

**WAR WSP
DYN' ÓLN
SKI+ ICY.**

RÓCZNIK 2019

WARDYŃSKI I WSPÓLNICY

Nakład:

950 egzemplarzy

Wydawca:

WIW Services sp. z o.o.

Redakcja:

Justyna Zandberg-Malec

Produkcja:

Aleksandra Włodarczyk i Justyna Zandberg-Malec

Projekt graficzny:

Magda Wiśniewska i Bazyli Krasulak

Zdjęcia:

Paweł Wodnicki

Skład i druk:

Drukarnia Piotra Włodarskiego

© Copyright by Wardyński i Wspólnicy sp.k., 2019



Słowo wstępne

Bezpośrednie stosowanie Konstytucji
przez sądy powszechne i administracyjne
Agata Jóźwiak, dr Maciej Kiełbowski

Ochrona sygnalistów
Łukasz Lasek, Magdalena Kotowicz

Ciemna strona żółtych związków
Agnieszka Lisiecka, dr Marcin Wujczyk

Granice wewnętrznych postępowań wyjaśniających
dr Marta Derlacz-Wawrowska, Katarzyna Żukowska

Przeszukanie UOKiK w pigułce
Sabina Famirska

Czas korekt, czyli eliminacja
osobistego ryzyka podatkowego
Michał Nowacki, Wojciech Marszałkowski

Wpływ małżeńskich ustrojów majątkowych
na planowanie spadkowe w UE
Radosław Wiśniewski

Wynajem nieruchomości na doby może być preferencyjnie
opodatkowany
dr Przemysław Szymczyk

Wypowiedzenie umowy najmu zawartej na czas oznaczony
dr Jakub Baranowski, Michał Wons

Zwracać czy nie zwracać?
Stefan Jacyno

Wyroby medyczne – globalny biznes
a regionalne reżimy regulacyjne
Joanna Krakowiak

Oszustwa w badaniach klinicznych
Łukasz Lasek, Jakub Barański

Używki – trudny temat dla legislatora
dr Ewa Butkiewicz

Jak popełnić błąd i naprawić go tak, aby go nikt nie wyłapał
Anna Prigan

Granice i ryzyka ugody w umowie o zamówienie publiczne
Katarzyna Śliwak

Rok pod znakiem PSA
Krzysztof Libiszewski

Po co spółce giełdowej kapitał docelowy?
Danuta Pajewska, Marcin Pietkiewicz

Wyplata dywidendy – jak omijać rafa
Maciej Szewczyk, Izabela Zielińska-Barłózek, Anna Dąbrowska

Umorzenie udziałów jako sposób na wyjście
wspólnika ze spółki
dr Kinga Ziemnicka

5	Mieć ciastko i zjeść ciastko... czyli o finansowaniu przez subpartycypację wierzytelności Daniel Smarduch, Marcin Pietkiewicz	68
7	Spory dotyczące konkursów i dotacji – procesowe pole minowe dr Maciej Kiełbowski, Agnieszka Kraińska	71
10	Artysta w galerii Włodzimierz Szoszuk, Monika Dynowska	74
13	Kiedy dziennikarz narusza dobre imię spółki? Dominika Kwiatkiewicz-Trzaskowska	77
16	Pozorny outsourcing pracowniczy dr Szymon Kubiak, Kamil Jabłoński	80
20	Praktyczne problemy z międzynarodowym przemieszczaniem odpadów dr Dominik Wałkowski, Martyna Robakowska	83
23	Polska nie spełni celu OZE. I co teraz? Marek Dolatowski, Agnieszka Kraińska	86
26	Ogłoszenie upadłości w Danii a ochrona i likwidacja majątku dłużnika położonego w Polsce Karol Czepukojć	89
29	Split payment – więcej pytań niż odpowiedzi Patrycja Polasz	93
32	O kancelarii	97

36

40

43

46

49

52

55

59

62

65

Szanowni Państwo,

dziewiąty już Rocznik to zbiór artykułów powstałych na bazie autentycznych spraw prowadzonych przez prawników naszej kancelarii. Opisujemy w nich, jak chronić swoje prawa w zetknięciu z nierzetelnymi kontrahentami, nieadekwatnymi bądź przesadnie szczegółowymi regulacjami oraz nadmiernym formalizmem. Podpowiadamy, jak uregulować sprawy spółki – albo swoje sprawy prywatne – żeby wyeliminować zbędne ryzyka i koszty.

Czy jeśli prawo jest wadliwe, a orzecznictwo niespójne, możemy się powołać bezpośrednio na Konstytucję? Jak sobie radzić na styku prawa polskiego i obcego? Jak się bronić, gdy ktoś nadużywa swoich praw albo robi niewłaściwy użytek z instytucji, które w założeniu miały eliminować nieprawidłowości?

Jednym z największych zagrożeń, które dostrzegamy jako prawnicy, jest tendencja do regulowania wszystkiego. Nadprodukcja regulacji nazbyt często skutkuje nadużyciem władzy – administracyjnej czy innej. Świadomi wszystkich działań, które mają na celu ochronę życia społecznego, zdajemy sobie też sprawę z negatywnych skutków, jakie może przynieść wadliwe stosowanie albo zła wykładnia nowych regulacji. Właśnie w takich sytuacjach najbardziej się ujawnia sens istnienia zawodu prawnika.

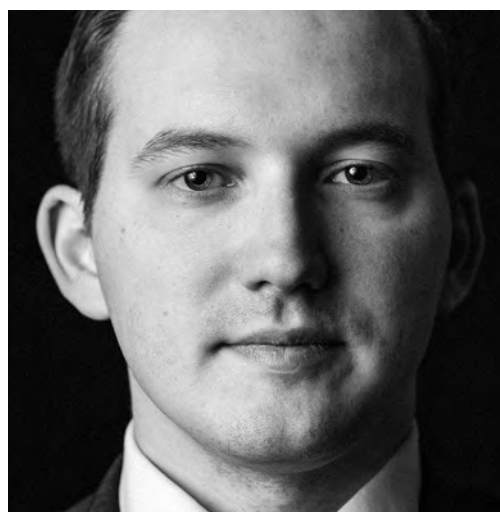
Tomasz Wardyński

Bezpośrednie stosowanie Konstytucji przez sądy powszechne i administracyjne

Konstytucja gwarantuje nam liczne prawa ekonomiczne, socjalne i kulturalne. Czy to znaczy, że możemy powoływać się bezpośrednio na Konstytucję w sprawach pracowniczych czy mieszkaniowych? Albo w sytuacji, gdy prawo nie rozstrzyga jakiegoś zagadnienia jednoznacznie, a orzecznictwo nie jest spójne?



Agata Józwiak



dr Maciej Kiełbowski

Konstytucja tworzy podstawy polskiego systemu prawnego i zasad działania państwa. Określa przysługujące nam prawa i wolności oraz zakreśla granice dopuszczalnych ich ograniczeń. Warto mieć świadomość, że przepisy konstytucyjne dotyczą nie tylko zasad działania sądów i organów państwowych, ale mogą przenieść się na grunt indywidualnych spraw każdego z nas.

Rosnąca popularność Konstytucji

Obszary prawa, które najmocniej ingerują w nasze swobody, są ściśle zakorzenione w ustawie zasadniczej. Nie powinno zatem dziwić, że dotychczas na normy konstytucyjne powoływali się przede wszystkim uczestnicy postępowań karnych, administracyjnych i sędow-administracyjnych. Często poszukiwali w nich ochrony przed władczymi rozstrzygnięciami ze strony państwa. Z tego względu i wbrew pozorom Konstytucja już dotychczas miała istotne znaczenie nie tylko w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego. Obserwacje pozwalają przyjąć, że zjawisko to może się wzmacniać i wychodzić także na grunt innych gałęzi prawa.

Ustawodawca nie przewidział wprost, co się dzieje z własnością lokalu w takiej sytuacji. W orzecznictwie sądów powszechnych pojawiały się w tym zakresie rozbieżności. Jedne sądy przyjmowały, że wygasa także własność lokalu jako prawo związane z użytkowaniem wieczystym, inne opowiadały się za dominacją prawa własności lokalu w relacji obu tych praw. Sytuacja prawna właścicieli takich lokali była więc niepewna i konieczne okazało się odwołanie także do fundamentalnych praw konstytucyjnych.

Sąd Najwyższy w myśl między innymi konstytucyjnych wartości i sprzyjającej obywatelom polityki mieszkaniowej państwa przyjął, że wygaśnięcie użytkowania wieczystego nie może prowadzić do pogorszenia sytuacji osób, które nabyły lokal związany z prawem użytkowania wieczystego. Dorobek konstytucyjny został wykorzystany jako argument aksjologiczny i miał znaczenie w wyborze korzystnego dla właścicieli mieszkań kierunku interpretacji. Sąd Najwyższy powołał się na konstytucyjne standardy ochrony własności i obowiązek państwa popierania działań do uzyskania własnego mieszkania. Jednoczesne wygaśnięcie obu praw zaprzeczałoby tym normom konstytucyjnym.

Konstytucja w konkretnym sporze administracyjnym

Prawo administracyjne ma to do siebie, że jeszcze większego znaczenia przy jego interpretacji nabierają przepisy konstytucyjne przewidujące podstawowe prawa i wolności obywatelskie. W relacjach natury administracyjnej wolności te są często w jakiś sposób ograniczane. Jest to w pewnym sensie istotą działalności organów administracji publicznej, które z jednej strony mogą nadawać obywatelom określone uprawnienia, w drodze pozwoleń różnego rodzaju, z drugiej – mogą nakładać konkretne i dolegliwe obowiązki.

W relacjach tego rodzaju tym istotniejsze wydaje się powoływanie na przepisy rangi konstytucyjnej. Zostały one przecież zaprojektowane po części po to, aby chronić jednostkę przed omnipotencją państwa. Przykładów zastosowania przepisów Konstytucji w orzecznictwie sądów administracyjnych (które pełnią także funkcję pewnego bufora pomiędzy administracją publiczną – władzą wykonawczą – a jednostką, wobec której kierowane są akty tej władzy) jest szczęśliwie coraz więcej.

Przepisy Konstytucji pozwoliły poradzić sobie z problemem braku stosownych przepisów przejściowych dotyczących możliwości odliczania poniesionych na nieruchomości nakładów od opłaty adiacenckiej (czyli opłaty za wzrost wartości nieruchomości w związku z uchwaleniem miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego). Możliwość ta została obywatelom odebrana z dniem wejścia w życie nowelizacji art. 37 ust. 2 ustawy o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym. Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z 23 listopada 2007 r. (II OSK 1455/06) i w kilkunastu podobnych sprawach uznał za niezgodne z art. 2 Konstytucji to, że wspomniana nowelizacja nie przewidywała przepisów przejściowych dla spraw w toku, a jedy-

Konstytucja

bezpośrednie
stosowanie
Konstytucji

Sąd Najwyższy

Naczelny Sąd
Administracyjny

Jak sądy mogą bezpośrednio wykorzystać Konstytucję?

Norma konstytucyjna może nie tylko nadawać kierunek interpretacji prawa, ale także być samoistną podstawą wydanego orzeczenia. Sądy są bowiem zobowiązane do orzekania w zgodzie z konstytucyjnymi priorytetami i tym samym do wykorzystywania Konstytucji przy wykładni prawa. Trzeba jednak mieć świadomość, że tylko dostatecznie skonkretyzowane normy konstytucyjne nadają się do bezpośredniego zastosowania. Z ogólnych przepisów Konstytucji nie da się wywodzić konkretnych roszczeń. W normalnych warunkach nie można więc wyprowadzać prawa do otrzymania mieszkania z obowiązku państwa do prowadzenia polityki mieszkaniowej sprzyjającej zaspokajaniu potrzeb mieszkaniowych obywateli.

Najdalej idący przejaw bezpośredniego stosowania Konstytucji będzie miał miejsce, gdy sąd stwierdzi konflikt między wartościami konstytucyjnymi a ustawą i z tego względu odmówi jej zastosowania, jednocześnie nie zadając pytania prawnego Trybunałowi Konstytucyjnemu o konstytucyjność danego przepisu. Ten obszar kompetencji sądów może rodzić najwięcej kontrowersji w przyszłości. Prowadzi on do starcia kompetencji sądów i Trybunału Konstytucyjnego i dotychczas był rzadki w praktyce.

Konstytucja w konkretnej sprawie cywilnej

Konstytucja była dotychczas najczęściej wykorzystywana przez sądy jako drogowskaz przy rozstrzyganiu wątpliwości interpretacyjnych. Przykładem takiego zjawiska jest chociażby uchwała Sądu Najwyższego z 25 sierpnia 2017 r. (III CZP 11/17) rozstrzygająca o losach lokalu mieszkalnego po wygaśnięciu prawa własności związanego z nim gruntu.

nie uchylila przepis. W efekcie przed sądem stanęli właściciele nieruchomości, którzy w momencie ponoszenia na nią nakładów mogli je odliczyć od ewentualnej opłaty, ale wobec wydania stosownej decyzji już po wejściu w życie nowelizacji – utracili taką możliwość. Z tym NSA się nie zgodził i wskazał na wynikające właśnie z Konstytucji zasady braku retroaktywnego działania prawa i stanowienia go w sposób budzący zaufanie do państwa.

Stosowanie bezpośrednio przepisów Konstytucji może się przejawiać także tym, że sądy administracyjne będą odmawiać zastosowania przepisów prawa podobnych do takich, które zostały już wcześniej uznane za niekonstytucyjne. Sprawiać to może czasem wrażenie błędnego koła – kiedy niedługo po wyeliminowaniu z systemu prawnego przez Trybunał Konstytucyjny danego przepisu pojawia się nowy, bardzo zbliżony. Niedawna historia zna takie przypadki. Jeden z nich był podstawą wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Poznaniu z 19 grudnia 2007 r. (I SA/Po 1461/07), który odnosił się do obowiązującego ówczesnie art. 109 ust. 6 ustawy o podatku od towarów i usług z 2004 r. Miał on identyczną treść jak – uznany za niekonstytucyjny wcześniejszym wyrokiem Trybunału Konstytucyjnego – przepis art. 27 ust. 5 ustawy o podatku od towarów i usług z 1993 r. Przepis ten – zestawiony jeszcze z przepisami Kodeksu karnego skarbowego – powodował

powstanie jednocześnie dwóch rodzajów odpowiedzialności za ten sam czyn: karnoskarbowej i domiaru podatkowego. Rozpatrując sprawę podatkową, sąd administracyjny przesądził o odmowie zastosowania tego przepisu w sprawie, bowiem taka podwójna karalność była w ocenie sądu niezgodna z art. 2 i 8 ust. 2 Konstytucji.

Podsumowanie

Polski system prawny nie jest systemem prawa precedensowego, niemniej orzecznictwo odnoszące się do przepisów konstytucyjnych miało i ma istotne znaczenie. Racje przedstawione w wyrokach odnoszących się do przepisów konstytucyjnych mają często uniwersalne znaczenie i mogą być zastosowane w wielu innych sprawach administracyjnych (w większym stopniu) i cywilnych (w mniejszym). Z dorobku doktryny i orzecznictwa w tym zakresie warto więc korzystać, aby popularność stosowania przepisów Konstytucji nie słabła, a wręcz zyskiwała na znaczeniu przy rozstrzyganiu poszczególnych spraw.

Agata Jóźwiak, radca prawny, praktyka postępowań sądowych i arbitrażowych

dr Maciej Kielbowski, adwokat, praktyka sporów administracyjnych, praktyka postępowań sądowych i arbitrażowych

Ochrona sygnalistów

Kadra zarządzająca polskim oddziałem międzynarodowej spółki otrzymała wiadomość od jednego z pracowników. Pracownik opisał w niej szereg nieprawidłowości, jakich dopuszczać się miał kierownik jednej z placówek firmy na terenie Polski. Nieprawidłowości dotyczyły m.in. niewłaściwego zarządzania placówką oraz stosowania mobbingu wobec podległych pracowników. Firma przeprowadziła postępowanie wyjaśniające, które potwierdziło stawiane kierownikowi zarzuty. Kierownik został zwolniony w trybie dyscyplinarnym, ale zakwestionował tryb zwolnienia przed sądem pracy. W trakcie postępowania sądowego pracodawca, dowodząc swoich racji, był zmuszony ujawnić tożsamość osoby zgłaszającej nieprawidłowości. Osoba ta została natychmiast pozwana przez zwolnionego pracownika o naruszenie jej dóbr osobistych.



Łukasz Lasek



Magdalena Kotowicz

Sygналиści, czyli osoby zgłaszające nieprawidłowości, tradycyjnie narażeni są na działania odwetowe ze strony podmiotu, którego dotyczą zgłaszane nieprawidłowości. Takie działania mogą przybierać różne formy (np. zwolnienie dyscyplinarne, zerwanie łączącej strony umowy, cofnięcie pozwolenia na wykonywanie określonej działalności, dyskryminacja).

Opisany przypadek pokazuje jednak, że działania odwetowe wobec sygnalisty mogą być podejmowane także przez osoby, które wskutek jego zgłoszenia zostały usunięte z organizacji. Czy sygnaliście przysługuje ochrona przed takimi działaniami?

Negatywne wypowiedzi o innych

Polskie prawo przewiduje silną ochronę dóbr osobistych człowieka. Należą do nich cześć i dobre imię. Mogą one zostać naruszone przez wypowiedzi, które stawiają daną osobę w negatywnym świetle. Taką wypowiedzią może być zgłoszenie pracodawcy, że inny pracownik nieprawidłowo wykonuje swoje obowiązki albo dopuszcza się innego niewłaściwego zachowania.

Nie każdą jednak taką wypowiedź, zawierającą fakty lub opinie o negatywnych działaniach lub zaniechaniach, należy uznać za bezprawną. Zgodne z prawem są wypowiedzi zawierające prawdziwe twierdzenia o faktach i uczciwe opinie, nieujawniające poufnych i prywatnych informacji. Zgodne z prawem są również (nawet nieprawdziwe) wypowiedzi o innych osobach, stawiające je w negatywnym świetle, o ile zostały wypowiedziane w celu ochrony uzasadnionego interesu społecznego. Przykładem takich wypowiedzi są materiały dziennikarskie. Dziennikarz nie ponosi zasadniczo odpowiedzialności za nieprawdziwe twierdzenie o faktach, jeżeli dochował należytej staranności w przygotowaniu materiału.

Ochrona prawna sygnalisty

Jeżeli sygnalista zostaje pozwany o ochronę dóbr osobistych, może bronić się przed roszczeniami, wykazując, że jego wypowiedzi były prawdziwe. W tego typu sprawach polskie prawo przewiduje jednak tzw. odwrócony ciężar dowodu. To sygnalista musi udowodnić, że jego wypowiedzi były prawdziwe, a opinie rzetelne i sprawiedliwe. Dla wielu sygnalistów, zwłaszcza niewspieranych przez pracodawcę, udźwignięcie ciężaru dowodowego może być poważnym wyzwaniem.

Dlatego też uważamy, że sygnalista korzysta z ochrony na podobnych zasadach jak dziennikarz. Nie odpowiada za twierdzenia przedstawione pracodawcy o innych pracownikach, nawet nieprawdziwe, jeżeli dokonał ich w dobrej wierze i w celu ochrony interesu społecznego i interesu pracodawcy.

Dlaczego ochrona sygnalistów jest ważna

Sygnalistami są osoby z wewnątrz organizacji – jej pracownicy lub osoby wykonujące pracę na jej rzecz (np. kontra-

henci). Mają największą wiedzę na jej temat – jak funkcjonuje, jakie ma problemy, z czego te problemy wynikają. Badania pokazują, że zgłoszenie od takiej osoby (ang. *tip off*), zakorzenionej w strukturze wewnętrznej danego podmiotu, jest jednym z najskuteczniejszych narzędzi wykrywania nadużyć i nieprawidłowości w miejscu pracy, z których wiele nie ujrzałoby światła dziennego, gdyby nie postawa sygnalistów. Jednocześnie osoby te bardzo wiele ryzykują. Mogą stracić pracę i środki do życia. Mogą być szykanowane i dyskryminowane. Mogą zostać pozwane i będą musiały borykać się z prowadzeniem wieloletniej obrony sądowej.

Ochrona sygnalistów w prawie europejskim i w Polsce

W Polsce brakuje instrumentu prawnego, który w jasny sposób przyznawałby ochronę sygnalistom. W 2017 i 2018 r. przyjęto albo zaprojektowano szereg nowych instrumentów chroniących sygnalistów sektorowo (m.in. ustawa o praniu pieniędzy i przeciwdziałaniu terroryzmowi oraz nowelizacja ustawy o nieuczciwej konkurencji w zakresie ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa). Wymóg wdrożenia w przedsiębiorstwach systemu zgłaszania nieprawidłowości, przeprowadzania wewnętrznych postępowań wyjaśniających oraz usuwania potwierdzonych nieprawidłowości wprowadza projektowana nowa ustawa o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych. Na poziomie unijnym projektowana jest dyrektywa, która będzie zobowiązywała państwa, aby nakazać dużym przedsiębiorcom oraz samorządom wprowadzenie mechanizmu zgłaszania nieprawidłowości dotyczących naruszenia prawa UE.

Wprowadzane rozwiązania mają jednak ograniczony zakres działania – albo podmiotowy, albo przedmiotowy. Przydałoby się podejście horyzontalne. Takie rozwiązanie proponuje koalicja organizacji pozarządowych, która przygotowała społecznie projekt kompleksowej ustawy o ochronie sygnalistów. Ochrona miałaby przysługiwać sygnalistom informującym o szerokim zakresie spraw zagrażających interesowi publicznemu, np. nie tylko o korupcji, ale również o mobbingu, przestępstwach przeciwko środowisku, własności intelektualnej, nieprzestrzeganiu regulacji wewnętrznych i kodeksów etyki. Przykładowo art. 14 projektowanej ustawy wprowadza wprost ochronę sygnalistów przed roszczeniami o ochronę dóbr osobistych („zgłoszenie nieprawidłowości dokonane w dobrej wierze i w interesie publicznym, z zachowaniem zasad i trybu przewidzianych w niniejszej ustawie nie stanowi naruszenia dóbr osobistych osoby, której dotyczy zgłoszenie”).

Braku ustawowej regulacji chroniącej sygnalistów nie należy utożsamiać z brakiem ochrony osób zgłaszających nieprawidłowości na gruncie obecnych przepisów. Taka ochrona wynika z Konstytucji oraz Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Zgodnie z europejskim orzecznictwem ochronie podlegają sygnaliści-pracownicy sektora publicznego i prywatnego, którzy działają w dobrej wierze. Zgłoszenia przez nich dokonywane mogą dotyczyć informacji tajnych lub poufnych, informacje te jednak muszą być prawdzi-

ochrona
sygnalistów

zgłaszanie
nieprawidłowości

ochrona
pracowników

prawa człowieka

we, a szkoda, jakiej doznał podmiot, o którym informacje zostały ujawnione, nie może przewyższać korzyści powstałych w wyniku ujawnienia informacji (zob. sprawy *Guja przeciwko Mołdawii*, skarga nr 1427/04, *Heinsich przeciwko Niemcom*, skarga nr 28274/08, *Marchenko przeciwko Ukrainie*, skarga nr 4063/04).

Także sądy zaczynają uznawać ochronę sygnalisty w sprawach o naruszenie dóbr osobistych. W podobnej do opisanej sprawie Sąd Okręgowy w Piotrkowie Trybunalskim orzekł, że pracownicy zgłaszający pracodawcy zastrzeżenia dotyczący zachowania innego pracownika, którzy zostali później zwolnieni, działali zgodnie z prawem i korzystali z ochrony przyznanej pracownikom-sygnalistom. Nie powinni oni również doświadczać działań odwetowych ze strony pracodawcy i innych osób, których dotyczyło dokonane zgłoszenie. Zdaniem sądu na gruncie przepisów pol-

skiego prawa pracy pracodawca ma obowiązek organizować pracę w sposób zapewniający zmniejszenie jej uciążliwości, przeciwdziałać dyskryminacji w zatrudnieniu, stosować sprawiedliwe i obiektywne kryteria oceny pracowników oraz wyników ich pracy, a także przeciwdziałać mobbingowi. Jest także obowiązany do stworzenia pracownikom możliwości zgłaszania o nieprawidłowościach, które potem powinien weryfikować i podejmować w ich przedmiocie odpowiednie działania. Pracownicy informujący pracodawcę o nieprawidłowościach w miejscu pracy, o ile robią to w dobrej wierze, korzystają z ochrony.

Łukasz Lasek, adwokat, partner, solicitor Anglii i Walii (obecnie nie praktykuje), praktyka postępowań sądowych i arbitrażowych oraz praktyka karna

Magdalena Kotowicz, praktyka karna



Ciemna strona żółtych związków

Z powodu braku zgody jedynej zakładowej organizacji związkowej pracodawca nie mógł wprowadzić zmian do regulaminu wynagradzania. Część załogi popierała jednak zmiany proponowane przez pracodawcę. Możliwym rozwiązaniem było w tej sytuacji utworzenie kolejnej, konkurencyjnej zakładowej organizacji związkowej. Brak wspólnego stanowiska obu zakładowych organizacji związkowych uprawniałby pracodawcę do samodzielnego wprowadzenia zmian. Czy jednak taki sympatyzujący z pracodawcą związek byłby legalnie działającą organizacją związkową?



Agnieszka Lisiecka



dr Marcin Wujczyk

Związki zawodowe powoływane z inicjatywy pracodawcy lub z nim współpracujące w celu forsowania rozwiązań zgodnych z oczekiwaniami pracodawcy określane są mianem związków przesowskich lub żółtych. Nazwa „żółte związki zawodowe” została wymyślona przez ruch komunistyczny dla odróżnienia „czerwonych” klasowych związków od powstających w ślad za papieską encykliką „Rerum novarum” chrześcijańskich stowarzyszeń robotniczych o podejściu solidarystycznym. Pierwotne znaczenie tego określenia jest więc odmienne od obecnego. Istnienie żółtych związków zawodowych jest dla pracodawcy korzystne, w szczególności gdy napotyka on trudności we wprowadzeniu aktów wewnętrzzakładowych, takich jak regulamin wynagradzania.

„Nie” związków zawodowych dla zmian w regulaminie wynagradzania

Zasady wprowadzania zmian do regulaminu wynagradzania są mocno sformalizowane i wymagają współdziałania pracodawcy i organizacji związkowej (jeśli działają one w zakładzie pracy). Jeśli u pracodawcy funkcjonuje jedna zakładowa organizacja związkowa, pracodawca ma obowiązek uzgodnić z nią zmianę regulaminu wynagradzania (art. 77² § 4 Kodeksu pracy). Brak takiej zgody uniemożliwia dokonanie zmiany – przepisy nie przewidują żadnej alternatywy. Pracodawcy pozostaje jedynie dialog i poszukiwanie kompromisu.

Obowiązek uzgodnienia istnieje również w sytuacji, gdy u pracodawcy działa kilka organizacji związkowych. W tym jednak przypadku, jeśli wszystkie organizacje związkowe albo co najmniej organizacje związkowe reprezentatywne w rozumieniu art. 241^{25a} Kodeksu pracy nie przedstawią wspólnie uzgodnionego stanowiska w terminie 30 dni od dnia przedłożenia projektu regulaminu, pracodawca jest uprawniony do samodzielnego wprowadzenia zmian do regulaminu (takie było brzmienie art. 30 ust. 5 ustawy o związkach zawodowych w momencie udzielania wsparcia klientowi). Innymi słowy, jeśli organizacje związkowe (wszystkie lub co najmniej reprezentatywne) nie dojdą do porozumienia, pracodawca będzie mógł działać z pominięciem obowiązku uzyskania ich zgody. Jeśli natomiast wszystkie organizacje sprzeciwią się wprowadzeniu zmian do regulaminu, pracodawca nie będzie miał prawa ich dokonać. Pracodawca nie może wprowadzić zmian również wówczas, gdy przeciwko nim opowiedzą się zgodnie wszystkie działające organizacje reprezentatywne, nawet jeśli za zmianami opowiedzą się mniejsze organizacje mające status niereprezentatywnych.

Powyższa reguła nie daje jednak łatwej odpowiedzi w dwóch przypadkach:

- gdy u pracodawcy działa tylko jedna organizacja reprezentatywna opowiadająca się przeciwko wprowadzeniu zmian do regulaminu wynagradzania i jedna organizacja niereprezentatywna opowiadająca się za wprowadzeniem zmian,

- gdy u pracodawcy obok organizacji reprezentatywnej niechętniej zmianom regulaminu funkcjonuje kilka organizacji niereprezentatywnych, z których co najmniej jedna chce wprowadzenia zmian przedstawionych przez pracodawcę.

Nie jest bowiem jasne, czy w takiej sytuacji pracodawca jest związany stanowiskiem organizacji reprezentatywnej (a więc nie może dokonać zmian w regulaminie), czy też może, wskazując na rozbieżność pomiędzy działającymi u niego organizacjami związkowymi, zmienić zasady wynagradzania. Poglądy są tu zróżnicowane. Niektórzy autorzy przyjmują, że stanowisko organizacji reprezentatywnej jest decydujące. Wskazują oni, że intencją ustawodawcy było wzmocnienie organizacji zrzeszających znaczną liczbę pracowników. Stanowisko takiego podmiotu powinno więc być zawsze wiążące. Jeśli zatem jedyna organizacja reprezentatywna jest przeciwna proponowanym przez pracodawcę zmianom, to choć nie ma wspólnie wypracowanego stanowiska z pozostałymi działającymi u niego związkami, pracodawca jest tą opinią związany i nie może wprowadzić samodzielnie zmian w regulaminie wynagradzania.

Inni autorzy odwołują się jednak do literalnego brzmienia art. 30 ust. 5 ustawy o związkach zawodowych. Przepis ten mówi o „wspólnie uzgodnionym stanowisku organizacji reprezentatywnych” (a więc co najmniej dwóch). Jeśli u pracodawcy działa tylko jedna organizacja reprezentatywna, nie można mówić o uzgadnianiu stanowisk, które wiązałoby pracodawcę. W takim przypadku wszystkie organizacje są traktowane równorzędnie bez względu na wielkość i status. Rozbieżne stanowiska co do wprowadzenia zmian do regulaminu wynagradzania (w analizowanym przykładzie jednej organizacji reprezentatywnej opowiadającej się przeciw zmianom oraz jednej organizacji niereprezentatywnej opowiadającej się za zmianami) dają pracodawcy swobodę we wdrożeniu zmian. Takie stanowisko zajął Sąd Najwyższy m.in. w wyroku z 8 września 2015 r. (I PK 234/14).

To ostatnie stanowisko jest obecnie dominujące w doktrynie i orzecznictwie. Dlatego jeśli w danym zakładzie pracy działa tylko jedna organizacja związkowa lub jeśli spośród kilku organizacji związkowych tylko jedna ma charakter reprezentatywny, w interesie pracodawcy jest powstanie związku (nawet niewielkiego), który będzie umiał działać z pracodawcą w porozumieniu. Jeśli natomiast u pracodawcy działają co najmniej dwie reprezentatywne organizacje związkowe, wówczas powołanie kolejnej organizacji działającej po myśli pracodawcy będzie dla pracodawcy korzystne tylko pod warunkiem, że nowo powołana organizacja będzie miała przymiot reprezentatywnej. W przeciwnym przypadku zgodne stanowisko dwóch (lub więcej) organizacji reprezentatywnych zawsze przeważa stanowisko organizacji niereprezentatywnych, a pracodawca nie będzie mógł działać wbrew zaprezentowanej przez te związki opinii.

związki
zawodowe

prawa zbiorowe
pracowników

niezależność
związków
zawodowych

wewnątrz-
zakładowe
źródła
prawa pracy

Niezależność to nie brak współpracy

Powstanie nowych organizacji często spotyka się jednak z zarzutem ingerowania pracodawcy w swobodę działalności związkowej. Oponenti podnoszą, że prezesowski związek nie jest niezależny od pracodawcy i nie działa w interesie pracowników, w związku z czym stanowisko takiego związku nie powinno być brane pod uwagę.

Ocena legalności działań sympatyzującego z pracodawcą związku może budzić wątpliwości. Fundamentalną regułą funkcjonowania przedstawicielstwa pracowniczego jest niezależność związków zawodowych. Została ona wprost wyrażona w ustawie o związkach zawodowych czy w Konwencji Nr 98 Międzynarodowej Organizacji Pracy dotyczącej stosowania zasad prawa organizowania się i rokowań zbiorowych. Trudno jednak uznać, że naruszeniem niezależności związku zawodowego jest zachęcanie pracowników do powołania takiego związku (nawet jeśli miałby być on alternatywą dla związków zawodowych już działających w zakładzie pracy). Wprawdzie takie działania budzą wątpliwość, czy przypadkiem pracodawca nie chce wpływać na powołany związek, jednak póki nie podejmie on próby ingerencji w działalność związkową, nie można mówić o naruszeniu zasady niezależności.

Równie wiele wątpliwości rodzi zarzut działania przez związek w interesie pracodawcy. Kwestia ta jest wielowymiarowa. Związek zawodowy powinien podejmować działania, które mają za cel dobro pracowników. Ostatecznie jednak to związek samodzielnie decyduje, jakie działania uznaje za korzystne dla pracowników, a jakie nie (często zresztą powstają na tym tle spory między organizacjami związkowymi: jedne z nich dopuszczają wyłącznie działania przynajmniej korzystne dla pracowników, inne natomiast godzą się na działania niekorzystne, licząc, że w długofalowej perspektywie pozwolą one np. zachować stanowiska pracy). Z drugiej jednak strony należy pamiętać, że zgodnie z ustawą o związkach zawodowych związki w zakresie praw i interesów zbiorowych reprezentują wszystkich pracowników, niezależnie od ich przynależności (art. 7 ust. 1). Związek zawodowy nie powinien więc usprawiedliwiać swojego działania, argumentując, że daną decyzję uznał za korzystną dla swoich członków. Ma on obowiązek wziąć pod uwagę również to, czy dana decyzja jest korzystna dla całej załogi. Powszechne tymczasem jest stawianie interesu swoich członków ponad interes pozostałych zatrudnionych.

Z dużą więc ostrożnością należy podchodzić do przypisywania związkom zawodowym przymiotu prezesowskich jedynie w oparciu o to, czy ich działanie jest oceniane jako korzystne dla pracowników. Ustawodawca przyznał prawo tworzenia związku zawodowego minimum 10 osobom wykonującym pracę zarobkową. Mają one prawo decydowania o tym, jakie działania związkowe uznają za słuszne

i korzystne dla swoich członków, o ile spełniają wymagane przez ustawę kryteria liczby członków. Negatywna ocena współdziałania związku i pracodawcy nie może być podstawą do odmawiania mu możliwości korzystania z ustawowych kompetencji.

Prezesowski nie oznacza nielegalny

Nawet jeśli związek zawodowy faktycznie działa w interesie pracodawcy, a nie pracowników, brak jest podstaw, by uznać jego działania za nieskuteczne czy nielegalne. Ustawodawca nie wprowadził tu bowiem żadnego mechanizmu weryfikacji. Wynika to z faktu, że ustalenie, co jest, a co nie jest korzystne dla członków związku zawodowego, jest kwestią często subiektywną. Próby ustalenia w drodze powództwa sądowego, że taki związek nie ma prawa do podejmowania działań, czy też zainicjowanie procedury jego delegalizacji, należy uznać za nierokujące dużych szans na sukces. Odpowiedzią na problem prezesowskich związków zawodowych jest bowiem możliwość utworzenia kolejnego związku zawodowego. Pracownicy, którzy uznają, że dany związek zawodowy działa na ich szkodę, mogą powołać kolejną, liczniejszą organizację związkową i w ten sposób odebrać znaczenie tej, która w ich ocenie działa wbrew interesom załogi.

Czarno na białym?

W omawianej sprawie pracodawcy udało się wypracować kompromis z działającą organizacją związkową i wprowadzić zmiany do regulaminu wynagradzania.

Warto zauważyć, że znowelizowana ustawa o związkach zawodowych wprowadziła mechanizmy ograniczające znaczenie małych niereprezentatywnych organizacji (a właśnie takim najczęściej zarzuca się działanie w interesie pracodawcy). Zgodnie z przepisami obowiązującymi od 1 stycznia 2019 r. nawet jeśli w zakładzie funkcjonuje tylko jeden reprezentatywny związek zawodowy, to jego stanowisko co do wprowadzenia regulaminu wynagradzania, inaczej niż na gruncie poprzednich przepisów, będzie wiążące również wówczas, gdy jedna lub kilka organizacji niereprezentatywnych będą miały odmienny pogląd. Warunkiem jest jednak, by organizacja reprezentatywna zrzeszała co najmniej 5% osób wykonujących pracę zarobkową zatrudnionych przez danego pracodawcę. Powołanie niewielkiego żółtego związku zawodowego nie pozwoli więc pracodawcy działać samodzielnie, nawet jeśli między jedną reprezentatywną i istniejącymi organizacjami niereprezentatywnymi będzie istniała rozbieżność.

Agnieszka Lisiecka, adwokat, współnik odpowiedzialny za praktykę prawa pracy

dr Marcin Wujczyk, radca prawny, praktyka prawa pracy

związki
zawodowe

prawa zbiorowe
pracowników

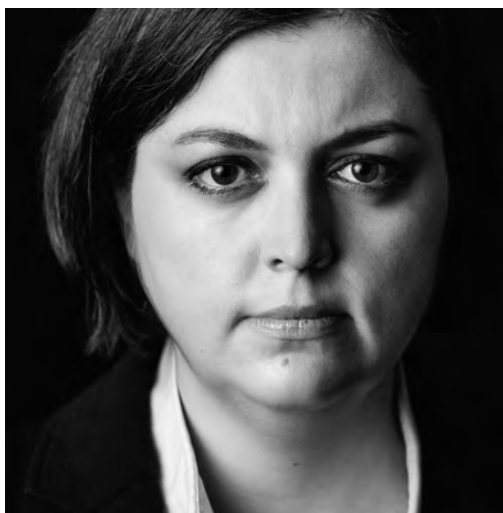
niezależność
związków
zawodowych

wewnątrz-
zakładowe
źródła
prawa pracy

G

Granice wewnętrznych postępowań wyjaśniających

Pracownik działu sprzedaży spółki zajmującej się sprzedażą produktów własnych zgłosił członkowi jej zarządu swoje podejrzenia, że jego przełożony – kierownik działu sprzedaży – przekazuje poufne informacje konkurentowi spółki. Pracownik dowiedział się o tym, gdyż był przypadkowym odbiorcą mejla wysłanego przez jego przełożonego do konkurenta spółki. Spółka postanowiła wszcząć wewnętrzne postępowanie wyjaśniające.



dr Marta Derlacz-Wawrowska



Katarzyna Żukowska

W omawianej sytuacji postępowanie wyjaśniające miało chronić zasoby informacyjne spółki, określić rozmiary zaistniałej szkody i zapobiec podobnym przypadkom na przyszłość. Celem pracodawcy było wprowadzenie zabezpieczeń technicznych i organizacyjnych, a także podjęcie sankcji wobec pracownika, który naruszył swoje obowiązki. Na marginesie warto jednak dodać, że niekiedy podjęcie czynności wyjaśniających przez pracodawcę jest obowiązkiem prawnym. Tak jest np. w przypadku naruszeń w zakresie bezpieczeństwa i higieny pracy czy też zgłoszeń dotyczących molestowania i mobbingu, a to ze względu na przewidziane prawem obowiązki pracodawcy dotyczące przeciwdziałania zagrożeniom w środowisku pracy.

Skutecznie, ale w granicach prawa

Gdy trzeba wszcząć wewnętrzne postępowanie wyjaśniające, pracodawca staje przed pytaniem, jakie działania podejmować i w jakich granicach prawnych się poruszać. Chodzi bowiem o to, by skutecznie zrealizować cele postępowania, ale nie narazić się przy tym na zarzuty naruszenia prawa. Mogłyby one spowodować odpowiedzialność pracodawcy lub umożliwić podważenie zebranych dowodów albo uniemożliwić posługiwanie się nimi. Choć bowiem w polskim systemie prawnym generalnie nie obowiązuje reguła „owoców zatrutego drzewa”, która uniemożliwiałaby posługiwanie się w postępowaniach sądowych dowodami zebranymi z naruszeniem prawa, to jednak posługiwanie się takimi dowodami może być podstawą roszczeń osób trzecich (np. byłych pracowników, których prywatność została naruszona). Może też wpływać na ocenę działalności pracodawcy w kontekście zasad współzycia społecznego, co mogłoby negatywnie oddziaływać na rozstrzygnięcie sporu dotyczącego roszczeń cywilnych.

Postępowanie na pewno przebiegnie sprawniej, jeżeli u pracodawcy zawczasu wdrożono odpowiednie zasady prowadzenia wewnętrznych postępowań dotyczących wyjaśniania nieprawidłowości, wprowadzono politykę prywatności, a także prawidłowo uregulowano kwestie związane z monitoringiem. Uregulowane powinny też być zasady przekazywania danych osobowych pomiędzy pracodawcą a innymi podmiotami, w szczególności spółkami grupy. Przepisy prawa z reguły bowiem nie określają bezpośrednio zasad prowadzenia takiego postępowania, nawet jeśli prawo wymaga od pracodawcy podjęcia działań wyjaśniających.

Kłopoty mogą powstać przykładowo, jeżeli pracodawca nie wdrożył, zgodnie z wymogami Kodeksu pracy, zasad monitoringu udostępnionych pracownikom narzędzi pracy, w tym komputerów, telefonów i zainstalowanych na nich aplikacji, m.in. służbowej poczty elektronicznej i komunikatorów internetowych. Pracodawca powinien określić zakres takiego monitoringu (czy zbiera jedynie metadane, czy ma też dostęp do treści przesyłanych wiadomości, a jeżeli tak, to w jakich przypadkach) i poinformować o tym pracowników w wymagany sposób. Jeśli pracodawca tego zaniedbał, to na etapie pozyskania informacji o nie-

uprawnionych kontaktach pracownika z konkurencją sięgnięcie do tych danych będzie się wiązało z ryzykiem nie tylko naruszenia dóbr osobistych pracownika, w szczególności jego prywatności, ale także z ryzykiem zarzutu przetwarzania danych osobowych bez należytej podstawy. Grozi za to nie tylko przewidziana RODO kara administracyjna, ale także odpowiedzialność karna na gruncie ustawy z 10 maja 2018 r. o ochronie danych osobowych, ewentualnie zarzut niedopełnienia obowiązku informacyjnego wymaganego przez RODO, co także zagrożone jest ww. ryzykiem nałożenia kary administracyjnej. Kwestia ta komplikuje się jeszcze bardziej, jeżeli u pracodawcy dopuszczalne jest korzystanie z narzędzi pracy i aplikacji również w celach prywatnych. Pamiętać należy, że zasadniczo wdrożenie jakichkolwiek form monitorowania pracowników lub osób zatrudnionych na innej podstawie prawnej niż umowa o pracę może wiązać się z koniecznością przeprowadzenia oceny skutków monitorowania dla ochrony danych osobowych. Przewidziano ją w art. 35 RODO. Niedokonanie takiej oceny także może skutkować nałożeniem kary administracyjnej. Ocena powyższych ryzyk zawsze zależy od okoliczności konkretnej sprawy, niemniej jednak wszelkie nieprawidłowości w tych obszarach mogą potencjalnie stać się przedmiotem kontroli Prezesa Urzędu Ochrony Danych Osobowych, jeśli podejmie on wiadomości na ich temat.

