożyć UOKiK. Jest to opcja mało interesująca dla pierwszego z wnioskodawców leniency (który i tak dostanie pełne

zwolnienie od kary), ale może być ona atrakcyjna dla drugiego i kolejnego w kolejce.

Odpowiedzialność członków zarządu

W obecnym stanie prawnym główną odpowiedzialność za udział w porozumieniu ponosi przedsiębiorca – uczestnik porozumienia, w tym przypadku spółka polska. Członkowie zarządu mogą ponosić odpowiedzialność antymonopolową tylko za własne, umyślne uczestnictwo w praktyce. W tym przypadku zarząd nie był bezpośrednio zaangażowany w rozmowy z konkurentami ani też nie nakłaniał ani nie nakazywał pracownikom brać udziału w nielegalnych dyskusjach. Można zarzucić mu co najwyżej niewystarczający nadzór nad pracownikami. Członkowie zarządu nie muszą się zatem obawiać kar pieniężnych ze strony UOKiK (kara taka może wynieść nawet dwa miliony złotych). Warto jednak dodać, że nawet gdyby byli bezpośrednio zaangażowani w kartel, mogliby również złożyć własne wnioski leniency chroniące ich przed karą – wspólnie ze spółką polską lub odrębnym pismem.

Członkowie zarządu niepotrzebnie też obawiają się odpowiedzialności odszkodowawczej wobec spółki za brak właściwego nadzoru nad pracownikami lub za brak zgłoszenia nieprawidłowości do UOKiK pomimo ich wykrycia w wewnętrznym postępowaniu. W polskim prawie brak jest silnych podstaw prawnych do formułowania tego rodzaju roszczeń. Kodeks spółek handlowych w art. 483 przewiduje odpowiedzialność odszkodowawczą członka zarządu za działanie lub zaniechanie sprzeczne z prawem lub postanowieniami statutu, chyba że nie ponosi winy. Członka zarządu obowiązuje przy tym podwyższona staranność wynikająca z zawodowego charakteru jego działalności. Wydaje się jednak, że sam brak wystarczającego nadzoru nad pracownikami będzie niewystarczający do przypisania takiej odpowiedzialności, nawet przy uwzględnieniu podwyższonej staranności, którą powinien zachować. Nie można też postawić zarzutu bezprawnego zachowania członkom zarządu w razie niezłożenia wniosku leniency, gdyż złożenie takiego wniosku nie jest obowiązkiem prawnym. Taką decyzję należy oceniać jedynie w kategoriach wyboru optymalnej strategii procesowej.

Inną sprawą są oczywiście ewentualne konsekwencje wynikające z negatywnej oceny postawy danego człon-

ka zarządu przez akcjonariat spółki. Utrata zaufania ze strony akcjonariuszy czy też niesatysfakcjonująca reakcja na zaistniały problem może skutkować nieudzieleniem absolutorium lub odwołaniem danej osoby z funkcji członka zarządu.

Ryzyko pozwów cywilnych

Spółka musi liczyć się z roszczeniami odszkodowawczymi ze strony osób poszkodowanych kartelem, np. klientów, którzy musieli zapłacić wyższą cenę za produkt sprzedawany przez polską spółkę. Sytuacja wnioskodawcy leniency nie jest łatwa. Jako ten, który zawiadomił UOKiK o praktyce, jest naturalnym pierwszym kandydatem na ewentualnego pozwanego. Powodowie liczą, że skoro pozwany ujawnił swoje bezprawne działanie przed UOKiK, nie będzie też się bronić przed odszkodowaniami, więc ich uzyskanie będzie znacznie łatwiejsze niż od pozostałych uczestników kartelu. Pewną ochronę wnioskodawcy leniency stwarzają zakazy dowodowe, które uniemożliwiają wykorzystanie oświadczenia leniency złożonego w ramach programu łagodzenia kar jako dowodu w sporze o odszkodowanie.

