



ROCZNIK

**WAR WSP
DYNŃ ÓLN
SKI+ ICY•**

Nakład

275 egzemplarzy

Wydawca

WiW Services Sp. z o.o.

Redakcja

Justyna Zandberg-Malec

Produkcja

Justyna Zandberg-Malec i Michał Nowak

Projekt okładki

Bazyli Krasulak

Projekt graficzny i skład

Marta Duda i Tomasz Kuc (Dobry Skład)

Zdjęcia

Paweł Wodnicki

Druk

Drukarnia Piotra Włodarskiego

© Copyright by Wardyński i Wspólnicy sp.k., 2021

ROCZNIK 2021 nie stanowi usługi doradztwa prawnego
i nie powinien być podstawą do podejmowania decyzji biznesowych.

Spis treści

- 5 Wstęp**
TOMASZ WARDYŃSKI
- 6 Biznes musi ponownie zaprzyjaźnić się z przyrodą**
DR DOMINIK WAŁKOWSKI
- 11 Czas na autogenerację energii?**
IGOR HANAS, RAFAŁ PYTKO
- 14 Kontrola inwestycji w Polsce – dodatkowa ochrona przed przejęciami**
BARTOSZ KURAŚ, KRZYSZTOF LIBISZEWSKI
- 18 Systemowe ograniczanie odpowiedzialności władzy publicznej w Polsce**
LESZEK ZATYKA
- 22 Czy można dochodzić roszczeń epidemicznych w postępowaniu grupowym?**
KRZYSZTOF WIKTOR, MATEUSZ KOSIOROWSKI
- 26 „W waszej firmie biorą w łapę” – co zrobić z taką informacją?**
MARIA KOZŁOWSKA, ŁUKASZ LASEK
- 31 Dowody elektroniczne – wciąż nieoczywiste**
BARTŁOMIEJ GŁĄBIŃSKI, MACIEJ ZYCH
- 36 Praca zdalna – benefit czy wyzwanie?**
KATARZYNA MAGNUSKA, AGNIESZKA LISIECKA
- 41 Kłopotliwy (szczególnie w realiach COVID-19) obowiązek informacyjny agencji pracy tymczasowej**
DR SZYMON KUBIAK, ANNA KLUJ
- 44 Zdrowy rozsądek, intelektualna spójność i wysoka staranność – trzy kluczowe normy dotyczące cen transferowych w 2021 r.**
WOJCIECH MARSZAŁKOWSKI, MICHAŁ NOWACKI
- 48 Kiedy nie płaci się exit tax – analiza praktyki dwa lata po wprowadzeniu podatku od dochodów z niezrealizowanych zysków**
DARIUSZ WASYLKOWSKI, JOANNA GORYCA
- 52 O potrzebie prawa holdingowego w Polsce**
MACIEJ A. SZEWCZYK, IZABELA ZIELIŃSKA-BARŁOŻEK, ANNA DĄBROWSKA
- 56 Efekt zachęty – coraz częściej naruszany warunek uzyskania pomocy publicznej**
JOANNA PROKURAT, MATEUSZ ROWIŃSKI
- 60 Słowo się rzekło – czyli o wypłacie z gwarancji bankowej (zwłaszcza w zamówieniach publicznych)**
ANNA PRIGAN, PATRYCJA POLASZ
- 64 Podatkowe instrumenty wspierania działalności innowacyjnej**
JOANNA PROKURAT
- 70 Cyfrowa gospodarka, Unia Europejska i konkurencja**
DR MARCIN KULESZA
- 73 Rozwiązania edukacyjne w internecie a dane osobowe**
KATARZYNA ŻUKOWSKA, KAROLINA ROMANOWSKA
- 76 Prowadzenie wirtualnej galerii sztuki: jak się przygotować?**
ANNA POMPE, EWA NAGY
- 80 Prostsza procedura przekształcenia spółek**
BARTOSZ LEWANDOWSKI
- 83 Koniec papierowych akcji**
DANUTA PAJEWSKA, KATARZYNA JAROSZYŃSKA



TOMASZ WARDYŃSKI
adwokat, współnik założyciel

Szanowni Państwo,

chciałoby się napisać, że obecny Rocznik publikujemy w całkiem innym świecie niż poprzedni. Pytanie tylko, czy świat faktycznie się zmienił, czy po prostu przyszło nam żyć w innych okolicznościach.

Warunki, w jakich funkcjonowaliśmy przez ostatni rok, wpłyną na przyszłość wielu z nas. Przyszłości tej nie da się przewidzieć, bo jest ona zawsze funkcją przypadku, a zmiany są wynikiem powolnych procesów, których nie zauważamy, dopóki nie nastąpią wydarzenia dramatyczne, powodujące egzystencjalny lęk. W takiej sytuacji jeden problem – tak jak obecnie problem zdrowia publicznego – przesłania wszystkie inne problemy ludzkości i unieruchamia miliony w oczekiwaniu na panaceum.

Podobnie może się rozwinąć sytuacja w odniesieniu do problemów środowiska naturalnego, które zostały już zauważone przez różne gremia, lecz wciąż nie ma odpowiedniej woli społecznej i politycznej, by próbować oddziaływać na proces degradacji. Oczywiście, w końcu świadomość zagrożenia osiągnie masę krytyczną, pytanie tylko, czy nie nastąpi to za późno. Degradacja środowiska może zaś dotknąć gospodarkę podobnie jak pandemia – z tym że opracowanie szczepionki nie będzie wtedy takie proste.

Zmianom w świecie towarzyszą oczywiście zmiany systemów prawnych. Wywołuje to

serię pytań. Czy zmiany te są właściwe, czy też są jedynie pretekstem do ograniczania odpowiedzialności władzy publicznej i przerzucania tej odpowiedzialności na barki obywatela? Czy przeniesienie większej części naszych aktywności do sieci, czyli możliwość objęcia ich inwigilacją, nie daje większej niż dotychczas możliwości nadużycia władzy? Czy głównym wyzwaniem jest dziś obrona przed nadużyciami władzy, czy ochrona obywateli przed nieznanym ryzykiem ujawniających się zmian?

Na pewno mamy obowiązek obserwować te zmiany, jak najwcześniej je zauważać i za czasu reagować. W sumie bowiem wszystko to, co wydaje się nowością i zmianą warunków gry, istnieje od zawsze. Krótkowzroczność i brak wyobraźni to odwieczne problemy, podobnie jak skłonność do nadużywania władzy i prawa. Ludzkie wady i zalety zawsze będą się konkretyzowały na nowych polach działalności. Musimy obserwować, jak to, co jest stałe, funkcjonuje na nowych polach, i ekstrapolować mechanizmy funkcjonujących do tej pory rozwiązań na nowe obszary naszego doświadczenia. Takie działanie jest ćwiczeniem naszego wspólnego układu odpornościowego. Tylko w ten sposób się obronimy jako organizm społeczny.

Jako prawnicy oczywiście prowadzimy ten nasłuch i namysł przede wszystkim na polu prawnym. Stąd całe grono naszych

publikacji, w których dzielimy się z Państwem naszymi obserwacjami i przemyśleniami – zarówno w ujęciu praktycznym (codozasady.pl, hrlaw.pl), jak i bardziej pogłębianym (newtech.law, komentarzpzp.pl) czy wręcz naukowym („Co do zasady. Studia i analizy prawne”). Staramy się bowiem nie tylko doradzać w codziennej działalności gospodarczej, ale też pozytywnie oddziaływać na doktrynę prawniczą.

Obserwacje stopniowo zachodzących zjawisk nie zawsze zresztą prowadzą do katastroficznych wniosków. Jednym z ostatnich zauważalnych i bardzo pożądaných trendów jest uprzystępnianie komunikacji prawniczej, pisanie o prawie z myślą o szerszym odbiorcy. Legal design (podobnie jak prosty język) to nie tylko modna nowinka. To również metoda komunikacji, która na pierwszym planie stawia odbiorcę i jego czytelnicze doświadczenie. W tym duchu przygotowaliśmy nasz najnowszy Rocznik. Ciekawi jesteście Państwa opinii.



DR DOMINIK WAŁKOWSKI

adwokat, partner odpowiedzialny
za praktykę prawa ochrony środowiska

Biznes musi ponownie zaprzyjaźnić się z przyrodą

Ochrona bioróżnorodności oraz ochrona i odtwarzanie naturalnych ekosystemów są – obok walki ze zmianami klimatu – najważniejszym wyzwaniem stojącym przed ludzkością w najbliższym dziesięcioleciu. Są też źródłem najpoważniejszego ryzyka dla funkcjonowania biznesu.

Wiele słów, mało efektów

W grudniu 2020 r. minęło pięć lat od przyjęcia porozumienia paryskiego do Ramowej konwencji Narodów Zjednoczonych w sprawie zmian klimatu. 2 grudnia 2020 r. w wystąpieniu zatytułowanym *The State of the Planet* António Guterres, Sekretarz Generalny ONZ, zadeklarował, że najważniejszym zadaniem człowieka w XXI w. jest „pogodzić się z naturą” (*make peace with nature*). Powinno to stać się najwyższym priorytetem dla wszystkich i wszędzie. Działanie człowieka sprawiło, że świat zmierza w kierunku chaosu. Jednocześnie tylko człowiek może ten trend odwrócić.

Jak podkreślił w swoim bardzo emocjonalnym wystąpieniu António Guterres, dotychczasowe polityki klimatyczne doprowadziły do tego, że obecnie emisje gazów cieplarnianych są o ponad 60% wyższe niż w latach dziewięćdziesiątych ubiegłego stulecia, gdy negocjowano porozumienia klimatyczne, które miały ograniczyć trend zwiększania emisji. Nie został też w pełni osiągnięty żaden z opracowanych w ramach planu 2011–2020 strategicznych celów dotyczących bioróżnorodności (tzw. Aichi Targets).

Tymczasem środowisko naturalne nas karmi, ubiera, gasi pragnienie, wytwarza tlen, kształtuje naszą kulturę i tożsamość. Rozwiązaniem może być tylko pełne wdrożenie zrównoważonej gospodarki opartej na odnawialnych źródłach energii. Trzeba podjąć holistyczne działania, żeby dostosować gospodarkę do skutków zmian klimatycznych i uodpornić ją na zjawiska, z którymi ludzkość będzie musiała się zmierzyć w najbliższych latach.

Wymierne ryzyka dla biznesu

Wystąpienie Sekretarza Generalnego ONZ nie zawiera nowych treści czy zaskakujących stwierdzeń. Stanowi jednak trafne podsumowanie sytuacji na świecie. Obawy związane z niekorzystnymi zmianami klimatu i utratą bioróżnorodności podziela również przedstawiciele biznesu.

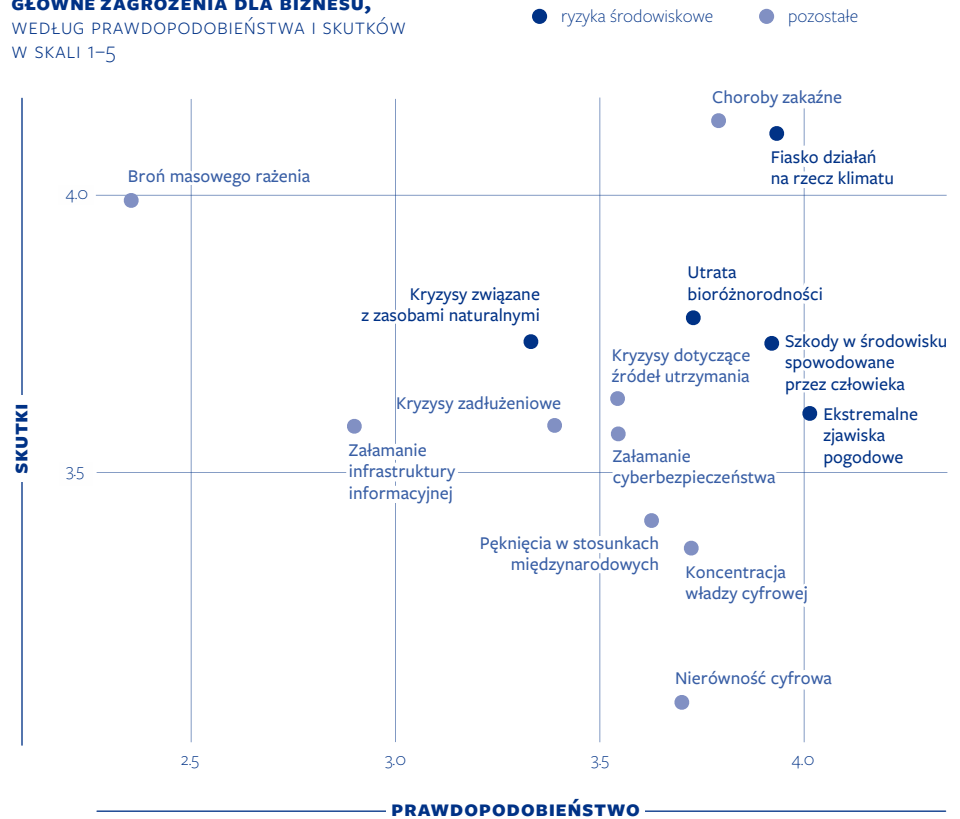
Zgodnie z niedawno opublikowanym raportem Światowego Forum Ekonomicznego (*The Global Risks Report 2021*) niemal połowa z dziesięciu najpoważniejszych czynników ryzyka dla światowej gospodarki w najbliższych dziesięciu latach jest związana ze środowiskiem (raport dzieli ryzyka na ekonomiczne, geopolityczne, społeczne, technologiczne i środowiskowe). Na liście najbardziej prawdopodobnych ryzyk zajmują one trzy najwyższe pozycje. Na liście ryzyk o potencjalnie najpoważniejszych skutkach dla gospodarki światowej w czołówce znalazło się niepowodzenie wysiłków związanych z powstrzymaniem zmian klimatycznych i utrata bioróżnorodności. Na dalszych miejscach uplasowały się m.in. ekstremalne warunki pogodowe, katastrofy naturalne i katastrofy ekologiczne spowodowane przez człowieka.

Z raportu jednoznacznie wynika, że ryzyko związane ze środowiskiem naturalnym jest jednym z największych systemowych zagrożeń dla gospodarki światowej.

Ryzyka środowiskowe
zaznaczone są kolorem.

źródło: What are the biggest risks to business? New data shows climate concerns are rising, 8.10.2020, Światowe Forum Ekonomiczne

GŁÓWNE ZAGROŻENIA DLA BIZNESU,
WEDŁUG PRAWDOPODOBIEŃSTWA I SKUTKÓW
W SKALI 1–5



źródło: *The Global Risks Report 2021*, 19.01.2021, Światowe Forum Ekonomiczne

WZROST GLOBALNYCH ZAGROŻEŃ DLA BIZNESU W 2020 R

ZMIANA W RANKINGU

Choroby zakaźne	+28
Utrata bioróżnorodności	+8
Katastrofy naturalne	+7
Niewłaściwe wykorzystanie technologii	+5
Ekstremalne zjawiska pogodowe	+5
Bezrobocie lub niepełne zatrudnienie	+2
Bańki spekulacyjne	+2
Katastrofy ekologiczne spowodowane przez człowieka	+2
Niedostosowanie do zmian klimatycznych	+2
Kryzysy żywnościowe	+2

W tych okolicznościach nie są zaskoczeniem wnioski wynikające z badania nastrojów kadry zarządzającej regularnie przeprowadzanego przez PwC (*Annual Global CEO Survey*). Jeszcze w 2018 r. autorzy badania odnotowali rekordowo wysoki optymizm dotyczący spodziewanego światowego rozwoju gospodarczego. Dwa lata później nastawienie jest rekordowo pesymistyczne. W 2018 r. 57% dyrektorów uważało, że rozwój gospodarczy będzie przyspieszał. Tylko 5% było zdania, że spowolni. Reszta zakładała, że utrzyma się na tym samym poziomie. W 2020 r. spowolnienie przewiduje ponad połowa badanych. Dalszy wzrost zakłada niespełna jedna czwarta. Z badania wynika ponadto, że 24% badanych dyrektorów jest bardzo zaniepokojonych zmianami klimatu i szkodami w środowisku i jest to odsetek znacznie wyższy niż w poprzednich latach.

Nie tylko kryzys klimatyczny

Podczas gdy o kryzysie klimatycznym mówi się od wielu lat, a jego skutki dostrzega się coraz wyraźniej, to równie groźny dla gospodarki światowej kryzys utraty bioróżnorodności nie jest traktowany z należytą powagą. Tymczasem walka z utratą bioróżnorodności wydaje się znacznie trudniejsza, gdyż nie ma tu żadnych konkretnych i mierzalnych rozwiązań, takich jak ograniczanie emisji gazów cieplarnianych. Straty w bioróżnorodności nie są też tak łatwo dostrzegalne. Tym bardziej zatem ich skutki mogą dotknąć biznes, jeżeli nie będzie on przygotowany na kryzys bioróżnorodności, skupiając korporacyjne wysiłki tylko na zwalczaniu niekorzystnych zmian klimatycznych.

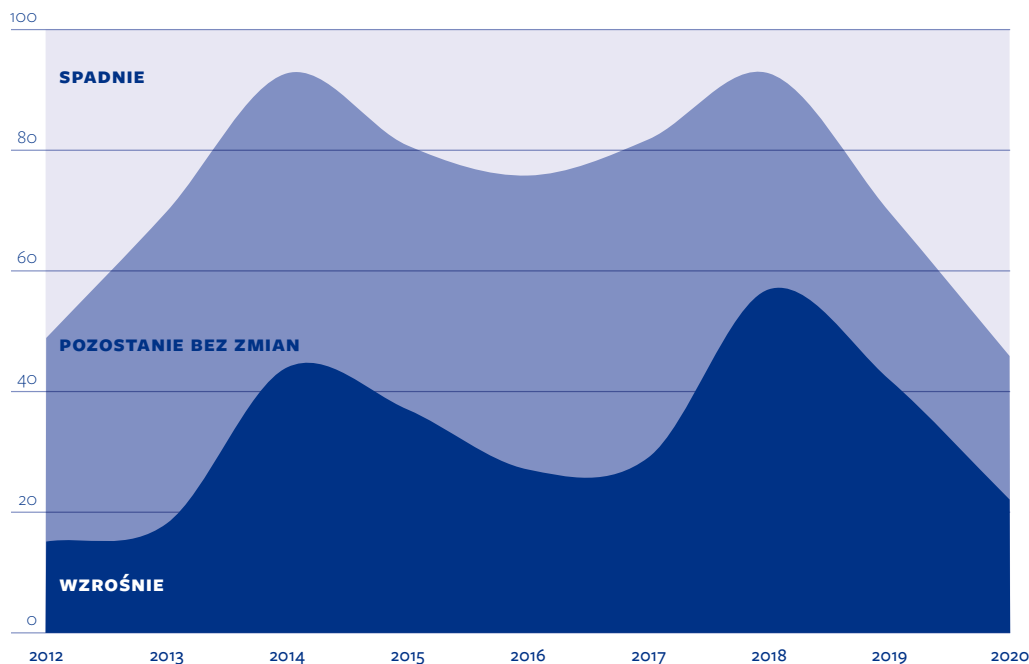
Globalny biznes jest głównym konsumentem zasobów przyrodniczych – od przemysłu po rybołówstwo i produkcję żywności. Jest też niestety odpowiedzialny za zniszczenia i niekontrolowane pozyskiwanie surowców. Jednak również przedsiębiorcy muszą się liczyć z kosztami spowodowanymi utratą bioróżnorodności i zasobów naturalnych.

Nowe koszty, nowe ryzyka

W najbliższych latach nowe uwarunkowania ekonomiczne i zmodyfikowane ramy prawne spowodują powstanie nowych ryzyk biznesowych, zwiększenie kosztów prowadzenia działalności oraz ograniczenie dostępności i możliwości wykorzystania zasobów. Mimo że w prawie polskim nie pojawiła się ostatnio żadna nowa kompleksowa regulacja, która wprowadzałaby takie ograniczenia, to niektóre istniejące rozwiązania prawne, często niewykorzystywane w praktyce, będą zyskiwać na znaczeniu i przedsiębiorcy powinni być na to przygotowani.

Zwiększy się ryzyko odpowiedzialności prawnej za szkody wyrządzone środowisku naturalnemu – a warto pamiętać, że obowiązujące przepisy zawierają bardzo ograniczony katalog okoliczności umożliwiających uniknięcie takiej odpowiedzialności. Sama zaś odpowiedzialność jest zasadniczo nieograniczona kwotowo i jedynie w przypadku niektórych szkód jest uzależniona od winy. Coraz częściej pojawiają się postulaty ograniczenia lub zakazania prowadzenia takich rodzajów działalności, których wpływ na przyrodę jest najbardziej niekorzystny.

CZY EKONOMIA ŚWIATOWA...



Źródło: 23rd Annual Global CEO Survey, PwC



Każda bowiem działalność przemysłowa w mniejszym lub większym stopniu bezpośrednio bądź pośrednio negatywnie oddziałuje na środowisko naturalne.

Poszerzony zostanie też obowiązek prewencyjnego ustanowienia zabezpieczeń ewentualnych roszczeń związanych z negatywnymi skutkami prowadzonej działalności.

Liczba regulacji prawnych zawierająca takie obowiązki w ostatnim czasie znacząco się zwiększyła, podobnie jak kwoty zabezpieczenia roszczeń żądane od przedsiębiorców. Naturalną konsekwencją jest większe ryzyko po stronie podmiotów finansujących prowadzenie danej działalności (banków, inwestorów) oraz konieczność zweryfikowania zakresu ochrony ubezpieczeniowej.

Wdrożenie zasad gospodarki o obiegu zamkniętym, modyfikacja niektórych modeli biznesowych, rozszerzenie odpowiedzialności producenta (w ramach tzw. *extended producer responsibility*) i środowiskowa ocena cyklu życia produktu uwzględniająca czynniki przyrodnicze będą w istotniejszym zakresie determinowały prowadzenie działalności. Będą też wyraźniej kształtować kryteria wyboru usług i produktów w systemie zamówień publicznych, warunkować pozyskiwanie instrumentów wsparcia, a nawet modyfikować obciążenia podatkowe.

Wprowadzane ograniczenia pozyskiwania surowców naturalnych lub ich zwiększone koszty skutkują zakłóceniem łańcucha dostaw. Finansowanie inwestycji ze źródeł publicznych staje się coraz bardziej uzależnione od wpływu na środowisko. Również inwestorzy prywatni coraz częściej biorą pod uwagę kwestie zrównoważonego rozwoju.

Zmiany skutkują również zwiększoną aktywnością organizacji pozarządowych. Już w obecnym stanie prawnym organizacje ekologiczne mogą występować z roszczeniem podjęcia środków zapobiegawczych, a nawet zaprzestania działalności powodującej zagrożeniem szkody. Świadomość zagrożeń przyrodniczych skutkuje zwiększoną aktywnością społeczną i świadomością negatywnych skutków, co łatwo dostrzec w statystykach takich spraw.

Mysleć o zysku netto – dla środowiska

Impulsem do wprowadzania zmian legislacyjnych i obciążania przedsiębiorców obowiązkami związanymi z zapobieganiem utracie bioróżnorodności będzie coraz wyraźniej dostrzegalna asymetria zobowiązań. Na pogorszenie naturalnych ekosystemów, szkody w środowisku i utratę wartości przyrodniczych wpływa przede wszystkim działalność gospodarcza (a konkretnie sektory przemysłu i transportu), jednak zobowiązania w celu poprawy i odtworzenia środowiska naturalnego ciąży niemalże wyłącznie na państwach. Ciężar podejmowania określonych działań zostanie zatem przesunięty na podmioty gospodarcze.

Biznes powinien adekwatnie szacować zagrożenia, podejmować działania minimalizujące ryzyko i przestrzegać nowych obowiązków prawnych. To jednak w ocenie wielu nie wystarczy. Dziś korporacyjne polityki ochrony środowiska skupiają się co najwyżej na braku negatywnych skutków dla środowiska (*no net loss*, NNL). Celem powinny być zaś działania, które skutkują pozytywną zmianą czy też zyskiem netto w świecie przyrodniczym (*biodiversity net gain*, BNG). Każda bowiem działalność przemysłowa w mniejszym lub większym stopniu bezpośrednio bądź pośrednio negatywnie oddziałuje na środowisko naturalne. Powinno to być bilansowane świadomie podejmowanymi działaniami wspierającymi ochronę zasobów przyrodniczych, prowadząc w ostatecznym rozrachunku do korzyści przyrodniczych. Takim instrumentem w przypadku nowych inwestycji może być szczególne zobowiązanie do uwzględnienia aspektów ochrony przyrodniczej poza minimum wymagań związanych z przeprowadzaniem oceny oddziaływania na środowisko lub na obszary Natura 2000.

W istocie jednak nawet działania zmierzające do osiągnięcia korzyści przyrodniczych mogą okazać się niewystarczające. Wynika to z tego, że bioróżnorodność i środowisko nie mają wartości, która może być wyrażona ekonomicznie. Ich utrata lub zniszczenie pozornie zatem nie powoduje uszczerbku majątkowego. Dopiero uznanie, że środowisko jako takie ma wartość samą w sobie, niezależnie od tego, czy może być wykorzystane gospodarczo przez człowieka w celach zarobkowych, komercyjnych czy też konsumpcyjnych, może spowodować zmianę spojrzenia na ten problem. Dopiero >>



bioróżnorodność i środowisko nie mają wartości, która może być wyrażona ekonomicznie

zrozumienie istoty takich wartości (z reguły określanych fachowo mianem autotelicznych) pozwoli ujawnić rzeczywisty bilans wpływu działalności na środowisko, który mimo ambitnych polityk środowiskowych okazać się może ujemny.



Działania mają sprzyjać rozwojowi gospodarki o obiegu zamkniętym (*circular economy*), a polityki *green recovery* winny uwzględniać odtworzenie ekosystemów.

Pora na konkrety

Konkretne zobowiązania prawne zwiększające partycypację biznesu w ochronie przyrody pojawią się w nadchodzących latach. Wprawdzie szczyt poświęcony bioróżnorodności, który miał się odbyć w 2020 r. w chińskim Kunming, został przełożony na kolejny rok, jednak spotkanie szefów państw i rządów poświęcone bioróżnorodności podczas zgromadzenia ONZ zadeklarowało otwarcie, że nadchodząca konferencja stron konwencji o bioróżnorodności powinna być dla bioróżnorodności tym, czym była konferencja paryska dla przyjęcia zobowiązań klimatycznych.

Wstrzymanie utraty bioróżnorodności i zarządzanie ekosystemami na Ziemi powinno stać się stałym elementem rozstrzygnięć politycznych na szczęblu

międzynarodowym. Nowo ustalone cele na okres po 2020 r. staną się kluczowym komponentem zobowiązań przyjmowanych przez poszczególne państwa członkowskie, co powinno bezpośrednio się przełożyć na zobowiązania biznesu. W działania te zaangażowane zostaną rynki finansowe, aby zapewnić ich odpowiedzialność za kształtowanie kierunków inwestycji. Ochrona przyrody ma być czynnikiem decyzyjnym w zakresie finansowania i zezwalania na realizację inwestycji.

Podobieństwo do porozumienia paryskiego ma się przejawiać we wdrożeniu tzw. *national biodiversity strategies and action plans* (NBSAPs). Działania mają sprzyjać rozwojowi gospodarki o obiegu zamkniętym (*circular economy*), a polityki *green recovery*

winny uwzględniać odtworzenie ekosystemów i odpowiednie kierowanie strumieni środków finansowych w celu wspierania rozwiązań przyjaznych naturze, i to zarówno w ramach prywatnego finansowania, jak i na przykład zamówień publicznych.

Wniosek z tych rozważań jest jeden: nie ma już miejsca na *business as usual*. Walka ze skutkami zmian klimatycznych i utraty bioróżnorodności nie rozwiąże problemów środowiskowych. Niezbędne jest przebudowanie gospodarek i tego, w jaki sposób funkcjonują w nich przedsiębiorstwa. ●



IGOR HANAS

adwokat,
praktyka energetyczna



RAFAŁ PYTKO

praktyka energetyczna

Czas na autogenerację energii?

Unia Europejska dąży do osiągnięcia w 2050 r. neutralności klimatycznej, co silnie wpływa na koszty wytwarzania energii z paliw kopalnych. Szczególnie widoczne jest to w Polsce, gdzie nadal około 70% energii elektrycznej powstaje w elektrowniach węglowych. Na dodatek ceny uprawnień do emisji dwutlenku węgla wróciły na ścieżkę szybkiego wzrostu, co powoduje dynamiczny wzrost cen energii elektrycznej. Przedsiębiorstwa szukają w związku z tym alternatywy dla kupowania całej energii od dostawców z sieci.

Koniec taniej energii dla odbiorców końcowych

Pod koniec 2020 r. Unia Europejska postanowiła zwiększyć ambicje klimatyczne i ograniczyć emisję dwutlenku węgla nie o 40%, ale o 55% w stosunku do 1990 r. Według Krajowego Ośrodka Bilansowania i Zarządzania Emisjami spowoduje to wzrost cen uprawnień do 52 euro za tonę równoważnika CO₂, co przyczyni się do dalszego wzrostu kosztów dla sektora przemysłowego.

Kolejnym motorem wzrostu cen energii elektrycznej jest rozpoczęcie poboru opłaty mocowej wprowadzonej ustawą z 8 grudnia 2017 r. o rynku mocy, która ma na celu finansowanie dostępności podaży energii elektrycznej w krytycznych przypadkach. Od 1 stycznia 2021 r. odbiorcy energii elektrycznej inni niż gospodarstwa domowe będą musieli zapłacić 76,20 zł za każdą MWh pobraną z sieci w godzinach od 7:00 do 22:00.

Powyższe dwa czynniki, w połączeniu z rozwojem technicznym, finansową dostępnością i łatwością obsługi urządzeń do generowania energii elektrycznej, powodują, że przedsiębiorcy konsumujący znaczną ilość energii elektrycznej decydują się na autogenerację, czyli produkcję energii elektrycznej na potrzeby własne.

Niedostrzeganym jeszcze w Polsce czynnikiem napędzającym rozwój autogeneracji w krajach rozwiniętych są też preferencje konsumentów i polityki korporacyjne, które preferują lub wręcz wymagają, by produkty były wytwarzane wyłącznie z energii uzyskanej z odnawialnych źródeł energii.



Kogeneracja

Powszechnym rozwiązaniem, w szczególności dla zakładów przemysłowych i produkcyjnych, jest kogeneracja, czyli jednoczesne wytwarzanie energii elektrycznej i ciepła. Jednym z powodów, który motywował przedsiębiorstwa do budowy własnych urządzeń kogeneracyjnych, było wprowadzanie na poziomie unijnym konkluzji BAT (*Best Available Techniques*), wymuszających redukcję emisji zanieczyszczeń i wymianę starych kotłowni produkujących parę technologiczną na potrzeby przemysłu.

Produkcja energii elektrycznej i ciepła w wysokosprawnej kogeneracji jest działalnością, która wymaga uzyskania koncesji na wytwarzanie energii elektrycznej w kogeneracji od Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki. W przeciwieństwie do chociażby produkcji energii elektrycznej z odnawialnych źródeł energii, wytwarzanie energii elektrycznej i ciepła w kogeneracji wymaga uzyskania koncesji niezależnie od mocy zainstalowanej urządzenia.

Ustawa o promowaniu energii elektrycznej z wysokosprawnej kogeneracji z 14 grudnia 2018 r. dzieli jednostki kogeneracyjne w zależności od mocy zainstalowanej urządzenia i stopnia zmodernizowania jednostki.

W zależności od tych cech wsparcie może przybrać formę:

- premii kogeneracyjnej przyznawanej na podstawie przeprowadzonych aukcji,
- premii gwarantowanej przez Prezesa URE na podstawie zgłoszonego wniosku,
- premii gwarantowanej indywidualnej, przyznawanej na każdy rok przez Prezesa URE,
- premii kogeneracyjnej indywidualnej, przyznawanej na każdy rok przez Prezesa URE.

Koncesjonariusze wytwarzający energię elektryczną w wysokosprawnej kogeneracji muszą składać coroczne sprawozdanie zawierające informacje o ilości wytworzonej, wprowadzonej do sieci i sprzedanej energii elektrycznej.

Odnawialne źródła energii

Rozwój autogeneracji znacznie przyspieszył wraz z dynamicznym rozwojem sektora odnawialnych źródeł energii („OZE”) i dostępnością cenową instalacji OZE. Łatwość i automatyzacja obsługi tych instalacji, szczególnie elektrowni fotowoltaicznych, sprawiła, że przedsiębiorstwa zaczęły wykorzystywać dostępne powierzchnie lub sąsiadujące nieruchomości w procesie bilansowania swojego zapotrzebowania na energię elektryczną. Czynniki te, połączone z niskimi kosztami kredytów, spowodowały znaczne zainteresowanie ofertami kredytowanych instalacji OZE, spłacanych przez oszczędności w kosztach zakupu energii elektrycznej. Nie bez znaczenia jest też aspekt ekologiczny takich rozwiązań.

Produkcja energii z własnych instalacji OZE, inaczej niż w wypadku produkcji w wysokosprawnej kogeneracji, wymaga uzyskania koncesji na wytwarzanie energii elektrycznej jedynie dla instalacji o mocy większej niż 500 kW. Wielkość ta ma wkrótce zostać podniesiona do 1 MW. W Sejmie toczą się już bowiem prace nad podniesieniem progu tego obowiązku. Co do zasady więksi konsumenci energii mierzą w instalacje o mocy kilku MW.

Z myślą o inwestorach, którzy chcieliby oszczędzić na rachunkach za energię elektryczną, ale nie chcą podlegać obowiązkowi koncesyjnym, ustawodawca zdefiniował pojęcie małej instalacji odnawialnego źródła energii: jest to urządzenie o mocy

zainstalowanej większej niż 50 kW, ale nie większej niż 500 kW (wkrótce mniejszej niż 1 MW). Podmioty użytkujące takie instalacje wnioskuje do Prezesa URE o wpisanie do rejestru wytwórców energii w małej instalacji. Wpis do rejestru jest, przeciwnie niż decyzja o udzieleniu koncesji, decyzją związaną z Prezesa URE. Oznacza to, że jeżeli wniosek jest kompletny, Prezes URE nie może odmówić wpisu wytwórcy do rejestru.

Autobilansowanie

Produkcja energii w instalacji fotowoltaicznej niestety rzadko jest zbliżona do profilu zapotrzebowania przedsiębiorstwa na prąd. Wynika to z jej uzależnienia od zmiennych warunków pogodowych, niemożliwych do przewidzenia w dłuższym horyzoncie czasowym. W związku z tym wytwórcy energii z instalacji fotowoltaicznych często muszą albo ograniczać produkcję energii, by uniknąć konieczności odprowadzania nadprodukcji do sieci, albo sprzedawać niewykorzystaną energię wybranemu kontrahentowi bądź na Towarowej Giełdzie Energii.

Rozwiązaniem tego dylematu są coraz powszechniejsze i dostępne cenowo baterie magazyny energii, pobierające energię w czasie nadprodukcji i oddające w okresie wzmożonego zapotrzebowania. Dzięki elastycznej pracy są one w stanie natychmiastowo uruchamiać zasilanie urządzeń w momentach, gdy generacja fotowoltaiczna przestaje efektywnie działać ze względu na



porę dnia lub warunki pogodowe. Dzięki temu zespoły urządzeń wytwórczych i baterii gwarantują trwałe i coraz atrakcyjniejsze cenowo uniezależnianie się od stale rosnących cen energii elektrycznej.

Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2018 r. w sprawie promowania stosowania energii ze źródeł odnawialnych (tak zwana dyrektywa RED 2) nakłada na państwa członkowskie obowiązek upraszczania procedur w zakresie magazynowania energii ze źródeł odnawialnych, a także umożliwienia podmiotom prywatnym korzystania z magazynów bez podlegania jakimkolwiek podwójnym opłatom, w tym opłatom sieciowym za magazynowaną energię elektryczną pozostającą w obiektach tych podmiotów prywatnych.

Dzierżawa, leasing instalacji

Przedsiębiorcy, którzy nie dysponują wystarczającymi środkami finansowymi i nie chcą brać kredytu na zakup instalacji do autogeneracji, również nie są pozbawieni możliwości optymalizacji kosztów zakupu energii. Wszystko dzięki brzmieniu art. 9 ustawy o odnawialnych źródłach energii z 20 lutego 2015 r. Zgodnie z jego treścią właściciel instalacji OZE winien dysponować jedynie tytułem prawnym do tej instalacji. Pojęcie tytułu prawnego jest zaś dużo szersze niż tytuł własności. Korzystać z instalacji można również na podstawie umowy dzierżawy czy leasingu. Na rynku już obecnie funkcjonuje wiele podmiotów świadczących tego rodzaju usługi.

Warto zwrócić uwagę, że leasingodawcy/wydzierżawiający często oferują dodatkowe usługi utrzymania i konserwacji instalacji, a także pomagają dopełnić administracyjnych obowiązków, które – choć znacznie uproszczone – mogą sprawiać trudności. Niestety w stanowisku z 12 lutego 2021 r. Prezes URE utożsamiał takich wydzierżawiających z przedsiębiorstwami

energetycznymi, co może oznaczać nałożenie na nich wielu dodatkowych obowiązków związanych chociażby z uzyskaniem koncesji na obrót energią elektryczną. W ramach umowy leasingu/dzierżawy instalacji bardzo elastycznie jest też konstruowana wysokość raty, która może być stała, waloryzowana o wskaźnik inflacji (*fixed price*) lub indeksowana do giełdowej ceny energii, co z kolei pozwala cieszyć się niższymi rachunkami w stałej wysokości. Wysokość raty jest też często uzależniona od okresu, na jaki zawierana jest umowa.

Powierzenie autogeneracji operatorom zewnętrznym

W przypadku złożonych zespołów autogeneracyjnych większej mocy (które wymagają koncesji wydawanych przez Prezesa URE) lub przy bardzo złożonej międzynarodowej strukturze właścicielskiej potencjalnego wytwórcy (która wymusza przedstawianie Prezesowi URE i aktualizowanie dokumentów nierzadko z wielu jurysdykcji) odbiorcy energii często powierzają autogenerację we własnych zakładach polskim podmiotom działającym jako operatorzy tych instalacji. W takim przypadku urządzenia są pozyskiwane i budowane przez podmiot konsumujący energię i ciepło, zaś pełną obsługę techniczną, serwis, pomoc w uzyskaniu koncesji i spełnienie obowiązków sprawozdawczych zapewnia operator zewnętrzny, który ze względu na skalę może zaoferować rozsądne stawki oraz responsywny i profesjonalny serwis. W takim przypadku, ze względu na umiejscowienie instalacji na nieruchomości odbiorcy lub obok (*onsite* lub *nearsite*), sprzedaż energii lub ciepła następuje bezpośrednio do sieci odbiorcy. Z tych powodów cena nie jest obciążona wysokimi opłatami dystrybucyjnymi i nie ma niedogodności związanych z obecnością podmiotu trzeciego w całym układzie.

Rozliczenie produkcji i zapotrzebowania między odbiorcą a operatorem

zewnętrznym następuje na podstawie typowych umów handlowych, w których odbiorca otrzymuje tańszą energię, a operator stosowne wynagrodzenie za utrzymanie i serwis instalacji.

Demand side response i sprzedaż energii na rynku

Niewątpliwym atutem autogeneracji jest możliwość udziału przedsiębiorców posiadających takie jednostki w rynku redukcji mocy pobieranej z sieci (ang. *demand side response*). Programy DSR mają zachęcać odbiorców, by dostosowywali swoje zużycie energii do aktualnych możliwości zasobów wytwórczych, co ułatwia zbilansowanie systemu elektroenergetycznego w ekstremalnych sytuacjach lub w razie takiej potrzeby. Za gotowość do redukcji przedsiębiorca uzyskuje stosowne roczne wynagrodzenie. Przedsiębiorca, który posiada jednostki autogeneracyjne, w szczególności kogeneracyjne, ma większe spektrum kompensacji swojego zapotrzebowania mocy z sieci, a poprzez to może aktywniej uczestniczyć na rynku DSR.

Potencjalną korzyścią z posiadania jednostek autogeneracyjnych jest też po prostu sprzedaż energii do sieci, w szczególności w okresach jej największego zapotrzebowania, czyli po najwyższej cenie.