Dziś dobra praktyka, wkrótce obowiązek

Można się spodziewać, że w ciągu kilku lat na pracodawców zostanie nałożony obowiązek wprowadzenia wewnętrznych regulacji dotyczących badania zgłoszonych przez pracowników nieprawidłowości zaistniałych w organizacji (2018/0106(COD)). W kwietniu 2018 r. opublikowano projekt dyrektywy w sprawie ochrony osób zgłaszających przypadki naruszenia prawa Unii. Przewiduje on, że od połowy 2021 r. zasadniczo wszyscy pracodawcy zatrudniający pięćdziesiąt lub więcej osób będą musieli wprowadzić procedury zgłaszania i badania przypadków działań lub zaniechań mogących naruszać zasady dotyczące określonych dziedzin prawa, w tym m.in. zamówień publicznych, usług finansowych, bezpieczeństwa produktów, żywności czy transportu, ochrony środowiska, konsumentów czy ochrony prywatności i danych osobowych, a także bezpieczeństwa sieci i systemów informatycznych.

Zgodnie z projektem procedura taka powinna przewidywać formy dokonywania zgłoszeń zapewniające poufność tożsamości zgłaszającego. Powinna też wskazywać osobę lub jednostkę, która starannie zbada sprawę w rozsądnym czasie, nieprzekraczającym zasadniczo trzech miesięcy od zgłoszenia, a także przekazać zgłaszającemu informacje zwrotne dotyczące efektów przeprowadzonych działań. Analogiczne projekty pojawiły się także na gruncie polskim. Przewiduje je rządowy projekt ustawy o jawności życia publicznego, nad którym jednak prace w ostatnich miesiącach zostały praktycznie zatrzymane, oraz, w odniesieniu do podmiotów sektora finansów publicznych, obywatelski projekt ustawy o ochronie sygnalistów, który nie został jeszcze wniesiony do Sejmu.

postępowania
wewnętrzne

procedury
pracownicze

sygnaliści

ochrona dóbr
osobistych

bezpodstawne
oskarżenie

Ochrona danych naruszyciela?

Badając zasady, jakimi należy się kierować, prowadząc postępowania wyjaśniające, należy odwołać się do regulacji z różnych gałęzi prawa. Trzeba uwzględnić kwestie ochrony dóbr osobistych zgłaszającego oraz osób, których dotyczy postępowanie, ochrony ich danych osobowych, a w pewnych okolicznościach faktycznych także regulacje prawa karnego.

Z perspektywy poufności postępowań wyjaśniających istotne znaczenie ma realizacja obowiązku informacyjnego wobec osób, których dane osobowe są przetwarzane w związku z tym postępowaniem, wymaganego na gruncie art. 13-14 RODO. Realizacja tego obowiązku następuje poprzez poinformowanie podmiotu danych m.in. o tożsamości i danych kontaktowych administratora, kategoriach przetwarzanych danych, źródle ich pozyskania, celu ich przetwarzania, a także komu są one przekazywane i jakie prawa przysługują podmiotowi danych w związku z przetwarzaniem jego danych. Zasadniczo zatem, w okolicznościach niniejszej sprawy, należało poinformować osobę obwinioną o naruszenie oraz pracownika konkurenta (a zatem również konkurenta) o tym, że spółka prowadzi wobec nich postępowanie wyjaśniające, a w zależności od jego wyników może podejmować wobec nich dalsze działania prawne.

Przekazanie takiej informacji na etapie postępowania wyjaśniającego wydaje się co najmniej niepożądane, jednak niedopełnienie przez administratora obowiązku informacyjnego wiąże się z ryzykiem odpowiedzialności na gruncie RODO. Na szczęście w opisywanej sprawie wprowadzony w spółce system wyjaśniania nieprawidłowości oparty o wytyczne przedstawione w opinii Grupy Roboczej Art. 29 nr 1/2006, a także wytyczne Europejskiego Inspektora Danych Osobowych z lipca 2016 r. (dotyczące jednak instytucji unijnych, a nie podmiotów sektora prywatnego) szczegółowo określał nie tylko zasady prowadzenia postępowań wewnętrznych, ale także zawierał informacje wymagane na gruncie art. 14 RODO. W związku z tymi regulacjami pracodawcy poinformowanie osób, których postępowanie dotyczy, o jego wszczęciu mogło zostać odroczone, a nawet zaniechane.

W tym zakresie pojawiło się pytanie o zgodność takich regulacji z RODO. Zasadniczo bowiem obowiązku informacyjnego należy dopełnić w rozsądnym terminie po pozyskaniu danych osobowych, najpóźniej w ciągu miesiąca. Jeżeli zaś planuje się ujawnić dane osobowe innemu odbiorcy (przykładowo innej spółce grupy zajmującej się prowadzeniem postępowań wyjaśniających w grupie) – najpóźniej przy ich pierwszym ujawnieniu. Jednakże w sytuacji, gdy przekazanie informacji przewidzianych w art. 14 ust. 1 i 2 RODO może uniemożliwić lub poważnie utrudnić realizację celów przetwarzania danych, obowiązek informacyjny może ulec wyłączeniu, przy zapewnieniu jednak przez administratora odpowiednich środków, aby chronić prawa i wolności oraz prawnie uzasadnione interesy osoby, której dane dotyczą.

W omawianej sprawie spółka zdecydowała się skorzystać z tego wyjątku w odniesieniu do obwinionego i pracownika konkurenta spółki.

Udział podmiotów trzecich

Jeśli w prowadzenie postępowania wyjaśniającego zaangażowane są podmioty inne niż tylko pracodawca, przykładowo inna spółka grupy (jak to miało miejsce w niniejszej sprawie) czy też zewnętrzne podmioty świadczące usługi w zakresie dochodzeń wewnętrznych i zbierania dowodów, konieczne jest uregulowanie kwestii związanych z dostępem takich podmiotów do informacji, w tym danych osobowych, zebranych i przetwarzanych w ramach udzielanego przez nie pracodawcy wsparcia. W omawianej sprawie postępowanie wyjaśniające prowadził na zlecenie zarządu spółki zespół *compliance* wspólnika spółki z siedzibą w Unii Europejskiej. Pomiędzy spółką i wspólnikiem została zawarta umowa powierzenia przetwarzania zgodna z wymogami art. 28 RODO, co jest jednym z możliwych rozwiązań – zasadniczo okoliczności faktyczne i rzeczywista rola podmiotów zaangażowanych w przetwarzanie danych powinny mieć rozstrzygające znaczenie w tym zakresie.

Skutki dla zgłaszającego

Prowadząc postępowanie wyjaśniające, należy się zastanowić, co jeśli po zbadaniu sprawy oskarżenia o bezprawne kontakty z konkurencją się nie potwierdzą. W omawianej sprawie pracownik miał wystarczające podstawy, by rozsądnie przypuszczać, że nieuprawnione kontakty z konkurencją faktycznie mają miejsce. Forma zgłoszenia też była stonowana. Pozwalało to uznać jego działanie za podjęte w dobrej wierze i w granicach prawa.

Nawet więc gdyby na dalszym etapie badania zarzuty miały się nie potwierdzić, nie powinno to uzasadniać sankcji wobec zgłaszającego ani ze strony obwinionego, ani jego pracodawcy. Pracodawca powinien zadbać, by w przyszłości zgłaszający nie doznawał reperkusji ze strony swojego przełożonego, którego dotyczyło zgłoszenie. Chociaż bowiem obecnie prawo, poza przepisami branżowymi, nie przewiduje szczególnej ochrony dla osób dokonujących zgłoszeń w dobrej wierze (sygnalistów), to zakaz sankcji z tego tytułu można wywieść z przepisów prawa pracy, w tym z nakazu równego traktowania i zakazu dyskryminacji pracowników. Odpowiada to także uznanym standardom międzynarodowym. Warto przy tym wskazać, że potrzebę ochrony sygnalistów dostrzega orzecznictwo sądowe (por. np. wyrok Sądu Najwyższego z 6 marca 2018 r., II PK 75/17).

Należy jednak podkreślić, że na ochronę nie zasługują zgłoszenia dokonane w złej wierze, czyli m.in. takie, co do których zgłaszający wiedział, że nie mają pokrycia w faktach, lub których dokonano w formie przekraczającej granice dozwolonej krytyki. W takim wypadku uzasadnione są roszczenia wobec zgłaszającego z tytułu naruszenia dóbr osobistych osoby, której zgłoszenie dotyczyło. Pracodawca

postępowania
wewnętrzneprocedury
pracownicze

sygnaliści

ochrona dóbr
osobistychbezpodstawne
oskarżenie

może też np. rozwiązać umowę ze zgłaszającym, który działał w złej wierze.

Podsumowując, warto rozważyć wprowadzenie wewnętrznych procedur wyjaśniania zgłoszonych nieprawidłowości, z należyтым uwzględnieniem granic postępowania wyznaczonych zwłaszcza przez przepisy dotyczące ochrony dóbr

osobistych i danych osobowych – mimo że określenie takich procedur, co do zasady, nie jest obecnie obowiązkowe.

dr Marta Derlacz-Wawrowska, radca prawny, praktyka prawa pracy

Katarzyna Żukowska, adwokat, praktyka prawa pracy



P

Przeszukanie UOKiK w pigułce

W pierwszym kwartale urzędnicy UOKiK przeszukali siedzibę polskiej spółki X należącej do międzynarodowego koncernu spożywczego. Kontrola przebiegła sprawnie, jednak co i rusz pojawiały się różnorakie wątpliwości ze strony władz i pracowników. Jednym z zastrzeżeń było skopiowanie ze skrzynek pocztowych członków zarządu korespondencji z zewnętrznymi prawnikami spółki. Władze miały też pytania ogólniejszej natury, np. czy mogą wstrzymać kontrolę UOKiK lub zaskarżyć ją do sądu. Pracownicy byli z kolei zdezorientowani obecnością Policji towarzyszącej urzędnikom UOKiK.



Sabina Famirska

Z czym mamy do czynienia

Przeszukanie jest jednym z najpotężniejszych uprawnień organów antymonopolowych. Jego celem jest pomoc w pozyskaniu dowodów w sprawach, w których istnieje podejrzenie naruszeń antymonopolowych, np. zawarcia niedozwolonej zмовы cenowej czy nadużywania pozycji dominującej. W istocie jest narzędziem podobnym do przeszukania prokuratorskiego w postępowaniu karnym. Jednocześnie jest instytucją bardzo mocno ingerującą w życie kontrolowanych podmiotów, a to z racji szerokiego uprawnień urzędników prowadzących czynności przeszukiwania. Z tego też powodu na przeszukiwanie musi wydać zgodę Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, który wydaje postanowienie w tym przedmiocie jedynie wówczas, gdy istnieje podejrzenie poważnego naruszenia przepisów antymonopolowych. Musi to zrobić w ciągu 48 godzin od złożenia wniosku przez UOKiK.

Przeszukanie UOKiK ma charakter niezapowiedziany, stąd też angielska nazwa tej instytucji: *dawn raid* – „nalot o świcie”. Nazwa ta może być nieco myląca, bowiem czynności przeszukiwania wcale nie zaczynają się o świcie. Kontrolujący mają obowiązek respektować godziny pracy kontrolowanego przedsiębiorcy i przeprowadzać czynności w sposób niezakłócający pracy przedsiębiorstwa. A zatem jeżeli godziny pracy to 9.00-17.00, można spodziewać się, że kontrolerzy pojawią się po godz. 9.00 i wyjdą o 17.00.

Kontrolerzy UOKiK mogą przeprowadzić przeszukiwanie z udziałem Policji (z reguły tak się dzieje), mogą też nagrywać czynności przeszukiwania, podobnie jak to ma miejsce w przeszukaniu prokuratorskim. Przeszukiwanie nie musi też odbywać się jedynie w siedzibie lub zakładzie kontrolowanego przedsiębiorcy. W skrajnych przypadkach Policja i UOKiK mogą pojawić się w prywatnym mieszkaniu, przeszukać prywatny samochód lub jakiegokolwiek inne pomieszczenie, w którym spodziewają się pozyskać wartościowe dowody.

Trzeba też odróżnić instytucję przeszukiwania od „zwykłej” kontroli przeprowadzanej przez UOKiK. Zwykła kontrola jest mniej inwazyjna od przeszukiwania i bardziej przypomina kontrolę ZUS czy urzędu skarbowego. Wizytatorzy z UOKiK po przybyciu do siedziby spółki proszą o przedstawienie im wskazanych dokumentów i nośników informacji. Z racji mniej dotkliwego charakteru na przeprowadzenie „zwykłej” kontroli nie jest potrzebna zgoda SOKiK.

Co może UOKiK

Kontrolerzy mogą samodzielnie wejść do siedziby spółki, nawet pod nieobecność ich władz. Nie oznacza to, że takie wejście będzie miało charakter siłowy; urzędnicy wchodzi do siedziby przedsiębiorcy jak interesanci czy kontrolerzy z innych instytucji państwowych. Po przybyciu urzędnicy mają obowiązek wylegitymować się i przedstawić zgodę Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Urzędnicy z reguły zgadzają się na około półgodzinne oczekiwanie

na przybycie władz spółki, jeżeli w danym dniu nie ma ich w biurze. Jest to jednak dobra wola UOKiK. Nic nie stoi na przeszkodzie, aby pod nieobecność kadry menedżerskiej wylegitymować się i okazać dokumentów sądowych nastąpiło wobec pracowników recepcji lub jakichkolwiek innych osób obecnych w spółce, a w skrajnych przypadkach wobec dowolnej osoby przybranej, np. funkcjonariusza Policji.

Przeszukanie z natury rzeczy polega na bezpośrednim poszukiwaniu dowodów. Jak to wygląda w praktyce? Ogólnie zakres uprawnień jest szeroki. Urzędnicy UOKiK mogą samodzielnie poruszać się po zakładzie pracy, przeszukiwać szafy z dokumentami, przeglądać skrzynki pocztowe osób należących do władz spółki oraz jej pracowników, zaglądać do prywatnych kalendarzy i notatek, zapoznawać się z zawartością telefonów komórkowych. Często pracownicy proszeni są o niewykonywanie rozmów telefonicznych w czasie czynności przeszukiwania. Chodzi o to, aby utrzymać w tajemnicy fakt przeszukiwania, aby przebiegało ono sprawnie i bez zakłóceń oraz spełniło swoją rolę. Kontrolerzy mogą też kierować do władz i pracowników różnego rodzaju prośby umożliwiające im zapoznanie się z interesującymi ich dokumentami. Pracownicy mogą być proszeni o przekazanie haseł do komputerów czy skopiowanie kart z osobistych notatników. Powinni oni dostosować się do tej prośby.

Władze spółki oraz upoważnieni pracownicy mogą być także przesłuchiwać przez kontrolerów na okoliczności związane z przedmiotem kontroli. Kontrowersyjnym zagadnieniem jest to, czy powinni odpowiadać na pytania UOKiK w sposób będący *de facto* przyznaniem się winy (np. „Czy ustalał pan ze swoim konkurentem ceny towarów?”). Formalnie nie ma zakazu zadawania takich pytań, a osoby przesłuchiwane mogą odmówić udzielenia odpowiedzi, jeśli naraziłoby to je na odpowiedzialność karną. W praktyce jednak urzędnicy starają się nie zadawać pytań skutkujących samooskarżaniem. Warto też zapewnić sobie obecność prawnika przy przesłuchaniu, nie ma bowiem żadnych przeszkód prawnych, aby adwokat lub radca prawny przysłuchiwał się pytaniom UOKiK i w razie czego zgłaszał odpowiednie zastrzeżenia.

Formalnie czas trwania przeszukiwania jest określony w upoważnieniu do przeprowadzenia kontroli. W praktyce przeszukiwanie trwa z reguły kilka dni, a czasami może zakończyć się już po jednym dniu. Po zakończeniu czynności przeszukiwania urzędnicy zabierają zabezpieczony materiał do siedziby UOKiK i dają sobie czas na sporządzenie protokołu kontroli. Dość zaskakujący może być fakt, że protokół kontroli nie jest klasycznym dokumentem tego typu – w szczególności próżno doszukiwać się z nim analizy zebranego materiału dowodowego czy stwierdzonych nieprawidłowości. Raczej będzie to chronologiczne podsumowanie czynności przeszukiwania, z wyliczeniem znalezionych w trakcie przeszukiwania dokumentów. Załącznikami do protokołu będą także protokoły wyjaśnień składanych przez pracowników spółki.

przeszukanie
a kontrola
UOKiK

zaskarżenie
przeszukiwania

tajemnice
przedsiębiorstwa

Z formalnego punktu widzenia przeszukanie UOKiK kończy się podpisaniem protokołu kontroli. Kontrolowana spółka ma na to siedem dni, z tym że wcześniej może zgłosić swoje wątpliwości w formie tzw. zastrzeżeń do protokołu. Warto dokładnie przeczytać przedstawiony do podpisu protokół kontroli – jeżeli nieprawidłowości nie zostaną formalnie zgłoszone jako zastrzeżenia do protokołu, trudno będzie później podważyć wadliwe czynności UOKiK. W razie sporu sądy mogą uznać, że podpisanie protokołu bez zgłoszenia zastrzeżeń jest dowodem na to, iż przedsiębiorca zaakceptował wszelkie działania UOKiK. Kontrolowana spółka może też postawić sprawę na ostrzu noża i odmówić podpisania protokołu. Co do zasady powinno to być zarezerwowane dla sytuacji, w których mieliśmy do czynienia z rażącymi uchybieniami ze strony UOKiK. Z pewnością o drobiazgi nie warto kruszyć kopii.

Kiedy do sądu

Zaskarżenie czynności przeszukania UOKiK nie jest sprawą prostą. Przede wszystkim istnieją ograniczone możliwości zakwestionowania samej decyzji UOKiK o dokonaniu przeszukania. Co do zasady nie można wstrzymać czy opóźnić przeszukania, powołując się na fakt, że zaszła pomyłka lub nie było dostatecznych podstaw do powzięcia podejrzeń względem spółki. W niedawnym wyroku Trybunału Konstytucyjnego stwierdzono natomiast, że należy dopuścić możliwość złożenia zażalenia na postanowienie SOKiK udzielające zgody na dokonanie przeszukania.

Kontrolowana spółka może wnieść zażalenie do SOKiK na te czynności przeszukania, które wykraczają poza zakres przedmiotowy przeszukania lub na inne czynności naruszające prawo. Przykładowo, upoważnienie do kontroli nie zawiera wszystkich koniecznych elementów (np. brak w nim podpisów czy przedmiotowego zakresu przeszukania), kontrolerzy skopiowali dokumenty dotyczące okresu, który nie został wymieniony w upoważnieniu, lub zabrano dowody objęte tajemnicą adwokacką. Ale uwaga: nawet wniesienie zażalenia nie wstrzyma przeszukania – skutkiem wygrania sprawy przed sądem będzie jedynie to, że wadliwie pozyskane dowody nie będą mogły zostać użyte przeciwko spółce w żadnym postępowaniu.

W przypadku zażalenia przewidziane jest szybkie działanie UOKiK i SOKiK – UOKiK musi przekazać sądowi zażalenie w ciągu siedmiu dni, a sąd ma też tylko siedem dni na

jego rozpatrzenie. Z reguły jednak zażalenia rozpatrywane są, „gdy opadnie kurz” – najczęściej już po dniu, w którym kontrolerzy opuścili siedzibę spółki.

Czego zabrać nie można

Władza UOKiK w czasie przeszukania nie jest nieograniczona. Kontrolerzy nie mogą zabrać ani skopiować dokumentów objętych tajemnicą adwokacką (*legal privilege*), np. korespondencji z kancelariami prawnymi czy opinii prawnych sporządzonych na zlecenie spółki. Jeżeli kontrolowana spółka zgłosi, że dokument zawiera tajemnicę adwokacką, i oświadczenie to nie budzi wątpliwości (bo np. opinia jest opatrzona czytelną adnotacją „tajne”, „objęte tajemnicą adwokacką”, „*legally privileged*” lub inną tego typu), kontrolerzy nie mają prawa zapoznać się z dokumentem ani skopiować go. W sprawach spornych lub wątpliwych stosowana jest odpowiednia procedura, zwaną procedurą kopertową. Polega ona na tym, że dokumenty objęte *legal privilege* są bez odczytywania zamknięte w kopercie i przekazywane do wglądu SOKiK-owi. To SOKiK zdecyduje, czy taki dowód może zostać użyty przez UOKiK.

Może się również zdarzyć niestandardowa sytuacja podobna do tej, z jaką mieliśmy do czynienia w przypadku spółki X. Dokument objęty tajemnicą adwokacką może zostać skopiowany omyłkowo lub na skutek nieuwagi, ponieważ np. został opatrzony mylącą nazwą. W takiej sytuacji można domagać się jego wyłączenia z materiału dowodowego sprawy również po zakończeniu czynności przeszukania w siedzibie spółki, aż do momentu podpisania protokołu z przeszukania. Do przeszukania UOKiK stosuje się odpowiednio przepisy postępowania karnego dotyczące tzw. zakazów dowodowych, obejmujących również tajemnicę adwokacką. Przepisy te co do zasady nie pozwalają na wykorzystanie w procesie dokumentów objętych taką tajemnicą.

Inaczej rzecz ma się z tajemnicą przedsiębiorstwa lub danymi objętymi RODO. Tutaj kontrolowana spółka nie ma zbyt dużego pola manewru – nie może powołać się na te okoliczności, odmawiając dostępu do danych. Może natomiast wnosić, aby takie dane były poddane ochronie i nieujawniane postronnym osobom trzecim. Takie prośby będą w pełni respektowane przez UOKiK.

Sabina Famirska, radca prawny, praktyka prawa konkurencji

przeszukanie
a kontrola
UOKiK

zaskarżenie
przeszukania

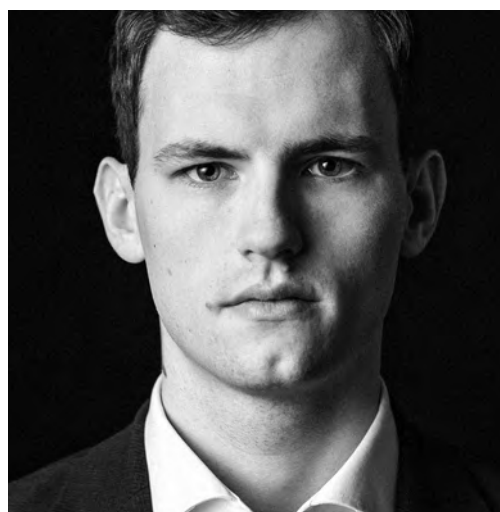
tajemnice
przedsiębiorstwa

Czas korekt, czyli eliminacja osobistego ryzyka podatkowego

Fair czy nie fair, kwestia gustu i perspektywy. Z pewnością jednak administracja skarbową z pomocą swoich zagranicznych odpowiedników zarzuca na podatników coraz większe sieci. Sieci te czasem są dziurawe, czasem zarzucane kłusowniczo, a czasem nadmiernie poplątane. Niezależnie jednak od ich właściwości nie należy w nie wpadać.



Michał Nowacki



Wojciech Marszałkowski

Na powszechną awersję do administracji podatkowej nałożyła się niedawno medialna gorączka związana z wejściem w życie podatku od niezrealizowanych zysków, w szczególności w odniesieniu do osób fizycznych. Liczba medialnych doniesień dotyczących *exit tax*, ewoluujący projekt, leżąca u jego podłoża europejska dyrektywa, głośna krytyka niejasnych postanowień projektu ustawy i zapowiedź sporządzenia wyjaśnień – wszystko to wzbudziło w podatnikach obawę, że tworzone naprędce prawo może rykoszetem trafić i w nich.

Nie jeden podatnik zaczął się zastanawiać, co mu grozi, jeśli zgromadzi za granicą zbyt duży majątek, czy nie spóźnił się z przeprowadzką do ciepłych krajów albo czy mieszkanie trochę w Polsce, a trochę poza jej granicami nie spowoduje istotnego uszczerbku w jego finansach.

Wielu podatników pokusiło się przy okazji o szerszą refleksję nad jakością i prawidłowością swoich rozliczeń podatkowych i wykorzystało ten impuls, by uporządkować swoje sprawy. Jest to rozsądny ruch, zważywszy na wciąż zwiększający się dostęp administracji skarbowej do informacji i wciąż ograniczone możliwości przetworzenia ich masy.

Efektem wspomnianego namysłu często były jednak wątpliwości co do posiadanej rezydencji podatkowej oraz co do skutków działań przedsięwziętych za granicą dla sytuacji podatkowej w Polsce.

Ustalanie i utrwalanie rezydencji podatkowej

Wielu ekspatów ma kłopoty z jednolitą rezydencją podatkową: dwa domy lub mieszkania, rodzina rozsiana po świecie, wykonywanie wolnego zawodu, częste podróże, kilka rachunków bankowych i brokerskich w różnych krajach oraz składanie rocznych zeznań podatkowych bardziej z przyzwyczajenia niż w oparciu o poradę profesjonalisty, czasem dwa obywatelstwa.

Zdarza się, że ekspata składa zeznania podatkowe w obu krajach, w każdym z nich opodatkowując się jako rezydent podatkowy (osoba posiadająca w danym kraju miejsce zamieszkania dla celów podatkowych), lecz jedynie w odniesieniu do dochodu uzyskanego lokalnie.

Hipotetyczny klient mieszkający np. w Anglii i Polsce, wykazujący powyższe symptomy lub część spośród nich, dowiaduje się od swojego doradcy, że istnieje ryzyko podwójnego opodatkowania, którym można i należy zarządzić poprzez przestrzeganie prostych reguł i stosowanie dwustronnych umów o unikaniu podwójnego opodatkowania.

Dlaczego umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania są użyteczne

Umowa stanowić będzie zazwyczaj, że Anglia i Polska mogą zastosować rozsądne kryteria (np. miejsce zamieszkania lub stałego pobytu), by uznać podatnika za swojego rezyden-

ta. Co do zasady nie zostaje się rezydentem Anglii lub Polski tylko dlatego, że otrzymuje się jakieś środki pieniężne z tego państwa.

W sytuacji, gdy zarówno Anglia, jak i Polska na podstawie rozsądnych kryteriów uznają podatnika za swojego rezydenta, zasady zawarte w umowach międzynarodowych przesądzą, w którym kraju podatnik będzie rezydentem, a w którym nie.

Praktyczną konsekwencją uznania za rezydenta albo nierezydenta jest zazwyczaj to, że w kraju rezydencji podatnik zobowiązany jest wykazać i opodatkować wszystkie swoje dochody uzyskane w kraju rezydencji i poza jego granicami. W kraju, w którym podatnik nie jest rezydentem, będzie on zazwyczaj zobowiązany jedynie do wykazania i opodatkowania dochodów uzyskiwanych w tym kraju. By uniknąć podwójnego opodatkowania, podatnik może skorzystać z metod unikania podwójnego opodatkowania zawartych w umowie.

O posiadaniu statusu rezydenta podatkowego w Anglii lub Polsce decydować będzie w pierwszej kolejności stałe miejsce zamieszkania podatnika. Według Komentarza OECD do Modelowej Konwencji w sprawie podatku od dochodu i majątku stałym miejscem zamieszkania jest miejsce, które pozostaje trwale do dyspozycji podatnika, niezależnie od tego, czy stanowi jego własność, czy jest jedynie wynajmowane.

Jeśli podatnik ma stałe miejsce zamieszkania w Anglii i Polsce, zostanie uznany za rezydenta w państwie, z którym ma ściślejsze powiązania osobiste i gospodarcze. Przy ocenie tego kryterium należy mieć na względzie relacje rodzinne i towarzyskie, wykonywany zawód, aktywność polityczną i kulturalną, miejsce prowadzenia działalności gospodarczej, miejsce zarządzania własnością, a także wiele innych kryteriów niewymienionych wprost w Komentarzu OECD. W rzeczywistości powyższe elementy składają się na przeważającą część życia podatnika. Dopiero ich całokształt, przedstawiający rozsądny i względnie jednolity obraz tego, gdzie rzeczywiście ogniskuje się życie podatnika, może służyć za przeważający dowód rezydencji.

Jeśli nie jest możliwe ustalenie, czy podatnik ma ośrodek interesów życiowych w Anglii czy w Polsce, albo gdy nie posiada stałego miejsca zamieszkania w żadnym z tych państw, zostanie uznany za rezydenta w państwie, w którym zwykle przebywa. Zwykłym pobylem jest pobyt rutynowy – częstotliwy, długi, regularny, zaś przeciwieństwem zwykłego pobytu jest pobyt przejściowy lub jednorazowy.

Jeśli podatnik przebywa w Anglii i Polsce lub nie przebywa stale w żadnym z tych krajów, o rezydencji podatnika zdecydować będzie jego obywatelstwo. W przypadku braku obywatelstwa Anglii i Polski lub posiadania obywatelstwa w obydwu państwach Anglia i Polska rozstrzygną w drodze porozumienia, w którym państwie podatnik będzie rezydentem.

jednolita
rezydencja
podatkowa

unikanie
podwójnego
opodatkowania

instytucje
powiernicze

korekta
rozliczeń
podatkowych

Diagnoza oparta na powyższych zasadach może wzbogacić perspektywę podatnika co do własnej tożsamości podatkowej. Może też pomóc podjąć kroki w odniesieniu do okresów minionych lub dać obraz tego, co zrobić, by zapobiec nieporozumieniom w przyszłości.

W przypadku zdarzeń przeszłych a nieprzedawnionych konieczne może być skorygowanie zeznań podatkowych, tak by prawidłowo i bezpiecznie oddawały status podatnika w każdym z państw w stosownych okresach, z uwzględnieniem okresów przejściowych, odpowiedników *exit tax* i innych instytucji prawa podatkowego. Warto również uporządkować certyfikaty rezydencji czy zgromadzić dokumenty wspierające przekonanie podatnika co do jego rezydencji na wypadek sporu podatkowego. Można także zarządzić swoim statusem podatkowym na przyszłość. Pierwszym rozsądnym krokiem może być zrewidowanie treści oświadczeń składanych na formularzach przedkładanych do podpisu w banku związanych z wypełnianiem wymogów prawa dotyczących wymiany informacji podatkowych (CRS – *Common Reporting Standard* i FATCA – *Foreign Account Tax Compliance Act*).

Lokalne spojrzenie na międzynarodowe aranżacje i inwestycje

Zagraniczne banki od wielu lat służą polskiemu rezydentom podatkowym jako miejsce bezpiecznej lokaty kapitału i punkt dostępowy do wehikułów inwestycyjnych niedostępnych w Polsce. Doradcy działający w sektorze *private banking* oraz doradczający w zakresie planowania spadkowego oferują swoim klientom różnego rodzaju produkty inwestycyjne i ubezpieczeniowe, które nie mają swoich odpowiedników w Polsce. Często produkty te oferowane są jako neutralne podatkowo. Ich neutralność podatkowa wynika jednak z tego, że zostały stworzone i ukształtowane, by odpowiedzieć na potrzeby lokalnego prawa, a nie prawa polskiego. Z tego względu może dojść do sytuacji, w której zdarzenia neutralne podatkowo za granicą mogą stanowić zdarzenie podatkowe w Polsce i skutkować realizacją dochodu. Dlatego ustalanie charakteru zagranicznych inwestycji warto zacząć od solidnego odpytania swojego doradcy inwestycyjnego, jak dokładnie przebiegają transakcje, w których uczestniczy podatnik. Po potwierdzeniu z doradcą w Polsce, że inwestycja jest neutralna podatkowo tylko w kraju, w którym jest przeprowadzana, konieczne może być skorygowanie nieprzedawnionych okresów, w których wystąpiły zdarzenia podatkowe.

Podobnie sprawy mają się ze świadczeniami wypłacanymi z trustów, prywatnych fundacji zagranicznych czy innych

instytucji powierniczych. Świadczenia otrzymywane przez podatników będących rezydentami podatkowymi w Polsce zazwyczaj będą podlegały opodatkowaniu w Polsce podatkiem dochodowym od osób fizycznych albo podatkiem od spadków i darowizn, pomimo ich neutralności podatkowej za granicą.

Kształtująca się praktyka orzecznicza, obecna przede wszystkim na poziomie interpretacji przepisów prawa podatkowego wydawanych przez dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej, wskazuje na dość racjonalne podejście fiskusa do problematyki trustów i fundacji prywatnych, pomimo prawie całkowitego braku stosownych regulacji oraz orzecznictwa sądów administracyjnych na gruncie prawa polskiego. Przykładowo można spotkać się ze stanowiskiem, że w przypadku spadkobrania, w którym powiernicy (*trustee*) odpowiadają za wypełnienie woli spadkodawcy, osoby zaliczające się do najbliższej rodziny będą mogły korzystać ze zwolnienia od podatku od spadków i darowizn.

Nieopodatkowanie świadczeń pochodzących od trustu czy fundacji prywatnej z pewnością nie stanowi jednak reguły, a ustalenie podatku, pod który podlega otrzymane świadczenie, a także źródła przychodu, może istotnie wpłynąć na wartość zobowiązania podatkowego.

Z wygodnego fotela obserwować rozwój prawa podatkowego

Otoczenie podatkowe zmienia się dynamicznie zarówno dla przedsiębiorców, jak i dla osób fizycznych. Do niedawna działania podatników, zwłaszcza zagraniczne, były w znacznym stopniu niewidoczne dla administracji podatkowej. Wraz z rozwojem międzynarodowego prawa podatkowego oraz wprowadzeniem licznych nowych instytucji przeciwdziałania unikaniu opodatkowania gęsta mgła spowijająca podatników poczęła się unosić.

Celem korekt zeznań podatkowych oraz opisanych działań zarządzających sytuacją podatnika jest to, by w momencie, gdy mgła finalnie ustąpi, administracja podatkowa zobaczyła podatnika dokładnie w tym miejscu, w którym według własnego przekonania chciałby on być.

Michał Nowacki, partner, radca prawny, doradca podatkowy, praktyka podatkowa i doradztwa dla klientów indywidualnych

Wojciech Marszałkowski, adwokat, Taxation LL.M. (Georgetown), praktyka podatkowa i doradztwa dla klientów indywidualnych

jednolita rezydencja podatkowa

unikanie podwójnego opodatkowania

instytucje powiernicze

korekta rozliczeń podatkowych

Wpływ małżeńskich ustrojów majątkowych na planowanie spadkowe w UE

26

Zaplanowanie sukcesji w przypadku osób mieszkających, pracujących i posiadających majątek w różnych krajach UE nie może ograniczać się do analizy prawa spadkowego i podatkowego. Przede wszystkim musi uwzględniać małżeńskie stosunki majątkowe i możliwość ich modyfikacji przez przyszłych spadkodawców. Krajowe i unijne przepisy dają coraz więcej szans różnorodnego kreowania małżeńskich stosunków majątkowych, których kształt może determinować strukturę i podział przyszłego spadku. Z takich instrumentów w procesie transgranicznego planowania spadkowego skorzystali klienci kancelarii będący obywatelami Polski i Francji i posiadający majątek w obu tych krajach.



Radosław Wiśniewski

Małżonkowie będący jednocześnie obywatelami Polski i Francji na stałe mieszkającymi we Francji zwrócili się do nas z prośbą o doradztwo w zakresie transgranicznego planowania spadkowego. Oboje urodzili się w Krakowie i tam zawarli małżeństwo w 1976 r. Prawem właściwym w zakresie ich małżeńskiego ustroju majątkowego było więc prawo polskie, zgodnie z którym – w braku małżeńskiej umowy majątkowej – między małżonkami istnieje ustrój małżeńskiej wspólności majątkowej, o którym mowa w art. 31 polskiego Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego. Małżonkowie ani w Polsce, ani we Francji nie zawierali żadnej małżeńskiej umowy majątkowej.

Klienci posiadają istotne składniki wspólnego majątku zarówno w Polsce, jak i we Francji. Ponadto w skład ich majątków osobistych wchodzi nieruchomości położone w Polsce i we Francji, które zostały nabyte w drodze dziedziczenia. Małżonkowie mają dwie dorosłe córki na stałe mieszkające poza granicami Polski, które mają być spadkobierczyniami schedy po rodzicach.

Przed przystąpieniem do planowania swojej sukcesji klienci zorientowali się, że we Francji – inaczej niż w Polsce – nie można uzyskać całkowitego zwolnienia z podatku od spadku przy dziedziczeniu przez członków najbliższej rodziny. Jednak ich uwagę zwróciły francuskie konstrukcje pozwalające na ujednolicenie i uproszczenie transferu całego majątku małżonków na rzecz drugiego małżonka w przypadku śmierci pierwszego z nich przy jednoczesnym uniknięciu podatku spadkowego we Francji. Małżonkowie rozważali skorzystanie z takiego rozwiązania, chcąc przy tym, by było ono skuteczne względem całości ich majątku, łącznie z ich majątkiem wspólnym i osobistym znajdującym się w Polsce.

Planowana umowa pod prawem francuskim

Zgodnie z art. 1526 francuskiego Kodeksu cywilnego dopuszczalne jest zawarcie umowy ustanawiającej między małżonkami ustrój wspólności majątkowej (fr. *communauté universelle*) obejmujący wszystko to, co do tej pory wchodziło w skład ich majątków odrębnych, oraz wszystko to, co małżonkowie będą nabywać z różnych tytułów, w tym również poprzez dziedziczenie czy darowiznę. W praktyce oznacza to połączenie w jeden wspólny majątek małżeński dotychczasowego – kreowanego na podstawie przepisów – majątku wspólnego małżonków z ich majątkami osobistymi i w przyszłości przypadającym im mieniem.

Ponadto w takiej umowie można zawrzeć przewidzianą przez art. 1524 francuskiego Kodeksu cywilnego klauzulę (fr. *clause d'attribution intégrale au conjoint survivant*) wskazującą, że w chwili śmierci pierwszego z małżonków całość wspólnego majątku z mocy samego prawa staje się wyłączną własnością pozostałego przy życiu małżonka. Takie przejście własności wspólnego majątku nie jest w prawie francuskim traktowane jak spadkobranie i w związku z tym nie wiąże się z obowiązkiem podatkowym. Konieczność uiszczenia stosownego podatku od spadku zaistnieje dopiero w razie dziedziczenia majątku po drugim małżonku.

Przedstawiona konstrukcja pozwala również na transfer jednolitego majątku małżonków na rzecz kolejnych pokoleń. Co więcej, od momentu zawarcia takiej umowy do momentu śmierci drugiego z małżonków wartość majątku spadkowego może ulec znaczącemu pomniejszeniu, co determinuje obniżenie podstawy obliczenia należnego podatku spadkowego po śmierci ostatniego z małżonków.

Skuteczność umowy *communauté universelle* w Polsce

Planowana przez naszych klientów małżeńska umowa majątkowa jest nieznaną prawu polskiemu. Jej zawarcie będzie dopuszczalne i umowa taka będzie wywoływała skutki w Polsce, jeśli małżonkowie wybiorą prawo francuskie jako prawo właściwe dla małżeńskiej umowy majątkowej.

Możliwość dokonania takiego wyboru przewiduje art. 52 polskiego prawa prywatnego międzynarodowego. Z uwagi jednak na pierwszeństwo stosowania konwencji międzynarodowych i zawarcie stosownej umowy między Polską i Francją przy weryfikacji omawianej możliwości należy zwrócić się ku przepisom umowy bilateralnej. Na podstawie art. 5 ust. 1 polsko-francuskiej umowy o prawie właściwym, jurysdykcji i wykonywaniu orzeczeń w zakresie prawa osobowego i rodzinnego z dnia 5 kwietnia 1967 r. stosunki prawne osobiste i majątkowe między małżonkami podlegają prawu państwa, na którego terytorium małżonkowie mają miejsce zamieszkania. Zatem prawem właściwym w zakresie małżeńskich stosunków majątkowych klientów jest prawo francuskie, bez możliwości wyboru. Natomiast możliwość dokonania wyboru prawa przewidziano w art. 6 ust. 1 umowy bilateralnej w przypadku prawa właściwego dla małżeńskiej umowy majątkowej. Wobec powyższego małżeńska umowa majątkowa *communauté universelle* w pierwszej kolejności powinna potwierdzać, że zgodnie z art. 5 ust. 1 umowy bilateralnej prawem właściwym dla uregulowania małżeńskich stosunków majątkowych klientów jest prawo francuskie. Natomiast dla zapobieżenia nieprzewidzianym skutkom ewentualnych późniejszych zmian miejsca zamieszkania małżonkowie powinni dokonać wyboru prawa francuskiego jako prawa właściwego dla małżeńskiej umowy majątkowej.

Wybór prawa właściwego dla małżeńskiej umowy majątkowej będzie odnosił się jedynie do umowy rozszerzającej małżeńską wspólność majątkową między małżonkami. Natomiast z punktu widzenia prawa UE dokonanie wyboru prawa będzie irrelevantne w stosunku do klauzuli *attribution intégrale au conjoint survivant*, którą traktować trzeba jako umowę dotyczącą spadku w rozumieniu art. 3 ust. 1 lit. b) tzw. unijnego rozporządzenia spadkowego (nr 650/2012).

Skuteczność klauzuli *attribution intégrale au conjoint survivant* w Polsce

Klauzula *attribution intégrale au conjoint survivant* jest rozrządzeniem na wypadek śmierci w rozumieniu art. 3 ust. 1 lit. d) unijnego rozporządzenia spadkowego. W rozrządze-

transgraniczne
planowanie
spadkowe

małżeńskie ustroje
majątkowe

międzynarodowe
prawo spadkowe

prawo prywatne
międzynarodowe

niu takim zaś – w myśl art. 22 ust. 2 ww. rozporządzenia – można wybrać prawo właściwe dla ogółu spraw dotyczących spadku. Nie sposób traktować klauzuli *attribution intégrale au conjoint survivant* jako instytucji *stricte* francuskiego prawa małżeńskiego regulującej wyłącznie małżeński ustrój majątkowy. Chociaż art. 1525 francuskiego Kodeksu cywilnego wprost przewiduje, że jest to instytucja prawa małżeńskiego, do której nie stosuje się reguł prawa spadkowego, to klauzula ta spełnia przesłanki umowy dotyczącej spadku, o której mowa w art. 3 ust. 1 lit. b) unijnego rozporządzenia spadkowego, ponieważ reguluje sposób przejścia majątku po śmierci jednego z małżonków i determinuje zakres praw spadkowych tzw. koniecznych spadkobierców. Umowa dotycząca spadku jest autonomicznym pojęciem prawa unijnego i należy je wyklądać funkcjonalnie oraz niezależnie od zasad prawa krajowego. Zatem omawiana klauzula powinna być oceniana pod kątem prawa właściwego dla ogółu spraw spadkowych lub prawa właściwego dla umowy dotyczącej spadku.

