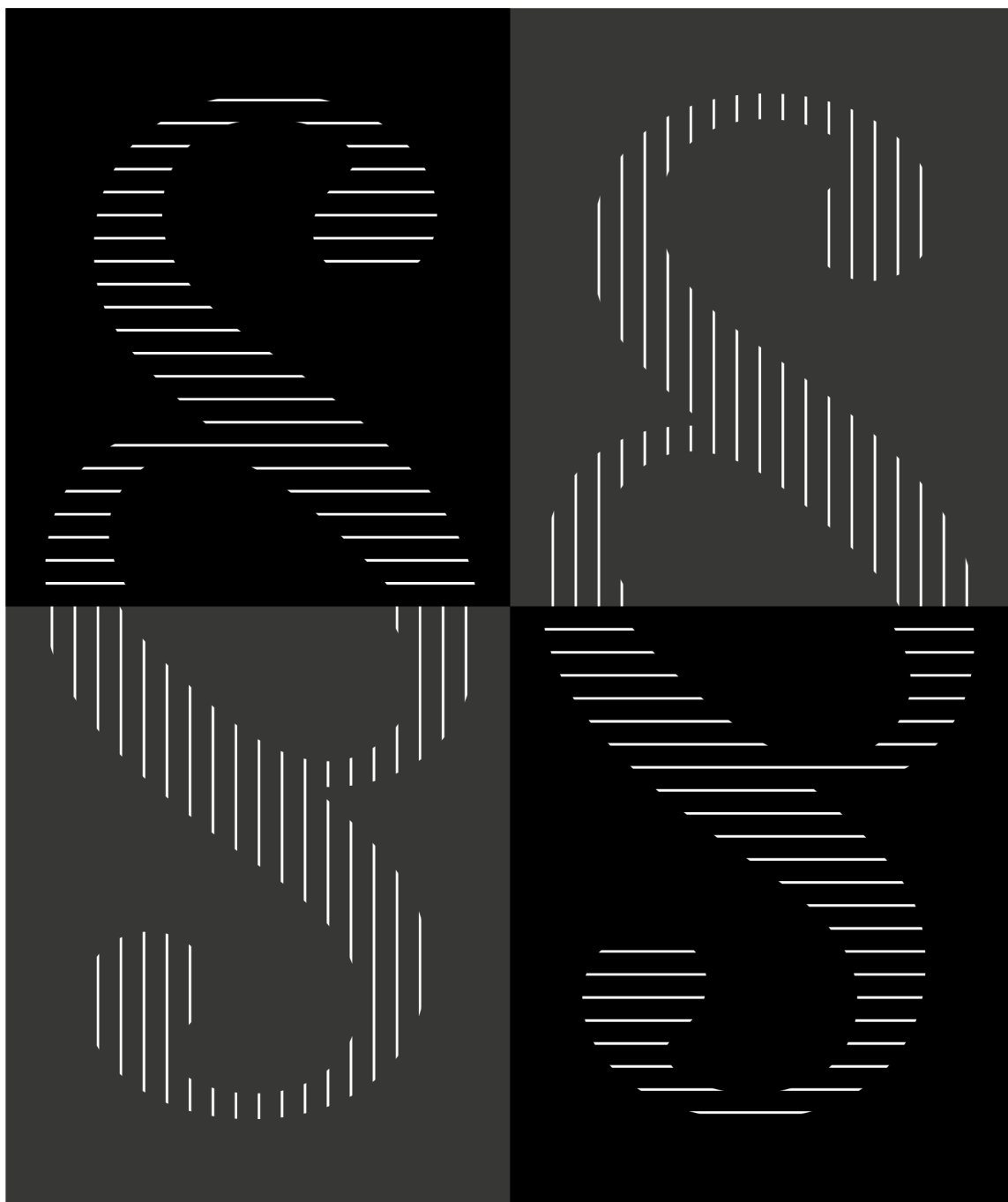


nr 1/2021 (51)

Przegląd Prawniczy TBSP UJ

ISSN 1689-9601



Redaktor Naczelna:

Dominika Olaszek

Członkowie Kolegium Redakcyjnego:

Wioletta Borowy
Mikołaj Górny
Halka Jagielska
Mateusz Kupiec
Kinga Liszka
Maciej Nycz
Filip Stachowiak
dr Aleksandra Puczko
Dominik Wzorek

Wydaje
Towarzystwo Biblioteki Słuchaczy Prawa
Uniwersytetu Jagiellońskiego

Adres redakcji:

31–113 Kraków, ul. Straszewskiego 25/9

ipp.redakcja@tbsp.uj.edu.pl

<http://www.tbsp.wpia.uj.edu.pl/ipp>

Skład i korekta językowa:

Wydawnictwo Kasper

www.wydawnictwokasper.pl

Przegląd Prawniczy TBSP UJ ukazuje się od 2008 r.

ISSN 1689-9601

Spis treści

Michał Rutkowski	
Skutki obligatoryjnej dematerializacji akcji spółek niepublicznych – zmiana formy nośnika akcji i jej wpływ na zabezpieczenia ustanawiane na akcjach.....	5
Jakub Borowiec	
Wybrane zagadnienia problematyki <i>Standard Essential Patents</i> i licencji <i>FRAND</i>	22
Jakub Szremski	
Bezprzedmiotowość podmiotowa i przedmiotowa jako przesłanki umorzenia jurysdykcyjnego postępowania administracyjnego	41
Małgorzata Stępień	
Zarząd sukcesyjny a prawa spadkobierców zmarłego wspólnika do wejścia do spółki cywilnej	61
Maksymilian Jabłecki	
Wyzwania uwarunkowań prawnych procesu Management Buyout (MBO) w świetle implementacji unijnych regulacji <i>financial assistance</i> w art. 345 k.s.h.	73
Paweł Daroszewski	
Pięcioelementowy model podziału władzy w Boliwariańskiej Republice Wenezueli	95
Bartłomiej Krupowicz	
Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 13 marca 2020 r., III CZP 65/19 (lokal a użytkowanie wieczyste).....	111
Justyna Skwirowska	
Opodatkowania podatkiem dochodowym od osób prawnych spółki komandytowej.....	126

Table of contents

Michał Rutkowski

The Effects of the Mandatory Dematerialisation of Shares Issued
by Unlisted Joint Stock Companies – the Change of Share Form
and its Influence on the Security Interest Established on Shares..... 5

Jakub Borowiec

Selected Issues of *Standard Essential Patents* and *FRAND* Licenses 22

Jakub Szremski

Objectlessness and Objectivity as Premises for the Discontinuation
of Jurisdictional Administrative Proceedings..... 41

Małgorzata Stępień

A Succession Management and a Right of Heirs of a Partner
to Join the Partnership..... 61

Maksymilian Jabłecki

Challenges of the Legal Conditions of the Management Buyout (MBO)
Process in the Light of the Implementation of the EU Regulations
of the Financial Assistance in Art. 345 of the Commercial Companies Code ... 73

Paweł Daroszewski

The Five-Element Model of the Separation of Powers in the Bolivarian
Republic of Venezuela 95

Bartłomiej Krupowicz

Comment on the Judgement of the Polish Supreme Court
of 13th March 2020, III CZP 65/19 (ownership of premises
and perpetual usufruct)..... 111

Justyna Skwirowska

Corporate Income Taxation of a Limited Partnership..... 126

Michał Rutkowski¹

Skutki obligatoryjnej dematerializacji akcji spółek niepublicznych – zmiana formy nośnika akcji i jej wpływ na zabezpieczenia ustanawiane na akcjach

Streszczenie:

Dematerializacja w polskim prawie spółek nie jest zagadnieniem nowym. Dotychczas dotyczyła tylko spółek uczestniczących w obrocie publicznym. Ostatnia nowelizacja KSH wprowadziła również obowiązek dematerializacji akcji spółek akcyjnych niepublicznych oraz komandytowo-akcyjnych z dniem 1 marca 2021 r. Zmiana ta będzie miała doniosłe skutki dla obrotu akcjami poprzez wyeliminowanie dokumentów akcji oraz zastąpienie ich wpisami w rejestrze akcjonariuszy lub na rachunku papierów wartościowych w KDPW.

Słowa kluczowe: dematerializacja akcji, rejestr akcjonariuszy, dokument akcji, zastaw cywilny, zastaw rejestrowy, zastaw finansowy, zastaw na akcjach, zabezpieczenia wierzytelności

The Effects of the Mandatory Dematerialisation of Shares Issued by Unlisted Joint Stock Companies – the Change of Share Form and its Influence on the Security Interest Established on Shares

Dematerialisation of shares is not a new phenomenon in the Polish companies law. However, so far it only applied to companies participating in public trading. The most recent amendment to the Polish Companies Code also requires the dematerialisation of shares in the non-public joint stock companies and limited joint-stock companies from 1 March 2021. This change will have significant consequences for share trading by eliminating physical

¹ Autor jest absolwentem Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego oraz członkiem Koła Naukowego Prawa Bankowego na Uniwersytecie Warszawskim, ORCID 0000-0003-2526-2886.

share documents and replacing them by electronic entries in share register or in the securities account in the National Securities Deposit.

Key words: dematerialization of shares, shares register, share document / share deed, ordinary (civil) pledge, registered pledge, financial pledge, pledge over shares, debt securities

1. Wstęp

Na przełomie XVIII i XIX wieku akcje były już przedmiotem obrotu na ziemiach polskich². Atrakcyjność i popularność akcji od początków istnienia nowoczesnego rynku jest wynikiem ich podwójnej natury. Stanowią bowiem papier wartościowy przechowujący wartość materialną oraz inkorporujący prawa akcjonariusza wobec spółki o charakterze akcyjnym. Z uwagi na łatwość wyceny ich wartości, a w konsekwencji dalszej odsprzedaży lub przejęcia praw akcyjnych, występują również w obrocie jako przedmiot zabezpieczenia wierzytelności, zwłaszcza w postaci zastawu³.

Akcje mogą być klasyfikowane jako papier wartościowy dopuszczony do obrotu publicznego, lecz występują także poza nim. W obrocie publicznym zostały zdematerializowane Ustawą o Obrocie⁴, jednak akcje spółek akcyjnych niepublicznych oraz spółek komandytowo-akcyjnych występowały w formie fizycznego dokumentu akcji do 1 marca 2021 r. Dotyczyło to zarówno akcji na okaziciela, jak i akcji imiennych. Pewność obrotu oraz elektronizacja transakcji kapitałowo-finansowych wymusiła na ustawodawcy zmianę tego stanu rzeczy na przełomie 2019 oraz 2020 r. Na mocy Ustawy o Obowiązkowej Dematerializacji⁵, zmienionej Ustawą o Przeciwdziałaniu Rozprzestrzeniania Covid19⁶, nastąpiło wyeliminowanie tradycyjnej formy akcji (dokumentu) i jej zmiana na wpis w elektronicznym rejestrze akcjonariuszy lub w Krajowym Depozycie Papierów Wartościowych⁷.

W związku z dematerializacją akcji spółek niepublicznych z dniem 1 marca 2021 r. mogło dojść do powstania wielu nowych ryzyk prawnych na tle obrotu akcjami. W wyniku obowiązkowej dematerializacji skuteczność istniejących zastawów i innych

² B. Leśnodorski, J. Bardach, B. Leśnodorski, M. Pietrzak, *Historia Państwa i Prawa Polskiego*, Warszawa 1979, s. 309–310.

³ Tak np. J. Frąckowiak, *Zastaw na akcjach*, „Rejent” 1995, nr 1, s. 11–12; T. Kot, *Zastaw na papierach wartościowych*, „Rejent” 1993, nr 5, s. 29; P. Sokal, *Zastaw Zwykły i Rejestrowy na Akcjach*, Warszawa 2011. Możliwość ustanowienia zastawu na akcjach nie budziła też wątpliwości w literaturze przedwojennej: zob. np. M. Allerhand, *Kodeks handlowy: Komentarz*, Lwów 1935, s. 549–550; T. Dziurzyński, Z. Fenichel, M. Honzatko, *Kodeks Handlowy: Komentarz*, Kraków – Warszawa 1936, s. 553.

⁴ Ustawa z 29.7.2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi (Dz.U. 2005, nr 183, poz. 1538 ze zm.), dalej: Ustawa o Obrocie.

⁵ Ustawa z 30.8.2019 r. o zmianie ustawy – Kodeks spółek handlowych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. 2019, poz. 1798 ze zm.), dalej: Ustawa o Obowiązkowej Dematerializacji.

⁶ Ustawa z 14.5.2020 r. o zmianie niektórych ustaw w zakresie działań osłonowych w związku z rozprzestrzenieniem się wirusa SARS – CoV – 2 (Dz.U. 2020, poz. 875 ze zm.), dalej: Ustawa o Przeciwdziałaniu Rozprzestrzeniania Covid19.

⁷ Dalej: KDPW.

zabezpieczeń na akcjach mogła być zagrożona, a skutki tego stanu rzeczy są odczuwalne do dziś. Procedura dematerializacji również stwarza pole do postawienia nowych pytań co do szczegółów kolejnych jej etapów nawet dzisiaj. Niniejsza tematyka, uwzględniająca przełomowe zmiany w KSH⁸ ostatniego roku i zbadanie ich potencjalnego wpływu na istniejące oraz nowo powstałe zabezpieczenia na akcjach, a także zestawienia uprzednich oraz obecnych form nośnika akcji w świetle dematerializacji wciąż wymaga pogłębionej analizy.

Autor chciałby również zaznaczyć, że ilekroć w niniejszym artykule jest mowa o dematerializacji akcji spółek akcyjnych, dotyczy to również spółek komandytowo-akcyjnych. Zgodnie bowiem z art. 126 § 1 pkt. 2 KSH w zakresie akcji do spółki komandytowo-akcyjnej stosuje się odpowiednio przepisy o spółce akcyjnej.

2. Forma akcji niepublicznych spółek akcyjnych oraz komandytowo-akcyjnych wobec ich obowiązkowej dematerializacji – porównanie stanu prawnego przed reformą, w okresie przejściowym i po dacie dematerializacji

Dematerializacja akcji na podstawie Ustawy o Obowiązkowej Dematerializacji doprowadziła do wyeliminowania formy dokumentowej akcji. Jest to wyraz szerszego trendu występującego w państwach europejskich⁹. Cel przeprowadzenia dematerializacji opiera się na założeniu, że w erze powszechnej cyfryzacji przeniesienie zapisu akcji z papierowego (fizycznego) nośnika na nośnik elektroniczny przyczyni się do zwiększenia transparentności obrotu oraz przejrzystości informacji o strukturze akcjonariatu spółek akcyjnych. Charakter nowelizacji doprowadził również do wyraźnego spadku znaczenia akcji na okaziciela poprzez radykalne ograniczenie ich podstawowej funkcji, jaką jest anonimizacja właściciela dokumentu akcji¹⁰. Mając na uwadze kierunek zmian w prawie wspólnotowym UE oraz prawie polskim, przyjęcie tego typu rozwiązań przez ustawodawcę należy określić jako systemowo spójne¹¹.

⁸ Ustawa z dnia 15.9.2000 r. – Kodeks spółek handlowych (Dz.U. 2000, nr 94, poz. 1037 ze zm.), dalej: KSH.

⁹ M. Gendek, *Spółki: od 1 lipca 2018 r. zamiast akcji papierowych będzie zapis teleinformatyczny*, <<https://www.rp.pl/Firma/305119988-Spolki-od-1-lipca-2018-zamiast-akcji-papierowych-bedzie-zapis-teleinformatyczny.html>>, [dostęp 12.5.2021 r.].

¹⁰ Zob. Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks spółek handlowych oraz niektórych innych ustaw z 12.6.2019 r., druk nr 3541, Sejm VIII kadencji, s. 1–2. Ustawodawca wskazuje w nim wprost, że docelowo dojdzie do zrównania akcji na okaziciela oraz akcji imiennych poprzez utworzenie nowej kategorii zdematerializowanej „akcji rejestrowej”, zbliżonej w swoich założeniach do akcji imiennej.

¹¹ Przykładowo można wymienić rozwiązania przyjęte w Ustawie z 1.3.2018 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu (Dz.U. 2018, poz. 723 ze zm.), stanowiącej implementację do polskiego porządku prawnego dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/849 z 20.5.2015 r. w sprawie zapobiegania wykorzystywaniu systemu finansowego do prania pieniędzy lub finansowania terroryzmu, zmieniającej rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 648/2012 i uchylającej dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2005/60/WE oraz dyrektywę Komisji 2006/70/WE.

W kształtowaniu się obecnej formy akcji spółek akcyjnych oraz komandytowo-akcyjnych można wyróżnić trzy etapy:

1. Etap występowania akcji w formie dokumentowej.
2. Etap przejściowy występowania akcji w formie dokumentowej, już złożonych do spółek objętych obowiązkową dematerializacją.
3. Etap od daty dematerializacji (tj. 1 marca 2021 r.), po której nastąpiła dematerializacja akcji *sensu stricto*.

2.1. Stan prawny przed dematerializacją akcji – fizyczny dokument akcji

Etap pierwszy to istnienie dokumentów akcji, czyli papierów wartościowych potwierdzających uczestnictwo akcjonariusza w spółce. Dokumenty te, wydawane w formie papierowej, przed obowiązywaniem KSH były regulowane w pozostawionych w mocy przepisach Działu XII przedwojennego Kodeksu handlowego¹². Art. 339 KH określał informacje, które musiał zawierać dokument akcji. Określone tam wymogi przetrwały z niewielkimi zmianami do dnia dzisiejszego, najpierw poprzez przeniesienie wprost obligatoryjnych elementów dokumentu akcji do art. 328 KSH, a następnie, w wyniku przyjęcia Ustawy o Obowiązkowej Dematerializacji, do art. 328³ KSH, określającego informacje ujawniane w rejestrze akcjonariuszy. Oczywiście można wymienić kilka zasadniczych różnic konstrukcyjnych występujących zwłaszcza między brzmieniem art. 328 KSH przed datą dematerializacji oraz art. 328³ KSH po dacie dematerializacji. Polegają one przede wszystkim na wprowadzeniu obowiązku ujawniania nazwiska i imienia albo firmy (nazwy) akcjonariusza oraz adresu jego zamieszkania albo siedziby oraz opisaniu wpisów do rejestru akcjonariuszy dotyczących ustanowienia obciążeń rzeczowych na akcjach. Łatwo jednak zauważyć kontynuację podstawowych założeń przeniesionych z Kodeksu handlowego, nawet pomimo zmiany nośnika akcji na elektroniczny. Należy przy tym zauważyć, że formalizacja treści zawartej na nośniku akcji wyraźnie odróżnia ten typ uczestnictwa w spółce kapitałowej od udziałów w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością.

Dla dokumentu akcji była zastrzeżona wyłącznie forma pisemna. Stanowił tak *expressis verbis* art. 328 § 1 KSH zd. 1: „dokument akcji powinien być sporządzony na piśmie”. Wykluczało to użycie jedynej dziś używanej elektronicznej formy zapisu akcji. Wyjątkiem od powyższego są akcje już zdematerializowane, dopuszczone do obrotu publicznego w rozumieniu Ustawy o Obrocie. Dla ich właścicieli przewidziano dwa rodzaje dokumentów: świadectwa depozytowe oraz imienne zaświadczenie o prawie uczestnictwa w walnym zgromadzeniu. Świadectwo depozytowe szerzej jest regulowane w art. 9 ust. 2 Ustawy o Obrocie, na podstawie którego dokument ten: „potwierdza legitymację do realizacji uprawnień wynikających z papierów wartościowych wskazanych w jego treści, które nie są lub nie mogą być realizowane wyłącznie na podstawie zapisów na rachunku papierów wartościowych, z wyłączeniem prawa uczestnictwa w walnym zgromadzeniu”. Prawo do uczestnictwa w walnym zgromadzeniu

¹² Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z 27.6.1934 r. – Kodeks handlowy (Dz.U. 1934, nr 57, poz. 502 ze zm.), dalej: KH.

potwierdzało, zgodnie z nazwą, imienne zaświadczenie o prawie uczestnictwa w walnym zgromadzeniu.

Dokument akcji miał charakter deklaracyjny, ponieważ prawa w nim inkorporowane powstawały niezależnie od jego wydania, stanowiąc w ten sposób jedynie potwierdzenie przysługujących akcjonariuszowi praw w spółce¹³. Wobec powyższego pominięcie niektórych, niżej opisanych wymaganych i formalnych elementów dokumentu nie pozbawiało akcjonariusza jego praw związanych z uczestnictwem w spółce. Do obligatoryjnych elementów dokumentu akcji należały zatem wskazane w nim:

1. Firma, siedziba i adres spółki (328 § 1 pkt 1 KSH).
2. Oznaczenie sądu rejestrowego i numer, pod którym spółka jest wpisana do rejestru (328 § 1 pkt 2 KSH).
3. Wartość nominalna, seria i numer, rodzaj danej akcji i uprawnienia szczególne z akcji (328 § 1 pkt 4 KSH).
4. Podpis zarządu (art. 328 § 2 KSH).

Należy przy tym zauważyć, że podpis zarządu oznaczał jedynie podpis członków zarządu uprawnionych do reprezentacji spółki w dniu wystawienia dokumentu akcji, bowiem ustawa nie wymagała w tym wypadku złożenia podpisów przez wszystkich członków zarządu spółki (*vide* art. 19 KSH). Nie istniały również przeszkody, żeby był on odtwarzany mechanicznie. Pominięcie lub błędne wskazanie choć jednej z wymienionych powyżej informacji skutkowało sankcją nieważności samego dokumentu akcji na podstawie art. 328 § 4 KSH. Należy przy tym zaznaczyć, że dokument akcji mógł zawierać również elementy fakultatywne, wynikające ze statutu spółki (art. 328 § 3 KSH). W razie wydania nieważnego lub w inny sposób wadliwego dokumentu akcji, akcjonariusz mógł żądać wydania mu dokumentu akcji odpowiadającego określonym w KSH oraz statucie spółki warunkom w trybie art. 357 KSH.

Powszechnie wyróżnia się w piśmiennictwie trzy sposoby objęcia akcji w ramach ich nowej emisji: subskrypcja prywatna, zamknięta oraz otwarta¹⁴. Niezależnie od sposobu wybranego przez spółkę, po dokonaniu opłacenia akcji przez nowego akcjonariusza następowało ich ucieleśnienie poprzez wydanie dokumentu akcji. Warto przy tym zauważyć, że zgodnie z dominującą tzw. teorią umowną powstania dokumentu akcji, jako papier wartościowy akcja powstawała nie z chwilą sporządzenia przez spółkę dokumentu, ale z momentem wydania akcjonariuszowi dokumentu akcji na podstawie umowy¹⁵. Stanowiło to wyraz deklaracyjnego charakteru dokumentu akcji.

¹³ Pogląd ten wyrażany był jeszcze w reżimie Kodeksu Handlowego; zob. M. Furtek [w:] *Prawo Handlowe*, red. J. Okolski, Warszawa 1999, s. 317. Utrzymuje się również w bieżącej literaturze; zob. R. Pabis [w:] *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, red. Z. Jara, Warszawa 2020, komentarz do art. 328 KSH. Nie jest również podważany przez orzecznictwo – zob. wyrok SA w Łodzi z 19.8.2014 r. I ACa 224/14, Portal Orzeczeń SA w Łodzi 2014, zgodnie z którym: „prawo podmiotowe akcjonariusza istnieje niezależnie od istnienia dokumentu (akcji), a jego wydanie nie warunkuje możliwości wykonywania praw akcyjnych”.

