

Doradztwo Prawne i Podatkowe RB BIULETYN

W numerze:

Aleksandra Białowska

**Prawne formy przeciwdziałania
obejściu prawa podatkowego**

Michał Pankiewicz

**Waloryzacja wynagrodzeń wykonawców
w robotach budowlanych**

Magdalena Mączka

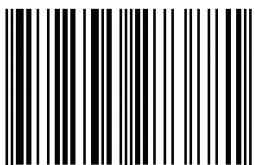
**Sukcesja działalności gospodarczej
osoby fizycznej. Zabezpieczenie
kontynuacji działalności na wypadek
śmierci przedsiębiorcy**

Michał Witek

**Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością
w ustawowym wariantcie jako elastyczny
model prowadzenia działalności**

Nr 1 (42) styczeń-marzec 2023

ISSN 2545-2738



9 772545 273881



Edukacja zdjęcie utworzone przez Racool_studio - pl.freepik.com



Russell Bedford
taking you further

www.russellbedford.pl

Proces Karny

Stan prawny – 1.10. 2022 r.



TO NIE JEST
ZWYKŁA KSIĄŻKA!

BEZPŁATNE ROZSZERZENIE
KSIĄŻKI O WYKŁADY,
INTERAKTYWNE DIAGRAMY
I TESTY SPRAWDZAJĄCE WIEDZĘ.

UCZ SIE ŁATWIEJ NIŻ
KIEDYKOLWIEK I ZDAJ EGZAMIN



OD.NOWA + MYMAGNET

Polecamy

Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w ustawowym wariacie jako elastyczny model prowadzenia działalności

Michał Witek

W artykule autor przeprowadził analizę tych elementów spółki, które stanowią jej oś konstrukcyjną jako spółki kapitałowej. Przeanalizował też osobowe elementy spółki, wskazujące na jej mieszany – nie tylko kapitałowy – charakter. Taka konstrukcja spółki z o.o. odróżnia ją od czystej formy spółki kapitałowej, jaką jest spółka akcyjna, co może być atrakcyjne dla osób planujących prowadzenie działalności gospodarczej.

Patrz str. 39

Problematyka przedawnienia roszczeń w zakresie umów kredytów frankowych. Część 1

Bartłomiej Makowski

Problemy umów kredytowych, jak abuzywność klauzul przeliczeniowych, niedopełnianie przez banki obowiązków informacyjnych wobec klienta przy zawieraniu umów oraz inne naruszenia przepisów prawa bankowego i cywilnego, mocno zajmują sądy krajów członkowskich UE, w tym sądy polskie, oraz TSUE. Kwestią dyskusyjną jest jednak przede wszystkim fakt uznawania tego rodzaju umów za nieważne w całości oraz związana z tym konieczność dokonania rozliczenia stron z tytułu coraz częstszego orzekania przez sądy nieważności tego rodzaju umów.

Patrz str. 27

Waloryzacja wynagrodzeń wykonawców w robotach budowlanych

Michał Pankiewicz

W artykule opisana została możliwość umownej waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy, a także możliwość waloryzacji sądowej wynagrodzenia. Poruszone zostały kwestie mające istotne znaczenie dla wykonawców realizujących roboty budowlane w trybie zamówień publicznych. Informacje te powinny być interesujące także dla przedstawicieli inwestora publicznego, czyli zamawiającego.

Patrz str. 16

Sukcesja działalności gospodarczej osoby fizycznej. Zabezpieczenie kontynuacji działalności na wypadek śmierci przedsiębiorcy

Magdalena Mączka

W artykule opisano podstawowe założenia funkcjonowania zarządu sukcesyjnego. Autorka podejmuje próbę odpowiedzi na pytanie, czy jest to rozwiązanie optymalne dla każdego przedsiębiorstwa i jakie ewentualnie ma ono alternatywy.

Patrz str. 22

Spis treści

NOWOŚCI

Aleksandra Białowska

Prawne formy przeciwdziałania obejściu prawa podatkowego. 4

PRAWO I PODATKI W PRAKTYCE

Michał Pankiewicz

Waloryzacja wynagrodzeń wykonawców w robotach budowlanych 16

Magdalena Mączka

Sukcesja działalności gospodarczej osoby fizycznej. Zabezpieczenie kontynuacji działalności na wypadek śmierci przedsiębiorcy 22

Bartłomiej Makowski,

Problematyka przedawnienia roszczeń w zakresie umów kredytów frankowych. Część 1 27

PUBLIKACJE RECENZOWANE

Michał Witek

Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w ustawowym wariancie jako elastyczny model prowadzenia działalności 39

ARTYKUŁY I OPINIE

Bogusław Gąszcz

Postępowanie w sprawach karnych ze stosunków międzynarodowych 46

Drodzy Czytelnicy

Jest to 42. numer kwartalnika „Doradztwo Prawne i Podatkowe RB Biuletyn”, który możecie Państwo dostać w wersji elektronicznej, jak też w wersji papierowej.

Za nami trudny rok, obfitujący w zmiany, w tym największą nowelizację prawa podatkowego, z tych dokonanych w ostatniej dekadzie. Krótkie podsumowanie daje nam obraz modyfikacji Kodeksu spółek handlowych, w tym wprowadzenie przepisów prawa holdingowego. Obserwowaliśmy również nowelizacje Kodeksu cywilnego (tu między innymi zmiany w zakresie biegu terminu przedawnienia) czy kontrowersyjne pomysły zmieniające Kodeks karny (przykładowo obniżenie wieku odpowiedzialności karnej). W podatkach co chwilę mieliśmy do czynienia z małymi lub naprawdę dużymi trzęsieniami ziemi. Ulepszany jest nadal estoński CIT, a polski łąd wprowadził szereg ulepszeń lub utrudnień, z którymi muszą się mierzyć przede wszystkim doradcy podatkowi i księgowi.

W tym zmieniającym się bardzo szybko otoczeniu prawnym warto zatrzymać się na chwilę i złapać dystans. Między innymi temu już od wielu lat służą nasze publikacje. W recenzowanym biuletynie znajdują się merytoryczne artykuły, które mają poszerzyć wiedzę na dany temat. W tym numerze są to zagadnienia dotyczące praktycznej strony prowadzenia działalności, takie jak wybór formy prowadzonej działalności jako spółki z o.o., zabezpieczenie kontynuacji działalności na wypadek śmierci przedsiębiorcy, jak też waloryzacja wynagrodzeń wykonawców w robotach budowlanych – problem ważny w okresie trudności, jakie obserwujemy w branży budowlanej.

W 2023 życzymy Państwu bardziej przejrzystego prawa, a także sukcesów w życiu prywatnym i zawodowym.



Życzę udanej lektury

Dr Andrzej Dmowski

*Redaktor naczelny miesięcznika
„Doradztwo Prawne i Podatkowe
- RB Biuletyn”*

Aleksandra Białowska

Absolwenta kierunku prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Gdańskiego, studentka pierwszego roku na kierunku podatki i doradztwo podatkowe (studia magisterskie), członek zwyczajny Europejskiego Stowarzyszenia Studentów Prawa (ELSA Gdańsk).

Słowa kluczowe: prawo podatkowe, prawo cywilne, obejście prawa podatkowego, unikanie opodatkowania, optymalizacja podatkowa, oszczędzanie podatkowe, pozorność.

PRAWNE FORMY PRZECIWDZIAŁANIA OBEJŚCIU PRAWA PODATKOWEGO

Obowiązek uiszczania podatków wywodzi się z art. 84, 168 i 217 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 roku¹ (dalej: Konstytucja), co stanowi jedno ze źródeł prawa podatkowego. Charakterystyczny dla niego jest brak bezpośredniego świadczenia wzajemnego ze strony państwa (w tym jednostek samorządu terytorialnego), ustawowa podstawa powstania podatku, a także grupa biernych podmiotów, która kształtuje się w zależności od woli prawodawcy (podatnicy). To ostatnie oznacza, że spełnienie określonych w ustawie przesłanek przez dany podmiot będzie wiązało się z powstaniem obowiązku podatkowego, wskutek czego podmiot ten stanie się podatnikiem. Problematyczne jest przy tym, czy ustalona przez władzę ustawodawczą konstrukcja podatku, w tym wysokość stawek podatkowych, będzie korzystna zarówno dla państwa, jak i znajdujących się w kraju podmiotów. Czy podatnik będzie świadomy swego obowiązku podatkowego? Konfrontują się tutaj trzy sprzeczne interesy: indywidualny, społeczny i państwowy, a także prawo z ekonomią. Im więcej różnych zobowiązań podatkowych, tym większe ryzyko zadłużenia i nieświadomości podatnika. Być może dlatego podatnicy dążą do niespełniania wynikających z ustawy świadczeń pieniężnych na rzecz państwa, które mają charakter przymusowy, nieodpłatny i bezzwrotny.

Czym jest obejście prawa podatkowego?

Pierwszą próbą uregulowania instytucji, która egzekwowałaby obowiązek zapłaty podatków, było obejście prawa podatkowego² z art. 24b ordynacji podatkowej (dalej: or. pod.)³. Była ona dość nieprecyzyjną możliwością ingerencji w stosunki prawne przez organy podatkowe i kontroli skarbowej, z pominięciem skutków podatkowych czynności prawnych. Art. 24b § 1 or. pod. stanowił, że organy podatkowe i kontroli skarbowej, rozstrzygając sprawy podatkowe, pominią skutki podatkowe czynności prawnych, jeżeli udowodnią, że z dokonania

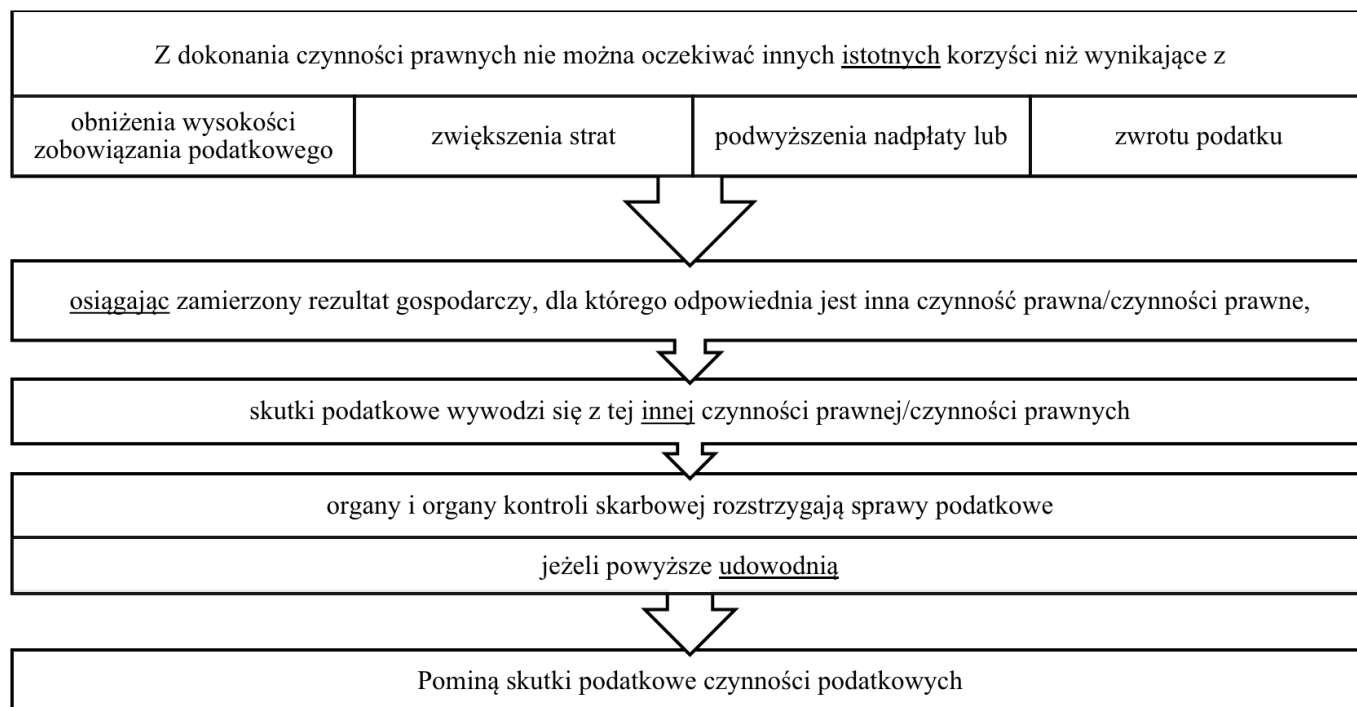
tych czynności nie można było oczekiwać innych istotnych korzyści niż wynikające z obniżenia wysokości zobowiązania podatkowego, zwiększenia straty, podwyższenia nadpłaty lub zwrotu podatku. W myśl § 2 wspomnianego artykułu jeżeli strony, dokonując czynności prawnej, o której mowa w § 1, osiągnęły zamierzony rezultat gospodarczy, dla którego odpowiednia jest inna czynność lub czynności prawne, skutki podatkowe wywodzi się z tej innej czynności prawnej lub czynności prawnych. Konstrukcja prawna obejścia prawa podatkowego została przedstawiona na rysunku 1.

¹ Dz.U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483 ze zm.

² Andrzej Huchla nazywa to oceną skutków podatkowych czynności prawnych. Patrz więcej: A. Huchla, *Komentarz do art. 24(b) [w:] Ordynacja podatkowa. Komentarz*, H. Dzwonkowski, C. Kosikowski, A. Huchla, wyd. ABC, 2003, wersja elektroniczna LEX, nr 8101.

³ Regulacja ta weszła w życie w dniu 1 stycznia 2003 r., ustawą z dnia 12 września 2002 r. o zmianie ustawy - Ordynacja podatkowa oraz o zmianie niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 169, poz. 1387 z późn. zm.).

Rysunek 1. Konstrukcja art. 24b or. pod.



Źródło: opracowanie własne.

Należy się zastanowić nad następującymi problemami: o jakich czynnościach prawnych jest mowa; czy organy podatkowe mogą oceniać czynności podatników; jakie są różnice między obejściem prawa podatkowego a optymalizacją podatkową, korzyścią a rezultatem gospodarczym; w jaki sposób można udowodnić, co dokładnie powoduje pominięcie skutków podatkowych (czy jest to równoznaczne z unieważnieniem); jak rozdzielić czynność prawną od rezultatu gospodarczego.

Odnosząc się do pierwszej kwestii, dostrzegalna jest w doktrynie⁴ zgodność, że chodzi o cywilnoprawne czynności prawne. Wyjątkiem jest stanowisko M. Ślifirczyka⁵, który zauważa, że wielkość podatków jest z nimi związana,

lecz należy uwzględnić także umowy występujące w obrocie gospodarczym i poza nim. Nie precyzuje jednak, co należy rozumieć pod pojęciem umów poza obrotem gospodarczym. Być może chodzi tu o umowy nienazwane (nieuregulowane prawnie), czyli na przykład factoring, franchising, lease-back.

Podkreślone słowa na rysunku 1 służą zwróceniu szczególnej uwagi. W przepisie zastosowano klauzulę generalną, jaką jest istotna korzyść. A contrario można wywnioskować, że jeśli korzyść jest nieistotna, to organy nie powinny podejmować się takiej sprawy. Niebezpieczeństwem będzie nie tylko to, ale także niedookreślone pojęcia, takie jak obniżenie wysokości zobowią-

zań podatkowych, zwiększenie strat, podwyższenie nadpłaty lub zwrot podatków. Organ podatkowy sam uzna, kiedy i czy zaszyły te przesłanki. Podstawą tego może być jedna lub więcej czynności prawnych. Określono wiele skutków działania podatnika, przy czym brak ich definicji oraz procedur dla organów podatkowych czy kontroli skarbowej. To niekorzystne dla podatnika, jak i organu. Podatnik nie będzie wiedział, kiedy organ nie przekroczy swoich uprawnień, a organ, kiedy podatnik będzie spełniał przesłanki omawianego przepisu. W prawie podatkowym nie powinno dochodzić sytuacji, w której przepis ma tyle nieostrych pojęć, że może doprowadzić do zbyt wielu nadużyć z obu stron – zwłaszcza że organy są na uprzywilejowanej po-

4 Zob. M. Rusinek, Komentarz art. 24(b), [w:] Ordynacja podatkowa. Komentarz do zmian wprowadzonych ustawą z dnia 12 września 2002 r. o zmianie ustawy Ordynacja podatkowa oraz o zmianie niektórych innych ustaw, LEX, Sopot 2002.

5 M. Ślifirczyk, Obejście prawa podatkowego w doktrynie orzeczniczej polskich sądów, „Forum Prawnicze” 2017, nr 4, s. 40.

zycji, ponieważ działają we własnym interesie (Skarbu Państwa) i mają możliwość kształtowania sytuacji prawnej podatnika. Mogłoby się wydawać, że ten przepis jest niezwykle dla nich korzystny, w przypadku gdy organom podatkowym i organom kontroli skarbowej nie będzie odpowiadać osiągnięta przez podatników istotna korzyść albo rezultat gospodarczy.

Z drugiej strony organy powinny działać w imieniu i na rzecz społeczeństwa, a także w granicach prawa. Wydaje się zasadnym odwołanie do legendarnej sprawy Optimusa (przekształconego później w Grupę ONET.pl S.A. oraz CD Project), która uwidacznia niebezpieczeństwo nadużywania władzy przez organy podatkowe. Spółka wykorzystwała swój oddział w Słowacji i sprzedawała przez niego komputery szkołom i placówkom naukowo-badawczym. Nie opłacała przy tym podatku od towarów i usług, z uwagi na ustawowo określoną stawkę podatkową 0%. Wzbudziło to wątpliwość organów, które podniosły zarzut obejścia prawa podatkowego. Przy orzekaniu w tej sprawie Naczelny Sąd Administracyjny (dalej: NSA)⁶ wskazał, że art. 24b § 1 or. pod. wszedł w życie dopiero z dniem 1 stycznia 2003 roku, zatem zarzut był bezpodstawny, a sama ta regulacja została zakwestionowana przez Rzecznika Praw Obywatelskich oraz Prezesa NSA. Warto podkreślić, że przy omawianym wyroku odniesiono się jedynie do prawa krajowego, ponieważ Polska nie była wtedy jeszcze członkiem Unii Europejskiej (co zmieniło się 1 maja 2004 roku).

Z pewnością obejście prawa podatkowego ma na celu uzyskanie korzyści ekonomicznej. Takie działania podatnika mogą występować niezależnie od woli zastosowania obejścia prawa podatkowego. Przede wszystkim dlatego, że podatnik może skorzystać z szerokiego zakresu umów cywilnych, stawek opodatkowania i tym samym może doprowadzić do oszczędzania podatkowego (więcej o tym w dalszej części artykułu).

Na mocy art. 24b §1 or. pod. za każdym razem organy skarbowe i kontroli skarbowej mają ustalić stan faktyczny, brzmienie oświadczeń stron, ich zamiar i cel treści umów, po czym ocenić legalność działań podmiotów biernych (bądź podatników), wartość osiągniętych korzyści, skutki czynności prawnych oraz pomijać skutki podatkowe tych czynności. Wydaje się to zbyt szerokim zakresem zadań dla organów przy jednej regulacji. Minister finansów⁷ wskazał problem wydawania decyzji podatkowych zarówno w uzasadnieniu faktycznym, jak i prawnym, jednocześnie zarzucił, że „W ocenie tego uczestnika postępowania zasada wolności działalności gospodarczej nie może mieć przy tym prymatu nad zasadą równości opodatkowania (art. 84 Konstytucji) i ustawowym źródłem obowiązku podatkowego (art. 217 Konstytucji)”. Tym samym wskazał na to, który interes powinien być ważniejszy. Należy w tym miejscu przywołać rzymską paremię *nemo iudex in causa sua*, czyli „nikt nie może być sędzią w swojej sprawie”. Nie powinno być tak, by te same organy weryfikowały swoje rozstrzygnięcia w sprawie podatnika, ponieważ ograni-

cza się w ten sposób legalną dyspozycyjność podatnika.

W dniu 11 maja 2004 roku Trybunał Konstytucyjny (dalej: TK) orzekł⁸ o niekonstytucyjności art. 24b § 1 or. pod. z art. 2 i 22 Konstytucji (dotyczą one zasad zaufania obywateli do państwa, pewności prawa oraz wolności gospodarczej). Po pierwsze stwierdzono, że oba paragrafy zawarte w art. 24b or. pod. należy rozdzielać, ponieważ nie jest możliwe ich jednoczesne spełnienie. Trudno się z tym zgodzić, gdyż rezultat gospodarczy (§ 2) może być szerszy od korzyści, o której mowa w §1. Jednakże w § 1 nie zawarto katalogu zamkniętego, a rezultat gospodarczy nie zawiera definicji legalnej, więc istnieje wysokie ryzyko zatarcia się różnic. TK wskazał również na problem dokonania odpowiedniej oceny, skoro regulacja omawianego artykułu wykracza poza zakres ordynacji podatkowej. W zdaniu odrębnym do wyroku zawarto słuszny postulat integralnego traktowania całości artykułu, który okazał się słuszny, z racji na późniejsze uchylene § 2 or. pod.

Wprowadzenie obejścia prawa podatkowego mogłoby wskazywać na usamodzielnienie się prawa podatkowego od cywilnego, ponieważ organy nie byłyby uprawnione do podnoszenia instytucji prawnych, takich jak pozorność, błąd, zniekształcenie oświadczenia woli czy podstęp. W oparciu o treść art. 24b or. pod. powiązanie tych gałęzi prawa zostało jeszcze bardziej wzmocnione poprzez położenie nacisku na analizę czynności prawnych (w tym cywilnoprawnych), związanych z nimi ko-

6 Wyrok NSA w Warszawie z dnia 24 listopada 2003 roku, FSA 3/03, ONSA 2004, nr 2, poz. 44.

7 Treść wypowiedzi z wyroku TK z dnia 11 maja 2004 roku, sygn. akt K 4/03 (Dz.U. z 2004 r. Nr 122, poz. 1288).

8 Ibidem.

rzyskami, rezultatami gospodarczymi oraz skutkami tych czynności.

Zwiąże i trafnie sformułował Ł. Karczyński⁹ ocenę wadliwości obejścia prawa podatkowego. Prawo podatkowe zawiera nie tylko nakazy, ale także normy ustrojowe, proceduralne i materialne, które można byłoby obchodzić. Samo nazwanie tej normy prawnej obejściem prawa podatkowego jest błędne. Zgodnie ze Słownikiem języka polskiego¹⁰ wyróżnia się trzy pojęcia: „obejście”, „obejść–obchodzić” oraz „obejść się–obchodzić się”. Dwa pierwsze związane są z ruchem, to znaczy omijaniem, okrążaniem. Jedynie „obejść się” mogłoby być utożsamiane sensu largo z uchyloną regulacją. Oznacza to bowiem „radzić sobie bez kogoś lub bez czegoś”, „zadowoląć się niewielką ilością czegoś” czy „poślugiwąć się czymś lub stosować coś”. Wydaje się zatem, że prawidłowymi sformułowaniami są „nadużywanie prawa” (zawarte w art. 53 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku — Kodeks cywilny¹¹; dalej: k.c.) oraz „unikanie opodatkowania”, o czym więcej w dalszej części artykułu.

Na koniec warto wyciągnąć wnioski z błędów i pokusić się o sformułowanie treści następnej klauzuli, podobnej do obejścia podatkowego, która powinna:

- a) być zgodna z Konstytucją,
- b) realizować zasady prawa podatkowego,

c) zależeć od obiektywnych, dookreślonych, sprawdzalnych kryteriów,

d) nie koncentrować się na uzyskanych korzyściach podatników, a na przestrzeganiu przepisów prawa podatkowego,

e) wyrównać prawa obowiązki podatnika i organu w sprawie,

f) zawierać jasną i konkretną sankcję,

g) nie dopuścić do wzrostu liczby regulacji dotyczących obrotu gospodarczego¹².

Gdyby spełnić wszystkie te przesłanki, możliwe byłoby uniknięcie skrajnych działań podatników, jak i organów kontroli skarbowej (która dzisiaj zwana jest Krajową Administracją Skarbową).

2.1. Obejście prawa podatkowego z innymi naruszeniami prawa podatkowego

Do dziś ustawodawca nie spisał wszystkich możliwych pojęć mających związek z omawianą formą naruszenia prawa przez podatnika, takich jak „wakacje podatkowe”, „opór podatkowy”, oszczędzanie podatkowe, optymalizacja podatkowa, strata podatkowa, planowanie podatkowe czy ograniczanie jurysdykcji podatkowej. Problematyczne jest to, że są one zapożyczone po części z języka potocznego i nie wytyczają dokładnych granic pojęciowych, w związku z czym trudne jest ustalenie jednolitej definicji, zwłaszcza dla organów. Jednak część form prze-

ciwdziałania zjawiskom podobnym do obejścia prawa została prawnie uregulowana. W dalszej części artykułu zostaną rozważone w kolejności: unikanie opodatkowania, uchylene się od opodatkowania, planowanie podatkowe oraz próba definiowania optymalizacji podatkowej i oszczędzania podatkowego.

2.2. Unikanie opodatkowania

Po uchyleniu art. 24b or. pod. formalnie nie istniało obejście prawa podatkowego. Wykształciła się doktryna sądowa, opierająca się na sześciu przesłankach: aktywności podatnika, powiązaniu go z innym podmiotem, celowości działania, sztuczności podejmowanych działań, zaistnieniu pewnego skutku podatkowego (korzyści) oraz schematyczności wystąpienia czynności (określonej przez M. Ślifirczyka jako element czasu)¹³. W 2012 roku Komisja Europejska wprowadziła zalecenie w sprawie agresywnego planowania podatkowego¹⁴ dotyczące przeciwdziałania wykorzystywaniu aspektów technicznych systemu podatkowego lub rozbieżności między dwoma systemami podatkowymi lub większą ich liczbą w celu zmniejszenia zobowiązania podatkowego. Szczególnie istotnym jest pkt 4.2 proponujący treść regulacji prawnej dla państw członkowskich, w tym Rzeczypospolitej Polskiej. W 2015 roku powstawał projekt klauzuli unikania opodatkowania do or. pod., nie obeszło się to jednak bez krytyki medialnej i powo-

9 Ł. Karczyński, *Zarys teorii danin publicznych i prawa daninowego*, Gdańsk 2016, s. 93.

10 Słownik języka polskiego, red. W. Doroszewski, <https://sjp.pwn.pl/szukaj/obej%C5%9Bcie.html> (data dostępu: 30 listopada 2020 r.)

11 Dz.U. z 2020 r. poz. 1740 ze zm.

12 P. Borszowski, *Nadmiar regulacji prawa podatkowego a relacja pomiędzy obrotem gospodarczym a prawem podatkowym*, [w:] *Określenia nieostre i klauzule generalne w prawie podatkowym*, Warszawa 2017.

13 M. Ślifirczyk, *Obejście prawa podatkowego w doktrynie orzeczniczej polskich sądów*, „Forum Prawnicze” 2017, nr 4, s. 35–57.

14 Dz.U. UE. L. 338 z 6 grudnia 2012 roku, s. 41, ze zm.

15 Dz.U. z 2016 r. poz. 846.

łania Komisji Kodyfikacyjnej Ogólnego Prawa Podatkowego. W dniu 13 maja 2015 roku uchwalona została ustawa o zmianie ustawy — Ordynacja podatkowa oraz niektórych innych ustaw¹⁵, która wprowadza klauzulę unikania opodatkowania. Jej treść nie przetrwała w nienaruszonym stanie do dzisiaj, ponieważ wpłynęła na nią jeszcze dyrektywa Rady (UE) 2016/1164 z 12 lipca 2016 roku ustanawiająca przepisy mające na celu przeciwdziałanie praktykom unikania opodatkowania, które bezpośrednio wpływają na funkcjonowanie rynku wewnętrznego¹⁶ (dalej: dyrektywa ATAD), mająca przeciwdziałać erozji bazy podatkowej i przenoszeniu zysków. Wskazano, że zniechęcenie do unikania opodatkowania ma służyć zwalczaniu nadużyć podatkowych i wypełnieniu luk podatkowych, oddzielając przy tym swobodę wyboru kwalifikacji podatkowej, jednolitość stosowania przepisów ogólnych oraz podnoszenie efektywności prowadzenia działalności gospodarczej. Aktualnie or. pod. w swej treści zawiera dział IIIA (przeciwdziałanie unikaniu opodatkowania), w tym pięć rozdziałów: klauzula przeciwko unikaniu opodatkowania, postępowanie podatkowe w przypadku unikania opodatkowania, Rada do spraw Przeciwdziałania Unikaniu Opodatkowania, opinie zabezpieczające oraz cofnięcie skutków unikania opodatkowania. Obejmują one art. 119a–119zfn.

Materialnoprawną konstrukcję unikania opodatkowania zdefiniowano w art. 199a §1 or. pod. Jest nią bezskuteczność osiągniętej korzyści podatkowej, która jest sprzeczna w danych oko-

licznościach z przedmiotem lub celem ustawy podatkowej bądź jej przepisu. Po nowelizacji¹⁷ doprecyzowano, że owa korzyść ma być głównym lub jednym z głównych celów dokonania (art. 199a §1), biorąc pod uwagę cele ekonomiczne czynności wskazane przez stronę (art. 119d.). Sposób działania podatnika powinien być sztuczny, a za dokonaną czynność rozumie się także zespół powiązanych z sobą czynności, dokonanych przez te same bądź różne podmioty (art. 119f).

Skutki podatkowe związane z korzyścią można ocenić na trzy sposoby, uregulowane kolejno w art. 119a § 2–4, § 5 i § 6 or. pod. Po pierwsze: skutki podatkowe czynności określa się na podstawie takiego stanu rzeczy, jaki mógłby zaistnieć, gdyby dokonano czynności odpowiedniej. Za odpowiednią uznaje się czynność, której podmiot mógłby w danych okolicznościach dokonać, jeżeli działałby rozsądnie i kierował się zgodnymi z prawem celami, innymi niż osiągnięcie korzyści podatkowej sprzecznej z przedmiotem lub celem ustawy podatkowej bądź jej przepisu, a sposób działania nie byłby sztuczny. Czynność odpowiednia może polegać także na zaniechaniu działania. Jeżeli wykaże się czynność odpowiednią, to będzie ona odnosić skutki podatkowe. Po drugie, jeżeli okoliczności wskazują, że osiągnięcie korzyści podatkowej było jedynym celem dokonania czynności, o której mowa w § 1, to w takiej sytuacji skutki podatkowe określa się na podstawie takiego stanu rzeczy, jaki zaistniałby, gdyby czynności nie dokonano. Po trzecie, jeżeli korzyść podatkowa została osiągnięta w re-

zultacie dokonania czynności, o której mowa w § 1, w wyniku zastosowania przepisu ustawy podatkowej określającego warunki przyznania zwolnienia podmiotowego lub przedmiotowego, wyłączenia z podstawy opodatkowania, w tym wyłączenia przychodów (dochodów) z opodatkowania, lub odliczenia od przychodu, dochodu lub podatku, to skutki podatkowe określa się na podstawie stanu prawnego, jaki zaistniałby, gdyby dany przepis ustawy podatkowej nie miał zastosowania. Przedstawione przesłanki prowadzą do zatarcia różnic między skutkami podatkowymi a korzyścią podatkową. Prawodawca zamiennie używa tych pojęć. Zastosowano również zwroty niedookreślone, subiektywne i nieostre. W efekcie przy orzekaniu w podobnych sprawach podatkowych może zaistnieć niejednolitość.

Klauzuli unikania opodatkowania nie stosuje się do: podmiotu, który uzyskał opinię zabezpieczającą — w zakresie objętym opinią, do dnia doręczenia uchylene lub zmiany opinii zabezpieczającej; podmiotu, który zawarł porozumienie podatkowe w zakresie objętym w sprawie braku zasadności zastosowania art. 119a § 1, między Szeffem Krajowej Administracji Skarbowej a podatnikiem będącym stroną umowy o współdziałanie; podmiotu, który jest stroną zawartego porozumienia inwestycyjnego, w części dotyczącej art. 20zt pkt 2 — w zakresie objętym tym porozumieniem oraz do podatku od towarów i usług oraz do opłat i niepodatkowych należności budżetowych. Te wyłączenie ocenia się jako niezrozumienie klauzuli unikania opo-

16 Dz. U. UE. L 193 z 19.07.2016 r., s. 1 z późn. zm.

17 Wprowadzona przez ustawę z 23 października 2018 r. o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych, ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych, ustawy - Ordynacja podatkowa oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2018 r. poz. 2193).

datkowania¹⁸. Przy podatku od towarów i usług ustawa z dnia 11 marca 2004 roku o podatku od towarów i usług¹⁹ w art. 5 ust. 5 wskazuje nadużycie prawa, więc prawdopodobną intencją ustawodawcy jest uniknięcie superfluum (powtórzenia) ustawowego. Kolejnym problemem jest brak obowiązku oceny wniosku przez organy, czy zachodzi przesłanka z art. 199b or. pod., która mogłaby usprawnić i skrócić rozstrzyganie, czy podatnik unikał opodatkowania, wskutek czego NSA nie musiałby wielokrotnie orzekać podobnie²⁰.

Sposób działania podatnika nie jest sztuczny, jeżeli na podstawie istniejących okoliczności należy przyjąć, że podmiot działający rozsądnie i kierujący się zgodnymi z prawem celami zastosowałby ten sposób działania w dominującej mierze z uzasadnionych przyczyn ekono-

micznych. Przykładowo na sztuczny sposób działania będą wskazywać: nieuzasadnione dzielenie operacji, angażowanie podmiotów pośredniczących mimo braku uzasadnienia ekonomicznego lub gospodarczego czy wystąpienie zysku przed opodatkowaniem, który jest nieznaczny w porównaniu do korzyści podatkowej, niewynikającej bezpośrednio z rzeczywiście poniesionej ekonomicznej straty. Nie zalicza się do tej kategorii celu osiągnięcia korzyści podatkowej sprzecznej z przedmiotem lub celem ustawy podatkowej bądź jej przepisu.