Przepisy unijnego rozporządzenia spadkowego wyznaczają obecnie prawo właściwe dla spraw spadkowych w większości krajów UE. Na podstawie art. 21 ust. 1 tego rozporządzenia prawem właściwym dla ogółu spraw spadkowych jest prawo państwa, w którym zmarły miał miejsce zwykłego pobytu w chwili śmierci. Zgodnie z art. 22 ust. 1 rozporządzenia możliwe jest dokonanie wyboru prawa właściwego do uregulowania ogółu spraw dotyczących spadku poprzez wskazanie prawa państwa, którego obywatelstwo przyszedł spadkodawca posiada w chwili dokonania wyboru lub w chwili śmierci. Na podstawie art. 22 ust. 2 rozporządzenia wybór prawa właściwego dla ogółu spraw dotyczących spadku musi zostać dokonany w sposób wyraźny w rozrządzeniu na wypadek śmierci. Natomiast rozrządzeniem na wypadek śmierci w rozumieniu art. 3 ust. 1 lit. d) rozporządzenia jest testament, testament wspólny lub umowa dotycząca spadku.

Z uwagi na posiadanie obywatelstwa francuskiego nasi klienci mogli zatem wybrać prawo francuskie jako prawo właściwe dla ogółu spraw dotyczących spadku. Wyboru tego powinni w sposób wyraźny dokonać przy sporządzaniu klauzuli *attribution intégrale au conjoint survivant* w umowie *communauté universelle*. Wybranie prawa francuskiego jako prawa właściwego skutkowałoby – w myśl art. 25 ust. 1

w związku z art. 22 ust. 1 rozporządzenia – koniecznością stosowania w Polsce francuskiego prawa spadkowego również do oceny umów dotyczących spadku, w tym w szczególności klauzuli *attribution intégrale au conjoint survivant* w umowie *communauté universelle*.

Podsumowanie

Klienci postanowili skorzystać z konstrukcji przewidzianej przez prawo francuskie. Pozwala ona utrzymać to samo prawo właściwe wobec małżeńskich stosunków majątkowych i ogółu spraw dotyczących spadku, co jest korzystnym rozwiązaniem. Poddanie małżeńskich relacji majątkowych i spraw spadkowych różnym porządkom prawnym mogłoby bowiem doprowadzić do rozdziwisku między mającymi zastosowanie instytucjami prawa rodzinnego i spadkowego z dwóch systemów prawnych.

Warto dodać, że od 29 stycznia 2019 r. zaczęły być stosowane przepisy unijnego rozporządzenia o majątkowych ustrojach małżeńskich (nr 2016/1103), które również przewidują możliwość wyboru prawa względem małżeńskich stosunków lub umów majątkowych. Przepisy tego rozporządzenia są treściowo powiązane z przepisami unijnego rozporządzenia spadkowego, a ich stosowanie w większości dotyczy małżeństw zawartych lub wyborów prawa właściwego dla małżeńskich ustrojów majątkowych dokonanych po ww. dacie. Wprawdzie Polska, podobnie jak inne kraje naszego regionu UE, nie zdecydowała się na stosowanie tego rozporządzenia, nie oznacza to jednak, że polscy obywatele znajdują się poza zasięgiem jego oddziaływania. Jeżeli małżonkowie – poza polskim obywatelstwem – posiadają również obywatelstwo innych państw UE stosujących to rozporządzenie (np. Francji), a do ich majątku wchodzi składniki znajdujące się w jeszcze innych państwach członkowskich stosujących rozporządzenie, możliwe będzie skorzystanie z rozwiązań wynikających z jego przepisów. Trzeba będzie wówczas skoordynować planowane działania z polskimi przepisami kolizyjnymi i materialnoprawnymi, tak aby zapewnić spójność stosowanych instrumentów służących transgranicznemu planowaniu spadkowemu i małżeńskiemu.

Radosław Wiśniewski, praktyka nieruchomości, repriwatyzacji i doradztwa dla klientów indywidualnych

transgraniczne
planowanie
spadkowe

małżeńskie ustroje
majątkowe

międzynarodowe
prawo spadkowe

prawo prywatne
międzynarodowe



Wynajem nieruchomości na doby może być preferencyjnie opodatkowany

Krótkoterminowe wynajmowanie nadmorskiego apartamentu co do zasady nie stanowi działalności gospodarczej, nawet jeśli odbywa się poprzez serwis internetowy czy profesjonalnego pośrednika zarządzającego naszym lokalem. Oznacza to, że nie musi być ono opodatkowane jak usługa zakwaterowania, lecz może korzystać z niższych stawek podatkowych (8,5% lub 12,5% od przychodu) stosowanych przy zwykłym zarządzie prywatnym majątkiem.



dr Przemysław Szymczyk

Jedna z naszych klientek (nie będąc jeszcze wówczas naszą klientką) nabyła przez spadkobranie mieszkanie położone w turystycznej miejscowości nad polskim Bałtykiem. Ponieważ na stałe mieszka w Warszawie, postanowiła zawrzeć z profesjonalnym pośrednikiem umowę współpracy dotyczącą zarządzania apartamentem w celu świadczenia krótkoterminowego wynajmu lokalu (głównie w miesiącach letnich). Zgodnie z umową właścicielka upoważniła pośrednika do pobierania opłat z tytułu udostępniania lokalu pozyskiwanym przez pośrednika gościom na podstawie umów najmu zawieranych przez pośrednika we własnym imieniu. W zamian za tę usługę zobowiązała się do zapłaty na rzecz pośrednika odpowiedniej prowizji. Dodatkowo właścicielka miała pokrywać koszty remontów oraz utrzymywać wyposażenie mieszkania w stanie nadającym się do najmu. Właścicielce i jej rodzinie przysługiwało również prawo korzystania z apartamentu w czasie trwania umowy (nie tylko poza sezonem letnim). Uznała ona, że w tej sytuacji nie musi rejestrować działalności gospodarczej, a uzyskiwane z powyższej umowy przychody zdecydowała się – zgodnie z art. 1 pkt 2 ustawy z 20 listopada 1998 r. o zryczałtowanym podatku dochodowym od niektórych przychodów osiąganych przez osoby fizyczne – opodatkować niższą stawką w formie ryczałtu (tj. 8,5% od przychodów do kwoty 100 000 zł oraz 12,5% od nadwyżki ponad tę kwotę).

najem prywatny
(okazjonalny)

ryczałtowe niższe
opodatkowanie

zarząd własnym
majątkiem

najem przez
booking.com

Niestety Urząd Skarbowy zakwestionował takie rozwiązanie i uznał, że przedmiotowy wynajem ma charakter działalności gospodarczej, a zatem powinien być opodatkowany według wyższych stawek. Właścicielka zwróciła się do nas z prośbą o pomoc.

Działalność gospodarcza czy najem prywatny?

Najem nieruchomości dla celów podatkowych może być traktowany dwojako: jako pozarolnicza działalność gospodarcza (art. 10 ust. 1 pkt 3 ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych, dalej „ustawa o PIT”) albo jako odrębne źródło przychodów, czyli tzw. najem prywatny (art. 10 ust. 1 pkt 6 ustawy o PIT). Zakwalifikowanie przychodu do jednego źródła wyłącza jego zakwalifikowanie do drugiego.

Wybór kwalifikacji i sposób rozliczenia przychodów z najmu ustawodawca pozostawił w znacznej mierze wynajmującemu, jednak każdy przypadek należy rozpatrywać indywidualnie. Podstawowe znaczenie ma sposób wykonywania najmu, a więc profesjonalny, zarobkowy, zorganizowany i ciągły charakter dokonywanych czynności oraz prowadzenie najmu na własny rachunek i ryzyko. Innymi słowy, nie w każdym przypadku podatnik może wybrać, czy zaliczyć wynajmowane nieruchomości do majątku prywatnego, czy do majątku związanego z działalnością gospodarczą. Jeśli wynajem nieruchomości spełnia przesłanki uznania za działalność gospodarczą, wówczas winien zostać rozliczony na zasadach właściwych dla tej działalności, a nie według wyboru podatnika jako tzw. najem prywatny. W takim przypadku ustawa o PIT wprost wskazuje, że

najem nie może być traktowany jako odrębne od działalności źródło przychodów. Nie ma przy tym znaczenia, czy działalność gospodarcza była zarejestrowana czy też nie.

Aby uznać, na gruncie ustawy o PIT, określoną działalność za działalność gospodarczą, konieczne jest m.in. łączne spełnienie trzech warunków: po pierwsze dana działalność musi być działalnością zarobkową, po drugie należy ją wykonywać w sposób zorganizowany, a po trzecie należy ją wykonywać w sposób ciągły. Istnieje możliwość osiągania dochodów z tego rodzaju działalności bez spełnienia niektórych formalności (np. urzędowej rejestracji), gdyż prowadzenie działalności gospodarczej jest kategorią obiektywną, niezależnie od tego, jak działalność tę ocenia sam podatnik i jak ją nazywa oraz czy dopełnia ciążących na nim obowiązków związanych z tą działalnością.

Wprowadzenie przez ustawodawcę kryterium ciągłości miało na celu wyeliminowanie z pojęcia działalności gospodarczej przedsięwzięć o charakterze incydentalnym i sporadycznym. Ciągłość w wykonywaniu działalności gospodarczej oznacza względnie stały zamiar jej wykonywania. Do zachowania ciągłości wystarczające jest, aby z całokształtu okoliczności sprawy wynikał zamiar powtarzania określonego zespołu konkretnych działań w celu osiągnięcia efektu w postaci zarobku.

Kiedy preferencyjne opodatkowanie?

Różnica w sposobie opodatkowania obydwu typów najmu polega na tym, że najem prowadzony w ramach działalności gospodarczej podlega zasadom ogólnym, czyli skali podatkowej (18% od dochodu rocznego do wysokości 85 528 zł i 32% od nadwyżki ponad tę kwotę), ewentualnie podatkowi liniowemu (19% od dochodu niezależnie od jego wysokości) albo stawce ryczałtowej w wysokości 17% od przychodu (jeśli najem będzie zakwalifikowany jako świadczenie usług zakwaterowania), natomiast tzw. najem prywatny może być opodatkowany zarówno według zasad ogólnych (18% lub 32% od dochodu), jak i może korzystać z preferencyjnej zryczałtowanej stawki (8,5% od przychodów do kwoty 100 000 zł oraz 12,5% od nadwyżki ponad tę kwotę).

Oznacza to, że z punktu widzenia podatnika, który nie ponosi dużych kosztów na własną nieruchomość, najlepszym rozwiązaniem jest potraktowanie czynności wynajmowania jako najmu prywatnego (niezwiązanego z działalnością gospodarczą) i objęcie uzyskiwanego w ten sposób przychodu preferencyjną zryczałtowaną stawką w wysokości 8,5% lub 12,5%. Warunkiem skorzystania z powyższej formy opodatkowania jest złożenie pisemnego oświadczenia o wyborze tej metody naczelnikowi urzędu skarbowego właściwemu według miejsca zamieszkania podatnika do 20 dnia miesiąca następującego po miesiącu, w którym osiągnął pierwszy przychód, albo do końca roku podatkowego, jeśli pierwszy przychód osiągnął w grudniu roku podatkowego.

Zwykły zarząd własnym majątkiem

W imieniu klientki zaskarżyliśmy do sądu niekorzystne dla niej rozstrzygnięcie organu fiskalnego. Podczas postępowania wyjaśniliśmy, że wprawdzie prowadzony przez klientkę najem ma zarobkowy charakter, jednak nie stanowi to wystarczającej przesłanki, aby zakwalifikować uzyskiwane w ten sposób przychody jako mieszczące się w ramach działalności gospodarczej. Rozmiar wynajmu (jedno mieszkanie) oraz brak powtarzalności i systematyczności (lokal wynajmowany przeważnie w miesiącach letnich) nie wskazują na znamiona działalności gospodarczej. Najem traktowany jest wyłącznie jako dodatkowe, tj. okazjonalne źródło dochodów. Właścicielka, poza zawarciem umowy z profesjonalnym pośrednikiem (co było konieczne ze względu na dzielącą ją odległość od lokalu i uniemożliwienie przez to osobistego kontaktu z najemcami), nie podejmuje innych czynności, które wskazywałyby na prowadzenie przez nią działalności gospodarczej. Z najmem mieszkania nie są powiązane usługi takie jak: recepcja, zapisywanie danych najemcy w księdze meldunkowej, dostęp do restauracji, przyrządzanie posiłków, usługi sprzątania podczas pobytu gości itp. Wnioskodawczyni nie prowadzi biura ani zorganizowanej akcji marketingowej. Oferta wynajęcia mieszkania znajduje się jedynie na jednym z portali internetowych. Ponadto apartament nie stanowi składnika majątku związanego z działalnością gospodarczą (jest mieniem prywatnym), a założenie działalności gospodarczej wyłącznie dla najmu jednego lokalu byłoby nieekonomiczne i generowałoby dodatkowe obowiązki i koszty.

Sąd w pełni podzielił naszą argumentację i uznał, że brak jest podstaw kwalifikowania do działalności gospodarczej podejmowanych przez klientkę czynności mieszczących się w zwykłym zarządzie własnym majątkiem, tzn. mających na celu prawidłowe gospodarowanie tym majątkiem i zaspokajanie potrzeb rodziny. Innymi słowy, właścicielka

mogła skorzystać z prawa do rozliczania przychodów uzyskanych z najmu w formie ryczałtu od przychodów ewidencjonowanych.

Podsumowanie

Kazus naszej klientki dowodzi, że ani czas trwania poszczególnych umów najmu, ani pozyskiwanie najemców poprzez profesjonalnego pośrednika lub portale internetowe nie przesądza same w sobie o świadczeniu usług zakwaterowania. Nie są to bowiem cechy działalności gospodarczej, a tylko w ramach takiej działalności można w ogóle mówić o świadczeniu usług, w tym usług zakwaterowania. Samo wynajmowanie lokalu na krótkie okresy nie czyni z najmu działalności gospodarczej związanej z zakwaterowaniem. Wciąż nie można w takiej sytuacji mówić o usłudze hotelowej, która charakteryzuje się zupełnie innymi cechami. Dodatkowo to właśnie zawieranie umów najmu na krótkie okresy umożliwia wykorzystywanie lokalu przez właściciela do własnych potrzeb mieszkaniowych lub rekreacyjnych, tak jak miało to miejsce w opisanym stanie faktycznym. O usługach zakwaterowania można mówić wyłącznie wówczas, gdy w ramach prowadzonej działalności gospodarczej podatnik wykonuje – poza najmem – także inne czynności na rzecz najemców, jak np. obsługa recepcyjna, dostęp do restauracji, przyrządzanie posiłków, sprzątanie itp.

W przypadku zatem, gdy podatnik zarządza w sposób racjonalny swoim prywatnym majątkiem, ale czyni to okazjonalnie, nie przyjmując przy tym żadnej zorganizowanej formy działania, to takich czynności nie można zaliczyć do działalności gospodarczej, nawet gdyby ich treść była podobna do usług zakwaterowania.

dr Przemysław Szyczyk, adwokat, praktyka nieruchomości, reprowatywacji i doradztwa dla klientów indywidualnych

najem prywatny
(okazjonalny)

ryczałtowe niższe
opodatkowanie

zarząd własnym
majątkiem

najem przez
booking.com

Wypowiedzenie umowy najmu zawartej na czas oznaczony

Aby ograniczyć straty w przypadku niepowodzenia planowanego przedsięwzięcia, przedsiębiorca świadczący usługi niszowe chce mieć możliwość wcześniejszego wypowiedzenia umowy najmu. Umowa ma być zawarta na czas oznaczony – co jest przeważającą praktyką rynkową w komercyjnych umowach najmu. Aby móc wcześniej wypowiedzieć taką umowę z przyczyn innych niż jej naruszenie przez jedną ze stron, należy umieścić w niej tzw. klauzulę *break option*. Jak ją sformułować, żeby sąd jej nie zakwestionował albo nie uznał całej umowy za zawartą na czas nieoznaczony?



dr Jakub Baranowski



Michał Wons

Jeśli wybrane miejsce lub profil wykonywania działalności gospodarczej przestaną przynosić zakładane zyski, najkorzystniejsze dla przedsiębiorcy może być przeniesienie się do nowej lokalizacji lub zaadaptowanie lokalu do zmieniionych potrzeb. Problem pojawia się wtedy, gdy przedsiębiorca korzysta z lokalu na podstawie wieloletniej umowy najmu na czas oznaczony, a wynajmujący nie wyraża zgody na jej rozwiązanie ani na dokonanie prac adaptacyjnych. Jeśli umowa nie zawiera odpowiednich zapisów, żadne z powyższych działań najemcy bez zgody wynajmującego nie będzie możliwe. Najemca będzie więc musiał płacić czynsz za lokal, który nie nadaje się do prowadzenia w nim działalności.

Naszą rolą jako doradcy jest zawczasu przewidzieć potencjalne problemy prawne i tak skonstruować umowę najmu, aby zapobiec sytuacji, w której po kilku latach najęty lokal stanie się dla klienta obciążeniem, a nie środkiem do osiągnięcia zysków.

W niedawnej sprawie nasz klient zaproponował, aby do negocjowanej umowy najmu na czas oznaczony dodać postanowienie pozwalające mu na jej wcześniejsze wypowiedzenie (tzw. klauzulę *break option*) za 12-miesięcznym okresem wypowiedzenia, jeśli zarząd spółki podejmie uchwałę stwierdzającą, że w związku ze zmianą profilu biznesowego przedmiot najmu nie jest najemcy już potrzebny.

Było to o tyle istotne, że przedsiębiorca ten planował świadczyć usługi skierowane do wąskiego kręgu odbiorców. Ryzyko niepowodzenia było więc znacznie wyższe niż przeciętne. Co więcej, najemca zobowiązał się do przeprowadzenia kosztownych prac remontowych i adaptacyjnych, dlatego też umowa miała zostać zawarta na czas oznaczony, powyżej 20 lat, tak aby najemca mógł zamortyzować poniesione nakłady. Sam lokal nie miał natomiast właściwości pozwalających przeznaczyć go na inne cele.

Analizując dopuszczalność takiego postanowienia umownego, a następnie przygotowując się do negocjacji, musieliśmy przeanalizować szereg zagadnień w celu skonstruowania ważnej klauzuli *break option*.

Umowa o charakterze trwałym, ale z wyjątkami

Specyfika umów najmu zawieranych na czas oznaczony przejawia się ich trwałością. W doktrynie i orzecnictwie podkreśla się, że istotą umowy najmu zawartej na czas oznaczony jest utrwalenie relacji stron na cały z góry uzgodniony okres, a w związku z tym zapewnienie trwałości oraz ciągłości. Takie rozwiązanie chroni interesy obu stron umowy. Element trwałości może mieć szczególne znaczenie w odniesieniu do najmu nieruchomości lokalowych, gdyż konkretny lokal może mieć dla przedsiębiorcy znaczenie wizerunkowe oraz wiązać się z przyzwyczajeniem klientów.

Pod koniec lat 90. stopniowo liberalizujące się orzecznictwo Sądu Najwyższego zaczęło dopuszczać takie uregulowa-

nie stosunku prawnego, żeby umożliwić wskazanie sytuacji pozwalających na wcześniejsze rozwiązanie umów najmu zawartych na czas oznaczony (por. np. wyrok Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z 22 stycznia 1998 r., III CKN 365/97). Niejako w konsekwencji, nowelizacją z 2001 r. ustawodawca dodał do art. 673 k.c. nowy § 3, zgodnie z którym strony umowy najmu zawartej na czas oznaczony mogą ją wypowiedzieć „w wypadkach określonych w umowie”.

Od wejścia w życie nowelizacji praktycy są zgodni co do tego, że można jednostronnie rozwiązać umowę najmu na czas oznaczony. Jednak bardzo ogólne brzmienie nowego przepisu spowodowało trwającą do dziś dyskusję na temat tego, kiedy i w jakich przypadkach takie rozwiązanie będzie możliwe.

Jakie to wypadki?

Powstaje zatem pytanie: czy każdy „wypadek” (rozumiany również jako przypadek, zdarzenie, przyczyna) wskazany w umowie jako podstawa jej wypowiedzenia będzie ważny i skuteczny? Czy wskazanie wypadków wypowiedzenia powinno być wyczerpujące, czy może opierać się na wprowadzeniu jakiejś ogólnej reguły interpretacyjnej?

Orzecznictwo ukształtowane po wejściu w życie nowelizacji precyzuje, że wypadek, o którym mowa w art. 673 § 3 k.c., musi być istotny i podlegać w równym stopniu ocenie obu stron, a więc musi dotyczyć wydarzeń niezależnych od ich woli. Na tej podstawie Sąd Najwyższy doszedł do wniosku, że dopuszczalne z punktu widzenia ww. unormowania jest zastrzeżenie w umowie, że strona będzie uprawniona do jej wcześniejszego wypowiedzenia z „ważnych przyczyn” (Sąd Najwyższy w uchwale z 21 listopada 2006 r., III CZP 92/06).

Truizmem będzie stwierdzenie, że taka ogólna klauzula (*catch-all-provision*) nie w pełni chroni uzasadnione interesy stron umowy, gdyż stanowi potencjalne zarzewie sporu. Otrzymując oświadczenie najemcy o wypowiedzeniu oparte o klauzulę „ważnych przyczyn”, w której jako powód wskazano by decyzję zarządu spółki o braku woli dalszego korzystania z przedmiotu najmu, wynajmujący mógłby znacznie łatwiej kwestionować, że przyczyna ta nie jest istotna z punktu widzenia obiektywnego interesu stron umowy, lecz zmierza do ochrony wyłącznie subiektywnych interesów najemcy. Mając na uwadze, że ewentualny spór przed sądem mógłby trwać nawet kilka lat, niosąc za sobą ryzyko uznania, że umowa najmu ciągle obowiązuje, a wypowiedzenie na podstawie tak sformułowanej przesłanki nie jest skuteczne, rozwiązanie byłoby oczywiście niepożądane z perspektywy klienta.

Znacznie korzystniejsze jest jak najbardziej szczegółowe określenie przyczyn stanowiących podstawę do wcześniejszego wypowiedzenia umowy i to takich, których weryfikacja będzie obiektywnie możliwa. Wyliczenie to nie musi być jednak wyczerpujące.

najem
wypowiedzenie
nieruchomości

Przed wszystkim swoboda kontraktowania

W ostatnim czasie można zaobserwować stopniową liberalizację orzecznictwa w zakresie swobody konstruowania przesłanek wcześniejszego wypowiedzenia umowy najmu. Jak podkreślił Sąd Najwyższy, „nie ma powodu, aby ograniczać wolę stron ponad to, co przewiduje art. 353¹ k.c. i przepis szczególny, jakim jest art. 673 § 3 k.c. w takim ułożeniu ich stosunku umownego, który jest dla nich korzystny i nie sprzeciwia się istocie terminowej umowy najmu” (wyrok Sądu Najwyższego z 21 stycznia 2015 r., IV CSK 208/14).

W związku z tym wskazuje się, że jeżeli uprawniony wykaże rzeczywiste i budzące aprobatę przyczyny, z których powstaniem łączy skorzystanie z prawa wypowiedzenia umowy zawartej na czas oznaczony, a wypowiedzenie zostanie dokonane z odpowiednim wyprzedzeniem, tj. z zachowaniem istotnego interesu wynajmującego, to nie ma powodów, aby odmówić najemcy takiego prawa (por. wyrok Sądu Najwyższego z 21 stycznia 2015 r., IV CSK 208/14).

W jednej ze spraw Sąd Apelacyjny w Warszawie uznał za zgodne z art. 673 § 3 k.c. wprowadzone do umowy postanowienie, zgodnie z którym najemca będzie uprawniony do jej wypowiedzenia w przypadku, gdyby wyniki osiągane przez ośrodek gry prowadzony w lokalu nie spełniały oczekiwań najemcy co do zakładanej rentowności, ale nie wcześniej niż po sześciu miesiącach od dnia podpisania umowy i za minimum trzymiesięcznym okresem wypowiedzenia (wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 19 października 2017 r. VII ACA 932/17).

Wydaje się zatem, że obecnie nie ma przeszkód, aby klauzula *break option* była oparta również na okolicznościach zależnych od najemcy. Niemniej jednak musi ona opierać się na przyczynach „ważnych” i dających się obiektywnie zweryfikować. Jako przykłady w orzecznictwie dopuszcza się np. decyzję spółki o przeniesieniu siedziby przedsiębiorstwa w inne miejsce. Niewątpliwie niedopuszczalne będzie za to postanowienie umowy najmu na czas oznaczony, zgodnie z którym strony będą uprawnione do jej rozwiązania z zachowaniem okresu wypowiedzenia (np. trzymiesięcznego).

Profesjoniści mogą więcej

Ostatnim elementem, który należy wziąć pod uwagę, jest zachowanie równowagi interesów stron umowy. W doktrynie i orzecznictwie jednoznacznie podkreśla się, że jeśli stronami umowy są profesjoniści, którzy dodatkowo w toku negocjacji korzystali z usług fachowych doradców, to zasadniczo nie ma powodów, aby uznać, że tak wynegocjowana klauzula *break option* może istotnie naruszać interes którejkolwiek ze stron.

Znacznie bardziej prawdopodobna jest sytuacja, w której sąd nie uwzględni prawa do wcześniejszego wypowiedzenia umowy na podstawie klauzuli niejako narzuconej w umo-

wie pomiędzy dużym przedsiębiorcą a osobą prowadzącą niewielką jednoosobową działalność gospodarczą. Taka sytuacja może bowiem oznaczać wykorzystanie dominującej pozycji i nie stanowić przejawu swobody kontraktowej stron. Oczywiście każdy przypadek sąd powinien zbadać indywidualnie.

Nieważność umowy lub jej przekwalifikowanie w umowę na czas nieoznaczony

Problemy wynikające z nieprawidłowej konstrukcji klauzuli *break option* są bardzo daleko idące, a ryzyko spoczywa przede wszystkim na stronie wypowiadającej umowę. W przypadku sporu sąd orzekający może bowiem uznać, że wbrew intencjom stron klauzula *break option* jest nieważna, a w konsekwencji zasądzić od strony, która wypowiedziała umowę, obowiązek naprawienia szkody (np. poprzez zapłatę sumy czynszów za cały okres od dnia nieskutecznego wypowiedzenia umowy).

Nie można również wykluczać, że nie tylko klauzula *break option*, ale cała umowa najmu zostanie uznana przez sąd za nieważną. Zgodnie bowiem z art. 58 § 3 k.c. „jeżeli nieważnością jest dotknięta tylko część czynności prawnej, czynność pozostaje w mocy co do pozostałych części, chyba że z okoliczności wynika, iż bez postanowień dotkniętych nieważnością czynność nie zostałaby dokonana”.

Zatem ostateczne rozstrzygnięcie wymagałoby zbadania, czy strony w ogóle z wiązałyby się stosunkiem najmu, gdyby nie mogły skorzystać z możliwości wcześniejszego jej wypowiedzenia.

Część doktryny wskazuje również, że zbyt ogólna (dowolna czy też nieograniczona terminem) klauzula *break option* może skutkować przekwalifikowaniem umowy w umowę zawartą na czas nieoznaczony. Można bowiem zasadnie twierdzić, że umowa najmu na czas oznaczony, która może być swobodnie wypowiedziana przez jedną ze stron, nie różni się niczym od umowy najmu zawartej na czas nieoznaczony.

Takie rozwiązanie byłoby z kolei najczęściej sprzeczne z interesem obydwu stron stosunku prawnego, gdyż umowa zawarta na czas nieoznaczony nie daje gwarancji trwałości stosunku prawnego i jako taka może zostać wypowiedziana przez każdą ze stron z zachowaniem okresu wypowiedzenia (co do zasady, przy czynszu płatnym comiesięcznie, okres taki wynosi trzy miesiące).

Podsumowanie

Przenosząc te rozważania na grunt rzeczywistego problemu, z którym mierzył się nasz klient, co do zasady nie było przeszkód, aby do umowy najmu zawieranej na czas oznaczony wprowadzić postanowienie uprawniające najemcę do jej rozwiązania za wypowiedzeniem, w przypadku gdy zarząd spółki najemcy podejmie uchwałę o tym, że przedmiot

najem
wypowiedzenie
nieruchomości

najmu nie jest już potrzebny do dalszego prowadzenia działalności. Należy jednak pamiętać, że klauzula taka powinna przewidywać dostatecznie długi okres wypowiedzenia (tak aby uwzględniała również interes wynajmującego polegający na konieczności znalezienia nowego najemcy) oraz była ograniczona w czasie, na przykład najwcześniejszym lub najpóźniejszym terminem, w którym prawo do wypowiedzenia może zostać wykonane. W przeciwnym wypadku

istnieje ryzyko, że w razie sporu sąd uzna taką umowę za umowę zawartą na czas nieoznaczony.

dr Jakub Baranowski, radca prawny, praktyka projektów nieruchomościowych i praktyka transakcji i prawa korporacyjnego

Michał Wons, radca prawny, wspólnik, praktyka projektów nieruchomościowych i praktyka transakcji i prawa korporacyjnego



Zwracać czy nie zwracać?

Na początku transformacji ustrojowo-gospodarczej opinia publiczna była raczej przychylna idei zwracania mienia zabranego w czasach PRL. Po upływie 30 lat w mediach pisze się prawie wyłącznie o korupcji, wyłudzeniach, przemocy wobec lokatorów. Mimo swojej rewolucyjnej bezwzględności przepisy nacjonalizacyjne wydają się opinii publicznej zbyt łagodne. W wolnej Polsce istnieją poglądy, by rewolucję dokończyć i nie zwracać już niczego. Powstał projekt „dużej ustawy reprivatyzacyjnej”, w którym całkowicie ucina się reprivatyzację, przyznając jedynie w niektórych przypadkach minimalne rekompensaty ograniczonej grupie uprawnionych. Zwrot majątków ma wiele aspektów: prawny, moralny, ekonomiczny, historyczny, socjologiczny i pewnie wiele innych. Aby odpowiedzieć na postawione w tytule pytanie, trzeba dobrze zrozumieć, co się kiedyś w Polsce stało i co się dzieje teraz.



Stefan Jacyno

Reprywatyzacja a restytucja

Z prawnego punktu widzenia „reprywatyzacja” jest odwrotnością „nacionalizacji”. Proces ten przebiega następująco: na mocy aktów nacionalizacyjnych obywatele czy osoby prawne tracą własność, a państwo staje się właścicielem określonego majątku. Po latach, na mocy aktów reprywatyzacyjnych, państwo przenosi przysługującą sobie własność na tych, którzy byli właścicielami w chwili nacionalizacji.

Mówi się, że Polska jest jedynym krajem, w którym nie uchwalono ustawy reprywatyzacyjnej. To nieprawda, gdyż 17 maja 1989 r. uchwalono ustawę o stosunku Państwa do Kościoła Katolickiego. Sejm przyjął ją przed czerwcowymi wyborami, głosami PZPR i „stronnictw sojuszniczych”. Ustawa ta zapewniła Kościołowi zwrot majątku, przede wszystkim nieruchomości. W późniejszym okresie, już w III RP, uchwalono ustawy o identycznych skutkach w stosunku do pozostałych związków wyznaniowych.

Nieruchomości związków wyznaniowych zostały znacionalizowane, państwo przez kilka dziesięcioleci władało nimi jako właściciel. Na skutek nowych ustaw, w drodze decyzji Komisji Regulacyjnej, własność państwowa stała się ponownie własnością prywatnego związku (wyznaniowego). Czyli doszło do dwukrotnego przejścia własności – najpierw na państwo (nacionalizacja) i potem na ten podmiot prywatny, którego mienie znacionalizowano, i to jest reprywatyzacja.

Mówiąc o innych zwrotach nieruchomości, nie powinniśmy używać słowa „reprywatyzacja”. Nie ma spraw reprywatyzacyjnych. Wszystkie takie zwroty, bez żadnego wyjątku, odbywają się z tego powodu, że w przeprowadzonym praworządnie postępowaniu (czy to administracyjnym, czy sądowym) wychodzi na jaw, że państwo nigdy nie stało się właścicielem, że nie doszło do nacionalizacji, a jedynie do bezprawnego zawłaszczenia czegoś, co nadal stanowiło prywatną własność. W takim przypadku dochodzi do odzyskania przez właściciela jego własności, czyli windykacji albo restytucji.

Prawa ustanowione w początkach PRL nie odejmowały wszelkiej własności prywatnej, lecz dotyczyły konkretnie określonych rodzajów mienia. Dekrety i ustawy z pierwszych lat PRL stanowiły, że nieruchomości rolne czy leśne stawały się państwowe, jeżeli przekraczały określoną normę obszarową użytków rolnych. Rezydencje wiejskie stawały się państwowe, jeżeli były zabudowaniami służącymi do prowadzenia gospodarstwa rolnego. Zakłady produkcyjne stawały się państwowe, jeżeli mogły zatrudnić ponad 50 pracowników na jedną zmianę. Pod przymusowy zarząd państwowy przechodziły tylko przedsiębiorstwa opuszczone przez właścicieli itd.

Jednak ówczesny aparat państwowy nie przykładął wagi do przestrzegania prawa, lecz kierował się aksjologią nowego ustroju. Odbierano przedsiębiorstwa i majątki rolne, by likwidować elementy klasowo obce i wprowadzać nowy

ustrój społeczno-gospodarczy. Nie dbano ani o prawidłowe ustalenie, czy dany majątek rzeczywiście kwalifikował się do nacionalizacji, ani o praworządność wykładnię przepisów przez samą tę władzę wydanych, ani o przestrzeganie obowiązujących procedur. W warunkach narastającej dyktatury proletariatu (por. J.W. Stalin: „w miarę postępów w budowie socjalizmu walka klasowa zaostrza się”) zastraszeni ludzie z rzadka tylko korzystali ze środków odwoławczych, które i tak z reguły nie przynosiły żadnego rezultatu, a kontrola sądowa decyzji administracyjnych nie istniała.

Musimy rozróżnić dwie sytuacje. Pierwsza: państwo odbiera nieruchomość rolną, w skład której wchodzi 60 ha użytków rolnych. Państwo zabrało swoją własność, bo na skutek wspomnianych dekretów i ustaw własność przeszła na państwo. Druga sytuacja: państwo zabiera gospodarstwo o powierzchni 60 ha, w którym użytków rolnych jest 49,5 ha. W takiej sytuacji państwo nie odbierało z rąk byłych właścicieli swojej własności, lecz bezprawnie zagarniało cudzą własność, gdyż taki majątek nie podlegał reformie rolnej. Prawo własności pozostało przy prywatnym właścicielu.

Państwo mogło wpisać się jako właściciel do ksiąg wieczystych i – będąc pozornie właścicielem – dokonywać dalszego obrotu tym majątkiem. Jeżeli tak się stało, zwrot stał się niemożliwy. Restytucja w takich przypadkach może przyjąć wyłącznie formę odszkodowania pieniężnego. Możliwość zwrotu istnieje tam tylko, gdzie właścicielem mienia nadal jest podmiot publiczny, czyli państwo lub jednostka samorządu terytorialnego.

Prawa do warszawskich kamienic i działek

Chyba najwięcej uwagi przyciągają właśnie te sprawy. Toczy się postępowanie karne w stosunku do kilku byłych urzędników i prawników. Powstała Komisja Weryfikacyjna, która w sobie tylko właściwym specyficznym trybie i w oparciu o specyficzne przesłanki uchyliła pewną liczbę decyzji.

Także w Warszawie nie ma spraw reprywatyzacyjnych. Każde postępowanie w istocie jest sprawą windykacyjną, w której właściciel domaga się wydania swojej nieruchomości, a nie wydania mu nieruchomości miejskiej czy państwowej.

Nawet największe kamienice i domy mieszkalne nie podlegały nacionalizacji (z wyjątkiem domów ziemian w gospodarstwach wiejskich). Dla Warszawy przyjęto szczególne rozwiązanie wprowadzone już jesienią 1945 r., tzw. dekret Bieruta. Znacionalizowano same grunty, bez domów – małych czy dużych, a byli właściciele mieli prawo wystąpić o prawo rzeczowe do miejskiego gruntu. Domy pozostawały prywatne i stawały się własnością państwową dopiero wtedy, gdy minął termin, a nie złożono wniosku o przyznanie prawa do znacionalizowanego gruntu.

Przed wojną do miasta należało ok. 4% z 40 000 nieruchomości. Na skutek dekretu w 1945 r. miasto stało się właści-

praworządność

reprywatyzacja
a restytucja

prawa
do warszawskich
kamienic
i działek

celem wszystkich gruntów. Wnioski o przyznanie prawa rzeczowego (wtedy własności czasowej, potem użytkowania wieczystego) można było składać w latach 1948-49 i złożono ich około 17 000. Tym samym w stosunku do pozostałych około 23 000, czyli ok. 60% nieruchomości, wygasły roszczenia o przyznanie prawa do gruntu i z tą chwilą budynki na tych gruntach także stały się miejskie.

Dekret stanowił, że wniosek zostanie uwzględniony, jeżeli korzystanie z gruntu przez dotychczasowego właściciela da się pogodzić z przeznaczeniem gruntu według planu zabudowania. Zamiast jednak badać, czy i co da się ze sobą pogodzić, wnioski załatwiano odmownie. Nieliczni tylko mieli odwagę się odwoływać, ale żadne odwołanie nie przyniosło pozytywnego rezultatu. W ten sposób miasto „wyczyściło” dla siebie prawie całość terenów w granicach dawnej Warszawy.

Wraz z końcem komunizmu niektórzy byli właściciele wystąpili o zwrot nieruchomości lub odszkodowanie. Takich spraw w Warszawie jest około 7 000, z których załatwiono około 4 000. Zwroty kamienic i gruntów dokonują się na tej podstawie, że w toku postępowania kontrolnego organy administracyjne, rozpatrując sprawę praworządnie, czyli zgodnie z przepisami dekretu i zgodnie z procedurą administracyjną, stwierdzają, że decyzje odmawiające przyznania prawa rzeczowego zapadły z rażącym naruszeniem prawa. Stwierdzenie nieważności wydanej onegdaj decyzji odmownej oznacza, że nie odniosła ona skutków prawnych, czyli nie doszło do wygaśnięcia własności budynku, który przez te dziesięciolecia w rzeczywistości pozostał prywatny, ani nie wygasło roszczenie o uzyskanie prawa rzeczowego do gruntu. Jeżeli w wyniku ponownego rozpatrzenia sprawy okaże się, że „korzystanie z gruntu przez dotychczasowego właściciela da się pogodzić z przeznaczeniem gruntu według planu zabudowania”, wówczas organ ma obowiązek przyznać prawo do gruntu (od stycznia 2019 r. własność).

Nie zwracać?

Niektórzy twierdzą, że nie można zwracać nieruchomości, bo to prowadzi do patologii: nęka się lokatorów, podnosi czynsze, ruguje z mieszkań, dochodzi do korupcji i fałszerstw. Miasto traci majątek, bogacą się handlarze roszczeniami.

Podstawowy problem to naturalny konflikt interesów lokatorów komunalnych i prywatnego właściciela, który ma prawo uzyskiwać czynsz rynkowy. Lokatorzy, którzy przez dziesięciolecia płacili zaniżony czynsz, nie czują satysfakcji, że przez lata dużo zaoszczędzili, lecz mają poczucie krzywdy. Obawiają się wyzwań, którym musi podołać pozostała część społeczeństwa spłacająca kredyty albo najmu mieszkania na wolnym rynku. Poczucie niesprawiedliwości wywołuje też utrata możliwości nabycia lokalu komunalnego za 10% czy 20% jego wartości, czyli zarobienia jednym ruchem od 500% do 1000%. Tu musi wkroczyć władza publiczna, ale nie jak w PRL z kwaterunkiem, lecz z rozsąd-

ną polityką mieszkaniową. Jeżeli uznaje się, że pewna grupa ludzi powinna płacić za lokale mniej niż inni, to ciężar tego powinno ponosić całe społeczeństwo, a nie jednostki – czyli właściciele konkretnych nieruchomości. Ci ostatni powinni otrzymywać czynsz rynkowy, który pozwoli nie tylko utrzymać budynek, ale też przyniesie godziwy zysk. Podwyżka czynszu o 400% wygląda drastycznie, ale może oznaczać podwyżkę z 4 zł do 16 zł za m². Podwyżka o 12 zł nie jest już tak spektakularna i mieści się w granicach określonych ustawą o ochronie lokatorów.

Nękanie lokatorów, zmuszanie ich do wyprowadzki musi być jednoznacznie potępione. Prawo nie zezwala na pozbawianie ludzi wody czy ciepła, nie pozwala na uniemożliwienie dostępu do lokalu. Tam, gdzie się to dzieje, mamy do czynienia z deliktami cywilnymi, wykroczeniami, a nawet przestępstwami. Z drugiej strony nie można zaprzeczyć, że są obiektywne okoliczności, które wymagają od lokatorów współdziałania. W kwestiach zwrotowych mówimy o domach wybudowanych przed wojną; najmłodsze z nich mają 80 lat. W końcu każdy z nich będzie musiał przejść gruntowną modernizację, podczas której nie da się uniknąć długotrwałych i uciążliwych prac, także wymagających opróżnienia lokali. Również w przypadku budynków komunalnych powoduje to protesty lokatorów, opór przed koniecznością zmiany miejsca zamieszkania czy znoszenia niewygód w trakcie prac budowlanych. Problemy te należy rozwiązywać zgodnie z prawem, a zadaniem władz miejskich jest wdrożenie koniecznych działań w sposób możliwie najmniej uciążliwy, ale tak, by doprowadzić do pozytywnego skutku. Traktowanie spokoju lokatorów jako dobra chronionego w najwyższym stopniu, przed innymi prawami, doprowadzi nas do krańcowego zużycia substancji budynkowej i do niemożności zrealizowania jakiegokolwiek miejskiej inwestycji, z którą wiązałoby się wyburzenie zabudowy mieszkaniowej i przesiedlenie mieszkańców – a było takich konieczności co niemiara i potrafiło to zorganizować.

Obszary miejskie degradują się, muszą być poddawane rewitalizacji na większą czy mniejszą skalę. Kwestii tych dotyczy ustawa z 9 października 2015 r. o rewitalizacji oraz ustawa o planowaniu przestrzennym. Trzeba je mieć na uwadze i kierować się posiłkowo ich regulacjami.