¹⁴ Zob. np. Ł. Gasiński [w:] *Prawo Handlowe*, red. J. Okolski, M. Modrzejewska, Warszawa 2016, s. 704–705; J. Frąckowiak, A. Kidyba, S. Kidyba, W. Popiołek, M. Spyra [w:] *Prawo Spółek Handlowych. Tom 2B*, red. A. Szumański, Warszawa 2019, s. 167–174.

¹⁵ Teoria ta została przyjęta w wyroku SN z 23.1.2014 r., II CSK 172/13, LEX nr 1438644. Wcześniej wyróżniano również teorię kreacyjną, zgodnie z którą do powstania dokumentu akcji wystarczające było

Zgodnie z art. 335 KSH wydanie dokumentu akcji różniło się w zależności od typu otrzymanych akcji. Akcje imienne mogły być wydawane przed pełną wpłatą, natomiast akcje na okaziciela tylko po wpłacie całości ich wartości. Wcześniej istniała jedynie możliwość otrzymania świadectwa tymczasowego, będącego odrębnym od dokumentu akcji typem papieru wartościowego, wydawanego jako dowód dokonania częściowej wpłaty na pokrycie akcji przez akcjonariusza. Celem wprowadzenia przez ustawodawcę takiego rozwiązania była potrzeba uniknięcia stanu niepewności co do statusu akcjonariusza, który chciał pozyskać akcje na okaziciela, lecz z pewnych przyczyn nie opłacił pełnej ceny ich nabycia. Na tym dokumencie uwidacziano każdą wpłatę na akcje aż do pokrycia ich wartości w całości. Wówczas dochodziło do wydania dokumentu akcji na okaziciela. Należy dodać, że do treści świadectw tymczasowych stosowało się odpowiednio art. 328 KSH.

Z uwagi na inkorporowanie praw akcyjnych na dokumencie akcji, do ich przeniesienia konieczne było – oprócz czynności prawnej przeniesienia praw z akcji – również wydanie dokumentu akcji *per se*. Czynność ta miała mieszany charakter konsensualno-realny. Regulował to w okrojonej formie art. 339 KSH, określając jedynie sposób przeniesienia praw z akcji imiennych lub ze świadectwa tymczasowego. Jednakże, żeby doszło do skutecznego dokonania tej czynności, należało – zgodnie z brzmieniem powyższego przepisu – spełnić kumulatywnie dwie przesłanki:

1. Złożyć pisemne oświadczenie o przeniesieniu.
2. Wydać dokument inkorporujący prawa akcjonariusza (tj. dokument akcji albo świadectwo rejestrowe).

Pisemne oświadczenie, o którym mowa w zdaniu poprzednim, mogło być złożone na samym dokumencie, z którego prawa miały być przeniesione albo w osobnym piśmie (najczęściej umowie). Oświadczenie to mógł złożyć tylko sam zbywca, musiało ono jednak konkretyzować w sposób oczywisty osobę nabywcy¹⁶. Nie istniał jednak wymóg wskazania ceny nabycia akcji lub kauzy ich zbycia, ani nie można go było tym bardziej wywieźć z przepisów KSH¹⁷. Zbycie powinno być dokonane w formie pisemnej. Jakkolwiek ustawodawca nie zastrzegł wprost sankcji nieważności do dokonania zbycia bez zachowania wskazanej wyżej formy, to jednak, jak słusznie zauważa piśmiennictwo, rygor formy pisemnej jest zastrzeżony nie tylko dla celów dowodowych, a pisemne oświadczenie pełni rolę elementu konstrukcyjnego czynności przeniesienia¹⁸. W odniesieniu do drugiej przesłanki warto zauważyć, że do skutecznego przeniesienia

jego wystawienie na podstawie wymogów określonych w art. 328 § 1 i 2 KSH niezależnie od przyczyny tej czynności, co w praktyce prowadziło do przyznania tej czynności charakteru abstrakcyjnego. Teoria ta doczekała się rozwinięcia, poprzez konieczność wskazania osoby, która otrzymuje dokument akcji – uprawnionego akcjonariusza. Tak powstała teoria emisyjna. Różniła się ona od teorii umownej tylko charakterem prawnym, wciąż bowiem nie zakładała konieczności wskazania kauzy wydania dokumentu akcji.

¹⁶ R. Pabis [w:] *Kodeks...*, komentarz do art. 339 KSH.

¹⁷ S. Sołtysiński [w:] *Komentarz KSH*, t. 3, red. S. Sołtysiński, Warszawa 2003, s. 289–290.

¹⁸ R. Pabis [w:] *Kodeks...*, komentarz do art. 339 KSH. Odmienny pogląd został wyrażony w wyroku SN z 12.5.2005 r., V CK 583/04, Lex 15700.

dokumentu akcji nie było konieczne jego wydanie (w ten sposób wypowiedział się również Sąd Najwyższy¹⁹).

Odmienne niż przeniesienie akcji imiennych, przeniesienie akcji na okaziciela nie zostało uregulowane w KSH. Wobec powyższego stosowało się systemowe odesłanie do KC²⁰ na podstawie art. 2 KSH. Zgodnie z art. 921¹² KC: „przeniesienie praw z dokumentu na okaziciela wymaga wydania tego dokumentu”. W starszej literaturze dominował pogląd, wedle którego skuteczne przeniesienie praw z akcji wymagało również osobnego przewłaszczenia dokumentu akcji polegającego na fizycznym przeniesieniu władztwa nad tym dokumentem²¹. Argumentowano to głównie celem urzeczywistnienia zamiaru stron, jakim było przeniesienie akcji. Niejako kamieniem milowym w tym zakresie okazał się wyrok Sądu Najwyższego z 2015 r., dopuszczający nie tylko fizyczne wydanie, ale również inne umowne metody przeniesienia posiadania, niewymagające zmiany w zakresie władztwa nad dokumentem akcji²².

Z uwagi na materialny charakter dokumentu akcji możliwe było jego uszkodzenie lub wydanie go z wadą powodującą nieważność. Wówczas, w myśl art. 357 § 1 KSH, spółka na żądanie uprawnionego powinna była wydać mu nowy za zwrotem kosztów jego sporządzenia. Warto zauważyć, że spółka zobowiązana była również do pokrycia kosztów wydania dokumentu wadliwego lub nieważnego i nie mogła obciążyć nimi akcjonariusza lub innego upoważnionego podmiotu. W sytuacji zupełnego zniszczenia lub utracenia dokumentu akcji oraz w razie braku odpowiednich postanowień statutu spółki na tę okoliczność, umorzenie zniszczonego dokumentu następowało w trybie przewidzianym Dekretem o Umarzaniu Utraconych Dokumentów²³.

Zgodnie z art. 358 § 1 KSH skutek zmiany stosunków prawnych należało dokonać aktualizacji danych ujawnionych na dokumencie akcji. Spółka wzywała wtedy akcjonariusza, w drodze ogłoszenia lub listu poleconego, do złożenia dokumentu akcji w spółce celem zmiany treści dokumentu lub jego wymiany. W miejsce unieważnionego dokumentu akcji wydawano nowy dokument na koszt spółki.

2.2. Okres przejściowy – od 1 stycznia 2020 r. do 1 marca 2021 r.

W Ustawie o Obowiązkowej Dematerializacji wprowadzono okres, w ramach którego przewidziano stopniowe przygotowanie niepublicznych spółek akcyjnych oraz spółek komandytowo-akcyjnych, a także ich akcjonariuszy do zmiany formy nośnika akcji z dokumentu akcji na wpisy w rejestrze akcjonariuszy lub na rachunku papierów wartościowych w KDPW.

¹⁹ Por. wyrok SN z 12.5.2005 r., V CK 583/04, Lex 15700, zgodnie z którym: „czynność prawna przeniesienia akcji imiennych wymaga obecnie m.in. przeniesienia ich posiadania (art. 339 KSH), a nie wyłącznie wręczenia (art. 350 KH), a więc pod rządami przepisów KSH utraciła ona charakter czynności realnej”.

²⁰ Ustawa z 23.4.1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. 2020, poz. 1740 tekst jedn. ze zm.), dalej: KC.

²¹ Zob. np. S. Sołtysiński [w:] *Komentarz...*, s. 294; J. Frąckowiak, *Zastaw...*, s. 19.

²² Wyrok SN z 3.5.2015 r., V CSK 566/14, OSNC 2016/5.

²³ Dekret z 10.12.1946 r. o umarzaniu utraconych dokumentów (Dz.U. 1947, poz. 20 ze zm.), dalej: Dekret o Umarzaniu Utraconych Dokumentów.

Jako datę początkową okresu przejściowego można wskazać 1 stycznia 2020 r. Od tego dnia powstał obowiązek prowadzenia przez spółkę akcyjną oraz komandytowo-akcyjną strony internetowej, na której spółki te muszą zamieszczać wymagane prawem lub statutem ogłoszenia w myśl art. 5 § 5 KSH. Spółki musiały również między tym dniem a 30 września 2020 r. podjąć decyzję odnośnie wyboru podmiotu prowadzącego rejestr akcjonariuszy lub zapisania akcji na rachunku papierów wartościowych KDPW.

W związku z dematerializacją akcji były to warunki, które musi spełnić spółka przed wezwaniem akcjonariuszy do złożenia dokumentów akcji w spółce. Zgodnie z art. 16 Ustawy o Obowiązkowej Dematerializacji spółka była zobowiązana do pięciokrotnego wezwania akcjonariuszy oraz umieszczenia na stronie internetowej informacji o konieczności dostarczenia do niej dokumentów akcji. Ustawodawca nie sprecyzował jednak szczegółów wykonania tej czynności, pozostawiając w tym zakresie swobodę określenia tego trybu spółce. Pierwotnie pierwsze wezwanie miało być dokonane do dnia 30 czerwca 2020 r., jednak z uwagi na wybuch epidemii wirusa Covid19, Ustawą o Przeciwdziałaniu Rozprzestrzenianiu Covid19 termin ten został przeniesiony na dzień 30 września 2020 r.

Złożenia dokumentów akcji mógł dokonać wyłącznie akcjonariusz. Wyklucza to bezpośredni udział w tej czynności innych podmiotów posiadających uprawnienia do korzystania z praw akcyjnych. W ocenie autora mogło to prowadzić do wielu wątpliwości prawnych. Praktyka obrotu wskazuje, że często poza przeniesieniem posiadania w celu ustanowienia zastawu lub innego rodzaju zabezpieczenia na akcjach imiennych, dochodziło również do wydania dokumentów akcji przyjmującemu zabezpieczenie²⁴. Zastosowane przez ustawodawcę sformułowanie „złożenia dokumentów akcji w spółce” językowo oraz celowościowo wyklucza inne sposoby przeniesienia posiadania niż fizyczne wydanie dokumentu akcji spółce²⁵. Była to zatem czynność jednoznacznie realna. Wobec powyższego skuteczny proces dematerializacji zawsze prowadził do utraty władztwa nad dokumentami akcji przez wszystkie podmioty niemające statusu akcjonariusza.

Zauważyć należy, że posiadanie dokumentu akcji dawało przyjmującemu zabezpieczenie pełne władztwo nad przedmiotem zabezpieczenia (co było szczególnie ważne w zakresie zaspokojenia się z akcji). Nawet w przypadku zastawów rejestrowych, niewymagających przecież dla swojego ustanowienia przeniesienia lub wydania dokumentów akcji, otrzymanie przez zastawnika dokumentu akcji jako przedmiotu zabezpieczenia było jednoznacznie korzystne. Z drugiej strony w sytuacji braku przeniesienia połączonego z wydaniem dokumentów akcji imiennych, powstawała konieczność zawarcia dodatkowej umowy depozytowej, w myśl której posiadaczem byłby zastawnik, a dzierżycielem zastawca zobowiązujący się do wydania dokumentów akcji na żądanie

²⁴ Wyjątkiem w tym zakresie jest zastaw rejestrowy, niewymagający dla swojego ustanowienia przeniesienia lub wydania dokumentów akcji.

²⁵ Zgodnie ze słownikiem języka polskiego PWN „złożyć” oznacza np. „umieścić kogoś lub coś w jakimś miejscu, wręczyć coś komuś, przekazać coś w formie ustnej lub pisemnej”, <<https://sjp.pwn.pl/sjp/zlozyc;2546544.html>>, [dostęp: 12.5.2020 r.]. Ustawodawca posłużył się zatem pozaprawnym pojęciem języka powszechnego, oznaczającym bez wątpienia intencję fizycznego wydania dokumentu akcji.

przyjmującego. Jest to konstrukcja oparta o art. 349 KC, nazywana w nauce prawa cywilnego *constitutum possessorium*. Natomiast, jeśli dokumenty akcji były już zdeponowane u podmiotu trzeciego, np. w domu maklerskim, to zastosowanie miał art. 350 KC, na gruncie którego przeniesienie posiadania samoistnego następowało przez umowę między stronami i przez zawiadomienie dzierżyciela. Po wyroku Sądu Najwyższego dopuszczającego inne metody przeniesienia posiadania niż fizyczne wydanie dokumentu akcji²⁶, opisane w niniejszym akapicie zasady dotyczące akcji imiennych można odnieść również do akcji na okaziciela.

W przypadku zastawu zwykłego (cywilnego) na akcjach również należało zwrócić szczególną uwagę, gdyż – jak było już wspomniane wyżej – jedynie akcjonariusz jest podmiotem władnym dokonać złożenia dokumentów akcji w spółce. W stosunku prawnym umowy zastawu zwykłego pełni on rolę zastawcy akcji na rzecz podmiotu przyjmującego zabezpieczenie (zastawnika), w celu zabezpieczenia jego wierzytelności. Zgodnie z art. 307 § 1 KC oprócz umowy zastawniczej, do ustanowienia zastawu zwykłego konieczne jest wydanie zastawionej rzeczy wierzycielowi lub osobie trzeciej, na którą strony się zgodziły. Obowiązek wydania rzeczy poprzez nadanie zastawnikowi posiadania zależnego jasno wskazuje na realny charakter umowy ustanawiającej zastaw zwykły, nazywany również z tej przyczyny posesoryjnym (ręcznym)²⁷. Z powyższym wiąże się inna cecha zastawu zwykłego, jaką jest wygaśnięcie *ex lege* zastawu na podstawie art. 325 § 1 KC w razie ewentualnego wydania przedmiotu zastawu zastawcy. Mając na uwadze obowiązek wydania zastawcy (będącemu jednocześnie akcjonariuszem) dokumentów akcji w celu przeprowadzenia ich dematerializacji, ich wygaśnięcie z mocy prawa ziści się w przypadku każdego zastawu cywilnego ustanowionego na akcjach. Powyższe doprowadzi do utraty zabezpieczenia wierzytelności przez zastawnika, a w konsekwencji potencjalnych trudności z zaspokojeniem się z przedmiotu zabezpieczenia w razie braku spłaty długu przez zastawcę.

Z reguły dość skomplikowany status prawny władztwa nad dokumentami akcji obciążonymi zabezpieczeniami przemawia na niekorzyść rozwiązania zastosowanego w Ustawie o Obowiązkowej Dematerializacji, w myśl którego jedynie akcjonariusz jest uprawniony do złożenia dokumentów akcji w spółce. Tę regulację należy ocenić jako jednoznacznie negatywną i szkodliwą dla pewności obrotu. W przypadku zabezpieczeń o charakterze nieposesoryjnym, takich jak np. zastaw finansowy lub zastaw rejestrowy, przyjmujący tracił w powyższej sytuacji kontrolę nad dokumentami akcji. Jeszcze poważniejszy skutek niesie za sobą wygaśnięcie zastawu zwykłego w przypadku wydania przedmiotu zastawu zastawcy, czyli utrata zabezpieczenia wierzytelności z mocy prawa.

Wobec powyższego, żeby wypełnić dyspozycję art. 16 Ustawy o Obowiązkowej Dematerializacji i jednocześnie zagwarantować brak utraty skuteczności zabezpieczenia wierzytelności, należałoby zawrzeć umowę złożenia akcji w spółce. Byłaby to nienazwana umowa o skutku zobowiązująco-rozporządzającym. Jej stronami mogłyby być: ustanawiający zabezpieczenie, przyjmujący zabezpieczenie oraz spółka. Zgodnie z taką

²⁶ Wyrok SN z 3.5.2015 r., V CSK 566/14, OSNC 2016/5.

²⁷ K. Zaradkiewicz [w:] *Kodeks Cywilny T. I. Komentarz. Art. 1–449¹⁰*, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2019, komentarz do art. 307 KC.

umową spółka otrzymałaby dokument akcji bezpośrednio od przyjmującego zabezpieczenie za zgodą ustanawiającego zabezpieczenie²⁸. Rozwiązanie to pozwoliłoby uniknąć ryzykowej dla przyjmującego zabezpieczenie sytuacji, w której utraciłby na rzecz ustanawiającego zabezpieczenie władztwo nad dokumentem akcji. Jednakże nawet ten sposób nie pozwoliłby zmitygować ryzyka wygaśnięcia zastawu zwykłego. W związku z tym do powyższej konstrukcji należałoby dodać pełnomocnictwo szczególne, na mocy którego zastawnik działający w imieniu i na rzecz zastawcy złożyłby dokument akcji w spółce, pomijając konieczność jego wydania.

Na podstawie art. 16 ust. 3 Ustawy o Obowiązkowej Dematerializacji złożenie dokumentów akcji w spółce odbywało się za pisemnym pokwitowaniem wydanym akcjonariuszowi. Charakter prawny tego pokwitowania nie jest jasny. Z pewnością nie był to papier wartościowy *sui generis* ani jego substytut. Zgodnie z dominującą definicją papieru wartościowego ma on ucieleśniać w sobie prawo tak, że realizacja tego prawa, bez tego dokumentu, nie jest możliwa²⁹. W rzeczywistości pokwitowanie to nie ucieleśnia w sobie żadnego prawa, a jedynie potwierdza fakt złożenia dokumentu akcji w spółce dla celów dowodowych. Powyższe oznacza brak alternatywnego dokumentu zawierającego prawa z akcji na czas złożenia dokumentów akcji w spółce. Jest to sytuacja niekorzystna dla akcjonariusza, który nie mógł rozporządzić dokumentem akcji w sposób realny, np. ustanowić zastawu zwykłego na akcjach. Wobec tego preferowanym okresem na złożenie akcji w spółce byłyby ostatnie dni przed datą dematerializacji (t.j. przed 1 marca 2021 r.).

Do wykonywania i przenoszenia praw z akcji na okaziciela złożonych w spółce do daty dematerializacji stosowało się odpowiednio przepisy dotyczące akcji imiennych. Na okres przejściowy wprowadzał to art. 19 Ustawy o Obowiązkowej Dematerializacji. Stosowanie przepisów „odpowiednio” oznacza według powszechnie przyjętego w doktrynie oraz orzecznictwie rozumienia tego pojęcia, użycie ich wprost, bez modyfikacji, innych w sposób pośredni, a jeszcze inne bez możliwości użycia³⁰. Miało to znaczenie dla legitymizacji posiadaczy akcji na okaziciela, ponieważ nie są oni ujęci w księdze akcyjnej i pozbawienie ich dokumentów akcji ogranicza w znaczący sposób obrót nimi. Prawidłowe byłoby dopuszczenie wykonywania i przenoszenia praw z akcji na okaziciela w okresie przejściowym na podstawie pisemnego pokwitowania złożenia akcji w spółce, o którym mowa w art. 16 ust. 3 Ustawy o Obowiązkowej Dematerializacji. Ustawodawca jednak nie sprecyzował sposobu obrotu tym rodzajem akcji przed datą dematerializacji. Mimo to trudno uznać, że jego celem byłoby uniemożliwienie wykonywania i przenoszenia praw z akcji na okaziciela.

²⁸ Można również rozważyć inny wariant tej umowy, w razie gdyby akcje były zdeponowane u profesjonalnego depozytariusza, jakim jest np. dom maklerski. Wtedy oczywiście ten podmiot również byłby stroną takiej umowy przeniesienia akcji i, działając na zlecenie przyjmującego zabezpieczenie oraz ustanawiającego zlecenie bezpośrednio, wyda dokumenty akcji w spółce.

²⁹ Ł. Gasiński [w:] *Prawo...*, s. 663.

³⁰ Zob np. wyrok SN z 15.9.1995 r., III CZP 110/95, OSNC 1995, z. 12; J. Nowacki, „Odpowiednie” stosowanie przepisów prawa, „Państwo i Prawo” 1964, z. 3, s. 31–47.

W okresie przejściowym mogło dojść do sytuacji, w której niektóre dokumenty akcji nie zostały wydane akcjonariuszom lub zostały zagubione, a w konsekwencji niemożliwe było ich złożenie do spółki. Wobec jednoznacznego brzmienia art. 16 Ustawy o Obowiązkowej Dematerializacji ustawodawca nie przewidział sytuacji, w której dokumenty akcji nigdy nie znajdowały się we władztwie akcjonariusza. Wobec powyższego akcje spółki komandytowo-akcyjnej oraz niepublicznej spółki akcyjnej powinny być niezwłocznie wydane akcjonariuszom, żeby mogli złożyć je przed datą dematerializacji w spółce. W przeciwnym razie, jako dokumenty nigdy nie złożone do spółki, wygasłyby z mocy prawa w dniu 1 marca 2021 r. W razie zaginięcia dokumentu akcji, przy jednoczesnym braku odpowiednich postanowień statutu spółki, zastosowanie miał Dekret o Umarzaniu Utraconych Dokumentów. W procedurze określonej w tym akcie prawnym bierze udział również sąd, co znacząco może przedłużyć postępowanie. Rozsądniejsza była zatem w tym zakresie wcześniejsza zmiana statutu spółki, celem uniknięcia postępowania, które mogło zakończyć się po dacie dematerializacji, a uzyskany w jego efekcie dokument byłby już wygasły zgodnie z art. 15 Ustawy o Obowiązkowej Dematerializacji.

2.3. Okres po dacie dematerializacji (1 marca 2021 r.)

Z dniem 1 marca 2021 r. moc obowiązująca dokumentów akcji wydanych przez spółkę wygasła z mocy prawa i z tym samym dniem uzyskały moc prawną wpisy w rejestrze akcjonariuszy. Odpowiednio również moc uzyskały wpisy na rachunku papierów wartościowych w KDPW. Od tego momentu wszystkie akcje w Polsce mają formę elektronicznego wpisu w rejestrze akcjonariuszy lub KDPW. Wiąże się to z końcem możliwości stosowania art. 921⁶ i następných KC do zdematerializowanych akcji lub z początkiem bardzo znacznego ograniczenia ich stosowania³¹ (prawdopodobnie najczęściej w drodze analogii). Jakkolwiek KC nie zawiera definicji papieru wartościowego, to z analizy przepisów, a w szczególności art. 921⁶ KC, jasno wynika, że przez papier wartościowy rozumie się dokument materialny w którym inkorporowane jest prawo okazującego ten dokument³². Nie można zatem odnieść wpisu prawa w elektronicznym rejestrze do nośnika w formie papierowego dokumentu. Warto również zwrócić uwagę na sformułowania użyte w innych niż KC aktach prawnych, gdzie ustawodawca jednoznacznie wskazuje, że prawa inkorporowane na elektronicznych nośnikach nie mają formy dokumentu. W art. 5 ust. 1 Ustawy o Obrocie papierami wartościowymi w postaci zapisów elektronicznych zostały nazwane jako „niemające formy dokumentu”. Tym samym sformułowaniem posłużono się w art. 1 ust. 7 a) Ustawy o Obowiązkowej Dematerializacji: „akcje nie mają formy dokumentu”. Na tym tle najbardziej słuszny oraz zbliżony do intencji ustawodawcy wydaje się pogląd, zgodnie z którym KC można stosować do akcji zdematerializowanych *per analogiam* lub wcale.