Podsumowanie

Postęp technologiczny i bezprecedensowy wzrost użycia technologii cyfrowych dokonuje się na wielu płaszczyznach. Widoczny jest on zwłaszcza w energetyce, w której po dziesięcioleciach niepodzielnej władzy nielicznych gigantów, uosabianych przez wielkie elektrownie, nadszedł czas na zmiany. Zbliżenie produkcji energii do jej konsumpcji pozwala przedsiębiorcom nie tylko na oszczędności, ale także na faktyczny i realny wpływ na środowisko. ●



BARTOSZ KURAŚ

radca prawny, partner, LL.M.,
praktyka transakcji i prawa korporacyjnego



KRZYSZTOF LIBISZEWSKI

radca prawny, wspólnik,
praktyka transakcji i prawa korporacyjnego

Kontrola inwestycji w Polsce – dodatkowa ochrona przed przejęciami

Tarcza 4.0. istotnie rozbudowała system kontroli inwestycji. Z założenia nowe narzędzie kontroli ma służyć ochronie przed przejęciami w niepewnych czasach wywołanych pandemią COVID-19. W transakcjach trzeba będzie zachować ostrożność i starannie zweryfikować, czy planowana transakcja nie podlega nowemu systemowi kontroli i obowiązкови uzyskania dodatkowej uprzedniej zgody UOKiK – niezależnie od ewentualnej zgody związanej z koncentracją.

Czas pandemii COVID-19 to czas intensywnych zmian w prawie, będących reakcją na nową rzeczywistość. Jej częścią stało się wprowadzenie przez rząd tarcz chroniących gospodarkę przed skutkami pandemii, w tym tzw. tarczy 4.0, która m.in. zmieniła zasady kontroli inwestycji.

System kontroli inwestycji obowiązywał już wcześniej w Polsce. Tworzy go ustawa o kontroli niektórych inwestycji uchwalona już w 2015 r., poddająca kontroli przejęcia kluczowych dla gospodarki przedsiębiorstw. Ustawa ta stworzyła mechanizm kontroli niezależny od kontroli koncentracji prowadzonej przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (UOKiK) w celu przeciwdziałania konsolidacji skutkującej istotnym ograniczeniem konkurencji na rynku. Tarcza 4.0. istotnie rozbudowała ten system.

W swoim pierwotnym kształcie ustawa z 2015 r. obejmowała ochroną podmioty o znaczeniu strategicznym dla państwa. Kontrola w tym względzie była i nadal jest sprawowana przez wskazanych w ustawie ministrów. Ma ona na celu ocenę, czy uzyskanie dominacji nad podmiotem polskim podlegającym ochronie albo statusu znaczącego uczestnictwa w tym podmiocie przez podmiot spoza Unii Europejskiej jest zagrożeniem dla:

- porządku lub bezpieczeństwa publicznego,
- zdolności obronnych kraju,
- możliwości zaspokojenia niezbędnych dla ludności potrzeb w celu ochrony zdrowia i życia.

Podmioty uznane za strategiczne w myśl szczegółowych kryteriów zawartych w ustawie trafiały do wykazu podmiotów podlegających ochronie ustalanego mocą rozporządzenia Rady Ministrów w sprawie wykazu podmiotów podlegających ochronie oraz właściwych dla nich organów kontroli. Obecnie w wykazie tym znajduje się 13 spółek o znaczeniu strategicznym

dla kraju, w tym KGHM Polska Miedź S.A., Polski Koncern Naftowy ORLEN S.A. i Grupa Azoty S.A. Dzięki enumeratywnemu wyliczeniu tych podmiotów nie ma wątpliwości, wobec jakich spółek ustawa znajduje zastosowanie.

Dotychczasowy mechanizm kontroli inwestycji pozostanie w mocy. Kontrola inwestycji w odniesieniu do spółek strategicznych, które objęte zostały ochroną na podstawie rozporządzenia Rady Ministrów, będzie się nadal odbywała zgodnie z obecnie obowiązującymi kryteriami kontroli i w postępowaniu prowadzonym przez właściwych dotychczas ministrów.

Tarcza 4.0 stworzyła nowy i całkowicie autonomiczny względem dotychczasowego system kontroli. Będzie on dotyczył wyłącznie podmiotów niepodlegających kontroli inwestycji na dotychczasowych zasadach.

Dla kogo nowe zasady i na jak długo?

Nowa procedura kontroli inwestycji związana z epidemią COVID-19 ma obowiązywać przez dwa lata i jest prowadzona przez Prezesa UOKiK. Jej celem ma być zapewnienie poszanowania względów porządku, bezpieczeństwa i zdrowia publicznego przy użytkowaniu statusu znaczącego uczestnictwa bądź dominacji. Kontrola inwestycji prowadzona w związku z epidemią COVID-19 w odniesieniu do osób prawnych dotyczy inwestorów spoza Unii Europejskiej, którzy nie posiadają od co najmniej dwóch lat od dnia poprzedzającego zgłoszenie siedziby na terenie Europejskiego Obszaru Gospodarczego (EOG) ani państw członkowskich Organizacji Współpracy Gospodarczej i Rozwoju (OECD).

Lista państw, z których inwestorzy poddani zostaną kontroli, jest długa. Obejmuje ona w szczególności kraje azjatyckie z wyjątkiem Japonii i Korei Południowej, a także



TARCZA 4.0

Ustawa z dnia 19 czerwca 2020 r. o dopłatach do oprocentowania kredytów bankowych udzielanych przedsiębiorcom dotkniętym skutkami COVID-19 oraz o uproszczonym postępowaniu o zatwierdzenie układu w związku z wystąpieniem COVID-19.

Rosję, Ukrainę, wszystkie kraje afrykańskie, większość krajów Ameryki Południowej (w tym Brazylię), wszystkie kraje Bliskiego Wschodu z wyjątkiem Izraela i Turcji, a także szereg innych krajów.

Procedura kontroli nie zawiera enumeratywnego wyliczenia podmiotów, których ma dotyczyć. Ochroną objęto wszystkie podmioty, które łącznie spełniają dwa kryteria.

Pierwszym z nich jest przychód ze sprzedaży i usług na terytorium RP, który w którymkolwiek z dwóch lat obrotowych poprzedzających zgłoszenie stanowił równowartość 10 mln euro. Jest to wartość zasadniczo analogiczna względem kryterium istotnego dla postępowań w przedmiocie kontroli koncentracji przedsiębiorców prowadzonych przez Prezesa UOKiK.

Drugim kryterium jest spełnianie przez podmiot objęty ochroną jednej z następujących cech:

- posiadanie statusu spółki publicznej,
- posiadanie mienia ujawnionego w jednolitym wykazie obiektów, instalacji, urządzeń i usług wchodzących w skład infrastruktury krytycznej,
- prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie, który został przez nowe przepisy określony niezwykle szeroko jako:
 - opracowywanie albo modyfikowanie oprogramowania mającego zastosowanie przy zaspokajaniu potrzeb publicznych,
 - świadczenie usług gromadzenia lub przetwarzania danych w chmurach obliczeniowych,

- wytwarzanie lub dystrybucja energii elektrycznej, gazu ziemnego lub ciepła,
- produkcja, niektóre typy transportu, przesyłu, magazynowanie i obrót benzynami silnikowymi, olejem napędowym, gazem ziemnym lub paliwami gazowymi,
- produkcja chemikaliów, nawozów oraz wyrobów chemicznych,
- wytwarzanie i obrót niektórymi wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym,
- wydobywanie i przerób rud metali wykorzystywanych do wytwarzania wcześniej wymienionych wyrobów,
- przeładunek w portach o podstawowym znaczeniu dla gospodarki narodowej,
- przeładunek w portach śródlądowych,
- działalność telekomunikacyjna,
- produkcja urządzeń, instrumentów oraz wyrobów medycznych,
- produkcja leków i pozostałych wyrobów farmaceutycznych,
- przetwórstwo mięsa, mleka, zbóż oraz owoców i warzyw.

W praktyce oznacza to, że kontrola może dotyczyć tysięcy, a może nawet dziesiątek tysięcy polskich podmiotów. Na dodatek tak szeroko ujęte kryterium oznacza potencjalne trudności z oceną, czy dany podmiot spełnia dane kryterium czy też nie.

Pierwsza decyzja w sprawie kontroli inwestycji została wydana w październiku 2020 r. na rzecz kupującego z Kajmanów i dotyczyła spółki Centrum Rozliczeń

Elektronicznych Polskie ePłatności będącej dostawcą usług procesowania płatności. Prezes UOKiK nie zgłosił sprzeciwu i uznał, że zastosowanie kontroli w tym przypadku nie jest konieczne.

Kontrola uprzednia, nabycie pośrednie i następne

Postępowanie przed Prezesem UOKiK będzie wszczynane na podstawie zawiadomienia składanego przez inwestora, który zamierza uzyskać względem podmiotu objętego ochroną status dominacji albo znaczącego uczestnictwa, zgodnie z tym jak definiuje te pojęcia art. 3 ustawy o kontroli niektórych inwestycji.

Kontroli uprzedniej będą podlegały także przypadki nabycia statusu dominacji albo znaczącego uczestnictwa pośrednio poprzez podmioty zależne od inwestora, a także przypadki działania w porozumieniu, choćby ustnym, albo też za pośrednictwem powiernika.

Zawiadomienie w takim przypadku składa podmiot zależny albo inny podmiot, który dokonuje czynności skutkujących pośrednim powstaniem statusu dominacji albo znaczącego uczestnictwa, albo też wszyscy członkowie porozumienia w przedmiocie wspólnego działania wobec podmiotu objętego ochroną albo podmiotu pozostającego w stosunku dominacji względem podmiotu objętego ochroną.

Spółki zależne od inwestorów spoza Unii Europejskiej, którzy nie posiadają siedziby na terenie EOG ani państw członkowskich OECD, będą również objęte obowiązkiem takimi samymi jak inwestorzy, nawet jeśli same spółki zależne są zarejestrowane na terytorium RP. Gdy podlegające kontroli pośrednie nabycie dominacji albo znaczącego uczestnictwa nastąpi wskutek czynności dokonanej na podstawie przepisów prawa państwa obcego, w szczególności wskutek

połączenia spółek posiadających siedziby w państwie obcym bądź nabycia lub objęcia udziałów takich spółek, wówczas podmiot zależny, który pozostaje w stosunku dominacji albo znaczącego uczestnictwa względem podmiotu objętego ochroną, będzie miał obowiązek następnie zawiadomić Prezesa UOKiK o istotnym zdarzeniu. W takim przypadku Prezes UOKiK może wydać decyzję o zakazie wykonywania praw nabytych na podstawie czynności albo zdarzeń objętych zawiadomieniem następczym.

Z praktyki wiemy, że obowiązki informowania mogą być trudne do spełnienia przez spółki zależne, gdyż – podobnie jak przy obowiązkach dotyczących beneficjenta rzeczywistego – spółki zależne nie zawsze mają informację o zmianach, których dotyczą obowiązki informacyjne.

Klauzula obejścia prawa

Prezes UOKiK będzie mógł wszcząć postępowanie sprawdzające z urzędu, jeżeli zaistnieją przesłanki wskazujące

na nadużycie lub obejście prawa. Będzie tak w szczególności, jeżeli podmiot osiągnący znaczące uczestnictwo albo nabywający dominację faktycznie nie prowadzi działalności gospodarczej w imieniu własnym w zakresie innym niż czynności związane z osiągnięciem znaczącego uczestnictwa albo nabyciem dominacji lub nie posiada trwałego przedsiębiorstwa, albo nie posiada biura lub personelu na terytorium państwa członkowskiego. W tych przypadkach postępowania z urzędu nie będzie się wszynąć tylko wówczas, jeżeli od osiągnięcia znaczącego uczestnictwa albo nabycia dominacji minęło 5 lat.

Czas trwania postępowania kontrolnego

W wyniku postępowania w zakresie kontroli inwestycji Prezes UOKiK będzie wydawał decyzję o braku sprzeciwu co do zamiaru uzyskania statusu dominacji albo znaczącego uczestnictwa względem podmiotu podlegającego ochronie. Termin na wydanie tej decyzji to 30 dni w ramach postępowania

SYSTEM KONTROLI INWESTYCJI STRATEGICZNYCH W POLSCE:
USTAWA O KONTROLI NIEKTÓRYCH INWESTYCJI

Przed tarczą 4.0

CEL

kontrola przejęcia kluczowych dla gospodarki przedsiębiorstw

DOTYCZY

13 podmiotów o znaczeniu strategicznym dla państwa (m.in. Grupa Azoty S.A., KGHM Polska Miedź S.A., PKP Energetyka S.A., Tauron Polska Energia S.A., Polski Koncern Naftowy ORLEN S.A.)

Po tarczy 4.0

CEL

kontrola (również pośredniego) uzyskiwania statusu dominacji albo znaczącego uczestnictwa w polskich spółkach przez inwestorów spoza UE/EOG/OECD

DOTYCZY

tysiący polskich podmiotów, które spełniają łącznie dwa kryteria:

- przychód 10 mln euro na terenie RP
- posiadanie statusu spółki publicznej lub mienie w postaci infrastruktury krytycznej (trudne w ustaleniu) lub prowadzenie określonej działalności (bardzo szeroki zakres)

wstępnego, tj. jeżeli sprawa nie wymaga przeprowadzenia dodatkowego postępowania kontrolnego. Jeżeli postępowanie kontrolne będzie prowadzone, Prezes UOKiK będzie wydawał decyzję w przedmiocie kontroli inwestycji w terminie łącznie 150 dni od dnia wszczęcia postępowania.

Sankcje

Czynności prawne dokonane pomimo zgłoszenia sprzeciwu przez Prezesa UOKiK, albo czynności prawne dokonane bez dokonania wymaganego zawiadomienia, obarczone będą sankcją nieważności. Ponadto możliwe są sankcje karne, takie jak kara grzywny do 50 mln zł, kara pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 5 albo obie te kary łącznie.

Ocena regulacji

Obowiązki związane z weryfikacją, czy trzeba dokonać zgłoszenia wynikającego ze zmian do ustawy o kontroli niektórych inwestycji, będą bardzo daleko idące, a w wielu przypadkach mogą okazać się wręcz niemożliwe do prawidłowego wykonania. Jest to spowodowane szeroką definicją podmiotów objętych ochroną, rozciągnięciem kontroli na przypadki pośredniego nabycia statusu dominacji albo znaczącego uczestnictwa, choćby w wyniku zawarcia ustnego porozumienia przez grupę inwestorów, a także poddaniem kontroli transakcji z udziałem podmiotów, które wprawdzie mają siedzibę na obszarze Unii Europejskiej, EOG lub OECD, ale są kontrolowane przez podmioty spoza tego obszaru.



Bez zastosowania procedur dostępu do informacji niejawnych inwestor zamierzający uzyskać status dominacji albo znaczącego uczestnictwa względem polskiej spółki nie będzie w stanie ustalić, czy istotna transakcja podlega zgłoszeniu do Prezesa UOKiK w trybie przepisów o kontroli niektórych inwestycji.

Liczba problemów praktycznych wynikających z nowych nieprecyzyjnych przepisów, które były zgłaszane na etapie prac nad projektem, jest długa i zapewne niewyczerpująca. Przykładowo nie jest jasne, co ma zrobić zarząd polskiej spółki, aby zabezpieczyć się przed odpowiedzialnością za nieinformowanie o nabyciu następczym, i jaką inicjatywę ma wykazać, żeby weryfikować informacje o zmianach w strukturze grupy (problem generalnie podobny do kwestii zgłaszania zmiany beneficjenta rzeczywistego).

Innym dobrym przykładem jest kontrola inwestycji w spółki posiadające infrastrukturę krytyczną. Zgodnie z ustawą z dnia 26 kwietnia 2007 r. o zarządzaniu kryzysowym treść jednolitego wykazu obiektów, instalacji, urządzeń i usług wchodzących w skład infrastruktury krytycznej jest objęta klauzulą informacji niejawnych, a informacje o wciągnięciu danego mienia lub usług do wspomnianego wykazu uzyskują jedynie organy administracji publicznej mające zadania w zakresie narodowego programu ochrony infrastruktury krytycznej oraz właściciele i posiadacze istotnego mienia. Bez zastosowania procedur dostępu do informacji niejawnych inwestor zamierzający uzyskać status dominacji albo znaczącego uczestnictwa względem polskiej spółki nie

będzie więc w stanie ustalić, czy istotna transakcja podlega zgłoszeniu do Prezesa UOKiK w trybie przepisów o kontroli niektórych inwestycji.

Nowe przepisy mogą spowolnić proces przejmowania kontroli nad polskimi spółkami, niezależnie od tego, kto obecnie sprawuje nad nimi kontrolę i kto zamierza nabyć ich udziały albo akcje. Utrudni to tym samym dostęp do kapitału i podniesie koszty przeprowadzenia samej transakcji.

Czasochłonne będzie samo sprawdzenie, czy zmienione przepisy ustawy o kontroli niektórych inwestycji znajdą zastosowanie do danej transakcji. Jeszcze bardziej czasochłonne będzie gromadzenie informacji niezbędnych do dokonania stosownego zgłoszenia do Prezesa UOKiK i postępowanie prowadzone przez Prezesa UOKiK. Na to wszystko nakłada się niemożność jednoznacznej interpretacji niektórych przepisów ustawy.

W efekcie nowe przepisy trzeba będzie uwzględnić przy przeprowadzaniu transakcji względem naprawdę licznej grupy podmiotów. W transakcjach tych trzeba też będzie zachować daleko posuniętą pieczołowitość – zwłaszcza mając na uwadze możliwe drastyczne sankcje. ●



LESZEK ZATYKA

radca prawny,
praktyka odszkodowań od władzy publicznej

Systemowe ograniczanie odpowiedzialności władzy publicznej w Polsce

Istnienie zasad odpowiedzialności władzy publicznej jest elementem wyróżniającym państwa demokratyczne od innych systemów prawnych. Czasem jednak szeroki zakres odpowiedzialności państwa nie przekłada się na faktyczną możliwość uzyskania odszkodowania od władzy publicznej.

Odpowiedzialność cywilna władzy publicznej nie zawsze była – ani w Polsce, ani w innych krajach na świecie – elementem systemu prawnego. Dopiero z czasem, wraz z pojawianiem się i rozwojem demokratycznych systemów politycznych, poszczególne ustawodawstwa krajowe akceptowały, że państwo również może działać w sposób nielegalny, a przez to naruszać prawa jednostki. Stopniowo uznawano, że działalność bezprawna może przejawiać się nadużyciami funkcjonariuszy, zaniechaniem czy nawet wadliwie tworzoną prawem. Zauważono w końcu, że niezgodna z prawem aktywność podmiotów publicznych może prowadzić do powstania szkód materialnych wśród podmiotów podlegających władzy publicznej. Wprowadzono więc regulacje i mechanizmy prawne, których celem stało się zrekompensowanie szkód powstałych na skutek wadliwych działań podmiotów publicznych.

Potrzeba naprawienia szkód powstałych w majątkach podmiotów prywatnych powstaje również w sytuacjach związanych nie tyle z wadliwą działalnością władzy, ile z występowaniem niemożliwych do przewidzenia zjawisk przyrodniczych (powódzie, susze, epidemie itp.). W takich sytuacjach państwa również przejmują na siebie ciężar i odpowiedzialność zrekompensowania powstałych szkód.

Rozwój regulacji w zakresie odpowiedzialności władzy publicznej był naturalnym skutkiem m.in. wprowadzania sądownictwa administracyjnego (którego rolą jest kontrola administracji publicznej), powstawania sądów konstytucyjnych weryfikujących zgodność tworzonego prawa z konstytucją czy też powstawania międzynarodowego sądownictwa w zakresie ochrony praw człowieka. Wprowadzenie do porządków prawnych państw zasad odpowiedzialności władzy publicznej stało się elementem wyróżniającym państwa demokratyczne od innych systemów prawnych.

W teorii: szeroki zakres odpowiedzialności

Polskie ustawodawstwo przewiduje szereg przepisów, na podstawie których można dochodzić odszkodowania od władzy publicznej. Są to głównie regulacje przewidziane w Kodeksie cywilnym, ale również w innych ustawach. Analiza teoretyczno-prawna tych regulacji wskazuje na dość szeroko przewidzianą odpowiedzialność władzy publicznej w szeregu dziedzinach funkcjonowania jednostek. Państwo, co do zasady, naprawia szkodę rzeczywistą (*damnum emergens*), ale również utracone korzyści (*lucrum cessans*). Do naprawienia szkody dochodzi na drodze sądowej, w niektórych sytuacjach na drodze administracyjnej. Tyle teorii.

W praktyce: ograniczanie możliwości naprawienia szkód

Praktyka pokazuje, że naprawienie szkody przez władzę publiczną nie zawsze następuje w sytuacjach przewidzianych przez polskiego ustawodawcę. Można zauważyć wręcz systemową tendencję do zawężania tej odpowiedzialności. Nie jest to przy tym spowodowane wyłącznie zmianami w prawie, lecz raczej sposobem jego wykonywania.

Trudność w dochodzeniu roszczeń odszkodowawczych wiąże się przede wszystkim z charakterem podmiotu obowiązującego do naprawienia szkody, jakim jest podmiot publiczny. Jest to podmiot, który z uwagi na posiadaną władzę (ustawodawczą, wykonawczą i sądowniczą) ma olbrzymi, a w zasadzie wyłączny wpływ na kształtowanie rzeczywistego zakresu swojej odpowiedzialności. Co więcej, podmiot ten jest postrzegany jako wymagający szczególnej ochrony i odmiennego, preferencyjnego traktowania. Władza publiczna gospodaruje bowiem majątkiem narodowym, funkcjonuje w oparciu o budżet publiczny, inwestuje w infrastrukturę kraju, finansuje szkolnictwo, służbę



Praktyka pokazuje, że w orzecznictwie sądowym uwzględniane są możliwości finansowe państwa jako dodatkowa negatywna przesłanka wyłączająca bądź ograniczająca odpowiedzialność władzy publicznej. Walka o sądowe odszkodowanie – już tylko z tego powodu – jest bojem nierównym.

zdrowia, armię itd. Praktyka pokazuje, że w orzecznictwie sądowym uwzględniane są możliwości finansowe państwa jako dodatkowa negatywna przesłanka wyłączająca bądź ograniczająca odpowiedzialność władzy publicznej. Walka o sądowe odszkodowanie – już tylko z tego powodu – jest bojem nierównym.

W interesie władzy publicznej jest posiadanie kontroli i realnego wpływu na ilość oraz wysokość roszczeń odszkodowawczych kierowanych przez poszkodowanych. W tym zakresie państwo wykorzystuje pewne instrumenty, dzięki którym od wielu lat ingeruje w samą możliwość zainicjowania procedury dochodzenia roszczeń, doprowadzając w niektórych sytuacjach, wręcz do pozbawienia takiej możliwości. Poniżej przedstawione zostaną przykłady takich działań.



Nieogłoszone stany nadzwyczajne

Korzystne położenie geograficzne chroni nasz kraj przed największymi kataklizmami naturalnymi. Jednak i u nas co kilka lat występują zjawiska przyrodnicze, które skutkują znacznymi szkodami w majątkach obywateli i przedsiębiorstw. Z takimi sytuacjami mieliśmy do czynienia w dużej skali w 1997 i 2010 r. (powódzie). W innych latach niekorzystne zjawiska

występowały na poszczególnych obszarach kraju (m.in. susze, huragany). Pomimo obiektywnie nadzwyczajnej sytuacji w żadnym z tych wypadków nie został wprowadzony stan nadzwyczajny przewidziany w art. 228 Konstytucji, tj. stan klęski żywiołowej szczegółowo uregulowany w ustawie z dnia 18 kwietnia 2002 r. o stanie klęski żywiołowej (w stosunku do powodzi z 1997 r. – w ustawie z dnia 5 grudnia 1983 r. o stanie wyjątkowym). Ogłoszenie tego stanu, w stosunku do zdarzeń zaistniałych po wejściu w życie Konstytucji w październiku 1997 r., wiązałoby się dla władzy publicznej z koniecznością wypłaty odszkodowań (dotyczące ich zasady zostały uregulowane w ustawie z dnia 22 listopada 2002 r. o wyrównywaniu strat majątkowych wynikających z ograniczenia w czasie stanu nadzwyczajnego wolności i praw człowieka i obywatela). A tak, skoro po stronie państwa nie było prawnego obowiązku naprawienia szkód, po stronie poszkodowanych nie powstało roszczenie uprawniające do wystąpienia do wojewody, a następnie sądu powszechnego z żądaniem jego realizacji.

Zamiast wykorzystać ustawodawstwo regulujące stany nadzwyczajne, władza publiczna uchylała szczególne przepisy, które regulowały pomoc finansową państwa dla poszkodowanych w kolejnych katastrofach naturalnych. Przepisy te nie kreowały jednak uprawnień do

wyegzekwowania wsparcia finansowego, lecz uprawniały wyłącznie do złożenia wniosku o pomoc państwa, której zakres był istotnie ograniczony w stosunku do wielkości rzeczywiście poniesionych strat (dopłaty, pożyczki, kredyty, zasiłki celowe). Wypłata rekompensat odbywała się więc na warunkach i zasadach narzuconych *ad hoc* przez władzę publiczną.

Z podobną praktyką władzy publicznej mieliśmy do czynienia w 2020 r. w związku z wystąpieniem pandemii wirusa COVID-19. Również w tej sytuacji nie ogłoszono żadnego ze stanów nadzwyczajnych przewidzianych w Konstytucji. Zamiast tego uchwalono bądź znulizowano szereg rozporządzeń i ustaw, które w warstwie merytorycznej adaptowały obowiązujące przepisy dotyczące konstytucyjnych stanów nadzwyczajnych, lecz w ramach stanu zagrożenia epidemicznego i stanu epidemii.

W każdym z ww. przypadków brak wprowadzenia konstytucyjnego stanu nadzwyczajnego oznaczało pozbawienie poszkodowanych realnej możliwości dochodzenia od państwa naprawienia szkód powstałych w ww. sytuacjach kryzysowych.



Skoro po stronie państwa nie ma obowiązku naprawienia szkód, po stronie poszkodowanych nie powstaje roszczenie uprawniające do żądania jego realizacji.



Nadaktywność przedstawicieli władzy ustawodawczej oraz wykonawczej

Innym przejawem podejmowania przez władzę publiczną działań, których celem jest rzeczywiste ograniczenie możliwości domagania się odszkodowań od państwa, są dwa złożone w 2020 r. wystąpienia do Trybunału Konstytucyjnego o zbadanie konstytucyjności przepisu art. 417¹ § 1 k.c. Wnioski takie złożyli niemal równolegle Marszałek Sejmu oraz Prezes Rady Ministrów (sprawy K 18/20 i K 21/20). Bodźcem do ich złożenia była możliwość skierowania przez polskich przedsiębiorców żądań odszkodowawczych w związku z ograniczeniami działalności gospodarczej wprowadzonymi na podstawie przepisów dotyczących epidemii COVID-19. Wnioskodawcy oczekują uznania za

niekonstytucyjny przepisu art. 417¹ § 1 k.c. w zakresie, w jakim umożliwia on sądom powszechnym samodzielne rozstrzygnięcie na potrzeby postępowania odszkodowawczego o niekonstytucyjności aktu normatywnego, którego uchwalenie skutkowało powstaniem szkody.

Jeśli Trybunał Konstytucyjny przyjmie takie stanowisko, pozbawi to poszkodowanych możliwości uzyskania odszkodowania w oparciu o wspomniany przepis Kodeksu cywilnego. Jednak już samo złożenie tych wniosków wywołuje efekt paraliżujący u potencjalnych powodów w sprawach przeciwko władzy publicznej, gdyż nie tylko przesuwa w czasie uzyskanie wyroku, ale też zwiększa ryzyko negatywnego rozstrzygnięcia sporu sądowego, a tym samym utraty znacznych środków finansowych poniesionych na jego prowadzenie.

PRZEPISY SZCZEGÓLNE DOTYCZĄCE POSZCZEGÓLNYCH KATASTROF NATURALNYCH

- ustawa z dnia 12 sierpnia 2010 r. o wspieraniu przedsiębiorców dotkniętych skutkami powodzi z 2010 r.
- rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 26 lipca 2011 r. w sprawie szczegółowych warunków realizacji programu pomocy dla rodzin rolniczych, w których gospodarstwach rolnych lub działach specjalnych produkcji rolnej powstały szkody spowodowane wystąpieniem w 2011 r. huraganu, deszczu nawalnego lub przymrozków wiosennych
- ustawa z dnia 24 czerwca 2010 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z usuwaniem skutków powodzi z 2010 r.
- § 13v rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 27 stycznia 2015 r. w sprawie szczegółowego zakresu i sposobów realizacji niektórych zadań Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa

PRZEPISY DOTYCZĄCE PANDEMII WIRUSA COVID-19

- nowelizacja ustawy z dnia 5 grudnia 2008 r. o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych
- rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 20 marca 2020 r. w sprawie ogłoszenia na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanu epidemii
- ustawa z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (z kolejnymi nowelizacjami)

Ustawodawstwo dotyczące tzw. „reprywatyzacji”

Odpowiedzialność władzy publicznej w zakresie roszczeń reprywatyzacyjnych została skutecznie ograniczona na skutek „wspólnego” działania ustawodawcy z Trybunałem Konstytucyjnym. Ustawą z dnia 25 czerwca 2015 r. o zmianie ustawy o gospodarce nieruchomościami oraz ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy wielu przedwojennych właścicieli i ich spadkobierców pozbawiono w rzeczywistości prawa własności budynków odebranych pierwotnie przez władze komunistyczne po II wojnie światowej. Choć ustawa ta zyskała miano „małej ustawy reprywatyzacyjnej”, doprowadziła ona do faktycznego wywłaszczenia z prawa własności bez jakiegokolwiek odszkodowania, mimo że Konstytucja dopuszcza jedynie ekspropriację za odpowiednią rekompensatą. Mimo to Trybunał Konstytucyjny potwierdził konstytucyjność tej ustawy w wyroku z 27 lipca 2016 r. (K 3/15).

Kontynuacją powyższych działań jest tzw. kolejna mała ustawa reprywatyzacyjna, a więc ustawa z 17 września 2020 r. o zmianie ustawy o szczególnych zasadach usuwania skutków prawnych decyzji reprywatyzacyjnych dotyczących nieruchomości warszawskich, wydanych z naruszeniem prawa, ustawy o komercjalizacji

i niektórych uprawnieniach pracowników oraz ustawy o gospodarce nieruchomościami. Regulacja ta w dalszym zakresie pozbawiła dawnych właścicieli możliwości odzyskania praw do nieruchomości przejętych bezprawnie przez państwo.

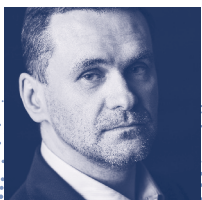
Wypowiadanie umów BIT

Innym przejawem ograniczania odpowiedzialności władzy publicznej wobec podmiotów prywatnych jest sukcesywne wypowiadanie przez Rzeczpospolitą Polską dwustronnych umów inwestycyjnych BIT (*Bilateral Investment Treaties*), na których podstawie inwestorzy zagraniczni mogą dochodzić naprawienia szkód spowodowanych działalnością władzy publicznej w Polsce w ramach arbitrażu międzynarodowego.

Wypowiadanie tych umów wiązało się z wydaniem przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej wyroku z 6 marca 2018 r. sprawie C-284/16 *Achmea*, zgodnie z którym zapis na sąd polubowny zawarty umowach BIT został uznany za niezgodny z prawem wspólnotowym. Szereg tych umów przewiduje okres ich dalszego obowiązywania po złożeniu oświadczenia o wypowiedzeniu, stąd jeszcze przez kilka lat część z nich będzie stanowiła podstawę do roszczeń odszkodowawczych przeciwko Polsce.

Papierek lakmusowy demokracji

Dochodzenie roszczeń odszkodowawczych od władzy publicznej nigdy nie było sprawą oczywistą i łatwą. Wiązało się zwykle z prowadzeniem wieloletnich skomplikowanych procesów sądowych, w których rzadko dochodziło do polubownego rozstrzygnięcia sporu. Uzasadniona jest konkluzja, że obserwowane od lat działania władzy publicznej mają charakter systemowy. Świadczy to o zmianie podejścia państwa do zakresu akceptowanej przez nie odpowiedzialności wobec podmiotów prywatnych. Epidemia COVID-19, skutkująca zadłużaniem się państwa i pogorszeniem jego sytuacji budżetowej, z całą pewnością skutkować będzie kolejnym pogłębieniem tej tendencji. ●



KRZYSZTOF WIKTOR

radca prawny, praktyka odszkodowań
od władzy publicznej



MATEUSZ KOSIOROWSKI

praktyka odszkodowań
od władzy publicznej

Czy można dochodzić roszczeń epidemicznych w postępowaniu grupowym?

W trakcie pierwszej i drugiej fali koronawirusa wprowadzono różnego rodzaju restrykcje w życiu prywatnym i zawodowym. Przedsiębiorcy zastanawiają się, czy mogą bez wprowadzenia stanu nadzwyczajnego dochodzić odszkodowania od Skarbu Państwa za szkody powstałe wskutek ograniczenia lub zakazu prowadzenia działalności gospodarczej. Warto się przy tym zastanowić, czy tego rodzaju roszczenia odszkodowawcze można by realizować również na drodze postępowań grupowych.

Szkody przedsiębiorców w okresie epidemii

Polski system prawny przewiduje odpowiedzialność władzy publicznej za tzw. szkody legalne. Pojęcie to przedstawiciele nauk cywilnych odnoszą do szkód majątkowych powstałych wskutek zgodnych z prawem działań organów państwa lub samorządu terytorialnego. Bezsporne jest przy tym, że odpowiedzialność za tego rodzaju delikt ma charakter wyjątkowy i szczególny. Źródła strat majątkowych przedsiębiorców należy upatrywać w nagłych działaniach legislacyjnych państwa, na mocy których nakłada ono restrykcje w zakresie prowadzonej działalności. Ograniczenia mogą przybrać postać dodatkowych obligatoryjnych wydatków (np. zakup środków dezynfekcyjnych) czy nawet częściowego bądź całkowitego zakazu prowadzenia określonej działalności gospodarczej (np. branży hotelarskiej czy eventowej).

Wydaje się, że skoro państwo – w interesie dobra wspólnego – ogranicza lub zakazuje określonej działalności gospodarczej, powinno – przynajmniej częściowo – rekompensować przedsiębiorcom poniesione straty. Takie rozwiązanie przewiduje Konstytucja, zgodnie z którą w przypadku szczególnych zagrożeń, gdy zwykle środki konstytucyjne są niewystarczające, możliwe jest wprowadzenie stanu nadzwyczajnego, w którym można ograniczyć poszczególne wolności i prawa obywateli. Wówczas rzeczywista szkoda majątkowa powstała w wyniku tychże ograniczeń (w tym tych obejmujących swobodę działalności gospodarczej) winna zostać wyrównana. Realizacją tego zapisu są przepisy ustawy z dnia 22 listopada 2002 r. o wyrównywaniu strat majątkowych wynikających z ograniczenia w czasie stanu nadzwyczajnego wolności i praw człowieka i obywatela.

W Polsce nie wprowadzono stanu nadzwyczajnego, toczą się jednak dyskusje, czy w ramach tzw. rozproszonej kontroli konstytucyjnej sąd powszechny może samoistnie przesądzić o niekonstytucyjności przepisów poszczególnych aktów normatywnych, umożliwiając tym samym złożenie skutecznego powództwa bez potrzeby wcześniejszego uzyskania prejudykatu w postaci wyroku Trybunału Konstytucyjnego (aktualnie Prezes Rady Ministrów złożył wniosek do Trybunału Konstytucyjnego o zbadanie konstytucyjności przepisu art. 417¹ § 1 k.c. w zakresie, w jakim nie wprowadza wymogu stwierdzenia niezgodności przez Trybunał Konstytucyjny).

Możliwość dochodzenia odszkodowania od Skarbu Państwa przewidują również ogólne przepisy Kodeksu cywilnego (przepis art. 417 k.c. i nast.).

Przyjmując założenie, że ogólne przepisy Kodeksu cywilnego w połączeniu z możliwością rozproszonej kontroli konstytucyjnej uprawniają przedsiębiorców do złożenia skutecznego powództwa odszkodowawczego za szkody wywołane ww. restrykcjami, warto się też zastanowić, czy do tego rodzaju roszczeń znalazłaby zastosowanie regulacja z ustawy z dnia 17 grudnia 2009 r. o dochodzeniu roszczeń w postępowaniu



Ujednolicenie roszczeń może doprowadzić do redukcji wysokości żądań przez niektórych członków grupy.

grupowym. Jedną z niewątpliwych zalet takich postępowań jest szeroko rozumiana ekonomika procesu w postaci zmniejszenia kosztów postępowania (przy pozwach zbiorowych opłaty sądowe od pozwu są znacząco zredukowane).

Specyfika postępowań grupowych

Roszczenia odszkodowawcze z tytułu czynu niedozwolonego (deliktu) mogą być dochodzone w postępowaniu grupowym, jeżeli wystąpi o to co najmniej 10 osób, zaś ich żądanie jest oparte na tej samej lub takiej samej podstawie faktycznej. Chodzi zatem o sytuację, gdy pomiędzy członkami grupy występuje więź oparta na jedności zdarzenia wywołującego szkodę (np. te same ograniczenia w zakresie prowadzenia działalności gospodarczej). W judykaturze przyjmuje się, że będzie to stan, w którym okoliczności

faktyczne są wspólne (przesłanka *sensu largo*). Jednocześnie niezbędne jest, aby istotne okoliczności faktyczne uzasadniały żądanie wspólne dla wszystkich roszczeń. Chodzi więc przede wszystkim o oparcie roszczeń na podobnych zdarzeniach (co odpowiada pojęciu jednakowej podstawy faktycznej, stanowiącej element współuczestnictwa formalnego). Stąd też zdaje się, że w realiach tzw. roszczeń pandemicznych 10-osobowa grupa powodów musiałaby się składać z przedsiębiorców prowadzących podobną działalność gospodarczą (usługi o takim samym kodzie PKD), którzy zostali objęci tymi samymi restrykcjami. Przykładowo może być to branża hotelarska (PKD 55.10.Z czy PKD 55.20.Z), organizacja targów (PKD 82.30.Z) czy szeroko pojęta gastronomia (PKD 56.10.A i PKD 56.10.B).

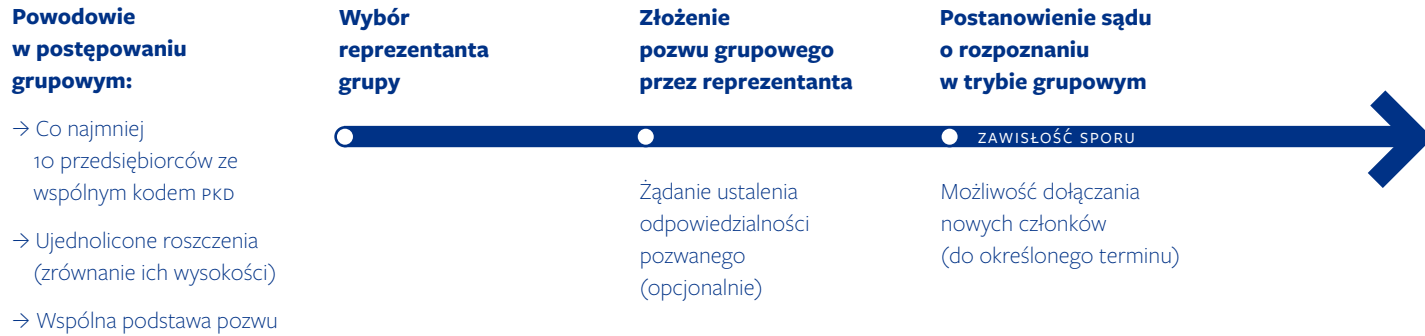
Samo postępowanie grupowe dopuszczalne będzie wyłącznie wtedy, gdy wysokość roszczenia każdego członka grupy zostanie ujednolicona poprzez zrównanie wysokości roszczenia dochodzonego przez członków grupy lub podgrupy (ujednolicenie wysokości roszczeń może nastąpić w podgrupach liczących co najmniej dwie osoby). Z tej przyczyny w zakresie tzw. deliktów pandemicznych dochodzenie roszczeń może być utrudnione, jako że każdy z poszczególnych poszkodowanych mógł ponieść szkodę w innej wysokości. Zasadny jest wobec tego wniosek, że ujednolicenie roszczeń może doprowadzić do redukcji wysokości żądań przez niektórych członków grupy (także w przypadku utworzenia wielu stosunkowo mało licznych podgrup).