Nieporozumieniem jest twierdzenie, że zwroty nieruchomości zubożają miasto, że pozbawiają je środków na inwestycje. Wszak zwracane nieruchomości dochodu nie przynoszą, wręcz przeciwnie – są obciążeniem dla budżetu, gdyż koszty ich utrzymania przekraczają wpływy. Pod tym względem zwrot kamienic czynszowych raczej zwiększa możliwości inwestycyjne miasta. Przede wszystkim zaś zwroty nie są pomniejszaniem majątku miasta, bo nieruchomości te były i są prywatne, więc miasto oddaje cudze, a nie swoje.

Jako naganny traktuje się obrót roszczeniami. W niektórych wypadkach osoby uprawnione tanio sprzedawały swoje prawa osobom, które później uzyskały zwrot nieruchomości

praworządność

reprywatyzacja
a restytucja

prawa
do warszawskich
kamienic
i działek

ści i ją sprzedały z wielokrotnym zyskiem. Jednak rynek roszczeń powstał dlatego, że ludzie nie mogli doczekać się rozpatrzenia swoich spraw i stracili wiarę, że tego doczekają. Temida jest ślepa i nie powinna widzieć, czy za uprawnieniem (roszczeniem) stoi zasłużony powstaniec czy chciwy handlarz. Mówię o transakcjach podjętych z właściwym rozeznaniem. Prawo nie pozwala oszukiwać ludzi ani fałszować dokumentów. Są to przestępstwa i jeżeli do nich doszło – muszą być ścigane.

Zwracać – nie ma innej możliwości

Zwroty nieruchomości nie są aktem woli organów administracji czy sądów. To nie są przydziały działek czy lokali jak za czasów PRL, gdzie kandydat często musiał się wykazać m.in. „nienaganną postawą moralno-polityczną”, a uzyskanie przydziału dawało prawo do faktycznego dziedziczenia lokalu (wstąpienie w stosunek najmu), niskiego czynszu i wykupienia na własność za bezcen. Zwroty w ramach aktualnych regulacji to nie są przywileje, to nie jest rozdawanie majątku państwowego, lecz oddanie tego, co nie było ani państwowe, ani komunalne. Zwracania nieruchomości ich właścicielom wymaga praworządność. To jest obowiązek organów władzy publicznej w demokratycznym państwie prawnym. Nie mówimy tu o nowych rozwiązaniach, bo takich nie ma. Mówimy o wykonaniu tych regulacji, które obowiązują od ponad 70 lat. Jeżeli miasto czy państwo chce nadal posiadać cudze nieruchomości, musi uży-

wać do tego prawowity tytuł, czyli może np. je kupić albo zawrzeć umowę najmu lub dzierżawy. Jeżeli nie ma takiej oferty albo właściciel nie wyraża na nią zgody, to musi je oddać.

Miasto Warszawa mogłoby stworzyć jednostkę organizacyjną, w której działaliby zawodowi kuratorzy dla nieznanych z miejsca pobytu i kuratorzy spadków nieobjętych niezbędnymi do przeprowadzenia postępowań regulacyjnych. Miasto, zamiast biernie być adresatem roszczeń, mogłoby zajmować się wykupem roszczeń i wchodzić w trudne, wielopodmiotowe sprawy, prowadzić do ich ukończenia. Uregulowanie stanów prawnych jest warunkiem rozwoju miasta, nie można w nieskończoność powadzić postępowań blokujących tereny inwestycyjne, zamrażających możliwości rewitalizacji zaniedbanych budynków i terenów.

Tak jak wypadki zwalczą się nie przez zakaz ruchu drogowego, lecz przez egzekwowanie jego reguł, tak nieprawidłowości w sprawach zwrotowych muszą być zwalczane poprzez przestrzeganie prawa, a nie eliminację zwrotów. Jeżeli drogowskazem we wszystkich kwestiach związanych ze zwrotami będzie praworządność, uda się pogodzić wszystkie aspekty tego problemu.

Stefan Jacyno, adwokat, współnik odpowiedzialny za praktykę nieruchomości, repriwatyzacji i doradztwa dla klientów indywidualnych



W

yroby medyczne – globalny biznes a regionalne reżimy regulacyjne

40

Polscy producenci wyrobów medycznych coraz częściej są liderami na rynku nie tylko europejskim, ale i światowym. Jest wielu chętnych, aby zainwestować w rozwinięty na taką skalę biznes. Jednemu z funduszy inwestycyjnych udało się w 2018 r. nabyć cały kapitał zakładowy renomowanej spółki medyczno-technologicznej wyspecjalizowanej w produkcji wyrobów dla osób chorych na cukrzycę. Dzięki połączeniu powstał międzynarodowy gracz oferujący w 100 krajach szeroki asortyment wyrobów medycznych do kontroli cukru zarówno przez samych pacjentów, jak i do użytku profesjonalnego w zakładach opieki medycznej. Wyzwań regulacyjnych jest co niemiara.



Joanna Krakowiak

Jeden wyrób, lecz wiele wymagań

W środkowej Polsce, niedaleko Łodzi, spółka prowadzi dwa nowoczesne zakłady produkcyjne. Proces wytwarzania i wprowadzania do obrotu wyrobów przeznaczonych na rynek polski jest zgodny z wymaganiami ustawy z 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych, implementującej dyrektywę 93/42/EEC, tzw. MDD. Wyroby wytwarzane przez spółkę to przede wszystkim nakłuwacze bezpieczne, lancety i igły do wstrzykiwania insuliny. Z uwagi na średni poziom ryzyka związanego z ich stosowaniem są one klasyfikowane jako wyroby klasy II a lub II b. Zgodność z dyrektywą MDD, oraz przepisami ją implementującymi w poszczególnych krajach UE, ma więc podstawowe znaczenie dla wprowadzania do obrotu wyrobów na rynku europejskim.

Zasięg firmy jest jednak światowy, dlatego wyroby przez nią oferowane muszą również spełniać wymagania stawiane w innych regionach takich jak USA, Kanada, Japonia, Korea, Brazylia, Izrael czy Rosja. W praktyce oznacza to, że spółka może być kontrolowana nie tylko przez krajowe organy nadzoru, ale również przez amerykańską FDA, japoński J-PAL, koreański K-FDA czy też brazylijską Anvisa. Tego rodzaju międzynarodowe inspekcje mają miejsce i potwierdzają zgodność działalności produkcyjnej spółki ze standardami obowiązującymi w poszczególnych krajach.

Certyfikacja kluczem do zgodności

W praktyce dla spełnienia tego rodzaju standardów konieczna jest certyfikacja w zakresie standardów ISO, w szczególności aktualnej wersji normy ISO 13485 w zakresie projektowania, rozwoju, wytwarzania i dystrybucji sterylnych igieł, lancetów i innych wyrobów do nakłuwania (w wersji polskiej: PN, europejskiej: EN czy też np. kanadyjskiej: CAN/CSA), a także wymagań aneksu II dyrektywy MDD, mającego zastosowanie do wyrobów medycznych klas II i III.

Uzyskanie tego rodzaju certyfikatów wydanych przez autoryzowaną jednostkę certyfikującą potwierdza zgodność działalności operacyjnej spółki w zakresach objętych certyfikatami w dacie wydania certyfikatów. Oznacza to, że aby certyfikaty obowiązywały przez cały np. trzyletni okres, na jaki zostały wydane, spółka ma obowiązek przeprowadzać regularne audyty wewnętrzne i zewnętrzne mające na celu bieżącą weryfikację spełniania przez spółkę standardów. Procesy *compliance* wymagają stałego czuwania nad aktualnością procedur wewnętrznych, szkolenia pracowników z ich znajomości, a przede wszystkim umiejętności reagowania w sytuacjach kryzysowych, które mogą pojawić się na wielu rynkach, gdzie oferowane są wyroby wytwarzane przez spółkę.

Produkcja własna i kontraktowa

Jest kilka modeli biznesowych wprowadzania do obrotu wyrobów na poszczególnych rynkach: od współpracy z dystrybutorami lub importerami produktów własnych

po współpracę w ramach umów o produkcję kontraktową. Wybór optymalnego modelu zwykle jest pochodną specyficznej dla danego rynku mieszanki uwarunkowań gospodarczych oraz prawnych. Co do zasady stopień ryzyka regulacyjnego działalności spółki zależy od przyjętego na danym rynku modelu biznesowego.

W zależności od tego, czy wyroby są oferowane jako produkty własne czy też są firmowane cudzą marką, różny jest zakres odpowiedzialności spółki wobec organów nadzoru oraz użytkowników wyrobów, w tym pacjentów. Zasadniczo tam, gdzie spółka funkcjonuje jako wytwórca (w sensie faktycznym oraz prawnym), ponosi ona pełną odpowiedzialność za produkt. Tam zaś, gdzie spółka wytwarza wyroby medyczne na zlecenie innego podmiotu, w szczególności na podstawie umowy o produkcję kontraktową, jej odpowiedzialność jest ograniczona do odpowiedzialności kontraktowej wobec kontrahenta, który firmuje produkt w relacjach zewnętrznych.

Spółka realizująca zlecenie produkcji kontraktowej jest klasyfikowana jako tzw. *original equipment manufacturer* (OEM). Z kolei podmiot zlecający produkcję pod marką własną to tzw. *own brand labeler* (OBL). Co do zasady jako wytwórca w sensie prawnym są traktowane podmioty firmujące wyroby swoją marką (OBL), a nie ich faktyczni wytwórcy (OEM). Podmiot zlecający produkcję jest zatem w pełni odpowiedzialny za oferowany na danym rynku wyrób medyczny. Jeżeli jednak podmioty takie poniosą odpowiedzialność wobec organów nadzoru lub użytkowników, albo zmaterializuje się ryzyko powstania takiej odpowiedzialności, to zwrócą się z roszczeniami regresowymi do swoich podwykonawców, czyli producentów kontraktowych, takich jak spółka. Zatem w praktyce może się zdarzyć, że w obu modelach biznesowych ryzyko jest zbliżone.

CE jako potwierdzenie jakości i bezpieczeństwa wyrobu

W Unii Europejskiej wyroby wprowadzane na rynek muszą spełniać tzw. wymagania zasadnicze (*essential requirements*). Przed wprowadzeniem wyrobu na rynek spółka jako wytwórca jest zobowiązana poddać wyrób ocenie zgodności z tymi wymaganiami. W zależności od stosowanej procedury ocenę zgodności wytwórca przeprowadza samodzielnie lub z udziałem jednostki notyfikowanej. Każdorazowo pozytywny wynik procedury oceny zgodności prowadzonej z udziałem jednostki notyfikowanej zostaje zakończony wydaniem certyfikatu zgodności, tj. dokumentu poświadczającego przeprowadzenie procedury oceny zgodności potwierdzającej, że określony wyrób, jego projekt, typ, proces wytwarzania, sterylizacji lub kontroli i badań końcowych jest zgodny z wymaganiami zasadniczymi.

Deklaracja zgodności stanowi oświadczenie wytwórcy stwierdzające, że wyrób jest zgodny z wymaganiami zasadniczymi. Deklaracje takie wytwórca przekazuje swoim kontrahentom, tj. podmiotom uczestniczącym w łańcuchu

ocena zgodności

znak CE

nowe
rozporządzenia
UE dot. wyrobów
medycznych

dostaw, w tym importerom w poszczególnych krajach, dystrybutorom czy też placówkom ochrony zdrowia.

Warunkiem wprowadzenia wyrobów do obrotu w krajach UE jest ich oznakowanie znakiem CE. Oznakowanie to świadczy o przeprowadzeniu odpowiednich procedur oceny zgodności potwierdzających, że wyrób spełnia odnoszące się do niego wymagania zasadnicze, a zatem jest bezpieczny i ma odpowiednią jakość.

Oświadczenia i zapewnienia przy nabyciu

Oświadczenia i zapewnienia jako standardowy element umów przeniesienia udziałów muszą się znaleźć również w umowie dotyczącej nabycia 100% udziałów spółki.

W aspekcie regulacyjnym kluczowe znaczenie mają oświadczenia dotyczące m.in.:

- spełniania przez wyroby medyczne wymagań jakościowych właściwych na poszczególnych rynkach,
- prawidłowego oznakowania wyrobów, w szczególności znakiem CE wyrobów medycznych oferowanych w UE,
- prawidłowości procesu weryfikacji oceny zgodności wyrobów z wymaganiami zasadniczymi oraz przechowywania dokumentacji dotyczącej tego procesu,
- dopełnienia obowiązków rejestracji lub notyfikacji wyrobów przed pierwszym wprowadzeniem do obrotu wyrobów na danym rynku oraz bieżącej aktualizacji takich danych,
- ważności certyfikatów jakości ISO oraz braku podstaw do ich cofnięcia,
- braku otwartych postępowań administracyjnych dotyczących spełniania wymagań regulacyjnych przez spółkę oraz produkowane przez nią wyroby,
- braku toczących się lub grożących kontroli organów

nadzoru, w szczególności mogących prowadzić do nałożenia kar na spółkę.

Prawidłowe przygotowanie i weryfikacja oświadczeń ma kluczowe znaczenie. Jeżeli któreś z nich okaże się nieprawdziwe, może to być podstawą do dochodzenia przez nabywcę odpowiedzialności wobec sprzedającego z tytułu nienależytego wykonania umowy lub nawet powoływania się na błąd przy jej zawieraniu, co może w skrajnych przypadkach doprowadzić do stwierdzenia jej nieważności.

Regulacyjne *panta rhei*

Oświadczenia i zapewnienia dotyczą określonej daty związanej z chwilą zamknięcia transakcji. Otoczenie administracyjno-prawne produkcji i wprowadzania do obrotu wyrobów medycznych podlega jednak nieustannym zmianom.

W UE od maja 2020 r. zacznie obowiązywać rozporządzenie 2017/745 (MDR), które zastąpi MDD. Wprowadzi ono zmiany w klasyfikacji wyrobów medycznych i zasadach oceny ryzyka związanego z wprowadzaniem wyrobów do obrotu. Wprowadzi też nowy system UDI (*Unique Device Identification*) służący identyfikacji wyrobów na rynku UE. Podobnie normy PN-EN ISO 13485:2012 oraz PN EN ISO 13485:2012/AC:2012 utracą ważność w dniu 28 lutego 2019 r. i certyfikaty wydane w oparciu o te normy będą musiały zostać zastąpione certyfikatami potwierdzającymi zgodność z nowszymi wersjami norm (2016).

Zapewnienie zgodności z przepisami regulacyjnymi to proces ciągły. Na europejskim rynku wyrobów medycznych zapowiada się sporo pracy dostosowawczej do nowych zasad. Spółka w nim również uczestniczy, lecz już w nowej grupie kapitałowej.

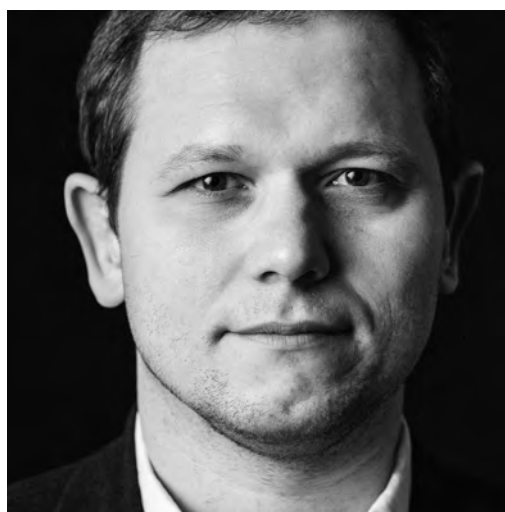
Joanna Krakowiak, radca prawny, praktyka life science i postępowań regulacyjnych oraz praktyka transakcji i prawa korporacyjnego

ocena zgodności
znak CE
nowe
rozporządzenia
UE dot. wyrobów
medycznych

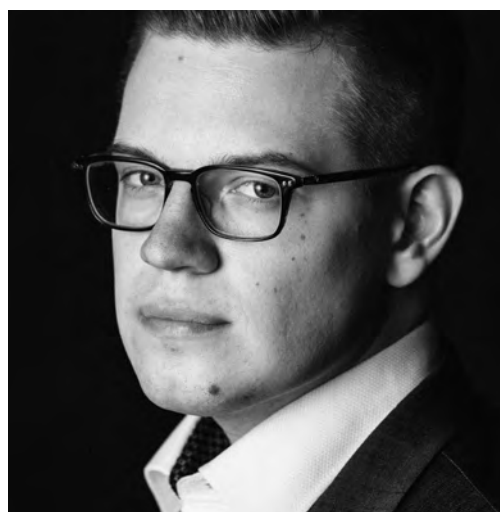


Oszustwa w badaniach klinicznych

Firma farmaceutyczna zleca kilku niezależnym ośrodkom przeprowadzenie badań klinicznych nad nowym obiecującym lekiem. W ich toku nabiera podejrzeń, że w jednym z nich badania są prowadzone nierzetelnie. Co może zrobić w takiej sytuacji, żeby nie zaprzepaścić swoich szans na uzyskanie pozwolenia na wprowadzenie leku do obrotu?



Łukasz Lasek



Jakub Barański

Badania kliniczne mają fundamentalne znaczenie dla współczesnej medycyny. Umożliwiają wprowadzanie do obrotu coraz skuteczniejszych leków i form terapii, gwarantując jednocześnie ich bezpieczeństwo. Firmy farmaceutyczne zlecają prowadzenie badań niezależnym badaczom, którymi są najczęściej lekarze z niezależnych ośrodków. Odseparowanie ról ma zapewnić obiektywność prowadzonych badań. Badacze są odporni na presję ze strony firm farmaceutycznych, którym w oczywisty sposób zależy na korzystnych wynikach badań. W tym układzie lekarze mogą poszerzać swoją wiedzę i kompetencje, a ośrodki – szpitale i inne placówki medyczne – uzyskać dodatkowe dochody.

Wartość światowego rynku badań według różnych źródeł szacuje się na ok. 50 do 80 mld dolarów. W samej Polsce, zgodnie z raportem PwC z listopada 2015 r., rynek badań w 2014 r. osiągnął wartość ok. 950 mln zł. Niestety jak zawsze, gdy w grę wchodzi duże pieniądze, również w badaniach klinicznych zdarzają się przypadki oszustw. Najczęściej polegają one na fabrykowaniu danych, które są następnie przekazywane firmom farmaceutycznym i publikowane w renomowanych periodykach medycznych.

Do niedawna wydawało się, że oszustwa w badaniach klinicznych są zjawiskiem marginalnym. Ostatnie lata przyniosły jednak wysyp informacji o fałszowaniu wyników badań klinicznych. Wykrycie tego procederu było możliwe dzięki zastosowaniu nowoczesnych technologii. W szczególności pomogło rozpowszechnienie wśród sponsorów i organizacji prowadzących badania na ich zlecenie (tzw. CRO – *Clinical Research Organizations*) narzędzi informatycznych do analizy dużej ilości danych. Umożliwiają one wykrywanie nietypowych powiązań lub wzorców bez konieczności odtajniania danych i podejmowania wobec ośrodka badawczego skomplikowanych czynności audytowych. Wykorzystanie tych narzędzi wskazuje, że skala oszustw jest znacznie większa, niż myślano.

Interes sponsorów i CRO w przeciwdziałaniu oszustwom

Podstawowym celem sponsora badań klinicznych jest uzyskanie pozwolenia na wprowadzenie leku do obrotu i tym samym komercjalizację efektów długotrwałych i kosztownych prac badawczych. Wszelkie nieprawidłowości gromadzonych danych mogą ostatecznie zaprzepaścić szansę na jego uzyskanie. Dlatego w interesie firm farmaceutycznych, niezależnie od spoczywających na nich w tym zakresie obowiązków regulacyjnych, jest skuteczne przeciwdziałanie oszustwom.

Większość oszustw i nieprawidłowości polega w praktyce na fabrykowaniu danych przez badaczy w celu uzyskania dodatkowych środków pieniężnych. Sygnałem ostrzegawczym może być na przykład nadzwyczajna zbieżność raportowanych danych lub – przeciwnie – raportowanie przez ośrodek danych znacznie odbiegających od tych przekazywanych przez inne ośrodki. Warto również zwrócić uwagę na niewielkie zużycie opakowań leków albo utrudniony

dostęp sponsora do dokumentów źródłowych. Są to oczywiście jedynie poszlaki, które wymagają weryfikacji przed podjęciem decyzji o jakichkolwiek działaniach zaradczych.

Umowa o prowadzenie badań klinicznych jako podstawowe narzędzie prewencji

Podstawowym instrumentem prawnym mogącym posłużyć w tym celu jest prawidłowo skonstruowana umowa o prowadzenie badań klinicznych (tzw. *Clinical Trial Agreement*, CTA), zawierana przez sponsora lub CRO z ośrodkami badawczymi. Nie wystarczy jednak sam zapis zobowiązujący badacza do prawidłowego prowadzenia badań. Kluczowe jest bowiem zapewnienie mechanizmów, które umożliwią w praktyce monitorowanie i weryfikację prawidłowego przebiegu procesu badawczego. Mechanizmy te muszą przy tym dawać badaczom odpowiednie gwarancje przeciwko naciskom ze strony sponsorów. Łatwo można bowiem sobie wyobrazić sytuację, kiedy niekorzystne dla badanego leku wyniki mogłyby być odrzucane pod zarzutem podejrzenia fałszerstwa.

Istotne może być na przykład zapewnienie w umowie możliwości przeprowadzenia audytów w siedzibie badacza i to w sposób, który daje realne szanse na weryfikację, czy nie doszło do sfabrykowania danych (w uzasadnionych przypadkach audyt powinien być możliwy również bez wcześniejszej zapowiedzi – tzw. *for-cause audit*). Dopiero możliwość weryfikacji podejrzeń, a także pozyskania ewentualnych dowodów na okoliczność popełnienia oszustwa, pozwoli bowiem w dalszej perspektywie podjąć odpowiednie środki zaradcze, jak na przykład odstąpienie od umowy lub zawiadomienie o popełnieniu przestępstwa odpowiednich organów (karnych i regulacyjnych). Prowadzenie procesów sądowych wyłącznie w oparciu o poszlaki czy wyniki statystyczne jest bardzo utrudnione. Dodatkową trudnością w tego typu sprawach jest kwestia poufności danych i tajemnic zawodowych (np. ograniczenia możliwości przesłuchania lekarza na okoliczność świadczonych przez niego usług medycznych).

Innym zagadnieniem, które warto uregulować w CTA, jest możliwość wstrzymania płatności na rzecz ośrodka w razie podejrzenia fabrykowania danych lub innego rodzaju nieprawidłowości. Zapewni to współpracę ze strony badacza w razie konieczności podjęcia czynności weryfikujących prawdziwość powstałych podejrzeń. Możliwość wstrzymania wypłat może mieć również znaczenie z perspektywy szeroko rozumianego *compliance*. Kontynuowanie płatności mimo nieprawidłowości po stronie ośrodka badawczego mogłoby bowiem budzić podejrzenia, że doszło do współudziału sponsora lub CRO w oszustwie w celu pozyskania korzystnego zestawu danych.

Ostatnią kwestią, o której należy pamiętać, jest zapewnienie ewentualnej drogi wyjścia z umowy z nieetycznym badaczem. Sfabrykowanie nawet niewielkiej części danych zasadniczo powoduje nieprzydatność całości zgromadzonych danych w kontekście wnioskowania o pozwolenie na dopuszczenie badanego leku do obrotu. W umowie można

prowadzenie
badań klinicznych

oszustwa
w badaniach
klinicznych

fabrykowanie/
manipulacja
danych

na przykład wyraźnie wskazać, że uzasadnione podejrzenie popełnienia oszustwa przez badacza stanowi osobną podstawę do odstąpienia od umowy przez sponsora lub CRO, a nawet przesłankę do naliczenia kar umownych. Warto również uregulować w umowie kwestię ewentualnego zwrotu już dokonanych płatności na rzecz badacza w razie wykrycia przypadków fabrykowania danych.

Reagowanie na przypadki oszustw

Nawet najlepiej napisana umowa nie zagwarantuje, że do oszustwa ostatecznie nie dojdzie. Jak zatem należy postępować, gdy pojawią się sygnały ostrzegawcze?

Przed wszystkim należy pamiętać, że procedura postępowania w przypadku podejrzeń co do integralności danych gromadzonych w trakcie badania powinna być szczegółowo opisana w tzw. standardowych procedurach postępowania sponsora (tzw. *standard operating procedures*, SOP), zatwierdzonych przez niezależny zespół ds. zapewnienia jakości.

Zapewnienie rzetelności i jakości gromadzonych danych jest jednym z zasadniczych obowiązków regulacyjnych sponsora. Wszelkie podejrzenia nieprawidłowości i podjęte w związku z tym działania muszą zostać udokumentowane, a następnie szczegółowo opisane w raporcie końcowym z badania (tzw. *Clinical Study Report*, CSR), który zostanie załączony do wniosku o pozwolenie na dopuszczenie leku do obrotu.

Zazwyczaj pierwsze sygnały o potencjalnych nieprawidłowościach w danych mają charakter poszlak, na przykład pochodzących ze wspomnianej analizy statystycznej za pomocą wyspecjalizowanego oprogramowania. Poszlaki te wymagają w związku z tym weryfikacji i potwierdzenia przez dowody o charakterze bardziej bezpośrednim. Dobrą okazją do wstępnych działań weryfikacyjnych mogą być bieżące wizyty monitoringowe w ośrodku, ale w dalszej kolejności należy rozważyć przeprowadzenie kompleksowego audytu. Najlepiej gdy audyt taki jest niezapowiedziany, co daje szansę na przyłapanie badacza na gorącym uczynku (np. w sytuacji gdy do wspólnego systemu informatycznego badacza i sponsora wprowadzane są dane z rzekomo przeprowadzanego zabiegu, a w ośrodku nie ma żadnego pacjenta). Do przeprowadzenia takiego audytu sponsor lub CRO potrzebuje jednak stosownego umocowania w umowie lub bezwzględnie obowiązujących przepisach prawa. W przeciwnym razie może narazić się na zarzuty ze strony badacza i dać mu podstawy do podważenia wiarygodności nawet bardzo przekonujących dowodów oszustwa.

W przypadku badań wieloośrodkowych należy również pamiętać o tym, aby ograniczyć ewentualny negatywny wpływ podejrzanych zachowań jednego z badaczy na wyniki całych badań. W razie zgromadzenia dowodów uzasadniających podejrzenia fabrykowania danych lub innych nieprawidłowości należy w szczególności rozważyć decyzję o ich wykluczeniu z ogólnych wyników całego procesu badawczego. Decyzja taka i jej podstawy również muszą być

odpowiednio udokumentowane, a okoliczności jej podjęcia nie mogą powodować podejrzeń, że jej powodem była chęć manipulowania wynikami prowadzonych badań. Biorąc pod uwagę, że większość obecnie prowadzonych badań ma charakter badań zaślepionych i zrandomizowanych, oznacza to przede wszystkim konieczność wykluczenia podejrzanego zestawu danych z całościowego badania jeszcze przed ich odsłepieniem (ang. *unblinding*).

Spory na gruncie oszustw w badaniach klinicznych

Nasze doświadczenia pokazują, że powzięcie podejrzenia, że jeden z ośrodków realizujących badania kliniczne może fabrykować dane, stanowi istotne zagrożenie dla integralności całego badania i reputacji firmy farmaceutycznej. Konieczne jest zatem podjęcie przemyślanych i zdecydowanych działań nakierowanych na zweryfikowanie podejrzeń oszustwa, z jednoczesnym zabezpieczeniem integralności danych pochodzących z innych ośrodków. Weryfikację podejrzeń oszustwa należy przeprowadzić w sposób zaplanowany, zgodny z dobrymi praktykami oraz zapewniający ochronę bezpieczeństwa i godności pacjentów. Celem takiej weryfikacji jest umożliwienie wyłączenia części danych z całego badania. Aby nie być posądzonym o próbę manipulowania badaniami, wszelkie działania należy podjąć jeszcze przed odsłepieniem wyników badań klinicznych.

Taka weryfikacja może pomóc także w sporze z nieuczciwym badaczem. Spór najczęściej będzie dotyczył kwestii rozliczenia za przeprowadzone badania. Badacz może domagać się zapłaty wynagrodzenia. Sponsor może chcieć odzyskać środki przekazane nierzetelnemu badaczowi. Może także domagać się rekompensaty za szkody poniesione w związku z koniecznością zlecenia prowadzenia badań innemu ośrodkowi albo opóźnienia w zakończeniu badań klinicznych. Trzeba bowiem pamiętać, że wydłużenie procesu badań klinicznych z reguły oznacza skrócenie kluczowego dla firmy farmaceutycznej okresu wyłączności na obrót lekiem, wynikającego z ochrony patentowej. A tylko w tym okresie, przed wejściem do obrotu leków generycznych, firma może odzyskać poniesione nakłady na działalność badawczo-rozwojową.

Z uwagi na delikatną materię i skomplikowane otoczenie prawne sprawy takie wymagają szczególnego podejścia, łączącego w sposób holistyczny doświadczenie w sporach gospodarczych, sprawach karnych i bieżącym doradztwie regulacyjnym. Choć opisanym sytuacjom nie da się całkowicie zapobiec, dzięki odpowiedniemu przygotowaniu i właściwej reakcji ewentualne negatywne skutki dla sponsora lub CRO mogą być w dużym stopniu ograniczone, jeśli nie całkowicie zniwelowane.

Łukasz Lasek, adwokat, partner, solicitor Anglii i Walii (obecnie nie praktykuje), praktyka postępowań sądowych i arbitrażowych oraz praktyka karna

Jakub Barański, adwokat, praktyka postępowań sądowych i arbitrażowych oraz praktyka karna

prowadzenie
badań klinicznych

oszustwa
w badaniach
klinicznych

fabrykowanie/
manipulacja
danych

Używki – trudny temat dla legislatora

46

Używki towarzyszą ludzkości od zawsze, ale prawna regulacja dotycząca ich stosowania ma bardzo krótką historię. Nawet wyroby tytoniowe stały się przedmiotem poważnego zainteresowania legislatorów dopiero w XXI wieku. Efektem mogą być na przykład wątpliwości, czy dany produkt zawierający nikotynę można wwieźć do Polski.



dr Ewa Butkiewicz

„Nowatorskie” wyroby tytoniowe

Postęp naukowy i inwencja producentów we wprowadzaniu różnych „nowatorskich” czy też „alternatywnych” produktów tytoniowych i nikotynowych sprawia, że odnośne przepisy prawne są zasadniczo stale na etapie tworzenia, próbując nadążyć za komercyjną rzeczywistością.

Jednymi z nowych wyrobów nikotynowych, które pojawiły się na rynku amerykańskim, są krążek do żucia i guma do żucia z nikotyną pochodzącą z tytoniu. W skład krążka i gumy wchodzi nikotyna pozyskana z tytoniu, polimer, włókno celulozowe (niepochodzące z tytoniu), dodatk zapachowy (miętowy mocny lub słaby), substancja nadająca fakturę i spoistość oraz barwnik. Każdy krążek lub guma zawiera ok. 1,5 miligrama nikotyny. Na opakowaniu jest wymagane przez Amerykańską Agencję do Spraw Żywności i Leków (FDA) ostrzeżenie o tym, że wyrób zawiera nikotynę, która jest substancją uzależniającą. Wyrób jest przeznaczony dla osób dorosłych jako alternatywa dla palenia papierosów. Wyrób nie wspomaga procesu odzwyczajania się od palenia, więc nie jest zarejestrowany jako produkt lub wyrób medyczny. Wyrób jest dostępny w wybranych sklepach lub w sprzedaży online w czterech stanach USA.

Klient zamierzał przywieźć kilka opakowań wyrobu na konferencję branżową do Polski, a następnie, po prezentacji i ewentualnej osobistej konsumpcji w czasie pobytu w Polsce, wywieźć wyrób z powrotem. Powstał problem, czy wyrób musi być zadeklarowany przy przywozie, a jeśli tak, to jak go należy zaklasyfikować.

Do palenia i do żucia

Na rynku jest obecnie szeroka paleta wyrobów, które zaspokajają lub mogą zaspokajać oczekiwania konsumentów uzależnionych w różnym stopniu od nikotyny. Aby je usystematyzować, można posłużyć się terminologią stosowaną w dyrektywie 2014/40/UE w sprawie zbliżenia przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych państw członkowskich w sprawie produkcji, prezentowania i sprzedaży wyrobów tytoniowych i powiązanych wyrobów oraz uchylającej dyrektywę 2001/37/WE.

Przepisy dyrektywy i implementujące ją akty prawa wewnętrznego państw członkowskich rozróżniają wyroby tytoniowe do palenia (tradycyjne papierosy) i wyroby tytoniowe bezdymne, czyli takie, w których nie występuje proces spalania, włączając do tej kategorii tytoń do żucia, tytoń do nosa i tytoń do stosowania doustnego. Do tej kategorii zalicza się papierosy, w których tytoń jest podgrzewany, a nie spalany (co pozwala je prezentować jako wyroby tytoniowe o obniżonym ryzyku). Jako osobną kategorię – wyrób powiązany – dyrektywa traktuje papierosy elektroniczne.

Nikotyna jest także dostępna do spożywania w innej postaci, doustnej. Są to głównie gumy do żucia. Te produkty pojawiły się na rynku w latach 80. XX w. jako łagodzą-

ce objawy głodu nikotynowego, a przez to pomagające w odstawieniu palenia. Są one dopuszczane do obrotu jako produkty lecznicze zgodnie z właściwymi przepisami i stosowane w ramach terapii leczenia uzależnienia od tytoniu. Ich producentami przez długi czas były wyłącznie firmy farmaceutyczne.

Od paru lat jednak produkty nikotynowe w postaci doustnej są przedmiotem zainteresowania przemysłu tytoniowego. Jeden z wielkich amerykańskich koncernów tytoniowych uzyskał ostatnio dopuszczenie do obrotu swojego produktu – gumy do żucia stosowanej w terapii leczenia uzależnienia.

Wyrób niepasujący do definicji

Wyrób, który miał być przywieziony na konferencję do Polski, nie odpowiadał ani definicji wyrobu tytoniowego, ani tytoniu do stosowania doustnego, ani nie był dopuszczony do obrotu jako produkt leczniczy.

Zgodnie z dyrektywą wyrobem tytoniowym jest wyrób przeznaczony do spożycia przez konsumentów, składający się, nawet częściowo, z tytoniu. W składzie wyrobu klienta tytoń jako taki nie występuje. Związek z tytoniem istnieje poprzez zasadniczy składnik krążka, czyli nikotynę, która pozyskiwana jest z tytoniu. Czy taki związek wystarczy, aby uznać, że w skład wyrobu wchodzi tytoń, jak wymaga tego definicja? Zwykła analiza gramatyczna definicji prowadzi do negatywnej odpowiedzi: częścią składową wyrobu nie jest tytoń. Dlatego wydaje się uzasadnione wyłączenie stosowania przepisów dyrektywy tytoniowej i odpowiednich przepisów krajowych wobec przedmiotowego wyrobu.

Ponieważ wyrób nie ma na celu wspomagania walki z uzależnieniem od nikotyny, to nie podlega ani przepisom prawa farmaceutycznego, ani wymogom odnoszącym się do wyrobów medycznych.

Wyrób można zaklasyfikować jako produkt z pogranicza: ma istotne właściwości wyrobu tytoniowego, bowiem dostarcza konsumentowi nikotynę. Nie jest produktem leczniczym, choć sprzedawany jest w postaci takiej samej lub podobnej jak leki terapii antynikotynowej. Jednocześnie wyrób spełnia szereg wymogów obowiązujących wyroby tytoniowe lub powiązane, m.in. w odniesieniu do ilości nikotyny w jednostkowym wyrobie, obostrzeń dotyczących opakowania lub ostrzeżeń o szkodliwości nikotyny, obowiązujących na rynku amerykańskim. Prezentacja wyrobu na konferencji w Warszawie może wskazywać, że producent myśli o wprowadzeniu wyrobu również na rynek europejski.

Sprawa drobna, a pytań dużo

W artykułach branżowych wyrób nazywany jest wyrobem nikotynowym celem podkreślenia jego unikalności. Czy wyrób klienta daje początek nowej kategorii wyrobów?

używki

alternatywne
wyroby
tytoniowe

wyroby
tytoniowe
bezdymne

wyroby
nikotynowe

Otwartą kwestią jest, jak do tego typu wyrobów odniesie się regulator amerykański, a także legislator europejski. Komisja Europejska jest zobowiązana monitorować wdrażanie dyrektywy tytoniowej i przedstawić swoje sprawozdanie w maju 2021 r. wraz z oceną, czy potrzebna będzie zmiana dyrektywy. Należy oczekiwać, że Komisja odnotuje pojawienie się na rynku wyrobów nikotynowych i oceni, czy powinny one podlegać szczegółowej regulacji. Kiedy wejdzie w życie zmieniona dyrektywa, to być może na rynku będzie już inny, nowy wyrób bezdymny, którego nowa regulacja nie zdąży objąć.

Poruszany w artykule temat może wydawać się mało ważny. Właściwą wagę uzyskuje w zestawieniu z informacją, że na Ziemi żyje miliard palaczy. Koncernom tytoniowym opłaca się więc wymyślać wciąż nowe produkty, które zaspokajają potrzebę spożywania nikotyny przez konsumentów, ale równocześnie powinny być bezpieczniejsze i zmniejszać ryzyka związane z przyjmowaniem tej używki. Czy przepisy prawne mają szansę ograniczyć inwencję twórczą tej branży?

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



J

ak popełnić błąd i naprawić go tak, aby go nikt nie wyłapał

Niektóre błędy popełnione przy wypełnianiu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (JEDZ) można naprawić, nawet jeśli dotyczy to opisu doświadczeń stanowiącego podstawę do przyznania punktów na etapie prekwifikacji. Ważne jest jednak, aby wychwycić swój błąd, zanim zrobi to konkurencja. Znaczenie może mieć też liczba punktów, który można przyznać pozostałym wnioskodawcom.



Anna Prigan

Nasz klient, będący jedną ze spółek dużej międzynarodowej grupy, regularnie startował w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego w Polsce. Tym razem wziął udział w negocjacjach z ogłoszeniem, w których zamawiający zastosował kryterium selekcji: do negocjacji miało zostać zaproszonych trzech wykonawców z najwyższym punktowym doświadczeniem. Największą liczbę punktów mogli uzyskać wykonawcy, którzy zrealizowali do tej pory pięć kontraktów określonego rodzaju. Natomiast do spełnienia warunków udziału w postępowaniu wystarczyło uprzednie zrealizowanie tylko jednego takiego zamówienia.

Rutyna powodem błędu

Mając na uwadze znaczące doświadczenie naszego klienta w tym obszarze, osoba odpowiedzialna za przygotowanie oferty nie miała żadnych wątpliwości, że ten wykonawca jest w stanie uzyskać maksymalną liczbę punktów. Materiały przetargowe wykonawcy były zgromadzone na platformie elektronicznej. Doświadczenia standardowo wykazywane w przetargach były pogrupowane w różnych folderach, żeby łatwiej i szybciej można było je znaleźć. Dobra organizacja danych uspiła czujność osoby odpowiedzialnej za wniosek: wszystko wydawało się proste i niewymagające wysiłku. Projekty do wykazania doświadczenia w przetargu zostały wybrane spośród najnowszych zapisanych w folderze.

Po otwarciu wniosków zamawiający zweryfikował zawartość JEDZ-ów i przekazał wszystkim wnioskodawcom pisemną informację o tym, które podmioty spełniają warunki udziału w postępowaniu i nie podlegają wykluczeniu z postępowania, a które nie wykazały spełnienia warunków. Jeden podmiot został też wykluczony z powodu nieprzedstawienia wymaganych informacji na wezwanie zamawiającego. Zamawiający poinformował, że ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu została dokonana wyłącznie na podstawie informacji przedstawionej w JEDZ. Na tym etapie zamawiający nie badał wniosków pod kątem kryterium selekcji: nie przyznał im punktów i nie wyłonił najlepszej trójki, która miała wziąć udział w dalszym etapie postępowania.

Po otrzymaniu informacji, że został uznany za spełniającego warunki udziału w postępowaniu, nasz klient postanowił przygotować sobie komplet dokumentów, jakie spodziewał się wkrótce złożyć na wezwanie zamawiającego. Kiedy kompletował dokumenty potwierdzające należyte wykonanie poprzednich zamówień, spostrzegł, że spośród pięciu zgłoszonych doświadczeń tylko dwa zostały zrealizowane przez niego, a trzy pozostałe były doświadczeniem innej spółki z grupy. Doświadczenia te znalazły się w folderze, który posłużył za podstawę do przygotowania wniosku, ponieważ w ramach grupy spółki rutynowo dysponowały posiadanym przez grupę doświadczeniem.

Punktować można tylko potencjał własny

Z Prawa zamówień publicznych wynika zasada, że doświadczenie stanowiące potencjał podmiotu trzeciego może

pomóc w spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, ale nie może prowadzić do uzyskania punktów w kryteriach selekcji. Gdyby zatem wykonawca chciał dostać maksymalną liczbę punktów, przedstawiając łącznie doświadczenia swoje i innej spółki z grupy (czyli podmiotu trzeciego), to musiałby złożyć wniosek o dopuszczenie do udziału w tym postępowaniu wspólnie z podmiotem trzecim, a nie samodzielnie.

Sytuacja naszego klienta była więc następująca:

- na etapie składania wniosku zamawiający oceniał spełnianie warunków udziału wyłącznie w oparciu o informację wstępną zawartą w JEDZ, która nie była zgodna z prawdą,
- zgłoszenie dodatkowych projektów w celu uzyskania dodatkowych punktów za pomocą własnych doświadczeń było na tym etapie niemożliwe,
- użycie potencjału podmiotu trzeciego w celu podwyższenia punktacji wniosku nie było możliwe, tak samo jak skorzystanie z tego potencjału w ramach konsorcjum, bo wniosek został złożony samodzielnie; doświadczenie podmiotu trzeciego należało więc usunąć z treści JEDZ,
- pojawiło się ryzyko uznania, że w odniesieniu do naszego klienta istnieje podstawa wykluczenia z postępowania z art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 p.z.p.

Ryzyko wykluczenia

Szczególnie ta ostatnia kwestia była niebezpieczna. Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 16 p.z.p. wyklucza się z postępowania wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminujące kryteria, zwane „kryteriami selekcji”, który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów. Nasz klient co prawda nie podał niewłaściwych projektów celowo, ale jego mechaniczne działanie potencjalnie mogło zostać uznane za rażące niedbalstwo. Ponieważ omyłkowo wykazane w JEDZ projekty miały decydujące znaczenie z punktu widzenia kryteriów selekcji, a nasz klient nie byłby w stanie przedstawić na wezwanie dokumentów potwierdzających prawdziwość danych zawartych w JEDZ, należało wyeliminować ryzyko związane z tą podstawą wykluczenia.