³¹ Zob. P. Machnikowski [w:] *Kodeks cywilny – Komentarz*, red. E. Gniewek, Warszawa 2019, komentarz do art. 921⁶ KC. Natomiast K. Zawada uważa, że zdematerializowane papiery wartościowe nie są w ogóle papierami wartościowymi zgodnie z art. 921⁶ i następných KC – K. Zawada [w:] *Komentarz KC*, t. 2, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2011, komentarz do art. 921⁶ KC, Nb 31.

³² Wyrok SN z 1.12.2006 r., I CSK 299/06, OSNC 2007, Nr 10, poz. 157.

Na gruncie znowelizowanego art. 328⁹ KSH nabycie akcji albo ustanowienie na niej ograniczonego prawa rzeczowego następuje z chwilą dokonania w rejestrze akcjonariuszy wpisu wskazującego nabywcę albo zastawnika, albo użytkownika, liczbę oraz rodzaj, serie i numery nabytych albo obciążonych akcji. Wpis do rejestru akcjonariuszy stanowi zatem konstytutywną przesłankę nie tylko dla prawnego usankcjonowania przeniesienia lub pierwotnego nabycia akcji z emisji spółki, ale również skutecznego ustanowienia na niej ograniczonych praw rzeczowych. Warto zauważyć, że przewłaszczenie na zabezpieczenie, jako czynność przenosząca własność akcji pod warunkiem zawieszającym lub rozwiązującym³³, wymaga dla swojej skuteczności wpisu, będąc jedną z form nabycia akcji. Zgodnie z brzmieniem znowelizowanego art. 328³ § 1 ust. 6 KSH, wprowadzonego Ustawą o Obowiązkowej Dematerializacji, wpis do rejestru akcjonariuszy dokonuje się na żądanie osoby mającej w tym interes prawny, a żądanie to jest kierowane do podmiotu prowadzącego tenże rejestr, który ma obowiązek zbadać treść i formę dokumentów przedłożonych jako podstawa żądania, w oparciu o art. 328⁴ § 4 i 5 KSH wprowadzonym Ustawą o Obowiązkowej Dematerializacji. Dotyczy to wpisu o przejściu akcji, jak i ustanowienia na nich ograniczonego prawa rzeczowego. Żądanie, które nie jest poparte dowodem na wykonanie tych czynności, mogłoby spotkać się z odmową dokonania wpisu do rejestru akcjonariuszy na podstawie art. 328⁴ § 7 KSH.

W tym miejscu warto omówić środki prawne odwoławcze przysługujące od odmowy dokonania wpisu w rejestrze akcjonariuszy, którymi może posłużyć się żądający wpisu. Jako że ustawodawca nie przewidział odrębnego trybu odwoławczego w Ustawie o Obowiązkowej Dematerializacji, za właściwe należy uznać zastosowanie KPC³⁴, jako aktu prawa procesowego normującego postępowanie sądowe w sprawach ze stosunków z zakresu prawa cywilnego. Nie wiadomo jednak jeszcze, jaki kierunek obierze doktryna i orzecznictwo na tle powództw o dokonanie wpisu w rejestrze akcjonariuszy. Rozważyć należy w tym miejscu dwie możliwości: powództwa o ustanie na zasadach ogólnych, tj. o ustalenie istnienia stosunku prawnego będącego źródłem dokonania wpisu o określonej treści w rejestrze akcjonariuszy przez podmiot prowadzący ten rejestr (art. 189 KPC) albo powództwo o dokonanie wpisu, jako sprawy ze stosunku spółki w postępowaniu w sprawach gospodarczych (art. 458² § 1 ust. 3 KPC). Przeciwno drugiemu rozwiązaniu przemawia fakt, że spółka *per se* nie jest podmiotem, który dokonuje wpisu w rejestrze akcjonariuszy. Bezcelowe jest zatem jej wystąpienie w roli pozwanego, mimo że ze stosunku spółki wynikają prawa i obowiązki akcjonariusza. Żądanie wpisu jest bezpośrednio skierowane do podmiotu prowadzącego rejestr akcjonariuszy, wobec czego to on powinien być legitymowany biernie w ramach takiego postępowania. Podkreślenia wymaga fakt, że w orzecznictwie sądowym został już wyrażony pogląd, zgodnie z którym obrót prawami udziałowymi nie może stanowić sprawy ze stosunku spółki³⁵.

³³ Postanowienie SN z 20.10.2011 r., IV CSK 53/11, LEX nr 1102657.

³⁴ Ustawa z dnia 7.8.1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. 1964, nr 43, poz. 296 ze zm.), dalej: KPC.

³⁵ Wyrok SA w Poznaniu z dnia 10.5.1995 r., I ACr 769/94, PG 1995, Nr 12, s. 54.

Dalej idące konsekwencje regulacja powołanego wyżej znowelizowanego Ustawą o Obowiązkowej Dematerializacji art. 328⁹ KSH ma dla wszystkich zastawów, będących wszak ograniczonymi prawami rzeczowymi. Konstytuuje bowiem kolejny niezbędny dla ich skuteczności wymóg, który należy spełnić w celu zabezpieczenia nimi wiarygodności. W przypadku zastawu zwykłego art. 307 § 1 KC określa zasadniczo dwa wymogi dla prawidłowego ustanowienia tego rodzaju ograniczonego prawa rzeczowego. Są to:

1. Zawarcie umowy zastawniczej.
2. Wydanie przedmiotu zastawu zastawnikowi.

Po dacie dematerializacji, poza spełnieniem wymogów określonych w pkt 1 oraz 2, konieczne będzie również uzyskanie wpisu w rejestrze akcjonariuszy. Wydaje się, że wpis w rejestrze akcjonariuszy powinien mieć charakter następczy wobec kroków opisanych w pkt 1 i 2. Pozwoli to uniknąć zarzutu złożenia niepełnego wniosku o wpis do rejestru akcjonariuszy.

Jeszcze większe wątpliwości budzi stosunek powołanego wyżej art. 328⁹ KSH do skutecznego ustanowienia zastawu rejestrowego. Na gruncie art. 2 ust. 1 Ustawy o Zastawie Rejestrowym i Rejestrze Zastawów³⁶ do ustanowienia zastawu rejestrowego są wymagane:

1. Umowa zastawu.
2. Wpis do rejestru zastawów.

Należy zauważyć, że wpis do rejestru zastawów ma charakter konstytutywny i do tej pory piśmiennictwo zgodnie wyrażało pogląd, że zastaw rejestrowy powstaje z chwilą jego wpisu do rejestru zastawów³⁷. Nowa regulacja, wprowadzona Ustawą o Obowiązkowej Dematerializacji, dodaje nowy wymóg do ustanowienia zastawu rejestrowego. Postanowienia znowelizowanego KSH, stanowiąc *lex specialis* wobec Ustawy o Zastawie Rejestrowym i Rejestrze Zastawów, wprowadzają obligatoryjny dla skuteczności ustanowienia zastawu rejestrowego konstytutywny wpis do rejestru akcjonariuszy. Za właściwe należy zatem uznać uprzednie zawarcie umowy zastawu, a także uzyskanie wpisu do rejestru zastawów, a następnie wpis zastawu do rejestru akcjonariuszy, co wywoła skutek w postaci ustanowienia zastawu rejestrowego na akcjach.

W przypadku zastawu rejestrowego na akcjach niepublicznych do 28 lutego 2021 r., zgodnie z Katalogiem Sposobu Opisu Przedmiotu Zastawu³⁸, należało wskazywać we wniosku do rejestru zastawów numer pozycji katalogu F4 – akcja niezdematerializowana. W związku z dematerializacją akcji, wprowadzoną Ustawą o Obowiązkowej Dematerializacji, akcje spółek akcyjnych oraz komandytowo-akcyjnych występujących poza obrotem publicznym obecnie nie posiadają już osobnego numeru pozycji katalogu

³⁶ Ustawa z 6.12.1996 r. o zastawie rejestrowym i rejestrze zastawów (Dz.U. 1996, nr 149, poz. 703 ze zm.), dalej: Ustawa o Zastawie Rejestrowym i Rejestrze Zastawów.

³⁷ Zob. np. T. Czech [w:] *Ustawa o zastawie rejestrowym i rejestrze zastawów. Komentarz*, red. K. Osajda, Warszawa 2020, komentarz do art. 2 Ustawy o zastawie rejestrowym i rejestrze zastawów; J. Pisuliński, Ł. Przyborowski, G. Tracz [w:] *Prawo Umów Handlowych, System Prawa Handlowego T. 5*, red. S. Włodzka, Warszawa 2014, s. 279–280.

³⁸ Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z 11.12.2008 r. zmieniające rozporządzenie w sprawie szczegółowej organizacji i sposobu prowadzenia rejestru zastawów (Dz.U. 2008, nr 229, poz. 1533), dalej: Katalog Sposobu Opisu Przedmiotu Zastawu.

i właściwym wydaje się być wybór numeru pozycji katalogu F6 – inny papier wartościowy. Mając powyższe na uwadze, istnieje potrzeba sformułowania postulatu pilnej zmiany Katalogu Sposobu Opisu Przedmiotu Zastawu, tak żeby odpowiadał obecnemu stanowi prawnemu KSH w zakresie akcji występujących poza obrotem publicznym. Nie wydaje się bowiem, żeby było intencją ustawodawcy przeniesienie akcji niepublicznych znajdujących się w obrocie gospodarczym do kategorii, która zawiera już takie papiery wartościowe, jak np. konosament, dowód składowy czy bon, nie inkorporujące przecież praw udziałowych.

W ocenie autora nie ma również potrzeby zmiany wpisu istniejącego zastawu rejestrowego w rejestrze zastawów na tle dematerializacji akcji. Zgodnie bowiem z art. 2 Ustawy o Zastawie Rejestrowym i Rejestrze Zastawów do jego ustanowienia wymaga się:

1. Umowy o ustanowienie tego zastawu.
2. Wpisu do rejestru zastawów.

Jeśli strony umowy zastawniczej doprowadziły do wpisu tego istniejącego zastawu rejestrowego do rejestru akcjonariuszy, to dodatkowe uzgodnienie wpisu zastawu rejestrowego poprzez zmianę numeru pozycji katalogu na F6 należy uznać za bezcelowe. Nie wpływa to już bowiem w żaden sposób na ważność, skuteczność i egzekwowalność zastawu, gdyż jest on już ustanowiony z chwilą wpisu do rejestru akcjonariuszy.

Analogicznie sytuacja wygląda w odniesieniu do zastawu finansowego na akcjach. Zgodnie z art. 7 ust. 1 Ustawy o Niektórych Zabezpieczeniach³⁹ dla jego ustanowienia nie jest wymagane zawarcie umowy z datą pewną, ani umowy z podpisami notarialnie poświadczonymi, lecz konieczny jest jego wpis do rejestru akcjonariuszy zgodnie z art. 328⁹ § 1 KSH, wprowadzonym Ustawą o Obowiązkowej Dematerializacji. Podobnie jak w przypadku zastawu cywilnego oraz zastawu rejestrowego na akcjach art. 328⁹ § 1 KSH stanowi *lex specialis* wobec przepisów Ustawy o Niektórych Zabezpieczeniach Finansowych.

Dematerializacja akcji oznacza również konieczność nowego sposobu potwierdzenia ustanowienia ograniczonego prawa rzeczowego na akcjach. W związku z tym zastosowano rozwiązanie niemal takie samo, jak świadectwo depozytowe dotyczące akcji dopuszczonych do obrotu publicznego uregulowane w art. 9 i następnych Ustawy o Obrocie. Zgodnie z dodanym Ustawą o Obowiązkowej Dematerializacji art. 328⁵ KSH na żądanie akcjonariusza albo zastawnika, albo użytkownika uprawnionego do wykonywania prawa głosu z akcji, podmiot prowadzący rejestr akcjonariuszy wystawi w ciągu tygodnia świadectwo rejestrowe. Jest to dokument potwierdzający uprawnienia wynikające z akcji, które nie mogą być realizowane wyłącznie na podstawie zapisów w rejestrze akcjonariuszy. Podkreślenia wymaga fakt, że zawiera on informację o istniejących ograniczeniach przenoszenia akcji lub ustanowionych na nich obciążeniach, a także przysługującym zastawnikowi albo użytkownikowi uprawnieniu do wykonywania prawa głosu z akcji.

Świadectwo rejestrowe powinno być podpisane przez osobę upoważnioną do wystawienia w imieniu wystawiającego podmiotu świadectwa rejestrowego, ale brak tego

³⁹ Ustawa z 2.4.2004 r. o niektórych zabezpieczeniach finansowych (Dz.U. 2004, nr 91, poz. 871 ze zm.), dalej: Ustawa o Niektórych Zabezpieczeniach.

podpisu nie powoduje jego nieważności, jeśli dokument świadectwa rejestrowego został wystawiony przy zachowaniu formy dokumentowej.

Akcje w liczbie wskazanej w treści świadectwa rejestrowego nie mogą być przedmiotem rozporządzeń od chwili jego wystawienia do momentu utraty jego ważności albo zwrotu świadectwa rejestrowego wystawiającemu przed upływem terminu jego ważności. Na okres ten wystawiający świadectwo rejestrowe dokonuje blokady odpowiedniej liczby akcji w rejestrze akcjonariuszy. Jednocześnie te same akcje mogą być wskazane w treści kilku świadectw rejestrowych, pod warunkiem, że cel wystawienia każdego ze świadectw rejestrowych będzie odmienny. W kolejnych świadectwach rejestrowych zamieszcza się informację o dokonaniu blokady akcji w związku z wcześniejszym wystawieniem innych świadectw rejestrowych.

Dokumenty akcji, które nie zostały zdematerializowane do daty dematerializacji, wygasają z mocy prawa. Zachowują jedynie moc dowodową do wykazywania przez akcjonariusza wobec spółki, że przysługują mu prawa udziałowe do dnia 1 marca 2026 r. W uzasadnieniu do rządowego projektu Ustawy o Obowiązkowej Dematerializacji, projektodawca nazwał ten okres: „zachowaniem ograniczonej legitymacji z dokumentów akcji”⁴⁰. Legitymacja ta jest istotnie ograniczona, ponieważ statusu akcjonariusza można dowodzić jedynie w stosunku *inter partes* wobec spółki. Jednak przy zachowaniu praw korporacyjnych akcjonariusz nie może skutecznie obracać posiadanymi dokumentami akcji, gdyż osobie niebędącej akcjonariuszem nie przysługują prawa majątkowe wobec osób trzecich oraz wobec samej spółki. Ponadto nie może on sam żądać sanowania swojej niepewnej sytuacji prawej poprzez wpis do rejestru akcjonariuszy, ponieważ posiadany dokument akcji zachowuje moc dowodową wyłącznie wobec spółki. Od spółki będzie zależało również, czy wyrazi zgodę na wpisanie akcjonariusza do rejestru akcjonariuszy. Ustawodawca nie sprecyzował, co się stanie z akcjonariuszami, którzy nie złożyli dokumentów akcji do 1 marca 2026 r. Prawdopodobnie dojdzie do umorzenia ich akcji poprzez obniżenie kapitału zakładowego spółki na podstawie art. 455 i następnych KSH.

Warto zauważyć, że pomimo chwilowego zatarcia podziału na akcje imienne i na okaziciela w okresie przejściowym, po dacie dematerializacji to rozróżnienie zostało nadal utrzymane. Jakkolwiek podstawowy sens gospodarczy akcji na okaziciela, jakim jest anonimowość akcjonariusza, zostanie wyeliminowany poprzez wpis do rejestru akcjonariuszy, to inne cechy odróżniające akcje na okaziciela od akcji imiennych pozostaną w mocy. Utrzymany zostanie zakaz ograniczenia zbywania akcji na okaziciela oraz brak możliwości ich uprzywilejowania. Nadto pamiętać należy, że rejestr akcjonariuszy będzie jawny dla spółki, jak i dla każdego akcjonariusza, nawet tego, który dysponuje tylko jedną akcją.

⁴⁰ Projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks spółek handlowych oraz niektórych innych ustaw z 12.6.2019 r., druk nr 3541, Sejm VIII kadencji, s. 37–38.

3. Podsumowanie i wnioski

Obligatoryjna dematerializacja akcji spółek akcyjnych niepublicznych oraz komandytowo-akcyjnych niesie za sobą wiele ryzyk. Krytycznie należy się przy tym odnieść do lakonicznej regulacji Ustawy o Obowiązkowej Dematerializacji jako całości. Ustawodawca pominął w niej konieczność wprowadzenia trybu odwołania się od rozstrzygnięcia podmiotu prowadzącego rejestr akcjonariuszy w przypadku odmowy dokonania wpisu. Brakuje również rozstrzygnięcia kolizji między art. 328⁹ § 1 KSH oraz przepisami Ustawy o Zastawie Rejestrowym i Rejestrze Zastawów. Za bezcelowe również należy uznać utrzymanie jedynie nominalnego podziału na akcje na okaziciela oraz akcje imienne. Bardziej racjonalne byłoby już teraz stworzenie jednolitej akcji rejestrowej, także z uwagi na zachowanie pewności obrotu.

Sam kierunek zmian należy jednak ocenić pozytywnie. Dokument akcji jako papier wartościowy zachowuje szczególną rolę w obrocie. Dematerializacja akcji zbliża polskie prawo spółek do innych rozwiązań okcydentalnych prawa spółek handlowych i pozwala elastyczniej reagować na legislacyjne postulaty uczestników obrotu akcjami w przyszłości.

Bibliografia

Literatura

- Allerhand M., *Kodeks handlowy: Komentarz*, Lwów 1935.
- Bardach J., Leśnodorski B., Pietrzak M., *Historia Państwa i Prawa Polskiego*, Warszawa 1979.
- Czech T. [w:] *Ustawa o zastawie rejestrowym i rejestrze zastawów. Komentarz*, red. K. Osajda, Warszawa 2020.
- Dziurzyński T., Fenichel Z., Honzatko M., *Kodeks Handlowy: Komentarz*, Kraków – Warszawa 1936.
- Frąckowiak J., Kidyba A., Kidyba S., Popiołek W., Spyra M. [w:] *Prawo Spółek Handlowych. Tom 2B*, red. A. Szumański, Warszawa 2019.
- Frąckowiak J., *Zastaw na akcjach*, „Rejent” 1995, nr 1.
- Furtek M. [w:] *Prawo Handlowe*, red. J. Okolski, Warszawa 1999.
- Gasiński Ł. [w:] *Prawo Handlowe*, red. J. Okolski, M. Modrzejewska, Warszawa 2016.
- Gendek M., *Spółki: od 1 lipca 2018 r. zamiast akcji papierowych będzie zapis teleinformatyczny*, <<https://www.rp.pl/Firma/305119988-Spolki-od-1-lipca-2018-zamiast-akcji-papierowych-bedzie-zapis-teleinformatyczny.html>>, [dostęp 12.5.2021 r.].
- Kot T., *Zastaw na papierach wartościowych*, „Rejent” 1993, nr 5.
- Machnikowski P. [w:] *Kodeks cywilny – Komentarz*, red. E. Gniewek, Warszawa 2019.
- Nowacki J., „Odpowiednie” stosowanie przepisów prawa, „Państwo i Prawo” 1964, z. 3.
- Pabis R. [w:] *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, red. Z. Jara, Warszawa 2020.
- Pisuliński J., Przyborowski Ł., Tracz G. [w:] *Prawo Umów Handlowych, System Prawa Handlowego T. 5*, red. S. Włodyka, Warszawa 2014.
- Sokal P., *Zastaw Zwyczajny i Rejestrowy na Akcjach*, Warszawa 2011.
- Sołtysiński S. [w:] *Komentarz KSH*, t. 3, red. S. Sołtysiński, Warszawa 2003.

- Zaradkiewicz K. [w:] *Kodeks Cywilny T. I. Komentarz. Art. 1–449¹⁰*, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2019.
- Zawada K. [w:] *Komentarz KC, t. 2*, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2011.

Akty prawne

- Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks spółek handlowych oraz niektórych innych ustaw z 12.6.2019 r., druk nr 3541, Sejm VIII kadencji.
- Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks spółek handlowych oraz niektórych innych ustaw z 12.6.2019 r., druk nr 3541.
- Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z 27.6.1934 r. – Kodeks handlowy (Dz.U. 1934, nr 57, poz. 502 ze zm.).
- Dekret z 10.12.1946 r. o umarzeniu utraconych dokumentów (Dz.U. 1947, poz. 20 ze zm.), dalej: Dekret o Umarzeniu Utraconych Dokumentów.
- Ustawa z 23.4.1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. 2020, poz. 1740 tekst jedn. ze zm.).
- Ustawa z dnia 7.8.1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. 1964, nr 43, poz. 296 ze zm.).
- Ustawa z 6.12.1996 r. o zastawie rejestrowym i rejestrze zastawów (Dz.U. 1996, nr 149, poz. 703 ze zm.).
- Ustawa z dnia 15.9.2000 r. – Kodeks spółek handlowych (Dz.U. 2000, nr 94, poz. 1037 ze zm.).
- Ustawa z 2.4.2004 r. o niektórych zabezpieczeniach finansowych (Dz.U. 2004, nr 91, poz. 871 ze zm.).
- Ustawa z 29.7.2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi (Dz.U. 2005, nr 183, poz. 1538 ze zm.).
- Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z 11.12.2008 r. zmieniające rozporządzenie w sprawie szczegółowej organizacji i sposobu prowadzenia rejestru zastawów (Dz.U. 2008, nr 229, poz. 1533).
- Ustawa z 1.3.2018 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu (Dz.U. 2018, poz. 723 ze zm.).
- Ustawa z 30.8.2019 r. o zmianie ustawy – Kodeks spółek handlowych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. 2019, poz. 1798 ze zm.).
- Ustawa z 14.5.2020 r. o zmianie niektórych ustaw w zakresie działań osłonowych w związku z rozprzestrzenianiem się wirusa SARS – CoV – 2 (Dz.U. 2020, poz. 875 ze zm.).

Orzecznictwo

- Wyrok SN z 15.9.1995 r., III CZP 110/95, OSNC 1995, z. 12.
- Wyrok SA w Poznaniu z dnia 10.5.1995 r., I ACr 769/94, PG 1995, Nr 12, s. 54.
- Wyrok SN z 12.5.2005 r., V CK 583/04, Lex 15700.
- Wyrok SN z 1.12.2006 r., I CSK 299/06, OSNC 2007, Nr 10, poz. 157.
- Postanowienie SN z 20.10.2011 r., IV CSK 53/11, LEX nr 1102657.
- Wyrok SN z 23.1.2014 r., II CSK 172/13, LEX nr 1438644.
- Wyrok SA w Łodzi z 19.8.2014 r. I ACa 224/14, Portal Orzeczeń SA w Łodzi 2014.
- Wyrok SN z 3.5.2015 r., V CSK 566/14, OSNC 2016/5.