PODSTAWA ROSZCZEŃ ODSZKODOWAWCZYCH

Jeżeli w przyszłości Trybunał Konstytucyjny orzeknie, że ustawa o przeciwdziałaniu i zwalczaniu covid-19 (bądź inny akt normatywny ograniczający prowadzenie konkretnych rodzajów działalności gospodarczych) jest niezgodny z Konstytucją – bowiem wprowadzono nakazy i zakazy (w tym zamknięto wiele branż gospodarki) na podstawie tylko rozporządzeń, mimo że Konstytucja w art. 31 wyraźnie stanowi, że może to nastąpić wyłącznie na podstawie ustawy – podstawę odpowiedzialności Skarbu Państwa będzie niewątpliwie stanowić art. 417¹ § 1 k.c.

Inną podstawę roszczeń odszkodowawczych może stanowić przepis art. 417¹ § 4 k.c. obejmujący stan, gdy „milczenie” (zaniechanie) organu ustawodawczego jest objęte reżimem deliktowym. Chodzi tutaj w szczególności o zaniechanie wprowadzenia stanu nadzwyczajnego, który umożliwiłby przedsiębiorcom domaganie się odszkodowań za ograniczenie ich praw i wolności.

SĄDOWE POSTĘPOWANIE GRUPOWE



Przy dochodzeniu roszczeń w postępowaniu grupowym poszkodowani w istocie godzą się na pewnego rodzaju wspólny i tożsamy ryczałt odszkodowawczy, który wyczerpuje ich roszczenia. Przedstawiciele doktryny podkreślają przy tym, że zgoda na dochodzenie roszczenia w postępowaniu grupowym oznacza wyłączenie możliwości indywidualnego dochodzenia roszczenia oraz rezygnację z zaspokojenia roszczenia w szerszym zakresie. Za niedopuszczalne uznaje się częściowe dochodzenie roszczeń w postępowaniu grupowym.

Roszczenia dochodzone w myśl omawianej ustawy mogą się ograniczać wyłącznie do żądania ustalenia odpowiedzialności pozwanego za określone zdarzenie lub zdarzenia. Warto podkreślić, że w postępowaniu grupowym powodowie nie muszą wykazywać interesu prawnego w domaganiu się ustalenia odpowiedzialności pozwanego. Uwzględniając wymienione żądanie, sąd

ustala jednocześnie wspólną wobec członków grupy odpowiedzialność pozwanego za określone zdarzenie lub zdarzenia, stanowiące przesłanki dochodzonych przez nich roszczeń.

Skoro powód w postępowaniu grupowym nie musi wykazywać interesu prawnego w ustaleniu, dopuszczalne jest wystąpienie z takim powództwem także w przypadku, w którym powód może wytoczyć powództwo o świadczenie (w tym pozew o zapłatę). Powództwo o ustalenie odpowiedzialności pozwanego może więc zostać wytoczone również wtedy, gdy roszczenia pieniężne nie mogą zostać ujednolicone co do wysokości bądź też gdy ustalenie wysokości świadczeń pieniężnych mogłoby się wiązać z nadmiernymi trudnościami.

Powództwo w postępowaniu grupowym wytacza reprezentant grupy, którym może być tylko osoba będąca członkiem grupy.

Prowadzi on postępowanie w imieniu własnym, lecz na rzecz wszystkich członków grupy. Gdy postanowienie o rozpoznaniu sprawy w postępowaniu grupowym się uprawomocni, sąd zarządza ogłoszenie o wszczęciu postępowania grupowego.

Przystąpienie do grupy po upływie terminu wyznaczonego przez sąd jest niedopuszczalne. Z chwilą przedstawienia sądowi oświadczenia o przystąpieniu do grupy między członkiem grupy oraz pozwanym powstaje skutek sprawy w toku co do roszczenia objętego postępowaniem grupowym. Osoba, która przed dniem wszczęcia postępowania grupowego wytoczyła przeciwko pozwanemu powództwo o roszczenie, które może być objęte postępowaniem grupowym, nie później niż do dnia zakończenia postępowania w pierwszej instancji może złożyć oświadczenie o przystąpieniu do grupy. W takim przypadku sąd wydaje postanowienie o umorzeniu postępowania.

**OGŁOSZENIE O WSZCZĘCIU POSTĘPOWANIA
GRUPOWEGO POWINNO ZAWIERAĆ:**

- wskazanie sądu, przed którym toczy się postępowanie grupowe,
- oznaczenie stron postępowania oraz przedmiotu sprawy,
- zasady wynagrodzenia pełnomocnika,
- wzmiankę o wiążącym skutku wyroku wobec członków grupy,
- informację, że do grupy mogą przystąpić kolejne osoby, których roszczenia mogą być objęte powództwem grupowym; osoby takie muszą złożyć reprezentantowi grupy pisemne oświadczenie o przystąpieniu do grupy; termin na złożenie takiego oświadczenia musi być oznaczony i musi wynosić nie krócej niż miesiąc i nie dłużej niż trzy miesiące od daty ogłoszenia.

Podsumowanie

Mając powyższe na względzie, uznać należy, że przedsiębiorcy mogą dochodzić tzw. szkód pandemicznych w trybie ustawy o postępowaniach grupowych. Grupa co najmniej 10 osób musiałaby się składać z przedsiębiorców świadczących usługi o wspólnym kodzie PKD, którzy ponieśli podobne szkody majątkowe.

Najbardziej kłopotliwa wydaje się przesłanka ujednolicenia roszczeń, ponieważ

więzałaby się z potrzebą rezygnacji z części roszczeń przez niektórych przedsiębiorców. Niemniej niezwykle ciekawym rozwiązaniem wydaje się grupowe żądanie ustalenia odpowiedzialności Skarbu Państwa. Wówczas taki wyrok stanowiłby prejudykat dla przedsiębiorców, którzy w indywidualnych pozwach mogliby później domagać się naprawienia szkód z uwzględnieniem zasady całkowitej kompensacji, tj. bez ograniczeń co do wysokości. ●



MARIA KOZŁOWSKA

adwokat,
praktyka karna



ŁUKASZ LASEK

adwokat, wspólnik, solicitor Anglii i Walii (obecnie nie praktykuje),
praktyka karna i praktyka postępowań sądowych i arbitrażowych

„W waszej firmie biorą w łapę” – co zrobić z taką informacją?

Wiadomość, że w naszej spółce mogło dochodzić do praktyk korupcyjnych, przyjmowana jest często z niedowierzaniem. Takich doniesień nie można jednak bagatelizować.

Jak przeprowadzić proces wyjaśniania poważnych zarzutów korupcyjnych?

Co zrobić, żeby się do tego przygotować z wyprzedzeniem?

I jak działać, jeśli zarzuty okażą się prawdziwe?

Francis Fukuyama kilka lat temu napisał, że walka z korupcją będzie największym wyzwaniem XXI wieku. Wprawdzie teza Fukuyamy odnosi się do korupcji politycznej (kiedy rządy przestają służyć swoim obywatelom, a stają się aparatami przemocy służącymi skorumpowanemu liderowi), niemniej wydaje się równie trafne w odniesieniu do korupcji w biznesie, która trawi zdrową konkurencję, niszczy zaufanie społeczne i eliminuje z rynku uczciwe firmy.

W ostatnich latach coraz częściej obserwujemy gigantyczne skandale, w których największe i małe firmy zmuszone są przyznać, że mniej lub bardziej świadomie były uwikłane w praktyki korupcyjne. Państwa już nie tylko wprowadzają coraz surowsze kary i zwiększają środki na działanie organów ścigających korupcję. Coraz częściej też nakładają na przedsiębiorstwa prawne wymagania, aby przeciwdziałać korupcji. W niektórych jurysdykcjach trzeba wprowadzać specjalne procedury antykorupcyjne i umożliwiać pracownikom i współpracownikom anonimowe zgłaszanie wszelkich nieprawidłowości. Gdziekolwiek spółki odpowiadają już za to, że skutecznie nie przeciwdziałają wystąpieniu praktyk korupcyjnych. Te trendy docierają do Polski i są chętnie przyjmowane.

Wiadomość, że w naszej spółce mogło dochodzić do praktyk korupcyjnych, przyjmowana jest często z niedowierzaniem. Powstają pytania: co zrobić z takim zgłoszeniem? Jak sprawdzić, czy zgłoszone naruszenia są prawdziwe? Jak przygotować spółkę na wypadek, gdyby podejrzenie okazało się faktem?

Od czego zacząć?

Najlepiej zacząć od planu działania. Powinien on odpowiadać na cztery zasadnicze pytania:

1. Kogo (wewnątrz i na zewnątrz spółki) należy poinformować o sprawie?
2. Kto i w jaki sposób zweryfikuje zgłoszone zarzuty?
3. Jak duże jest ryzyko, że w razie potwierdzenia prawdziwości zarzutów spółka będzie narażona na odpowiedzialność prawną lub reputacyjną – i co można zrobić, aby to ryzyko zmniejszyć?
4. Czy spółka jest przygotowana na współpracę z organami państwa, które mogą zdecydować np. o przeprowadzeniu w spółce kontroli lub przeszukania?

Kto i jak zweryfikuje zgłoszone zarzuty i kogo zawiadomić o sprawie?

Kogo zawiadomić

Zasadniczo o zgłoszeniu powinien zostać powiadomiony zarząd. Często zdarza się, że o sprawie informowani są także wspólnicy. Spółka powinna ustalić, czy nie ma innych obowiązków raportowych i kiedy powinny one zostać wykonane. Spółka giełdowa może być zobowiązana do ujawnienia akcjonariuszom informacji o zarzutach lub prowadzonym postępowaniu. Takie raportowanie można opóźnić „dla dobra postępowania”, ale należy mieć je pod kontrolą. Polityki grupowe mogą zobowiązywać do raportowania zgłoszeń spółce-matce, zwłaszcza jeśli spółka-matka jest związana zagranicznymi przepisami prawa antykorupcyjnego. Spółka może mieć także obowiązek zawiadomić o zarzutach ubezpieczyciela – zgłoszenie jest często warunkiem ochrony ubezpieczeniowej. Obowiązek może także dotyczyć kontrahentów,

jeśli elementem zawartej umowy jest przestrzeganie polityk antykorupcyjnych.

Zespół i doradcy zewnętrzni

Przede wszystkim trzeba wyznaczyć zespół osób, które zajmą się sprawą. Nie wszystkie firmy mają własne działy audytu wewnętrznego, compliance czy duże zespoły prawne. Prowadzenie postępowania wyjaśniającego – w szczególności w przypadku podejrzenia korupcji – jest zazwyczaj pracochłonne i czasochłonne, dlatego prowadzenie go przy pomocy pracowników różnych działów może spowodować, że nie będą oni mogli zajmować się swoimi codziennymi obowiązkami. Nie do wszystkich osób z organizacji możemy mieć ponadto zaufanie, zwłaszcza w świetle zgłoszonych zarzutów.

W praktyce wiele firm decyduje się więc na zaangażowanie zewnętrznego doradcy. Takie rozwiązanie jest stosowane częściej, jeżeli charakter zgłoszonych zarzutów wskazuje, że konieczne może być podjęcie działań analitycznych lub śledczych. Trzeba jednak pamiętać, że doradcy zewnętrzni będą potrzebowali wsparcia „z wewnątrz”. Chodzi o wyjaśnianie, jak na co dzień funkcjonuje dana spółka, jak jest zorganizowana oraz jakie stosuje (i czy stosuje) procedury. Ponadto konieczne jest zazwyczaj zebranie istotnych dokumentów i przekazanie ich doradcom zewnętrznym.

Tajemnica

Angażując zewnętrznych doradców, należy mieć na uwadze prawną ochronę przekazywanych informacji i uzyskanych porad. Właściwa ochrona informacji dotyczących potencjalnego przestępstwa jest bardzo istotna. Wiedza prawnika uzyskana na podstawie informacji od klienta oraz uzyskana od niego porada prawna objęte są tajemnicą adwokacką lub radcowską. Nie oznacza to, że wszystkie dokumenty i dane dotyczące

sprawy stają się poufne i nie mogą zostać pozyskane np. przez organy ścigania. Organy mogą je bowiem pozyskać np. w toku przeszukania pomieszczeń spółki. Natomiast nie można przesłuchać adwokata lub radcy prawnego na okoliczności związane z udzielaniem porady prawnej (chyba że z tajemnicy zawodowej zwolni ich sąd, ale może to zrobić tylko w szczególnych okolicznościach). Ponadto dokumenty wytworzone przez prawnika w ramach tej pomocy (np. analiza prawna, czy określone zachowanie wypełnia znamiona przestępstwa) korzystają z ochrony i nie mogą, co do zasady, zostać zabrane przez organy ścigania.

Natomiast zaangażowanie innego rodzaju ekspertów, np. analityków śledczych, może powodować, że opracowane przez nich analizy oparte na danych pozyskanych od spółki nie będą w żaden szczególny sposób chronione. Sytuacja jest nieco inna w przypadku, gdy eksperci wprawdzie wchodzi w posiadanie określonych informacji, lecz czynią to jedynie w celu udzielenia wsparcia eksperckiego prawnikom. Zakres ochrony tajemnicy adwokackiej i radcowskiej jest kwestią złożoną i powinien być oceniany dla każdego przypadku indywidualnie, tak by wypracować najbezpieczniejszy dla spółki model współpracy.

Dokumenty

W większości spraw wyjaśnianie sprawy rozpoczyna się od zgromadzenia istotnych dla sprawy dokumentów. Przede wszystkim trzeba ustalić, jakiego rodzaju dokumenty (dane elektroniczne) posiadamy w organizacji, w jakiej formie są one przechowywane, kto ma do nich dostęp, czy istnieje ryzyko ich utracenia. Niektóre firmy wszystkie dokumenty przechowują w formie zdigitalizowanej na centralnym serwerze spółki. Nierzadko zdarza się jednak, że określone dokumenty organizacja posiada wyłącznie w formie papierowej, często tylko w jednym egzemplarzu w szafie w pokoju jednego >>



Przed pozyskaniem e-maili i danych ze sprzętów elektronicznych konieczna jest prawna ocena dopuszczalności tych czynności.

pracownika. W innych przypadkach pracownicy mogą posiadać dokumenty na swoich komputerach stacjonarnych, mobilnych urządzeniach firmowych lub prywatnych laptopach, jeśli mają zgodę na korzystanie z nich. Jeżeli podejrzewany pracownik dowie się o prowadzonych czynnościach wyjaśniających, może zechcieć pozbyć się obciążających go danych. Należy zatem przyjąć odpowiednią strategię. W praktyce często pozyskanie takich materiałów odbywa się pod pretekstem, aby nie wzbudzać podejrzeń. Pozyskując dane z urządzeń udostępnionych pracownikom, należy mieć na uwadze przepisy o ochronie danych osobowych, ochronie prywatności oraz wewnętrzne regulacje. Jeżeli spółka wyraża zgodę na wykorzystywanie przez pracowników sprzętu służbowego do celów prywatnych, dostęp do danych zapisanych na tych urządzeniach może napotykać trudności prawne. Przed pozyskaniem e-maili i danych ze sprzętów elektronicznych konieczna jest prawna ocena dopuszczalności tych czynności.

Analiza zebranych materiałów

Zgromadzone i wybrane dokumenty należy następnie poddać analizie. Jak będzie ona przebiegać i czego spółka będzie szukać, zależy od konkretnego przypadku oraz od liczby wstępnych danych, jakie wynikają ze zgłoszenia. Im bardziej szczegółowe zgłoszenie, tym większa możliwość zawężenia poszukiwań do określonych osób i zdarzeń. Co ważne, rozpoczynając analizę należy przyjąć tzw. hipotezę śledczą, czyli założenie, jak mogło dojść do popełnienia przestępstwa, i weryfikować dowody pod

jej kątem. Wstępne założenie może się zmieniać w miarę analizy i pozyskiwania nowych informacji, jednak jego brak prowadzi do chaotycznego weryfikowania ogromu informacji, które do niczego nie prowadzą. W analizie konieczne może być skorzystanie ze wsparcia eksperckiego (np. specjalistów informatyki śledczej, analityków danych, rewidentów, biegłych).

Działania śledcze

Czasami nieodzowna może się okazać pomoc prywatnych śledczych, którzy mogą zgodnie z prawem pozyskać określone informacje o podejrzewanych osobach, w szczególności o ich majątku oraz powiązaniach osobowych i kapitałowych z pozostałymi podejrzewanymi osobami czy z innymi podmiotami gospodarczymi. Należy pamiętać, że weryfikacja ww. informacji na temat pracownika jest możliwa tylko pod warunkiem, że pracodawca dysponuje uzasadnionym(!) podejrzeniem.

Rozmowy i konfrontacja

Analiza dokumentów i działania śledcze zazwyczaj nie wystarczą, aby zweryfikować zgłoszone zarzuty. Konieczne będzie

przeprowadzenie rozmów z pracownikami, także podejrzanymi. Do rozmów trzeba się dobrze przygotować – zarówno merytorycznie, jak i taktycznie. Najczęściej stosowaną taktyką jest przesłuchiwanie podejrzanych pracowników na końcu, kiedy spółka zebrała już informacje ze wszystkich pozostałych źródeł. W ramach obowiązku lojalności oraz dbania o dobro zakładu pracy pracodawca może domagać się, aby pracownicy współpracowali z nim i przekazali mu żądane informacje. Nie może jednak zmusić ich do udziału w takich rozmowach. Odmowa udziału w rozmowie może być przyczyną wyciągnięcia konsekwencji, w tym potencjalnie nawet rozwiązania stosunku pracy. Jeżeli pracownik zgodzi się dobrowolnie „zeznać”, trzeba go pouczyć o charakterze rozmowy i jej celach. Jeżeli wywiad prowadzi prawnik, pracownik musi wiedzieć, że reprezentuje on interesy spółki i działała w jej, a nie pracownika, interesie. Rozmowa nie jest zatem poufna, a wszystkie udzielone informacje będą przekazane pracodawcy, który może zdecydować o ich ujawnieniu dalszym osobom, w tym organom państwa. W praktyce zdarza się, że pracownicy uczestniczą w takich rozmowach ze swoimi prawnikami.

Postępowanie wyjaśniające powinno zakończyć się sporządzeniem raportu końcowego. Raport opisuje ustalony stan faktyczny, zidentyfikowane nieprawidłowości i możliwe kroki prawne. Najczęstszymi działaniami następczymi jest zwolnienie nieuczciwego pracownika, domaganie się od niego naprawienia szkody, a w szczególnych sytuacjach zawiadomienie organów państwa o przestępstwie popełnionym przez pracownika.



Najczęstszymi działaniami następczymi jest zwolnienie nieuczciwego pracownika, domaganie się od niego naprawienia szkody, a w szczególnych sytuacjach zawiadomienie organów państwa o przestępstwie.

Raport jest z reguły przedstawiany zarządowi, który podejmuje odpowiednie decyzje. Jeżeli jednak w praktyce korupcyjne uwikłany jest sam zarząd, raport może być przedstawiony radzie nadzorczej lub wspólnikom.



Przestępstwo korupcyjne popełnione przez pracownika spółki lub jej współpracownika może stanowić podstawę odpowiedzialności karnej samej spółki.

Ryzyko negatywnych konsekwencji dla spółki

Jeśli zarzuty korupcyjne okażą się prawdziwe, oznacza to ryzyka prawne i reputacyjne dla spółki.

Spółka musi określić, czy wykryta nieprawidłowość stanowi przestępstwo i czy spółka ma prawny obowiązek zawiadomić odpowiednie organy o podejrzeniu popełnienia przestępstwa. W obecnym stanie prawnym w przypadku korupcji – zarówno publicznej, jak i prywatnej – nie ma prawnego obowiązku zawiadamiania organów ścigania o posiadanych informacjach (istnieje jedynie tzw. obowiązek społeczny). Warto mieć jednak na uwadze, że w przypadku wykrycia korupcji publicznej przyłapaný pracownik spółki, który wręczał łapówki, może próbować sam zawiadomić organy o przestępstwie, licząc na skorzystanie z klauzuli bezkarności.

Ponadto obie formy korupcji stanowią podstawę do odpowiedzialności karnej spółki jako osoby prawnej (zgodnie z ustawą o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary). Przestępstwo korupcyjne popełnione przez pracownika spółki lub jej współpracownika może stanowić podstawę odpowiedzialności karnej samej spółki. Taka odpowiedzialność wystąpi, jeżeli spółka osiągnęła lub mogła osiągnąć korzyść z przestępstwa, chociażby niemajątkową, a przestępstwo jest związane z obowiązkami nieuczciwego pracownika lub współpracownika i zostało dokonane w wyniku nieprawidłowego wyboru lub nadzoru albo w następstwie organizacji działalności spółki, która nie zapewniała uniknięcia popełnienia czynu zabronionego.

Odpowiedzialność karna spółki może skutkować poważnymi sankcjami – karami finansowymi, określonymi zakazami (np. ubiegania się o zamówienia publiczne), a nawet rozwiązaniem spółki. Prawdą jest, że z uwagi na konieczność uprzedniego uzyskania prawomocnego skazania przeciwko osobie fizycznej organy ścigania niezwykle rzadko oskarżają spółki. Dotychczasowe projekty zmian ustawy pokazują jednak, że państwo dąży do zmiany zasad odpowiedzialności karnej spółek i ułatwienia ich ścigania i oskarżania. Obecnie obowiązująca ustawa nie przewiduje żadnych form łagodzenia kary dla spółki za zgłoszenie przestępstwa (*leniency*). Jeżeli zatem istnieje ryzyko odpowiedzialności karnej samej spółki, spółka musi ocenić, jaki sposób działania jest dla niej najbezpieczniejszy i najbardziej korzystny, uwzględniając przy tym przysługujące jej prawa, w tym przede wszystkim prawo do niesamooskarżania się.

Poza odpowiedzialnością karną spółka musi ocenić także ryzyko roszczeń cywilnych. Musi sprawdzić, czy działanie jej pracownika nie doprowadziło do szkody po stronie osoby trzeciej (np. innej spółki) oraz czy poszkodowany może wystąpić z roszczeniami cywilnymi wobec spółki.

Pozaprawnym ryzykiem dla spółki są dodatkowo konsekwencje reputacyjne w przypadku publicznego ujawnienia informacji o korupcji. Spółka powinna być zatem przygotowana na taką sytuację i mieć opracowany plan komunikacji, w tym wzór komunikatu do opublikowania. Spółka może w tym zakresie korzystać ze wsparcia

specjalistów w zakresie komunikacji oraz z zewnętrznych firm lub platform umożliwiających monitorowanie mediów pod kątem publikacji na temat nieprawidłowości w spółce. Ważne jednak, aby komunikaty wewnętrzne i zewnętrzne były konsultowane z prawnikami doradzającymi w sprawie.

Wyprzedzić kryzys

Zarządzanie kryzysowe jest bardzo trudne i czasochłonne. Wypracowując zasady na gorąco i planując działania dopiero w momencie kryzysu, możemy przeoczyć wiele istotnych spraw i narazić spółkę na dodatkowe ryzyko. Dlatego też zgodnie z przysłowiem łacińskim „jeśli chcesz pokoju, przygotuj się do wojny”.

Polityka antykorupcyjna i analiza ryzyk

W ramach działań prewencyjnych warto przede wszystkim rozważyć wdrożenie procedur antykorupcyjnych w swojej organizacji. Takie procedury nie są obecnie obowiązkowe na gruncie polskiego prawa. Mogą jednak zminimalizować ryzyko wystąpienia praktyk korupcyjnych. Warto także ustalić, jakie ryzyka korupcyjne mogą występować w działalności naszej spółki – będą one bowiem się różnić w zależności od obszaru działalności, wielkości, kultury organizacyjnej i innych czynników. Następnie należy ustalić, czy w spółce funkcjonują odpowiednie mechanizmy kontrolne i nadzorcze.

Nawet jednak takie rozwiązania nie zagwarantują, że w spółce nie dojdzie do nieprawidłowości, a co za tym idzie, że nie dotknie jej taki kryzys. Dlatego należy być na niego przygotowanym.

Procedura dawn raid

Spółka powinna być przygotowana na przeszukanie ze strony organów, w szczególności organów ścigania. Polityka na wypadek niezapowiedzianych przeszukań chroni spółkę przed chaosem oraz nieodpowiednim zachowaniem pracowników (np. przed niszczeniem dokumentów czy utrudnianiem czynności funkcjonariuszy),

a także wyznacza osoby odpowiedzialne, które należy zawiadomić o przeszukaniu. Warto mieć także prawnika „on call”, który o dowolnej godzinie przyjedzie do spółki na przeszukanie i będzie monitorował przestrzeganie przepisów przez funkcjonariuszy i zabezpieczał interes spółki.

Procedura zgłaszania nieprawidłowości

Obecnie polityki zgłaszania nieprawidłowości także nie są obowiązkowe, choć niedługo się to zmieni (kiedy Polska implementuje dyrektywę unijną). Warto jednak je wdrożyć, pamiętając, że ich kluczowym

celem jest zachęcenie pracowników i współpracowników do zgłaszania dostrzeżonych nieprawidłowości wewnątrz organizacji zamiast na zewnątrz – do mediów czy organów ścigania. Nie ulega bowiem wątpliwości, że lepiej dowiedzieć się o przypadku korupcji samemu i móc podjąć działania zaradcze i naprawcze, niż dowiedzieć się o nim z artykułu prasowego czy co gorsza z pisma z prokuratury. ●

1

DZIAŁANIA PREWENCYJNE

Co zrobić, żeby z wyprzedzeniem przygotować się do wyjaśniania zarzutów korupcyjnych?

- Stworzyć mapę ryzyk
- Stworzyć i wdrożyć procedurę antykorupcyjną
- Stworzyć i wdrożyć procedurę zgłaszania nieprawidłowości
- Stworzyć i wdrożyć procedurę na wypadek przeszukania lub kontroli

2

WYJAŚNIANIE ZARZUTÓW

Jak przeprowadzić proces po otrzymaniu zgłoszenia?

- Ustalić zespół zajmujący się sprawą i zawiadomić osoby, które powinny wiedzieć o zgłoszeniu i podjętych działaniach wyjaśniających
- Zaangażować niezbędnych zewnętrznych doradców (prawnych, od zabezpieczenia danych cyfrowych itp.)
- Zabezpieczyć dowody (dokumenty, pliki cyfrowe)
- Przeanalizować zebrane dowody
- Przeprowadzić rozmowy z pracownikami, w tym konfrontacje z osobami podejrzanymi
- Spisać raport końcowy z wewnętrznego postępowania wyjaśniającego wskazującego na ryzyka prawne i reputacyjne oraz możliwe kroki prawne
- Przygotować się do konieczności prowadzenia komunikacji zewnętrznej i wewnętrznej

3

DZIAŁANIA NASTĘPCZE

Jak działać, jeśli zarzuty okażą się prawdziwe?

- Podjąć decyzję co do zawiadomienia o zdarzeniu organów państwa (organy ścigania, organy regulacyjne)
- Ocenić ryzyko roszczeń cywilnych
- Wyciągnąć konsekwencje wobec sprawcy
- Ulepszyć wewnętrzną organizację i procedury



BARTŁOMIEJ GŁABIŃSKI

praktyka postępowań
sądowych i arbitrażowych



MACIEJ ZYCH

adwokat, praktyka postępowań
sądowych i arbitrażowych

Dowody elektroniczne – wciąż nieoczywiste

Obecność technologii informatycznych od lat traktujemy jako coś oczywistego. Również sztuczna inteligencja, uczenie maszynowe, cloud computing i blockchain przestały być nowinkami. Za rozwojem tym, jak zwykle, nie nadąża jednak prawo, zwłaszcza regulacje dotyczące postępowań sądowych i sama praktyka sędziowska. Wykorzystywanie w postępowaniach sądowych dowodów elektronicznych wciąż jest problematyczne. Tymczasem coraz częściej się zdarza, że jedynym dostępnym dowodem danej okoliczności są bazy danych, których nie da się (lub byłoby to wybitnie niepraktyczne) zredukować w całości do fizycznego nośnika.

Obecnie w zasadzie każdy może znaleźć się w sytuacji, gdzie dla wykazania określonych faktów (dokonania transakcji, kradzieży danych, naruszenia dóbr osobistych, właściwego wykonania produktu cyfrowego lub usługi świadczonej przez internet) można powołać tylko dane istniejące wyłącznie w formie elektronicznej.

Sądom trudno jest odnaleźć się w tej sytuacji. Nie pomagają im też nieprzystające do współczesności, a miejscami wręcz archaiczne regulacje. Do tego dochodzą wątpliwości związane z ochroną danych osobowych.

Czym jest dowód elektroniczny?

Przepisy obowiązującego Kodeksu postępowania cywilnego nie definiują pojęcia „dowodu elektronicznego”. Również na gruncie prawodawstwa europejskiego istnieje luka w zakresie definiowania i postępowania z dowodami elektronicznymi. Przepisem otwierającym rozważania w tym zakresie na gruncie prawa rodzimego powinien być art. 227 k.p.c. Zgodnie z jego treścią *przedmiotem dowodu są fakty mające dla rozstrzygnięcia sprawy istotne znaczenie*.

Fakty to zatem wszelkie zdarzenia i zjawiska określone w czasie i przestrzeni, ale także stany świata zewnętrznego i stany o charakterze wewnętrznym (np. związane z psychiką ludzką), jeżeli da się ustalić ich obiektywne istnienie lub zachodzenie. Istotą dowodu oraz wynikającego z niego faktu jest możliwość jego samodzielnego odtworzenia na etapie procesu, co pozwala na sprawdzenie, czy z danego dowodu określony fakt rzeczywiście wynika. Pojawia się więc pytanie, czy zapis



elektroniczny, swoisty ślad cyfrowy, odpowiada tej definicji, a zatem czy może być uznany za środek dowodowy w postępowaniu cywilnym.

Należy przy tym odróżnić sam środek dowodowy od jego źródła. W przypadku posługiwania się dowodem elektronicznym środkiem dowodowym jest sam zapis elektroniczny, np. w postaci nagrania, nie zaś nośnik, na którym się on znajduje. Ów nośnik pozostaje jedynie źródłem dowodu. Rozróżnienie to ma istotne znaczenie, zazwyczaj bowiem dowody elektroniczne nie mogą zostać odtworzone samodzielnie, ponieważ właściwie nie posiadają cechy materialności. Ich odczytanie jest możliwe jedynie przy pomocy jakiegoś nośnika.

Dokument czy inny środek dowodowy?

Dowody elektroniczne mogą być różnie kwalifikowane na gruncie przepisów o postępowaniu cywilnym. Choć – co bardzo ważne – sposób kwalifikacji nie przesądza o tym, czy dowód będzie dopuszczalny, wpływa na stosujące się do niego regulacje.

Zasadniczo dowody elektroniczne mogą być kwalifikowane jako dokumenty albo jako tzw. inne środki dowodowe. Nie ma przeszkód, aby dowód elektroniczny był przedmiotem opinii biegłego, a – jak się wydaje – w przypadku oceny systemów działających może być to jedyny dostępny sposób przeprowadzenia dowodu.

Powszechnie przyjmuje się, że dokument elektroniczny to dane zapisane na materialnym nośniku, w tym przechowywane za pomocą środków elektronicznych lub podobnych, pod warunkiem że dają się odtworzyć w umożliwiającej ich percepcję formie. Ponadto zgodnie z art. 243¹ k.p.c. przedmiotem dowodu z dokumentu może być jedynie dokument zawierający tekst umożliwiający ustalenie jego wystawcy. Rodzi to wątpliwości w kontekście dowodów elektronicznych, przede wszystkim ze względu na przypisywalność autorstwa.

Przykładowo baza danych czy program komputerowy często jest wytworem wielu niezależnych od siebie osób, gdzie czasem nie sposób wskazać osoby wystawcy. Szczególnie dotyczy to obiektów czy systemów „żyjących”, które podlegają (lub mogą

podlegać) ciągłym zmianom w reakcji na działania użytkowników lub na skutek działania algorytmów. Na tej zasadzie, przykładowo, spośród „dokumentów” należy raczej wykluczyć łańcuch bloków (blockchain), gdyż jest on generowany automatycznie i w zasadzie składa się z mniejszych jednostek ujawniających wolę różnych osób.

Niemniej pojedynczy fragment czy element bazy danych, programu lub innego zapisu dający się przypisać konkretnej osobie lub osobom jako wystawcy może stanowić dokument. Na tej zasadzie dokumentem może być transakcja zapisana w systemie blockchain, ujawniająca wolę danej osoby.

W wielu przypadkach dowód elektroniczny będzie kwalifikowany jako inny nienazwany środek dowodowy w rozumieniu art. 308 k.p.c. Do tej kategorii należą dowody pozyskane przy zastosowaniu różnych technologii. W ich grupie możemy wyróżnić:

- dowody wizualne, które zawierają informacje spostrzegane za pomocą wzroku (np. film, telewizja, fotografia),
- dowody audialne, które zawierają informacje spostrzegane słuchem (np. płyty dźwiękowe).

Środki dowodowe wskazane w tym artykule nie tworzą katalogu zamkniętego.

Ostatecznie więc w postępowaniu cywilnym każdy dowód, dostępny na danym etapie rozwoju techniki i nauki, możliwy jest do wykorzystania w sprawie, nawet jeśli nie odpowiada żadnej z konkretnych kategorii dowodów. Przesądza o tym art. 309 k.p.c., z którego wynika, że każdy środek dowodowy, niezależnie od tego, czy został nazwany w przepisach kodeksowych, jest dopuszczalny na gruncie postępowania cywilnego.

Jednak w przypadku dowodu mającego dotyczyć stanu funkcjonującego systemu IT – a więc podlegającego zmianom w czasie rzeczywistym – samo szerokie

dopuszczenie różnych środków dowodowych w art. 308 i 309 k.p.c. nie rozwiązuje wszystkich wątpliwości. Kluczowym problemem jest bowiem to, że „żyjącego” systemu nie da się utrwalić i zamknąć na nośniku bez zmiany jego natury (abstrahując nawet od technicznej wykonalności takiego utrwalenia).

Problem jest w pewnym sensie bardzo stary, bo na podobnej zasadzie nie da się sprowadzić do sądu „na nośniku” działającej linii produkcyjnej, przebiegu rzeki, stopnia zanieczyszczenia powietrza czy średniego natężenia hałasu w danym miejscu. O dowodach elektronicznych zwykło się jednak myśleć w kategoriach odpowiedników dokumentów, czyli trwałych zapisów słów czy obrazów, i na tym skupiają się przepisy.

Jeśli jednak podejść do działających systemów IT jak do innych elementów rzeczywistości, które są – co do istoty – trwałe, ale podlegają na bieżąco różnym procesom, to rozwiązań problemów dowodowych w badaniu takich obiektów należy poszukiwać wśród już istniejących w prawie metod prowadzenia dowodu.

Przykładowo jeżeli istotne jest rzeczywiste, bieżące działanie systemu, powinien on podlegać badaniu przez biegłego, co podręcznikowo powinno obejmować również oględziny działania systemu, tak aby zapewnić udział stron i nadzór sądu nad procesem oraz by uniknąć zarzutu, że biegłemu zlecono „poszukiwanie dowodów” w miejsce strony.

Oczywiście takie badanie nie wyklucza (a w wielu przypadkach wręcz wymaga) badania kodu źródłowego oprogramowania, który może stanowić dokument w rozumieniu przepisów bądź zostać przeprowadzony jako dowód na podstawie przepisu o dokumentach. Jako dokumenty mogą być też traktowane poszczególne produkty funkcjonującego systemu, takie

jak wygenerowane komunikaty, raporty, odczyty, wykresy itp.

Szczególnych problemów – nie tylko zresztą dowodowych – mogą też dostarczać systemy oraz produkty wykorzystujące sztuczną inteligencję oraz tzw. uczenie maszynowe, gdzie system nie tylko na bieżąco podlega zmianom i sam te zmiany generuje (tzn. sam modyfikuje własny kod), ale też dokonuje ich w sposób, który – jak pokazują dotychczasowe doświadczenia – jest nieraz niezrozumiały nawet dla autorów systemu. Twórcy takich systemów nie są w stanie wyjaśnić, jakim celom służą poszczególne rozwiązania i elementy kodu wygenerowanego przez SI, a tym samym nie są w stanie powiązać ich w sposób przyczynowo-skutkowy z „zewnętrznym” sposobem działania systemu. Pytanie, jak taki system badać w ramach postępowania dowodowego i co może być przedmiotem wiarygodnego i przydatnego dla sprawy dowodu, będzie wymagało odrębnej oceny w każdej sprawie. Nietrudno wyobrazić sobie, że sąd będzie potrzebował pomocy biegłego, żeby określić, a przynajmniej doprecyzować zakres opinii, co – w zasadzie – wydaje się dopuszczalne, aczkolwiek optymalnym rozwiązaniem byłoby powoływanie odrębnego biegłego już dla samego prowadzenia badania i wydania opinii co do *meritum*.



Twórcy systemów sztucznej inteligencji (SI) opartych o uczenie maszynowe nie są w stanie wyjaśnić, jakim celom służą poszczególne rozwiązania i elementy kodu wygenerowanego przez SI, a tym samym nie są w stanie powiązać ich w sposób przyczynowo-skutkowy z „zewnętrznym” sposobem działania systemu.

Wytyczne Rady Europy w zakresie dowodów elektronicznych

Uzupełnieniem powyższych rozważań są Wytyczne Komitetu Ministrów Rady Europy w sprawie dowodów elektronicznych w postępowaniu cywilnym i postępowaniu administracyjnym z 30 stycznia 2019 r. Wprawdzie nie są one wiążące prawne, ale mogą być przydatnym zbiorem praktycznych reguł postępowania z dowodami elektronicznymi opartych o wspólne doświadczenia europejskich wymiarów sprawiedliwości.

Zgodnie z definicją zaprezentowaną przez Radę Europy dowód elektroniczny to *każdy dowód z danych zawartych lub wytworzonych przez jakiekolwiek urządzenie, którego działanie zależy od oprogramowania lub z danych przechowywanych w systemie komputerowym albo w sieci lub przekazywanych przez system komputerowy albo przez sieć*.

Wytyczne obejmują zatem szeroki zakres dowodów elektronicznych. Mogą mieć one bowiem postać plików tekstowych, wideo, nagrań dźwiękowych, danych lokalizacyjnych, plików systemowych. Mogą też być wytworzone przez jakiekolwiek urządzenie: komputery, telefony komórkowe, rejestratory GPS, sieci komputerowe.



Równie istotnym zagadnieniem zdefiniowanym przez Radę Europy są metadane, czyli informacje elektroniczne o innych danych elektronicznych, które mogą ujawniać cechy identyfikujące źródło albo historię dowodu, jak również odpowiednie daty i czas – pozwalają one wykazać kompletność informacji przedstawianych za pomocą dowodu elektronicznego. Metadane mogą być jednak traktowane jako pierwotny środek dowodowy dla wykazania takich faktów jak np. miejsce i data wysłania wiadomości elektronicznej czy dzień zakończenia pracy i modyfikacji przygotowywanego programu lub bazy danych.

Niestety wytyczne w obecnym kształcie nie odnoszą się bezpośrednio do block-chaina oraz chmury obliczeniowej, które w niedługim czasie mogą stać się podstawowym źródłem dowodów elektronicznych.

Pierwszą i naczelną zasadą wynikającą z wytycznych RE jest to, że decyzja co do potencjalnej wartości dowodowej dowodu elektronicznego należy do sądu, co jest zgodne z podstawową dla polskiego postępowania dowodowego zasadą swobodnej oceny dowodów przez sąd. Oznacza to, że tam, gdzie przy stosowaniu dowodu elektronicznego sąd będzie musiał posiłkować się opinią biegłego z zakresu systemów informatycznych, opinia ta nie powinna sama w sobie przesądzać o wartości dowodowej dowodu elektronicznego.

Bardzo ważna jest druga reguła, która stanowi, że dowody elektroniczne należy oceniać tak samo jak inne dowody, zwłaszcza jeśli chodzi o ich dopuszczalność, autentyczność, wiarygodność i integralność.

Trzecia reguła odnosi się do zasady równego traktowania stron w procesie cywilnym: czynności z dowodami elektronicznymi nie powinny żadnej ze stron stawiać w gorszym położeniu lub dawać jej nieuczciwej

WYTYCZNE RADY EUROPY W ZAKRESIE DOWODÓW ELEKTRONICZNYCH

Z 30 STYCZNIA 2019 R.