Aktualne brzmienie definicji unikania opodatkowania nadal wzbudza wątpliwości, zwłaszcza przy osiąganiu korzyści sprzeczności z celem ustawy podatkowej lub jej przepisem, jakim jest nic innego, jak nienależenie podatku. M. Kurzac

ślusnie dostrzega dychotomię instytucji prawnych — coś może być dozwolone albo niedozwolone, a unikanie opodatkowania jest pojęciem granicznym, bo sankcjonuje osiąganie korzyści podatkowej. A. Ladziński uważa, że wprowadzone zmiany są powrotem do przeszłości. Powstaje pytanie, czy aktualna klauzula jest zgodna z Konstytucją oraz czy nie realizuje dyrektywę ATAD za szeroko. Zdaniem G. Kujawskiego obejście prawa podatkowego odpowiada unikaniu opodatkowania. Postrzega aktualną, obowiązującą klauzulę jako konkretniejsze unormowanie uchylonego. Zamiennie używa omawianych pojęć, choć wskazuje na niekonstytucyjność obejścia prawa podatkowego oraz odmienną podstaw prawnych. Truizmem jest stwierdzenie, że nie są one tożsame, co wyodrębniano w tabeli 1.

Tabela 1. Porównanie unikania opodatkowania z obejściem prawa podatkowego

	Obejście prawa podatkowego	Unikanie opodatkowania (po 2019 roku)
Podstawa prawna	art. 24b or. pod.	art. 199a n. or. pod.
Podmioty władcze	organy podatkowe i organy kontroli skarbowej	organy podatkowe, Szef Krajowej Administracji Skarbowej
Podmiot rozstrzygający zasadność	organy podatkowe i organy kontroli skarbowej	Rada ds. Przeciwdziałania Unikaniu Opodatkowania (niezależny organ)
Korzyść	istotna (wymieniono w artykule kilka przykładów)	podatkowa
Sankcja	pominięcie skutków podatkowych	bezskuteczność osiągniętej korzyści podatkowej
Działalność podatnika	nieodpowiednia czynność prawna	sztuczny sposób działania, sprzeczny z celem lub przedmiotem ustawy podatkowej
Status prawny	uchylony — niezgodność z Konstytucją	obowiązujący

Źródło: opracowanie własne.

18 A. Ladziński, *Zmiany w ogólnej klauzuli przeciwko unikaniu opodatkowania - powrót do przeszłości*, „Przegląd Podatkowy” 2019, nr 1, s. 26.

19 Dz.U. z 2020 r. poz. 106 ze zm.

20 Wyroki NSA: z 8 października 2018 roku, sygn. akt II FSK 1038/18; z 12 października 2018 roku, sygn. akt II FSK 83/18; z 9 października 2019 roku, sygn. akt II FSK 3652/19; z 5 listopada 2019 roku, sygn. akt II FSK 3751/17; z 6 grudnia 2019 roku, sygn. akt II FSK 1470/18; z 6 lutego 2020 roku, sygn. akt II FSK 818/18; z 5 marca 2020 roku, sygn. akt II FSK 917/18; z 11 marca 2020 roku, sygn. akt II FSK 1013/18; z 31 sierpnia 2020 roku, II FSK 1517/18, LEX nr 3063895.

2.3. Uchylenie się od opodatkowania

Uchylenie się od opodatkowania zostało uregulowane w art. 54 ustawie z dnia 10 września 1999 roku — Kodeks karny skarbowy²¹ (dalej: k.k.s.). Oznacza ono czyn zabroniony, którym jest niewywiązywanie się z obowiązku płacenia podatków. Wyróżnione zostały: przestępstwo (§ 1), uprzywilejowany typ przestępstwa (§ 2) oraz wykroczenie skarbowe (§ 3). Pierwsze z wymienionych polega na tym, że podatnik nie ujawnia właściwemu organowi przedmiotu podstawy opodatkowania lub nie składa deklaracji, uszczuplając przez to podatek. To działanie lub zaniechanie powoduje zaniżenie należności podatkowej, a może nawet jej eliminację.

W tym przypadku podatnik podlega karze grzywny do 720 stawek dziennych albo karze pozbawienia wolności, albo obu tym karom łącznie. Sankcja będzie jednak ograniczać się jedynie do grzywny, jeżeli kwota podatku narażonego na uszczuplenie jest małej wartości. W tym przypadku mamy do czynienia z mniejszą szkodliwością społeczną, okolicznością łagodzącą oraz innym rodzajem naruszonego dobra prawnego, dlatego ustawodawca ogranicza sankcję do jednego rodzaju. Jeżeli kwota podatku narażonego na uszczuplenie nie przekracza ustawowego progu, sprawca czynu zabronionego określonego w § 1 podlega karze grzywny za wykroczenie skarbowe. Limit tej sankcji należy

wyprowadzić z art. 53 § 3 k.k.s., który wyznacza za maksimum, pięciokrotną wysokość minimalnego wynagrodzenia (według obowiązującego rozporządzenia²² w 2022 roku minimalne wynagrodzenie wynosi 3010 zł, zatem po pomnożeniu przez pięć limit kary grzywny dla wykroczenia skarbowego będzie wynosić 15050 zł).

Uchylenie się od opodatkowania cechuje się ukrywaniem, nieujawnianiem działań dokonywanych przez podatnika bądź zdarzeń prawnych, ponieważ podatnik jest świadomy skutków podatkowych. To nielegalne działanie, ponieważ poprzez nie umyślnie próbuje się nie wywiązywać z konstytucyjnego oraz ustawowego obowiązku. Czynami zabronionymi na tej podstawie prawnej mogą być: oszustwo podatkowe, podawanie fałszywych informacji organom, podrabianie dokumentów, fałszowanie ksiąg²³.

2.4. Planowanie podatkowe

Planowanie podatkowe przez podatnika zawarto w Zaleceniu Komisji Europejskiej w pkt 1. Uznano to za dozwoloną praktykę, która ogranicza zobowiązania podatkowe poprzez rozwiązania ściśle zgodne z literą prawa. Planowanie polega na wyborze czynności przyczyniających się do obniżenia świadczeń pieniężnych. Zdaniem J. Jankowskiego²⁴ nie może przejawiać się to zaniechaniem aktywności gospodarczej. Podatnik przy planowaniu podatkowym powinien liczyć się z bezskutecznością swoich działań i

powstaniem skutków podatkowych, więc przyjmuje ryzyko, że jego działania mogą okazać się nieefektywne.

2.5. Nieuregulowane zmiany kwalifikacji podatkowej

Zdaniem J. Jankowskiego²⁵ doradcy podatkowi zapoczątkowali używanie pojęcia optymalizacji podatkowej. Nie jest to termin ustawowy. To szerokie zagadnienie, które w doktrynie nie jest zdefiniowane jednolicie, choć jednoznacznie podkreśla się zgodność tego działania z prawem.

Wskazuje się na nie wymieniając między innymi realizację określonego rezultatu ekonomicznego, wykorzystywanie wielu organizacji obrotu gospodarczego oraz luk podatkowych czy wybór czynności prawnych lub instrumentów polityki podatkowej zmierzających do minimalizacji obciążeń podatkowych. Czynność prawna wiążąca się z opodatkowaniem będzie jedną z możliwych, ale z najniższą stawką podatkową. Działanie podatnika jest jawne i zaakceptowane przez organy.

Oszczędzanie podatkowe to celowe działanie lub zaniechanie podatnika zmierzające do obniżenia ciężarów podatkowych. Praktycznym przykładem jest zakup mniejszej nieruchomości, co prowadzi do zmniejszenia wymiaru podatku. Nie można w tym przypadku podważać ani legalności, ani kwestii niezgodności z celem ustawy podatkowej. Podatnik nie ma obowiązku realizowania takich czynności, które byłyby

21 Dz.U. z 2020 r. poz. 19 ze zm.

22 Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 14 września 2021 roku w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2022 roku (Dz.U. z 2021 r. poz. 1690).

23 Patrz więcej: I. Zgoliński, *Komentarz do art. 54, [w:] Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, red. I. Zgoliński, Warszawa 2018, s. 401–404.

24 J. Jankowski, *Analiza skuteczności środków prawnych stosowanych przez polskiego ustawodawcę w celu ograniczenia optymalizacji podatkowej w podatkach dochodowych* (lata 2011–2016), rozprawa doktorska, niepublikowana, Warszawa 2018, s. 71.

25 Ibidem, s. 34.

korzystne z punktu widzenia państwa. Ma prawo podejmować takie działania, które przyczynią się do zmniejszenia wymiaru podatku.

2.6. Podsumowanie

Poniższa tabela przedstawia krótkie porównanie naruszeń prawa podatkowego

pod względem podstawy prawnej, legalności działań podatnika, intencji prawodawcy oraz podaje przykłady stanów faktycznych, które są oparte na orzecznictwie.

Tabela 2. Instytucje zmiany kwalifikacji podatkowej — podsumowanie

	Podstawa prawna	Legalność działań podatnika	Intencja prawodawcy	Przykłady
Obejście prawa podatkowego	uchylony (art. 24b or. pod.)	tak	tak	czynności prawne (co najmniej dwie) + osiągnięcie istotnych korzyści i/lub zamierzonego rezultatu gospodarczego; bezpodstawne zawyżenie przychodu przedsiębiorstwa ²⁶
Unikanie opodatkowania	art. 119a or. pod.	tak	tak	sztuczna transakcja + korzyść podatkowa sprzeczna w danych okolicznościach z przedmiotem lub celem ustawy podatkowej lub jej przepisu; wymiana udziałów
Uchylenie się od opodatkowania	art. 54 k.k.s.	nie	tak	nieujawnienie podstawy opodatkowania; niezłożenie deklaracji
Optymalizacja podatkowa	brak	tak	nie	aktywne działanie podatnika zmierzające do zmniejszenia wymiaru podatku
Oszczędzanie podatkowe	brak	tak	nie	zaprzestanie działań, z których wynika obowiązek podatkowy
Planowanie podatkowe	zalecenie Komisji Europejskiej	tak	tak	wiele postępowań; możliwość wykorzystywania wielu skomplikowanych mechanizmów
Agresywne planowanie podatkowe	zalecenie Komisji Europejskiej	nie	tak	wykorzystywaniu aspektów technicznych systemu podatkowego, skutkujące podwójnym nieopodatkowaniem

Źródło: opracowanie własne.

3. Unikanie opodatkowania a pozorność

Unikanie opodatkowania oraz pozorność są instytucjami prawnymi uregulowanymi przez zupełnie odmienne gałęzie prawa²⁷. W przeciwieństwie do

prawa podatkowego, prawo cywilne jest prawem prywatnym. Oznacza to, że podmioty są równorzędne oraz panuje autonomia zawierania umów (tak zwana swoboda zawierania umów). Przejawia się to wolnością decydowania: z kim, gdzie, jak (w kontekście do

treści stosunku prawnego; choć rodzaj formy może być uzależniony od przepisów k.c.) i dlatego ukształtować swoje stosunki prawne (zamiar). Prawo prywatne cechuje się egzekwowaniem swoich praw i obowiązków wynikających z treści umów, tak zwanych zabez-

26 Wyrok NSA w Bydgoszczy z 17 lipca 2003 roku, SA/Bd 1498/03, LEX nr 90263 to jeden z nielicznych przykładów faktycznego wykorzystania instytucji obejścia prawa podatkowego. Orzeczone zostało, że niewystarczająca jest argumentacja organów do zastosowania instytucji obejścia prawa podatkowego (zob. wyroki: NSA w Bydgoszczy z 13 sierpnia 2003 roku, SA/Bd 712/03, LEX nr 103673; NSA(7n) w Warszawie z 24 listopada 2003 roku, FSA 3/03, ONSA 2004, nr 2, poz. 44; WSA z dnia 30 maja 2005 roku, III SA/Wa 1/05 POP 2006/4, poz. 61; NSA z dnia 31 stycznia 2002 roku, sygn. akt I SA/Gd 771/01 i z dnia 29 maja 2002 roku, sygn. akt III SA 2602/00).

27 Szerzej zob. K. Radzikowski, *Zasada autonomii prawa podatkowego w świetle związków prawa podatkowego z prawem cywilnym (na przykładzie instytucji bezpodstawnego wzbogacenia)*, 1. Wprowadzenie, [w:] *Prawo podatkowe w systemie prawa. Międzygałęziowe związki norm i instytucji prawnych*, red. A. Franczak, A. Kaźmierczyk, Warszawa 2019, s. 211.

pieczeń. O wszczęciu egzekucji będzie decydowała strona, ale także może tego zaniechać. W przeciwieństwie do prawa publicznego nie występują tutaj tak skuteczne sposoby jak narzędzia przymusowe wynikające *ex lege*. Mogłoby się wydawać, że da się rozdzielić prawo podatkowe od prawa cywilnego. Decyzja podatnika, którą umowę zawrze, będzie wywierała wpływ w stosunku z organami podatkowymi. Można postawić pytanie, czy unikanie opodatkowania nie będzie ograniczać swobody zawierania umów, wynikającej z prawa cywilnego. Podkreślenia wymaga to, że w stosunku prawnym między podatnikiem a organami nie występuje wzajemność świadczeń. Podatki nie wynikają z działań organów, tak jak ma to miejsce w przypadku umów cywilnoprawnych (wzajemnie zobowiązujący charakter świadczeń, ekwiwalentność). To ustawa nakłada taki skutek

z zawartych, najczęściej zrealizowanych i wykonanych umów cywilnoprawnych.

Zanim zostanie omówiona pozorność, warto wspomnieć o nieważności czynności prawnych, która jest sprzeczna z ustawą; ma na celu obejście ustawy lub zasad współżycia społecznego (art. 58 k.c.). Nieważność nie jest tożsama z bezskutecznością unikania opodatkowania, gdyż organy nie mogą podważyć ważności zawartych czynności prawnych (w całości je unieważnić), a jedynie usunąć skutki podatkowe czynności prawnej (bezskuteczność selektywna).

Pozorność jako wada oświadczenia woli unieważnia *ex tunc* oświadczenie woli złożone drugiej stronie za jej zgodą. Zaistnienie pozorności jest uzależnione od złożenia oświadczenia drugiej stronie, za jej zgodą i dla pozorów. Muszą one wy-

stąpić łącznie w rozpatrywanej sytuacji. Przedmiotem pozorności mogą być umowy albo jednostronne oświadczenia woli składane innemu podmiotowi, po czym zostanie dokonana inna, ukryta czynność prawna, mająca wywołać inne od pierwotnie założonych określone skutki prawne. Czynność fikcyjna (symulowana, przykrywająca, uzewnętrzniona, formalna) ma „przykryć” faktyczną (ukrytą, dyssymulowaną, przykrytą, nieuzewnętrznioną, nieformalną). Czynność symulowana ma na celu odnoszenie skutku w otoczeniu prawnym, w przeciwieństwie do dyssymulowanej. Co interesujące, dopuszcza się podniesienie zarzutu pozorności przez osobę trzecią.

E. Lewandowska²⁸ wyróżnia trzy rodzaje pozorności: bezwzględna, względna wypełniona oraz względna niewypełniona, co przedstawiono w tabeli 3.

Tabela 3. Rodzaje pozorności według E. Lewandowskiej

Bezwzględna	Względna wypełniona	Względna niewypełniona
strony jawnym, pozornym oświadczeniem woli (nieważnym) stwarzają wrażenie dokonania czynności prawnej, która dochodzi do świadomości otoczenia, funkcjonuje w obrocie i wywiera skutki prawne	strony jawnym, pozornym oświadczeniem woli (nieważnym) stwarzają wrażenie dokonania czynności prawnej, która dochodzi do świadomości otoczenia, ale — zgodnie z wolą stron — nie wywołuje skutków prawnych, bowiem nie jest faktycznie realizowana	
strony między sobą oświadczają, że uzewnętrznione oświadczenia woli nie wywołają wskazanych w tej czynności skutków prawnych	strony maskują ukryte oświadczenia woli i wynikają z nich czynność prawną (ocenianą według właściwości)	
w efekcie nie dochodzi do spełnienia świadczenia	skutek czynności prawnej ukrytej następuje, to jest świadczenie jest spełnione co najmniej w części (przejście prawa)	świadczenie nie zostanie spełnione

Źródło: opracowanie własne na podstawie: E. Lewandowska, *Pozorność oświadczenia woli: studium cywilnoprawne*, Olsztyn 2018, s. 83.

Zasadnicza różnica polega na skuteczności czynności – prawnej lub faktycznej: która z nich będzie miała rzeczywiste zastosowanie

bez ujawnienia pozorności. Nie wszyscy są przychylni dzieleniu pozorności na trzy rodzaje, wyróżniając jedynie dwie²⁹.

Ważnym elementem pozorności jest czas między dwiema czynnościami, faktyczną i pozorną, który ułatwi rozpoznanie wadli-

28 E. Lewandowska, *Pozorność oświadczenia woli: studium cywilnoprawne*, Olsztyn 2018, s. 61–90.

29 A. Olejniczak, Z. Radwański, *Prawo cywilne — część ogólna*, Warszawa 2019 s. 285; K. Pietrzykowski, *Komentarz do art. 83, [w:] Kodeks cywilny, t. 1. Komentarz*, Art. 1–44910, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2020.

wego oświadczenia woli. Po wyjawieniu czynności ukrytej, wcześniejsza będzie ex lege nieważna. Stosunkowo późne jej wykrycie będzie się wiązać z niemożliwością bądź z nadmierną trudnością unieważnienia czynności. Dla organów taka konstrukcja może w praktyce stwarzać dość duże problemy poprzez wykazywanie nieujawnionej czynności prawnej czy właściwej czynności. Przykładem takim jest darowizna, która faktycznie była umową sprzedaży. Jeśli została zawarta między przedsiębiorcami, z pewnością zostanie szybciej wykryta niż w przypadku osób fizycznych. Podstawą takiego stwierdzenia jest jawność prowadzenia działalności gospodarczej czy dostęp organów podatkowych do wyciągu z kont bankowych. W przypadku osób fizycznych jest to na tyle kłopotliwe, że strony mogłyby w każdej chwili dokonać drugiej czynności (po upływie pięciu lat, a podmiot gospodarczy jest uzależniony od rynku). Nieustanne pilnowanie osób fizycznych przez organy może naruszyć zasadę zaufania do nich, a nawet spowodować przekroczenie uprawnień i obowiązków, ponieważ nie ma obowiązku dokładnego przeanalizowania stanu

faktycznego unikania opodatkowania.

Art. 199a or. pod. obejmuje szerszy zakres czynności, które nie mogą wywoływać skutków prawnych³⁰. Unikanie opodatkowania od pozorności różni się także stronami, organami orzekającymi (przy k.c. orzeka sąd; zapewniając bezstronność przy rozstrzygnięciu, czy strony faktycznie zamierzały dokonać innej czynności prawnej). Pozorność jest instytucją prawną o wiele starszą od unikania opodatkowania, więc nie wzbudza tyle kontrowersji ustrojowych i wątpliwości co do zgodności z zasadami prawa. Powodem tego może być prostota konstrukcji art. 83 k.c. Warto podkreślić, że prawo prywatne zezwala na szerszy zakres wątpliwości interpretacji niż prawo publiczne, przy czym prawo podatkowe wymaga doprecyzowania, w takich kwestiach, jak między innymi korzyść sprzeczna w danych okolicznościach z celem ustawy podatkowej, rozsądna działalność podatnika czy kierowanie się celem prawa. Niemniej jednak dostrzegalne są podobieństwa między tymi instytucjami prawnymi. Istnieją co najmniej dwie czynności i, zależnie od woli stron, jedna z nich wywołuje określone

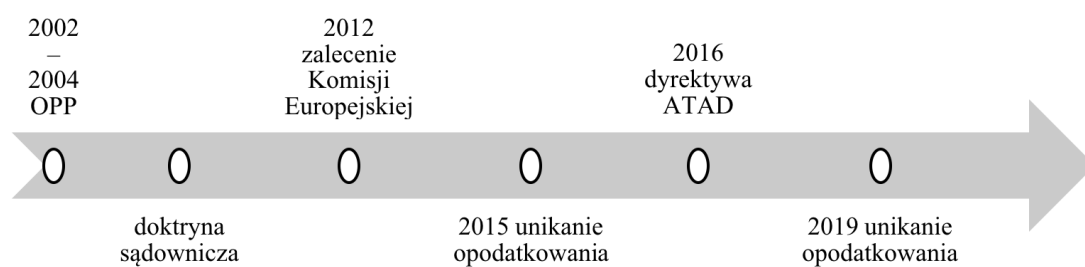
skutki prawne. Czynności są cywilnoprawne, zachodzą między równouprawnionymi podmiotami prawa cywilnego.

Unikanie opodatkowania jest zdecydowanie bardziej złożoną konstrukcją prawną niż pozorność. Obie instytucje są podobne, ale więcej jest między nimi różnic. Powstanie obejście prawa podatkowego, a później unikania opodatkowania, miało rozdzielić prawo cywilne od prawa podatkowego, dlatego wadliwość oświadczenia woli nie powinna odnosić się do podatków.

Zakończenie

Rozróżnienie instytucji prawnych jest istotnym elementem stanowienia i stosowania prawa. Literalne brzmienie przepisów prawnych wywiera ogromny wpływ na kształt i funkcjonowanie ustroju państwa. Kontrowersyjność związana z jakąkolwiek normą prawną może powodować wiele komplikacji w praktyce. Przykładem tego jest obejście prawa podatkowego, które musiało ewoluować, aby zmniejszyć wątpliwości w teorii i praktyce. Przebieg kształtowania się tej formy prawnej przedstawia rysunek 2.

Rysunek 2. Ewolucja unikania opodatkowania



Źródło: opracowanie własne.

Być może zamienne używanie pojęć obejścia prawa podatkowego z unikaniem opodatkowania ma podkreślić ilość problemów prawnych wynikających z szeroko pojętych, niejasnych, nieprecyzyjnych, wątpliwych i subiektywnych form prawnych. Sprawa Optimusa jest najczęściej przywoływanym przykładem, który obrazuje nadużywanie władzy przez państwo. Podatnik

ponieść może znaczne szkody przez podstawną ingerencję władzy nie otrzymując przy tym należnego odszkodowania. Jeżeli doktryna nie może sformułować jednolitego poglądu na temat prawnych form przeciwdziałania szkodliwym działaniom podatnika, czy można ochronić w jakiś sposób podatnika? Powołanie się na zasadę pewności prawa i zaufania do pań-

stwa może nie wystarczyć. Prawdopodobną ochroną interesu indywidualnego jest uciekanie się do planowania podatkowego, optymalizacji podatkowej czy oszczędzania podatkowego, mając także na celu uniknięcie nierównej walki z organami.

Celem ustanowienia obejścia prawa podatkowego (a także unikania opodatkowania)

wania) było zapewne oddzielenie prawa podatkowego od cywilnego. Wydaje się to rozwiązaniem słusznym, jeśli dotyczą one innego przedmiotu regulacji, odmiennych stosunków prawnych, zapewnienia autonomii i odrębności systemowej tych gałęzi prawa. Prawo podatkowe wiąże się z prawem cywilnym, ponieważ treść umowy wpływa na wymiar podatku. Unikanie

opodatkowania natomiast jest o wiele szerszą konstrukcją prawną od pozorności, dotyczy innego stosunku prawnego (nierównorzędnych stron, innych organów orzekających w sprawie, przedmiotu regulacji, zachowania ważności czynności cywilnoprawnych).

Powyższe zbadanie prawnych form przeciwdziałania obejściu prawa podatkowe-

go formułuje postulat precyzyjnego i szczegółowego określenia w systemie prawnym przez prawodawcę, przy uwzględnieniu trzech interesów: państwowego, społecznego i indywidualnego. Inne działania prawodawcy będą się wiązać z negatywnymi konsekwencjami dla uczestników postępowania podatkowego, jak i dla potencjalnych uczestników.

Bibliografia

Literatura

- Borszowski P., *Określenia nieostre i klauzule generalne w prawie podatkowym*, Warszawa 2017.
- Franczak A., Kaźmierczyk A., *Prawo podatkowe w systemie prawa. Międzygałęziowe związki norm i instytucji prawnych*, Warszawa 2019.
- Gomułowicz A., *Klauzula przeciwko unikaniu opodatkowania, czyli – Ave Caesar morituri te salutant*, „Przegląd Podatkowy” 2019, nr 10.
- Huchla A., *Komentarz do art. 24(b), [w:] Ordynacja podatkowa. Komentarz*, H. Dzwonkowski, C. Kosikowski, A. Huchla, Warszawa 2003, wersja elektroniczna LEX, nr 8101.
- Jankowski J., *Analiza skuteczności środków prawnych stosowanych przez polskiego ustawodawcę w celu ograniczenia optymalizacji podatkowej w podatkach dochodowych (lata 2011–2016), rozprawa doktorska, niepublikowana*, Warszawa 2018.
- Karczyński Ł., *Podstawowe zasady materialnego prawa podatkowego*, „Przegląd Naukowy Wyższej Szkoły Społeczno-Ekonomicznej w Gdańsku” 2007, nr 6.
- Karczyński Ł., *Zarys teorii danin publicznych i prawa daninowego*, Gdańsk 2016.
- Ladziński A., *Zmiany w ogólnej klauzuli przeciwko unikaniu opodatkowania – powrót do przeszłości*, „Przegląd Podatkowy” 2019, nr 1.
- Lewandowska E., *Pozorność oświadczenia woli: studium cywilnoprawne*, Olsztyn 2018.
- Materowska M., *Obejście (nadużycie) prawa podatkowego a pozorność czynności prawnych*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2010, nr 6.
- Nazaruk P., *Komentarz do art. 83, [w:] Kodeks cywilny. Komentarz*, red. J. Ciszewski, Warszawa 2019.
- Olejniczak A., Radwański Z., *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2019.
- Pietrzykowski K., *Komentarz do art. 83, [w:] Kodeks cywilny, t. 1. Komentarz. Art. 1–44910*, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2020.
- Rusinek M., *Komentarz art. 24(b), [w:] Ordynacja podatkowa. Komentarz do zmian wprowadzonych ustawą z dnia 12 września 2002 r. o zmianie ustawy Ordynacja podatkowa oraz o zmianie niektórych innych ustaw*, LEX, Sopot 2002.
- Słownik języka polskiego, red. W. Doroszewski, sjp.pwn.pl.
- Ślifirczyk M., *Obejście prawa podatkowego w doktrynie orzeczniczej polskich sądów*, „Forum Prawnicze” 42, 2017, nr 4.
- Zgoliński I., *Komentarz do art. 54, [w:] Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, red. I. Zgoliński, Warszawa 2018.

Akty prawne

- Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.)
- Dyrektywa Rady (UE) 2016/1164 z dnia 12 lipca 2016 r. ustanawiająca przepisy mające na celu przeciwdziałanie prakty-

kom unikania opodatkowania, które mają bezpośredni wpływ na funkcjonowanie rynku wewnętrznego (Dz. U. UE. L. 193 z 12.07.2016 r., s. 1 z późn. zm.)

Zalecenie Komisji Europejskiej z dnia 6 grudnia 2012 r. w sprawie agresywnego planowania podatkowego (Dz. U. UE. L. 338 z 6.12.2012, s. 41)

Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. z 2020 r. poz. 1740)

Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. - Ordynacja podatkowa (Dz. U. z 2020 r. poz. 1325 z późn. zm.)

Ustawa z dnia 10 września 1999 r. Kodeks karny skarbowy (Dz. U. z 2020 r. poz. 19 z późn. zm.)

Ustawa z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2020 r. poz. 106 z późn. zm.)

Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 14 września 2021 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2022 r. (Dz. U. poz. 1690).

Orzecznictwo

Wyrok NSA z dnia 31 stycznia 2002 r. sygn. akt I SA/Gd 771/01

Wyrok NSA z dnia 29 maja 2002 r. sygn. akt III SA 2602/00

Wyrok NSA w Bydgoszczy z 17 lipca 2003 r., SA/Bd 1498/03, LEX nr 90263

Wyrok NSA w Bydgoszczy z 13 sierpnia 2003 r., SA/Bd 712/03, LEX nr 103673

Wyrok NSA(7n) w Warszawie z 24 listopada 2003 r., FSA 3/03, ONSA 2004, nr 2, poz. 44

Wyrok TK z dnia 11 maja 2004 r. sygn. akt K 4/03 (Dz. U. Nr 122, poz. 1288)

Wyrok WSA w Warszawie z dnia 30 maja 2005 r., III SA/Wa 1/05 POP 2006/4, poz. 61

Wyrok WSA w Warszawie z 30 maja 2018 r., III SA/Wa 2226/17, LEX nr 2578306

Wyrok NSA z 8 października 2018 r., sygn. akt II FSK 1038/18

Wyrok NSA z 12 października 2018 r., sygn. akt II FSK 83/18

Wyrok NSA z 9 października 2019 r., sygn. akt II FSK 3652/19

Wyrok NSA z 5 listopada 2019 r., sygn. akt II FSK 3751/17

Wyrok NSA z 6 grudnia 2019 r., sygn. akt II FSK 1470/18

Wyrok NSA z 6 lutego 2020 r., sygn. akt II FSK 818/18

Wyrok NSA z 5 marca 2020 r., sygn. akt II FSK 917/18

Wyrok NSA z 11 marca 2020 r., sygn. akt II FSK 1013/18

Wyrok NSA z 31 sierpnia 2020 r., II FSK 1517/18, LEX nr 3063895

Summary

Aleksandra Białowska

Paying less tax is a concern for many taxpayers. In order to counteract this, legal regulations such as tax circumvention, tax avoidance, tax evasion or aggressive tax planning have been introduced. Controversy has arisen as to whether the tax authorities are entitled to make use of a civil institution such as the sham of a legal transaction. There is a confrontation of three conflicting interests: individual, social and state, as well as law and economics. The scope of the article covers the issue of legal forms of counteracting tax law circumvention, examining the matter of tax, civil and criminal law.

Artykuł przedrukowany za zgodą autorki. Źródło: *Studenckie Prace Prawnicze, Administratywistyczne i Ekonomiczne, Uniwersytet Wrocławski*

Michał Pankiewicz

Adwokat, absolwent KUL na WPiA oraz Podyplomowych Studiów Akademia Prawa Spółek organizowanych na Uniwersytecie Warszawskim. Z Kancelarią Russell Bedford związany od 2022 r. Przedmiotem jego zainteresowań jest prawo gospodarcze, ze szczególnym uwzględnieniem prawa budowlanego oraz prawa odszkodowań gospodarczych. Posiada praktyczne doświadczenie zawodowe w prowadzeniu spraw sądowych.

Słowa kluczowe: waloryzacja wynagrodzenia, wykonawca, umowa o roboty budowlane, kodeks cywilny.

WALORYZACJA WYNAGRODZEŃ WYKONAWCÓW W ROBOTACH BUDOWLANYCH

W polskim porządku prawnym funkcjonują instytucje prawne, które mogą pomóc podmiotom znajdującym się w trudnej sytuacji. Taka ma niewątpliwie miejsce w związku z pandemią, a następnie wybuchem wojny. W niniejszym artykule opisana została możliwość umownej waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy, zaś w kolejnej części możliwość waloryzacji sądowej wynagrodzenia. Poruszone zostały kwestie mające istotne znaczenie dla wykonawców realizujących roboty budowlane w trybie zamówień publicznych. Informacje te powinny być interesujące także dla przedstawicieli inwestora publicznego, czyli zamawiającego.

Niewątpliwie żyjemy w czasach, gdy skończył się ład międzynarodowy, a tym samym zaburzony został łańcuch dostaw surowców oraz materiałów wykorzystywanych w przemyśle. Efektem wspomnianych zdarzeń jest znaczny wzrost cen surowców, materiałów budowlanych oraz kosztów okołobudowlanych. Tymczasem sektor budownictwa odgrywa znaczącą rolę w polskiej gospodarce, stanowiąc 7,4 % PKB¹. Niemal każda inwestycja budowlana wymaga zaangażowania odpowiednio dużego zasobu ludzkiego oraz kapitałowego, materiałowego. Tym samym zagadnienie dotyczące możliwości waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy robót budowlanych ma istotne znaczenie nie tylko gospodarcze, ale i społeczne.

Wielu wykonawców zawierało umowy w okresie, gdy można było względnie przewidzieć wzrost cen materiałów budowlanych oraz usług okołobudowlanych, natomiast nikt nie był przygotowany na sytuację, w której obecnie się znajdujemy. Jest to sytuacja nadzwyczajna, gdyż od dziesięcioleci nie było konfliktu zbrojnego tuż przy polskiej granicy, co więcej powiązania gospodarcze między krajami nigdy nie były tak duże. Tymczasem zamknięcie jednego rynku gospodarczego lub nawet tylko ograniczenie jego efektywności poprzez sankcje ma ogromny wpływ na sytuację makro- oraz mikro-gospodarczą pozostałych uczestników obrotu gospodarczego.

Zjawisko ekonomiczne wyrażające się znaczącą podwyżką cen materiałów budowlanych, surowców oraz kosztów okołobudowlanych, zostało dostrzeżone również przez przedstawicieli władzy wykonawczej i ustawodawczej². Świadczy to o tym, iż mamy do czynienia z poważnym problemem gospodarczym, w wyniku którego zagrożona jest nie tylko rentowność poszczególnych firm, ale również cały sektor gospodarki.

Przygotowanie do złożenia oferty – o czym należy pamiętać?