Ponadto przesłanka wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p. w omawianym stanie faktycznym również była bardzo problematyczna. Zgodnie z tym przepisem wykluczeniu z postępowania podlega także wykonawca, który nie działał celowo, ale lekkomyślnie bądź niedbale, i z tego powodu przedstawił informacje, które wprowadzają zamawiającego w błąd, jeżeli mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu. Na szczęście na tym etapie postępowania nieprawidłowe dane w JEDZ nie doprowadziły jeszcze do przyznania punktów zgodnie z kryterium selekcji. Przedstawione

zamówienia
publiczne

naprawa
błędu w JEDZ

wykaz
doświadczeń

przesłanki
wykluczenia

przez wykonawcę informacje mogły mieć jednak wpływ na podejmowane przez zamawiającego decyzje.

Po weryfikacji dostrzeżonego błędu stało się jasne, że istnieje ryzyko wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu w związku z niezamierzonym podaniem nieprawdźliwych informacji. Nie było jednak jasne, jak kształtowałyby się jego pozycja, gdyby od początku we wniosku przedstawił tylko dwa własne projekty: czy wystarczyłyby one do zakwalifikowania się do pierwszej trójki, czy też należało jednak przedstawić więcej swoich projektów.

Odpowiedź we wnioskach konkurencji

Aby ustalić szanse klienta na zakwalifikowanie się do dalszego etapu postępowania, zwróciliśmy się do zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie wniosków konkurentów wraz z JEDZ-ami. Chcieliśmy porównać zawartość tabel z doświadczeniem: ile i jakich projektów wykazali konkurenci? Czy były to projekty wysoko punktowane, jak doświadczenie naszego klienta, czy też nie?

Zamawiający początkowo odmówił udostępnienia wniosków na tym etapie postępowania. Stwierdził, że przecież nie dokonał jeszcze oceny wniosków i że będzie mógł udostępnić ich treść dopiero po przyznaniu punktacji. Jednak art. 96 ust. 3 p.z.p. mówi o tym, że wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu udostępnia się od dnia poinformowania o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Taka ocena została już dokonana, co wynikało z treści pisma przekazanego wykonawcom. Nasza argumentacja przekonała zamawiającego i przesłał nam kopię wszystkich wniosków wraz z JEDZ-ami. Poznaliśmy więc zawartość wniosków konkurencji, zanim jeszcze zamawiający wezwał kogokolwiek o przedstawienie dokumentów potwierdzających prawidłowość zawartych tam informacji.

Po analizie doświadczeń z wniosków konkurentów stwierdziliśmy, że gdyby przyjąć, że wszystkie projekty zostały w JEDZ-ach zgłoszone prawidłowo, to wniosek naszego klienta w obecnym kształcie powinien plasować się na trzecim miejscu i przejść do kolejnego etapu postępowania. Pozostało tylko poradzić sobie z ryzykiem wykluczenia.

Zręczne naprawienie błędu

Tok czynności zamawiającego w tym postępowaniu był nieco nietypowy. Zamawiający otworzył wnioski, a miesiąc później poinformował, których wykonawców uważa

za spełniających warunki udziału w postępowaniu, w oparciu o sam tylko JEDZ. Po tej informacji długo nie działo się nic. Przed dwa miesiące zamawiający nie przystąpił do weryfikacji dokumentów, w oparciu o które mógłby przyznać punkty. Nie czekając na wezwanie, postanowiliśmy niezwłocznie wyeliminować ryzyko wykluczenia klienta poprzez sprostowanie informacji zawartej w JEDZ.

Skierowaliśmy do zamawiającego pismo, w którym poinformowaliśmy go, że kiedy już przystąpi do oceny punktowej wniosków, to nasz klient nie będzie w stanie przedstawić dokumentów dotyczących wszystkich projektów wymienionych w JEDZ. Wskazaliśmy, że na wezwanie zamawiającego zostaną przedstawione dowody dotyczące dwóch konkretnych projektów wymienionych w tabeli, w związku z czym ewentualna punktacja będzie mogła dotyczyć tylko tych dwóch projektów. Zaznaczyliśmy też, że ponieważ do spełnienia warunków udziału w postępowaniu wystarczyło legitymować się jednym doświadczeniem, nadal spełniamy warunki udziału w postępowaniu, co zostało prawidłowo ocenione przez zamawiającego. Tym samym wyeliminowaliśmy ryzyko polegania na informacji wykonawcy zawartej w JEDZ, wyraźnie określając, że przy punktacji wniosku powinny być brane pod uwagę tylko dwa doświadczenia.

Szczęśliwe zakończenie

Kilka dni później zamawiający wystosował do wszystkich wykonawców wezwanie do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia. Na tym etapie wykonawcy mieli też przedstawić dokumenty dotyczące doświadczeń weryfikowanych w kryterium selekcji. W odpowiedzi na wezwanie nasz klient złożył informacje dotyczące tylko dwóch własnych projektów, zgodnie z wcześniejszym pismem do zamawiającego. Zamawiający nie wzywał o brakujące dokumenty dotyczące pozostałych trzech doświadczeń – wiedział, że nie powinien ich brać pod uwagę.

Nasz klient otrzymał punkty w kryterium selekcji za dwa własne doświadczenia, co zgodnie z przewidywaniami dało mu trzecie miejsce w rankingu wniosków. Został zaproszony do kolejnego etapu postępowania. Żaden z jego konkurentów nie zauważył popełnionego błędu i dalej negocjacje potoczyły się już właściwym torem. Jak widać, niektóre błędy można naprawić niepostrzeżenie, choć początkowo mogą wydawać się groźne.

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

zamówienia
publiczne

naprawa
błędów w JEDZ

wykaz
doświadczeń

przesłanki
wykluczenia

G

ranice i ryzyka ugody w umowie o zamówienie publiczne

52

Wykonawca spóźnił się z budową ze względu na wcześniejsze opóźnienia po stronie zamawiającego. Mimo to zamawiający naliczył kary umowne, obawiając się, że w przeciwnym razie zostanie pociągnięty do odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Czy w takiej sytuacji możliwe jest zawarcie ugody? Czy wykonawca może nie płacić kar umownych, a zamawiający może uniknąć negatywnych konsekwencji wynikających z rezygnacji z ich dochodzenia?



Katarzyna Śliwak

W wyniku przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawca zawarł z powiatem umowę o roboty budowlane, której przedmiotem była budowa hali sportowej przy szkole. Wykonawca zobowiązał się do wykonania do 30 października 2018 r. prac opisanych w ofercie i innych dokumentach przetargowych, w tym w warunkach FIDIC, a zamawiający zobowiązał się zapłacić wynagrodzenie.

Z przyczyn leżących po stronie zamawiającego doszło jednak do opóźnienia w przekazaniu terenu budowy. Zamawiający przewlekłe badał dokumenty i nie zatwierdzał ich w przewidzianym umową terminie. W toku dalszej budowy na bieżąco wprowadzał zmiany do projektu (ogółem wydał 250 poleceń zmian). Ponadto kluczowi pracownicy zamawiającego przebywali na urlopie w jednym czasie, co sparaliżowało proces decyzyjny na dwa tygodnie. Wykonawca informował zamawiającego o utrudnieniach w realizacji umowy.

Z uwagi na przyczyny obciążające zamawiającego wykonawca nie dotrzymał terminu realizacji umowy, co spowodowało naliczenie kar umownych za opóźnienie. Zamawiający nie kwestionował przy tym, że przyczyny niedotrzymania terminu realizacji umowy leżały po jego stronie. Naliczenie kar umownych uzasadniał jednak tym, że zaniechanie tego w sytuacji, gdy spełniona została umowna przesłanka ich naliczenia (opóźnienie wykonawcy), naraziłoby go na zarzut naruszenia dyscypliny finansów publicznych.

Wykonawca zaproponował zawarcie ugody, na mocy której zamawiający zrezygnuje z naliczenia kar umownych z uwagi na fakt, że niewykonanie przedmiotu umowy w terminie nastąpiło z przyczyn obciążających zamawiającego. Wskazał też, że zaistniała przesłanka miarkowania kary umownej w postaci jej rażącego wygórowania (art. 484 § 2 k.c.). Oparcie ugody na tej podstawie było jednak wykluczone, bowiem miarkowania kary umownej może dokonać jedynie sąd. Wykonawca twierdził jednak, że odstąpienie od naliczenia kar umownych na podstawie ugody stron jest uzasadnione z uwagi na przyczynienie się zamawiającego do nieterminowej realizacji przedmiotu umowy (362 k.c.). W orzecnictwie ugruntowany jest pogląd, że dłużnik nie jest zobowiązany do zapłaty kary umownej, jeśli niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest spowodowane okolicznościami, za które odpowiedzialność ponosi wierzyciel. Wykonawca wskazywał również, że zawarcie ugody przez zamawiającego w przedmiotowej sprawie nie oznacza naruszenia dyscypliny finansów publicznych, bowiem jej zawarcie jest uzasadnione z uwagi na spełnienie warunków wyznaczonych przez art. 54a ustawy o finansach publicznych (u.f.p.). Zawarcie ugody jest korzystniejsze również dla zamawiającego, gdyż pozwoli mu uniknąć kosztów postępowania sądowego.

Przyczynienie się zamawiającego do powstania szkody

W przeciwieństwie do regulacji art. 484 § 2 k.c., która jest uprawnieniem sądu i nie może być zastosowana przez

samą stronę umowy, art. 362 k.c. nie jest regulacją prawa sędziowskiego. Stosownie do tego przepisu, jeżeli poszkodowany przyczynił się do powstania lub zwiększenia szkody, obowiązek jej naprawienia ulega odpowiedniemu zmniejszeniu stosownie do okoliczności, a zwłaszcza do stopnia winy obu stron. Zamawiający, przeanalizowawszy orzecznictwo, stwierdził jednak, że przeważa pogląd wykluczający uznanie przyczynienia się wierzyciela za odrębną podstawę redukcji kary. Takie zachowanie wierzyciela należy za to uwzględnić w ramach miarkowania kary umownej w oparciu o art. 484 § 2 k.c. (tak: Sąd Najwyższy w wyroku z 13 czerwca 2003 r., III CKN 50/00).

Stanowisko takie uzasadniane jest tym, że art. 362 k.c. umożliwia obniżenie jedynie odszkodowania *sensu stricto* (art. 361 § 2 k.c.), którego wysokość jest determinowana wartością wyrządzonej wierzycielowi szkody. Tymczasem szkoda nie jest przesłanką żądania zapłaty kary umownej, a wysokość kary umownej nie jest proporcjonalna do jej wysokości. Szkoda nie jest w ogóle badana przy naliczaniu kar umownych, lecz dopiero przy miarkowaniu kary przez sąd. W konsekwencji zamawiający uznał, że art. 362 k.c. nie może stanowić podstawy do zawarcia ugody, na podstawie której kary umowne nie zostaną naliczone.

Odpowiedzialność zamawiającego za opóźnienie a kary umowne

Zamawiający przyznał natomiast rację wykonawcy, że do zmniejszenia kary umownej na mocy ugody może dojść z uwagi na ugruntowane stanowisko, że nie nalicza się kar umownych za okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi wierzyciel. W orzecnictwie uznaje się, że przepis art. 473 § 1 k.c. zezwalający na umowne rozszerzenie odpowiedzialności dłużnika na takie oznaczone okoliczności, za które na mocy ustawy nie ponosi on odpowiedzialności, nie może być rozumiany w ten sposób, że dopuszczalne jest przerzucenie w całości na dłużnika odpowiedzialności za kary umowne, do których powstania przyczyniła się strona przeciwna. Rozszerzając na podstawie art. 473 § 1 k.c. odpowiedzialność dłużnika z tytułu kary umownej, strony muszą w umowie wyraźnie określić, za jakie inne niż wynikające z ustawy okoliczności dłużnik ma ponosić odpowiedzialność. Nie mogą to być jednak okoliczności obciążające wierzyciela. Kara umowna jest bowiem sankcją cywilnoprawną za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania przez dłużnika (tak: Sąd Najwyższy w wyroku z 6 maja 1970 r., I CR 145/70; Sąd Najwyższy w wyroku z 27 września 2013 r., I CSK 748/12). W świetle powyższego zamawiający zgodził się, że istnieją podstawy do zawarcia ugody w przedmiocie naliczonych kar umownych, bowiem nie zaktualizowały się przesłanki naliczenia kar umownych, skoro opóźnienie zostało spowodowane przez zamawiającego.

Ryzyko naruszenia dyscypliny finansów publicznych

Uznawszy, że istnieją podstawy do zawarcia ugody, zamawiający przeanalizował, czy nienaliczenie kar umownych

przyczynienie się wierzyciela do powstania szkody

miarkowanie kar umownych

dyscyplina finansów publicznych

możliwość zawarcia ugody

w opisanej sytuacji nie zostanie uznane za naruszenie zasad wydatkowania środków publicznych, co spowodowałoby jego odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Analiza ta była konieczna z uwagi na jego status jako podmiotu dysponującego środkami publicznymi i podlegającego przepisom o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Art. 42 ust. 5 u.f.p. zobowiązuje jednostki sektora finansów publicznych do dochodzenia roszczeń cywilnoprawnych. Nie dochodząc kar umownych, jednostki sektora finansów publicznych mogą narazić się na odpowiedzialność określoną w art. 5 ust. 1 pkt 2 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, zgodnie z którym niepobranie lub niedochodzenie należności jednostki samorządu terytorialnego albo pobranie lub dochodzenie tej należności w wysokości niższej niż wynikająca z prawidłowego obliczenia stanowi naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Należności, o których mowa w tym przepisie, dotyczą również świadczeń należnych w wyniku zobowiązań umownych, w tym kar umownych.

Zamawiający zauważył jednak, że okoliczności przedmiotowej sprawy uzasadniają zawarcie ugody na podstawie dodanego niedawno art. 54a u.f.p. Wprowadzając ten przepis na mocy ustawy nowelizacyjnej, która weszła w życie 1 czerwca 2017 r., ustawodawca przesądził o możliwości zawarcia ugody przez jednostki sektora finansów publicznych w sprawie spornej należności cywilnoprawnej. Przepis ten wyznacza zarazem granice dopuszczalności zawarcia ugody. Stanowi, że jej zawarcie jest możliwe w przypadku oceny, że skutki ugody są dla tej jednostki lub odpowiednio Skarbu Państwa albo budżetu jednostki samorządu terytorialnego korzystniejsze niż prawdopodobny wynik postępowania sądowego albo arbitrażowego. Skutki ugody należy ocenić w formie pisemnej, z uwzględnieniem okoliczności sprawy, w szczególności zasadności spornych żądań, możliwości ich

zaspokojenia i przewidywanego czasu trwania oraz kosztów postępowania sądowego albo arbitrażowego.

Spełnienie przesłanek określonych w tym przepisie stanowi uzasadnienie dla odstąpienia od naliczenia lub zmniejszenia wysokości kar umownych w wyniku ugody, a w konsekwencji powoduje brak odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. W opisanym stanie faktycznym zaistniały przesłanki uzasadniające zawarcie ugody, bowiem w razie sporu sądowego sąd z pewnością dokonałby miarkowania kar umownych. Zawarcie ugody pozwoliło zatem uniknąć kosztów związanych z postępowaniem sądowym. Spełnienie warunków z art. 54a u.f.p. wyeliminowało obawy zamawiającego związane z ryzykiem naruszenia dyscypliny finansów publicznych z uwagi na ustępstwa poczynione odnośnie do kar umownych. Wraz z wejściem w życie art. 54a u.f.p. dodano również ust. 4 do art. 5 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, zgodnie z którym nie stanowi naruszenia dyscypliny finansów publicznych wykonanie ugody w sprawie spornej należności cywilnoprawnej zawartej zgodnie z przepisami prawa.

Konkluzje

Ustalenie w umowie, że wykonawca odpowiada za opóźnienie (również jeżeli niedotrzymanie terminu końcowego jest spowodowane przez okoliczności przez niego niezawinione) nie uzasadnia naliczania kar umownych za ten czas opóźnienia, który wynika z działania lub zaniechania drugiej strony umowy. W takim wypadku celowe jest odstąpienie przez zamawiającego od naliczenia kar umownych za ten okres na mocy ugody, na warunkach i w granicach wyznaczonych art. 54a u.f.p., których zachowanie eliminuje ryzyko naruszenia dyscypliny finansów publicznych.

Katarzyna Śliwak, radca prawny, praktyka infrastruktury, transportu, zamówień publicznych i PPP

przyczynienie się
wierzyciela
do powstania
szkody

miarkowanie kar
umownych

dyscyplina
finansów
publicznych

możliwość
zawarcia
ugody



R

Rok pod znakiem PSA

Funkcjonowanie spółek handlowych podlega ograniczeniom płynącym ze sztywnego gorsetu przepisów Kodeksu spółek handlowych. W najbliższym czasie należy się spodziewać daleko idących zmian. Jedną z największych może być wprowadzenie prostej spółki akcyjnej – podmiotu znacznie elastyczniejszego niż dotychczasowe spółki kapitałowe.



Krzysztof Libiszewski

Zasady funkcjonowania spółek handlowych w Polsce podlegały dotychczas powolnej ewolucji.

Typy spółek, ich organy, sposób funkcjonowania, zasady odpowiedzialności za zobowiązania spółki i ochrona wierzycieli w zasadniczo niezmienionej formie wywodzą się z regulacji Kodeksu handlowego, który wszedł w życie w 1934 r. Na lata dziewięćdziesiąte ubiegłego stulecia przypada wprowadzenie współczesnej regulacji rynku kapitałowego w Polsce. Kolejne dekady doprowadziły do uchwalenia Kodeksu spółek handlowych, stopniowej harmonizacji prawa spółek z prawem europejskim oraz wprowadzenia przepisów pozwalających na wykorzystanie technologii teleinformatycznej przy zakładaniu spółek z ograniczoną odpowiedzialnością i niektórych aspektach funkcjonowania tych spółek.

W toku zmian doszło do pojawienia się w porządku prawnym kolejnych przepisów, które uzupełniały system prawa o nowe zakresy regulacji i wprowadziły w życie kolejne postaci spółek osobowych. Na żadnym z etapów zmian nie doszło jednak do istotnego zrewidowania podstawowych zasad funkcjonowania spółek kapitałowych, w tym stworzenia innego typu spółki kapitałowej niż spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i spółka akcyjna.

Należy spodziewać się, że rok 2019 przyniesie istotną zmianę sytuacji.

Z inicjatywy Ministra Rozwoju Rada Ministrów pracuje nad wprowadzeniem do porządku prawnego instytucji prostej spółki akcyjnej (PSA). Ustawa nowelizująca Kodeks spółek handlowych we wspomnianym zakresie ma trafić pod obrady Sejmu w pierwszej połowie 2019 r. i wejść w życie jeszcze w pierwszym kwartale 2020 r. Prace nad nią są dalece zaawansowane.

Według danych Głównego Urzędu Statystycznego na koniec 2017 r. w Polsce istniało blisko 550 tys. spółek handlowych niezależnie od ich formy, w tym ponad 450 tys. spółek z ograniczoną odpowiedzialnością i 12 tys. spółek akcyjnych. Na tym etapie ustawodawca świadomie nie zdecydował się ingerować w funkcjonowanie zarejestrowanych już spółek kapitałowych. Wprowadzenie nowych, istotnie zmodernizowanych przepisów wiązałoby się bowiem z ryzykiem destabilizacji podmiotów, które funkcjonują według zasad ustalonych przez dziesięciolecia obowiązujących istniejących regulacji prawnych.

W niedalekiej przyszłości może się jednak okazać, że znaczna część nowo powstających spółek będzie prostymi spółkami akcyjnymi. Z czasem też ta część przepisów o PSA, która wdraża zmodernizowane zasady funkcjonowania spółki kapitałowej, będzie mogła stać się podstawą nowelizacji Kodeksu spółek handlowych w zakresie dotyczącym spółek z ograniczoną odpowiedzialnością i spółek akcyjnych.

Czym jest PSA

Prosta spółka akcyjna została stworzona jako wehikuł inwestowania w działalność innowacyjną i nowe technologie, zapewniający elastyczność niezbędną dla wykorzystania środków komunikacji elektronicznej i innych narzędzi teleinformatycznych na każdym etapie funkcjonowania spółki.

Istnieją wszelkie podstawy, by sądzić, że prosta spółka akcyjna okaże się dostosowana nie gorzej, a prawdopodobnie nawet lepiej niż spółka z ograniczoną odpowiedzialnością do prowadzenia wszelkich typów działalności gospodarczej, z wyjątkiem działalności wielkich rozmiarów i działalności poddanych szczególnym regulacjom branżowym. PSA ma bowiem zalety właściwe innym spółkom kapitałowym, przy jednoczesnym obniżeniu poziomu sformalizowania zasad funkcjonowania organów spółki, ułatwieniach w obrocie akcjami spółki oraz zasadniczym zrewidowaniu zasad ochrony praw wierzycieli spółki i zasad dysponowania jej majątkiem.

Przy tym wszystkim przepisy o PSA precyzują zasady, które w dotychczasowej praktyce funkcjonowania spółek kapitałowych rodziły problemy interpretacyjne.

Obrót akcjami PSA

Jedną z podstawowych zalet prostej spółki akcyjnej jest łatwość rozporządzania akcjami spółki i prowadzenia emisji nowych akcji.

Akcje PSA nie będą miały postaci materialnej oraz będą mogły być zbywane w formie dokumentowej, zastrzeżonej pod rygorem nieważności. Forma dokumentowa dokonywania czynności prawnych została wprowadzona do polskiego porządku prawnego w 2016 r. i jest właściwa dla składania oświadczeń woli przy użyciu wszelkich nośników informacji i sposobów komunikowania się inaczej niż poprzez składanie oświadczeń woli objętych dokumentem sporządzonym w formie pisemnej.

W efekcie akcje PSA będą mogły być zbyte i obciążone za pomocą oświadczeń woli utrwalanych i przekazywanych na odległość przy wykorzystaniu środków komunikacji elektronicznej, bez konieczności wydania dokumentu akcji, czy wręcz – jak ma to miejsce w przypadku spółek z ograniczoną odpowiedzialnością – poświadczania podpisów składanych w imieniu stron przez notariusza.

Biorąc pod uwagę, że kapitał akcyjny spółki będzie mógł zostać podniesiony na mocy dotychczasowych postanowień umowy spółki, bez konieczności jej zmiany, a dla składania oświadczeń woli spółki i akcjonariusza oraz podejmowania uchwał organów spółki zastrzeżona jest co najwyżej forma dokumentowa, także emisja nowych akcji będzie mogła następować wyłącznie przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

Aby zapewnić bezpieczeństwo obrotu, emisja i obrót akcjami PSA będą podlegały rejestracji w rejestrze akcji, które-

prosta spółka
akcyjna

emisja nowych
akcji i obrót
akcjami

prawa
akcjonariuszy

ochrona
wierzycieli

go prowadzenie spółka będzie zobowiązana powierzyć bądź notariuszowi, bądź też podmiotowi uprawnionemu do prowadzenia rachunków papierów wartościowych. Rejestr akcjonariuszy będzie mógł być prowadzony w postaci elektronicznej, w tym w rozproszonej i zdecentralizowanej bazie danych. Obowiązek powierzenia prowadzenia rejestru akcjonariuszy podmiotowi trzeciemu wydaje się daleko idącym ograniczeniem praktycznym funkcjonowania PSA. Prawdopodobne jest jednak to, że większość banków będzie świadczyć stosowne usługi łącznie z usługą prowadzenia rachunku bankowego spółki. W takim przypadku ograniczenie okaże się nieuciążliwe.

Rozporządzenia akcjami PSA będą wywoływały skutek od momentu dokonania stosownych wpisów w rejestrze akcji.

Tym samym akcje PSA będą zdematerializowane na uproszczonych zasadach, w istotnych aspektach analogicznie do dematerializacji akcji spółek publicznych. Obrót akcjami i rejestracja praw akcjonariusza będą mogły odbywać się za pośrednictwem sieci internet lub technologii blockchain.

Akcje PSA nie będą mogły być dopuszczone do obrotu zorganizowanego. Nic nie będzie jednak stało na przeszkodzie, aby spółka umożliwiała objęcie emitowanych przez siebie akcji przez internet i by analogicznie dochodziło do składania propozycji zbycia akcji spółki należących do akcjonariusza, zwłaszcza w tych przypadkach, w których przepisy regulujące funkcjonowanie rynku kapitałowego zezwalają na przeprowadzenie oferty publicznej bez konieczności sporządzenia prospektu emisyjnego i memorandum informacyjnego.

Majątek PSA, wkłady do spółki, prawa akcjonariuszy i ochrona wierzycieli

W prostej spółce akcyjnej będzie istniał kapitał akcyjny pochodzący z wkładów akcjonariuszy w kwocie 1 złotego albo wyższej. Akcje PSA nie będą miały wartości nominalnej, nie będą stanowiły części kapitału akcyjnego, a przedmiotem wkładu niepieniężnego do spółki, wbrew dotychczasowym zasadom, będzie mogło być prawo niezbywalne lub świadczenie pracy.

Powyższe zasady pozwolą przyznać status akcjonariusza osobom wnoszącym do spółki wyłącznie wiedzę i umiejętności. Daleko posunięta swoboda w kształtowaniu uprawnień akcji i praw osobistych w spółce będzie mogła być wykorzystana do elastycznego dostosowania treści stosunków korporacyjnych do sytuacji spółki, niezależnie od tego, jaką ta spółka będzie prowadziła działalność. Elastyczność ta będzie ważnym walorem PSA jako wehikułu inwestycyjnego dla wszystkich przypadków dokonywania inwestycji o charakterze strukturyzowanym.

Akcjonariusze będą mogli bez wzywania wierzycieli do zgłaszania roszczeń wycofywać wkłady wniesione na poczet kapitału akcyjnego i cały niepodzielony zysk. Wypłata nie będzie mogła nastąpić tylko wtedy, gdy spowoduje ryzy-

ko utraty przez spółkę, w normalnych okolicznościach, zdolności do wykonywania wymagalnych zobowiązań pieniężnych w terminie sześciu miesięcy od dnia dokonania wypłaty. Podobny skutek będzie miał obowiązek zasilania kapitału akcyjnego na pokrycie przyszłych strat spółki 8% rocznego zysku do momentu, gdy kapitał akcyjny nie osiągnie co najmniej 5% sumy zobowiązań spółki wynikającej z ostatniego rocznego sprawozdania finansowego.

Tak jak dotychczas członkowie zarządu spółek z o.o., członkowie zarządu PSA albo dyrektorzy będą ponosili odpowiedzialność za zobowiązania spółki w przypadku, gdy na czas nie zgłoszą wniosku o ogłoszenie upadłości spółki.

Inne istotne cechy PSA

Prosta spółka akcyjna będzie mogła być zakładana jednoosobowo, również przy użyciu wzorca umowy udostępnianego w systemie teleinformatycznym S24, po opatrzeniu umowy spółki kwalifikowanymi podpisami elektronicznymi albo podpisami zaufanymi. Tylko w przypadku, gdy PSA będzie zawiązywana w oparciu o wkłady niepieniężne, umowa spółki będzie wymagała formy aktu notarialnego, przy czym wartość samych wkładów niepieniężnych nie będzie weryfikowana przez biegłego rewidenta.

Powołanie rady nadzorczej w PSA będzie fakultatywne, a skład zarządu będzie mógł być jednoosobowy. Umowa spółki będzie mogła zdecydować, że w PSA powoływana jest rada dyrektorów wykonawczych i niewykonawczych w miejsce zarządu i rady nadzorczej. Tym samym struktura organów PSA będzie mogła być ukształtowana zgodnie z monistycznym modelem ładu korporacyjnego, rozpowszechnionym w anglosaskich systemach prawa, a także w Chinach, Francji, Indiach, Rosji i niektórych innych krajach.

Posiedzenia wszystkich organów PSA będą mogły odbywać się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

Likwidacja PSA będzie mogła nastąpić w uproszczonej formie, bez spieniężania majątku spółki i spłaty jej zobowiązań. Stanie się tak w przypadku, gdy co najmniej jeden z akcjonariuszy przejmie majątek spółki i odpowiedzialność za jej zobowiązania.

Czy PSA jest nam potrzebna?

Zasady funkcjonowania spółek kapitałowych wymagają uelastycznienia.

Kapitał zakładowy spółek z ograniczoną odpowiedzialnością i akcyjnych oraz zasady jego ochrony nie dają w dzisiejszych realiach wystarczającej pewności obrotu. Wprowadzają przy tym praktyczne utrudnienia przy zwykłym funkcjonowaniu spółek.

To samo dotyczy zasad emisji udziałów i akcji oraz obrotu nimi. PSA jest należycie wyważonym kompromisem

prosta spółka
akcyjna

emisja nowych
akcji i obrót
akcjami

prawa
akcjonariuszy

ochrona
wierzycieli

pomiędzy istniejącymi dotychczas zasadami prawa korporacyjnego i potrzebami współczesnej gospodarki.

Prawidłowe jest też podzielenie reformy zasad funkcjonowania spółek kapitałowych na etapy powiązane z wprowadzeniem nowego typu spółki kapitałowej. Pozwoli to ustawodawcy działać szybciej i da potrzebny czas na ocenę, które z nowych zasad zastosować do pozostałych typów spółek kapitałowych.

Wydaje się, że na nowych przepisach skorzystają wszyscy, jako że PSA to podmiot znacznie bardziej elastyczny niż dotychczasowe spółki kapitałowe.

Krzysztof Libiszewski, radca prawny, wspólnik, praktyka transakcji i prawa korporacyjnego



Po co spółce giełdowej kapitał docelowy?

Spółki notowane na zagranicznych giełdach bardzo często korzystają z konstrukcji prawnych, które pozwalają im szybko i bez nadmiaru formalności pozyskać finansowanie kapitałowe od inwestorów. Instrument tzw. kapitału „autoryzowanego” (ang. *authorized capital*) jest szczególnie atrakcyjny dla spółek o dużej płynności akcji na rynku i rozproszonym akcjonariacie. Spółki notowane na Giełdzie Papierów Wartościowych w Warszawie coraz częściej doceniają zalety jego polskiego odpowiednika, tj. kapitału docelowego.



Danuta Pajewska



Marcin Pietkiewicz

Kiedy przydaje się kapitał docelowy?

Plany biznesowe większych przedsiębiorstw, których realizacja bywa podzielona na etapy, rozpisane są na wiele lat i to do nich spółki muszą dostosowywać źródła finansowania, zwłaszcza gdy korzystają z kilku ich rodzajów, łącząc finansowanie długiem (przede wszystkim bankowym) z finansowaniem kapitałowym. W wielu przypadkach trudno określić z dużym wyprzedzeniem, jak będą finansowane poszczególne etapy inwestycji, a możliwość i warunki pozyskania finansowania kapitałem zależą od wielu zmiennych okoliczności, w tym bieżącej wyceny akcji spółki na rynku, co jest jednym z podstawowych punktów odniesienia dla inwestorów spółek giełdowych. Zdarza się również, że spółka może pozyskać inwestora pod warunkiem, że inwestycja zostanie przeprowadzona w danych warunkach rynkowych i w krótkim czasie. Duże znaczenie ma wtedy sprawne i szybkie przeprowadzenie emisji akcji na podstawie kapitału docelowego.

Kiedy zarząd może działać bez akcjonariuszy?

Konstrukcja kapitału docelowego umożliwia zarządowi przeprowadzenie oferty nowych akcji w ekspresowym tempie. W spółkach notowanych na giełdzie czas ma niebagatelne znaczenie przy przeprowadzaniu ofert akcji, a wykorzystanie trybu z kapitałem docelowym pozwala skrócić proces oferty o około miesiąc, czyli czas konieczny na zwołanie walnego zgromadzenia w celu podjęcia uchwały o podwyższeniu kapitału w zwykłym trybie.

Aby zarząd mógł podjąć szybkie działania w celu dokapitalizowania spółki, statut spółki musi upoważniać go do podwyższenia kapitału zakładowego i wskazywać dwa warunki brzegowe takiego umocowania: ograniczenie wartości podwyższenia kapitału zakładowego do maksymalnie $\frac{3}{4}$ kapitału zakładowego na dzień udzielenia upoważnienia i – nie dłuższy niż trzy lata – termin ważności upoważnienia. W tych ramach zarząd będzie mógł w dogodnym dla spółki momencie podjąć decyzję o emisji nowych akcji i przeprowadzeniu ich oferty.

Kapitał docelowy może się stać efektywnym narzędziem i pozwolić zarządowi na sprawne pozyskiwanie niezbędnego spółce kapitału, jeśli będzie umożliwiał skierowanie oferty nowych akcji do wybranych inwestorów z pominięciem wszystkich albo części obecnych akcjonariuszy spółki. Możliwość tę należy przewidzieć już na etapie podejmowania uchwały o zmianie statutu przez walne zgromadzenie i wyłączyć prawo poboru, czyli pierwszeństwa w obejmowaniu nowych akcji spółki, przysługujące dotychczasowym akcjonariuszom. W przypadku kapitału docelowego wyłączenie to nie będzie jednak bezwarunkowe, ponieważ proces emisji akcji przeprowadzany przez zarząd podlega w tym zakresie kontroli rady nadzorczej. Skierowanie oferty objęcia akcji do konkretnych inwestorów z pominięciem wszystkich dotychczasowych akcjonariuszy będzie każdorazowo wymagało zgody rady nadzorczej na pozbawienie tych ostatnich prawa poboru nowych akcji. Jest to swoisty

wentyl bezpieczeństwa, który pozwala pośrednio przedstawicielom akcjonariuszy kontrolować proces podwyższenia kapitału przeprowadzany przez zarząd.

Możliwość podjęcia uchwały o zmianie statutu, a więc upoważnieniu zarządu do podwyższenia kapitału zakładowego i wyłączenia prawa poboru nowych akcji, będzie w dużym stopniu uzależniona od relacji między akcjonariatem a zarządem oraz od struktury akcjonariatu. Poprzeczka została zawieszona wysoko, bo dla skutecznego podjęcia takiej uchwały przez walne zgromadzenie wymagane jest uzyskanie co najmniej czterech piątych oddanych głosów.

Dla kogo oferta nowych akcji?

Zarządy spółek publicznych najczęściej kierują ofertę subskrypcji nowych akcji emitowanych w ramach kapitału docelowego do zamkniętego grona zindywidualizowanych inwestorów lub wyłącznie do inwestorów finansowych.

Regulacje dotyczące publicznego oferowania papierów wartościowych nie wymagają sporządzenia przez emitenta i zatwierdzenia przez Komisję Nadzoru Finansowego prospektu emisyjnego, gdy oferta papierów wartościowych kierowana jest do mniej niż 150 określonych inwestorów (tzw. oferta prywatna) lub tylko do inwestorów profesjonalnych, takich jak fundusze inwestycyjne, zakłady ubezpieczeń czy fundusze emerytalne. Przeprowadzenie oferty akcji w oparciu o jeden z powyższych wyjątków pozwala skrócić jej czas i zmniejszyć koszty oferty.

Przepisy nie określają ani maksymalnej liczby następujących po sobie ofert prywatnych, ani częstotliwości ich dokonywania. Zdarza się, że spółki dokonują kilku następujących po sobie w krótkim okresie ofert prywatnych w ramach kapitału docelowego, pozyskując po kilku inwestorów w ramach każdej oferty. Można oczekiwać, że ten sposób przeprowadzania ofert papierów wartościowych zostanie znacząco ograniczony – projekt stosownej regulacji został już przekazany do konsultacji.

Z akcjami jeszcze łatwiej na giełdę

Większość inwestorów oczekuje, że nabywane przez nich w ofertach prywatnych akcje zostaną niezwłocznie dopuszczone do obrotu na giełdzie i będzie można postępować z nimi tak jak z pozostałymi akcjami spółki. Podobnie jak przy przeprowadzaniu samej oferty akcji, również w przypadku dopuszczenia akcji do obrotu na giełdzie prospekt emisyjny nie zawsze będzie wymagany.

Warunki pozyskiwania kapitału akcyjnego w ramach ofert prywatnych stały się jeszcze bardziej atrakcyjne dzięki rozporządzeniu Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2017/1129 z dnia 14 czerwca 2017 r. w sprawie prospektu, który ma być publikowany w związku z ofertą publiczną papierów wartościowych lub dopuszczeniem ich do obrotu na rynku regulowanym. Od 20 lipca 2017 r. spółki gieł-

dowe mogą w okresie kolejnych 12 miesięcy wnioskować o dopuszczenie do obrotu na giełdzie – bez sporządzenia prospektu – akcji stanowiących mniej niż 20% liczby akcji dopuszczonych już do obrotu na tej giełdzie. Z jednej strony jest to duże ułatwienie i zachęta dla zarządów do dokonywania emisji akcji bez prospektu, z drugiej zaś strony trzeba mieć świadomość, że emisja na poziomie 20% obecnego kapitału zakładowego może dość mocno zmienić układ sił w akcjonariacie spółki.

Jak zabezpieczyć interes akcjonariuszy?

Upoważnienie zarządu do podwyższenia kapitału zakładowego spółki powoduje, że emisja akcji może odbyć się szybciej i jest łatwiejsza, jednak należy pamiętać, że walne zgromadzenie, godząc się na wprowadzenie kapitału docelowego do statutu spółki, obdarza zarząd ogromnym zaufaniem, a akcjonariusze powinni rozważyć zastosowanie mechanizmów minimalizujących ryzyko jego nadużycia.

Akcjonariusze mogą wprowadzić do procesu podwyższania kapitału zakładowego zasadę poddania części decyzji zarządu kontroli i zgodzie rady nadzorczej. Poza wspomnianą zgodą rady nadzorczej na wyłączenie prawa poboru, statut może przewidywać, że decyzje zarządu w sprawach ustalenia ceny emisyjnej oraz wydania akcji w zamian za wkłady niepieniężne także wymagają zgody rady nadzorczej.

Kapitał docelowy zapisany w statucie może stać się dla spółki doskonałym narzędziem do obrony przed próbą wrogiego przejęcia – zarząd, wykorzystując możliwość wynikającą z kapitału docelowego, może podjąć działania obronne zmierzające do osłabienia siły głosu podmiotu próbującego przejąć kontrolę nad spółką. Dokonując szybkiej emisji akcji, osiąga efekt zwiększenia ogólnej liczby akcji, a w konsekwencji również puli akcji potrzebnych do uzyskania kontroli nad spółką, z czym wiąże się również wzrost kosztów jej przejęcia.

Akcjonariusze mogą zawczasu wprowadzić mechanizmy kontroli wobec zarządu na wypadek podejmowania przez niego prób obrony przed wrogim przejęciem spółki. Zgodnie z zasadą neutralności, wywodzącą się z regulacji *common law*, a wyrażającą się w ograniczeniu zarządowi (i ewentualnie radzie nadzorczej) możliwości podejmowania działań defensywnych w obliczu zagrożenia wrogim przejęciem, w statucie spółki można wprowadzić obowiązek uzyskania zgody walnego zgromadzenia na podjęcie takich środków. Akcjonariusze muszą mieć świadomość, że dopóki statut spółki publicznej nie będzie zawierał ograniczeń w tym zakresie, dopóty zarząd będzie mógł stosować reaktywne środki obrony wobec wezwań bez zgody akcjonariuszy. Przykładowo będzie mógł podwyższyć kapitał zakładowy w ramach kapitału docelowego i zaoferować emitowane akcje wybranemu przez siebie inwestorowi, przychylnemu spółce i zarządowi.

Zamiast podsumowania

Decyzje zarządu w procesie emisyjnym opartym o kapitał docelowy muszą być zawsze podejmowane w interesie spółki. Dotyczy to m.in. tak ważnych kwestii jak sposób wyboru inwestorów, zasady ustalenia ceny emisyjnej czy liczba inwestorów, którym przydzielono akcje. Powoduje to, że działania zarządu są obarczone ryzykiem odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną spółce, zwłaszcza gdy zarząd i akcjonariusze inaczej postrzegają interes spółki. Osobną kwestią jest to, czy regulacje prawne wyposażają akcjonariuszy chcących dochodzić roszczeń z tego tytułu w skuteczne środki prawne.

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

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

kapitał
docelowy

kapitał
autoryzowany

spółka
publiczna

uprawnienie
zarządu

Wyplata dywidendy – jak omijać rafy

W ciągu ostatnich kilkunastu miesięcy przepisy ustaw kluczowych dla procesu wiodącego do wypłaty wspólnikom (akcjonariuszom) udziału w zysku spółki były przedmiotem licznych istotnych zmian. Warto o nich pamiętać i nie bagatelizować ich, bowiem uchybienie ustawowym wymogom może mieć dotkliwe konsekwencje, zwłaszcza że o błąd nietrudno.

62



Maciej Szewczyk



Izabela Zielińska-Bartożek



Anna Dąbrowska

W praktyce niejednej spółki (kapitałowej – bo do nich zawężamy dalszy wywód) kwestia podziału zysku i wypłaty dywidendy należy do kategorii spraw istotnych (wszak chodzi o pieniądze), a zarazem uważanych za zagadnienie czysto techniczne. W efekcie nierzadko czynności z nim związane, poczynwszy od sporządzenia sprawozdania finansowego, a na uchwale zgromadzenia wspólników (walnego zgromadzenia) skończywszy, dokonywane są w sposób rutynowy. Działanie wedle utartych, wieloletnich praktyk stwarza jednak ryzyko nieuwzględnienia zmian wprowadzonych od czasu do czasu przez ustawodawcę. Gdy zaś ustawodawca kumuluje wiele zmian w krótkim okresie (jak to było w minionych kilkunastu miesiącach) bardzo łatwo o katastrofę.

Prześledźmy więc proces podziału zysku przykładowej spółki z ograniczoną odpowiedzialnością. Przyjmijmy przy tym, że spółka ta (nazwijmy ją Przykładową sp. z o.o.) ma przynajmniej dwóch wspólników.

Sporządzenie sprawozdania finansowego

Zanim jeszcze wspólnicy Przykładowej będą mogli zdecydować, jak postąpić z wypracowanym przez spółkę zyskiem, zarząd Przykładowej powinien sporządzić sprawozdanie finansowe za ostatni rok obrotowy. Powinno się to stać w ciągu trzech miesięcy od końca roku obrotowego. Zgodnie z ustawą o rachunkowości sprawozdanie finansowe winno zostać podpisane przez osobę, której powierzono prowadzenie ksiąg rachunkowych, oraz przez wszystkich członków zarządu.