- reguła 1** decyzja co do potencjalnej wartości dowodowej dowodu elektronicznego należy do sądu – opinia biegłego nie powinna przesądzać o wartości dowodowej dowodu elektronicznego
- reguła 2** dowody elektroniczne należy oceniać tak samo jak inne dowody w zakresie ich dopuszczalności, autentyczności, wiarygodności i integralności
- reguła 3** zgodnie z zasadą równego traktowania stron w procesie cywilnym czynności z dowodami elektronicznymi nie powinny żadnej ze stron stawiać w gorszym położeniu lub dawać jej nieuczciwej przewagi, obie strony powinny mieć zapewnioną możliwość kwestionowania wiarygodności dowodów elektronicznych

przewagi. Oznacza to, że każda ze stron powinna mieć zapewnioną np. możliwość kwestionowania wiarygodności takich dowodów.

Wytyczne pokazują, że tradycyjne przywiązanie sądów do wersji papierowej dowodów elektronicznych pozbawia je dostępu do informacji istotnych z punktu widzenia rozpatrywanej sprawy.

Jak powołać i przeprowadzić dowód elektroniczny?

Strona wnioskująca o dopuszczenie dowodu powinna precyzyjnie określić fakty, na których okoliczność ma on zostać przeprowadzony. Oznaczenie dowodu powinno wskazywać, jaki środek dowodowy ma zostać przeprowadzony przez sąd, a także dane lub okoliczności umożliwiające przeprowadzenie zawnioskowanego dowodu.

Aby dowód z nienazwanego środka dowodowego mógł być prawidłowo przeprowadzony, sąd musi określić sposób jego przeprowadzenia, dostosowany do charakteru środka, przy odpowiednim zastosowaniu przepisów o dowodach.

Dodatkową trudnością związaną z dopuszczeniem dowodu elektronicznego jest

określenie, jak go dołączyć do akt sprawy, skoro nie ma on formy zmaterializowanej. Zasada jawności postępowania oznacza m.in., że każda ze stron powinna mieć dostęp do materiału zgromadzonego w sprawie. Słuszny wydaje się postulat, by w przypadku uznania, że dany dowód elektroniczny stanowi dokument elektroniczny, do akt dołączać jego wydruk. W innym wypadku do akt należy dołączyć nośnik zawierający dane elektroniczne, które można odtworzyć za pomocą systemu i oprogramowania, którym dysponuje sąd. Nie wyklucza to oczywiście możliwości zastosowania art. 245 k.p.c. celem ustalenia, czy kwestionowany zapis elektroniczny odpowiada prawdzie. Powinien to ustalić biegły informatyk. Badanie będzie polegało na sprawdzeniu, czy zapisana transakcja lub system plików została zatwierdzona i przygotowana zgodnie z regułami oprogramowania.

Co z RODO?

Strona dochodząca swoich roszczeń może być zmuszona do przedstawienia dowodu elektronicznego zawierającego rekordy z danymi osobowymi osób trzecich – bazy danych, programu zawierającego informacje o pracownikach itp. W takim wypadku pojawia się pytanie, czy strona, przetwarzając

takie dane na potrzeby postępowania cywilnego, staje się ich administratorem.

Definicja administratora danych osobowych została zawarta w art. 4 pkt 7 ogólnego rozporządzenia o ochronie danych („RODO”). Zgodnie z nim administrator danych osobowych to organ, jednostka organizacyjna, podmiot lub osoba decydująca o celach i środkach przetwarzania danych osobowych. Stosownie do art. 4 pkt 2 RODO przez przetwarzanie danych osobowych rozumie się jakiegokolwiek operacje wykonywane na danych osobowych, takie jak zbieranie, utrwalanie, przechowywanie, opracowywanie, zmienianie, udostępnianie i usuwanie, a zwłaszcza te, które wykonuje się w systemach informatycznych. W oparciu o literalne brzmienie przepisów stronę wykorzystującą na potrzeby postępowania cywilnego dowód elektroniczny zawierający dane osobowe uznać trzeba za administratora danych. W związku z tym na stronie takiej spoczywają wynikające z tego tytułu obowiązki informacyjne.

Jako administrator w rozumieniu RODO strona musi zapewnić zgodność przetwarzania danych osobowych z prawem poprzez oparcie takiego przetwarzania na jednej z podstaw wymienionych w art. 6 ust. 1 RODO, głównie w art. 6 ust. 1 lit. f RODO, która zasadniczo wymaga wykazania, że przetwarzanie jest niezbędne do celów wynikających z prawnie uzasadnionych interesów. Dochodzenie roszczeń na drodze postępowania cywilnego można uznać za taki interes.

Każdorazowo jednak zastosowanie omawianej podstawy przetwarzania wymaga porównania interesów strony z interesami oraz podstawowymi prawami i wolnościami podmiotów danych (osób, których dane dotyczą). Podmioty danych powinny zatem spodziewać się, że strona będzie przetwarzała ich dane. Skoro celem jest dochodzenie roszczeń przeciwko określonej stronie, to może to zmniejszać ryzyko wpływu na

interesy oraz podstawowe prawa i wolności podmiotów danych. Można powiedzieć, że dla strony treść danych jest istotna w ograniczonym stopniu, a bardziej liczy się możliwość udowodnienia, że określone dane istniały w określonym systemie. Ponadto strona występująca w procesie cywilnym nie zamierza czerpać korzyści finansowych z samego przetwarzania danych (choć może odnosić takie korzyści pośrednio w przypadku pozytywnego zakończenia sporu).

Systemowo RODO wydaje się uznawać „dochodzenie roszczeń” za istotny cel, kilkakrotnie uznając jego pierwszeństwo przed prawami podmiotów danych lub chroniąc ten cel w inny sposób (por. art. 9 ust. 2 lit. f, art. 17 ust. 3 lit. e, art. 18 ust. 1 lit. c oraz ust. 2, art. 21 ust. 1, art. 49 ust. 1 lit. e RODO). Można więc przyjąć, że na potrzeby ważenia interesów z art. 6 ust. 1 lit. f ten cel ma nieco większy „ciężar gatunkowy” niż inne.

Mimo to przed wykorzystaniem rozbudowanego dowodu elektronicznego (rozbudowanej bazy danych) strona powinna przeprowadzić analizę konieczności i prawidłowości przetwarzania danych i ewentualnie podjąć kroki zmierzające do powiadomienia podmiotów danych o ich wykorzystaniu w procesie cywilnym.

Dane zapisane w blockchainie

W niedalekiej przyszłości istotne znaczenie dowodowe może mieć zapis w łańcuchu bloków (ang. blockchain). Technologia ta, wykorzystywana pierwotnie do tworzenia kryptowalut, umożliwia obecnie dokonywanie innych czynności, w tym zawieranie umów. Trwają dyskusje nad wykorzystaniem blockchaina jako zapisu notarialnego, księgi rachunkowej w bankowości, systemu uwierzytelniania dokumentów i podpisu cyfrowego w administracji państwowej.

Obrót informacjami zapisanymi w blockchainie rodzi istotne problemy dowodowe.

W głównej mierze chodzi o udowodnienie treści zapisów bloków, powiązanie zapisu z jego „twórcą” i „adresatem” oraz o zbadanie, czy dany zapis stanowi treść stosunku zobowiązaniowego. Optymalnym rozwiązaniem byłoby stworzenie w ramach prawa wspólnotowego jednolitych ram posługiwania się takimi źródłami dowodowymi.

Podsumowanie

Transformacja gospodarki i życia codziennego, zwana przez niektórych czwartą rewolucją przemysłową, postępuje bardzo szybko, przenosząc coraz więcej elementów rzeczywistości do świata wirtualnego. Problem dowodów elektronicznych będzie więc tylko zyskiwał na znaczeniu. Niewykluczone zresztą, że już niedługo pojęcie to stanie się anachroniczne, gdyż normą stanie się korzystanie z danych w zapisie cyfrowym, zaś zapisy analogowe będą nietypowym, a może nawet niebezpiecznym odstępstwem od niej.

Od skutków tych zmian nie da się uciec w żadnej sferze życia, także w wymiarze sprawiedliwości oraz prawie. Miejmy tylko nadzieję, że decydenci nie będą nawet próbować takiej ucieczki, tylko wyjdą naprzeciw problemom prawnym spowodowanym przez gwałtowny postęp technologii gromadzenia i przetwarzania danych. ●



KATARZYNA MAGNUSKA

radca prawny,
praktyka prawa pracy



AGNIESZKA LISIECKA

adwokat, współnik odpowiedzialny
za praktykę prawa pracy

Praca zdalna – benefit czy wyzwanie?

Pandemia upowszechniła korzystanie z pracy zdalnej. Większość pracodawców i pracowników przyjęła tę zmianę pozytywnie, jednak taka forma świadczenia pracy ma również znaczące wady. Pandemia ujawniła niedoskonałości istniejących regulacji prawnych dotyczących pracy zdalnej.

Telepraca, praca zdalna czy *home office*?

Na wstępie warto uporządkować terminologię dotyczącą pracy zdalnej. Jako że akty prawa wspólnotowego nie regulują odrębnie sytuacji pracowników pracujących z wykorzystaniem technologii informatyczno-komunikacyjnych, poniższe uwagi będą dotyczyły definicji przyjętych w polskim prawie pracy.

Pojęcie „praca zdalna”, „telepraca” i „*home office*” (lub „*home-based working*”) w praktyce najczęściej (błędnie) używa się zamiennie. Na gruncie prawa pracy nie są to jednak pojęcia tożsame – nie każdy pracujący z komputerem w domu jest telepracownikiem. Zgodnie z definicją zawartą w polskim Kodeksie pracy za telepracownika uważa się jedynie pracownika, który wykonuje pracę: (1) regularnie poza zakładem pracy, (2) z wykorzystaniem środków komunikacji elektronicznej (telepracę) i który (3) przekazuje wyniki tejże pracy za pośrednictwem tych środków komunikacji.

Telepracę od innych przypadków zdalnego świadczenia pracy odróżnia regularność wykonywania obowiązków służbowych poza zakładem pracy. Nie jest telepracą wykonywanie pracy z domu jedynie incydentalnie (np. w przypadku choroby dziecka lub awarii w biurze), co jest cechą charakterystyczną *home office*.

Można przy tym uzgodnić, że pracownik przez część swojego czasu pracy (np. w konkretne dni w tygodniu) będzie wykonywał pracę z domu, a w pozostałym zakresie będzie pracował z biura pracodawcy. Prawo pracy nie określa ani minimalnej liczby godzin lub dni pracy poza zakładem pracy, ani też proporcji czasu pracy zdalnej do pracy w zakładzie pracy, które przesądzałyby jednoznacznie o tym, że pracownik może zostać uznany za

telepracownika. Pracownik korzystający z *home office* może więc zostać uznany za telepracownika, jeżeli praca zdalna stanie się regularnym sposobem świadczenia przez niego pracy i odwrotnie – może utracić status telepracownika, gdy zacznie korzystać z pracy zdalnej jedynie okazjonalnie (np. pracodawca zbyt często będzie wymagał od telepracownika pracy z biura).

Inaczej niż *home office*, telepraca nie jest ograniczona do pracy wyłącznie z miejsca zamieszkania pracownika. Telepracownik może świadczyć pracę również z innych miejsc, byle znajdowały się one poza zakładem pracy pracodawcy (np. z wynajętego przez siebie biura czy przestrzeni coworkingowej).

Tutaj ujawnia się pierwszy (ale niejedyne) mankament polskiej regulacji telepracy. Przepisy Kodeksu pracy nie wyłączają obowiązku określenia w umowie o pracę miejsca pracy telepracownika ani nie ustanawiają odrębnych zasad w tym zakresie (choć w doktrynie pojawiają się opinie, że w przypadku telepracowników takiego obowiązku nie ma). Określenie miejsca pracy może być więc wyzwaniem w przypadku tzw. telepracy nomadycznej (mobilnej), czyli sytuacji, gdy telepracownik nie wykonuje pracy z jednego stałego miejsca, ale świadczy pracę z miejsca aktualnego pobytu (jeśli istnieją warunki techniczne pozwalające na łączność z pracodawcą). Wątpliwe prawnie jest uzgodnienie miejsca pracy jako terytorium całego kraju, całej Unii Europejskiej lub wręcz całego świata, czy też miejsca każdorazowo wybranego przez pracownika.

Zasygnalizujemy tu jedynie, że uzgodnienie z telepracownikiem miejsca pracy poza Polską może rodzić dalsze konsekwencje prawne, w szczególności w zakresie prawa właściwego i tym samym warunków pracy i płacy obowiązujących pracownika oraz rozliczania tych świadczeń na gruncie prawa podatkowego i ubezpieczeń społecznych.



Praca zdalna w projektowanym kształcie będzie obejmować zarówno obecną telepracę, pracę zdalną znaną z przepisów antykryzysowych i *home office*. Nowe przepisy mają wejść w życie w I kwartale 2021 r.

Praca zdalna: na czas pandemii czy na stałe?

Ustawy antykryzysowe (tzw. tarcze) wprowadziły do polskiego porządku prawnego definicję pracy zdalnej: jest to praca określona w umowie o pracę pracownika, która na polecenie pracodawcy i w celu przeciwdziałania COVID-19 jest wykonywana przez czas oznaczony poza jej stałym miejscem wykonywania.

Praca zdalna jest więc obecnie rozwiązaniem tymczasowym i wyjątkowym, ustanowionym w związku z pandemią COVID-19. Praca zdalna nie jest telepracą i nie stosuje się do niej szczególnych przepisów o telepracy, w tym ograniczeń odpowiedzialności pracodawcy za zapewnienie bezpiecznych i higienicznych warunków pracy. Od kodeksowej telepracy różni ją m.in. to, że nie musi być wykonywana ani jej wyniki nie muszą być przekazywane pracodawcy wyłącznie za pomocą środków bezpośredniego porozumiewania się na odległość. Inaczej też niż telepraca, praca zdalna nie wymaga porozumienia z pracownikiem. Pracodawca może jednostronnie, wyłącznie w drodze polecenia (wydanego w dowolnej formie), zmienić uzgodnione umownie miejsce wykonywania pracy (nie jest wymagana formalna zmiana umowy o pracę).

Szczególne przepisy tarcz antykryzysowych były wstępem do szerszej regulacji pracy

zdalnej, o którą od lat zabiegały organizacje pracodawców. Pod koniec września 2020 r. do konsultacji w ramach Rady Dialogu Społecznego trafił projekt zmian w Kodeksie pracy, który zakłada zastąpienie dotychczasowych przepisów o telepracy szczegółowymi uregulowaniami dotyczącymi pracy zdalnej. Pracą zdalną byłaby zgodnie z tym projektem praca wykonywana całkowicie lub częściowo poza siedzibą pracodawcy lub poza innym stałym miejscem świadczenia pracy określonym w umowie o pracę lub wskazanym przez pracodawcę, w szczególności z wykorzystaniem środków bezpośredniego porozumiewania się na odległość. Oznacza to, że praca zdalna w projektowanym kształcie będzie obejmować zarówno obecną telepracę, pracę zdalną znaną z przepisów antykryzysowych i *home office*. Nowe przepisy mają wejść w życie w I kwartale 2021 r.

Czas pracy czy czas prywatny?

Zasady dotyczące czasu pracy są jednym z głównych mankamentów telepracy – zarówno z punktu widzenia pracodawców, jak i zatrudnionych. Ani obecne przepisy dotyczące telepracy, ani projekt nowelizacji Kodeksu pracy nie przewidują szczególnych zasad dotyczących czasu pracy telepracowników i sposobu jego rozliczania. Oznacza to, że do osób pracujących zdalnie mają zastosowanie wszystkie normy czasu pracy >>>

i odpoczynku oraz pracy w godzinach nadliczbowych, jak też obowiązki w zakresie ewidencjonowania czasu pracy. W praktyce kontrolowanie czasu pracy telepracownika i jego rzetelne rozliczanie (nawet przy wsparciu dodatkowych rozwiązań technicznych jak elektroniczna lista obecności czy aplikacje mierzące czas pracy) jest niemożliwe lub znacząco utrudnione.

Osoby pracujące poza zakładem pracy powszechnie obejmowane są zadaniowym systemem czasu pracy, gdzie kluczowe jest wykonanie przez pracownika konkretnych zadań, a nie jego dostępność w określonych godzinach. Nie jest to jednak rozwiązanie idealne z punktu widzenia pracodawcy, ponieważ nie zwalnia całkowicie firmy z obowiązku prowadzenia ewidencji czasu pracy (zwalnia jedynie z rejestrowania godzin pracy) ani nie wyklucza konieczności rekompensaty z tytułu nadgodzin (w przypadku telepracowników praca w godzinach nadliczbowych może być jednak rozliczana w formie stałego miesięcznego ryczałtu). Niemożność prawidłowej kontroli czasu pracy przez pracodawcę, z połączeniu z powszechną wśród pracowników praktyką „nadgania” obowiązków służbowych

poza godzinami pracy (przy milczącym przyzwoleniu przełożonych), rodzi dla firm ryzyko konieczności rekompensaty takiej ponadwymiarowej pracy, a w skrajnych przypadkach także ryzyko odpowiedzialności karnej z tytułu nieprzestrzegania norm czasu pracy i odpoczynku pracowników. W przypadku pracy zdalnej pracodawca jest w lepszej sytuacji, jako że tarcza 4.0 przyznała firmom uprawnienie do zobowiązania pracowników do prowadzenia ewidencji wykonanych czynności, uwzględniającej m.in. datę oraz czas ich wykonania.

Prawo do bycia *offline*

Z punktu widzenia pracowników wadą pracy zdalnej jest zatarcie się granicy między czasem prywatnym i zawodowym, nieprzewidywalność godzin pracy oraz wytworzenie kultury „stałe dostępnego pracownika”. Problem ten nasilił się w okresie pandemii COVID-19.

W odpowiedzi w Parlamencie Europejskim rozpoczęto prace nad dyrektywą ustanawiającą prawo osób zatrudnionych do bycia *offline* (tj. do nieangażowania się,

bezpośrednio lub pośrednio, w działania związane z pracą zawodową lub komunikację za pomocą narzędzi cyfrowych poza czasem pracy). Naruszenie tego prawa przez firmę byłoby uzasadnione jedynie w wyjątkowych okolicznościach i musiałoby zostać zrekompensowane czasem wolnym lub wynagrodzeniem. Pracownicy nie mogliby przy tym ponosić jakichkolwiek negatywnych konsekwencji korzystania z tego prawa. Dotychczas jedynie kilka krajów członkowskich UE przyjęło regulacje prawne przewidujące prawo do wyłączenia się (Francja, Belgia, Włochy i Hiszpania).

W Polsce nie wprowadzono wyraźnego prawa pracownika do bycia *offline*, ale takie prawo można wywieść z orzecznictwa sądów pracy i Sądu Najwyższego – co do zasady pracownik nie ma obowiązku odbierać telefonu ani odpowiadać na e-maile po godzinach pracy ani w trakcie urlopu. Co więcej, kontaktowanie się z pracownikiem w sprawach zawodowych po godzinach pracy może w skrajnych przypadkach zostać uznane za mobbing (tak orzekł np. Sąd Okręgowy w Lublinie w wyroku z 20 czerwca 2018 r., VIII Pa 86/18). Wyjątkiem jest sytuacja, gdy pracownik zostanie zobowiązany do pełnienia dyżuru, czyli pozostawania w gotowości do świadczenia pracy poza normalnymi godzinami pracy (w miejscu wskazanym przez pracodawcę, w tym w domu). Czas dyżuru nie może naruszać prawa pracownika do odpoczynku dobowego i tygodniowego. Powinien on też zostać pracownikowi zrekompensowany czasem wolnym albo wynagrodzeniem (z wyjątkiem sytuacji, gdy dyżur jest pełniony w domu).

Rachunek za pracę zdalną

Możliwość pracy z domu jest zazwyczaj postrzegana jako dodatkowy benefit dla pracownika, znacząco podnoszący atrakcyjność pracy w danej firmie, jak również źródło oszczędności, głównie po stronie pracodawcy. Nie oznacza to jednak, że koszty pracy domowej ponosi wyłącznie pracownik.

Pod koniec czerwca 2020 r.
w związku z pandemią
10,2% pracujących Polaków
wykonywało pracę zdalnie (GUS).

10,2%

W kwietniu 2020 r. ok. 37%
respondentów z krajów europejskich
zostało zmuszonych przez COVID-19
do pracy z domu (Eurofound).

37%

Dla porównania w 2019 r. jedynie 5,4%
zatrudnionych w UE regularnie
pracowało zdalnie z miejsca
zamieszkania (Eurostat).

5,4%

OBOWIĄZUJĄCY KODEKS PRACY		TARCZA 4.0 OD 24 CZERWCA 2020 R.	PROJEKT NOWELIZACJI KODEKSU PRACY PLANOWANY W I KWARTALE 2021 R.
PRACA ZDALNA	Nazwa zwyczajowa, bez definicji prawnej	Praca określona w umowie o pracę, która na polecenie pracodawcy i w celu przeciwdziałania COVID-19 jest wykonywana przez czas oznaczony poza jej stałym miejscem wykonywania. Brak regulacji dotyczących BHP. Narzędzia i materiały do pracy zapewnia pracodawca, brak regulacji odnośnie kosztów wykorzystania narzędzi i materiałów niezbędnych do pracy stanowiących własność pracownika.	Ujednolicone pojęcie pracy zdalnej Praca wykonywana całkowicie lub częściowo poza siedzibą pracodawcy lub poza innym stałym miejscem świadczenia pracy określonym w umowie o pracę lub wskazanym przez pracodawcę, w szczególności z wykorzystaniem środków bezpośredniego porozumiewania się na odległość. Częściowa modyfikacja dotychczasowych zasad odnośnie kosztów narzędzi i materiałów niezbędnych do pracy i BHP, w tym pracownik będzie odpowiedzialny za właściwą organizację stanowiska pracy zdalnej.
HOME OFFICE	Nazwa zwyczajowa, brak regulacji prawnej. Generalnie rozumiana jako praca wykonywana incydentalnie poza zakładem pracy (np. w przypadku choroby dziecka lub awarii w biurze), wyłącznie w miejscu zamieszkania pracownika. Wyniki pracy przekazywane elektronicznie. Pracodawca nie ma obowiązku zapewnić narzędzi pracy (choćby zwykle pracownik korzysta ze służbowego sprzętu). Pracodawca w pełni odpowiedzialny za BHP.		
TELEPRACA	Praca wykonywana regularnie poza zakładem pracy, z wykorzystaniem środków komunikacji elektronicznej. Wyniki pracy przekazywane elektronicznie. Pracodawca ponosi koszty narzędzi i materiałów niezbędnych do pracy i jest odpowiedzialny za BHP.		

Co do zasady to na pracodawcy ciąży obowiązek zapewnienia pracownikowi narzędzi i materiałów niezbędnych do wykonywania pracy. W przypadku telepracy firma musi:

- dostarczyć pracownikowi sprzęt konieczny do wykonywania telepracy,
- zapewnić pracownikowi szkolenie z jego obsługi i pomoc techniczną,
- pokryć koszty związane z ubezpieczeniem, instalacją, serwisem, eksploatacją i konserwacją udostępnionego sprzętu.

Polskie prawo dopuszcza modyfikację tej zasady w odrębnej umowie z telepracownikiem. W szczególności brzmienie przepisów sugeruje, że wskazane koszty mogą być w całości ponoszone przez pracownika (choćby pojawiają się głosy wykluczające taką możliwość). Strony mogą się też umówić, że pracownik będzie wykorzystywał własny sprzęt do celów służbowych.

W takim jednak przypadku pracownik ma prawo do ekwiwalentu pieniężnego, którego wysokość będzie odzwierciedlać normy zużycia sprzętu, ilość materiałów wykorzystanych na cele służbowe oraz ich udokumentowane ceny rynkowe.

Najwięcej kontrowersji wzbudza rekompensata pracownikowi pracującemu z domu kosztów dostępu do internetu oraz kosztów większego zużycia wody czy prądu. W naszej ocenie pracodawca powinien partycypować w kosztach dostępu do internetu. Nie ma natomiast podstaw prawnych, by pracownik mógł żądać zwrotu podwyższonych kosztów użytkowania lokalu mieszkalnego.

Inaczej niż w przypadku telepracy, przepisy o pracy zdalnej nie przewidują wprost jakiegokolwiek rekompensaty pracownikowi kosztów korzystania z prywatnego sprzętu i materiałów.

Projekt nowelizacji Kodeksu pracy modyfikuje obecną regulację odnośnie do kosztów telepracy, ale obecna propozycja nowych przepisów nie odpowiada w pełni oczekiwaniom ani organizacji pracodawców, ani związków zawodowych.

Bezpieczeństwo przede wszystkim

Do szerszego korzystania z telepracy i pracy zdalnej zniechęca też firmy kwestia bezpieczeństwa i higieny pracy w miejscu świadczenia pracy. Trudno dopełnić obowiązków BHP, jeśli pracodawca nie ma pełnej kontroli nad warunkami panującymi w danym miejscu pracy, zwłaszcza w domu pracownika.

W przypadku telepracy generalna odpowiedzialność firmy za zapewnienie bezpiecznych i higienicznych warunków



pracy zmienia się tylko o tyle, że wobec telepracownika pracującego z domu pracodawca zostaje zwolniony z enumeratywnie określonych obowiązków (m.in. dotyczących pomieszczeń pracy). Pozostałe obowiązki BHP muszą być realizowane w pełnej rozciągłości, z uwzględnieniem rodzaju i warunków pracy.

Szczególnym wyzwaniem może być realizacja obowiązków pracodawcy w razie wypadku przy pracy. Z naszej praktyki wynika, że trudności może nastręczać ustalenie, czy wypadek miał miejsce w trakcie wykonywania czynności służbowych, szczególnie jeżeli pracownik nie współpracuje przy ustaleniu okoliczności zdarzenia (np. nie chce wpuścić do domu zespołu powypadkowego).

Przepisy tarczy 4.0 w ogóle nie odnoszą się do zagadnień BHP – pracę zdalną można polecić pracownikowi, o ile potwierdzi on, że ma ku temu warunki lokalowe. Ustawa nie precyzuje, jakie minimalne standardy ma spełniać miejsce pracy zdalnej (w warunkach polskich duża część pracowników może uznać, że nie ma odpowiednich warunków do pracy zdalnej) ani jak pracodawca ma zweryfikować oświadczenie pracownika.

Projekt nowelizacji Kodeksu pracy jedynie częściowo odpowiada na postulaty organizacji pracodawców, ponieważ w zakresie BHP w dużej mierze powtarza on dotychczasowe przepisy dotyczące telepracy. Korzystną dla firm zmianą jest przerzucenie na pracownika odpowiedzialności za właściwą organizację stanowiska pracy zdalnej i wprowadzenie sankcji za odmowę współpracy w ramach postępowania powypadkowego (pracodawca może wówczas nie uznać zdarzenia za wypadek przy pracy).

Co warto zmienić?

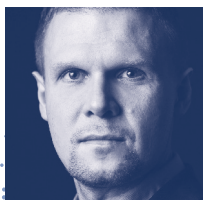
Cieszy, że ustawodawca rozpoczął prace nad zmianami dotyczącymi pracy zdalnej, natomiast sam projekt nowelizacji Kodeksu pracy trudno ocenić jednoznacznie. Na tym etapie prac można jednak liczyć, że w toku rozmów z partnerami społecznymi i prac parlamentarnych zostaną wypracowane rozwiązania, które ułatwią szersze korzystanie z pracy zdalnej, przy zachowaniu minimalnych standardów ochrony pracowników.

Pandemia COVID-19 pokazała, jak bardzo te zmiany są oczekiwane. Aby nowa regulacja faktycznie zachęcała do korzystania z telepracy, w naszej ocenie powinna ona uwzględniać następujące zagadnienia:

- **Większe odformalizowanie pracy zdalnej.** Warto rozważyć ograniczenie ustawowego obowiązku zawierania porozumienia o telepracy ze związkami zawodowymi do pracodawców zatrudniających powyżej 50 osób (tak jest w przypadku regulaminu pracy i wynagradzania). Dobrze byłoby też odformalizować korzystanie z pracy zdalnej w sposób incydentalny i przez krótki okres (np. w przypadku choroby dziecka).
- **Zasady ewidencjonowania i rozliczania czasu pracy zdalnej.** Rozwiązania dotyczące czasu pracy powinny uwzględniać fakt, że prawidłowa kontrola czasu pracy zdalnej w praktyce bywa fikcją. Możliwe są dwa kierunki zmian legislacyjnych. Można zwolnić pracodawców z obowiązku ewidencjonowania godzin pracy zdalnej, niezależnie od obowiązującego systemu czasu pracy pracownika zdalnego (rozwiązanie to może spotkać się

z oporem strony związkowej, ponieważ nie chroni pracowników przed wykonywaniem nieodpłatnej pracy lub nadmiernej pracy ponad umówiony wymiar godzin). Można też wprowadzić narzędzia pozwalające na prawidłowe wykonywanie obowiązku ewidencyjnego (np. możliwość zobowiązania pracowników do prowadzenia ewidencji czasu pracy zdalnej na wzór rozwiązania wprowadzonego przez tarczę 4.0 lub obowiązującego kontraktorów).

- **Odpowiedzialność pracodawcy w obszarze bezpieczeństwa i higieny pracy.** Postulowane jest dalsze ograniczenie obowiązków BHP spoczywających na pracodawcy, gdy praca zdalna jest wykonywana w miejscu, gdzie wpływ pracodawcy jest ograniczony (w tym w domu pracownika), szczególnie w zakresie postępowania powypadkowego. Warto poddać pod dyskusję postulat organizacji pracodawców, żeby w takich przypadkach ciężar udowodnienia, że wypadek miał miejsce w związku z pracą, został przeniesiony na pracownika. Dodatkowo proponujemy, by jednoznacznie wskazać zakres obowiązków BHP wobec pracownika wykonującego pracę zdalną (obecne brzmienie przepisów rodzi spore wątpliwości interpretacyjne wśród pracodawców).
- **Kwestia opłat za internet i inne media** w przypadku pracy zdalnej wykonywanej z domu. Określenie ustawowo sztywnej kwoty ryczałtu nie wydaje się rozwiązaniem optymalnym, warto raczej pozostawić uregulowanie tej kwestii do swobodnej decyzji stron. ●



DR SZYMON KUBIAK
radca prawny, wspólnik,
LL.M. (Harvard),
praktyka prawa pracy



ANNA KLUIJ
radca prawny,
praktyka prawa pracy

Kłopotliwy (szczególnie w realiach COVID-19) obowiązek informacyjny agencji pracy tymczasowej

Niełożenie w terminie informacji o działalności agencji zatrudnienia może skutkować wykreśleniem agencji z rejestru, czyli uniemożliwieniem jej dalszej działalności.

Czy takiej sankcji można uniknąć?

I czy faktycznie jest to sankcja proporcjonalna do naruszenia?

W czasie pandemii nasi klienci prowadzący działalność w formie agencji zatrudnienia zaczęli mieć poważne i uzasadnione obawy dotyczące załamania na rynku pracy i trudności w świadczeniu usług. Stany faktyczne, z którymi się do nas zwracali w ostatnim roku, wskazują, że dochowanie wszystkich wymogów formalnych przewidzianych dla agencji zatrudnienia było w tym czasie niezwykle trudne.

Dotyczyło to także wymogu przedkładania rocznej informacji o działalności agencji zatrudnienia, postrzeganego jako obowiązek sprawozdawczy. Z naszych obserwacji wynika, że trudności z realizacją tego obowiązku miały przede wszystkim agencje z organami decyzyjnymi za granicą i ograniczoną obecnością na terenie Polski. Zagrożenie było zaś realne, gdyż sankcją za zaniechanie tego obowiązku jest wykreślenie agencji z rejestru podmiotów prowadzących agencje zatrudnienia – trudno wyobrazić sobie sankcję dla agencji dotkliwszą. W tym kontekście należało zadać co najmniej dwa pytania:

- co powinna zrobić agencja pracy tymczasowej, której w związku z niedopełnieniem tego obowiązku grozi wykreślenie z rejestru?
- czy sankcja wykreślenia z rejestru jest adekwatna i proporcjonalna do naruszenia – szczególnie w realiach pandemii COVID-19?

Składanie informacji rocznej

Agencja pracy tymczasowej jest jednym z rodzajów agencji zatrudnienia funkcjonujących na polskim rynku. Świadczenie takich usług to działalność regulowana, dla której wymagane jest uzyskanie wpisu do rejestru podmiotów prowadzących agencje zatrudnienia. Rejestr ten prowadzony jest przez marszałka województwa właściwego dla siedziby agencji zatrudnienia. Wiąże się to także z koniecznością spełnienia określonych wymogów i realizacji przez agencję zatrudnienia szeregu obowiązków. Jednym z nich jest obowiązek złożenia corocznej informacji ze swojej działalności do 31 stycznia kolejnego roku kalendarzowego.

ZAKRES INFORMACJI ROCZNEJ SKŁADANEJ PRZEZ AGENCJĘ ZATRUDNIENIA

- liczba osób, które podjęły pracę za pośrednictwem agencji zatrudnienia
- liczba pracodawców korzystających z usług doradztwa personalnego i poradnictwa zawodowego
- liczba osób korzystających z poradnictwa zawodowego
- liczba osób skierowanych przez agencję zatrudnienia do pracy tymczasowej
- informacja o zrzeszeniu agencji zatrudnienia w związkach branżowych

Informację w tym zakresie agencja zatrudnienia przekazuje marszałkowi województwa prowadzącego rejestr, do którego wpisana jest agencja.

Agencja musi także informować marszałka województwa o każdej zmianie takich danych jak oznaczenie podmiotu, adres siedziby, adres lokalu, w którym agencja prowadzi działalność, a także numer telefonu.

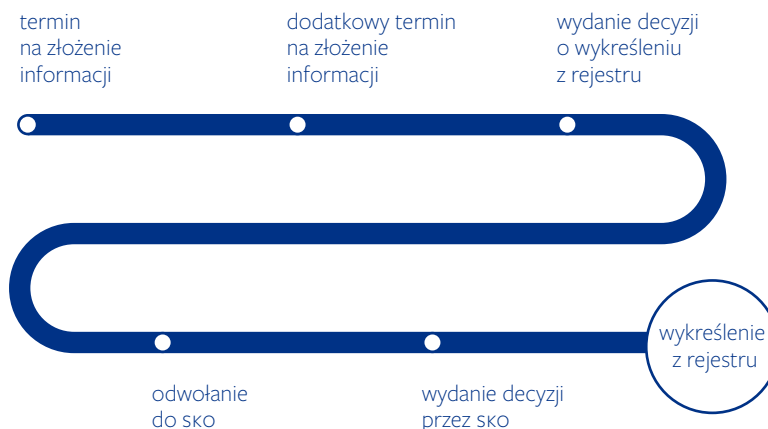
Poważne konsekwencje zaniedbania obowiązku

Niezłożenie w terminie informacji o działalności agencji zatrudnienia lub aktualizacji danych wiąże się z daleko idącymi konsekwencjami, o czym przekonało się już – niestety bardzo boleśnie – wiele podmiotów działających na tym rynku. Złożenie tego rodzaju informacji uznaje się za warunek konieczny prowadzenia działalności agencji zatrudnienia. Niespełnienie takiego warunku powoduje wszczęcie postępowania administracyjnego w sprawie wykreślenia agencji z rejestru podmiotów prowadzących agencje zatrudnienia. W ramach tego postępowania marszałek województwa wyznacza agencji zatrudnienia termin na przedłożenie zaległej informacji, a w przypadku jego niedochowania – wydaje decyzję o wykreśleniu agencji z rejestru. Agencja może odwołać się od takiej decyzji do właściwego samorządowego kolegium odwoławczego. Tak wydana decyzja SKO jest prawomocna, ale może być zaskarżona do sądu administracyjnego.

Trudna droga do uchylenia decyzji o wykreśleniu z rejestru...

Co w takiej sytuacji powinna zrobić agencja? Agencje zatrudnienia, wobec których wydano decyzję o wykreśleniu z rejestru, często decydują się na złożenie odwołania. Na szali jest możliwość dalszego prowadzenia działalności, zapewnienie zatrudnienia bardzo licznej niekiedy grupie pracowników tymczasowych i reputacja w oczach klientów – pracodawców użytkowników. Niestety, jak pokazuje praktyka, takie odwołanie na ogół okazuje się nieskuteczne. Uzasadniając wydanie takiej decyzji, organy wskazują, że w świetle przepisów prawa marszałek województwa ma obowiązek wykreślić z rejestru agencję, która nie złożyła wymaganej informacji. Wskazują też, że agencje zatrudnienia prowadzą działalność regulowaną i jako podmioty profesjonalne (bez względu na nadzwyczajne okoliczności światowej pandemii COVID-19) powinny dochowywać obowiązujących je wymagań, co ma w ocenie organu chronić osoby świadczące pracę za ich pośrednictwem.

PROCEDURA WYKREŚLENIA Z REJESTRU PODMIOTÓW PROWADZĄCYCH AGENCJE ZATRUDNIENIA



Taką argumentację można jeszcze zrozumieć w sytuacji, gdy agencja zatrudnienia nie przedstawiła informacji w wyznaczonym terminie. Często jednak organy wydają taką decyzję także wtedy, gdy np. w przesłanej informacji rocznej są drobne braki lub błędy, takie jak oczywiste literówki w adresie siedziby agencji, a nawet nieczytelny podpis pod taką informacją. W podobnych sprawach sądy administracyjne zwracają uwagę na zbyt formalistyczne podejście organów i wydawały ostatecznie rozstrzygnięcia na korzyść agencji zatrudnienia. Sądy słusznie wskazywały, że taka praktyka jest niedopuszczalna, gdyż oczywiste niedokładności nie mogą świadczyć o niewywiązaniu się przez agencję zatrudnienia z jej obowiązków. W pewnych okolicznościach możliwe jest zatem skuteczne zakwestionowanie decyzji o wykreśleniu z rejestru podmiotów prowadzących agencje zatrudnienia.

Często organy pomijają także fakt, że dodatkowy termin na przesłanie wymaganej informacji nie jest określony w przepisach prawa, więc decyzja w tym zakresie należy do samego organu. Mimo to organy w praktyce wyznaczają 7-dniowy termin na uzupełnienie takiej informacji i nie wyrażają zgody na jego przedłużenie. Dochowanie tak krótkiego terminu było szczególnie trudne w ostatnich miesiącach, gdy także agencje zatrudnienia (w tym posiadające rzeczywiste centra decyzyjne za granicą) musiały zmierzyć się z trudnościami związanymi z epidemią COVID-19, w szczególności kwarantanną swoich polskich pracowników, jeszcze przed wprowadzeniem przepisów zawieszających bieg terminów administracyjnych.



W przypadku działalności z zakresu pracy tymczasowej lub pośrednictwa pracy w zakresie kierowania do pracy za granicą grzywna może wynosić nawet 100 000 zł.

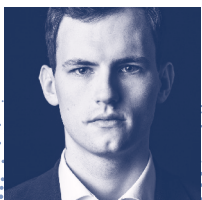
... i jeszcze trudniejsze konsekwencje wydania takiej decyzji

Agencja zatrudnienia, która nie zdecyduje się na zaskarżenie do sądu administracyjnego decyzji o wykreśleniu z rejestru podmiotów prowadzących agencje zatrudnienia, powinna pamiętać, że prowadzenie takiej działalności bez wymaganego wpisu stanowi wykroczenie zagrożone grzywną. W przypadku działalności z zakresu pracy tymczasowej lub pośrednictwa pracy w zakresie kierowania do pracy za granicą grzywna może wynosić nawet 100 000 zł. Ukaranie za takie wykroczenie pozbawia także możliwości prowadzenia takiej działalności w przyszłości. Widać więc, jak drakońskie konsekwencje mogą spotkać agencję zatrudnienia, która nie wywiązała się z obowiązku informacyjnego.

O ironio, znacznie mniej dotkliwie są karane te agencje pracy tymczasowej, które „jedynie” naruszają przepisy dotyczące maksymalnego okresu kierowania pracownika tymczasowego do pracy tymczasowej. Taki podmiot może w dalszym ciągu prowadzić swoją działalność, zaś ewentualna grzywna za takie naruszenie nie może przekraczać kwoty 30 000 zł.

Gdzie ta proporcjonalność sankcji?

