

**WAR WSP
DYNŃ ÓLN
SKI+ ICY.**

**ROCZ
• NIK
2020**

Nakład:

550 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 Wardynski i Wspólnicy sp.k., 2020



spis treści

Słowo wstępne

Kiedy Facebook blokuje treści

Łukasz Lasek, Piotr Gołędzinowski, Bartosz Troczyński

Ochrona formatów telewizyjnych

Paweł Czajkowski

Opodatkowanie zagranicznych muzyków występujących w Polsce

Dariusz Wasylkowski, Wojciech Marszałkowski

Policja ekologiczna

Nina Kuśnierkiewicz, dr Dominik Wałkowski

#SustainableFinance, czyli jak zmniejszyć koszty finansowania, wspierając zrównoważony rozwój

Łukasz Szegda, Sylwia Boguska

Tokenizacja aktywów

Krzysztof Wojdyło

Problemy antymonopolowe sztucznej inteligencji

Sabina Famirska

Ochrona danych osobowych a nowe technologie

Katarzyna Szczudlik

Tajemnica zawodowa a zbywanie wierzytelności

Daniel Smarduch, Marcin Pietkiewicz

Rozstrzyganie sporów korporacyjnych przez sądy arbitrażowe

Monika Hartung, dr Marta Kozłowska

Kiedy wspólnik może domagać się

rozwiązania spółki z o.o. przez sąd

dr Kinga Ziemnicka

Przeniesienie pracownika nie zawsze automatyczne

dr Szymon Kubiak, Jarosław Karlikowski

Ochrona praw człowieka w arbitrażu sportowym

Stanisław Drozd

Pouczenia sądowe pisane po ludzku

Joanna Duda

Dystrybucja leków po zmianach

Joanna Krakowiak

O badaniu trzeźwości pracowników raz jeszcze

Katarzyna Żukowska, Agnieszka Lisiecka

Granice kar umownych wobec podwykonawców

i ich wymierzanie w przypadku odstąpienia od umowy

Katarzyna Śliwak, dr Hanna Drynkorn

Nadużycie praw procesowych jako naruszenie prawa konkurencji

dr Antoni Bolecki

Udział spółki jako pokrzywdzonego w postępowaniu karnym

Jakub Znamierowski

5 Przejrzystość relacji spółka – akcjonariusze. Nowe zasady
Danuta Pajewska, Katarzyna Jaroszyńska 68

7 Informacja publiczna – konieczna, nawet gdy niewygodna
dr Maciej Kielbowski 71

10 *Due diligence* – czy wciąż potrzebne?
Maciej A. Szewczyk, Izabela Zielińska-Barłózek, Anna Dąbrowska 74

13 Fikcja wyboru prawa: nieznaną a użyteczną instytucją
w transgranicznych sprawach spadkowych
16 Stefan Jacyno, dr Radosław Wiśniewski 77

19 Jak sobie radzić z coraz większymi kosztami energii elektrycznej?
Marek Dolatowski, Radosław Wasiak 80

22 Roszczenie właściciela o wykup gruntu
z rurociągiem bez przedawnienia
dr Przemysław Szymczyk 83

27 Rating firm spożywczych, czyli kontrola z korzyścią
dla kontrolowanego
30 dr Ewa Butkiewicz 86

33 O potrzebie zastosowania *look-through approach*
w podatku u źródła
Michał Nowacki, Jakub Macek 89

37 **O kancelarii** 93

Szanowni Państwo,

oto dziesiąte wydanie naszego Rocznika. W pierwszej jego edycji donosiliśmy o nowinkach, jakimi były wówczas działy *compliance* w firmach czy procedury ułatwiające sygnalistom zgłaszanie nieprawidłowości (polski termin nie był jeszcze stosowany, pisaliśmy o *whistleblowerach*).

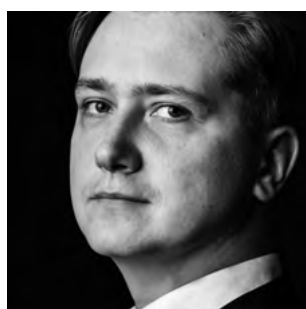
Nie spodziewaliśmy się, że specyfika naszej pracy do tego stopnia zdryfuje w stronę nowych technologii i że jubileuszowy Rocznik otworzymy artykułem rozważającym możliwość sądowej walki z cenzurą na Facebooku. Do tematów niszowych przed dziesięciu laty zaliczał się też zrównoważony rozwój, który dziś pod hasłem *sustainable finance* wchodzi w pole zainteresowania instytucji finansowych. W nowym ujęciu piszemy też o prawach człowieka, przedstawiając je z perspektywy świata sportowego i pisząc o jasno zredagowanych pouczeniach sądowych jako o uprawnieniu obywatela.

W ostatnim czasie grono naszych publikacji – internetowych i drukowanych – znacznie się powiększyło. Do portalu Co do zasady i bloga prawa nowych technologii (newtech.law) dołączył blog prawa pracy (hrlaw.pl), żywy komentarz do nowego Prawa zamówień publicznych (komentarzpzp.pl), a także czasopismo naukowe Co do zasady. Studia i analizy prawne (codozasady/studia-analazy). Dużo tego, ale w prawie dużo się dzieje i wiele jest tematów, którymi chcemy się z Państwem dzielić.

Tomasz Wardyński

Kiedy Facebook blokuje treści

Łukasz Lasek
Piotr Gołędzinowski
Bartosz Troczyński



Coraz częściej się zdarza, że użytkownicy Facebooka nagle otrzymują komunikat o zablokowaniu lub usunięciu ich treści z portalu. Komunikaty te są na ogół bardzo zdawkowe i nie pozwalają zrozumieć, czemu konto objęto sankcjami. Pojawia się wtedy pytanie, jak przywrócić dostęp do zablokowanych publikacji. Czy z taką sprawą można iść do sądu? W precedensowej sprawie przed Sądem Okręgowym w Warszawie staramy się przekonać, że tak.

Naszym klientem jest organizacja pozarządowa Społeczna Inicjatywa Narkopolityki (SIN). Sprawa jest szeroko opisywana w prasie, a my w niniejszym artykule podsumowujemy wcześniej już ujawnione informacje.

SIN od prawie dekady szerzy wiedzę o szkodliwym działaniu środków psychoaktywnych. Działania te kieruje w pierwszej kolejności do osób młodych, jako najbardziej narażonych na eksperymenty z narkotykami. Aby jak najlepiej do nich dotrzeć, stowarzyszenie zaczęło prowadzić konta na Facebooku i Instagramie (który od 2012 r. także należy do Facebooka). Informowało tam o ryzykach związanych z zażywaniem narkotyków i ujawniało prawdziwe składniki najczęściej spotykanych mieszanin środków psychoaktywnych po ich wcześniejszym przebadaniu w laboratorium.

Po siedmiu latach niezakłóconej działalności SIN zaczął jednak niespodziewanie tracić dostęp do swoich kont. Były one blokowane i usuwane. Po każdym takim incydencie stowarzyszenie zakładało nowe konta, ale także one znikwały. SIN nigdy nie otrzymywał żadnych ostrzeżeń ani rzetelnych wyjaśnień co do przyczyn usuwania jego treści. Najobszerniejszy komunikat, jaki dostał, miał trzy zdania i mówił, że posty naruszyły zakaz sprzedaży leków i marihuany. Ponieważ SIN nigdy nie prowadził tego rodzaju działalności, było jasne, że jego treści zostały błędnie ocenione. Posty mogły być weryfikowane przez algorytm albo osoby niemające odpowiedniego doświadczenia lub kompetencji językowych. Tego jednak, kto stał za negatywną oceną postów, SIN również się nie dowiedział.

z tej platformy i przekazywania za jej pośrednictwem treści legalnych w polskim porządku prawnym. Od początku wspierała go w tym Fundacja Panoptikon – organizacja kontrolująca różnorodne formy nadzoru nad społeczeństwem: od podsłuchów służb specjalnych, poprzez śledzenie życia prywatnego internautów, po prywatną cenzurę w mediach społecznościowych. Celem SIN jest odzyskanie skasowanych kont i uzyskanie gwarancji, że jeżeli stowarzyszenie będzie działać zgodnie z prawem i ze zgodnymi z prawem warunkami serwisu, konta i treści nie będą blokowane ani usuwane. W Polsce brak jednak przepisów, które wprost odnoszą się do takiego problemu i przewidywały, jakie prawa ma właściciel zablokowanych lub usuniętych treści. Być w przyszłości będzie to przedmiotem regulacji. W tej chwili nowe przepisy nie są jednak niezbędne, gdyż odpowiednio interpretowane prawo cywilne i prawo ochrony konkurencji dają adekwatne środki ochrony.

Chodzi przede wszystkim o przepisy o ochronie dóbr osobistych. Dobra osobiste to zbiór podstawowych uprawnień, które przysługują każdej osobie, firmie i organizacji, jak prywatność lub wizerunek. Lista jest otwarta, a sądy mogą same decydować, co do niej dopisać. Jeśli sąd dostrzeże dobro osobiste i stwierdzi, że pozwany je narusza, może kazać mu zaniechać naruszeń, a także usunąć ich skutki, przeprosić za nie, a nawet zapłacić odszkodowanie. Stąd jeśli sąd uznałby, że usunięcie kont SIN naruszało dobra osobiste stowarzyszenia, mógłby kazać Facebookowi tego zaprzestać (tj. powstrzymać się od usuwania nowych kont SIN), odwrócić skutki naruszenia (tj. przywrócić dostęp do kont już usuniętych), a także przeprosić za usuwanie kont bez ostrzeżeń i wyjaśnień.

Inne sprawy przeciwko Facebookowi

Przepisy sprzed ponad pół wieku okazują się więc pasować do współczesnego problemu cenzury w mediach społecznościowych. Proces SIN jest jednym z zaledwie kilku takich w Polsce. Druga polska sprawa przeciwko Facebookowi dotyczy nagłego usunięcia konta Marszu Niepodległości w 2016 r., zaś trzecią wytoczył jeden z byłych posłów, twierdząc, że Facebook uznaniowo promuje wybrane posty, pozbawiając takiej promocji postów z jego konta. Żadna ze spraw nie została jeszcze rozstrzygnięta. Pokazują one jednak, że droga sądowego dochodzenia praw może zyskiwać na popularności.

Ten trend mogą wzmacniać coraz częstsze usunięcia z portali społecznościowych kont używanych do prowadzenia działalności biznesowej. Tego typu zdarzenia powodują nie tylko straty wizerunkowe, lecz także finansowe. W ostatnim czasie media donosiły m.in. o usunięciu konta polskiej firmy Brand24. Firma na zlecenie podmiotów trzecich monitoruje opinie internautów na temat wybranych marek. Na Facebooku prowadziła aktywną promo-

Stowarzyszenie wpadło więc w sidła cenzury Facebooka bez możliwości zrozumienia przyczyn wydanej decyzji i odwołania się od niej.

Można oczywiście skwitować ten problem twierdzeniem, że Facebook to prywatna organizacja, która rządzi się swoimi własnymi prawami i dlatego może arbitralnie decydować, kto będzie korzystał z jej usług i jakie treści będzie mógł pokazywać. Takie klasyczne podejście nie przystaje jednak do rzeczywistej roli niektórych platform społecznościowych w rzeczywistości społeczno-gospodarczej. Silna pozycja w obszarze wymiany informacji, dóbr lub usług zobowiązuje do przestrzegania podstawowych zasad w zakresie sprawiedliwego i uczciwego dostępu do usług.

Środki ochrony prawnej

SIN postanowił podjąć kroki prawne przeciwko Facebookowi, aby bronić swojego prawa do korzystania

cję za pośrednictwem botów, a także gromadziła pozytywne recenzje swoich klientów. Konto z dziełkami takich recenzji zostało usunięte – tak jak w przypadku SIN – bez żadnych ostrzeżeń ani rzetelnego uzasadnienia. W takich przypadkach w grę wchodzić może już nie tylko żądanie przeprosin i przywrócenia konta, ale też roszczenie o rekompensatę za poniesione straty i nieuzyskane zarobki.

Stanowisko polskich sądów względem takich problemów dopiero się kształtuje. Kluczowym zagadnieniem jednak wcale nie jest to, czy rację mają użytkownicy platform, lecz to, czy sądy mają kompetencje, aby interweniować i udzielać im ochrony prawnej. My jesteśmy zdania, że tak jest. Tego rodzaju podejście jest sugerowane także przez orzecznictwo sądów zagranicznych. Usuwanie treści z portali społecznościowych uznawały już za bezprawne m.in. sądy francuskie i niemieckie. W sprawach tych często uwiadamiały się też oczywiste błędy stojące za decyzjami

o blokadach i usunięciach. W sporze z Facebookiem toczonym przed sądami paryskimi okazało się na przykład, że konto zostało usunięte z uwagi na nieobyczajne treści, gdy tymczasem opublikowano na nim jedynie XIX-wieczny obraz nagiej kobiety. Pokazuje to, jak bardzo potrzebna jest niezależna kontrola działań cenzorskich portali społecznościowych i że warto o tę kontrolę walczyć przed sądem.

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

Piotr Gołędzinowski, radca prawny
solicitor Anglii i Walii (obecnie nie praktykuje)
praktyka postępowań sądowych i arbitrażowych

Bartosz Troczyński
praktyka postępowań sądowych i arbitrażowych

Ochrona formatów telewizyjnych

Paweł Czajkowski



Rynek telewizyjny przechodzi dynamiczną transformację, będącą konsekwencją nieustannych zmian technologicznych. Popularność platform VOD, które w Polsce już kilka lat temu trafiły pod strzechy, oraz postępująca digitalizacja konsumpcji treści rozrywkowych znacząco zmieniają realia obrotu prawami do twórczości audiowizualnej. Niezależnie od powyższych procesów kluczową rolę zarówno na platformach cyfrowych, jak i w telewizji linearnej odgrywają formaty telewizyjne. Jednak mimo ich doniosłego znaczenia programowego oraz finansowego status prawny formatów nie jest jednoznaczny, a środki ochrony przysługujące ich twórcom nie są oczywiste.

Czym jest format telewizyjny?

W powszechnym użyciu nie ma jednej, wiodącej definicji tego pojęcia, dlatego należy odwołać się do jego wymiaru praktycznego. Formatem nazywamy zespół cech i szczególnych elementów audycji telewizyjnej, które stanowią fundament dla jej budowy i przebiegu jej poszczególnych odcinków. Format to zbiór reguł i zasad, wedle których budowana jest narracja całej serii, a w konsekwencji również pojedynczego odcinka. Na format składają się cechy powtarzalne, uzupełniane o indywidualne treści danej produkcji realizowanej w jego ramach.

Cechy formatu różnić się będą w zależności od gatunku audycji telewizyjnej. Inne stałe elementy mieć będzie reality show, inne teleturniej, jeszcze inne talk show czy audycja lifestylowa. Za każdym jednak razem format będzie stanowił o określonej strukturze audycji i kluczowych elementach koncepcji, które decydują o jej nowatorskim charakterze. Elementy te określane są mianem silników produkcji (*engines*).

W praktyce specyfika formatu znajduje odzwierciedlenie w szeregu dokumentów, z których początkowy nosi nazwę *format paper* i jest pierwszym projektem koncepcji audycji. Wraz z postępem prac nad formatem pierwotna idea zostaje obudowana szczegółowymi informacjami oraz parametrami technicznymi: cechami postaci, scenografią, oświetleniem, planem przebiegu odcinka czy nawet określonymi motywami bohaterów. Wszystkie te informacje zbiera się w jednym dokumencie nazywanym biblią produkcyjną albo almanachem. To właśnie biblia jest materialnym ucieleśnieniem koncepcji stanowiącej format.

Format jako przedmiot obrotu

Doniosła rola formatów wynika z kilku czynników. Po pierwsze, formaty przyciągają szeroką widownię, a to definicja sukcesu w branży telewizyjnej. Nadawcy sięgają po formaty, bo są to sprawdzone na innych rynkach produkcje, które z dużym prawdopodobieństwem zyskają aprobatę widowni.

Po drugie, istotną wartość materialną formaty zawdzięczają nie tylko wysokiej oglądalności, ale także – albo przede wszystkim – przychodom z tytułu udzielenia licencji. Najpopularniejsze na świecie formaty generują przychody liczone w miliardach dolarów. Co istotne, formaty sprawdzają się równie dobrze w telewizji linearnej, jak i na platformach VOD oraz urządzeniach mobilnych. Na świecie powstaje coraz więcej formatów przystosowanych do realiów cyfrowych.

O wyjątkowym charakterze formatów świadczy też wydłużony okres ich atrakcyjności jako produktu. Większość najpopularniejszych formatów na świecie ma ponad 10 lat. Przykładem jest „*Who Wants to Be a Millionaire?*”, na polskim rynku funkcjonujący jako „*Milionerzy*”.

Na dodatek twórcy formatu mają możliwość wtórnej komercjalizacji poprzez działalność merchandisingową, co również stanowi znaczne źródło przychodu.

Jak jednak wygląda prawna ochrona tak istotnego elementu rynku telewizyjnego? Odpowiedź na to pytanie nie jest jednoznaczna.

Ochrona prawnoautorska formatu

W doktrynie dominuje stanowisko, że formaty jako koncepcja serii audycji nie podlegają ochronie na gruncie prawa autorskiego. Wynika to z faktu, że zgodnie z art. 1 ust. 2¹ ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych *ochroną objęty może być wyłącznie sposób wyrażenia; nie są objęte ochroną odkrycia, idee, procedury, metody i zasady działania oraz koncepcje matematyczne*. W konsekwencji uznaje się, że chroniona może być konkretna audycja, a nie format, który stwarza jedynie ramy do powstania tej audycji.

W literaturze dopuszcza się jednak możliwość ochrony fabuły, która wyraża się w określonym projekcie i której projekt nadaje indywidualny charakter. Gdy zatem fabuła czy koncepcja dotycząca poszczególnych odcinków zostanie odpowiednio wyrażona w formacie, można poszukiwać jej ochrony na gruncie prawa autorskiego. Podkreśla się, że aby mówić o formacie jako o utworze w rozumieniu prawa autorskiego, oryginalność opracowania koncepcji audycji musi być rozpoznawalnym elementem każdego dzieła stworzonego na jej bazie.

Za sposób wyrażenia, który podlega prawnoautorskiej ochronie, należy uznać z pewnością biblię produkcyjną. Jeśli ma ona odpowiedni zakres treściowy, może stanowić solidny fundament dla ochrony prawnej formatu telewizyjnego. Wydaje się, że o ile posiadający walor indywidualnej twórczości *format paper* może stanowić przedmiot prawa autorskiego, o tyle trudno będzie, w braku innych środków dowodowych, wywodzić na jego podstawie prawa autorskie do formatu telewizyjnego jako utworu. Pomocne mogą być również objęte ochroną prawnoautorską poszczególne elementy składowe formatu – takie jak utwory muzyczne, logo, scenografia czy też bazy danych dotyczące oglądalności audycji lub strategii marketingowej.

Trzeba jednak podkreślić, że skuteczne wykazanie naruszenia praw do formatu telewizyjnego na gruncie prawa autorskiego możliwe będzie jedynie, jeśli naruszytel bezprawnie zaczerpnie kluczowe i charakterystyczne elementy formatu. Nawet bowiem świadome zastosowanie niektórych rozpoznawalnych motywów produkcji może być uznane za dopuszczalną prawnie inspirację dla drugiego twórcy, która nie wymaga zgody autora pierwotnego utworu. W orzecznictwie wskazuje się bowiem, że *wykorzystanie cudzego pomysłu, a nawet imion z cudzego utworu, przy oryginalnej treści nowego dzieła, nie stanowi opracowania cudzego utworu, ale własny, oryginalny utwór* (wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 16 kwietnia 2013 r., I ACa 1216/12).

Jak natomiast podniósł Sąd Najwyższy, *za kryterium rozgraniczające uznaje się takie twórcze przetworzenie elementów dzieła inspirowanego, że o charakterze dzieła inspirowanego decydują już jego własne, indywidualne elementy, a nie elementy przejęte* (wyrok Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z 10 lipca 2014 r., I CSK 539/13).

Warto też zwrócić uwagę na orzeczenie zapadłe w sporze pomiędzy nadawcami audycji dwóch reality show – Big Brother i Dwa Światy. Sąd Okręgowy w Warszawie stwierdził, że tożsamość ogólnych koncepcji audycji nie jest przesłanką dla uwzględnienia roszczeń powoda, bowiem obie audycje różnił szereg elementów: inni uczestnicy, inne zasady oraz inne miejsce realizacji audycji.

Ochrona formatu w oparciu o przepisy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji

Podstawą ochrony prawnej formatu telewizyjnego mogą być również przepisy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji („u.z.n.k.”). Możliwe jest bowiem uznanie naśladownictwa koncepcji audycji za naruszenie dobrych obyczajów, a zgodnie z art. 3 ust. 1 u.z.n.k. *czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta*. Objęte ochroną będą jednak tylko funkcjonujące już na rynku koncepcje audycji w postaci zrealizowanych produkcji. Ewentualne roszczenia wobec naruszciciela formułowane będą bowiem w oparciu o naruszenie renomy formatu telewizyjnego i to na podmiocie poszukującym ochrony spoczywać będzie ciężar wykazania istnienia renomy w odniesieniu do formatu. Dopiero po spełnieniu dwóch powyższych przesłanek można będzie podjąć próbę wykazania naruszenia, mającego postać przejęcia kluczowych elementów formatu (*engines*). Trzeba też będzie dowieść, że działanie naruszciciela zagraża interesowi autora oryginalnego formatu lub go narusza.

Jak w praktyce najlepiej zabezpieczyć format?

Jak widać, nie może być mowy o ochronie formatu bez jego utrwalenia w formie dokumentu. Im bardziej szczegółowo określa on koncepcję audycji, tym większa jest szansa na skuteczną ochronę formatu. Niezbędnym minimum jest *format paper*, a optymalnym rozwiązaniem będzie biblia produkcyjna.

Z pewnością warto też zarejestrować jako znak towarowy (słowny lub słowno-graficzny) tytuł formatu, a nawet charakterystyczne powiedzonka bohaterów audycji – o ile stanowią one istotny jej element. Rejestrując bowiem tytuł jako znak towarowy, właściciel formatu uzyska prawo wyłączne do używania znaku w sposób zarobkowy lub zawodowy na określonym terytorium. Pozwoli to także zakazać osobom trzecim używania wyrażenia podobnego do zarejestrowanego znaku towarowego w stopniu, który łączy się z ryzykiem wprowadzenia odbiorców w błąd. Aby jednak możliwa była rejestracja tytułu lub bon motów, mu-

szą one nosić cechy oryginalności i mieć odpowiednią zdolność odróżniającą.

Ważnym elementem pozwalającym na ochronę koncepcji audycji będzie jej rejestracja w jednej z organizacji branżowych prowadzących rejestr formatów telewizyjnych. Będzie to miało w przeważającej mierze wymiar faktyczny, a nie prawny, jednak dla celów dowodowych – w wypadku ewentualnego sporu – istotne będzie wykazanie, że w określonym czasie i formie doszło do złożenia w organizacji branżowej dokumentów tworzących koncepcję utworu audiowizualnego. Jedną z takich organizacji jest FRAPA (Format Recognition and Protection Association). Na polskim rynku rejestr utworów prowadzi również Krajowa Izba Producentów Audiowizualnych.

Należy mieć na uwadze, że konieczność ochrony praw do formatu nie musi wiązać się jedynie z działaniami konkurencji. Może bowiem również dojść do konfliktu pomiędzy współtwórcami audycji co do faktu autorstwa lub jego zakresu. Z tego też względu warto zawczasu określić udział poszczególnych osób w tworzeniu formatu i precyzyjnie opisać ich rolę. Pomocne będzie także precyzyjne i konsekwentne dokumentowanie poszczególnych etapów prac nad formatem od początku ich prowadzenia.

Istotnym dowodem dla wykazania autorstwa będzie realizacja utworu audiowizualnego w oparciu o format, którego koncepcja podlega ochronie. Może mieć ona postać zarówno pilotażowego odcinka, jak i całej serii. Z pewnością jednak najbardziej doniosłą okolicznością dla skutecznej ochrony formatu będzie udzielanie licencji na korzystanie z niego innym podmiotom. W takim wypadku można będzie bowiem wykazać, że format jest obiektem obrotu i funkcjonuje na rynku jako przedmiot praw autorskich.

Wnioski końcowe

Choć ochrony prawnej formatu telewizyjnego można poszukiwać na kilku płaszczyznach, jej skuteczność uzależniona jest w przeważającej mierze od działań faktycznych podejmowanych przez twórcę formatu. Nie jest przesadą stwierdzenie, że ochrona formatu powinna się zacząć już w momencie powstawania koncepcji audycji w głowie jej autora. Każdy bowiem twórczy element produkcji powinien zostać odpowiednio udokumentowany, a przebieg prac nad formatem podporządkowany nie tylko jego biznesowemu celom, ale równolegle dostępnym środkom ochrony prawnej. Format można w tym zakresie przyrównać do know-how w przedsiębiorstwie, o którego ochronę należy zadbać zarówno w relacjach z podmiotami zewnętrznymi, jak i wewnątrz własnej organizacji.

Paweł Czajkowski, adwokat
kieruje specjalizacją prawa mediów

Opodatkowanie zagranicznych muzyków występujących w Polsce

Dariusz Wasylkowski
Wojciech Marszałkowski



Zagraniczni artyści występujący w Polsce oraz współpracujące z nimi agencje zazwyczaj nie wywiozą z naszego kraju całości uzyskanego tu zarobku. Część wynagrodzenia trafi do fiskusa za sprawą podmiotów organizujących wydarzenia artystyczne odpowiedzialnych za pobranie podatku u źródła.

Każdego miesiąca odwiedzają Polskę zagraniczne zespoły, indywidualni muzycy, dyrygenci lub orkiestry występujący na festiwalach, koncertach i prywatnych przyjęciach. Branża muzyczna jest branżą globalną, w związku z czym trudno się dziwić, że muzycy pochodzą ze wszystkich zakątków planety. By zrealizować te przedsięwzięcia, krajowe i zagraniczne impresariaty i agencje współpracują w celu ustalenia listy wykonawców albo negocjują warunki pojedynczych występów.

Zawiłość relacji i uwarunkowań towarzyszących występom zagranicznych artystów powinna zostać przez uczestników tego zbiorowego wysiłku przetłumaczona na język umów. Język umów z kolei przełożyć należy na język podatków.

Podatki dochodowe dla osób fizycznych i osób prawnych w ujęciu lokalnym

Muzycy niezamieszkujący w Polsce podlegają obowiązkowi podatkowemu w kraju tylko od dochodów osiąganych na terytorium Polski. To samo dotyczy podatników podatku dochodowego od osób prawnych niemających siedziby lub zarządu w Polsce.

Dochodami takimi są w szczególności dochody z działalności wykonywanej w Polsce. U osób fizycznych do przejawów takiej działalności zalicza się osobiste wykonywanie działalności artystycznej. W tym przypadku płatnik zobowiązany jest pobrać podatek dochodowy w formie ryczałtu w wysokości 20% przychodu.

Dochodami takimi są także opłaty wypłacane przez podmioty zlokalizowane w Polsce za usługi w zakresie działalności widowiskowej lub rozrywkowej wykonywanej przez osoby fizyczne albo osoby prawne zamieszkujące albo posiadające siedzibę poza Polską, świadczone w ramach wydarzeń organizowanych za pośrednictwem podmiotów prowadzących w Polsce działalność w zakresie imprez artystycznych lub rozrywkowych. Przepisy nakładają na płatnika obowiązek pobrania podatku w wysokości 20% przychodów.

Ponieważ zagraniczni artyści mogą być opodatkowani także w kraju, w którym stale zamieszkują, istnieje ryzyko podwójnego opodatkowania tego samego dochodu. Stąd polskie prawo nakazuje stosować powyższe zasady z uwzględnieniem umów o przeciwdziałaniu podwójnemu opodatkowaniu dochodów i kapitału zawartych przez Polskę.

Oznacza to, że prawo Polski do opodatkowania dochodu może ulec ograniczeniu w następstwie zastosowania przepisów prawa międzynarodowego. Podstawowym warunkiem zastosowania umów podatkowych jest, by płatnik był w stanie wykazać, że podatnik dla celów podatkowych jest rezydentem kraju, z którym Polska zawarła stosowną umowę.

I w ujęciu globalnym

Standard dla przepisów międzynarodowego prawa podatkowego wyznaczany jest przez Modelową kon-

wencję w sprawie podatku od dochodów i majątku stworzoną i rozwijaną przez Organizację Współpracy Gospodarczej i Rozwoju (OECD). W rzeczywistości umowy, które Polska zawarła z poszczególnymi krajami, znacząco się od siebie różnią.

Pierwsza zasada Modelowej Konwencji stanowi, że dochód osoby mającej miejsce zamieszkania poza Polską uzyskany z tytułu działalności artystycznej, na przykład artysty scenicznego, filmowego, radiowego lub telewizyjnego, jak też muzyka lub sportowca, osobiście wykonywanej w drugim umawiającym się państwie, może być opodatkowany w Polsce.

Oznacza to, że muzyk, który zawarł z polskim organizatorem festiwalu umowę w przedmiocie występu w Polsce, zostanie opodatkowany w Polsce zgodnie z przepisami prawa krajowego.

Druga zasada wyrażona w Modelowej Konwencji stanowi, że dochód mający związek z osobiście wykonywaną działalnością artysty nieprzypadający artyście, lecz innej osobie może być opodatkowany w kraju, w którym artysta wykonuje działalność.

Oznacza to, że dochód związany z działalnością artysty, który trafia do innego podmiotu, może zostać opodatkowany w kraju, gdzie artysta rzeczywiście występuje. Historycznie podnoszono wątpliwość co do tego, czy muzyk w rozumieniu Konwencji Modelowej jest artystą. Na dzień dzisiejszy wydaje się, że muzyk artystą jest – w równym stopniu w ujęciu potocznym, jak i prawnym.

Diabeł tkwi w szczegółach

Zasady wyrażone w Modelowej Konwencji warto znać, ale nie należy się do nich nadmiernie przywiązywać. Modyfikacje wprowadzane do poszczególnych umów podatkowych powodują, że trzeba drobiazgowo zbadać każdą z nich, mając na uwadze ich aktualną i historyczną wykładnię.

Poniżej poświęcimy po kilka zdań scenariuszom związanym ze stosowaniem umowy zawartej pomiędzy Polską i Japonią, Niemcami, Stanami Zjednoczonymi oraz Kanadą.

Przykład 1: Japoński artysta prowadzący w swoim kraju działalność gospodarczą w zakresie świadczenia usług polegających na dawaniu koncertów zawarł umowę z polską fundacją zajmującą się promowaniem muzyki. Na mocy umowy artysta ma świadczyć usługi w zakresie działalności widowiskowej.

W tym przypadku polska ustawa nakazywała opodatkowanie takiej działalności w Polsce. Ponieważ japoński artysta prowadzi działalność gospodarczą, umowa podatkowa z Japonią pozwala nie opodatkować takiego dochodu w Polsce i opodatkować go jedynie w Japonii. Regułę tę w interpretacjach podatkowych wywodzi się ze specyficznego języka postanowienia umowy podatkowej dotyczącej opodatkowania artystów, która nie wskazuje wprost na zasadę, że normy międzynarodowe dotyczące opodatkowania artystów

(co do zasady pozwalające na opodatkowanie dochodu w kraju źródła – Polsce) przeważają nad normami dotyczącymi działalności gospodarczej (co do zasady pozwalającymi na opodatkowanie dochodu w kraju rezydencji – w Japonii). Interpretacja ta bazuje na tej konkretnej umowie i wywiedziona została z historycznego brzmienia przepisów.

Modelowa Konwencja w dzisiejszym brzmieniu także nie wskazuje tej reguły wyraźnie, a oficjalny Komentarz do Modelowej Konwencji wywodzi tę zasadę z innego przepisu – dotyczącego prowadzenia działalności gospodarczej.

Przykład 2: Niemiecka orkiestra zorganizowana w formie osoby prawnej podpisała umowę, na mocy której miała dać koncert w Polsce. Umowa nie zakładała podziału wynagrodzenia należnego orkiestrze pomiędzy poszczególnych muzyków lub pomiędzy muzyków i osobę prawną.

W tym przypadku polska ustawa ponownie nakazywała opodatkowanie takiej działalności w Polsce. Możliwość niepobrania podatku w Polsce musiałaby wynikać z postanowień umowy podatkowej z Niemcami. W tym przypadku jednak postanowienie umowy podatkowej dotyczące opodatkowania artystów wskazuje, że dochód związany z osobiście wykonywaną działalnością artysty lub sportowca, który przypada innej osobie (prawnej), może być opodatkowany w Polsce z uwagi na to, że w Polsce mają miejsce koncerty, z którymi wiąże się dochód.

Umowa podatkowa z Niemcami zawiera dodatkowe postanowienie pojawiające się także w innych umowach zawartych przez Polskę. Stanowi ono, że jeśli pobyt artysty w Polsce jest całkowicie lub głównie opłacany z funduszy publicznych Polski lub Niemiec, kraju związkowego lub innych wybranych podmiotów, umowę podatkową stosuje się z pominięciem przepisów dotyczących opodatkowania artystów.

Przykład 3: Amerykański muzyk przyjeżdża na festiwal do Polski. Występuje na tym festiwalu za wynagrodzeniem wypłacanym przez instytucję organizującą festiwal.

Po raz kolejny polska ustawa nakazuje opodatkowanie muzyka w Polsce. Umowa podatkowa obowiązująca pomiędzy Polską a Stanami Zjednoczonymi podpisana w 1974 r. nie zawiera w ogóle postanowień dotyczących opodatkowania artystów. Tym samym zastosowanie znajdują inne postanowienia zawarte w umowie. Praktyka organów podatkowych wskazuje na zastosowanie przepisów dotyczących wykonywania wolnych zawodów oraz zysków z działalności gospodarczej, które co do zasady pozwalają na opodatkowanie dochodu artysty jedynie w kraju rezydencji – poza Polską.

W 2013 r. Polska zawarła ze Stanami Zjednoczonymi nową umowę o unikaniu podwójnego opodatkowania. Umowa ta nie weszła jeszcze w życie. Gdy to nastąpi, a ten sam amerykański muzyk powróci do Polski na reedycję festiwalu, można spodziewać

się, że polskie prawo niezmiennie nakazywać będzie opodatkowanie muzyka w Polsce. Umowa o unikaniu podwójnego opodatkowania zawierać będzie regułę, zgodnie z którą Polska będzie miała prawo do opodatkowania artysty również w sytuacji, gdy uzyskany przez niego dochód wiązałby się z prowadzoną przez niego działalnością gospodarczą lub świadczoną pracą. Prawo Polski do nałożenia podatku zostanie jednak ograniczone, jeżeli kwota przychodu brutto takiego artysty włącznie ze zwróconymi wydatkami lub wydatkami poniesionymi na jego rzecz nie przekroczy dwudziestu tysięcy dolarów amerykańskich rocznie.

Przykład 4: Powołane do zajmowania się sprawami kultury instytucje państwowe w Polsce i Kanadzie postanowiły zacieśnić współpracę w zakresie wymiany kulturalnej dotyczącej regionalnych zespołów pieśni i tańca. W związku z tym kwartet muzyków folkowych wraz z tancerzami z Quebecu przyjeżdża do Polski, by dać serię koncertów, w zamian za co otrzyma wynagrodzenie.

Niezmiennie, polska ustawa nakazuje opodatkowanie dochodu muzyków w Polsce. Również podstawowe zasady wynikające z umowy podatkowej będą potwierdzały prawo Polski do nałożenia podatku. Umowa z Kanadą zawiera jednak dodatkową normę, która powoduje, że działalność artystyczna wykonywana w ramach wymiany kulturalnej pomiędzy Polską a Kanadą może być zwolniona z opodatkowania w Polsce.

Im głębiej w las, tym więcej drzew

Przykłady opisane powyżej dotyczą prostych scenariuszy. Dają one jednak przedsmak wielości wariantów, które mogą wystąpić przy stosowaniu umów o unikaniu podwójnego opodatkowania w sprawach dotyczących opodatkowania artystów – zarówno w sytuacji, gdy zagraniczni muzycy odwiedzają Polskę, jak i gdy polscy muzycy ruszają w zagraniczne trasy koncertowe.

Komplikacje mogą wiązać się z udziałem większej ilości podmiotów – np. pośredników lub promotorów. Większej finezji wymagać może także ocena opodatkowania wynagrodzenia wypłacanego artystom za zezwolenie na rozpowszechnianie wizerunku, użytkowanie praw autorskich lub udzielenie wywiadu.

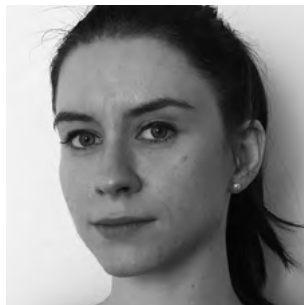
Subtelne, ale istotne różnice w brzmieniu przepisów wymagają od podatników dużej staranności, a także pokładów wyobraźni co do tego, co jeszcze mógłby zechcieć opodatkować fiskus.

Dariusz Wasylkowski, adwokat, doradca podatkowy
wspólnik odpowiedzialny za praktykę podatkową,
pomocy publicznej i doradztwa dla klientów indywidualnych

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

Policja ekologiczna

Nina Kuśnierkiewicz
dr Dominik Wałkowski



Niedawne nowelizacje przepisów znacząco zwiększyły uprawnienia Inspekcji Ochrony Środowiska. Inspektorzy zyskali poszerzoną możliwość prowadzenia kontroli bez uprzedniego zawiadomienia o zamiarze jej wszczęcia, uprawnienie do prowadzenia czynności przez całą dobę, również w dni wolne od pracy, oraz prawo żądania od przedstawicieli kontrolowanego składania oświadczeń pod rygorem odpowiedzialności karnej. Cel: zwiększenie skuteczności działań inspekcji i skrócenie czasu reakcji na zgłaszane naruszenia z zakresu ochrony środowiska. Czego w wyniku tych zmian mogą spodziewać się przedsiębiorcy?

Inspekcja Ochrony Środowiska jest powołana do kontroli przestrzegania przepisów o ochronie środowiska oraz badania i oceny stanu środowiska. Kontroluje podmioty, które w ramach prowadzonej działalności gospodarczej korzystają ze środowiska, to znaczy emitują gazy lub pyły do atmosfery, gospodarują odpadami czy też korzystają z usług wodnych.

Zmiany bez wątpienia były potrzebne. Rosnące obciążenie regulacyjne przedsiębiorców korzystających ze środowiska, nasilająca się liczba wniosków o interwencje ze strony mieszkańców, a także niepokojące doniesienia medialne o pożarach składowisk, nielegalnych przemieszczeniach i szkodliwym dla środowiska postępowaniu z odpadami wymagały usprawnienia kontroli i egzekwowania przestrzegania przepisów prawa ochrony środowiska. Nie bez znaczenia dla zwiększenia uprawnień inspektorów był też rozwój szarej strefy w zakresie gospodarki odpadami.

Zadanie: ściganie

Inspektorów wyposażono zatem w nowe uprawnienia, podobne do tych, którymi dysponują organy ścigania. Formalnie do zadań Inspekcji Ochrony Środowiska należy również ściganie przestępstw przeciwko środowisku określonych w Kodeksie karnym oraz wykroczeń, w tym wnoszenie i popieranie aktów oskarżenia. Stworzono również nowe etaty i przyznano dodatkowe środki na funkcjonowanie inspekcji w nowym otoczeniu prawnym.