Jakub Borowiec¹

Wybrane zagadnienia problematyki *Standard Essential Patents* i licencji *FRAND*

Streszczenie:

Patenty niezbędne do spełnienia normy (*SEP*) należą do grupy powszechnie wykorzystywanych rozwiązań technicznych np. w sektorze *ICT*. Ich szczególną cechą jest fakt, że są niezastąpione – nie da się wdrożyć technologii w życie, nie wykorzystując rozwiązania będącego *SEP*. W związku z tym pojawiają się spory między potencjalnym licencjodawcą a potencjalnym licencjobiorcą w zakresie umowy licencyjnej oraz należnych opłat licencyjnych.

Słowa kluczowe: *Standard Essential Patents*, licencja, patent, prawo konkurencji, Internet, nowe technologie

Selected Issues of *Standard Essential Patents* and *FRAND* Licenses

The *Standard Essential Patents* (*SEP*) belong to a group of commonly used technical solutions e.g. in the *ICT* sector. Their special feature is the fact that they are irreplaceable – it is impossible to implement technology without using a *SEP* solution.

As a consequence, disputes arise between the potential licensor and the potential licensee regarding the licensing agreement and the royalties due.

Key words: *Standard Essential Patents*, license, patent, concurrency law, Internet, new technologies

¹ Autor jest studentem I roku studiów drugiego stopnia na kierunku Intellectual Property and New Technologies na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego, jakub.borowiec@student.uj.edu.pl, ORCID 0000-0001-6277-0295.

1. Wprowadzenie

W istniejącym systemie prawa własności intelektualnej oraz koegzystującym reżimie prawa konkurencji powstaje pewien spór, w jakim zakresie reguły antymonopolowe wpływają na realizację prawa przysługującego na mocy systemu ochrony własności intelektualnej.

W polskim systemie prawnym zagadnienie związane z jednoczesnym stosowaniem przepisów antymonopolowych i przepisów prawa własności intelektualnej precyzuje Ustawa z 16.2.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów – w art. 2 ust. 1 znajduje się klauzula generalna mówiąca, że ustawa ta nie narusza praw przysługujących na podstawie przepisów dotyczących ochrony własności intelektualnej i przemysłowej.

W prawie unijnym aspekt wykonywania prawa wyłącznego na mocy systemu prawa własności intelektualnej przy uwzględnieniu prawa antymonopolowego reguluje art. 102 TFUE. Na podstawie art. 102 lit. b TFUE zakazana jest praktyka podmiotu posiadającego na rynku pozycję dominującą, która dąży do niewprowadzenia na rynek nowego produktu w oparciu o prawo wyłączne, przez co uniemożliwia istnienie konkurencji².

Konflikt, jaki istnieje pomiędzy tymi dwoma reżimami, polega na problematyce działania eksploatacji oraz ochrony, które służą do promowania innowacyjności, a także kreatywności, by to konsument, jako finalny odbiorca produktów powstałych na podstawie tych dwóch reżimów prawnych, dostał jak najlepsze warunki³. Istnienie prawa wyłącznego i pozyskanie z tego tytułu pozycji dominującej na rynku właściwym w rozumieniu prawa konkurencji nie jest zabronione, natomiast wykonywanie prawa wyłącznego w celu zlikwidowania konkurencji na rynku jest już sprzeczne z założeniami prawa antymonopolowego.

W tym artykule pragnę omówić wybraną problematykę eksploatacji patentów niezbędnych do spełnienia normy (*SEP*⁴) oraz zasad licencjonowania rozwiązania opartego na prawach wyłącznych na warunkach *FRAND*⁵. Wśród wybranej problematyki poruszę zagadnienia związane z pojęciem standardu technicznego, przedstawię istotę deklaracji *FRAND*, rozważę, jaki charakter prawny ma deklaracja *FRAND*, a także wskażę rolę *SEP* i licencji *FRAND* przy wdrażaniu technologii 5G. Jednocześnie w tym artykule chcę udzielić odpowiedzi na problem związany z licencjonowaniem *SEP* – czy odmowa udzielenia licencji przez podmiot będący posiadaczem *SEP* zawsze narusza art. 102 TFUE. W niniejszym artykule pragnę odpowiedzieć na wskazany przeze mnie problem, gdyż literatura, z którą miałem okazję się zapoznać oraz orzecznictwo w zakresie *SEP* nie wskazywały bezpośrednio na legalność lub nielegalność takiego

² A. Jurkowska-Gomułka [w:] *Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Komentarz. Tom II (art. 90–222)*, red. K. Kowalik-Bańczyk, M. Szwarc-Kuczer, A. Wróbel, LEX/el. 2020, komentarz do art. 102 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, teza 102.7.2.2.

³ A. Stawicki [w:] *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, red. A. Stawicki, E. Stawicki, LEX/el. 2020, komentarz do art. 2 Ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

⁴ Ang. *Standard Essential Patent*.

⁵ Ang. *Fair Reasonable and Non Discriminatory*.

działania. Odpowiedź na to pytanie ma kluczowe znaczenie dla możliwości niwelowania skutków stosowania mechanizmu *hold-out*.

2. Zarys problematyki SEP i licencji FRAND

Problematyka związana ze *Standard Essential Patents* i licencjami *FRAND* (*Fair Reasonable and Non Discriminatory*) odnosi się do ekonomicznego aspektu eksploatacji rozwiązań chronionych patentem. By dany patent został uznany za *SEP*, uprawniony z patentu składa deklarację (wypełniając odpowiedni formularz) wobec agencji normalizacyjnej, oświadczając, że jego rozwiązanie jest konieczne do wypełnienia normy. W praktyce oznacza to, że inny podmiot musi wykorzystać rozwiązanie chronione patentem, jeśli zamierza spełnić określony standard technologiczny. Jednocześnie uprawniony z patentu przy składaniu deklaracji wobec agencji normalizacyjnej o tym, że jest posiadaczem *SEP*, musi złożyć oświadczenie woli, iż będzie licencjonował patent na warunkach uczciwych, rozsądnych i niedyskryminujących⁶. Deklaracja dotycząca licencjonowania *SEP* na warunkach *FRAND* ma charakter obligacyjny wobec agencji normalizacyjnej. W rzeczywistości zatem deklaracja *FRAND* jest umową między uprawnionym z patentu a agencją normalizacyjną, ze skutkiem zobowiązaniowym wobec potencjalnych licencjobiorców. Z tego względu, że licencjonowanie *SEP* na warunkach *FRAND* ma charakter kontraktowy, potencjalni licencjobiorcy negocjują treść umowy z uprawnionymi z patentu, aby uzyskać jak najlepsze warunki umowne.

W relacji dotyczącej uprawnionego z patentu i potencjalnego licencjobiorcy występują przedsiębiorcy – po jednej stronie podmiot posiadający prawo wyłączne do danego standardowego rozwiązania technicznego, a po drugiej stronie producent sprzętu wykorzystujący *SEP*. Pomiędzy tymi dwoma przedsiębiorcami istnieją rozbieżne interesy. Uprawniony z patentu chce otrzymać jak najwyższą opłatę licencyjną za pozwolenie na eksploatację jego rozwiązania. Natomiast producent sprzętu wykorzystującego *SEP* chce uzyskać licencję jak najniższym kosztem, by wykorzystanie *SEP* nie prowadziło do obniżenia jego zysku w sprzedaży wyprodukowanego sprzętu.

Podjmując negocjacje odnośnie ustalenia warunków licencjonowania *SEP* na warunkach *FRAND*, strony mają rozbieżne interesy i muszą dojść do porozumienia, by zapewnić zgodność z przyjętą przez uprawnionego z patentu polityką udzielania licencji na warunkach *FRAND*. Brak jest sztywnych kryteriów, na podstawie których określa się zapewnienie warunków uczciwych, rozsądnych i niedyskryminujących, zatem to od woli stron i obiektywnych przesłanek rynkowych zależy, czy warunki licencji będą zgodne z licencją *FRAND*. Nieporozumienia podczas negocjacji między stronami prowadzą do sporów i niektóre z tych spraw trafiają na wokandę sądową.

W związku z tym, że potencjalny licencjobiorca z uprawnionym z patentu negocjuje treść umowy, zgodnie z zasadą swobody umów, pojawia się problem polegający na tym, czy uprawniony z patentu będącego *SEP* może odmówić potencjalnemu licencjobiorcy udzielenia licencji, nie naruszając przy tym art. 102 TFUE. Kwestia ta jest skomplikowana ze względu na zobowiązanie uprawnionego z patentu będącego *SEP* wobec agencji

⁶ J. Lerner, J. Tirole, *Standard Essential Patents*, NBER Working Paper No. 19664, November 2013, p. 2.

normalizacyjnej do udzielenia licencji na warunkach *FRAND* każdemu podmiotowi, który wyrazi chęć zawarcia umowy. By dojść do odpowiedzi na to pytanie, zacznę od analizy podstawowych kwestii związanych z *SEP* i licencjami *FRAND*.

3. Czym jest standard oraz zasady jego licencjonowania

Standard to wspólnie ustalone kryterium, które określa powszechnie pożądane cechy wytwarzanego produktu. W kontekście użytkowania standardów w technologii, standardem nazywa się określony zestaw parametrów, który zapewnia bezpieczeństwo, kompatybilność, interoperacyjność między tworzonymi jednostkami technologicznymi. Istotą standardu jest jego uniwersalność. Bez znaczenia jest region, z którego pochodzi standard, gdyż jego parametry pozostają niezmiennie i można go uniwersalnie implementować do danej infrastruktury.

W artykule posługuję się również pojęciem normy i zgodnie z rozumieniem tego pojęcia przez Polski Komitet Normalizacyjny, „norma” jest dokumentem normatywnym, stosowanym na zasadzie dobrowolności, powszechnie dostępnym i zaakceptowanym przez uznaną jednostkę normalizacyjną⁷. Cechą normy jest ustalanie przez nią zasad, wytycznych lub charakterystyki dotyczącej danej działalności i jej wyników, które następnie są przyjmowane na zasadzie konsensusu przez zainteresowane strony. Zatem pojęcie normy oraz standardu nie jest tożsame.

Sektorem, który praktycznie w całości jest uzależniony od standardów, jest *ICT (Internet and Communication Technology)*. Komunikacja za pomocą sieci Internetu, która otacza cały świat oraz przestrzeń kosmiczną wokół Ziemi, wymaga ustandaryzowanych protokołów, by w trakcie wymiany informacji komunikat był nadawany w jednym języku maszynowym, zrozumiałym dla wszystkich urządzeń. Sztandarowym przykładem takiego standardu jest protokół *IPv6 (Internet Protocol version 6)*⁸. Protokół internetowy to zbiór reguł dotyczących pakietów danych oraz ich przesyłania w sieci, natomiast *IPv6* umożliwia identyfikację oraz lokalizację komputerów lub urządzeń sieciowych w sieciach i trasach ruchu w Internecie. Bez tego rozwiązania zapytania wpisywane w wyszukiwarce nie docierałyby do miejsca docelowego i komunikacja sieciowa byłaby wadliwa. Oznacza to, że urządzenia niestosujące protokołu *IPv6*, nie byłyby w stanie wymieniać danych między sobą, a to doprowadziłoby do braku interoperacyjności urządzeń oferowanych przez producentów.

Określanie standardów oraz zapewnieniem ich przestrzegania zajmują się organizacje standaryzacyjne. Jedną z najbardziej znanych jest *International Standard Organization*, zwana w skrócie *ISO*. Zrzesza ona krajowe organy standaryzacyjne z całego świata, tworząc w ten sposób kolektywne ciało, odpowiadające za normalizację na całym świecie.

⁷ Polski Komitet Normalizacyjny, *Co to jest norma?*, <<https://www.pkn.pl/na-skroty/faq/co-jest-norma>>, [dostęp: 30.4.2021 r.].

⁸ Przykład wydanego standardu – The Internet Society, *IPv6 Specification*, <<https://tools.ietf.org/html/rfc2460>>, [dostęp: 20.4.2020 r.].

Zwracając uwagę na inny aspekt, innowacyjne rozwiązania będące określonym standardem, jeśli spełnią ustawowe przesłanki dotyczące ochrony patentowej, mogą być przedmiotem patentu. Uzyskanie patentu wiąże się z nabyciem przez uprawnionego z patentu monopolu prawnego, który pozwala na posiadanie pozycji dominującej na rynku w zakresie korzystania z określonego wynalazku. Natomiast posiadanie pozycji dominującej w związku z uzyskaniem patentu nie jest regułą. By podmiot posiadał pozycję dominującą, zgodnie z domniemaniem w rozumieniu art. 4 pkt 10 Ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów⁹, jego udział w rynku właściwym musi przekraczać 40%. Z tego powodu pozycja dominująca nie występuje u każdego podmiotu, który uzyska patent. Natomiast posiadanie patentu zwiększa możliwość uzyskania pozycji dominującej na rynku właściwym. Sytuacja, w której ustandaryzowane rozwiązanie jest chronione za pomocą patentu, a zatem prawo do korzystania z wynalazku ma tylko uprawniony z patentu, doprowadziłaby do konfliktu między potrzebą powszechnego wykorzystania standardu a ochroną prawa wyłącznego.

Rozwiązanie powyższego problemu, będącego w prawnym aspekcie na styku prawa własności intelektualnej oraz prawa konkurencji, zostało wypracowane już w ubiegłym wieku w relacjach między urzędami patentowymi a organizacjami standaryzacyjnymi. Przyjmuje się, że patent mający wpływ na eksploatację danego ustandaryzowanego rozwiązania, otrzymuje miano patentu koniecznego do spełnienia normy (*SEP*). Nazwa ta kryje w sobie informację, że to konkretne rozwiązanie jest opatentowane, ale jednocześnie jego wykorzystanie jest konieczne, by wypełnić normę w danym procesie¹⁰. Z tego powodu eksploatacją rozwiązania zainteresowanych będzie wiele podmiotów niebędących jednocześnie posiadaczami tytułu prawnego do wykorzystania danego rozwiązania. Widząc takie problemy, organizacje standaryzacyjne przyjęły model działania, zgodnie z którym wraz z uzyskaniem tytułu *SEP* konieczne jest złożenie oświadczenia woli przez posiadacza patentu o przestrzeganiu zasad deklaracji *FRAND*.

Analizując naturę prawną i skutki prawne zobowiązania podmiotu uprawnionego z patentu do udzielenia zgłaszającym się podmiotom trzecim licencji na warunkach *FRAND*, należy zbadać, wobec kogo uprawniony z patentu zobowiązuje się do przestrzegania warunków *FRAND*. Technicznie, deklarację do przestrzegania warunków *FRAND* podczas udzielania licencji na *SEP* zainteresowanym podmiotom uprawniony z patentu składa przed organizacją normalizacyjną, w postaci specjalnego formularza udostępnianego przez agencje normalizacyjne. Deklaracja *FRAND* jest w istocie umową między uprawnionym z patentu a agencją normalizacyjną. Deklaracji *FRAND* nie regulują jej żadne przepisy specjalne, zatem jest od strony prawnej jest to stosunek zobowiązaniowy między uprawnionym z patentu a agencją normalizacyjną. Zgodnie z komentarzem Komisji Europejskiej w sprawie stosowania art. 101 TFUE:¹¹ „brak jest jasnych wskazówek, które wskazywałyby, że Komisja

⁹ Ustawa z 16.2.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. 2021, poz. 275 tekst jedn.).

¹⁰ M. Lemley, T. Simcoe, *How Essential Are Standard-Essential Patents?*, „Cornell Law Review” 2019, t.104, s. 609.

¹¹ Guidelines of the Commission on the applicability of Art 101 of the Treaty on the Functioning of the EU to horizontal co-operation agreements [2011] OJ C11/01.

traktuje deklarację *FRAND* jako kontraktowo wiążącą. Jednak Komisja wskazuje potrzebę egzekwowania tej deklaracji¹².

Wskazuje się, że podmiotem odpowiedzialnym za egzekwowanie złożonych deklaracji *FRAND* powinny być agencje normalizacyjne. Przykład takiego działania znajduje się w punkcie 14 polityki zarządzania własnością intelektualną *ETSI*¹³, zgodnie z którym każde naruszenie warunków opisanych w niniejszej polityce należy uznać za naruszenie zobowiązań wobec agencji normalizacyjnej. Również to agencja normalizacyjna podejmuje działania, według uznania, wobec podmiotu łamiącego reguły polityki, którą zadeklarował przestrzegać. Dla polityki zarządzania własnością intelektualną *ETSI* prawem właściwym jest prawo Francji, zatem w przypadku jakichkolwiek roszczeń z tytułu naruszenia polityki, zastosowanie znajdą przepisy francuskiego kodeksu cywilnego, a naruszciciel poniesie odpowiedzialność kontraktową. Przy powyższych warunkach należy uznać, że złożona deklaracja o przestrzeganiu warunków *FRAND* jest prawnie wiążąca.

Jednocześnie w polityce zarządzania własnością intelektualną *ETSI* w punkcie 6.1bis znajduje się zapis, że w przypadku przeniesienia prawa do *SEP* na inny podmiot, przenoszący patent przekazuje nabywcy, iż łącznie z patentem wiążące dla nabywcy są postanowienia dotyczące licencjonowania patentu na warunkach *FRAND*. Do przestrzegania warunków *FRAND* zobowiązany będzie również podmiot, który w przyszłości nabyłby patent do *SEP*.

Powyższy zapis w polityce zarządzania własnością intelektualną *ETSI* potwierdza, że deklaracja *FRAND* jest wiążąca, co oznacza, że posiadacz *SEP* i jego ewentualny następcą prawny muszą liczyć się z faktem, że zobowiązanie dotyczące licencjonowania na warunkach *FRAND* nie wygasa z chwilą przeniesienia prawa.

Interesujący pogląd w sprawie mocy wiążącej deklaracji *FRAND* przedstawia niemiecka doktryna, zgodnie z którą złożona deklaracja *FRAND* zobowiązuje uprawnionego z patentu samego przez się, gdyż taka jest jego wola podczas składania tejże deklaracji¹⁴. W tym wypadku zobowiązanie do przestrzegania warunków *FRAND* wynika z woli, jaką prezentuje podmiot deklarujący, jednocześnie to właśnie fakt wyrażenia woli do podjęcia się takiego zobowiązania kreuje stosunek zobowiązaniowy. Tym samym usunięty zostaje problem, wobec kogo uprawniony z *SEP* jest zobowiązany do przestrzegania warunków *FRAND*.

Uprawnieni z patentu godzą się na te ograniczenia, gdyż często o wartości technologii decyduje liczba jej użytkowników, a standaryzacja jest w tym procesie niezbędnym

¹² C. Czychowski, *What Is the Significance of a FRAND License Declaration for Standard Essential Patents with Regard to their Transferability?* – *News from Germany*, „GRUR International”, t. 70, n. 5, Maj 2021, s. 421–426, tłum. własne.

¹³ RULES OF PROCEDURE, 3 September 2020 ETSI DIRECTIVES, 20 November 2020 ANNEX 6: ETSI Intellectual Property Rights Policy, <<https://www.etsi.org/images/files/IPR/etsi-ipr-policy.pdf>>, [dostęp: 16.2.2021 r.].

¹⁴ RULES OF PROCEDURE, 3 September 2020 ETSI DIRECTIVES, 20 November 2020 ANNEX 6: ETSI Intellectual Property Rights Policy, <<https://www.etsi.org/images/files/IPR/etsi-ipr-policy.pdf>>, [dostęp: 16.2.2021 r.].

elementem¹⁵. Dzięki zaakceptowaniu warunków standaryzacyjnych wprowadzonych przez organizacje standaryzacyjne, przedsiębiorcy posiadający patent ograniczają swoje ryzyko gospodarcze związane z eksploatacją rozwiązania chronionego patentem, gdyż posiadając *SEP*, zapewniają sobie pewne źródło dochodów z opłat licencyjnych.

Tytułu *SEP* danemu patentowi nie nadaje agencja normalizacyjna, lecz dokonuje tego sam posiadacz patentu, na podstawie złożonej deklaracji przed agencją normalizującą, zawierającej stwierdzenie, że ten konkretny patent jest konieczny do spełnienia normy. Nazwą *SEP* uprawniony z patentu może się posługiwać w momencie przyjęcia warunków agencji normalizującej, zobowiązujących do udostępniania swojego rozwiązania chronionego patentem zgłaszającym się podmiotom trzecim¹⁶.

Warunki *FRAND* zobowiązują uprawnionego z patentu do udzielenia licencji każdemu podmiotowi, który wyrazi chęć wykorzystania rozwiązania zastrzeżonego patentem, a jednocześnie posiadacz patentu zobowiązuje się udzielić tej licencji na warunkach uczciwych, rozsądnych oraz niedyskryminujących.

Debata na temat skuteczności licencjonowania patentowanych rozwiązań na warunkach *FRAND* rozgorzała zaraz po zaimplementowaniu tego rozwiązania. W raporcie Komisji Europejskiej¹⁷ z 2015 r. wskazano na bardzo ważną kwestię związaną z tego rodzaju modelem licencjonowania. Zaakceptowanie warunków *FRAND*, a także udzielenie licencji potencjalnemu licencjobiorcy, odbywa się *ex post*. To oznacza, że podmiot najpierw nabywa patent do standardowego rozwiązania, a dopiero potem rozważa kwestię jego eksploatacji na zasadach *FRAND*. Oznacza to, że istnieje duże prawdopodobieństwo celowego wstrzymywania projektów wykorzystujących opatentowane rozwiązanie przez konkurencję, a także zwlekanie z udzieleniem licencji na to rozwiązanie. W ten sposób mechanizm, który z natury swej miał regulować kwestię konkurencyjności na rynku, staje się narzędziem skutecznym do niwelowania tej konkurencji przez uprawnionego z patentu.

Zgodnie z przyjętymi standardami, dotyczącymi zawierania umów licencyjnych, których przedmiotem jest *SEP*, proces licencyjny odbywa się najczęściej w drodze negocjacji. W przypadku uproszczonego procesu, warunki licencyjne są z góry przewidziane i kontrahent zgadza się je przyjąć. Sfera związana z licencjonowaniem rozwiązań chronionych patentem odnosi się do wzajemnych negocjacji między uprawnionym z patentu a podmiotem chcącym korzystać z tego standardowego rozwiązania na warunkach *FRAND*.

W momencie prowadzenia negocjacji w sprawie ustalenia proporcjonalnych warunków licencyjnych między stronami może dojść do stosowania mechanizmów *hold-up* i *hold-out* przez uprawnionego z patentu oraz potencjalnego licencjobiorcę.

¹⁵ R. Sikorski, *Aktualne zagadnienia na styku własności intelektualnej i prawa konkurencji Unii Europejskiej*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego – Prace z prawa własności intelektualnej” 2014, z. 126, s. 129–144.

¹⁶ T. Pohlmann, K. Blind, *Landscaping study on Standard Essential Patents (SEPs)*, Berlin 2016, s. 10–21.