W polskim porządku prawnym inwestycje budowlane z udziałem podmiotu publicznego w większości przypadków wymagają przeprowadzenia przetargu ograniczonego lub nieograniczonego. Z uwagi na to, że procedury przetargowe zostały uregulowane w ustawie z 11 września 2019 r. Prawo zamówień Publicznych (dalej „ustawa o pzp”), przeprowadzenie całego przedsięwzięcia wymaga odpowiedniego przygotowania także ze strony wykonawcy.

W pierwszej kolejności wykonawca, zanim zgłosi swoją ofertę, powinien przeprowadzić wewnętrzną analizę tego, czy dane przedsięwzięcie będzie dla niego korzystne finansowo. W tym celu powinien sporządzić kosztorysy zawierające wycenę cen materiałów, koszty robocizny, oraz uwzględniające dodatkowe

1 <https://raportroczny.budimex.pl/2021/>

2 Odpowiedź Ministerstwa Rozwoju i Technologii z 7 lutego 2022 r. na oświadczenie senatora Kazimierza Kleiny (znak sprawy DDR-VI.054-1.2022)

koszty okołobudowlane. Po dokonaniu tych czynności wykonawca powinien dysponować wiedzą co do zakładanego zysku i ewentualnej zakładanej straty na tym kontrakcie.

Klauzula waloryzacyjna art. 439 ustawy o pzp

Umowy o roboty budowlane udzielane w trybie zamówień publicznych na okres przekraczający 12 miesięcy powinny zawierać klauzule waloryzacyjne³, zaś umowy zawierane na krótszy czas mogą zawierać jedynie postanowienia związane z waloryzacją wynagrodzenia.

Urząd Zamówień Publicznych, wzięwszy pod uwagę możliwość wpływu czynników zewnętrznych na treść, wysokość i ekwiwalentność świadczeń, wydał komunikat dotyczący klauzuli waloryzacyjnej w świetle regulacji ustawy o pzp. W punkcie 1 komunikatu zatytułowanym „obowiązek waloryzacji”, napisano: „Zadaniem waloryzacji umownej jest zatem urealnienie wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmian ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją kontraktu publicznego. Warto również podkreślić, iż ten mechanizm urealnienia wynagrodzenia wykonawcy w zależności od okoliczności (wzrostu lub spadku cen lub kosztów) dotyczy zarówno podwyższenia, jak i obniżenia wynagrodzenia. Zapewnia tym samym równość stron czy prawidłowy rozkład ryzyk kontraktowych. Zamówieniowe klauzule waloryzacyjne zyskują na znaczeniu zwłaszcza w aktualnej sytuacji gospodarczej, w której obserwujemy m.in. znaczny wzrost cen materiałów i robót budowlanych, braki kadrowe i sprzętowe, wstrzymanie dostaw produktów, komponentów produktu lub materiałów, trudności w do-

stępie do sprzętu czy też realizacji usług transportowych. Wskazane przykładowo czynniki zewnętrzne wywierają wpływ na opłacalność realizowanego zamówienia i mogą znacząco ograniczać płynność przedsiębiorstw, stąd niezmiennie istotne dla uczestników rynku zamówień publicznych jest prawidłowe kształtowanie oraz stosowanie waloryzacji umownej. Klauzula waloryzacyjna sformułowana w sposób precyzyjny, z poszanowaniem interesów stron kontaktu publicznego, pozwoli ochronić interesy finansowe wykonawcy, zaś zamawiającemu zapewni należyta, terminową i bezpieczną realizację zamówienia publicznego⁴. Jako trafne należy uznać wnioski wysunięte przez Urząd Zamówień Publicznych zawarte w omawianym dokumencie, iż: „(...) prawidłowo skonstruowana klauzula waloryzacyjna: jest instrumentem sprzyjającym zwiększeniu konkurencyjności postępowań o udzielenie zamówienia publicznego; jest elementem odpowiedniego rozkładu ryzyk kontraktowych; sprzyja sprawnej realizacji inwestycji; winna być adekwatna do sytuacji rynkowej; nie może stanowić remedium na zaniżoną kalkulację ceny oferty⁵. Mimo wydawać by się mogło pozytywnych aspektów w/w postanowień umownych, część podmiotów z udziałem Skarbu Państwa nie stosuje klauzul waloryzacyjnych i tym samym naraża Skarb Państwa na dodatkowe koszty związane z postępowaniem sądowym, gdyż, jak łatwo się domyślić, wykonawcy po wyczerpaniu możliwości kontraktowych i ustawowych wdają się w spór sądowy z zamawiającym⁶.

Możliwość zmiany umowy na podstawie art. 455 ust. 1 punkt 4 ustawy o pzp

Polski ustawodawca przewidział, iż: „dopuszczalna jest zmiana umowy bez przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego m.in. w sytuacji, gdy konieczność zmian umowy spowodowana jest okolicznościami, których zamawiający, działając należyta starannością, nie mógł przewidzieć, o ile zmiana nie modyfikuje ogólnego charakteru umowy a wzrost ceny spowodowany każdą kolejną zmianą nie przekracza 50% wartości pierwotnej umowy” (art. 455 ust. 1 punkt 4 ustawy o pzp).

Przez nieprzewidziane okoliczności należy rozumieć: „W konsekwencji przez niemożność przewidzenia w chwili zawarcia umowy okoliczności skutkujących koniecznością dokonywania w niej zmian nie należy rozumieć zdarzenia nieprzewidzianego przez strony, lecz zdarzenie, którego zaistnienie w normalnym toku rzeczy było mało prawdopodobne, przy czym niemożliwość przewidywalności określonych zdarzeń przez zamawiającego powinna być określona w sposób obiektywny. Ustalenie to powinno prowadzić do wniosku, że zamawiający, przygotowując się do wszczęcia postępowania, przeanalizował swoje potrzeby w zakresie przedmiotu świadczenia jego zakresu oraz warunków realizacji. Okoliczności skutkujące koniecznością wprowadzenia zmian do umowy o wykonanie zamówienia publicznego, mieszczące się w zakresie omawianej przesłanki, muszą mieć charakter przekraczający standardowe ryzyka związane z realizacją kontraktu o określonym charakterze. (...) Co do zasady za okoliczności niemożliwe do przewidzenia i niezależne od stron umowy należy uznać m.in. zjawiska gospodarcze zewnętrzne w stosunku do stron umowy i w pełni od nich niezależne, jak na przykład: gwał-

³ Art. 439 ustawy o pzp

⁴ https://www.uzp.gov.pl/_data/assets/pdf_file/0014/52151/KLAUZULA-WALORYZACYJNA-W-USTAWIE-PRAWO-ZAMOWIEN-PUBLICZNYCH.pdf

⁵ Ibidem

⁶ Raport NIK z 10 czerwca 2021 r. pt.: Zabezpieczenie interesu Skarbu Państwa w zakresie waloryzacji i solidarnej odpowiedzialności inwestora w umowach na realizację obiektów infrastruktury liniowej, nr ewidencyjny 29/2021/P/20/031/KIN

towna dekonstrukcja, ograniczenie dostępności surowców, istotny wzrost cen materiałów. Należy jednak podkreślić, iż wskazane przykładowe okoliczności uzasadniające dokonanie zmiany umowy, tj. gwałtowna dekonstrukcja, ograniczenie dostępności surowców, istotny wzrost cen materiałów, muszą mieć charakter na tyle nadzwyczajny, że zamawiający, dochowując należytej staranności, nie mógł obiektywnie przewidzieć ich zaistnienia lub skali ich zaistnienia. Muszą one wynikać z okoliczności niemających swojego uzasadnienia w normalnych relacjach gospodarczych, w szczególności obserwowanych wahaniami cen na rynku określonych dóbr, zmianach inflacyjnych itp. Jeśli określone zdarzenia społeczne, finansowe lub ekonomiczne były lub są obserwowane w gospodarce i cechuje je określona ciągłość lub cykliczność, to winny być one uwzględniane w ramach klauzul umownych, o których mowa w art. 455 ust. 1 pkt 1 Pzp, zastosowanie których umożliwia przywrócenie zachwianej tymi zdarzeniami równowagi w umowie łączącej strony⁷.

Pomocne może być również oparcie się o ustawodawstwo unijne zgodnie, z którym: „Pojęcie niemożliwych do przewidzenia okoliczności odnosi się do okoliczności, których nie można było przewidzieć pomimo odpowiednio starannego przygotowania pierwotnego postępowania o udzielenie zamówienia przez instytucję zamawiającą, z uwzględnieniem dostępnych jej środków, charakteru i cech tego konkretnego projektu, dobrych praktyk w danej dziedzinie oraz konieczności zagwarantowania odpowiedniej relacji pomiędzy zasobami wykorzystanymi na przygotowanie postępowania a jego przewidywalną wartością⁸. Trzeba pamiętać, że zmia-

na treści umowy zgodnie z przytoczoną wyżej dyrektywą unijną: „Nie może (...) mieć zastosowania w sytuacjach, w których modyfikacja powoduje zmianę charakteru całego zamówienia, na przykład przez zastąpienie zamawianych robót budowlanych, dostaw lub usług innym przedmiotem zamówienia lub przez całkowitą zmianę rodzaju zamówienia, ponieważ w takiej sytuacji można zakładać hipotetyczny wpływ na wynik⁹”.

W piśmiennictwie przedstawia się następujące stanowisko: „(...) Nie ulega wątpliwości, że pojęcie „charakter umowy” obejmuje w szczególności zakres przedmiotowy umowy. W ramach oceny charakteru umowy bierze się pod uwagę jej najistotniejsze elementy, w tym w szczególności to, czy mamy do czynienia z zastąpieniem zamawianych robót budowlanych, ze zmianą dostaw lub usług czy też w ogóle z innym przedmiotem zamówienia lub całkowitą zmianą rodzaju zamówienia, ponieważ w takiej sytuacji można zakładać hipotetyczny wpływ na wynik postępowania. Przykładem zmiany charakteru umowy może być:

- 1) zmiana przedmiotu zamówienia z usług na roboty budowlane,
- 2) zmiana umowy na czas określony na umowę na czas nieokreślony,
- 3) zmiana zamówienia publicznego na koncesję,
- 4) zastąpienie przedmiotu świadczenia głównego innym przedmiotem, który nie był wcześniej przewidziany,
- 5) zmiana postanowień prowadząca do odmiennej oceny charakteru umowy (np. zmiana umowy leasingu na umowę sprzedaży)¹⁰.

Zmiana umowy w opisywanym przed-

miocie może nastąpić na wniosek wykonawcy skierowany do zamawiającego i uzasadniony w wyczerpujący sposób. Należy przez to rozumieć nie tylko opis sytuacji wykonawcy, ale również oparcie się o dowody w postaci faktur, listy zakupowej, informacji od producentów, dostawców o wzroście cen produktów bądź brakiem określonych elementów zamówienia. Powołanie się we wniosku o zmianę umowy jedynie z uwagi na inflację czy wojnę na Ukrainie, może być niewystarczające dla zamawiającego lub dla sądu rozpoznającego sprawę.

Sądowa waloryzacja wynagrodzenia

W przypadku, gdy mimo podjętych działań nie udało się wykonawcy dojść do porozumienia z zamawiającym i nie doszło do zmiany wynagrodzenia, krokiem umożliwiającym obronę swoich praw jest złożenie pozwu do sądu. Wdanie się w spór sądowy powinno zostać poprzedzone odpowiednim działaniem tj. przygotowaniem wszystkich dowodów, które mogą zostać wykorzystane w trakcie postępowania sądowego, jak np. przesłane do producentów zapytania dotyczące dostępności materiałów, terminów dostępności, korespondencji pomiędzy wykonawcą a zamawiającym, kosztorysów budowlanych.

Na uwadze należy mieć to, że w postępowaniu sądowym dotyczącym waloryzacji wynagrodzenia możemy dochodzić wynagrodzenia za prace, które nie zostały jeszcze wykonane. Natomiast jeżeli część prac została wykonana, to możemy dochodzić odszkodowania. Skutkiem to będzie wskazaniem innej podstawy prawnej naszego powództwa. Pomimo tego, że sąd rozpoznający sprawę nie jest związany podstawą prawną dochodzonego roszczenia, przyjmuje

7 „Prawo zamówień publicznych. Komentarz”, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2021 r.

8 Motyw 109 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z 26 lutego 2014 r.

9 Ibidem

10 „Prawo zamówień publicznych. Komentarz”, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2021 r.

się w praktyce sądowej, iż dobrze przygotowane pismo procesowe zawiera poza argumentacją dotyczącą stanu faktycznego, również wskazanie podstawy prawnej roszczenia.

Nadto, w postępowaniu sądowym konieczne będzie przeprowadzenie przez sąd dowodu w postaci opinii biegłego z zakresu budownictwa lub rzeczoznawcy kosztorysowego robót budowlanych. Opinia biegłego sądowego będzie stanowić ważny element materiału dowodowego i w przypadku, gdy będzie niekorzystna dla wykonawcy, przekonanie sądu do stanowiska wykonawcy może okazać się bardzo trudne, a wręcz niemożliwe. Oczywiście jest również to, że każdej ze stron postępowania przysługuje uprawnienie do kwestionowania opinii biegłego, co jednak wiąże się z dodatkowymi kosztami związanymi z wydaniem opinii uzupełniającej i dodatkowym czasem na jej przygotowanie.

Polski ustawodawca przewidział możliwość sądowej waloryzacji wynagrodzenia w oparciu o art. 632 kodeksu cywilnego bądź o art. 3571 kodeksu cywilnego. Pierwszy z wymienionych przepisów odnosi się do sytuacji, w której mamy do czynienia ze „zwyczajną” zmianą rynkową i stanowi: „Jeżeli jednak skutek zmiany stosunków, której nie można było przewidzieć, wykonanie dzieła groziłoby przyjmującemu zamówienie rażącą stratą, sąd może podwyższyć ryczałt lub rozwiązać umowę¹¹. W piśmiennictwie wskazuje się, że: „Wprawdzie zmiana stosunków nie musi być nadzwyczajna, lecz liczy się tylko zmiana niespodziewana, nie dająca się przewidzieć w normalnych okolicznościach (obiektywnie), a nie taka, której akurat strony konkretnej umowy nie mogły przewidzieć. Przesłanka nieprzewidy-

walności powinna być zatem zobiektywizowana i odnoszona do większej skali skutków gospodarczych zmiany okoliczności. Przykładowo w orzecznictwie za zmiany uzasadniające zastosowanie art. 632 § 2 kc uznano zaskakującą podwyżkę podatku VAT oraz gwałtowny wzrost cen za materiały budowlane (...)”¹².

W prawidłowej ocenie sytuacji procesowej wykonawcy może być pomocne zapoznanie się z przytoczonym poniżej orzeczeniem Sądu Najwyższego:

„ (...) Jeżeli bowiem w pierwszej sytuacji chodzi o zmianę treści stosunku obligacyjnego także przy uwzględnieniu elementu słuszności (rozważenie interesów stron i zasad współżycia społecznego), to w sytuacji drugiej podstawowe znaczenie ma czynnik natury ekonomicznej, tj. zachowanie względnej, odpowiedniej równowagi pomiędzy świadczeniem niepieniężnym wykonawcy robót budowlanych i poziomem należnego mu wynagrodzenia ryczałtowego (relacja „rozmiaru lub kosztów prac” i określonego w umowie „ryczałtu”). W rozpoznawanej sprawie o „kosztach prac” zdecydował poziom cen materiałów, który wzrósł się w 2007 r., tj. w toku wykonywania umowy zawartej dwa lata wcześniej. Już element skali tej podwyżki (23,87%, w tym - inflacja w zakresie materiałów budowlanych 7,8%, wzrost cen ponad poziom inflacji o 16%), przedmiotowy zasięg wzrostu (zdecydowana większość materiałów budowlanych w związku z odnotowanym boomem na rynku budowlanym) oraz sam okres (tempo) wspomnianego wzrostu, mogłoby - obiektywnie rzecz biorąc - świadczyć o wystąpieniu istotnej zmiany stosunków w rozumieniu art. 632 § 2 k.c. Doszło bowiem do wzrostu materiałów budowlanych w określonym czasie o prawie

1/4 ich poziomu z chwili zawarcia umowy o roboty budowlane. Należy stwierdzić, że w orzecznictwie Sądu Najwyższego wyrażono pogląd, że gwałtowny wzrost cen materiałów i usług budowlanych po blisko 10 - letnim okresie ich stabilizacji, może być uznany za zaistnienie sytuacji nadzwyczajnej i nieprzewidywalnej w chwili zawierania umowy (uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 20 listopada 2008 r., III CSK 184/08, nie publ.; uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 12 kwietnia 2013 r., IV CSK 568/12, OSNC-ZD 2014, z. 1, poz. 18).”

W dalszej części uzasadnienia Sąd Najwyższy wywiódł:

„ (...) Nawet starannie kalkulujący przedsiębiorca budowlany nie zawsze jest w stanie przewidzieć nagły wzrost ceny materiałów budowlanych o znacznej skali, mimo określonych, wcześniejszych zaszłości na rynku budowlanym. Nie ma bowiem powodu do sugestii, że są to przewidywalne zmiany cykliczne. Przyjmowanie cen kosztorysowych niższych od średnich cen krajowych w toku procedury zamówieniowej może być brane pod uwagę przy określaniu skali „rażącej straty”, jaką ponosi wykonawca zastrzegający wynagrodzenie ryczałtowe w umowie o roboty budowlane. Nie ma natomiast związku z zagadnieniem przewidywalności istotnych zmian stosunków. (...)”¹³.

Niewątpliwie argumentacja prawna zbudowana w oparciu o autorytet Sądu Najwyższego, jak i przedstawiciele piśmiennictwa, w połączeniu z ściśle określonym stanem faktycznym sprawy, może skutkować pozytywnym dla wykonawcy załatwieniem sprawy. Jednakże należy mieć na uwadze to, że w niektó-

¹¹ Art. 632 § 2 kodeksu cywilnego

¹² „Umowy o zamówienia publiczne w zarysie”, prof. dr hab. Ryszard Szostak, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2018 r.

¹³ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 29 października 2015 r., sygnatura I CSK 901/14.

rych umowach o roboty budowlane wyłączona zostaje możliwość stosowania artykułu 632 § 2 kodeksu cywilnego. Tym samym nasza argumentacja powinna zostać zbudowana na art. 357 1 kodeksu cywilnego.

Przepis artykułu 357 1 kodeksu cywilnego odnosi się do sytuacji nadzwyczajnych i należy go stosować w wyjątkowych sytuacjach. W opinii piszącego artykuł taką nadzwyczajną sytuacją może być np. wojna na Ukrainie lub zamknięcie giełdy towarowej na jednym z kluczowych rynków. Każda z wymienionych sytuacji jest zdarzeniem nadzwyczajnym i skutkującym zamknięciem łańcucha dostaw, niepokojem na globalnym rynku towarów, co może być powodem dynamicznego wzrostu cen materiałów budowlanych. Zastosowanie tego przepisu będzie mieć miejsce wówczas, gdy zostaną zmaterializowane następujące przesłanki:

- 1) nadzwyczajna zmiana stosunków;
- 2) nadmierna trudność w spełnieniu świadczenia lub groźba rażącej straty dla jednej ze stron;
- 3) związek przyczynowy między zmianą stosunków a utrudnieniami w wykonaniu zobowiązania czy groźbą straty;
- 4) nieprzewidziane przez strony przy zawieraniu umowy wpływu zmiany stosunków na wykonanie zobowiązania.

Ze względu na stopień skomplikowania omawianych zagadnień wysoce zasadne jest to, aby posługiwać się orzecznictwem sądowym, które stanowi wytyczne do prawidłowego argumentowania stanowiska w sprawie. I tak, za nadzwyczajną zmianę stosunków, w orzecznictwie sądowym przyjmuje się: „(...) taki stan

rzeczy, który zdarza się rzadko, a jednocześnie jest niezwykle, niebywały, wyjątkowy, normalnie niespotykany (...) Nadzwyczajny charakter należy przypisać między innymi takim zmianom stosunków jak: hiperinflacja, kryzys gospodarczy, gwałtowna zmiana poziomu cen na określonym rynku, długotrwały paraliż środków transportu lub łączności czy zmiana ustroju politycznego i społeczno-gospodarczego państwa”¹⁴.

W opracowaniach przedstawiciele piśmiennictwa podnosi się, iż: „Zdarzenia natury makroekonomicznej (np. gwałtowny spadek PKB), na ogół nie mają samodzielnego znaczenia dla zastosowania art. 357.1. Natomiast ich wpływ na uwarunkowania bezpośrednio związane z wykonywaniem danego zobowiązania, (np. gwałtowny spadek podaży lub popytu i związana z nim zmiana cen danego towaru lub usługi) mogą nabrać takiego znaczenia”¹⁵ oraz:

„Biorąc jednak pod uwagę współczesne realia, w których dzięki nowym technologiom jesteśmy w stanie niwelować skutki nieurodzajów, klęsk żywiołowych czy też innych nadzwyczajnych zdarzeń, a często nawet potrafimy je przewidzieć i im zapobiec – ściśle rozumienie klauzuli rebus sic stantibus spowoduje, że nie znajdzie ona w ogóle zastosowania. W obecnych czasach to przede wszystkim zmiany gospodarcze będą powodowały, że wykonanie zobowiązania zgodnie z jego pierwotną treścią będzie skutkowało po jednej ze stron szkodą bądź nadmiernymi trudnościami”¹⁶.

Spełnienie przesłanki z art. 357 1 k.c. wymaga, żeby wskutek nadzwyczajnej zmiany stosunków zaistniała nadmierna trudność w spełnieniu świadczenia

lub rażąca strata. Zmiana okoliczności, o której mowa, powinna zatem doprowadzić do znaczącego zachwiania równowagi kontraktowej, zakwestionowania ekonomicznego sensu świadczeń i zniweczenia celów, których osiągnięcie strony zakładały, zawierając umowę. Należy przy tym zastrzec, że instytucja rebus sic stantibus służy „przywracaniu równowagi kontraktowej” nie tylko w przypadku umów wzajemnych.

Okoliczności rynkowe zaistniałe po zawarciu umowy skutkują nadmierną trudnością w spełnieniu świadczenia i co więcej - mogą wiązać się również z groźbą rażącej straty dla wykonawcy, gdyż wiążą się z koniecznością poniesienia znacznie wyższych kosztów związanych z realizacją umowy o roboty budowlane.

Za nadmierne trudności w piśmiennictwie uznaje się m.in. okoliczności związane z przyczynami technicznymi, gospodarczymi, jak np. wycofanie ze sprzedaży lub produkcji określonych materiałów¹⁷. Z kolei za niebezpieczeństwo rażącej straty można uznać podwyższenie cen zaopatrzeniowych¹⁸. Tym samym do katalogu kosztów, które stwarzają niebezpieczeństwo rażącej straty, należy zaliczyć np. zwiększone koszty około-budowlane, takie jak: roboty ziemne czy roboty rozbiórkowe. Nie może budzić wątpliwości, iż rażąca strata „należy oceniać w kontekście konkretnego zobowiązania. W tym celu konieczne jest porównanie aktualnej i pierwotnej wartości świadczeń, a także ocena całokształtu skutków wykonania zobowiązania dla majątku strony, przy uwzględnieniu celu zobowiązania i tego, jakich korzyści z jego wykonania strona mogła się spodziewać”¹⁹.

¹⁴ wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 6 marca 2015 r., sygnatura I ACa 564/14.

¹⁵ K. Osajda (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Wyd. 29, Warszawa 2021 r.

¹⁶ K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny. Tom I. Komentarz*, Art. 1–44910, Wyd. 10, Warszawa 2020

¹⁷ Ibidem

¹⁸ Ibidem

¹⁹ K. Osajda (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Wyd. 29, Warszawa 2021 r.

Zgodnie z orzecznictwem Sądu Najwyższego i sądów powszechnych: „Rażąca strata nie musi być stratą, która zachwiałaby kondycją finansową wykonawcy, lecz wystarczy zwykła rażąca strata transakcyjna, niezależna od wyniku finansowego całej działalności wykonawcy”²⁰.

Spełnienie kolejnej przesłanki nastąpi wówczas, gdy miejsce będzie mieć korelacja pomiędzy nadzwyczajną zmianą stosunków a utrudnieniami w wykonaniu zobowiązania lub nastąpi groźba straty. W wyniku niestabilności cen materiałów budowlanych oraz w związku z utrudnieniami w możliwości zakupu towaru u producenta może zaistnieć realna groźba straty u wykonawcy robót. Wzrost cen surowców o niemal 200% na przestrzeni kilku miesięcy może być uznany za zaistnienie związku przyczynowego między wzrostem cen surowca a poniesioną stratą²¹.

Powyższe okoliczności, mimo że oparte na orzecznictwie sądowym, jak i poglądach przedstawicieli piśmiennictwa, muszą znaleźć swoje odzwierciedlenie w ściśle określonym stanie faktycznym sprawy. Dlatego tak ważne jest to, aby

wykonawca posiadał odpowiednie koszty związane z realizacją robót budowlanych.

Wreszcie, ostatnia z przesłanek zostanie spełniona wówczas, gdy: „żadna ze stron w chwili zawierania umowy tworzącej zobowiązanie nie przewidywała, jaki wpływ na ich stosunek prawny wywoła zmiana okoliczności. Zastosowania klauzuli *rebus sic stantibus* nie wyłącza zatem fakt, że strony przewidywały nadzwyczajną zmianę stosunków, jeżeli nie przewidziały jej wpływu na zobowiązanie. Wbrew ścisłej interpretacji przepisu, a kierując się względami funkcjonalnymi, przyjmuje się trafnie w doktrynie i orzecznictwie, że przesłanką jego zastosowania jest nie tylko to, by strony faktycznie nie przewidziały znaczenia zmiany stosunków dla ich zobowiązania, ale też by nie można było tego przewidzieć przy dołożeniu należytej staranności”²². Element nieprzewidywalności ma znaczenie dla całości sprawy i sprowadza się do tego, że żadna ze stron umowy nie była w stanie przewidzieć sytuacji, w której zaistnieją nietypowe, a wręcz nadzwyczajne zdarzenia, takie jak np. największy wzrost cen surowców od 2007 r.

Podsumowując, obecna sytuacja gospodarcza jest w dużej mierze nieprzewidywalna dla uczestników obrotu gospodarczego, w szczególności realizujących duże projekty budowlane. W trakcie realizacji inwestycji mogą pojawić się problemy związane z ukończeniem prac, np. z uwagi na gwałtowny wzrost cen materiałów budowlanych, i wówczas konieczna stanie się waloryzacja wynagrodzenia – waloryzacja umowna bądź sądowa.

Niemal każda ze spraw dotyczących realizacji umów o roboty budowlane mimo pozornego podobieństwa, zawiera odstępstwa rzutujące na to, czy uda się uzyskać korzystne rozstrzygnięcie w postaci zwaloryzowania wynagrodzenia, czy też będzie mieć miejsce sytuacja odwrotna i niestety nie uda się uzyskać zwaloryzowanego wynagrodzenia. Odpowiednie przygotowanie do podjęcia rozmów z inwestorem powinno polegać na zgromadzeniu całej dokumentacji związanej z realizacją projektu budowlanego – umów, porozumień, wiadomości e-mailowych od kontrahentów z informacją o tym, że np. ceny produktów cały czas wzrastają, występują braki w rynku krajowym, wspólnotowym itp.

20 Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 listopada 2006 r. sygnatura V CSK 251/2006 oraz z dnia 9 sierpnia 2012 r. V CSK 366/2011 – niepubl; wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 20 grudnia 2016 r., sygnatura I ACa 769/16;

21 Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 25 września 2013 r., sygnatura VI ACa 71/13

22 E. Gniewek (red.), *Kodeks cywilny, Komentarz*, Wyd.10, Warszawa 2021 r.

Summary

In this article, the author addresses the possibility of changing the contractor's remuneration due to the occurrence of an economic emergency. In Polish law, it is possible to change the remuneration, but upon fulfilment of special circumstances, which must be proven and adequately justified.

Magdalena Mączka

Radca prawny/Legal manager. Absolwentka Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie oraz University of West Bohemia in Pilsen. Członek Okręgowej Izby Radców Prawnych w Warszawie. Specjalizuje się w prawie gospodarczym oraz prawie spółek. Doradza klientom w procesach restrukturyzacji przedsiębiorstw (przekształcenia, podziały, połączenia spółek) oraz przy transakcjach M&A. Posiada także bogate doświadczenie w bieżącej obsłudze prawnej podmiotów gospodarczych, w szczególności w zakresie prawa korporacyjnego i umów cywilnoprawnych.

Słowa kluczowe:

sukcesja, zarząd sukcesyjny, działalność gospodarcza osoby fizycznej, kontynuacja działalności

SUKCESJA DZIAŁALNOŚCI GOSPODARCZEJ OSOBY FIZYCZNEJ. ZABEZPIECZENIE KONTYNUACJI DZIAŁALNOŚCI NA WYPADEK ŚMIERCI PRZEDSIĘBIORCY

Działalność prowadzona indywidualnie przez osoby fizyczne jest zdecydowanie najpopularniejszą formą wykonywania działalności gospodarczej w Polsce. Wielu przedsiębiorców będących osobami fizycznymi osiąga wielomilionowe obroty oraz tworzy miejsca pracy dla dziesiątek, a nawet setek osób. Od kilku lat obserwujemy rozwój prawa sukcesyjnego, które zabezpiecza tego typu przedsiębiorstwa na wypadek śmierci jego właściciela. W artykule opisano podstawowe założenia funkcjonowania zarządu sukcesyjnego. Autorka podejmuje próbę odpowiedzi na pytanie, czy jest to rozwiązanie optymalne dla każdego przedsiębiorstwa i jakie ewentualnie ma ono alternatywy.

Z punktu widzenia prawnego działalność gospodarcza jest nierozdzielnie związana z osobą właściciela i tym samym z chwilą jego śmierci de facto kończy się byt prawny prowadzonego przez niego przedsiębiorstwa. Z dnia na dzień zostaje wykreślony z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej, a z nim „znika” jego przedsiębiorstwo. Taka sytuacja może zaistnieć nie tylko z powodu podeszłego wieku przedsiębiorcy, ale także w wyniku nagłej choroby lub nieszczęśliwego wypadku, przez co przedsiębiorstwo traci jedyną osobę uprawnioną do zarządzania nim. Rodzi to wiele zagrożeń dla majątku przedsiębiorstwa, zatrudnionych pracowników i obrotu gospodarczego, w tym wierzycieli.

Problem ten został dostrzeżony przez ustawodawcę i w 2018 r. do porządku prawnego wprowadzono nową instytucję tzw. zarząd sukcesyjny. Ustawa z dnia 5 lipca 2018 r. o zarządzie sukcesyjnym przedsiębiorstwem osoby fizycznej i innych ułatwieniach związanych z sukcesją przedsiębiorstw (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 170, dalej „Ustawa”) weszła w życie 25 listopada 2018 r. Jej celem jest umożliwienie kontynuowania działalności przedsiębiorstwa po śmierci przedsiębiorcy – właściciela, kiedy kwestie spadkowe nie zostały jesz-

cze uregulowane, a jednocześnie pozwala na sprawną kontynuację działalności przedsiębiorstwa tak długo, jak długo nie pojawią się formalni spadkobiercy zdolni przejąć całą działalność.

Geneza wprowadzenia zarządu sukcesyjnego do porządku prawnego

Zgodnie z uzasadnieniem do projektu Ustawy potrzeba regulacji i wprowadzenia nowej instytucji do systemu prawnego wynikała z szeregu problemów, jakie pojawiały się w momencie śmierci przedsiębiorcy prowadzącego firmę w formie jednoosobowej działalności gospodarczej. Problemy te dotyczyły sfery prawa prywatnego i publicznego, które w praktyce uniemożliwiając kontynuację działalności lub znacząco utrudniając kontynuację czy też wznowienie działalności przedsiębiorstwa przez następców prawnych przedsiębiorcy. Do najważniejszych z nich, które zostały wskazane przez ustawodawcę, należą:

- 1) brak „ośrodka decyzyjnego” – jednej osoby uprawnionej do prowadzenia spraw przedsiębiorstwa i samodzielnej reprezentacji wszystkich następców prawnych;
- 2) ograniczone możliwości postępowania się, choćby tymczasowo, firmą przedsię-

biorcy, która identyfikuje w obrocie prawnym nie tylko jego, ale także jego przedsiębiorstwo;

3) wygaśnięcie umów o pracę zawartych przez przedsiębiorcę i – co do zasady – pełnomocnictw dla pracowników i współpracowników;

4) wygaśnięcie lub brak faktycznej możliwości wykonywania umów cywilnoprawnych związanych z działalnością przedsiębiorstwa;

5) wygaśnięcie decyzji administracyjnych niezbędnych do prowadzenia danego rodzaju działalności gospodarczej (np. koncesje, licencje i zezwolenia);

6) ograniczone możliwości przejęcia uprawnień i obowiązków podatkowych (zob. np. art. 97 § 2 Ordynacji podatkowej);

7) trudności z dostępem do rachunku bankowego prowadzonego na potrzeby działalności przedsiębiorstwa i z dokonywaniem z niego wypłat;

8) obowiązek zwrotu pomocy publicznej otrzymanej na podstawie umów, które nie zostały jeszcze wykonane, w całości wraz z odsetkami od dnia jej przekazania przez podmiot finansujący¹.

Dodatkowo w uzasadnieniu do projektu Ustawy wskazywano na długotrwałość procedur związanych ze stwierdzeniem nabycia spadku i jego działem, zwłaszcza w przypadku braku aktywności, porozumienia czy

współpracy między spadkobiercami, nierzadko trwającej wiele miesięcy.