Inspektorzy uzyskali możliwość przeprowadzania kontroli całą dobę przez wszystkie dni w roku przy zastosowaniu nowych środków kontroli. Mogą przeprowadzać kontrole bez zachowania 7-dniowego terminu dla zawiadomienia o zamiarze ich wszczęcia. Pomiary i badania mogą być wykonywane przy użyciu dronów. Inspektorzy mogą żądać uruchomienia instalacji lub urządzeń w zakresie niezbędnym do przeprowadzenia badań.

Wiele czynności może być podejmowanych przez inspektorów poza ramami kontroli, po okazaniu legitymacji, co może być szczególnym zaskoczeniem dla przedsiębiorców. Dodatkowe uprawnienia przysługują inspektorom w przypadku powzięcia uzasadnionego podejrzenia popełnienia przestępstwa przeciwko środowisku. Do uprawnień tych należą: obserwowanie i rejestrowanie obrazu zdarzeń oraz dźwięku, gromadzenie i zabezpieczanie dowodów popełnienia przestępstwa lub wykroczenia. Inspektorzy mogą również żądać pisemnych lub ustnych informacji oraz przesłuchiwać osoby. Mogą również dokonywać oględzin pomieszczeń i innych miejsc, zatrzymywać lub przeszukiwać pojazdy przewożące towary oraz kontrolować dokumenty związane z przewozem towaru, jeżeli zachodzi podejrzenie przewożenia odpadów.

Zgodnie z nowymi przepisami w trakcie kontroli wojewódzki inspektor ochrony środowiska może wydać decyzję w przedmiocie wstrzymania działalno-

ści w zakresie stwarzającym zagrożenie zdrowia lub życia ludzi albo zagrożenie zniszczenia środowiska. Taka decyzja podlega natychmiastowemu wykonaniu. Przepisy wyłączyły możliwość jej wstrzymania, nawet przez sąd administracyjny rozpatrujący skargę, co jest rozwiązaniem zupełnie wyjątkowym.

Udzielanie informacji pod rygorem odpowiedzialności karnej

W toku kontroli inspektorzy mogą żądać okazania dokumentów, w tym dokumentów finansowych, i udostępnienia wszelkich danych mających związek z problematyką kontroli. Mogą również żądać pisemnych lub ustnych informacji oraz wzywać i przesłuchiwać osoby w zakresie niezbędnym dla ustalenia stanu faktycznego, przy jednoczesnym pouczeniu ich o odpowiedzialności karnej za składanie fałszywych zeznań, o której mowa w Kodeksie karnym. W poprzednim stanie prawnym inspektorzy dysponowali podobnym uprawnieniem, jednakże nie było ono obwarowane pouczeniem o odpowiedzialności karnej. Ta różnica to nie jest tylko kwestia sformułowania przepisów. Prawidłowe pouczenie jest bowiem warunkiem niezbędnym ponoszenia odpowiedzialności na podstawie art. 233 Kodeksu karnego. To zaś oznacza, że składanie inspektorom nieprawdziwych oświadczeń może być przestępstwem. Warto przypomnieć, że odpowiedzialność ta jest bardzo surowa: kto, składając zeznanie mające służyć za dowód w postępowaniu sądowym lub w innym postępowaniu prowadzonym na podstawie ustawy, zeznaje nieprawdę lub zataja prawdę, podlega karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 8.

Jak to wygląda w praktyce? Regułą w postępowaniach kontrolnych jest pozyskiwanie informacji od przedstawicieli kontrolowanego przedsiębiorcy, w formie pisemnych oświadczeń lub danych przekazywanych ustnie. Mogłoby się wydawać, że opisane wyżej ryzyko odpowiedzialności karnej wystąpi jedynie w skrajnych przypadkach, w których przedstawiciel kontrolowanego podmiotu celowo wprowadzając inspektorów w błąd, przedstawiają sfałszowane dane lub po prostu kłamią.

Rzeczywistość często weryfikuje takie wyobrażenia; ryzyko odpowiedzialności karnej jest bardziej realne. Stres i pośpiech towarzyszą kontroli skutkuje błędami. Niekiedy pracownicy kontrolowanego przedsiębiorcy, uświadamiając sobie nieprawidłowości, próbują tak formułować wypowiedzi, aby nie ujawniać niekorzystnych w ich ocenie informacji i nie zaszkodzić pracodawcy. Jeszcze częściej pracownicy nie dysponują konieczną wiedzą o danym aspekcie funkcjonowania zakładu. Z obawy przed ewentualną odpowiedzialnością służbową pragną zatuszować takie braki, przekazując niezawerifikowane informacje lub subiektywnie opisując stan faktyczny. Prowadzenie niezapowiedzianych kontroli może zintensyfikować te zjawiska, gdyż

pod nieobecność kompetentnych przedstawicieli kontrolowanego podmiotu informacji mogą udzielać osoby niemalże przypadkowe, które często mają szczątkową wiedzę o funkcjonowaniu instalacji, bądź zaskoczone kontrolą udzielą niewłaściwych informacji.

Ostrożność i szkolenia

Niezbędne jest zatem odpowiednie przeszkolenie osób, które mogą udzielać informacji inspektorom, a także ustalenie, kto i w jakich okolicznościach jest odpowiedzialny za udzielanie wyjaśnień. W toku kontroli warto przedstawiać tylko takie dane, co do których mamy pewność, możemy je zweryfikować i w razie potrzeby odtworzyć źródło, z którego pochodzą, na podstawie dokumentów, zapisów monitoringu, notatek służbowych, korespondencji wewnętrznej itp. Najlepiej od razu upewnić się, że źródło bądź dokumentacja, z których zaczerpnięto dane, są odpowiednio zabezpieczone i w razie potrzeby można je odtworzyć – nawet kilka lat po zakończeniu kontroli.

Lepiej zatem zachowywać się
powściągliwie, nie przekazywać
wiadomości i nie podawać danych,
których prawdziwości
nie jest się pewnym.

Jednocześnie warto zwrócić uwagę, że utrudnianie organowi Inspekcji Ochrony Środowiska przeprowadzenia kontroli podlega karze pieniężnej w wysokości od 10 000 zł do 100 000 zł. Tam, gdzie pojawiają się wątpliwości lub informujący nie ma pewności, czy informacje, którymi dysponuje, są zgodne ze stanem faktycznym, powinien to wyraźnie zaznaczyć. Gdy podawane ustnie informacje są zapisywane przez inspektorów, niezbędna jest ich weryfikacja.

Nowe rozwiązania są również o wiele bardziej niebezpieczne dla kadry kierowniczej kontrolowanego zakładu wówczas, gdy projekt informacji jest sporządzany przez pracownika, lecz sam dokument podpisuje np. członek zarządu. Osoba podpisująca dokument może *de facto* przejąć odpowiedzialność za jego prawidłowość. Próba uniknięcia odpowiedzialności poprzez powołanie się na to, że treść dokumentu zo-

stała opracowana przez kogoś innego, będzie zapewne nieudana.

Konsekwencje wprowadzenia inspektorów w błąd

Oczywiście udzielanie fałszywych informacji nie tylko może skutkować odpowiedzialnością karną, lecz będzie miało negatywne konsekwencje w ewentualnych postępowaniach wszczętych w następstwie czynności kontrolnych. Jeżeli informacje przekazane w ten sposób będą wykazywać wystąpienie nieprawidłowości, to utrwalone w formie dokumentu oświadczenia kontrolowanego podmiotu mogą okazać się wystarczające do wszczęcia postępowania przeciwko przedsiębiorcy. Samo oświadczenie będzie dowodem w takim postępowaniu. Jego skorygowanie może okazać się bardzo trudne, a wykazywanie, że błędne informacje przekazano omyłkowo, może okazać się nieprzekonujące dla organów. W większości przypadków konieczne będzie wyszukanie dokumentów, które potwierdzą rzeczywisty stan faktyczny i potwierdzą wystąpienie błędu. W przypadku braku zabezpieczonych dowodów może to okazać się niemożliwe.

Nowe przepisy zwiększają uprawnienia kontrolerów Inspekcji Ochrony Środowiska. Pozornie zmiany zmierzają tylko do zwiększenia efektywności działań kontrolnych i eliminacji naruszeń prawa ochrony środowiska. Konsekwencje zmian należy jednak postrzegać w głębszym wymiarze. Stawiają one kontrolowanych w trudniejszej sytuacji. Konieczne jest zatem odpowiednio wcześnie przygotowanie się do kontroli, prawidłowe dokumentowanie realizowanych działań, przygotowanie organizacyjne i merytoryczne pracowników, wprowadzenie procedur kontaktów z przedstawicielami Inspekcji Ochrony Środowiska oraz utrwalanie informacji o zakresie korzystania ze środowiska, a być może nawet przereklamowanie polityk compliance w przedsiębiorstwie w celu uniknięcia opisywanego wyżej ryzyka.

Nina Kuśnierkiewicz
praktyka prawa ochrony środowiska

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

#SustainableFinance, czyli jak zmniejszyć koszty finansowania, wspierając zrównoważony rozwój

Łukasz Szegda
Sylvia Boguska



W obliczu globalnego kryzysu ekologicznego również branża finansowa szuka sposobów na wsparcie działań na rzecz zrównoważonego rozwoju. Banki coraz aktywniej udzielają kredytów, których celem jest motywowanie przedsiębiorców do zwiększania skali takich działań. Również na rynku polskim odnotowaliśmy w ostatnich miesiącach pierwszą innowacyjną transakcję kredytu odpowiedzialnego społecznie przeprowadzaną przez jedną z największych krajowych spółek energetycznych.

Skala inwestycji koniecznych w najbliższych latach, aby osiągnąć ambitne unijne cele środowiskowe, daleko przekracza możliwości sektora publicznego. Dlatego oprócz szeregu działań na poziomie Unii Europejskiej, w tym działań regulacyjnych, bardzo istotna jest również rola sektora finansowego. Aktywność w procesie pobudzania takich zmian przejawiają organizacje branżowe, w tym kluczowa dla rynku kredytów konsorcjalnych w Europie Loan Market Association (LMA). Po opublikowaniu rekomendacji dotyczących standardów przyznawania ekologicznych kredytów (tzw. „*green loans*”) organizacja postanowiła kontynuować „zielony” trend. Jako że globalne wyzwania wymagają globalnej współpracy, LMA wspólnie z jej odpowiednikami w innych regionach świata (LSTA oraz APLMA) opracowała rekomendację zasad udzielania kredytów w oparciu o zasady zrównoważonego rozwoju (tzw. *Sustainability Linked Loan Principles* – SLLP).

Kredyty wspierające zrównoważony rozwój a inne proekologiczne sposoby finansowania

Cel włączenia takich produktów do oferty banków jest analogiczny jak w przypadku zielonych kredytów. Mają one skłaniać kredytobiorców do prowadzenia działalności przyjaznej środowisku i realizacji innych społecznie odpowiedzialnych celów. Za osiągnięcie takich celów kredytobiorcy mają być „wynagradzani” zmniejszeniem marży (co nie jest elementem kluczowym dla „zielonych” kredytów). Inaczej niż w klasycznych „zielonych” kredytach, środki z tego rodzaju kredytów nie muszą być przeznaczone na projekt związany ze ochroną środowiska. Nie trzeba też wyodrębnić środków pochodzących z takich kredytów i kontrolować ich wykorzystywania (jak w przypadku „zielonych” kredytów zgodnych z rekomendacjami LMA), bo mogą być one przeznaczone na ogólną bieżącą działalność kredytobiorcy. Nie wyklucza to takiego ustrukturyzowania danego kredytu, aby spełniał zarówno omawiane tu rekomendacje w zakresie zrównoważonego rozwoju (SLLP), jak i wytyczne dotyczące *stricte* ekologicznych kredytów (tzw. *Green Loan Principles*, GLP).

Dla pełnego obrazu, oprócz „zielonych” kredytów zgodnych z rekomendacjami LMA (*GLP compliant*) na rynku udzielane są też kredyty przeznaczone co prawda na cele wspierające ochronę środowiska (np. na środki masowego transportu), ale niespełniające w pełni wskazanych przez LMA zasad „zielonych” kredytów.

Rekomendacje SLLP mogą mieć zastosowanie do wszelkiego rodzaju produktów kredytowych, głównie kredytów obrotowych, w mniejszym stopniu terminowych (w tym w transakcjach lewarowanych), jak również limitów kredytowych pod gwarancje czy akredytywy.

Jak pokazują coraz liczniejsze przykłady rynkowe, finansowania wspierające zrównoważony rozwój znajdują zastosowanie w bardzo różnych branżach i sektorach, w tym m.in. w energetyce (co widać też na przykładzie wspomnianej pierwszej polskiej transakcji), przedsię-

biorstwach komunalnych, telekomunikacji, rolnictwie, przemyśle odzieżowym, produkcji opakowań, przemyśle chemicznym, stoczniowym, branży lotniczej, edukacji, hotelarstwie, jak również w branży deweloperskiej.

Założenia SLLP

Kluczowym założeniem SLLP jest spełnienie przez potencjalnego kredytobiorcę wybranych *Sustainability Performance Targets* (SPT), czyli mierzalnych celów w zakresie zrównoważonego rozwoju, które mają być utrzymywane na wyznaczonym poziomie w okresie kredytowania. Orientacyjna lista SPT została przedstawiona w załączniku do zasad SLLP. Wśród proponowanych celów wymieniono m.in. oszczędność w zużyciu wody, podniesienie wydajności energetycznej, pozyskiwanie energii ze źródeł odnawialnych czy zmniejszenie ilości wydalanych gazów cieplarnianych. Wskazano też cele niezwiązane z ochroną środowiska, np. zwiększenie ilości wybudowanych mieszkań dostępnych dla mniej zamożnych oraz poprawę warunków i bezpieczeństwa pracy.

W załączniku wskazano jedynie przykłady, dlatego w konkretnej transakcji można uzgodnić inne cele, np. redukcję nieprzetwarzalnych odpadów. Ustalenie celów SPT satysfakcjonujących dla kredytobiorcy i banku oraz spełnianie ich w okresie spłaty zobowiązania prowadzi przede wszystkim do zmniejszenia kosztu kredytu. W dłuższej perspektywie pozwala ponadto dostosować model biznesowy do standardów środowiskowych, przyciągnąć nowych inwestorów oraz pozytywnie wpłynąć na reputację przedsiębiorców i banków.

Komponenty SLLP

SLLP składa się z czterech głównych komponentów, które mają wykazać zaangażowanie przedsiębiorcy w działania na rzecz zrównoważonego rozwoju. Są to: przedstawienie celów w kontekście zasad społecznej odpowiedzialności biznesu (*Corporate Social Responsibility*, CSR), ustalenie celów (SPT), raportowanie osiągniętych wyników oraz ich ocena.

• Cele SPT w kontekście CSR

Pierwszym krokiem jest zaprezentowanie ogólnej strategii CSR przedsiębiorstwa (lub strategii ESG: *environmental, social, governance*) oraz wykazanie, w jaki sposób cele SPT korespondują z przyjętymi założeniami społecznej odpowiedzialności biznesu. W celu uwiarygodnienia swojego działania, dobrą praktyką jest przedstawienie przez przedsiębiorcę standardów środowiskowych oraz certyfikatów, do których uzyskania dąży.

• Ustalenie celów zrównoważonego rozwoju (SPT)

Rekomendacje SLLP zakładają, że określone cele w zakresie zrównoważonego rozwoju zostaną wynegocjowane i ustalone odrębnie dla danej transakcji kredytowej. W transakcjach konsorcjalnych przy ustaleniu tych celów może pomóc specjalny agent lub koordynator (*sustainability coordinator, sustainability structuring agent*) wyzna-

czony typowo spośród banków konsorcjum. Wskazanie celów może nastąpić w oparciu o wewnętrzną strategię przedsiębiorcy lub zostać zaopiniowane przez niezależny zewnętrzny podmiot w odniesieniu do kryteriów rynkowych. Taka ocena potwierdzająca ustalenie właściwych celów SPT może zostać wskazana w umowie kredytowej jako warunek zawieszający udostępnienia kredytu. Jest to bardzo istotna część procesu i wymaga m.in. znajomości wskaźników referencyjnych typowych dla celów właściwych w danej branży. Trudność w ustaleniu właściwych celów i ich odpowiednich poziomów może być jednym z powodów zniechęcających kredytobiorców do korzystania z tego rodzaju kredytu.

Potwierdzenie osiągnięcia określonego celu SPT w okresie kredytowania jest warunkiem zmniejszenia marży kredytowej (która początkowo jest na poziomie podobnym do innych kredytów na rynku). Analogicznie brak osiągnięcia ustalonego celu może prowadzić do zwiększenia kosztu finansowania. W tym drugim przypadku może powstać pytanie, czy nieosiągnięcie celu jest wynikiem niewystarczających wysiłków po stronie kredytobiorcy, czy też wyznaczenia zbyt ambitnych celów. Ogólne założenie jest takie, aby zasady motywowały kredytobiorcę do stałej poprawy osiągnięć w zakresie zrównoważonego rozwoju przez cały okres trwania kredytu.

• Raportowanie

W trakcie spłaty kredytobiorca musi prezentować swoje osiągnięcia w zakresie realizacji przyjętych celów SPT (w tym m.in. wszelkie ratingi ESG). W celu utrzymania transparentności i wiarygodności zachęca się przedsiębiorców do udostępniania rynkowi uzyskiwanych wyników. Jednak w razie potrzeby zachowania poufności kredytobiorca jest obowiązany do przedłożenia wyników (wraz z metodologią i założeniami) co najmniej wszystkim kredytodawcom.

• Ocena

Sposób oceny realizacji wyznaczonych celów w zakresie zrównoważonego rozwoju ustala się w zależności od danej transakcji. Jeśli podmiot nie publikuje swoich danych rynkowych i nie ma wykwalifikowanych pracowników, którzy mogliby dokonać takiej oceny, pożądane jest zaangażowanie zewnętrznego profesjonalnego i niezależnego konsultanta, który co najmniej raz w roku oceni realizację ustalonych celów SPT. W większości przeprowadzonych transakcji tego rodzaju banki wymagały zaangażowania zewnętrznego eksperta.

Alternatywą może być opracowanie wewnętrznej ekspertyzy porównującej cele wyznaczone i osiągnięte. Szczególnie w przypadku spółek publicznych, które udostępniają swoje dane rynkowe, dla banku wystarczający może być komunikat spółki oparty o wewnętrzną ocenę. W każdym przypadku musi ona rzetelnie przedstawiać metodologię wyliczeń. Na ich podstawie bank ocenia efektywność kredytobiorcy w wypełnianiu warunków kredytowania, co jest podstawą do ustalenia kosztu kredytu.

Rekomendacje SLLP a rynek polski

Jak wspomnieliśmy na wstępie, rynek takich transakcji w Polsce dopiero raczkuje. Pierwsza transakcja odnawialnego kredytu odpowiedzialnego społecznie (tzw. *ESG-linked loan*) została przeprowadzona na rynku polskim we wrześniu 2019 r. Kredytobiorcą była jedna z największych krajowych spółek energetycznych, a kredyt na maksymalną kwotę 2 mld złotych został udzielony na okres 5 lat przez konsorcjum pięciu banków. Jeden z nich pełni rolę koordynatora i agenta ESG. Ustalone cele związane z działalnością na rzecz środowiska naturalnego, odpowiedzialności społecznej i w zakresie jakości zarządzania (cele ESG) będą oceniane przez zewnętrzną agencję ratingową. Wystawiany rating ESG będzie przekazywany do banków. Jeśli potwierdzi on spełnienie ustalonych celów, marża kredytowa zostanie obniżona. Środki z kredytu mają być wykorzystane m.in. na cele związane z energią odnawialną oraz poprawą efektywności energetycznej, w żadnym wypadku na cele związane z energią węglową.

Mamy nadzieję, że transakcja ta zachęci inne polskie banki i kredytobiorców do przeprowadzenia kolejnych transakcji finansowań realizujących cele zrównoważonego rozwoju.

Podsumowanie

Przedstawione zalecenia SLLP mają wyznaczać standard rynkowy, który ujednoliciłby praktykę oraz przybliżył ramy funkcjonowania kredytów wspierających zrównoważony rozwój szerszemu gronu uczestników rynku. Co prawda rekomendacje LMA mają wyłącznie moc niewiążących zaleceń, których przestrzeganie nie jest w żaden sposób egzekwowane, jednak działania podejmowane przez LMA, ze względu na renomę tej organizacji, w dużym stopniu wpływają na rynek. Tego rodzaju działania na poziomie instytucji finansowych są komplementarne z szerszymi działaniami rządowymi i regulacyjnymi, w szczególności na poziomie instytucji międzynarodowych.

Kredyty wspierające zrównoważony rozwój poszerzają proekologiczną ofertę rynku finansowego. Rynek tych kredytów jest na początkowym stadium rozwoju i wymaga dalszych działań w kierunku standaryzacji produktu i metod oceny spełniania celów SPT. Niemniej jednak już teraz, jeszcze przed uzyskaniem kluczowego wsparcia regulacyjnego, wartość udzielonych kredytów tego rodzaju szybko rośnie i w 2019 r. przekroczyła już wartość udzielonych „zielonych” kredytów. Mamy nadzieję, że wraz ze wzrostem świadomości spółek i inwestorów w zakresie wpływu ich działalności na środowisko kredyty te będą miały coraz szersze zastosowanie również w Polsce.

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

Sylvia Boguska
praktyka bankowości i finansowania projektów

Tokenizacja aktywów

Krzysztof Wojdyło



Pomimo ubiegłorocznych spektakularnych spadków wartości wielu kryptowalut technologia blockchain rozwija się dalej. Jednym z najciekawszych zjawisk obserwowanych w świecie blockchaina w ostatnich miesiącach są coraz śmielsze próby zmierzające do tokenizacji kolejnych rodzajów aktywów. To zjawisko, które może istotnie przeobrazić wiele obszarów gospodarki i modeli biznesowych. Przyjrzyjmy się próbom tokenizacji podejmowanym w odniesieniu do aktywów finansowych, praw własności intelektualnej oraz danych, nie tylko osobowych.

Czym jest tokenizacja?

Mówiąc o tokenizacji w kontekście technologii blockchainowych, mamy najczęściej na myśli proces polegający na wykorzystaniu ustandaryzowanego formatu zapisu w zdecentralizowanym rejestrze w celu stworzenia cyfrowego nośnika określonej wartości. Sam zapis w zdecentralizowanym rejestrze jest treściowo neutralny, stanowi jedynie rozwiązanie technologiczne, którego znaczenie płynie z innych źródeł.

Swoistymi tokenami są np. kryptowaluty, których znaczenie jest często wynikiem określonej konwencji ustalonej mniej lub bardziej formalnie przez społeczność korzystającą z danego rodzaju tokenu. W przypadku innych tokenów możemy wyobrazić sobie sytuacje, w których znaczenie danego tokena jest określone przez umowę, oświadczenie woli lub ustawę.

Czy tokenizacja ma sens?

Tokenizacja ma wiele potencjalnych zalet. Przede wszystkim może istotnie zwiększyć dostępność danego aktywa. Przy wykorzystaniu technologii zdecentralizowanych (zwłaszcza tzw. blockchainów publicznych), po stokenizowaniu dane aktywo staje się dostępne dla każdego użytkownika zdecentralizowanego rejestru. Bezpieczny i efektywny obrót takim aktywem na skalę globalną przestaje być technologicznym wyzwaniem.

To otwiera przestrzeń dla zupełnie nowych modeli gospodarki. Inwestowanie w wiele rodzajów aktywów może stać się znacznie bardziej zdemokratyzowane. Rola pośredników animujących tradycyjne rynki obrotu aktywami może ulec istotnemu przeobrażeniu. Rynki niektórych aktywów mogą zyskać nową płynność. Patrząc z tej perspektywy, tokenizacja jest bardzo interesującym rozwiązaniem, szczególnie dla tych aktywów, które nie były do tej pory cyfrowe lub które z różnych względów podlegały do tej pory istotnym praktycznym ograniczeniom w zakresie obrotu.

Czy stokenizować można wszystko?

Proces tokenizacji ma oczywiście swoje ograniczenia. W największym stopniu dotyczą one tych rodzajów aktywów, które są już szczegółowo uregulowane w istniejących systemach prawa. Przepisy określają często formę takich aktywów oraz zasady prowadzenia obrotu takimi aktywami. Nie zawsze są to zasady, które odpowiadają specyfice i naturze technologii blockchain. Tokenizacja takich aktywów może wymagać zmiany przepisów prawa.

W innych przypadkach tokenizacja będzie wprowadzić technologicznie i regulacyjnie możliwa, ale znaczenie konkretnych czynności dokonywanych z tokenami będzie określone przez lokalne przepisy prawa, które mogą wprowadzać dodatkowe wymogi i ograniczenia dla takich czynności. W takim przypadku to często technologia będzie musiała dostosować się do istniejących ram prawnych.

Stosunkowo najłatwiej tokenizować aktywa, które są bardzo słabo uregulowane. W takim przypadku technologia ma praktycznie nieograniczone pole do manewru.

Poniżej przedstawiam przykłady trzech rodzajów aktywów, które próbuje się aktualnie tokenizować. Każdy z nich ma swoją specyfikę, która rzutuje na szczegóły stosowanych rozwiązań oraz pokazuje różnorodność wyzwań, które wiążą się z procesami tokenizacji.

Tokenizacja aktywów finansowych

Dotychczasowy model cyfryzacji aktywów finansowych, w szczególności papierów wartościowych, zakładał cyfryzację kontrolowaną, dokonywaną za pomocą ustawodawcy i regulacji. Wynikało to przede wszystkim z tego, że technologie cyfrowe funkcjonowały w paradygmacie technologii scentralizowanych (opartych o centralny podmiot administrujący). Trzeba było również zapewnić odpowiedni poziom zaufania w cyfrowym systemie. Stąd warunkiem cyfryzacji aktywów finansowych było uprzednie stworzenie ram prawnych i odpowiedniego systemu nadzoru nad instytucjami pełniącymi krytyczną rolę w systemie (np. depozytariuszy cyfrowych papierów wartościowych, izb rozliczeniowych itp.). W efekcie w gospodarkach rozwiniętych aktywa finansowe już dzisiaj mają w wielu przypadkach postać cyfrową. Funkcjonują one jednak w infrastrukturze wysoce scentralizowanej oraz regulowanej. W konsekwencji, pomimo istniejących możliwości technicznych, rynki finansowe, przynajmniej z perspektywy zwykłego konsumenta, nadal nie są w pełni zglobalizowane. W wielu obszarach istnieje duża bariera wejścia, a niewielka wartość dodana generowana w dobie niskich stóp procentowych jest w dużej mierze konsumowana przez pośredników.

Zmianą, którą potencjalnie przynosi ze sobą technologia zdecentralizowana, jest możliwość zapewnienia porównywalnego poziomu zaufania za pomocą technologii kryptograficznych, bez konieczności kontrolowania obrotu przez pośredników.

Technologicznie staje się zatem możliwe stworzenie prawdziwie globalnych rynków, otwartych praktycznie dla każdego konsumenta, z istotnie zredukowaną rolą pośredników.

Jest to wizja na tyle atrakcyjna, że nie dziwi fakt, iż jednym z najbardziej widocznych trendów w ostat-

nich miesiącach są próby tokenizowania tradycyjnych instrumentów finansowych. Kolejnym informacjom o wycofywaniu się spółek z tradycyjnych giełd towarzyszy coraz większa liczba informacji o projektach STO (*Security Token Offering*) polegających na publicznym oferowaniu stokenizowanych tradycyjnych aktywów finansowych. Nie chodzi przy tym jedynie o cyfryzację tych aktywów (tak jak wskazałem powyżej, większość tych aktywów już dzisiaj ma postać cyfrową), ale przede wszystkim o wydobywanie pozostałej wartości dodanej, którą potencjalnie przynosi technologia zdecentralizowana, a której nie daje istniejąca obecnie infrastruktura rynków finansowych.

W tym kontekście należy koniecznie wspomnieć o bardzo ciekawym rozwiązaniu, które już niedługo zostanie wprowadzone do systemu polskiego prawa. Chodzi o przepisy o prostej spółce akcyjnej (PSA). Umożliwią one prowadzenie rejestru akcjonariuszy takich spółek z wykorzystaniem technologii blockchainowej. Otwiera to możliwość prowadzenia ciekawych eksperymentów zmierzających do pierwszych prób tokenizowania akcji polskich spółek. Począwszy od stycznia 2021 r. analogiczna możliwość będzie istniała również w odniesieniu do zwykłych niepublicznych spółek akcyjnych.

Tokenizacja praw IP

Cyfryzacja praw IP jest jeszcze mniej zaawansowana niż w przypadku aktywów finansowych. Istnieją wprowadzić odpowiednie cyfrowe rejestry praw IP, nadal jednak w praktyce niemożliwy jest w pełni cyfrowy i efektywny obrót tymi prawami (choćby na wzór obrotu akcjami na giełdzie). Dzieje się tak m.in. z powodu ograniczeń regulacyjnych, które określają zasady obrotu tymi prawami.

niemiecka platforma Bernstein (www.bernstein.io), która pozwala tworzyć cyfrowe certyfikaty pochodzenia treści. Rozwiązania takie mogą ułatwiać i zwiększać bezpieczeństwo wielu czynności wykonywanych w związku z prawami IP, takich jak umowy o zachowaniu poufności czy umowy licencyjne.

Innym widocznym trendem jest tworzenie systemów zarządzania prawami IP w przemyśle kreatywnych. Celem wielu z tych rozwiązań jest przełamanie monopolu dużych systemów streamingowych i stworzenie przestrzeni dla bezpośredniej interakcji pomiędzy twórcami i odbiorcami treści. Rozwiązania te przewidują najczęściej możliwość tworzenia cyfrowych tożsamości dla utworów oraz oparcie zarządzania prawami IP na smart kontraktach. Rozwiązanie takie zapewnia wysoki poziom automatyzacji (m.in. w zakresie zarządzania przychodami ze sprzedaży utworów, tantiem itp.) oraz w istotny sposób ogranicza potrzebę korzystania z pośredników. Prawa IP w tych systemach mogą być łatwo przenaszalne. Przykładem takiego projektu jest amerykański eMusic (<https://token.emusic.com>).

Systemy te pozwalają również na tworzenie alternatywnych modeli interakcji twórców z odbiorcami. Ci ostatni mogą stawiać się współuprawnionymi z praw do utworu, korzystając z tego utworu, promując go lub wspierając artystę za pomocą crowdfundingu. Tokenizacja umożliwia również tworzenie alternatywnych systemów wyceny utworów. Przykładem rozwiązania, które eksploruje takie alternatywne modele, jest singapurska platforma MusicLife (<https://www.musiclife.io>).

Ponieważ prawa IP są w tej chwili silnie regulowane, pełna tokenizacja tych praw, która prowadziłaby do otwarcia globalnego, efektywnego rynku obrotu tymi prawami, wymagałaby zmian legislacyjnych. Zanim to nastąpi, można spodziewać się wielu rozwiązań wspierających zarządzanie prawami IP, które nie będą wymagały interwencji ustawodawcy.

Tokenizacja danych

Jedne z najbardziej interesujących projektów tokenizacyjnych dotyczą danych. Nie chodzi przy tym wyłącznie o dane osobowe. Projekty, które mam na myśli, odnoszą się często bowiem również do danych nieosobowych (np. danych generowanych przez maszyny). Szczególnie ten ostatni obszar jest bardzo interesujący. Mamy bowiem do czynienia z rynkiem bardzo perspektywicznym (w obliczu rosnącego znaczenia tzw. Data Economy), który jednocześnie nie jest praktycznie w ogóle uregulowany. Podstawowe zagadnienia prawne dotyczące danych nieosobowych nadal czekają na rozstrzygnięcie (np. kwestia własności tych danych, ich statusu prawnego itp.).

Brak nadmiernych regulacji powoduje, że tokenizacja danych stwarza technologii bardzo dużą przestrzeń do rozwoju innowacyjnych rozwiązań. Mało tego, może okazać się, że to właśnie narzucone przez

**Dysproporcja pomiędzy aktualnymi
możliwościami prowadzenia obrotu
prawami IP a możliwościami
potencjalnie płynącymi z tokenizacji
tych praw jest więc w przypadku
praw IP jeszcze większa niż
w przypadku aktywów finansowych.**

Dodatkowo dominujące modele biznesowe związane z prawami IP (choćby w przemyśle muzycznym) prowokują do poszukiwania alternatywnych rozwiązań.

Widoczny jest trend tworzenia serwisów, które umożliwiają bezpieczną cyfryzację określonych treści. Przykładem takiego rozwiązania jest chociażby

technologię ramy funkcjonowania gospodarki opartej na danych będą miały przemożny wpływ na kształt przyszłych regulacji tego rynku.

W projektach tokenizacji danych najczęściej chodzi o stworzenie wspólnego standardu cyfryzacji danych, który jednocześnie umożliwiłby efektywny obrót tymi danymi i tworzenie w oparciu o bazową infrastrukturę tego obrotu nowych modeli biznesowych. Jednym z najbardziej zaawansowanych projektów starających się zbudować odpowiednią infrastrukturę dla wymiany danych w oparciu o technologię blockchain jest Ocean Protocol (<https://oceanprotocol.com>). Ma on docelowo umożliwić niemal w pełni zautomatyzowany proces zakupu danych lub wykorzystywania danych np. na potrzeby rozwijania algorytmów.

Projekty takie jak MetaMe (<https://metame.com>) próbują z kolei zmienić paradygmat zarządzania danymi osobowymi, oddając dane pod pełną kontrolę podmiotu danych i czyniąc z nich nowy rodzaj osobistego aktywa, który dzięki tokenizacji może stać się źródłem pasywnego przychodu. Dzięki takim rozwiązaniom podmiot danych mógłby tworzyć pozostający

pod jego kontrolą zbiór danych (często generowanych automatycznie, np. poprzez sam fakt korzystania z internetu), który mógłby, wedle własnego uznania, udostępniać na określonych przez siebie zasadach (w tym komercyjnie) innym zainteresowanym podmiotom.

Kolejny etap blockchainowej (r)ewolucji

Tokenizacja aktywów, będąca kolejnym etapem blockchainowej rewolucji, nie będzie procesem łatwym. Technologia będzie musiała w wielu przypadkach zderzyć się z zastanymi, często mało elastycznymi regulacjami. Wartość dodana, którą będzie mógł wytworzyć blockchain, może jednak ostatecznie doprowadzić do zmian zastanego porządku prawnego. Proces ten zajmie zapewne wiele czasu, ale – przynajmniej w odniesieniu do niektórych aktywów – wydaje się nieunikniony.

Krzysztof Wojdyło, adwokat
wspólnik odpowiedzialny za praktykę
prawa nowych technologii



PÓŁROCZNIK

Co do zasady.

Studia i analizy

prawne

Młodszy, a poważniejszy brat
portalu **co do zasady**.

Nadal praktycznie, ale w bardziej
specjalistycznym, naukowym ujęciu.

codozasady.pl/studia-analizy



Problemy antymonopolowe sztucznej inteligencji

Sabina Famirska



Do kancelarii zwrócił się startup tworzący oprogramowanie służące do monitorowania i porównywania cen konkurencyjnych przedsiębiorstw w sektorze e-commerce. Oprogramowanie pozwala analizować duże ilości danych rynkowych i automatycznie reagować na zmiany cen i asortymentu konkurencji. Wykorzystuje też elementy uczenia maszynowego (*machine learning*), czyli ulepszania własnego systemu przez program. Startup chciałby skomercjalizować swój projekt, jednak ma obawy, czy może z tym się wiązać odpowiedzialność antymonopolowa.

Algorytmy cenowe

Sztuczna inteligencja to temat ostatnio popularny w piśmiennictwie antymonopolowym. Zainteresowanie wzbudzają zwłaszcza komputerowe algorytmy cenowe, które służą do zautomatyzowanego porównywania i określania cen sprzedaży lub usług w czasie rzeczywistym. Podstawowym problemem, który został dostrzeżony m.in. przez Komisję Europejską czy niemiecki organ antymonopolowy, jest możliwość wywołania efektu koordynacji rynkowej, która jest jedną z postaci porozumienia ograniczającego konkurencję. Stosowanie tego samego lub podobnego algorytmu może doprowadzić do zmniejszenia niepewności rynkowej w zakresie cen stosowanych przez konkurentów, ujednolicenia cen czy ich sztucznego podwyższenia. Wynika to z faktu, że dzięki algorytmom cenowym rynek staje się wysoce transparentny. Pozwala to osiągnąć równowagę cenową na poziomie wyższym od rynkowego, a także błyskawicznie reagować na wszelkie odstępstwa od skoordynowanego poziomu cen (programy mogą być też tak skonfigurowane, aby same reagowały na odstępstwa w tym zakresie).

W kontekście odpowiedzialności antymonopolowej tradycyjnie wyróżnia się algorytmy cenowe, które mają służyć wykonaniu ustaleń poczynionych wcześniej przez konkurentów, oraz takie, które nie były objęte wspólnymi uzgodnieniami (lub brak na to dowodów), ale mogą niejako przy okazji wywołać efekt koordynacji cenowej.

Porozumieniem ograniczającym konkurencję może być w szczególności celowe i świadome korzystanie z tego samego lub podobnego algorytmu cenowego z zamiarem ujednolicenia ceny produktów, dostosowania ceny do ceny stosowanej przez konkurencję, zastosowania takiego samego poziomu rabatowania itd. Można przypisać konkurentom wolę zawarcia porozumienia, gdy istnieją dowody potwierdzające wspólny zamiar konkurentów (np. w postaci korespondencji mejlowej). Głównym problemem antykonkurencyjnym jest przy tym nie sam fakt zastosowania algorytmu cenowego, ale to, że służy on implementacji wcześniej zawartego porozumienia cenowego.

Takie „subsidiarne” zastosowanie algorytmów cenowych zostało zakwestionowane m.in. w decyzjach Komisji Europejskiej wydanych w sprawach *Asus*, *Denon&Marantz*, *Philips* i *Pioneer* w lipcu 2018 r. W decyzjach tych nałożono ponad 111 mln euro kary na producentów sprzętu elektronicznego domowego użytku (urządzeń kuchennych, komputerów przenośnych, sprzętu audio) za ustalanie ze sklepami internetowymi detalicznych cen odsprzedaży produktów. Producenci monitorowali przy tym wykonywanie porozumienia za pomocą specjalistycznego oprogramowania. Szczególnie negatywny wpływ praktyki na rynek miał wynikać ze stosowania przez większość sprzedawców internetowych oprogramowania opartego o algorytmy cenowe, automatycznie dostosowującego ceny kon-

kretnego sprzedawcy do cen konkurentów. Podniesienie cen przez graczy objętych schematami skonstruowanymi przez producentów elektroniki wpływało na ceny także innych, konkurujących z nimi detalistów.

Innym przykładem jest decyzja brytyjskiego organu ochrony konkurencji z sierpnia 2016 r., dotycząca sklepów internetowych prowadzących działalność na platformie Amazon. Uznano, że spółki Trod Limited i GB eye Limited naruszały zakaz porozumień ograniczających konkurencję poprzez uzgadnianie, że nie będą konkurowały cenowo (nie będą „podcinać” swoich cen), sprzedając towary za pośrednictwem strony Amazon UK. Do implementacji tego porozumienia strony używały specjalistycznego oprogramowania wykorzystującego funkcję, dzięki której możliwe było pomijanie (ignorowanie) cen stosowanych przez spółki oraz automatyczne ich ustalanie na poziomie nieco niższym niż inne sklepy internetowe. Również w tym przypadku stosowanie algorytmu cenowego miało charakter wtórny i wykonawczy względem wcześniejszych ustaleń zawartych przez Trod Limited i GB eye Limited.