Zastanawiając się nad adekwatnością i proporcjonalnością sankcji do naruszenia (szczególnie w realiach pandemii COVID-19), należy wziąć pod uwagę, że coroczna informacja o działalności agencji zatrudnienia ma *de facto* wartość jedynie statystyczną. Zdarzały się też przypadki wykreślenia z rejestru agencji zatrudnienia, które nie poinformowały o zmianie adresu lokalu (np. w związku z przeniesieniem się w związku z pracą zdalną do mniejszego biura). Jeżeli w wyniku takiej decyzji zatrudnienie utraci np. kilka tysięcy pracowników tymczasowych, to można się zastanawiać, czy jest to sankcja proporcjonalna do celu, jakim jest zapewnienie ochrony osobom korzystającym z usług takich agencji. Należy wspomnieć, że w toku prac nad dalszym zaostrzeniem tych przepisów (propozycja nie została ostatecznie przeformułowana) np. Konfederacja Lewiatan postulowała taką ich zmianę, która pozwoli organom na gradację sankcji zależnie od stopnia naruszenia przepisów. Na pewno jest to pomysł wart rozważenia i powrotu do niego. W obecnym stanie prawnym sankcje w założeniu odstraszaające od naruszania przepisów mogą w praktyce odstraszać... od prowadzenia działalności w formie agencji zatrudnienia. A to nie jest korzystne dla rynku pracy wymagającego w tych trudnych czasach więcej elastyczności niż kiedykolwiek. ●



WOJCIECH MARSZAŁKOWSKI

adwokat,
Taxation LL.M. (Georgetown),
praktyka podatkowa



MICHAŁ NOWACKI

wspólnik, radca prawny,
doradca podatkowy, praktyka podatkowa

Zdrowy rozsądek, intelektualna spójność i wysoka staranność – trzy kluczowe normy dotyczące cen transferowych w 2021 r.

Zawirowania w światowej i lokalnej gospodarce w 2020 r. spowodowały zmianę warunków rynkowych. Odmieniona rzeczywistość, w której funkcjonują przedsiębiorcy, wpływa także na przebieg transakcji pomiędzy podmiotami powiązanymi, które zobowiązane są ustalać warunki transakcji wewnątrzgrupowych, naśladując zachowania rynkowe. Brak utrwalonych standardów na rynku w dobie COVID-19 powoduje, że przedsiębiorcy muszą polegać na ograniczonym zestawie informacji i zdrowym rozsądku.

Podmioty powiązane, w tym wielonarodowe przedsiębiorstwa, zobowiązane są ustalać ceny w transakcjach wewnątrzgrupowych na warunkach, na jakich dokonują ich podmioty, których nie łączą definiowane prawem więzy (zasada ceny rynkowej).

Najczęściej zgodność warunków transakcji wewnątrzgrupowych z zasadą ceny rynkowej jest potwierdzana przez porównanie ich do warunków podobnych transakcji, na które wpływu nie mają powiązania, lub poprzez porównanie wyniku finansowego realizowanego w związku z taką transakcją z wynikami notowanymi przez przedsiębiorców działających na rynku (analiza porównawcza).

W większości przypadków właściwe dane do takiego porównania można znaleźć w bazach danych zawierających informacje o wynikach finansowych notowanych przez przedsiębiorstwa w poprzedzających latach oraz transakcjach, które miały miejsce w mniej lub bardziej odległej przeszłości.

Ceny transferowe lubią ciszę

Bezprecedensowe zmiany na rynkach wywołane przez COVID-19 spowodowały, że dane pochodzące sprzed pandemii w istotnym stopniu utraciły walor porównywalności. Lokalnie i w skali całego świata w 2020 r. w wielu sektorach odnotowano zaburzenia popytu, zakłócenie dostaw, wymuszoną pandemią zmianę zasad funkcjonowania przedsiębiorstw, obniżenie rentowności prowadzonej działalności, utratę wiarygodności dłużników i podwyższone ryzyko związane z inwestowaniem i pożyczaniem kapitału.

PODSUMOWANIE WYTYCZNYCH OECD W KWESTII CEN TRANSFEROWYCH

Dokonując analizy cen transferowych, podatnicy mogą napotkać przeszkody, obok których nie mogą przejść obojętnie. W celu ochrony swoich interesów podatnicy powinni:

- dochować **wysokiej staranności** w gromadzeniu i dokumentowaniu informacji dotyczących transakcji wewnątrzgrupowej, swojej działalności, działalności innych podmiotów działających na rynku oraz kondycji rynku,
- wobec niewystarczającego dostępu do informacji, działać na zasadzie **zdrowego rozsądku** przy doborze danych do analizy i wstrzemięźliwie podchodzić do pokusy zmiany zasad rozliczeń wewnątrzgrupowych w celu osiągnięcia pożądanego, a nie właściwego rezultatu ekonomicznego,
- zachować **spójność intelektualną** w uzasadnianiu relacji pomiędzy zdarzeniami gospodarczymi, rozliczeniami wewnątrzgrupowymi a profilem działalności podmiotu powiązanego.

W takich warunkach trzeba poszukać nowych punktów odniesienia.

Wymuszona gimnastyka, którą wykonują podmioty powiązane, żeby dostosować warunki transakcji wewnątrzgrupowych do warunków rynkowych, rozpoczyna się od zdiagnozowania:

- jak pandemia wpłynęła na zasady działania przedsiębiorstwa i wyniki finansowe,
- jakie czynności podjęto dotychczas w ramach zarządzania wyzwaniami związanymi z pandemią,
- czy zostały zaburzone zasady, na których opiera się współpraca z podmiotami powiązanymi (polityka cen transferowych).

Autodiagnoza powinna zostać starannie udokumentowana, gdyż może mieć ona decydujące znaczenie w przypadku konfrontacji z administracją skarbową.

Wędka zamiast ryby

Ministerstwo Finansów wstrzymywało się dotychczas z przygotowaniem lub

publikacją objaśnień podatkowych dotyczących cen transferowych w okresie pandemii i w okresie postpandemicznym. Pojedyncze zmiany przepisów złagodziły jedynie wybrane obciążenia administracyjne spoczywające na podatnikach w okresie pandemii. Takie zachowanie miało być powodowane chęcią uprzedniego uzgodnienia lokalnych objaśnień z wyczekiwanymi *Wytocznymi OECD w zakresie wpływu COVID-19 na ceny transferowe*. Ostatecznie wytyczne te zostały opublikowane w połowie grudnia 2020 r. i objęły cztery obszary:

1. wpływ pandemii na analizę porównawczą,
2. występowanie straty oraz alokację kosztów związanych z pandemią,
3. wpływ rządowych programów wsparcia na ceny transferowe,
4. wpływ pandemii na istniejące i negocjowane uprzednie porozumienia cenowe.

Wytyczne OECD będą w najbliższym czasie najważniejszym punktem odniesienia dla podatników, ich doradców i administracji podatkowych. Powszechne jest jednak oczekiwanie, że Ministerstwo Finansów zajmie stanowisko w przedmiocie omówionych

tam zasad, by dać podatnikom elementarne poczucie komfortu, że za dwa lata nie zostaną uwikłani w niepotrzebny spór z administracją skarbową.

Ze swojej istoty wytyczne OECD nie mogą być zbiorem wiążących zasad. Są jednak nośnikami wielu istotnych wskazówek, które pomagają w zarządzaniu cenami transferowymi. Zasady te brzmią dość abstrakcyjnie, ale nabierają głębokiego sensu w momencie, gdy trzeba rozwiązać kłopotliwe zagadnienie związane z konkretną transakcją wewnątrzgrupową.

1. Wpływ pandemii na analizę porównawczą

Podatnicy, którzy w 2020 r. dokonali transakcji o istotnej wartości z podmiotami powiązanymi, mogą w 2021 r. być zobowiązani do sporządzenia dokumentacji cen transferowych zawierającej analizę porównawczą.

Wprowadzie raz sporządzona analiza porównawcza może być wykorzystywana przez kilka lat, jednak w przypadku istotnych



ANALIZA PORÓWNAWCZA – CZYM ZASTĄPIĆ/UZUPEŁNIĆ DANE HISTORYCZNE?

Przykłady dodatkowych źródeł informacji:

- publicznie dostępne informacje, w tym informacje dotyczące produktu krajowego brutto czy wskaźniki sektorowe publikowane przez rzetelne instytucje,
- informacje na temat zmiany wolumenu sprzedaży i źródeł tej zmiany w porównaniu z wcześniejszymi okresami,
- szczegółowe informacje dotyczące dodatkowych kosztów poniesionych w związku z pandemią lokalnie oraz w ramach grupy podmiotów powiązanych,
- informacje o wartości i charakterze wsparcia otrzymanego przez podmioty powiązane i podmioty działające na rynku,
- wnioski z porównania danych prognozowanych z danymi rzeczywistymi i powiązanie zidentyfikowanych różnic z wynikami w transakcjach wewnątrzgrupowych oraz ryzykami i funkcjami przypisanymi do podmiotów powiązanych.

zmian otoczenia gospodarczego konieczne jest sporządzenie nowej analizy. Analiza przygotowywana w odniesieniu do 2020 r. będzie musiała uwzględniać okoliczności dotyczące pandemii.

W uprzywilejowanej sytuacji są podatnicy, którzy z uwagi na charakter swojej działalności (np. dokonywanie podobnych transakcji z podmiotami powiązanymi i niepowiązanymi) są w stanie zidentyfikować rzetelne dane pochodzące z 2020 r.

Zazwyczaj jednak sporządzenie analizy porównawczej będzie utrudnione wobec nieuchronnej konieczności opierania się na danych historycznych. Ponieważ dane te nie będą w pełni adekwatne do okresu objętego analizą, wytyczne OECD wskazują na możliwość oparcia się na dodatkowych źródłach informacji w celu dokonania niezbędnych korekt zmierzających do osiągnięcia rozsądnego poziomu porównywalności.

Z uwagi na spodziewane trudności w wyprowadzaniu jednoznacznych i niepodważalnych wniosków wytyczne OECD

zawierają także postulat, by administracje podatkowe pozwalały podatnikom oprzeć się na rozsądnym osądzie biznesowym popartym starannie zgromadzonymi informacjami.

2. Występowanie straty oraz alokacja kosztów związanych z pandemią

Wiele dyskusji toczyło się wokół pytania, w jakim stopniu przedsiębiorstwa wielonarodowe mogą przypisać straty podmiotom o ograniczonym ryzyku. Odpowiadając na to pytanie, OECD odwołuje się do ogólnych zasad rządzących tym zagadnieniem. O zdolności do ponoszenia strat będzie

decydował katalog ryzyk przypisanych do zainteresowanego przedsiębiorcy. Podatnik, by uzasadnić ponoszenie straty, będzie zobowiązany wykazać, że ponoszone przez niego ryzyko zmaterializowało się, a jego finansowy efekt jest współmierny do ciężaru przypisanego do podmiotu.

Wytyczne OECD wskazują także, że korzystanie z różnych instytucji prawa cywilnego (np. modyfikacje umów wewnątrzgrupowych lub uchylenie się od odpowiedzialności poprzez powołanie się na siłę wyższą) powinno następować dopiero po wnikliwym zbadaniu zasadności takich działań i dostępnych alternatywnych scenariuszy działań. O ile podatnik raczej poradzi sobie z przeprowadzeniem i należyтым udokumentowaniem negocjacji wewnątrzgrupowych lub oceną możliwości powołania się na zdarzenie siły wyższej, o tyle trudno wyobrazić sobie wchodzenie z organem podatkowym w spór odnoszący się do instytucji prawa cywilnego lub oceny pozycji poszczególnych uczestników negocjacji.

3. Wpływ rządowych programów wsparcia na ceny transferowe

Wsparcie przedsiębiorców w celu przeciwdziałania skutkom kryzysu gospodarczego spowodowanego pandemią przybierało różne formy. Pomimo że ogólny charakter wsparcia był podobny w wielu krajach na całym świecie, programy te różniły się od



potencjalnie porównywalne podmioty powinny zostać starannie zbadane pod kątem tego, czy korzystały z instrumentów wsparcia i w jaki sposób przekłada się to na warunki dokonywanych przez nie transakcji

siebie istotnymi elementami, które mogą mieć wpływ na analizę cen transferowych. Z tego względu wytyczne OECD rekomendują bardzo wnikliwe badanie tego zagadnienia.

Autodiagnoza powinna obejmować m.in. identyfikację otrzymanego wsparcia, jego wartość oraz informację, w jakim stopniu korzyści te przeniesione zostały na klientów i dostawców.

Przedsiębiorcy powinni przeprowadzać analizę porównawczą, mając na uwadze, że dane lokalne będą prawdopodobnie bardziej wiarygodne niż dane zagraniczne (z uwagi na podobieństwo dostępnych form wsparcia), a potencjalnie porównywalne podmioty powinny zostać starannie zbadane pod kątem tego, czy korzystały z instrumentów wsparcia i w jaki sposób przekłada się to na warunki dokonywanych przez nie transakcji.

4. Wpływ pandemii na uprzednie porozumienia cenowe

Uprzednie porozumienia cenowe (APA) są swoistą umową pomiędzy podatnikiem



kluczem do rozwiązania problemów związanych z APA jest dialog pomiędzy podatnikami i administracją

a administracją podatkową, w której ustala się warunki transakcji wewnątrzgrupowych. Niekiedy zmiana warunków rynkowych lub wyników finansowych może wpłynąć na obowiązywanie APA. Wytyczne OECD wskazują, że kluczem do rozwiązania problemów związanych z APA jest dialog pomiędzy podatnikami i administracją. Niewątpliwie mogą pojawić się przypadki, w których APA nie będzie wykonywana wskutek pandemii, niemniej zaleca się, by identyfikować i dokumentować problemy związane z wykonywaniem APA i sprawnie komunikować się z administracjami podatkowymi.

Ministerstwo Finansów otwarcie deklaruje chęć dialogu z podatnikami w przypadku, gdyby zaistniały wątpliwości na gruncie wykonywania obowiązujących APA.

Taryfy ulgowej nie będzie

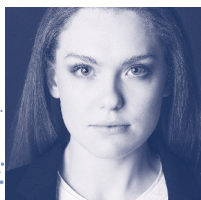
Statystyki dotyczące kontroli w obszarze cen transferowych wskazują, że jest to obszar istotnego zainteresowania administracji skarbowej. Nie można oczekiwać, że trend ten ulegnie zmianie. Trudności, które napotykały podatnicy w okresie pandemii, nawet jeśli nie będą traktowane przez kontrolujących jako pretekst do wymiaru podatku, będą źródłem licznych kontrowersji.

Ceny transferowe nie są nauką ścisłą. Wobec wyzwań, które stoją przed podatnikami, warto pamiętać, że wielu sporów z administracją skarbową można uniknąć, kierując się trzema kluczowymi normami dotyczącymi cen transferowych: zdrowym rozsądkiem, intelektualną spójnością i wysoką starannością. ●



DARIUSZ WASYLKOWSKI

adwokat, doradca podatkowy,
wspólnik współodpowiedzialny za praktykę
podatkową i doradztwa dla klientów
indywidualnych



JOANNA GORYCA

praktyka podatkowa
i doradztwa dla klientów indywidualnych

Kiedy nie płaci się *exit tax* – analiza praktyki dwa lata po wprowadzeniu podatku od dochodów z niezrealizowanych zysków

Przepisy o podatku od dochodów z niezrealizowanych zysków, zwanym podatkiem od wyjścia (*exit tax*), są wariacją na temat unijnej dyrektywy dotyczącej przeciwdziałania unikaniu opodatkowania.

Wprowadzone z dniem 1 stycznia 2019 r., od początku budziły kontrowersje.

Przepisy nie są klarowne, a ich stosowanie może prowadzić do podwójnego opodatkowania.

Właśnie minęły dwa lata ich obowiązywania.

Podsumowujemy ten okres, omawiając najciekawsze interpretacje podatkowe i orzecznictwo dotyczące podatników PIT.

Przepisy o *exit tax* wprowadzono do ustaw o podatkach dochodowych w celu transpozycji ATAD – unijnej dyrektywy ustanawiającej przepisy mające na celu przeciwdziałanie praktykom unikania opodatkowania, które mają bezpośredni wpływ na funkcjonowanie rynku wewnętrznego. *Exit tax* ma zapobiegać unikaniu opodatkowania polegającemu na przenoszeniu zysków do państw o korzystniejszym opodatkowaniu. Państwa członkowskie zdecydowały się zsynchronizować ten obszar i wprowadzić jednolity i skoordynowany mechanizm mający zapewnić, by podatki były płacone w miejscu, gdzie są generowane zyski i dochodzi do wytworzenia wartości.

ATAD dotyczy jedynie podatników podatku dochodowego od osób prawnych (CIT) i ma zastosowanie w przypadku przeniesienia aktywów, rezydencji podatkowej lub stałego zakładu z danego państwa członkowskiego do innego państwa członkowskiego lub do państwa trzeciego. Regulacje obowiązujące w Polsce różnią się w pewnych aspektach od ATAD, a najistotniejszą różnicą jest objęcie *exit tax* podatników podatku dochodowego od osób fizycznych (PIT).

PODATEK OD DOCHODÓW Z NIEZREALIZOWANYCH ZYSKÓW

Ma zastosowanie, gdy podatnik PIT:

- przenosi składniki majątku poza terytorium Polski, przy czym przenoszony składnik majątku pozostaje własnością tego samego podmiotu,
- zmienia rezydencję podatkową,
- nieodpłatnie przekazuje innemu podmiotowi składnik majątku położony w Polsce,
- wnosi składnik majątku do podmiotu innego niż spółka lub spółdzielnia,

a w wyniku tych działań Polska traci, w całości albo w części, prawo do opodatkowania dochodu ze zbycia składników majątku, o których mowa powyżej oraz będących własnością podatnika zmieniającego rezydencję.

SKŁADNIKI MAJĄTKU NIEZWIĄZANE Z DZIAŁALNOŚCIĄ GOSPODARCZĄ, KTÓRE MOGĄ BYĆ OPODATKOWANE *EXIT TAX*

W przypadku zmiany rezydencji podatkowej opodatkowaniu podatkiem od dochodów z niezrealizowanych zysków mogą podlegać składniki majątku określone jako majątek osobisty stanowiące:

- ogół praw i obowiązków w spółce niebędącej osobą prawną,
 - udziały w spółce, akcje i inne papiery wartościowe,
 - pochodne instrumenty finansowe,
 - tytuły uczestnictwa w funduszach kapitałowych,
- jeżeli podatnik miał miejsce zamieszkania na terytorium Polski przez łącznie co najmniej pięć lat w dziesięcioletnim okresie poprzedzającym dzień zmiany rezydencji podatkowej.

W pewnym uproszczeniu mechanizm *exit tax* polega na przyjęciu fikcji, że podatnik dokonuje odpłatnego zbycia majątku, przez co opodatkowaniu podlega dochód będący nadwyżką wartości rynkowej składników majątku nad ich wartością podatkową (co do zasady wartością podatkową jest historyczny koszt nabycia lub wytworzenia pomniejszony o ewentualne odpisy amortyzacyjne dokonane dla celów podatkowych).

Przepisy o *exit tax* są zbliżone dla podatników CIT i PIT. W przypadku podatników PIT zastrzeżono jednak, że *exit tax* ma zastosowanie, jeżeli łączna wartość rynkowa przenoszonych składników majątku przekracza kwotę 4 mln zł.

Ponadto ustawa o PIT zawiera szczególne regulacje mające zastosowanie do podatników – małżonków, których majątek jest objęty małżeńską wspólnością majątkową. W przypadku takich podatników wartość rynkową składników majątku określa się u każdego z małżonków jako połowę wartości rynkowej tych składników majątku. Limit 4 mln zł dotyczy łącznie wartości rynkowej składników majątku obojga małżonków.

Stawka podatku wynosi co do zasady 19%, przy czym w odniesieniu do składników majątku, dla których nie określa się wartości podatkowej, podatnicy PIT podlegają opodatkowaniu stawką podatku wynoszącą 3%.

Exit tax może zwiększyć koszt transgranicznej reorganizacji działalności i przeprowadzki, nawet jeśli nie stoją za nią względy podatkowe. Danina może wpływać także na procesy zarządzania majątkiem, ponieważ wykorzystanie na przykład zagranicznej fundacji do planowania majątkowego może być obciążone podatkiem od niezrealizowanych zysków. Wątpliwości podatników związane z tymi procesami znalazły odzwierciedlenie we wnioskach o interpretację indywidualne.

Exit tax od darowizn

Najpopularniejszym zagadnieniem związanym z *exit tax* jest możliwość opodatkowania nim polskiego darczyńcy dokonującego darowizn na rzecz najbliższych osób zamieszkujących stale poza terytorium Polski.

Wątpliwości podatników wzbudziły między innymi poniższe trzy zagadnienia:

- jednoczesne opodatkowanie darowizny podatkiem od spadków i darowizn i PIT,
- stosowanie *exit tax* do darowizny majątku osobistego,
- opodatkowanie darowizny aktywów od dawna znajdujących się poza Polską.

Źródłem pierwszej wątpliwości są przepisy ustawy o PIT, które wprost wskazują, że ustawa nie znajduje zastosowania do przychodów podlegających przepisom ustawy o podatku od spadków i darowizn. Tym samym darowizny jako opodatkowane podatkiem od spadków i darowizn nie są opodatkowane PIT.

Regulacja o *exit tax* stanowi zaś, że podatek ten ma zastosowanie m.in. do nieodpłatnego przekazania (czyli także darowizny) innemu podmiotowi składnika majątku położonego na terytorium Polski, jeżeli w związku z tym przekazaniem Polska traci w całości albo w części prawo do opodatkowania dochodów ze zbycia tego składnika majątku.

Dyrektor Krajowej Informacji Skarbowej (Dyrektor KIS) zajął stanowisko profiskalne, wskazując, że przedmiot opodatkowania podatkiem od spadków i darowizn nie pokrywa się z zakresem opodatkowania podatkiem od dochodów z niezrealizowanych zysków¹. Innymi słowy, podatkiem od spadków i darowizn opodatkowuje się otrzymanie darowizny, a *exit tax* opodatkowuje się jej danie. Ekonomicznie może prowadzić to do podwójnego (a nawet wielokrotnego) opodatkowania tego samego przysporzenia. Podgląd Dyrektora KIS podzielił w innych sprawach Wojewódzki Sąd Administracyjny (WSA) w Bydgoszczy². Oba wyroki są nieprawomocne.

Druga wątpliwość pojawiła się w sprawie, w której podatniczka dowodziła, że *exit tax* nie ma zastosowania do darowizny składnika majątku osobistego, do którego ustawa wprost zalicza udziały w spółce kapitałowej. Zdaniem podatniczki podatek od niezrealizowanych zysków pozwala na opodatkowanie składników majątku osobistego w przypadku zmiany rezydencji podatkowej przez osobę fizyczną, zaś w przypadku darowizny podatek ten może mieć zastosowanie wyłącznie do składników majątku związanych z działalnością gospodarczą podatnika. Podatniczka wskazała także, że objęcie *exit tax* darowizn w nieuzasadniony sposób różnicuje sytuację dwóch darczyńców, z których jeden dokonuje *darowizny* na rzecz polskiego rezydenta podatkowego, a drugi na rzecz nierezydenta. Dyrektor KIS ocenił, że nieodpłatne przekazanie (darowizna) podmiotowi niebędącemu polskim rezydentem podatkowym składnika majątku położonego na terytorium Polski przez polskiego rezydenta podatkowego spowoduje, że Polska utraci prawo do opodatkowania dochodów ze zbycia tego składnika majątku. Tym samym przekazanie udziałów skutkować będzie powstaniem po stronie darczyńcy obowiązku podatkowego w zakresie podatku od dochodów z niezrealizowanych zysków (*exit tax*)³.

ZDANIEM SĄDÓW:

- 1** Podatkiem od spadków i darowizn opodatkowuje się otrzymanie darowizny, a *exit tax* opodatkowuje się jej danie.
- 2** „Majątku osobistego” nie można utożsamiać ze „składnikiem majątku”. Opodatkowaniu podlega nieodpłatne przekazanie za granicę innemu podmiotowi składnika majątku, a nie nieodpłatne przekazanie mienia będącego majątkiem osobistym.
- 3** Jeśli udziały w zagranicznej spółce należą do osoby mającej rezydencję podatkową w Polsce, to są składnikiem majątku położonym na terytorium Polski w rozumieniu regulacji o *exit tax*.

WSA w Bydgoszczy uchylił omawianą powyżej interpretację indywidualną i wskazał, że *exit tax* nie znajduje zastosowania do darowizny udzielonej z majątku osobistego (czyli niezwiązanego z prowadzoną działalnością gospodarczą) przez wnioskodawczynię synowi, który jest rezydentem podatkowym innego państwa. Sąd wskazał, że „majątku osobistego” nie można utożsamiać ze „składnikiem majątku”, więc skoro opodatkowane jest nieodpłatne przekazanie za granicę innemu podmiotowi składnika majątku, to nie można twierdzić, że podatnikowi od wyjścia podlega nieodpłatne przekazanie mienia będącego majątkiem osobistym. Według WSA za taką interpretacją przemawiają także regulacje unijne, bowiem z dyrektywy ATAD nie wynika, aby w sytuacji nieodpłatnego przekazania majątku osobistego możliwe było wymierzenie podatku od dochodów z niezrealizowanych zysków. Sąd uznał, że to, że ATAD wyznacza jedynie ogólny, minimalny poziom ochrony przed agresywnym planowaniem podatkowym, nie oznacza przyzwolenia na wprowadzenie przepisów niezajdujących oparcia w regulacjach tego aktu prawnego⁴. Wyrok jest nieprawomocny.

Źródłem trzeciej wątpliwości jest język ustawy wskazujący, że nieodpłatne przekazanie podlega opodatkowaniu, jeśli dotyczy „położonego na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej składnika majątku”. Opierając się na literalnym rozumieniu przepisu, polski podatnik chciał upewnić się, że udziały w zagranicznej spółce nie są składnikiem majątku położonym na terytorium Polski, a ich darowanie członkowi rodziny nie będzie podlegało *exit tax*.

Dyrektor KIS dokonał odmiennej, funkcjonalnej wykładni przepisu. Stwierdził, że udziały w zagranicznej spółce są składnikiem majątku położonym na terytorium Polski, w rozumieniu regulacji o *exit tax*, ponieważ dochody z ich zbycia podlegają polskiej jurysdykcji podatkowej z uwagi na ich „przypisanie” do osoby mającej rezydencję podatkową w Polsce, tj. podlegającej nieograniczonemu obowiązkowi podatkowemu w kraju⁵. Interpretacja ta spotkała się z aprobatą WSA w Bydgoszczy⁶. Wyroki nie są prawomocne.

Nowe otwarcie dla spółek komandytowych w 2021 roku

Jeszcze w listopadzie 2020 r. Dyrektor KIS wydał interpretację, w której potwierdził brak obowiązku zapłaty *exit tax* w przypadku zmiany rezydencji z polskiej na szwajcarską przez podatniczkę, która była komandytariuszem w spółce komandytowej niebędącej spółką nieruchomościową. Dyrektor KIS wskazał, że transparentna podatkowo spółka komandytowa stanowi położony w Polsce zakład w rozumieniu umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania zawartej pomiędzy Polską i Szwajcarią, co prowadzi do opodatkowania w Polsce dochodów ze zbycia składników majątku oraz ogółu praw i obowiązków w takiej spółce. Zmiana rezydencji podatkowej nie powodowała, że zdarzenie podlegało opodatkowaniu *exit tax*, ponieważ Polska zachowała prawo do opodatkowania dochodów z ewentualnego zbycia ogółu praw i obowiązków w spółce komandytowej⁷.

Począwszy od 1 stycznia 2021 r. sytuacja się zmienia. Spółki komandytowe przestały być podmiotami transparentnymi podatkowo, stając się podatnikami podatku dochodowego od osób prawnych. W konsekwencji spółki komandytowe nie stanowią już zakładu w rozumieniu przepisów dotyczących przeniesienia majątku zawartych w umowach o unikaniu podwójnego opodatkowania. W konsekwencji wydaje się, że argumentacja Dyrektora KIS wskazana w powołanej powyżej interpretacji indywidualnej przestała być aktualna, a wspólnicy spółek komandytowych, którzy dokonują zmiany rezydencji podatkowej, mogą być zobowiązani do zapłaty *exit tax*, jeżeli dojdzie do spełnienia pozostałych warunków regulacji.

Exit tax a CFC

Podatników zainteresowało także, czy obowiązek zapłaty *exit tax* powstaje, gdy aktywa są przenoszone z Polski za granicę do podmiotu stanowiącego dla podatnika – polskiego rezydenta podatkowego – zagraniczną jednostkę kontrolowaną (CFC). Zapytania dotyczyły przeniesienia składników majątku do fundacji rodzinnej w Liechtensteinie. Fundacja taka może stanowić CFC dla fundatora takiego podmiotu bądź jego beneficjentów. Przepisy o CFC mają na celu utrzymanie prawa Polski do opodatkowania dochodów podmiotów zagranicznych kontrolowanych przez polskich rezydentów podatkowych, w przypadku gdy podmioty te są położone w jurysdykcjach o bardzo korzystnym systemie podatkowym, a jednocześnie podmioty te osiągają głównie dochody o charakterze pasywnym. Status CFC oznacza, że dochód osiągany przez taki podmiot, w tym dochód ze zbycia wniesionych do niego składników majątku, może efektywnie podlegać opodatkowaniu w Polsce, stosownie do regulacji o CFC.

Dyrektor KIS uznał, że skoro opodatkowaniu w Polsce w ramach reżimu CFC podlega m.in. zbycie aktywów przez fundację zagraniczną, to przeniesienie takich aktywów do fundacji nie oznacza, że Polska

traci prawa do opodatkowania dochodu z ich zbycia. Odmienna interpretacja tych regulacji prowadziłaby do podwójnego opodatkowania tego samego dochodu⁸.

Dwa lata pełne niepełnych odpowiedzi

Interpretacje indywidualne wydane w dwóch pierwszych latach obowiązywania regulacji zarysowały stanowisko administracji skarbowej w obszarach kluczowych dla podatników. Korzystnie dla podatników – bo w sposób pozwalający na uniknięcie podwójnego opodatkowania – rozstrzygnięto kwestię relacji pomiędzy CFC i *exit tax*. Należy przy tym pamiętać, że *exit tax* nie będzie należny, o ile zostaną spełnione określone warunki dotyczące przeniesienia aktywów za granicę. Również stanowisko dotyczące opodatkowania wyprowadzki wspólników spółek komandytowych należy ocenić pozytywnie, przy czym z uwagi na zmianę przepisów nie będzie ono dotyczyło wyprowadzek w przyszłości.

W ciągu dwóch kolejnych lat powinniśmy poznać odpowiedź na kolejne pytania i dowiedzieć się, jak zakończy się spór dotyczący opodatkowania *exit tax* darczyńców majątku osobistego na rzecz nierezydentów. ●



- 1 Interpretacja indywidualna Dyrektora KIS z 7 maja 2020 r. nr 0113-KDIP2-3.4011.182.2020.1.JŚ i z 21 kwietnia 2020 r. nr 0115-KDIT3.4011.228.2020.1.KR.
- 2 Wyroki WSA w Bydgoszczy z 5 lutego 2020 r., I SA/Bd 782/19 i 783/19.
- 3 Interpretacja indywidualna Dyrektora KIS z 21 kwietnia 2020 r. nr 0115-KDIT3.4011.228.2020.1.KR.
- 4 Wyrok WSA w Bydgoszczy z 7 października 2020 r., I SA/Bd 375/20.
- 5 Interpretacja indywidualna Dyrektora KIS z 21 października 2019 r. nr 0115-KDIT2-1.4011.264.2019.6.MT i z 21 października 2019 r. nr 0115-KDIT2-1.4011.265.2019.3.MT.
- 6 Wyroki WSA w Bydgoszczy z 5 lutego 2020 r., I SA/Bd 782/19 i 783/19.
- 7 Interpretacja indywidualna Dyrektora KIS z 26 listopada 2020 r. nr 0115-KDIT1.4011.630.2020.3.MT.
- 8 Interpretacja indywidualna Dyrektora KIS z 18 lipca 2019 r. nr 0114-KDIP3-2.4011.223.2019.5.AK i z 8 listopada 2019 r. nr 0114-KDIP3-2.4011.470.2019.1.LS i 0114-KDIP3-2.4011.471.2019.1.LS.



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

O potrzebie prawa holdingowego w Polsce

Obowiązująca w Polsce od blisko dwudziestu lat regulacja prawa spółek od dawna już nie przystaje do rzeczywistości, w której funkcjonują objęte nią spółki. Wprawdzie Kodeks spółek handlowych od czasu wejścia w życie był wielokrotnie nowelizowany, jednak zmiany nie dotknęły wszystkich istotnych obszarów. Jednym z nich niewątpliwie jest problematyka działania tzw. holdingów, tj. zgrupowań podmiotów (w tym spółek) posiadających z reguły wspólny wszystkim podmiot (lub podmioty) dominujący, które – czy to na podstawie umownej, czy faktycznej – wspólnie prowadzą działalność gospodarczą.

Polskie prawo nie zawiera obecnie spójnych regulacji dotyczących prawa holdingowego. Wprawdzie w ustawach podatkowych i rachunkowych znaleźć można ich namiastkę (jak choćby w postaci „podatkowej grupy kapitałowej” czy też przepisów dotyczących sporządzania skonsolidowanych sprawozdań finansowych, a od niedawna także przepisów dotyczących obowiązku ujawniania tzw. beneficjentów rzeczywistych, które odnoszą się pośrednio do powiązań typu holdingowego), to są to nie tyle kompleksowe przepisy dotyczące interesującego nas problemu, ile regulacje „punktowo” odnoszące się do wybranych konsekwencji faktu istnienia holdingów.

Szczątkowa regulacja...

Na poziomie kluczowej dla spółek handlowych regulacji k.s.h. brak takich kompleksowych unormowań jest nad wyraz widoczny. O ile bowiem kodeks zawiera przepisy, które nakazują ujawniać istnienie między spółkami stosunku dominacji i zawierają pewne ograniczenia w zakresie czynności między nimi, o tyle nie uwzględnia tego, że znaczna liczba spółek (i nie chodzi tu nawet o liczbę, ale o gospodarcze znaczenie tych podmiotów) nie jest w praktyce niezależnymi podmiotami gospodarczymi, ale stanowi *de facto* część składową większych struktur.

Nic w tym zakresie nie zmienia regulacja art. 7 k.s.h. odnoszącego się do tzw. umów o zarządzanie spółką zależną (co w intencji ustawodawcy miało być właśnie instrumentem regulującym – w jakkolwiek ograniczonym zakresie – działanie spółek, które w praktyce zależne są od innych podmiotów). Od czasu wejścia w życie k.s.h. w 2001 r. jest to bowiem regulacja faktycznie martwa.

...kontra praktyka

Obecne przepisy wydają się wciąż bardziej odnosić do pojęcia „kupca” (które istniało na gruncie przedwojennego Kodeksu handlowego, zastąpionego regulacją k.s.h.), aniżeli przedsiębiorcy w rozumieniu współczesnym. Ten ostatni to bowiem nie tylko osoba fizyczna, która niekiedy prowadzi działalność gospodarczą w formie spółki prawa handlowego, ale przede wszystkim sama spółka, która taką działalność prowadzi (sama będąc pośrednio, a rzadziej bezpośrednio, własnością większej liczby osób fizycznych, czy też innych jeszcze podmiotów).

I tak w praktyce obrotu spółka (mająca już jakiegoś właściciela lub większą ich liczbę) zawiązuje lub nabywa inną spółkę po to, by prowadzić za jej pośrednictwem nową działalność, przejąć działalność innego przedsiębiorcy, jego klientelę, know-how itp. W efekcie powstają międzynarodowe holdingi zrzeszające kilkanaście, a nierzadko kilkadziesiąt i więcej spółek w różnych krajach. Znajdująca się na dole drabiny korporacyjnej spółka, jakkolwiek w świetle prawa posiadająca przymioty odrębnej osoby prawnej, nie jest w praktyce podmiotem samoistnym. Przeciwnie, jest częścią większej struktury i jest nią właśnie dlatego, że owa struktura (holding) oczekuje, by realizowała konkretne (a nie przez siebie umyślone) cele.

W tym miejscu następuje jednak na gruncie polskiego prawa zderzenie rzeczywistości z prawem. To ostatnie bowiem nie tylko

przyznaje każdej spółce (bez względu na jej położenie na wspomnianej drabinie holdingowej) odrębną podmiotowość, ale uznaje, że każda spółka posiada swój własny – odrębny – interes. Zarządzający spółką powinni więc – w myśl obowiązujących przepisów – realizować i chronić ten własny interes.

Dla uproszczenia dalszych rozważań pominiemy (wcale nierzadkie na polskim rynku) spółki z udziałem wspólników czy akcjonariuszy mniejszościowych, skupiając się na podmiotach, które w 100% należą do innych spółek, wchodząc, jako podmioty w pełni zależne, w skład struktur holdingowych (choć większość uwag będzie miała odpowiednie zastosowanie także do spółek, gdzie poza podmiotem dominującym pod względem udziału kapitałowego czy liczby głosów są także wspólnicy czy akcjonariusze mniejszościowi).

Interes spółki a interes grupy

Problem z istnieniem i obowiązkiem działania w interesie konkretnej spółki polega na tym, że nierzadko przecież coś, co z perspektywy konkretnej spółki jest działaniem niekorzystnym (np. zawarcie określonej umowy, podjęcie czy niepodjęcie danej działalności, albo wręcz zbycie określonych aktywów czy biznesu na rzecz innego podmiotu powiązanego), z perspektywy całej grupy spółek (holdingu) jest korzystne – bo pozwala na synergię, ogranicza koszty zarządzania, zakupów itp. Ostatecznie więc takie działanie podejmowane jest

w najlepszym interesie wspólników czy akcjonariuszy spółki stojącej na szczycie holdingowej drabiny.

Skądinąd to jest właśnie celem grupy spółek – działającej często na różnych rynkach i swój potencjał i zasoby alokującej tam, gdzie jest to najbardziej korzystne.

Dziś takie działanie zgodne z polityką grupy może skutkować odpowiedzialnością cywilną członków zarządu spółki, także odpowiedzialnością w stosunku do jej interesariuszy (w tym wierzycieli). W skrajnym przypadku natomiast może zostać uznane za działanie na szkodę spółki, podlegające odpowiedzialności karnej. W dodatku odpowiedzialność karna może się tutaj pojawić niezależnie od tego, czy sama spółka lub jej jedyny wspólnik (akcjonariusz) ma „poczucie”, że jakakolwiek szkoda zaistniała. Przestępstwa związane z działaniem na szkodę spółki są bowiem ścigane z urzędu (a więc w skrajnym przypadku nawet wbrew samej spółce i jej właścicielom).

Odpowiedzialność zarządzających

Osobną kwestią związaną z działaniem spółki zależnej w interesie grupy spółek jest sytuacja prawna członków zarządu, a ściślej to, czy wspólnik (akcjonariusz) może skutecznie narzucić zarządowi określony sposób działania i jakie mogą być tego konsekwencje dla członków zarządu.

Zgodnie z art. 375¹ k.s.h. w spółce akcyjnej zarówno walne zgromadzenie, jak i rada nadzorcza nie mogą wydawać zarządowi wiążących poleceń dotyczących prowadzenia spraw spółki. Inaczej jest natomiast w przypadku spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, bowiem art. 219 § 2 k.s.h. zawiera analogiczny zakaz odnoszący się wyłącznie do rady nadzorczej. To zaś bywa (nie bez racji) interpretowane jako brak zakazu wydawania takich poleceń przez zgromadzenie wspólników (a więc, w przypadku spółki jednoosobowej, jedynego jej wspólnika).



W tym miejscu następuje [...] zderzenie rzeczywistości z prawem. To ostatnie bowiem nie tylko przyznaje każdej spółce [...] odrębną podmiotowość, ale uznaje, że każda spółka posiada swój własny – odrębny – interes.

Niezależnie od uregulowań prawnych dotyczących możliwości wydawania zarządom wiążących poleceń, skoro wspomniane już holdingi faktycznie istnieją, to spółki dominujące oczekują realizacji swoich interesów na poziomie spółek zależnych. Jest więc tak, że menedżerowie zarządzający tymi ostatnimi albo się stosują do tego, czego oczekuje od nich grupa, albo... przestają pełnić swoje funkcje. W praktyce jednak pozostając na stanowiskach i stosując się do poleceń przejmują na siebie osobistą odpowiedzialność za takie decyzje (w tym, wypada powtórzyć, ryzyko odpowiedzialności karnej). O ile na okoliczność odpowiedzialności cywilnej – w pewnym zakresie – remedium mogą być ubezpieczenia odpowiedzialności członków zarządu (D&O), o tyle o wyłączeniu ewentualnej odpowiedzialności karnej nie może już być mowy.