Już na tym etapie na zarząd Przykładowej czyha niebezpieczeństwo związane z ewentualnym rutynowym potraktowaniem sprawy sporządzenia sprawozdania finansowego. Otóż jeszcze niedawno taki dokument mógł być (i zwykle był) sporządzany w formie pisemnej. Jeżeli jednak na przykład sprawozdanie finansowe za rok zakończony 31 grudnia 2018 r. zarząd Przykładowej sporządzi w formie papierowej, to takiego dokumentu nie będzie można uznać za prawidłowo sporządzone sprawozdanie. To zaś pociągnie za sobą lawinę dalszych konsekwencji, z których ostatnią będzie brak możliwości skutecznego podziału i wypłaty zysku spółki. Ale po kolei.

Od 1 października 2018 r. sprawozdanie finansowe musi być sporządzone w postaci elektronicznej oraz opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym lub podpisem potwierdzonym profilem zaufanym ePUAP.

Aby więc takie sprawozdanie sporządzić, członkowie zarządu Przykładowej będą musieli w pierwszej kolejności używać kwalifikowane podpisy elektroniczne lub (wyłącznie w przypadku członka posiadającego numer PESEL) profil zaufany ePUAP.

Gdy już uda się uczynić zadość wspomnianym wymaganiom, ale jeszcze przed podpisaniem sprawozdania finan-

sowego, zarząd Przykładowej powinien porozumieć się w sprawie rekomendacji dotyczącej przeznaczenia zysku. Jakkolwiek nie jest ona wiążąca dla zgromadzenia wspólników, które ma swobodę dysponowania zyskiem w granicach wyznaczonych przez prawo (o tych ostatnich będzie tu jeszcze mowa), sama rekomendacja powinna znaleźć się w informacji dodatkowej do sprawozdania finansowego.

Wybór firmy audytorskiej na okres co najmniej dwu lat

Jako że Przykładowa spełnia przynajmniej dwa z poniższych warunków, tzn.:

- średnioroczne zatrudnienie w przeliczeniu na pełne etaty wyniosło co najmniej 50 osób,
- suma aktywów bilansu na koniec roku obrotowego stanowiła równowartość w walucie polskiej co najmniej 2 500 000 euro,
- przychody netto ze sprzedaży towarów i produktów oraz operacji finansowych za rok obrotowy stanowiły równowartość co najmniej 5 000 000 euro w walucie polskiej,

jej sprawozdanie finansowe będzie wymagało poddania go badaniu przez biegłego rewidenta.

I w tym miejscu dochodzimy do jednego z kluczowych zagadnień procesu poprzedzającego wypłatę zysku przez spółkę. Chodzi mianowicie o to, że konieczne jest nie tylko poddanie sprawozdania badaniu, ale też zapewnienie, by badający (firma audytorska) został we właściwy sposób wybrany.

W tym celu, po pierwsze, zgromadzenie wspólników Przykładowej powinno podjąć uchwałę w sprawie wyboru firmy audytorskiej. Istotne jest tu ustawowe ograniczenie, zgodnie z którym zarząd spółki nie może dokonać takiego wyboru (choć oczywiście może przekazać rekomendację w tym zakresie).

Po drugie, w oparciu o wspomnianą uchwałę zarząd Przykładowej powinien zawrzeć z wybraną firmą umowę o badanie sprawozdania.

Taka umowa powinna zostać zawarta na okres nie krótszy niż dwa lata. Na marginesie jedynie można wskazać na nieco niefortunne brzmienie zmienionego przepisu ustawy o rachunkowości, który nakazuje, by na taki okres zawierać „pierwszą” umowę z firmą audytorską, dodając jednocześnie, że umowa może być przedłużana „na kolejne co najmniej dwuletnie okresy”. Oznacza to więc w praktyce, że przepis ten stosuje się nie tylko do „pierwszej” umowy, ale i do każdej kolejnej.

Konsekwencje uchybień związanych z wyborem audytora

Co się zatem stanie, jeśli zarząd Przykładowej zawrze umowę z firmą audytorską, chociaż zgromadzenie wspólników nie podjęło uchwały w sprawie wyboru tej firmy?

dywidenda

nowe wymagania

odpowiedzialność zarządu

odpowiedzialność wspólników

Przed wszystkim należy zwrócić uwagę, że skoro ustawa wymaga, by umowa została zawarta wyłącznie z taką firmą audytorską, którą wybrało zgromadzenie wspólników spółki, to zawarcie umowy z inną firmą lub zawarcie jej w braku jakiegokolwiek uchwały zgromadzenia w tym przedmiocie czyni samą umowę co do zasady nieważną z mocy prawa.

Dalszą konsekwencją będzie tu także wadliwość czynności dokonanych przez audytora.

Ostatecznie także wypłata dywidendy będzie się kwalifikować jako wypłata dokonana wbrew przepisom prawa. Wynika to zresztą wprost z ustawy o rachunkowości, która wymaga, by (w sytuacji gdy – jak w przypadku naszej Przykładowej – podmiot jest zobowiązany do poddania sprawozdania finansowego badaniu) podział zysku został poprzedzony zatwierdzeniem przez organ zatwierdzający sprawozdania finansowego zbadanego uprzednio przez biegłego rewidenta.

Jeżeli więc Przykładowa nie dopełni wspomnianych wymogów, jej wspólnicy (którzy otrzymają wypłaty ze spółki) będą zobowiązani do ich zwrotu solidarnie z członkami zarządu odpowiedzialnymi za bezprawną wypłatę.

Podobne skutki, czyli nieważność czynności prawnej, powstaną także w przypadku zawarcia z firmą audytorską umowy na okres niezgodny z ustawą. Warto pamiętać, że w takim przypadku ustawa przewiduje ponadto odpowiedzialność karną osoby, która umowę zawarła w imieniu spółki.

Podjęcie uchwały w sprawie podziału zysku

Przyjmując, że zgromadzenie wspólników Przykładowej dokonało prawidłowo wyboru firmy audytorskiej, a następnie jej zarząd zawarł z tak wybraną firmą umowę, kolejnym krokiem jest przeprowadzenie przez biegłego rewidenta badania sprawozdania finansowego. Z badania tego biegły sporządza opinię, którą przedstawia zarządowi.

Dopiero w tym momencie zgromadzenie wspólników może podjąć uchwałę zatwierdzającą sprawozdanie finansowe spółki i dalej uchwałę w sprawie podziału zysku. Warto przy tym pamiętać, że zwyczajne zgromadzenie wspólników powinno odbyć się w ciągu sześciu miesięcy od końca roku obrotowego.

Tak podjęta uchwała stanowi zaś podstawę do tego, by uprawnieni wspólnicy spółki mogli dochodzić od spółki wypłaty należnej im dywidendy.

Podjmując uchwałę w sprawie podziału zysku, wspólnicy Przykładowej powinni pamiętać o ustawowych ograniczeniach dotyczących kwot, jakie mogą z tego tytułu otrzymać. Kwota przeznaczona do podziału między wspólników nie może bowiem przekraczać zysku za ostatni rok obrotowy, powiększonego o niepodzielone zyski z lat ubiegłych oraz kwoty przeniesione z utworzonych z zysku kapitałów zapasowych i rezerwowych, które mogą być przeznaczone do podziału.

To jednak nie wszystko. Kwotę tę należy bowiem pomniejszyć o: niepokryte straty, udziały własne oraz kwoty, które zgodnie z ustawą lub umową spółki powinny być przekazane z zysku za ostatni rok obrotowy na kapitały zapasowy lub rezerwowe (umowa spółki może bowiem przewidywać, że określona część zysku za dany rok winna być przekazywana na przykład na kapitał zapasowy, dopóki kapitał ten nie osiągnie określonej wysokości, co ma służyć pokryciu ewentualnych strat w kolejnych latach).

Kto jest uprawniony do dywidendy i kiedy?

Ostatnią kwestią, której warto się przyjrzeć, jest ustalenie kręgu podmiotów, które są uprawnione do udziału w zysku, oraz termin, w jakim zysk określony w uchwale zgromadzenia wspólników naszej przykładowej spółki zostanie im wypłacony.

I tak, uprawnionymi do dywidendy są wspólnicy, którym udziały przysługiwały w dniu podjęcia uchwały o podziale zysku albo (jeśli umowa spółki upoważnia zgromadzenie do określenia tzw. dnia dywidendy) w dniu dywidendy. Ten ostatni musi przypadać w ciągu dwóch miesięcy od podjęcia uchwały o podziale zysku.

Z kolei wypłata dywidendy powinna nastąpić w dniu określonym w uchwale, a jeśli taki dzień nie został wskazany, niezwłocznie po dniu dywidendy.

Jest to o tyle istotne, że ewentualne zbycie przez kogośkolwiek ze wspólników Przykładowej udziałów w okresie między dniem dywidendy a dniem wypłaty dywidendy nie ma wpływu na przysługujące mu prawo do udziału w zysku.

Konkluzją powyższych rozważań niech będzie to, że jakkolwiek udział w zysku wypracowanym przez spółkę jest jednym z praw wspólników (i to praw wprost przewidzianych w Kodeksie spółek handlowych), to jednak jest to prawo podlegające licznym formalizmom (służącym ochronie interesów zarówno samych wspólników – np. mniejszościowych, jak i spółki czy jej wierzycieli). Ze względu na daleko idące konsekwencje uchybienia ustawowym wymogom związanym z opisanym tu procesem prowadzącym do wypłaty zysku warto zapewnić, by w przypadku każdej spółki proces ten odbywał się z zachowaniem należytej staranności po stronie wszystkich zaangażowanych węg podmiotów.

Maciej Szewczyk, radca prawny, solicitor Anglii i Walii (obecnie nie praktykuje), praktyka transakcji i prawa korporacyjnego

Izabela Zielińska-Barłózek, radca prawny, wspólnik odpowiedzialny za praktykę transakcji i prawa korporacyjnego

Anna Dąbrowska, radca prawny, solicitor Anglii i Walii (obecnie nie praktykuje), wspólnik w praktyce transakcji i prawa korporacyjnego

dywidenda

nowe
wymagania

odpowiedzialność
zarządu

odpowiedzialność
wspólników

U

morzenie udziałów jako sposób na wyjście wspólnika ze spółki

W praktyce transakcyjnej często spotykamy się z zagadnieniem wyjścia wspólnika ze spółki. Najprostszym rozwiązaniem jest w takiej sytuacji sprzedaż udziałów na rzecz innego wspólnika lub osoby trzeciej, co zazwyczaj wymaga zgody właściwego organu spółki (zależnie od postanowień umowy spółki). Wskazane rozwiązanie nie jest jednak takie proste w przypadku firm rodzinnych uzyskujących wysokie zyski pozostawiane w spółkach z przeznaczeniem na inwestycje, gdy jeden ze wspólników dąży do wyjścia ze spółki, a pozostali wspólnicy z jednej strony nie chcieliby dopuścić do spółki kogoś z zewnątrz, a jednocześnie nie posiadają środków wystarczających na wykup udziałów od takiego wspólnika.



dr Kinga Ziemnicka

Brak woli dalszej współpracy w dobrze prosperującej firmie rodzinnej – co dalej?

Opisana sytuacja była podłożem jednej z transakcji przeprowadzonych przez kancelarię. Sprawa dotyczyła grupy spółek założonych przez dwie rodziny, które przez lata z powodzeniem rozwinęły swoją działalność, w wyniku czego kapitały własne tych spółek osiągnęły łącznie poziom setek milionów złotych. Uprawnienia korporacyjne w spółkach zostały ukształtowane w sposób zrównoważony dla obu rodzin: żadna ze stron nie mogła podejmować kluczowych decyzji bez zgody drugiej strony. Jednocześnie w umowach spółek wprowadzono ograniczenia w zbywaniu udziałów, przyznając pozostałym wspólnikom prawo pierwszeństwa ich nabycia oraz uzależniając zbycie udziałów od zgody właściwych organów korporacyjnych. Problem pojawił się w momencie, kiedy obie rodziny zaczęły mieć odmienną wizję dalszego prowadzenia biznesu, co prowadziło do konfliktów, a zarazem negatywnie wpływało na zarządzanie spółkami. Ostatecznie jedna ze stron była gotowa do zbycia udziałów we wszystkich spółkach, aby uzyskane w ten sposób wynagrodzenie zainwestować w inny sposób. Drugiej stronie przysługiwało w takim przypadku wspomniane prawo pierwszeństwa nabycia udziałów, jednak nie mogła z niego skorzystać z powodu braku wystarczających środków. Nie chciała też podejmować ryzyka związanego z uzyskaniem kredytu, co wiązałoby się z koniecznością ustanowienia zabezpieczeń na majątku własnym.

We wspomnianych spółkach znajdowały się wysokie zyski ulokowane w kapitale rezerwowym i zapasowym, które można było przeznaczyć na wypłatę dla wspólników. Jednocześnie zyski spółek nie oznaczały wolnej gotówki na kontach, gdyż środki zostały przeznaczone na inwestycje. W praktyce zatem konieczne było pozyskanie finansowania zewnętrznego, ale tym razem nie przez wspólnika, lecz przez same spółki, co pozwoliłoby na wypłatę środków na rzecz wspólników. Nie mogło to jednak nastąpić poprzez wypłatę dywidendy, gdyż wówczas wszyscy wspólnicy byłiby uprawnieni do otrzymania należnych im kwot. Chodziło o umożliwienie wypłaty wynagrodzenia za udziały tylko na rzecz tej strony, która dążyła do wystąpienia ze spółki.

Strony uzgodniły zatem, że wystąpienie wspólnika ze spółek nastąpi na podstawie dobrowolnego umorzenia udziałów. Zgodnie bowiem z art. 199 § 1 k.s.h. po wpisie spółki do rejestru udział może być umorzony w przypadku, gdy umowa spółki tak stanowi. Udział może być umorzony za zgodą wspólnika w drodze nabycia udziału przez spółkę (umorzenie dobrowolne) albo bez zgody wspólnika (umorzenie przymusowe). W celu dobrowolnego umorzenia udziałów wspólnika, który chce wystąpić ze spółki, spółka nabywa od niego udziały po uzgodnionej cenie.

Na marginesie należy zwrócić uwagę, że wspólnik nie ma roszczenia do spółki o umorzenie jego udziałów. W praktyce do prób wymuszenia przez wspólników umorzenia ich udziałów dochodzi najczęściej, gdy wartość bilansowa tych udziałów jest wyższa niż ich wartość rynkowa.

Nabycie udziałów własnych przez spółkę jest dopuszczalne w świetle art. 200 § 1 k.s.h., który przewiduje, że spółka co do zasady nie może nabywać udziałów własnych, ale wyjątek stanowi między innymi nabycie w celu ich umorzenia. Warto zauważyć, że wspomniany przepis sam w sobie nie upoważnia zarządu do zawarcia takiej umowy. Zważywszy zaś, że umorzenie udziału wymaga uchwały zgromadzenia wspólników, która powinna określać w szczególności podstawę prawną umorzenia i wysokość wynagrodzenia przysługującego wspólnikowi za umorzony udział, należy przyjąć, że zarząd powinien przed nabyciem udziałów własnych uzyskać stosowne upoważnienie od zgromadzenia wspólników. Wspomniane upoważnienie może zostać udzielone w postaci uchwały autoryzacyjnej, w której zostaną określone warunki nabycia udziałów, w tym wynagrodzenie przysługujące wspólnikowi. Konieczność podjęcia takiej uchwały nie została wprowadzona przewidziana w przepisach, ale zważywszy, że zarząd może ponosić odpowiedzialność karną na podstawie art. 588 k.s.h. za dopuszczenie do nabycia przez spółkę handlową udziałów własnych, wskazane byłoby uzyskanie stosownego upoważnienia od wspólników przed dokonaniem nabycia, ewentualnie dokonanie nabycia pod warunkiem zawieszającym, jakim będzie uzyskanie wspomnianego upoważnienia.

Jak już wcześniej wspomniano, umorzenie dobrowolne następuje za zgodą wspólnika, w drodze nabycia od niego udziałów w spółce. Ustawa nie określa wysokości wynagrodzenia należnego wspólnikowi w przypadku umorzenia dobrowolnego. Ustawodawca pozostawił zatem wspólnikom swobodę w zakresie kwot wypłacanych za umarzone udziały w sytuacji, gdy następuje ono za zgodą wspólnika. Wysokość tego wynagrodzenia lub też metoda jego obliczenia może zostać określona w umowie spółki, natomiast w braku stosownego zapisu powinna być każdorazowo określona w uchwale wspólników.

Umorzenie udziałów z czystego zysku nie powoduje konieczności zmiany umowy spółki i nie wymaga obniżenia kapitału zakładowego (art. 199 § 6 k.s.h.), co w konsekwencji oznacza brak obowiązku przeprowadzenia postępowania konwokacyjnego na podstawie art. 264 k.s.h. polegającego na ogłoszeniu o obniżeniu kapitału zakładowego i wezwaniu wierzycieli do zgłoszenia sprzeciwu.

W przypadku umorzenia udziałów z czystego zysku wypłata wynagrodzenia może nastąpić z zysku za ostatni rok obrotowy, uzupełnionego w razie potrzeby o zyski z lat ubiegłych, pozostawione w kapitałach spółki. Zarazem zysk z lat poprzednich może być przeznaczony na wypłatę wynagrodzenia na rzecz wspólnika nawet wówczas, gdy w ostatnim roku obrotowym wystąpiła strata.

Wypłata wynagrodzenia należnego wspólnikowi

W związku z przedstawionymi powyżej zagadnieniami powstaje pytanie, w jakim momencie można dokonać wypłaty należnego wspólnikowi wynagrodzenia z tytułu

prawa
korporacyjnedobrowolne
umorzenie
udziałównabycie udziałów
własnychprawo
pierwszeństwakapitał
rezerwowykapitał
zapasowy

czysty zysk

umorzonych udziałów, jeżeli jest ono dokonywane z czystego zysku. W przypadku umorzenia dobrowolnego wypłata wynagrodzenia należnego wspólnikowi może nastąpić po zawarciu umowy nabycia udziałów przez spółkę (z zastrzeżeniem uwag dotyczących upoważnienia zarządu do dysponowania zyskiem na podstawie stosownej uchwały wspólników).

Zatem z chwilą zawarcia umowy nabycia udziałów dotychczasowy wspólnik przenosi przysługujące mu prawa na spółkę, na którą przechodzą nabyte udziały. W konsekwencji nabyte udziały zapisywane są po cenie nabycia w aktywach spółki, a jednocześnie w jej bilansie powstaje zobowiązanie wobec wspólnika do wypłaty należnego mu wynagrodzenia.

W omawianej transakcji strony zgodziły się co do zasady na umorzenie udziałów z czystego zysku oraz na kwotę wynagrodzenia, jaką z tego tytułu otrzyma wspólnik występujący ze spółek, co nie oznaczało jednak, że spółki posiadały wystarczające środki pieniężne na wypłatę tego wynagrodzenia. Należy bowiem odróżnić zysk osiągnięty przez spółki, który przez lata był przeznaczany na cele inwestycyjne, od gotówki, jaką w danym momencie dysponowały spółki. Wynagrodzenie dla wspólnika zostało bowiem ustalone w setkach milionów złotych. W związku z powyższym

konieczne okazało się pozyskanie przez spółki finansowania zewnętrznego.

Struktura transakcji została dostosowana do tej potrzeby, gdyż strony zawarły umowę przedwstępną nabycia udziałów, zobowiązując się do zawarcia docelowych umów przeniesienia na spółki tytułu do ich udziałów własnych pod warunkiem zawieszającym, jakim było zawarcie przez spółki umów kredytowych pozwalających na uzyskanie środków potrzebnych na sfinansowanie transakcji. Po podpisaniu umów z bankiem strony sfinalizowały transakcję.

Podsumowanie

Powyższy przykład pokazuje, że w dobrze prosperujących spółkach rodzinnych, w których niechętnie dopuszcza się możliwość zbycia udziałów na rzecz podmiotów trzecich, można sfinansować wyjście wspólnika ze spółki z pozostawionych w spółce zysków, co zmniejsza ryzyko wspólników w porównaniu do sytuacji, gdyby mieli to sfinansować bezpośrednio z własnego majątku. Jednocześnie wspomniane rozwiązanie pozwala uniknąć likwidacji spółki, w sytuacji gdy wspólnicy, z różnych względów, nie chcą dalej ze sobą współpracować.

dr Kinga Ziemnicka, radca prawny, praktyka rachunkowości korporacyjnej



Mieć ciastko i zjeść ciastko... czyli o finansowaniu przez subpartycypację wierzytelności

Rosnąca liczba sprzedanych towarów czy usług lub udzielonych kredytów i pożyczek świadczy o rozwoju firmy. Jednak odsunięte w czasie terminy płatności czy spłaty należności wiążą gotówkę w przedsiębiorstwie i pogarszają przepływy pieniężne. Rozwiązaniem mogą być programy oparte o przelew wierzytelności. Dzięki nim przedsiębiorca otrzymuje zapłatę we wcześniejszym terminie w zamian za przeniesienie na finansującego wierzytelności w stosunku do dłużników-kontrahentów. Wierzytelność może też posłużyć pozyskaniu finansowania bez konieczności przelewania jej na rzecz osoby trzeciej. Instrumentem, który pozwala mieć ciastko i zjeść ciastko, jest subpartycypacja.



Daniel Smarduch



Marcin Pietkiewicz

Kiedy warto rozważyć subpartycypację wierzytelności

Subpartycypacja jest atrakcyjnym rozwiązaniem, gdy z różnych powodów przelew wierzytelności nie wchodzi w grę. Tak będzie w przypadku wierzytelności objętych zakazem przelewu (ustawowym lub umownym). Cesja nie będzie wówczas możliwa lub będzie wymagała zgody ze strony dłużnika wierzytelności, czyli kontrahenta. Innym przykładem może być posiadanie wierzytelności zabezpieczonej w taki sposób, że jej przeniesienie będzie odsunięte w czasie. Również przeniesienie zabezpieczeń może okazać się niemożliwe, czasochłonne lub za drogie. W Polsce takim przykładem jest wierzytelność hipoteczna. Sam moment przeniesienia takiej wierzytelności na nabywcę będzie odsunięty do czasu dokonania właściwego wpisu nabywcy w księdze wieczystej, co może potrwać nawet kilka miesięcy.

Poza tym w interesie przedsiębiorcy jest utrzymanie bezpośredniej i płynnej relacji z kontrahentami, bez zakłócania jej notyfikacjami o cesji (na wcześniejszym czy późniejszym etapie) i bez informowania ich o sposobie pozyskiwania kapitału na dalszą działalność. Ważna jest też elastyczność w modyfikowaniu warunków umów z dłużnikami. Cesja może też nie być najefektywniejszym rozwiązaniem w przypadku wierzytelności o odsuniętym, ale jednak dosyć krótkim terminie płatności.

Dodatkowym atutem subpartycypacji dla naszego przedsiębiorcy jest możliwość pozbycia się ryzyka kredytowego jego kontrahentów. W konsekwencji może on nie tylko otrzymać wcześniej „zapłatę” (w sensie ekonomicznym) swojej należności, ale także ograniczyć wpływ zatorów płatniczych na swoje przedsiębiorstwo.

Istota subpartycypacji – do czego się zobowiązujemy

Umowa o subpartycypację została szczerunkowo uregulowana w ustawie z dnia 27 maja 2004 r. o funduszach inwestycyjnych i zarządzaniu alternatywnymi funduszami inwestycyjnymi (art. 183).

Zawierana jest przez wierzyciela, nazywanego również inicjatorem sekurytyzacji (podmiot posiadający wierzytelność lub pulę wierzytelności) oraz fundusz sekurytyzacyjny.

Umowa co do zasady kreuje dwa podstawowe zobowiązania tych podmiotów. Inicjator zobowiązuje się do przekazywania funduszowi wszystkich świadczeń (wpływów) otrzymywanych z tytułu określonej wierzytelności lub puli wierzytelności, w tym: całości pożytków takich wierzytelności (np. odsetki), kwot głównych (kapitał) oraz kwot uzyskanych z realizacji przez inicjatora zabezpieczenia wierzytelności. W zamian za prawo do otrzymywania świadczeń z tytułu wierzytelności fundusz zobowiązuje się do zapłaty na rzecz inicjatora ceny.

Jedną z najważniejszych konsekwencji jest to, że wierzytelności będące przedmiotem umowy o subpartycypację pozostają w majątku inicjatora. To inicjator pozostaje wierzycielem wobec dłużników, stroną wszystkich umów i to on

jest uprawniony do dochodzenia wierzytelności. Pomiędzy dłużnikiem wierzytelności a funduszem nie powstaje żaden stosunek prawny, fundusz nie nabywa także żadnego prawa uprzednio istniejącego w majątku inicjatora. Ktoś słusznie może zatem zapytać: w takim razie za co fundusz płaci cenę inicjatorowi, skoro umowa o subpartycypację nie powoduje żadnego przesunięcia majątkowego? Otóż fundusz płaci za zobowiązanie. Umowa kreuje bowiem zobowiązanie inicjatora do przekazywania funduszowi wpływów z tytułu określonych wierzytelności.

Regulacja umowy o subpartycypację nie pozostaje też obojętna wobec zobowiązania funduszu do zapłaty ceny. O ile ustalenie jej wysokości pozostawione zostało swobodzie stron, o tyle ustawa mocno ograniczyła możliwość umownego uzgodnienia terminu płatności. W przypadku umowy o subpartycypację uregulowanej w ustawie o funduszach inwestycyjnych nie jest możliwe odroczenie zapłaty ceny ani rozłożenie jej na raty. Takie uregulowanie komplikuje czasami prostą implementację mechanizmów zapłaty ceny znanych z umów faktoringu czy sekurytyzacji opartej o przelew. Jest to widoczne zwłaszcza w stosowanym czasem rozwiązaniu opartym o budowanie rezerw (które odkładane są właśnie z ceny) lub w czysto organizacyjnym sposobie przeprosowania zapłaty ceny (który może być dla funduszu czasochłonny, zwłaszcza jeżeli ma się wiązać z emisją certyfikatów inwestycyjnych).

Opisana konstrukcja daje inicjatorowi możliwość poprawy przepływów pieniężnych, zapewniając dostęp do środków „zamrożonych” w należnościach na wcześniejszym etapie, z zachowaniem relacji prawnych i biznesowych z jego dłużnikami. Fundusz otrzymuje w zamian możliwość dokonania inwestycji w odniesieniu do aktywów, które były do tej pory poza jego zasięgiem ze względu na ograniczenia prawne lub komercyjne.

Z kim można zawrzeć umowę o subpartycypację?

Umowa uregulowana w ustawie o funduszach inwestycyjnych jest umową kwalifikowaną podmiotowo, tzn. musi zostać zawarta z funduszem sekurytyzacyjnym. Ustawa nie przewiduje ograniczeń po stronie inicjatora – mogą to być banki, firmy pożyczkowe, przedsiębiorstwa produkcyjne lub handlowe. Jakkolwiek sprawa nie wydaje się całkowicie przesądzona, to odwołanie się do funduszu sekurytyzacyjnego szczegółowo uregulowanego w polskiej ustawie o funduszach inwestycyjnych sprawia, że skorzystanie z tych przywilejów przez inne podobne podmioty utworzone na podstawie przepisów innych państw wydaje się niemożliwe.

Nie jest natomiast wykluczone zawarcie umowy podobnej do umowy o subpartycypację między inicjatorem a podmiotem innym niż polski fundusz sekurytyzacyjny. Możliwość zawarcia tzw. „umowy o subpartycypację prywatną” oparta jest na ogólnej zasadzie swobody umów. Niestety taka umowa będzie tylko podobna do umowy o subpartycypację regulowanej ustawą o funduszach inwestycyjnych. Jej mechanika może

sekurytyzacja

subpartycypacja
wierzytelnościfundusz
sekurytyzacyjny

bank

firma
pożyczkowa

działać podobnie, a zobowiązanie do przekazywania wpływów może być realizowane przez inicjatora na rzecz drugiej strony niebędącej funduszem inwestycyjnym. W przypadku jednak subpartycypacji prywatnej strony nie będą mogły skorzystać z innych przywilejów przewidzianych dla subpartycypacji dokonywanej przez fundusz sekurytyzacyjny np. w prawie upadłościowym, które przewiduje automatyczne oddzielenie subpartycypowanej wierzytelności od masy upadłości inicjatora, lub w prawie bankowym, które dla celów zawarcia takiej umowy zezwala na ujawnienie tajemnicy bankowej.

Subpartycypacja a ryzyko niewypłacalności inicjatora

Jednym z głównych ryzyk w przypadku umowy o subpartycypację jest niewypłacalność inicjatora. Otrzymuje on całą cenę za prawa do wpływów z wierzytelności i jednocześnie zatrzymuje w swoim majątku samą wierzytelność. Czy fundusz-inwestor pozostaje w takiej sytuacji bez ochrony?

Pozostawienie subpartycypowanej wierzytelności w majątku inicjatora sprawia, że potencjalnie wejdzie ona w skład masy upadłościowej lub masy układowej. Wierzytelność może też zostać zajęta w trakcie postępowania egzekucyjnego przez innych wierzycieli inicjatora. W takich okolicznościach, inaczej niż przy faktoringu czy sekurytyzacji opartych o przelew wierzytelności i niejako „wyjęciu” jej z majątku inicjatora, interes funduszu mógłby być zagrożony ze względu na utratę strumieni wpłat, za prawo do których fundusz już zapłacił. Spłaty wierzytelności zasiląby bowiem masę upadłości lub układową, zaś w postępowaniu egzekucyjnym mogłyby zostać wykorzystane do zaspokojenia długu wobec wierzyciela prowadzącego egzekucję.

Ryzyko związane z ogłoszeniem upadłości lub otwarciem restrukturyzacji inicjatora zostało dostrzeżone i uregulowane ustawowo. Jeżeli umowa o subpartycypację spełnia warunki określone w ustawie o funduszach inwestycyjnych (czyli jest zawarta z funduszem sekurytyzacyjnym), to zgodnie z prawem upadłościowym (art. 65a) i prawem restrukturyzacyjnym (art. 243) subpartycypowana wierzytelność nie wchodzi w skład tych mas majątkowych, ale z mocy prawa zostaje przesunięta do masy majątkowej funduszu. Fundusz stanie się wtedy wierzycielem z tytułu wierzytelności subpartycypowanej i będzie uprawniony do samodzielnego dochodzenia tej wierzytelności z pominięciem upadłego lub restrukturyzowanego inicjatora. Takie rozwiązanie znacząco poprawia sytuację prawną funduszu, ale pozostawia też kilka aspektów do szczegółowej analizy i rozwiązania w każdym konkretnym przypadku. Przykładowo pewne wątpliwości może budzić sytuacja „zmieszania” środków własnych inicjatora z wpływami z subpartycypowanej wierzytelności otrzymanymi przez niego, zanim doszło do upadłości czy restrukturyzacji (ang. *commingling risk*). Fundusz nabędzie z mocy prawa wierzytelność w takim stanie, w jakim ona jest w chwili zmiany wierzyciela. Oznacza to, że wpłaty dokonane przed tym momentem na rzecz inicjatora spowodowały już częściowe zaspokojenie wierzytelności, a ich odzyskanie od samego inicjatora nie będzie oczywiste. Omówiona tutaj ochrona funduszu w przypadku

niewypłacalności inicjatora nie będzie miała zastosowania do umów tzw. subpartycypacji prywatnej.

Niestety w żaden szczególny sposób nie został rozwiązany problem zajęcia egzekucyjnego wierzytelności subpartycypowanej. Skoro pozostaje ona w majątku inicjatora, to potencjalnie może stanowić przedmiot, z którego zaspokajając się będą inni wierzyciele, prowadząc do przekierowania środków – zamiast do inicjatora będą one trafiały do komornika i dalej do egzekwującego wierzyciela. Ochrony funduszu w takiej sytuacji należy poszukiwać w ogólnych mechanizmach postępowania egzekucyjnego oraz szczególnych rozwiązaniach umownych, które mogą być przydatnym dodatkiem do samej umowy o subpartycypację.

Ryzyko kredytowe i obsługa wierzytelności

Wierzytelność subpartycypowana niekoniecznie musi być bezproblemowo spłacana przez dłużnika. W zależności od woli stron ryzyko braku spłaty może być w całości przesunięte na fundusz, ale może być też podzielone pomiędzy inicjatora i fundusz. Niezależnie od wybranego modelu trzeba zwrócić uwagę na zarządzanie wierzytelnościami subpartycypowanymi. Zasadniczo w tej kwestii uprawnionym do działania będzie jedynie inicjator, co jest korzystne dla funduszu (nie musi on powierzać takich działań wyspecjalizowanym podmiotom), ale bywa, że motywacja samego inicjatora do podejmowania działań w tej sferze może być ograniczona. Uregulować również należy możliwość rozporządzania przez inicjatora subpartycypowaną wierzytelnością. Nie ma przeszkód, aby inicjator powierzył zarządzanie takimi wierzytelnościami podmiotowi trzeciemu. Pamiętać jedynie należy, że upoważnienie do działania musi zawsze pochodzić od inicjatora, jako że przez cały czas, poza przypadkami upadłości i restrukturyzacji, pozostaje on wierzycielem dłużnika subpartycypowanej wierzytelności.

Podsumowanie

Pomimo wciąż ograniczonego zastosowania umowy o subpartycypację, praktyczne przykłady, również naszych klientów, pokazują, że ten instrument może być skutecznie stosowany z korzyścią zarówno dla inicjatorów, jak i inwestorów. Jakkolwiek bardziej wymagająca i mniej wystandaryzowana niż programy oparte o przelew wierzytelności, umowa o subpartycypację jest kolejnym instrumentem poprawy przepływów pieniężnych w przedsiębiorstwie. Pozwala ona uzyskać finansowanie oparte na aktywach, których potencjał mógł nie być w pełni wykorzystany. Jednocześnie instrument ten otwiera inwestorom dostęp do szerszego spektrum aktywów, które w innym przypadku pozostawałyby dla nich niedostępne.

Daniel Smarduch, adwokat, praktyka bankowości i finansowania projektów

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

sekurytyzacja

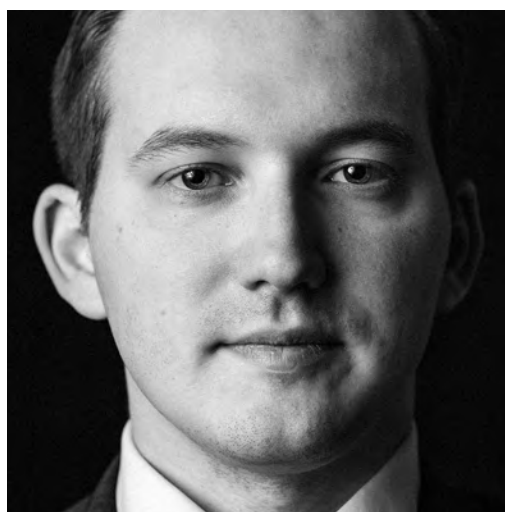
subpartycypacja
wierzytelnościfundusz
sekurytyzacyjny

bank

firma
pożyczkowa

S Spory dotyczące konkursów i dotacji – procesowe pole minowe

Mogłoby się wydawać, że decyzje organów administracji publicznej prowadzących i nadzorujących konkursy dotyczące dotacji ze środków unijnych rządzą się pewnymi standardowymi zasadami procesowymi. Tymczasem okazuje się, że przepisy regulujące postępowania w tym zakresie różnią się znacznie od zwykłego postępowania administracyjnego. Właśnie to było najbardziej zaskakujące dla uczestnika jednego z konkursów, który nagle został wykluczony z konkursu o dofinansowanie swojego projektu.



dr Maciej Kiełbowski



Agnieszka Kraińska

Nie ma odwołań, jest protest

Pierwszym – nieoczywistym dla naszego klienta – odkryciem był sposób, w jaki mógł się on sprzeciwić takiemu rozstrzygnięciu. W sprawach tego rodzaju nie mamy bowiem do czynienia ze znanymi szerzej odwołaniem czy zażaleniem, ale ze specyficznie uregulowanym protestem.

Dobrze przy tym, że klient pojawił się ze sprawą we właściwym momencie, pozwalającym na sporządzenie i wniesienie protestu w terminie. Przyjmuje się bowiem w sprawach tego typu, że nie można wnosić wniosku o przywrócenie terminu, jeżeli doszło do jego przekroczenia, bowiem przepis ten jest wyłączony z zastosowania: „zgodnie z art. 50 ustawy wdrożeniowej – w brzmieniu obowiązującym do 1 września 2017 r. – do postępowania w zakresie ubiegania się o dofinansowanie oraz udzielania dofinansowania na podstawie ustawy (z dnia 11 lipca 2014 r. o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej na lata 2014 – 2020) nie stosuje się przepisów ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego, z wyjątkiem przepisów dotyczących wyłączenia pracowników organu, doręczeń i sposobu obliczania terminów. Do doręczania pism i informacji znajdują zatem zastosowanie przepisy Rozdziału 8, Działu I Kodeksu postępowania administracyjnego (art. 39–49 KPA). Użycie natomiast w art. 50 ustawy wdrożeniowej zwrotu „sposobu obliczania terminów” wskazuje, że we ww. przypadkach nie znajduje zastosowania instytucja przywrócenia terminu przewidziana art. 58 i 59 K.P.A.” (wyrok WSA w Szczecinie z 11 stycznia 2018 r., I SA/Sz 937/17).

Było to tym ważniejsze, że ustawa wdrożeniowa (czyli ustawa z 7 lipca 2017 r. o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014–2020) łagodzi korzystne dla strony postępowania rygory Kodeksu postępowania administracyjnego, gdy chodzi o pouczenia. W przeciwieństwie do ogólnej zasady, że brak pouczenia nie może szkodzić stronie i podejmowanym przez nią krokom prawnym, tutaj art. 63 wskazuje, że brak takiego pouczenia nie wpływa w żaden sposób na możliwość wniesienia skargi do sądu administracyjnego. Innymi słowy – nawet gdyby klient nie wiedział, że na takie rozstrzygnięcie organu służy mu skarga do sądu (bowiem nie zostało to zawarte w pouczeniu), termin do wniesienia skargi otworzyłby się i mógł upłynąć zupełnie bez wiedzy klienta. Na szczęście jednak klient od razu po otrzymaniu pisma rozpatrującego protest przekazał jego treść do analizy pod kątem możliwości dalszego zaskarżenia.

Trzeba postawić konkretne zarzuty

Art. 54 ust. 2 pkt 4 i 5 ustawy wdrożeniowej wymagają, żeby już w proteście znalazły się konkretne zarzuty wobec danego rozstrzygnięcia organu – a dokładniej kryteria wyboru projektów, z których oceną wnioskodawca się nie zgadza (wraz z uzasadnieniem) oraz zarzuty o charakterze proceduralnym w zakresie przeprowadzonej oceny, jeże-

li zdaniem wnioskodawcy naruszenia takie miały miejsce (także z uzasadnieniem). Kształt tych zarzutów jest tym samym bardzo ważny – przekłada się bowiem na całość dalszego postępowania w sprawie. Jeżeli nie postawi się jakiegokolwiek zarzutu w proteście, trudno będzie wymagać jego rozpatrzenia na etapie sądowym (chyba że będzie to dotyczyło działania przy rozpatrywaniu protestu jako takiego, wtedy oczywiście jak najbardziej).

Sprawy dotyczące dotacji unijnych w ogóle stanowią zbiór wyjątków. Czytając ustawę wdrożeniową, wielokrotnie natknijemy się na wyłączenia zastosowania przepisów Kodeksu postępowania administracyjnego albo przepis nakazujący stosowanie tylko kilku z nich. Wiąże się to niestety z problemami w praktyce, takimi jak wspomniana niemożność stosowania przepisów o przywróceniu terminu.

Uwaga na terminy

Kolejnym zaskoczeniem dla naszego klienta było skrócenie terminów do działania w dalszej części postępowania, szczególnie terminu na skargę kasacyjną. Podmiot ten był bowiem przyzwyczajony do terminów 30-dniowych w postępowaniach sądowoadministracyjnych.

Tymczasem postępowanie dotyczące środków unijnych zawiera odmienną regulację także w tym zakresie – przewiduje jedynie 14-dniowy termin dla pism sądowych. Regulacja ta jest zawarta w art. 61 ust. 2 i art. 62 ust. 1 ustawy wdrożeniowej. Skrócony termin jest przewidziany zarówno dla skargi do wojewódzkiego sądu administracyjnego, jak i dla przysługującej od niekorzystnego wyroku WSA skargi kasacyjnej do Naczelnego Sądu Administracyjnego.

W dodatku klient na potrzeby sporządzenia skargi musiał się odpowiednio przygotować i zaopatrzyć w pełną dokumentację sprawy. Jest to kolejna odrębność od zwykłego postępowania sądowoadministracyjnego, w którym to organ administracji kompletuje i przekazuje do sądu akta sprawy. Tutaj obowiązek ten spoczywa na wnoszącym skargę (art. 61 ust. 4 w związku z ust. 2 ustawy).

Zasady wyboru projektów

Zgodnie z artykułem 37 ustawy wybór projektów winien być dokonywany w sposób przejrzysty, rzetelny, bezstronny oraz zapewniający wnioskodawcom równy dostęp do informacji o warunkach i sposobie wyboru projektów do dofinansowania. Dla naszego klienta, który został zakwalifikowany do I etapu konkursu, ogromnym zaskoczeniem był wynikający z regulaminu konkursowego margines uznaniowości organu, jeśli chodzi o możliwość przesuwania terminów na złożenie dokumentów przez podmiot starający się o dofinansowanie. Organ w odniesieniu do jednych wnioskodawców zgadzał się na przesunięcie terminów, a innym odmawiał przesunięcia terminu, co skutkowało brakiem zakwalifikowania do II etapu konkursu.

dofinansowanie
ze środków UE

procedura
odwoławcza

szczególne
postępowanie
administracyjne

Zgodnie z orzecnictwem sądów administracyjnych zasada rzetelności nakłada na właściwe instytucje obowiązek oceny projektów przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności wynikających z przedstawionej przez wnioskodawcę dokumentacji, a informacje zawarte w tej dokumentacji muszą być poddane wszechstronnej analizie. Z oceną arbitralną, a zatem nierzetelną mamy do czynienia, gdy norma prawna nie nakłada na organ obowiązku określonego zachowania w danym stanie faktycznym, ale umożliwia mu zajęcie różnego (zgodnego z prawem) stanowiska. Tym samym rzetelna ocena w ramach przyznanego uznania administracyjnego nie pozwala właściwej instytucji na dowolność w załatwieniu sprawy. Jednakże w toku postępowania sądowo-administracyjnego sposób działania organu nie został uznany za nierzetelny, a jego stanowisko zostało podtrzymane.

W wielu konkursach o dofinansowanie zasada efektywności wydatkowania środków przeważa nad i tak już okrojonymi gwarancjami praw wnioskodawców. W doktrynie wskazuje się, że wyłączenie Kodeksu postępowania administracyjnego w trakcie postępowania dotyczącego udzielenia dofinansowania z funduszy unijnych wynika z błędnego przekonania ustawodawcy, że sprawy związane z oceną i wyborem projektów nie należą do typowych spraw administracyjnych (*Komentarz do ustawy o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014-2020*, red. R. Poździk, str. 282).