¹⁷ Y. Ménière, *Fair, Reasonable and Non-Discriminatory (FRAND) Licensing Terms – Research Analysis of a Controversial Concept*, European Commission JRC Science and policy Report 2015, s. 5–7.

Mechanizm *hold-up* polega na tym, że producent urządzeń wykorzystujących *SEP* dokonuje inwestycji znacznej części swoich środków w produkcję tych urządzeń. W momencie wytwarzania produktów zgłasza się do niego uprawniony z patentu wraz z wymaganiem zapłaty wysokiej opłaty za eksploatację jego rozwiązania. Przedsiębiorca, który produkuje urządzenia wykorzystujące *SEP*, musi się zgodzić zapłacić wysoką opłatę, gdyż ryzykuje pozwem o naruszenie prawa wyłącznego przez uprawnionego z patentu, a taka sytuacja może zagrozić przedsiębiorcy zamrożeniem jego inwestycji oraz narazić go na ewentualne koszty związane z powództwem, co w konsekwencji może przyczynić się do niewypłacalności.

Mechanizm *hold-out* jest niejako odwróceniem roli w stosunku do *hold-up*, w której to potencjalny licencjobiorca wykorzystuje swoją pozycję na rzecz uprawnionego z patentu. Polega na tym, że producent urządzeń wykorzystujących *SEP* celowo odsuwa w czasie negocjacje i odmawia przyjęcia zaproponowanych warunków licencyjnych przez uprawnionego z patentu. Ze względu na przyjętą politykę *FRAND*, potencjalny licencjobiorca może zacząć korzystać z *SEP* w dowolnym momencie i będzie to podlegało jedynie zobowiązaniu do zawarcia umowy licencyjnej z posiadaczem patentu. Zawarcie umowy jest odciągane w czasie, przez co wartość ekonomiczna *SEP* spada, a wraz z brakiem akceptacji warunków przez potencjalnego licencjobiorcę, posiadacz patentu musi znacznie obniżyć wartość opłat licencyjnych, co jest głównym celem wykorzystującego to rozwiązanie.

4. Sprawa *Huawei vs ZTE*

Przedmiotem kwestii warunków *FRAND*, jakie uprawniony z patentu zobowiązał się przed organizacją normalizacyjną przestrzegać wobec osób trzecich, jest orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie *Huawei Technologies Co. Ltd przeciwko ZTE*, C-170/13¹⁸. Sprawa dotyczyła rozwiązania telekomunikacyjnego, które zostało objęte patentem europejskim na mocy konwencji monachijskiej¹⁹ przez spółkę Huawei. Patent ten został zaliczony do grupy koniecznego do wypełnienia normy, na podstawie zgłoszenia przez Huawei do ETSI (European Telecommunication Standards Institute) tego rozwiązania w dniu 4 marca 2009 r. jako patent konieczny dla spełnienia normy *Long Term Evolution*. Z tego tytułu Huawei zobowiązał się do udzielania osobom trzecim licencji na warunkach *FRAND*. W stanie faktycznym niemiecka spółka ZTE tworzyła produkty telekomunikacyjne, wykorzystując w nich rozwiązanie chronione *SEP*. Huawei wskazał odpowiednią ze swojego punktu widzenia opłatę licencyjną, jednak ZTE domagała się wzajemnego nieodpłatnego udzielenia licencji. Żadna oferta dotycząca umowy licencyjnej pomiędzy podmiotami nie została sfinalizowana.

ZTE sprzedaje produkty działające na podstawie normy *Long Term Evolution* (LTE), wykorzystując tym samym patent bez uiszczania opłaty licencyjnej na rzecz Huawei

¹⁸ Wyrok TSUE z 15.7.2015 r. w sprawie *Huawei Technologies Co. Ltd przeciwko ZTE*, C-170/13 (ECLI:EU:C:2015:477).

¹⁹ Konwencja o udzielaniu patentów europejskich (Konwencja o patencie europejskim) z 5.10.1973 r. (Dz.U. 2004, nr 79, poz. 737).

i bez złożenia mu rachunków z dokonanych już działań związanych z wykorzystaniem patentu. Spółka Huawei złożyła pozew do niemieckiego sądu, w którym żądała uznania swojego roszczenia o zaniechanie naruszenia patentu przez spółkę ZTE. W tym miejscu doszło do sporu, stanowiącego istotę rozwiązań *FRAND*. Spór dotyczył kwestii, czy spółka, deklarując gotowość do udzielania licencji dla rozwiązania chronionego *SEP*, wnosząc pozew o zaniechanie naruszenia patentu przeciwko potencjalnemu licencjodawcy, nadużywa swojej pozycji dominującej w rozumieniu art. 102 TFUE.

Rzeczą nieulegającą wątpliwości w przedmiocie sprawy była kwestia, że uprawniony z patentu, na mocy przyznanego mu prawa wyłącznego, posiada pozycję dominującą względem konkurencji. Jednak samo posiadanie patentu nie ma wpływu na sytuację na rynku. Nie jest bowiem zakazane posiadanie pozycji dominującej, jednak zgodnie z art. 102 TFUE zabronione jest jej nadużywanie. W przypadku prawa własności intelektualnej dotyczyć to będzie wykonywania swoich praw względem podmiotów działających na jednym rynku właściwym. Kwestie te były rozpatrywane w wyrokach: *Volvo*, C-238/87, EU:C:1988:477, pkt 9; *RTE i ITP/Komisja*, C-241/91 P i C-242/91 P, EU:C:1995:98, pkt 50; *IMS Health*, C-418/01, EU:C:2004:257, pkt 35.

W tej sprawie rozpatrywane przez Trybunał Sprawiedliwości było zagadnienie, czy samo wniesienie pozwu o zaniechanie naruszenia patentu niezbędnego do spełnienia normy wraz z usunięciem skutków jest już przejawem nadużycia pozycji dominującej w rozumieniu art. 102 TFUE. W pkt. 57 i 58 omawianego orzeczenia Trybunał Sprawiedliwości stwierdził, iż immanentną cechą praw własności intelektualnej jest wiązka uprawnień, jaka przysługuje posiadaczowi prawa, która służy do zapewnienia możliwie jak najwyższego poziomu ochrony tego rozwiązania. W związku z tym sprzeczne z założeniami praw własności intelektualnej byłoby twierdzenie, iż każdy pozew w sprawie dotyczącej *SEP* wiązałby się z nadużywaniem pozycji dominującej na rynku właściwym zgodnie z rozumieniem art. 102 TFUE.

Mając powyższe na względzie, TSUE wyinterpretował, że nie będzie stanowiło naruszenia pozycji dominującej w rozumieniu art. 102 TFUE złożenie pozwu wobec korzystającego z *SEP*, jeśli wykonane zostaną odpowiednie czynności poprzedzające pozew. Przede wszystkim uprawniony z patentu przed wniesieniem powództwa wobec potencjalnego naruszcyciela powinien go poinformować o fakcie naruszenia, wskazać miejsce, w którym to naruszenie wystąpiło, a także bezpośrednio po wyrażeniu chęci zawarcia przez domniemanego naruszcyciela odpowiedniej umowy licencyjnej na warunkach *FRAND*, uprawniony z patentu powinien przedstawić konkretną i bezwarunkową ofertę umowy licencyjnej na warunkach *FRAND* domniemanemu naruszcycielowi. W przypadku, gdy domniemany podmiot dokonujący naruszenia kontynuuje korzystanie z *SEP* i albo nie akceptuje umowy licencyjnej, albo nie uwzględni z należytą starannością warunków umowy, wówczas wniesienie powództwa przez uprawnionego z patentu koniecznego do spełnienia normy nie będzie uznane za naruszenie w rozumieniu art. 102 TFUE.

Trybunał Sprawiedliwości przy rozstrzyganiu sprawy możliwości nadużycia pozycji dominującej przez posiadacza *SEP*, oparł się na Opinii Rzecznika Generalnego

Melchiora Watheleta²⁰. W punkcie 31 opinii w sprawie C-170/13 Rzecznik Generalny wskazuje, że Sąd Federalny Niemiec rozstrzygał podobny spór w sprawie *Orange-Book-Standard*, KZR 39/06 z 6.5.2009 r. i stwierdził, iż właściciel patentu, który wnosi powództwo o zaniechanie naruszeń w sytuacji, gdy pozwany ma możliwość ubiegania się o uzyskanie licencji w zakresie tego patentu, nadużywa swojej pozycji dominującej w sytuacji, gdy spełnione są określone warunki. Natomiast w punkcie 48 oraz 49 wspomina, że pomimo podobieństwa spraw, następują liczne rozbieżności, które są niweczące dla możliwości zastosowania tej sprawy w drodze analogii do rozstrzyganego przez TSUE spór pomiędzy Huawei a ZTE. Główna różnica między sprawą rozstrzyganą przez Sąd Federalny Niemiec a TSUE jest fakt, że w sprawie *Orange-Book-Standard* przedmiotem sporu była norma, która jest faktycznym standardem. Oznacza to, że patent był sam z siebie standardem i wówczas nie generował obowiązku po stronie właściciela prawa wyłącznego udzielania licencji na warunkach *FRAND*. Sprawa przed Trybunałem Sprawiedliwości dotyczy kwestii patentu niezbędnego do spełnienia normy, niebędącego normą sam przez się.

Z powyższego wynika, że warunki dotyczące możliwości stosowania licencji *FRAND* są ograniczone. Mianowicie jej zastosowanie będzie miało miejsce, gdy rozwiązanie oparte na patencie służy do spełnienia normy, czyli bez jego zastosowania niemożliwe jest spełnienie normy. Natomiast w wypadku, gdy przedmiotem jest patent będący standardem, wówczas zastosowanie warunków *FRAND* nie będzie miało miejsca. Chodzi tu bowiem o patent, który faktycznie nabył znaczenia ekwiwalentnego do standardu technicznego. W takim przypadku uprawniony z patentu będzie posiadał pozycję dominującą i zastosowanie znajdą regulacje prawa konkurencji.

Wynika to z założenia, że posiadacz *SEP*, czyli rozwiązania kluczowego do uzyskania danej normy, równocześnie nie jest twórcą samego standardu. W wypadku, gdyby wykonywanie jego prawa nie zostało unormowane w postaci warunków *FRAND*, poprzez swoje działania mógłby przejąć kontrolę nad samym standardem, którego nie jest twórcą. W konsekwencji Opinii Rzecznika Generalnego, a także wyroku TSUE w sprawie C-170/13 można dojść do kilku konkluzji.

Po pierwsze, posiadacz *SEP* zawsze będzie traktowany jako podmiot posiadający pozycję dominującą na rynku, a w związku z czym, w ramach sprawiedliwej dystrybucji pozycji negocjacyjnej przy zawieraniu kontraktów, będzie mu przysługiwała mniejsza ochrona prawna niż jego potencjalnemu licencjobiorcy.

Po drugie, uzyskanie *SEP* wraz z obowiązkiem licencjonowania go na warunkach *FRAND* jest związane z ograniczeniem prawa własności intelektualnej. W związku z tym licencji *FRAND* nie można uznawać jako licencji przymusowych, mających swoje źródło w Konwencji Paryskiej²¹, gdyż właścicielowi *SEP* pozostawiona jest dowolność w zakresie przyjęcia stosowania warunków *FRAND*.

²⁰ Opinia Rzecznika Generalnego Melchiora Watheleta przedstawiona 20.11.2014 r. w sprawie C-170/13 (ECLI:EU:C:2014:2391).

²¹ Konwencja Związkowa Paryska z 20.3.1883 r. o ochronie własności przemysłowej, przejrzana w Brukseli 14.12.1900 r., w Waszyngtonie 2.6.1911 r. i w Hadze 6.11.1925 r. (ratyfikowana zgodnie z ustawą z 17.3.1931 roku) (Dz.U. 1932, nr 2, poz. 8).

Zatem ograniczenie prawa własności intelektualnej poprzez stosowanie warunków *FRAND* nie następuje na samym prawie przyznawanym w drodze decyzji, lecz w możliwości jego wykonywania. Czyli przedsiębiorca poprzez posiadanie pozycji dominującej w związku z posiadaniem *SEP*, co jest jego przywilejem, równocześnie jest ograniczony w zakresie narzucania swoich warunków. Jednocześnie uprawniony z patentu jest ograniczony co do możliwości wnoszenia powództwa o naruszenie patentu, gdyż to może prowadzić do nadużycia pozycji dominującej w rozumieniu art. 102 TFUE – wyjątkiem jest spełnienie wszystkich przesłanek wskazanych przez TSUE w sprawie *Huawei vs ZTE*.

Trzecią kwestią jest prawo do sądu posiadacza *SEP*. W Opinii Rzecznika w punkcie 66 oraz 67 wskazane jest, że prawo do sądu, a także możliwość dochodzenia swoich roszczeń zostały zawarte w art. 47 Karty²². Jednakże w pkt. 51 wyroku ZZ (C-300/11, EU:C:2013:363) Trybunał orzekł, iż art. 52 ust. 1 Karty dopuszcza ograniczenia w wykonywaniu praw uznanych w art. 47 Karty, podkreślając jednocześnie, że w związku ze znaczeniem prawa podstawowego zagwarantowanego w art. 47 Karty należy uwzględnić, iż art. 52 ust. 1 Karty wymaga w szczególności, aby wszelkie ograniczenia szanowały istotę danego prawa podstawowego, a ponadto, aby ograniczenia te były konieczne i rzeczywiście realizowały cele interesu ogólnego uznawane przez Unię Europejską, z poszanowaniem zasady proporcjonalności. Karta nie stanowi również hierarchii pomiędzy uznawanymi przez nią prawami podstawowymi, a to prowadzi do konkluzji, że w pewnych wypadkach wniesienie powództwa o zaniechanie naruszeń może stanowić nadużycie pozycji dominującej.

W konsekwencji prowadzi to do wniosku, że posiadacz *SEP* nie jest pozbawiony prawa do sądu, gdyż ma możliwość wniesienia powództwa o zaniechanie naruszenia w pewnych *stricte* określonych okolicznościach²³. Natomiast balansem pomiędzy posiadaniem pozycji dominującej a konkurencją na rynku jest uniemożliwienie wniesienia powództwa o zaniechanie naruszenia w wypadkach, gdy podstawą rozwiązania sporu jest należyta staranność oraz właściwa negocjacja w zawarciu kontraktu licencyjnego z licencjobiorcą.

5. Czy odmowa udzielenia licencji przez podmiot będący posiadaczem *SEP*, zawsze naruszy art. 102 TFUE?

Kwestiami budzącymi wątpliwości przy licencjonowaniu *SEP* jest zakres swobody negocjacji przy tworzeniu treści umowy licencyjnej, rozróżnienie treści umów licencyjnych w stosunku do różnych licencjobiorców, a także, czy uprawniony z patentu do *SEP* może zgodnie z prawem odmówić udzielenia licencji zgłaszającemu się podmiotowi. Problemem, jaki należy zbadać w celu ustalenia, czy posiadacz *SEP* może odmówić udzielenia licencji podmiotowi wyrażającemu chęć wykorzystania rozwiązania, jest moc

²² Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej, 2012/C 326/02 (Dz.U. UE poz. C 326/391), dalej: Karta.

²³ Podobne rozważania zostały przedstawione w sprawie *Philips vs Wiko*, 2 July 2019, Case No. C/09/511922/HA ZA 16–623 – *Standard-Essential Patents: Conditions for Filing for an Injunction Without Abusing a Dominant Market Position*, “GRUR International” 2020, t. 69, z. 2, February, p. 174–181.

wiążąca zobowiązania wobec agencji normalizacyjnych do udzielania licencji każdemu podmiotowi trzeciemu, który wyrazi chęć wykorzystania *SEP* oraz czy zobowiązanie to wywiera skutki prawne na gruncie art. 102 TFUE.

Mając na względzie, że złożona deklaracja *FRAND* przez posiadacza *SEP* jest wiążąca, czyli wywołuje określone skutki prawne, w dalszej kolejności należy zbadać, czy uprawniony z patentu, który jest zobowiązany do przestrzegania warunków *FRAND*, może – zgodnie z art. 102 TFUE – odmówić zainteresowanemu podmiotowi udzielenia licencji.

Kwestią poboczną w stosunku do przedmiotu rozstrzygnięcia, jaką poruszył Trybunał Sprawiedliwości w sprawie C-170/13, było twierdzenie opisane w punkcie 53 wyroku. Istota polega na tym, że odmowa udzielenia licencji zainteresowanemu podmiotowi na warunkach *FRAND* może stanowić nadużycie w rozumieniu art. 102 TFUE. Swoje twierdzenie TSUE oparł w fakcie, że dany patent uzyskuje status *SEP* w zamian za nieodwołalne zobowiązanie właściciela wobec danej agencji normalizacyjnej do udzielania licencji na warunkach *FRAND*. Interpretując dalej, Trybunał Sprawiedliwości stwierdził, że zobowiązanie do licencjonowania *SEP* na warunkach *FRAND* jest źródłem uzasadnionych oczekiwań osób trzecich, gdyż mają one prawo oczekiwać, że posiadacz *SEP* faktycznie udzieli im licencji.

W opinii Rzecznika Generalnego w punkcie 72 opisana została podstawa znajdująca się we wcześniejszym orzecznictwie TSUE, stanowiąca o ograniczeniu w pewnych okolicznościach możliwości wykonywania prawa wyłącznego przez uprawnionego z prawa własności intelektualnej: „W pkt 9 wyroku *Volvo (EU:C:1988:477)* Trybunał orzekł, że «wykonywanie wyłącznego prawa przez posiadacza wzoru dotyczącego elementów karoserii samochodów może być zakazane na mocy art. [102 TFUE – J.B.], jeśli prowadzi do pewnych stanowiących nadużycie zachowań ze strony przedsiębiorstwa znajdującego się w pozycji dominującej, takich jak arbitralna odmowa dostarczania części zamiennych do niezależnych nakładów naprawczych (...)»”.

Również w punkcie 31 opinii Rzecznika Generalnego w sprawie C-170/13 wskazane jest, że odmowa udzielenia licencji może w sposób niedopuszczalny ograniczać ubiegającego się o licencję albo naruszać zakaz dyskryminacji.

Celem wprowadzenia mechanizmów takich, jak *SEP* oraz warunki *FRAND* jest zachowanie konkurencyjności na rynku wewnętrznym oraz zapewnienie odpowiedniego poziomu dostępu do towarów w proporcjonalnej cenie. Najważniejszy jest balans uprawnień, który nie doprowadzi do dyskryminacji żadnego podmiotu znajdującego się na poszczególnych szczeblach implementowania danej technologii.

Zobowiązanie, jakiego podejmuje się uprawniony z patentu zgłaszając swoje rozwiązanie jako *SEP*, w istocie polega na jak najszerszym jego wykorzystaniu przez wiele podmiotów, by dana technologia miała szansę być powszechnie dostępną. Celem jest zatem udzielanie licencji każdemu podmiotowi, który wyrazi wolę do wykorzystania *SEP*. Natomiast należy rozróżnić w takim wypadku okoliczność arbitralnego odmówienia udzielenia licencji bez złożenia oferty, od nieudzielenia licencji w związku z brakiem akceptacji złożonej oferty. Taka myśl wynika zarówno z orzeczenia C-170/13, jak i opinii Rzecznika Generalnego do tej sprawy.

Pewne wnioski można pośrednio wyciągnąć z orzeczenia *Unwired Planet vs Huawei Technologies (UK Supreme Court)*²⁴. W tej sprawie podmiot ubiegający się o licencję, który wykorzystywał SEP, był chętny do uzyskania licencji na terytorium Wielkiej Brytanii, ale odrzucił proponowaną przez posiadacza SEP licencję światową na warunkach FRAND. Posiadacz SEP wniósł powództwo o naruszenie jego patentu. Sąd Najwyższy Wielkiej Brytanii badał, czy uprawniony z SEP może stosować przysługujące mu uprawnienia, nie naruszając przy tym art. 102 TFUE, a także, czy możliwe jest rozróżnienie warunków udzielanej licencji na rozwiązanie będące SEP pomiędzy różnymi podmiotami.

W punkcie 149 powyższego orzeczenia brytyjski Sąd Najwyższy przywołał niemieckie orzeczenie w sprawie *Sisvel vs Haier*²⁵, w którym sąd niemiecki stwierdził, że w uzasadnionych okolicznościach, jeśli przemawiają za tym obiektywne przesłanki, posiadacz SEP, który zobowiązał się do przestrzegania warunków FRAND, może traktować w różny sposób jego potencjalnych licencjobiorców, dopóki to rozróżnienie mieści się w granicach warunków FRAND i taka czynność nie spowoduje naruszenia art. 102 TFUE. Zgodnie z dekodowaną normą przez sąd niemiecki, warunki niedyskryminujące oznaczają albo równe traktowanie wszystkich potencjalnych licencjobiorców, albo istnieją obiektywne powody, by różnie traktować potencjalnych licencjobiorców.

Orzeczenie brytyjskiego Sądu Najwyższego, a wraz z nim przywołane orzeczenie sądu niemieckiego, ma duże znaczenie dla zinterpretowania okoliczności naruszenia art. 102 TFUE przy udzielaniu licencji na SEP stronie zainteresowanej. Celem udzielenia licencji na warunkach FRAND nie jest zrównanie pozycji prawnej licencjobiorcy z pozycją licencjodawcy, ale dopuszczenie możliwości rozwoju technologii w harmonii z rynkiem wewnętrznym. Deklaracja FRAND złożona przez posiadacza SEP wobec agencji normalizacyjnej ma zapewnić, że uprawniony z patentu podejmie rozmowy z potencjalnym licencjobiorcą i podczas negocjacji nie wykorzysta swojej pozycji dominującej. Negocjacje są kluczowym aspektem udzielenia licencji, gdyż sama deklaracja FRAND nie zawiera *essentialia negotii* umowy licencyjnej, więc niemożliwe jest udzielenie licencji od razu każdemu podmiotowi, który zgłosił się do uprawnionego z SEP.

Twierdzenie to potwierdza C. Czychowski: „w interesie posiadacza SEP nie leży zawarcie umowy licencyjnej z jakąkolwiek osobą trzecią, zwłaszcza że brakuje *essentialia negotii* niezbędnych do zawarcia umowy licencyjnej, w szczególności konkretnego rozpatrzenia w postaci opłat licencyjnych”²⁶. Należy zaznaczyć, że pomimo iż podmioty zainteresowane mają prawo oczekiwać, że zostanie im udzielona licencja przez posiadacza SEP na warunkach FRAND, to może dojść do sytuacji, gdy licencja nie zostanie przyznana, ze względu na brak porozumienia i uprawniony z patentu nie naruszy art. 102 TFUE, jeśli spełnione zostaną przesłanki wskazane w wyroku TSUE w sprawie C-170/13 lub *Unwired Planet vs Huawei*.

²⁴ *Unwired Planet International Ltd and another (Respondents) vs Huawei Technologies (UK) Co Ltd and another (Appellants)*, Case ID: UKSC 2018/0214.

²⁵ Higher Regional Court of Düsseldorf in *Sisvel vs Haier* 66/15 OLG Dusseldorf, 15 March 2017.

²⁶ C. Czychowski, *What...*, s. 4, tłum. własne.