Jakkolwiek ryzyko dotyczące zarządów małych i średnich spółek w praktyce nie powinno być istotne, to przy podmiotach większych, szczególnie gdy dane decyzje (motywowane interesem grupy) mogą wywoływać np. skutki w zakresie zmniejszenia wpływów podatkowych, grożą znacznie dalej idące konsekwencje i większe prawdopodobieństwo zmaterializowania się wspomnianych ryzyk.

W REGULACJI PRAWA HOLDINGOWEGO POWINNY SIĘ ZNALEŻĆ CO NAJMNIEJ:

- definicja pojęcia „grupy spółek”,
- dopuszczenie, by spółka dominująca oraz spółka zależna, uczestniczące w grupie spółek, mogły się kierować nie tylko własnym interesem, ale – pod określonymi warunkami – także interesem grupy spółek, przy zapewnieniu ochrony uzasadnionych interesów wierzycieli spółki zależnej,
- prawo do narzucania przez spółkę dominującą spółce zależnej określonego sposobu działania (z wyłączeniem odpowiedzialności zarządu spółki zależnej za działanie na szkodę tej spółki i jej wierzycieli) z jednoczesnym uregulowaniem zasad odpowiedzialności spółki dominującej za takie działanie (w tym względem wierzycieli spółki zależnej).

Potrzeba regulacji ustawowej

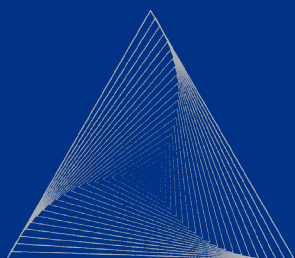
Między innymi ze względów tu przytoczonych od dawna postulowane jest w doktrynie ustawowe uregulowanie prawa holdingowego w Polsce.

Chodziłoby tu oczywiście przede wszystkim o swoiste „zalegalizowanie” dotychczasowej praktyki, przy jednoczesnym ustaleniu zasad działania holdingów i zapewnieniu ochrony interesariuszy (w tym wierzycieli). Dotychczasowy stan prawny, a ściślej brak stosownej regulacji, prowadzi bowiem nierzadko do sytuacji patologicznych, w których formalne zakazy działania na szkodę spółki są łamane,

jakkolwiek z pożytkiem dla grupy spółek, ale na pełne ryzyko zarządzających spółkami zależnymi i z możliwym pokrzywdzeniem interesariuszy zewnętrznych tych ostatnich.

W połowie 2020 r. pojawił się rządowy projekt regulacji prawa holdingowego, który zawiera przepisy odnoszące się – obok wielu innych kwestii – do wymienionych w ramce zagadnień. Jakkolwiek projekt jest obecnie (w grudniu 2020 r.) przedmiotem intensywnych polemik i nie sposób przewidzieć, czy, kiedy i w jakiej formie zostanie ostatecznie przyjęty i uchwalony, to związana z nim dyskusja jest niewątpliwie bardzo pożyteczna. ●

NASZE PUBLIKACJE



Co do zasady. Studia i analizy prawne

Czasopismo naukowe (codozasady.pl/studia-analazy). Zabieramy głos w sprawach ważnych prawniczo i społecznie. Chcemy pozytywnie oddziaływać na doktrynę prawniczą. Łamy czasopisma są otwarte dla przedstawicieli całego środowiska prawniczego.

codozasady.pl

Portal o prawie nie tylko dla przedsiębiorców. Piszemy o ciekawych orzeczeniach sądów polskich i unijnych, wprowadzanych i planowanych zmianach przepisów, a także tych niuansach prawa, które mogą mieć szczególnie istotne przełożenie na działalność gospodarczą.

newtech.law

Blog o prawie nowych technologii. Piszemy o blockchainie, data economy i sztucznej inteligencji. Stawiamy pytania o rolę technologii w życiu i prawa w technologii.

hrlaw.pl

Blog o polskim i unijnym prawie pracy. Piszemy o kwestiach istotnych z punktu widzenia działalności pracodawców, orzeczeniach wpływających na interpretację regulacji w obszarze prawa pracy, zagadnieniach budzących wątpliwości w umowach z pracownikami. Informujemy o najnowszych zmianach w przepisach dotyczących prawa pracy i wskazujemy, jak należy je interpretować.

komentarzpzp.pl

Na bieżąco aktualizowany komentarz prawny online do nowego Prawa zamówień publicznych. Wyjaśniamy, co się zmieniło wraz z wejściem w życie nowej ustawy PZP i jak rozumieć jej zapisy.



JOANNA PROKURAT
doradca podatkowy,
praktyka podatkowa



MATEUSZ ROWIŃSKI
praktyka podatkowa

Efekt zachęty – coraz częściej naruszany warunek uzyskania pomocy publicznej

Jednym z warunków zgodności pomocy publicznej z rynkiem wewnętrznym jest jej konieczność. Wsparcie przyznawane ze środków publicznych musi być niezbędne do realizacji danego projektu. Pomoc, która nie wywołuje efektu zachęty, jest nielegalna. Efekt zachęty pojawia się jednak nie tylko w sytuacji braku środków na samodzielne podjęcie działań. W ramach nowej perspektywy finansowej UE na lata 2021–2027 kwestia ta ponownie stanie się przedmiotem intensywnych analiz po stronie zarówno podmiotów ubiegających się o pomoc publiczną, jak i instytucji rozpatrujących wnioski o finansowanie.

Zgodnie ze stanowiskiem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE) odnośnie do efektu zachęty zapoczątkowanym w sprawie *Philip Morris Holland BV przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich* (wyrok z 17 września 1980 r., C-730/79) niezbędność pomocy jest podstawowym warunkiem jej zgodności z rynkiem wewnętrznym i wynika wprost z art. 107 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE).

Na potrzebę zapewnienia zgodności podejmowanych przez państwa członkowskie działań w zakresie udzielania pomocy publicznej z wymogiem konieczności pomocy uwagę zwracała również Komisja Europejska (w swoim komunikacie pt. *Unowocześnienie unijnej polityki w dziedzinie pomocy państwa*). Ogłaszając proces modernizacji reguł pomocy publicznej, Komisja podkreśliła m.in. że pomoc państwa, która nie jest ukierunkowana na niedoskonałości rynku i nie ma efektu zachęty, stanowi nie tylko marnotrawstwo środków publicznych, ale hamuje rozwój, pogarszając warunki konkurencyjne na rynku wewnętrznym. W wyniku przeprowadzonych prac przyjęto nowe wytyczne dotyczące podstaw analizy zgodności pomocy ze wspólnym rynkiem, wśród których znalazł się efekt zachęty. Określając szczegółowe warunki efektu zachęty w poszczególnych wytycznych, Komisja przyjęła, że – co do zasady – weryfikacja jego spełnienia może mieć dwojaki charakter: merytoryczny (ekonomiczny) i formalny.

Ekonomiczny i formalny aspekt efektu zachęty

- Weryfikacja istnienia **ekonomicznego efektu zachęty** generalnie polega na obiektywnej ocenie, czy rzeczywiste warunki realizacji danego projektu powodują, że nie jest on możliwy do realizacji bez dofinansowania przez państwo.
- Analiza **formalnego efektu zachęty**, co do zasady, opiera się na ocenie chronologii zdarzeń, tj. czy beneficjent pomocy przed rozpoczęciem prac nad projektem wystąpił do państwa członkowskiego o przyznanie pomocy. Weryfikacja taka wymaga na wstępie ustalenia zakresu przedmiotowego inwestycji (projektu).

Jak wskazał Sąd Pierwszej Instancji w wyroku z 14 stycznia 2009 r. w sprawie *Kronoply GmbH & Co.KG przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich* (T-162/06), zadaniem testu jest sprawdzenie, czy efekt zachęty istnieje, ale bez nadmiernego opóźniania inwestycji spowodowanego prowadzeniem czasochłonnej analizy wszystkich ekonomicznych aspektów decyzji inwestycyjnej beneficjenta pomocy. Dlatego właśnie przyjęto, że złożenie wniosku o przyznanie pomocy przed rozpoczęciem realizacji projektu inwestycyjnego pozwala domniemywać istnienie efektu zachęty.

Jednocześnie nie każde działanie podjęte przed złożeniem projektu automatycznie wyklucza możliwość uzyskania pomocy publicznej. Przykładowo w wytycznych w sprawie pomocy regionalnej na lata 2014–2020 Komisja wskazała, że termin „rozpoczęcie prac” należy rozumieć jako *rozpoczęcie robót budowlanych związanych z inwestycją albo pierwsze wiążące zobowiązanie do zamówienia urządzeń lub inne zobowiązanie, które sprawia, że inwestycja*

staje się nieodwracalna, niezależnie od tego co nastąpi najpierw. Zakupu gruntów oraz prac przygotowawczych, takich jak uzyskanie zezwoleń i wykonywanie wstępnych studiów wykonalności nie uznaje się za rozpoczęcie prac. W odniesieniu do przejęć, „rozpoczęcie prac” oznacza moment nabycia aktywów bezpośrednio związanych z nabytym zakładem (aktualnie nie ma jeszcze analogicznych wytycznych na lata 2021–2027). Sposób spełnienia efektu zachęty może też zostać doprecyzowany w warunkach ubiegania się o dofinansowanie w ramach danego programu.

W pierwszej kolejności ocena istnienia efektu zachęty jest zatem uzależniona od charakteru prowadzonych prac. Przykładowo rozpoczęcie robót budowlanych oraz wiążące zobowiązanie do zamówienia urządzeń stanowią wskazówkę, że w danym stanie faktycznym doszło do rozpoczęcia prac.

Jednocześnie przez „prawnie wiążące zobowiązanie” rozumiana jest jakakolwiek forma umowy, przy czym istotne są zawarte w niej warunki, a nie tytuł czy formalna klasyfikacja umowy. Jeżeli konstrukcja umowy powoduje, że z ekonomicznego punktu widzenia rezygnacja z przedsięwzięcia jest trudna, w szczególności skutkowałaby utratą znacznych kwot (np. wiązałyby się z poniesieniem istotnych kosztów), generalnie należy uznać, że doszło do rozpoczęcia prac. Tak samo zawarcie w umowie postanowienia pozwalającego na jej jednostronne rozwiązanie nie zawsze wystarczy do stwierdzenia, że nie doszło do rozpoczęcia prac.

Wreszcie, analizując przesłankę istnienia „zobowiązania, które sprawia, że inwestycja staje się nieodwracalna”, trzeba ocenić, czy podmiot, kierując się logiką prywatnego inwestora, zrezygnowałby z ukończenia danego przedsięwzięcia i tym samym dopuścił do zmarnowania środków. Przy czym zobowiązaniem jest każde zaangażowanie się beneficjenta w realizację inwestycji w taki sposób, że obiektywnie, w normalnych okolicznościach, można stwierdzić, że jego wolą jest realizacja danej inwestycji, niezależnie od faktu otrzymania pomocy publicznej, a nie tylko zaciągnięcie zobowiązania w rozumieniu przepisów prawa cywilnego.

Efekt zachęty w praktyce sądowej

Niezbędność pomocy w aspekcie zarówno merytorycznym, jak i formalnym była już wielokrotnie przedmiotem oceny zarówno instytucji odpowiedzialnych za wdrażanie środków pomocowych, jak i sądów, do których o rozstrzygnięcie sporu zwracają się niedoszli beneficjenci pomocy lub podmioty, którym nakazano zwrot otrzymanych już funduszy. Analiza orzecznictwa dostarcza wielu przykładów, jak efekt zachęty interpretują podmioty, które uczciwie podejmują się realizacji przedsięwzięć, jak i te, które niekiedy świadomie dopuszczają się naruszeń.

Przykładowo Sąd Apelacyjny w Krakowie w wyroku z 26 marca 2015 r. (I Aca 47/15). rozstrzygał sprawę beneficjenta realizującego projekt polegający m.in. na zakupie maszyn, które miały spowodować istotny wzrost konkurencyjności jego

>>

CHRONOLOGIA DZIAŁAŃ DLA ZACHOWANIA EFEKTU ZACHĘTY



przedsiębiorstwa. Maszyna nabyta w ramach projektu przez beneficjenta była wcześniej przez niego dzierżawiona. Zdaniem instytucji wdrażającej wskazywało to na naruszenie efektu zachęty. Jednakże sąd nie podzielił tego poglądu, wskazując, że beneficjent podjął trafną ekonomicznie decyzję o zakupie zmodyfikowanej, uprzednio dzierżawionej maszyny. Wpłynęła ona na rozwój przedsiębiorstwa i wpisała się w cele programu operacyjnego, w którego ramach dokonano zakupu. Zakup innej maszyny nie miałby uzasadnienia gospodarczego. Sąd zwrócił uwagę, że zakwestionowanie zakupu maszyny tylko z tego powodu, że miała ona te same numery seryjne co maszyna wcześniej dzierżawiona, skłania do wniosku, że instytucja wdrażająca przedkłada niczym nieuzasadniony formalizm nad przedsiębiorczością i rachunkiem ekonomicznym.

Z kolei na formalny aspekt efektu zachęty uwagę zwrócił m.in. WSA w Lublinie w wyroku z 21 grudnia 2010 r. (I SA/LU 877/10), wskazując, że zakres przedsięwzięciaawnioskowany do dofinansowania nie stanowi jedyne, wyłącznego kryterium określenia zamierzonego przedsięwzięcia gospodarczego. Tym samym badanie, czy pomoc wywoła efekt zachęty, nie ogranicza się do zbadania zakresu kosztów kwalifikowanych. Ocenie podlegają wszelkie działania, niezbędne do osiągnięcia celów projektu (osi priorytetowej, do której odnosi się projekt).

Na fakt, że badanie istnienia efektu zachęty przeprowadzane jest odnośnie do całego projektu, a nie tylko poszczególnych zamierzeń inwestycyjnych objętych wnioskiem aplikacyjnym (co w przypadku braku efektu zachęty dla jednego lub kilku działań inwestycyjnych nie wyłączałoby dofinansowania do pozostałej części projektu), wskazał także WSA w Gorzowie Wielkopolskim w wyroku z 23 lipca 2015 r. (II SA/GO 322/15). Rozpatrując sprawę wnioskodawcy ubiegającego się o dofinansowanie inwestycji polegającej na budowie stacji transformatorowej oraz zakupie sprzętu, WSA stwierdził:



Nawet niezawinione działania powodujące naruszenie efektu zachęty prowadzą do nieprzyznania korzyści lub jej wycofania.

Stawiając wymóg zachęty przepisy unijne nie wiążą go z poszczególnymi inwestycjami objętymi jednym projektem, lecz traktują dane przedsięwzięcie jako całość, jako projekt ujęty we wniosku aplikacyjnym. Nie można wykluczyć sytuacji, gdy dla realizacji danego projektu konieczne jest przeprowadzenie kilku inwestycji, jednak efekt zachęty dotyczy projektu jako całości. Podobnie uznał Sąd Okręgowy w Lublinie w wyroku z 27 marca 2014 r. (I C 581/11), w którym podkreślił, że wszystkie fazy inwestycji objętej dofinansowaniem bez względu na ich technologiczną wagę i rolę w procesie inwestycji należą do jednego i tego samego projektu, jeżeli są częścią ogólnego planu.

Jednocześnie Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z 14 stycznia 2020 r. (I GSK 2137/19) wydanym w sprawie podmiotu planującego realizację projektu polegającego na wdrożeniu innowacyjnego kompozytu do wytwarzania akcesoriów meblarskich, który wnioskował o dofinansowanie na zakup urządzeń do wytwarzania akcesoriów meblowych i równocześnie prowadził prace przy budowie hali produkcyjno-magazynowej, podkreślił, że wbrew twierdzeniom organu budowa nowej hali jest inwestycją odrębną od zgłoszonej do dofinansowania, a fakt jej budowy nie sprawia, że inwestycja objęta wnioskiem o dofinansowanie staje się nieodwracalna, bowiem nowy obiekt będzie wykorzystywany również w innej działalności skarżącego. Skoro wniosek o dofinansowanie nie obejmował budowy hali, czekanie z rozpoczęciem jej budowy do czasu zakończenia konkursu byłoby pozbawione racji gospodarczych

i organizacyjnych. Budowa hali produkcyjno-magazynowej miała charakter komplementarny, lecz niezależny od zamierzonego projektu, i nie stanowiła początku realizacji wnioskowanego o dofinansowanie projektu – czyli nie wykluczała efektu zachęty.

O istnieniu lub braku efektu zachęty nie świadczy też wysokość kosztów poniesionych przed złożeniem wniosku. TSUE w wyroku z 13 września 2013 r. (T-551/10) w sprawie *Fri-El Acerra Srl przeciwko Komisji Europejskiej* stwierdził, że sam fakt, że prace rozpoczęte przed złożeniem wniosku o przyznanie pomocy stanowiły jedynie 10% całkowitych kosztów projektu, nie jest sam w sobie wystarczający, by stwierdzić, że prace nad danym projektem się nie rozpoczęły. Z drugiej strony Wojewódzki Sąd Administracyjny w Lublinie w wyroku z 22 czerwca 2017 r. (III SA/LU 212/17) wskazał, że zakup gruntu, choć wiąże się z poniesieniem znacznego nakładu inwestycyjnego, nie wyklucza efektu zachęty, gdyż zakupiona nieruchomość może być wykorzystana w różny sposób, nie tylko dla potrzeb jednego konkretnego projektu. Dodatkowo sąd ten uznał, że o realizacji projektu nie przesądza również uzyskanie zezwoleń i przeprowadzenie studiów wykonalności, gdyż czynności te stanowią jedynie prace przygotowawcze poprzedzające rozpoczęcie realizacji projektu.

Z kolei Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z 22 marca 2017 r. (II GSK 472/17) nie zgodził się z twierdzeniem organu, że aby efekt zachęty był spełniony, w projekcie muszą zostać wykorzystane

jedynie nowe zasoby materialne, które powstały po złożeniu wniosku o dofinansowanie. Sąd podkreślił, że skoro w ramach naboru spółka uprawniona była do zgłoszenia projektu, który wprowadziłby nie tylko nową usługę, lecz również usługę ulepszoną, to wykonywanie odwiertów przy wykorzystaniu posiadanej wiertnicy, ale w ramach utworzonej przy wsparciu unijnym tańszej i nowocześniejszej linii technologicznej, stanowi o wprowadzeniu na rynek usługi ulepszonej i odpowiada wymaganiom.

Dobra wiara

Dla oceny istnienia efektu zachęty nie jest istotne, czy wnioskodawca świadomie rozpoczął realizację projektu przed datą złożenia wniosku (kierując się interesem gospodarczym), czy też nie miał świadomości konsekwencji podejmowanych działań. Nawet niezawinione działania powodujące naruszenie efektu zachęty prowadzą do nieprzyznania korzyści (jeżeli ustalenie braku istnienia efektu zachęty nastąpiło na etapie oceny wniosku o dofinansowanie) lub jej wycofania (jeśli doszło już do wypłacenia pomocy). Wypłacenie pomocy, co do której następnie ustalono, że nie wywoływała efektu zachęty, oznacza ziszczenie się przesłanki, o której mowa w art. 207 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych.

Niezależnie od sankcji za brak istnienia efektu zachęty część podmiotów, aplikując o środki, ma świadomość tego, że ich działania doprowadziły do wyłączenia efektu zachęty, jednakże podejmują próbę ukrycia informacji o tym przed instytucją pośredniczącą czy wdrażającą. Za przykład może posłużyć sprawa rozstrzygana przez Sąd Okręgowy w Lublinie w wyroku z 27 marca 2014 r. (C 581/11), w której sąd ten dopatrzył się wręcz sfalszowania wpisów w dzienniku budowy, określających daty podjęcia prac przygotowawczych na terenie budowy.

Część podmiotów dążących do uchronienia się przed skutkami ustalenia przez właściwą instytucję, że pomoc nie wywołała efektu zachęty, stara się pozbawić skuteczności prawnej czynności związane z rozpoczęciem projektu, np. rozwiązując umowę ze skutkiem wstecznym. Działania takie zazwyczaj nie znajdują ochrony ze strony sądów. Przykładowo Sąd Apelacyjny w Katowicach w wyroku z 4 września 2014 r. (I ACA 347/14) potwierdził, że działanie beneficjenta polegające na rozwiązaniu umowy z wykonawcą prac, zawartej przed datą aplikowania o środki pomocowe, i późniejszym zawarciu nowej umowy z tym samym wykonawcą, jest bezskuteczne i nie wpływa na ważność wypowiedzenia przez właściwą instytucję umowy o dofinansowanie. W ocenie sądu, zaciągając prawnie wiążące zobowiązanie do zamówienia ruchomych

środków trwałych przed złożeniem wniosku o środki publiczne, przedsiębiorca naruszył swoje obowiązki umowne względem instytucji, z którą zawarł umowę o dofinansowanie.

Mając na względzie rygorystyczne i jednoznaczne skutki naruszenia efektu zachęty, każdy podmiot starający się o uzyskanie pomocy publicznej powinien więc wyraźnie wytyczać granice planowanego projektu oraz nie rozpoczynać działań związanych z projektem przed złożeniem wniosku o udzielenie wsparcia. Jeżeli interes gospodarczy podmiotu przemawia za podjęciem pewnych działań, np. ukierunkowanych na szybsze lub sprawniejsze zrealizowanie projektu, to musi on zważyć ryzyko, że właściwa instytucja pośrednicząca lub zarządzająca odmówi udzielenia pomocy. Również w praktyce sądów cywilnych (orzekających w sprawach dotyczących wykonania zawartej umowy o dofinansowanie) bardzo rzadko się zdarza, aby odstępowały one od rygorystycznego egzekwowania tej zasady. Korzystne dla beneficjentów orzeczenia zapadają zwykle wyłącznie wtedy, gdy właściwa instytucja pośrednicząca lub zarządzająca popełniła błąd w ocenie stanu faktycznego sprawy. ●



ANNA PRIGAN

radca prawny, partner,
praktyka infrastruktury, transportu,
zamówień publicznych i PPP



PATRYCJA POLASZ

adwokat, LL.M. (LSE),
solicitor Anglii i Walii (obecnie nie praktykuje),
praktyka bankowości i finansowania projektów

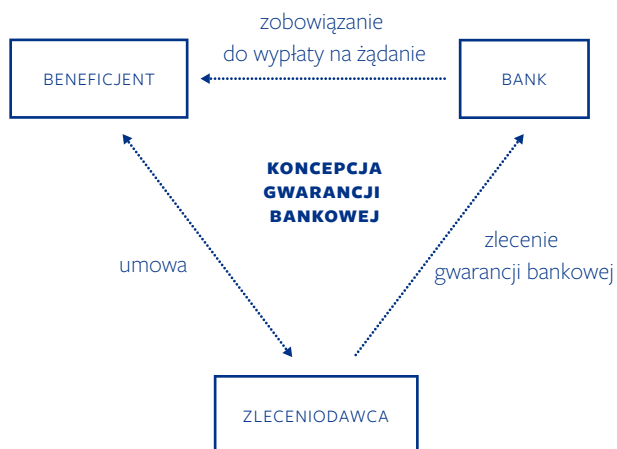
Słowo się rzekło – czyli o wypłacie z gwarancji bankowej (zwłaszcza w zamówieniach publicznych)

W każdym kryzysie gwarancje bankowe zyskują na znaczeniu, gdyż przez wielu są traktowane jako „pewniak” wśród instrumentów zabezpieczenia. Jednak zamiast przedwcześnie otwierać szampana, lepiej uważnie przeczytać treść gwarancji, a także uświadomić sobie subtelne konsekwencje tej trójstronnej konstrukcji.

Gwarancja bankowa jest jednym z podstawowych produktów bankowych, powszechnym i wystandaryzowanym. Istnieje szereg jej rodzajów, a jednym z najpopularniejszych jest bezwarunkowa i nieodwołalna gwarancja „na pierwsze żądanie” zabezpieczająca wykonanie danego zobowiązania zlecniodawcy gwarancji z umowy zawartej między nim a beneficjentem gwarancji.

Koncepcja jest banalnie prosta – zamiast np. kaucji, beneficjent gwarancji otrzymuje zobowiązanie banku, że jak tylko bank otrzyma żądanie beneficjenta, wypłaci mu odpowiednią kwotę. Modelowo nie są w takiej gwarancji wpisane żadne warunki; beneficjent musi tylko złożyć żądanie wypłaty z oświadczeniem, że zabezpieczane zobowiązanie nie zostało spełnione. Zatem teoretycznie beneficjent gwarancji bankowej może spać spokojnie – zamiast wylać się w spór na poziomie danego kontraktu i martwić się wypłacalność swego kontrahenta (zlecającego gwarancję), kieruje żądanie zapłaty do dłużnika praktycznie pewnego (czyli banku) pod instrumentem, który w zamyśle ma być automatyczny (czyli gwarancją bankową z wypłatą „na pierwsze żądanie”).

Praktyka jednak okazuje się bardziej skomplikowana niż teoria. Przyjrzymy się dwóm niuansom komplikującym pozorną prostotę tego mechanizmu: trójkątowi relacji w tym instrumencie oraz temu, jak istotne jest każde słowo umieszczone w gwarancji.



W trójkącie

Beneficjenci często uświadamiają sobie tylko kawałek mechanizmu, który najczęściej zachodzi w banku po złożeniu żądania o wypłatę. Tymczasem proces może być dużo bardziej złożony.

Gdy beneficjent przedstawi żądanie wypłaty, bank niezwłocznie informuje zleceniodawcę o wpływie żądania. Zleceniodawca ma bowiem zwykle obowiązek wpłacić na swój rachunek bankowy prowadzony w banku-gwarancie środki w wysokości odpowiadającej żądaniu na 1–2 dni robocze przed planowaną wypłatą. W ten sposób bank może w dniu wypłaty po prostu pobrać środki zlecającego i wypłacić tę samą kwotę beneficjentowi. Nietrudno jednak zauważyć, że efektem ubocznym przesłania informacji do zlecającego jest „wciągnięcie” go w spór na poziomie gwarancji i umożliwienie kontraktacji np. przez złożenie do sądu

wniosku o zabezpieczenie w postaci zakazu wypłaty kwot z gwarancji przez bank.

Kolejnym elementem, na który beneficjent powinien zwrócić uwagę, jest właśnie relacja między bankiem-gwarantem a zlecającym. To zleceniodawca jest klientem banku, a często gwarancja bankowa jest tylko jednym z wielu zakupionych przez niego produktów w tym banku. Może się zatem zdarzyć, że bank i zleceniodawca są w stałym kontakcie.

Ponadto, jak wspomniano powyżej, kwota wypłaty z gwarancji ma zostać przez bank ufundowana z góry lub natychmiast odzyskana od zlecającego. W szeregu przypadków może zatem powstać problematyczna sytuacja z perspektywy banku. Na przykład gdy zleceniodawca gwarancji jest w trudnej sytuacji finansowej, bank – zdając sobie sprawę ze zwiększonego ryzyka niemożności ściągnięcia środków – może bardziej wnikliwie niż zwykle rozważać wypłatę z gwarancji, w tym badać warunki takiej wypłaty.

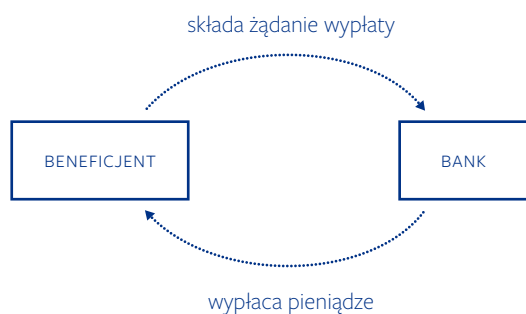
Moc każdego słowa w gwarancji

Oczywiście najczęstszą przyczyną odmowy wypłaty jest niedochowanie wymogów formalnych żądania. Stąd tak istotne jest zarówno jednoznaczne formułowanie takich warunków (zwłaszcza w zakresie technicznym), jak i później wnikliwa analiza tekstu gwarancji oraz literalne, wręcz drobiazgowo postępowanie zgodnie z jej wytycznymi. Jest to szczególnie ważne, jeśli zbliża się termin wygaśnięcia gwarancji, czyli – kolokwialnie mówiąc – drugiej szansy nie będzie. Dotyczy to zresztą nie tylko kwestii żądania.

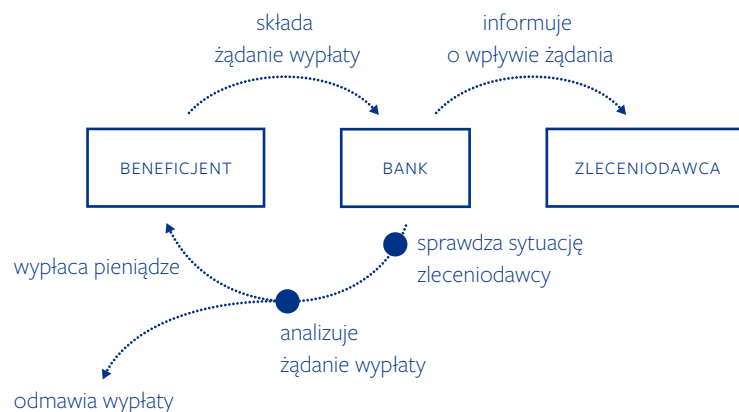
»

WYPŁATA Z GWARANCJI

WYOBRAŻENIE BENEFICJENTA



REALNY PROCES



Jak ważna jest treść gwarancji, przekonał się konkurent naszego klienta: konsorcjum, które swoją ofertę w przetargu zabezpieczyło wadium w postaci gwarancji bankowej wystawionej na zlecenie jednego z członków konsorcjum. Jego oferta została odrzucona, a on utracił szansę na uzyskanie intratnego kontraktu. Dokument wadium został bowiem wystawiony na rzecz jednego z członków konsorcjum i po wnikliwej analizie zarówno zamawiający, jak i Krajowa Izba Odwoławcza zgodnie stwierdzili, że zgodnie z treścią gwarancji bankowej bank gwarantuje wypłatę **wyłącznie** w przypadku naruszeń przez tego jednego członka konsorcjum, nie zaś wszystkich jego członków.

O ile zaś dopuszczalne jest złożenie wadium przez jednego z konsorcjantów, o tyle wniesiona do zamawiającego gwarancja bankowa musi wyraźnie określać, że zabezpiecza ofertę całego konsorcjum, a zamawiający będzie mógł otrzymać kwotę gwarancji bez względu na to, który członek konsorcjum naruszył swoje obowiązki związane z udziałem w przetargu. Przyjrzyjmy się tej kwestii bliżej.

Gwarancja bankowa jako wadium przetargowe

Wadialna gwarancja bankowa rodzi szereg problemów w praktyce zamówień, a orzecznictwo dotyczące nieprawidłowego wadium jest bardzo bogate. Wynika to z doniosłości wadium: nie można go uzupełnić, wniesione nieprawidłowo jest traktowane jako niebyłe, a oferta niezabezpieczona wadium podlega odrzuceniu.

Zamawiający już w chwili otwarcia ofert musi mieć pewność wypłaty wadium. Skoro zaś dokumentu wadialnego nie da się poprawić, to wskazanie w nim warunków wypłaty musi być na tyle precyzyjne, by zamawiający nie miał wątpliwości co do możliwości zaspokojenia się zawsze, gdy jest do tego uprawniony.



Solidarna odpowiedzialność członków konsorcjum nie przesądza automatycznie, że wadium w postaci gwarancji bankowej zabezpiecza ofertę całego konsorcjum. Rozstrzygająca jest treść gwarancji.

ZAMAWIAJĄCY ZATRZYMUJE WADIUM, GDY:

1. wykonawca z przyczyn leżących po jego stronie nie złożył oświadczeń, dokumentów lub pełnomocnictw, o które był wezwany przez zamawiającego,
2. wykonawca nie wyraził zgody na poprawienie przez zamawiającego omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty,
3. wykonawca odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie,
4. wykonawca nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy,
5. zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Przypadki zatrzymania wadium nie muszą zostać wprost wymienione w treści wadialnej gwarancji bankowej, ale musi wyraźnie z niej wynikać, że w każdym razie, gdy zamawiający jest uprawniony do zatrzymania wadium, uzyska wypłatę kwoty gwarancji. Sytuacja zamawiającego, który honoruje wadium w formie niepieniężnej, nie może być gorsza, niż gdyby dysponował kwotą wadium wpłaconą przelewem. Inaczej mówiąc, gwarancja bankowa ma być sformułowana w tak jasny i odpowiedni sposób, by stawała się odpowiednikiem gotówki.

Gwarancja bankowa dawana jako wadium przez konsorcjum

Jeśli wadialną gwarancję bankową pozyskuje tylko jeden członek konsorcjum, istotne jest, aby gwarancja bankowa zabezpieczała nie tylko działania i zaniechania tego jednego członka (albo działania i zaniechania, za

które on odpowiada), ale również działania i zaniechania leżące po stronie pozostałych członków konsorcjum. Nie jest to jednak kwestia „automatyczna” w kontekście solidarnej odpowiedzialności członków konsorcjum względem zamawiającego, mającej miejsce również na etapie przetargu.

Jeśli lider konsorcjum nie przedstawi wymaganego dokumentu dotyczącego innego członka konsorcjum, bo ten członek go nie uzyskał, to spowoduje to nieprzedstawienie dokumentu z przyczyn leżących po stronie takiego innego członka, a nie leżących po stronie lidera. Jeśli tylko lider jest wymieniony w gwarancji bankowej, to nie dojdzie do skutecznego zatrzymania wadium.

Zazwyczaj w gwarancjach wadialnych wnoszonych przez konsorcjum określa się wprost, że wykonawca występuje w przetargu w formie konsorcjum, i wymienia się wszystkich jego członków. Znane są



Jakiegokolwiek odstępstwa w kształtowaniu rezultatu zabezpieczenia, które – nawet potencjalnie – zawężają zakres odpowiedzialności gwaranta, skutkują uznaniem, że wadium nie zostało wniesione. Zamawiający nie może mieć wątpliwości, że bank wypłaci kwotę gwarancji bez względu na to, który członek konsorcjum doprowadził do konieczności zatrzymania wadium.

przypadki odrzucenia oferty konsorcjum, w której gwarancja wadialna wymieniała inne podmioty niż te wchodzące w skład konsorcjum wnoszącego ofertę. Nie jest to wcale rzadki błąd: decyzje dotyczące struktury ofertowania są dość dynamiczne i mogą zapadać w ostatniej chwili przed złożeniem oferty. Wspólny udział w przetargu jest możliwy nie tylko w formie konsorcjum. Podmioty mogą się wspierać niezbędnym potencjałem w drodze podwykonawstwa, co wiąże się z mniejszą odpowiedzialnością dla podmiotu udostępniającego potencjał. Zanim kontrahenci dojdą do porozumienia, może być już za mało czasu na uzyskanie wadialnej gwarancji bankowej.

Jeżeli jednak w czasie pozyskiwania gwarancji bankowej struktura ofertowania może jeszcze ulec zmianie, istotne jest określenie w treści gwarancji, że zabezpiecza ona ofertę konsorcjum. Niekoniecznie trzeba przy tym wskazywać wszystkich jego członków. Dobrym sposobem identyfikacji konsorcjum jest określenie podmiotu, który pełni w nim rolę lidera (najczęściej wnioskodawcy gwarancji), i wyraźne wskazanie, że gwarancja zabezpiecza zobowiązania oraz zdarzenia dotyczące któregośkolwiek członka konsorcjum.

Należy pamiętać, że wadium musi być dobre od samego początku. Zamawiający ocenia dokumenty, w tym gwarancję bankową, na moment otwarcia ofert. Nie można luk bądź niedociągnięć w treści

NAJCZĘSTSZE BŁĘDY GWARANCJI WADIALNEJ

1. Błędne określenie zamawiającego lub beneficjenta (nazwa, adres)
2. Błędne określenie wykonawcy (sam czy konsorcjum)
3. Błędne określenie postępowania
4. Błędne określenie sumy gwarancyjnej (kwota, waluta)
5. Błędne określenie okresu ważności
6. Błędne określenie podstaw zatrzymania wadium
7. Błędne określenie podstaw wygaśnięcia wadium
8. Prawo właściwe niezgodne ze wskazaniem zamawiającego
9. Wprowadzanie obowiązków dodatkowych, których spełnienie jest konieczne, by uzyskać wypłatę wadium

wadialnej gwarancji bankowej naprawić w drodze późniejszego wyjaśnienia banku; bank nie może następnie potwierdzić, że dokonałby wypłaty wadium w określonej sytuacji. Możliwość taka naruszałaby zasadę równego traktowania wykonawców: każdy z nich musi wnieść prawidłowe wadium do czasu otwarcia ofert i każdy sam ponosi konsekwencje wyboru gwarancji bankowej jako formy wadium. Wykonawcom pozostaje więc pilnować, aby wadialna gwarancja bankowa nie zawierała błędów.

Jest to uniwersalna wskazówka – chociaż treść gwarancji bankowej „na pierwsze żądanie” wydaje się standardowa, lepiej zawczasu przyjrzeć się jej treści, niezależnie od tego, po której stronie jesteśmy. ●



JOANNA PROKURAT

doradca podatkowy,
praktyka podatkowa

Podatkowe instrumenty wspierania działalności innowacyjnej

Polska stale poszerza paletę instrumentów ukierunkowanych na wspieranie innowacji. Finansowanie ze środków publicznych może być uzupełnione bądź zastąpione zastosowaniem instrumentów podatkowych.

Finansowanie bezzwrotne

Polska będzie największym beneficjentem funduszy UE w latach 2021–2027. Europa Inteligentna stanowi jeden z głównych celów nowej perspektywy finansowej UE, dlatego działania, które bezpośrednio lub pośrednio przyczyniają się do powstawania i rozwoju innowacyjnych przedsięwzięć, będą mogły liczyć na istotne wsparcie. Spośród programów zarządzanych na poziomie krajowym z punktu widzenia prowadzenia działalności innowacyjnej najistotniejsze mają być regionalne programy operacyjne dla poszczególnych województw oraz ogólnokrajowy program operacyjny będący następcą funkcjonującego w latach 2014–2020 Programu Operacyjnego Inteligentny Rozwój (POIR).

Projekty innowacyjne będą mogły korzystać również z programów bezpośrednio zarządzanych z poziomu Unii Europejskiej.

Ponadto działalność innowacyjna może być współfinansowana bezzwrotnymi grantami rządowymi przyznawanymi w ramach Programu wspierania inwestycji o istotnym znaczeniu dla gospodarki polskiej na lata 2011–2030 przyjętego przez Radę Ministrów 5 lipca 2011 r. (znowelizowanego 1 października 2019 r.).

Ulga B+R

Ulga na działalność badawczo-rozwojową (ulga B+R) adresowana jest do przedsiębiorców, którzy w ramach swojej działalności prowadzą prace badawczo-rozwojowe w rozumieniu przepisów o podatku dochodowym (CIT/PIT), tj. badania podstawowe i aplikacyjne, jak również prace rozwojowe w rozumieniu art. 4 ust. 3 ustawy z dnia 20 lipca 2018 r. – Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce. W praktyce z ulgi B+R może skorzystać podatnik niezależnie od tego, czy w ramach swojego przedsiębiorstwa ma wyodrębniony dział B+R, a także bez względu na wynik prowadzonych prac B+R.

Ulga B+R polega na możliwości dodatkowego odliczenia od dochodu stanowiących w danym roku koszty podatkowe kosztów kwalifikowanych poniesionych na działalność B+R w wysokości 100% za lata 2018–2020 (150% w przypadku Centrum Badawczo-Rozwojowego), 30–50% za 2017 r. oraz 10–30% za 2016 r. Możliwe jest wsteczne rozliczenie ulgi B+R za nieprzedawnione lata podatkowe. Koszty kwalifikowane obejmują przede wszystkim wynagrodzenia pracowników i współpracowników czy wydatki na materiały i surowce wykorzystywane w działalności B+R.

W przypadku osiągnięcia straty lub gdy kwota ulgi przewyższa dochód, możliwe jest wykorzystanie ulgi w kolejnych latach po roku, w którym nabyte zostało prawo do ulgi – trzech w przypadku ulgi B+R za 2016 r. lub sześciu w przypadku ulgi B+R za lata od 2017 r.

Działalność badawczo-rozwojowa – działalność twórcza obejmująca badania naukowe lub prace rozwojowe, podejmowana w sposób systematyczny w celu zwiększenia zasobów wiedzy oraz wykorzystania zasobów wiedzy do tworzenia nowych zastosowań.