Aby rozwiązać te problemy, do polskiego porządku prawnego wprowadzono instytucję zarządu sukcesyjnego. Może on kontynuować działalność przedsiębiorstwa po śmierci przedsiębiorcy – właściciela, kiedy kwestie spadkowe nie zostały jeszcze uregulowane. Wprowadzenie zarządu sukcesyjnego pozwala uniknąć przestoju i ewentualnego zamknięcia na stałe firmy zmarłego przedsiębiorcy, a jednocześnie pozwala na sprawną kontynuację działalności przedsiębiorstwa tak długo, jak długo nie pojawią się formalni spadkobiercy zdolni przejąć całą działalność.

Powołanie zarządcy sukcesyjnego jeszcze za życia przedsiębiorcy i zgłoszeniu go do CEIDG niesie za sobą istotne pozytywne aspekty takiego działania:

- 1) przedsiębiorstwo zachowuje pełną płynność działania,
- 2) zarządca natychmiast po śmierci przedsiębiorcy może zająć się prowadzeniem firmy (bez konieczności załatwiania spraw u notariusza),
- 3) umowy z pracownikami pozostaną w mocy,
- 4) można zachować ciągłość wykonywania kontraktów,
- 5) zarządca może szybko uzyskać potwierdzenie możliwości wykonywania koncesji lub zezwoleń.

Jak ustanowić zarząd sukcesyjny?

Uregulowania prawne dotyczące zarządu sukcesyjnego mają zastosowanie do jednoosobowych działalności gospodarczych (przedsiębiorców) zarejestrowanych w Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej. Przedsiębiorca jeszcze za życia może wybrać osobę, która po jego śmierci przejmie tymczasowe zarządzanie majątkiem firmy. Taka forma tymczasowego kierowania przedsiębiorstwem zapewnia kontynuację działalności, a jednocześnie daje następcom prawnym czas na podjęcie decyzji, czy chcą kontynuować działalność na własny rachunek, sprzedać firmę, czy ją zamknąć.

Do ustanowienia zarządu sukcesyjnego wymagane jest: (i) powołanie zarządcy sukcesyjnego, (ii) wyrażenie zgody osoby powołanej na zarządcę sukcesyjnego na pełnienie tej funkcji, (iii) dokonanie wpisu do CEIDG zarządcy sukcesyjnego². Przedsiębiorca może powołać zarządcę sukcesyjnego w ten sposób, że wskaże określoną osobę do pełnienia funkcji zarządcy sukcesyjnego albo zastrzeże, że z chwilą jego śmierci wskazany prokurent stanie się zarządcą sukcesyjnym.

Zawieszenie działalności gospodarczej nie stanowi przeszkody do ustanowienia zarządu sukcesyjnego. Jednakże nie można ustanowić zarządu sukcesyjnego, jeżeli została ogłoszona upadłość przedsiębiorcy³.

Zarząd sukcesyjny aktualizuje się

1 Druk nr 2293 Rządowy projekt ustawy o zarządzie sukcesyjnym przedsiębiorstwem osoby fizycznej.

2 Art. 6 ust. 1 Ustawy z dnia 5 lipca 2018 r. o zarządzie sukcesyjnym przedsiębiorstwem osoby fizycznej i innych ułatwieniach związanych z sukcesją przedsiębiorstw (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 170).

3 Art. 6 ust. 3 i 4 Ustawy z dnia 5 lipca 2018 r. o zarządzie sukcesyjnym przedsiębiorstwem osoby fizycznej i innych ułatwieniach związanych z sukcesją przedsiębiorstw (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 170).

z chwilą śmierci przedsiębiorcy, pod warunkiem że przedsiębiorca złożył wniosek o wpis do CEIDG powołanego zarządcy sukcesyjnego (art. 7 Ustawy). W przypadku gdy przedsiębiorca nie powołał zarządcy sukcesyjnego za życia lub nie złożył wniosku o wpis zarządcy do CEIDG, po jego śmierci zarządcę sukcesyjnego może powołać: małżonek przedsiębiorcy, któremu przysługuje udział w przedsiębiorstwie w spadku, lub spadkobierca ustawowy przedsiębiorcy, który przyjął spadek, albo spadkobierca testamentowy przedsiębiorcy, który przyjął spadek, albo zapisobierca windykacyjny, który przyjął zapis windykacyjny, jeżeli zgodnie z ogłoszonym testamentem przysługuje mu udział w przedsiębiorstwie w spadku⁴.

Rola zarządcy sukcesyjnego i moment wygaśnięcia działania zarządu sukcesyjnego

Zarząd sukcesyjny polega na tymczasowym kierowaniu przedsiębiorstwem, po śmierci przedsiębiorcy aż do czasu formalnego ustalenia następców prawnych zmarłego przedsiębiorcy, przeprowadzenia podziału spadku i rozstrzygnięcia o dalszych losach przedsiębiorstwa w spadku. Zarząd obejmuje zobowiązanie do prowadzenia przedsiębiorstwa w spadku oraz umocowanie do czynności sądowych i pozasądowych związanych z prowadzeniem przedsiębiorstwa w spadku⁵.

Zakres umocowania zarządu sukcesyjnego określić należy jako szeroki. Obejmuje on zobowiązanie do prowadzenia przedsiębiorstwa w spadku oraz umocowanie do czynności sądowych i pozasądowych związanych z prowadzeniem przedsiębiorstwa w spadku. Przepisem, który pozwala precyzyjnie ustalić, o jakie czynności chodzi, jest art. 29 ustawy, określający „zewnątrzną” granicę kompetencji zarządcy sukcesyjnego. Czynności, które wykraczają poza zakres opisany w art. 29 ustawy, nie są objęte kompetencją zarządcy sukcesyjnego w żadnym przypadku. Jako najistotniejsze należy zatem wskazać, że od chwili ustanowienia zarządu sukcesyjnego zarządca sukcesyjny wykonuje prawa i obowiązki zmarłego przedsiębiorcy wynikające z wykonywanej przez niego działalności gospodarczej oraz prawa i obowiązki wynikające z prowadzenia przedsiębiorstwa w spadku⁶.

Zaznaczenia przy tym wymaga, że nie które czynności mogą być wykonywane przez zarządcę (w granicach jego kompetencji), lecz za zgodą innych podmiotów, nie mogą zatem być wykonywane przez zarządcę sukcesyjnego samodzielnie. Przede wszystkim, chodzi o czynności przekraczające zwykły zarząd. Stanowi to tzw. „wewnętrzne” ograniczenie kompetencji zarządcy sukcesyjnego⁷. Zarządca sukcesyjny dokonuje bowiem czynności zwykłego zarządu w sprawach

wynikających z prowadzenia przedsiębiorstwa w spadku, a czynności przekraczające zakres zwykłego zarządu są dokonywane przez zarządcę sukcesyjnego za zgodą wszystkich właścicieli przedsiębiorstwa w spadku, a w przypadku braku takiej zgody – za zezwoleniem sądu.

Na zarządcę sukcesyjnego może być powołana osoba fizyczna, która ma pełną zdolność do czynności prawnych (art. 8 ust. 1 Ustawy), z zastrzeżeniem, że nie może być to osoba, wobec której prawomocnie orzeczono zakaz prowadzenia działalności gospodarczej lub środek karny albo środek zabezpieczający w postaci zakazu prowadzenia określonej działalności gospodarczej (obejmującego działalność gospodarczą wykonywaną przez przedsiębiorcę lub działalność gospodarczą w zakresie zarządu majątkiem)⁸.

Maksymalny czas trwania zarządu sukcesyjnego, przewidziany w Ustawie o zarządzie sukcesyjnym, wynosi 2 lata od dnia śmierci przedsiębiorcy. Sąd z ważnych przyczyn może przed dniem wygaśnięcia zarządu sukcesyjnego przedłużyć okres zarządu sukcesyjnego na czas nie dłuższy niż 5 lat od dnia śmierci przedsiębiorcy⁹.

Niezależnie od powyższego przepis art. 59 Ustawy określa również inne przesłanki, których wystąpienie ex lege powodują wygaśnięcie zarządu sukcesyjnego, a co

4 Art. 12 ust. 1 Ustawy z dnia 5 lipca 2018 r. o zarządzie sukcesyjnym przedsiębiorstwem osoby fizycznej i innych ułatwieniach związanych z sukcesją przedsiębiorstw (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 170).

5 Art. 18 Ustawy z dnia 5 lipca 2018 r. o zarządzie sukcesyjnym przedsiębiorstwem osoby fizycznej i innych ułatwieniach związanych z sukcesją przedsiębiorstw (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 170).

6 Art. 29 Ustawy z dnia 5 lipca 2018 r. o zarządzie sukcesyjnym przedsiębiorstwem osoby fizycznej i innych ułatwieniach związanych z sukcesją przedsiębiorstw (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 170).

7 Ustawa o zarządzie sukcesyjnym przedsiębiorstwem osoby fizycznej. Prawo spadkowe przedsiębiorców. Komentarz, red. prof. dr hab. K. Osajda, 2022, wyd. 2.

8 Art. 8 ust. 1 Ustawy z dnia 5 lipca 2018 r. o zarządzie sukcesyjnym przedsiębiorstwem osoby fizycznej i innych ułatwieniach związanych z sukcesją przedsiębiorstw (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 170).

9 Art. 60 Ustawy z dnia 5 lipca 2018 r. o zarządzie sukcesyjnym przedsiębiorstwem osoby fizycznej i innych ułatwieniach związanych z sukcesją przedsiębiorstw (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 170).

często umyka uwadze przedsiębiorców, którzy decydują się na zastosowanie tej instytucji. W konsekwencji błędnie zakładają, że czas trwania zarządu sukcesyjnego to 2 lata od dnia śmierci przedsiębiorcy, podczas gdy czas ten może się okazać znacznie krótszy. Jednocześnie ustanie zarządu sukcesyjnego z jakiegokolwiek przyczyny wymienionej w ust. 1 powołanego artykułu powoduje brak możliwości jego ponownego ustanowienia i tym samym definitywne i ostateczne ustanie bytu prawnego przedsiębiorstwa w spadku.

Zarząd sukcesyjny wygaśnie z upływem 2 miesięcy od dnia śmierci przedsiębiorcy, jeżeli w tym okresie żaden ze spadkobierców przedsiębiorcy nie przyjął spadku ani zapisobierca windykacyjny nie przyjął zapisu windykacyjnego, którego przedmiotem jest przedsiębiorstwo albo udział w przedsiębiorstwie, chyba że zarządca sukcesyjny działa na rzecz małżonka przedsiębiorcy, któremu przysługuje udział w przedsiębiorstwie w spadku. W konsekwencji ustawodawca ustanowił 2 miesięczny termin, w którym chociażby jeden ze spadkobierców, zarówno ustawowych, jak i testamentowych, zobowiązany jest do przyjęcia spadku, a zapisobierca windykacyjny do przyjęcia zapisu windykacyjnego, o ile chcą utrzymać status przedsiębiorstwa w spadku i kontynuować działalność gospodarczą zmarłego przedsiębiorcy.

Kolejną przesłanką określoną w art. 59 ust. 1 pkt 2, której zaistnienie prowadzi do wygaśnięcia zarządu sukcesyjnego, jest uprawnomocnienie się postanowienia o stwierdzeniu nabycia spadku, zarejestrowania aktu poświadczenia dziedziczenia albo wydania europejskiego

poświadczenia spadkowego, jeżeli jeden spadkobierca albo zapisobierca windykacyjny nabył przedsiębiorstwo w spadku w całości.

Przesłanka ta dotyczy sytuacji, gdy po formalnym ustaleniu w postępowaniu spadkowym następców prawnych przedsiębiorstwa w spadku okaże się, że tylko jeden podmiot stanie się jego właścicielem w całości. Może to być np. przypadek, gdy jedynym spadkobiercą jest małżonek, który posiadał udział w przedsiębiorstwie w spadku, lub nabędzie je w całości zapisobierca windykacyjny. Wówczas wyłącznie ta jedna osoba będzie uprawniona do decydowania o losach odziedziczonych przedsiębiorstwa i nie będzie potrzeby zarządzania w sposób szczególny tą masą majątkową na jej rzecz, jako jedynego i wyłącznego właściciela przedsiębiorstwa w spadku. Może on w takim przypadku powierzyć zarząd przedsiębiorstwem na podstawie innego tytułu prawnego, jak np. prokura czy zlecenie, lub samodzielnie wnieść je aportem do spółki¹⁰.

Oznacza to, że w przypadku jednego spadkobiercy zarząd sukcesyjny może mieć zastosowanie do 2 miesięcy od śmierci przedsiębiorcy, a nie przez maksymalny okres 2 lat. Mianowicie zgodnie z art. 59 ust. 1 pkt 1 Ustawy w ciągu 2 miesięcy od dnia śmierci przedsiębiorcy co najmniej 1 spadkobierca musi przyjąć spadek, jeśli tego nie zrobi zarząd sukcesyjny wygaśnie z upływem tego terminu, a jednocześnie gdy istnieje tylko 1 spadkobierca, to zarząd sukcesyjny wygasa z momentem formalnego stwierdzenia nabycia spadku przez jedynego spadkobiercę.

Wygaśnięcie zarządu sukcesyjnego na-

stępuje także wówczas, gdy jedna osoba nabędzie w całości przedsiębiorstwo w spadku, co również będzie prowadzić do wygaśnięcia zarządu sukcesyjnego, o czym stanowi pkt 3 ust. 1 (vide: art. 59 Ustawy). Może to nastąpić w efekcie np. sprzedaży udziałów w przedsiębiorstwie w spadku jednej osobie (niekoniecznie małżonkowi lub spadkobiercy, lub zapisobiercy jako jednemu ze współwłaścicieli przedsiębiorstwa w spadku) lub wspólnego wniesienia całego przedsiębiorstwa w spadku aportem do spółki kapitałowej lub osobowej spółki prawa handlowego (czyli jednostki organizacyjnej, o której mowa w art. 331 § 1 k.c., o czym stanowi m.in. art. 3 pkt 3 u.z.s.)¹¹.

Przesłankami wygaśnięcia zarządu sukcesyjnego są także: upływ miesiąca od dnia wykreślenia zarządcy sukcesyjnego z CEIDG, chyba że w tym okresie powołano kolejnego zarządcę sukcesyjnego; ogłoszenie upadłości przedsiębiorcy; dokonanie działu spadku obejmującego przedsiębiorstwo w spadku.

Jak zaznaczono, co do zasady zarząd sukcesyjny trwa maksymalnie do 2 lat od dnia śmierci przedsiębiorcy (z ważnych przyczyn może być przedłużony przez sąd nawet do 5 lat), jednakże przepisy Ustawy określają przesłanki/okoliczności, które powodują wcześniejsze nieodwracalne wygaśnięcie tego zarządu. Jest to o tyle istotne, iż może okazać się, że czas pełnienia zarządu sukcesyjnego w danym konkretnym przypadku będzie znacznie krótszy niż wskazane 2 lata.

Warunkiem, aby ustanowiony zarząd sukcesyjny nie wygaś, jest przyjęcie w ciągu 2 miesięcy od dnia śmierci przedsiębiorcy co najmniej przez jednego ze spadkobierców przedsiębiorcy

10 M. Jaśniewicz [w:] *Zarząd sukcesyjny przedsiębiorstwem osoby fizycznej. Komentarz*, red. S. Babiarz, Warszawa 2021, art. 59.

11 Op. cit.

spadku lub przyjęcie przez zapisobiercę windykacyjnego zapisu windykacyjnego, którego przedmiotem jest przedsiębiorstwo albo udział w przedsiębiorstwie (wyjątkiem jest zarządca sukcesyjny działający na rzecz małżonka przedsiębiorcy, któremu przysługuje udział w przedsiębiorstwie w spadku).

Jednocześnie w sytuacji, gdy spadkobierca po zmarłym przedsiębiorcy jest tylko jeden i to on nabędzie przedsiębiorstwo w spadku w całości, zarząd sukcesyjny „automatycznie” wygaśnie z dniem uprawomocnienia się postanowienia o stwierdzeniu nabycia spadku, zarejestrowania aktu poświadczenia dziedziczenia albo wydania europejskiego poświadczenia spadkowego, jeżeli jeden spadkobierca albo zapisobierca windykacyjny.

W konsekwencji wspomniany 2-letni okres trwania zarządu sukcesyjnego może w praktyce okazać się okresem maksymalnie 2-miesięcznym, jeśli zmarły przedsiębiorca pozostawił po sobie wyłącznie jednego spadkobiercę.

Alternatywne rozwiązanie – przekształcenie formy działalności

Przed ustanowieniem zarządcy sukcesyjnego przedsiębiorca powinien szczegółowo przeanalizować zarówno sytuację biznesową firmy, jak i stosunki rodzinno-osobiste. Może się bowiem okazać, że ustanowienie zarządu sukcesyjnego na

wypadek śmierci w danym konkretnym przypadku nie będzie optymalnym rozwiązaniem.

Przedsiębiorca prowadzący działalność gospodarczą zarejestrowaną w CEIDG, oprócz powołania zarządcy sukcesyjnego może rozważyć inne alternatywne rozwiązania, które może podjąć za życia, aby zabezpieczyć kontynuację swojej działalności, w szczególności gdy prowadzona działalność jest większych rozmiarów.

Osoby fizyczne będące przedsiębiorcami mogą dokonać przekształcenia prowadzonej działalności gospodarczej w inną formę prawną, tj. spółkę prawa handlowego, korzystając z dwóch podstawowych rozwiązań, tj.:

- 1) przekształcenie przedsiębiorcy w spółkę kapitałową, w praktyce najczęściej w jednoosobową spółkę z o.o.;
- 2) wniesienie przedsiębiorstwa aportem do wcześniej założonej spółki prawa handlowego (osobowej lub kapitałowej)

Z dniem przekształcenia osoba fizyczna staje się wspólnikiem albo akcjonariuszem spółki przekształconej, przy czym, z uwagi na to, że jest to spółka jednoosobowa (art. 551 § 5 k.s.h.), przysługują jej wszystkie udziały albo akcje w kapitale zakładowym tej spółki. Ostatnią czynnością w procesie przekształcenia jest złożenie wniosku o wykreślenie przedsiębiorcy z CEIDG.

Ogromną zaletą tego rozwiązania jest to, że spółce przekształconej przysługują wszystkie prawa i obowiązki przedsiębiorcy przekształcanego. Spółka przekształcona pozostaje podmiotem w szczególności zezwoleń, koncesji oraz ulg, które zostały przyznane przedsiębiorcy przed jego przekształceniem, chyba że ustawa lub decyzja o udzieleniu zezwolenia, koncesji albo ulgi stanowi inaczej.

Spółka powstała w wyniku przekształcenia jednoosobowego przedsiębiorcy będzie mogła kontynuować działalność nawet w przypadku śmierci jedyne go wspólnika.

Podsumowanie

Polski ustawodawca wprowadził w 2018 r. instytucję zarządu sukcesyjnego, której celem było umożliwienie kontynuowania działalności przedsiębiorstwa po śmierci przedsiębiorcy – właściciela, kiedy kwestie spadkowe nie zostały jeszcze uregulowane. Wprowadzenie zarządu sukcesyjnego pozwala na sprawną kontynuację działalności przedsiębiorstwa tak długo, jak długo nie pojawią się formalni spadkobiercy zdolni przejąć całą działalność i zdecydować o dalszych losach przedsiębiorstwa. Alternatywnie można również zabezpieczyć kontynuację działalności poprzez zmianę jej formy, np. w spółkę kapitałową.

Summary

The Polish legislator implemented the institution of succession management in 2018, the aim of which was to enable the continuation of the business after the death of the entrepreneur-owner, when succession issues have not yet been settled. The introduction of succession management allows for the smooth continuation of the business as long as there are no formal heirs capable of taking over the entire activity and deciding on the further future of the business.

PROBLEMATYKA PRZEDAWNIEŃ ROSZCZEŃ W ZAKRESIE UMÓW KREDYTÓW FRANKOWYCH

Początek XXI wieku to czas masowego udzielania przez banki kredytów denominowanych lub indeksowanych do franka szwajcarskiego. Kredytobiorcy, zapewniani o bezpieczeństwie i korzyściach, jakie niosą z sobą „kredyty frankowe”, podpisywali umowy zawierające liczne wady prawne, w tym niedozwolone postanowienia umowne (klauzule abuzywne). Aktualnie problemy takich umów kredytowych, jak abuzywność klauzul przeliczeniowych, niedopełnianie przez banki obowiązków informacyjnych wobec klienta przy zawieraniu umów oraz inne naruszenia przepisów prawa bankowego i cywilnego, mocno zajmują sądy krajów członkowskich UE, w tym sądy polskie, oraz TSUE. Kwestią dyskusyjną jest jednak przede wszystkim fakt uznawania tego rodzaju umów za nieważne w całości oraz związana z tym konieczność dokonania rozliczenia stron z tytułu coraz częstsze orzekania przez sądy nieważności tego rodzaju umów.

Rozważania zawarte w niniejszym artykule skupiają się na niezwykle istotnej na tle wskazanych sporów o nieważność umów kredytowych problematyce przedawnienia roszczeń kredytobiorców, którzy pozywając banki, żądają zwrotu uiszczonych przez nich na rzecz banków nienależnych ich zdaniem świadczeń od samego momentu zawarcia umowy. Wnikliwej analizie poddane zostało orzecznictwo sądów polskich oraz TSUE, którego wyroki wskazują, że bieg terminu przedawnienia może rozpocząć się dopiero z chwilą nabycia przez kredytobiorcę świadomości, iż zawarta przez niego umowa jest wadliwa, dzięki czemu możliwe staje się skuteczne wytoczenie powództwa.

Kontrowersje wokół kredytów udzielanych we franku szwajcarskim

Pierwsza dekada XXI wieku w sektorze bankowym w Polsce to czas udzielania przez większość banków tak zwanych kredytów walutowych, szczególnie „kredytów frankowych”.

Największy wzrost zainteresowania tego rodzaju kredytami wśród klientów banków przypada na 2008 rok¹, kiedy to banki oferowały, niemalże na masową skalę, tego rodzaju produkty. Przyczyną takiego stanu rzecz był niski ówczesnie kurs franka szwajcarskiego (CHF) oraz przekonanie przedstawicieli banków, że waluta CHF jest najbardziej stabilna na świecie dzięki silnej gospodarce Szwajcarii. Ponadto wykorzystanie mechanizmu przeliczeniowego do CHF pozwalało zastosować do kredytu stawkę referencyjną LIBOR, która była znacznie niższa niż polskie oprocentowanie oparte na WIBOR². Czynniki te powodowały, że pierwotne raty „kredytu frankowego” mogły być nawet o połowę niższe w porównaniu do zwykłego kredytu wyrażonego w polskim złotym (PLN). Co więcej, część kredytobiorców nie mogła w ogóle otrzymać standardowego kredytu złotowego ze względu na zbyt niską zdolność kredytową. W takich przypadkach

Bartłomiej Makowski

absolwent wydziału Prawa na Uniwersytecie Wrocławskim. Prawnik w Kancelarii Adwokackiej Paweł Borowski.

Słowa kluczowe:

„kredyty frankowe”, przedawnienie, prawo cywilne, prawo konsumenckie, prawo Unii Europejskiej.

1 Zgodnie z danymi zamieszczonymi w Biurze Informacji Kredytowej w 2019 roku w Polsce aktywnych było 451 630 zobowiązań we frankach szwajcarskich o łącznej wartości ponad 101 miliardów złotych polskich. Zob. <https://www.rp.pl/Opinie/310229917-Spread-walutowy-a-kredyt-we-frankach-czy-oplaca-sie-go-przewalutowac.html> (dostęp: 22.11.2020).

2 Przykładowo 27 lutego 2008 roku stawka referencyjna WIBOR 3M wynosiła 5,85 p.p., natomiast w tym samym dniu LIBOR 3M oscylował wokół wysokości 2,7867 p.p. Zob. <https://wibor.money.pl/> oraz <https://www.money.pl/pieniadze/depozyty/walutowe/> (dostęp: 27.02.2021).

pracownicy banków oferowali rzekome „kredyty walutowe” jako jedyne możliwe

rozwiązanie. Z wykresu 1 bezpośrednio wynika jednak nagły spadek kursu fran-

ka szwajcarskiego w 2008 roku, nawet do wartości poniżej 2 PLN za 1 CHF.

Wykres 1. Wahania kursu franka szwajcarskiego za okres 3 stycznia 2000–1 stycznia 2010 roku



Źródło: <https://www.money.pl/pieniadze/kurs/chf,797.html> (dostęp: 27.02.2021).

Fakt udzielania kredytów w CHF już od kilku lat wzbudza jednak wiele emocji i kontrowersji, stając się również polem walki politycznej z uwagi na możliwość naruszania prawa przez banki. Banki w wystarczającym zakresie nie realizowały bowiem obowiązku informacyjnego w trakcie spotkań z potencjalnymi kredytobiorcami (w szczególności nie informowały dostatecznie o nieograniczonym

ryzyku kursowym i możliwościach zabezpieczenia się przed nim, a także niedokładnie tłumaczyły działanie mechanizmu denominacji/indeksacji i zasady ustalania kursów wymiany walut) oraz przyznawały sobie możliwość arbitralnego ustalania wysokości kursów kupna i sprzedaży CHF. Skutkowało to nieokreślonością świadczeń, przez co konsument często nie miał pewności,

ile de facto zostanie mu wypłaconych środków oraz jaka będzie wysokość kolejnych rat, które był zobowiązany comiesięcznie przekazywać bankowi.

Rok 2020 wydaje się przełomowy w sporach sądowych prowadzonych przez kredytobiorców z bankami³. Wzrosła bowiem liczba pozwów składanych przeciwko bankom, a wyroki sądów (choć jeszcze głównie nieprawomocne) w zde-

3 Zysk Banku Millennium w 2018 roku wynosił 761 milionów złotych, w 2019 roku już 561 milionów złotych, a w 2020 roku tylko 23 miliony złotych. Bank ten utworzył rezerwę na przegrane procesy z kredytobiorcami, na którą łącznie przeznaczył 900 milionów złotych (od października 2020 aż 380 milionów złotych), a jest to tylko 6,7% wartości całego portfela kredytów frankowych. Należy wskazać, że w 2019 roku w polskich sądach powszechnych toczyło się około 3500 spraw przeciwko temu bankowi, natomiast w 2020 roku już 5500; zob. <https://subiektywnieofinansach.pl/covid-19-frankowicze-wyssali-caly-zysk-bank-millennium-pokazuje-jak-sobie-radzi-wyniki-2020/> (dostęp: 3.03.2021). Korzystna dla frankowiczów linia orzecznicza wpłynęła również na finanse mBanku, którego zysk w ubiegłym roku spadł o 90% (z ponad 1 miliarda złotych do 104 mln złotych) wskutek utworzenia olbrzymich rezerw finansowych (1,3 miliarda złotych, a to i tak jedynie około 9,6% wartości hipotek frankowych udzielonych przez ten bank). W minionym roku toczyło się 7508 spraw przeciwko temu bankowi (z czego 173 zakończyło się prawomocnym wyrokiem i tylko 70 było dla niego korzystnych) na łączną wartość roszczeń w kwocie 1,5 miliarda złotych. W grudniu mBank przyjął prawdopodobieństwo przegranej na poziomie 50%; zob. <https://www.money.pl/gielda/kredyty-frankowe-wiekszym-problemem-niz-koronawirus-prezes-mbanku-ostro-o-sadach-6612281383431072a.html> (dostęp: 3.03.2021). Z kolei Getin Noble Bank zawiązał rezerwę tylko na 110 milionów złotych (na koniec września 2020 roku suma jego portfela kredytów frankowych wynosiła około 9 miliardów złotych), jednakże przestał spełniać unijne wymogi kapitałowe. Oznacza to, że bank przynosi straty. Proponowane przez niektóre organy rozwiązanie „spraw frankowych” za pomocą ugód z kredytobiorcami oznaczałoby dla banku koszt w wysokości około 3,2 miliarda złotych, podczas gdy we wrześniu ubiegłego roku kapitał własny Getin Noble Banku oscylował wokół wysokości 2,1 miliarda złotych, co oznacza niewypłacalność banku. Natomiast wartość roszczeń ze spraw toczących się w sądach (około 4200) wynosi około 1,2 miliarda złotych; zob. <https://businessinsider.com.pl/piec-tematow-o-gospodarce-ktore-musisz-znac-raport-16-lutego/fmbpl8c> oraz <https://www.money.pl/gielda/getin-bank-milczy-ws-ugod-z-frankowiczami-koszty-bylby-ogromne-6612328012344224a.html> (dostęp: 3.03.2021).

cydowanej większości zaczęły zapadać na korzyść kredytobiorców⁴. Większa liczba pozwów to przede wszystkim efekt korzystnego wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej⁵, który w oczywisty sposób wpłynął na orzecznictwo polskich sądów. Kwestia roszczeń związanych z „kredytami frankowymi” zaczyna być coraz bardziej klarowna. W przeważającej części sądy zgadzają się bowiem, że umowy kredytu z odniesieniem do waluty franka szwajcarskiego zawierają klauzule abuzywne dotyczące mechanizmu indeksacji bądź denominacji, głównie w zakresie możliwości arbitralnego ustalania kursów kupna i sprzedaży przez kredytodawcę wskutek niezamieszczenia żadnych obiektywnych i zrozumiałych zasad ich wyliczania zarówno w treści samej umowy o kredyt, jak i w jej załącznikach.

Pewną niewiadomą dla kredytobiorców pozostają jednak skutki stwierdzenia przez sąd nieważności całej umowy lub jedynie jej części, a w konsekwencji dalszego jej obowiązywania już bez nieuczciwych postanowień umownych. Wśród znaków zapytania związanych

z przyjęciem nieważności umowy pojawia się też problem ustalenia momentu biegu terminu przedawnienia roszczeń przysługujących bankowi względem klienta oraz wynagrodzenia banku za bezumowne korzystanie z jego kapitału przez kredytobiorcę. Ten niejednoznaczny na dziś skutek, jaki powoduje uznanie kwestionowanych postanowień umownych za bezskuteczne, oraz aspekt wzajemnego rozliczenia stron umowy kredytu przy uznaniu jej za nieważną przez sąd pozostaje jednak jeszcze otwarty do czasu wydania kolejnych wyroków TSUE oraz SN, których bliskie już rozstrzygnięcia powinny ujednolicić całe orzecznictwo.

Przedawnienie roszczeń w zakresie umów kredytowych indeksowanych i denominowanych do franka szwajcarskiego

W ramach postępowań sądowych, w których żądaniem jest wydanie wyroków zasądzających od banków na rzecz kredytobiorców zwrotu świadczeń uiszczanych z tytułu nieważnej umowy kredytu, niebagatelną kwestią jest moż-

liwość zaistnienia przedawnienia roszczeń⁶. Artykuł 117 § 2 k.c. stanowi, że: „Po upływie terminu przedawnienia ten, przeciwko komu przysługuje roszczenie, może uchylić się od jego zaspokojenia, chyba że zrzeka się korzystania z zarzutu przedawnienia. Jednakże zrzeczenie się zarzutu przedawnienia przed upływem terminu jest nieważne”, co oznacza, iż po upływie określonego czasu i zgłoszeniu przez uprawnionego takiego zarzutu nie można dochodzić swoich praw w sądzie. Roszczenie takie jednak nie wygasa, a zmienia jedynie swój charakter na zobowiązanie niezupełne (naturalne)⁷. Wierzyciel może dochodzić wtedy swojego roszczenia po upływie terminu przedawnienia, ale dłużnikowi przysługuje z tego tytułu zarzut⁸. Nie ma przy tym jednak przeciwwskazań, aby dłużnik wykonał przedawnione świadczenie lub aby sąd wydał na jego podstawie wyrok, jeżeli nikt takiego zarzutu nie zgłosił, ponieważ sąd co do zasady nie bada tego z urzędu. Niemniej jednak – zgodnie z art. 117 § 21 k.c., który stanowi, że: „Po upływie terminu przedawnienia nie można domagać się zaspokojenia roszczenia przysługującego przeciwko konsumenten-

4 Z dostępnych danych wynika, że w całym 2020 roku zapadło około 1000 wyroków, z czego aż 92% było korzystne dla kredytobiorców. W samym grudniu 2020 roku sądy wydały aż 148 wyroków (132 w I instancji, a 15 w II instancji, w tym 90% korzystnych dla frankowiczów), co było rekordem w skali całego roku. Warto nadmienić, że sumę wszystkich wartości przedmiotów sporów w „sprawach frankowych” szacuje się na 5 miliardów złotych, a aktualnie powództwo wytoczyło zaledwie 8% wszystkich osób posiadających „kredyty frankowe”; zob. <https://bochenekiwspolnicy.pl/podsumowanie-2020r-w-sprawach-frankowych/> (dostęp: 3.03.2021). Według danych udostępnionych przez „Rzeczpospolitą” w czerwcu 2020 roku zapadło co najmniej 49 wyroków (6 prawomocnych), z czego 31 stanowiło ustalenie nieważności umowy, 13 dotyczyło tak zwanego odfrankowienia, 2 uchylały wyrok sądu I instancji, a tylko 1 był korzystny dla banku; zob. M. Rudke, Wracają frankowe batalie, klienci częściej wygrywają, „Rzeczpospolita”, <https://www.rp.pl/Banki/307029880-Wracaja-frankowe-batalie-klienci-czesciej-wygrywaja.html> (dostęp: 21.11.2020). Natomiast w 2019 roku frankowicze wygrali prawomocnie w około 69% spraw, przy czym po październikowym wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej: TSUE) w sprawie państwa Dziubak konsumenci uzyskali korzystne prawomocne wyroki w około 75% przypadków; zob. <https://www.bankowebezprawie.pl/w-2019-roku-69-procent-spraw-zostalo-wygranych-prawomocnie-przez-klientow-bankow/> (dostęp: 21.11.2020).