Hub-and-spoke

Wątpliwości może budzić sytuacja, gdy nie ma bezpośrednich dowodów na to, aby przedsiębiorcy stosujący oprogramowanie umawiali się co do cen przy zastosowaniu algorytmu cenowego.

Może się zdarzyć, że wymiana informacji pomiędzy konkurencyjnymi podmiotami o stosowaniu algorytmu odbywa się za pośrednictwem administratora oprogramowania. W takim przypadku prawo konkurencji pozwala stwierdzić odpowiedzialność antymonopolową zgodnie z koncepcją porozumienia *hub-and-spoke*. *Hub-and-spoke* jest porozumieniem ograniczającym konkurencję o mieszanym, wertykalno-horyzontalnym charakterze. Ma zastosowanie wówczas, gdy mamy do czynienia z konkurentami działającymi na tym samym szczeblu obrotu, którzy formalnie nie mają ze sobą kontaktów, ale łącznikiem pomiędzy nimi jest przekaziciel informacji cenowych (*hub*). Na przykład producent produktu może być przekazicielem informacji cenowych pomiędzy członkami sieci detalicznej/dystrybutorów produktu. Uzgodnienia pionowe między producentem a poszczególnymi członkami sieci sprzedaży (relacja wertykalna) służą wdrożeniu porozumienia poziomego (horyzontalnego) pomiędzy członkami sieci.

W sukurs organom antymonopolowym może przyjść również koncepcja „milczącej zgody”, wedle której brak wyraźnego zdystansowania się od udziału w nielegalnym porozumieniu (np. poprzez odmowną odpowiedź bądź zawiadomienie organu antymonopolowego) oznacza milczący udział w porozumieniu. Tym samym adresat korespondencji wysłanej przez administratora oprogramowania, w której zawarta jest propozycja porozumienia cenowego, lub

podmiot korzystający z funkcjonalności algorytmu cenowego służącej ujednoliceniu cen, może być oskarżony o współudział w porozumieniu, ponieważ nie zdystansował się od niego.

Do powyższych koncepcji w kontekście oprogramowania komputerowego nawiązuje wyrok TSUE z 21 stycznia 2016 r. w sprawie *Eturas*. TSUE odpowiadał na pytanie litewskiego sądu rozpatrującego sprawę porozumienia zawartego przez właściciela oprogramowania E-TURAS (systemu rezerwacji wycieczek online) z biurami podróży stosującymi program. Porozumienie polegało na ujednoliceniu poziomu rabatów za pośrednictwem ww. oprogramowania. Informacja o ograniczeniu stawek rabatów, pochodząca od administratora programu, pojawiała się w systemie rezerwacyjnym. Wdrożono też funkcję oprogramowania limitującą poziom rabatowania. TSUE uznał, że w takim przypadku można przyjąć, że biura podróży uczestniczyły w uzgodnionej praktyce od chwili zapoznania się z informacją rabatową wysłaną przez administratora systemu.

Odpowiedzialność twórcy oprogramowania

W kontekście naszego startupu kluczowym zagadnieniem jest odpowiedzialność twórcy i właściciela oprogramowania za przyczynienie się do powstania porozumienia, gdy nie ma dowodów na to, że twórca proaktywnie organizował system koordynacji cen lub też pośredniczył w wymianie informacji pomiędzy użytkownikami systemu, np. poprzez wyposażenie oprogramowania w funkcję limitującą poziom rabatowania cen online. Może dotyczyć to przypadków, gdy startup udziela licencji na użytkowanie oprogramowania służącego do analizy cen konkurencji, ale nie ingeruje w korzystanie z algorytmu przez użytkowników oprogramowania ani nie ma z nimi kontaktów co do sposobu jego użycia.

W takim wypadku trudno byłoby zastosować koncepcję porozumienia *hub-and-spoke*. Granica jest jednak cienka. Koncepcja porozumienia na gruncie antymonopolowym jest szeroka; obejmuje również sytuacje, w których istnieje wspólnota interesów gospodarczych uczestników porozumienia (decyzja KE z 19 grudnia 2007 r. w sprawie *MasterCard*, COMP/34.579). Stąd niedaleko do przypisania odpowiedzialności właścicielowi oprogramowania, który czerpie korzyści ze sprzedaży licencji.

W tym kontekście można przywołać decyzję luksemburskiego organu ochrony konkurencji z czerwca 2018 r. wszczętego przeciwko *Webtaxi*, właścicielowi i operatorowi platformy rezerwacyjnej umożliwiającej rezerwację taksówki telefonicznie, przez internet lub za pośrednictwem aplikacji. Platforma *Webtaxi* przypisywała najbliższą taksówkę klientowi oraz określała cenę usługi, opierając się na jednolitym algorytmie obejmującym cenę za kilometr, dystans, warunki ruchu

oraz opłatę początkową. Tak ustalona cena była wiążąca dla klientów i taksówkarzy i nie podlegała negocjacji. Ostatecznie luksemburski organ ochrony konkurencji zdecydował, że choć system *Webtaxi* formalnie stanowi porozumienie co do cen, to może skorzystać z indywidualnego wyłączenia spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję. Wynika to z korzyści, jakie system niesie dla konsumentów i przedsiębiorców, polegających przede wszystkim na obniżeniu cen przejazdów i krótszym czasie oczekiwania na taksówkę przez klienta i na klienta przez kierowcę. Podkreślić należy, że w tej sprawie zakwestionowany został system jako taki, a nie fakt wykorzystywania algorytmu przez konkurencyjnych przedsiębiorców.

Odpowiedzialność prawna sztucznej inteligencji

Innym istotnym zagadnieniem jest możliwość przypisania odpowiedzialności twórcy oprogramowania za ewentualne skutki działania systemu samouczącego się (*machine learning*), które były trudne do przewidzenia na etapie tworzenia systemu. Łączy się to z zagadnieniem podmiotowości prawnej sztucznej inteligencji oraz odpowiedzialności prawnej samej SI. Sztuczna inteligencja mogłaby być uznana np. za reprezentację osoby prawnej lub odrębną osobowość prawną zrównaną z osobowością osób fizycznych lub prawnych (A. Chłopecki, *Sztuczna inteligencja – szkice prawnicze i futurologiczne*).

Wydaje się, że odpowiedź na to pytanie ma drugorzędne znaczenie dla odpowiedzialności antymonopolowej. Organy antymonopolowe będą najpewniej uznawać, że nawet w przypadku, gdy twórcy programów nie mieli pełnej kontroli nad efektami systemu samouczącego się, tak czy inaczej ponoszą odpowiedzialność za jego działanie. Odpowiedzialność antymonopolowa jest w istocie niezależna jest od winy przedsiębiorcy; ponoszą oni odpowiedzialność za działanie zarówno umyślne, jak i nieumyślne działanie. Komisarz ds. konkurencji Margrethe Vestager w publicznych wypowiedziach z 2016 r. zapowiedziała, że przedsiębiorcy stosujący zautomatyzowany system powinni wiedzieć, jak on działa, i będą uznawani za w pełni odpowiedzialnych za efekty tych działań.

Jak widać, algorytmy cenowe mogą sprzyjać koordynacji i ujednoliceniu cen, a w niektórych przypadkach mogą być kwalifikowane jako niedozwolone porozumienie ograniczające konkurencję. Ich komercjalizowanie nie jest więc wolne od ryzyka antymonopolowych, nawet dla podmiotu wydawałoby się tak neutralnego jak twórca oprogramowania.

Ochrona danych osobowych a nowe technologie

Katarzyna Szczudlik



Ogólne rozporządzenie o ochronie danych osobowych („RODO”) obowiązuje już od kilkunastu miesięcy, wydaje się jednak, że pewne zagadnienia z nim związane wciąż budzą kontrowersje. Po pierwszej fali wdrożeń RODO zainteresowanie tym tematem spadło, jednak gdy organy nadzorcze nałożyły pierwsze kary za niezgodność z RODO, nastąpił ponowny wzrost zainteresowania dostosowywaniem dokumentacji wewnętrznej i działalności do nowych przepisów. Ta tendencja nie ominęła podmiotów z branży nowych technologii, w szczególności działających w obszarze fintech. W artykule sygnalizujemy kluczowe problemy i zagadnienia, które mają znaczenie dla zbadania prawidłowości i kompletności wdrożenia RODO w tego rodzaju działalności.

Specyfika ochrony danych osobowych w branży nowych technologii

We wszystkich projektach, które opierają się na przetwarzaniu dużej ilości danych osobowych przez wiele podmiotów, kluczowe jest ustalenie ról tych podmiotów w procesach przetwarzania danych osobowych. Szczególnym wyzwaniem może być precyzyjne ustalenie, które spółki będące członkami grupy spółek pełnią role administratora danych osobowych i podmiotu przetwarzającego dane osobowe. Należy podkreślić, że jeżeli dane osobowe zbierane przez podmiot polski przesyłane są do innego podmiotu powiązanego kapitałowo z takim podmiotem, to często mamy do czynienia z powierzeniem przetwarzania danych osobowych takiemu podmiotowi, co wiąże się z koniecznością zawarcia umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych zawierającej elementy wskazane w RODO.

Drugim zagadnieniem, które należy wziąć pod uwagę przy ocenie prawidłowości wdrożenia RODO w podmiotach działających w branży nowych technologii, jest konieczność przeprowadzenia oceny skutków dla ochrony danych, o której mowa w art. 35 RODO. Zgodnie z tym przepisem jeżeli dany rodzaj przetwarzania danych osobowych, w szczególności z użyciem nowych technologii, może ze względu na swój charakter, zakres, kontekst i cele z dużym prawdopodobieństwem powodować wysokie ryzyko naruszenia praw lub wolności osób fizycznych, administrator danych osobowych jest zobowiązany do dokonania takiej oceny przed rozpoczęciem przetwarzania. Prezes Urzędu Ochrony Danych Osobowych („PUODO”) wydał 17 czerwca 2019 r. komunikat, w którym wskazuje przykładowe operacje przetwarzania danych osobowych, które w jego ocenie wymagają przeprowadzenia oceny skutków przetwarzania. Komunikat ten może być pomocny przy analizie, czy w konkretnym przypadku przetwarzanie danych osobowych wymaga dokonania takiej oceny. Tytułem przykładu można wskazać, że w ocenie PUODO ww. ocenę muszą przeprowadzić np.:

- media społecznościowe i firmy marketingowe, które profilują użytkowników portali społecznościowych i innych aplikacji w celu wysyłania informacji handlowej,
- instytucje pożyczkowe, które przeprowadzają ocenę zdolności kredytowej przy użyciu algorytmów sztucznej inteligencji, a od podmiotu danych żądają ujawnienia danych niemających bezpośredniego związku z oceną zdolności kredytowej,
- sklepy internetowe oferujące ceny promocyjne dla określonych grup klientów, jeżeli używają systemów profilowania klientów pod kątem preferencji zakupowych i automatycznie ustalają ceny promocyjne w oparciu o profil.

RODO precyzyjnie wskazuje elementy, które obowiązkowo powinna zawierać ocena skutków dla ochrony danych. Są to:

- systematyczny opis planowanych operacji i celów przetwarzania,
- ocena, czy operacje przetwarzania są niezbędne oraz proporcjonalne w stosunku do celów,
- ocena ryzyka naruszenia praw oraz wolności osób, których dane dotyczą, oraz środki planowane w celu zaradzenia temu ryzyku, w tym zabezpieczenia oraz środki i mechanizmy bezpieczeństwa mające zapewnić ochronę danych osobowych i wykażać przestrzeganie RODO.

Przeprowadzenie takiej oceny wymaga nie tylko dogłębnej wiedzy na temat specyfiki działalności spółki oraz przepływów danych osobowych, ale także przygotowania uzasadnienia, z którego będzie wynikać, że planowane operacje przetwarzania są proporcjonalne w stosunku do celów przetwarzania. Warto wskazać, że naruszenie obowiązków wynikających z art. 35 RODO może skutkować nałożeniem administracyjnej kary pieniężnej.

Należy pamiętać, że nie tylko podmioty z branży nowych technologii, ale wszyscy, którzy mają strony internetowe i prowadzą marketing internetowy własnych produktów i usług, powinni posiadać transparentną politykę dotyczącą zbierania i przechowywania zgód marketingowych i wykorzystywania plików cookies.

Szczególnie ten drugi temat jest często zaniewany, jako że przedstawianie rozbudowanych informacji na temat sposobu wykorzystania plików cookies kłóci się z dążeniem do tworzenia stron internetowych przyjaznych użytkownikowi. Podkreślić należy, że np. regulator hiszpański nałożył w październiku 2019 r. karę w wysokości 30 000 euro na spółkę, która nie pozwalała użytkownikom swojej strony internetowej zablokować gromadzenia dotyczących ich danych przez pliki cookies. Można się spodziewać, że w ślady organu hiszpańskiego pójść organy zajmujące się ochroną danych osobowych w innych państwach członkowskich.

Przepisy z zakresu ochrony danych osobowych a regulacje sektorowe

Wdrażanie RODO w podmiotach działających w branży nowych technologii wymaga nie tylko analizy przepisów RODO dotyczących specyfiki działalności tych podmiotów, ale także uwzględnienia innych przepisów, które mogą mieć zastosowanie do tych podmiotów.

Jeżeli chodzi o działalność spółek z sektora fintech, warto w szczególności zwrócić uwagę na przepisy z zakresu przeciwdziałania praniu pieniędzy („AML”), ustawę o usługach płatniczych oraz prawo bankowe i przepisy regulujące kredyt konsumencki.

Przepisy AML mają zastosowanie do tych podmiotów, które posiadają status tzw. instytucji obowiązanych. Są to między innymi krajowe instytucje płatnicze, krajowe instytucje pieniądza elektronicznego, małe instytucje płatnicze oraz instytucje finansowe mające siedzibę na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Dla tych podmiotów przepisy AML mogą stanowić podstawę przetwarzania konkretnych danych osobowych w przewidziany przepisami sposób. Przetwarzanie danych osobowych zgodnie z przepisami AML przez instytucje, które nie mają statusu instytucji obowiązanych, może prowadzić do naruszenia RODO. Kolizję tę widać na przykładzie regulacji pozwalającej instytucjom obowiązanim kopiować dokumenty tożsamości klientów na potrzeby stosowania tzw. środków bezpieczeństwa finansowego. Podmiot, który kopiowałby dokumenty tożsamości swoich klientów bez upoważnienia z ustawy, naruszałby przepisy z zakresu ochrony danych osobowych.

Z kolei regulacja dotycząca usług płatniczych zawiera przepis, zgodnie z którym m.in. dostawcy usług płatniczych przetwarzają dane osobowe w zakresie niezbędnym do zapobiegania oszustwom związanym z wykonywanymi usługami płatniczymi oraz dochodzenia i wykrywania tego rodzaju oszustw przez właściwe organy. To na dostawcy usług płatniczych spoczywa obowiązek oceny, co w jego działalności oznacza „niezbędny zakres” oraz w jaki sposób pogodzić zakres tych danych osobowych z zasadami wy-

nikającymi z RODO, przede wszystkim zaś z zasadą minimalizacji danych.

Należy wskazać także na szczególnego rodzaju uregulowania wprowadzone do prawa bankowego i przepisów z zakresu kredytu konsumenckiego w związku z wejściem w życie RODO. Chodzi mianowicie o przepisy, zgodnie z którymi banki i inne instytucje ustawowo upoważnione do udzielania kredytów na wniosek osoby fizycznej, prawnej lub jednostki organizacyjnej niemającej osobowości prawnej, o ile posiada zdolność prawną, ubiegającej się o kredyt przekazują, w formie pisemnej, wyjaśnienie dotyczące dokonanej przez siebie oceny zdolności kredytowej wnioskującego. Wyjaśnienie to obejmuje informacje na temat czynników, w tym osobowych wnioskującego, które miały wpływ na dokonaną ocenę zdolności kredytowej. Dzięki tym przepisom osoby wnioskujące o kredyt mogą skontrolować, czy czynniki, które zostały wzięte pod uwagę przy ocenie ich zdolności kredytowej, są zgodne ze stanem faktycznym, a jeżeli nie – mogą wykonać przysługujące im prawa wynikające z RODO, np. prawo do sprostowania danych. Przepisy te mają szczególne znaczenie dla tych podmiotów, które w procesie oceny zdolności kredytowej posługują się algorytmami podejmującymi decyzje w sposób automatyczny. Podmioty takie muszą dogłębnie zrozumieć mechanikę działania stosowanych algorytmów i precyzyjnie odpowiadać na żądania osób, których dane dotyczą.

Wyzwań będzie więcej

Nie ulega wątpliwości, że gęstniejące otoczenie regulacyjne podmiotów z branży nowych technologii będzie skutkować nowymi trudnościami we wdrażaniu RODO w organizacjach. Tym istotniejsze jest posiadanie w organizacjach procedur i mechanizmów, które pozwalają kontrolować sposoby przetwarzania danych osobowych i stopniowo dostosowywać się do zachodzących zmian przepisów.

Katarzyna Szczudlik, adwokat
praktyka prawa nowych technologii

Tajemnica zawodowa a zbywanie wierzytelności

Daniel Smarduch
Marcin Pietkiewicz



Szeroko pojęty obrót wierzytelnościami, w tym ich sekurytyzacja, jest już dość powszechnym sposobem na pozyskanie finansowania lub chociażby uwolnienie bilansu przedsiębiorstwa. Wierzytelność to jednak specyficzny rodzaj aktywa: zawiera informacje o podmiotach trzecich – dłużnikach. Informacje te, ze względu na swoją wrażliwość, podlegają ochronie prawnej na wielu płaszczyznach. I nie chodzi tylko o ochronę danych osobowych. Uczestników rynku obrotu wierzytelnościami obowiązuje też reżim różnych i różnorako skonstruowanych tajemnic zawodowych.

RODO sprawiło, że o danych osobowych mówi się dużo i przy wielu okazjach. Popularność tego tematu może prowadzić do błędnego przekonania, że ochrona informacji dotyczących umów, kontrahentów i wierzytelności jest kompleksowo ujęta w przepisach o ochronie danych osobowych. Tymczasem równolegle funkcjonują reżimy tajemnic zawodowych, różne dla różnych podmiotów i branż. Podczas gdy system ochrony danych osobowych zasadniczo nie wpływa na możliwość obrotu wierzytelnościami, regulacje tajemnicy zawodowej mogą skutecznie utrudnić, a nawet uniemożliwić przeniesienie wierzytelności lub monitorowanie jej spłacania. Wprawdzie żadne przepisy o ochronie informacji nie uniemożliwiają wprost przenoszenia wierzytelności, jednak niemożność podzielenia się pewnymi danymi z osobami trzecimi może utrudniać identyfikację przedmiotu umowy – czyli wierzytelności i związanego z nią dłużnika.

Dostęp do informacji a sprzedaż wierzytelności: tajemnice wierzycieli pierwotnych

- **Tajnie jak w banku?**

Tajemnica bankowa – jedna z najbardziej znanych tajemnic zawodowych – obejmuje wszystkie informacje dotyczące czynności bankowej uzyskane w czasie negocjacji oraz w trakcie zawierania i realizacji umowy, na podstawie której bank tę czynność wykonuje.

Innymi słowy bank,
co do zasady, nie może dzielić się
z osobami trzecimi informacjami,
które identyfikują jego dłużnika,
ani danymi dotyczącymi
udzielonego mu kredytu,
w tym o jego spłacalności i saldzie.

Obowiązek zachowania tych informacji w tajemnicy nie jest bezwzględny, a przepisy przewidują od niego wyjątki. Niektóre z nich mają duże znaczenie dla transakcji zbywania wierzytelności: wpływają na ich przedmiot, wymogi wobec statusu prawnego nabywcy lub sposób zawarcia umowy przelewu.

Spod obowiązku zachowania tajemnicy wyłączone są informacje, których udzielenie jest niezbędne do zawarcia i wykonania:

- umów sprzedaży wierzytelności zaklasyfikowanych jako stracone zgodnie z rozporządzeniem ministra finansów w sprawie zasad tworzenia rezerw na ryzyko związane z działalnością bankową – bank może

korzystać z tego wyjątku właściwie wyłącznie w odniesieniu do wierzytelności, które nie są spłacane (tzw. wierzytelności niepracujących),

- umów przelewu lub subpartycypacji wierzytelności, o ile takie umowy są zawierane z funduszem sekurytyzacyjnym, tworzącym taki fundusz towarzystwem funduszy inwestycyjnych lub w przypadku przeniesienia wierzytelności na spółkę handlową emitującą papiery wartościowe zabezpieczone sekurytyzowanymi wierzytelnościami – status prawny nabywcy determinuje więc możliwość zawarcia przez bank umowy przelewu wierzytelności innych niż sklasyfikowane jako stracone.

Jedynie na marginesie zauważyć trzeba, że przyzwolenie na ujawnienie informacji objętych tajemnicą bankową znajdziemy jeszcze w ustawie o restrukturyzacji finansowej przedsiębiorstw i banków w odniesieniu do publicznej sprzedaży wymagalnych wierzytelności. Widać więc, że regulacje tajemnicy zawodowej mogą wpływać nie tylko na rodzaj podmiotów biorących udział w transakcji i przedmiot sprzedaży, ale również na tryb zawierania umowy.

Dla kontrastu wskazać trzeba, że podobnego ograniczenia tajemnicą zawodową nie mają firmy pożyczkowe lub leasingowe.

- **Tajniej niż w banku... zakłady ubezpieczeniowe**

Ustawa o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej zawiera regulacje tzw. tajemnicy ubezpieczeniowej. Zakład ubezpieczeń i osoby w nim zatrudnione, a także osoby i podmioty, za pomocą których zakład ubezpieczeń wykonuje czynności ubezpieczeniowe, są obowiązane do zachowania tajemnicy dotyczącej poszczególnych umów ubezpieczenia. Przyjmuje się, że tajemnicą objęte są wszelkie dane identyfikujące umowę ubezpieczenia włącznie z faktem jej zawarcia. Zakład ubezpieczeniowy nie może więc ujawniać osobom trzecim informacji o zawartej umowie ubezpieczenia, jej treści, wysokości składki czy osobie dłużnika.

Jakkolwiek regulacje dotyczące tajemnicy ubezpieczeniowej i bankowej mogą się wydawać podobne, znacząco różni je lista wyjątków pozwalających na ujawnienie informacji osobom trzecim. W szczególności, pomimo szerokiego katalogu podmiotów, wobec których tajemnica ubezpieczeniowa nie obowiązuje, nie ma w ustawie wyraźnej regulacji dotyczącej zbywania lub sekurytyzacji wierzytelności wynikających z umów ubezpieczenia przez zakład ubezpieczeń. Sprawia to, że tematowi obrotu wierzytelnościami przez zakłady ubezpieczeń od wielu lat towarzyszą kontrowersje.

- **Tajemnica w telekomunikacji**

Obszarem bardzo wrażliwym, jeżeli chodzi o dane użytkowników, jest szeroko pojęta telekomunikacja obejmująca przede wszystkim operatorów telefonicznych, internetowych i telewizyjnych. Ustawa Prawo

telekomunikacyjne poświęca tajemnicy zawodowej znacznie więcej miejsca niż wyżej omówione regulacje, ale kształtuje ją odmiennie. Zakresem tajemnicy objęte są:

- dane dotyczące użytkownika z tym zastrzeżeniem, że dane użytkowników będących osobami fizycznymi są przetwarzane na podstawie ustawy o ochronie danych osobowych,
- treść indywidualnych komunikatów,
- dane transmisyjne, czyli dane przetwarzane w celu przekazywania komunikatów w sieciach telekomunikacyjnych lub naliczania opłat za usługi telekomunikacyjne,
- dane o lokalizacji, czyli dane lokalizacyjne wykraczające poza dane niezbędne do transmisji komunikatu lub wystawienia rachunku,
- dane o próbach uzyskania połączenia między zakończeniami sieci.

Wrażliwość danych zbieranych przez dostawców usług telekomunikacyjnych sprawia, że prawodawca bardzo szczegółowo reguluje uprawnienia różnych podmiotów do informacji zgromadzonych przez dostawców usług.

Odrębnego uregulowania nie doczekał się jednak obrót tymi wierzytelnościami, co może rodzić problemy na etapie zbycia wierzytelności lub późniejszego dowodzenia ich wysokości, zwłaszcza jeżeli nabywca wierzytelności musiałby sięgnąć do danych dotyczących np. połączeń wykonywanych przez dłużnika.

Wierzyciele wtórni również mogą mieć swoje tajemnice

• Podmioty zaangażowane w procesie obsługi wierzytelności

Nabycie wierzytelności nie kończy rozważań na temat ograniczeń w dysponowaniu i obiegu informacji ich dotyczących. O tym, czy informacje o sprzedanych wierzytelnościach będą podlegać ochronie na gruncie innych przepisów prawa niż dotychczas, zdecyduje status prawny nabywcy wierzytelności, czyli w praktyce to, czy jest nim fundusz inwestycyjny zamknięty sekurytyzacyjny działający na podstawie przepisów ustawy o funduszach inwestycyjnych i zarządzaniu alternatywnymi funduszami inwestycyjnymi („fundusz sekurytyzacyjny”) czy spółka prawa handlowego.

Jeżeli nabywcą portfela wierzytelności jest fundusz sekurytyzacyjny, to wszystkie informacje dotyczące jego aktywów chronione będą (na podstawie ustawy o funduszach) jako tajemnica zawodowa obejmująca informacje dotyczące chronionych prawem interesów podmiotów dokonujących czynności związanych z działalnością funduszu inwestycyjnego. Jest ona uregulowana podobnie jak tajemnica bankowa.

Krąg osób, które mogą mieć dostęp do informacji o wierzytelnościach wchodzących w skład portfela inwestycyjnego funduszu, jest ograniczony. Jedną z grup, którym towarzystwo funduszy inwestycyjnych (TFI) zarządzające funduszem sekurytyzacyjnym może przekazać te informacje, są podmioty, które świadczą na rzecz funduszu lub TFI usługi, jeżeli jest to konieczne dla ich wykonania. W pierwszym rzędzie są to podmioty, którym TFI powierzyło zarządzanie całością lub częścią swojego portfela inwestycyjnego, zajmujące się m.in. administrowaniem i dochodzeniem wierzytelności funduszu. Do tej grupy należą również doradcy i inne podmioty świadczące usługi związane z procesem sekurytyzacji. Katalog tych usług jest otwarty, a ustawa o funduszach wymienia pośród nich np. usługi ubezpieczenia, w tym od ryzyka niewypłacalności dłużników, oraz udzielenie poręczenia za zobowiązania funduszu lub gwarancji udzielanych na rzecz funduszu.

Regulacje dotyczące tajemnicy zawodowej wynikające z ustawy o funduszach nie dotyczą dalszego przepływu informacji o wierzytelnościach, jeżeli ich nabywcą będzie spółka kapitałowa. W takim przypadku będą one podlegać wyłącznie przepisom chroniącym dane osobowe.

• Inwestorzy finansujący transakcję sekurytyzacji

Kolejną grupą, która w transakcjach sekurytyzacyjnych może być zainteresowana informacjami o portfelu wierzytelności nabytym przez podmiot emisyjny, są inwestorzy finansujący jego nabycie, zwłaszcza ci działający w branży windykacji wierzytelności lub finansujący całość lub większość danej transakcji sekurytyzacyjnej. Ograniczeniom podlegają sytuacje, gdy sekurytyzacji dokonuje się poprzez fundusz sekurytyzacyjny.

Dostęp inwestorów do informacji o portfelu wierzytelności funduszu sekurytyzacyjnego będzie zależał od liczby inwestorów oraz rodzaju organów reprezentujących inwestorów w funduszu.

Jeżeli fundusz ma tylko jednego inwestora, a statut na to pozwala, inwestor może uzyskać pełny dostęp do informacji o funduszu, w tym o wierzytelnościach znajdujących się w jego portfelu inwestycyjnym oraz innych aktywach. Uzyskane informacje musi jednak zachować w poufności. Jeżeli uczestnikiem funduszu są podmioty należące do tej samej grupy kapitałowej, to grupa ta jest traktowana jako jedyny uczestnik, co umożliwia przepływ informacji o wierzytelnościach funduszu między jej członkami.

Jeżeli fundusz ma kilku niepowiązanych ze sobą kapitałowo inwestorów, mogą oni uzyskiwać dostęp do informacji o aktywach funduszu poprzez uczestnictwo w organach funduszu reprezentujących interesy inwestorów, którymi są zgromadzenie inwestorów lub rada inwestorów. W tym wypadku zakres informacji o funduszu udostępnianych inwestorom działającym w ramach jego organów musi być dostosowany do zakresu uprawnień organów i potrzeb korzystających z nich inwestorów. Dużo zatem będzie zależało od statutowego ukształtowania zakresu kompetencji organów reprezentujących w funduszu inwestorów. Przepisy ustawy o funduszach dają w tym względzie pewną swobodę, należy jednak pamiętać, że dostęp inwestorów do informacji o aktywach funduszu poprzez jego organy będzie węższy niż ten dozwolony dla jedynego uczestnika funduszu.

Już pobieżne spojrzenie na zagadnienie tajemnicy zawodowej pokazuje więc, że obszar ten może wpływać na strukturę oraz rodzaj podmiotów uczestniczą-

cych w transakcjach obrotu wierzytelnościami i jest jednym z istotnych elementów kształtujących tę praktykę. Co istotne, zakres przepisów o tajemnicy zawodowej, które mogą znaleźć zastosowanie w danej transakcji, jest każdorazowo uzależniony od osoby wierzyciela, a uregulowania nie są ze sobą spójne i rzadko wprost regulują ujawnianie chronionych informacji w celu dokonywania obrotu wierzytelnościami. Rozwiązania stosowane w poszczególnych rodzajach transakcji będą się więc różnić w zależności od rodzaju lub roli podmiotu uczestniczącego w procesie sprzedaży i obsługi wierzytelności.

Daniel Smarduch, adwokat
praktyka bankowości i finansowania projektów

Marcin Pietkiewicz, radca prawny
praktyka rynków kapitałowych i instytucji finansowych

Rozstrzyganie sporów korporacyjnych przez sądy arbitrażowe

Monika Hartung
dr Marta Kozłowska



Długo wyczekiwana zmiana w prawie arbitrażowym umożliwia rozpoznawanie sporów ze stosunku spółki handlowej przed sądem polubownym. Wspólnik w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością albo członek walnego zgromadzenia spółki akcyjnej może zaskarżyć uchwałę wspólników spółki kapitałowej do sądu arbitrażowego. Polskie prawo arbitrażowe stało się – co do zasady – przyjazne rozstrzyganiu w arbitrażu sporów korporacyjnych.

Nowelizacja Kodeksu postępowania cywilnego z lipca 2019 r. rozszerzyła kognicję sądów polubownych i wprowadziła możliwość rozstrzygania przed sądami polubownymi sporów korporacyjnych, w tym tych dotyczących wadliwości uchwał organów spółek kapitałowych.

Zmiana prawa arbitrażowego poszerzyła katalog podmiotów związanych zapisem na sąd polubowny zawartym w umowie (statucie) spółki handlowej. Taka umowa o arbitraż dotycząca sporów ze stosunku spółki wiąże nie tylko spółkę i jej wspólników, jak to było dotychczas, ale także organy spółki i ich członków (art. 1163 § 1 k.p.c.).

Naszym zdaniem zmiana ta jest korzystna i była od dłuższego czasu oczekiwana zarówno przez przedsiębiorców, jak i przez środowisko arbitrażowe.

Brak zdatności arbitrażowej sporów dotyczących uchylenia lub nieważności uchwał nie miał uzasadnienia i negatywnie odróżniał polskie prawo arbitrażowe od innych porządków arbitrażowych.

Dotychczas bowiem do rozstrzygania przez sąd polubowny były dopuszczone tylko te sprawy ze stosunku spółki, które mogły być przedmiotem ugody (art. 1157 k.p.c.; por. uchwałę SN z 7 maja 2009 r., III CZP 13/09), co automatycznie eliminowało spory dotyczące uchwał.

Spory korporacyjne nie tylko pomiędzy spółką a jej wspólnikami, ale też pomiędzy organami zarządzającymi spółką a ich poszczególnymi członkami często dotyczą zasadności lub ważności najważniejszych decyzji podejmowanych w spółce. Spory takie wymagają zachowania szczególnej poufności ze względu na ochronę tajemnicy przedsiębiorstwa, a także szybkich i rozsądnych z punktu widzenia biznesu rozstrzygnięć. W ramach arbitrażu korporacyjnego wspólnik czy akcjonariusz będzie mógł bezpośrednio realizować swoje prawo do zaskarżania uchwał wynikające z przepisów Kodeksu spółek handlowych (art. 250 pkt 1 k.s.h. i art. 422 § 2 k.s.h. oraz art. 252 k.s.h. i art. 425 k.s.h.).

Aby jednak umowa o arbitraż była skuteczna w sprawach o uchylenie lub stwierdzenie nieważności uchwały zgromadzenia wspólników spółki z ograniczoną odpowiedzialnością albo walnego zgromadzenia spółki akcyjnej, musi ona przewidywać obowiązek ogłoszenia o wszczęciu postępowania w sposób wymagany dla ogłoszeń w konkretnym rodzaju spółki (art. 1163 § 2 k.p.c.). Na ogłoszenie spółka albo powód

mają miesiąc od dnia wszczęcia postępowania arbitrażowego. Co ważne, w sprawach tych każdy wspólnik albo akcjonariusz może przystąpić do postępowania po jednej ze stron, dzięki czemu uniknie się bezzasadnego mnożenia postępowań. Termin na przystąpienie wynosi również miesiąc od dnia ogłoszenia.

Mocne strony arbitrażu korporacyjnego

Arbitraż korporacyjny daje szansę na rozstrzygnięcie sporu przez profesjonalnego, wybranego przez strony arbitra lub arbitrów, którzy przy zachowaniu poufności szybko oceniają, czy decyzje podejmowane przez organy spółek kapitałowych były zgodne z prawem. Szybkość jest niewątpliwą przewagą arbitrażu nad sądownictwem państwowym w tego rodzaju sprawach, które ze swej istoty wymagają sprawnego rozstrzygnięcia (stan niepewności co do podjętych uchwał, szczególnie tych istotnych dla prowadzenia działalności przez spółki, jest nad wyraz niepożądany). Niestety wyrok sądu polubownego będzie musiał być uznany przez sąd państwowy, a strona niezadowolona z rozstrzygnięcia będzie mogła złożyć skargę o jego uchylenie. Należy zatem mieć nadzieję, że sądy państwowe, odciążone od merytorycznego rozstrzygania sporów korporacyjnych w co najmniej dwóch instancjach, będą sprawnie rozstrzygać w jednoinstancyjnym co do zasady postępowaniu postarbitrażowym sprawy o uznanie lub o uchylenie wyroku sądu polubownego, a w konsekwencji bilans czasowy tej zmiany będzie korzystny.

Choć koszty postępowania arbitrażowego (nawet w przypadku rozstrzygania przez jednego arbitra) będą wyższe niż koszty postępowania w analogicznej sprawie przed sądem państwowym, w naszej ocenie arbitraż korporacyjny zyska w Polsce na popularności – podobnie jak stało się w Szwecji czy Niemczech. Biorąc pod uwagę profesjonalizm i szybkość rozstrzygania sporów korporacyjnych przez trybunały arbitrażowe (a także jednoinstancyjność postępowań postarbitrażowych), wydaje się, że kwestia wysokości opłat arbitrażowych będzie miała drugorzędne znaczenie.

Kilka postępowań w sprawie jednej uchwały

Jeśli przedmiot uchwały jest szczególnie wrażliwy albo interesy wspólników lub akcjonariuszy są sprzeczne, nietrudno sobie wyobrazić, że w sprawie dotyczącej tej samej uchwały wszczętych zostanie kilka postępowań arbitrażowych. W takiej sytuacji skład trybunału arbitrażowego wyznaczony w sprawie najwcześniej wszczętej rozpoznawać będzie także wszystkie pozostałe sprawy o uchylenie lub stwierdzenie nieważności tej samej uchwały zgromadzenia wspólników spółki z ograniczoną odpowiedzialnością albo walnego zgromadzenia spółki akcyjnej. Takie rozwiązanie zasługuje na aprobatę w związku z oszczędnością czasu rozstrzygania sporu. Jak jednak wpłynie to na koszty postępowania arbitrażowego, pozostaje kwestią otwar-

tą. Być może instytucje arbitrażowe powinny rozważyć wprowadzenie do swoich taryf rozwiązań umożliwiających zaliczanie opłat wniesionych w kolejnych postępowaniach na poczet tego, które zostało wszczęte najwcześniej, i proporcjonalne zwracanie w wyroku (lub nawet wcześniej) części poniesionych przez powodów opłat arbitrażowych. Nie ma uzasadnienia dla kumulowania opłat poniesionych przez wszystkich powodów i zwiększania opłaty arbitrażowej za postępowanie, w którym ostatecznie zapadnie wyrok w przedmiocie ważności lub uchylecia uchwały.

Jednomyślne powoływanie arbitra

Jeżeli z powodztwem występuje więcej niż jedna osoba (albo pozwano więcej niż jedną osobę), osoby te będą powoływać arbitra jednomyślnie, chyba że inaczej umówiono się w zapisie na sąd polubowny (art. 1169 § 2¹ k.p.c.). Praktyka ta jest znana w środowisku arbitrażowym w przypadkach wielopodmiotowych stron postępowania, jednak takie rozwiązanie może wydłużać etap nominacji arbitra, a w konsekwencji całe postępowanie, albo powodować wzrost nominacji zastępczych. Jeśli bowiem strona wielopodmiotowa nie jest w stanie uzgodnić wspólnego arbitra, kompetencja wyboru arbitra przechodzi na organ nominacyjny (art. 17 Regulaminu Trybunału Arbitrażowego w Sztokholmie, art. 12 Regulaminu Sądu Arbitrażowego przy Międzynarodowej Izbie Handlowej w Paryżu, § 19 ust. 1 Regulaminu SAKIG).

Który regulamin arbitrażowy obowiązuje strony sporu?

Trybunały arbitrażowe na całym świecie coraz częściej aktualizują swoje regulaminy. Wprowadza to pewien zamęt co do reguł procedury arbitrażowej, którą mają stosować uczestnicy arbitrażu – zarówno arbitrzy, jak i strony oraz pełnomocnicy. Nowelizacja wprowadza rozwiązanie również zaczerpnięte z międzynarodowej praktyki arbitrażowej. Jeżeli strony nie postanowiły inaczej, wiąże je regulamin stałego sądu polubownego obowiązujący w dacie wniesienia pozwu (art. 1161 § 3 k.p.c.). Zaletą takiego rozwiązania jest pewność i jasność co do reguł procedury, na podstawie których będzie toczył się spór.

Przed nowelizacją, jeśli strony nie uzgodniły inaczej, były one związane regulaminem obowiązującym w dacie zapisu na arbitraż. Mogło to uniemożliwić zastosowanie do postępowania lepszych rozwiązań przyjętych w regulaminie aktualnym w dacie wszczęcia postępowania, a poza tym prowadziło do kolizji zapisów przyjętych w Kodeksie postępowania cywilnego i regulaminach instytucji arbitrażowych, które przewidywały, że w przypadku braku odmiennych uzgodnień strony wiąże regulamin aktualny w dacie wystąpienia z powodztwem.