Teoretycznie można sobie wyobrazić złożenie analogicznych roszczeń odszkodowawczych przez osoby trzecie wobec samych osób fizycznych, np. członków zarządu. Może to się odbywać na gruncie przepisów dotyczących czynów niedozwolonych. Jednak w praktyce taki scenariusz wydaje się mało prawdopodobny, gdyż znacznie łatwiej jest wykazać odpowiedzialność samej spółki – uczestnika postępowania, zwłaszcza po wydaniu decyzji UOKiK.

Współpraca z UOKiK bezpieczniejsza

Po ocenie wszystkich za i przeciw władze spółki polskiej zdecydowały się na współpracę z UOKiK. Nie bez znaczenia był tu fakt, że złożenie wniosku leniency wpisywało się w kulturę *compliance* promowaną w grupie kapitałowej. Spółka wprawdzie naraża się na podwyższone ryzyko pozwów cywilnych, ale w pewnym stopniu jest chroniona zakazami dowodowymi. Korzyścią mogło być zaś zwolnienie od kary lub przynajmniej jej obniżenie.

Sabina Famirska, radca prawny, praktyka prawa konkurencji



D

ane osobowe w roku 2018



Sylwia Paszek



Agnieszka Szydlik

Zbliżające się wejście w życie rozporządzenia ogólnego o ochronie danych osobowych oraz unieważnienie decyzji Komisji Europejskiej pozwalającej na transfery danych osobowych do USA w ramach programu Safe Harbor skłoniły wielu naszych klientów do zweryfikowania stosowanych podstaw transferu danych osobowych poza Europejski Obszar Gospodarczy.

Przypomnijmy, że w ramach dotychczasowego systemu dane do państw trzecich, czyli poza EOG, przekazywano najczęściej na podstawie:

- zgód wyrażonych przez podmioty danych,
- indywidualnych zgód GIODO na transfer konkretnej bazy danych do konkretnego podmiotu w państwie trzecim,
- umów pomiędzy eksporterem i importerem danych implementujących tzw. modelowe klauzule umowne,
- programu Safe Harbor (w przypadku transferu do USA).

W maju 2018 r. wejdzie w życie rozporządzenie ogólne o ochronie danych osobowych (RODO), które istotnie rozwinie modele, na podstawie i w ramach których możliwe będzie przekazywanie danych osobowych poza EOG, przy zachowaniu ogólnego wymogu zapewnienia, by nie został naruszony stopień ochrony osób fizycznych zagwarantowany w regulacji europejskiej, czyli RODO.

Mechanizmy pozostające w mocy

RODO zachowuje i ewentualnie doprecyzowuje podstawowe modele przekazywania danych poza EOG, dobrze osadzone w praktyce lat poprzednich.

Pierwszym z nich jest model przekazywania danych na podstawie zgody wyrażonej przez podmiot danych. Przekazanie danych na podstawie takiej zgody nadal będzie uprawnione, jednakże tylko wówczas, gdy zgoda jest wyraźna oraz gdy osoba, której dane dotyczą, została poinformowana o ewentualnym ryzyku, z którym – ze względu na brak decyzji Komisji stwierdzającej odpowiedni stopień ochrony oraz na brak odpowiednich zabezpieczeń – może się dla niej wiązać proponowane przekazanie. W efekcie przekazanie danych w tym trybie będzie oznaczało konieczność większego zaangażowania administratora, który będzie musiał ocenić, skwantyfikować i nazwać potencjalne ryzyka, przekazać właściwą i zrozumiałą informację podmiotowi danych oraz uzyskać potwierdzenie przekazania takiej informacji we właściwym czasie i formie, dla celów dowodowych.

Nadal możliwe będzie również przekazywanie danych w oparciu o decyzję Komisji Europejskiej stwierdzającą, że w państwie odbiorcy danych istnieje odpowiedni stopień ochrony danych. RODO ustanawia jednak bardzo kompleksowe kryteria takiej oceny, nakazując jednocześnie okresowe przeglądy okoliczności uzasadniających wydanie decyzji.