5 Wyrok TSUE z dnia 3 października 2019 roku, sygn. C-260-18, Kamil i Justyna Dziubak przeciwko Raiffeisen Bank International AG, prowadzącej działalność w Polsce w formie oddziału pod nazwą Raiffeisen Bank International AG Oddział w Polsce, ECLI EU C z 2019 r. poz. 819.

6 Na temat instytucji przedawnienia zob. art. 117 i n. ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku — Kodeks cywilny (tekst jedn. Dz.U. z 2020 r. poz. 1740), dalej: k.c.

7 Szerzej zob. wyrok WSA w Warszawie z dnia 14 listopada 2018 roku (sygn. III SA/Wa 56/18, LEX nr 2735533), w którym można przeczytać między innymi, że: „Obowiązek taki nie ustaje, lecz jedynie przekształca się w tak zwane zobowiązanie naturalne. Prawo cywilne nadal traktuje zobowiązanego z przedawnionej wierzytelności jako dłużnika, z tą tylko różnicą, że odmawia wierzycielowi ochrony prawnej, w tym w szczególności odmawia zastosowania przymusu państwowego w celu wyegzekwowania wierzytelności. Analogicznie prawo cywilne traktuje zobowiązania z gry i zakładu (art. 413 Kodeksu cywilnego) i tak samo jak właśnie w przypadku zobowiązania przedawnionego nie uznaje spełnienia takiego świadczenia za nienależne, za skutkujące bezpodstawnym wzbogaceniem tego, kto otrzymał świadczenie. Na tym właśnie polega różnica pomiędzy przedawnieniem zobowiązania cywilnego a podatkowego – pierwsze z nich nadal istnieje, zaś drugie nieodwracalnie gaśnie w sposób nieefektywny, wskutek czego zapłata przedawnionego zobowiązania podatkowego skutkuje nadpłatą”.

8 Zob. N. Rycko, Komentarz do art. 117 pkt 11–15, [w:] Kodeks cywilny. Część ogólna. Komentarz do wybranych przepisów, red. J. Gudowski, 2018, <https://sip.lex.pl/#/commentary/587825866/623306/gudowski-jacek-red-kodeks-cywilny-czesc-ogolna-komentarz-do-wybranych-przepisow?keyword=naturalne&cm=U-RELATIONS> (dostęp: 22.11.2020).

towi” – sąd weryfikuje ex officio kwestię przedawnienia w sprawach, w których stronami są przedsiębiorca i konsument. Instytucja przedawnienia pełni zatem istotną funkcję gwarancji pewności prawa, czego dowodzi bogaty dorobek doktryny i przywoływanego w przypisach orzecznictwa polskiego oraz europejskiego⁹.

Procesowych możliwych zachowań kredytobiorców w zakresie postępowań mających za przedmiot „kredyt frankowy” jest kilka. Kredytobiorcy mogą wytoczyć powództwo o samo ustalenie nieważności umowy kredytu¹⁰ lub łącznie z zapłatą uiszczonych świadczeń na rzecz banku z tytułu jej nieważności. Możliwe jest również żądanie przez nich zapłaty nadpłaconych rat kredytu z tytułu uznania postanowień kształtujących mechanizm indeksacji/denominacji za abuzywne, a tym samym bezskuteczne w stosunku do kredytobiorców. W takim wypadku kredyt z odniesieniem do waluty obcej

przekształca się, jakby od początku był standardowym kredytem złotowym, jednakże przy zachowaniu pozostałych warunków umownych (w tym oprocentowania opartego najczęściej na stawce referencyjnej LIBOR¹¹) – jest to tak zwane odfrankowanie¹². Niemniej jednak zgodnie z aktualną linią orzeczniczą (w ujęciu ogólnopolskim) zdecydowanie przeważają wyroki wskazujące na nieważność całej umowy kredytu¹³, w związku z czym niniejsze rozważania będą się skupiać tylko na tym roszczeniu.

Ustalenie nieważności umowy kredytu (ustalenie przez sąd nieistnienia stosunku prawnego zgodnie z art. 189 k.p.c.¹⁴) jest jednak roszczeniem niepieniężnym, ponieważ nie zmierza do zaspokojenia strony powodowej. Oznacza to, że takie żądanie nie ulega przedawnieniu, co zostało potwierdzone w judykaturze Sądu Najwyższego¹⁵. Natomiast oba wspomniane wcześniej roszczenia o zapłatę są roszczeniami majątkowymi pieniędzy-

nymi, a zatem zgodnie z art. 117 § 1 k.c. powinny ulegać przedawnieniu. Sprawa ma zaś charakter majątkowy, gdy żądanie strony postępowania zmierza do realizacji prawa lub uprawnienia, które jest bezpośrednio związane ze stosunkami majątkowymi stron. Z orzecznictwa można wywieść, że „Sprawami majątkowymi mogą być przy tym nie tylko sprawy o świadczenie, lecz także sprawy o ustalenie albo o ukształtowanie stosunku prawnego lub prawa, ponieważ także w tych sprawach orzeczenie może wywierać wpływ na stosunki majątkowe stron”¹⁶.

W ustalaniu właściwego terminu przedawnienia istotne znaczenie ma charakter świadczeń kredytobiorców, a więc określenie, czy spłacane przez kredytobiorców raty kredytu stanowią świadczenie okresowe. Jedną z cech charakterystycznych świadczenia okresowego jest to, że przedmiotem świadczenia są pieniądze lub rzeczy oznaczone rodzajem; dodatkowo w ramach jednego

9 Zob. wyrok TSUE z dnia 23 stycznia 2019 roku, sygn. C-387/17, Presidenza Del Consiglio Dei Ministri przeciwko Fallimento Traghetti Del Mediterraneo Spa, LEX nr 2609299, pkt 71; wyrok TSUE z dnia 30 kwietnia 2020 roku, sygn. C-627/18, Nelson Antunes da Cunha LDA przeciwko Instituto de Financiamento da Agricultura e Pescas IP (IFAP), LEX nr 2956648, pkt 44.

10 „Powództwo o ustalenie istnienia lub nieistnienia stosunku prawnego lub prawa (art. 189 k.p.c.) przysługuje zawsze wtedy, gdy powód wykaże swój interes prawny, niezależnie od tego, czy są wystarczające podstawy materialnoprawne do uwzględnienia tego powództwa, jednakże jego uwzględnienie jest zależne od potwierdzenia w wyniku przeprowadzonego postępowania sądowego, że wystąpiły przesłanki materialnoprawne, na których opierało się powództwo” – wyrok SN z dnia 5 kwietnia 2012 roku, sygn. II CSK 473/11, LEX nr 1170228. Ponadto w wyroku SA w Szczecinie z dnia 18 marca 2013 roku (sygn. I ACa 822/12, LEX nr 1344220) dodano, że „nieważność czynności prawnej następuje ex tunc, z mocy prawa. Co do zasady jest oczywiście dopuszczalne na podstawie art. 189 k.p.c. ustalenie, że czynność prawna jest nieważna. Powództwo o ustalenie może być wniesione w każdym czasie, gdyż żąda się w nim ustalenia prawa lub stosunku prawnego według stanu istniejącego w chwili wyrokowania – art. 316 § 1 k.p.c.”.

11 Wskazać należy, że w związku z wystąpieniem Wielkiej Brytanii z Unii Europejskiej brytyjski nadzór przestał publikować stawki LIBOR z końcem 2021 roku, co wymaga zmiany rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady UE 2016/1011 z dnia 8 czerwca 2016 roku w sprawie indeksów stosowanych jako wskaźniki referencyjne w instrumentach finansowych i umowach finansowych lub do pomiaru wyników funduszy inwestycyjnych. Propozycją Komisji Europejskiej jest dodanie nowego artykułu, który umożliwiłby zastąpienie LIBOR-u z mocy prawa (nie wymagając zawarcia w tym celu aneksu do umowy) innym wskaźnikiem, jeżeli „zaprzestanie tej publikacji mogłoby spowodować istotne zakłócenia w funkcjonowaniu rynków finansowych w Unii”. Na tę kwestię zwrócił uwagę między innymi SO w Warszawie w wyroku z dnia 8 maja 2019 roku (sygn. XXV C 134/19, LEX nr 2686594) czy w wyroku z dnia 26 czerwca 2019 roku (sygn. XXC 2720/18, LEX nr 2742680). Zob. też J. Ojczyk, Zastąpienie LIBOR-u innym wskaźnikiem w umowach o kredyt nie będzie łatwe, Prawo.pl 2019, <https://sip.lex.pl/#/external-news/1795599600?keyword=LIBOR&cm=STOP> (dostęp: 22.11.2020); R. Tuszyński, Zmiany w LIBOR i WIBOR w 2021 roku – nowelizacja rozporządzenia BMR, 2020, <https://ksiegowosc.infor.pl/obrot-gospodarczy/finanse-i-inwestycje/4660177,Zmiany-w-LIBOR-i-WIBOR-w-2021-roku-nowelizacja-rozporzadzenia-BMR.html> (dostęp: 22.11.2020). Od 1 stycznia 2022 roku stawkę referencyjną LIBOR zastąpiono wskaźnikiem SARON; zob. <https://zbp.pl/aktualnosci/wydarzenia/Wskaznik-SARON-zastapi-LIBOR-CHF> (dostęp: 23.01.2022).

12 Wyrok SN z dnia 29 października 2019 roku, sygn. IV CSK 309/18, OSNC 2020, nr 7–8, poz. 64.

13 Zob. wyrok SO w Bielsku-Białej z dnia 14 stycznia 2022 roku, sygn. I C 157/21, niepubl.; wyrok SO w Świdnicy z dnia 13 stycznia 2022 roku, sygn. I C 691/20, niepubl.; wyrok SO w Bydgoszczy z dnia 13 stycznia 2022 roku, sygn. I C 899/20, niepubl.; wyrok SO w Tarnowie z dnia 12 stycznia 2022 roku, sygn. I C 674/20, niepubl.; wyrok SO w Katowicach z dnia 10 stycznia 2022 roku, sygn. I C 1043/20, niepubl.; wyrok SO w Poznaniu z dnia 10 stycznia 2022 roku, sygn. XVIII C 86/21, niepubl.; wyrok SO w Warszawie z dnia 7 grudnia 2021 roku, sygn. XXVIII C 2662/21, niepubl.; wyrok SO we Wrocławiu z dnia 29 listopada 2021 roku, sygn. I C 1047/19, niepubl.

14 Ustawa z dnia 17 listopada 1964 roku – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. Nr 43, poz. 296); dalej: k.p.c.

15 Wyrok SN z dnia 27 sierpnia 1976 roku, sygn. II CR 288/76, LEX nr 2056; wyrok SN z dnia 1 marca 1963 roku, sygn. III CR 193/62, LEX nr 104925.

16 Postanowienie SN z dnia 4 marca 2016 roku, sygn. I CZ 8/16, LEX nr 2015128.

i tego samego stosunku prawnego dłużnik ma spełnić wiele świadczeń jednorazowych, których spełnienie następuje w określonych regularnych odstępach czasu, a świadczenia te nie składają się na pewną z góry określoną całość¹⁷. Analiza tych cech w kontekście rat kredytu spłacanych przez kredytobiorcę pozwala uznać, że nie stanowią one świadczenia okresowego. Jest to bowiem świadczenie, jakkolwiek pieniężne, to jednorazowe, o ustalonej z góry wysokości (jest to kwota udzielonego kredytu), aczkolwiek rozłożone na raty¹⁸.

Jednakże w postępowaniach w zakresie omawianych „kredytów frankowych” należy przyjąć, że roszczenia o zapłatę dotyczą zwrotu świadczeń nienależnych, których żądanie oparte jest na art. 405 k.c. w zw. z art. 410 k.c. Będąc zaś roszczeniami z tytułu nienależnego świadczenia, stają się wymagalne już od chwili spełnienia świadczenia. Oznacza to, że jeżeli od samego początku dane świadczenie nie należało się bankowi, za datę wymagalności roszczenia o jego zwrot należy przyjąć moment spełnienia tego świadczenia jako nienależnego¹⁹. Jest to wszakże świadczenie, które nie mieści się w granicach zawartej umowy kredytu. Żądanie zwrotu świadczenia nienależnego jest jednak odrębną i pozaumowną

podstawą – powstaje z mocy ustawy, która obliuguje do jednorazowego zwrotu nienależnie spełnionego świadczenia²⁰. Jest to roszczenie bezterminowe²¹, które przedawnia się na zasadach ogólnych, to jest według art. 118 k.c.²²

Nie budzi wątpliwości, że początkiem biegu terminu przedawnienia dla zwrotu świadczenia nienależnego będącego roszczeniem bezterminowym powinien być pierwszy dzień, w którym wierzyciel mógł wezwać dłużnika do spełnienia świadczenia²³. Ewentualnie uwzględnić można przyznany w umowie termin do zapłaty, który może wynosić na przykład tydzień po każdej racie. W orzecznictwie podkreśla się, że wezwanie do zapłaty powinno być wystawione „w najwcześniejszym możliwym terminie, a więc w takim czasie od bezpodstawnego uzyskania korzyści, jaki jest potrzebny do jej zwrotu bez zbędnej zwłoki. W niektórych przypadkach może to być już dzień spełnienia świadczenia nienależnego”²⁴. Termin ten jest ustalany w sposób obiektywny, czyli niezależnie od świadomości uiszczenia świadczenia nienależnego. Jak zostało już wspomniane, jest to moment powstania danego zobowiązania, który w kontekście zwrotu świadczenia nienależnego stanowi od razu dzień jego spełnienia²⁵. Przedkładając to na

kanwę tak zwanych spraw frankowych, należy przyjąć, że dla kredytobiorców, którzy spłacali miesięczne raty kredytowe, termin przedawnienia rozpoczyna się oddzielnie dla każdego nienależnie spełnionego świadczenia (uiszczonej raty kapitałowej lub odsetkowej) bez konieczności posiadania przez nich wiedzy, że uiszczane przez nich świadczenia są nienależne i mogą wezwać bank do ich zwrotu. Takie rozwiązanie jest zgodne z dotychczasową linią orzecniczą, opierającą się tylko na polskim porządku prawnym, wskazującą, że uprawniony może wezwać do zwrotu świadczenia nienależnego po jego spełnieniu²⁶.

Dotychczasowe rozważania co do niemożliwości uznania żądanego przez kredytobiorców zwrotu świadczenia za świadczenie okresowe oraz uznania go za świadczenie nienależne pozwalają przyjąć sześcioletni termin przedawnienia, liczony dla każdej uiszczonej raty oddzielnie. Przy określaniu terminu przedawnienia istotne jest jednak, że do nowelizacji kodeksu cywilnego, która weszła w życie 9 lipca 2018 roku, ogólny termin przedawnienia wynosił 10 lat (nie jak obecnie 6 lat) oraz nie przyjmowano, że koniec terminu przedawnienia przypada na ostatni dzień roku kalendarzowego, chyba że jest on krótszy

17 A. Jedliński, Komentarz do art. 118 pkt 11, [w:] A. Jedliński et al., Kodeks cywilny. Komentarz, t. 1. Część ogólna, red. A. Kidyba, 2012, <https://sip.lex.pl/#/commentary/587244927/128175?keyword=A.%20Jedli%C5%84ski%20Kodeks%20cywilny&tochHit=1&cm=SFIRST> (dostęp: 21.11.2020).

18 Szerzej zob. wyrok SN z dnia 2 października 1998 roku, sygn. III CKN 578/98, LEX nr 1214910; wyrok SA w Warszawie z dnia 8 listopada 2018 roku, sygn. V ACa 742/17, LEX nr 2705011.

19 Wyrok SN z dnia 22 marca 2001 roku, sygn. V CKN 769/00, LEX nr 49111.

20 Wyrok SO we Wrocławiu z dnia 15 stycznia 2015 roku, sygn. II Ca 1695/14, LEX nr 1841661.

21 „Za zobowiązania bezterminowe poczytuje się zobowiązania, których termin spełnienia świadczenia nie jest oznaczony ani nie wynika z właściwości zobowiązania i jest uzależniony od wyrażenia woli przez wierzyciela przez złożenie przez niego stosownego oświadczenia woli (art. 455 in fine k.c.). W takim zobowiązaniu świadczenie powinno być spełnione niezwłocznie po wezwaniu dłużnika przez wierzyciela” – uchwała SN z dnia 5 listopada 2014 roku, sygn. III CZP 76/14, LEX nr 1532595.

22 Zob. wyrok SA w Szczecinie z dnia 15 marca 2017 roku, sygn. I ACa 1023/16, LEX nr 2307624; wyrok SA w Łodzi z dnia 28 grudnia 2016 roku, sygn. I ACa 776/16, LEX nr 2216130.

23 Zgodnie z art. 120 § 1 k.c. regulującym początek biegu przedawnienia: „Bieg przedawnienia rozpoczyna się od dnia, w którym roszczenie stało się wymagalne. Jeżeli wymagalność roszczenia zależy od podjęcia określonej czynności przez uprawnionego, bieg terminu rozpoczyna się od dnia, w którym roszczenie stałoby się wymagalne, gdyby uprawniony podjął czynność w najwcześniejszym możliwym terminie”.

24 Wyrok SN z dnia 29 września 2017 roku, sygn. V CSK 642/16, LEX nr 2434728.

25 Wyrok SN z dnia 24 kwietnia 2003 roku, sygn. I CKN 316/01, LEX nr 112177; wyrok SN z dnia 8 lipca 2010 roku, sygn. II CSK 126/10, LEX nr 602678.

26 Wyrok SN z dnia 28 października 2015 roku, sygn. II CSK 822/14, LEX nr 1930449; uchwała SN z dnia 5 listopada 2014 roku...

niż 2 lata. Zgodnie z art. 5 ust. 3 ustawy z dnia 13 kwietnia 2018 roku o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw „do przysługujących konsumentowi roszczeń powstałych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy i w tym dniu jeszcze nieprzedawnionych, których terminy przedawnienia są określone w art. 118 i art. 125 § 1 ustawy zmienianej w art. 1, stosuje się przepisy ustawy zmienianej w art. 1, w brzmieniu dotychczasowym”²⁷. Oznacza to, że dla świadczeń uiszczanych przez konsumentów na rzecz banku przed datą wejścia w życie wskazanej nowelizacji, to jest przed 9 lipca 2018 roku, stosuje się dziesięcioletni termin liczony dla każdej raty kredytu oddzielnie. Nie zmieniono natomiast terminów przedawnienia dla roszczeń o świadczenia okresowe oraz roszczeń związanych z prowadzeniem działalności gospodarczej, które wynoszą 3 lata.

Jednakże w odniesieniu do rozliczenia stron w przypadku ustalenia nieważności umowy kredytu z odniesieniem do franka szwajcarskiego pojawia się rozbieżność we wcześniej opisanym zakresie, to jest liczeniu terminu przedawnienia od każdej uiszczonej należności oddzielnie bez względu na posiadanie wiedzy, bądź nie, co do nienależności

danego świadczenia. Część sądów powszechnych w dotychczas zapadających wyrokach uwzględniających wspomniane roszczenie stosuje teorię dwóch kondykcji²⁸, zasądzając od banku jako strony pozwanej na rzecz kredytobiorców uiszczane przez nich raty kredytu oraz inne opłaty okołokredytowe w ciągu 10 lat przed wytoczeniem powództwa²⁹. Takie orzecznictwo należy uznać jednak za stojące w sprzeczności z prawem Unii Europejskiej, a nadto krzywdzące konsumenta, będącego stroną zdecydowanie słabszą w sporze z bankiem. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej za kluczowe przy rozpatrywaniu tego rodzaju spraw uznaje wszakże takie indywidualne okoliczności, jak długość danego zobowiązania czy świadomość kredytobiorcy odnosząca się do występowania klauzul abuzywnych w zawartej przez niego umowie kredytu, których to czynników polskie ustawodawstwo dotyczące biegu terminu przedawnienia dla zwrotu świadczeń nienależnych w ogóle nie bierze pod uwagę.

„Frankowe” umowy kredytowe a unijne prawo konsumenckie

Prawo wspólnotowe wcześniej, a obecnie prawo Unii Europejskiej przywiązuje bardzo dużą wagę do ochrony konsu-

mentów jako strony słabszej we wszelkich stosunkach prawnych, zwłaszcza zaś w sporach z przedsiębiorcami, zarówno w odniesieniu do możliwości prowadzenia przez nich skutecznych negocjacji, stanu ich wiedzy, jak i umiejętności pozyskiwania i analizowania przekazywanych im informacji³⁰. Mając to na uwadze, Rada Unii Europejskiej, chcąc jak najlepiej inkorporować promowane przez siebie wartości w państwach członkowskich, wspólnie z Parlamentem Europejskim uchwaliła dyrektywę 93/13/EWG z dnia 5 kwietnia 1994 roku w sprawie nieuczciwych warunków w umowach konsumenckich³¹, która weszła w życie 16 kwietnia 1993 roku, w Polsce zaś zaczęła obowiązywać od jej wejścia do Unii Europejskiej, to jest od 1 maja 2004 roku. Trzeba jednak podkreślić, że zgodnie z art. 10 ust. 1 dyrektywa 93/13 dotyczy jedynie umów zawartych po 31 grudnia 1994 roku, w którym to dniu upłynął termin do dokonania jej transpozycji. Ponadto wspomniany akt prawny nie ma zastosowania do umów, które zostały podpisane przed przystąpieniem danego kraju do tego związku³².

Ratio legis wprowadzenia dyrektywy 93/13 była konieczność zapewnienia, aby w żadnym państwie członkowskim UE nie dochodziło do zamieszczania

27 Ustawa z dnia 13 kwietnia 2018 roku o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 1104).

28 „Oznacza to, że jeśli w wyniku zawarcia umowy każda ze stron spełniła świadczenie na rzecz drugiej strony, to w przypadku nieważności umowy bądź też w przypadku upadku/unieważnienia umowy z uwagi na niemożność jej utrzymania po wyeliminowaniu postanowień abuzywnych, każda z nich ma własne roszczenie o zwrot spełnionego świadczenia – bank o zwrot kwoty przekazanego kredytu, a kredytobiorcy o zwrot świadczeń spełnionych na rzecz banku w wykonaniu umowy kredytowej. Rozliczenie nieważnej umowy na podstawie przepisów o nienależnym świadczeniu jest czystym restytucyjnym zwrotem tego, co świadczone. Oczywiście nie ma przeszkód do wzajemnego potrącenia świadczeń, ale tylko wówczas, gdy jest to wynikiem woli obu stron bądź też jednej strony – składającej oświadczenie o potrąceniu i zgłaszającej procesowy zarzut potrącenia” – wyrok SA w Warszawie z dnia 13 listopada 2019 roku, sygn. I ACa 268/19, LEX nr 2776065. Słuszność tej teorii przyznał również SN w uchwale z dnia 16 lutego 2021 roku (sygn. III CZP 11/20, LEX nr 3120579), w której uznał, że: „Stronie, która w wykonaniu umowy kredytu, dotkniętej nieważnością, spłacała kredyt, przysługuje roszczenie o zwrot spłaconych środków pieniężnych jako świadczenia nienależnego (art. 410 § 1 w związku z art. 405 kc) niezależnie od tego, czy i w jakim zakresie jest dłużnikiem banku z tytułu zwrotu nienależnie otrzymanej kwoty kredytu”.

29 Zob. wyrok SO we Wrocławiu z dnia 20 listopada 2020 roku, sygn. I C 685/20, niepubl.; wyrok SO w Warszawie z dnia 17 listopada 2020 roku, sygn. III C 449/18, niepubl.; wyrok SA w Katowicach z dnia 17 lipca 2020 roku, sygn. I ACa 589/18, LEX nr 3056665.

30 Wyrok TSUE z dnia 17 lipca 2014 roku, sygn. C-169/14, Juan Carlos Sánchez Morcillo i María Del Carmen Abril García przeciwko Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA, LEX nr 1491080, pkt 22 oraz przywołane tam orzecznictwo.

31 Dyrektywa Rady 93/13/EWG z dnia 5 kwietnia 1993 roku w sprawie nieuczciwych warunków w umowach konsumenckich (Dz.Urz. UE L Nr 95, poz. 29 z 21.04.1993), dalej: dyrektywa 93/13.

32 Postanowienie TSUE z dnia 3 lipca 2014 roku, sygn. C-92/14, Liliana Tudoran i in. przeciwko SC Suport Colect SRL, LEX nr 1480274.

nieuczciwych warunków³³ w umowach zawieranych między konsumentami a sprzedawcami towarów lub dostawcami usług³⁴. Było to konieczne ze względu na ówczesne rozbieżności przepisów w państwach członkowskich, co mogło powodować naruszanie zasad konkurencji. Dyrektywy zaś kierowane do krajów należących do UE mają charakter wiążący w zakresie rezultatu, jaki ma zostać osiągnięty poprzez dany akt prawny, nie narzucając im jednak formy ani środków, jakie mają w tym celu zastosować³⁵. Artykuł 8 dyrektywy 93/13 określa zatem minimalne wymogi, jakie mają być spełnione przez państwa członkowskie, i pozostawia im możliwość stosowania bardziej rozwiniętej ochrony konsumentów we własnym porządku prawnym.

Jednym z głównych założeń dyrektywy 93/13 jest wymóg, aby umowy sporządzane były w prostym, zrozumiałym i adekwatnym dla odbiorcy języku. Ponadto konsument powinien mieć realną możliwość zaznajomienia się ze wszystkimi warunkami, prawami i obowiązkami, a jakiegokolwiek wątpliwości należy interpretować na jego korzyść. Szczegól-

nie istotny przepis dla kredytobiorców zamieszczony został w art. 6 ust. 1 dyrektywy 93/13, w którym podkreśla się, że: „Państwa Członkowskie stanowią, że na mocy prawa krajowego nieuczciwe warunki w umowach zawieranych przez sprzedawców lub dostawców z konsumentami nie będą wiążące dla konsumenta, a umowa w pozostałej części będzie nadal obowiązywała strony, jeżeli jest to możliwe po wyłączeniu z niej nieuczciwych warunków”. Uznanie warunku za nieuczciwy oznacza tym samym, że należy traktować go za nigdy nieistniejący, a tym samym niewiążący konsumenta³⁶. Jest to przepis bezwzględnie obowiązujący, zmierzający do przywrócenia równości stron³⁷. Ochrony tej nie można utracić ani się zrzec.

Wbrew pojawiającej się czasami w literaturze i orzecznictwie interpretacji należy stanowczo uznać, że niemożliwe jest utrzymanie umowy kredytu w mocy po wyłączeniu z niej kwestionowanych postanowień przewidujących mechanizm indeksacji/denominacji. Trzeba wskazać, że w takiej sytuacji doszłoby do niemożliwości dalszego wy-

konywania umowy kredytu, ponieważ wyłączenie z niej abuzywnych postanowień dotyczących przeliczenia wypłaty i spłaty kredytu kursami wymiany walut z tabeli bankowej uniemożliwiłoby stosowanie waloryzacji mającej być istotą oraz naturą danej umowy. Co więcej, w przekształconej umowie kredytu pozostałoby oprocentowanie oparte na stawce LIBOR zamiast stosowanej do standardowych kredytów złotych stopy WIBOR. Zarówno usunięcie indeksacji/denominacji przy jednoczesnym pozostawieniu zasady liczenia odsetek od stawki LIBOR, jak i ewentualne zastąpienie jej przez WIBOR jawi się jako wykraczające poza możliwość przewidzianą przez art. 3851 § 2 k.c. Nie istnieje forma umowy w kształcie po tak zwanym odfrankowaniu na rynku ani nigdy nie była dostępna w żadnej ofercie banku, co jednoznacznie pozwala uznać, że z okoliczności wynika, iż bez postanowień dotkniętych nieważnością czynność nie zostałaby dokonana, co jest zgodne z art. 58 § 3 k.c. Wywód ten podzielany jest w orzecznictwie³⁸. Tak samo Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej wskazał na możliwość uznania całej umowy

33 Zgodnie z art. 3 ust. 1 dyrektywy 93/13: „Warunki umowy, które nie były indywidualnie negocjowane, uznaje się za nieuczciwe, jeśli stojąc w sprzeczności z wymogami dobrej wiary, powodują znaczącą nierównowagę wynikających z umowy praw i obowiązków stron ze szkodą dla konsumenta”. Natomiast ust. 2 dodaje, że: „Warunki umowy zawsze zostaną uznane za niewynegocjowane indywidualnie, jeżeli zostały sporządzone wcześniej i konsument nie miał w związku z tym wpływu na ich treść, zwłaszcza jeśli zostały przedstawione konsumentowi w formie uprzednio sformułowanej umowy standardowej”. Ponadto dyrektywa stanowi, że wynegocjowanie indywidualnych kwestii nie stoi na przeszkodzie do jej stosowania, jeżeli umowa ma charakter adhezyjny. Co więcej, ciężar dowodu w zakresie udowodnienia indywidualnego uzgodnienia warunków umowy leży na przedsiębiorcy.

34 W polskim porządku prawnym za konsumenta, zgodnie z art. 22 1 k.c., uznaje się: „osobę fizyczną dokonującą z przedsiębiorcą czynności prawnej niezwiązanej bezpośrednio z jej działalnością gospodarczą lub zawodową”, natomiast w unijnym prawodawstwie, na podstawie art. 2 lit. b dyrektywy 93/13, oznacza on: „każdą osobę fizyczną, która w umowach objętych niniejszą dyrektywą działa w celach niezwiązanych z handlem, przedsiębiorstwem lub zawodem”. Pod pojęciem przedsiębiorcy z art. 431 k.c. rozumie się: „osobę fizyczną, osobę prawną i jednostkę organizacyjną, o której mowa w art. 331 § 1, prowadzącą we własnym imieniu działalność gospodarczą lub zawodową”. Dyrektywa 93/13 wyróżnia z tego określenia tylko sprzedawcę i dostawcę, za których uznaje w art. 2 lit. c: „każdą osobę fizyczną lub prawną, która w umowach objętych niniejszą dyrektywą działa w celach dotyczących handlu, przedsiębiorstwa lub zawodu, bez względu na to, czy należy do sektora publicznego czy prywatnego”.

35 Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej z dnia 25 kwietnia 1957 roku (Dz.Urz. z 2004 r. Nr 90, poz. 864/2 z 30.04.2004), art. 288.

36 Wyrok SN z dnia 27 listopada 2019 roku, sygn. II CSK 483/18, LEX nr 2744159; wyrok TSUE z dnia 21 grudnia 2016 roku w połączonych sprawach C-154/15, C-307/15 i C-308/15, Francisco Gutierrez Naranjo i in. przeciwko Cajasur Banco SAU, LEX nr 2168030, pkt 61–62.

37 Wyrok TSUE z dnia 30 maja 2013 roku, sygn. C-488/11, Dirk Frederik Asbeek Brusse i Katarina de Man Garabito przeciwko Jahani BV, LEX nr 1315834, pkt 38; wyrok TSUE z dnia 14 czerwca 2012 roku, sygn. C-618/10, Banco Español de Crédito SA przeciwko Joaquínowi Calderónowi Caminie, LEX nr 1164386, pkt 40; wyrok TSUE z dnia 21 lutego 2013 roku, sygn. C-472/11, Banif Plus Bank Zrt przeciwko Csabie Csipai i Viktorii Csipai, LEX nr 1276264, pkt 20.

38 Wyrok SN z dnia 11 grudnia 2019 roku, sygn. V CSK 382/18, LEX nr 2771344; wyrok SA w Warszawie z dnia 28 listopada 2019 roku, sygn. V ACa 490/18, LEX nr 2767463; wyrok SO w Warszawie z dnia 20 grudnia 2019 roku, sygn. XXV C 2120/19, LEX nr 2774422 oraz wyrok SO w Krakowie z dnia 24 czerwca 2020 roku, sygn. I C 1836/19, http://orzeczenia.ms.gov.pl/details/chf/15201000000503_I_C_001836_2019_Uz_2020-06-24_002 (dostęp: 23.01.2022).

za nieważną, jeżeli występują do tego przesłanki w prawie krajowym i „takie rozwiązanie zapewni konsumentowi lepszą ochronę”³⁹.

Zgodnie z art. 7 dyrektywy 93/13 państwa członkowskie mają wykorzystywać takie środki, które zapobiegą stosowaniu nieuczciwych warunków w umowach zawieranych z konsumentami⁴⁰. W kontekście będących przedmiotem czynionych rozważań „spraw frankowych” treść dyrektywy 93/13 jest zatem szczególnie istotna, głównie ze względu na wykorzystywanie przez banki swojej silniejszej pozycji w stosunku do kredytobiorców i stosowaniu przez nie wzorców umownych (często trudnej do zrozumienia dla przeciętnego konsumenta treści) niepodlegających jakimkolwiek negocjacji. Banki również często nie informowały dostatecznie klientów o możliwych zagrożeniach związanych choćby z potencjalnym nagłym wzrostem kursu franka szwajcarskiego i wpływie takiej sytuacji na wysokość raty kredytu i całej wartości zobowiązania wyrażonej w PLN. Bank powinien wszakże przedstawić kredytobiorcy hipotetyczną symulację obrazującą zależność kredytu od wzrostu kursu o 10, 20, 50, 100 czy nawet 200% i tym samym jednoznacznie uzyskać od konsumenta informację, czy godzi się na takie ryzyko⁴¹.