Rozszerzenie zdolności arbitrażowej w sporach o prawa majątkowe

Nowelizacja wprowadza też nową zasadę dotyczącą rozstrzygania w arbitrażu wszystkich rodzajów sporów, nie tylko sporów korporacyjnych. Rozszerza zdolność arbitrażową o wszystkie spory majątkowe, z wyjątkiem spraw o alimenty (art. 1157 k.p.c.). Ustawodawca wykorzystał tę okazję, aby wyjaśnić, że jedynie spory o prawa niemajątkowe mogą być rozstrzygane przez sądy arbitrażowe pod warunkiem, że mogą być one przedmiotem ugody sądowej. Warunek ten nie dotyczy zatem sporów o prawa majątkowe.

Reasumując, wprowadzone zeszłoroczną nowelizacją zmiany uznajemy za korzystne dla polskiego prawa arbitrażowego, w szczególności te dotyczące poszerzenia katalogu spraw, które mogą być rozpoznawane przez sądy polubowne. Zbliży to Polskę do standardów przyjętych w innych światowych porządkach arbitrażowych i eliminuje nieznajdujące uzasadnienia ograniczenia w tym zakresie. Nadto poszerzenie kompetencji sądów arbitrażowych powinno przyczynić się do odciążenia sądów państwowych, a w konsekwencji do osiągnięcia celu nowelizacji, którym było usprawnienie wymiaru sprawiedliwości w sprawach cywilnych.

Monika Hartung, radca prawny, wspólnik
praktyka postępowań sądowych i arbitrażowych

dr Marta Kozłowska, adwokat
praktyka postępowań sądowych i arbitrażowych

Kiedy wspólnik może domagać się rozwiązania spółki z o.o. przez sąd

dr Kinga Ziemnicka



Sytuacja, w której wspólnik decyduje się wystąpić z powództwem o rozwiązanie spółki, wiąże się najczęściej z konfliktem pomiędzy wspólnikiem mniejszościowym a wspólnikami większościowymi lub członkami zarządu spółki. Pozycja wspólnika mniejszościowego jest o tyle złożona, że choć przysługują mu określone uprawnienia korporacyjne zagwarantowane przez ustawodawcę lub umowę spółki, musi on się liczyć z nie zawsze dla niego akceptowalnymi decyzjami większości wspólników. W sytuacji konfliktu wspólnicy bezradni wobec tego, co się dzieje w spółce, często zwracają się o pomoc do prawników. Pojawia się zatem pytanie, kiedy można wystąpić z powództwem o rozwiązanie spółki i czy zawsze w sytuacji konfliktowej jest to właściwa droga.

Sytuacja kryzysowa w spółce i co dalej?

Wspólnicy, zakładając spółkę, najczęściej podchodzą entuzjastycznie do współpracy, licząc na rozwój działalności biznesowej i na przyszłe zyski. Na tym etapie zazwyczaj nie myślą o tym, co się stanie, jeżeli pojawią się między nimi nie tylko różnice zdań, ale trwały konflikt uniemożliwiający dalszą współpracę. Do sytuacji patowych często dochodzi, gdy w spółce jest dwóch wspólników mających równą liczbę głosów oraz takie same uprawnienia do powoływania członków zarządu. W takich przypadkach wystąpienie trwałego konfliktu może prowadzić do impasu decyzyjnego zarówno na szczeblu wspólników, jak i w zarządzie spółki.

Przykładem sytuacji konfliktowej jest też minimalizowanie roli wspólnika mniejszościowego przez wspólników większościowych, poprzez pozbawienie go jakiegokolwiek wpływu na sprawy spółki. Teoretycznie wspólnik mniejszościowy może zbyć swoje udziały, ale w praktyce bywa to utrudnione z uwagi na brak nabywcy. Oczywiście pakiet mniejszościowy, który istotnie wpływa na rozkład głosów w spółce, może dla pozostałych wspólników mieć istotną wartość. Jeżeli jednak pozostali wspólnicy mogą podejmować kluczowe decyzje w spółce samodzielnie, przegłosowując wspólnika mniejszościowego, wówczas trudniej będzie mu znaleźć potencjalnego nabywcę jego udziałów.

Zdarzają się również sytuacje odwrotne, kiedy wspólnik mniejszościowy, chcąc wymusić na wspólnikach większościowych lub samej spółce wykupienie jego udziałów po korzystnej cenie, stosuje szantaż korporacyjny w postaci powództwa o rozwiązanie spółki. Mielismy okazję prowadzić sprawę dobrze prosperującej spółki, przeciwko której wspólnik mniejszościowy wniósł powództwo o jej rozwiązanie. Wspólnik ten przestał pracować w spółce i był niezadowolony z polityki dywidendowej, gdyż zyski były zatrzymywane na potrzeby finansowania inwestycji. Ostatecznie po kilku latach procesu, z obawy przed przegraną, powództwo zostało cofnięte. Nie zmienia to faktu, że w tym czasie spółka była narażona nie tylko na koszty związane z procesem, ale również na trudności biznesowe spowodowane ograniczonym zaufaniem kontrahentów co do stabilności jej istnienia.

Niezależnie od przyczyny sporu pomiędzy wspólnikami najlepiej byłoby zakończyć go polubownie. W pierwszej kolejności warto więc sprawdzić, jakie są na to szanse. Niekiedy jednak skala emocji nie pozwala na współpracę i pojawia się potrzeba jej zaprzestania.

Czy sam konflikt wystarczy do rozwiązania spółki?

Przepisy przewidują, że sąd może wyrokiem orzec rozwiązanie spółki: na żądanie wspólnika lub członka organu spółki, jeżeli osiągnięcie celu spółki stało się

niemożliwe albo jeżeli zaszły inne ważne przyczyny wywołane stosunkami spółki (art. 271 ust. 1 k.s.h.). Ustawodawca posłużył się zatem przesłankami niedookreślonymi, wymagającymi każdorazowej oceny konkretnego przypadku.

Orzecznictwo sądowe wypracowało jednak określone zasady, jakimi należy się kierować, rozpatrując tego typu sprawy. Sąd Najwyższy w wyroku z 16 kwietnia 2019 r. (II CSK 66/18) stwierdził, podtrzymując poprzednią linię orzecniczą, że niemożliwość osiągnięcia celu spółki musi dotyczyć wszelkiej przewidzianej w umowie spółki działalności, dla prowadzenia której spółka została powołana, oraz mieć trwały i obiektywny charakter. Ustanie bytu prawnego spółki kapitałowej z inicjatywy jej wspólnika należy traktować jako rozwiązanie ostateczne, kiedy zastosowanie innych środków, które mogłyby uzdrowić sytuację w spółce, jest niemożliwe lub bardzo utrudnione. W treści uzasadnienia podkreślono, że nie każde wykorzystywanie pozycji przez wspólników większościowych i marginalizowanie wspólnika mniejszościowego daje podstawę do rozwiązania spółki. Nie sposób bowiem przyjąć, że uzasadnieniem dla tego środka, wbrew jednoznacznie wyrażanej woli pozostałych wspólników, miałoby być samo istnienie konfliktu z jednym wspólnikiem na tle odmiennych wizji prowadzenia spraw spółki i strategii jej działalności.

Sąd może rozwiązać spółkę na żądanie wspólnika wówczas, gdy w spółce wystąpi sytuacja kryzysowa, a konflikt wspólników nie wyraża się tym, że wspólnik mniejszościowy zostaje przegłosowany, ale tym, że władze spółki w szczególnie jaskrawy sposób, wykorzystując większość wspólników, pozbawiają go istotnych umownych lub ustawowych uprawnień (wyrok Sądu Najwyższego z 12 stycznia 2018 r., II CSK 207/17). Sam fakt przegłosowywania wspólnika na zgromadzeniach wspólników nie może być zatem traktowany jako pozbawienie go w spółce praw. Wspólnik mniejszościowy od momentu przystąpienia do spółki musi bowiem liczyć się z możliwością podejmowania w spółce decyzji niekoniecznie zgodnych z jego oczekiwaniami.

W jednym z orzeczeń, na podstawie którego doszło do rozwiązania spółki, zwrócono uwagę na istniejące relacje wskazujące na silną awersję oraz brak zaufania pomiędzy wspólnikami, co w konsekwencji wykluczało ich dalszą współpracę, uniemożliwiając normalne i prawidłowe funkcjonowanie spółki. Dodatkowo wskazano jednak na istniejący w spółce układ głosów w zakresie podejmowania uchwał, który powodował, że przewyciężenie impasu decyzyjnego było obiektywnie niemożliwe w danym stanie relacji pomiędzy wspólnikami (wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 13 lutego 2015 r., I ACa 1608/14).

Zatem samo wystąpienie konfliktu między wspólnikami spółki nie oznacza, że zaistniały podstawy do jej rozwiązania. Zachodzą one dopiero wówczas, gdy

istniejący konflikt istotnie i trwale wpływa na funkcjonowanie spółki, na przykład wówczas, gdy wskutek sporów pomiędzy wspólnikami o zrównoważonej liczbie głosów nie jest możliwe podejmowanie uchwał, co utrudnia prawidłowe funkcjonowanie spółki.

Gdy podłożem konfliktu są pieniądze

Wszyscy wspólnicy, w tym także wspólnicy mniejszościowi, posiadają majątkowe prawo korporacyjne do uczestniczenia w zyskach. Decyzja o przeznaczeniu zysku wypracowanego w danym roku obrotowym należy do wspólników, którzy w tym przedmiocie podejmują stosowną uchwałę. Jeżeli uchwała o przeznaczeniu zysku miałaby na celu pokrzywdzenie wspólnika mniejszościowego, może on dochodzić swoich praw przed sądem w drodze powództwa o uchylenie takiej uchwały. Zdarza się, że wspólnicy nie otrzymują dywidendy, gdyż zysk jest pozostawiany w spółce, co może budzić sprzeciw wspólników mniejszościowych, zwłaszcza gdy wspólnicy większościowi czerpią korzyści ze spółki, sprawując funkcje w jej organach.

Rozpatrując tego typu sprawę, Sąd Najwyższy uznał, że fakt sprawowania zarządu i nadzoru w spółce przez innych wspólników powoływanych i funkcjonujących zgodnie z postanowieniami umowy spółki sam w sobie nie stanowi naruszenia praw wspólnika mniejszościowego. Dotyczy to także zawierania przez spółkę umów ze wspólnikami prowadzącymi własną działalność gospodarczą (wyrok Sądu Najwyższego z 16 kwietnia 2019 r., II CSK 66/18).

Warto jednak zwrócić uwagę na wyrok Sądu Najwyższego z 22 kwietnia 1937 r. (IC 1868/36), na który powołuje się także współczesne orzecznictwo. Stwierdzono w nim, że pozbawienie wspólnika przez szereg lat udziału w zyskach może stanowić uzasadnioną podstawę rozwiązania spółki na żądanie pokrzywdzonego wspólnika, jeśli zyski te są rozdzielane w formie różnych dodatków do wynagrodzeń pomiędzy wspólników zatrudnionych w spółce. Jak podkreślił jednak Sąd Najwyższy we wspomnianym wcześniej wyroku z 16 kwietnia 2019 r. (II CSK 66/18), istotne jest to, czy otrzymywane przez pozostałych wspólników świadczenia są ekwiwalentne wobec ich świadczeń na rzecz spółki oraz czy współpraca spółki z jej wspólnikami jest prowadzona w interesie spółki czy ze szkodą dla spółki. Dotyczy to uzyskiwanych w spółce wynagrodzeń za pełnienie funkcji członków jej organów. Przyjęcie tezy o rażącej dysproporcji w korzyściach uzyskiwanych przez wspólnika mniejszościowego w stosunku do korzyści uzyskiwanych przez pozostałych wspólników musi opierać się na fachowej analizie przeprowadzonej przez podmiot dysponujący specjalną wiedzą, co w praktyce często wymaga powołania biegłego sądowego.

Inną problematyczną sytuacją, która może powodować u wspólników dążenie do rozwiązania spółki,

wbrew woli większości, są straty ponoszone przez spółkę. Wspólnicy mniejszościowi obawiają się bowiem zmniejszenia wartości ich udziałów w następstwie powstałych strat. W tym przypadku również samo wystąpienie straty nie może być uznane za wystarczającą podstawę do rozwiązania spółki, jeżeli ma ona perspektywy do poprawy wyników. W jednym z orzeczeń sąd uznał, że przejściowe czy nawet trwalsze trudności ekonomiczne, o ile mają charakter przewidywalny, nie mogą uzasadniać rozwiązania spółki. Nie ma przy tym znaczenia, czy przyczyny takiego stanu rzeczy są zawinione przez wspólników bądź organy spółki. Ostatecznie bowiem wyniki finansowe każdego przedsiębiorcy są tylko w części uzależnione od jego osobistych starań, gdyż istotny wpływ na nie w gospodarce rynkowej mają także zewnętrzne uwarunkowania (wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 25 stycznia 2018 r., I AGa 27/18).

Podstawy do rozwiązania spółki przez sąd – podsumowanie

W piśmiennictwie podnosi się, że do przyczyn uzasadniających rozwiązanie spółki należy zaliczyć między innymi: brak możliwości podejmowania decyzji w spółce, brak organów i niemożność ich powołania, naruszenie zasady równouprawnienia wspólników wynikającej z art. 20 k.s.h., brak zainteresowania sprawami spółki, notoryczne wykorzystywanie pozycji wspólnika większościowego oraz utratę przez spółkę zdolności do działania w wyniku trwałego konfliktu między wspólnikami.

Wspólnik żądający rozwiązania spółki przez sąd powinien wykazać, że nie może wystąpić ze spółki w inny sposób. W takiej sytuacji bowiem za priorytetowe należy uznać działania zapewniające dalsze funkcjonowanie spółki na rynku. Wdrożenie procedury rozwiązania spółki stanowi zatem ostateczność, której zastosowanie jest uzasadnione jedynie wówczas, gdy pokrzywdzenia wspólnika mniejszościowego czy konfliktu wspólników nie można wyeliminować w inny sposób, na przykład zbywając udziały w spółce lub zaskarżając uchwały, z którymi wspólnik się nie zgadza.

W tym kontekście należy zwrócić uwagę na niezwykle ważny etap, jakim jest tworzenie spółki. Warto bowiem już w umowie spółki zapewnić mechanizmy pozwalające na zakończenie sporu pomiędzy wspólnikami bez konieczności stosowania procedury rozwiązania spółki przez sąd.

dr Kinga Ziemińska, radca prawny,
praktyka transakcyjna i prawa korporacyjnego

Przeniesienie pracownika nie zawsze automatyczne

dr Szymon Kubiak
Jarosław Karlikowski



Polska spółka, będąca częścią międzynarodowej grupy kapitałowej, przechodziła okres wewnętrznych zmian. Między innymi jeden z departamentów, który dotychczas realizował określone procesy biznesowe, podzielono pomiędzy różne podmioty – dwie nowo założone polskie spółki zależne. Podmioty te mają dalej świadczyć usługi na rzecz spółki matki na podstawie tzw. TSA (*transition service agreement*), tj. wewnątrzgrupowej umowy o świadczenie usług (o stałym lub tymczasowym charakterze). W trakcie przygotowań okazało się, że jedynym „aktywem”, które klient chciałby przenieść do nowo utworzonych spółek, są... pracownicy. Czy takie rozwiązanie jest w ogóle możliwe?

Klientom często zależy na automatycznym przeniesieniu pracowników do nowego podmiotu. Do takiego skutku dochodzi jednak tylko wówczas, gdy zmiana struktury wiąże się z przejściem całości lub części zakładu pracy na innego pracodawcę w rozumieniu artykułu 23¹ Kodeksu pracy. Sprawdzenie, czy faktycznie tak jest, może być wysoce utrudnione, a niewłaściwa ocena sytuacji może skutkować licznymi problemami. Zwłaszcza wtedy, gdy grupa obejmuje złożoną strukturę podmiotów będących pracodawcami, działających w różnych lokalizacjach, a zawarte między nimi umowy skutkują *de facto* świadczeniem pracy na rzecz innej spółki z grupy niż ta, która formalnie jest pracodawcą, i/lub tzw. zatrudnieniem krzyżowym.

Przejście zakładu pracy niezależne od woli stron

W praktyce przejście zakładu pracy (lub jego części) nie musi wiązać się wyłącznie ze sprzedażą przez dotychczasowego pracodawcę przedsiębiorstwa lub jego zorganizowanej części (lub inną czynnością wywołującą podobny skutek, np. dzierżawą przedsiębiorstwa). Katalog czynności mogących prowadzić do przejścia zakładu pracy (a zatem takich, które powodują „automatyczne” przejście pracowników) jest znacznie szerszy. W jego zakres nie wchodzi jednak dwustronna umowa pomiędzy dotychczasowym pracodawcą i podmiotem, który chciałby przejąć jego pracowników. Skutek przewidziany w artykule 23¹ k.p. jest bowiem niezależny od ich woli i nie może zostać wywołany złożeniem przez te podmioty zgodnych oświadczeń, których intencją byłoby przeniesienie pracowników. Zgodnie z polskim prawem pracy umowa o pracę wiąże bowiem te strony, które ją zawarły, a jej zmiana (w tym zmiana stron umowy) powinna uwzględniać wolę pracownika.

Ocena, czy w danym przypadku może dojść do „automatycznego” przejścia pracowników, jest utrudniona również z tego względu, że pojęcie przejścia zakładu pracy lub jego części nie zostało zdefiniowane ani w polskim art. 23¹ k.p., ani w jego unijnym „pierwowzorze”, czyli w dyrektywie 2001/23/WE z 12 marca 2001 r. w sprawie zbliżania ustawodawstw państw członkowskich odnoszących się do ochrony praw pracowników w przypadku przejścia przedsiębiorstw, zakładów lub części przedsiębiorstw lub zakładów.

Dlatego w takich sprawach trzeba wziąć pod uwagę wszystkie okoliczności faktyczne zgodnie z testem sformułowanym (po czym uzupełnianym i rozwijanym w szeregu późniejszych orzeczeń) w wyroku Trybunału Sprawiedliwości UE w sprawie *Spijkers* z 18 marca 1986 r. (24/85). Trybunał wskazał, że przy ocenie, czy doszło do przejścia zakładu pracy, należy uwzględnić typ przedsiębiorstwa, przejęcie lub brak przejęcia składników majątkowych takich jak budynki i ruchomości, wartość składników niematerialnych w chwili transferu, przejęcie lub brak przejęcia większości

pracowników przez nowego pracodawcę, przejęcie lub brak przejęcia klientów przedsiębiorstwa, a także – a może nawet przede wszystkim – stopień podobieństwa między działalnością prowadzoną przed zbyciem i po zbyciu przedsiębiorstwa oraz czas ewentualnego zawieszenia tej działalności.

Istotna rola przełożonych

W naszej wieloletniej praktyce wielokrotnie mieliśmy do czynienia ze sprawami dotyczącymi działalności w sektorach opartych na sile roboczej, w których sama grupa pracowników może stanowić samodzielną ekonomiczną jednostkę podlegającą przejściu. Z tej perspektywy widzimy, że przy ocenie, czy dana sytuacja może skutkować przejściem zakładu pracy lub jego części, coraz istotniejszą rolę odgrywa ocena zachowania integralności struktur zarządczych i roli dotychczasowych (i nowych) przełożonych.

Zgodnie np. z istotnym w praktyce orzeczeniem TSUE z 29 lipca 2010 r. w sprawie C151/09 przejęta jednostka gospodarcza zachowuje swoją niezależność w rozumieniu art. 6 ust. 1 dyrektywy 2001/23, jeśli uprawnienia przyznane przełożonym tej jednostki w ramach struktur organizacyjnych zbywającego pozostają w przeważającej mierze niezmiennione w ramach struktur przejmującego. Chodzi tu o uprawnienia takie jak uprawnienie do organizowania pracy w obrębie jednostki w sposób względnie swobodny i niezależny, w szczególności uprawnienie do wydawania zarządzeń i poleceń, przydzielania pracownikom zadań oraz decydowania o użyciu środków materialnych, bez bezpośredniej ingerencji ze strony innych struktur organizacyjnych pracodawcy.

Zmiana kluczowych przełożonych nie może sama w sobie osłabiać niezależności przejętej jednostki, chyba że nowi przełożeni dysponują uprawnieniami umożliwiającymi im bezpośrednie organizowanie działalności pracowników tej jednostki i przejmowanie w ten sposób od bezpośrednich przełożonych pracowników procesów decyzyjnych wewnątrz tej jednostki.

Ryzyko błędnej oceny

Jeżeli pracodawca błędnie przyjmie, że doszło do „automatycznego” przejścia pracowników do innego podmiotu, może to mieć daleko idące konsekwencje. I nie chodzi tylko o kwestie dotyczące składek na ubezpieczenia społeczne i zaliczek na podatek dochodowy, za które – w przypadku braku przejścia na podstawie artykułu 23¹ k.p. – powinien odpowiadać dotychczasowy pracodawca. Warto pamiętać, że jeśli nowy pracodawca rozwiąże umowę o pracę z „przejętym” pracownikiem, z dużym prawdopodobieństwem zakwestionuje on w sądzie pracy prawidłowość takiego zwolnienia. Jeżeli bowiem pracownik nie został „przejęty” przez nowego pracodawcę, to nie może też zostać przez niego zwolniony, a każde oświadczenie

w tym zakresie będzie mogło zostać podważone przed sądem.

Kłopotliwe i kosztowne przenoszenie „na piechotę”

Co więc może zrobić pracodawca, gdy w danej sytuacji nie może dojść do „automatycznego” przejścia pracowników? W takim przypadku przeniesienie pracowników może nastąpić w wyniku rozwiązania umowy o pracę z dotychczasowym pracodawcą i zawarcia nowej umowy z nowym pracodawcą. Nie jest to jednak rozwiązanie pozbawione wad.

Po pierwsze, wiąże się ono ze znacznym nakładem prac administracyjnych. Dla każdego pracownika należy przygotować dokumenty związane z zakończeniem stosunku pracy (np. porozumienie rozwiązujące, tzw. obiegówkę, świadectwo pracy) oraz dokumenty związane z jej rozpoczęciem (nowa umowa o pracę, informacja o warunkach zatrudnienia, informacja o przetwarzaniu danych osobowych).

Po drugie, jeżeli restrukturyzacja obejmuje większą liczbę pracowników, mogą się spełnić przesłanki powodujące konieczność przeprowadzenia dość uciążliwej procedury zwolnień grupowych. Dotyczy to pracodawców, którzy zatrudniają co najmniej 20 pracowników i w okresie nieprzekraczającym 30 dni złożą oświadczenia o rozwiązaniu umów o pracę 10 pracownikom (jeżeli łącznie zatrudnionych jest mniej niż 100 pracowników), 10% pracowników (jeżeli łącznie zatrudnionych jest od 100 do 299 pracowników) lub 30 pracownikom (jeżeli łącznie zatrudnionych jest 300 lub więcej pracowników). Co ważne, do powyższych limitów wlicza się także pracowników, z którymi w ramach grupowego zwolnienia następuje rozwiązanie stosunków pracy z inicjatywy pracodawcy na mocy porozumienia stron, jeżeli dotyczy to co najmniej pięciu pracowników. Przy zmianie pracodawcy poprzez rozwiązanie starego i nawiązanie nowego stosunku pracy ważne jest więc odpowiednio i bardzo szczegółowe planowanie całego procesu w czasie lub zastosowanie odpowiednich zapisów w zawieranych porozumieniach, tak aby w przypadku kontroli ze strony Państwowej Inspekcji Pracy nie narażać się na zarzut niezastosowania przepisów ustawy o zwolnieniach grupowych.

Po trzecie, oprócz ryzyka związanego z nieprzestrzeganiem procedur związanych ze zwolnieniem grupowym, pojawia się także ryzyko związane z obowiązkiem wypłaty odpraw. Niezależnie od tego, czy pracodawca będzie zobowiązany do przeprowadzenia formalnej procedury zwolnień grupowych, jeżeli zatrudnia on co najmniej 20 pracowników pojawia się ry-

zyko, że będzie musiał wypłacić odprawy, nawet jeśli zawarł porozumienie z odchodzącym pracownikiem. Wysokość odpraw waha się od jednomiesięcznych do trzymiesięcznych wynagrodzeń, w zależności od stażu pracy (pracownik ze stażem pracy poniżej 2 lat uprawniony jest do jednej pensji; staż pracy od 2 do 8 lat uprawnia do odprawy w wysokości dwóch pensji; staż pracy wyższy niż 8 lat uprawnia do otrzymania trzech pensji). Odprawa nie może być jednak wyższa niż 15-krotność minimalnego wynagrodzenia (czyli 39 000 złotych w 2020 r.). Powyższe ryzyko można jednak zminimalizować, stosując odpowiednie postanowienia w zawieranym z pracownikiem porozumieniu o rozwiązaniu umowy o pracę.

Po czwarte należy także pamiętać, że odchodzący pracownicy będą uprawnieni do otrzymania ekwiwalentu za niewykorzystany urlop wypoczynkowy, co w niektórych przypadkach może znacząco podnieść koszt całej operacji. Ekwiwalent za urlop jest świadczeniem traktowanym tak samo jak wynagrodzenie za pracę, co oznacza, że pracownik nie może zrzec się przysługującego mu ekwiwalentu. Dotyczy to także sytuacji, gdy nowy pracodawca zobowiąże się udzielić mu dodatkowego urlopu w wysokości odpowiadającej urlopowi niewykorzystanemu u dotychczasowego pracodawcy.

Wnioski

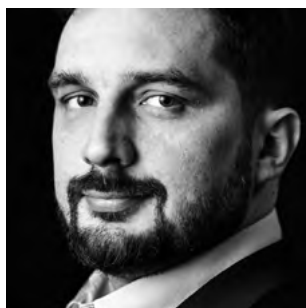
Przy planowaniu wewnętrznych restrukturyzacji i podziale jednostek biznesowych należy zwrócić uwagę, że przeniesienie pracowników do innego podmiotu nie zawsze zależy wyłącznie od woli pracodawcy. Do „automatycznego” przejścia pracowników dochodzi bowiem na skutek czynności wywołujących przejście zakładu pracy lub jego części. Jeżeli z okoliczności danej sprawy wynika, że po planowanej restrukturyzacji nie zostanie zachowana ciągłość działania i tożsamość zakładu pracy, to do automatycznego przejścia pracowników nie dojdzie. W takim przypadku do przejścia może dojść poprzez rozwiązanie dotychczasowej umowy o pracę i zawarcie nowej, z nowym pracodawcą – może to być jednak rozwiązanie bardziej skomplikowane i kosztowne.

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

Jarosław Karlikowski, radca prawny
praktyka prawa pracy

Ochrona praw człowieka w arbitrażu sportowym

Stanisław Drozd



Arbitraż to metoda rozwiązywania sporów szczególnie przydatna w sektorze sportowym – przede wszystkim ze względu na zasadę autonomii sportu. Zgodnie z tą zasadą sport zarządzany jest przez instytucje pozarządowe i funkcjonuje poza władztwem organów państwowych. Jest to uzasadnione przede wszystkim znacznym potencjałem społecznego oddziaływania, jaki drzemie w sporcie. Sport może zarówno jednoczyć i zbliżać, jak i dzielić i antagonizować grupy społeczne oraz całe narody. Dlatego powinien działać w sposób wolny od korumpującego wpływu władz politycznych.

Autonomia sportu i zasada nieingerencji władzy państwowej (w tym sądowej) w działalność sportową wynika też ze specyfiki sportu. Nadmierne zaangażowanie państwowego wymiaru sprawiedliwości w rozstrzyganie sporów dotyczących reguł sportowych mogłoby wypaczać istotę rywalizacji sportowej i niweczyć jej ponadnarodowy charakter. Dlatego spory sportowe tradycyjnie rozstrzygane są w ramach prywatnego systemu rozwiązywania sporów organizowanego przez międzynarodowe federacje sportowe.

Prawa człowieka w sporcie

Sport przeżywa jednak rewolucję. W dobie cyfryzacji i automatyzacji gospodarki sport staje się istotną dziedziną tzw. gospodarki czasu wolnego i przyciąga znaczne inwestycje. W rezultacie sport zmaga się z problemami, które od lat dotyczyły innych sektorów gospodarki (spory o sprawiedliwy podział korzyści gospodarczych pomiędzy uczestników rynku, wyzysk ekonomiczny, dyskryminacja, rzetelność rywalizacji).

W przeciwieństwie jednak do instytucji państwowych zajmujących się tradycyjnymi sektorami gospodarki, instytucje pozarządowe zarządzające sportem, zwłaszcza te działające według tradycyjnego, europejskiego modelu organizacji sportu, nie zostały zaprojektowane tak, by były odporne na napięcia i konflikty interesów wynikające z komercyjnego wymiaru sportu. Sportem co rusz wstrząsają w związku z tym rozmaite skandale, a instytucje zarządzające sportem tracą społeczne zaufanie.

Coraz powszechniej mówi się
o potrzebie lepszego zadbania
o poszanowanie praw człowieka
oraz zasad dobrego i uczciwego
zarządzania (*good governance*)
w sporcie. Dotyczy to także
sportowego wymiaru
sprawiedliwości.

Najlepszym dowodem na to są niedawne głośne wyroki Europejskiego Trybunału Praw Człowieka dotyczące prawa do sądu i rzetelnego procesu w sektorze sportowym (np. sprawy Mutu i Pechstein przeciwko Szwajcarii). To, czy sportowy wymiar sprawiedliwości sprostą tym wyzwaniom, może przesądzić o tym, czy sport pozostanie instytucją otwartego globalnego społeczeństwa obywatelskiego, czy padnie ofiarą populistów, którzy z chęcią poddadzą go ścisłej rządowej regulacji.

Odbudować zaufanie do arbitrażu

Z podobnymi wyzwaniami mierzy się międzynarodowy arbitraż gospodarczy w ogóle. Determinizm materialistyczny i konsumpcjonizm oraz nadużycia wolności gospodarczej doprowadziły do kryzysu zaufania do instytucji globalnej gospodarki. Międzynarodowy arbitraż jest jedną z takich instytucji. W rezultacie podaje się w wątpliwość to, czy międzynarodowy arbitraż gospodarczy sprzyja zrównoważonemu i sprawiedliwemu rozwojowi. Zwraca się uwagę na jego ekskluzywność i lukratywność. Krytykuje się brak mechanizmów, które zapewniałyby faktycznie równe i sprawiedliwe traktowanie stron postępowań arbitrażowych wywodzących się z różnych grup interesariuszy oraz gwarantowałyby należyty wzgląd na prawa słabszych uczestników obrotu. Zarzuca się wreszcie, że arbitraż służy obsłudze zasobnych i wpływowych, tworząc dla nich bańkę sprawnie działającego wymiaru sprawiedliwości w świecie, w którym użytkownicy powszechnych systemów sądowych coraz częściej pozbawiani są prawa do rzetelnego procesu – czy to ze względu na niewydolność instytucji, które mają realizować to prawo, czy z powodu celowych nadużyć władzy.

Jedyną słuszną reakcją na te wyzwania i sposobem na odbudowę zaufania do arbitrażu jest jego większa społeczna odpowiedzialność i zaangażowanie.

Haski Regulamin Arbitrażowy

Istotnym krokiem w tym kierunku jest powstanie tzw. Haskiego Regulaminu Arbitrażowego dla Sporów dotyczących Biznesu i Praw Człowieka (*Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration*). Jest to regulamin arbitrażowy przygotowany specjalnie z myślą o zapewnieniu sprawiedliwego forum do rozstrzygania sporów dotyczących naruszeń praw człowieka przez przedsiębiorstwa międzynarodowe (*multinational enterprises*, MNE). W zamierzeniu twórców Haski Regulamin Arbitrażowy realizować ma cel sformułowany w Wytycznych ONZ dotyczących Biznesu i Praw Człowieka (*UN Guiding Principles on Business and Human Rights*). Celem tym jest zapewnienie każdemu, kto został dotknięty działaniami międzynarodowego przedsiębiorstwa, prawa do skutecznej skargi sądowej i pozasądowej. Autorzy Regulaminu słusznie sądzą, że arbitraż i środowisko arbitrażowe mogą i powinny odgrywać ważną rolę w realizacji tego celu.

Haski Regulamin Arbitrażowy przewiduje szereg rozwiązań mających zapewnić słabszej stronie sporu arbitrażowego (w założeniu – stronie pokrzywdzonej działaniami międzynarodowego przedsiębiorstwa) rzeczywistą możliwość przedstawienia swoich racji (art. 5, 33.2). Pozwala trybunałowi arbitrażowemu tak zorganizować postępowanie, by chronić słabszą stronę sporu przed odwetem przeciwnika (art. 18, art. 33.3) lub nadmiernie ciężkimi konsekwencjami finanso-

wymi procesu (art. 53 i 54). Umożliwia takiej stronie skorzystanie z procesowego wsparcia organizacji pozarządowej (art. 28). Przewiduje możliwość zainteresowania sprawą opinii publicznej (art. 38-43). Pozwala stronie skarżącej połączyć siły i prowadzić spór wspólnie z innymi osobami wywodzącymi swoje roszczenia z tych samych lub podobnych faktów (art. 19).

Regulamin podkreśla możliwość wydania w prowadzonej na jego podstawie procedurze arbitrażowej szczególnych rozstrzygnięć służących ochronie praw człowieka (np. stwierdzających i piętnujących określone bezprawne działania), zarówno w końcowym wyroku (art. 45.2), jak i w orzeczeniu o zastosowaniu środków tymczasowych (art. 30.1) czy w decyzjach dotyczących organizacji postępowania dowodowego (art. 32.2, 32.4). Zawiera Kodeks Etyki Arbitra, który zgodnie z deklaracjami autorów przewiduje surowsze niż w zwykłym arbitrażu gospodarczym standardy dotyczące badania konfliktu interesów i wyjawiania informacji mogących świadczyć o istnieniu takiego konfliktu.

Zalety dla sportu

Podobne rozwiązania potrzebne są w arbitrażu sportowym. Zwłaszcza że arbitraż ten ma *de facto*, a często i *de iure* charakter przymusowy i toczy się pomiędzy stronami, z których jedna występuje często z istotnie silniejszej pozycji (spory pomiędzy zawodnikiem a klubem lub zawodnikiem a federacją sportową).

W regulaminach sportowych trybunałów arbitrażowych i w procedurach sportowych organów dyscyplinarnych brakuje podstawowych rozwiązań chroniących prawa słabszych uczestników rynku sportowego.

Zawodnicy pozbawieni są często możliwości wytaczania powództw lub skarg zbiorowych i prawa do tego, by w procesach reprezentowała lub wspierała ich organizacja zawodowa. Kluby i federacje sportowe dysponują tymczasem przeróżnymi narzędziami fak-

tycznego odwetu, którymi mogą skutecznie zniechęcić zawodników do dochodzenia swoich praw w pojedynkę.

Chcąc dochodzić swoich racji, zawodnicy muszą też często uiszczać wysokie opłaty od pozwów lub skarg bez możliwości ubiegania się o zwolnienie od nich, nie mówiąc o prawie do skorzystania z bezpłatnej pomocy prawnej. Jeśli zwrócą się o pomoc do organów państwowych, narażają się na rozmaite sankcje ze strony federacji. Ze strony władz państwowych napotyka natomiast często niezrozumienie swoich problemów i praw lub brak wydolności albo dobrej woli.

Potrzebne rozwiązania systemowe

Wielu przedstawicieli środowiska arbitrażowego od lat daje dowód społecznego zaangażowania i odpowiedzialności. Dowodem na to są liczne sprawy prowadzone *pro bono* przez pełnomocników w postępowaniach arbitrażowych. Godnym odnotowania przykładem jest też inicjatywa jednego z funduszy zajmujących się finansowaniem procesów (w tym procesów arbitrażowych), który utworzył fundację finansującą istotne społecznie procesy na zasadach niezarobkowych.

Liczne przykłady tego typu aktywności zaobserwować można także w sportowym wymiarze sprawiedliwości. Dość wspomnieć o tworzonym przez FIFA programie bezpłatnej pomocy prawnej dla zawodników lub współpracy grupy pięciu czołowych prawników sportowych z Międzynarodową Federacją Hokeja na Lodzie, w ramach której prawnicy ci mają świadczyć bezpłatną pomoc prawną dla zawodników w postępowaniach dyscyplinarnych.

Tego typu działania oparte o dobrą wolę poszczególnych przedstawicieli środowiska arbitrażowego to jednak za mało. Potrzebne są rozwiązania o charakterze systemowym i regulaminowym. Przykładem próby wprowadzenia tego rodzaju rozwiązań w międzynarodowym arbitrażu gospodarczym jest powstanie Haskiego Regulaminu Arbitrażowego. Arbitraż sportowy, ze względu na swoją specyfikę, tym bardziej potrzebuje tego typu inicjatyw.

Stanisław Drozd, adwokat, partner
solicitor Anglii i Walii (obecnie nie praktykuje)
praktyka postępowań sądowych i arbitrażowych
oraz praktyka prawa sportowego

Pouczenia sądowe pisane po ludzku

Joanna Duda



Prawo do sądu, mające swoje źródła zarówno w aktach prawa międzynarodowego, jak i w Konstytucji, jest gwarantowane przez zasadę sprawiedliwości proceduralnej. Jest ona realizowana między innymi w drodze udzielania stronom i uczestnikom postępowania występującym bez profesjonalnego pełnomocnika niezbędnych pouczeń co do czynności procesowych. Sąd zatem może wyjaśniać oraz informować o czynnościach, których strona może bądź powinna dokonać, a zaniechanie udzielenia pouczenia bądź błędne pouczenie nie mogą negatywnie wpływać na sytuację procesową strony. Jednak pouczenie nie spełnia swojej roli, jeśli jest niezrozumiałe dla odbiorcy ze względu na fachowy język i sposób redakcji.

Na przełomie 2018 i 2019 r. zapadły dwa wyroki Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawie naruszenia przez Polskę art. 6 ust. 1 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, a mianowicie prawa dostępu do sądu. W ocenie Trybunału polskie sądy powszechne uniemożliwiły skarżącym dostęp do sądu, bowiem nie udzieliły im odpowiednich pouczeń, pomimo że skarżący nie byli zastępowani przez profesjonalnych pełnomocników.

Wyroki Trybunału muszą być prawidłowo zrealizowane na poziomie krajowym, co nakłada na władze obowiązek podjęcia adekwatnych działań w celu zapobieżenia dalszym naruszeniom prawa dostępu do sądu.

Apelacja była niedopuszczalna...

W sprawie *Parol przeciwko Polsce* (skarga nr 65379/13) skarżącym (oraz powodem w postępowaniu przed sądami polskimi) był osadzony w zakładzie karnym, który żądał odszkodowania za warunki pozbawienia wolności w czterech pozwanych zakładach karnych. Powód, występując z pozwem, złożył wniosek o przyznanie mu pomocy prawnej. Sąd jednak odmówił ustanowienia pełnomocnika z urzędu dla powoda. Następnie, po merytorycznym rozpoznaniu sprawy, sąd oddalił roszczenie powoda o odszkodowanie. Osadzony, chcąc zaskarżyć niekorzystne dla siebie orzeczenie, wystąpił z wnioskiem o doręczenie mu odpisu wyroku wraz z uzasadnieniem. Sąd przesłał odpis orzeczenia wraz z uzasadnieniem oraz pisemnym pouczeniem o terminie oraz sposobie wniesienia apelacji (sąd pouczył, że apelacja powinna być wniesiona bezpośrednio do sądu bądź za pośrednictwem poczty), jednak bez informacji, ile odpisów apelacji osadzony powinien załączyć.

Powód złożył apelację w wyznaczonym terminie, jednak obarczoną brakami formalnymi, bowiem nie wskazał wymaganej wartości przedmiotu zaskarżenia oraz nie załączył odpisu apelacji. Wobec tego sąd wezwał powoda do uzupełnienia wskazanych braków.