Zdekodowanie przez sąd niemiecki w sprawie *Sisvel vs Haier* możliwości rozróżnienia warunków licencyjnych pomiędzy potencjalnymi licencjobiorcami przy zachowaniu warunków *FRAND* wskazuje, że nie oczekuje się od posiadacza *SEP* automatycznego przyznania licencji każdemu zgłaszającemu się podmiotowi, lecz złożenia oferty i podjęcia negocjacji. Na takie rozumienie wskazuje możliwość równego bądź odmiennego traktowania potencjalnych licencjobiorców, jeśli warunki te będą zgodne z *FRAND*. Uprawniony z *SEP* dysponuje mechanizmami prawnymi, które mają wspomóc proces udzielania licencji zainteresowanym podmiotom i jednocześnie zapewnić, że podejmowane czynności nie będą skutkowały naruszeniem prawa konkurencji.

Naruszenia art. 102 TFUE możemy się dopatrywać w sytuacji, gdy uprawniony z *SEP* z góry odmówi zainteresowanemu podmiotowi udzielenia licencji, nie prezentując wcześniej oferty, ani też nie podejmując z nim negocjacji. Po pierwsze, deklaracja wobec agencji normalizacyjnej zobowiązuje uprawnionego z patentu do udzielania licencji potencjalnym zainteresowanym na warunkach *FRAND* (pojęcie „udzielenia licencji” należy rozumieć jako podjęcie określonych czynności, które mają doprowadzić do zawarcia umowy licencyjnej). Po drugie, warunki *FRAND* nakazują nie dyskryminować, a arbitralna odmowa udzielenia licencji danemu podmiotowi dyskryminuje potencjalnego licencjobiorcę, który posiada ekspektatywę wobec posiadacza *SEP*. Decydującym czynnikiem wskazującym, że odgórna odmowa udzielenia licencji zainteresowanej stronie stanowi naruszenie art. 102 TFUE, jest nadużycie pozycji dominującej względem uczestników rynku przez stosowanie dyskryminujących warunków, gdyż dany podmiot nie uzyska licencji bez żadnych powodów oraz ograniczanie produkcji i rozwoju technologii.

Odpowiadając na pytanie zawarte w tytule niniejszego podrozdziału – naruszenie art. 102 TFUE w przypadku nieudzielenia licencji przez uprawnionego z *SEP* będzie miało miejsce za każdym razem, jeśli odmowa ta będzie odgórna, przed złożeniem pierwszej oferty oraz podjęciem jakichkolwiek negocjacji. W przypadku niezawarcia między stronami umowy licencyjnej, pomimo złożenia ofert przez strony oraz podjęcia negocjacji, naruszenie art. 102 TFUE będzie zależało od indywidualnych okoliczności sprawy, które należy badać za każdym razem. Ubiegający się o licencję może również wnieść powództwo o ustalenie przez sąd licencji przymusowej wobec posiadacza *SEP* i tym samym skutecznie wymusi na uprawnionym z patentu udzielenia licencji.

6. *SEP* w technologii 5G

Obecnie najintensywniejsze wykorzystanie *SEP* oraz warunków *FRAND* odbywa się przy wdrażaniu szerokopasmowego przesyłania danych w technologii 5G na całym świecie. Wynika to z powszechności Internetu oraz liczby urządzeń podłączonych do sieci. Każdy kraj chce wdrożyć u siebie jak najszybciej nową technologię, stwarzając tym samym przewagę gospodarczą o nowe, niewykorzystywane dotąd możliwości, dlatego *SEP* stanowią ważny element wdrażania technologii 5G.

Nowy standard przesyłania danych musi spełniać wymogi standardu wyznaczone przez *International Telecommunication Union* (ITU), oznaczone jako *IMT-2020*.

W obecnie używanej technologii 4G *LTE* maksymalna prędkość transmisji danych wynosi około 150 Mb/s, co dla zwykłego użytkownika Internetu jest prędkością zupełnie wystarczającą do zaspokojenia potrzeb wynikających z wykorzystywania Internetu. Natomiast w technologii 5G prędkość transmisji danych może wynieść nawet 20 Gb/s, co oznacza, że w ciągu jednej sekundy można przesłać ponad 130 razy więcej danych niż w technologii 4G *LTE*.

Nowa technologia szerokopasmowego przesyłania danych nie zrewolucjonizuje tak bardzo eksploatacji Internetu przez zwykłego użytkownika, jak technologia 4G, bo zakres pobieranych danych przez przeciętnego użytkownika jest ograniczony do pewnych określonych kategorii plików. Głównym założeniem technologii 5G jest usprawnienie Internetu Rzeczy (*IoT*) oraz wdrożenie autonomicznych jednostek podejmujących zaawansowane czynności, których działanie nie wymaga ciągłego udziału człowieka. Z nową technologią transmisji danych związane są nadzieje na zapoczątkowanie istnienia w pełni inteligentnych oraz zautomatyzowanych przedsiębiorstw, w których człowiek będzie pełnił rolę administratora, natomiast wszelkie polecenia oraz dane będą przesyłane pomiędzy maszynami. W związku z tym, że planowane jest wykorzystanie tych maszyn do precyzyjnych oraz skomplikowanych czynności, będą potrzebowały dostarczenia dużych ilości danych z możliwie jak najmniejszym opóźnieniem, by pracować w tzw. czasie rzeczywistym.

Jedną z największych ekspektatyw związanych z wdrożeniem 5G jest upowszechnienie pojazdów autonomicznych, które na podstawie dostarczanych danych z otoczenia oraz przesyłanych z innych urządzeń będą w stanie prowadzić pojazd na poziomie równym człowiekowi, przy jednoczesnym zwiększeniu poziomu bezpieczeństwa oraz uczestników ruchu drogowego. Zaimplementowanie nowych rozwiązań będzie możliwe w momencie wdrożenia technologii 5G. Technologia składa się z wielu standardów, bo one wyznaczają poprawność transmisji danych pomiędzy urządzeniami sieciowymi, a do spełnienia tych standardów potrzebne są rozwiązania, które często są chronione patentami, a z kolei te patenty mogą być *SEP*, po to, by technologia mogła zostać zaimplementowana przez wiele podmiotów oraz by doszło do jak najszerzej jej komercjalizacji. Widoczny jest tutaj ścisły związek między wdrażanymi nowatorskimi rozwiązaniami a zabezpieczeniem i obrotem praw wyłącznych.

Europejski Komitet Normalizacyjny (*CEN*) wydał w 2019 roku porozumienie dotyczące zasad oraz reguł przy licencjonowaniu *SEP* dla technologii 5G, a także rozwiązań związanych z *IoT*²⁷. *CEN* wskazał, że technologia 5G może być nazywana „czwartą rewolucją przemysłową”, gdyż po pierwszym milowym kroku, jakim było zastosowanie maszyny parowej do produkcji przemysłowej, to w tym momencie mamy szansę stworzyć pierwsze w pełni zautomatyzowane oraz autonomiczne przedsiębiorstwa, w których to nie człowiek będzie odgrywał kluczową rolę, lecz przesyłane dane.

²⁷ CEN WORKSHOP AGREEMENT *Principles and guidance for licensing Standard Essential Patents in 5G and the Internet of Things (IoT), including the Industrial Internet*, June 2019, document no. ICS 03.140; 35.240.01, <<https://www.iptalks.eu/wp-content/uploads/2019/09/CWA17431.pdf>>, [dostęp: 16.9.2021 r.].

W omawianym porozumieniu zostało wskazanych 6 głównych zasad dotyczących licencjonowania rozwiązań chronionych *SEP* dla technologii 5G, a także *IoT*.

Zasada pierwsza mówi, że posiadacze patentów niezbędnych do spełnienia normy powinni umożliwić dostęp do tych rozwiązań innym podmiotom, by nie wstrzymywać prac innych podmiotów przez działania zwane *hold-off*. Licencjonowanie powinno odbywać się na warunkach *FRAND*.

Według drugiej zasady zarówno posiadacz *SEP*, jak również licencjobiorca powinni działać w dobrej wierze, a także skłaniać się podczas negocjacji licencyjnych do zachowania w jak największym stopniu warunków *FRAND* poprzez jasne i klarowne przedstawianie sobie informacji, a także przedstawienia sobie precyzyjnego kontraktu, który uniemożliwi opóźnianie tych negocjacji lub celowe zwlekanie z nimi.

Trzecia zasada głosi, że każda ze stron powinna przekazać drugiej stronie, zgodnie z zasadą ochrony poufności, informacje, które są racjonalnie niezbędne, aby umożliwić terminowe zawarcie licencji *FRAND*. Oznacza to uczciwą współpracę, by osiągnąć określony cel, jakim dla tych dwóch podmiotów jest kontrakt, a dla całego przemysłu rozwój technologii. Zasada wskazuje, że ważne są zasady poufności kontraktowej i nie można z nich zrezygnować podczas tworzenia własnego porozumienia.

Zasada czwarta mówi, że „sprawiedliwa i rozsądna” rekompensata powinna opierać się na wartości opatentowanej i znormalizowanej technologii dla jej użytkowników. Chodzi tutaj o adekwatne wykalkulowanie wartości samego patentu będącego *SEP* w stosunku do urządzenia końcowego, jakim przykładowo jest smartfon. Polega to na oszacowaniu, ile wart jest patent pośród setek innych składających się na smartfona w przeliczeniu na jeden egzemplarz. W ten sposób wykalkulowana wartość, jaką *de facto* poniesie konsument, będzie wyznacznikiem sprawiedliwej i rozsądnej opłaty licencyjnej.

Piąta zasada odnosi się do równego traktowania potencjalnych licencjobiorców przez właściciela *SEP*, jeśli znajdują się oni w bardzo podobnej pozycji. Reguła głosi, że posiadacz *SEP* nie powinien dyskryminować potencjalnych licencjobiorców znajdujących się w podobnym położeniu. Ma to na celu zachowanie jak największej równości podczas dystrybucji rozwiązań technologicznych, wspieranie konkurencyjności na rynku, a także zapobieganiu faworyzowania przez licencjodawcę potencjalnego licencjobiorcy, gdyż z tym mogłyby wiązać się ukryte korzyści po stronie posiadacza patentu.

Szоста zasada jest rozwiązaniem dotyczącym spornych sytuacji pomiędzy posiadaczem patentu a potencjalnym licencjobiorcą. W przypadku, gdyby negocjacje nie przyniosły skutku, a strony nie mogłyby porozumieć się co do istoty kontraktu w rozsądnym terminie, mogą zgodzić się na ustalenie warunków *FRAND* pomiędzy stronami przez udział w postępowaniu trzeciej strony, sądu lub arbitrażu. Jest to rozwiązanie mające zapobiegać takim sytuacjom, jak w przypadku sprawy *Huawei vs ZTE* przed Trybunałem Sprawiedliwości Unii Europejskiej, w której przez brak porozumienia posiadacz skierował do sądu powództwo o zaniechanie naruszenia. Zastosowanie w procesie licencjonowania bezstronnego uczestnika ma za zadanie skłonić strony do zawarcia kontraktu licencyjnego w rozsądnym czasie, ale również na warunkach, które będą zbieżne z polityką *FRAND*.

Przy implementowaniu technologii 5G na świecie widoczna jest tendencja, chociażby na przykładzie instytucji normalizacyjnych, tworzenia jednolitej polityki licencyjnej, która ma rozwiązać problem nierównego traktowania, a także nieprzestrzegania warunków *FRAND* podczas licencjonowania *SEP*. W środowisku *ICT* widać, że uczestnikom tej gałęzi gospodarki zależy na jak najszybszym rozwijaniu i implementowaniu technologii przy jednoczesnym unikaniu sporów na tle praw własności intelektualnej, gdyż w takim wypadku poszkodowani będą zarówno konsumenci, jak i przedsiębiorcy, ze względu na zamrożenie stanu prawnego do czasu wydania prawomocnego rozstrzygnięcia, a tym samym eksploatacja rozwiązania chronionego patentem będzie również zamrożona, a to nie sprzyja rozwijaniu technologii.

7. Konkluzje

Standard Essential Patents oraz licencje *FRAND* nie są przedmiotem zainteresowania prawa krajowego, lecz najczęściej prawa międzynarodowego lub unijnego. W polskim porządku prawnym brak jest uregulowań i spraw związanych z wykorzystaniem patentów niezbędnych do spełnienia normy, ale to nie znaczy, że te rozwiązania są niewykorzystywane lub też istnieją problemy prawne podczas zawierania umów. Implementowanie technologii 5G będzie wiązało się z wykorzystaniem *SEP* przysługujących zagranicznym podmiotom, a to może powodować problemy prawne i niewykluczone, że spraw związanych z respektowaniem polityki *FRAND* w Polsce w przyszłości będzie przybywać.

Analizując sprawy rozstrzygane przez TSUE, a także niemieckie i angielskie sądy można dojść do wniosku, że kwestię spełniania warunków *FRAND* należy rozpatrywać na poziomie negocjacji pomiędzy podmiotami przy ewentualnym udziale arbitrów, natomiast odwoływanie się do jurysdykcji nie będzie przynosiło oczekiwanych rezultatów w postaci całkowitego rozwiązania sporu ze względu na to, że *SEP* oraz licencje *FRAND* nie są tworem prawa, ale wzajemnymi uzgodnieniami pomiędzy przedsiębiorcami, agencjami normalizującymi oraz urzędami patentowymi.

Odwołując się również do istoty wdrożenia tych rozwiązań, trzeba mieć na względzie, że ich istnienie jest związane z jak najszybszym oraz najbardziej efektywnym rozwojem technologii. Te założenia mają sprzyjać szybszemu, a także pewniejszemu obrotowi praw wyłącznych podczas transferów technologii, by umożliwić do niej dostęp jak najszerszemu gronu odbiorców, a także, by przez prawne wymogi nie spowalniać prac związanych z wdrażaniem oraz rozwijaniem nowych technologii.

Ochrona patentowa uzyskiwana jest poprzez spełnienie szeregu wymogów formalnych, a także pod bardzo restrykcyjnymi warunkami, gdzie postępowanie o uzyskanie patentu jest czasochłonne. Okres ochrony patentowej to 20 lat przy założeniu, że uprawniony z patentu każdego roku będzie uiszczał należną opłatę za ochronę patentową. Natomiast taki czas ochrony jest nieefektywny z punktu widzenia technologii, która rozwija się znacznie szybciej niż nadąża za nią prawo, a ograniczanie jej przez prawne wymogi nie leży w powszechnym interesie. Z tego względu tworzony jest szereg

rozwiązań o charakterze nieformalnym, którego celem jest rozwój technologiczny przy zadbaniu również o prawny aspekt każdego z tych rozwiązań.

Podjęmowane działania o charakterze nieformalnym – działania standaryzacyjne i licencjonowanie na warunkach *FRAND* – mają charakter *private ordering*. Są wynikiem doświadczeń powstających przy udziale wielu przedsiębiorców, którzy starają się wypracować praktyki maksymalizujące ich zyski, stawiające na jak największą efektywność tworzonych przez nich rozwiązań, przy jednoczesnym możliwie jak największym zabezpieczeniu interesów prawnych. Warto śledzić rozwój wdrażania technologii 5G na poziomie Unii Europejskiej, a także poszczególnych państw członkowskich, gdyż może okazać się to bezcenną lekcją oraz wyznacznikiem, w jakim kierunku powinno pójść prawo własności intelektualnej, by zachować równowagę pomiędzy jak najefektywniejszym rozwojem technologii a zapewnieniem adekwatnej ochrony praw wyłącznych.

Bibliografia

Literatura

- Czychowski C., *What Is the Significance of a FRAND License Declaration for Standard Essential Patents with Regard to their Transferability? – News from Germany*, „GRUR International”, t. 70, n. 5, Maj 2021.
- Jurkowska-Gomułka A. [w:] *Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Komentarz. Tom II* (art. 90–222), red. K. Kowalik-Bańczyk, M. Szwarc-Kuczer, A. Wróbel, LEX/el. 2020.
- Lemley M., Simcoe T., *How Essential Are Standard-Essential Patents?*, „Cornell Law Review” 2019, t. 104.
- Lerner J., Tirole J., *Standard Essential Patents*, NBER Working Paper No. 19664, November 2013.
- Ménière Y., *Fair, Reasonable and Non-Discriminatory (FRAND) Licensing Terms – Research Analysis of a Controversial Concept*, European Commission JRC Science and policy Report 2015.
- Pohlmann T., Blind K., *Landscaping study on Standard Essential Patents (SEPs)*, IPlytics GmbH Technical University of Berlin.
- Sikorski R., *Aktualne zagadnienia na styku własności intelektualnej i prawa konkurencji Unii Europejskiej*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego – Prace z prawa własności intelektualnej” 2014, z. 126.
- Stawicki A. [w:] *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, red. A. Stawicki, E. Stawicki, LEX/el. 2020.

Akty prawne

- Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/83/UE z 25.10.2011 r. w sprawie praw konsumentów, zmieniająca dyrektywę Rady 93/13/EWG i dyrektywę 1999/44/WE Parlamentu Europejskiego i Rady oraz uchylająca dyrektywę Rady 85/577/EWG i dyrektywę 97/7/WE Parlamentu Europejskiego i Rady (Dz. U. UE L 304/64).
- Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej 2012/C 326/02 (Dz.U. UE poz. C 326/391).
- Konwencja o udzielaniu patentów europejskich (Konwencja o patencie europejskim) z 5.10.1973 r. (Dz.U. 2004, nr 79, poz. 737).

- Konwencja Związkowa Paryska z 20.3.1883 r. o ochronie własności przemysłowej, przejrzana w Brukseli 14.12.1900 r., w Waszyngtonie 2.6.1911 r. i w Hadze 6.11.1925 r. (ratyfikowana zgodnie z ustawą z 17.3.1931 roku) (Dz.U. 1932, nr 2, poz. 8).
- Ustawa z 16.2.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. 2021, poz. 275 tekst jedn.).

Materiały źródłowe

- CEN WORKSHOP AGREEMENT *Principles and guidance for licensing Standard Essential Patents in 5G and the Internet of Things (IoT), including the Industrial Internet*, June 2019, document no. ICS 03.140; 35.240.01.

dr Jakub Szremski¹

Bezprzedmiotowość podmiotowa i przedmiotowa jako przesłanki umorzenia jurysdykcyjnego postępowania administracyjnego

Streszczenie:

Instytucja umorzenia postępowania administracyjnego to narzędzie procesowe, które służyć ma zablokowaniu dalszego prowadzenia drogi administracyjnej już rozpoczętej w przypadku zaistnienia braku którejkolwiek z przesłanek procesowych dopuszczalności postępowania administracyjnego. Procedura administracyjna zatem będzie mogła być umorzona zarówno z przyczyn podmiotowych (bezprzedmiotowość podmiotowa), jak i z przyczyn przedmiotowych (bezprzedmiotowość przedmiotowa).

Słowa kluczowe: umorzenie postępowania administracyjnego, bezprzedmiotowość podmiotowa, bezprzedmiotowość przedmiotowa, postępowanie administracyjne, przesłanki umorzenia postępowania administracyjnego

Objectlessness and Objectivity as Premises for the Discontinuation of Jurisdictional Administrative Proceedings

The institution of discontinuation of administrative proceedings is a procedural tool which is to block the launch or further conduct of an administrative road that has already begun, in the absence of any of the procedural prerequisites for the admissibility of administrative proceedings. Therefore, the administrative procedure may be discontinued for subjective reasons (subjectlessness) and for objective reasons (subjectiveness).

Key words: discontinuation of administrative proceedings, subjective objectivity, subjective objectivity, administrative proceedings, grounds for discontinuation of administrative proceedings

¹ Autor jest doktorem nauk prawnych z zakresu prawa administracyjnego i administracji, asystentem sędziego w Sądzie Okręgowym w Sieradzu, ukończył studia prawnicze i administracyjne na Wydziale Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego, szremski@wp.pl, ORCID 0000-0001-7040-2871.

1. Wstęp

Instytucja umorzenia postępowania administracyjnego wiąże się z powstaniem trwałej i nieusuwalnej przeszkody w kontynuacji postępowania². Istotą bowiem umorzenia postępowania jest jego przerwanie, uchylenie wszystkich dokonanych w nim czynności oraz orzeczenie o dalszym jego nieprowadzeniu³. Umorzenie postępowania administracyjnego wiąże się z zablokowaniem trwałym i ostatecznym tegoż postępowania⁴, jednocześnie kończy definitywnie jego bieg w danej instancji, bez orzekania co do istoty sprawy⁵. Instytucja ta jest wyjątkiem od stanu idealnego funkcjonowania prawa związanego z możliwością kształtowania w oparciu o normy administracyjnego prawa materialnego przez organ administracji publicznej, sytuacji podmiotów administrowanych⁶. Jak podkreśla NSA w wyroku z 9.9.1999 r., umorzenie postępowania administracyjnego powinno być traktowane jako środek ostateczny, mający zastosowanie tylko w sytuacjach, kiedy nie ma możliwości podjęcia merytorycznego rozstrzygnięcia sprawy⁷.

Zgodnie z art. 105 § 1 Kodeksu postępowania administracyjnego⁸, gdy postępowanie z jakiegokolwiek przyczyny stało się bezprzedmiotowe w całości albo w części, organ administracji publicznej wydaje decyzję o umorzeniu postępowania odpowiednio w całości albo w części. Zgodnie natomiast z § 2 art. 105 k.p.a. organ administracji publicznej może umorzyć postępowanie, jeżeli wystąpi o to strona, na której żądanie postępowanie zostało wszczęte, a nie sprzeciwiają się temu inne strony oraz gdy nie jest to sprzeczne z interesem społecznym. Przepis art. 105 k.p.a. ustanawia dwie ogólne reguły umarzania postępowania administracyjnego, pierwszą – dotyczącą działania organu administracyjnego *ex officio* (§ 1) oraz drugą – dopuszczającą stosowanie zasady względnej dyspozycyjności (§ 2). Umorzenie postępowania na podstawie art. 105 § 1 k.p.a. jest obligatoryjne, a na podstawie art. 105 k.p.a. § 2 jest fakultatywne, jako pozostawione ograniczonemu uznaniu organu administracyjnego⁹. Podstawy do umorzenia postępowania dzieli się na mające charakter obiektywny (art. 105 § 1 k.p.a.) i subiektywny (art. 105 § 2 k.p.a.)¹⁰. Z punktu widzenia dopuszczalności postępowania

² A. Wiktorowska [w:] M. Wierzbowski, A. Wiktorowska, *Postępowanie administracyjne – ogólne, podatkowe, egzekucyjne i przed sądami administracyjnymi*, Warszawa 2017, s. 149.

³ W. Chróścielewski, *Glosa do wyroku NSA z 20 września 1999 r., II SAB/Ka 13/99*, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2000, z. 7–8, poz. 110, s. 365.

⁴ J. Borkowski [w:] B. Adamiak, J. Borkowski, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 413.

⁵ Z.R. Kmiecik, *Postępowanie administracyjne, postępowanie egzekucyjne w administracji i postępowanie sądownoadministracyjne*, Warszawa 2008, s. 118.

⁶ M. Dyl [w:] *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, red. M. Wierzbowski, A. Wiktorowska, Warszawa 2013, s. 563.