Celem przepisów dyrektywy 93/13, jak zostało już opisane, jest ochrona konsumentów jako strony na gorszej pozycji w stosunku do przedsiębiorców. Natomiast, co trzeba podkreślić, możliwy zakres ochrony konsumenta wyrażony w dyrektywie 93/13 nie pokrywa się z instytucją przedawnienia regulowaną przez polskie przepisy kodeksu cywilnego, które wystarczająco nie chronią konsumenta, jak czyni to prawo unijne. Bez wątpienia celem instytucji przedawnienia w krajowym porządku prawnym jest ochrona dłużnika przez doprowadzeniem do sytuacji, w której nie będzie istniała nieokreślona czasowo niepewność, kiedy wierzyciel będzie mógł domagać się spełnienia swojego świadczenia. Uprawnienie takie powinno zostać ograniczone w czasie poprzez zastosowanie jednoznacznych i obiektywnych kryteriów, co właśnie czyni ta regulacja⁴².

W „sprawach frankowych” to właśnie kredytobiorca, jako konsument, jest stroną słabszą w stosunku do banku, będącego olbrzymią instytucją finansową. Jednakże to kredytobiorcy żądają zwrotu nienależnie uiszczonych świadczeń, co wskazuje na występowanie ich w roli wierzycieli, a przedsiębiorcy jako dłużnika. Łatwo zauważyć tutaj konflikt polskich norm prawnych z unijnymi wartościami. Stosowanie krajowych przepisów

dotyczących przedawnienia wypacza sens ochrony konsumenta stworzonej przez unijny system (art. 6 ust. 1 i art. 7 ust. 1 dyrektywy 93/13), ponieważ przedsiębiorca stosujący nieuczciwe warunki de facto nie ponosi dotkliwej niedogodności, a w niektórych sytuacjach wręcz jest na korzystniejszej pozycji niż poszkodowany kontrahent. Unijna dyrektywa przewiduje pełną ochronę konsumenta, w tym w zakresie uprawnienia restytucyjnego wynikającego z występowania nieuczciwego warunku umownego. Polskie przepisy dotyczące przedawnienia nie przyznają jakichkolwiek dodatkowych uprawnień konsumentom będącym w sporze z przedsiębiorcą, który posiada większą wiedzę i doświadczenie od nich, co wykorzystał przy formułowaniu własnych wzorców umownych. Kodeks cywilny w sposób jednoznaczny wskazuje na określony termin przedawnienia i nie przewiduje od tego żadnych wyjątków (art. 118 k.c. w zw. z art. 119 k.c.). Natomiast przedsiębiorcy zostało już przyznane szczególne uprawnienie umożliwiające nieuwzględnienie upływu terminu przedawnienia roszczenia przysługującego przeciwko konsumentowi (art. 1171 k.c.). Oznacza to, że aktualnie w postępowaniu sądowym istnieje wysokie ryzyko, że roszczenie kredytobiorcy zostanie uwzględnione jedynie w zakresie świadczeń spełnionych w okresie

39 Wyrok TSUE z dnia 15 marca 2012 roku, sygn. C-453/10, Jana Pereničová i Vladislav Perenič przeciwko SOS financ, spol. S r.o., pkt 36.

40 Zawiadomienie Komisji, Wytyczne dotyczące wykładni i stosowania dyrektywy Rady w sprawie nieuczciwych warunków w umowach konsumenckich (Dz.Urz. UE C z 2019 r. Nr 323, poz. 4), pkt 5-6.

41 Zob. wyrok SA w Warszawie z dnia 4 grudnia 2019 roku (sygn. I ACa 66/19, LEX nr 3103362), w którym można przeczytać między innymi, że: „Należy zauważyć jednak, iż brak jest przeprowadzenia przez pozwanego i okazania powodowi jakichkolwiek symulacji dotyczących ewentualnego wzrostu waluty obcej i przełożenia tego skutku na wysokość raty. Nie można nie zauważyć, iż nie wytłumaczono możliwych wahań kursów waluty obcej i prognozy, kiedy kończy się opłacalność kredytu walutowego w stosunku do złotowego. Wskazano tylko i wyjaśniono, że kredyt w walucie obcej jest korzystniejszy niż kredyt złotowy, tj. iż raty są po prostu niższe, na skutek innego modelu oprocentowania kredytu, przy jednoczesnym wyraźnym braku przedstawienia symulacji, w jakich okolicznościach rata kredytu w walucie obcej może przewyższyć tą przedstawioną w złotych. Ponadto ryzyka decydowania się na kredyt w walucie, w której się nie zarabia. Nie można również nie zauważyć, iż pozwany jako profesjonalista, posiadający analityków finansowych, nie poinformował klienta zarówno, co się stanie z ratą kredytu i pozostałym do spłaty kapitałem, jeżeli nadszedłby zdarzający się cyklicznie kryzys na globalnym rynku finansowym oraz co się stanie, jeżeli banki zaprzestaną oferowania kredytów »walutowych«”.

42 Uchwała SN z dnia 17 lutego 2006 roku, sygn. III CZP 84/05, LEX nr 171726.

zgodnie z żądaniem. TSUE stwierdził, że sąd krajowy może z urzędu przyznać konsumentowi odpowiednią obniżkę ceny w tym przypadku. Unijny Trybunał uznał, że takie rozwiązanie jest korzystne dla konsumenta, a hiszpańskie prawo jest mało elastyczne w sporach konsumenckich.

10 lat przed wytoczeniem powództwa, a żądanie banku o odzyskanie kwoty uruchomionego kredytu – w całości. Stwarza to duże prawdopodobieństwo, że mimo spłacania przez konsumenta rat kredytu przez kilkanaście lat na podstawie nieważnej umowy (ze względu na występowanie w niej nieuczciwych warunków) zawartej z podmiotem uznanym w opinii społecznej za instytucję zaufania publicznego oraz spłaceniu nominalnej kwoty kredytu, a także wygraniu długotrwałego i kosztownego postępowania sądowego, dalej będzie on dłużnikiem banku⁴³.

Cechą charakterystyczną realizacji prawa unijnego jest to, że nie zawiera ono norm proceduralnych, co przejawia się również w dyrektywie 93/13. Opisana wcześniej ochrona praw konsumenta jest częścią prawa materialnego, które realizowane jest przez normy proceduralne państw członkowskich. Wynika to z zasady autonomii proceduralnej (ang.

the principle of procedural autonomy) stanowiącej, że państwa członkowskie mogą samodzielnie dobierać bądź tworzyć odpowiednie przepisy prawa proceduralnego z własnego systemu prawnego w postępowaniach o roszczenia wynikające z prawa wspólnotowego. Zasada ta obowiązuje jednak tylko przy kumulatywnym przestrzeganiu dwóch innych zasad, to jest zasady równoważności (ang. the principle of equivalence) oraz zasady efektywności, zwanej też zasadą skuteczności (ang. the principle of effectiveness)⁴⁴. Pierwsza z nich stanowi, że prawo krajowe dotyczące roszczeń wynikających z prawa unijnego nie może być gorsze niż przepisy rodzime regulujące podobne postępowania na tle prawa krajowego. Druga zasada natomiast w pewien sposób wymusza na państwie członkowskim aplikowanie norm w taki sposób, aby nie uniemożliwiały one bądź znacznie nie utrudniały korzystania z unijnych uprawnień⁴⁵. Oznacza to, że

zasada autonomii proceduralnej ustępuje zapewnieniu skuteczności prawa unijnego⁴⁶.

Przekonuje to, że w postępowaniach w przedmiocie „kredytów frankowych” istotna jest synchronizacja materialnego prawa konsumenckiego tworzonego w ramach Unii Europejskiej z polskimi przepisami proceduralnymi. Przedstawione wcześniej zasady uściślają jednak, że to krajowy porządek prawny musi być tworzony i interpretowany w sposób jak najbardziej urzeczywistniający cele prawa europejskiego. Takie połączenie krajowego i unijnego porządku prawnego interpretowane i wykładane przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w szerokim orzecznictwie przekłada się na specyficzne ujęcie instytucji przedawnienia w zakresie „kredytów frankowych”, które zaczyna być stosowane przez polskie sądy powszechne i zauważone jako punkt do rozważań przez Sąd Najwyższy.

43 Dla lepszego zobrazowania wskazanej sytuacji można przywołać hipotetyczny stan faktyczny, w którym kredytobiorca wziął kredyt w wysokości 300 tysięcy złotych i po 17 z 25 lat okresu kredytowania spłacił już 320 tysięcy złotych, jednakże sąd zasądza tylko świadczenia z ostatnich 10 lat w kwocie 270 tysięcy złotych, a roszczenie banku o zwrot kapitału uwzględnia w całości. Oznacza to, że de facto konsument, mimo spłacenia nominalnej kwoty kredytu, musi jeszcze oddać 30 tysięcy złotych. Takie rozwiązanie nie spełnia celów dyrektywy 93/13, ponieważ przedsiębiorca nie ponosi dotkliwej sankcji za stosowanie nieuczciwych warunków umownych wobec konsumentów.

44 Zasada skuteczności została zastosowana między innymi w wyroku TSUE z dnia 3 października 2013 roku (sygn. C-32/12, Soledad Duarte Hueros przeciwko Autocíba SA i Automóviles Citroën España SA, LEX nr 1371965), w której to sprawie konsument na drodze sądowej domagał się unieważnienia umowy zawartej ze sprzedawcą samochodu ze względu na przeciekający przesuwany dach. Sąd krajowy powołał się jednak na art. 3 ust. 6 dyrektywy 1999/44/WE, według którego konsument nie ma prawa do unieważnienia umowy, jeżeli niezgodność towaru z umową ma nikłe znaczenie. Zgodnie ze wskazanym aktem prawnym w takiej sytuacji możliwa jest obniżka ceny. Strona nie wyszła jednak z takim roszczeniem, a zgodnie z prawem krajowym sąd zobowiązany jest wydać rozstrzygnięcie.

45 K. Kowalik-Bańczyk, Jednolite stosowanie unijnego prawa konkurencji jako ograniczenie dla autonomii proceduralnej krajowych organów ochrony konkurencji. Glosa do wyroku TS z dnia 3 maja 2011 r., C-375/09, „Europejski Przegląd Sądowy” 2012, nr 2, s. 39–45; wyrok TSUE z dnia 14 czerwca 2012 roku, sygn. C-618/10, Banco Español De Crédito SA przeciwko Joaquín Calderón Camino, LEX nr 1164386, pkt 46.

46 K. Kowalik-Bańczyk, Jednolite stosowanie unijnego prawa konkurencji jako ograniczenie dla autonomii proceduralnej krajowych organów ochrony konkurencji. Glosa do wyroku TS z dnia 3 maja 2011 r., C-375/09, „Europejski Przegląd Sądowy” 2012, nr 2, s. 39–45; wyrok TSUE z dnia 14 czerwca 2012 roku, sygn. C-618/10, Banco Español De Crédito SA przeciwko Joaquín Calderón Camino, LEX nr 1164386, pkt 46.

Bibliografia

Literatura

Jedliński A., *Komentarz do art. 118 pkt 11*, [w:] A. Jedliński et al., *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 1. Część ogólna, red. A. Kidyba, 2012, <https://sip.lex.pl/#/commentary/587244927/128175?keyword=A.%20Jedli%C5%84ski%20Kodeks%20cywilny&toHit=1&cm=SFIRST>.

Kowalik-Bańczyk K., *Jednolite stosowanie unijnego prawa konkurencji jako ograniczenie dla autonomii proceduralnej krajowych organów ochrony konkurencji*. Glosa do wyroku TS z dnia 3 maja 2011 r., C-375/09, „Europejski Przegląd Sądowy”

2012, nr 2.

Ojczyk J., *Zastąpienie LIBORU innym wskaźnikiem w umowach o kredyt nie będzie łatwe*, Prawo.pl 2019, <https://sip.lex.pl/#/external-news/1795599600?keyword=LIBOR&cm=STOP>.

Rudke M., *Wracają frankowe batalie, klienci częściej wygrywają*, „Rzeczpospolita”, <https://www.rp.pl/Banki/307029880-Wraca-ja-frankowe-batalie-klienci-czesciej-wygrywaja.html>.

Rycko N., *Komentarz do art. 117 pkt 11–15*, [w:] *Kodeks cywilny. Część ogólna. Komentarz do wybranych przepisów*, red. J. Gudowski, 2018, <https://sip.lex.pl/#/commentary/587825866/623306/gudowski-jacek-red-kodeks-cywilny-czesc-ogolna-komentarz-do-wybranych-przepisow?keyword=naturalne&cm=URELATIONS>.

Tuszyński R., *Zmiany w LIBOR i WIBOR w 2021 roku – nowelizacja rozporządzenia BMR*, 2020, <https://ksiegowosc.infor.pl/obrot-gospodarczy/finanse-i-inwestycje/4660177,Zmiany-w-LIBOR-i-WIBOR-w-2021-roku-nowelizacja-rozporzadzenia-B-MR.html>.

Akty prawne

Dyrektywa Rady 93/13/EWG z dnia 5 kwietnia 1993 roku w sprawie nieuczciwych warunków w umowach konsumenckich (Dz.Urz. UE L Nr 95, poz. 29 z 21.04.1993).

Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej z dnia 25 marca 1957 roku (Dz.Urz. z 2004 r. Nr 90, poz. 864/2 z 30.04.2004).

Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny (tekst jedn. Dz.U. z 2020 r. poz. 1740).

Ustawa z dnia 17 listopada 1964 roku – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. z Nr 43, poz. 296).

Ustawa z dnia 13 kwietnia 2018 roku o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 1104).

Zawiadomienie Komisji, Wytyczne dotyczące wykładni i stosowania dyrektywy Rady w sprawie nieuczciwych warunków w umowach konsumenckich (Dz. Urz. UE C z 2019 r. Nr 323, poz. 4).

Orzecznictwo

Postanowienie SN z dnia 4 marca 2016 roku, sygn. I CZ 8/16, LEX nr 2015128.

Postanowienie TSUE z dnia 3 lipca 2014 roku, sygn. C-92/14, Liliana Tudoran i in. przeciwko SC Suport Colect SRL, LEX nr 1480274.

Uchwała SN z dnia 17 lutego 2006 roku, sygn. III CZP 84/05, LEX nr 171726.

Uchwała SN z dnia 5 listopada 2014 roku, sygn. III CZP 76/14, LEX nr 1532595.

Uchwała SN z dnia 16 lutego 2021 roku, sygn. III CZP 11/20, LEX nr 3120579.

Wyrok SA w Katowicach z dnia 17 lipca 2020 roku, sygn. I ACa 589/18, LEX nr 3056665.

Wyrok SA w Łodzi z dnia 28 grudnia 2016 roku, sygn. I ACa 776/16, LEX nr 2216130.

Wyrok SA w Szczecinie z dnia 18 marca 2013 roku, sygn. I ACa 822/12, LEX nr 1344220.

Wyrok SA w Szczecinie z dnia 15 marca 2017 roku, sygn. I ACa 1023/16, LEX nr 2307624.

Wyrok SA w Warszawie z dnia 8 listopada 2018 roku, sygn. V ACa 742/17, LEX nr 2705011.

Wyrok SA w Warszawie z dnia 13 listopada 2019 roku, sygn. I ACa 268/19, LEX nr 2776065.

Wyrok SA w Warszawie z dnia 28 listopada 2019 roku, sygn. V ACa 490/18, LEX nr 2767463.

Wyrok SA w Warszawie z dnia 4 grudnia 2019 roku, sygn. I ACa 66/19, LEX nr 3103362.

Wyrok SN z dnia 1 marca 1963 roku, sygn. III CR 193/62, LEX nr 104925.

Wyrok SN z dnia 27 sierpnia 1976 roku, sygn. II CR 288/76, LEX nr 2056.

Wyrok SN z dnia 2 października 1998 roku, sygn. III CKN 578/98, LEX nr 1214910.

Wyrok SN z dnia 22 marca 2001 roku, sygn. V CKN 769/00, LEX nr 49111.

Wyrok SN z dnia 24 kwietnia 2003 roku, sygn. I CKN 316/01, LEX nr 112177.

Wyrok SN z dnia 8 lipca 2010 roku, sygn. II CSK 126/10, LEX nr 602678.

Wyrok SN z dnia 5 kwietnia 2012 roku, sygn. II CSK 473/11, LEX nr 1170228.

Wyrok SN z dnia 28 października 2015 roku, sygn. II CSK 822/14, LEX nr 1930449.

Wyrok SN z dnia 29 września 2017 roku, sygn. V CSK 642/16, LEX nr 2434728.

Wyrok SN z dnia 29 października 2019 roku, sygn. IV CSK 309/18, OSNC 2020, nr 7–8, poz. 64.

Wyrok SN z dnia 27 listopada 2019 roku, sygn. II CSK 483/18, LEX nr 2744159.

Wyrok SN z dnia 11 grudnia 2019 roku, sygn. V CSK 382/18, LEX nr 2771344.

Wyrok SO w Bielsku-Białej z dnia 14 stycznia 2022 roku, sygn. I C 157/21, niepubl.

Wyrok SO w Bydgoszczy z dnia 13 stycznia 2022 roku, sygn. I C 899/20, niepubl.

Wyrok SO w Katowicach z dnia 10 stycznia 2022 roku, sygn. I C 1043/20, niepubl.

Wyrok SO w Krakowie z dnia 24 czerwca 2020 roku, sygn. I C 1836/19, http://orzeczenia.ms.gov.pl/details/chf/15201000000503_I_C_001836_2019_Uz_2020-06-24_002.

Wyrok SO w Poznaniu z dnia 10 stycznia 2022 roku, sygn. XVIII C 86/21, niepubl.

Wyrok SO w Świdnicy z dnia 13 stycznia 2022 roku, sygn. I C 691/20, niepubl.

Wyrok SO w Tarnowie z dnia 12 stycznia 2022 roku, sygn. I C 674/20, niepubl.

Wyrok SO w Warszawie z dnia 8 maja 2019 roku, sygn. XXV C 134/19, LEX nr 2686594.

Wyrok SO w Warszawie z dnia 26 czerwca 2019 roku, sygn. XXC 2720/18, LEX nr 2742680.

Wyrok SO w Warszawie z dnia 20 grudnia 2019 roku, sygn. XXV C 2120/19, LEX nr 2774422.

Wyrok SO w Warszawie z dnia 17 listopada 2020 roku, sygn. III C 449/18, niepubl.

Wyrok SO w Warszawie z dnia 7 grudnia 2021 roku, sygn. XXVIII C 2662/21, niepubl.

Wyrok SO we Wrocławiu z dnia 15 stycznia 2015 roku, sygn. II Ca 1695/14, LEX nr 1841661.

Wyrok SO we Wrocławiu z dnia 20 listopada 2020 roku, sygn. I C 685/20, niepubl.

Wyrok SO we Wrocławiu z dnia 29 listopada 2021 roku, sygn. I C 1047/19, niepubl.

Wyrok TSUE z dnia 19 czerwca 1990 roku, sygn. C-213/89, The Queen przeciwko Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame LTD i in., LEX nr 128409.

Wyrok TSUE z dnia 15 marca 2012 roku, sygn. C-453/10, Jana Pereničová i Vladislav Perenič przeciwko SOS financ, spol. S r.o., LEX nr 1122804.

Wyrok TSUE z dnia 14 czerwca 2012 roku, sygn. C-618/10, Banco Español de Crédito SA przeciwko Joaquínowi Calderónowi Caminie, LEX nr 1164386.

Wyrok TSUE z dnia 21 lutego 2013 roku, sygn. C-472/11, Banif Plus Bank Zrt przeciwko Csabie Csipai i Viktorii Csipai, LEX nr 1276264.

Wyrok TSUE z dnia 30 maja 2013 roku, sygn. C-488/11, Dirk Frederik Asbeek Brusse i Katarina de Man Garabito przeciwko Jahani BV, LEX nr 1315834.

Wyrok TSUE z dnia 3 października 2013 roku, sygn. C-32/12, Soledad Duarte Hueros przeciwko Autociba SA i Automóviles Citroën Espana SA, LEX nr 1371965.

Wyrok TSUE z dnia 17 lipca 2014 roku, sygn. C-169/14, Juan Carlos Sánchez Morcillo i María Del Carmen Abril García przeciwko Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA, LEX nr 1491080.

Wyrok TSUE z dnia 21 grudnia 2016 roku w połączonych sprawach C-154/15, C-307/15 i C-308/15, Francisco Gutierrez Naranjo i in. przeciwko Cajasur Banco SAU, LEX nr 2168030.

Wyrok TSUE z dnia 23 stycznia 2019 roku, sygn. C-387/17, Presidenza Del Consiglio Dei Ministri przeciwko Fallimento Traghetti Del Mediterraneo Spa, LEX nr 2609299.

Wyrok TSUE z dnia 3 października 2019 roku, sygn. C-260-18, Kamil i Justyna Dziubak przeciwko Raiffeisen Bank International AG, prowadzącej działalność w Polsce w formie oddziału pod nazwą Raiffeisen Bank International AG Oddział w Polsce, ECLI EU C z 2019 r. poz. 819.

Wyrok TSUE z dnia 30 kwietnia 2020 roku, sygn. C-627/18, Nelson Antunes da Cunha LDA przeciwko Instituto de Financiamento da Agricultura e Pescas IP (IFAP), LEX nr 2956648.

Wyrok WSA w Warszawie z dnia 14 listopada 2018 roku, sygn. III SA/Wa 56/18, LEX nr 2735533.

Źródła internetowe

<https://bochenekiwspolnicy.pl/podsumowanie-2020r-w-sprawach-frankowych/>.

<https://businessinsider.com.pl/piec-tematow-o-gospodarce-ktore-musisz-znac-raport-16-lutego/fmbpl8c>.
<https://kslegal.com.pl/kredyty-chf-przedawnienie-rozszczyen/?fbclid=IwAR2cTD3ioCGobDzV2ro1N6SZvOnQD3UE6j-rZdvd94RIqpMFzIQjrgjlqZI#.XwbuHSUwglQ>.
<https://subiektywnieofinansach.pl/covid-19-frankowicze-wyssali-caly-zysk-bank-millennium-pokazuje-jak-sobie-radzi-wyniki-2020/>.
<https://wibor.money.pl/>.
<https://www.bankowebezprawie.pl/w-2019-roku-69-procent-spraw-zostalo-wygranych-prawomocnie-przez-klientow-bankow/>.
<https://www.money.pl/gielda/getin-bank-milczy-ws-ugod-z-frankowiczami-koszty-bylyby-ogromne-6612328012344224a.html>.
<https://www.money.pl/gielda/kredyty-frankowe-wiekszym-problemem-niz-koronawirus-prezes-mbanku-ostro-o-sadach-6612281383431072a.html>.
<https://www.money.pl/pieniadze/depozyty/walutowe/>.
<https://www.money.pl/pieniadze/kurs/chf,797.html>.
<https://www.rp.pl/Opinie/310229917-Spread-walutowy-a-kredyt-we-frankach--czy-oplaca-sie-go-przewalutowac.html>.
https://www.temidium.pl/artykul/zasada_autonomii_proceduralnej_w_prawie_unii_europejskiej_i_jej_ograniczenia_w_praktyce-957.html.
<https://zbp.pl/aktualnosci/wydarzenia/Wskaznik-SARON-zastapi-LIBOR-CHF>.

Summary

Abstract: The beginning of the 21st century was the time of banks mass-granting loans denominated in or indexed to the Swiss franc. Borrowers, assured of security and the benefits of “Swiss franc loans,” signed contracts with numerous legal defects, including prohibited contractual provisions (abusive clauses). Currently, the problems of such loan agreements as abusive conversion clauses, failure by banks to fulfil their disclosure obligations towards clients when concluding agreements, and other violations of banking and civil law regulations heavily occupy the courts of the EU Member States, including Polish courts, and the Court of Justice of the European Union. The main issue, however, is that such contracts are considered invalid in their entirety and the related necessity to settle the parties due to the more and more frequent ruling by the courts of the invalidity of this type of contract.

The main focus of the present article is discussing the limitation of claims of borrowers who, by suing banks, demand reimbursement of benefits paid by them to banks, which are, in their opinion, undue from the very moment of concluding the agreement. The jurisprudence of the Polish courts and the CJEU have been thoroughly analysed; the rulings of the latter indicate that the limitation period may begin only when the borrower becomes aware that the contract concluded by them is defective, which makes it possible to effectively bring an action.

Artykuł przedrukowany za zgodą autora. Źródło: *Studenckie Prace Prawnicze, Administratywistyczne i Ekonomiczne, Uniwersytet Wrocławski*

SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ W USTAWOWYM WARIANCIE JAKO ELASTYCZNY MODEL PROWADZENIA DZIAŁALNOŚCI

W niniejszym artykule przeprowadzono analizę tych elementów spółki, które stanowią jej oś konstrukcyjną jako spółki kapitałowej. Przeanalizowano też osobowe elementy spółki, wskazujące na jej mieszany – nie tylko kapitałowy – charakter. Taka konstrukcja spółki z o.o. odróżnia ją od czystej formy spółki kapitałowej, jaką jest spółka akcyjna, co może być atrakcyjne dla osób planujących prowadzenie działalności gospodarczej.

Spośród blisko 600 tys. spółek prawa handlowego zarejestrowanych w Krajowym Rejestrze Urzędowym Podmiotów Gospodarki Narodowej (REGON) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością to około 500 tys. podmiotów, co stanowi znaczącą przewagę w stosunku do innych spółek prawa handlowego, a także spółki cywilnej, będącej drugą najczęściej wybieraną formą współpracy przedsiębiorców¹.

Atrakcyjność prowadzenia działalności w formie spółki z ograniczoną odpowiedzialnością oraz wielość podmiotów funkcjonujących na rynku w tej formie spółki wynikają w dużej mierze z możliwości modelowania, poprzez umowę spółki, w ramach ustawy, jej elementów osobowych lub kapitałowych. Owa możliwość modelowania charakteru spółki, w zakresie jej kształtu związanego bezpośrednio z jej kapitałowym lub osobowym charakterem świadczy o pewnej elastyczności w zakresie kształtowania struktury spółki przez wspólników. Wspólnicy mogą przybrać model kapitałowy, w którym cechy przybliżające spółkę do tzw. formy pełnej spółki kapitałowej jaką jest spółka akcyjna a mogą również obrać odmienny kierunek, chcąc powiązać istnienie spółki z osobami wspólników. Wszystkie omówione poniżej instrumenty pozwalają na elastyczne kształtowanie struktury spółki. Ustawowy model spółki z ograniczoną odpowiedzialnością jako wariant posiadający mie-

szane cechy spółki kapitałowej oraz osobowej może podlegać modyfikacji wspólników, pozwalającej na dostosowanie struktury spółki do indywidualnych potrzeb wspólników.

Konstrukcyjne cechy spółki z ograniczoną odpowiedzialnością jako spółki kapitałowej

Art. 4 § 1 pkt 2 KSH wskazuje, że spółka z ograniczoną odpowiedzialnością została zakwalifikowana, przez ustawodawcę do grupy spółek kapitałowych obok spółki akcyjnej oraz prostej spółki akcyjnej, które odznaczają się szeroko pojętą odrębnością od wspólników / akcjonariuszy, często będących ich założycielami. Wynika to z na nadania im osobowości prawnej, zgodnie z brzmieniem art. 12 KSH w zw. z art. 33 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. kodeks cywilny (tj. Dz.U. z 2022 r., poz. 1360 z późn.zm., dalej „KC”). Kolejnym elementem występującym w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością świadczącym o jej kapitałowym charakterze jest odrębność jej majątku od majątków poszczególnych wspólników oraz pełna odpowiedzialność spółki za jej zobowiązania, z wyłączeniem odpowiedzialności jej wspólników (art. 151 § 4 KSH). W przypadku spółek kapitałowych, w tym spółki z o.o., to spółka odpowiada za swoje zobowiązania wobec wierzycieli majątkiem powstałym w wyniku m.in. wniesienia przez

Michał Witek

Radca prawny wpisany na listę radców prawnych prowadzoną przez Okręgową Izbę Radców Prawnych w Warszawie. W latach 2018 - 2020 odbył aplikację radcowską prowadzoną przez Okręgową Izbę Radców Prawnych w Warszawie. Absolwent Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego. Swoje doświadczenie zdobywał pracując w czołowych polskich kancelariach oraz u jednego z największych polskich deweloperów. Specjalizuje się w sprawach z zakresu prawa cywilnego i administracyjnego, ze szczególnym uwzględnieniem prawa nieruchomości oraz prawa handlowego.

Słowa kluczowe:

spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, spółka akcyjna, spółka kapitałowa, prawo spółek, kapitał zakładowy, udział w spółce

¹ Główny Urząd Statystyczny, Zmiany strukturalne grup podmiotów gospodarki narodowej w rejestrze REGON, 2021 r., Warszawa 2022 r.

wspólników spółki, wkładów na kapitał zakładowy spółki (art. 152 KSH, art. 153 KSH oraz 154 KSH). Ostatnim konstrukcyjnym aspektem spółki z o.o., w którym uwidacznia się jej kapitałowy charakter, a który jest związany bezpośrednio ze sposobem funkcjonowania spółki jako osoby prawnej, jest działanie spółki poprzez organy (art. 38 KC). Organami spółki z o.o., warunkującymi funkcjonowanie spółki jako osoby prawnej, są: zgromadzenie wspólników, zarząd oraz w określonych ustawowo przewidzianych przypadkach – rada nadzorcza lub komisja rewizyjna.

Wszystkie wskazane powyżej cechy konstrukcyjne spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, warunkujące jej kapitałowy charakter, a przede wszystkim nadanie spółce osobowości prawnej i tym samym jej wyodrębnienie podmiotowe od wspólników, a także brak odpowiedzialności wspólników za zobowiązania spółki mają fundamentalne znaczenie dla wspólników, chcących prowadzić działalność gospodarczą w formie sp. z o.o., albowiem wyłączając ich odpowiedzialność finansową za zobowiązania spółki wobec podmiotów trzecich.

Elementy osobowe przewidziane w ustawowym modelu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością.

Z przepisów KSH odnoszących się do funkcjonowania spółki z ograniczoną odpowiedzialnością wynikają następujące cechy osobowe spółki z ograniczoną odpowiedzialnością wpisane w model ustawy spółki: zakaz wystawiania na udziały lub prawa do zysku w spółce dokumentów: na okaziciela, na zlecenie

oraz imiennych (art. 174 § 6 KSH), prawo kontroli przysługujące każdemu wspólnikowi spółki (art. 212 KSH), a także możliwość wyłączenia wspólnika na podstawie art. 266 § 1 KSH². Wymienione elementy warunkują możliwość rozpatrywania ustawowego modelu konstrukcji spółki jako posiadającego mieszany kapitałowo-osobowy charakter, czego skutkiem jest większy wpływ wspólników na działalność spółki, przypominający model charakterystyczny dla spółek osobowych.

Osobowość prawna jako fundament spółki z ograniczoną odpowiedzialnością

Podstawą konstrukcyjną każdej spółki kapitałowej, której regulacje zawarte zostały w polskiej ustawie odnoszącej się do spółek handlowych, jest odrębność podmiotowa spółek kapitałowych od ich wspólników określana w nomenklaturze prawnej jako osobowość prawna.

Zgodnie z regulacją zawartą w art. 12 KSH w zw. z art. 37 KC spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w organizacji powstała w wyniku jej zawiązania poprzez zawarcie umowy spółki uzyskuje z chwilą wpisu do właściwego rejestru osobowość prawną i staje się docelową spółką z ograniczoną odpowiedzialnością. W przyjętym modelu ustawowym spółka z ograniczoną odpowiedzialnością zyskuje pełną podmiotowość prawną w momencie jej konstytutywnego wpisu do rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego, co jest odzwierciedleniem przyjętej przez polskiego ustawodawcę normatywnej koncepcji tworzenia osób prawnych, odmiennej od koncepcji ogólnych cech przypisanych osobom prawnym.

Ponadto przed uzyskaniem wpisu w rejestrze przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego spółka z o.o. w organizacji posiada zdolność prawną, charakterystyczną dla spółek osobowych prawa handlowego, odnoszącą się do możliwości nabywania przez spółkę we własnym imieniu praw, w tym praw własności nieruchomości i innych praw rzeczowych, zaciągania zobowiązań, pozywania oraz bycia pozywaną. Z powyższego wynika, że już w momencie zawarcia umowy spółki ta nabywa pewien zrąb osobowości prawnej pozwalającej jej na zaciąganie zobowiązań i nabywanie praw do swojego majątku, odrębniego od wspólników. Zgromadzony przez spółkę w organizacji majątek przechodzi na spółkę docelową (w jej docelowej formie organizacyjnej „pełnej” spółki z ograniczoną odpowiedzialnością) w momencie dokonania wpisu spółki do rejestru przedsiębiorców, który stanowi moment uzyskania przez spółkę osobowości prawnej.

Na osobowość prawną spółki z ograniczoną odpowiedzialnością składają się: wskazanie w ustawie danej jednostki organizacyjnej jako osoby prawnej (art. 33 KC), zdolność prawną, przypisanie osobie prawnej skutków zachowania osób fizycznych, w tym również zdolność do czynności prawnych, stosunki prawne między osobami tworzącymi daną osobę prawną a tą osobą, wyodrębniony majątek osoby prawnej i odpowiedzialność wyłącznie tym majątkiem za zobowiązania osoby prawnej a także nazwa oraz siedziba osoby prawnej³.

Szczególną doniosłość prawną dla funkcjonowania spółki z ograniczoną odpowiedzialnością jest możliwość jej

2 A. Szumański [w:] *Prawo spółek*, W. Pyziół, A. Szumański, I. Weiss, wyd. 3, Warszawa 2019 r.

3 J. Frąckowiak [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. I, pod red. M. Safjana, wyd. 1, Warszawa 2007 r.

działania przez organy, zgodnie z teorią organów osoby prawnej, a także możliwość gospodarowania odrębnym majątkiem, którego podstawę stanowi kapitał zakładowy. Zgodnie z przepisami KSH organami spółki z ograniczoną odpowiedzialnością są: zarząd, zgromadzenie wspólników oraz fakultatywnie (lub w określonych w KSH przypadkach obowiązkowo) – rada nadzorcza lub komisja rewizyjna. Wszystkie wymienione powyżej organy spółki działają w ramach uprawnień określonych przez przepisy KSH lub umowę spółki, realizując więzkę swoich prerogatyw w określonych sferach funkcjonowania spółki.