Osadzony nie posiadał jednak treści apelacji, bowiem jej oryginał przesłał do sądu, zatem nie mógł sporządzić wymaganego przez sąd odpisu jednakowej treści.

Mężczyzna podjął jednak starania, aby sprostać wezwaniu sądu, i wystąpił z wnioskiem o przesłanie mu na jego koszt odpisu apelacji. Wówczas osadzony mógłby wykonać kopię apelacji, identyczną co do treści, której wymagał od niego sąd. Jako że jego wniosek nie został rozpoznany, osadzony sporządził pismo

zbliżone treścią do złożonej wcześniej apelacji, jednak nieidentyczne. W konsekwencji sąd drugiej instancji uznał złożoną apelację za niedopuszczalną, bowiem nie została ona złożona w dwóch identycznych egzemplarzach (jednakowych co do treści).

...bo odpisów było za mało

W sprawie *Adamkowski przeciwko Polsce* (skarga nr 57814/12) skarżącym (oraz powodem przed sądami polskimi) był również osadzony, który wnosił o przyznanie mu odszkodowania za umieszczenie go w przeludnionej celi. Sąd po rozpatrzeniu sprawy oddalił powództwo, a odpis wyroku w tej sprawie wraz z pouczeniem doręczono osadzonemu.

Mężczyzna również zdecydował się wnieść apelację od niekorzystnego dla siebie wyroku. Analogicznie jak w opisanej powyżej sprawie *Parol przeciwko Polsce*, osadzony nie dołączył do apelacji wymaganej ilości odpisów, bowiem nie został uprzednio pouczony przez sąd o takim obowiązku. Sąd wezwał skarżącego do przedłożenia dwóch odpisów apelacji zgodnie z wymogami formalnymi. Skarżący jednak, podobnie jak w wyżej opisanym stanie faktycznym, nie dysponował kopią złożonej apelacji, zatem sporządził ręcznie dwie kopie pisma również zatytułowane jako apelacja, o zbliżonej, jednak nie identycznej treści w stosunku do apelacji złożonej jako pierwsza. Z tego powodu sąd zdecydował o zwrocie apelacji, jako że nie spełniała ona wymogów formalnych.

Nadmierny formalizm przyczyną ograniczenia dostępu do sądu

W obu zarysowanych powyżej stanach faktycznych Trybunał nie kwestionował, że wymóg przedłożenia apelacji wraz z odpisami wynika z przepisów art. 368 § 1 k.p.c. w zw. z art. 128 § 1 k.p.c. Przyznał też rację reprezentantom Polski argumentującym, że celem dołączania do pism procesowych ich odpisów jest prawidłowa organizacja wymiaru sprawiedliwości, a w szczególności umożliwienie doręczenia odpisu pisma stronie przeciwnej.

Niemniej, w ocenie Trybunału, sądy powinny unikać nadmiernego formalizmu, a w jego miejsce poszukiwać równowagi pomiędzy rygorem, który ma gwarantować rzetelność postępowania, a elastycznością w ramach ustalonych ustawowo granic.

Ponadto, jak podkreśla Trybunał, skarżący w obu rozpatrywanych sprawach zachowali staranność, jakiej można było od nich wymagać, bowiem każdy z nich powziął dostępne im środki w celu wywiązania się z nałożonego przez sąd zobowiązania do przedłożenia odpisów pism procesowych. W świetle takich okoliczności faktycznych Trybunał uznał, że decyzje sądów krajowych cechuje nadmierny formalizm, który w konsekwencji doprowadził do uniemożliwienia skarżącym dostępu do sądów odwoławczych, a zatem i naruszenia art. 6 ust. 1 Konwencji.

Rzecznik Praw Obywatelskich alarmuje

Rzecznik Praw Obywatelskich już w lutym 2013 r. skierował do Ministra Sprawiedliwości wystąpienie (znak pisma RPO-712911-IV/12/JP), w którym sygnalizował problem dotyczący realizacji obowiązków informacyjnych sądu. Rzecznik zwracał wówczas uwagę, że w zakresie, w jakim istnieją akty wykonawcze do Kodeksu postępowania cywilnego, pouczenia są sformułowane w sposób wyczerpujący i niebudzący wątpliwości. Jednak, jak zauważył Rzecznik, *w innych przypadkach treść, zakres oraz forma pouczeń jest uzależniona od praktyki przyjętej w danym sądzie [...], a największe rozbieżności w praktyce dotyczą pouczeń o terminie i sposobie wniesienia środka zaskarżenia [...]*, co z kolei może prowadzić do pozbawienia strony możliwości dokonania instancyjnej kontroli orzeczenia wydanego co do istoty sprawy. Rzecznik, dostrzegając potrzebę ujednolicenia pouczeń w celu ograniczenia negatywnych konsekwencji opisanego problemu, zwrócił się do Ministra Sprawiedliwości z prośbą o zajęcie stanowiska w tej sprawie.

Wówczas jednak problem ten nie doczekał się rozwiązania, jako że Minister Sprawiedliwości nie zgodził się ze stanowiskiem Rzecznika.

W świetle opisanych wyżej wyroków Trybunału Rzecznik postanowił skierować do Ministra Sprawiedliwości kolejne wystąpienie w tej materii (wystąpienie RPO do Ministra Sprawiedliwości z 2 sierpnia 2019 r., znak pisma IV.510.26.2019.KB). Rzecznik podkreślił, że prawo do sądu, uregulowane zarówno w Konwencji, jak i w Konstytucji RP, zawiera w sobie prawo do odpowiedniego ukształtowania procedury sądowej, a to jest realizowane między innymi poprzez udzielanie wyczerpujących pouczeń stronom procesu.

W ocenie Rzecznika niedawno uchwalona kompleksowa nowelizacja Kodeksu postępowania przewiduje możliwość rozwiązania problemu niepełnych i budzących wątpliwości pouczeń stron procesu.

Nowela dla nieprawników

Reforma Kodeksu postępowania cywilnego wprowadzona ustawą z 4 lipca 2019 r. rozszerza treść art. 5 k.p.c. poprzez dodanie nowych przepisów art. 5 § 2 i 3

k.p.c. Ustawodawca zawarł w nich delegację ustawową i upoważnił Ministra Sprawiedliwości do wydania rozporządzenia, w którym określi wzory pouczeń, których udzielania na piśmie wymaga Kodeks postępowania cywilnego. Minister powinien mieć przy tym na uwadze *konieczność zapewnienia komunikatywności przekazu*. W uzasadnieniu ustawy nowelizującej ustawodawca wyjaśnił, jak należy rozumieć tę komunikatywność przekazu: *pouczenia powinny być redagowane w sposób bardziej zrozumiały dla nie-prawników niż dotychczas*. Ponadto projektodawca wskazał, że *wzory te będą zredagowane we współpracy z jednostkami naukowymi zajmującymi się dostosowaniem języków fachowych (w tym przypadku języka prawniczego) do aparatu pojęciowego przeciętnego Polaka*.

Wzory takich pouczeń oraz ich tłumaczenia na języki obce powinny zostać również udostępnione na stronie internetowej Ministerstwa Sprawiedliwości.

Pouczenia będą bardziej zrozumiałe – od sierpnia 2020 r.

Ministerstwo Sprawiedliwości, w odpowiedzi na wystąpienie Rzecznika, poinformowało, że podjęto już prace koncepcyjne nad projektem rozporządzenia, które będzie określać wzory pouczeń. W piśmie podkreślono, że priorytetem redakcyjnym jest większa niż dotychczas zrozumiałość pouczeń, którą Ministerstwo zamierza osiągnąć we współpracy z właściwymi jednostkami naukowymi (znak pisma DLPC-V.053.3.2019).

Jednak w oczekiwaniu na efekty prac nad wzorami pouczeń należy uzbroić się w cierpliwość, bowiem Minister Sprawiedliwości ma na wydanie rozporządzenia 12 miesięcy od dnia ogłoszenia ustawy nowelizującej Kodeks postępowania cywilnego, zatem od 6 sierpnia 2019 r.

Joanna Duda
praktyka postępowań sądowych
i arbitrażowych

Dystrybucja leków po zmianach

Joanna Krakowiak



Podmioty zaangażowane w dystrybucję leków w Polsce od lat mają do czynienia z restrykcyjnymi przepisami regulacyjnymi. Kolejna nowelizacja Prawa farmaceutycznego jeszcze bardziej je zaostrza. Nie sprzyja to ani przedsiębiorcom działającym na tym rynku, którzy są konfrontowani ze zwiększonym ryzykiem regulacyjnym, ani pacjentom, dla których dostępność leków pogarsza się, zamiast się polepszać. Jak mają wyglądać umowy outsourcingowe w farmacji i czy można je modyfikować?

Przedsiębiorca na polskim rynku farmaceutycznym

Firma farmaceutyczna oferuje swoje produkty lecznicze w różnych krajach, między innymi w Polsce. Jest to dla niej rynek istotny, z uwagi na liczbę mieszkańców, ale nie kluczowy, ponieważ wytwarzanie ma miejsce poza terytorium RP, a ceny leków objętych refundacją, z uwagi na presję Ministerstwa Zdrowia, są jednymi z najniższych w Europie.

Z tych powodów firma jest zmuszona ograniczać koszty swojej działalności, funkcjonując jako przedstawiciel podmiotu odpowiedzialnego. Aby zaś zapewnić dostępność oferowanych leków na rynku w Polsce, współpracuje z wyspecjalizowaną platformą logistyczną, odpowiedzialną za dystrybucję produktów do poszczególnych hurtowni farmaceutycznych. Tego rodzaju model działalności wymuszają realia ekonomiczne. Firmie udało się stworzyć zgodny z przepisami i sprawnie funkcjonujący, a także efektywny kosztowo system zaopatrywania rynku oparty na umowie z podmiotem zewnętrznym.

Obrót pod szczególnym nadzorem

Jak powszechnie wiadomo, leki to szczególny rodzaj produktu konsumenckiego i dlatego obrót nimi w Polsce, podobnie jak w innych krajach UE, może odbywać się jedynie na ściśle określonych zasadach. Preambuła dyrektywy 2001/83 wskazuje bowiem, że aby zagwarantować odpowiednie warunki składowania, transportu i obrotu produktami leczniczymi, konieczna jest kontrola nad całym łańcuchem ich dystrybucji, od ich wyprodukowania lub przywozu do Wspólnoty aż do zaopatrzenia ludności. Dlatego też każdy podmiot zaangażowany w hurtową dystrybucję produktów leczniczych powinien posiadać specjalne pozwolenie.

W Polsce kontrola nad obrotem przejawia się w dwóch płaszczyznach: obrót jest licencjonowany i określony jest dozwolony kierunek obrotu. Licencjonowanie obrotu wymaga, aby w łańcuchu dystrybucji pojawiały się wyłącznie podmioty posiadające zezwolenie. Może to być co do zasady zezwolenie na obrót hurtowy (*wholesale distribution license*, WDL), mające zastosowanie do hurtowni farmaceutycznych, lub różnego rodzaju zezwolenia na obrót detaliczny (*retail distribution license*, RDL), mające zastosowanie w szczególności do aptek.

Dozwolony kierunek dystrybucji oznacza, że obrót lekiem może przebiegać tylko w jednym kierunku: od podmiotu odpowiedzialnego do hurtowni oraz z hurtowni do apteki, a następnie do klienta apteki (w Polsce zasadniczo do pacjenta lub podmiotu leczniczego). Zatem leki przeznaczone do obrotu przez podmiot odpowiedzialny na rynek polski nie mogą co do zasady tego rynku opuścić, a produkty, które opuściły jedno ogniwo w obrocie (np. hurtownię), co do zasady nie mogą do niego wrócić. Dodatkowo kością niezgody od lat była kwestia zakresu i zasad współ-

pracy z platformami logistycznymi i kształtu umów współpracy z nimi.

Regulator nie śpi

W 2019 r. w Polsce toczyły się prace nad kolejną nowelizacją Prawa farmaceutycznego. Tym razem były one spowodowane koniecznością zapewnienia stosowania rozporządzenia delegowanego Komisji (UE) 2016/161 z 2 października 2015 r. (tzw. rozporządzenie antyfałszywkowe).

Rozporządzenie to nakłada na podmioty odpowiedzialne, wytwórców i uczestników obrotu lekami szereg obowiązków mających na celu zabezpieczenie rynku przed dostępem do legalnego obrotu produktów sfałszowanych.

Przewiduje również odstępstwo od tych obowiązków mające zastosowanie do hurtowni farmaceutycznych nabywających leki od hurtowni wyznaczonych przez podmiot odpowiedzialny do dystrybucji leków w jego imieniu. Dodatkowo cały czas trwa walka z odwróconym łańcuchem dystrybucji leków, czyli procederem pozyskiwania leków z rynku detalicznego w celu ich odsprzedaży za granicę za cenę wielokrotnie wyższą niż cena krajowa. Taki handel jest nielegalny, gdyż powoduje niedobory na rynku detalicznym i brak dostępności leków w Polsce. Dotyczy on przede wszystkim leków refundowanych, w tym szczepionek. Niejako przy okazji prac nad nowelizacją przepisów dotyczących tych kwestii do Prawa farmaceutycznego został dodany art. 77a, który od 6 czerwca 2019 r. reguluje kwestię zawierania umów w zakresie przechowywania i dystrybucji produktów leczniczych.

Umowy na outsourcing w farmacji po nowemu

Po wielu dyskusjach wprowadzono zasady powierzania wykonywania określonych czynności podmiotom zewnętrznym na podstawie umów outsourcingu. W toku dyskusji krytykowano stosowane w farmacji skomplikowane struktury dystrybucji leków. Wskazywano także argumenty zdroworozsądkowe wskazujące na to, że rynek leków bez outsourcingu nie może funkcjonować. Bez niego stratni będą nie tylko przedsiębiorcy działający na tym rynku, ale przede wszystkim pacjenci, których dobro powinno być fundamentem każdej zmiany przepisów Prawa farmaceutycznego.

- **Outsourcing tylko do hurtowni**

Umowa o przechowywanie lub dostarczanie produktu leczniczego musi być zawarta między podmiotem odpowiedzialnym dla danego leku a hurtownią farmaceutyczną posiadającą pozwolenie na przechowywanie i dostarczanie produktów leczniczych do osób trzecich. Takiej umowy nie zawrze więc podmiot będący przedstawicielem podmiotu odpowiedzialnego lub np. wytwórca. Stronami umowy muszą być podmiot odpowiedzialny i hurtownia farmaceutyczna.

- **Zlecającym zawsze podmiot odpowiedzialny**

Przechowywanie lub dostarczanie musi mieć miejsce w imieniu podmiotu odpowiedzialnego produktu leczniczego, a dodatkowo umowa ma wskazywać właściciela produktu leczniczego oraz adres i unikalny identyfikator hurtowni farmaceutycznej, w której przechowywane będą produkty lecznicze objęte umową.

- **Za produkt odpowiada hurtownia**

Odpowiedzialność za zapewnienie jakości podczas przechowywania i dystrybucji produktów leczniczych będących przedmiotem umowy ponosić ma hurtownia. Oznacza to konieczność szczegółowego określenia w umowie momentu przejścia ryzyka przypadkowej utraty lub zniszczenia produktu.

- **Zakaz podzlecenia**

Zdecydowano, że czynności określonych w umowie (przechowywania lub dostarczania) hurtownia nie może zlecać podwykonawcom. Zakaz ten jest najprawdopodobniej najbardziej uciążliwy, bo w praktyce eliminuje możliwość powierzania transportu wyspecjalizowanym firmom zewnętrznym. Dlatego wejście w życie tego zakazu przesunięto na 1 lipca 2020 r. Do tego czasu przedsiębiorcy muszą tak zmodyfikować swój sposób działania, aby z łańcucha dystrybucji wyeliminować konieczność podzlecenia niektórych czynności.

- **Wymogi formalne**

Umowa musi być zawarta na piśmie (pod rygorem nieważności), a jej kopię hurtownia ma obowiązek przesłać do GIF w terminie 7 dni od jej zawarcia (na elektroniczną skrzynkę podawczą Głównego Inspektoratu Farmaceutycznego). Kopia umowy przesyłana do GIF może nie obejmować danych dotyczących sposobu i warunków finansowania oraz rozliczenia umowy.

Podsumowanie

Biorąc pod uwagę cel uregulowania umowy outsourcingu wynikający z rozporządzenia 2016/161, można

się zastanawiać, czy możliwe jest zawarcie umowy outsourcingowej w innym kształcie niż przewidziany w art. 77a) Prawa farmaceutycznego. Jest jasne, że odstępstwo od ustawowego modelu skutkowałoby niemożnością skorzystania z wyjątku zezwalającego na niewykonywanie przez współpracujące hurtownie obowiązków mających na celu zabezpieczenie rynku przed dostępem do legalnego obrotu produktów sfałszowanych (ponieważ tego rodzaju hurtownia nie miałaby statusu hurtowni wyznaczonej przez podmiot odpowiedzialny). Pytaniem otwartym pozostaje jednak to, czy w restrykcyjnych karbach Prawa farmaceutycznego jest miejsce na stosowanie innego rodzaju umów współpracy logistycznej, czy też każde odstępstwo od uregulowanego modelu traktowane byłoby jako próba obejścia przepisów, niemieszcząca się w coraz bardziej zacieśnionych regułach dotyczących obrotu lekami w Polsce.

Tymczasem, aby ograniczać ryzyko regulacyjne prowadzonej działalności, przedsiębiorca musi dostosować swój model biznesowy do nowych zasad outsourcingu. Musi również dochować wszelkich wymaganych prawnie aktów staranności i odpowiednio je dokumentować. Akty staranności obejmują nie tylko kwestie podstawowe, takie jak sprawdzenie zwolnienia do obrotu serii produktów, dat ważności i warunków przechowywania, ale również regularne sprawdzanie zakresu autoryzacji własnej oraz partnerów uczestniczących w obrocie (czy zezwolenia są nadal ważne, czy planowana transakcja mieści się w zakresie posiadanego zezwolenia). W związku z nowelizacją należałoby również zadbać o wewnętrzne procedury dotyczące weryfikacji statusu nabywców oraz ilości nabywanych produktów, a także przeszkolenie pracowników z praktycznego stosowania tego rodzaju procedur.

Nowelizacja stawia wyzwania nie tylko przed przedsiębiorcami działającymi na rynku farmaceutycznym, ale również przed organami Inspekcji Farmaceutycznej. Nowe przepisy będą bowiem wymagały stosownej interpretacji. Oby nie traciła ona z pola widzenia celu nowelizacji, jakim jest walka z nielegalnym wywozem leków deficytowych, a nie surowe karanie za wszelkie odstępstwa od nowych wymogów regulacyjnych, w szczególności jeżeli nie powodują one realnego ryzyka nielegalnego wywozu produktów.

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

O badaniu trzeźwości pracowników raz jeszcze

Katarzyna Żukowska
Agnieszka Lisiecka



W branżach zwiększonego zagrożenia bezpieczeństwa osób wielu pracodawców wdrożyło prewencyjne badania trzeźwości pracowników wchodzących na teren zakładu pracy, ograniczając w ten sposób ryzyko zdarzeń z udziałem pracowników nietrzeźwych lub po użyciu alkoholu. Kwestia dopuszczalności takich badań stała się przedmiotem wzmożonego zainteresowania pracodawców od czasu pojawienia się w czerwcu 2019 r. stanowiska Urzędu Ochrony Danych Osobowych, że pracodawcy takich badań przeprowadzać nie mogą.

Uważamy, że co do zasady stanowisko Urzędu Ochrony Danych Osobowych nie jest prawidłowe. Istnieją bowiem sytuacje, gdy pracodawca będzie nie tylko uprawniony, ale wręcz zobowiązany do prewencyjnego badania trzeźwości pracowników. Powinien wówczas zwrócić uwagę na kwestie związane z ochroną danych osobowych pracowników.

Podmiot uprawniony do badania trzeźwości pracownika

Przepisy prawa nie przewidują wprost prawa pracodawcy do prewencyjnego badania trzeźwości pracowników. Nie zawierają jednak także regulacji zakazujących pracodawcy takich badań.

Zgodnie z art. 17 ust. 1 ustawy o wychowywaniu w trzeźwości kierownik zakładu pracy lub osoba przez niego upoważniona mają obowiązek niedopuszczenia do pracy pracownika, jeżeli zachodzi uzasadnione podejrzenie, że stawiał się w pracy w stanie po użyciu alkoholu albo spożywał alkohol w czasie pracy. Zgodnie natomiast z ust. 3 na żądanie kierownika zakładu pracy, osoby przez niego upoważnionej, a także na żądanie pracownika, badanie stanu trzeźwości pracownika przeprowadza uprawniony organ powołany do ochrony porządku publicznego (pobrania krwi dokonuje fachowy pracownik służby zdrowia).

Przepisy art. 17 ust. 1 i ust. 3 ustawy o wychowywaniu w trzeźwości nakładają zatem zarówno na pracodawcę, jak i organ powołany do ochrony porządku publicznego obowiązek konkretnego działania we wskazanych okolicznościach. W przypadku pracodawcy jest to obowiązek odsunięcia pracownika od pracy, zaś w przypadku organu obowiązek przeprowadzenia badania pracownika, jeżeli zażąda tego uprawniona osoba. W żadnym wypadku przepisy te nie wyłączają prawa, a nawet obowiązku pracodawcy do podejmowania dalej posuniętych działań mających na celu zapewnienie bezpiecznych warunków pracy, w tym prewencyjnych badań stanu trzeźwości.

Nie wydaje się także, aby zamiarem ustawodawcy było wprowadzenie takiego zakazu. Z uzasadnienia zmiany do ustawy o wychowywaniu w trzeźwości (obowiązującej od 1 lipca 2011 r.) nadającej przepisowi art. 17 ust. 3 obecne brzmienie wynika bowiem, że zmianą tą jedynie *wprowadzono możliwość badania trzeźwości pracownika przez organ powołany do ochrony porządku publicznego na żądanie kierownika zakładu pracy*.

Teza wyroku Sądu Najwyższego z 4 grudnia 2018 r. (I PK 194/17) wskazuje wprawdzie, że *od 1 lipca 2011 r. badania stanu trzeźwości pracownika nie może prowadzić już pracownik ochrony zatrudniony przez pracodawcę (bądź inna upoważniona przez niego osoba), może tego dokonać jedynie uprawniony organ powołany do ochrony porządku publicznego*. Można by z tego wnioskować, że badać trzeźwość pracownika może jedynie organ powołany do ochrony porządku publicznego. Jednakże w świetle uzasadnienia tego wyroku tezę tę należy odczyty-

wać w ten sposób, że jedynie badanie stanu trzeźwości wykonane przez uprawniony organ powołany do ochrony porządku publicznego ma pełen walor dowodowy. Nie oznacza to jednak, że badania takiego nie może przeprowadzić pracodawca samodzielnie – musi się jednak liczyć z ryzykiem zakwestionowania wartości takiego badania jako dowodu. Jeżeli zatem badanie przeprowadzone przez pracodawcę wskazuje, że pracownik spożywał alkohol, pracodawca powinien wezwać uprawniony organ powołany do ochrony porządku publicznego, aby przeprowadził formalne badanie.

Informacja o stanie trzeźwości jako dana osobowa

Przepisy prawa nie rozstrzygają, czy informacja o stanie trzeźwości lub nietrzeźwości pracownika stanowi jego daną osobową, a jeżeli tak, to czy jest to tzw. dana zwykła czy też dana szczególnej kategorii. W naszej ocenie informacja taka stanowi daną osobową w rozumieniu art. 4 pkt 1 ogólnego rozporządzenia o ochronie danych (RODO). Zgodnie z tym przepisem dane osobowe oznaczają bowiem wszelkie informacje o zidentyfikowanej lub możliwej do zidentyfikowania osobie fizycznej.

Podzielamy przy tym pogląd PUODO (<https://uodo.gov.pl/pl/138/1076>), że informacja o stanie trzeźwości (lub stanie nietrzeźwości/stanie po użyciu alkoholu) stanowi daną osobową dotyczącą zdrowia. Motyw 35 preambuły RODO wskazuje bowiem, że do takich danych należy zaliczyć wszystkie dane o stanie zdrowia osoby, której dane dotyczą, ujawniające informacje o przeszłym, obecnym lub przyszłym stanie zdrowia. Do danych takich należą także wszelkie informacje o stanie fizjologicznym lub biomedycznym osoby, których źródłem może być np. urządzenie medyczne. Stan fizjologiczny zaś to pojęcie szerokie, fizjologia oznacza bowiem wszelkie czynności i procesy życiowe organizmu, a zatem także te związane ze spożyciem alkoholu.

Podstawa prawna przetwarzania danych osobowych o stanie trzeźwości

Dane o stanie zdrowia zaliczane są do szczególnych kategorii danych osobowych. Co do zasady ich przetwarzanie jest zabronione (art. 9 ust. 1 RODO), chyba że spełniony zostanie jeden z warunków przewidzianych przepisami art. 9 ust. 2 RODO.

Uważamy, że dane osobowe o stanie trzeźwości pozyskiwane przez pracodawcę w wyniku prowadzonych badań trzeźwości będą przetwarzane przede wszystkim na podstawie:

- art. 9 ust. 2 lit. b) RODO w związku z art. 15 i art. 207 k.p. (tj. przetwarzanie danych jest niezbędne do wypełnienia wynikających z prawa pracy obowiązków pracodawcy zapewnienia bezpiecznych i higienicznych warunków pracy, w tym ochrony życia i zdrowia pracowników);
- art. 9 ust. 2 lit. h) RODO w związku z art. 15 i art. 207 k.p. (tj. przetwarzanie danych jest niezbędne do oceny zdolności pracownika do pracy).

Zaistnienie ww. „niezbędności” jest warunkiem koniecznym, aby można było oprzeć przetwarzanie danych o trzeźwości/nietrzeźwości na tych podstawach. Inaczej bowiem należy ocenić sytuację pracowników biurowych, a inaczej pracowników wykonujących przykładowo prace związane bezpośrednio z ruchem kolejowym lub transportowym, albo z wykorzystaniem substancji niebezpiecznych dla zdrowia i życia innych lub dla środowiska naturalnego. W stosunku do pracodawcy mogą mieć także zastosowanie przepisy sektorowe nakładające na niego dalsze obowiązki, które należy uwzględnić, oceniając istnienie podstaw pozyskiwania informacji o trzeźwości/nietrzeźwości pracowników.

Przetwarzanie dla zgodności z prawem wymaga też przestrzegania zasad przewidzianych przepisami art. 5 RODO (oraz możliwości wykazania tego), w szczególności zasady ograniczonego przetwarzania, zgodności z prawem, rzetelności i przejrzystości, integralności i poufności, a także prawidłowości. Oznacza to m.in. że zasady przeprowadzania prewencyjnych badań trzeźwości powinny być określone w regulacjach wewnętrznych pracodawcy i podane do wiadomości pracowników.

Przepisy art. 88 RODO dopuściły możliwość bardziej szczegółowego uregulowania w przepisach krajowych kwestii związanych z zapewnieniem ochrony prawa i wolności w przypadku przetwarzania danych osobowych w związku z zatrudnieniem, w tym do wykonania obowiązków określonych przepisami, jak również do bezpieczeństwa i higieny pracy. Uważamy, że przepisami takimi są na gruncie prawa polskiego m.in. przepisy art. 22¹, art. 22^{1a} i art. 22^{1b} k.p. Przepisy art. 22^{1a} i art. 22^{1b} k.p. dotyczą przetwarzania danych osobowych pracowników (i kandydatów do pracy) na podstawie ich zgody. Z uwagi na ryzyko kwestionowania zgody pracownika jako ważnej podstawy przetwarzania danych osobowych uważamy, że nie może ona (bezpiecznie) zostać przyjęta jako podstawa przetwarzania informacji o stanie trzeźwości/nietrzeźwości pracownika (i z tego względu nie zostanie tu szczegółowo omówiona). Zgodnie natomiast z przepisem art. 22¹ § 4 k.p. pracodawca może żądać od pracownika podania innych danych niż wskazane w art. 22¹ § 1 i § 3 k.p., gdy jest to niezbędne do zrealizowania uprawnienia lub spełnienia obowiązku wynikającego z przepisu prawa art. 22¹ § 1 i § 3 k.p.

Obowiązki pracodawcy wynikające z przepisów prawa

Kodeks pracy nakłada na pracodawcę obowiązek zapewnienia pracownikom bezpiecznych i higienicznych warunków pracy (art. 15), w tym pracodawca jest zobowiązany chronić życie i zdrowie pracowników poprzez zapewnienie bezpiecznych i higienicznych warunków pracy przy odpowiednim wykorzystaniu osiągnięć nauki i techniki (art. 207 § 2 k.p.). Pracodawca ponosi też odpowiedzialność za stan bezpieczeństwa i higieny pracy w zakładzie pracy (art. 207 § 1 k.p.).

Zgodnie z przepisami § 39 ust. 1 i ust. 2 rozporządzenia w sprawie ogólnych przepisów BHP pracodawca zapewnia bezpieczeństwo i higienę pracy w szczególności poprzez zapobieganie zagrożeniom związanym z wykonywaną pracą, właściwą organizacją pracy, stosowanie koniecznych środków profilaktycznych oraz informowanie i szkolenie pracowników. Obowiązek ten powinien być realizowany m.in. poprzez zapobieganie zagrożeniom, przeprowadzanie oceny ryzyka związanego z zagrożeniami, które nie mogą być wykluczone, a także likwidowanie zagrożeń u źródeł ich powstania.

Uprawnienia pracodawcy i ciężar dowodu

Jeżeli pracownik stawiał się do pracy w stanie po spożyciu alkoholu lub spożywał alkohol w pracy, pracodawca może rozwiązać z nim umowę o pracę, także bez wypowiedzenia z winy pracownika w związku z ciężkim naruszeniem przez pracownika jego podstawowych obowiązków (w trybie art. 52 § 1 pkt 1 k.p.). Zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą Sądu Najwyższego zachowanie trzeźwości w czasie i w miejscu pracy należy bowiem do podstawowych obowiązków pracownika. Sąd Najwyższy wskazał, że obowiązek ten ciąży na pracowniku nie tylko wówczas, gdy wykonuje on pracę w siedzibie zakładu pracy, lecz także wtedy, gdy przebywa w jakimkolwiek innym miejscu w czasie przeznaczonym na wykonywanie pracy. Nie może być żadnego „marginesu” tolerowania spożywania przez pracownika alkoholu w czasie przeznaczonym na wykonywanie pracy, choćby spożywanie alkoholu było praktykowane lub tolerowane przez przełożonych pracownika. Stawienie się pracownika w miejscu wykonywania pracy w stanie nietrzeźwości wyklucza zarówno możliwość świadczenia przez niego pracy, jak i pozostawania w gotowości do jej świadczenia.

Wskazać jednak należy, że w razie rozwiązania z pracownikiem stosunku pracy z powodu wykonywania przez niego pracy pod wpływem alkoholu, ale także nałożenia na pracownika kary porządkowej czy dochodzenia od niego odszkodowania za wyrządzoną szkodę, ciężar dowodu obciąża pracodawcę.

Udowodnienie, czy pracownik był pod wpływem alkoholu, jest także istotne w związku z obowiązkiem ustalenia prawa pracownika do świadczenia z ubezpieczenia wypadkowego w razie wypadku przy pracy. Udowodnione naruszenie przez ubezpieczonego przepisów dotyczących ochrony życia i zdrowia spowodowane przez niego umyślnie lub wskutek rażącego niedbalstwa pozbawia go bowiem prawa do świadczenia z ubezpieczenia wypadkowego (art. 21 ustawy o ubezpieczeniu społecznym z tytułu wypadków przy pracy).

Katarzyna Żukowska, adwokat, praktyka prawa pracy

Agnieszka Lisiecka, adwokat
wspólnik odpowiedzialny za praktykę prawa pracy

Piszemy
o nowych technologiach
o problemach pracodawców
o nowym PZP
o wszystkim

newtech.law

HRlaw
blog prawa pracy

Nowe PZP
komentarz żywy

co do zasady]
prawo nie tylko dla przedsiębiorcy

newtech.law

HRlaw.pl

komentarzPZP.pl

codozasady.pl

Granice kar umownych wobec podwykonawców i ich wymierzanie w przypadku odstąpienia od umowy

Katarzyna Śliwak
dr Hanna Drynkorn



Wykonawca umowy na wykonanie projektu budowlanego zawarł z podwykonawcą umowę na wykonanie prac geodezyjnych, w tym przygotowanie map do celów projektowych nieoklauzulowanych i oklauzulowanych. Podwykonawca spóźnił się z realizacją tej usługi, w związku z czym wykonawca naliczył mu kary umowne, a następnie, w związku z kolejnymi naruszeniami, odstąpił od umowy. Czy w takiej sytuacji kara umowna za opóźnienie ma rację bytu?

Wykonawca naliczył podwykonawcy kary umowne za nieterminowe przygotowanie map do celów projektowych nieoklauzulowanych, jak również za nieterminowe dostarczenie map oklauzulowanych. Oba rodzaje map były kilkukrotnie zwracane do korekty i uzupełnienia, co zgodnie z umową podwykonawczą stanowiło podstawę naliczenia kar umownych. Z uwagi na opóźnienie po stronie podwykonawcy wykonawca nie przekazał na czas map zamawiającemu, za co zamawiający naliczył w stosunku do niego karę umowną, jednak jedynie za nieterminowane przekazanie map nieoklauzulowanych. W odniesieniu do map oklauzulowanych zamawiający nie naliczył kar umownych wobec wykonawcy, gdyż żadne postanowienie umowy głównej nie przewidywało takiej możliwości.

Jedno z postanowień umowy podwykonawczej (§ 11 ust. 7) przewidywało, że *wykonawca nie dokona naliczenia kar umownych w przypadku, gdy zamawiający nie dokona analogicznego naliczenia kar umownych względem wykonawcy*. Podwykonawca argumentował, że w związku z tym wykonawca nie może naliczać kary umownej za nieterminowane przekazanie map oklauzulowanych, bowiem zamawiający nie naliczył za tę kwestię kary umownej wobec wykonawcy. Podwykonawca nie kwestionował za to możliwości naliczenia kary umownej za nieterminowe przekazanie map nieoklauzulowanych, jednak wskazał, że nie może ona przekraczać wysokości kary umownej naliczonej przez zamawiającego wobec wykonawcy. Podwykonawca argumentował również, że w przypadku naliczenia przez wykonawcę wyższej kary umownej będzie mógł sądownie dochodzić miarkowania tej kary z uwagi na jej rażące wygórowanie.

W dalszym etapie wykonywania umowy wykonawca zarzucał podwykonawcy kolejne naruszenia umowy i w efekcie odstąpił od umowy z podwykonawcą. W zaistniałej sytuacji podwykonawca wskazał, że w związku z odstąpieniem od umowy jedyną należną wykonawcy karą umowną jest kara za odstąpienie z winy podwykonawcy. Taka argumentacja była dla podwykonawcy korzystna, gdyż kara umowna przewidziana na wypadek odstąpienia opiewała na niższą kwotę niż kary umowne nałożone na niego z powodu opóźnień w dostarczeniu map.

Możliwość naliczenia kar umownych podwykonawcy wobec postanowień umownych

Przywołany § 11 ust. 7 umowy podwykonawczej pozwalał wykonawcy naliczać wobec podwykonawcy kary umowne jedynie w odniesieniu do naruszenia (w tym wypadku opóźnienia w realizacji etapu umowy), za które również zamawiający naliczył kary umowne wobec wykonawcy. Wykonawca nie miał więc prawa naliczać kar umownych za opóźnienie w przekazaniu oklauzulowanych map do celów projektowych, bowiem kary za powyższe nie zostały naliczone przez zamawiającego.

Odszkodowanie za szkodę poniesioną przez wykonawcę w związku z powstałym opóźnieniem w przekazaniu map oklauzulowanych może być jednak dochodzone na zasadach ogólnych. Nieterminowa realizacja tych map przez podwykonawcę wpływa bowiem na opóźnienie wykonawcy w realizacji dalszych etapów umowy głównej. Na wykonawcę mogą więc zostać nałożone kolejne kary z uwagi na opóźnienie w realizacji kolejnych etapów, jak również skierowane mogą zostać wobec niego roszczenia innych podwykonawców.

Wysokość kar naliczonych podwykonawcy

Sama wysokość kar umownych, które wykonawca może naliczyć wobec podwykonawcy z tytułu opóźnienia w wykonaniu części przedmiotu umowy, nie została uzależniona w umowie podwykonawczej od naliczenia przez zamawiającego wobec wykonawcy kar w tożsamej wysokości. Wysokość kar za opóźnienie podlegających naliczeniu została autonomicznie uregulowana w umowie podwykonawczej. Fakt, że ta kwestia została inaczej uregulowana pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, nie ogranicza możliwości naliczenia przez wykonawcę kar umownych w wysokości przewidzianej w umowie podwykonawczej. Naliczenie przez wykonawcę kar umownych w wysokości wyższej niż sam jest zobowiązany zapłacić zamawiającemu może jednak zostać uwzględnione przy ewentualnym miarkowaniu kary umownej przez sąd.

Odszkodowanie na zasadach ogólnych – ponad kary umowne

Wykonawca mógł naliczyć kary umowne za nieterminowe przekazanie map nieoklauzulowanych, jednak umowa podwykonawcza nie przewidywała możliwości dalszego naliczania przez wykonawcę kar umownych przekraczających wskazaną sumę, w przypadku powstałego w konsekwencji opóźnienia w realizacji kolejnych etapów przedmiotu umowy głównej. Wykonawca może jednak dochodzić względem podwykonawcy odszkodowania w wysokości kosztów poniesionych w wyniku opóźnienia podwykonawcy, przewyższających wysokość naliczonych kar umownych, na zasadach ogólnych, tj. na podstawie art. 471 k.c. Wykonawca będzie musiał udowodnić, że pomimo zwłoki w realizacji części przedmiotu umowy podwykonawczej przez podwykonawcę a okolicznościami stanowiącymi szkodę wykonawcy istnieje adekwatny związek przyczynowy w rozumieniu art. 361 § 1 k.c., zgodnie z którym *zobowiązany do odszkodowania ponosi odpowiedzialność tylko za normalne następstwa działania lub zaniechania, z którego szkoda wynikła*. Oznacza to, że koszty poniesione przez wykonawcę muszą być kolejnym etapem sekwencji wydarzeń wynikających z nieterminowego przekazania map nieoklauzulowanych przez podwykonawcę.

Kary umowne mimo odstąpienia od umowy?

Zgodnie z art. 395 § 2 zd. 1 k.c. w razie wykonania prawa odstąpienia umowa uważana jest za niezawartą. Odstąpienie od umowy wywiera skutek *ex tunc*, co oznacza przyjęcie fikcji prawnej traktowania umowy jako niezawartej. Wiąże się to z koniecznością odtworzenia, w miarę możliwości, stanu prawnego, który istniał przed zawarciem umowy (*restitutio in integrum*). Oznacza to zniesienie wszelkich konsekwencji, jakie miały miejsce podczas realizacji umowy, w tym także kar umownych za opóźnienie. Roszczenia o zapłatę kar umownych w związku z nieprawidłowym czy nieterminowym wykonywaniem umowy muszą więc zostać uznane za niebyłe. Są one bowiem akcesoryjne w stosunku do umowy, którą zniesiono. Jedyny wyjątek może stanowić kara umowna zastrzeżona na wypadek skorzystania z prawa odstąpienia od umowy, np. wskutek przekroczenia terminu oddania dzieła (zob. wyrok SN z 5 października 2006 r., IV CSK 157/06). Roszczenie o jej zapłatę pozostaje w mocy, bowiem nie jest związane z samym wykonywaniem zniesionej umowy, lecz stanowi element rozliczenia przewidziany przez strony na zasadzie swobody kontraktowej właśnie na wypadek odstąpienia od umowy.