⁷ Wyrok NSA z 9.9.1999 r., IV SA 1634/96, LEX nr 43795.

⁸ Ustawa z 14.6.1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (Dz.U. 2021, poz. 735 ze zm.), dalej: k.p.a.

⁹ J. Borkowski [w:] B. Adamiak, J. Borkowski, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 414.

¹⁰ M. Dyl [w:] *Kodeks...*, s. 566.

administracyjnego istotne znaczenie będzie miało jedynie obligatoryjne (obiektywne) umorzenie postępowania. W przypadku tego właśnie rodzaju umorzenia organ administracji publicznej decyduje o zamknięciu jednostce drogi administracyjnej. W konsekwencji zamyka się jednostce prawną możliwość prowadzenia procedury administracyjnej w danej instancji, a co za tym idzie, także uniemożliwia się jej uzyskanie żądanego uprawnienia administracyjnoprawnego. W sytuacji natomiast fakultatywnego (subiektywnego) umorzenia postępowania jednostka sama decyduje o zamknięciu dla siebie drogi postępowania administracyjnego. Następuje to w przypadku spełnienia kodeksowych przesłanek, jednak inicjatorem umorzenia postępowania jest w tym wypadku nie organ prowadzący postępowanie, a jednostka.

Instytucja umorzenia postępowania administracyjnego będzie stanowić narzędzie procesowe dla organu prowadzącego postępowanie, które służyć ma zablokowaniu dalszego prowadzenia drogi administracyjnej już rozpoczętej, w sytuacji zaistnienia braku którejkolwiek z przesłanek procesowych dopuszczalności postępowania administracyjnego.

B. Adamiak uważa bowiem, że: „dopuszczalność postępowania administracyjnego w postępowaniu oparta jest zarówno na zasadzie skargowości, jak i na zasadzie oficjalności, zależna od dwóch rodzajów przesłanek: przedmiotowych i podmiotowych”¹¹. Zdaniem B. Adamiak: „przesłanka dopuszczalności postępowania administracyjnego o charakterze przedmiotowym jest wyznaczona rodzajem spraw i formą ich rozstrzygnięcia”¹². Artykuł 1 pkt 1 k.p.a. nie zawiera pełnej regulacji, związanej z rodzajem spraw i formą ich rozstrzygnięcia. Konieczne jest tutaj zastosowanie przepisów prawa materialnego. To one kreują sprawy indywidualne i określają formę prawną ich rozstrzygnięcia. Zatem o sprawie indywidualnej można mówić jedynie wówczas, kiedy norma prawa materialnego daje możliwość autorytatywnej konkretyzacji w zakresie praw lub obowiązków prawnych jednostki. Wyłącza to zatem dopuszczalność domniemania sprawy indywidualnej. Uzasadnia również rozróżnienie domniemania sprawy indywidualnej od domniemania załatwienia sprawy w formie decyzji administracyjnej. Forma rozstrzygnięcia sprawy indywidualnej wyznaczana jest przez przepisy materialnego prawa administracyjnego. Wynika ona wprost z przepisu prawa, jak i z ustaleń terminologicznych. Czasami jednak brak jest określenia w przepisie prawa formy autorytatywnej konkretyzacji. Wówczas, wychodząc z konstytucyjnej zasady demokratycznego państwa prawa, dającej podstawę do procesu, przyjmuje się domniemanie załatwienia sprawy w formie decyzji administracyjnej¹³. Przesłanka dopuszczalności postępowania administracyjnego o charakterze podmiotowym, w pierwszym aspekcie, związana jest z otwartą koncepcją ogólną zdolności prawnej do prowadzenia

¹¹ B. Adamiak, *Refleksje na temat dopuszczalności postępowania administracyjnego*, „Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego” 2015, nr 5, s. 15.

¹² B. Adamiak [w:] B. Adamiak, J. Borkowski, A. Skoczylas, *Prawo procesowe administracyjne, System prawa administracyjnego*, t. 9, Warszawa 2010, s. 92–93.

¹³ B. Adamiak [w:] B. Adamiak, J. Borkowski, A. Skoczylas, *Prawo...*, s. 94.

procedury administracyjnej, zawężona następnie przez regulację kompetencji szczególnej¹⁴. W drugim aspekcie przesłanki podmiotowej dopuszczalności postępowania administracyjnego natomiast należy brać pod uwagę status prawny podmiotu, którego uprawnienia prawnego lub obowiązku prawnego dotyczy autorytatywna konkretyzacja normy prawa materialnego¹⁵.

Zatem brak chociażby jednej z przesłanek dopuszczalności jurysdykcyjnego postępowania administracyjnego skutkować będzie wydaniem decyzji o umorzeniu takiego postępowania. Tym samym przesłanki dopuszczalności postępowania administracyjnego należy odnieść do przesłanek umorzenia postępowania administracyjnego. Jurysdykcyjne postępowanie administracyjne będzie mogło być umorzone zarówno z przyczyn podmiotowych (bezpierwotność podmiotowa), jak i z przyczyn przedmiotowych (bezpierwotność przedmiotowa).

2. Bezpierwotność pierwotna a bezpierwotność następcza

Oprócz charakteru przesłanek umorzenia postępowania administracyjnego (natury podmiotowej oraz przedmiotowej) istotny jest także moment ich zaistnienia. M. Romańska zauważa, że istnieją dwie sytuacje związane ze stanem bezpierwotności postępowania. Wyróżnia ona bezpierwotność postępowania administracyjnego mającą charakter pierwotny i następczy¹⁶.

Pierwotna bezpierwotność ma miejsce wtedy, gdy po wszczęciu postępowania administracyjnego i podjęciu w nim czynności procesowych okaże się, że w dacie wszczęcia postępowania nie istniała sprawa administracyjna, którą organ miałby rozstrzygać decyzją. Co do zasady, zdaniem M. Romańskiej: „pierwotna bezpierwotność postępowania administracyjnego powinna być stwierdzona jeszcze przed jego wszczęciem”. Autorka uważa również, że: „organ administracji publicznej nie powinien bowiem z urzędu wszczynać postępowania, które jest bezpierwotne, ani też dopuścić do jego wszczęcia na wniosek”¹⁷. Nie sposób jednak zgodzić się w całości z tym poglądem. Dostrzeżenie przez organ administracji publicznej stanu bezpierwotności postępowania nie jest często możliwe na etapie „przedprocesowym”. Wymaga to wielu czynności wyjaśniających, które powinny być jednak podejmowane w ramach już toczącego się postępowania, a nie poza nim. Dopiero po podjęciu tych czynności organ administracji publicznej jest w stanie dostrzec pierwotną bezpierwotność

¹⁴ B. Adamiak, *Koncepcja otwartej kompetencji ogólnej w postępowaniu administracyjnym* [w:] *Ewolucja prawnych form administracji publicznej. Księga jubileuszowa z okazji 60 rocznicy urodzin Profesora Ernesta Knosali*, red. L. Zacharko, A. Matan, G. Łaszczycyca, Warszawa 2008, s. 18–20.

¹⁵ B. Adamiak, *Prawo do procesu na drodze administracyjnej jako gwarancja realizacji zasady demokratycznego państwa prawnego* [w:] *Institucje procesu administracyjnego i sądownoadministracyjnego. Księga jubileuszowa dedykowana Prof. nadzw. dr. hab. Ludwikowi Żukowskiemu*, red. J. Pośluszny, Z. Czarnek, R. Sawuła, Przemysł – Rzeszów 2009, s. 40.

¹⁶ M. Romańska [w:] *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, red. H. Knysiak-Molczyk, Warszawa 2015, s. 704; podobnie także: wyrok WSA w Rzeszowie z 17.6.2020 r., II SA/Rz 1383/19, LEX nr 3064957.

¹⁷ M. Romańska [w:] *Kodeks...*, s. 704.

postępowania. Wówczas dopiero ma obowiązek wydania decyzji o jego umorzeniu. Jedynie w sytuacjach oczywistej pierwotnej bezprzedmiotowości postępowania administracyjnego można uniemożliwić uruchomienie procedury, czyli jeszcze przed jej wszczęciem. Jednak w takim przypadku organ zobowiązany jest nie do umorzenia, a do odmowy wszczęcia postępowania – zgodnie z art. 61a § 1 k.p.a. Słusznie natomiast zauważa się w piśmiennictwie, że: „niedostrzeżenie przesłanek pierwotnej bezprzedmiotowości postępowania na etapie jego wszczęcia nie oznacza jednak, że organ administracji publicznej nie może dostrzec bezprzedmiotowości postępowania później, w toku czynności procesowych”¹⁸.

Pierwotna bezprzedmiotowość postępowania jest zatem stanem, który istnieje już przed wszczęciem postępowania administracyjnego. Organ administracji publicznej często jednak nie jest w stanie dostrzec tego faktu zanim dojdzie do jego wszczęcia. Dostrzeżenie tego wiązać się będzie z podjęciem wielu czynności procesowych przez organ prowadzący postępowanie. Związane będzie to ze skomplikowanym stanem prawnym i faktycznym sprawy, wielością podmiotów w nim występujących bądź też innymi okolicznościami, które będą wymagały od organu podjęcia odpowiednich czynności procesowych.

Następcza bezprzedmiotowość postępowania administracyjnego ma miejsce wtedy, gdy w toku postępowania odpadną przesłanki decydujące o dopuszczalności jego prowadzenia, czyli o istnieniu sprawy administracyjnej¹⁹. Przesłanka umorzenia postępowania może istnieć jeszcze przed wszczęciem postępowania, co zostanie ujawnione dopiero w toczącym się postępowaniu, a może ona powstać także w czasie trwania postępowania, a więc w sprawie już zawisłej przed organem administracyjnym²⁰. Następczą bezprzedmiotowość należy łączyć nie tylko z przesłanką sprawy administracyjnej, a z każdą z czterech przesłanek dopuszczalności jurysdykcyjnego postępowania. Oznaczać będzie to zaistnienie stanu bezprzedmiotowości w ramach już toczącej się procedury administracyjnej.

Następcza bezprzedmiotowość postępowania administracyjnego zaistnieje zatem wówczas, gdy dopiero w toku prowadzonego postępowania odpadnie jedna z przesłanek umożliwiająca wydanie merytorycznego rozstrzygnięcia w sprawie. Należy zauważyć, że organ administracji publicznej zobowiązany jest badać istnienie przesłanek dopuszczalności postępowania administracyjnego na każdym etapie procesowym – od momentu wszczęcia postępowania aż do wydania decyzji administracyjnej. Odpadnięcie którejkolwiek z przesłanek może nastąpić na każdym etapie proceduralnym. W wypadku zaistnienia braku takiej przesłanki następuje stan niedopuszczalności postępowania administracyjnego. W takiej sytuacji zamyka się dla strony możliwość dalszego prowadzenia postępowania administracyjnego, a organ administracji publicznej zobowiązany jest wydać decyzję o jego umorzeniu.

Podobne stanowisko, związane z pierwotną i następczą bezprzedmiotowością postępowania, prezentowane jest również w orzecznictwie sądowym. WSA w Gdańsku

¹⁸ M. Romańska [w:] *Kodeks...*, s. 704.

¹⁹ M. Romańska [w:] *Kodeks...*, s. 704.

²⁰ J. Borkowski [w:] B. Adamiak, J. Borkowski, *Kodeks...*, s. 415.

w wyroku z 9.9.2010 r. podkreślił, że przyczyna bezprzedmiotowości może istnieć przed wszczęciem postępowania, jak i pojawić się po jego wszczęciu, a przed jego zakończeniem. W każdym z tych przypadków stwierdzenie bezprzedmiotowości, na jakimkolwiek etapie postępowania, obliguje organ do umorzenia postępowania w oparciu o art. 105 § 1 k.p.a.²¹ Należy bowiem przychylić się do poglądu, zgodnie z którym stan bezprzedmiotowości może powstać zarówno na etapie „przedprocesowym” (przed wszczęciem postępowania) bądź w toku prowadzonego postępowania. Należy jednak podkreślić, że powstanie stan bezprzedmiotowości, a jego rozpoznanie przez organ administracji publicznej może zaistnieć na różnych etapach postępowania. Stan bezprzedmiotowości może bowiem zaistnieć zarówno przed wszczęciem postępowania, jak i po jego wszczęciu, jednak rozpoznany przez organ może być dopiero na etapie już prowadzonego postępowania. W każdej jednak z tych sytuacji organ prowadzący postępowanie jest zobowiązany niezwłocznie po rozpoznaniu stanu bezprzedmiotowości postępowania wydać decyzję o jego umorzeniu.

Pierwotna i następcza bezprzedmiotowość postępowania administracyjnego związana jest z momentem powstania tego stanu, a także momentem jego rozpoznania przez organ administracji publicznej. Z punktu widzenia dopuszczalności postępowania i konsekwencji prawnych z tym związanych istotny jest moment dostrzeżenia faktu niedopuszczalności postępowania przez organ administracji. Rozpoznanie braku którejkolwiek z przesłanek w toku postępowania będzie skutkowało umorzeniem postępowania. Natomiast dostrzeżenie „oczywistej” pierwotnej bezprzedmiotowości przed wszczęciem postępowania powinno skutkować odmową wszczęcia postępowania – zgodnie z art. 61a § 1 k.p.a. Należy jednak podkreślić, że pierwotna bezprzedmiotowość musi wówczas mieć charakter oczywisty i być dostrzegalna „na pierwszy rzut oka”.

3. Ujęcie zakresu pojęcia bezprzedmiotowości postępowania administracyjnego w doktrynie

W doktrynie postępowania administracyjnego instytucja umorzenia postępowania administracyjnego analizowana jest z perspektywy braku przedmiotu postępowania (braku indywidualnej sprawy administracyjnej).

Zdaniem A. Wróbla:

przepis art. 105 k.p.a. kładzie akcent nie na przeszkodę w prowadzeniu postępowania, lecz na bezprzedmiotowość, czyli brak przedmiotu postępowania administracyjnego. Przedmiotem postępowania administracyjnego natomiast jest sprawa administracyjna w rozumieniu art. 1 pkt 1 k.p.a. Prowadzi to do wniosku, że postępowanie administracyjne staje się bezprzedmiotowe, gdy sprawa, która miała być załatwiona w drodze decyzji, albo nie miała charakteru sprawy administracyjnej jeszcze przed datą wszczęcia postępowania, albo utraciła ten charakter w toku postępowania administracyjnego. W pierwszym wypadku postępowanie stało się bezprzedmiotowe, bowiem przyczyna bezprzedmiotowości została wykryta w toku postępowania, w drugim natomiast dlatego,

²¹ Wyrok WSA w Gdańsku z 9.9.2010 r., II SA/Gd 230/10, LEX nr 752425; podobnie także wyrok WSA w Gliwicach z 17.5.2017 r., IV SA/Gl 1106/16, LEX nr 2307458.

że przyczyna bezprzedmiotowości pojawiła się po wszczęciu postępowania, a przed jego zakończeniem²².

Zdaniem J. Borkowskiego: „bezprzedmiotowość postępowania administracyjnego, o której stanowi się w art. 105 § 1 k.p.a., oznacza, że brak jest któregoś z elementu materialnego stosunku prawnego, a wobec tego nie można wydać decyzji załatwiającej sprawę przez rozstrzygnięcie jej co do istoty”. Jak podkreśla: „przesłanka umorzenia postępowania może istnieć jeszcze przed wszczęciem postępowania, co zostanie ujawnione dopiero w toczącym się postępowaniu, a może ona powstać także w czasie trwania postępowania, a więc w sprawie już zawisłej przed organem administracyjnym”²³. Ustalenie istnienia bezprzedmiotowości postępowania administracyjnego stwarza obowiązki zakończenia postępowania w danej instancji przez jego umorzenie, ponieważ nie będzie wtedy podstaw do rozstrzygnięcia sprawy co do jej istoty. Dalsze prowadzenie postępowania w takim przypadku, jego zdaniem, stanowiłoby o jego wadliwości, mającej istotny wpływ na wynik sprawy²⁴.

Podobny pogląd prezentowany jest także w orzecznictwie. WSA w Gliwicach w wyroku z 21.2.2018 r. stwierdził, że sprawa administracyjna jest bowiem bezprzedmiotowa w rozumieniu art. 105 § 1 k.p.a. wtedy, gdy nie ma materialnoprawnych podstaw do władczej ingerencji organu administracyjnego, czyli nie powinna podlegać załatwieniu w drodze decyzji administracyjnej. Wówczas jakiegokolwiek rozstrzygnięcie merytoryczne, pozytywne czy negatywne, jest prawnie niedopuszczalne²⁵.

Rozpatrywanie zagadnienia umorzenia postępowania jedynie z perspektywy istnienia bądź nieistnienia indywidualnej sprawy administracyjnej (zatem spełnienia jednej z czterech przesłanek procesowych dopuszczalności postępowania) jest nazbyt wąskie. Instytucja umorzenia postępowania stanowi narzędzie procesowe, który ma zablokować dalsze prowadzenie wszczętego już jurysdykcyjnego postępowania administracyjnego, jednak z powodu braku zaistnienia każdej z przesłanek procesowych dopuszczalności postępowania administracyjnego – zarówno podmiotowych, jak i przedmiotowych. Zatem dotyczyć to będzie dopuszczalności przedmiotowej, jak i podmiotowej postępowania administracyjnego.

W tym kontekście przydatny jest podział przyczyn bezprzedmiotowości postępowania administracyjnego na przyczyny mające charakter podmiotowy i przedmiotowy²⁶. Bezprzedmiotowość postępowania administracyjnego, w rozumieniu art. 105 § 1 k.p.a., występuje wówczas, gdy odpada jeden z elementów takiego postępowania, zarówno o charakterze podmiotowym, jak i przedmiotowym²⁷. Należy jednak zaznaczyć, że

²² A. Wróbel [w:] *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, red. A. Wróbel, M. Jaśkowska, Warszawa 2016, s. 563–564.

²³ J. Borkowski [w:] B. Adamiak, J. Borkowski, *Kodeks...*, s. 415.

²⁴ J. Borkowski [w:] B. Adamiak, J. Borkowski, *Kodeks...*, s. 414.

²⁵ Wyrok WSA w Gliwicach z 21.2.2018 r., II SA/Gl 1088/17, LEX nr 2470680.

²⁶ J. Borkowski [w:] B. Adamiak, J. Borkowski, *Kodeks...*, s. 414.

²⁷ Wyrok WSA w Warszawie z 29.8.2007 r., VII SA/Wa 774/07, LEX nr 500380; podobnie także: wyrok WSA w Warszawie z 11.1.2021 r., VII SA/Wa 309/20, LEX nr 3156978; wyrok NSA z 18.2.2020 r., II OSK 1230/18, LEX nr 3027061.

takie ujęcie przyczyn o charakterze podmiotowym i przedmiotowym jest zbyt wąskie. Przyczyny te bowiem należy odnieść do przesłanek procesowych dopuszczalności postępowania administracyjnego – zarówno tych o charakterze podmiotowym, jak i tych o charakterze przedmiotowym.

4. Bezprzedmiotowość podmiotowa jako przesłanka umorzenia postępowania administracyjnego

Bezprzedmiotowość podmiotowa związana będzie z brakiem jednej z przesłanek o charakterze podmiotowym – brakiem legitymacji procesowej strony oraz brakiem właściwości organu administracji do rozpoznania sprawy.

Bezprzedmiotowość podmiotowa wiąże się z niemożliwością ukształtowania stosunku administracyjnoprawnego, ze względu na brak elementu podmiotowego potencjalnego stosunku prawnego²⁸. Należy podkreślić, że na elementy tego stosunku składają się – mająca interes prawny strona postępowania administracyjnego oraz właściwy do prowadzenia postępowania organ administracji publicznej.

Pierwszym z elementów podmiotowych postępowania administracyjnego (przesłanek podmiotowych postępowania administracyjnego) jest mająca interes prawny strona postępowania. Z tego też względu, jak podkreśla A. Wróbel:

postępowanie staje się bezprzedmiotowe w rozumieniu art. 105 § 1 k.p.a., gdy (jedyna) strona postępowania administracyjnego utraciła przymioty, o których mowa w art. 28 k.p.a., lub skutek śmierci strony w toku postępowania dotyczącego praw ściśle z osobą zmarłej strony. W pierwszym wypadku chodzi o powstałe w toku postępowania administracyjnego znane prawu polskiemu tzw. przekształcenia podmiotowe w związku z prywatyzacją przedsiębiorstw państwowych czy komunalizacją mienia państwowego, w których brak sukcesji czy następstwa prawnego po zlikwidowanych a podstawie przepisach ustawowych jednostkach organizacyjnych, których praw i obowiązków dotyczyło to postępowanie. W drugim przypadku chodzi o sytuacje, w których śmierć strony nie stanowi przesłanki zawieszenia postępowania, lecz czyni postępowanie bezprzedmiotowym. W tym ostatnim wypadku przyjmuje się, że śmierć strony w toku postępowania administracyjnego stanowi podstawę umorzenia tylko wówczas, gdy sprawa dotyczy prawa lub obowiązków ściśle związanych z osobą zmarłej strony²⁹.

Do takich uprawnień W. Hybiak zalicza: „wniosek strony o wydanie decyzji o zmianie imienia i nazwiska, w tym również nazwiska rodowego kobiety, która nie pozostaje w związku małżeńskim i nie posiada wstępnych ani zstępnych czy podanie osoby zamieszkałej w Polsce o wydanie uprawniającego wyjazdu za granicę”³⁰. Podobnie wypowiedział się NSA oz. w Katowicach w wyroku z 28.11.1996 r., w którym podkreślił, że w przypadku, gdy postępowanie administracyjne dotyczy uprawnień o charakterze

²⁸ M. Dyl [w:] *Kodeks...*, s. 571.

²⁹ A. Wróbel [w:] *Kodeks...* s. 565.

³⁰ W. Hybiak, *Bezprzedmiotowość postępowania administracyjnego*, Poznań 1983, s. 13.

osobistym, bezprzedmiotowość ma charakter trwały i nieusuwalny w ujęciu prawnym, co stanowi podstawę do umorzenia postępowania³¹.

B. Adamiak podkreśla natomiast, że: „brak żądania legitymowanego podmiotu przesądza o bezprzedmiotowości postępowania administracyjnego, jednak ustalając status strony w postępowaniu organ administracji publicznej, obowiązany jest interpretować art. 28 k.p.a. ustalający zakres pojęcia strony przez pryzmat regulacji dotyczących działania pełnomocnika”³². WSA w Warszawie w wyroku z 8.3.2007 r. podkreślił natomiast, że sam fakt braków i nieprawidłowości dotyczących udzielenia pełnomocnictwa nie może skutkować uznaniem istnienia bezprzedmiotowości podmiotowej i tym samym umorzeniem postępowania odwoławczego³³. Należy zatem podkreślić, że organ prowadzący postępowanie nie może umorzyć postępowania z powodu nieprawidłowości związanych z udzielonym pełnomocnictwem. Umorzenie postępowania z tego powodu byłoby nadużyciem ze strony organu prowadzącego postępowanie. Jednostka w takiej sytuacji posiada legitymację procesową do bycia stroną postępowania, a jedynie braki bądź nieprawidłowości związane z udzielonym pełnomocnictwem uniemożliwiają jej korzystanie ze swoich uprawnień procesowych. W takiej sytuacji zatem organ, zgodnie z zasadą udzielania niezbędnej informacji prawnej stronom i uczestnikom postępowania, powinien wezwać stronę do uzupełnienia braków bądź nieprawidłowości związanych z udzielonym pełnomocnictwem.