Taka sytuacja budzi wątpliwości w kontekście unijnej zasady lojalnej współpracy, która nakazuje, by postępowania krajowe w dziedzinach regulowanych prawem UE zapewniały jednostkom takie same, a przynajmniej nie mniej korzystne rozwiązania jak w postępowaniach w dziedzinach regulowanych wyłącznie prawem krajowym.

Konstytucja pozostaje najważniejsza

Generalnie wszystko powyższe ma na celu, aby pieniądze unijne były wydawane szybko i efektywnie, a jeśli zostały wydane niewłaściwie – aby organy szybko uzyskały ich zwrot. Takie cele nie powinny jednak przesłaniać naczeln

nych dla polskiego systemu prawnego zasad, które zawarte są w Konstytucji.

Poszczególne przepisy ustawy wdrożeniowej nie powinny bowiem stanowić pułapki dla podmiotów ubiegających się o środki ani dla beneficjentów już otrzymanej pomocy. Zabrania tego zasada prawidłowej legislacji, interpretowana z art. 2 Konstytucji, oraz zasada proporcjonalności (art. 31 ust. 3 Konstytucji), zgodnie z którą obowiązkiem organów administracji publicznej jest stosowanie środków adekwatnych do celu regulacji i nie obciążających stron postępowania ponad potrzebę.

Jak zauważył Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z 20 kwietnia 2018 r. (I GSK 1963/18), „Z treści użytego w art. 58 ust. 1 ustawy wdrożeniowej sformułowania „(...) informuje wnioskodawcę na piśmie o wyniku rozpatrzenia jego protestu. Informacja ta zawiera w szczególności treść rozstrzygnięcia polegającego na uwzględnieniu albo nieuwzględnieniu protestu wraz z uzasadnieniem” nie można wyprowadzać wniosku, że w informacji zawierającej ocenę o wynikach rozpatrzenia protestu, nie ma obowiązku wskazywania powodów, które zadecydowały o jego nieuwzględnieniu. Taka interpretacja art. 58 ust. 1 ustawy wdrożeniowej byłaby sprzeczna z art. 2 Konstytucji zważywszy to, że w ustawie wdrożeniowej przewidziano specyficzny i zmodyfikowany sposób procedowania oraz to, że informacja o ocenie jest przedmiotem kontroli sądowo-administracyjnej”.

Poglądy takie, przypominające o prymacie ustawy zasadniczej nad regulacją ustawową, były wyrażane w orzecnictwie już nie raz. Warto o nich pamiętać, gdy przyjdzie się mierzyć z kolejnymi rozstrzygnięciami opartymi na ustawie wdrożeniowej.

dr Maciej Kielbowski, adwokat, praktyka sporów administracyjnych, praktyka postępowań sądowych i arbitrażowych

Agnieszka Krainńska, radca prawny, praktyka prawa europejskiego

dofinansowanie
ze środków UE

procedura
odwoławcza

szczególne
postępowanie
administracyjne

Artysta w galerii

Polski rynek sztuki w ostatnim czasie przeżywa prawdziwy rozkwit. Obroty domów aukcyjnych w 2017 r. wzrosły o 28%, a ich wartość wyniosła 214 mln zł. Wylicytowano 13 479 obiektów, a wśród nich rekordowe „Macierzyństwo” Stanisława Wyspiańskiego za ponad 4,3 mln zł (sic!). Rynek sztuki staje się również coraz bardziej dostępny. Blisko 1/3 transakcji nie przekroczyła 1 000 zł, a ok. 3/4 – 5 000 zł (źródło: artinfo.pl). Taka sytuacja stwarza wiele możliwości zarówno dla nabywców, domów aukcyjnych, marszandów, jak i przede wszystkim samych artystów.



Włodzimierz Szoszuk



Monika Dynowska

Aukcje nie są jednak jedynym sposobem na zaistnienie w świecie sztuki. Wciąż ogromną popularnością cieszy się bezpośrednia współpraca artysty z galerią. Niestety, duża część twórców nie wie, jak odpowiednio zabezpieczyć swoje interesy w relacjach z marszandem. Wydaje się, że wszystko jest oczywiste. Tymczasem nasza praktyka wskazuje, że szereg „oczywistych” kwestii wymaga dokładnych ustaleń na piśmie.

Od ogółu do szczegółu

Przed wszystkim należy szczegółowo określić obowiązki stron. Trzeba zadbać, aby w umowie znalazły się postanowienia zobowiązujące marszanda do eksponowania dzieł oraz określające, gdzie będą one eksponowane i w jaki sposób promowane. Dobrze jest też od razu ustalić, czy marszand będzie organizował wydarzenia związane z twórczością artysty, czy przewidziane są wernisaże poświęcone wyłącznie jednemu artyście i ile razy w trakcie trwania umowy dzieła będą w nich uczestniczyć. Należy zwrócić uwagę również na to, czy chcemy pozwolić marszandowi na podnajem dzieł, dzięki czemu trafią one do szerszej publiczności, czy też wolimy uzależnić to od naszej każdorazowej zgody wyrażonej w odrębnej umowie.

Obowiązki marszanda

Warto zadbać, aby w umowie znalazły się zapisy o odpowiedzialności marszanda za właściwe przechowywanie dzieł, a także o ponoszeniu kosztów ich pakowania i transportu. Bardzo ważne jest określenie, w jaki sposób i w jakim terminie marszand będzie informował artystę o sprzedaży, a także zobowiązanie marszanda do przedstawienia stosownych dokumentów potwierdzających jej dokonanie (np. umowy, faktury, paragonu).

Artysta powinien zadbać również o zabezpieczenie swoich interesów na wypadek odstąpienia od umowy przez kupującego z powodu działań lub zapewnień marszanda. W takiej sytuacji uzyskana cena powinna przysługiwać artyście, a suma już mu wypłacona nie powinna podlegać zwrotowi.

Artysta także ma obowiązki

Szeroko przyjętą praktyką jest zobowiązanie artysty do przeprowadzenia działań zmierzających do sprzedaży przekazanych marszandowi dzieł bez jego pośrednictwa. Zdarza się jednak, że artysta kieruje nabywcę do marszanda. Należy zatem zawczasu ustalić, ile będzie wynosiła prowizja marszanda w przypadku zawarcia takich transakcji. Nie ulega bowiem wątpliwości, że jego wkład pracy jest wówczas mniejszy.

W interesie artysty leży także dostarczenie marszandowi wszelkich informacji o jego dorobku i samym dziele. Od dawna wiadomo, że im ciekawsza historia obrazu, tym większe szanse na zainteresowanie nim nabywców. Warto zadbać o to, aby marszand dysponował kompletem informacji na temat historii dzieła: gdzie było ono wystawia-

ne czy opisywane, jakie nagrody otrzymało itp. Wszystkie te okoliczności wpływają na wysokość ceny, a w interesie wszystkich stron leży jej właściwe umotywowanie.

Cena

Praktyka w zakresie ustalania cen bywa różna. Mając jednak na względzie najlepsze zabezpieczenie interesów artysty, sugerujemy, aby cena stanowiła jedną z informacji o dziele, jakie artysta przekazuje marszandowi przy zawieraniu umowy. Artysta może nie życzyć sobie, aby dzieło zostało sprzedane po cenie niższej niż przez niego wskazana. Jak wiadomo, cena dzieł wystawianych w galeriach często podlega negocjacji, dlatego warto ustalić, że zmiana wcześniej ustalonej ceny musi być zatwierdzona przez artystę. Nie oznacza to jednak, że należy taką cenę traktować sztywno. W interesie obydwu stron umowy leży uzyskanie jak najwyższej ceny, sugerujemy jednak, by zastrzec, że jeśli marszand sprzeda dzieło po cenie niższej niż ustalona z artystą, zwróci mu różnicę.

Należy uzgodnić, w jaki sposób i w jakim terminie uzyskana cena zostanie wypłacona artyście. W przypadku niedochowania tego zobowiązania artysta ma prawo do dochodzenia odsetek za zwłokę. Nie należy jednak zapominać, że marszandowi przysługuje prowizja od sprzedaży, o którą zostanie pomniejszona kwota uzyskana ze sprzedaży. Radzimy zastrzec, że w ramach prowizji marszand pokryje wszelkie wydatki związane z realizacją umowy, takie jak transport czy wydatki na promocję.

Przezorny zawsze ubezpieczony...

Artysta, powierzając dzieła marszandowi, powinien sprawdzić, czy ma on ważne ubezpieczenie obejmujące szkody, których przedmiotem są dzieła sztuki będące w jego posiadaniu. Warto zadbać także o to, aby marszand był zobowiązany korzystać z profesjonalnych dostawców usług. Powierzając transport czy pakowanie dzieł wyspecjalizowanej firmie, powinien zwrócić uwagę, czy ma ona ważną polisę ubezpieczeniową na kwotę przewyższającą wartość transportowanych dzieł. Aby w pełni zabezpieczyć interesy stron, sugerujemy zobowiązać je do zarówno do zweryfikowania tych okoliczności przed przekazaniem dzieł do transportu, jak i do zadeklarowania wartości transportowanych przedmiotów.

Mimo dochowania należytej staranności zawsze może się okazać, że wskutek wypadków losowych dzieło zostało np. uszkodzone. Warto zawczasu ustalić, kto ponosi odpowiedzialność za jego przypadkową utratę lub uszkodzenie. Zazwyczaj z chwilą wydania dzieła przez artystę to na marszanda przechodzi ryzyko przypadkowej utraty lub uszkodzenia dzieła i pozostaje przy nim aż do momentu wydania dzieła kupującemu lub jego zwrotu artyście. Jeśli dzieło ulegnie uszkodzeniu, gdy odpowiedzialność za nie ponosi marszand, uważamy za stosowne zobowiązanie go do naprawienia szkody na jego koszt, ale pod nadzorem artysty.

rynek sztuki

umowa
z marszandem

... i zabezpieczony

Wskazaliśmy już całą listę postanowień, które warto zawrzeć w umowie. Aby zapewnić ich egzekwowalność, trzeba jeszcze uwzględnić kary umowne.

W przypadku gdy marszand prezentuje dzieło w miejscu, na które nie wyraził zgody artysta, zasadne jest ustanowienie kary umownej za każdy dzień takiego naruszenia.

Do dokonania pewnych czynności, takich jak zwrot dzieł czy zapłata wynagrodzenia, należy wyznaczyć stosowne terminy. W przypadku ich niedotrzymania zasadne jest ustalenie kary za każdy dzień zwłoki.

A co w sytuacji, gdy będąc pod pieczęcią marszanda dzieło ulegnie zniszczeniu i nie można go naprawić lub się to nie opłaca? Wówczas sugerujemy zobowiązanie marszanda do zapłaty kary w wysokości ustalonej wartości dzieła. Gdy marszand wywiąże się z takiego zobowiązania, można się spodziewać, że będzie on oczekiwał, iż stanie się właścicielem dzieła. Z kolei jeżeli dzieło ulegnie uszkodzeniu, które można naprawić, ale naprawa wpływa na obniżenie jego wartości, marszand powinien wypłacić artyście karę umowną odpowiedniej wysokości.

Czy przekazanie dzieł marszandowi da się odwołać?

W trakcie trwania umowy artysta z różnych powodów może być zmuszony lub po prostu mieć ochotę odebrać swoje dzieła od marszanda w czasie obowiązywania umowy. Warto w umowie zawrzeć postanowienie, że marszand nie obciąży artysty kosztami, jakie poniósł dotychczas na promocję, a także określić, kto w takiej sytuacji będzie odpowiedzialny za pakowanie i transport dzieł.

Natychmiastowe rozwiązania

Biorąc pod uwagę wszystkie czarne scenariusze, należy przewidzieć również sytuacje, w których strony będą mogły rozwiązać umowę ze skutkiem natychmiastowym. Może to nastąpić na przykład wówczas, gdy:

- marszand sprzedaje dzieła po cenie niższej niż uzgodniona z artystą,
- dzieła uległy zniszczeniu lub uszkodzeniu,
- marszand nie posiada ważnego ubezpieczenia, o którym była mowa wyżej,
- artysta samodzielnie sprzedaje prace po cenach znacznie niższych niż w galerii.

Wystąpienie takich okoliczności powinno uzasadniać natychmiastowe rozwiązanie umowy.

Co warto załączyć do umowy?

Najważniejszym załącznikiem do umowy jest protokół zdawczo-odbiorczy, na podstawie którego odbywa się przekazanie dzieł. Na jego stworzenie warto poświęcić trochę więcej czasu, aby w przypadku np. uszkodzenia móc wykazać wcześniejszy stan dzieła. Protokół powinien przede wszystkim zawierać tytuł dzieła, rok powstania, technikę, rozmiar, opis stanu dzieła, dodatkowe informacje takie jak wcześniej wspomniane publikacje czy wystawy, cenę dzieła oraz wszelkie istotne dodatkowe informacje takie jak to, czy obraz był przekazany w ramie. Aby uniknąć wątpliwości przy identyfikacji dzieł, należy zadbać, by do protokołu załączono ich zdjęcia.

Podsumowanie

Współpraca z renomowaną galerią może być świetnym sposobem na rozpoczęcie kariery w świecie sztuki lub kapitalizację dorobku przez już uznanego artystę. Nawiązanie takiej współpracy powinno jednak nastąpić po dokładnym zważeniu wszystkich ryzyk. Dobrze skonstruowana umowa, poruszająca istotne kwestie zarówno w codziennych relacjach artysty z marszandem, jak i przewidująca niespodziewane okoliczności, może oszczędzić wielu kłopotów i rozczarowań.

Włodzimierz Szoszuć, adwokat, współnik odpowiedzialny za praktykę własności intelektualnej

Monika Dynowska, praktyka własności intelektualnej

rynek sztuki

umowa
z marszandem

K

Kiedy dziennikarz narusza dobre imię spółki?

Szeroko rozumiana prasa korzysta z konstytucyjnej wolności wypowiedzi i realizuje prawo obywateli do rzetelnego informowania, kontroli i krytyki społecznej. Gdzie leży granica, której media nie mogą przekraczać, aby nie wchodzić w kolizję z cudzymi dobrami osobistymi? Czy dziennikarz może zawierzyć wiadomościom pochodzącym od osób trzecich i czy ciąży na nim obowiązek podawania informacji wyłącznie prawdziwych?



Dominika Kwiatkiewicz-Trzaskowska

Program telewizyjny wyemitował reportaż, w którym poinformowano, że pewna spółka przyjęła w swoim zakładzie produkcyjnym niebezpieczne dla zdrowia i życia odpady w celu ich wykorzystania w produkcji materiałów budowlanych. Podstawą doniesień dziennikarskich były rezultaty dochodzenia biura detektywistycznego wykonanego na zlecenie innego przedsiębiorcy.

Reportaż został zilustrowany fragmentami nagrań wykonanych ukrytą kamerą przez detektywa. Śledził on podejrzany ładunek po drodze ze spalarni odpadów, z której rzekomo miał pochodzić, do zakładu produkcyjnego, w którym został rozładowany. Zniekształcone (w celu anonimizacji) głosy przedstawicieli spółki i budząca grozę muzyka dopełniły pełnego podejrzenia i nieдомówień obrazu firmy uwikłanej w proceder nielegalnego gospodarowania niebezpiecznymi odpadami i – o zgrozo – wykorzystującej je w produkowanych towarach.

W kolejnych miesiącach spółka, której dotyczył reportaż, i inne podmioty, które miały związek z tą sprawą, zostały poddane stosownym kontrolom. W postępowaniach – administracyjnym i karnym – zrekonstruowano przebieg opisywanych zdarzeń. Potwierdzono jednoznacznie, że nie doszło do przyjęcia żadnych odpadów, a rzetelność „dochodzenia” detektywistycznego pozostawiała wiele do życzenia. Jak mają się te ustalenia do odpowiedzialności dziennikarza?

Obowiązki dziennikarza

Prawo prasowe nakłada na dziennikarza obowiązki, które bezpośrednio wpływają na zakres jego odpowiedzialności względem osób trzecich. Prasa jest zobowiązana do prawdziwego przedstawiania omawianych zjawisk, natomiast dziennikarz ma obowiązek m.in.:

- zachować szczególną staranność i rzetelność przy zbieraniu i wykorzystaniu materiałów prasowych, zwłaszcza sprawdzić zgodność z prawdą uzyskanych wiadomości lub podać ich źródło,
- działać zgodnie z etyką zawodową i zasadami współżycia społecznego, w granicach określonych przepisami prawa.

Wymóg „szczególnej” staranności dziennikarskiej idzie dużo dalej niż zwykła staranność wymagana w obrocie cywilnym. Staranność i rzetelność są w tym wypadku definiowane jako uczciwość, solidność, obowiązkowość, konkretność i odpowiedzialność za słowo. Co ważne, stopień tej wyjątkowej staranności musi być dostosowany do charakteru źródła informacji, zwłaszcza gdy dotyczy wiadomości sensacyjnej. Jeśli źródło jest mało wiarygodne, nie jest w danej dziedzinie autorytetem, realizuje własny interes (np. gospodarczy) lub jest zaangażowane emocjonalnie w sprawę, dziennikarska czujność i staranność powinny być większe.

Oprócz weryfikacji źródła informacji istotne znaczenie mają także:

- sięgnięcie do wszystkich dostępnych źródeł w celu sprawdzenia zgodności z prawdą uzyskanych wiadomości,
- upewnienie się co do ich zgodności z innymi znanymi faktami,
- umożliwienie ustosunkowania się do nich osobie zainteresowanej.

Na etapie wykorzystania materiałów ważne jest wszechstronne (a nie wybiórcze) przedstawienie informacji i okoliczności sprawy, a także rozważenie powagi zarzutu, znaczenia informacji z punktu widzenia usprawiedliwionego zainteresowania społeczeństwa oraz potrzeby (pilności) publikacji. Dziennikarz nie powinien z góry przesądzać o charakterze opisywanego zjawiska i tworzyć tzw. materiału z tezą, nawet gdy początkowo wydaje się ona wiarygodna i prawdziwa.

Przy ocenie rzetelności wykorzystania informacji może też mieć znaczenie forma publikacji.

Czy dziennikarz musi mówić prawdę

Czasem dziennikarz działa starannie i rzetelnie, a mimo to opublikowana informacja okazuje się nieprawdziwa. Czy to oznacza, że dopuścił się on bezprawnego naruszenia dóbr osobistych bohaterów swojej publikacji? Wątpliwości te rozstrzygnął Sąd Najwyższy, który w uchwale z 2005 r. (III CZP 53/04) stwierdził, że „wykazanie przez dziennikarza, że przy zbieraniu i wykorzystaniu materiałów prasowych działał w obronie społecznie uzasadnionego interesu oraz wypełnił obowiązek zachowania szczególnej staranności i rzetelności, uchyla bezprawność działania dziennikarza”. Dochowanie przez dziennikarza ww. obowiązków wyłącza zatem bezprawność nawet wówczas, gdy zarzut przez niego postawiony okaże się nieprawdziwy. Jest to ze wszech miar słuszne stanowisko – dziennikarz nie ma przecież instrumentów i uprawnień dostępnych prokuraturze, sądom czy organom administracyjnym. Nie należy więc oczekiwać, że ustali ponad wszelką wątpliwość, czy postawiony w materiale zarzut jest prawdziwy.

Nie zwalnia to jednak dziennikarza z obowiązku dążenia do przekazywania informacji prawdziwych, realizowanego z zachowaniem najwyższej staranności i rzetelności. Ma to szczególne znaczenie w przypadku tzw. dziennikarstwa interwencyjnego – sygnalizującego niepożądane działania ważne ze społecznego punktu widzenia. Wiąże się to bowiem z drugą okolicznością, jaka powinna zaistnieć, aby działanie dziennikarza nie było uznane za bezprawne naruszające cudze dobra osobiste – działaniem w obronie interesu społecznego.

W obronie interesu społecznego

W omawianej sprawie działaniem w interesie społecznym byłoby dążenie dziennikarza do urzeczywistnienia zasad jawności życia publicznego, prawa społeczeństwa do infor-

naruszenie
dóbr osobistych

dobrze imię
osoby prawnej

szczególna
staranność
i rzetelność
dziennikarza

działanie
w obronie
interesu
społecznego

macji, a także ujawnienia i nagłośnienia niepożądanego zjawiska zagrażającego życiu lub zdrowiu ludzi. Jednak proste powołanie się dziennikarza na działanie w interesie społecznym tylko dlatego, że omawiany temat może być ważny dla społeczeństwa, jest dalece niewystarczające.

Krytyka podjęta w interesie społecznym jest działaniem pożytecznym, o ile przedstawia fakty, które rzeczywiście się zdarzyły. Gdy jednak krytykujący mija się z prawdą lub przedstawia fakty bez istotnych okoliczności lub ich wszechstronnego sprawdzenia, to takiej krytyki nie sposób uznać za rzetelną, rzeczową i pożyteczną. W orzeczeniach sądów dotyczących dziennikarstwa interwencyjnego pojawia się wręcz myśl, że lepiej zrezygnować z publikacji niezweryfikowanego materiału niż podać nieprawdę. Działanie w interesie publicznym to przede wszystkim pisanie prawdy o faktach – kłamstwo jest bowiem bardziej szkodliwe niż pominięcie jakiegoś tematu.

Gdzie popełniono błędy

Co więc było uchybieniem dziennikarza w omawianej sprawie? Przede wszystkim nadmierne zaufanie do źródła, z którego pochodziły sensacyjne doniesienia. Detektyw realizujący zlecenie pochodzące od innego przedsiębiorcy (być może konkurenta któregoś z podmiotów przedstawionych w reportażu), jak się okazało, sam działał nierzetelnie i niestarannie, błędnie ustalając podstawowe dla sprawy fakty. Stanowił więc źródło informacji wymagające krytycznego podejścia, którego dziennikarzowi zabrakło. Reporter przyjął jednak ustalenia detektywa za dobrą monetę, sprawdzając je tylko prowizorycznie i pobieżnie. Nie zweryfikował też we wszystkich możliwych źródłach wiadomości o rzekomych odpadach. Tymczasem ważkość opisywanego zjawiska i negatywne konsekwencje, jakie mogłyby wystąpić, gdyby zarzuty okazały się prawdziwe – zarówno dla społeczeństwa, jak i dla podmiotów, których dotyczyły – uzasadniały pogłębioną analizę okoliczności sprawy, nawet kosztem dłuższego czasu potrzebnego do przedstawienia materiału. Pośpiech w przygotowaniu i emisji reportażu z pewnością nie świadczyły o rzetelnym i starannym działaniu dziennikarza. Podkreślając sensacyjność tematu forma materiału w połączeniu z powyższymi niedostatkami jedynie dopełniła obrazu tego, jak nie powinna wyglądać realizacja reporterskiego zadania.

Dobre imię osoby prawnej

Uzasadnione jest zatem twierdzenie, że w omawianej sprawie dziennikarz bezprawnie naruszył dobre imię spółki, której materiał dotyczył. Dobre imię – zamiennie nazywane renomą, *goodwill* czy dobrą sławą – jest zresztą jednym z tych dóbr, które w praktyce dziennikarskiej naruszane bywa najczęściej.

Dobre imię spółki naruszają takie informacje, które – obiektywnie oceniając – przypisują jej niewłaściwe postępowanie, mogące spowodować utratę do niej zaufania potrzebnego do prawidłowego funkcjonowania i wykonywania jej działań. Z dużą dozą prawdopodobieństwa można przyjąć, że informacja o przyjmowaniu i wykorzystywaniu odpadów niebezpiecznych negatywnie wpływa na dobre imię spółki, tj. postrzeganie jej przez osoby trzecie. Nie jest przy tym niezbędne wykazanie, że działania te rzeczywiście wyrządziły szkodę jej renomie. Wystarczające jest wskazanie potencjału takiej szkodliwości.

Konkluzja

Dziennikarstwo, zwłaszcza interwencyjne, gdy temat jest ważny i nośny, wymaga szybkiego działania nastawionego na wywołanie intensywnej reakcji społecznej. Niezbędne jest jednak także poszanowanie praw i dóbr, w tym osobistych, opisywanych podmiotów. Dziennikarz musi umieć zachować równowagę między tymi dwoma aspektami. Przekazywane wiadomości powinny być prawdziwe – ale niesprostanie temu zadaniu nie będzie okolicznością obciążającą dziennikarza, o ile tylko wykaze, że działał z najwyższą starannością i rzetelnością, a zadanie wykonywał w obronie interesu społecznego. Oznacza to dogłębne zweryfikowanie wszelkich aspektów sprawy we wszystkich możliwych źródłach. Nie wystarczy powołać się na cudze ustalenia, w szczególności gdy pochodzą z niesprawdzonego źródła. Z kolei działanie w interesie publicznym to nie tylko zajęcie się ważnym społecznie tematem, ale przede wszystkim pisanie o rzetelnie sprawdzonych faktach. Uchybienie tym obowiązkom może oznaczać bezprawne naruszenie cudzego dobrego imienia i związaną z tym odpowiedzialność cywilną.

Dominika Kwiatkiewicz-Trzaskowska, radca prawny, praktyka własności intelektualnej

naruszenie
dóbr osobistych

dobre imię
osoby prawnej

szczególna
staranność
i rzetelność
dziennikarzy

działanie
w obronie
interesu
społecznego

Pozorny outsourcing pracowniczy

Podmioty optymalizujące swoją działalność często rezygnują z zatrudniania części pracowników na rzecz outsourcingu usług. Czasem jednak w tym celu przenoszą swoich pracowników na podstawie art. 23¹ k.p. do outsourcera, najczęściej nie przenosząc przy tym żadnych składników majątkowych. Głównym gospodarczym motywem takiego działania są oszczędności na składkach na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne. Jednak w ocenie sądów rozstrzygających sprawy w podobnych okolicznościach faktycznych, często na wniosek organów skarbowych bądź Zakładu Ubezpieczeń Społecznych, jest to pozorne przejście zakładu pracy i w konsekwencji art. 23¹ k.p. nie ma zastosowania. Co to oznacza dla pierwotnego pracodawcy?



dr Szymon Kubiak



Kamil Jabłoński

Z perspektywy kształtującego się orzecznictwa modelowym przykładem pozornego przejścia zakładu pracy jest sytuacja, gdy pracodawca zawiera umowę o przeniesienie swoich pracowników w trybie art. 23¹ k.p. do firmy outsourcingowej, która staje się nowym pracodawcą na takich samych warunkach pracy i płacy jak u poprzedniego pracodawcy. Istotne jest również to, że przedmiotem umowy nie jest przeniesienie jakichkolwiek składników materialnych lub niematerialnych przedsiębiorstwa. Na podstawie takiej umowy firma outsourcingowa zobowiązuje się świadczyć na rzecz poprzedniego pracodawcy takie usługi, jakie dotychczas świadczyli przeniesieni pracownicy. Umowa przeważnie stanowi również, że czynności będą wykonywane przez konkretnych pracowników, którzy w praktyce są byłymi pracownikami poprzedniego pracodawcy.

W praktyce prawie nic się więc nie zmienia. Tacy „wykonawcy”, świadcząc usługi, mają obowiązek stosować się do wewnętrznych regulaminów i przepisów porządkowych, w tym w zakresie organizacji pracy, BHP, ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa, ochrony danych osobowych czy systemów IT. Zdarza się też, że poprzedni pracodawca nieodpłatnie udostępnia również mienie, za pomocą którego usługi mają być świadczone. Często rolę takich podmiotów outsourcingowych pełnią agencje pracy tymczasowej, posiadające uprawnienia do prowadzenia działalności regulowanej.

Sąd rozstrzygający taką sprawę musi ocenić, czy to, co podlega przeniesieniu, w ogóle stanowi zakład pracy lub jego część w rozumieniu art. 23¹ k.p. Biorąc pod uwagę okoliczności faktyczne, podstawowe pytanie brzmi, czy taki zakład pracy mogą tworzyć sami pracownicy, jeśli wraz z ich przejściem nie przechodzi nic innego, w szczególności składniki majątkowe.

Dyrektywa 2001/23/WE, która stanowi źródło implementacji do Kodeksu pracy przepisów o przejściu zakładu pracy, posługuje się szerszym niż zakład pracy terminem „jednostka gospodarcza”. Zgodnie z dyrektywą przejście następuje wtedy, kiedy przejmowana jest jednostka gospodarcza, która zachowuje swoją tożsamość, oznaczającą zorganizowane połączenie zasobów, którego celem jest prowadzenie działalności gospodarczej, bez względu na to, czy jest to działalność podstawowa czy pomocnicza. Biorąc pod uwagę unijne pochodzenie przepisów krajowych dotyczących przejścia zakładu pracy, przy ich wykładni zasadne jest odwołanie się do orzecznictwa unijnego w tym zakresie.

Orzecznictwo unijne

Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE) wielokrotnie zajmował się kwestią, czy przekazanie zadań (funkcji) przedsiębiorstwa innemu przedsiębiorstwu stanowi przejście zakładu pracy. Pierwotnie przyjmowano, że sama działalność stanowiąca samodzielną funkcję (zadanie) może być zrównana z zakładem lub częścią, zatem przeniesienie samych zadań może być uznane za przejście zakładu pracy. Ten pogląd został jednak dość radykalnie zrewido-

wany w późniejszym czasie i ostatecznie przyjęto, że pojęcie jednostki podlegającej przejściu odnosi się do zorganizowanej grupy osób i środków ułatwiających wykonywanie działalności gospodarczej, zmierzającej do osiągnięcia określonego celu.

Przy ocenie jednostki gospodarczej należy wziąć również pod uwagę, jaki charakter ma działalność tej jednostki: czy jest to działalność oparta na składnikach materialnych, czy też głównym „aktywem” są jednak ludzie. W tym pierwszym przypadku decydujące jest przejęcie zasobów materialnych, zaś w drugiej sytuacji przyjęto, że zespół pracowników, który prowadzi trwale wspólną działalność, może stworzyć jednostkę gospodarczą. Krystalizacja tych poglądów nastąpiła w słynnym już orzeczeniu *Spijkers*. Zawiera ono katalog okoliczności, które należy wziąć pod uwagę przy ocenie, czy w danym stanie faktycznym rzeczywiście doszło do przejścia części zakładu pracy.

Orzecznictwo krajowe

Polskie sądy równie często mierzą się z problemem pozornego przejścia zakładu pracy – szczególnie ostatnio. Dotychczasowe orzecznictwo Sądu Najwyższego aprobuje aktualne podejście prezentowane przez TSUE.

Sąd Najwyższy (SN) w wyroku z 27 stycznia 2016 r. (I PK 21/15) oceniał stan faktyczny, w którym dwie spółki ustnie umówiły się, że dojdzie między nimi do przejścia pracowników. Spółka przejmująca miała świadczyć na rzecz drugiej spółki przede wszystkim zadania kadrowo-płacowe. Natychmiast po przejściu pracowników oddelegowała te osoby do obsługi spółki, z której przejęła pracowników. Innymi słowy, ci sami pracownicy w tym samym miejscu wykonywali tę samą pracę dla tego samego podmiotu, a zmienił się jedynie formalny pracodawca, który wypłacał wynagrodzenia. Zabieg ten miał na celu jedynie oszczędności wynikające ze zmniejszenia składek na ubezpieczenie społeczne.

SN w uzasadnieniu omawianego orzeczenia podjął także trudną próbę zdefiniowania outsourcingu. Określił go jako przedsięwzięcie polegające na wydzieleniu ze struktury organizacyjnej przedsiębiorstwa macierzystego realizowanych przez nie funkcji i przekazanie ich do realizacji innym podmiotom gospodarczym. Podstawową różnicą między outsourcingiem pracowniczym a zatrudnieniem pracowników własnych lub świadczeniem pracy przez pracowników tymczasowych jest brak bezpośredniego i stałego podporządkowania wykonawców w stosunku do podmiotu, u którego takie usługi lub praca są wykonywane.

Ostatecznie SN uznał, że w tej sprawie nie doszło do przejścia zakładu pracy lub jego części.

Podobnie SN wypowiedział się w wyroku z 8 lutego 2017 r. (I PK 72/16). W tej sprawie musiał ocenić, czy przejęcie jedynie samych pracowników, bez przejścia zadań i mająt-

transfer
pracodawcy
lub jego części

połączenie
zasobów

zachowanie
tożsamości

ludzie
jako aktywa

outsourcing

Spijkers

ku, w danym stanie faktycznym stanowiło przejście zakładu pracy, czy też było właśnie tylko outsourcingiem pozornym. Sprawa dotyczyła sytuacji, w której szwalnia (osoba fizyczna prowadząca działalność gospodarczą), w trybie art. 23¹ k.p., przekazała wszystkich swoich pracowników spółce z o.o. Spółka ta natomiast zobowiązała się do świadczenia obsługi szwalni poprzez oddelegowanych pracowników (tych samych, którzy zostali „przekazani”). Co więcej, pracownicy ci mieli pracować na sprzęcie stanowiącym własność szwalni.

SN w tej sprawie także uznał, że nie doszło do przekazania zakładu pracy, a jedynie do pozornego outsourcingu pracowniczego. W uzasadnieniu orzeczenia SN wprost wskazał, że kluczowe jest przekazanie zakładu pracy rozumianego także jako zorganizowana część obejmująca również składniki majątkowe, nigdy zaś samych pracowników. Zwrócił przy tym uwagę na charakter działalności szwalni, która nie może funkcjonować bez specjalistycznego sprzętu – nie jest więc biznesem, którego głównym „aktywem” są ludzie.

Skutki pozorności przejścia zakładu pracy

Uznanie przez sąd, że przejście zakładu pracy było pozorne, a zatem w ogóle do niego nie doszło, wiąże się z określonymi, niejednokrotnie bardzo dotkliwymi konsekwencjami. Przede wszystkim umowa między podmiotami, która

stanowiła podstawę transferu części zakładu pracy, jest nieważna. Nie dochodzi zatem do rzeczywistej zmiany pracodawcy. W takiej sytuacji Zakład Ubezpieczeń Społecznych wyda decyzję ustalającą, że dotychczasowy pracodawca jest płatnikiem składek, i obciąży go nieopłaconymi składkami. Oznacza to, że nie zostanie zrealizowany najczęstszy cel przekazywania pracowników „na zewnątrz” – czyli oszczędności na składkach.

Podsumowanie

Rynek usług outsourcingowych dynamicznie rośnie i ta tendencja prawdopodobnie będzie się utrzymywać. Rozsądne korzystanie z tego typu rozwiązań może przynieść pracodawcom wymierne oszczędności. Należy jednak ostrożnie podchodzić do planowania zmian opartych na art. 23¹ k.p., żeby nie wpaść w pułapkę pozorności przejścia zakładu pracy – zwłaszcza jeśli stroną przejmującą jest agencja pracy tymczasowej. Na pewno pomocne w tym zakresie będzie orzecznictwo sądów krajowych i europejskich oraz analiza ryzyka, która powinna wykazać, czy koszty w przypadku niekorzystnego orzeczenia sądu nie przerosną (pozornych) korzyści.

dr Szymon Kubiak, radca prawny, LL.M. (Harvard), współautor w praktyce prawa pracy

Kamil Jabłoński, radca prawny, praktyka prawa pracy



Praktyczne problemy z międzynarodowym przemieszczaniem odpadów

Przedsiębiorcy coraz częściej przewożą odpady zza granicy do Polski. Dokonanie międzynarodowego przemieszczenia odpadów nie jest jednak proste – zainteresowani takim przedsięwzięciem muszą dopełnić szeregu formalności oraz uzyskać zgody właściwych organów państw, przez które transportowane mają być odpady. Nielegalne przemieszczenie odpadów skutkuje dotkliwymi sankcjami finansowymi oraz surową odpowiedzialnością karną. Celem wprowadzenia takich obostrzeń jest ochrona środowiska.



dr Dominik Wałkowski



Martyna Robakowska

Zgodnie z zasadą bliskości, będącą jedną z naczelných zasad unijnego i polskiego prawa ochrony środowiska, odpady w pierwszej kolejności powinny być przetwarzane w miejscu ich powstania. Przemieszczanie odpadów na duże odległości jest zjawiskiem niepożądanym: wiąże się z powstaniem emisji z transportu, uciążliwościami związanymi z magazynowaniem, a także z ryzykiem dla zdrowia ludzi i stanu środowiska, w szczególności w przypadku odpadów niebezpiecznych. Prawo nakłada zatem na przedsiębiorców obowiązki w celu zagwarantowania, że transgraniczne przemieszczanie odpadów ma miejsce tylko po spełnieniu rygorystycznych wymogów w celu zapewnienia właściwej ochrony środowiska w całym procesie – tj. od wysyłki odpadów, poprzez ich tranzyt, aż po przetworzenie na terenie docelowego państwa. Przepisy mają również zapobiegać niekontrolowanemu pozbywaniu się odpadów z terenu kraju w celu ich nielegalnego porzucenia w innym państwie.

W praktyce przedsiębiorcy często nie dokładają należytej staranności przy opracowywaniu dokumentów związanych z transgranicznym przemieszczaniem, traktując związane z tym wymogi jako standardowe formalności poprzedzające przewóz towarów. O tym, jak wiele popełniają przy tym błędów, świadczy chociażby znacząca liczba sprzeciwów Głównego Inspektora Ochrony Środowiska wobec planowanych przemieszczeń odpadów. A ponieważ w takich sytuacjach prowadzi się postępowania przed organami administracji wielu państw, cała procedura jest złożona i czasochłonna.

Co na to prawo

Zagadnienia związane z transgranicznym przemieszczaniem odpadów zostały uregulowane przede wszystkim w Konwencji bazylejskiej o kontroli transgranicznego przemieszczania i usuwania odpadów niebezpiecznych, rozporządzeniu nr 1013/2006 Parlamentu Europejskiego i Rady z 14 czerwca 2006 r. w sprawie przemieszczania odpadów, a także w ustawie z 29 czerwca 2007 r. o międzynarodowym przemieszczaniu odpadów.

Przebieg procedur administracyjnych uzależniony jest od rodzaju przemieszczanych odpadów oraz procesów, którym mają zostać poddane. Najczęściej stosowana jest tzw. procedura uprzedniego pisemnego zgłoszenia i zgody. Aby dokonać przemieszczenia w tej procedurze, przedsiębiorca zamierzający zrealizować wysyłkę odpadów musi przedłożyć właściwemu organowi państwa wysyłki zgłoszenie transgranicznego przemieszczenia odpadów. Należy w nim wskazać dane dotyczące rodzaju, masy i liczby odpadów, informacje dotyczące celu ich przemieszczenia (odzysk albo unieszkodliwienie), tras, przewoźników oraz sposobu wykorzystania odpadów przez odbiorcę odpadów. Załącznikami do zgłoszenia są m.in. kopie pozwoleń związanych z gospodarką odpadami uzyskanymi przez zgłaszającego oraz odbiorcę odpadów, a także informacje dotyczące zabezpieczenia transportu odpadów oraz ustanowionej gwarancji finansowej.

Organy państw wysyłki, tranzytu oraz przeznaczenia dokonują weryfikacji dokumentacji. Po jej zakończeniu mogą wydać trzy rodzaje rozstrzygnięć: zgodę, warunkową zgodę lub sprzeciw. Dokonanie przemieszczenia jest możliwe dopiero wówczas, gdy we wszystkich państwach na trasie przemieszczenia zostaną wydane zgody na przemieszczenie odpadów.

Klasyfikacja odpadów może być kwestionowana

Spółka zamierzała przewieźć do Polski kilkadziesiąt ton odpadów o kodzie 19 12 12 (Inne odpady, w tym zmieszane substancje i przedmioty, z mechanicznej obróbki odpadów inne niż wymienione w 19 12 11). Spółka błędnie wypełniła formularz zgłoszeniowy, omyłkowo wskazując, że odpady planowane do przemieszczenia pochodzą z gospodarstw domowych. Sama zaś dokumentacja załączona do zgłoszenia nie wykluczała takiego charakteru odpadów. Spółka uzyskała zgodę właściwego organu państwa wysyłki, a akta sprawy zostały przekazane do Polski, do Głównego Inspektora Ochrony Środowiska.

Po analizie dokumentacji sprawy organ administracji uznał, że spółka dokonała błędnej klasyfikacji odpadów. Zdaniem GIOŚ odpady, które spółka zamierzała przemieścić, stanowiły zmieszane odpady komunalne, którym przypisano kod 20 03 01. W przypadku takich odpadów zgodnie z rozporządzeniem nr 1013/2006 istnieje możliwość wyrażenia sprzeciwu wobec planowanego przemieszczania. GIOŚ skorzystał z tej możliwości, wydając negatywną dla spółki decyzję.

Z takim rozstrzygnięciem spółka się nie zgodziła. Zaskarżając decyzję GIOŚ, spółka wyjaśniła, że oznaczenie wskazujące na pochodzenie odpadów z gospodarstw domowych znalazło się w zgłoszeniu omyłkowo. Przedłożyła również zaktualizowaną informację, zgodnie z którą odpady objęte zgłoszeniem miały być zbierane z zakładów przemysłowych. Mimo to GIOŚ nie zmienił swojego rozstrzygnięcia, a sąd administracyjny, badając prawidłowość postępowania organu, nie zakwestionował dokonanej przez GIOŚ oceny.

Sprawa ta pokazuje, jak kluczowe jest zamieszczenie poprawnych i spójnych danych w dokumentacji zgłoszeniowej. Co równie istotne, późniejsze korygowanie ewentualnych błędów jest z reguły niemożliwe. Gdyby nastąpiło to dopiero w trakcie postępowania przed organem państwa przeznaczenia, prowadziłyby to do sytuacji, w której w państwie przeznaczenia rozpatrywane jest w istocie inne – zmienione zgłoszenie, co do którego organ państwa wysyłki nie mógł się wypowiedzieć. Priorytet ochrony środowiska oraz szerokie kompetencje organów administracji w zakresie oceny przedstawionej dokumentacji sprawiają, że jakiegokolwiek wątpliwości co do charakteru planowanych do przemieszczenia odpadów, ich składu lub charakterystyki mogą skutkować niekorzystną dla zgłaszającego klasyfikacją przedmiotu przemieszczenia i w rezultacie sprzeciwem.

ochrona
środowiska

przemieszczanie
odpadów

nielegalny
transport
odpadów

sprzeciw GIOŚ

Zgodność przewożonych odpadów ze zgłoszeniem

W innej sprawie spółka uzyskała wszystkie wymagane zgody na przywiezienie do Polski odpadów o kodzie 19 12 10 (Odpady palne – paliwo alternatywne). W decyzji GIOŚ w sprawie wyrażenia zgody wskazane zostały warunki, jakie spełniać muszą przemieszczane odpady. Określono w niej m.in. procentowy skład poszczególnych frakcji odpadu (metali, tworzyw sztucznych itd.).