Zatem w przedstawionym stanie faktycznym, w braku uregulowań umownych, podwykonawca faktycznie powinien zostać zwolniony z zapłaty kar umownych za opóźnienia w przekazywaniu map. Jego kontrahent mógł od niego wymagać wyłącznie kary umownej z tytułu odstąpienia od umowy z winy podwykonawcy.

Odstąpienie *ex tunc* i *ex nunc*

W przedstawionym stanie faktycznym strony nie zmodyfikowały w umowie domyślnego ustawowego skutku odstąpienia (*ex tunc*). Warto jednak dodać, że strony mogą umownie zmodyfikować skutki odstąpienia w stosunku do tych przewidzianych w art. 395 § 2 k.c. W praktyce strony często korzystają z tej możliwości, przewidując w umowie, że odstąpienie wywierać będzie skutek *ex nunc*, a więc odnosić się będzie jedynie do niespełnionych jeszcze części świadczeń stron. Możliwość odstąpienia od umowy ze skutkiem na przyszłość jest konsekwencją uznania w danym przypadku, że świadczenie z umowy o dzieło jest podzielne, bowiem w przypadku jego niepodzielności można odstąpić jedynie od całości umowy. Warto zauważyć, że odstąpienie ze skutkiem *ex nunc* jest w istocie zbliżone do instytucji wypowiedzenia umowy.

Różnica między „skutkiem wstecznym” a „skutkiem na przyszłość”

Taki sam sposób rozliczeń w przypadku obu skutków odstąpienia nie znaczy jednak, że nie ma pomiędzy

nimi żadnej praktycznej różnicy. Rozróżnienie pomiędzy skutkiem *ex tunc* oraz *ex nunc* odstąpienia ma znaczenie dla roszczeń o kary umowne oraz odsetki za opóźnienie naliczone do chwili odstąpienia.

W przypadku odstąpienia ze skutkiem na przyszłość nie ulega natomiast wątpliwości, że obowiązek uiszczenia naliczonych kar umownych oraz odsetek zostaje zachowany.

Ponadto strony mogą dochodzić odszkodowania za nienależyte wykonanie umowy przez drugą stronę. Warto jednak zauważyć, że zniweczenie naliczonych kar umownych oraz odsetek w przypadku odstąpienia ze skutkiem wstecznym nie musi nastąpić, jeśli strony zdecydują inaczej w umowie. Zachowanie ich w mocy wydaje się wskazane, bowiem w przeciwnym wypadku strona naruszająca przez pewien czas obowiązki umowne mogłaby niesłusznie uniknąć za to odpowiedzialności, z uwagi na skutek odstąpienia *ex tunc*.

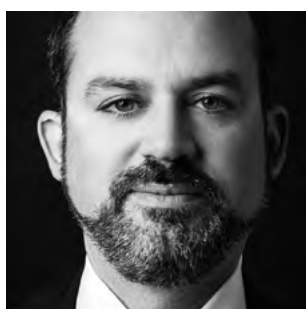
Podsumowując, w przypadku zastrzeżenia umownego prawa odstąpienia warto uregulować w umowie szczegółowe kwestie z nim związane. Większość z nich ustawodawca pozostawił bowiem swobodnemu uznaniu stron (zasada swobody kontraktowej). Jedynym aspektem, który nie może być skutecznie zmodyfikowany przez strony, jest konieczność oznaczenia terminu końcowego na skorzystanie z uprawnienia do odstąpienia od umowy. Istotne jest także, choć już nie obligatoryjne, określenie skutku, jaki ma wyrzucić odstąpienie – *ex tunc* czy *ex nunc*, oraz zasad rozliczeń między stronami, w tym ewentualnego uprawnienia do żądania naliczonych kar umownych oraz odsetek za opóźnienie.

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

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

Nadużycie praw procesowych jako naruszenie prawa konkurencji

dr Antoni Bolecki



Nowelizacja Kodeksu postępowania cywilnego z listopada 2019 r. wprowadziła art. 41 k.p.c., zgodnie z którym z uprawnienia przewidzianego w przepisach postępowania stronom i uczestnikom postępowania nie wolno czynić użytku niezgodnego z celem, dla którego je ustanowiono (nadużycie prawa procesowego). Przepis ten daje wyraz funkcjonującemu od dawna w doktrynie i orzecznictwie przekonaniu, że nadużycie prawa do środków procesowych stanowi działanie bezprawne. Do nadużycia prawa dochodzi, kiedy strona podejmuje prawnie dozwolone działania dla celów innych niż przewidziane przez ustawodawcę. Zachowanie, które jest formalnie zgodne z literą prawa, lecz sprzeciwia się jej sensowi, nie podlega ochronie.

Nie ulega jednocześnie wątpliwości, że jeśli nadużycie prawa procesowego – a więc działanie bezprawne – wyrządziło szkodę, sprawca ponosi odpowiedzialność odszkodowawczą na ogólnych zasadach przewidzianych w Kodeksie cywilnym.

Przykłady nadużycia praw procesowych

W orzecznictwie i literaturze wskazuje się następujące przykłady nadużycia środków procesowych:

- inicjowanie szeregu postępowań sądowych/administracyjnych w celu innym niż ochrona swych praw,
- wnoszenie środków prawnych w przypadku braku interesu prawnego w prowadzeniu sprawy,
- poważne, celowe naruszenia procedury podejmowane ze szkodą dla drugiej strony,
- wykorzystanie przepisów procedury dla osiągnięcia celów niewłaściwych,
- celowe opóźnianie postępowania,
- wytaczanie nieuzasadnionych powództw w celu zablokowania wejścia na rynek, zmuszenia do wycofania się z niego lub ograniczenia obecności na nim,
- udział w postępowaniach nakierowanych na uzyskanie nienależnych praw ze szkodą dla podmiotów trzecich,
- udział w postępowaniach w celu nieuzasadnionego obciążenia konkurentów dodatkowymi obowiązkami,
- udział w postępowaniach rzekomych organizacji społecznych w celu utrudnienia uzyskania decyzji administracyjnej przez konkurentów członków takiej organizacji,
- fałszywe oskarżenia wnoszone w celu pogorszenia sytuacji konkurenta.

Nadużycie a prawo konkurencji

Prawo konkurencji wkracza wówczas, kiedy opisane powyżej działania są podejmowane po to, aby zaszkodzić konkurentowi.

Na gruncie prawa konkurencji sytuacja taka może być zasadniczo kwalifikowana jako:

- nadużycie pozycji dominującej (art. 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów),
- czyn nieuczciwej konkurencji (art. 15 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji),
- specyficzny rodzaj zмовы – jeśli działania procesowe są podejmowane przez kilku przedsiębiorców w uzgodniony sposób (art. 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów).

W orzecznictwie wyrażono pogląd, że podjęcie środków prawnych może stanowić nadużycie pozycji dominującej, gdy spełnione są dwa warunki: działanie takie nie może być rozsądnie uznane za zmie-

rzające do ochrony praw przedsiębiorstwa, tylko ma na celu nękanie przeciwnika, i jednocześnie stanowi ono część planu zmierzającego do wyeliminowania konkurencji (wyrok SPI z 17 lipca 1998 r. w sprawie T-111/96, pkt 30).

Nadużycie środków procesowych stanowiące jednocześnie nadużycie pozycji dominującej zagrożone jest nie tylko odpowiedzialnością cywilnoprawną za wyrządzoną szkodę, ale także sankcją kary finansowej nakładanej przez UOKiK (kara do 10% przychodów).

Podobnie jest w przypadku, jeśli nadużycie jest wynikiem zмовы między co najmniej dwoma przedsiębiorcami. Co ważne, w ww. dwóch przypadkach (tj. nadużycie pozycji dominującej lub zмова) zastosowanie ma także ustawa z 21 kwietnia 2017 r. o roszczeniach o naprawienie szkody wyrządzonej przez naruszenie prawa konkurencji. Ustawa ta istotnie ułatwia dochodzenie roszczeń odszkodowawczych spowodowanych zmovą lub nadużyciem pozycji dominującej.

Z kolei nadużycie środków procesowych, które można zakwalifikować tylko jako czyn nieuczciwej konkurencji (a więc które nie jest przejawem zмовы ani nadużywania pozycji dominującej), zagrożone jest jedynie sankcją cywilnoprawną (art. 18 u.z.n.k.). W takim przypadku nie można powołać się na dobrodziejstwa płynące z ustawy o roszczeniach o naprawienie szkody wyrządzonej przez naruszenie prawa konkurencji.

Kiedy nadużycie jest bezprawne?

W praktyce kluczowym problemem jest odpowiedź na pytanie, jak odróżnić środki prawne podejmowane w celu faktycznej obrony określonych interesów prawnych od tych, które podejmowane są po to, aby nieuczciwie zaszkodzić konkurentowi.

Orzecznictwo nie daje tutaj jednoznacznych wskázówek. W mojej ocenie należy stosować dwa podstawowe i uniwersalne kryteria – są nimi dobra wiara oraz należyta staranność. Zobrazujmy ich zastosowanie na przykładzie.

Przedsiębiorca występuje o wydanie zezwolenia (decyzji administracyjnej) na sprzedaż określonego produktu, bez którego to zezwolenia sprzedaż jest utrudniona. Wniosek o dopuszczenie do udziału

w postępowaniu w charakterze organizacji społecznej składa stowarzyszenie, którego członkami są konkurenci tego przedsiębiorcy. Przedsiębiorca oponuje, twierdząc, że celem organizacji jest utrudnienie mu dostępu do rynku. Organizacja z kolei twierdzi, że produkt, którego dotyczy postępowanie, jest szkodliwy, niezgodny z właściwymi normami, a ponadto narusza prawa osób trzecich. Na ww. okoliczność organizacja składa szereg dokumentów oraz wniosków dowodowych. Przystąpienie organizacji powoduje, że zostaje wydana spóźniona i w dodatku negatywna dla przedsiębiorcy decyzja organu. Ostatecznie zostaje ona jednak uchylona przez sąd jako oczywiście sprzeczna z prawem materialnym. Sąd stwierdza także, że nie było podstaw, by dopuścić organizację do udziału w postępowaniu w charakterze strony.

Czy działanie „organizacji społecznej” było realizacją przysługującego jej prawa procesowego (art. 31 k.p.a.)? Czy też jego nadużyciem? Kto ponosi odpowiedzialność za szkodę przedsiębiorcy wynikłą z opóźnionej i w dodatku wadliwej decyzji administracyjnej: organizacja czy organ administracji, który taką decyzję wydał?

Aby odpowiedzieć na to pytanie, należy przede wszystkim ustalić, czy organizacja działała w dobrej wierze oraz z dochowaniem należytej staranności.

Można by przyjąć istnienie dobrej wiary organizacji, jeśli jej przystąpienie do postępowania spowodowane było autentycznym przekonaniem o tym, że produkty przedsiębiorcy są złe i szkodliwe dla użytkowników i wobec tego organizacja winna bronić interesu społecznego. Aby zweryfikować, czy owo autentyczne przekonanie rzeczywiście miało miejsce, można z kolei posłużyć się miernikiem należytej staranności. Organizacja działałaby przy dochowaniu należytej staranności np. wówczas, gdyby:

- przed przystąpieniem do postępowania starała się wyjaśnić z przedsiębiorcą obszary sporne,
- zaangażowała niezależnych ekspertów technicznych, prawnych, ds. bezpieczeństwa itp., którzy w wiarygodny sposób potwierdziliby obawy organizacji,
- stosowała w postępowaniu argumenty mające merytoryczną wartość dodaną,
- gromadziła wiarygodne i rzetelne dowody na potwierdzenie swoich tez.

Dodatkowo dobra wiara powinna być weryfikowana także za pomocą ogólnych okoliczności sprawy – w jakim kontekście sprawa się pojawiła, komu najbardziej zależy na jej określonym wyniku, czy w podobnych sytuacjach organizacja działała w analogiczny sposób itp.

Jeśli powyższa weryfikacja przebiegnie pomyślnie, wówczas można uznać, że działanie organizacji – nawet jeśli ostatecznie organ/sąd nie podzielił jej punktu widzenia – pozostaje w granicach prawa i nie jest nadużyciem. Jest bowiem realizacją przysługujących organizacji środków prawnych.

Jeśli natomiast zostanie ustalone, że organizacja, działając w złej wierze, wprowadziła sąd/organ w błąd oraz utrudniała jego działanie, to odpowiedzialność za szkodę wyrządzoną błędną/spóźnioną decyzją administracyjną ponosi organizacja społeczna, a nie Skarb Państwa (sąd/organ). Gdyby przyjąć, że winę/odpowiedzialność za nadużycie praw procesowych ponosi *de facto* organ/sąd, który temu nadużyciu nie zaradził, to instytucja nadużycia nie miałaby sensu – skoro jej skutki nie dotyczyłyby strony postępowania nadużywającej prawa.

Rozpatrując ww. przykład, należy także rozważyć, czy działanie „organizacji społecznej”, której członkami są rywale rynkowi, nie stanowi przypadkiem przejawu zмовy – tj. zakazanego porozumienia między konkurentami. Jeśli tak – a istnieją orzeczenia dające podstawy dla takiej kwalifikacji – wówczas działanie organizacji można zakwalifikować jako naruszenie art. 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Taka kwalifikacja umożliwia z kolei zastosowanie ustawy o roszczeniach o naprawienie szkody wyrządzonej przez naruszenie prawa konkurencji. W praktyce dla przedsiębiorcy z omawianego przykładu oznacza to istotne ułatwienia procesowe i zwiększenie szansy na wygranie procesu o odszkodowanie z tytułu szkody wyrządzonej nadużyciem prawa procesowego stanowiącego jednocześnie naruszenie prawa ochrony konkurencji.

dr Antoni Bolecki, radca prawny
praktyka prawa konkurencji

Udział spółki jako pokrzywdzonego w postępowaniu karnym

Jakub Znamierowski



Spółki osobowe i kapitałowe padają ofiarami przestępstw. Do najbardziej typowych należą działania na jej szkodę przez członków zarządu lub menedżerów, oszustwo, przywłaszczenie mienia czy działanie na jej szkodę przez dłużników. W takich sytuacjach spółka może zainicjować proces karny przeciwko podejrzanym sprawcom czynów. W procesie takim spółka ma status pokrzywdzonego.

Pokrzywdzony, czyli kto

Pokrzywdzonymi mogą być spółki osobowe lub kapitałowe, których dobro prawne zostało bezpośrednio naruszone lub zagrożone przez przestępstwo. Dobro prawne to wartość chroniona przepisami prawa, np. interesy majątkowe, własność czy reputacja. Naruszenie dobra prawnego oznacza, że dane przestępstwo w nie godzi. Zagrożeniem dobra prawnego jest stan, w którym dobro prawne jest narażone na naruszenie. Naruszenie lub zagrożenie dobra prawnego musi być bezpośrednie, tj. dane przestępstwo musi uderzać w dane dobro prawne lub wprost mu zagrażać.

Przykładowo, jeśli były prezes zarządu spółki A nadużył udzielonych mu uprawnień i wyrządził spółce A szkodę majątkową, to pokrzywdzonym działaniem na szkodę spółki jest sama spółka A. Nie jest nim zaś spółka B będąca jej większościowym wspólnikiem.

Inny przykład: dyrektor ds. zamówień spółki C przyjmował łapówki w postaci ukrytej prowizji od przedstawiciela spółki D w zamian za podjęcie decyzji o zakupie jej towarów, choć były one droższe i niższej jakości niż towary oferowane przez jej konkurenta, spółkę E. W tej sytuacji pokrzywdzonym korupcją menedżerską jest spółka C, gdyż czyn ten bezpośrednio wyrządził jej szkodę majątkową – na skutek inspirowanej łapówką decyzji menedżera zakupiła ona towar droższy i niższej jakości. Pokrzywdzonym nie jest natomiast spółka E, choć pośrednio poniosła ona szkodę (jej oferta nie została wybrana).

Bezpośredniość jest elementem różniącym pokrzywdzonego przestępstwem, który może dochodzić swoich praw w procesie karnym, od poszkodowanego czynem niedozwolonym (deliktem), który może realizować swoje roszczenia w procesie cywilnym również w przypadku szkody, która wynikła pośrednio z takiego czynu i jest z nim adekwatnie powiązana.

Zainicjowanie postępowania, czyli jak to zrobić

Czyny powodujące pokrzywdzenie spółek najczęściej ujawniają się na tle sytuacji i relacji gospodarczych nieznanymi organom ścigania. Niejednokrotnie są one odkrywane na skutek przeprowadzonego w spółce audytu lub postępowania wewnętrznego. Ich ściganie w postępowaniu karnym wymaga więc zazwyczaj inicjatywy spółki – złożenia do organów ścigania zawiadomienia o podejrzeniu popełnienia przestępstwa. Uczynić to można pisemnie lub ustnie do protokołu. W sprawach dotyczących przestępstw gospodarczych – z uwagi na często znaczny stopień ich skomplikowania i obszerność dokumentacji – rekomendowana jest forma pisemna.

Pisemne zawiadomienie o przestępstwie do pewnego stopnia przypomina pozew w postępowaniu cywilnym. Przeważnie opisywane są w nim okoliczności sprawy, czyn jest analizowany pod kątem wypełnienia znamion (ustawowych warunków) przestępstwa, składane są wnioski o przesłuchanie osób mających związek ze sprawą oraz załączane są dokumenty na poparcie wskazanych w piśmie okoliczności.

Ważne jest, żeby zawiadomienie było wyczerpujące, gdyż wszczęcie postępowania warunkowane jest uzasadnionym podejrzeniem popełnienia przestępstwa. Popełnienie przestępstwa trzeba więc uprawdopodobnić.

Reprezentacja spółki, czyli kto działa w jej imieniu

W procesie karnym czynności procesowych za spółkę dokonuje organ uprawniony do działania w jej imieniu. Spółki osobowe reprezentowane są więc co do zasady przez wspólników, a spółki kapitałowe przez zarząd. Poza tym przyjmuje się, że w postępowaniu karnym również prokurent może reprezentować spółkę jako organ uprawniony do jej działania. Tyle teorii. W przypadku organów wieloosobowych w sposób naturalny nasuwa się pytanie, kto konkretnie miałby być reprezentantem spółki w postępowaniu. Wymaga to odniesienia się do dwóch kwestii.

Po pierwsze, konfiguracja osobowa reprezentantów spółki powinna odzwierciedlać ustalone umownie (statutowo) lub wynikające z ustawy zasady reprezentacji (uwzględniające dodatkowo w przypadku spółek osobowych niemożność podjęcia się reprezentacji przez wspólników pozbawionych tego prawa). Przykładowo zatem, jeśli w spółce przewidziano łączną reprezentację przez członka zarządu i prokurenta, to ich podpisy powinny znaleźć się pod składanymi w procesie pismami spółki – np. wnioskiem o ściganie sprawcy czy wnioskiem o orzeczenie wobec sprawcy obowiązku naprawienia wyrządzonej spółce szkody.

Po drugie warto, by reprezentantami spółki byli ci wspólnicy lub członkowie zarządu, którzy nadzorują ten fragment jej działalności, w związku z którym doszło do czynu powodującego pokrzywdzenie spółki. Taka osoba zazwyczaj najwięcej wie o działalności spółki w tym zakresie, zaistniałych nieprawidłowościach oraz podjętych środkach zaradczych. Tytułem przykładu, jeśli z magazynu spółki znikają jej materiały i istnieje uzasadnione podejrzenie, że przywłaszcza je jego kierownik, który podlega działowi sprzedaży nadzorowanemu przez wiceprezesa zarządu ds. sprzedaży, często korzystne jest, by to właśnie ten członek zarządu reprezentował spółkę w takiej sprawie.

Trudności pojawiają się wówczas, gdy to sam reprezentujący spółkę wspólnik lub członek zarządu jest potencjalnym sprawcą. W takiej sytuacji w miarę możliwości uprawnienia pokrzywdzonego powinny być wykonywane przez pozostałych wspólników lub członków zarządu po uprzednim odsunięciu dotychczasowego wspólnika lub członka zarządu od reprezentacji spółki w jeden z przewidzianych prawem sposobów (np. poprzez odwołanie z zarządu).

Niezależnie od powyższych wskazań, spółka może ustanowić pełnomocnika. Inaczej jednak niż w procesie cywilnym nie może być nim jej pracownik (chyba że jest to radca prawny). W postępowaniu karnym krąg pełnomocników jest ograniczony do profesjonalnych reprezentantów procesowych – przede wszystkim adwokatów i radców prawnych.

Czynności i aktywność spółki w procesie, czyli jak to robić

Udział spółki w charakterze pokrzywdzonego wiąże się z zaangażowaniem jej przedstawicieli w niektóre czynności procesowe, takie jak przesłuchanie jej przedstawiciela w charakterze świadka. Warto zaznaczyć, że może, ale nie musi to być reprezentant spółki. Niejednokrotnie szerszą wiedzę o sprawie mogą mieć jej pracownicy lub współpracownicy niezasiadający w organach zarządczych (np. menedżerowie niższego szczebla, którzy wykryli daną nieprawidłowość) i to właśnie oni są przesłuchiwani. Celem przesłuchania jest przedstawienie okoliczności sprawy i czynów objętych zawiadomieniem o podejrzeniu popełnienia przestępstwa. Jest to jedna z pierwszych czynności w postępowaniu następujących po jego złożeniu.

Ewentualną niedogodność związaną z udziałem w przesłuchaniu rekompensują szerokie uprawnienia pokrzywdzonej spółki jako strony postępowania. Może ona w szczególności składać wnioski dowodowe i aktywnie uczestniczyć w czynnościach postępowania. Pierwsze przejawia się w możliwości składania dokumentów (np. faktur, umów, protokołów z postępowania wewnętrznego, raportów detektywistycznych) i materiałów (np. nagrań kamer monitoringu) świadczących o popełnieniu czynu i żądaniu ich analizy przez organy postępowania. Spółka może też żądać pozyskania określonych danych lub dokumentów od różnego rodzaju instytucji (np. banków) lub przesłuchania konkretnych osób. Drugie uprawnienie zazwyczaj sprowadza się do obecności podczas przesłuchań świadków, biegłych i podejrzanych oraz możliwości zadawania im pytań.

Dochodzenie roszczeń cywilnych w procesie karnym, czyli czy można

Szczególnym uprawnieniem pokrzywdzonego jest możliwość dochodzenia roszczeń cywilnych wynikłych z przestępstwa w postępowaniu karnym. W przypadku spółek dotyczy to przede wszystkim możliwości uzyskania naprawienia wyrządzonej przestępstwem szkody.

Odszkodowanie takie obejmuje zarówno poniesioną stratę (np. wartość utraconego w wyniku przywłaszczenia mienia spółki), jak i utraconą korzyść (np. wartość wynagrodzenia wynikającego z umowy, do której realizacji nie doszło wskutek przywłaszczenia mienia mającego służyć do jej wykonania). Należy uznać, że obowiązek naprawienia szkody obejmuje odsetki ustawowe za opóźnienie (stąd bardzo istotne jest, by możliwie najszybciej – najlepiej jeszcze przed złożeniem zawiadomienia o podejrzeniu popełnienia przestępstwa – wezwać sprawcę do naprawienia szkody i wyznaczyć mu do tego stosowny termin).

Spółka powinna złożyć wniosek o naprawienie wyrządzonej przestępstwem szkody do momentu zamknięcia przewodu sądowego na rozprawie głównej (najogólniej – zakończenia postępowania dowodowego przed sądem pierwszej instancji). Obowiązek naprawienia szkody

orzekany jest w razie skazania sprawcy przez sąd. Niezaspokojonej części roszczenia pokrzywdzona spółka może dochodzić w postępowaniu cywilnym.

Oskarżenie, czyli obok czy zamiast prokuratora

Aktywność pokrzywdzonej spółki nie musi ograniczać się do etapu postępowania przygotowawczego, prowadzonego przez organy ścigania. Może ona realizować swoje prawa również w postępowaniu przed sądem.

Jeśli prokurator wniesie do sądu akt oskarżenia, spółka może aż do czasu rozpoczęcia przewodu sądowego na rozprawie głównej (związłego przedstawienia przez oskarżyciela zarzutów oskarżenia) złożyć oświadczenie, że będzie działała w charakterze oskarżyciela posiłkowego. W takiej sytuacji będzie występować w procesie przed sądem obok prokuratora przeciw oskarżonemu.

W określonych sytuacjach, w których prokurator nie wnosi aktu oskarżenia, pokrzywdzona spółka może także sporządzić własny akt oskarżenia i występować przeciw oskarżonemu zamiast prokuratora. Wówczas sama realizuje ona uprawnienia oskarżycielskie w postępowaniu przed sądem jako oskarżyciel subsydiarny.

Zamiast podsumowania, czyli po co angażować się w proces karny

Warto zadać pytanie, czy dla spółki, której podstawowym celem jest osiąganie zysków, zaangażowanie w postępowanie karne może stanowić wartość dodaną.

Po pierwsze, zaangażowanie takie pokazuje, że spółka chce wyjaśnić okoliczności związane z nieetycznymi działaniami przynoszącymi jej szkodę. Dotyczy to zwłaszcza tych okoliczności, których wyjaśnienie przekracza możliwości spółki i wymaga władczej ingerencji organów ścigania (np. uzyskania dokumentów objętych tajemnicami prawnie chronionymi czy przesłuchania określonych osób). Zainicjowanie takiego procesu mogą też domagać się wspólnicy, udziałowcy, akcjonariusze lub organy nadzorcze.

Po drugie, złożenie zawiadomienia o podejrzeniu popełnienia przestępstwa jest społecznym obowiązkiem, a także wyrazem niezgody na działania wymierzone przeciw spółce lub nieuczciwe praktyki w biznesie. Pokazuje brak tolerancji i pobłażania dla sprawców przestępstw i działa odstraszająco na potencjalnych sprawców przyszłych naruszeń.

Po trzecie, postępowanie karne może doprowadzić do naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem. Warto zwrócić uwagę, że istotnym walorem dochodzenia roszczeń odszkodowawczych wynikających z przestępstwa w procesie karnym jest ekonomiczność takiego działania – nie wiąże się ono z wysokimi opłatami właściwymi postępowaniu cywilnemu.

Przejrzystość relacji spółka – akcjonariusze. Nowe zasady

Danuta Pajewska
Katarzyna Jaroszyńska



Dematerializacja wszystkich akcji, rejestry i identyfikacja akcjonariuszy oraz konieczność ustalenia polityki wynagrodzeń władz – to zmiany czekające spółki w 2020 r. Wynikają one m.in. z wdrożenia dyrektywy w zakresie zachęcania akcjonariuszy do długoterminowego zaangażowania.

Wostatnim czasie obserwujemy w UE coraz wyraźniejszą tendencję do zwiększania transparentności spółek publicznych i ochrony inwestorów przez zaostreżenie mechanizmów kontroli oraz prawne umocowanie zasad *corporate governance*. W polskim prawie znalazło to odzwierciedlenie w ustawie z 30 sierpnia 2019 r. o zmianie kodeksu spółek handlowych i ustawie z 16 października 2019 r. o zmianie ustawy o ofercie publicznej i warunkach wprowadzania instrumentów finansowych do zorganizowanego systemu obrotu oraz o spółkach publicznych i innych ustaw implementującej m.in. dyrektywę SRD II (*Shareholder Rights Directive II*). Zmiany dotyczą głównie: dematerializacji wszystkich akcji, ułatwienia spółkom identyfikacji akcjonariuszy, obowiązku posiadania polityki wynagrodzeń, zasad zawierania przez spółki publiczne transakcji z podmiotami powiązanymi oraz działania doradców inwestorów w związku z głosowaniem.

Powszechna dematerializacja

Od 1 stycznia 2021 r. wszystkie akcje będą musiały zostać zdematerializowane (nie będą mogły mieć formy dokumentu), a nowe akcje będą mogły być emitowane tylko w takiej postaci. Akcje, które zostały wydane w formie dokumentu przed tym dniem, muszą zostać złożone w spółce (także publicznej, jeśli takie akcje w przeszłości wyemitowała) w celu ich dematerializacji, tj. zapisania w rejestrze akcjonariuszy.

Aby wypełnić ten obowiązek, spółki muszą zawrzeć umowę o prowadzenie rejestru z podmiotem upoważnionym do prowadzenia rachunków papierów wartościowych, a następnie pięciokrotnie wezwać akcjonariuszy do złożenia dokumentów akcji.

Pierwsze wezwanie powinno nastąpić do 30 czerwca 2020 r. Należy pamiętać, że wyboru podmiotu, z którym będzie zawarta umowa, trzeba dokonać uchwałą walnego zgromadzenia.

Moc dokumentów akcji wygaśnie 1 stycznia 2021 r. i tego dnia moc zyskają wpisy w rejestrze. Jeśli akcjonariusz nie złożył do tego czasu akcji w spółce, może – nie później niż 1 stycznia 2026 r. – przedstawić jej dokument akcji i w ten sposób wykazać swoje prawa.

Przymusowa dematerializacja dotyczyć będzie również warrantów subskrypcyjnych, świadectw użytkowych, świadectw założycielskich i innych tytułów uczestnictwa w dochodach lub podziale majątku spółki. To rozszerzenie zakresu przedmiotowego nowych przepisów będzie miało znaczenie m.in. dla programów opcji menedżerskich, w ramach których często wykorzystywane są dokumentowe warranty subskrypcyjne wymieniane następnie na akcje. Zgodnie z nowymi zasadami wydanie warrantów będzie wymagało rejestracji na rachunku papierów wartościowych, co należy uwzględnić w harmonogramie i kosztach realizacji programu.

Rejestr akcjonariuszy

Zdematerializowane akcje spółki niepublicznej będą ewidencjonowane w elektronicznym rejestrze akcjonariuszy, który będzie jawny dla spółki i samych akcjonariuszy. Wyboru podmiotu prowadzącego rejestr dokona walne zgromadzenie akcjonariuszy, a w przypadku zawiazania nowej spółki – jej założyciele.

Rejestr akcjonariuszy będzie zawierał m.in. główne dane akcjonariusza, informacje o opłaceniu akcji, ograniczeniach rozporządzania akcjami oraz o obowiązkach wobec spółki. Dowodem posiadania akcji będą imienne świadectwa rejestrowe wydawane przez dom maklerski na żądanie akcjonariusza.

Data zbycia akcji

Ważną zmianą jest uzależnienie skuteczności zbycia akcji od wpisania nabywcy do rejestru akcjonariuszy. Do nabycia akcji lub ustanowienia na nich ograniczonego prawa rzeczowego dochodzić będzie z chwilą dokonania w rejestrze akcjonariuszy wpisu wskazującego nabywcę (zastawnika/użytkownika) oraz liczbę, rodzaj, serię i numery przedmiotowych akcji. Podmiot prowadzący rejestr może dokonać wpisu w ciągu tygodnia od otrzymania wniosku. Powoduje to rozdzielenie faktycznego nabycia akcji i podpisania przez strony umowy sprzedaży. Trzeba zatem pamiętać, aby strony transakcji uwzględniły termin faktycznego przejścia praw z akcji. Przeniesienie własności akcji musi zostać udokumentowane tak, aby móc stanowić ważną podstawę do wpisu w rejestrze.

Obrót akcjami na okaziciela będzie zatem podobny do obrotu akcjami notowanymi na giełdzie. Inaczej niż dotychczas, akcjonariuszem nie będzie ten, kto posiada dokument akcji, lecz ten, kto jest wpisany do rejestru akcjonariuszy. Wyjątkami będą: nabycie akcji w ramach emisji, kiedy to wpis do rejestru akcjonariuszy następuje po wpisie emisji do KRS, a także przejście własności akcji następujące z mocy prawa.

Identyfikacja akcjonariuszy

Od 3 września 2020 r. podmioty prowadzące rachunki papierów wartościowych lub rachunki zbiorcze będą miały obowiązek udostępniać spółce giełdowej lub osobie przez nią upoważnionej informacje umożliwia-

jące identyfikację jej akcjonariuszy oraz liczby akcji posiadanych przez każdego z nich. Informacje te będą mogły zostać zebrane za pośrednictwem Krajowego Depozytu Papierów Wartościowych, co jest odstępstwem od dotychczasowych zasad stanowiących, że akcjonariusze spółki posiadający akcje na okaziciela nie byli spółce znani, poza wyjątkami wynikającymi z obowiązku zgłaszania nabycia znacznego pakietu akcji lub zgłoszenia się do spółki w celu uczestniczenia w walnym zgromadzeniu akcjonariuszy.

Polityka wynagradzania

Posiadanie przez spółki publiczne sformalizowanej polityki wynagrodzeń było do tej pory dobrą praktyką rynkową. Dzięki nowelizacji ustawy o ofercie publicznej z 16 października 2019 r., która dostosowała w tym zakresie polskie regulacje do rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2017/1129, polityka wynagrodzeń ma stanowić obowiązkowe narzędzie realizacji strategii biznesowej, długoterminowych interesów oraz stabilności spółki publicznej. Zwiększa także jej transparentność.

Polityka wynagrodzeń dotyczy wyłącznie członków zarządu i rady nadzorczej i nie obejmuje kluczowej kadry menedżerskiej, która w praktyce rynkowej traktowana jest często na równi z członkami zarządu. Potwierdzają to m.in. Dobre Praktyki Spółek Notowanych na GPW, które wprost wymieniają kluczowych menedżerów w gronie osób objętych zasadami wynagradzania. Można się jednak spodziewać, że brak ustawowego obowiązku nie zmieni podejścia spółek stosujących zasady dobrych praktyk i polityka wynagrodzeń obejmie także kadrę menedżerską.

Polityka wynagradzania uchwalona przez walne zgromadzenie musi zawierać w szczególności informacje dotyczące:

- stałych i zmiennych składników wynagrodzenia, premii i innych świadczeń pieniężnych i niepieniężnych,
- czasu, na jaki zawarte są umowy, i warunków ich wypowiedzania,
- kryteriów w zakresie wyników finansowych i niefinansowych dotyczących przyznawania zmiennych składników wynagrodzenia.

Polityka powinna wskazywać także sposób, w jaki warunki pracy i płacy pozostałych pracowników spółki zostały uwzględnione przy jej ustanawianiu.

Rada nadzorcza ma obowiązek corocznie sporządzać sprawozdanie o wynagrodzeniach, przedstawiające ich kompleksowy wykaz uwzględniający wszystkie świadczenia otrzymane w danym roku obrotowym przez członków zarządu i rady nadzorczej lub im należne. Pierwsze takie sprawozdanie, podlegające ocenie biegłego rewidenta, musi zostać sporządzone łącznie za lata 2019 i 2020. Spółka zamieszcza je na swojej stronie internetowej na kolejnych 10 lat.

Instytucja doradcy akcjonariusza

Do ciekawych nowości należy instytucja doradcy akcjonariusza spółki publicznej do spraw głosowania. To profesjonalny podmiot, którego usługa ma polegać na analizowaniu informacji ujawnianych przez spółkę publiczną, aby ułatwić akcjonariuszom podejmowanie decyzji co do głosowania. Podmiot chcący świadczyć taką usługę musi spełnić szereg obowiązków ustawowych dotyczących m.in. publikowania na swojej stronie internetowej informacji o metodologii swoich analiz i stosowaniu zasad etyki.

W niniejszym tekście przedstawiliśmy tylko niektóre zmiany wprowadzone w ostatnim czasie do Kodeksu spółek handlowych, przepisów o ofercie publicznej i o obrocie instrumentami finansowymi. Większość z nich wejdzie w życie w 2020 r., natomiast kluczowa zmiana, dotycząca dematerializacji akcji zacznie obowiązywać 1 stycznia 2021 r., jednak będzie wymagała podjęcia szeregu działań już w tym roku.

Danuta Pajewska, radca prawny, starszy doradca praktyka rynków kapitałowych i instytucji finansowych

Katarzyna Jaroszyńska, radca prawny praktyka rynków kapitałowych i instytucji finansowych

Informacja publiczna – konieczna, nawet gdy niewygodna

dr Maciej Kielbowski



Dostęp do informacji publicznej jest w demokratycznym państwie prawnym rzeczą naturalną. Informacje tego typu powinny być dostępne dla szerokiego grona podmiotów, bez piętrzenia przed nimi utrudnień natury administracyjnej. W praktyce dostęp do informacji publicznej działa dobrze, choć widoczne są pewne tendencje, które zaburzają ten korzystny obraz.

Do czego służy informacja publiczna

Można się oczywiście zastanawiać, po co komu prawo do informacji publicznej. Jest to jednak dla współczesnych państw demokratycznych instytucja w zasadzie oczywista, jeden z mechanizmów zapewniających transparentność funkcjonowania organów władzy publicznej oraz instytucji i spółek państwowych. Jak się wskazuje w doktrynie, dostęp do informacji publicznej ma służyć zapewnieniu społecznej kontroli władzy publicznej. I rzeczywiście tak jest: organizacje pozarządowe, albo nawet organy takie jak Rzecznik Praw Obywatelskich, wykorzystują wnioski o informacje publiczne w celu wykonywania swoich zadań. Z wnioskami takimi występują też zwykli obywatele, w tym przedsiębiorcy, dla których może mieć znaczenie, czy ich kontrahent albo konkurent korzystał ze środków publicznych albo uzyskał jakiegoś rodzaju pozwolenie czy zezwolenie administracyjne.

Prawo do informacji publicznej już w Konstytucji

Prawo do uzyskiwania informacji publicznej zostało uznane za na tyle ważne, że zapisano je w Konstytucji. Jak bowiem wskazuje art. 61 ust. 1 Konstytucji, *Obywatel ma prawo do uzyskiwania informacji o działalności organów władzy publicznej oraz osób pełniących funkcje publiczne. Prawo to obejmuje również uzyskiwanie informacji o działalności organów samorządu gospodarczego i zawodowego, a także innych osób oraz jednostek organizacyjnych w zakresie, w jakim wykonują one zadania władzy publicznej i gospodarują mieniem komunalnym lub majątkiem Skarbu Państwa.*

Już w okresie przed uchwaleniem obowiązującej ustawy o dostępie do informacji publicznej sądy administracyjne wskazywały, że przepis Konstytucji jest w pełni wystarczającą podstawą do uzyskiwania informacji publicznej.

Co jest informacją publiczną

Ponownie odwołajmy się do Konstytucji: art. 61 ust. 2 Konstytucji stanowi, że *Prawo do uzyskiwania informacji obejmuje dostęp do dokumentów oraz wstęp na posiedzenia kolegialnych organów władzy publicznej pochodzących z powszechnych wyborów, z możliwością rejestracji dźwięku lub obrazu.* Kwestie te wydają się oczywiste – każdy może bowiem wejść na posiedzenie rady gminy czy miasta, a także na posiedzenie Sejmu lub Senatu.

W praktyce przepis konstytucyjny jest doprecyzowywany kolejnymi orzeczeniami sądów administracyjnych, które kontrolują organy administracji publicznej odmawiające udostępniania określonych informacji. Orzeczenia te zapadają zarówno w odniesieniu do tego, co jest informacją publiczną, jak i samej formy jej udostępnienia. W ten sposób pojawił się szereg poglądów uznających konkretne informacje za informacje publiczne.