Kolejne zachowane modele to wiążące reguły korporacyjne oraz standardowe klauzule umowne (tzw. klauzule modelowe) przyjęte przez Komisję Europejską, które szerzej opisujemy w dalszej części artykułu.

Możliwe będzie też przekazanie danych w sytuacjach szczególnych określonych w RODO, takich jak przykładowo:

- przekazanie w celu wykonania umowy między osobą, której dane dotyczą, a administratorem,
- przekazanie w celu zawarcia lub wykonania umowy zawartej w interesie osoby, której dane dotyczą, między administratorem a inną osobą fizyczną lub prawną,
- przekazanie ze względu na ważne względy interesu publicznego,
- przekazanie w celu ochrony żywotnych interesów osoby, której dane dotyczą, lub innych osób, jeżeli osoba, której dane dotyczą, jest fizycznie lub prawnie niezdolna do wyrażenia zgody.

Nowe mechanizmy przekazywania danych poza EOG

Nowo dodane mechanizmy przekazywania danych poza EOG autoryzują przede wszystkim konstrukcje umowne i systemy certyfikacyjne tworzone oddolnie, z własnej inicjatywy i z uwzględnieniem specyfiki własnego działania, przez podmioty uczestniczące w przetwarzaniu danych osobowych. Mechanizmy takie będą musiały zostać zatwierdzone przez organy ochrony danych osobowych, niemniej bardzo istotne jest, że administratorzy i przetwarzający będą mogli na własną rękę poszukiwać rozwiązań w sytuacjach, gdy do stanu faktycznego trudno zastosować istniejące przepisy prawa, na przykład w związku z zastosowaniem nowych technologii przetwarzania.

Nowe modele opisane powyżej obejmują zatwierdzone przez regulatora kodeksy postępowania lub mechanizmy certyfikacji, którym towarzyszyć muszą wiążące i egzekwowlne zobowiązania administratora lub przetwarzającego w państwie trzecim do stosowania odpowiednich zabezpieczeń, w tym w odniesieniu do praw osób, których dane dotyczą. Możliwe będzie również stosowanie indywidualnie przygotowanych klauzul umownych między administratorem a odbiorcą danych osobowych w państwie trzecim, o ile uzyskano zezwolenie regulatora na stosowanie takich klauzul.

Obok modeli tworzonych przez podmioty przetwarzające dane przewidziano również nowe mechanizmy, które mogą być kreowane przy aktywnym udziale organów administracji publicznej. Są to:

- standardowe klauzule ochrony danych przyjęte przez regulatora i zatwierdzone przez Komisję,
- postanowienia uzgodnień administracyjnych dokonanych między organami lub podmiotami publicznymi, w których przewidziane będą egzekwowlne i skuteczne prawa osób, których dane dotyczą.

Dodatkowo stworzono furtkę umożliwiającą przekazanie danych poza EOG w braku któregośkolwiek z opisanych powyżej systemów gwarancyjnych, gdy przekazanie jest niezbędne ze względu na ważne prawnie uzasadnione interesy realizowane przez administratora, wobec których charakteru nadrzędnego nie mają interesy ani prawa i wolności podmiotu danych, a administrator ocenił wszystkie okoliczności przekazania danych i na podstawie tej oceny zapewnił odpowiednie zabezpieczenia w zakresie ochrony danych osobowych. Przekazanie danych w tym trybie jest możliwe pod warunkiem, że nie jest ono powtarzalne i dotyczy tylko ograniczonej liczby osób. Ponadto administrator stosujący taki nadzwyczajny tryb będzie miał obowiązek poinformowania organu nadzorczego i podmiotu danych o przekazaniu i o ważnych prawnie uzasadnionych interesach przez niego realizowanych.