Przytoczone powyżej elementy osobowości prawnej, stanowiące fundament działania spółki z ograniczoną odpowiedzialnością jako podmiotu występującego w obrocie gospodarczym, świadczą o jej kapitałowym charakterze. Bez wątpienia posiadanie przez spółkę odrębnej osobowości prawnej oraz elementów konstrukcji spółki immanentnie z ową osobowością prawną związanych, w tym ustanowienie poprzez osobność prawną spółki jej odrębności od wspólników, a także ograniczenie ich odpowiedzialności do wysokości wkładów wniesionych na objęcie udziałów w spółce i pokrycie kapitału zakładowego, są elementami spółki przybliżającymi ją do klasycznej i pełnej formowy spółki kapitałowej, jakim jest spółka akcyjna.

Odrębność majątku spółki od jej wspólników – konstrukcja kapitału zakładowego jako podstawy majątkowej działania spółki kapitałowej.

Podstawowym aspektem funkcjonowania spółki z ograniczoną odpowiedzial-

nością w sferze gospodarczej jest jej odrębność majątkowa od wspólników. W ramach tej odrębności wyróżnić należy instytucję prawa zabezpieczającą interesy kontrahentów spółki, tj. kapitał zakładowy w jego minimalnej wysokości, na którego pokrycie wspólnicy muszą wnieść wkłady pozwalające, na jej operowanie na rynku gospodarczym w początkowej fazie jej istnienia.

Zgodnie z treścią art. 154 KSH kapitał zakładowy spółki z ograniczoną odpowiedzialnością wynosić powinien minimum 50 tys. złotych i dzielić się na udziały o minimalnej wartości nominalnej w wysokości 5 tys. złotych. Powyższa minimalna wysokość kapitału zakładowego oraz brak możliwości wypłaty na rzecz wspólników środków z majątku spółki niezbędnych do pokrycia pełnej wysokości kapitału zakładowego, stosownie do brzmienia art. 189 § 2 KSH, wskazuje na funkcję gwarancyjną kapitału zakładowego w obrocie gospodarczym, co związane jest również z charakterem spółki z ograniczoną odpowiedzialnością jako spółki kapitałowej. Wspólnicy spółki nie posiadają uprawnień do wypłaty ze spółki środków, które w korelacji z ich brakiem odpowiedzialności za zobowiązania spółki, mają na celu spełnienie funkcji zabezpieczającej dla kontrahentów oraz ewentualnych prób nadużycia przez wspólników formy spółki z o.o. do działalności niezgodnej z przepisami prawa.

Powyższe rozważania w zakresie funkcji gwarancyjnej kapitału zakładowego potwierdza szereg regulacji zawartych w KSH. Główną i jak się wydaje najbardziej doniosłą regulację odnoszącą się do kwestii gwarancyjnej kapitału zakładowego zawiera art. 189 § 2 KSH,

w którym zawarta jest norma prawna statuująca, że wspólnicy spółki (którzy wnieśli wkłady na pokrycie kapitału zakładowego) nie mogą otrzymać z jakiegokolwiek tytułu z majątku spółki wypłat potrzebnych na pokrycie kapitału zakładowego. Wskazana regulacja odzwierciedla wspomnianą powyżej funkcję gwarancyjną kapitału zakładowego, albowiem z majątku spółki na rzecz wspólników nie mogą zostać wypłacone żadne środki pieniężne pod żadnym tytułem prawnym. W przypadku, gdy w wyniku wypłaty na rzecz wspólnika spółki, z którym spółka zawarła umowę o pracę, wynagrodzenia za pracę, spółka doznałaby takiego uszczerpkienia majątku, który nie wystarczałby na pokrycie pełnego kapitału zakładowego, taka wypłata nie może zostać dokonana⁴.

Ponadto należy wskazać na unormowania związane z powstaniem spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, a odnoszące się do wkładów, jakie wspólnicy wnoszą do spółki. Zgodnie bowiem z art. 158 § 2 oraz § 3 KSH wynagrodzenia należnego w związku ze świadczeniem usług na rzecz spółki związanych z jej powstaniem nie można wypłacać ze środków wpłaconych na pokrycie kapitału zakładowego spółki jak również zaliczać na poczet wkładu wspólnika za objęte udziały. Wskazana regulacja ma znaczenia praktyczne i ma uniemożliwić sytuację w której wkłady na kapitał zakładowy nie będą odpowiadały wartości nominalnej objętych udziałów lub nabiorą charakteru fikcyjnego, co odbiło się na kondycji finansowej spółki. Jednocześnie aby utrudnić wspólnikom (niebędącym jednocześnie członkami zarządu spółki) w § 3 KSH wskazano, że przedmiot wkładu pozostaje do wyłącz-

⁴ M. Rodzyńkiewicz, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, wyd. 7,

nej dyspozycji zarządu spółki, a zatem osób, działających jako profesjonalni managerowie i ponoszący w związku z tym działaniem większą odpowiedzialności za wyrządzoną spółce szkodę.

Co więcej z art. 163 pkt 2 KSH wynika, iż do powstania spółki niezbędne jest wniesienie wkładów na pokrycie całego kapitału zakładowego, a co za tym idzie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w jej pełnej formie prawnej nie może powstać przed wniesieniem przez wspólników wkładów na pokrycie całego kapitału zakładowego, co wymaga potwierdzenia przez cały zarząd spółki w momencie składania wniosku o wpis spółki do rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego.

Dodatkowym zabezpieczeniem w zakresie realności kapitału zakładowego oraz rzeczywistego zwiększenia majątku spółki jest zakaz określony w art. 14 § 1 KSH stanowiący, że przedmiotem wkładu niepieniężnego do spółki nie mogą być świadczenie pracy lub usług.

Wszystkie powyższe regulacje mają wpływ na charakter gwarancyjny kapitału zakładowego jako swoistego minimum majątkowego, w który uposażona powinna być spółka, a który powinien pozostać „nienaruszalny” dla wspólników.

Kapitał zakładowy jako element konstrukcyjny spółek kapitałowych wpisujący się w nadanie im osobowości prawnej, a także odrębności majątkowej od wspólników, musi być również rozpatrywany w kontekście odpowiedzialności wspólników oraz podejmowanego przez nich ryzyka. Wspólnicy spółki kapitałowej wchodząc w inwestycję w postaci spółki z o.o. ryzykują wniesionymi do

spółki wkładami na pokrycie objętych udziałów i tylko do tej wysokości, co do zasady, ponoszą ryzyko finansowe.

Powyższe aspekty funkcjonowania w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością instytucji kapitału zakładowego przemawiają za kapitałowym charakterem spółki, ze względu na samą specyfikę i konstrukcję kapitału zakładowego, charakterystyczną dla spółek kapitałowych, której brak w spółkach osobowych.

Działanie spółki z ograniczoną odpowiedzialnością poprzez uprawnione organy jako przykład funkcjonowania spółki kapitałowej

Kolejnym istotnym aspektem funkcjonowania spółki z ograniczoną odpowiedzialnością jest jej praktyczne występowanie w obrocie gospodarczym. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością jako jednostka organizacyjna, będąca osobą prawną, posiada swoje prawnie ukształtowane organy, stosownie do treści art. 38 KC. Dopuszczalne jest jedynie, aby w skład owych organów wchodziły wyłącznie osoby fizyczne, które w naturalny sposób mają zdolność do wyrażania woli i wiedzy.

Z powyższego wynika, że pewne działania osób fizycznych w sytuacjach określonych przez przepisy prawa, będą kwalifikowane jako działania osoby prawnej i wywrą skutki jedynie w sferze prawnej jednostki organizacyjnej, w której imieniu występowała w danym momencie osoba fizyczna. Zgodnie ze ścisłym znaczeniem tego słowa, organem osoby prawnej jest „osoba lub osoby fizyczne, które zostają formalnie powołane do pełnienia funkcji w organie i których zachowanie, w warunkach pra-

wem określonych, traktowane jest jako zachowanie osoby prawnej”⁵. Zatem uznać należy, że organy osoby prawnej, jako instytucji prawnej, wpisujące się w konstrukcję osoby prawnej jaką jest spółka z ograniczoną odpowiedzialnością są jej elementem konstrukcyjnym, nieoderwalnie związanym z możliwością realnego funkcjonowania podmiotu gospodarczego, a także świadczącym o jej kapitałowym charakterze, albowiem osobowość prawna przypisana do osoby prawnej, a nierozdzielnie związana z posiadaniem przez spółkę organów działających w jej imieniu, jest charakterystyczna dla wszystkich spółek kapitałowych prawa handlowego, zdefiniowanych w art. 4 KSH.

Na gruncie regulacji odnoszącej się do spółki z ograniczoną odpowiedzialnością można wskazać jej wewnętrzne stosunki korporacyjne warunkujące wzajemne powiązania organów spółki, a także przewidujące swoisty trójpodział władzy między organami pełniącymi określone funkcje i posiadającymi pewną, określoną strukturą spółki, więzkę kompetencji.

Zarząd spółki jako organ osoby prawnej posiada prawo reprezentacji spółki, tj. występuje w imieniu spółki w stosunkach zewnętrznych, a także zajmuje się prowadzeniem bieżącej działalności spółki (art. 201 KSH).

Rada nadzorcza lub komisja rewizyjna, jeśli zostały powołane lub jeśli konieczność ich powołania wynika z przepisów KSH (art. 213 KSH), posiadają funkcje kontrolne w spółce, a w pewnych opisanych ustawowo przypadkach – również nadzorcze.

5 J. Frąckowiak, *System Prawa Prywatnego*, t. 1, [pod. red.] M. Safjana, wyd. 1, Warszawa 2007 r.

Ostatnim organem spółki o najbardziej doniosłym znaczeniu dla jej funkcjonowania spółki jest zgromadzenie wspólników, które posiada uprawnienia uchwałodawcze. Zgromadzenie wspólników w przyjmowanych uchwałach podejmuje najważniejsze dla funkcjonowania spółki decyzje, m.in. określając przedmiot działalności spółki, a także powołując i odwołując członków innych organów spółki. Zgromadzenie wspólników powstaje w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością, w sposób automatyczny, bez potrzeby podejmowania jakiegokolwiek działań przez inne organy spółki. Każdorazowo członkiem zgromadzenia wspólników staje się osoba nabywająca udziały w kapitale zakładowym spółki, co jest związane z uzyskaniem statusu wspólnika.

Wszystkie składowe elementy związane z funkcjonowaniem organów w ramach konstrukcji spółki z ograniczoną odpowiedzialnością przemawiają za jej kapitałowym charakterem, co szczególnie uwidacznia się w momencie analizy składu osobowe zgromadzenia wspólników, w którym członkostwo zależne jest od posiadania udziałów w spółce, a zatem – wniesienia określonego wkładu (kapitału) na objęcie owych udziałów spółki.

Indywidualna kontrola przysługująca wspólnikom spółki

Prawo indywidualnej kontroli przysługujące wspólnikom spółki zostało określone w art. 212 KSH i ma charakter osobistego prawa korporacyjnego wspólników, albowiem, ex lege, jest związane z udziałem w spółce z ogra-

niczoną odpowiedzialnością⁶. Jest typowym uprawnieniem przysługującym wspólnikom spółek osobowych. Z brzmienia normy zawartej w art. 212 KSH wynika, że wspólnicy umową spółki, mogą ograniczyć przysługujące im uprawnienie, a nawet je wyłączyć, jednakże takie wyłączenie powinno zostać zawarte w treści umowy spółki i spełniać określone warunki wynikające z art. 213 § 3 KSH tj. w spółce powołana musi być rada nadzorcza lub komisja rewizyjna.

Zgodnie z literalnym brzmieniem przepisu, „prawo kontroli służy każdemu wspólnikowi”. Członkostwo w spółce i status wspólnika są immanentnie związane z posiadaniem udziałów w kapitale zakładowym spółki. W przypadku omawianego uprawnienia nie ma znaczenia ilość posiadanych udziałów oraz ich wartość. Wspólnikiem jest zarówno osoba, która ma 99 % udziałów, jak i ta, która ma 1 % udziałów w kapitale zakładowym spółki⁷.

Wspólnik wykonując prawo indywidualnej kontroli, może podejmować następujące czynności:

- przegląda
- księgi i dokumenty spółki,
- sporządzać bilans dla własnego użytku,
- żądać wyjaśnień od zarządu

Czynności faktyczne dokonane przez wspólnika w zakresie kontroli zostały ujęte szeroko⁸, dając wspólnikowi możliwość zbadania i sprawdzenia stanu majątkowego spółki oraz kwestii zwią-

zanych z jej funkcjonowaniem, co pozwala na ocenę zgodności działań spółki z przepisami prawa, zapisami umowy oraz innymi obowiązującymi w spółce aktami⁹. Wszelkie wskazane powyżej rozważania prowadzą do wniosku, że zakres przysługującej wspólnikowi kontroli jest podobny do tej, jaka przysługuje wspólnikom spółek osobowych. Jako wpisany ustawowo w konstrukcję spółki z ograniczoną odpowiedzialnością wprowadza w spółce kapitałowej istotny element osobowy, związany bezpośrednio ze wspólnikami spółki. Nadaje on spółce, w zakresie kontroli przez wspólników, charakter osobowy.

Żądanie wyłączenia wspólnika spółki z ograniczoną odpowiedzialnością

Żądanie wyłączenia wspólnika, w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością ma podstawowe znaczenie dla prawidłowego funkcjonowania spółki i wzajemnych relacji między wspólnikami, ponieważ może stanowić środek o charakterze prewencyjnym i dyscyplinującym wspólników, w przypadku działania niezgodnego z interesem spółki. Dlatego przy podejmowaniu decyzji o zawiązaniu spółki z o.o. istotne jest, by pamiętać o regulacji odnoszącej się do możliwości wyłączenia wspólnika ze spółki.

Normy dotyczące wyłączenia wspólnika mają charakter ius cogens i nie mogą być wyłączone ani ograniczone postanowieniami umownymi. Jedyna możliwość zmiany w zakresie omawianej instytucji, podlegająca modyfikacji ze strony wspólników, to rozszerzenie legitymacji czynnej do wniesienia powództwa z art.

6 A. Herbert [w]: *System Prawa Prywatnego, Prawo Spółek Kapitałowych*, t. 17A, [pod red.] S. Sołtyśńskiego, Warszawa 2015 r.

7 M. Chmiuk [w]: *Kodeks Spółek handlowych Komentarz*, pod red. Z. Jara, wyd. 1, Warszawa 2014 r.

8 M. Rodzyński, *Kodeks Spółek Handlowych Komentarz*, wyd. 6, Warszawa 2014 r.

9 K. Kopaczńska – Piecniak, *Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością*, pod red. A. Kidyba, wyd. 3, Warszawa 2013 r.

266 KSH. Przedmiotowe uregulowanie ze względu na swoją konstrukcję może być rozważane jako element osobowy lub kapitałowy, jednak ze względu na typowość instytucji wyłączenia wspólnika dla spółek osobowych należy przyjąć, zgodnie z dominującym głosem doktryny, że owa regulacja ma charakter osobowy, co potwierdza również porównanie uregulowań zawartych w: art. 63 § 2 KSH odnoszącym się do wyłączenia wspólnika w sztandarowej spółce osobowej, jaką jest spółka jawna oraz instytucji tzw. „wyciśnięcia” akcjonariusza mniejszościowego, przewidzianej w art. 418 KSH a odnoszącej się do spółki akcyjnej będącej „dojrzałą” formą spółki kapitałowej. Porównanie przytoczonych regulacji prowadzi do wniosku, że w konstrukcja wyłączenia wspólnika w spółce z o.o. zbliżona jest do regulacji wyłączenia wspólnika w spółkach osobowych.

Zgodnie z art. 266 KSH dokonać wyłączenia wspólnika w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością można jedynie z „ważnej przyczyny” dotyczącej danego wspólnika. Omawiana przesłanka ma charakter nieostry. Z potocznego znaczenia powyższych zwrotów można wywnioskować, iż powód ten nie może być błahy. Doktryna i judykatura „wypełniły” powyższą przesłankę określoną treścią. Zgodnie z przyjętym poglądem powód wyłączenia wspólnika nie musi wynikać z jego winy¹⁰. Szczególne znaczenie ma tutaj działanie wspólnika przyczyniające się do powstania po stronie spółki szkody. Brak lojalności wobec spółki oraz działalność konkurencyjna, mo-

gące przyjąć różną formę: prowadzenia działalności konkurencyjnej zbliżonej branżowo do działalności spółki¹¹ czy wykorzystanie, niezgodnie z interesem spółki, informacji dostępnych dla wspólników, w związku z wykonywaniem prawa indywidualnej kontroli, stanowi nadużycie prawa podmiotowego w rozumieniu art. 5 KC¹².

Co więcej zaangażowanie w działalność konkurencyjną może wynikać ze zdarzeń niezależnych od wspólnika, np. oddzielenie przedsiębiorstwa konkurencyjnego¹³. Część doktryny wskazuje, iż zakresem tym objęte jest również niewykonywanie świadczeń wynikających z umowy spółki (dopłaty, powtarzające się świadczenia niepieniężne)¹⁴. Ponadto wyłączeniu może podlegać wspólnik, który wykonując prawo indywidualnej kontroli, dopuszcza się szykanowania członków zarządu¹⁵. Dokonuje bojkotowania zgromadzeń wspólników, nie stawia się na zgromadzenia wspólników, co uniemożliwia podejmowanie decyzji. Jednakże nieobecność na zgromadzeniach wspólników nie może być podstawą wyłączenia, jeśli miała charakter incydentalny, a w szczególności, gdy liczba udziałów w kapitale zakładowym nieobecnego wspólnika nie blokowała możliwości podjęcia uchwały¹⁶.

Katalog ważnych przyczyn, stanowiących podstawę wyłączenia, nie jest zamknięty, a ponieważ decyzje w tym przedmiocie podejmuje sąd, należy uznać, że judykatura będzie rozszerzać i uzupełniać zakres tej przesłanki.

Wyłączony ze spółki może zostać wspólnik, a zatem osoba posiadająca choćby jeden udział w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością. Przyczyna dotycząca wspólnika pozwalająca na jego wyłączenie musi odnosić się do osoby wspólnika, choć nie wyklucza to możliwości wyłączenia większej liczby wspólników w przypadku ich wspólnego, szkodzącego spółce działania, jeśli zachowane zostają wymogi kapitałowe dla zastosowania normy art. 266 KSH, jednakże w toku procesu Sąd winien badać postępowanie każdego ze wspólników w sposób odrębny.

Zakaz inkorporowania praw udziałowych w dokumentach na okaziciela, imiennych i na zlecenie

Uregulowanie spółki akcyjnej, przewidujące wystawianie przez spółkę dokumentów ucieleśniających posiadane akcje (akcje imienne i na okaziciela), nie znajduje odzwierciedlenia w przepisach dotyczących spółki z ograniczoną odpowiedzialnością.

Spółka akcyjna, jako korporacja utworzona w celu prowadzenia dużych przedsięwzięć gospodarczych, często nie posiada informacji dotyczących swych akcjonariuszy, ponieważ obrót akcjami, (a z tym związane pozyskiwanie funduszy nierzadko w celach inwestycyjnych), często przyjmuje charakter anonimowy. Natomiast w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością, która przeznaczona jest głównie do prowadzenia małej i średniej działalności gospodarczej, gdzie wspól-

10 D.Fuchs, *Wyłączenie wspólnika w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością*, Monitor Prawniczy 7/1997.

11 A.Kidyba, *Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Komentarz*, wyd.6, Warszawa 2014 r.

12 M. Allerhand, *Kodeks handlowy komentarz*, wyd.1, Lwów 1935 r.

13 J. Tomkiewicz, J. Boch, *Spółka*, s. 231- 232, podaje za: A. Kidyba, *Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością komentarz*, wyd. 6, Warszawa 2014 r.

14 W.Cajse, *Analiza prawnej dopuszczalności łączenia statusu pracowniczego ze statusem wspólnika w spółce z o.o.*, [w:] *Prawo Spółek*, nr 9/2001.,

15 R. Pabis [w]: *KSH. Komentarz*, J. Bieniak, M. Bieniak, G. Nita – Jagielski, K. Oplustil, R. Pabis, A. Rachwał, M. Spyra, G. Suliński, M. Tofel, R. Zawłocki wyd.2, Warszawa 2012 r.

16 Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dn. 8 maja 2003 r. w sprawie o sygn. akt I ACa 1874/01.

nicy nie pozostają w stosunku do siebie anonimowi, spółka nie może przybrać charakteru spółki otwartej¹⁷.

Główna funkcja omawianego przepisu sprowadza się do ograniczenia dostępu do spółki, w tym sensie, iż na strukturę udziałową w spółce mają wpływ wspólnicy, co prowadzi do braku możliwości anonimowego obrotu udziałami¹⁹. W doktrynie przyjęte jest, iż treść omawianego przepisu, ogranicza możliwość wystawiania na prawa udziałowe w spółce z o.o. papierów wartościowych, co ma zniwelować spekulacje udziałami¹⁹.

Wyodrębnienie rodzajów papierów wartościowych w art. 174 § 6 KSH ma fundamentalne znaczenie w zakresie ustalenia, jakie papiery wartościowe nie mogą być wystawiane na udziały w spółce z o.o.²⁰. Praktyka obrotu dopuszcza wystawianie przez zarząd tzw. świadectw udziałowych, które nie są ucieleśnieniem praw udziałowych, a mogą stanowić jedynie dowód nabycia udziałów w spółce²¹. Ponadto przepis rozgranicza udziały oraz prawo do zysku, a należy

podkreślić, że prawo do zysku, będące jednym z podstawowych majątkowych praw udziałowych, jest nierozdzielnie związane z udziałem²². Jednakże występujące w obrocie świadectwa nie stanowią papierów wartościowych i jako takie nie mogą być rozpatrywane.

Wprowadzony przepisem art. 174 § 6 KSH zakaz wystawiania papierów wartościowych na prawa udziałowe w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością stanowi o jej znacznym odróżnieniu od spółki akcyjnej w zakresie funkcjonowania w obrocie gospodarczym także jako spółki kapitałowej posiadającej element osobowy, w zakresie „ograniczenia” obrotu udziałami spółki.

Kwalifikacja charakteru ustawowego modelu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością

Zaprezentowane powyżej cechy konstrukcyjne spółki z ograniczoną odpowiedzialnością wpisane w jej model ustawowy, pomimo legalnego zakwalifikowania do kręgu spółek kapitałowych, prowadzą do wniosku, że spółka z o.o.

w swoim modelowym/ustawowym wariantcie ma charakter spółki mieszanej kapitałowo-osobowej, o przeważających konstrukcyjnych cechach spółki kapitałowej. Wynika to z jej osobowości prawnej, odrębności majątkowej od wspólników, działania poprzez organy, a także posiadania przez nią przewidzianych w przepisach KSH elementów osobowych. Owe elementy osobowe, charakterystyczne dla spółki osobowej odróżniają spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością od pełnej formy spółki kapitałowej, jaką jest spółka akcyjna.

Przedstawione cechy spółki z ograniczoną odpowiedzialnością nie są zależne od wspólników spółki i nie posiadają oni, co do zasady, żadnego wpływu na ich kształt. Umowa spółki poprzez dodanie określonych dodatkowych cech osobowych lub kapitałowych spółce może doprowadzić do jej konstrukcyjnego przybliżenia do pełnej formy spółki kapitałowej, jaką jest spółka akcyjna lub do spółki osobowej – możliwość ta sprawia, że spółka z o.o. jest bez wątpienia atrakcyjną formą prowadzenia działalności.

17 A.Kidyba, *Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Komentarz*, wyd.6, Warszawa 2014 r.

18 W. Pyziół: *Kodeks Spółek Handlowych Komentarz*, pod red. K.Kruczalaka, wyd. 1, Warszawa 2001 r.

19 R. Pabis, *KSH. Komentarz*, J. Bieniak, M. Bieniak, G. Nita – Jagielski, K. Oplustil, R. Pabis, A. Rachwał, M. Spyra, G. Suliński, M. Tofel, R. Zawłocki, wyd. 2, Warszawa 2012 r.

20 M. Ożóg, *Kodeks Spółek Handlowych Komentarz*, pod red. Z. Koźmy i M. Ożoga, wyd.1, Gdańsk 2012 r.

21 A. Szajkowski/M.Tarska, *Kodeks Spółek Handlowych. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością. Komentarz do artykułów 151-300*, t. 2, Sołtysiński, Szajkowski, Szumański, Szwaja, wyd.3, Warszawa 2014 r.

22 M. Allerhand, *Kodeks handlowy komentarz*, wyd. 1, Lwów 1935 r.

Summary

The above presented constructional features of a limited liability company inscribed in its statutory model, despite its legal qualification as a capital company, lead to the conclusion that this company in its model/statutory variant has the character of a mixed capital-personal company with the predominant constructional features of a capital company, resulting from its legal personality, property separateness from its partners and operation through bodies. However, the author's attention is also drawn to the fact that due to the presence of numerous statutory characteristics of a partnership, which distinguish it from a full form of a capital company, such as a joint-stock company.

Bogusław Gąszcz

Autor publikacji naukowych z dziedziny prawa.

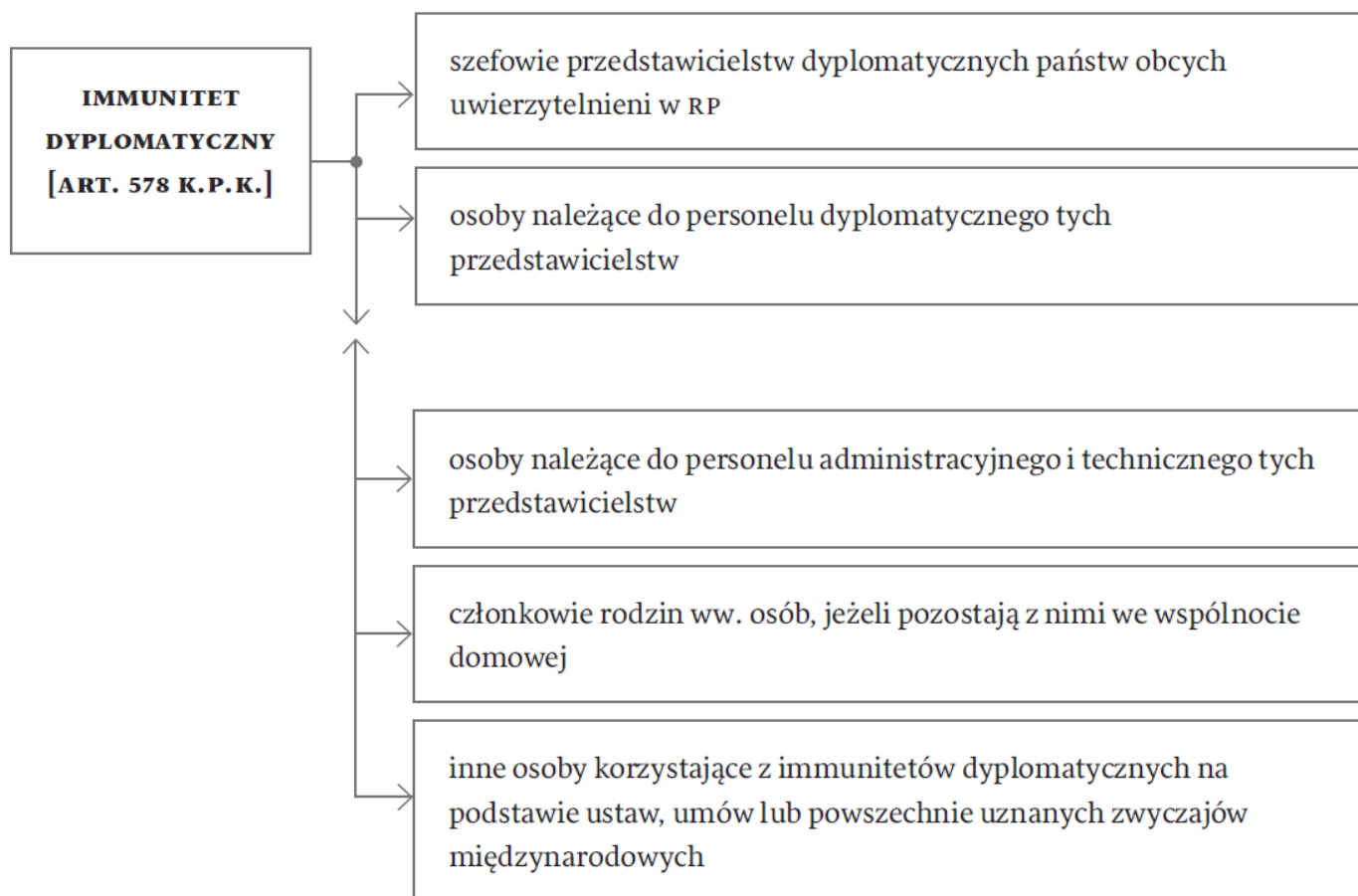
Słowa kluczowe: kodeks karny, immunitet dyplomatyczny, immunitet konsularny, proces karny, ekstradycja, areszt tymczasowy

POSTĘPOWANIE W SPRAWACH KARNYCH ZE STOSUNKÓW MIĘDZYNARODOWYCH

Postępowanie karne nie dotyczy jedynie przestępstw popełnionych na terenie Polski lub sprawców będących obywatelami polskimi, którzy przebywają na terenie RP. W związku z tym Kodeks postępowania karnego reguluje materię dotyczącą postępowania w sprawach z czynnikiem międzynarodowym.

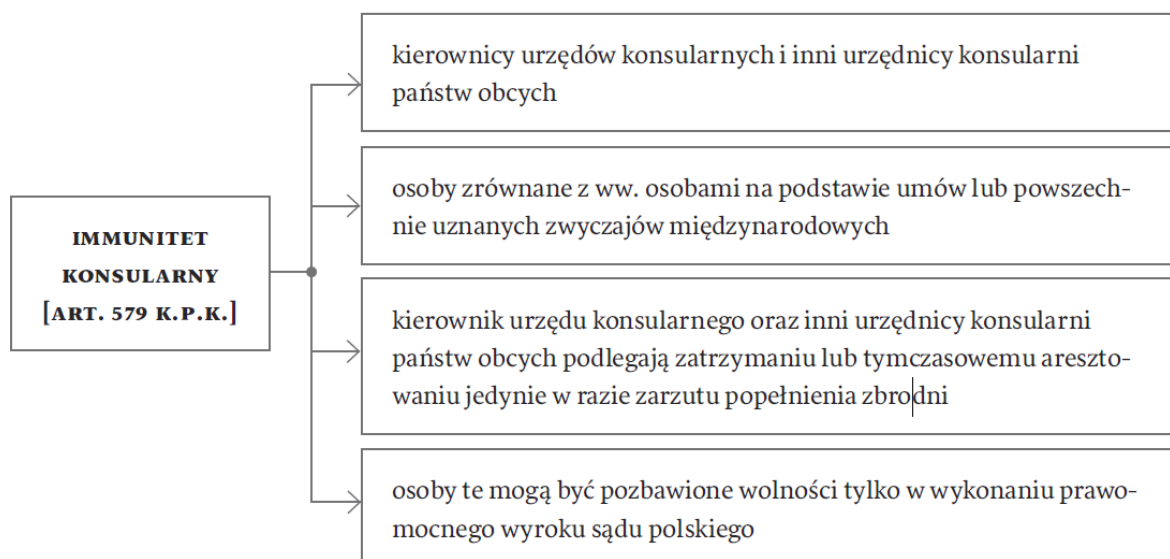
Immunitety osób należących do przedstawicielstw dyplomatycznych i urzędów konsularnych państw obcych [art. 578–584 k.p.k.]

Immunitet dyplomatyczny wiąże się z niepodleganiem orzecznictwu polskich sądów karnych w jakiegokolwiek sprawie oraz niepodleganiem zatrzymaniu w razie popełnienia zbrodni.



Wyżej wymienione osoby nie są obowiązane do składania zeznań w charakterze świadka lub do występowania w charakterze biegłego lub tłumacza; można jednak zwrócić się o wyrażenie przez te osoby zgody na złożenie zeznań albo na wystąpienie w charakterze biegłego lub tłumacza. [art. 581 k.p.k.]

Immunitet konsularny oznacza niepodleganie orzecznictwu polskich sądów karnych w zakresie czynności pełnionych podczas i w związku z wykonywaniem ich funkcji urzędowych, a na zasadzie wzajemności – w pozostałym zakresie.



Wyżej wymienione osoby nie są obowiązane do składania zeznań w charakterze świadka lub do występowania w charakterze biegłego lub tłumacza; można jednak zwrócić się o wyrażenie przez te osoby zgody na złożenie zeznań albo na wystąpienie w charakterze biegłego lub tłumacza, jeżeli okoliczności, których zeznania lub opinie mają dotyczyć, związane są z wykonywaniem przez te osoby funkcji urzędowych lub służbowych, a na zasadzie wzajemności – także w zakresie innych okoliczności. [art. 582 k.p.k.]

Uwaga! Nie stosuje się przepisów dotyczących niepodlegania orzecznictwu polskich sądów karnych w zakresie immunitetu dyplomatycznego i konsularnego, gdy państwo wysyłające zrzeknie się w wyraźny sposób immunitetu w stosunku do osób wymienionych w tych przepisach. [art. 580 k.p.k.]