Z punktu widzenia przedsiębiorców i prowadzonej przez nich w Polsce działalności istotne mogą być przykładowo następujące informacje:

- dotyczące wysokości udzielonych dofinansowań z pieniędzy publicznych oraz podmiotów, które takie dofinansowanie otrzymały (wyrok WSA w Gorzowie Wielkopolskim z 14 listopada 2018 r., II SAB/Go 98/18),
- odnoszące się do umów o świadczenie usług telekomunikacyjnych w zakresie telefonii stacjonarnej, komórkowej oraz dostępu do internetu, jak również rachunki i faktury wystawione na podstawie takich umów oraz zestawienia połączeń dotyczących usług świadczonych na tej podstawie, będące w posiadaniu organu (wyrok WSA w Gdańsku z 9 maja 2018 r., II SAB/Gd 12/18),
- w postaci decyzji administracyjnej w sprawie udzielenia pozwolenia na budowę i projektu budowlanego (wyrok NSA z 10 stycznia 2018 r., I OSK 204/16).

Co ogranicza dostęp do informacji publicznej

Prawo do informacji publicznej nie jest prawem absolutnym. Sama Konstytucja przewiduje tutaj pewne ograniczenia w udostępnianiu informacji, wskazane w art. 61 ust. 3 Konstytucji. Ograniczenia takie mogą nastąpić *wyłącznie ze względu na określone w ustawach ochronę wolności i praw innych osób i podmiotów gospodarczych oraz ochronę porządku publicznego, bezpieczeństwa lub ważnego interesu gospodarczego państwa.*

W praktyce przedsiębiorcy często zastrzegają umowy z podmiotami publicznymi jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa (lub tajemnicę przedsiębiorcy). Takie zastrzeżenie jest często skuteczne, niemniej zauważa się, że bywa ono nadużywane.

Takim nadużyciom sprzeciwiają się orzeczenia sądów administracyjnych. Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa nie może być bowiem uniwersalnym narzędziem pozwalającym na utajnienie dowolnego rodzaju informacji. Jak wskazuje się w orzecznictwie, *Zastrzeżenie tajemnicy stanowi wyjątek od zasady jawności i z tego względu jednostka sektora publicznego nie może polegać wyłącznie na oświadczeniu przedsiębiorcy, co do jej istnienia, ale powinna samodzielnie dokonać oceny złożonego przez przedsiębiorcę zastrzeżenia pod kątem istnienia tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu*

niu nieuczciwej konkurencji. Złożone zastrzeżenie może stać się skuteczne dopiero w sytuacji, gdy podmiot zobowiązany do ujawnienia informacji, po przeprowadzeniu stosownego badania, pozytywnie przesądzi, że zastrzeżone informacje mają charakter tajemnicy przedsiębiorstwa, w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Jeżeli w wyniku weryfikacji okaże się, że zastrzeżona informacja nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa, to zadeklarowane zastrzeżenie staje się bezskuteczne (wyrok WSA w Poznaniu z 11 stycznia 2018 r., IV SA/Po 1035/17).

Korzystnym ograniczeniem wypracowanym przez orzecznictwo sądowe i doktrynę prawniczą jest także zarzut nadużycia prawa do informacji publicznej. Pozwala on na zwalczanie „wniosków pieniaczych”, które zbędnie angażowałyby urzędników zajmujących się udzielaniem informacji publicznej. Ciekawego przykładu takiego działania dostarczył niedawno WSA w Kielcach w wyroku z 20 marca 2019 r., II SAB/Ke 6/19: *W rozpoznawanej sprawie wniosek o udzielenie informacji publicznej z dnia 29 listopada 2018 r. był już 18. wnioskiem (pismem) o udzielenie informacji, z których każdy zawierał po kilkanaście żądań. Dotyczyły one szczegółów zatrudnienia głównej księgowej, zastępcy dyrektora, samego dyrektora PUP, obejmowały szczegóły dotyczące konkursu, życiorys, dokumenty potwierdzające wykształcenie, niezbędne kwalifikacje, świadectwa pracy, opinie z poprzednich miejsc pracy, umowę o pracę, przebieg zatrudnienia, zakres obowiązków, oświadczenia o niekaralności, o braku zakazu do pełnienia funkcji związanych z dysponowaniem środkami publicznymi. Skarżąca żądała również podania ilości pracowników zatrudnionych w PUP, z rozbiorem na umowę o pracę i umowy cywilnoprawne, szczegółowych informacji dotyczących list obecności, wykazu samochodów służbowych, informacji, czy istnieje ich przyporządkowanie do pracowników, informacji dotyczących stażu w ramach projektu „Aktywizacja osób młodych”, numerów wniosków o zawarcie umowy o zorganizowanie stażu w 2018 roku, podania ilości osób odbywających staż w poszczególnych umowach, wykazu firm świadczących obsługę prawną PUP, faktur wystawionych przez te firmy, przesłania regulaminu PUOP. (...) W ocenie Sądu treść i ilość złożonych wniosków, a także koincydencja czasowa między rozwiązaniem przez Dyrektora PUP zawartej z matką skarżącą umowy w przedmiocie refundacji, a przystąpieniem do składania wniosków o udzielenie informacji publicznej, z których prawie każdy wymagał informacji obszernej i szczegółowej, wskazuje na to, że skarżąca próbuje wykorzystać instytucję prawa do informacji publicznej dla osiągnięcia celu innego niż troska o dobro publiczne, jakim*

jest prawo do przejrzystego państwa, jego struktur, przestrzeganie prawa przez podmioty życia publicznego, jawność organów administracji. Z całokształtu akt sprawy wynika, że złożony w niniejszej sprawie wniosek ma na celu wywołanie dolegliwości u adresata i utrudnienie funkcjonowania PUP. Nie budzi wątpliwości, że przedmiotowy wniosek obiektywnie nie służy jakimukolwiek dobru powszechnemu, nie tylko nie prowadzi do poprawy funkcjonowania urzędu, wręcz przeciwnie, ma stanowić dla niego dokuczliwość. W istocie więc wniosek nie służy usprawnieniu realizacji przez organ zadań publicznych, a godzi w realizację tych zadań. Postępowanie skarżącej prowadzi wręcz do zagrożenia wynikającego z art. 61 ust. 1 Konstytucji RP prawa do informacji osób, które chcą je realizować zgodnie z jego istotą. Opisanie nadużycie absorbuje bowiem organ, jego siły i środki, co może opóźniać realizację wniosków niestanowiących nadużycia prawa [pisownia oryginalna].

Tego typu działania są sprzeczne z celem istnienia prawa do uzyskania informacji publicznej.

Tytułem podsumowania

Z perspektywy przeszło dziesięciu lat doświadczeń zarówno przy występowaniu do szeregu organów o informację publiczną, jak i przy doradzaniu podmiotom, które tych informacji udzielają, moja ocena funkcjonowania tej instytucji jest pozytywna. W ostatnim czasie jednak coraz częściej można zetknąć się z odmową dostępu do informacji publicznej z uwagi na tajemnicę przedsiębiorstwa.

Argument ten, żeby nie zaczął stanowić synonimu nadużycia, winien być każdorazowo dobrze analizowany przez organy. Często trudno bowiem uznać, żeby tajemnicę miała stanowić umowa zawarta na dany okres, podczas gdy analogiczne umowy zawarte na inny okres sam organ administracji udostępnia jako skany w Biuletynie Informacji Publicznej.

Zastrzeżenie tajemnicy, jak wskazują sądy administracyjne, może być kwestionowane. Nie należy się więc obawiać wnioskowania o informację publiczną, zwłaszcza gdy może nas ona wspomóc w jakimś procesie decyzyjnym albo udzielić potrzebnych informacji.

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

Due diligence – czy wciąż potrzebne?

Maciej A. Szewczyk
Izabela Zielińska-Bartożek
Anna Dąbrowska



W ostatnich latach coraz głośniejszą wybrzmiewają opinie, jakoby badanie prawne poprzedzające transakcję stanowiło czynność o charakterze niemalże formalnym, usługę powtarzalną i niezbyt innowacyjną (*commodity*). Tak być może, ale nie musi, a wręcz być nie powinno. Sensownie zaplanowane i przeprowadzone badanie może stanowić wysokospecjalistyczną usługę (*high-end*) odpowiednio zabezpieczającą interesy inwestora.

Pod pojęciem badania prawnego (*due diligence*) rozumie się zwykle analizę stanu prawnego przedmiotu transakcji i badanie innych okoliczności prawnych dotyczących samej transakcji, w tym ustalenie jej struktury, szczególnych wymagań dotyczących stron transakcji oraz analizę czynności (w tym uzyskanie zgód osób trzecich czy decyzji administracyjnych), które muszą być podjęte w związku z rozważaną transakcją.

Wspólnym mianownikiem każdego z tych obszarów powinno być dążenie do zidentyfikowania istotnych kwestii, w tym ryzyk, jakie mogą się pojawić czy to w związku z zawieraniem transakcji, czy też po jej dokonaniu. W tym drugim obszarze chodzi w szczególności o kwestie mające związek z prowadzeniem działalności gospodarczej z wykorzystaniem składników majątkowych będących przedmiotem transakcji.

Z pociągu do pokoju

Rozwój technologii w ciągu kilkunastu lat radykalnie zmienił przebieg typowego badania prawnego. Jeszcze pod koniec pierwszej dekady XXI w. typowe *due diligence* wiązało się z koniecznością osobistego przeglądania oryginałów (rzadziej kopii) dokumentów w siedzibie badanej spółki. W praktyce oznaczało to wielodniowe (a nawet wielotygodniowe) wyjazdy licznych grup prawników i wcale nierzadko kompletny paraliż analizowanych spółek, które nie tylko musiały przyjąć ich pod swoim dachem, ale też udostępnić dokumenty i na bieżąco wyjaśniać wszelkie wątpliwości. Proces ten był więc nie tylko czasochłonny i kosztowny z perspektywy inwestora, dla którego przeprowadzano badanie, ale też niezwykle uciążliwy dla badanych spółek (zwłaszcza gdy badania po kolei prowadzili doradcy kilku zainteresowanych oferentów).

Dziś, po upływie dekady, tego rodzaju badania należą już niemal zupełnie do przeszłości. Wyparły je procesy prowadzone za pośrednictwem narzędzi elektronicznych (dokumentów udostępnianych zdalnie w tzw. wirtualnych pokojach danych – *virtual data rooms*). To nie tylko zmniejszyło koszty po stronie spółek czy inwestorów (unikających choćby wydatków związanych z wyekspediowaniem grupy prawników na drugi koniec kraju na kilkanaście dni), ale też wymusiło większą dyscyplinę po stronie samych badających (w przypadku badania prawnego: prawników i kancelarii prawnych). W toku prowadzenia badania odpadła bowiem znaczna liczba czynności niezwiązanych ściśle z analizą udostępnionych dokumentów.

Wskazanie ryzyk, a nie opisanie dokumentów

Nastąpiło też ostatecznie (jak się wydaje) odejście od prowadzenia analiz, których celem było dokładne opisanie stanu prawnego badanych podmiotów oraz (co dziś wydaje się pomysłem nieomal szalonym) poszczególnych przejrzanych dokumentów. Teraz raczej prowadzi się badania, których celem jest identyfikacja kwestii istotnych z punktu widzenia planowanej

transakcji, tudzież tych, które mają znaczenie dla prowadzenia biznesu po dokonaniu transakcji.

Due diligence dzisiaj

Niewątpliwie bywa tak, że ze względu na istotne ograniczenie zakresu i czasu badania (tak przez inwestora, chcącego ograniczyć związane z badaniem koszty, jak i przez sprzedającego, przyjmującego nierzadko postawę *take it or leave it*), sam proces *due diligence* ulec może wynaturzeniu. Nieadekwatna próba materiału do badania nie pozwala należycie zbadać stanu prawnego (a nierzadko także faktycznego), przez co takie badanie nie może dać rozsądnych skutków i ustaleń mających praktyczne znaczenie dla inwestora. Ot, jedna z wielu formalności poprzedzających transakcję, którą przeprowadza się po to tylko, by móc to odnotować na stosownej liście. A że takie badanie nie ma większego sensu, to już zupełnie inna rzecz.

Alternatywa dla badania prawnego?

Pojawiają się też głosy, że dostateczną alternatywą dla badania jest uregulowanie kwestii odpowiedzialności sprzedającego za ewentualne nieprawidłowości (ryzyka) dotyczące przedmiotu transakcji w umowie. Innym jeszcze rozwiązaniem jest wykupienie ubezpieczenia oświadczeń i zapewnień sprzedającego.

Rozwiązania takie nie są idealne, choć z pozoru są atrakcyjne dla inwestora (nie musi ponosić kosztów badania) oraz sprzedającego i spółki (unikają kosztów po swojej stronie, ograniczają ryzyko wycieku danych poufnych itp.). Przede wszystkim z perspektywy inwestora nie stanowią realnej alternatywy – substytutu badania.

Dlaczego?

Nikogo raczej nie dziwi to, że kupując używany samochód czy mieszkanie na rynku wtórnym (to o tyle adekwatna analogia, że przecież transakcje M&A dotyczą z reguły podmiotów już działających na rynku, a więc „używanych”), nabywca podejmuje mniej lub bardziej liczne czynności mające upewnić go co do tego, że przedmiot transakcji ma oczekiwane przez niego cechy, że nie ma wad itp. Oczywiście z reguły mógłby poprzestać na ochronie, jaka przysługuje mu na podstawie choćby przepisów o rękojmi. Ale przecież nie po to kupujemy samochód, by po jego nabyciu rozpocząć długotrwałą batalię ze sprzedającym i wykazywać na drodze sądowej istnienie i doniosłość wad pojazdu.

Dlaczego podobna zasada nie miałaby mieć odpowiedniego zastosowania do transakcji nabycia spółki czy bezpośrednio jej przedsiębiorstwa? Od kupna samochodu czy mieszkania odróżnia ją to, że w przeciwieństwie do nich spółka nie jest tworem fizycznym. Spółka istnieje, prowadzi swoją działalność, posiada majątek itp. ze względu na i poprzez określone instytucje prawa. Zatem bez analizy prawnej spółki nie sposób powiedzieć, czy spółka faktycznie istnieje, czy posiada określone prawa albo majątek (np. kluczowe elementy linii produkcyjnych czy nieruchomości).

Instrumenty kontraktowe nie wystarczą

Wspomniane już zabezpieczenia kontraktowe są pewnym rozwiązaniem, ale niedostatecznym. Po pierwsze, są one zawsze ograniczone w czasie (do maksymalnie kilku lat po dokonaniu transakcji) i co do wartości. Po drugie, skuteczność takich zabezpieczeń zależy od tego, jaka będzie w przyszłości kondycja sprzedającego. Czy będzie on posiadać odpowiednie środki, by zaspokoić ewentualne roszczenia kupującego, a nawet czy będzie istnieć (żyć) dostatecznie długo, by móc być adresatem takich roszczeń.

Wreszcie pamiętać należy, że celem badania prawnego jest nie tylko zidentyfikowanie problemów, ale także przekazanie kupującemu istotnej wiedzy dotyczącej prawnych uwarunkowań działalności prowadzonej przez nabywaną spółkę (np. wynikających z posiadanych przez nią decyzji czy pozwoleń, zawartych kontraktów). Wiedza ta jest niezbędna do planowania dalszej działalności przedmiotu transakcji, jego integracji z istniejącymi aktywami kupującego, jego grupą kapitałową itp. Same tylko instrumenty kontraktowe (np. oświadczenia i zapewnienia sprzedającego), jakkolwiek służą wprowadzeniu kupującego w sytuację prawną i faktyczną przedmiotu transakcji, nie czynią tego sposób kompletny. Ich celem nie jest zresztą bycie substytutem należytego poznania przedmiotu transakcji przez samego kupującego.

Przykłady z praktyki

Przykładów na to, że przeprowadzenie badania prawnego przed transakcją ma sens, można znaleźć wiele. Jako ilustrację do niniejszego tekstu wybraliśmy kilka szczególnie barwnych przypadków, dobrze ilustrujących sens i cel badania. W większości przypadków badania oczywiście nie prowadzą do ustaleń tego rodzaju, ale to już ocenie inwestorów pozostawić należy, czy gotowi są na siebie wziąć ryzyko nieprzeprowadzenia badania i poniesienia potencjalnie groźnych konsekwencji.

Tytuł do udziałów lub akcji. Relatywnie często powtarzającym się wnioskiem z badania prawnego jest to, że sprzedający w istocie nie posiada tytułu prawnego do sprzedawanych udziałów czy akcji. Zważywszy na to, że ewentualna wadliwość jednego z wielu kolejnych transferów takich praw może skutkować wadliwością kolejnych przeniesień, skrupulatna analiza jest w zasadzie nieodzowna. Wcale bowiem nierzadko badanie prawne prowadzi do wniosku, że przed wieloma laty transakcji dokonano w niewłaściwej formie (np. zbyt udziały w formie bez notarialnie poświadczonych podpisów) albo nie uzyskano odpowiednich zgód organów administracji czy zgody małżonka zbywcy (gdy była ona niezbędna).

Tytuł do nieruchomości. W pewnej transakcji inwestor nabywał udziały spółki zajmującej się świadczeniem usług inżynierskich. W tego typu działalności kluczowa jest renoma, doświadczenia (konieczne przy startowaniu w przetargach), wygrane już przetargi

(zawarte umowy) i ludzie. Tak się jednak złożyło, że spółka, której dotyczyła analiza prawna, miała też nieruchomości. A ściślej, spółka myślała, że posiada nieruchomości. W istocie wskutek dość zawiłego procesu jej nabywania w okresie transformacji ustrojowej spółka wcale nieruchomości nie nabyła. Jako że nieruchomości ta znajdowała się w dobrej lokalizacji, stanowiła istotną część ceny, jaką inwestor miał zapłacić za spółkę. Ustalenie, że spółka nie ma tytułu do nieruchomości, pozwoliło wynegocjować znaczące obniżenie ceny i przerzucenie na sprzedających obowiązku (i kosztu) naprawienia wadliwego nabycia nieruchomości w zamian za perspektywę otrzymania dodatkowego wynagrodzenia (zatrzymanej części ceny).

Choroby zawodowe. Spektakularnych skutków dostarczyła też analiza zakładu wykorzystującego w produkcji wyrobów azbest. Gdy badanie było prowadzone, takich wyrobów zakład już nie wytwarzał, ale okazało się, że z roku na rok rośnie liczba pracowników (i byłych pracowników) skarżących się na dolegliwości charakterystyczne dla osób mających styczność z azbestem. Ustalenia te pozwoliły zabezpieczyć inwestora, skłaniając sprzedającego do partycypacji w nieuchronnych kosztach wynikających z roszczeń osób pracujących niegdyś w szkodliwych dla zdrowia warunkach.

Badanie automatyczne?

Rozwój technologiczny bardzo zmienił prowadzenie badania prawnego, ale przed nami kolejna, jeszcze dalej idąca zmiana. Chodzi oczywiście o wykorzystanie sztucznej inteligencji w procesie odczytywania i analizowania treści dokumentów. Choć prace nad odpowiednimi technologiami są dziś zaawansowane, to upłynie jeszcze trochę czasu, zanim w istotnym stopniu wyłączą one zaangażowanie prawników z procesu *due diligence*. Oczywiście samo przeszukanie tekstu w oparciu o zadane słowa kluczowe czy frazy pozwoli ograniczyć koszty związane z badaniem dokumentów. Nie zastąpi jednak wysokospecjalistycznej analizy otrzymanych materiałów przez profesjonalnych doradców. Czym innym jest bowiem przeczytanie dokumentów (a ściślej ustalenie ich treści), a czym innym właściwe ich odczytanie i zrozumienie (w powiązaniu ze znajomością przepisów oraz w oparciu o konieczne dla profesjonalnej analizy doświadczenie). Tylko w tym drugim przypadku mamy do czynienia z wysokospecjalistyczną usługą badania prawnego.

Maciej A. 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, wspólnik
solicitor Anglii i Walii (obecnie nie praktykuje)
praktyka transakcji i prawa korporacyjnego

Fikcja wyboru prawa: nieznana a użyteczna instytucja w transgranicznych sprawach spadkowych

Stefan Jacyno
dr Radosław Wiśniewski



Stosowane od 17 sierpnia 2015 r. tzw. unijne rozporządzenie spadkowe (nr 650/2012) wprowadziło istotne zmiany w zakresie wyznaczania prawa właściwego i jurysdykcji w międzynarodowych sprawach spadkowych. Przewiduje też ono specjalny mechanizm fikcji wyboru prawa właściwego pozwalający na utrzymanie skuteczności rozrządzeń na wypadek śmierci dokonanych do 16 sierpnia 2015 r. przez osoby zmarłe po tej dacie. Jak pokazuje praktyka, mechanizm ten nie jest jeszcze znany sądom i urzędowi, a powołanie się na niego może okazać się korzystne w międzynarodowych sprawach spadkowych.

Klient zwrócił się z prośbą o przeprowadzenie sprawy spadkowej po zmarłym przyjacielu rodziny, który w testamencie powołał go do dziedziczenia całości majątku, w skład którego wchodziły m.in. nieruchomości położone w Polsce. Przyjaciel rodziny klienta zmarł w 2017 r. w Zjednoczonym Królestwie, gdzie wówczas mieszkał. Jednak w 2011 r. stale przebywał w Polsce, gdzie w tym czasie przed notariuszem doszło do sporządzenia wspomnianego testamentu. Zmarły miał podwójne, polskie i brytyjskie obywatelstwo. W brytyjskich dokumentach figurował pod angielskimi ekwiwalentami polskich imion, zaś zapis jego nazwiska nie uwzględniał polskich znaków diakrytycznych. Polski paszport, zawierający polskie wersje jego imion i nazwiska, utracił ważność w 2015 r. i zmarły już do śmierci nie wystąpił z wnioskiem o wydanie nowego paszportu.

W toku zainicjowanego w Polsce postępowania o stwierdzenie nabycia spadku na podstawie testamentu sąd powziął liczne wątpliwości. W konsekwencji wystąpił do urzędów i konsulatu RP z zapytaniami dotyczącymi posiadania obywatelstwa polskiego przez spadkodawcę w 2017 r., a także zwrócił się do Ministerstwa Sprawiedliwości o wskazanie prawa spadkowego, które winno znaleźć zastosowanie w sprawie. Nadesłane odpowiedzi znacząco komplikowały sprawę, a wynikające z nich wnioski prowadziłyby do istotnego wydłużenia postępowania.

Ministerstwo Spraw Wewnętrznych i Administracji nie było w stanie potwierdzić polskiego obywatelstwa spadkodawcy w momencie jego śmierci, lecz zaznaczyło, że nic nie wskazywało na to, by zmarły utracił kiedykolwiek polskie obywatelstwo.

Niezależnie od tego MSWiA z ostrożności zasugerowało sądowi zawieszenie sprawy spadkowej celem przeprowadzenia przez naszego klienta postępowania administracyjnego o potwierdzenie posiadania polskiego obywatelstwa przez spadkodawcę w dacie śmierci.

Natomiast Ministerstwo Sprawiedliwości, powołując się na unijne rozporządzenie spadkowe, wskazało, że prawem właściwym w sprawie spadkowej po spadkodawcy powinno być prawo brytyjskie jako prawo państwa, w którym zmarły miał miejsce zwykłego pobytu w chwili śmierci. Ministerstwo Sprawiedliwości

uznało również prawo brytyjskie za prawo właściwe do oceny ważności formalnej testamentu z 2011 r.

Fikcja wyboru prawa właściwego w sprawach spadkowych po osobach zmarłych po 16 sierpnia 2015 r., które do tej daty dokonały rozrządzeń na wypadek śmierci

Do wskazania prawa właściwego na gruncie unijnego rozporządzenia spadkowego dochodzi albo na podstawie wspomnianej już zasady ogólnej z rozporządzenia (miejsce zwykłego pobytu spadkodawcy w chwili śmierci), albo wskutek dokonania wyboru prawa właściwego dla spraw spadkowych przez przyszłego spadkodawcę w rozrządzeniu na wypadek śmierci. Wybór prawa ogranicza się do prawa państwa, którego obywatelstwo spadkodawca posiada w chwili dokonywania wyboru lub w chwili śmierci.

Integralną częścią przepisów unijnego rozporządzenia spadkowego dotyczących wyboru prawa właściwego dla spraw spadkowych jest – zupełnie pominięty przez Ministerstwo Sprawiedliwości i kluczowy w okolicznościach sprawy naszego klienta – art. 83 ust. 4 rozporządzenia dotyczący fikcji wyboru prawa. Zgodnie z tym przepisem, jeżeli rozrządzenie na wypadek śmierci zostało dokonane przed dniem 17 sierpnia 2015 r. zgodnie z prawem, które zmarły mógł wybrać zgodnie z niniejszym rozporządzeniem, prawo to uważa się za wybrane jako prawo właściwe dla dziedziczenia. Mechanizm ten obejmuje wszystkie skutki wynikające z takiego domniemanego wyboru. Jeśli zaistnieją warunki do przyjęcia owej fikcji, prawem właściwym jest prawo państwa, wedle którego dokonano rozrządzenia na wypadek śmierci, o ile prawo to mógł wybrać spadkodawca na podstawie przepisów rozporządzenia spadkowego. Może to być zatem prawo państwa obywatelstwa spadkobiercy z chwili sporządzenia testamentu lub z chwili śmierci, pod warunkiem że będzie to prawo, zgodnie z którym dokonano rozrządzenia na wypadek śmierci.

Prawem właściwym dla spraw spadkowych po przyjacielu rodziny klienta powinno być zatem prawo polskie, gdyż w tej sprawie – w oparciu o art. 83 ust. 4 rozporządzenia – zachodzi domniemanie dokonania wyboru prawa polskiego jako prawa właściwego dla dziedziczenia. Występowanie owej fikcji wynika z tego, że spadkodawca w 2011 r., w momencie sporządzania testamentu notarialnego, mieszkał w Polsce i dokonał rozrządzenia testamentowego zgodnego z prawem polskim, a zatem zgodnego z prawem państwa, którego obywatelstwo posiadał w momencie testowania.

Prawo polskie jako prawo właściwe do oceny formalnej ważności testamentu

Ministerstwo Sprawiedliwości powołało się także na Konwencję dotyczącą kolizji praw w przedmiocie formy rozporządzeń testamentowych, sporządzoną

w Hadze w dniu 5 października 1961 r. Polska i Zjednoczone Królestwo są stronami tej konwencji od lat 60. XX w. Przepisy konwencji – na zasadzie art. 75 ust. 1 unijnego rozporządzenia spadkowego – mają więc pierwszeństwo przy ustalaniu prawa właściwego dla oceny formalnej ważności rozrządzeń testamentowych.

Przepisy służące ustaleniu prawa właściwego do oceny formalnej ważności rozrządzeń testamentowych, zarówno w konwencji, jak i w rozporządzeniu spadkowym, są oparte na tożsamej konstrukcji maksymalnie umożliwiającej ustalenie prawa właściwego do oceny formalnej ważności rozrządzeń testamentowych. W myśl reguły *favor testamenti* ma to pozwolić na uszanowanie i utrzymanie postanowień ostatniej woli spadkodawcy. Dzięki alternatywnemu charakterowi łączników wymienionych w konwencji spełnienie wymogów formalnych na gruncie co najmniej jednego ze wskazanych w konwencji porządków prawnych umożliwia potwierdzenie ważności formalnej rozrządzenia testamentowego.

W omawianej sytuacji każdy z łączników wynikających z konwencji pozwalał na wskazanie prawa polskiego jako prawa właściwego do oceny formalnej ważności testamentu. Łączniki te odwołują się bowiem do prawa miejsca dokonania rozrządzenia testamentowego, obywatelstwa lub miejsca zamieszkania/zwykłego pobytu w momencie dokonania rozrządzenia testamentowego, a także miejsca położenia nieruchomości. Możliwość wskazania prawa brytyjskiego w związku z posiadaniem również obywatelstwa brytyjskiego oraz zamieszkiwaniem w Zjednoczonym Królestwie w chwili śmierci nie przesądza, że formalną ważność testamentu z 2011 r. należało oceniać na podstawie prawa brytyjskiego. Ponieważ przy każdym łączniku można było wskazać prawo polskie, a na dodatek prawo to zostało ustalone jako prawo właściwe dla dziedziczenia po spadkodawcy, to właśnie prawo polskie winno być prawem właściwym do oceny formalnej ważności testamentu. Dzięki temu można stosować jednolity system norm do wszystkich aspektów omawianej sprawy spadkowej.

Posiadanie obywatelstwa polskiego w chwili sporządzenia testamentu jako okoliczność decydująca w sprawie

Sugerowana przez MSWiA potrzeba wyjaśnienia kwestii obywatelstwa spadkodawcy w chwili śmierci nie miała żadnego znaczenia w sprawie. Nawet gdyby przyjąć, że po 2015 r. spadkodawca utracił obywatelstwo polskie i w chwili śmierci nie był już obywatelem Rzeczypospolitej Polskiej, to takie ustalenie i tak byłoby prawnie irrelewantne. Kluczowy w okolicznościach tej sprawy jest bowiem fakt posiadania obywatelstwa polskiego przez spadkodawcę w momencie

sporządzenia testamentu, co z kolei było urzędowo stwierdzone i wynikało z ważnego w 2011 r. polskiego paszportu spadkodawcy. Skoro spadkodawca w chwili testowania miał polskie obywatelstwo, i zgodnie z tym prawem dokonano rozrządzenia testamentowego, należy zastosować fikcję wyboru prawa polskiego jako prawa właściwego. Hipotetyczny brak obywatelstwa polskiego w chwili śmierci w żaden sposób nie wpływałby na ustalenie prawa właściwego dla dziedziczenia po spadkodawcy lub prawa właściwego do oceny formalnej ważności testamentu z 2011 r. Podobnie założenie, że spadkodawca w chwili śmierci miał wyłącznie obywatelstwo brytyjskie, w żaden sposób nie decydowałoby o prawie właściwym do oceny formalnej ważności testamentu z 2011 r., skoro wszystkie łączniki ze wspomnianej konwencji pozwalają na wskazanie prawa polskiego.

Podsumowanie

Wobec treści pism Ministerstw przedstawiliśmy sądowi pogłębioną argumentację odnoszącą się do konieczności stosowania w omawianej sprawie fikcji wyboru prawa polskiego jako prawa właściwego. Dzięki temu sąd odrzucił wadliwe wnioski i sugestie Ministerstw co do stosowania prawa brytyjskiego w sprawie i konieczności przeprowadzenia postępowania o potwierdzenie posiadania obywatelstwa polskiego przez spadkodawcę w momencie jego śmierci. Pozwoliło to na szybkie zakończenie sprawy, bez skomplikowanego procesu ustalania treści norm brytyjskiego prawa spadkowego oraz zawieszania postępowania spadkowego do czasu wyjaśnienia kwestii obywatelstwa zmarłego w 2017 r.

Trzeba zatem pamiętać o fikcji wyboru prawa z art. 83 ust. 4 unijnego rozporządzenia spadkowego, która może okazać się użyteczna w wielu sytuacjach. Mechanizm ten będzie jeszcze stosowany przez co najmniej kilka najbliższych dekad, ponieważ dotyczy on spadków po osobach zmarłych od 17 sierpnia 2015 r., które przed tą datą dokonały rozrządzeń na wypadek śmierci. Ta wciąż nieznana instytucja gwarantuje zatem utrzymanie ważności i skuteczności owych rozrządzeń już po rozpoczęciu stosowania przepisów unijnego rozporządzenia spadkowego.

Stefan Jacyno, adwokat, wspólnik
praktyka restryktacji i doradztwa
dla klientów indywidualnych

dr Radosław Wiśniewski, adwokat
praktyka restryktacji i doradztwa
dla klientów indywidualnych

Jak sobie radzić z coraz większymi kosztami energii elektrycznej?

Marek Dolatowski
Radosław Wasiak



Przedsiębiorcy odczuli już skutki wzrostu kosztów energii elektrycznej, ale najgorsze dopiero przed nami. Nie chodzi tylko o koszt zakupu samej energii, ale też o różne opłaty płacone w związku z jej zużywaniem. Całe szczęście odpowiedzią na te wzrosty są różne ulgi wprowadzane dla przedsiębiorców, szczególnie tych z branż energochłonnych. Warto wiedzieć, że na rachunkach za prąd można też oszczędzić w inny sposób, nie tylko zwiększając efektywność produkcji i zmniejszając całkowite zużycie.

Ulga od konieczności umarzania certyfikatów zielonych i błękitnych i od opłaty OZE

Przedsiębiorcy w cenach energii elektrycznej płacą koszt wsparcia odnawialnych źródeł energii oparty o wydawanie tzw. świadectw pochodzenia (potocznie zielone lub błękitne certyfikaty). Otrzymują je producenci energii z biogazu rolniczego (błękitne) oraz pozostałych źródeł odnawialnych (zielone). Z kolei m.in. sprzedawcy energii do odbiorców końcowych są zobowiązani do wykupu wydanych certyfikatów, dzięki czemu tworzy się system handlu nimi, którego platformą zarówno dla transakcji bilateralnych, jak i giełdowych jest Towarowa Giełda Energii.

Do systemu opartego na certyfikatach mogli przystąpić tylko ci producenci zielonej energii, którzy zaczęli ją produkować przed 1 lipca 2016 r. Od tej daty zastąpił go system wsparcia oparty na aukcjach, którego koszty oczywiście również przerzucane są na odbiorców (w tym przedsiębiorców) w postaci tzw. opłaty OZE. Jej wysokość zależy od ilości energii zużytej przez odbiorcę.

Ustawodawca stworzył możliwość ulgi dla niektórych przedsiębiorców, zwanych odbiorcami przemysłowymi. Polega ona na ograniczeniu ilości energii, od której należy umorzyć certyfikaty i opłacić opłatę OZE.

Status taki ma odbiorca końcowy energii elektrycznej, który prowadzi przeważającą działalność gospodarczą określoną konkretnymi kodami PKD (kod taki musi być wskazany jako przeważający również w rejestrze przedsiębiorców KRS). Ponadto taki odbiorca musi wykazać się wartością współczynnika intensywności zużycia energii elektrycznej nie mniejszą niż 3%. Współczynnik określa relację między kosztami zakupu energii do wartości dodanej brutto i jest wyliczany zgodnie z wytycznymi zawartymi w rozporządzeniu. Do kosztów zakupu energii można zaliczyć tylko koszty energii zużytej na własne potrzeby (czyli nie np. koszty energii odsprzedawanej innym podmiotom na zasadzie tzw. refaktury).

Rozmiar ulgi w obowiązku umorzenia certyfikatów i opłacenia opłaty OZE zależy od wielkości współczynnika. Jeśli współczynnik wynosi:

- nie mniej niż 3% i nie więcej niż 20% – 20% ilości energii elektrycznej zakupionej na własny użytek jest zwolnione z realizacji obowiązku,
- więcej niż 20% i nie więcej niż 40% – 40% ilości energii elektrycznej zakupionej na własny użytek jest zwolnione z realizacji obowiązku,
- więcej niż 40% – 85% ilości energii elektrycznej zakupionej na własny użytek jest zwolnione z realizacji obowiązku.

Jeśli dany odbiorca zakupił też energię nie na własny użytek, to obowiązek od takiej energii należy zawsze wykonać od całej jej ilości.

Jeśli zużycie energii przedsiębiorcy przekracza 100 GW rocznie, ma on obowiązek samodzielnie kupować i rozliczać certyfikaty (nie ma ich już w cenie

energii, ale ma taki sam obowiązek ich zakupu i umorzenia jak wspomniany wyżej sprzedawca energii). Jeśli zużycie nie przekracza 100 GW rocznie, koszt rozliczenia certyfikatów wraz z naliczoną ulgą pozostaje w cenie energii – certyfikaty rozlicza dalej sprzedawca energii. Samodzielne zakup i rozliczanie certyfikatów ma swoje zalety (można je kupić w dowolnym momencie, np. gdy ich cena na giełdzie spadnie), ale wiąże się też z obowiązkami sprawozdawczymi i koniecznością ich umarzania w terminie pod groźbą kar i zakazu korzystania z ulg przez okres 5 lat. Ulgę na opłacie OZE zawsze naliczy dystrybutor energii (jest jej płatnikiem), dlatego należy zadbać o powiadomienie dystrybutora o nabyciu statusu odbiorcy przemysłowego i uzyskaniu uprawnienia do stosownej ulgi.

Oszczędność przedsiębiorcy zużywającego ok. 100 GWh przy uldze na poziomie 40% to ok. miliona złotych rocznie w 2018 r., przy czym w 2018 r. opłata OZE wynosiła zero złotych. Podobnie jest i będzie w latach 2019 i 2020, ale takiego stanu nie można uznać za trwały ze względu na konieczność finansowania dalszego rozwoju odnawialnych źródeł energii.

Ulga w opłacie kogeneracyjnej

Na fakturze za energię widnieje także opłata kogeneracyjna finansująca wsparcie dla źródeł produkujących w wysokosprawnej kogeneracji ciepło i energię elektryczną. Podobnie jak opłata OZE, jej wysokość zależy od zużycia prądu przez odbiorcę. Warunki skorzystania z ulgi w opłacie kogeneracyjnej są takie same jak przy opłacie OZE, a jej wysokość w 2019 r. wynosiła 1,58 zł/MWh. Szacowana korzyść dla odbiorcy przy zużyciu 100 GWh i uldze na poziomie 40% to ponad 60 tysięcy zł rocznie.

Ulga w opłacie mocowej

Od 1 października 2020 r. na rachunkach za energię pojawi się opłata mocowa – finansowanie polskiego rynku mocy, czyli wsparcia dla producentów energii za to, że utrzymują swoje elektrownie w gotowości i budują nowe, a także dla odbiorców za to, że redukują zapotrzebowanie, kiedy jest to konieczne. Jej wysokość także uzależniona jest od ilości energii zużytej przez danego odbiorcę.

W uproszczeniu ulga będzie przysługiwać odbiorcom przemysłowym, ale tylko zużywającym nie mniej niż 100 GWh rocznie. Rozmiar ulgi zależy od współczynnika intensywności – tak samo jak przy opłacie OZE. Obecnie toczy się postępowanie przed Komisją Europejską w sprawie zatwierdzenia tej ulgi do stosowania.

Na ten moment nieznana jest jeszcze stawka opłaty mocowej, ale biorąc pod uwagę wyższe niż zakładano koszty utrzymania rynku mocy, obciążenie nią przedsiębiorców może być istotne.

Zamrożenie cen energii

W 2018 r. w Polsce doszło do gwałtownego i skokowego wzrostu cen energii elektrycznej. Wynikał on z głównej

mierze ze wzrostu cen węgla oraz wzrostu cen uprawnień do emisji gazów cieplarnianych, co silnie wpłynęło na uzależniony od węgla sektor wytwórczy. Dlatego polski rząd oraz parlament zdecydowały się podjąć nadzwyczajne działania skierowane w początkowym zamyśle do wszystkich odbiorców energii elektrycznej. Rozwiązaniem problemu zwyżkujących cen energii miało być zamrożenie cen energii elektrycznej na poziomie, jaki obowiązywał dla poszczególnych odbiorców w czerwcu 2018 r. Ustawa przyjęta w grudniu 2018 r. nałożyła na przedsiębiorstwa energetyczne obowiązek dostosowania ceny energii elektrycznej, jaka miała obowiązywać odbiorców w 2019 r., do ceny sprzed roku. Obowiązek ten miał być realizowany poprzez pozostawienie taryf za energię na dotychczasowym poziomie lub poprzez pomniejszenie ceny energii wynikającej z odnowionych lub nowo zawartych umów na 2019 r.

Przyjęte w pośpiechu przepisy w dużej części nie wytrzymały jednak konfrontacji z regulacjami wspólnotowymi dotyczącymi pomocy publicznej i zostały zakwestionowane w procesie konsultacji przeprowadzonych przez rząd z Komisją Europejską. W związku z powyższym w połowie 2019 r. konieczna była kolejna nowelizacja ustawy. W jej wyniku znacząco ograniczono krąg odbiorców mogących skorzystać z zamrożenia cen energii. Pozostali w nim odbiorcy indywidualni w gospodarstwach domowych, a poza nimi jedynie mikro i mali przedsiębiorcy oraz podmioty z szeroko rozumianego sektora publicznego (szpitale czy jednostki sektora finansów publicznych).