Badania naukowe

- **Badania podstawowe**
prace empiryczne lub teoretyczne mające przede wszystkim na celu zdobywanie nowej wiedzy o podstawach zjawisk i obserwowalnych faktów bez nastawienia na bezpośrednie zastosowanie komercyjne.
- **Badania aplikacyjne**
prace mające na celu zdobycie nowej wiedzy oraz umiejętności, nastawione na opracowywanie nowych produktów, procesów lub usług lub wprowadzanie do nich znaczących ulepszeń.

Prace rozwojowe

działalność obejmująca nabywanie, łączenie, kształtowanie i wykorzystywanie dostępnej aktualnie wiedzy i umiejętności, w tym w zakresie narzędzi informatycznych lub oprogramowania, do planowania produkcji oraz projektowania i tworzenia zmienionych, ulepszonych lub nowych produktów, procesów lub usług, z wyłączeniem działalności obejmującej rutynowe i okresowe zmiany wprowadzane do nich, nawet jeżeli takie zmiany mają charakter ulepszeń.

ZMIANA OBCIĄŻENIA PODATKOWEGO PRZY ULDZE B+R

Przychody podatkowe	5 000 000 PLN
Wysokość kosztów niekwalifikowanych	2 000 000 PLN
Wysokość kosztów kwalifikowanych	1 000 000 PLN

	PODSTAWA OPODATKOWANIA	PODATEK (STAWKA 19%)
Z ulgą B+R	$5\,000\,000 - (2\,000\,000 + 2 \times 1\,000\,000) = 1\,000\,000$ PLN	190 000 PLN
Bez ulgi B+R	$5\,000\,000 - (2\,000\,000 + 1\,000\,000) = 2\,000\,000$ PLN	380 000 PLN

Przedsiębiorcy prowadzący działalność w specjalnej strefie ekonomicznej (SSE) lub Polskiej Strefie Inwestycji (PSI) na podstawie stosownego zezwolenia lub decyzji mogą stosować ulgę B+R w odniesieniu do tych kosztów kwalifikowanych, które nie są uwzględniane w kalkulacji dochodu zwolnionego z podatku na podstawie tego zezwolenia lub decyzji.

IP Box

IP Box pozwala skorzystać z niższej, 5% stawki podatku dochodowego (CIT/PIT) w rocznym rozliczeniu tych podatków przez podmioty uzyskujące dochody z komercjalizacji wytworzonych lub rozwiniętych przez nie kwalifikowanych praw własności intelektualnej w drodze działalności B+R. IP Box znajduje zastosowanie, gdy spełnione są łącznie trzy warunki:

- podatnik uzyskuje przychody z komercjalizacji określonych ustawowo kwalifikowanych praw własności intelektualnej, do których zalicza się patent, prawo ochronne na wzór użytkowy, prawo z rejestracji wzoru przemysłowego, prawo z rejestracji topografii układu scalonego, dodatkowe prawo ochronne dla patentu na produkt leczniczy lub produkt ochrony roślin, prawo z rejestracji produktu leczniczego i produktu leczniczego weterynaryjnego dopuszczonych do obrotu, wyłączne prawo, o którym mowa w ustawie z dnia 26 czerwca 2003 r. o ochronie prawnej odmian roślin, a także autorskie prawo do programu komputerowego – podlegające ochronie prawnej na podstawie przepisów odrębnych ustaw lub ratyfikowanych umów międzynarodowych, których stroną jest Polska, oraz innych umów międzynarodowych, których stroną jest Unia Europejska (osiąganie przychodów również z innych tytułów nie przekreśla prawa do stosowania IP Box),
- przedmiot ochrony kwalifikowanych w ramach IP Box praw (np. patent albo program komputerowy) został wytworzony, rozwinięty lub ulepszony przez podatnika w ramach prowadzonej przez niego działalności badawczo-rozwojowej (B+R),
- podatnik prowadzi wymaganą ustawowo ewidencję w sposób zapewniający ustalenie przychodów, kosztów uzyskania przychodów oraz dochodu (straty).

$$\text{WSKAŹNIK NEXUS} = \frac{(a + b) \times 1,3}{a + b + c + d}$$

- a koszty dotyczące prowadzonej bezpośrednio przez podatnika działalności B+R związanej z KPWI
- b koszt nabycia wyników prac B+R związanych z KPWI, innych niż kwalifikowane jako *d*, od podmiotu **niepowiązanego** (w rozumieniu podatkowych przepisów o cenach transferowych)
- c koszt nabycia wyników prac B+R związanych z KPWI, innych niż kwalifikowane jako *d*, od podmiotu **powiązanego** (w rozumieniu podatkowych przepisów o cenach transferowych)
- d koszt nabycia przez podatnika KPWI

Wysokość dochodu podlegającego opodatkowaniu preferencyjną stawką 5% stanowi iloczyn dochodu z kwalifikowanego prawa własności intelektualnej (KPWI) osiągniętego w danym roku podatkowym oraz mnożnika korekcyjnego – tzw. wskaźnika Nexus. Dochodem (stratą) z KPWI jest dochód (strata):

- z opłat lub należności wynikających z umowy licencyjnej, która dotyczy KPWI,
- ze sprzedaży KPWI,
- z KPWI uwzględnionej w cenie sprzedaży produktu lub usługi,
- z odszkodowania za naruszenie praw wynikających z KPWI, jeżeli zostało uzyskane w postępowaniu spornym, w tym w postępowaniu sądowym albo arbitrażu,
- pomniejszona o koszty uzyskania przychodów, w tym tzw. koszty pośrednie.

Polska Strefa Inwestycji

Polska Strefa Inwestycji to wprowadzony w 2018 r. instrument wsparcia dla inwestorów, który ma zastąpić dotychczasowe Specjalne Strefy Ekonomiczne (które wygasną do 2026 r.). Umożliwia przedsiębiorstwom realizującym nowe inwestycje, w tym dotyczące B+R, na terenie całej Polski uzyskanie zwolnienia z podatku dochodowego (CIT/PIT). Zwolnienie z podatku dochodowego przyznawane jest na wniosek przedsiębiorcy spełniającego określone kryteria ilościowe i jakościowe, w ramach decyzji o wsparciu wydawanej na czas oznaczony (10, 12 lub 15 lat) i określającej m.in. przedmiot działalności gospodarczej oraz warunki, jakie przedsiębiorca musi spełnić, by skorzystać ze zwolnienia podatkowego.

Wartość korzyści wynikającej ze zwolnienia z podatku jest kalkulowana jako iloczyn nakładów inwestycyjnych (kosztów inwestycji bądź zatrudnienia) stanowiących wydatki kwalifikowane oraz intensywności pomocy przewidzianej dla województwa, w którym realizowana jest inwestycja – od 10% dla m.st. Warszawy do 50% w województwach: lubelskim, podlaskim, podkarpackim i warmińsko-mazurskim.

Centrum Badawczo-Rozwojowe

Podatnicy podatku dochodowego od osób prawnych (CIT) samodzielnie podejmujący działalność innowacyjną mogą uzyskać status centrum badawczo-rozwojowego (CBR). Status CBR mogą uzyskać w szczególności przedsiębiorcy prowadzący badania lub prace rozwojowe i osiągający przychody netto ze sprzedaży towarów, produktów i operacji finansowych za poprzedni rok obrotowy w wysokości co najmniej:

- 5 000 000 zł, których przychody netto ze sprzedaży wytworzonych przez nich usług B+R klasyfikowanych do usług w zakresie badań naukowych i prac rozwojowych (w rozumieniu PKWiU) lub praw własności przemysłowej stanowią co najmniej 20% przychodów netto,
- 2 500 000 zł (ale mniej niż 5 000 000 zł), których przychody netto ze sprzedaży wytworzonych przez nich usług B+R klasyfikowanych do usług w zakresie badań naukowych i prac rozwojowych (w rozumieniu PKWiU) lub praw własności przemysłowej stanowią co najmniej 70% przychodów netto.

CBR mogą tworzyć fundusz innowacyjności na pokrycie kosztów B+R lub kosztów związanych z uzyskaniem patentu na wynalazek. Po spełnieniu warunków ustawowych CBR może uznać za koszty uzyskania przychodów odpisy na fundusz innowacyjności już w chwili dokonania odpisu na ten fundusz (do wysokości 20% przychodów w danym miesiącu), bez czekania na wydatkowanie środków zgromadzonych na rachunku funduszu, które winno nastąpić do końca roku podatkowego.

CBR są uprawnione do 150% odpisu na koszty kwalifikowane w ramach ulgi B+R.

Ponadto CBR mogą korzystać na zasadach pomocy *de minimis* ze zwolnienia z podatku od nieruchomości oraz podatku rolnego i leśnego w zakresie przedmiotów opodatkowania zajętych na cele prowadzonych przez nich badań i prac rozwojowych do wysokości 200 000 euro w okresie do trzech lat.

Koszty samodzielnie prowadzonych prac rozwojowych

Podatnicy samodzielnie prowadzący prace rozwojowe mogą sterować momentem rozpoznawania kosztów uzyskania przychodów, dostosowując go do potrzeb wynikających z aktualnie deklarowanej wysokości dochodu lub straty podatkowej.

Koszty takich prac, jako specyficzna kategoria wartości niematerialnych i prawnych (WNIP) wytwarzanych we własnym zakresie i niezależnych od przewidywanego okresu używania, mogą być rozliczane poprzez odpisy amortyzacyjne. W przypadku prac rozwojowych zakończonych wynikiem pozytywnym, który może być wykorzystany dla potrzeb działalności gospodarczej podatnika, a także jeżeli:

- produkt lub technologia wytwarzania są ściśle ustalone, a koszty tych prac są wiarygodnie określone,
- techniczna przydatność produktu lub technologii została odpowiednio udokumentowana i na tej podstawie podatnik podjął decyzję o wytwarzaniu tych produktów lub o stosowaniu technologii,
- z dokumentacji wynika, że przychody ze sprzedaży produktów lub zastosowania technologii pokrywają przynajmniej koszty prac rozwojowych,

koszty mogą być, wg wyboru podatnika, zamortyzowane w całości w ciągu 12 miesięcy, począwszy od miesiąca następującego po miesiącu, w którym zostały wprowadzone do ewidencji, lub w dowolnie wydłużonym okresie.

Jeżeli prace rozwojowe zakończą się wynikiem negatywnym (albo pozytywnym, ale nie spełnią wszystkich ww. warunków), poniesione wydatki mogą być zaliczone bezpośrednio do kosztów uzyskania przychodu w miesiącu, w którym zostały poniesione, proporcjonalnie, poczynwszy od miesiąca poniesienia, w równych częściach w okresie nie dłuższym niż 12 miesięcy albo jednorazowo, w roku podatkowym, w którym doszło do zakończenia prac. Uwzględniając zasadę równości podatników, rozwiązania te powinny być dostępne również w odniesieniu do prac rozwojowych zakończonych pozytywnym wynikiem i spełniających ww. warunki.

50% koszty uzyskania przychodów dla twórców

Podatnicy podatku dochodowego od osób fizycznych (PIT) będący twórcami mogą być uprawnieni do zastosowania 50% kosztów uzyskania przychodów do kwoty 85 528 zł rocznie (zamiast standardowych kosztów w wysokości 3 000 zł rocznie) z tytułu przeniesienia

praw autorskich/własności przemysłowej, udzielenia licencji (w 1. roku trwania) lub stworzenia dzieła/własności intelektualnej. Przywilej ten dotyczy przychodów uzyskiwanych m.in. z tytułu:

- działalności twórczej w zakresie architektury, architektury wnętrz, architektury krajobrazu, inżynierii budowlanej, urbanistyki, literatury, sztuk plastycznych, wzornictwa przemysłowego, muzyki, fotografii, twórczości audialnej i audiowizualnej, programów komputerowych, gier komputerowych, teatru, kostiumografii, scenografii, reżyserii, choreografii, lutnictwa artystycznego, sztuki ludowej oraz dziennikarstwa,
- produkcji audialnej i audiowizualnej,
- działalności badawczo-rozwojowej, naukowej, naukowo-dydaktycznej, badawczej, badawczo-dydaktycznej oraz prowadzonej w uczelni działalności dydaktycznej.

W przypadku takich twórców osiągających przychody od płatników (np. pracowników) pozwala to na podwyższenie wynagrodzenia netto bez dodatkowego obciążenia składką ZUS.

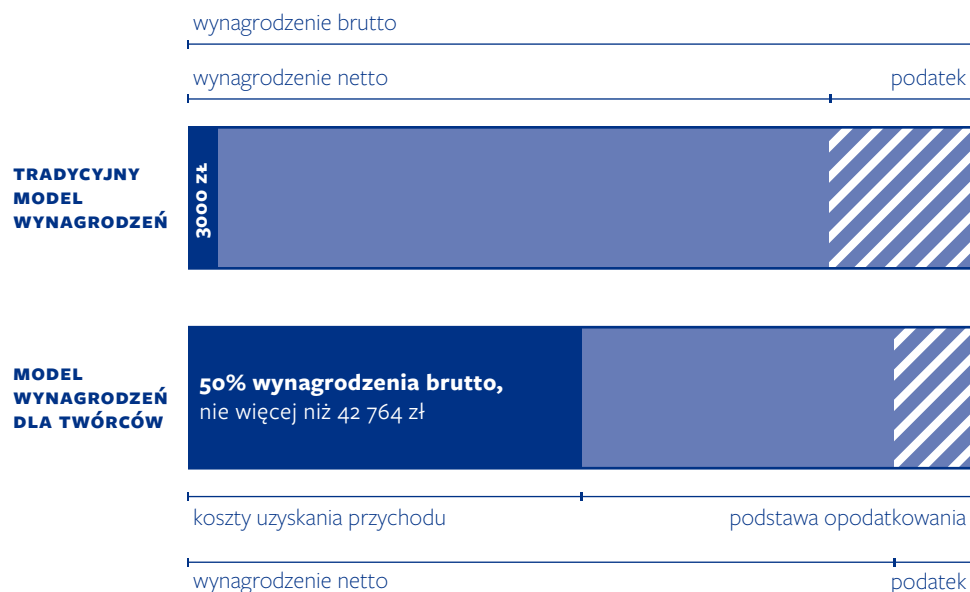
Ulga na robotyzację i automatyzację

Od 2021 r. ulga B+R ma zostać rozszerzona o tzw. ulgę na automatyzację i robotyzację. Rozwiązanie to ma być przeznaczone dla przedsiębiorstw przemysłowych zainteresowanych opracowywaniem i wdrażaniem nowych, zintegrowanych systemów obsługujących procesy, produkty i modele biznesowe. Rozwiązania objęte ulgą powinny umożliwiać komunikację ludzi z maszynami i zapewniać bezpieczeństwo użytkowników. Bazą do powstania definicji robotów ma być norma ISO 8373:2012.

Dodatkowe koszty kwalifikowane mają objąć cztery kategorie, w tym zakup fabrycznie nowych robotów i dodatkowych urządzeń potrzebnych im do realizacji swoich funkcji, koszty wartości niematerialnych i prawnych niezbędnych do poprawnego uruchomienia i przyjęcia do używania robotów przemysłowych (np. oprogramowania), koszty usług szkoleniowych nabywanych w związku z robotem przemysłowym oraz koszty leasingu finansowego na nabycie robotów przemysłowych.

Koszty na robotyzację mają być odliczane w ciągu roku podatkowego, a w rocznym zeznaniu podatkowym mają być podstawą do dokonania dodatkowego odpisu.

Nowa ulga ma być rozwiązaniem czasowym i obowiązywać w latach 2021–2025.



Estoński CIT

Niezależnie od prowadzenia działalności B+R, od 2021 r. niektórzy podatnicy CIT będą mogli skorzystać z odroczenia opodatkowania do momentu wypłaty zysku i opodatkować dochody ryczałtem w ramach tzw. estońskiego CIT. Uprawnieni podatnicy będą mogli rozliczać się estońskim CIT w 4-letnich okresach, które będą mogły być przedłużane na kolejne 4-letnie okresy. Przy 19% stawce PIT dla dywidend łączna stawka opodatkowania będzie wynosić 25% lub 20% dla małych podatników (dotychczas 26,29%) oraz 30% lub 25% dla pozostałych (dotychczas 34,39%). Stosując estoński CIT, nie będzie można korzystać z ulg i odliczeń podatkowych, np. ulgi B+R.

Estoński CIT jest skierowany do małych i średnich przedsiębiorstw (MŚP), o ile spełnią dodatkowe warunki, w tym:

- ich roczny przychód (z VAT) nie przekracza 50 mln zł,
- ich udziałowcami/akcjonariuszami są tylko osoby fizyczne (w tym nierezydenci),
- zatrudniają co najmniej trzech pracowników w stosunku rocznym (wyłączając udziałowców/akcjonariuszy),
- nie posiadają udziałów w innych spółkach,

- inwestują w środki trwałe (inwestycje we WNIP nie będą preferowane) – wymagany wzrost o min. 15% w dwuletnim okresie (nie mniej niż 20 tys. zł) lub o 33% w czteroletnim okresie (nie mniej niż 50 tys. zł),
- mniej niż 50% ich przychodów pochodzi z tzw. dochodów pasywnych (np. dywidend, odsetek, realizacji praw z instrumentów finansowych),
- nie sporządzają sprawozdań finansowych zgodnie z Międzynarodowymi Standardami Rachunkowości w przypadkach, o których mowa w art. 45 ust. 1a i 1b ustawy o rachunkowości,
- nie osiągają dochodów w SSE/PSI,
- nie zostały utworzone w wyniku działań restrukturyzacyjnych (m.in. połączenia albo podziału).

Fundusz (rachunek) inwestycyjny

Również od 2021 r. podatnicy spełniający warunki do skorzystania z estońskiego CIT będą mogli zaliczać odpisy od środków trwałych na rachunek inwestycyjny do kosztów uzyskania przychodów (nie poprzez odpisy amortyzacyjne), co w sensie ekonomicznym pozwoli na szybsze rozliczenie kosztów środków trwałych w prowadzonych inwestycjach. Zastosowanie tego instrumentu nie pozbawi, tak jak estoński CIT, dotychczasowych preferencji, np. ulgi B+R.

Łączenie instrumentów

Wskazane powyżej instrumenty podatkowe mogą być łączone, w tym z niepodatkowymi formami wsparcia publicznego. Zazwyczaj jednak niedozwolone jest objęcie tych samych wydatków dwoma lub więcej formami wsparcia. Przykładowo w ramach ulgi B+R nie podlegają rozliczeniu koszty kwalifikowane w części sfinansowanej dotacją. Ponadto ulga B+R nie podlega uwzględnieniu w obliczeniu podstawy opodatkowania podlegającej IP Box (jeżeli zatem podatnik zdecyduje się na zastosowanie 5% stawki podatku dochodowego do dochodów uzyskiwanych z KPWI, to od takiego dochodu nie będzie mógł odliczyć dodatkowych wydatków kwalifikowanych w ramach ulgi B+R, związanych z pracami nad takim KPWI). Z drugiej strony IP Box może znajdować zastosowanie do KPWI wypracowanych w ramach działalności B+R korzystającej z bezzwrotnej pomocy publicznej, np. w ramach POIR. Jednostki o statusie CBR uprawnione do dokonywania odpisu na fundusz B+R mogą rozpoznać nie 100%, ale 150% wydatków kwalifikowalnych w ramach ulgi B+R.

Przy tak dużym wyborze ulg i zachęt podatkowych konieczne jest kalkulowanie ich opłacalności oraz analiza wpływu na przyszły rozwój. ●



DR MARCIN KULESZA

praktyka prawa ochrony
konkurencji i konsumentów

Cyfrowa gospodarka, Unia Europejska i konkurencja

W 2021 r. będzie się dynamicznie rozwijał unijny projekt regulacji działalności platform cyfrowych i szerzej gospodarki cyfrowej, zwłaszcza w aspekcie konkurencji i ochrony konsumentów. Aby śledzić ten rozwój, warto zarejestrować stan wyjściowy na koniec 2020 r., od którego obserwację zaczniemy.

Czym jest gospodarka cyfrowa i jak sobie z nią radzi prawo konkurencji?

20 maja 2019 r. Dyrekcja Generalna Komisji Europejskiej ds. Konkurencji opublikowała raport zatytułowany „Competition policy for the digital era” („Polityka konkurencji w erze cyfrowej”). Jego zasadniczą treścią jest próba opisu gospodarki w świecie cyfrowym, przede wszystkim w zakresie działania tzw. rynków cyfrowych. Autorzy raportu opisali cele, jakie na tych rynkach powinna realizować Unia Europejska poprzez politykę i prawo konkurencji. Cele te posłużyły im jako ramy do omówienia możliwości zastosowania zasad prawa konkurencji do działalności platform cyfrowych i do rynków opartych na danych. Raport zmierzał do oceny unijnych zasad kontroli koncentracji oraz do określenia niezbędnych zmian.

Stwierdzono rzecz oczywistą. Platformy internetowe – wyszukiwarki internetowe, media społecznościowe, platformy handlu elektronicznego – stanowią duże wyzwania dla ochrony interesu publicznego i dla polityki publicznej.

Doświadczenia rynków cyfrowych pokazują, że bardzo trudno jest konkurować z dużymi, zasiedzającymi na rynku graczami, nie mówiąc o ich zastąpieniu. Według autorów raportu u dominujących przedsiębiorców cyfrowych widać tendencję do praktyk ograniczających konkurencję.

Co i jak można zmienić?

Wszystkie te cechy platform cyfrowych, ekosystemów cyfrowych i gospodarki opartej na danych mają zasadniczy wpływ na kształt konkurencji na rynkach gospodarki cyfrowej. Wymagają stanowczej interwencji na gruncie prawa ochrony konkurencji. Konieczna jest zmiana metod stosowania tego prawa. W tym zakresie raport jest radykalny.

Autorzy raportu doszli do wniosku, że nawet gdy nie można precyzyjnie określić szkody dla konsumentów, należy zakazać dominującym platformom stosowania strategii służących zmniejszaniu presji konkurencyjnej, z którą się mierzą. Z radykalnego środka, jakim jest zakaz, należy skorzystać już wtedy, gdy nie da się jednoznacznie wykazać korzystnego wpływu działań platform na sytuację konsumentów.

Ponadto autorzy uznali, że na rynkach cyfrowych należy się mniej skupiać na analizie definicji rynku, a bardziej na teorii negatywnego wpływu i na identyfikacji strategii antykonkurencyjnych. Co więcej, aby nie dopuścić do potencjalnie antykonkurencyjnej praktyki, konieczne może być przeniesienie na przedsiębiorcę ciężaru dowodu w zakresie prokonkurencyjnych skutków jego działań. Według raportu dotyczy to zwłaszcza bardzo skoncentrowanych rynków o silnych efektach sieci i wysokich barierach wejścia.

TRZY CECHY GOSPODARKI CYFROWEJ

WEDŁUG AUTORÓW RAPORTU *COMPETITION POLICY FOR THE DIGITAL ERA*

- 1 Wyjątkowo duże korzyści skali** związane ze znacznie niższymi kosztami wytworzenia usługi cyfrowej w stosunku do liczby obsługiwanych klientów.
- 2 Zewnętrzne czynniki sieciowe** związane ze wzrostem użyteczności wraz z przyrostem liczby użytkowników. Nowy konkurent, wprowadzając usługę lepszej jakości lub tańszą, nie korzysta z efektu skali, dopóki nie przekona użytkowników dotychczasowego usługodawcy do zmiany dostawcy. To może być zaś bardzo trudne i czasochłonne. Zatem czynniki sieciowe mogą uniemożliwić lepszej platformie zastąpienie istniejącego dostawcy.
- 3 Znaczenie danych, które działające już podmioty zebrały w wielkiej ilości w toku rozwoju technologii.** Dane są nie tylko kluczowym wkładem do sztucznej inteligencji, ale także ważnym, niekiedy najważniejszym elementem wielu usług sieciowych, procesów produkcyjnych i logistyki. W związku z tym coraz istotniejszym czynnikiem konkurencyjnym jest zdolność do wykorzystywania danych do tworzenia nowych usług i produktów.

Skutkiem tych cech jest silny tzw. „efekt zakresu”, dający istniejącym i działającym graczom istotną przewagę konkurencyjną.

TEORIE NEGATYWNEGO WPŁYWU

Inaczej: teorie szkody. Konstrukcje wyjaśniające, dlaczego i w jaki sposób dana praktyka ma negatywny wpływ na konkurencję lub konsumentów.

DOKTRYNA RYNKÓW WTÓRNYCH DLA DANYCH

Określenie rynków, na których dane są „wkładem”, „surowcem”, „komponentem”, i są niezbędne, aby na tych rynkach prowadzić działalność.

Najważniejsze wnioski z raportu są następujące:

- Orzecznictwo Komisji – zwłaszcza w sprawach Microsoft (sprawa z 2004 r.), Google Shopping (sprawa z 2017 r.) i Google Android (z 2018 r.) – zwiększyło świadomość, że trzeba zmodyfikować narzędzia analityczne, metodologię i **teorię negatywnego wpływu**, aby lepiej dostosować je do nowej rzeczywistości rynkowej. Postępowania w tego rodzaju sprawach są długotrwałe. Rośnie jednak świadomość, że trzeba je rozpatrywać z szybkością odpowiadającą szybkości procesów rynkowych. Teorie negatywnego wpływu muszą być opracowywane z uwzględnieniem zarówno odpowiednich kosztów błędów, jak i praktyczności ich stosowania. Autorzy raportu proponują pewne teorie negatywnego wpływu, które można zastosować w praktyce. W odniesieniu do kwestii koncentracji – przejmowania startupów przez dominujące platformy lub ekosystemy – proponują wzmocnienie i dostosowanie teorii negatywnego wpływu w układzie konglomeratowym. Jeżeli zaś chodzi o dostęp do danych, uważają, że należy ponownie przeanalizować **doktrynę rynków wtórnych** (niższego szczebla), aby lepiej odzwierciedlić nowe znaczenie ograniczenia dostępu do danych.

- Antykonkurencyjnemu przenoszeniu siły rynkowej przez dominujące platformy na rynki usług komplementarnych może przeciwdziałać **interoperacyjność danych**. Gdy integracja platform oraz rozrost bardzo silnych ekosystemów budzi zastrzeżenia z punktu widzenia konkurencji, skuteczną i atrakcyjną alternatywą dla wymuszania podziału dominujących graczy może być wymaganie od nich zapewnienia interoperacyjności danych. Dzięki temu konsumenci mogą nadal korzystać z pozytywnych efektów integracji tych platform.
- W niektórych obszarach autorzy raportu proponują zastosowanie na dłuższą metę reżimu regulacyjnego, zwłaszcza w zakresie wprowadzania i nadzorowania interoperacyjności danych. Stosowanie prawa konkurencji może bowiem nie być tu wystarczająco wydajne. Jednocześnie podkreślają, że zbyt wysokie są ryzyka związane z charakterystycznym dla regulacji brakiem elastyczności. Organy ochrony konkurencji mogą jednak służyć gospodarce cyfrowej wytycznymi i interpretacjami, np. co do definicji pozycji dominującej w środowisku cyfrowym.

Istotną konkluzją praktyczną raportu było również uznanie, że organy ochrony konkurencji muszą rozumieć technologie stojące za sektorem cyfrowym oraz znaczenie danych dla konkurencji i polityki ochrony konkurencji. W szczególności autorzy uważają, że w najbliższej przyszłości organy regulacyjne muszą wypracować wewnętrzne kompetencje technologiczne. Umożliwią one tym organom odpowiedni rozwój praktyki ochrony konkurencji i będą korzystne dla jej stosowania.

Co wynika z raportu?

Od strony prawnej najważniejszy wniosek to oczywiście konieczność nowego podejścia do regulacji rynków cyfrowych. W tym kontekście podjęto w Komisji Europejskiej prace nad ukształtowaniem odpowiednich reguł dla platform cyfrowych, obejmujące nie tylko aspekt prawa ochrony konkurencji, ale także przegląd dyrektywy o handlu elektronicznym. Do przeglądu przepisów dotyczących rynku wewnętrznego usług cyfrowych zobowiązała się Ursula von der Leyen, przewodnicząca Komisji Europejskiej, a sama Komisja zapowiedziała ten przegląd w komunikacie pt. „Kształtowanie cyfrowej przyszłości Europy”.

INTEROPERACYJNOŚĆ DANYCH

Możliwość wykorzystania danych przez różne/inne platformy, systemy czy środowiska. Chodzi o taki sposób ich zapisu i przechowywania, by można było je przenieść lub wykorzystać np. na innej platformie.

KONTROLA EX ANTE

Kontrola prewencyjna, czyli np. przed startem usługi, systemu czy platformy.

Przegląd doprowadził do powstania projektu pakietu nowych ram prawnych pod roboczą nazwą „Digital Services Act” („DSA”; obecnie DSA to nazwa projektu jednego z dwóch rozporządzeń należących do tego pakietu). W dokumentach unijnych w wersji polskiej tymczasowo nazywa się DSA „aktem prawnym o usługach cyfrowych”, w polskiej prasie i sieci niekiedy także „Kodeksem Usług Cyfrowych”. Zasadniczym przedmiotem pakietu jest:

- harmonizacja i zwiększenie obowiązków platform internetowych i dostawców usług informacyjnych oraz wzmocnienie nadzoru nad polityką platform w zakresie treści – poprzez rewizję przepisów dyrektywy o handlu elektronicznym z 2000 r.,
- ustanowienie zasad **kontroli ex ante** w celu zapewnienia równych warunków działania na rynkach, na których duże platformy działają jako selekcyonerzy informacji,
- ustanowienie mechanizmu ochrony konkurencji na rynku cyfrowym w konkretnych przypadkach określonych przez Margrethe Vestager, wiceprzewodniczącą Komisji Europejskiej odpowiedzialną m.in. za politykę UE w zakresie gospodarki cyfrowej, komisarzkę ds. konkurencji, podczas konferencji w na Fordham University 8 października 2020 r.

Projekt pakietu nowych przepisów obecnie obejmuje dwa planowane rozporządzenia – DSA i odrębny Digital Markets Act („DMA”) powstały na gruncie pomysłu dotyczącego tzw. nowego narzędzia ochrony konkurencji. Nowe narzędzie, tzw. New Competition Tool, miało być sposobem rozwiązania strukturalnych problemów w zakresie konkurencji na rynkach cyfrowych (i nie tylko cyfrowych). Projekty DSA i DMA Komisja Europejska opublikowała 15 grudnia 2020 r. DSA według projektu reguluje obowiązki dostawców usług cyfrowych działających jako pośrednicy łączący konsumentów z dostępem do towarów, usług i treści. Z kolei DMA uzupełnia kompetencje organów ochrony konkurencji na poziomie unijnym i krajowym. Pakiet będziemy omawiać, śledząc i relacjonując dalsze prace, na łamach portalu „Co do zasady”. ●



KATARZYNA ŻUKOWSKA

adwokat,
praktyka ochrony danych osobowych,
praktyka prawa pracy



KAROLINA ROMANOWSKA

adwokat,
praktyka ochrony danych osobowych,
praktyka prawa pracy

Rozwiązania edukacyjne w internecie a dane osobowe

Zagrożenia związane z COVID-19 spowodowały, że nie tylko przedsiębiorcy i ich pracownicy, ale również szkoły przestawiły się na tryb pracy zdalnej. Na rynku pojawiło się wiele rozwiązań edukacyjnych kierowanych do dzieci za pośrednictwem internetu. Mają one pomóc dzieciom w zdobywaniu wiedzy lub uatrakcyjnić im dłuższy niż zazwyczaj pobyt w domu. Oferując tego rodzaju usługi dzieciom, warto zwrócić uwagę na parę kwestii dotyczących danych osobowych.

Udostępniając dzieciom program edukacyjny za pośrednictwem internetu, należy pamiętać, że przeważnie będzie się to wiązało z przetwarzaniem danych osobowych dzieci. Będą to przede wszystkim dane wprowadzane do formularza rejestracyjnego przy zakładaniu profilu użytkownika, ale także dane dotyczące postępów użytkownika w realizacji programu edukacyjnego. Zastosowanie znajdzie więc szereg obowiązków określonych w ogólnym rozporządzeniu o ochronie danych osobowych (RODO), w szczególności obowiązek poinformowania uczestników programu edukacyjnego (na przykład gry) o przetwarzaniu ich danych osobowych poprzez przekazanie im odpowiedniej klauzuli informacyjnej. To, na kim te obowiązki będą spoczywać, będzie zależało od okoliczności (kto jest organizatorem, kto ma dostęp do danych i w jakich celach je wykorzystuje) – administratorem danych może być przykładowo zewnętrzny dostawca lub szkoła.

Szczególna ochrona dzieci na gruncie RODO

RODO otoczyło dzieci szczególną ochroną. Mogą być one bowiem mniej świadome ryzyka związanego z przetwarzaniem ich danych osobowych i swoich praw z tym związanych. Już w preambule RODO wskazuje na szczególny obowiązek związany z zapewnieniem transparentności komunikatów kierowanych do dzieci.

W praktyce oznacza to, że wszelkie komunikaty dotyczące przetwarzania danych osobowych – zawarte na przykład w polityce prywatności zamieszczonej na stronie internetowej – powinny być sformułowane w sposób dostosowany do wieku dzieci, do których kierowane są treści na danej stronie. Zaleca się także korzystanie z diagramów, rysunków lub filmików, które





Wszelkie informacje i komunikaty dotyczące przetwarzania danych dziecka powinny być sformułowane prostym językiem, by dziecko mogło je bez trudu zrozumieć.

mogą pomóc dziecku łatwiej zrozumieć dany komunikat. Praktyczne wytyczne w tym zakresie, z podziałem na grupy wiekowe dzieci, można znaleźć w dokumencie *Age appropriate design: a code of practice for online services* opracowanym przez brytyjski organ nadzoru (ICO). Co prawda część jego postanowień dotyczy brytyjskich przepisów, jednak można tam znaleźć wiele uniwersalnych rekomendacji, które znajdują zastosowanie także w przypadku kierowania treści do dzieci na terytorium Polski.

Planując udostępnienie online programu edukacyjnego, w ramach którego przetwarzane będą dane dzieci, należy zidentyfikować właściwą podstawę prawną przetwarzania. Nie zawsze trzeba będzie zbierać zgody na przetwarzanie danych. W niektórych przypadkach odpowiednia może być inna podstawa, na przykład niezbędność do wykonania umowy (art. 6 ust. 1 lit. b RODO). Rozważając oparcie przetwarzania danych dzieci na prawnie uzasadnionym interesie administratora danych, należy, zgodnie z wymogami art. 6 ust. 1 lit. f RODO, szczególnie uważnie zważyć interesy administratora danych i dzieci, których dane osobowe będą przetwarzane.

Usługi społeczeństwa informacyjnego

Szczególną uwagę należy zwrócić na art. 8 RODO, który odnosi się do oferowania usług społeczeństwa informacyjnego bezpośrednio dzieciom.

Z definicji usługi społeczeństwa informacyjnego wynika, że usługa ta musi być usługą normalnie świadczoną za wynagrodzeniem. Przyjmuje się, że usługa jest świadczona za wynagrodzeniem także wtedy, gdy wynagrodzenie nie pochodzi bezpośrednio od użytkownika usługi, tylko na przykład z wyświetlanych treści reklamowych.

To, czy dana usługa może zostać uznana za usługę oferowaną bezpośrednio dzieciom, będzie zależało od tego, jaka jest jej grupa docelowa. W przypadku rozwiązań edukacyjnych wydaje się, że sam ich charakter sprawia, że w większości będą one mogły zostać zakwalifikowane w ten sposób.

Jeżeli usługa społeczeństwa informacyjnego jest kierowana bezpośrednio do dziecka, art. 8 RODO wprowadza przede wszystkim wymóg uzyskiwania zgody lub aprobaty

zgody od osoby sprawującej władzę rodzicielską lub opiekę nad dzieckiem, które nie ukończyło 16 roku życia, oraz wymóg związany z koniecznością weryfikacji wyrażenia takiej zgody. Warto pamiętać, szczególnie gdy usługi kierowane są także do dzieci z innych państw, że RODO dało państwom członkowskim możliwość wprowadzenia niższej granicy wiekowej (musi ona jednak wynosić co najmniej 13 lat).

Co istotne, art. 8 RODO nakładający wymóg uzyskiwania zgody w przypadku dzieci poniżej 16 roku życia **znajdzie zastosowanie jedynie wtedy, gdy przetwarzanie danych osobowych odbywa się na podstawie zgody (np. dla celów marketingowych)**. Nie znajdzie on więc zastosowania w przypadku przetwarzania danych osobowych niezbędnych do wykonania umowy.

W praktyce oznacza to, że jeśli przetwarzanie danych jest niezbędne do wykonania umowy (np. świadczenia usługi w postaci udostępnienia możliwości korzystania z programu edukacyjnego w internecie), a więc podstawą przetwarzania jest art. 6 ust. 1 lit. b RODO, przepis art. 8 RODO nie znajdzie zastosowania w zakresie, w jakim dane przetwarzane są w celu świadczenia usługi. Przepis ten aktywuje się dopiero w momencie, gdy dostawca programu edukacyjnego będzie chciał wykorzystać dane dzieci nie tylko dla celów korzystania z usługi, ale na przykład również dla celów kierowania do dzieci treści marketingowych.

Ustalenie wieku użytkownika

RODO nie nakłada wprost na administratora obowiązku sprawdzenia wieku użytkownika. Natomiast jeżeli administrator takiego wieku nie sprawdzi, może narazić się na zarzut przetwarzania danych osobowych niezgodnie z przepisami prawa. Weryfikacja wieku wydaje się zatem konieczna.

USŁUGA SPOŁECZEŃSTWA INFORMACYJNEGO

Usługa normalnie świadczona za wynagrodzeniem, na odległość, drogą elektroniczną i na indywidualne żądanie odbiorcy usług (art. 1 ust. 1 lit. b dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/1535).

Usługą społeczeństwa informacyjnego jest na przykład większość usług świadczonych online, np. platformy społecznościowe, usługi telefoniczne online, gry online, strony edukacyjne

Grupa Robocza Art. 29 wskazała w swoich wytycznych (WP 259), że jeżeli użytkownicy oświadczą, że są w wieku uprawniającym do wyrażenia zgody drogą elektroniczną, wówczas administrator może podjąć właściwe czynności kontrolne, by zweryfikować, czy te oświadczenia są prawdziwe. Czynności te powinny zostać zawężone do rozsądnych starań, proporcjonalnych do charakteru czynności przetwarzania i związanego z nimi ryzyka.

Jeżeli natomiast użytkownik oświadczy, że nie osiągnął wieku uprawniającego do wyrażenia zgody drogą cyfrową, administrator może przyjąć takie oświadczenie bez konieczności podejmowania dalszych działań kontrolnych, ale będzie musiał przejść do uzyskania zgody rodzica lub opiekuna i zweryfikować, że osoba udzielająca takiej zgody sprawuje władzę rodzicielską lub opiekę nad dzieckiem. Oznacza to także konieczność uzyskania danych osobowych tych osób. RODO nakłada na administratora obowiązek podjęcia rozsądnych starań celem zweryfikowania, czy osoba sprawująca władzę rodzicielską lub opiekę nad dzieckiem wyraziła zgodę lub ją zaaprobowała.

Kwestia wieku użytkownika programu edukacyjnego ma istotne znaczenie także wtedy, gdy podstawą przetwarzania danych osobowych użytkownika jest umowa. W takim przypadku należy pamiętać o zasadach zawierania umów z osobą, która nie ma pełnej zdolności do czynności prawnych.

Weryfikacja wieku użytkownika i związana z tym potencjalna konieczność przetwarzania danych osobowych rodziców lub opiekunów prawnych użytkownika jest zatem konieczna. Nie powinna jednak prowadzić do nadmiernego przetwarzania danych osobowych.



Przetwarzanie danych szczególnie w sektorze edukacji powinno spełniać odpowiednie standardy jakości i praworządności, a także zasady ochrony danych w fazie projektowania i domyślnej ochrony danych.

O czym jeszcze należy pamiętać?

Kierunkowe wskazówki dotyczące przetwarzania danych osobowych dzieci w sektorze edukacji (w tym wskazówki skierowane do branży) można znaleźć w wytycznych dotyczących ochrony danych dzieci w środowisku edukacyjnym, przygotowanych przez Komitet Konsultacyjny ds. Konwencji o ochronie osób w związku z automatycznym przetwarzaniem danych osobowych działający w ramach Rady Europy. Wytyczne podkreślają, że z uwagi na objęcie dzieci szczególną ochroną poprzeczka dotycząca oczekiwanych standardów przetwarzania danych w sektorze edukacji postawiona jest wysoko, tak aby spełniać odpowiednie standardy jakości i praworządności, a także zasady ochrony danych w fazie projektowania i domyślnej ochrony danych.