O ile dopuszczenie samego trybu budzi obawy o nadużycia, o tyle trzeba docenić wyobraźnię ustawodawcy, że taką możliwość jednak przewidział. Praktyka pokazuje, że dynamicznie zmieniająca się rzeczywistość stwarza sytuacje, w których ochrona istotnych wartości lub realizacja ważnych interesów wymaga działania poza schematem stworzonym przez przepisy prawa czasem nieuwzględniające specyfiki konkretnych okoliczności. Wydaje się, że aktywne zaangażowanie regulatora w stosowanie opisanego trybu powinno zapobiec ewentualnym nadużyciom.

Klauzule modelowe i wiążące reguły korporacyjne

Z naszej praktyki wynika, że w celu zapewnienia legalności transferu danych przedsiębiorcy najczęściej skłaniają się do przyjęcia za podstawę transferu klauzul modelowych. Klauzule to wzorcowe umowy opracowane i przyjęte decyzjami Komisji Europejskiej. Administratorzy danych i podmioty przetwarzające dane mogą zawrzeć umowę o treści ustalonej w decyzjach i w ten sposób, przestrzegając zapisów klauzul, zapewnić ochronę danych osobowych na poziomie uznanym za satysfakcjonujący w EOG.

Jeżeli jednak dany model biznesowy wymaga transferów między licznymi podmiotami, występującymi zarówno w charakterze administratorów, jak i podmiotów przetwarzających dane na zlecenie, zawieranie umów z wykorzystaniem klauzul modelowych może być trudne organizacyjnie. W takich sytuacjach warto rozważyć przyjęcie wiążących reguł korporacyjnych, będących kompleksowym zbiorem zasad regulujących ochronę danych obowiązującym najczęściej wewnątrz korporacji (międzynarodowego koncernu).

WRK w praktyce

W jednej z prowadzonych przez nas spraw grupa kapitałowa o międzynarodowym zasięgu opracowała wią-

żące reguły korporacyjne (WRK) na podstawie zaleceń Grupy roboczej do spraw ochrony danych (Grupy Roboczej Artykułu 29). Organy ochrony danych osobowych z państw członkowskich Unii Europejskiej posługują się skoordynowaną procedurą oceny, mającą na celu wypracowanie przez zainteresowaną korporację ochrony zbioru zasad (WRK). W ramach procedury organy oceniają ujęte w WRK zasady mające zastosowanie do międzynarodowych transferów danych pomiędzy podmiotami, które owe reguły implementowały, stwierdzając, czy spełniają one wymogi dotyczące ochrony danych wynikające z przepisów dyrektywy, a w przyszłości RODO.

W sprawie naszego klienta organem stwierdzającym, czy WRK zapewniają odpowiednie zabezpieczenia w zakresie ochrony prywatności oraz zabezpieczenia podstawowych praw i wolności osób, których dane są przetwarzane, był organ luksemburski. Wydał on decyzję zatwierdzającą WRK zgodnie z przepisami luksemburskiej ustawy krajowej o ochronie danych. Aby polskie spółki z grupy mogły transferować dane na podstawie WRK, musiały implementować WRK oraz wystąpić o ich dodatkowe zatwierdzenie przez Generalnego Inspektora Ochrony Danych Osobowych w Polsce (GIODO).

Na podstawie polskiej ustawy o ochronie danych GIODO ma prawo niezależnie zbadać, czy treść WRK jest zgodna z wymogami wskazanymi w dokumentach Grupy Roboczej Art. 29. W opisywanej sprawie GIODO brał udział w skoordynowanej procedurze prowadzonej przez organ luksemburski i mógł uwzględnić jego rozstrzygnięcie.

Zatwierdzenie WRK przez GIODO na wniosek jednej z polskich spółek z grupy oznacza, że inne spółki w Polsce mogą zastosować ten sam instrument bez poddawania go ponownej ocenie GIODO, pod warunkiem właściwej implementacji WRK w ramach danej spółki (uchwała właściwego organu o przyjęciu, właściwe poinformowanie pracowników i wdrożenie mechanizmów kontroli ustanowionych w WRK).