Transport odpadów odbywał się drogą lądową. Funkcjonariusze Krajowej Administracji Skarbowej zatrzymali do rutynowej kontroli trzy ciężarówki przewożące odpady objęte zgłoszeniem. W trakcie czynności inspektorzy pobrali próbki odpadów w celu poddania ich szczególnym badaniom.

Wyniki badań wykazały, że skład pobranych próbek różni się od granicznych wartości wskazanych w decyzji GIOŚ. Nadto w protokole kontroli stwierdzono, że w ciężarówce zauważono dwa opakowania po napojach, co może świadczyć o tym, że odpady powinny zostać zaklasyfikowane jako zmieszane odpady komunalne, wobec czego nie mogą stanowić odpadu o kodzie 19 12 10 objętego zgłoszeniem.

W konsekwencji organy wydały decyzję zobowiązującą zgłaszającego do odbioru odpadów z Polski na swój koszt. Wszczęte zostało również postępowanie karne.

Przypadek ten dowodzi, że przemieszczając odpady przedsiębiorca musi zadbać o to, by skład odpadów znajdujących się w poszczególnych częściach ładunku odpowiadał wymaganiom określonym w uzyskanych zgodach na przemieszczenie. Rozporządzenie nie określa bowiem precyzyjnie, czy zawarte w decyzji wymagania w zakresie składu odpadów dotyczą całości odpadów objętych zgłoszeniem (zwykle kilkudziesięciu tysięcy ton), czy też poszczególnych transportów.

Warto także mieć na uwadze, że jedną z przesłanek, na podstawie których można wyrazić sprzeciw wobec planowanego międzynarodowego przemieszczenia odpadów, jest fakt pociągnięcia zgłaszającego lub odbiorcy do odpowiedzialności z tytułu nielegalnego przemieszczenia odpadów lub też z powodu innego naruszenia przepisów dotyczących ochrony środowiska. Jeżeli zatem zostanie ustalone, że zgłaszający

dopusił się w przeszłości naruszenia przepisów ochrony środowiska, to sam ten fakt może stanowić podstawę wyrażenia sprzeciwu. Przedsiębiorcom stale zajmującym się przemieszczaniem odpadów może to w praktyce zamknąć drogę do uzyskania jakiegokolwiek zgody w przyszłości.

Przemieszczanie będzie coraz trudniejsze

W 2018 r. polskie regulacje w zakresie gospodarowania odpadami zostały znacznie zaostrzone. Wprowadzone zmiany ustanawiają szereg dodatkowych obowiązków dla przedsiębiorców gospodarujących odpadami. Podwyższone zostały również kwoty sankcji finansowych za nieprawidłowe gospodarowanie odpadami (nawet do 1 miliona złotych). Przywożenie odpadów z zagranicy lub ich wywożenie wbrew przepisom jest też przestępstwem zagrożonym karą pozbawienia wolności do lat pięciu. Drugi z opisanych wyżej przykładów pokazuje, jak pozornie niewielkie naruszenie przepisów może wiązać się z surową odpowiedzialnością karną osób zaangażowanych w procedury przemieszczania odpadów.

Impulsem do zmian ustawodawczych były liczne, nagłaśniane medialnie przypadki nieprawidłowego gospodarowania odpadami, w szczególności pożary składowisk odpadów, na których składowane mogły być odpady nielegalnie sprowadzone z innych państw. Zauważalnie wzrosła również liczba prowadzonych kontroli. Inspektorzy, wyposażeni w nowe kompetencje oraz środki (m.in. możliwość wykorzystywania dronów), identyfikują coraz więcej nieprawidłowości, a w praktyce każda wątpliwość co do prawidłowości przedstawionej dokumentacji lub realizowanego transportu może skutkować negatywną decyzją organów administracji i uniemożliwieniem przemieszczenia.

Okoliczności te, jak również coraz większa liczba przedsiębiorców, którzy chcą przewozić odpady do Polski (zwłaszcza w konsekwencji wprowadzonego przez Chiny zakazu importu odpadów plastikowych), sprawia, że uzyskanie pozytywnej decyzji GIOŚ będzie w praktyce coraz trudniejsze.

dr Dominik Wałkowski, adwokat, partner odpowiedzialny za praktykę prawa ochrony środowiska

Martyna Robakowska, praktyka prawa ochrony środowiska

ochrona
środowiska

przemieszczanie
odpadów

nielegalny
transport
odpadów

sprzeciw GIOŚ

Polska nie spełni celu OZE. I co teraz?

Mamy początek 2019 r. Zgodnie z danymi Eurostatu na koniec 2016 r. udział energii odnawialnej w produkcji energii elektrycznej w Polsce wyniósł 11,3%. Urząd Regulacji Energetyki na koniec czerwca 2018 r. odnotowuje wzrost mocy odnawialnych źródeł energii w stosunku do początku 2017 r. na poziomie raptem 170 MW (wzrost o zaledwie 2% przez półtora roku). Brak realizacji celu OZE na rok 2020 stał się nieunikniony. Tylko co nam za to grozi? Dla jednego z naszych klientów przeprowadziliśmy wstępną analizę ryzyka nałożenia na Polskę kar finansowych przez Trybunał Sprawiedliwości UE.



Marek Dolatowski



Agnieszka Kraińska

Przypomnijmy, że dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/28/WE z 23 kwietnia 2009 r. w sprawie promowania stosowania energii ze źródeł odnawialnych określa cel dla całej Unii Europejskiej na poziomie 20% energii ze źródeł odnawialnych w końcowym zużyciu energii brutto w roku 2020, w tym dla Polski na poziomie 15%. Już w raporcie z 2015 r. Komisja Europejska ostrzegała Polskę, że realizacja celu OZE możliwa jest tylko przy optymistycznych założeniach. Sprawdziły się jednak najbardziej pesymistyczne wizje i wzrost udziału OZE w polskim miksie energetycznym gwałtownie zahamował po lipcu 2016 r. Z tą datą wprowadzono w Polsce nowy system wsparcia oparty na aukcjach. Szybko jednak okazało się, że system aukcyjny wymaga zmian wymuszonych przez Komisję Europejską, a ogłaszanie aukcji musi zostać wstrzymane.

Dopiero w 2018 r. uchwalono konieczne zmiany do ustawy o odnawialnych źródłach energii, co umożliwiło ogłoszenie aukcji na wsparcie budowy nowych OZE. Popsutego zmianami w prawie, w szczególności tzw. ustawą antywiatrową klimatu inwestycyjnego nie da się tak łatwo naprawić, co pokazują wyniki pierwszych ogłoszonych aukcji. Nie tylko inwestorzy, ale także banki dają jasne sygnały, że oczekują gwarancji stabilności regulacji, zanim zdecydują się na kolejne inwestycje w sektorze OZE. Biorąc pod uwagę stagnację na rynku OZE, nie zdążymy w ciągu pozostałych dwóch lat wybudować wystarczającej mocy nowych OZE, aby osiągnąć produkcję energii z OZE na poziomie wymaganych 15%.

Tymczasem nowy cel na 2030 r. w zakresie udziału energii z OZE w produkcji został podniesiony do poziomu 32% dla całej Unii. Brak realizacji przez Polskę celu na 2020 r. stawia nas w jeszcze trudniejszej sytuacji, jeśli chodzi o realizację celu na rok 2030. Ten będzie bowiem przyjmował cel z 2020 r. jako referencyjny i minimalny. Co prawda to państwa członkowskie mają w swoich kompetencjach określenie celu OZE na 2030 r., jednak Komisja Europejska ma możliwość ingerencji, jeśli cele narodowe nie będą wystarczały do osiągnięcia celu 32% na poziomie całej Unii. Co więcej, tzw. zintegrowane plany w dziedzinie energii i klimatu państw członkowskich mają wskazywać trajektorię osiągnięcia celu na 2030 r., który do 2022 r. powinien być wypełniony co najmniej w 18%, do 2025 r. co najmniej w 43%, a do 2027 r. co najmniej w 65%.

Konsekwencje braku realizacji celu na rok 2020 i 2030 mogą być jednak różne.

Brak realizacji celu OZE na 2020 r.

Obecnie obowiązująca dyrektywa 2009/28 nie wskazuje mechanizmów rozliczenia celów OZE. Nie oznacza to jednak, że Polski nie czekają wielomilionowe wydatki – czy to na tzw. transfery statystyczne, czyli zakup osiągniętej nadwyżki produkcji energii z OZE ponad cel innego kraju, żeby pokryć polski deficyt, czy to kary za brak osiągnięcia celu OZE na 2020 r. Jeśli chodzi o koszt transferów, NIK szacuje jego wysokość nawet na 8 miliardów złotych.

Jeśli chodzi o kary, procedurę dyscyplinowania państw członkowskich, które nie wdrażają prawa unijnego lub wdrażają je nieprawidłowo, reguluje art. 258 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE).

Procedura ta dzieli się na etap administracyjny i etap sądowy. Etap administracyjny Komisja Europejska wszczyna, kierując do państwa list zawierający zarzuty, wraz z dwumiesięcznym terminem na odpowiedź. Jeżeli odpowiedzi na zarzuty nie usatysfakcjonują Komisji, sporządza ona uzasadnioną opinię, również z dwumiesięcznym terminem na odpowiedź. Ten pierwszy etap postępowania trwa zwykle kilkanaście miesięcy.

Jeżeli odpowiedź na uzasadnioną opinię w dalszym ciągu nie jest satysfakcjonująca dla Komisji, kieruje ona skargę przeciwko państwu członkowskiemu do Trybunału Sprawiedliwości UE. Na podstawie art. 260 ust. 3 TFUE Komisja może wnioskować o nałożenie przez Trybunał kar finansowych na państwo członkowskie już na tym etapie postępowania, ale tylko wtedy, gdy państwo to nie implementowało terminowo dyrektywy w całości lub w części do prawa krajowego. Dyrektywa została jednak implementowana do polskiego porządku prawnego m.in. w ustawie z 20 lutego 2015 r. o odnawialnych źródłach energii, a o działaniach podejmowanych na rzecz osiągnięcia 15% celu Polska informuje dodatkowo w składanych co dwa lata sprawozdaniach. Dlatego nieosiągnięcie 15% celu wyznaczonego przez dyrektywę OZE nie uprawniałoby Komisji do wnioskowania o nałożenie na Polskę kar finansowych na tym etapie postępowania.

Etap sądowy trwa średnio 18 miesięcy i kończy się wydaniem przez Trybunał Sprawiedliwości UE wyroku stwierdzającego naruszenie przez państwo członkowskie obowiązków wynikających z prawa UE albo brak tego naruszenia.

Jeżeli państwo nie dostosuje się do wyroku Trybunału, Komisja, po skierowaniu do tego państwa uzasadnionej opinii i zapoznaniu się z jego stanowiskiem, może wnieść na podstawie art. 260 ust. 2 TFUE skargę do Trybunału. Skarga tym razem zawiera wniosek o nałożenie na państwo członkowskie kar finansowych. Na karę finansową składa się ryczałt i okresowa kara pieniężna. Zasady jej obliczania wyjaśnione są w komunikatach Komisji.

Okresową karę pieniężną nalicza się za każdy dzień trwania naruszenia po wydaniu drugiego wyroku przez Trybunał, a ryczałt ustalany jest za okres pomiędzy pierwszym a drugim wyrokiem Trybunału. Kara określana jest z uwzględnieniem powagi naruszenia, jego długości oraz wywoływać ma efekt zniechęcający. Na przykład w 2014 r. Trybunał zasądził Grecji ryczałt 10 000 000 euro i karę 14 520 000 euro za każde sześć miesięcy niedostosowania do wyroku (sprawa C-378/13), a Szwecji ryczałt 2 000 000 euro i 4000 euro za każdy dzień niedostosowania do wyroku (sprawa C-243/13).

niedostosowanie
do celów OZE

konsekwencje
dla Polski

kary nakładane
przez UE

Podsumowując, Polska może zostać ukarana za nieosiągnięcie celu OZE na 2020 r. dopiero po wydaniu dwóch wyroków przez Trybunał Sprawiedliwości UE.

Brak realizacji celu OZE na 2030 r.

Nowa dyrektywa 2018/2001, która zastąpi od 1 lipca 2021 r. dyrektywę 2009/28 jest znacznie bardziej precyzyjna w kwestii realizacji obowiązków nałożonych na państwa członkowskie. Dyrektywa odsyła w tym zakresie do powiązanego z nią rozporządzenia 2018/1999, które nakłada na państwa członkowskie obowiązek stworzenia do 31 grudnia 2018 r. zintegrowanego krajowego planu w dziedzinie energii i klimatu. Następny taki plan ma powstać do 1 stycznia 2028 r., a kolejne co dziesięć lat. Do 15 marca 2023 r., a następnie co dwa lata, każde państwo członkowskie składać ma Komisji sprawozdanie z wdrażania swojego zintegrowanego krajowego planu w dziedzinie energii i klimatu w formie zintegrowanego krajowego sprawozdania z postępów w dziedzinie energii i klimatu. Postępy państw członkowskich oceniane będą przez Komisję, która może przekazywać państwom członkowskim zalecenia, by zmniejszyć ryzyko niewykonania celów na 2030 r.

Jeżeli na podstawie oceny zintegrowanych krajowych planów w dziedzinie energii i klimatu oraz ich aktualizacji Komisja stwierdzi, że założenia, cele i wkłady w zintegrowanych krajowych planach są niewystarczające do osiągnięcia celów Unii na 2030 r., Komisja uprawniona będzie do

„podejmowania środków” i „korzystania ze swoich uprawnień na poziomie Unii” w celu zapewnienia zbiorczej realizacji tych założeń i osiągnięcia celów.

Biorąc od uwagę sformułowania zawarte w tych przepisach, Komisja zapewniła sobie narzędzia do egzekwowania od państw członkowskich osiągania celów częściowych w dziesięcioletnich okresach. W przypadku zintegrowanych krajowych planów niewystarczających do osiągnięcia celów na 2030 r. zgodnie z rozporządzeniem Komisja „korzysta ze swoich uprawnień”, aby zapewnić ich osiągnięcie.

Na podstawie nowych przepisów można domniemywać, że Komisja może uznać się za uprawnioną do wszczynania wobec państw członkowskich postępowań na podstawie art. 258 TFUE już w przypadku braku realizacji częściowych celów w dziesięcioletnich okresach.

Mimo że odpowiedzialność finansowa Polski wobec niespełnienia celów określonych dyrektywą staje się realna, to szacujemy, że ewentualne nałożenie pierwszych kar finansowych na Polskę przez TSUE w związku z niewywiązaniem się z określonych dyrektywą zobowiązań może nastąpić najwcześniej około 2025 r.

Marek Dolatowski, adwokat, solicitor Anglii i Walii (obecnie nie praktykuje), praktyka doradztwa dla sektora energii

Agnieszka Krasińska, radca prawny, praktyka prawa europejskiego



Ogłoszenie upadłości w Danii a ochrona i likwidacja majątku dłużnika położonego w Polsce

Wobec niewypłacalnego dłużnika, którego główny ośrodek podstawowej działalności znajdował się w Danii, doszło do otwarcia postępowania upadłościowego w tym kraju. Aby rozciągnąć skutki upadłości na majątek dłużnika położony w Polsce, objąć go ochroną przed czynnościami egzekucyjnymi wierzycieli oraz poddać ten majątek likwidacji, konieczne było wcześniejsze uznanie w Polsce orzeczenia o wszczęciu duńskiego postępowania upadłościowego w toku specjalnej procedury przed polskim sądem.



Karol Czepukojć

Zarządca zagraniczny wyznaczony dla dłużnika przez duński sąd w postępowaniu upadłościowym otwartym w Danii (tj. osoba wyznaczona do zarządzania i likwidacji majątku dłużnika) podejmował działania w ramach czynności likwidacyjnych duńskiej masy upadłości w celu sprzedaży przedsiębiorstwa dłużnika, w tym jego składników położonych w Polsce. Ponadto zarządca zagraniczny został zmuszony do podjęcia działań w celu ochrony majątku znajdującego się w Polsce przed czynnościami egzekucyjnymi wierzycieli masy upadłości.

Brak zastosowania wobec Danii unijnego rozporządzenia w sprawie postępowania upadłościowego

Pomimo członkostwa Danii w Unii Europejskiej, zgodnie z art. 1 i 2 Protokołu nr 22 w sprawie stanowiska Danii, załączonego do Traktatu o Unii Europejskiej i do Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, Dania nie uczestniczyła w przyjęciu rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/848 z dnia 20 maja 2015 r. w sprawie postępowania upadłościowego (wersja przekształcona) i nie jest nim związana ani go nie stosuje. Rozporządzenie to pozwala zaś rozciągnąć skutki wszczęcia głównego postępowania upadłościowego w państwie członkowskim zasadniczo na cały majątek dłużnika położony w Unii Europejskiej. Brak jest więc harmonizacji skutków upadłości ogłoszonej w Danii na terytorium Polski na poziomie prawa wspólnotowego. W rezultacie zarządca zagraniczny ustanowiony przez sąd duński nie był uprawniony do sprzedaży, ze skutkiem prawnym w Polsce, składników masy upadłości upadłego położonych w Polsce bez wcześniejszego przeprowadzenia odrębnej procedury sądowej przed sądem polskim. Ponadto ograniczenia w dopuszczalności podejmowania działań egzekucyjnych przez wierzycieli przeciwko dłużnikowi po ogłoszeniu jego upadłości nie znajdowały zastosowania na terytorium Polski.

Ogłoszenie upadłości dłużnika przez sąd duński i likwidacja masy upadłości

Przeciwko niewypłacalnemu dłużnikowi prowadzonych było szereg egzekucji komorniczych (tak w Danii, jak i w Polsce). Główny ośrodek podstawowej działalności dłużnika znajdował się na terytorium Danii. Sąd upadłościowy w Danii ogłosił wobec dłużnika, na jego wniosek, upadłość oraz wyznaczył dla dłużnika zarządcę zagranicznego (syndyka). Do zadań zarządcy zagranicznego należało w szczególności zarządzanie i likwidacja majątku dłużnika oraz zaspokojenie jego wierzycieli z uzyskanych stąd środków pieniężnych.

Wkrótce po ogłoszeniu upadłości zarządca zagraniczny przystąpił do likwidacji masy upadłości dłużnika. Inwestor branżowy, wyłoniony zgodnie z zasadami rządzącymi duńskim postępowaniem upadłościowym, wyraził wolę nabycia wieloddziałowego przedsiębiorstwa dłużnika w całości, w tym zorganizowanego na terytorium Polski centrum usług wspólnych, świadczącego usługi informatyczne dla wszystkich

oddziałów przedsiębiorstwa dłużnika. Centrum to działało w Polsce jako oddział przedsiębiorcy zagranicznego. Dłużnik posiadał na terytorium Polski m.in. dwie nieruchomości i zbiór ruchomości oraz zatrudniał pracowników.

Z uwagi na niemożność zastosowania do postępowania upadłościowego wszczętego w Danii rozporządzenia UE w sprawie postępowania upadłościowego skutki wynikające z upadłości nie wystąpiły automatycznie na terytorium Polski. Stąd zarządca zagraniczny nie był w szczególności uprawniony do dysponowania składnikami majątkowymi położonymi w Polsce i nie mógł ich sprzedać na rzecz inwestora wraz ze składnikami majątkowymi znajdującymi się na terenie Danii.

Wniosek o uznanie orzeczenia o wszczęciu zagranicznego postępowania upadłościowego

Zarządca zagraniczny musiał złożyć do sądu polskiego wniosek o uznanie w Polsce orzeczenia wydanego przez sąd duński o wszczęciu postępowania upadłościowego dłużnika w Danii. Do wniosku zarządca zagraniczny dołączył m.in.:

- zaświadczenie sądu duńskiego potwierdzające prowadzenie postępowania upadłościowego i wyznaczenie zagranicznego zarządcy,
- spis wierzycieli, których miejsce zamieszkania, siedziba lub główny ośrodek podstawowej działalności znajdują się na terenie Polski, oraz wierzycieli, których wierzytelności wynikają z działalności ekonomicznej dłużnika prowadzonej w Polsce,
- oświadczenie zarządcy zagranicznego o innych postępowaniach zagranicznych prowadzonych wobec upadłego, które są mu znane,
- oświadczenie zarządcy zagranicznego o terminie zgłaszania wierzytelności, adresie, pod którym wierzytelności należy zgłaszać, języku zgłoszenia i innych niezbędnych danych, które należy podać w zgłoszeniu,
- potwierdzenie uiszczenia zaliczki na wydatki w toku postępowania,
- uwierzytelnione tłumaczenie na język polski powyższych dokumentów.

Wniosek został złożony do sądu upadłościowego właściwego miejscowo ze względu na lokalizację na terytorium Polski centrum usług wspólnych dłużnika.

Zawieszenie postępowań egzekucyjnych skierowanych do majątku dłużnika w Polsce

Na skutek ogłoszonej wobec dłużnika upadłości doszło do wstrzymania egzekucji prowadzonych przez wierzycieli do majątku dłużnika w Danii. Z uwagi jednak na wspomniany już brak harmonizacji skutek ten nie został osiągnięty w Polsce. Wierzyciele, którzy w dniu ogłoszenia upadłości prowadzili czynności egzekucyjne, kontynuowali je. W dodatku nowi wierzyciele przyłączali się do działań egzekucyjnych.

Mając to na względzie, zarządca zagraniczny wraz z wnioskiem o uznanie orzeczenia wniósł o wydanie przez polski sąd upadłościowy postanowienia o zabezpieczeniu majątku dłużnika zlokalizowanego w Polsce przez zawieszenie skierowanych do niego postępowań egzekucyjnych. Wniosek ten został niezwłocznie rozpoznany i uwzględniony przez sąd.

Uznanie w Polsce orzeczenia o wszczęciu w Danii postępowania upadłościowego

Orzeczenie o wszczęciu zagranicznego postępowania upadłościowego podlega uznaniu w Polsce, jeżeli:

- dotyczy sprawy, która nie należy do wyłącznej jurysdykcji sądów polskich,
- uznanie nie jest sprzeczne z podstawowymi zasadami porządku prawnego w Polsce.

Do wyłącznej jurysdykcji sądów polskich należą sprawy upadłościowe, jeżeli w Polsce znajduje się główny ośrodek podstawowej działalności dłużnika. W omawianej sprawie dłużnik miał swój główny ośrodek podstawowej działalności na terytorium Danii; tam bowiem znajdowała się jego siedziba, regularnie zarządzał on swą działalnością o charakterze ekonomicznym oraz było to miejsce rozpoznawalne dla osób trzecich.

Uznanie orzeczenia o wszczęciu postępowania upadłościowego w Danii nie było także sprzeczne z podstawowymi zasadami porządku prawnego w Polsce. Nie naruszało ono bowiem głównych, fundamentalnych zasad konstytucyjnych w Polsce ani podstawowych zasad rządzących polskim prawem upadłościowym.

Sąd upadłościowy wydał więc postanowienie o uznaniu orzeczenia sądu duńskiego o wszczęciu postępowania upadłościowego wobec dłużnika; ponadto oznaczył je jako postępowanie główne, gdyż główny ośrodek podstawowej działalności dłużnika znajdował się w Danii. W postanowieniu sąd m.in. wezwał wierzycieli upadłego do zgłoszenia wierzytelności. Postanowienie zostało obwieszczone w Monitorze Sądowym i Gospodarczym („MSiG”), a także doręczone znanym sądowi wierzycielom dłużnika. Wierzycieli pouczono w szczególności o możliwości złożenia wniosku o wszczęcie wtórnego postępowania upadłościowego w Polsce. Na postanowienie przysługiwało zażalenie zagranicznemu zarządcy oraz wierzycielom; nie doszło jednak do zaskarżenia postanowienia w omawianej sprawie, żaden z wierzycieli nie podjął też działań w celu otwarcia wtórnego postępowania upadłościowego w Polsce.

Zabezpieczenie majątku dłużnika zlokalizowanego w Polsce

Po uznaniu orzeczenia o wszczęciu zagranicznego postępowania upadłościowego polski sąd zabezpieczył majątek dłużnika położony w Polsce przez ustanowienie tymczasowego nadzorcy sądowego. Było to obligatoryjne działa-

nie sądu w takich sprawach. Czynności dotyczące majątku przekraczające zakres zwykłego zarządu oraz wywiezienie składników majątku poza Polskę wymagały zgody tymczasowego nadzorcy sądowego pod rygorem nieważności. Zabezpieczenie zostało ustanowione do czasu, gdy było wiadomo, że żaden z wierzycieli nie podjął działań w celu wszczęcia w Polsce wtórnego postępowania upadłościowego wobec dłużnika. Wierzyciele mogli złożyć stosowny wniosek w terminie 30 dni od dnia obwieszczenia w MSiG o uznaniu orzeczenia w Polsce.

Doszło również do umorzenia z mocy prawa zawieszonych wcześniej postępowań egzekucyjnych skierowanych do majątku położonego w Polsce, wchodzącego w skład masy upadłości dłużnika.

Prawo właściwe do oceny skutków upadłości w Polsce

Do skutków ogłoszenia upadłości co do majątku upadłego położonego w Polsce, zobowiązań, które powstały lub mają być wykonywane w Polsce, ustalenia składu masy upadłości, spisu inwentarza i oszacowania, wyłączeń z masy upadłości, zarządu masą upadłości znajdującą się w Polsce oraz likwidacji masy upadłości zastosowanie znalazły przepisy polskiego prawa upadłościowego. Sąd polski mógł także zezwolić na likwidację masy upadłości w inny sposób niż wynikający z polskiego prawa, jeżeli nie naruszałoby to podstawowych zasad porządku prawnego w Polsce.

Likwidacja składników masy upadłości dłużnika w Polsce

Po uznaniu orzeczenia zarządca zagraniczny sporządził spis inwentarza i oszacowanie majątku upadłego znajdującego się na terenie Polski. O dokonanych spisie i oszacowaniu obwieszczono w MSiG. Nie doszło z inicjatywy osób trzecich do wszczęcia żadnego postępowania o wyłączenie któregoś ze spisanych składników z masy upadłości.

Następnie zarządca zagraniczny sporządził i złożył sądowi polskiemu plan likwidacji majątku położonego w Polsce oraz ogólną informację o przewidywanym sposobie zaspokojenia wierzycieli. Plan przewidywał sprzedaż zorganizowanej części przedsiębiorstwa, położonej w Polsce, na rzecz inwestora branżowego na warunkach opisanych w planie likwidacyjnym. Na tej podstawie sąd polski wydał zezwolenie na likwidację majątku upadłego przez sprzedaż z wolnej ręki.

Zakończenie postępowania

Po sprzedaży zorganizowanej części przedsiębiorstwa i zakończeniu tym samym likwidacji majątku znajdującego się na terytorium Polski sąd polski wydał postanowienie o zakończeniu postępowania.

Zarządca zagraniczny ustanowiony w Danii nie mógł likwidować majątku znajdującego się w Polsce w innym trybie niż pokrótce opisany powyżej. Konieczne było każdorazowo przeprowadzenie procedury uznania w Polsce orze-

prawo
upadłościowe

transgraniczna
upadłość

uznanie
orzeczenia
w Polsce

likwidacja
majątku dłużnika

czenia o wszczęciu postępowania upadłościowego w Danii i zatwierdzenia przez sąd polski planu likwidacyjnego obejmującego składniki majątku położone w Polsce.

Główne postępowania upadłościowe wszczęte w państwach trzecich

Wyżej opisana procedura znalazłaby też zastosowanie, gdyby do ogłoszenia upadłości doszło w państwie niebędą-

cym państwem członkowskim Unii Europejskiej – chyba że obowiązywałaby w tym zakresie umowa międzynarodowa, której Polska i dane państwo trzecie byłyby stronami. Autorowi nie jest znana jednak obecnie żadna umowa międzynarodowa wiążąca Polskę, która by bezpośrednio dotyczyła postępowania upadłościowego.

Karol Czepukojć, radca prawny, licencjonowany doradca restrukturyzacyjny, praktyka restrukturyzacji i upadłości



S

plit payment – więcej pytań niż odpowiedzi

Od 1 lipca 2018 r. nabywca towarów i usług w ramach B2B, opłacając fakturę w złotych, może albo wpłacić całą cenę brutto na rachunek rozliczeniowy, albo skorzystać z mechanizmu płatności podzielonej (split payment). Zobaczmy, jakie problemy wiążą się z płatnością split paymentem w faktoringu i na rachunek banku.



Patrycja Polasz

Jeżeli dłużnik zdecyduje się na płatność z wykorzystaniem mechanizmu split payment, całkowita kwota z płatności jest przelewana na dwa rachunki:

- kwota netto na rachunek rozliczeniowy,
- kwota odpowiadająca podatkowi VAT bądź jego części (według decyzji dłużnika) na rachunek VAT otwarty dla takiego rachunku rozliczeniowego.

Rachunki VAT otwierane są automatycznie do każdego rachunku rozliczeniowego prowadzonego w złotych, a zarówno zasilenie, jak i obciążenie rachunku VAT jest możliwe tylko w ściśle określonych w ustawie przypadkach. W praktyce oznacza to bardzo duże ograniczenie w dysponowaniu środkami, które trafiają na rachunek VAT, co dla niektórych przedsiębiorstw (zwłaszcza już doświadczających problemów z płynnością) jest prawdziwą rewolucją.

Na razie split payment jest całkowicie dobrowolny i jego zastosowanie zależy wyłącznie od decyzji nabywcy towaru lub usługi (dłużnika) podejmowanej przy płatności każdej pojedynczej faktury. Według zapowiedzi rządowych aktualne regulacje to swoisty test, który ma pokazać, jak rynek zareaguje na ten mechanizm. W razie powodzenia do rozważenia będzie obowiązkowe wprowadzenie go np. dla niektórych branż. Po kilku miesiącach funkcjonowania split paymentu w wersji opcjonalnej widać, że generuje on szereg problemów praktycznych, których dwa przykłady przedstawiamy poniżej.

Przypadek 1: Podzielimy się odpowiedzialnością, czyli split payment w faktoringu

Firma faktoringowa i spółka (faktorant) zawarły umowę faktoringu, zgodnie z którą dłużnicy spółki dokonują płatności z faktur wystawionych przez spółkę bezpośrednio na rachunek firmy faktoringowej (nabywcy wierzytelności udokumentowanej fakturą). Standardowo finansowane jest 90% kwoty brutto danej faktury. Dłużnik dokonuje płatności split paymentem, w wyniku czego kwota odpowiadająca VAT trafia na rachunek VAT firmy faktoringowej. Co powinna zrobić firma faktoringowa?

Oprócz innych kwestii, split payment spowodował dwa zasadnicze problemy dla firm faktoringowych:

- rozszerzanie odpowiedzialności – firmy faktoringowe będące podatnikami VAT, które otrzymają na swój rachunek VAT kwotę z płatności split payment od dłużników faktorantów, stają się solidarnie odpowiedzialne ze spółką (wystawcą faktury) za zapłatę podatku do wysokości kwoty otrzymanej na swój rachunek VAT,
- różnica w przepływie środków – firma faktoringowa, która po otrzymaniu faktury standardowo wypłaciła spółce zaliczkę w wysokości 90%, po otrzymaniu płatności split paymentem ma ograniczony dostęp do części kwoty wpływającej na rachunek VAT. W praktyce oznacza to najczęściej kilkunastoprocentową różnicę

między kwotą, którą firma faktoringowa wypłaciła spółce, a kwotą, którą otrzymała od dłużnika płacącego split paymentem na swój rachunek rozliczeniowy (a zatem kwotą, którą może swobodnie rozliczyć z zaliczką).

Kwestia współodpowiedzialności. Firma faktoringowa może zwolnić się z solidarnej odpowiedzialności poprzez przelew kwoty wpłaconej na jej rachunku VAT na:

- rachunek VAT spółki (wystawcy faktury, który jest współodpowiedzialny za zapłatę VAT) lub
- rachunek VAT dłużnika.

Ta druga operacja, polegająca na odesłaniu kwoty na rachunek dłużnika spółki, z oczywistych względów nie będzie preferowana na rynku faktoringowym. Zatem firma faktoringowa – chcąc zwolnić się z solidarnej odpowiedzialności za zapłatę VAT – będzie musiała przesłać kwotę na rachunek VAT spółki-faktoranta, pozostając tym samym z problemem różnicy w przepływie środków.

Aby uniknąć rozszerzenia odpowiedzialności, można również zmienić rachunek wpływu środków dłużników – z rachunku firmy faktoringowej na rachunek spółki. Jeżeli dłużnicy płacą bezpośrednio na rachunek spółki, żadne kwoty nie wpływają na rachunek VAT firmy faktoringowej, a zatem przepisy o rozszerzonej odpowiedzialności nie znajdują w ogóle zastosowania. Jednakże, oprócz innych wynikających z tego problemów, firma faktoringowa traci wtedy bezpośrednią kontrolę nad wpływami, co dla niektórych podmiotów jest nieakceptowalne (nawet gdy ryzyko jest nieco niwelowane zabezpieczeniem na rachunku spółki na rzecz firmy faktoringowej i/lub nieodwołaną dyspozycją codziennego przelewania środków na rzecz faktora). Dodatkowo przy działających już faktoringach raczej unika się zmiany rachunku wpływów ze względu na relacje z kontrahentami spółki-faktoranta. Reasumując, nie jest to rozwiązanie uniwersalne. I tak jak przy zwolnieniu się z odpowiedzialności poprzez przekazanie przez firmę faktoringową środków ze swojego rachunku VAT na rachunek VAT spółki-faktoranta nadal pozostaje kwestia różnicy w przepływie środków.

Różnica w przepływie środków. Jeżeli split payment zdarza się stosunkowo rzadko, a spółka ma inne (wolne) środki niż pochodzące z wierzytelności poddanych faktoringowi, rozwiązaniem może być zobowiązanie spółki do pokrycia różnicy z tych wolnych środków. Innymi słowy, automatycznie po wpłacie przez dłużnika spółki-faktoranta kwoty na rachunek VAT ze względu na płatność split paymentem środki te „wychodzą” z faktoringu i powinny być zastąpione (pokryte) przez spółkę ze środków własnych, które normalnie pozostawałyby poza faktoringiem.

W zależności od wielkości takiej potencjalnej różnicy firma faktoringowa może zastanowić się nad dodatkowym zabezpieczeniem, np. stałą rezerwą na jej pokrycie. Jednakże pro-

split payment
mechanizm
podzielonej
płatności
VAT
bank
faktoring
rachunek
bankowy

blematyczne może być wyważanie wysokości takiej rezerwy – zapewniającej wystarczający komfort dla firmy faktoringowej, ale też niepowodującej zamrożenia zbyt dużej kwoty. Firma faktoringowa powinna mieć zapewniony dostęp do wolnych środków, z których będzie pokrywana różnica, co w praktyce często oznacza nieodwołalne pełnomocnictwo na zabezpieczenie/dyspozycję w stosunku do rachunku obrotowego spółki. Innym sposobem na obniżenie ryzyka po stronie firmy faktoringowej jest obniżenie kwoty zaliczek w odniesieniu do wierzytelności dłużników stosujących split payment o kilka lub kilkanaście punktów procentowych, co zmniejsza bądź kompletnie niweluje potencjalną różnicę. Należy jednak pamiętać, że decyzja o skorzystaniu ze split paymentu leży każdorazowo w gestii dłużnika i przy wypłacie konkretnej zaliczki czasami trudno ocenić, czy dany dłużnik zapłaci za taką fakturę split paymentem. O ile niektóre spółki (powiązane ze Skarbem Państwa) zapowiedziały, że będą dokonywać każdej możliwej płatności split paymentem, inne mogą wprowadzać taką politykę czasowo lub zupełnie ad hoc.

Powyższe rozwiązanie może też nie być satysfakcjonujące, zwłaszcza przy większej liczbie transakcji split paymentowych (lub wyższych kwotach wpływających w ramach split paymentu) i braku wolnych środków bądź – odchodząc na chwilę od kwestii faktoringowych – przy strukturach zakładających obrót środkami bez żadnych marginesów, bądź przy minimalnych marginesach, jak np. niektóre struktury sekurytyzacyjne. W skrajnych sytuacjach konieczne może być wyłączenie kwot VAT z finansowania lub rozważenie innych drastycznych rozwiązań jak przesunięcie rachunku poza Polskę (co zwykle nie wchodzi w grę ze względu na relacje spółki z dłużnikami oraz koszty).

Z pewnością końcowe rozwiązanie musi być zawsze precyzyjnie dostosowane do konkretnej sytuacji, a w szczególności do oczekiwań biznesowych stron transakcji.

Przypadek 2: Split paymentem na rachunek banku

Spółka zaciągnęła kredyt w banku. Planuje sprzedaż większego aktywa podlegającą VAT. Umawia się z bankiem, że środki z tej sprzedaży zostaną przeznaczone na częściową spłatę kredytu, a po zaksięgowaniu wpływu środków ze sprzedaży bank zwolni część zabezpieczeń. Kupujący informuje spółkę, że będzie płacił split paymentem. Na co powinien zwrócić uwagę bank?

Pierwszym pytaniem, które nasuwa się w takiej sytuacji, jest to, czy płatność split paymentem jest tutaj w ogóle możliwa. Z technicznego punktu widzenia płatność taka może być dokonana, jeżeli rachunek, na który ma pójść dana płatność, jest rachunkiem, dla którego bank otwiera komplementarny rachunek VAT. W sytuacji opisanej powyżej praktyką rynkową jest płatność ceny bezpośrednio na rachunek banku, a nie spółki (sprzedającego będącego kredytobiorcą). Na początku należy zatem przypomnieć, że przepisy Prawa bankowego wprost mówią o tym, że rachunek VAT

otwiera się nie tylko dla rachunków rozliczeniowych (rachunków bankowych, do których uprawniony jest klient banku), ale także dla rachunków samego banku, prowadzonych w ramach gospodarki własnej.

Po ustaleniu, że rachunek VAT może być otworzony dla rachunku samego banku (a nie tylko klienta), powstaje pytanie, czy dla tego konkretnego typu rachunku (tj. technicznego rachunku banku utworzonego dla „przyjęcia” ceny ze sprzedaży) bank powinien otworzyć rachunek VAT. To już nie wynika wprost z przepisów, jednak skoro w przypadku podmiotów innych niż bank rachunek VAT jest otwierany dla rachunków służących do rozliczeń, a sens całego mechanizmu polega na zabezpieczeniu kwot z płatności, których część odpowiada podatkowi VAT, logiczną konkluzją jest przyjęcie, że dla swoich własnych rachunków bank powinien otworzyć rachunek VAT, wtedy gdy taki rachunek służy również do rozliczeń. Zatem wspomniany rachunek do przyjęcia ceny (czyli rozliczenia transakcji) będący rachunkiem własnym banku powinien mieć otworzony rachunek VAT. W tym kontekście należy odróżnić rachunek na przyjęcie ceny od innego technicznego rachunku banku, czyli rachunku kredytu, który służy rozliczeniu kredytu. Najczęściej banki najpierw przyjmują płatność na jeden rachunek techniczny (rozliczeniowy) i dopiero potem przeksięgowują kwotę na rachunek kredytowy stale używany dla danego kredytu. Reasumując, z technicznego punktu widzenia przy takiej płatności split payment powinien być możliwy, gdyż do rachunku banku, na który będzie dokonywana płatność, powinien być otwarty rachunek VAT.

Drugie pytanie, z którym się trzeba zmierzyć, dotyczy skutków otrzymania takiej płatności przez bank. Pierwszy to oczywiście niemożność rozliczenia kwoty otrzymanej na rachunek VAT z wierzytelnością kredytową (chyba że bank wystąpi o taką zgodę do organu podatkowego i uzyska pozytywną decyzję). Drugi skutek to rozszerzona odpowiedzialność – jeżeli bank jest podatnikiem VAT, to odpowiada solidarnie wraz ze sprzedającym-kredytobiorcą za niezapłacony VAT od sprzedaży do wysokości kwoty otrzymanej na swój rachunek VAT.

W praktyce oznacza to, że bank najczęściej przeleje kwotę otrzymaną na swój rachunek VAT na rachunek VAT sprzedającego-kredytobiorcy w celu zwolnienia się z solidarnej odpowiedzialności i ta kwota nie wejdzie w zakres rozliczenia kredytu. Alternatywnie strony mogą umówić się, że kwoty równe VAT zostaną przekazane split paymentem od razu na rachunek VAT sprzedającego (wtedy bank nie jest nawet na chwilę współodpowiedzialny i nie będą przeprowadzane dodatkowe operacje). Teoretycznie można sobie wyobrazić sytuację, w której bank zapewni uregulowanie podatku przez kredytobiorcę innymi mechanizmami nacisku na kredytobiorcę, a następnie wystąpi o „uwolnienie” środków z rachunku VAT do naczelnika urzędu skarbowego. Jednakże w większości przypadków należy przyjąć, że w omawianej sytuacji, jeśli kupujący postanowi zapłacić split paymentem, część ceny odpowiadającej VAT nie

split payment

mechanizm
podzielonej
płatności

VAT

bank

faktoring

rachunek
bankowy

powinna być brana pod uwagę przy ustaleniu kwoty, która pójdzie na spłatę kredytu.

Split payment – i co dalej?

Dwa powyższe przykłady to tylko wierzchołek góry lodowej. Po kilku miesiącach obowiązywania przepisów widać mnóstwo praktycznych problemów wynikających z zasto-

sowania split paymentu. Za to kolejne miesiące powinny przynieść wynik tego eksperymentu, a także dostosowanie się poszczególnych branż i podmiotów do nowego mechanizmu.

Patrycja Polasz, adwokat, LL.M. (London School of Economics), solicitor Anglii i Walii (obecnie nie praktykuje), praktyka bankowości i finansowania projektów



O kancelarii

Kancelaria Wardynski i Wspólnicy od 1988 roku jest trwale zakorzeniona w życiu prawniczym 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 9001-2015 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 i finansowanie projektów	nowe technologie	prawo pracy i globalna mobilność
compliance i postępowania wewnętrzne	ochrona danych osobowych, w tym RODO	prawo spółek, w tym spółek publicznych
doradztwo i postępowania regulacyjne	ochrona konkurencji	przestępczość gospodarcza
egzekucja wierzytelności	ochrona środowiska	rachunkowość korporacyjna
fintech i blockchain	odszkodowania od władzy publicznej	restrukturyzacje rynki kapitałowe
instytucje finansowe	outsourcing	spory sądowe i pozasądowe
inwestycje infrastrukturalne i nieruchomościowe	podatki	transakcje
kontrakty budowlane i FIDIC	private equity	ubezpieczenia
kontrakty w obrocie gospodarczym	prawo europejskie	upadłości
nieruchomości i reprivatyzacja	pomoc publiczna i fundusze UE	własność intelektualna
		zamówienia publiczne i PPP

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, bloga prawa nowych technologii (newtech.law) oraz licznych publikacji i opracowań.

wardynski.com.pl

codozasady.pl

newtech.law