W przypadku oferowania programów edukacyjnych w internecie zastosowanie znajdzie, poza przepisami prawa dotyczącymi ochrony danych osobowych, także ustawa o świadczeniu usług drogą elektroniczną z dnia 18 lipca 2002 r. nakładająca na dostawcę programu edukacyjnego obowiązek opublikowania na stronie internetowej programu regulaminu świadczenia usług drogą elektroniczną.

Jeśli program edukacyjny kierowany jest także do dzieci poniżej 13 roku życia, które nie mają zdolności do czynności prawnych, regulamin powinien zawierać zapisy o możliwości korzystania z gry lub programu pod nadzorem rodzica lub opiekuna. ●

REGULAMIN POWINIEN OKREŚLAĆ W SZCZEGÓLNOŚCI:

- rodzaje i zakres usług świadczonych drogą elektroniczną,
- warunki świadczenia usług, w tym wymagania techniczne niezbędne do współpracy z systemem teleinformatycznym, którym posługuje się usługodawca,
- zakaz dostarczania przez usługobiorcę treści o charakterze bezprawnym,
- warunki zawierania i rozwiązywania umów o świadczenie usług drogą elektroniczną,
- tryb postępowania reklamacyjnego.



ANNA POMPE

adwokat, współnik odpowiedzialny
za praktykę własności intelektualnej



EWA NAGY

radca prawny,
praktyka własności intelektualnej

Prowadzenie wirtualnej galerii sztuki: jak się przygotować?

Kryzys nie wystraszył inwestorów. Zainteresowanie nabywaniem dzieł sztuki rośnie. W związku z pandemią aukcje przenoszą się jednak online, kontynuując zapoczątkowany przed dekadą trend.

Czy pośrednicy w handlu sztuką mogą operować wyłącznie w internecie?

W czasie pandemii wiele instytucji kultury udostępniło swoje zasoby online i zaprasza na wirtualne spacer. Inicjatywa Google Arts & Culture zgromadziła ponad 2000 instytucji kultury (w tym muzeów i galerii sztuki) z całego świata, umożliwiając wirtualne obcowanie z dziełami znajdującymi się w ich zasobach. I choć nic nie zastąpi bezpośredniego kontaktu ze sztuką, coraz częściej będziemy korzystać z nowych technologii, żeby podziwiać kolekcje zgromadzone w odległych częściach świata.

Podobnie wygląda sytuacja z obrotem dziełami sztuki. Kolekcjonerzy przed zakupem obrazu czy rzeźby zwykle pragną je obejrzeć, a często także uzyskać dodatkowe potwierdzenie ich autentyczności. Mimo to internet mocno wkracza na ten rynek. Nie stronią od niego szczególnie domy aukcyjne, upatrując szansy na zwiększenie swoich obrotów. Nasuwa się więc pytanie, czy możliwa jest działalność pośredników w handlu sztuką wyłącznie w internecie.

Wydaje się, że odpowiedź będzie twierdząca, bowiem prawo zabezpiecza podstawowy wymóg przy tego rodzaju transakcji, jakim jest gwarancja nabycia obrazu lub innego eksponatu w stanie odpowiadającym opisowi i zdjęciom. Planując jednak założenie wirtualnej galerii, należy pamiętać o kilku innych równie ważnych kwestiach.

Wybrane przez nas zagadnienia nie wyczerpują tematu, ale przybliżają nas do słabo jeszcze rozpoznanego pod kątem prawnym modelu obrotu dziełami sztuki.

DEKADA AUKCJI DZIEŁ SZTUKI W INTERNECIE (2011–2020)

grudzień 2011: CHRISTIE'S

- pierwsza wyłącznie internetowa aukcja (kolekcja biżuterii Elizabeth Taylor)

kwiecień 2020: SOTHEBY'S

- rekordowa sprzedaż podczas aukcji online (ponad 6,4 miliona dolarów)
- najwyższa cena za jeden obraz uzyskana podczas aukcji online (1,3 miliona dolarów za obraz „Antipodal Reunion” autorstwa amerykańskiego artysty George'a Condo sprzedany nieznanemu nabywcy)

Raporty ogłoszone pod koniec 2020 r. przez trzy największe domy aukcyjne – Sotheby's, Christie's i Phillips – pokazują, że wirtualne aukcje przyniosły nie tylko wzrost liczby transakcji, ale także wzrost cen w stosunku do okresu sprzed pandemii.

Zakup dzieła sztuki „na próbę”

Prowadząc galerię sztuki online, można oczywiście poprzestać na oferowaniu za pośrednictwem internetu prac artystów, które właściciel takiej galerii pozyskał wcześniej w tradycyjny sposób. W takim modelu marszand najpierw dokładnie zapoznaje się z oryginałem, żeby oszacować wartości artystyczną i rynkową dzieła, a dopiero potem podejmuje decyzję o jego zakupie lub przyjęciu w komis. Decyzja biznesowa o przystąpieniu do transakcji zapada zatem dopiero po osobistym obejrzeniu przedmiotu znajdującego się najczęściej jeszcze u artysty.

Czy jednak galerie mogą bezpiecznie pozyskiwać prace na odległość? Bardzo ułatwiałoby to nabywanie dzieł artystów niezależnie od miejsca, w którym żyją i tworzą. Z tego punktu widzenia warto rozważyć instytucję sprzedaży na próbę. Transakcję sprzedaży z oferującym dzieło artystą można zawrzeć pod warunkiem zawieszającym, że kupujący (galeria sztuki) uzna oferowaną pracę za spełniającą pokładane w niej oczekiwania. Kolejnym etapem takiej transakcji jest przesłanie fizycznego egzemplarza dzieła do weryfikacji przez galerię. Jeśli po obejrzeniu praca ostatecznie nie spodoba się galerii lub wzbudzi

wątpliwości np. co do jej autentyczności, galeria może wycofać się z transakcji i zrezygnować z zakupu.

W regulaminie wirtualnej galerii warto od razu przedstawić podstawowe założenia umowy zawieranej między artystą a galerią, określając formę jej zawarcia, stronę pokrywającą koszty wysyłki i ewentualnie ubezpieczenia pracy, a także termin, do którego galeria zobowiązana będzie potwierdzić, czy akceptuje przesłane dzieło. Aby zachęcić artystów do współpracy i wysyłki pracy, można także podzielić płatność ceny na co najmniej dwie raty lub przewidzieć dla artysty zaliczkę, tak aby wysyłka następową po otrzymaniu przez artystę części wynagrodzenia.

Zakup praw autorskich do utworu vs. tzw. licencja ustawowa

Zakup dzieła sztuki nie powoduje automatycznie przejścia majątkowych praw autorskich na galerię. Niemniej jednak w odniesieniu do sprzedanego galerii egzemplarza następuje tzw. wyczerpanie prawa. Oznacza to, że wraz z przeniesieniem własności np. obrazu na galerię twórca zostaje pozbawiony możliwości wpływu na dalszy obrót tym konkretnym

egzemplarzem. Galeria jednak nie uzyskuje prawa do nieskrępowanego wykorzystywania zakupionego dzieła. Przy uprawnionym (zwykle twórcy, jeśli nie przeniósł praw autorskich na galerię lub inny podmiot) pozostają m.in. uprawnienia do zezwalania na publiczne wyświetlenie, wystawienie, a także publiczne udostępnianie utworu w taki sposób, aby każdy mógł mieć do niego dostęp w miejscu i czasie przez siebie wybranym (art. 50 ust. 3 pr. aut.). Korzystanie z utworu w którykolwiek z tych sposobów bez zezwolenia dysponenta majątkowych praw autorskich stanowiłoby naruszenie tychże praw. Tymczasem nie można sobie wyobrazić funkcjonowania wirtualnej galerii bez upubliczniania dzieła za pośrednictwem internetu. Rozwiązaniem jest uregulowanie kwestii praw autorskich w umowie lub oparcie działalności na jednym z przewidzianych przez ustawodawcę przypadków dozwolonego użytku.

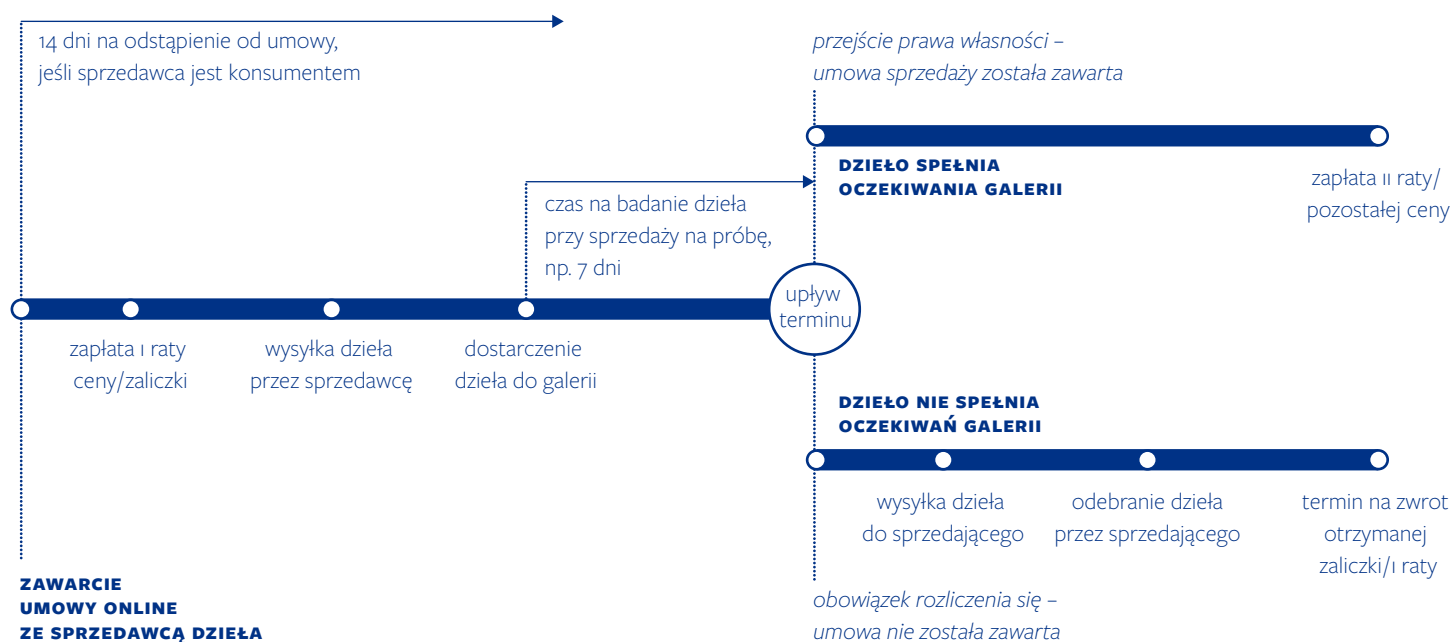
 Dozwolony użytek

Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych wprowadza dla podmiotów zajmujących się handlem sztuką dwa wyjątki, o których warto pamiętać. Na ich podstawie galerie mogą korzystać z utworu bez konieczności pytania uprawnionego z tytułu majątkowych praw autorskich o zgodę, lecz w ograniczonym zakresie, który sprowadza się do:

- wystawienia egzemplarza dzieła plastycznego i jego kopii (art. 32 pr. aut.),
- korzystania z utworu w celu reklamy wystawy publicznej lub publicznej sprzedaży (art. 33³ pr. aut.).

Drugi z wymienionych wyjątków może mieć realne znaczenie dla wirtualnych galerii sztuki, gdyż nie odwołuje się do pojęcia fizycznego egzemplarza dzieła i nie zastrzega konieczności działania w celu niezwiązanym z osiąganiem dochodu. Zgodnie z tym przepisem wolno korzystać z utworów





w celu ich publicznej sprzedaży w zakresie uzasadnionym promocją tej sprzedaży i z wyłączeniem innego handlowego wykorzystania. Zgodnie z uzasadnieniem nowelizacji ustawy, która wprowadziła powyższy wyjątek, dotyczy on przypadków sprzedaży utworów chronionych prawami autorskimi za pośrednictwem internetu. Co się zaś dotyczy wystaw publicznych – bo o nich też jest mowa – chodzi o umożliwienie ich promocji, a także promowania online wystawy, na której znajdują się eksponaty, które nie zostały wcześniej za zezwoleniem twórcy w jakikolwiek sposób udostępnione publicznie.

Wracając jednak do wirtualnych galerii, pewne wątpliwości budzi posłużenie się przez ustawodawcę sformułowaniem „sprzedaż utworu”, w sytuacji gdy oczywiste jest, że sprzedaży podlegać będą egzemplarze utworu, a nie sam utwór, który nie ma materialnej postaci. Niemniej jednak wydaje się, że nowo wprowadzony zapis ustawy należy wyklądać funkcjonalnie. Chodzi przecież o to, by galerie mogły przygotowywać oferty i zamieszczać w nich zdjęcia dzieł sztuki wystawionych do sprzedaży online.

Po zakończeniu transakcji sprzedaży zdjęcia takie należy usunąć z witryny internetowej. Należy też pamiętać, że zakres ustawowego zezwolenia jest ograniczony wyłącznie do korzystania z utworu w zakresie uzasadnionym promocją sprzedaży, którą należy oddzielić od działalności samej galerii. Niedozwolone jest więc wykorzystywanie wizerunków dzieł sztuki dla celów promocji galerii. Gdyby galeria chciała pokazać dzieła sztuki, w których sprzedaż pośredniczyła, np. w klipie reklamowym lub w innych materiałach marketingowych, musi wystąpić do artysty, jeżeli przy nim pozostały prawa autorskie, o zgodę na taką formę korzystania z dzieła.

A może umowa?

Uregulowanie kwestii związanych z prawami autorskimi do dzieła sztuki w umowie z uprawnionym wydaje się rozwiązaniem dającym galerii znacznie większą swobodę działań i pewność co do zakresu zgody udzielonej na korzystanie z dzieła. Umowa może przyjąć formę licencji (wyłącznej lub niewyłącznej) bądź też stanowić o przeniesieniu na galerię majątkowych

praw autorskich do dzieła. W takim przypadku jednak pojawia się problem dochowania formy pisemnej wymaganej przez ustawodawcę dla przeniesienia praw autorskich lub udzielenia licencji wyłącznej. Tutaj z pomocą mogą przyjść nowoczesne technologie umożliwiające złożenie podpisu elektronicznego, jeżeli obie strony transakcji – a przede wszystkim uprawniony – będą przygotowane na taką ewentualność. Dodatkowo trzeba pamiętać, że nie wszystkie oferowane na rynku usługi tego typu spełniają standardy określone przez polskiego ustawodawcę, a skorzystanie z nieodpowiedniego narzędzia może skutkować nieważnością zawartej umowy.

Droit de suite, czyli dodatkowe wynagrodzenie dla artysty

Prowadząc wirtualną galerię sztuki, należy pamiętać, że artystom i ich spadkobiercom – niezależnie od tego, czy nadal posiadają majątkowe prawa autorskie do stworzonych utworów – przysługuje dodatkowe wynagrodzenie z tytułu odsprzedaży oryginalnego egzemplarza dzieła sztuki, nazywane z francuskiego *droit de suite*.

Uprawnienie to uregulowane zostało w art. 19–19⁵ pr. aut. i dotyczy wszystkich dzieł sztuki podlegających ochronie prawem autorskim, do których majątkowe prawa autorskie jeszcze nie wygasły.

Twórcy należne jest odpowiednie procentowe wynagrodzenie w przypadku każdej kolejnej sprzedaży dzieła następującej po pierwszym rozporządzeniu przez artystę, o ile stroną sprzedającą jest podmiot zajmujący się zawodowo handlem na rynku sztuki. Polski ustawodawca objął obowiązkiem wypłaty wynagrodzenia wszystkie dokonywane zawodowo transakcje o równowartości nie niższej niż 100 euro. Jak widać, próg został ustawiony nisko, także w porównaniu z regulacjami obowiązującymi w innych państwach Unii Europejskiej. Przykładowo we Francji minimalna wartość transakcji, w której przypadku powstaje obowiązek wypłaty *droit de suite*, to 750 euro, a we Włoszech – 3000 euro. W przypadku obrotu dziełami zagranicznych artystów zastosowanie znajdują co do zasady polskie przepisy. Nie dotyczy to jednak sytuacji, gdy artysta pochodzi z państwa, którego ustawodawstwo nie przewiduje wynagrodzenia na zasadzie *droit de suite*, chyba że taki artysta w chwili dokonywania odsprzedaży miał miejsce stałego pobytu na terytorium Polski.

Wirtualna galeria sztuki musi się dobrze przygotować do administrowania obowiązkami wynikającymi dla niej z *droit de suite*, a to z uwagi na co do zasady sześcioletni termin przedawnienia, w którym roszczenie o wypłatę dodatkowego wynagrodzenia może być dochodzone. Twórcy przysługuje też roszczenie informacyjne zobowiązujące sprzedawcę do przedstawienia szczegółowych informacji na temat dokonanej transakcji. Galeria musi więc dysponować wszystkimi niezbędnymi informacjami odnoszącymi się do transakcji za co najmniej ostatnie trzy lata.

Prawo konsumenckie

Zakup i sprzedaż dzieł sztuki przez wirtualną galerię podlega także reżimowi prawa konsumenckiego. Jednym z podstawowych uprawnień konsumenta jest odstąpienie od umowy zawartej na odległość. Warto mieć na uwadze fakt, że najprawdopodobniej od 1 stycznia 2021 r. z uprawnienia tego będą mogli skorzystać także przedsiębiorcy prowadzący jednoosobową działalność gospodarczą, jeśli zakup dzieła sztuki nie będzie bezpośrednio powiązany z przedmiotem ich działalności (termin wejścia w życie ustawy z dnia 31 lipca 2019 r.

o zmianie niektórych ustaw w celu ograniczenia obciążeń regulacyjnych już raz został odsunięty w czasie w związku z sytuacją epidemiczną).

Nie można wykluczyć sytuacji, w której także artysta dostarczający dzieło do galerii zostanie potraktowany jako konsument. W przeważającej jednak liczbie przypadków artysta zawiera umowę przeniesienia prawa własności do dzieła sztuki w związku z prowadzoną działalnością zawodową (czego już nie można powiedzieć o kolekcjonerze, który sprzedaje galerii część swojej kolekcji). Prawo konsumenckie może także niekiedy chronić artystę w przypadku zawarcia umowy regulującej kwestie przeniesienia praw autorskich, jeżeli taka czynność prawna zostanie przeprowadzona na odległość.

Tradycyjny rynek sztuki, który nie może się obyć bez obcowania z fizycznym egzemplarzem dzieła i bez osobistego kontaktu z marszandem czy artystą, chyba jeszcze długo będzie roztaczał swój niezaprzeczalny urok. Niemniej jednak nowa wirtualna rzeczywistość już dała o sobie znać i jest postrzegana jako udoskonalenie rynku tradycyjnego i jego przyszłość. ●



BARTOSZ LEWANDOWSKI

adwokat,

praktyka transakcji i prawa korporacyjnego

Prostsza procedura przekształcenia spółek

Począwszy od 1 marca 2020 r. (czyli od wejścia w życie nowelizacji Kodeksu spółek handlowych wprowadzonej ustawą z 19 lipca 2019 r.) procedura przekształcenia spółek prawa handlowego została uproszczona.

Nowe regulacje wprowadziły szereg ułatwień dla przedsiębiorców. Niektóre zmiany, związane z wprowadzeniem tak zwanego „korporacyjnego prawa wyjścia”, mogą jednak budzić niepokój wśród wspólników mniejszościowych.

Uproszczenie minimalnej treści planu przekształcenia

Od 1 marca 2020 r. istotnie uproszczono zawartość planu przekształcenia. Przede wszystkim zmianie uległ art. 558 § 1 pkt 2 k.s.h. Przewidziany nim obowiązek określenia w planie przekształcenia wartości udziałów albo akcji wspólników zgodnie ze sprawozdaniem finansowym sporządzanym dla celów przekształcenia zastąpiony został wymogiem określenia wartości godziwej udziałów albo akcji.

Nowy obowiązek znajduje przy tym zastosowanie jedynie w przypadku przekształcenia spółki kapitałowej w spółkę osobową. W stanie prawnym obowiązującym do 29 lutego 2020 r. wymóg określenia w planie przekształcenia wartości udziałów albo akcji wspólników zgodnie ze sprawozdaniem finansowym, sporządzanym dla celów przekształcenia odnosił się do wszystkich typów przekształceń spółek.

Powyższe zmiany oznaczają, że w praktyce w przypadku przekształceń spółek kapitałowych albo osobowych w spółki kapitałowe albo spółek osobowych w inne spółki osobowe w ogóle nie jest konieczne określanie wartości udziałów albo akcji wspólników.

Ponadto zmienił się katalog obowiązkowych załączników do planu połączenia. W stanie prawnym obowiązującym do 29 lutego 2020 r. jednym z załączników, które należało dołączać do planu, była wycena aktywów i pasywów spółki przekształcanej. Od 1 marca 2020 r. powyższa wycena musi zostać sporządzona wyłącznie w przypadku przekształcenia spółki w spółkę akcyjną. W praktyce zatem, gdy spółką przekształconą jest inna spółka handlowa, nie trzeba dołączać do planu przekształcenia wyceny składników majątku spółki przekształcanej.

NAJWAŻNIEJSZE ZMIANY WPROWADZONE ZESZŁOROCZNĄ NOWELIZACJĄ OPISUJĄ:



treść planu przekształcenia



badanie planu przekształcenia



podejmowanie uchwały
o przekształceniu



korporacyjne prawo wyjścia

Zniesienie obowiązku badania planu przekształcenia

W poprzednim stanie prawnym plan przekształcenia każdej przekształcanej spółki był badany przez biegłego rewidenta w zakresie poprawności i rzetelności. Wniosek o wyznaczenie biegłego rewidenta był składany do sądu rejestrowego. Konieczność podjęcia czynności przez sąd rejestrowy występowała zatem już na samym początku procesu przekształcenia, w tak zwanej „fazie menedżerskiej”.

Obecnie wymóg zbadania planu przekształcenia dotyczy wyłącznie planów przekształcenia w spółkę akcyjną. Oznacza to, że – z wyjątkiem przekształceń w spółkę akcyjną – sąd rejestrowy jest zaangażowany dopiero na etapie rozpoznawania wniosku o wpis przekształcenia.

Powyższa zmiana przyspiesza proces przekształcenia i zmniejsza związane z nim koszty. W przypadku przekształceń innych niż przekształcenia w spółkę akcyjną nie trzeba będzie bowiem ponosić kosztów wynagrodzenia biegłego rewidenta.

Zmiana niektórych przepisów związanych z podejmowaniem uchwały o przekształceniu

W związku z pojawiającymi się w praktyce wątpliwościami co do sposobu obliczania

terminów dwóch obligatoryjnych zawiadomień wspólników o zamiarze podjęcia uchwały o przekształceniu ustawodawca znówelizował art. 560 § 1 k.s.h. Począwszy od 1 marca 2020 r. powyższy przepis jednoznacznie stanowi, że pierwszego zawiadomienia należy dokonać nie później niż na miesiąc przed planowanym dniem podjęcia uchwały o przekształceniu, zaś drugiego najwcześniej na dwa tygodnie po pierwszym zawiadomieniu.

Ponadto ustawodawca usunął pojawiającą się często wśród praktyków wątpliwość, czy do przekształcenia spółki jest wymagane, jako odrębna czynność, zawarcie umowy albo podpisanie statutu spółki przekształcanej. Poprzez nadanie nowego brzmienia art. 563 § 2 k.s.h. oraz uchylenie art. 556 § 4 k.s.h. doprecyzowano bowiem, że podjęcie uchwały o przekształceniu zastępuje zawarcie umowy spółki przekształcanej albo zawiązanie przekształcanej spółki akcyjnej oraz powołanie organów spółki przekształcanej.

Wprowadzenie instytucji tzw. „korporacyjnego prawa wyjścia”

Do 29 lutego 2020 r. w ramach procedury przekształcenia wszyscy wspólnicy musieli złożyć pisemne oświadczenia o uczestnictwie w spółce przekształcanej. Wspólnik, który nie złożył takiego oświadczenia, nie uczestniczył w spółce przekształcanej. Przysługiwało

mu natomiast roszczenie o wypłatę kwoty odpowiadającej wartości bilansowej jego udziałów (akcji) w spółce przekształcanej, zgodnie ze sprawozdaniem sporządzonym dla celów przekształcenia.

Przepisy, które stanowiły podstawę powyższej procedury (tj. art. 564–566 k.s.h.), zostały uchylone z dniem 1 marca 2020 r. Z tą datą zaczął natomiast obowiązywać art. 576¹ k.s.h., wprowadzający nową instytucję prawną mającą chronić interesy wspólników lub akcjonariuszy niezgadzających się na uczestnictwo w spółce przekształcanej. Uzasadnienie projektu ustawy nowelizującej (druk sejmowy nr 3236, s. 80) określa ją jako „korporacyjne prawo wyjścia”.

Zgodnie z nowymi regulacjami wspólnicy nie są ani uprawnieni, ani zobowiązani do składania oświadczenia o uczestnictwie w spółce. Zasadą jest uczestnictwo wspólników spółki przekształcanej w spółce przekształcanej.

Korporacyjne prawo wyjścia znajduje przy tym zastosowanie jedynie w przypadku przekształcenia spółki kapitałowej w osobową. We wszystkich innych przekształceniach wspólnicy nie mogą nie uczestniczyć w spółce funkcjonującej w zmienionej formie prawnej, jeśli została podjęta uchwała o przekształceniu.

Wspólnik spółki kapitałowej, który zamierza skorzystać z procedury korporacyjnego prawa wyjścia, powinien zgłosić przeciwko uchwale oraz zażądać zaprotokołowania sprzeciwu, a następnie złożyć spółce pisemne żądanie odkupu. Żądanie należy doręczyć spółce w terminie tygodnia od dnia podjęcia uchwały o przekształceniu. Gdy przekształceniu podlega spółka akcyjna, do żądania odkupu należy ponadto dołączyć dokument akcji albo informację z rejestru akcjonariuszy, a w przypadku akcji zdematerializowanych będących przedmiotem obrotu

MECHANIZM KORPORACYJNEGO PRAWA WYJŚCIA

dotyczy przekształcenia spółek kapitałowych w osobowe



zorganizowanego – imienne świadectwo depozytowe wystawione zgodnie z przepisami o obrocie instrumentami finansowymi.

W terminie trzech tygodni od dnia podjęcia uchwały o przekształceniu spółka przekształcana dokonuje odkupu udziałów albo akcji na rachunek własny lub rachunek wspólników pozostających w spółce. Cena odkupu powinna przy tym odpowiadać wartości godziwej udziałów spółki przekształcanej.

Skuteczność odkupu zależy od zapłaty ceny odkupu wspólnikom żądającym odkupu lub złożenia kwoty równej tej cenie do depozytu sądowego. Zgodnie z art. 576¹ § 8 k.s.h. dokonanie odkupu jest z kolei konieczne, aby przekształcenie doszło do skutku.

Art. 576¹ § 7 k.s.h. przewiduje instytucję chroniącą interesy wspólnika, który dopełnił wskazanych powyżej aktów staranności (tj. głosował przeciwko uchwale o przekształceniu, zażądał zaprotokołowania sprzeciwu i złożył pisemne żądanie odkupu) oraz który nie zgadza się na cenę odkupu. Taki wspólnik może wnieść powództwo

o ustalenie wartości godziwej jego udziałów. Termin na wniesienie powództwa jest krótki – wynosi zaledwie dwa tygodnie od dnia podjęcia uchwały o przekształceniu.

Wniesienie powództwa nie wstrzymuje przy tym odkupu ani rejestracji przekształcenia. Przekształcenie może być więc przeprowadzone, jeżeli spółka odkupiła wszystkie udziały (akcje) wspólników, żądających odkupu w określonym w k.s.h. terminie. W przypadku późniejszego uwzględnienia powództwa wspólnika spółka zobowiązana będzie do wyrównania mu ewentualnej różnicy w cenie odkupu (J. Bienia, M. Bienia, G. Nita-Jagielski, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*. Wyd. 7, Warszawa 2020, art. 576(1), Legalis).

Powyższa procedura została już poddana krytyce w literaturze prawniczej. Zwrócono uwagę, że w nowych przepisach brakuje rozwiązań efektywnie chroniących wspólników mniejszościowych przed dowolnością w ustalaniu wartości godziwej udziałów (akcji), przeprowadzaniem odkupu po zaniżonej cenie oraz wieloletnimi procesami sądowymi. Podnoszone są nawet wątpliwości w zakresie konstytucyjności

nowego rozwiązania (m.in. w przywołanym powyżej komentarzu do Kodeksu spółek handlowych).

Podsumowanie

Od marca 2020 r. przeprowadzenie przekształcenia spółki faktycznie może być tańsze i szybsze. Plan przekształcenia został uproszczony i nie musi go badać biegły rewident, co przekłada się na realne oszczędności. Usunięto wątpliwości co do terminów i konieczności zawierania umów spółek jako odrębnej czynności w ramach procedury przekształcenia. Jednocześnie wprowadzono instytucję „korporacyjnego prawa wyjścia”. W związku z jej wprowadzeniem wspólnicy, którzy nie zgadzają się na uczestnictwo w spółce przekształcanej, mogą obecnie jedynie w określonych przypadkach (tj. przy przekształceniach spółek kapitałowych w osobowe) żądać odkupu swoich udziałów. Powyższy mechanizm może budzić kontrowersje (w szczególności w zakresie ustalania wartości godziwej udziałów albo akcji spółki przekształcanej). ●



DANUTA PAJEWSKA

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



KATARZYNA JAROSZYŃSKA

radca prawny,
praktyka rynków kapitałowych
i instytucji finansowych

Koniec papierowych akcji

Od 1 marca 2021 r. żadna akcja nie może mieć formy dokumentu. Spółki akcyjne i komandytowo-akcyjne, które przed tym dniem wystawiły i wydały akcje w formie dokumentu, miały obowiązek wezwać akcjonariuszy do złożenia akcji w spółce (także spółce publicznej, jeśli takie akcje w przeszłości wyemitowała) w celu ich dematerializacji, tj. zapisania w rejestrze akcjonariuszy. Przymusowa dematerializacja dotyczy również warrantów subskrypcyjnych, świadectw użytkowych, świadectw założycielskich i innych tytułów uczestnictwa w dochodach lub podziale majątku spółki.

Wezwanie akcjonariuszy do złożenia dokumentów akcji

Aby wypełnić ten obowiązek, spółki zobowiązane były do 30 września 2020 r.:

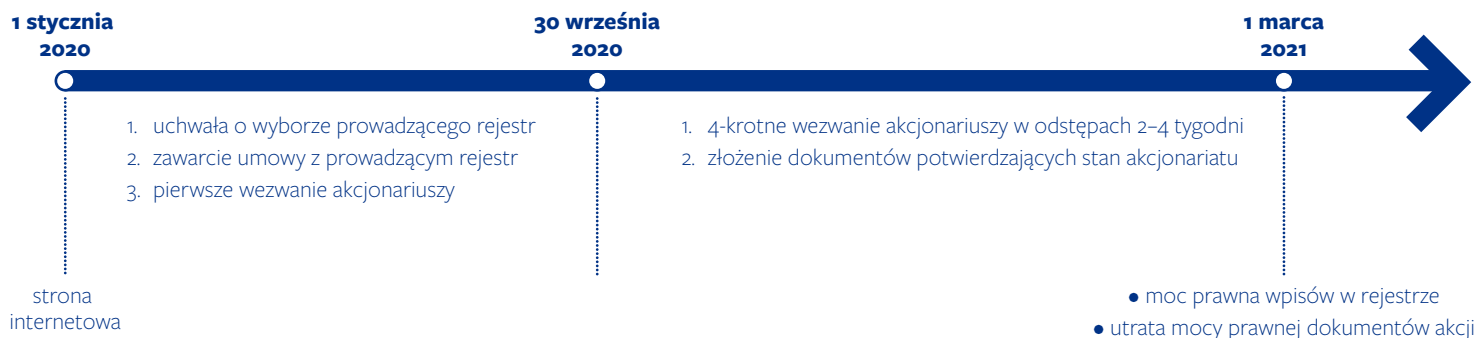
- uchwałą walnego zgromadzenia dokonać wyboru podmiotu, z którym zawrą umowę o prowadzenie rejestru,
- zawrzeć umowę z wybranym podmiotem,
- dokonać pierwszego wezwania akcjonariuszy do złożenia dokumentów akcji.

Kolejne wezwania (w sumie pięć) spółka powinna wystosować w odstępach nie krótszych niż dwa tygodnie i nie dłuższych niż miesiąc. Wezwania powinny zostać wysłane do akcjonariuszy, a informacja o nich powinna być udostępniona na stronie internetowej spółki przez co najmniej trzy lata od dnia pierwszego wezwania. Warto dodać, że od 1 stycznia 2020 r. obowiązek posiadania strony internetowej dotyczy każdej spółki akcyjnej i komandytowo-akcyjnej. Przypominamy, że informacja o stronie internetowej powinna zostać zgłoszona przez spółkę do KRS.

1 marca 2021 r. moc dokumentów akcji wygasa, a zyskują ją wpisy w rejestrze. Akcje w formie dokumentu zachowują jedynie moc dowodową w zakresie wykazania prawa głosu lub otrzymania dywidendy. Jeśli akcjonariusz nie złożył do tego czasu akcji w spółce, może do 1 stycznia 2026 r. przedstawić dokument akcji i w ten sposób wykazać swoje prawo do bycia wpisanym do rejestru jako akcjonariusz.

Radzimy spółkom, aby w przypadku niezłożenia akcji przez wszystkich akcjonariuszy mimo wypełnienia obowiązku wezwania zamieścić na swojej >>

NAJWAŻNIEJSZE DATY



stronie internetowej informację o ostatecznym terminie złożenia akcji i skutkach niewykonania przez akcjonariusza tego obowiązku. Nie ma też prawnych przeszkód, by ponownie wysłać wezwanie do znanych spółce akcjonariuszy.

Co zrobić z dokumentami akcji

Otrzymane od akcjonariuszy dokumenty akcji spółka powinna przechowywać w celach dowodowych. Odbiór dokumentów akcji od akcjonariuszy spółka powinna potwierdzić pisemnym protokołem (po jednym jego egzemplarzu otrzymują akcjonariusz i spółka).

Rejestr

Rejestr jest jawny dla akcjonariuszy oraz spółki. Mają oni prawo żądać wydania informacji z rejestru w formie elektronicznej lub papierowej. Zależnie od warunków umowy zawartej przez spółkę z podmiotem prowadzącym rejestr niektóre czynności na rzecz akcjonariusza mogą wymagać opłaty.

Ważnym dokumentem potwierdzającym uprawnienia do wykonywania głosów z akcji jest imienne świadectwo rejestrowe wystawione przez prowadzącego rejestr. Akcje wskazane w świadectwie rejestrowym nie mogą być przedmiotem rozporządzeń

od daty jego wystawienia do daty utraty jego ważności wskazanej w jego treści lub zwrotu świadectwa do prowadzącego rejestr przed tym terminem. Na okres wpisany w świadectwie akcje są zablokowane w rejestrze.

Podmiot prowadzący rejestr dokonuje wszelkich wpisów na żądanie spółki lub osób mających interes prawny, tj. akcjonariuszy, spadkobierców, nabywców akcji, zastawników, użytkowników uprawnionych do wykonywania prawa głosu czy organów egzekucyjnych. Podmiot prowadzący rejestr bada treść dokumentów uzasadniających dokonanie wpisu do rejestru, ale nie ma prawnego obowiązku, by badać ich prawdziwość i zgodność z prawem, choć może to z własnej inicjatywy uczynić. Za zgodność i prawdziwość odpowiedzialność ponoszą wnioskodawcy.

Skutek nabycia akcji

Ważną zmianą jest uzależnienie skuteczności zbycia i obciążenia akcji od wpisania nabywcy do rejestru. Do nabycia akcji lub ustanowienia na nich ograniczonego prawa rzeczowego dojdzie z chwilą dokonania w rejestrze akcjonariuszy wpisu wskazującego nabywcę (zastawnika/ użytkownika) oraz liczbę, rodzaj, serię i numery przedmiotowych akcji.

Fakt, że podmiot prowadzący rejestr może dokonać wpisu w ciągu tygodnia od otrzymania wniosku, powoduje rozdzielenie momentu faktycznego nabycia własności akcji i podpisania przez strony umowy sprzedaży. Przeniesienie własności akcji musi zostać udokumentowane tak, aby móc stanowić ważną podstawę do wpisu w rejestrze. Akcjonariuszem nie będzie ten, kto nabył



Radzimy spółkom, aby w przypadku niezłożenia akcji przez wszystkich akcjonariuszy zamieścić na swojej stronie internetowej informację o ostatecznym terminie złożenia akcji i skutkach niewykonania przez akcjonariusza tego obowiązku.

akcje zgodnie z postanowieniami umowy, lecz ten, kto jest wpisany do rejestru.

Wyjątkami będą:

- nabycie akcji w ramach emisji, kiedy wpis do rejestru akcjonariuszy następuje po wpisie emisji do KRS,
- przejście własności akcji następujące z mocy prawa.

Zastaw na akcjach

Opisany wyżej tryb i warunki wpisu akcji do rejestru oraz ustawowe uzależnienie efektywności obciążenia akcji od wpisu w rejestrze powoduje również istotny praktyczny skutek w zakresie zastawu rejestrowego. Zgodnie z ustawą o zastawie rejestrowym i rejestrze zastawów do ustanowienia zastawu rejestrowego wymagany jest wpis do rejestru zastawów, co oznacza, że o momencie ustanowienia zastawu decydował dotychczas właśnie wpis w sądowym rejestrze zastawów. Zgodnie ze znalezionymi przepisami Kodeksu spółek handlowych obciążenie akcji, a zatem także ustanowienie zastawu rejestrowego, będzie skuteczne z momentem wpisu do rejestru. Nie ma przepisu regulującego tę niespójność, zatem od 1 marca 2021 r.

będą funkcjonowały dwa reżimy prawne odmiennie ustalające moment powstania zastawu rejestrowego na akcjach.

W praktyce można się spodziewać, że podmioty prowadzące rejestry akcjonariuszy nie będą chciały ujawniać zastawu rejestrowego na akcjach przed jego wpisem do rejestru zastawów i będą wymagały udowodnienia dokonania wpisu w rejestrze zastawów. W efekcie powstanie wątpliwość, czy akcje były obciążone zastawem od wpisu w rejestrze zastawów, czy od ujawnienia w rejestrze akcjonariuszy. Nawet gdyby podmioty prowadzące rejestry akcjonariuszy bardzo szybko rozpoznawały wnioski o ujawnienie zastawu rejestrowego na akcjach po ich wpisie w rejestrze sądowym, strony transakcji i spółka będą pozostawały w tymczasowej niepewności co do stanu przedmiotowych akcji. Wątpliwości dotyczące efektywności ustanowienia zastawu po wpisie w rejestrze zastawów będą również dawały pole do podważania skuteczności obciążenia akcji w tym „okresie przejściowym”.

Niespójność omawianych przepisów może prowadzić także do kwestionowania domniemania istnienia zastawu rejestrowego

związanego z wpisem w rejestrze zastawów, jeżeli zastaw nie został jeszcze ujawniony w rejestrze akcjonariuszy. Powstaje pytanie, czy przewidziane ustawą o rejestrze zastawów domniemanie będzie w takiej sytuacji chronić podmioty polegające na wpisach w sądowym rejestrze. W związku z tym zalecane jest powiadomienie podmiotu prowadzącego rejestr o planowanym ustanowieniu zastawu i zgłoszeniu wpisu do rejestru zastawów oraz uzgodnienie trybu postępowania tak, aby wpis do rejestru został dokonany niezwłocznie po wpisie do rejestru zastawów.

Warto również dodać, że na rynku pojawiają się opinie o prymacie ustawy o rejestrze zastawów nad nowymi przepisami Kodeksu spółek handlowych i tym samym o podtrzymaniu konstytutywnego charakteru wpisu zastawu do rejestru zastawów. W myśl tej interpretacji zastaw rejestrowy nadal powstawał będzie z momentem wpisu do rejestru zastawów, a wpis w rejestrze akcjonariuszy nie będzie miał wpływu na ważność zastawu rejestrowego. ●

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.

Doradzamy 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, czasopisma naukowego „Co do zasady. Studia i analizy prawne” oraz licznych publikacji i opracowań.

DORADZAMY W NASTĘPUJĄCYCH DZIEDZINACH:

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