Transfery danych na podstawie WRK mogą nastąpić dopiero po wdrożeniu WRK przez poszczególnych administratorów z grupy. Zaletą WRK jest jednak to, że obowiązują one również dla przyszłych operacji przekazywania danych, których zakres może się zmieniać w zależności od okoliczności faktycznych.

Sylvia Paszek, radca prawny, praktyka ochrony danych osobowych oraz praktyka transakcji i prawa korporacyjnego

Agnieszka Szydlik, adwokat, praktyka ochrony danych osobowych oraz praktyka transakcji i prawa korporacyjnego



O kancelarii

Kancelaria Wardyński i Wspólnicy, założona w 1988 roku, jest jedną z największych niezależnych kancelarii prawnych w Polsce. Skupiamy się na biznesowych potrzebach naszych klientów, pomagając im znaleźć skuteczne i praktyczne rozwiązanie najtrudniejszych problemów prawnych.

Dbamy o zachowanie najwyższych standardów prawniczych i biznesowych. Angażujemy się w budowę obywatelskiego państwa prawa. Bierzemy udział w projektach non profit i działaniach pro bono.

Nasi prawnicy są aktywnymi członkami polskich i międzynarodowych organizacji prawniczych, dzięki czemu mają dostęp do światowego know-how i rozwijają sieć kontaktów z najlepszymi prawnikami i kancelariami na świecie, z czego korzystają później nasi klienci.

Czerpiemy z najlepszych światowych wzorców w zakresie zarządzania firmą prawniczą. Stale doskonalimy działalność operacyjną firmy – z korzyścią dla klientów. Posiadamy certyfikat jakości PN-EN ISO 9001 w zakresie świadczenia usług prawnych.

Obecnie w firmie jest ponad 100 prawników świadczących obsługę prawną w języku polskim, angielskim, francuskim, niemieckim, hiszpańskim, włoskim, rosyjskim, czeskim i koreańskim. Nasze biura znajdują się w Warszawie, Krakowie, Poznaniu i Wrocławiu.

Klientom doradzamy w następujących dziedzinach:

bankowość	nieruchomości i reprivatyzacja	prawo pracy i globalna mobilność
i finansowanie projektów	nowe technologie i fintech	prawo spółek, w tym spółek publicznych
compliance	ochrona danych osobowych	przestępczość gospodarcza
i postępowania wewnętrzne	ochrona konkurencji	rachunkowość korporacyjna
doradztwo i postępowania regulacyjne	ochrona środowiska	rynki kapitałowe
egzekucja wierzytelności	odszkodowania	spory sądowe i pozasądowe
instytucje finansowe	od władzy publicznej	transakcje
inwestycje infrastrukturalne i nieruchomościowe	outsourcing	ubezpieczenia
kontrakty budowlane i FIDIC	podatki	upadłości i restrukturyzacje
kontrakty w obrocie gospodarczym	private equity	własność intelektualna
	prawo europejskie	zamówienia publiczne i PPP
	pomoc publiczna i fundusze UE	

Doradzamy również klientom indywidualnym, startupom, a także klientom z sektora budowlanego, sektora energii i przemysłu energochłonnego, handlu i dystrybucji, gospodarki morskiej, kolei i lotnictwa, mediów i reklamy, ochrony zdrowia, produkcji, rolnictwa, sportu, transportu i logistyki, sektora zbrojeniowego oraz sektora farmaceutycznego, żywności i FMCG.

Dzielimy się wiedzą i doświadczeniem za pośrednictwem codozasady.pl – portalu dla prawników i przedsiębiorców, firmowego Rocznika oraz licznych publikacji i opracowań. Jesteśmy też wydawcą polskojęzycznej aplikacji mobilnej o tematyce prawnej (Wardyński+), do pobrania nieodpłatnie w App Store i Google Play.

www.wardynski.com.pl

www.codozasady.pl

Wardyński+