Dla innych przedsiębiorców zamrożenie cen energii zostało wycofane począwszy od 1 lipca 2019 r. W jego miejsce znowelizowana ustawa przewiduje możliwość uzyskania dofinansowania z tytułu wzrostu cen energii elektrycznej za okres od lipca do grudnia 2019 r. Dofinansowanie oblicza się jako iloczyn jednostkowej stawki dofinansowania, określonej przez Ministra Energii na 15 zł, i wolumenu energii elektrycznej zakupionej przez odbiorcę w okresie do 31 grudnia 2019 r. i zużytej w okresie od 1 lipca 2019 r. do 31 grudnia 2019 r. Dofinansowanie stanowi pomoc de minimis. Całkowita kwota pomocy de minimis przyznanej przez państwo członkowskie jednemu przedsiębiorstwu nie może przekroczyć 200 tysięcy euro w okresie trzech lat kalendarzowych. Wniosek o dofinansowanie składa się za kwartał kalendarzowy przy użyciu formularza udostępnionego na platformie elektronicznej utworzonej w tym celu przez zarządcę rozliczeń cen. Wniosek można złożyć do 30 czerwca 2020 r. pod rygorem utraty prawa do otrzymania dofinansowania. Wniosek złożony po upływie tego terminu pozostawia się bez rozpoznania. Zarządca rozliczeń potwierdza z przedsiębiorstwem energetycznym wskazany we wniosku wolumen energii elektrycznej. Następnie zarządca weryfikuje poprawność wniosku i w przypadku braku uwag dokonuje jego zatwierdzenia i wypłaty dofinansowania w terminie 40 dni od dnia otrzymania prawidłowego wniosku. Zarządca rozliczeń cen wydaje

i doręcza za pomocą środków komunikacji elektronicznej zaświadczenie o udzielonej pomocy de minimis.

Rekompensaty dla przedsiębiorstw energochłonnych

Kolejnym mechanizmem pozwalającym ograniczyć koszty związane z nabywaniem energii elektrycznej jest mechanizm rekompensat kosztów zakupu uprawnień do emisji na ceny energii elektrycznej zużywanej do wytwarzania produktów w sektorach lub podsektorach energochłonnych uchwalony przez Sejm w lipcu 2019 r. Rekompensaty zostały skierowane do ograniczonego kręgu przedsiębiorców działających w wybranych sektorach gospodarki charakteryzujących się wysokim zapotrzebowaniem na energię elektryczną. Wsparciem objęta jest m.in. produkcja aluminium, żeliwa i stali oraz stopów żelaza, miedzi, papieru i tektury czy też wybranych chemikaliów. Co istotne wsparciem objęty jest jedynie proces wytwórczy wybranego produktu, a nie cała działalność przedsiębiorcy.

Dodatkowym warunkiem skorzystania z rekompensat jest wdrożony system zarządzania środowiskowego, o którym mowa w rozporządzeniu Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 1221/2009 z dnia 25 listopada 2009 r. w sprawie dobrowolnego udziału organizacji w systemie ekzarządzania i audytu we Wspólnocie (EMAS), lub system zarządzania środowiskowego potwierdzony certyfikatem ISO 14001, lub system zarządzania energią potwierdzony certyfikatem ISO 50001.

Wniosek o rekompensatę należy złożyć do 31 marca roku następującego po roku, za który są przyznawane rekompensaty. Taki wniosek jest weryfikowany i zatwierdzany decyzją Prezesa URE, która powinna być wydana do 30 września.

Warto nadmienić, że z wnioskiem o wypłatę rekompensaty za 2019 rok wystąpić będą mogły jedynie podmioty, które wcześniej zrzekły się prawa do wsparcia z tytułu opisanej wcześniej ustawy zamrażającej ceny energii.

Dokładna kwota rekompensat wypłacanych przedsiębiorstwom energochłonnym będzie się zmieniać, ale szacuje się, że może ona wynosić od około 40 zł/MWh. Środki na mechanizm wsparcia pochodzą z funduszy uzyskiwanych w wyniku aukcji uprawnień do emisji CO₂, a sam mechanizm obowiązywać ma do 2028 r.

Ulgi w akcyzie

Na marginesie przypominamy o obowiązujących zwolnieniach i zwrotach akcyzy za energię elektryczną dla wybranych grup przedsiębiorców i procesów produkcyjnych.

Marek Dolatowski, adwokat
solicitor Anglii i Walii (obecnie nie praktykuje)
doradztwo dla sektora energii,
praktyka transakcji i prawa korporacyjnego

Radosław Wasiak, adwokat
doradztwo dla sektora energii,
praktyka transakcji i prawa korporacyjnego

Roszczenie właściciela o wykup gruntu z rurociągiem bez przedawnienia

dr Przemysław Szymczyk



Właścicielowi działki, na której wzniesiono budynek lub urządzenie przesyłowe (gazociąg, wodociąg, transformator, słup energetyczny itp.) o wartości przewyższającej wartość tej działki, przysługuje nieprzedawnialne roszczenie o jej wykup. Oznacza to istotne wzmocnienie praw właścicieli nieruchomości i możliwość dochodzenia przez nich roszczeń nawet wiele lat po wybudowaniu wskazanych obiektów lub instalacji.

Dość często się zdarza, że na prywatnych gruntach spoczywają elementy różnego rodzaju ciągów przesyłowych realizowanych jeszcze w czasach poprzedniego ustroju prawnego przez tzw. przedsiębiorstwa przesyłowe (gazowe, energetyczne, wodociągowe, telefoniczne itp.) bez zgody właścicieli działek. Tego typu inwestycje przeprowadzano głównie w obrębie nieruchomości rolnych, co nie wpływało wówczas aż tak bardzo na spadek ich wartości. Problem pojawia się aktualnie, gdy wiele z takich gruntów podlega przekwalifikowaniu na działki budowlane. Fakt posadowienia w ich granicach stacji trafo lub słupa energetycznego może istotnie ograniczyć, albo wręcz uniemożliwić planowane zamierzenie inwestycyjne (w szczególności mieszkaniowe), zwłaszcza gdy usunięcie tych obiektów jest bardzo utrudnione z prawnego lub ekonomicznego punktu widzenia (np. ze względu na zasiedzenie służebności przesyłu lub zbyt wysokie koszty rozbiórki instalacji). Oznacza to poważną uciążliwość dla właściciela działki, który najczęściej wolałby się jej pozbyć, choć trudno znaleźć kupca na tak bezużyteczną nieruchomość.

Rozwiązaniem mogłoby być skorzystanie z możliwości przewidzianej w art. 231 § 2 Kodeksu cywilnego. Stanowi on, że właściciel gruntu, na którym wzniesiono budynek lub inne urządzenie o wartości przenoszącej znacznie wartość zajętej na ten cel działki, może żądać, aby ten, kto wznosił budynek lub inne urządzenie, nabył od niego własność działki za odpowiednim wynagrodzeniem. Niestety do niedawna dominowało stanowisko, że roszczenie o wykup nieruchomości przez przedsiębiorcę przesyłowego przedawnia się już po upływie 10 lat od wzniesienia budynku lub instalacji. W praktyce czyniło to powyższy przepis w wielu sytuacjach martwym, skoro obiekty te budowano kilkadziesiąt lat temu.

Gazociąg na działce

W podobnej sytuacji znalazła się jedna z naszych klientek, na której gruncie wzniesiono w latach 80. XX w. sieć gazową bez zgody jej poprzedników prawnych. W związku z niefortunnym przebiegiem rurociągu (po przekątnej nieruchomości) działka budowlana straciła swój charakter i nie nadawała się do gospodarczego wykorzystania, co skutkowało jednocześnie istotnymi trudnościami w jej sprzedaży. Klientka zażądała od przedsiębiorcy przesyłowego wykupu nieruchomości, jednak bezskutecznie. Sprawa trafiła do sądu.

Na podstawie opinii biegłego ustalono, że wartość działki bez linii przesyłowej wynosiła ok. 1,5 mln zł, a z zabudową przesyłową – ok. 0,5 mln zł, zaś wartość samej instalacji stanowiła ok. 1 mln zł. W konsekwencji sąd I instancji uznał, że zaistniały przesłanki z cytowanego art. 231 § 2 k.c., gdyż stron nie łączył stosunek obligacyjny, a wartość urządzeń wzniesionych przez przedsiębiorstwo przesyłowe przewyższała cenę nieruchomości. Jednocześnie jednak sąd

przychylił się do podniesionego przez pozwanego zarzutu przedawnienia i ostatecznie oddalił powództwo. Złożyliśmy apelację, która zbiegła się w czasie z rozpatrywaniem przez Sąd Najwyższy zagadnienia prawnego dotyczącego analogicznej sprawy. Ponieważ chcieliśmy poczekać na jego rozstrzygnięcie (co nastąpiło 16 maja 2019 r. w trybie uchwały o sygn. III CZP 109/18), doprowadziliśmy do zawieszenia postępowania apelacyjnego.

Roszczenie o wykup – przedawnialne czy nieprzedawnialne?

Do czasu podjęcia przez Sąd Najwyższy wspomnianej wyżej uchwały w orzecznictwie i doktrynie istniały rozbieżności dotyczące dopuszczalności przedawnienia roszczenia właściciela gruntu (opartego na art. 231 § 2 k.c.) o jego nabycie przez podmiot, który wznosił budynek lub inne urządzenie przedstawiające znacznie większą wartość od zajętej na ten cel działki.

Pierwszy pogląd (przeważający w judykaturze i zarazem niekorzystny dla właścicieli nieruchomości) uznawał, że roszczenie to podlega na ogólnych zasadach 10-letniemu przedawnieniu jako roszczenie majątkowe (art. 117 i 118 k.c.). Nie można stosować do niego wyjątkowej reguły o nieprzedawnieniu roszczeń przewidzianych w Kodeksie cywilnym (art. 223 k.c.), ponieważ brakuje przepisu, który wyraźnie by na to zezwalał. Podkreślano, że nie należy promować właściciela niedbającego o swoją nieruchomość i niereagującego, gdy ktoś wznosi na niej budynek lub inne urządzenie. Tłumaczono również, że przedsiębiorcy (którzy zbudowali instalacje przesyłowe) zazwyczaj nie są zainteresowani wykupem nieruchomości, a w szczególności całych działek, ponieważ nie zajmują się ich gospodarczą eksploatacją, a jedynie mają interes w okazjonalnym dostępie do zainstalowanych urządzeń. Przekazywanie takim przedsiębiorcom nieruchomości wzdłuż różnorodnych ciągów przesyłowych oznaczałoby w istocie degradację wielu cennych gruntów na terenach zurbanizowanych oraz dekompozycję ich struktury. Bardziej racjonalnym i społecznie użytecznym rozwiązaniem byłoby ustanowienie służebności przesyłu z jednoczesnym przyznaniem właścicielowi rekompensaty w postaci stosownego wynagrodzenia (art. 305² k.c.).

Przeciwnicy tego stanowiska (będący w mniejszości) twierdzili, że jest ono nieracjonalne z przyczyn społeczno-gospodarczych. Jednolicie przyjmuje się bowiem nieprzedawnialność roszczeń o ustanowienie służebności drogi koniecznej (art. 145 k.c.), służebności przesyłu (art. 305² k.c.) oraz służebności gruntowej w razie przekroczenia granicy przy wznoszeniu budynku lub innego urządzenia (art. 151 k.c.). Wskazuje się przy tej okazji na „stałą odnawialność” tego rodzaju roszczeń, które nie mogą ulec przedawnieniu, albowiem leżący u ich podstaw stan faktyczny ma charakter trwały. Korzystając z tej samej argumentacji

należałoby oceniać przedawnienie roszczenia przewidziane w art. 231 § 2 k.c.

A jednak nieprzedawnialne

Sąd Najwyższy w powołanej uchwale z 16 maja 2019 r. (III CZP 109/18) uznał, że co do zasady możliwe jest wyłączenie przedawnienia roszczeń wynikające pośrednio z ich właściwości, mimo braku wyraźnej podstawy prawnej, jeżeli uzasadniają to dostatecznie ważne argumenty. Zdaniem sądu właściciel nie ma prawnego obowiązku usuwania stanu naruszeń własności. Jest to jedynie uprawnienie, którego niewykorzystanie może spowodować usankcjonowanie rozbieżności przez przejście tego prawa na rzecz naruszydźciela (w szczególności poprzez zasiedzenie). Nie ma podstaw do przyjęcia, że dobrowolne znoszenie przez właściciela stanu naruszenia wynikającego ze wzniesienia budynku lub innego urządzenia powinno mieć charakter czasowy i, w wypadku podniesienia zarzutu przedawnienia, skutkować utratą roszczenia o zobowiązanie do złożenia oświadczenia o nabyciu zajętej części nieruchomości. W takiej sytuacji właścicielowi pozostawałoby dalej idące roszczenie o przywrócenie przez naruszydźciela stanu zgodnego z prawem (art. 222 k.c.), a zatem prowadzące do rezultatu, którego strony konfliktu wołałyby z pewnością uniknąć (usunięcie budynku lub urządzenia). Ponadto środki ochrony prawnej służące właścicielowi są zróżnicowane zarówno w zakresie sposobu dochodzenia roszczeń, jak i skutku, który może być osiągnięty dzięki ich wykorzystaniu. Wybór sposobu i terminu dochodzenia ochrony prawnej przez właściciela, opartej na przysługującym mu prawie, powinien być pozostawiony wyłącznie jego uznaniu.

Korzystne orzeczenie i wykup działki

Podjęcie przez Sąd Najwyższy powyższej uchwały miało bardzo ważne znaczenie z punktu widzenia interesów naszej klientki i prowadzonego w jej imieniu procesu. Podczas postępowania apelacyjnego przywołaliśmy tezy zaprezentowane w uchwale, jak również wyjaśniliśmy specyfikę roszczenia przysługującego naszej klientce i jego bezpośrednie powiązanie z ochroną prawa własności. Roszczenie to wynika wszak z uprawnienia do rozporządzania rzeczą (w tym przypadkiem nieruchomością), a zatem nie może być ograniczone czasowo. Tłumaczyliśmy również, że zakres uciążliwości wynikającej ze znoszenia obciążenia gruntu budynkiem lub urządzeniem wzniesionym przez osobę trzecią (przedsiębiorcę przesyłowego) jest zmienny. Wystąpienie z roszczeniem opartym na art. 231 § 2 k.c. po wielu latach od zajęcia działki może wynikać ze zmiany stosunków faktycznych i prawnych, aktualizujących potrzebę zakończenia

niezgodności stanu prawnego i faktycznego danej nieruchomości, oraz braku woli posiadacza, by ją rozwiązać przez zawarcie umowy przenoszącej własność (jak miało to miejsce w niniejszej sprawie).

Sąd drugiej instancji zgodził się z przedstawioną argumentacją i wydał korzystne orzeczenie, w którym uznał, że roszczenie naszej klientki o wykup gruntu przez przedsiębiorcę przesyłowego nie uległo przedawnieniu.

Dzięki temu doszło do zakończenia sporu, a nasza klientka mogła wreszcie pozbyć się bezwartościowej dla niej nieruchomości, której nikt inny nie chciał od niej nabyć.

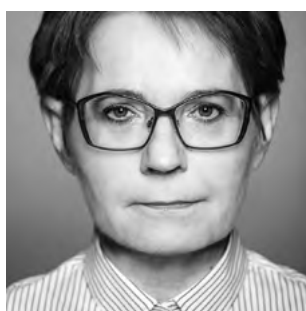
Podsumowanie

Omówione zjawisko zabudowywania gruntów niechcianymi obiektami i instalacjami przesyłowymi jest dość powszechne w skali całego kraju. Do niedawna właściciele takich działek – w związku z dominującym w orzecznictwie i niekorzystnym dla nich stanowiskiem – byli niejako pozostawieni sami sobie. Sądy często oddalały wnioski o wykup, ograniczając się co najwyżej do ustanawiania odpłatnych służebności przesyłu, a właściciele nie mogli znaleźć chętnych na nabycie ich nieruchomości. Uchwała Sądu Najwyższego przełamała ten niekorzystny trend i zachęciła szereg osób, aby kierować roszczenia przeciwko przedsiębiorcom przesyłowymi. Właściciele uzyskali nowe narzędzie ochrony swoich interesów, co w przypadku wielu gruntów pozwoli wreszcie na uregulowanie ich stanu prawnego. Paradoksalnie rozwiązanie to może się okazać korzystne również dla samych przedsiębiorców przesyłowych, którzy nie będą już zmuszani do usuwania wzniesionych obiektów i instalacji (w trybie art. 222 k.c.), co zazwyczaj było nieracjonalnie ekonomicznie.

dr Przemysław Szymczyk, adwokat
praktyka nieruchomości, reptrywatyacji
i doradztwa dla klientów indywidualnych

Rating firm spożywczych, czyli kontrola z korzyścią dla kontrolowanego

dr Ewa Butkiewicz



Na rynku spożywczym jest bardzo ciasno. Trudno wyróżnić się na tle ogromnej ilości większych i mniejszych producentów towarów rolno-spożywczych, dystrybutorów takich towarów czy sprzedawców. Dlatego przedsiębiorcy aktywnie promują się na rynku, używając różnych narzędzi marketingowych. Zachwalają swoje produkty, podkreślając, że są one wytworem najstaranniejszego działania, zawierają najlepsze składniki lub są pozbawione składników ocenianych przez konsumentów jako niepożądane w żywności. Ubiegają się też o certyfikaty lub znaki jakości nadawane produktom przez rozmaite instytucje lub organizacje, działające na podstawie indywidualnie sformułowanych kryteriów oceny. Takie świadectwa mają znaczenie w przesłaniu reklamowym, nie można jednak na ich podstawie obiektywnie porównać jakości i bezpieczeństwa produktów żywnościowych.

Dlatego warto zwrócić uwagę na obowiązujące od połowy grudnia 2019 r. rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2017/625 z dnia 15 marca 2017 r. w sprawie kontroli urzędowych i innych czynności urzędowych przeprowadzanych w celu zapewnienia stosowania prawa żywnościowego i paszowego oraz zasad dotyczących zdrowia i dobrostanu zwierząt, zdrowia roślin i środków ochrony roślin [...]. Przewiduje ono zupełnie nowe narzędzie, które ma cechy narzędzia marketingowego, choć przede wszystkim jest sposobem realizacji zasady przejrzystości w urzędowej kontroli żywności prowadzonej na podstawie zunifikowanych ram prawnych we wszystkich krajach UE. Chodzi o rating producentów żywności tworzony na podstawie oceny spełniania przez nich określonych w rozporządzeniu kryteriów (a nie na podstawie danych finansowych, jak np. roczna suma przychodów, która pozwoliłaby zbudować zestawienie „największych firm spożywczych”). Art. 11 rozporządzenia przewiduje możliwość publikowania lub podawania do wiadomości publicznej w inny sposób informacji na temat ratingu poszczególnych podmiotów w oparciu o wynik co najmniej jednej kontroli urzędowej, przy spełnieniu pewnych warunków w odniesieniu do kryteriów i procesu ratingu.

Rating nie ma być obligatoryjny, ale wydaje się instrumentem wartym zainteresowania i wdrożenia zarówno ze strony instytucji kontrolnych, jak i podmiotów z branży. Publikowanie wyników ratingu przez organy dokonujące kontroli urzędowej może motywować podmioty z łańcucha rolno-spożywczego do przestrzegania przepisów prawa żywnościowego, którym podlega ich konkretna działalność. Dla tych podmiotów zaś wysoka pozycja w ratingu oznaczałaby większe zaufanie konsumentów do ich produktów i w konsekwencji zwiększenie zbytu. Budowa ratingu firm zgodnie z wymaganiami rozporządzenia będzie jednak niełatwa i zapewne nieszybko zobaczymy pierwszą „pięćsetkę” firm spożywczych.

Jak stworzyć rating

Zgodnie z rozporządzeniem rating musi być obiektywny, przejrzysty i publicznie dostępny, a organy kontrolne muszą gwarantować uczciwość, spójność i przejrzystość swojego postępowania kontrolnego. Podmiot kontrolowany ma prawo zgłosić uwagi dotyczące informacji, które organ kontrolujący chciałby upublicznic. Uwagi te muszą zostać uwzględnione w ratingu podawanym do publicznej wiadomości.

Warto zauważyć, że legislator europejski kładzie nacisk na przejrzystość zarówno w definiowaniu kryteriów, jak i w całym procesie ratingu. Przejrzystość działań ma służyć ambitnemu celowi stworzenia porównywalnych wzorców postępowania, które z biegiem czasu będą mogły się przekształcić we wzorzec stosowany w procesach kontroli w całej UE.

Wprawdzie rozporządzenie umożliwia klasyfikację podmiotu na podstawie tylko jednej kontroli, jednak uczciwość kontroli i rzetelne sprawdzenie poziomu zgodności działań kontrolowanego podmiotu z przepisami prawa wymaga raczej przeprowadzenia kilku kontroli. Z drugiej strony częste kontrole są z reguły dla firm uciążliwe. Mogą przeszkadzać w normalnej pracy oraz wiązać się z ponoszeniem opłat za kontrole urzędowe.

Dlatego w przepisach ogólnych dotyczących kontroli urzędowych rozporządzenie postuluje, aby kontrole urzędowe w miarę możliwości nie zakłócały działalności podmiotów i minimalizowały obciążenia administracyjne.

Jeśli chodzi o opłaty, państwa członkowskie uzyskały np. możliwość zmniejszania kwoty opłat, w sposób obiektywny i niedyskryminacyjny, od tych podmiotów, u których nie wykryto niezgodności w czasie wcześniejszych kontroli. Przekształcanie postulatów w praktyczne działania kontroli urzędowych może przekonać firmy do uczestnictwa w procesie kwalifikującym je do publicznego ratingu.

Kolejnych cech procesu ratingu – uczciwości i spójności – nie da się osiągnąć bez zapewnienia całemu systemowi kontroli urzędowej bezstronności, jakości i spójności. Aby uzyskać efekt spójności, rozporządzenie ustanawia jednolite ramy prawne dla przeprowadzania kontroli urzędowych we wszystkich regulowanych obszarach. Państwa członkowskie zobowiązane są więc do wprowadzenia jednolitych procedur kontroli i stosownego poinstruowania pracowników przeprowadzających kontrole, a także ustalenia procedur sprawdzających skuteczność kontroli oraz przeprowadzania działań korygujących.

Łatwiej powiedzieć niż zrobić

Zadanie to może okazać się szczególnie trudne dla polskich inspekcji. Łańcuch rolno-spożywczy podlega kontroli sześciu inspekcji: Inspekcji Weterynaryjnej, Inspekcji Jakości Handlowej Artykułów Rolno-Spożywczych, Państwowej Inspekcji Ochrony Roślin i Nasiennictwa, Państwowej Inspekcji Sanitarnej, Inspekcji Handlowej i Inspekcji Ochrony Środowiska. Każda z tych inspekcji działa na podstawie odrębnych przepisów, które nie tworzą spójnego

systemu. Kompetencje różnych inspekcji niekiedy nakładają się na siebie, uprawnienia kontrolne są realizowane w stosunku do kontrolowanego podmiotu w odmienny sposób, a stwierdzone nieprawidłowości zagrożone sankcjami, których zasadność stosowania i ciężar nie zawsze znajdują logiczne wytłumaczenie. Warto zaznaczyć, że nadzór nad poszczególnymi inspekcjami przypada albo Ministrowi Rolnictwa, albo Ministrowi Zdrowia lub Prezesowi UOKiK. Kilkakrotnie w ciągu ostatnich lat były rozpatrywane na szczeblu rządowym projekty połączenia przynajmniej niektórych inspekcji, co miało usunąć chociaż część niespójności w procesach kontroli, ale żaden z projektów nie został sfinalizowany.

Rozporządzenie wprowadza harmonizację podejścia do kontroli urzędowych, w związku z czym procedury wszystkich inspekcji muszą zostać odpowiednio dostosowane. Trudno przewidzieć, jak długo potrwa wdrażanie nowych procedur, szkolenie pracowników, budowanie rejestru podmiotów poddawanych kontroli, sporządzanie planów kontroli i innych elementów systemu, które mają zapewnić mu spójność i sku-

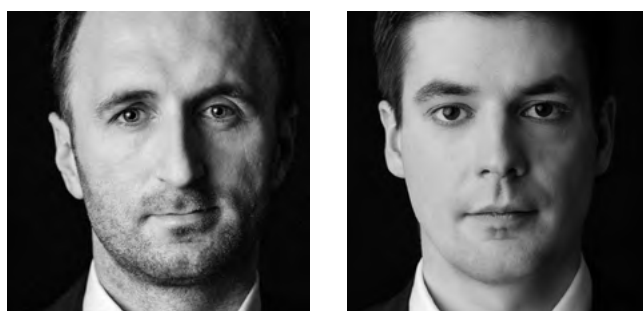
teczność. Warto więc ponownie rozważyć możliwość konsolidacji organów kontroli sektora żywnościowego poprzez zmniejszenie liczby organów kontrolnych lub utworzenie jednego organu kontrolnego. Byłoby to z korzyścią dla efektywności i skuteczności kontroli, a równocześnie zmniejszyłoby uciążliwość kontroli dla przedsiębiorców. Równocześnie pozycjonowanie przedsiębiorców, którzy przeszliby kontrolę skonsolidowanego organu kontrolnego, miałyby bardziej obiektywny walor, z korzyścią dla konsumentów i samych przedsiębiorców.

W obecnym stanie rzeczy, gdy poszczególne inspekcje zobowiązane są wdrożyć postanowienia rozporządzenia, ich chęć tworzenia ratingu kontrolowanych podmiotów będzie zepchnięta zapewne na daleki plan, ze szkodą i dla podmiotów z łańcucha rolno-spożywczego, i dla Polski jako liczącego się eksportera żywności.

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

O potrzebie zastosowania *look-through approach* w podatku u źródła

Michał Nowacki
Jakub Macek



Po zmianach wprowadzonych od 2019 r. w systemie poboru podatku u źródła (z odroczeniem pewnych rozwiązań do połowy 2020 r.) pojawiło się szereg wątpliwości związanych z tym, w jakich sytuacjach można stosować zwolnienia od tego podatku lub jego obniżone stawki. W szczególności nie jest jasne, czy i w jakim zakresie, badając to, czy odbiorca płatności jest jej rzeczywistym właścicielem, można analizować podmioty znajdujące się wyżej w strukturze korporacyjnej (np. wspólnika odbiorcy płatności).

Polskie podmioty wykonujące płatności na rzecz podmiotów zagranicznych z tytułu dywidend, odsetek, należności licencyjnych i wynagrodzenia za nabywanie niektórych usług o charakterze niematerialnym co do zasady są zobowiązane do poboru tzw. podatku u źródła (*withholding tax*, WHT).

Płatność dokonywana na rzecz podmiotu zagranicznego może w określonych sytuacjach podlegać zwolnieniu od podatku u źródła lub opodatkowaniu według stawki preferencyjnej. Obok warunków formalnych zasadniczą przesłanką zastosowania takiej preferencji jest to, że odbiorca płatności jest jej rzeczywistym właścicielem (ang. *beneficial owner*), a więc spełnia łącznie trzy warunki:

- otrzymuje należność dla własnej korzyści, decyduje o jej przeznaczeniu i ponosi związane z nią ryzyka,
- nie jest pośrednikiem zobowiązanym do przekazania należności w całości lub części innemu podmiotowi,
- prowadzi rzeczywistą działalność gospodarczą w miejscu siedziby.

Brak spełnienia któregokolwiek z tych warunków prowadzi do uznania, że odbiorca płatności nie może skorzystać z obniżonej stawki podatku u źródła / zwolnienia od tego podatku.

Dotyczy to w szczególności sytuacji, gdy odbiorca działa jako tzw. *conduit company*, czyli podmiot, który nie pełni żadnych funkcji gospodarczych z wyjątkiem dalszego przekazywania należności do jej rzeczywistego właściciela.

Celem wprowadzenia pojęcia rzeczywistego właściciela do doktryny prawa podatkowego jest zapewnienie, by podmioty niebędące ekonomicznym właścicielem płatności nie mogły powołać się na ochronę wynikającą z umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania lub przepisów krajowych będących implementacją przepisów unijnych, na podstawie których możliwe jest stosowanie zwolnienia od podatku u źródła.

Podmioty pośredniczące

W realiach obrotu gospodarczego odbiorca płatności z przyczyn uzasadnionych biznesowo lub ekonomicznie niejednokrotnie występuje w roli pośrednika. Takie sytuacje mogą wynikać z udziału we wspólnym przedsięwzięciu gospodarczym (np. konsorcjum banków udziela kredytu polskiej spółce, a jeden z banków działa jako agent otrzymujący odsetki od kredytobiorcy i rozdzielający je pomiędzy konsorcjantów). Przy-

czyną może też być ograniczenie ryzyk biznesowych (spółki celowe tworzone dla potrzeb nabycia polskiej spółki lub jej finansowania). Podmiotem pośredniczącym może być również powiernik.

Odczytując literalnie definicję rzeczywistego właściciela, należałoby uznać, że w każdym z tych przypadków polski płatnik powinien pobrać podatek u źródła w maksymalnej wysokości, ponieważ bezpośredni odbiorca płatności nie jest jej rzeczywistym właścicielem. Jednocześnie wprowadzenie pośrednika do łańcucha płatności nie wynika z zamiaru uzyskania korzyści podatkowej.

Odpowiedzią na powyższy problem jest przyjęcie tzw. *look-through approach*. Sprowadza się ono do uznania, że w sytuacji, gdy bezpośrednim odbiorcą należności jest podmiot niebędący jej rzeczywistym właścicielem i podmiot ten przekazuje otrzymane środki do rzeczywistego właściciela, to ciągle możliwe jest zastosowanie obniżonej stawki podatku lub zwolnienia od podatku, jeśli rzeczywisty właściciel płatności spełnia warunki skorzystania ze zwolnienia wynikające z prawa krajowego lub jest rezydentem kraju, z którym Polska zawarła umowę o unikaniu podwójnego opodatkowania, w której przewidziano brak podatku u źródła lub obniżoną stawkę tego podatku.

Przykładem może być sytuacja, gdy spółka dominująca dla całej międzynarodowej grupy kapitałowej mająca siedzibę w kraju A tworzy spółkę holdingową zarejestrowaną w tym samym kraju dla celów nabycia polskiej spółki, a następnie zapewnienia jej finansowania w formie pożyczki. Żadna ze stron nie uzyskuje w takiej strukturze korzyści, jakiej nie uzyskiwałaby, gdyby spółka dominująca bezpośrednio posiadała udziały i udzielała pożyczki na rzecz spółki polskiej.

Zasada *look-through* nie powinna natomiast prowadzić do powstania korzyści podatkowej, która nie powstałaby, gdyby takiego pośrednika nie było.

W wydanym w połowie 2019 r. projekcie objaśnień podatkowych dotyczących nowych zasad poboru podatku u źródła Ministerstwo Finansów wskazało, że co do zasady podejście takie powinno być akceptowane przez polskie organy podatkowe w stosunku do określonych płatności. Niezależnie od kwestii mocy obowiązującej objaśnień projekt ten jest niezwykle lakoniczny i pozostawia wiele wątpliwości. Również praktyka prezentowana w interpretacjach wydawanych przez organy podatkowe nie jest w pełni jednoznaczna. Trzeba również mieć na uwadze, jak omawiana zasada wpisuje się w szeroką reformę podatku u źródła, wprowadzaną od początku 2019 r.

Zastosowanie *look-through approach* napotyka szereg praktycznych problemów, które wynikają w szczególności z:

- braku regulacji tej zasady w prawie krajowym,
- potencjalnego konfliktu przepisów krajowych z postanowieniami umów międzynarodowych,

- praktycznego stosowania tego podejścia w chwili pełnego wejścia w życie nowego systemu poboru podatku u źródła.

Potrzeba regulacji i potencjalny konflikt pomiędzy ustawą a umowami o unikaniu podwójnego opodatkowania

Wprowadzenie zasady *look-through* do prawa krajowego (czy to na podstawie zmiany legislacyjnej, czy poprzez wykładnię istniejących przepisów) podlegać będzie ocenie z punktu widzenia spójności polskich przepisów z prawem unijnym, czy też z perspektywy zawartych przez Polskę umów o unikaniu podwójnego opodatkowania. Część z umów zawiera postanowienia, które przyznają przywilej traktatowy jedynie w sytuacji, gdy rzeczywisty właściciel należności jest jednocześnie ich odbiorcą (innymi słowy wykluczone jest pośrednictwo w przekazaniu należności). W części wydawanych przez siebie interpretacji indywidualnych organy dają w przypadku takich sytuacji prymat wykładni językowej umowy.

Takie literalne podejście do przepisów umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania znalazło odzwierciedlenie między innymi w wydanych w 2019 r. interpretacjach wydanych na kanwie umowy polsko-koreańskiej. Interpretacje dotyczyły płatności dokonywanych na rzecz koreańskiego banku powierniczego działającego w imieniu transparentnego podatkowo funduszu (działającego w formule zbliżonej do trustu). Należności były następnie rozdzielane pomiędzy inwestorów funduszu. Co istotne, interpretacje dotyczyły inwestora, który jest rezydentem podatkowym w Korei.

Organ wydający interpretację stanął na stanowisku, że literalne brzmienie umowy polsko-koreańskiej uniemożliwia zastosowanie obniżonej stawki podatku u źródła. Nie ma bowiem tożsamości pomiędzy odbiorcą należności (czyli bankiem powierniczym) a rzeczywistym właścicielem (czyli inwestorem). Wprawdzie organ co do zasady nie wykluczył możliwości zastosowania podejścia *look-through*, ale uznał, że w tym przypadku prymat należy dać wykładni językowej konkretnej umowy.

Podejście takie kłóci się z celem, któremu służą umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania. Jeżeli rzeczywisty właściciel jest rezydentem podatkowym w tym samym kraju co odbiorca płatności, a udział pośrednika ma uzasadnienie prawne i biznesowe, to zastosowanie stawki preferencyjnej nie prowadzi do uszczuplenia podstawy opodatkowania, czyli nie ma podstaw do zakwestionowania przywileju traktatowego. O możliwości zastosowania stawki traktatowej w podobnych sytuacjach stanowi również wprost komentarz do Modelowej Konwencji OECD.

Za możliwością stosowania podejścia *look-through* na gruncie przepisów implementujących przepisy unijne (zwolnienie od podatku u źródła) przemawia również orzecznictwo TSUE. Wskazuje się w nim, że

sama okoliczność, że spółka, która otrzymuje płatność w państwie członkowskim, nie jest ich „właścicielem”, nie musi oznaczać, że zwolnienie nie ma zastosowania. W takim przypadku bowiem płatność może być zwolniona od podatku w państwie źródła, jeżeli spółka ją otrzymująca przekazuje ją właścicielowi mającemu siedzibę w Unii i spełniającemu także wszystkie przesłanki ustanowione dla skorzystania z takiego zwolnienia (patrz wyrok w sprawach C-115/16, C-118/16, C-119/16 i C-299/16).

Kto zastosuje podejście *look-through*

W 2019 r., obok zmiany definicji rzeczywistego właściciela, daleko idącej reformie uległ system poboru podatku u źródła. Pełne wejście w życie tej reformy zostało już trzykrotnie odroczone i nie można wykluczyć, że jej ostateczny kształt ulegnie zmianie.

W największym uproszczeniu, w przypadku płatności przekraczających 2 mln złotych rocznie wprowadzony został system zwrotu, w którym płatnik pobiera podatek u źródła według stawki podstawowej, a następnie odbiorca (albo płatnik, w przypadku zastosowania klauzuli ubruttawiającej) ubiega się o zwrot na podstawie przepisów krajowych lub umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania.

Tak rygorystyczny system został zaopatrzony w szereg wentyli bezpieczeństwa. W szczególności członkowie zarządu polskiej spółki mogą złożyć oświadczenie, że w ich ocenie odbiorca płatności jest jej rzeczywistym właścicielem.

W przypadku skutecznego zakwestionowania tego faktu członkowie zarządu są narażeni na odpowiedzialność karną (włącznie z karą pozbawienia wolności), a reprezentowana przez nich spółka na wymierzenie sankcyjnego zobowiązania podatkowego.

Aby zasada *look-through* miała szansę przebić się w praktyce, powinna być możliwa do zastosowania już na etapie poboru podatku, a nie dopiero na etapie zwrotu. W szczególności zarządy spółek dokonujących płatności powinny być uprawnione do złożenia oświadczenia umożliwiającego zastosowanie stawki obniżonej lub zwolnienia już w momencie dokonywania płatności, powołując się właśnie na podejście *look-through*.

Przeciw komu skierowane są przepisy

Podatek u źródła ma przeciwdziałać erozji podstawy opodatkowania w Polsce poprzez transferowanie płatności za granicę. Jednocześnie reguły kolizyjne zawarte w prawie międzynarodowym i unijnym mają chronić przed podwójnym opodatkowaniem tych płatności.

Jeśli brak jest korzyści podatkowej wynikającej z wprowadzenia pośrednika w łańcuchu płatności, nie ma powodów, aby zakwestionować prawo do zastosowania preferencyjnej stawki podatku u źródła lub zwolnienia od takiego podatku. Trzeba przy tym pamiętać, że choć polska spółka działa jedynie w roli płatnika, w praktyce często koszt podatku u źródła jest na nią efektywnie przerzucany poprzez klauzule ubrutawiające (*gross up*). W przypadku płatności transgranicznych spółki polskie mają bowiem z reguły słabszą pozycję i muszą się godzić na narzucone warunki. Dlatego zaost్రzanie systemu poboru podatku

u źródła wywołuje efekt odwrotny do zamierzonego – zamiast zwiększyć obciążenia międzynarodowych korporacji, obciąża wyższymi kosztami polskie podmioty. Jakkolwiek walka ze strukturami pozwalającymi na uzyskanie nienależnych korzyści podatkowych powinna pozostać priorytetem działań organów podatkowych, nadmierny rygoryzm tych działań może rykoszetem uderzyć w uczciwych podatników.

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

Jakub Macek, radca prawny, doradca podatkowy
praktyka podatkowa i doradztwa
dla klientów indywidualnych

O kancelarii

Kancelaria Wardyński 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. Bierzymy 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	nieruchomości i reprivatyzacja	pomoc publiczna i fundusze UE
compliance i postępowania wewnętrzne	nowe technologie	prawo pracy i globalna mobilność
doradztwo i postępowania regulacyjne	ochrona danych osobowych, w tym RODO	prawo spółek, w tym spółek publicznych
egzekucja wierzytelności	ochrona dóbr osobistych	przestępczość gospodarcza
fintech i blockchain	ochrona konkurencji	rachunkowość korporacyjna
instytucje finansowe	ochrona środowiska	restrukturyzacje rynki kapitałowe
inwestycje infrastrukturalne i nieruchomościowe	odszkodowania	spory sądowe i pozasądowe
kontrakty budowlane i FIDIC	od władzy publicznej	transakcje
kontrakty w obrocie gospodarczym	outsourcing	ubezpieczenia
	podatki	upadłości
	private equity	własność intelektualna
	prawo europejskie	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 firmowego Rocznika, portalu Co do zasady, blogów newtech.law i HRLaw.pl, żywego komentarza PZP oraz licznych publikacji i opracowań.

wardynski.com.pl

codozasady.pl

newtech.law

hrlaw.pl

komentarzpzp.pl