Przeszukania pomieszczeń przedstawicielstwa dyplomatycznego można dokonać tylko za zgodą szefa tego przedstawicielstwa lub osoby czasowo pełniącej jego funkcję. Do przeszukania pomieszczeń konsularnych konieczna jest zgoda kierownika urzędu konsularnego lub osoby czasowo pełniącej jego funkcję albo szefa przedstawicielstwa dyplomatycznego. [art. 583 k.p.k.]

Przepisów dotyczących immunitetów nie stosuje się do osób w nich wymienionych w zakresie czynności niepełnionych podczas i w związku z wykonywaniem ich funkcji urzędowych, jeżeli są obywatelami polskimi lub mają w RP stałe miejsce zamieszkania. [art. 584 k.p.k.]

Przejęcie i przekazanie ścigania karnego [art. 590–592f k.p.k.]

PRZESŁANKI DO PRZEJĘCIA ŚCIGANIA [ART. 590 K.P.K.]	
miejsce popełnienia przestępstwa	przestępstwo popełnione za granicą
sprawca przestępstwa	<ul style="list-style-type: none"> • obywatel polski • osoba mająca na terytorium Polski stałe miejsce zamieszkania • osoba, która odbywa lub będzie odbywać w Polsce karę pozbawienia wolności • osoba, przeciwko której wszczęto w Polsce postępowanie karne
przesłanka merytoryczna	wymaga tego interes wymiaru sprawiedliwości

Minister Sprawiedliwości zwraca się do właściwego organu państwa obcego z wnioskiem o przekazanie ścigania albo może przyjąć taki wniosek od właściwego organu państwa obcego. Przejęcie ścigania karnego uważa się za wszczęcie postępowania karnego według prawa polskiego.

PRZESŁANKI DO PRZEKAZANIA ŚCIGANIA [ART. 591 K.P.K.]	
miejsce popełnienia przestępstwa	przestępstwo popełnione na terytorium Polski
sprawca przestępstwa	cudzoziemiec
przesłanka merytoryczna	wymaga tego interes wymiaru sprawiedliwości

Minister Sprawiedliwości może przekazać ściganie:

- z urzędu;
- z inicjatywy sądu;
- z inicjatywy prokuratora.

W tym celu zwraca się do właściwego organu państwa obcego z wnioskiem o przejęcie ścigania albo przyjmuje taki wniosek od właściwego organu państwa obcego:

- którego obywatelem jest poszukiwany;
- w którym na stałe mieszka osoba ścigana;
- w którym osoba ścigana odbywa lub będzie odbywała karę pozbawienia wolności;
- w którym przeciwko osobie ściganej wszczęto postępowanie karne.

Jeżeli pokrzywdzonym jest obywatel polski, złożenie wniosku o przejęcie ścigania może nastąpić tylko za jego zgodą, chyba że jej uzyskanie nie jest możliwe.

Przekazanie ścigania karnego uważa się za umorzenie postępowania karnego według prawa polskiego; nie stoi to na przeszkodzie ponownemu postępowaniu karnemu w razie bezpodstawnego zaniechania ścigania za granicą.

Jeżeli co do tego samego czynu tej samej osoby wszczęto postępowanie karne w RP i w państwie obcym, Minister Sprawiedliwości przeprowadza konsultacje z właściwym organem państwa obcego i – jeżeli wymaga tego interes wymiaru sprawiedliwości – występuje z wnioskiem o przejęcie albo przekazanie ścigania karnego. [art. 592 k.p.k.].

Wystąpienie o wydanie lub przewóz osób ściganych lub skazanych przebywających za granicą oraz o wydanie przedmiotów (ekstradycja czynna) [art. 593–601 k.p.k.]

Przepisy Kodeksu postępowania karnego regulują przesłanki i tryb postępowania w związku z wystąpieniem do państwa obcego o wydanie poszukiwanych osób i rzeczy.

WNIOSKI EKSTRADYCYJNE I TRYB ICH ZGŁASZANIA [ART. 593 K.P.K.] ORAZ [ART. 595 K.P.K.]	
RODZAJE WNIOSKÓW	TRYB ZGŁASZANIA
o wydanie przez państwo obce osoby, przeciwko której wszczęto postępowanie karne	<ul style="list-style-type: none"> sądy i prokuratorzy za pośrednictwem Ministra Sprawiedliwości
o wydanie osoby w celu przeprowadzenia postępowania sądowego	w wypadkach niecierpiących zwłoki, sąd lub prokurator mogą zwrócić się bezpośrednio do właściwego organu państwa obcego o tymczasowe aresztowanie lub zatrzymanie osoby, co do której ma być złożony wniosek o wydanie, po czym niezwłocznie składają wniosek ekstradycyjny za pośrednictwem Ministra Sprawiedliwości
o wydanie osoby w celu wykonania orzeczonej kary pozbawienia wolności	
o przewóz przez terytorium państwa obcego osoby ściganej lub skazanej	
o wydanie z terytorium państwa obcego dowodów rzeczowych lub przedmiotów uzyskanych przez sprawcę w wyniku przestępstwa	

Uwaga! Osoba wydana nie może być bez zgody państwa wydającego ścigana, skazana ani pozbawiona wolności w celu wykonania kary za inne przestępstwo popełnione przed dniem wydania niż to, w związku z którym nastąpiło wydanie.

Innymi słowy, osoba wydana może być ścigana (itp.) tylko za przestępstwo określone w decyzji o ekstradycji. Jest to tzw. zasada specjalności. [art. 596 k.p.k.] Jeżeli np. we wniosku ekstradycyjnym wskazano również inne przestępstwa, w sprawie których toczy się postępowanie karne przeciwko osobie wydanej, ale brak zgody organu państwa wydającego na ich ściganie, wówczas postępowanie w tej części podlega umorzeniu.

Konsekwencją zasady specjalności przy wydaniu osoby celem wykonania kary pozbawienia wolności jest konieczność wydania nowego wyroku przez polski sąd karny, którego wyrok się uprawomocnił. Jeżeli podczas wydania osoby pojawi się zastrzeżenie, że w stosunku do niej orzeczone już kary będą wykonane tylko za te przestępstwa, co do których nastąpiło wydanie, sąd, który prawomocnie orzekł w sprawie, wydaje w razie potrzeby na posiedzeniu wyrok zmieniający orzeczenie w taki sposób, aby kary były wykonywane tylko za te przestępstwa, co do których nastąpiło wydanie sprawcy (chodzi przede wszystkim o orzeczenie nowej kary łącznej). Prokurator i osoba wydana mają prawo wziąć udział w posiedzeniu. [art. 597 k.p.k.].

Wydanie oraz przewóz osób ściganych albo skazanych lub wydanie przedmiotów na wniosek państw obcych (ekstradycja bierna) [art. 602–607 k.p.k.]

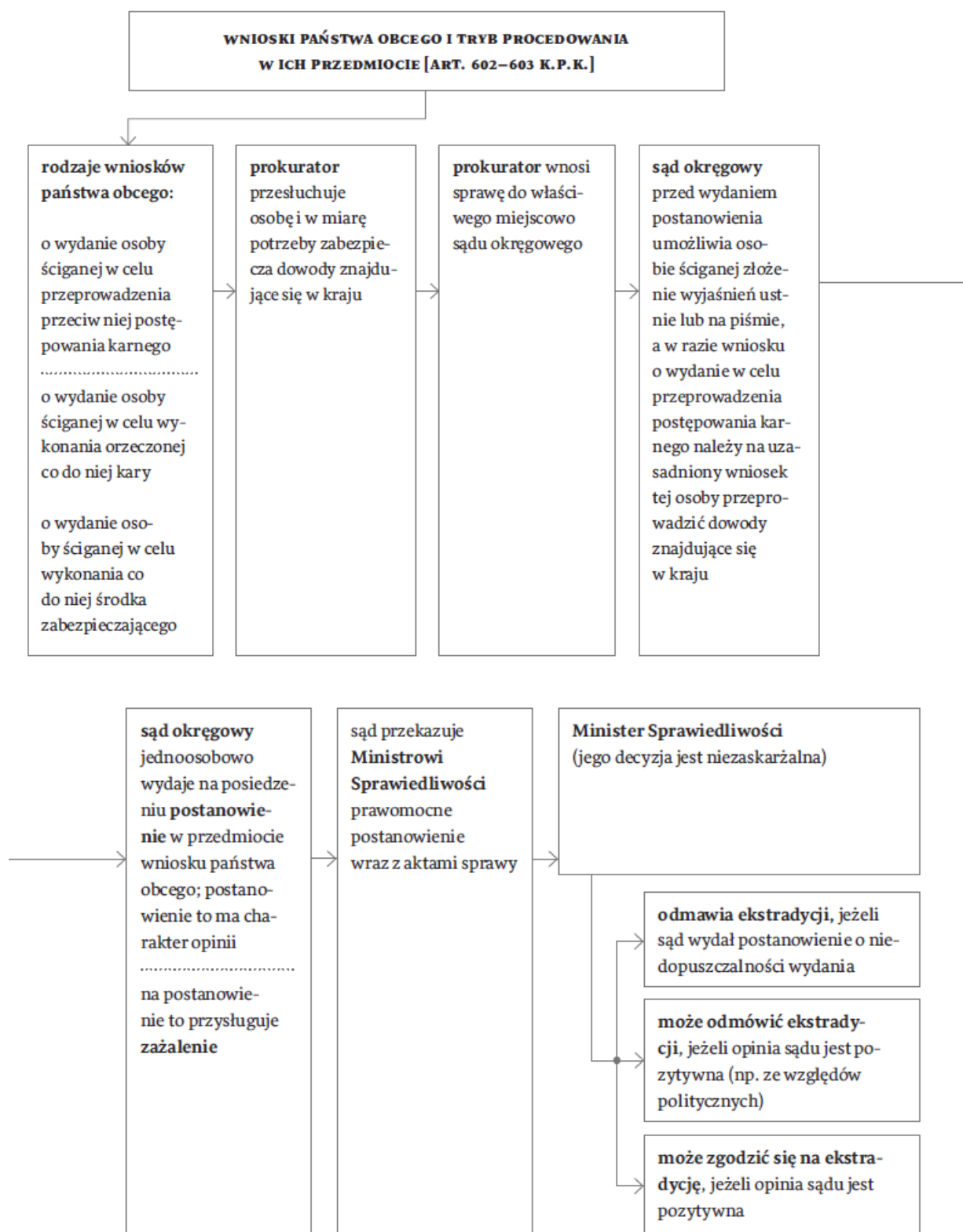
Państwa obce posiadają również uprawnienie do zwrócenia się do Polski o wydanie osób i rzeczy przez nich poszukiwanych.

Tymczasowe aresztowanie przy ekstradycji osoby ściganej jest fakultatywne. [art. 605 k.p.k.] Postanowienie wydaje sąd okręgowy z urzędu lub na wniosek prokuratora. Przed złożeniem wniosku o wydanie sąd może wydać postanowienie o tymczasowym aresztowaniu ściganego na czas nie dłuższy niż 40 dni, jeżeli organ państwa obcego zwraca się o to, zapewniając, że wobec tej osoby zapadł w tym państwie prawomocny wyrok skazujący lub wydano decyzję o tymczasowym aresztowaniu. Na postanowienie sądu w przedmiocie tymczasowego aresztowania przysługuje zażalenie.

O dniu tymczasowego aresztowania należy niezwłocznie powiadomić Ministra Sprawiedliwości oraz przedstawicielstwo dyplomatyczne lub urząd konsularny albo organ ścigający państwa obcego.

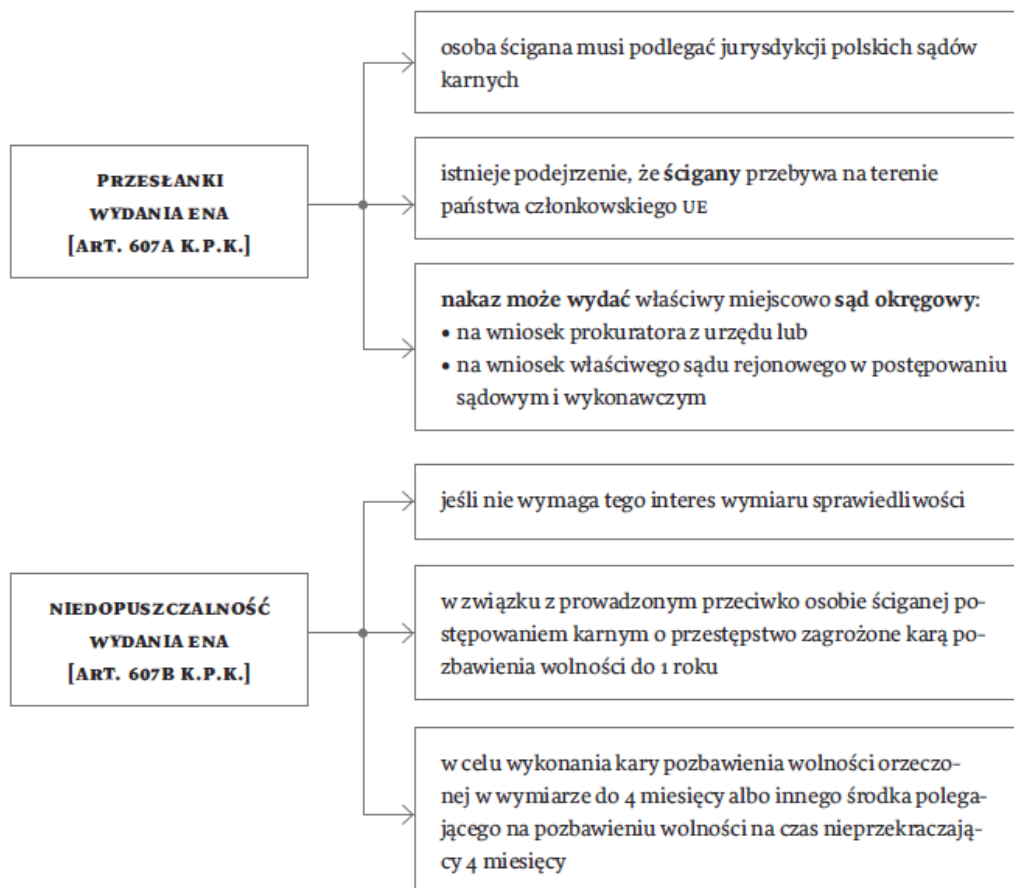
Zatrzymanie osoby ściganej może nastąpić także na podstawie informacji o poszukiwaniu zamieszczonych w bazie danych Międzynarodowej Organizacji Policji Kryminalnej lub w Systemie Informacyjnym Schengen. Przepisy art. 244–246 oraz art. 248 k.p.k. stosuje się odpowiednio. [art. 605a k.p.k.].

PRZESZKODY EKSTRADYCYJNE [ART. 604 K.P.K.]	
obligatoryjne	<ul style="list-style-type: none">osoba, której wniosek dotyczy, jest obywatelem polskim albo korzysta w RP z prawa azyluczyn nie zawiera znamion czynu zabronionego albo gdy ustawa uznaje, że czyn nie stanowi przestępstwa, albo że sprawca nie popełnia przestępstwa lub nie podlega karzenastąpiło przedawnieniepostępowanie karne co do tego samego czynu tej samej osoby zostało prawomocnie zakończonepostępowanie karne byłoby sprzeczne z polskim prawemzachodzi uzasadniona obawa, że w państwie żądającym wydania wobec osoby wydanej może zostać orzeczona lub wykonana kara śmiercizachodzi uzasadniona obawa, że w państwie żądającym wydania może dojść do naruszenia wolności i praw osoby wydanejdotyczy osoby ściganej za popełnienie bez użycia przemocy przestępstwa z przyczyn politycznych
fakultatywne (katalog otwarty)	<ul style="list-style-type: none">osoba, której wniosek dotyczy, ma w RP stałe miejsce zamieszkaniaprzestępstwo zostało popełnione na terytorium RP albo na polskim statku wodnym lub powietrznymco do tego samego czynu tej samej osoby toczy się postępowanie karneprzestępstwo podlega ściganiu z oskarżenia prywatnegowedług prawa państwa, które złożyło wniosek o wydanie, przestępstwo jest zagrożone karą pozbawienia wolności do roku lub karą łagodniejszą albo orzeczono taką karęprzestępstwo, w związku z którym żąda się wydania, jest przestępstwem o charakterze wojskowym lub skarbowym albo o charakterze politycznym innym niż popełnione bez użycia przemocypaństwo, które złożyło wniosek o wydanie, nie zapewnia wzajemności



Wystąpienie do państwa członkowskiego UE o przekazanie osoby ściganej na podstawie europejskiego nakazu aresztowania (ENA) [art. 607a–607j k.p.k.]

Europejski nakaz aresztowania jest uproszczoną formą przekazywania osób ściganych (a więc takich, którym zarzuty lub które prawomocnie skazano) między państwami Unii Europejskiej. Dzięki tej procedurze możliwe jest szybkie i sprawne przekazywanie takich osób.



Zasada specjalności oznacza, że:

- osoby przekazanej w wyniku wykonania nakazu nie można ścigać za przestępstwa inne niż te, które stanowiły podstawę przekazania;
- nie można wykonać orzeczonych wobec niej za te przestępstwa kar pozbawienia wolności albo innych środków polegających na pozbawieniu wolności (nie dotyczy to kary grzywny i ograniczenia wolności). [art. 607e § 1 i 3 k.p.k.]

Wyjątki od stosowania zasady specjalności:

- państwo wykonania nakazu złożyło oświadczenie o dopuszczalności ścigania lub wykonania kar pozbawienia wolności albo innych środków polegających na pozbawieniu wolności za wszystkie czyny popełnione przed przekazaniem, chyba że organ sądowy tego państwa w orzeczeniu o przekazaniu postanowił inaczej;
- mimo takiej możliwości, osoba przekazana nie opuściła terytorium Polski w ciągu 45 dni od dnia prawomocnego zakończenia postępowania albo po opuszczeniu terytorium Polski na nie powróciła;
- nie została orzeczona wobec niej kara pozbawienia wolności albo inny środek polegający na pozbawieniu wolności;
- postępowanie karne nie wiąże się ze stosowaniem wobec osoby ściganej środka polegającego na pozbawieniu wolności;
- czyn osoby ściganej jest zagrożony karą lub środkiem niepolegającym na pozbawieniu wolności;
- osoba ścigana wyraziła zgodę na przekazanie i zrzekła się korzystania z prawa specjalności;
- osoba ścigana po swym przekazaniu złożyła przed sądem właściwym do rozpoznania sprawy oświadczenie o zrzeczeniu się

- korzystania z prawa specjalności w odniesieniu do czynów popełnionych przed przekazaniem;
- organ sądowy państwa wykonania nakazu, który przekazał osobę ściganą, na wniosek sądu właściwego do wydania nakazu, wyraził zgodę na ściganie lub wykonanie kar pozbawienia wolności albo innych środków polegających na pozbawieniu wolności za ww. przestępstwa.

Sąd, który prawomocnie orzekł w sprawie, może zarządzić wykonanie kar tylko za te przestępstwa, które stanowiły podstawę przekazania osoby ściganej.

Mimo prawomocności orzeczenia zarządzającego wykonania kary (art. 9 § 1 k.k.w.), sąd ponownie musi wyznaczyć posiedzenie w trybie art. 607e § 2 k.p.k. Właściwy jest sąd, który prawomocnie orzekł w sprawie. Sąd może zarządzić wykonanie kary tylko za te przestępstwa, które stanowiły podstawę przekazania osoby ściganej. W posiedzeniu sądu mają prawo wziąć udział prokurator i osoba ścigana, a jeżeli jest pozbawiona wolności, wystarczy ustanowić obrońcę z urzędu. Na postanowienie sądu przysługuje zażalenie.

Osoba ścigana nie może cofnąć oświadczenia o zrzeczeniu się zasady specjalności. [art. 607 § 3a k.p.k.]

Na poczet orzeczonej lub wykonywanej kary pozbawienia wolności zalicza się okres faktycznego pozbawienia wolności w państwie wykonania nakazu w związku z przekazaniem. [art. 607f k.p.k.].

DALSZE PRZEKAZANIE OSOBY ŚCIGANEJ [ART. 607i K.P.K.]	
reguła	zgodnie z zasadą specjalności nie ma możliwości dalszego przekazania
wyjątki	osoba ścigana, która w wyniku przekazania znalazła się na terytorium RP, podlega dalszemu przekazaniu bez zgody państwa wykonania nakazu w związku z przestępstwami popełnionymi przed przekazaniem, jeżeli: <ul style="list-style-type: none"> • mimo takiej możliwości, nie opuściła terytorium RP w ciągu 45 dni od dnia prawomocnego zakończenia postępowania albo po opuszczeniu terytorium RP na nie powróciła • wyraziła zgodę na swe przekazanie do państwa innego niż państwo wykonania nakazu • wyraziła zgodę na swe przekazanie i zrzekła się korzystania z zasady specjalności • po swym przekazaniu złożyła przed sądem właściwym do rozpoznania sprawy oświadczenie o zrzeczeniu się korzystania z zasady specjalności w odniesieniu do czynów popełnionych przed przekazaniem • organ sądowy państwa wykonania nakazu, który przekazał osobę ściganą, na wniosek sądu właściwego do rozpoznania sprawy, wyraził zgodę na ściganie lub wykonanie kar pozbawienia wolności albo innych środków polegających na pozbawieniu wolności za przestępstwa popełnione przed przekazaniem

Na dalsze przekazanie osoby ściganej, która w wyniku przekazania znalazła się na terytorium RP, wymagana jest zgoda właściwego organu sądowego państwa wykonania nakazu, które przekazało tę osobę. Wniosek właściwego sądu okręgowego (jest to postanowienie wraz z uzasadnieniem) o wyrażenie zgody na dalsze przekazanie powinien zawierać informacje jak przy europejskim nakazie aresztowania.

Wystąpienie państwa członkowskiego UE o przekazanie osoby ściganej na podstawie europejskiego nakazu aresztowania (nakaz europejski) [art. 607k–607zc k.p.k.]

Przekazanie z terytorium Polski osoby ściganej europejskim nakazem aresztowania następuje na podstawie nakazu europejskiego w celu:

- przeprowadzenia przeciwko niej postępowania karnego na terytorium innego państwa członkowskiego Unii Europejskiej;

- wykonania orzeczonej kary pozbawienia wolności;
- wykonania innego środka polegającego na pozbawieniu wolności.

NAKAZ EUROPEJSKI – TRYB WYDANIA [ART. 607K–607M K.P.K.]	
zainicjowanie postępowania	nakaz europejski z państwa członkowskiego UE przesyła się prokuratorowi
prokurator	<ul style="list-style-type: none"> • przesłuchuje osobę, której nakaz dotyczy, informując ją o treści nakazu europejskiego oraz o możliwości wyrażenia zgody na przekazanie lub zgody na niestosowanie zasady specjalności • wnosi sprawę do właściwego miejscowo sądu okręgowego
sąd okręgowy	<ul style="list-style-type: none"> • na wniosek prokuratora sąd okręgowy może zastosować tymczasowe aresztowanie, oznaczając jego termin na czas niezbędny do przekazania osoby ściganej, przy czym łączny okres stosowania tymczasowego aresztowania nie może przekroczyć 100 dni • przed wpływieniem nakazu europejskiego sąd może zastosować wobec osoby ściganej tymczasowe aresztowanie na czas nie dłuższy niż 7 dni, jeżeli zwraca się o to właściwy organ sądowy, który wydał nakaz europejski, zapewniając, że wobec osoby ściganej zapadł prawomocny wyrok skazujący lub wydano inną decyzję będącą podstawą pozbawienia wolności • sąd przesłuchuje ściganego przed rozpoznaniem nakazu (jeżeli jednocześnie z wydaniem nakazu europejskiego państwo członkowskie UE zwróciło się o przesłuchanie osoby ściganej)

NAKAZ EUROPEJSKI – TRYB WYDANIA [ART. 607K–607M K.P.K.]	
	<ul style="list-style-type: none"> • w przedmiocie przekazania i tymczasowego aresztowania sąd orzeka na posiedzeniu, w którym mają prawo wziąć udział prokurator i obrońca • jeżeli osoba ścigana wyrazi taką wolę, sąd przyjmuje od niej do protokołu oświadczenie o zgodzie na przekazanie lub o zgodzie na niestosowanie zasady specjalności – oświadczenie to nie może być cofnięte, o czym należy pouczyć osobę ściganą • na postanowienie sądu w przedmiocie przekazania przysługuje zażalenie, które wnosi się w terminie 3 dni od dnia ogłoszenia postanowienia, a jeżeli osoba ścigana pozbawiona jest wolności i nie została sprowadzona na posiedzenie sądu – od dnia jego doręczenia • sąd okręgowy wydaje postanowienie w przedmiocie przekazania w terminie 40 dni od dnia zatrzymania osoby ściganej; jeżeli osoba ścigana złożyła oświadczenie o zgodzie na przekazanie bądź niestosowanie zasady specjalności, termin ten wynosi 3 dni i biegnie od dnia złożenia oświadczenia <p>postępowanie w przedmiocie przekazania powinno zakończyć się prawomocnie w terminie 60 dni od dnia zatrzymania osoby ściganej lub 10 dni od złożenia przez nią oświadczenia o zgodzie na przekazanie bądź niestosowanie zasady specjalności</p>

PODSTAWY ODMOWY WYKONANIA NAKAZU EUROPEJSKIEGO	
obligatoryjne [ART. 607P K.P.K.]	<ul style="list-style-type: none"> • przestępstwo, którego dotyczy nakaz europejski, w wypadku jurysdykcji polskich sądów karnych podlega darowaniu na mocy amnestii • w stosunku do osoby ściganej zapadło w innym państwie prawomocne orzeczenie co do tych samych czynów oraz, w wypadku skazania za te same czyny, osoba ścigana odbywa karę lub ją odbyła albo kara nie może być wykonana według prawa państwa, w którym zapadł wyrok skazujący • w stosunku do osoby ściganej zapadło prawomocne orzeczenie o przekazaniu do innego państwa członkowskiego UE • osoba, której dotyczy nakaz europejski, z powodu wieku nie ponosi według prawa polskiego odpowiedzialności karnej za czyny będące podstawą wydania nakazu europejskiego • naruszałoby to wolności i prawa człowieka i obywatela • nakaz został wydany w związku z przestępstwem popełnionym bez użycia przemocy z przyczyn politycznych
	<ul style="list-style-type: none"> • jeżeli nakaz europejski został wydany wobec osoby ściganej, która jest obywatelem polskim, wykonanie nakazu może nastąpić pod warunkiem, że czyn, którego dotyczy nakaz europejski, nie został popełniony na terytorium RP ani na polskim statku wodnym lub powietrznym oraz stanowił przestępstwo według prawa polskiego lub stanowiłby przestępstwo według prawa polskiego w razie popełnienia go na terytorium RP zarówno w czasie jego popełnienia, jak i w chwili wpłynięcia nakazu europejskiego
fakultatywne [ART. 607R K.P.K.]	<ul style="list-style-type: none"> • przestępstwo będące podstawą wydania nakazu europejskiego, inne niż wymienione w art. 607w, nie stanowi przestępstwa według prawa polskiego • przeciwko osobie ściganej, której dotyczy nakaz europejski, toczy się w RP postępowanie karne o przestępstwo, które stanowi podstawę nakazu europejskiego • wobec osoby ściganej, w związku z czynem będącym podstawą wydania nakazu europejskiego, zapadło już prawomocne orzeczenie o odmowie wszczęcia postępowania, o umorzeniu postępowania lub inne orzeczenie kończące postępowanie w sprawie • według prawa polskiego nastąpiło przedawnienie ścigania lub wykonania kary, a przestępstwa, których to dotyczy, podlegały jurysdykcji sądów polskich • nakaz europejski dotyczy przestępstw, które według prawa polskiego zostały popełnione, w całości lub w części, na terytorium RP, jak również na polskim statku wodnym lub powietrznym • za czyn zabroniony, którego dotyczy nakaz europejski, w państwie wydania nakazu europejskiego można orzec karę dożywotniego pozbawienia wolności albo inny środek polegający na pozbawieniu wolności bez możliwości ubiegania się o jego skrócenie • można także odmówić wykonania nakazu europejskiego wydanego w celu wykonania kary albo środka polegającego na pozbawieniu wolności, orzeczonych pod nieobecność osoby ściganej, chyba że: <ul style="list-style-type: none"> – osobę ściganą wezwano do udziału w postępowaniu lub w inny sposób zawiadomiono o terminie i miejscu rozprawy albo posiedzenia, pouczając, że niestawiennictwo nie stanowi przeszkody dla wydania orzeczenia, albo gdy miała ona obrońcę, który był obecny na rozprawie lub posiedzeniu

PODSTAWY ODMOWY WYKONANIA NAKAZU EUROPEJSKIEGO

- po doręczeniu osobie ściganej odpisu orzeczenia wraz z pouczeniem o przysługującym jej prawie, terminie i sposobie złożenia w państwie wydania nakazu wniosku o przeprowadzenie z jej udziałem nowego postępowania sądowego w tej samej sprawie, osoba ścigana w ustawowym terminie nie złożyła takiego wniosku albo oświadczyła, że nie kwestionuje orzeczenia
- organ, który wydał nakaz europejski, zapewni, że niezwłocznie po przekazaniu osoby ściganej do państwa wydania nakazu, zostanie jej doręczony odpis orzeczenia wraz z pouczeniem o przysługującym jej prawie, terminie i sposobie złożenia wniosku o przeprowadzenie z jej udziałem nowego postępowania sądowego w tej samej sprawie

Uwaga! Nakaz europejski wydany w celu wykonania kary pozbawienia wolności lub środka polegającego na pozbawieniu wolności wobec osoby ściganej będącej obywatelem polskim albo korzystającej w RP z prawa azylu nie podlega wykonaniu, jeżeli nie wyrazi ona zgody na przekazanie. Można także odmówić wykonania nakazu europejskiego, jeżeli został on wydany w celu wykonania kary pozbawienia wolności lub środka polegającego na pozbawieniu wolności, a osoba ścigana ma miejsce zamieszkania lub stale przebywana terytorium RP.

Odmawiając przekazania, sąd orzeka o wykonaniu kary albo środka orzeczonych przez organ sądowy państwa wydania nakazu europejskiego. [art. 607s k.p.k.].

Zaprezentowany materiał pochodzi z książki autorstwa Bogusław Gąszcza, Proces karny. Stan prawny 1 października 2022 r., seria Last minute. Dzięki uprzejmości wydawnictwa Od.Nowa.

„Doradztwo Prawne i Podatkowe - RB Biuletyn”

Cykl ukazowania się: kwartalnik

Redakcja:

Dr Andrzej Dmowski – redaktor naczelny, andrzej.dmowski@russellbedford.pl, tel. 22 276 61 80
Katarzyna Kołbuś – sekretarz redakcji, katarzyna.kolbus@russellbedford.pl, tel. 22 276 61 80
<http://www.russellbedford.pl/>

Skład i łamanie:

Doce System Solutions sp. z o.o., www.doce.com.pl

Rada Naukowa: prof. dr hab. Andrzej Patulski, dr n. pr. Patryk Kuzior

Recenzenci: dr Rafał Nawrot, radca prawny Michał Gendek

Wydawca

Russell Bedford Poland Sp. z o.o.
al. Jerozolimskie 123A
02-017 Warszawa
Tel. 22 276 61 80
<http://www.russellbedford.pl/>

Redakcja miesięcznika przyjmuje artykuły do 30 000 znaków ze spacjami (do 17 stron znormalizowanego maszynopisu) przesłane pocztą elektroniczną bądź zwykłą z płytą CD, wraz z informacją zawierającą imię i nazwisko autora, notkę o autorze, numer telefonu kontaktowego, adres e-mailowy, adres korespondencyjny. Artykuł nie może być wcześniej zamieszczony ani też przesłany do innej redakcji.

Artykuł powinien zawierać tytuł (w języku polskim i angielskim), wprowadzenie, a także podsumowanie w języku polskim i angielskim – do 500 znaków ze spacjami.

Redakcja ma prawo – po uzgodnieniu z autorami – do skrótów publikacji i wprowadzania zmian stylistycznych.

Autor wyraża zgodę na wyłączne przeniesienie praw autorskich i wydawniczych dotyczących artykułów publikowanych w miesięczniku „Doradztwo Prawne i Podatkowe - RB Biuletyn” na Russell Bedford Poland Sp. z o.o., al. Jerozolimskie 123A, 02-018 Warszawa.

Autorzy artykułów zamieszczonych w dziale Publikacje recenzowane miesięcznika „Doradztwo Prawne i Podatkowe - RB Biuletyn” wyrażają zgodę na recenzowanie ich tekstów przez dwóch recenzentów zewnętrznych – ekspertów w określonej dziedzinie.

W przypadku uprzednio opublikowanych artykułów musi być załączona pisemna zgoda danego Wydawcy, autora, a także oświadczenie Wydawcy, że posiada majątkowe prawa autorskie – nieobciążone prawami osób trzecich – do tych artykułów oraz zobowiązuje się, że nie będą one naruszały praw osób trzecich, zwłaszcza dóbr osobistych, tajemnicy handlowej, oraz nie narażą Russell Bedford Poland Sp. z o.o. na odpowiedzialność cywilną ani karną z tytułu ich zamieszczania w miesięczniku „Doradztwo Prawne i Podatkowe - RB Biuletyn”.

Opinie zamieszczone w miesięczniku stanowią poglądy osobiste autorów i nie są oficjalnym stanowiskiem urzędów państwowych.

Zabronione jest – bez pisemnej zgody wydawcy – kopiowanie i zamieszczanie w części bądź w całości artykułów publikowanych w miesięczniku „Doradztwo Prawne i Podatkowe - RB Biuletyn”.