Drugim elementem podmiotowym postępowania administracyjnego jest właściwy do prowadzenia danej sprawy organ administracji publicznej. Zasadą jest to, że przed wszczęciem postępowania z urzędu organ administracji publicznej bada swoją właściwość, nie podejmując czynności w razie negatywnej oceny tego czynnika, natomiast w przypadku rozpoznawania żądania strony w zakresie wszczęcia postępowania, w razie stwierdzenia braku właściwości, przekazuje podanie do organu właściwego w sprawie, w trybie art. 65 § 1 k.p.a.³⁴ Pierwszym obowiązkiem każdego organu jest ustalenie, czy ma właściwość do rozpoznania sprawy – ustalenie braku właściwości zwalnia od jej merytorycznego rozpoznania³⁵. Natomiast w sytuacji, gdy w wyniku wadliwej oceny swojej właściwości organ administracji publicznej wszczął postępowanie, jest wówczas obowiązany je umorzyć³⁶. Podobny pogląd wyraził WSA w Warszawie w wyroku z 20.3.2007 r., w którym stwierdził, że jeżeli w trakcie prowadzonego postępowania organ stwierdzi swoją niewłaściwość, obowiązany jest zakończyć postępowanie decyzją o umorzeniu postępowania³⁷.

W przypadku umorzenia postępowania administracyjnego z powodu bezprzedmiotowości związanej z brakiem właściwości organu administracyjnego, po wydaniu

³¹ Wyrok NSA oz. w Katowicach z 28.11.1996 r., SA/Ka 2224/95, LEX nr 28946.

³² B. Adamiak, *Przedmiot postępowania w sprawie stwierdzenia nieważności decyzji administracyjnej*, „Państwo i Prawo” 2001, z. 8, s. 29.

³³ Wyrok WSA w Warszawie z 8.3.2007 r., I SA/Wa 52/07, LEX nr 315053.

³⁴ M. Dyl [w:] *Kodeks...*, s. 572.

³⁵ Wyrok WSA w Warszawie z 18.6.2020 r., VII SA/Wa 2673/19, LEX nr 3078452.

³⁶ B. Adamiak, *Przedmiot...*, s. 29.

³⁷ Wyrok WSA w Warszawie z 20.3.2007 r., VII SA/Wa 2460/06, LEX nr 337011.

decyzji o umorzeniu postępowania organ zobowiązany jest przekazać sprawę do organu właściwego – na podstawie art. 65 § 1 k.p.a. Jak podkreślił WSA w Warszawie w wyroku z 24.2.2009 r., różne mogą być etapy postępowania administracyjnego, na których organ administracji publicznej stwierdzi swoją niewłaściwość do merytorycznego rozstrzygnięcia sprawy. Jeżeli organ, do którego wniesiono podanie, przed wszczęciem postępowania administracyjnego stwierdzi swoją niewłaściwość w sprawie, a sprawa podlega rozpatrzeniu w trybie administracyjnym, to zgodnie z art. 65 § 1 k.p.a. przekaze to podanie niezwłocznie do organu właściwego w drodze postanowienia, na które służy zażalenie. Jeżeli organ administracji publicznej stwierdzi swoją niewłaściwość na etapie postępowania pierwszoinstancyjnego, to zobowiązany jest umorzyć postępowanie jako bezprzedmiotowe na podstawie art. 105 § 1 k.p.a., a sam wniosek przekazać do załatwienia organowi właściwemu zgodnie z art. 65 § 1 k.p.a. Postępowanie administracyjne prowadzone przez organ z naruszeniem przepisów o właściwości jest postępowaniem bezprzedmiotowym przed tym organem³⁸.

W orzecznictwie sądowym można się również spotkać ze stanowiskiem, zgodnie z którym regulacja art. 65 § 1 k.p.a. ma zastosowanie wyłącznie do etapu wszczęcia postępowania. WSA w Warszawie w wyroku z 20.3.2007 r. stwierdził, że zarówno przepis art. 65 § 1 k.p.a., jak i przepis art. 66 § 3 k.p.a. regulują wyłącznie ustalenie braku właściwości w fazie wszczęcia postępowania³⁹. Podobne stanowisko wyraził WSA w Warszawie wyroku z 4.12.2007 r., podkreślił natomiast, że przepis art. 65 § 1 k.p.a. odnosi się do sytuacji ustalenia braku właściwości w fazie wszczęcia postępowania, o czym przesądza zarówno treść tego artykułu, jak i zamieszczenie w rozdziale I, regulującym wszczęcie postępowania⁴⁰. Pogląd ten jednak nie zasługuje na aprobatę. Z regulacji art. 19 k.p.a. wynika bowiem obowiązek badania swojej właściwości przez organ na każdym etapie postępowania, nie tylko na etapie wszczęcia postępowania. Jak podkreśla B. Adamiak: „artykuł 19 k.p.a. nakłada na organy administracji publicznej obowiązek kontroli swojej właściwości z urzędu. Organy muszą zatem kontrolować swoją właściwość od momentu wszczęcia postępowania do rozstrzygnięcia sprawy decyzją kończącą postępowanie w sprawie”⁴¹. Należy zatem podkreślić, że decyzja o umorzeniu postępowania z powodu niewłaściwości organu może zostać wydana na każdym jego etapie – zarówno na etapie wszczęcia, jak i w toku prowadzonego postępowania. Jednak w przypadku ustalenia przez organ prowadzący organu właściwego w sprawie, jest on obowiązany, oprócz wydania decyzji o umorzeniu, także do przekazania sprawy organowi właściwemu.

5. Bezprzedmiotowość przedmiotowa jako przesłanka umorzenia postępowania administracyjnego

Drugim rodzajem bezprzedmiotowości jest bezprzedmiotowość przedmiotowa, która wiąże się z istnieniem przesłanek dopuszczalności drogi administracyjnej

³⁸ Wyrok WSA w Warszawie z 24.2.2009 r., I SA/Wa 1106/08, LEX nr 545103.

³⁹ Wyrok WSA w Warszawie z 20.3.2007 r., VII SA/Wa 2460/06, LEX nr 337011.

⁴⁰ Wyrok WSA w Warszawie z 4.12.2007 r., II SA/Wa 1428/07, LEX nr 501562.

⁴¹ B. Adamiak [w:] B. Adamiak, J. Borkowski, *Kodeks...*, s. 107.

o charakterze przedmiotowym. Do tych przesłanek należy zaliczyć: obowiązek rozstrzygnięcia danej sprawy w formie decyzji administracyjnej oraz istnienie indywidualnej i konkretnej sprawy o charakterze administracyjnym. W wypadku braku którejkolwiek z przesłanek organ zobowiązany jest umorzyć postępowanie z powodu jego bezprzedmiotowości przedmiotowej.

Zgodnie z art. 104 § 1 k.p.a. organ administracji publicznej załatwia sprawę przez wydanie decyzji, chyba że przepisy Kodeksu stanowią inaczej. Formą rozstrzygnięcia sprawy administracyjnej w postępowaniu administracyjnym będzie zatem decyzja administracyjna. Jednak nie należy jej stosować wówczas, kiedy nie dochodzi do władczej ingerencji w sferę sytuacji prawnej jednostki. W wyroku NSA z 21.2.2006 r. sąd podkreślił, że sprawa administracyjna jest bezprzedmiotowa w rozumieniu art. 105 § 1 k.p.a. wtedy, gdy nie ma materialnoprawnych podstaw do władczej, w formie decyzji administracyjnej ingerencji organu administracyjnego. Wówczas jakiegokolwiek rozstrzygnięcie merytoryczne, pozytywne czy negatywne, staje się prawnie niedopuszczalne⁴². Gdy brakuje przedmiotu postępowania, można mówić o braku przesłanki przedmiotowej do merytorycznego rozstrzygnięcia. Tym przedmiotem jest zaś konkretna sprawa, w której organ administracji jest władny i jednocześnie zobowiązany rozstrzygnąć na podstawie przepisów prawa materialnego o uprawnieniach lub obowiązkach indywidualnego podmiotu⁴³. Podobny pogląd wyraził WSA w Warszawie w wyroku z 27.11.2013 r., w którym zaznaczył, że postępowanie można zakwalifikować jako bezprzedmiotowe, gdy sprawa indywidualna nie podlegała i nie podlega merytorycznemu załatwieniu w drodze decyzji administracyjnej lub postanowienia⁴⁴. Podobnie przyjął WSA w Gliwicach w wyroku z 20.10.2010 r., w którym uznał, że na wprowadzanie ścieków do urządzeń kanalizacyjnych nie jest wymagane pozwolenie wodnoprawne, o ile nie chodzi o ścieki przemysłowe zawierające substancje szczególnie szkodliwe. Brak wymogu prawnego uzyskania decyzji oznacza zaś bezprzedmiotowość postępowania administracyjnego w rozumieniu art. 105 § 1 k.p.a.⁴⁵

Podobne stanowisko wyrażane jest również w doktrynie. Skoro decyzja administracyjna jako forma działania administracji może być stosowana wtedy, gdy prawo administracyjne materialne przewiduje podstawę do jej wydania, to o bezprzedmiotowości postępowania administracyjnego decyduje stwierdzenie, że ustawodawca w ogóle nie przewidział możliwości stosowania formy decyzji administracyjnej w określonej sytuacji społecznej, z tego powodu, że pozostaje ona poza zakresem zadań i kompetencji przypisanych organowi administracji publicznej albo dlatego, że właściwą reakcją na tę sytuację ma być zastosowanie innych form niż decyzja⁴⁶. Należy jednak zauważyć, że wówczas, kiedy ustawodawca nie przewidział formy dla danego rodzaju działania, konieczne jest stosowanie domniemania formy decyzji administracyjnej, ale tylko

⁴² Wyrok NSA z 21.2.2006 r., I OSK 967/05, LEX nr 201507.

⁴³ Wyrok WSA w Łodzi z 10.3.2021 r., II SA/Łd 517/20, LEX nr 3157815; podobnie także: wyrok WSA w Gliwicach z 25.2.2021 r., I SA/Gl 1204/20, LEX nr 3156608.

⁴⁴ Wyrok WSA w Warszawie z 27.11.2013 r., VIII SA/Wa 657/13, LEX nr 1408058.

⁴⁵ Wyrok WSA w Gliwicach z 20.10.2010 r., SA/Gl 565/10, LEX nr 668551.

⁴⁶ M. Romańska [w:] *Kodeks...*, s. 705.

w takich wypadkach, kiedy dochodzi do władczej ingerencji w sytuację prawną jednostki. W pozostałych jednak przypadkach (braku władczej ingerencji) forma prawna decyzji jest niedopuszczalna, a postępowanie wszczęte w takich okolicznościach jest bezprzedmiotowe – zatem podlega umorzeniu.

Bezprzedmiotowość przedmiotowa będzie miała miejsce również w sytuacji uchylenia podstawy prawnej, na podstawie której organ administracji publicznej może rozstrzygnąć daną sprawę administracyjną w formie decyzji. Jak podkreśla M. Romańska: „do takiego rezultatu prowadzi zmiana prawa w toku postępowania administracyjnego polegająca na odstąpieniu przez ustawodawcę od możliwości stosowania formy decyzji administracyjnej w określonej sytuacji społecznej, wyrażająca się w uchyleniu przepisu, z którego organ wywodził swoją kompetencję do zastosowania tej formy”. Zdaniem M. Romańskiej: „jeśli ustawodawca, uchylając przepis będący podstawą wydawania decyzji administracyjnych w określonych sytuacjach faktycznych, nie postanowi, że w sprawach wszczętych i niezakończonych należy stosować dotychczasowe rozwiązania, to postępowanie administracyjne, w którym przed zmianą prawa nie doszło do wydania ostatecznej decyzji, należy umorzyć⁴⁷”. Podobny pogląd wyraził WSA w Krakowie w wyroku z 5.10.2011 r., w którym stwierdził, że bezprzedmiotowe będzie postępowanie w sprawie, która przestała być regulowana przepisami dającymi podstawę do wydania decyzji administracyjnej. Zmiana stanu prawnego w toku postępowania administracyjnego prowadzić musi do umorzenia postępowania zawsze wtedy, gdy na podstawie nowego stanu prawnego nie będzie istniał dawny przedmiot rozstrzygnięcia⁴⁸.

Sytuację odpadnięcia podstawy prawnej do wydania decyzji administracyjnej należy odróżnić od sytuacji, w której w toku postępowania okaże się, że dla ustalonego stanu faktycznego należy zastosować inną podstawę prawną. Jak podkreślił WSA w Warszawie w wyroku z 19.1.2006 r., jeżeli przy rozstrzygnięciu sprawy okaże się, że dla ustalonego stanu faktycznego należy zastosować inną podstawę prawną niż przyjęta we wcześniejszych fazach postępowania, nie oznacza to, że postępowanie stało się bezprzedmiotowe, gdyż sprawa ma nadal swój przedmiot, tyle, iż podlegający innej kwalifikacji prawnej⁴⁹. W takim przypadku organ orzekający jest zobowiązany do prowadzenia postępowania opierając się na innej podstawie prawnej. Należy bowiem zauważyć, że rozpoznawanie sprawy administracyjnej ma charakter dynamiczny. Tym samym w toku prowadzonych czynności wyjaśniających może ulec zmianie podstawa prawna do wydania decyzji, na której opierał się organ orzekający. Nie jest to natomiast wystarczająca przesłanka do zakwalifikowania takiego postępowania jako bezprzedmiotowego. W takich okolicznościach umorzenie postępowania (z przyczyn przedmiotowych) jest niedopuszczalne.

Bezprzedmiotowość przedmiotowa będzie miała miejsce również wtedy, kiedy dana sprawa nie będzie miała charakteru sprawy administracyjnej. Jak podkreślił NSA w wyroku z 14.3.2002 r., co do zasady, przedmiotem postępowania administracyjnego

⁴⁷ M. Romańska [w:] *Kodeks...*, s. 705.

⁴⁸ Wyrok WSA w Krakowie z 5.11.2011 r., II SA/Kr 942/10, LEX nr 984767.

⁴⁹ Wyrok WSA w Warszawie z 19.1.2006 r., VII SA/Wa 1119/05, LEX 206525.

są sprawy indywidualne z zakresu prawa administracyjnego, a w przypadku szczególnego upoważnienia ustawowego – sprawy z zakresu prawa cywilnego, ubezpieczeń społecznych i prawa pracy⁵⁰. Zatem, jak stwierdził NSA w wyroku z 22.5.2001 r., postępowanie w sprawie należącej do kognicji sądu powszechnego, jako sprawa cywilna, sprawia, iż postępowanie wszczęte przed organem administracji, jako bezprzedmiotowe, podlega umorzeniu na podstawie art. 105 § 1 k.p.a.⁵¹ Podobne stanowisko wyraził NSA w wyroku z 6.9.2007 r., w którym podkreślił, że żądanie o charakterze cywilnoprawnym skierowane do organu administracji rządowej lub samorządowej nie wszczyna postępowania na podstawie art. 61 § 3 k.p.a., jednakże gdy w wyniku wadliwej oceny przepisów o właściwości organ wszczął postępowanie, musi je zakończyć w sposób przewidziany w Kodeksie postępowania administracyjnego, a więc wydając decyzję (art. 104 § 1 k.p.a.), w takim przypadku o umorzeniu postępowania (art. 105 § 1 k.p.a.)⁵². Przyjęcie takiego stanowiska należy uznać za słuszne. Rozdzielenie drogi postępowania administracyjnego od drogi postępowania cywilnego jest konieczne ze względu na inny charakter prawny rozstrzyganych spraw. Organy administracji publicznej powołane są do rozstrzygania spraw o charakterze *stricte* administracyjnym. Poddawanie kognicji organów administracyjnych spraw cywilnych nie jest korzystne z punktu widzenia ochrony praw jednostki. Należy podkreślić, że takimi sprawami powinny zajmować się powołane do tego sądy powszechne. Poddanie kognicji administracyjnej niektórych spraw cywilnych powinno mieć charakter wyjątkowy i być podyktowane szczególnymi względami.

W orzecznictwie podkreśla się również, że postępowanie administracyjne powinno być umorzone bez względu na to, kiedy dana sprawa utraciła przymiot sprawy administracyjnej. Jak podkreślił NSA w wyroku z 13.2.2001 r., postępowanie administracyjne staje się bowiem bezprzedmiotowe, gdy sprawa, która miała być załatwiona w drodze decyzji administracyjnej, albo nie miała charakteru sprawy administracyjnej jeszcze przed datą wszczęcia postępowania, albo utraciła charakter sprawy administracyjnej w toku prowadzonego postępowania⁵³.

6. Forma procesowa umorzenia postępowania administracyjnego

Umorzenie postępowania administracyjnego, jak wynika z art. 105 § 1 k.p.a., następuje poprzez wydanie decyzji administracyjnej. Jak podkreślił jednak WSA w Warszawie w wyroku z 10.5.2017 r., decyzja o umorzeniu postępowania nie rozstrzyga o materialnoprawnych uprawnieniach i obowiązkach strony. Wywiera ona inny skutek: przyjmuje, że nie ma przesłanek do merytorycznego orzekania co do istoty sprawy. Skutki

⁵⁰ Wyrok NSA z 14.3.2002 r., I SA 1940/00, LEX nr 162295.

⁵¹ Wyrok NSA z 22.5.2001 r., II SA 1233/00, LEX nr 75528.

⁵² Wyrok NSA z 6.9.2007 r., I OSK 1337/06, LEX nr 382248.

⁵³ Wyrok NSA z 13.2.2001 r., I SA 2032/99, LEX nr 75519; podobnie także: wyrok WSA w Poznaniu z 8.3.2018 r., III SA/Po 26/18, LEX nr 2466536.

tej decyzji mają charakter procesowy. Nie kształtuje się stosunek materialnoprawny⁵⁴. Decyzja o umorzeniu postępowania ma tę specyficzną cechę, że przerywa postępowanie administracyjne, w tym także postępowanie dowodowe i wyjaśniające bez żadnych gwarancji na merytoryczne rozstrzygnięcia indywidualnej sprawy, a zatem nie rozstrzyga sprawy co do jej istoty w całości lub części⁵⁵.

W orzecznictwie sądowym podkreśla się również fakt, iż decyzja o umorzeniu postępowania administracyjnego ma charakter związany. W wyroku NSA oz. w Krakowie z 14.5.1998 r. sąd podkreślił, że w myśl art. 105 § 1 k.p.a., gdy postępowanie z jakiegokolwiek przyczyny stało się bezprzedmiotowe, organ administracji państwowej wydaje decyzję o umorzeniu postępowania. Użycie przez ustawodawcę słowa „wydaje”, a nie „może wydać” oznacza, że wydanie decyzji o umorzeniu postępowania jest obligatoryjne, gdy postępowanie stało się bezprzedmiotowe z jakiegokolwiek przyczyny. Tym bardziej należy więc tak postąpić, gdy postępowanie od samego początku było bezprzedmiotowe⁵⁶.

W doktrynie prawa administracyjnego kwestionuje się jednak taką formę procesową (decyzję administracyjną) umorzenia postępowania administracyjnego – w przypadku zaistnienia braku interesu prawnego strony, a tym samym braku legitymacji procesowej strony postępowania administracyjnego. Zdaniem Z.R. Kmiecika:

przyjęcie, iż w powyższej sytuacji ma nastąpić umorzenie postępowania – pomijając jego sprzeczność z treścią art. 105 k.p.a. – rodziłoby problem mocy prawnej decyzji o umorzeniu, jej adresata, obowiązku jej doręczenia i możliwości jej zaskarżenia. Należy zważyć bowiem, że decyzja o umorzeniu (którą organ miałby kończyć postępowanie w razie stwierdzenia po przeprowadzeniu postępowania, że podmiot na którego żądanie przeprowadzono postępowanie, nie ma interesu prawnego) musiałaby być skierowana do osoby niebędącej stroną albo musiałaby nie zawierać w ogóle oznaczenia strony. W pierwszym przypadku decyzja – w myśl art. 156 § 1 pkt 4 k.p.a. – byłaby nieważna, w drugim natomiast – zgodnie z ukształtowanym w orzecznictwie i doktrynie poglądem – musiałaby być uznana za nieistniejącą⁵⁷.

Taki pogląd nie zasługuje jednak w pełni na aprobatę. Co prawda, decyzja administracyjna, co do zasady, musi być skierowana do strony postępowania, a skierowanie jej do podmiotu niebędącego stroną stanowi podstawę do stwierdzenia jej nieważności, jednak należy podkreślić, że decyzja o umorzeniu jest szczególnym rodzajem decyzji o charakterze niemerytorycznym (procesowym).

Przepis art. 104 § 2 k.p.a. stanowi, że decyzje rozstrzygają sprawę co do jej istoty w całości lub w części albo w inny sposób kończą sprawę w danej instancji. Tym samym

⁵⁴ Wyrok WSA w Warszawie z 10.5.2017 r., II SA/Wa 1325/16, LEX nr 2348962; podobnie także: wyrok WSA w Warszawie z 19.6.2020 r., IV SA/Wa 1055/20, LEX nr 3110942; wyrok WSA w Olsztynie z 18.12.2018 r., II SA/Ol 820/18 LEX nr 2608682.

⁵⁵ W. Hybiak, *Umorzenie postępowania administracyjnego*, „Organizacja Metody Technika” 1985, nr 1, s. 12.

⁵⁶ Wyrok NSA oz. w Krakowie z 14.5.1998 r., I SA/Kr 1141/97, LEX nr 33605; podobnie także: wyrok NSA z 21.8.2018 r., I OSK 2356/16, LEX nr 2562539.

⁵⁷ Z.R. Kmiecik, *Wszczęcie ogólnego postępowania administracyjnego*, Warszawa 2014, s. 210.

ustawodawca dopuszcza możliwość wydania decyzji „kończących sprawę w inny sposób”. Zatem jest możliwość wydania w ramach jurysdykcyjnego postępowania administracyjnego decyzji o charakterze niemerytorycznym (procesowym), które nie będą rozstrzygały sprawy co do istoty, a jednak kończyć będą tok postępowania. Do takich decyzji, z pewnością, można zaliczyć decyzję o umorzeniu postępowania.

Warty jest również podkreślenia fakt, że prawodawca nie przewidział innej możliwości procesowej zakończenia już prowadzonego postępowania, w przypadku zaistnienia braku interesu prawnego strony, jak wydanie decyzji o umorzeniu postępowania. Należy bowiem zauważyć, że w ramach już toczącej się procedury administracyjnej nie jest możliwe zastosowanie instytucji odmowy wszczęcia postępowania (art. 61a k.p.a.), gdyż zostało ono wszczęte i już się toczy. Tym samym, gdyby przyjął założenie, że nie jest możliwe w takiej sytuacji (brak interesu prawnego strony) umorzenie postępowania w formie decyzji, organ nie miałby do zastosowania żadnego narzędzia procesowego. Doprowadziłoby to do niemożliwości zakończenia postępowania administracyjnego, a jednocześnie braku możliwości podjęcia jakiegokolwiek dalszej aktywności procesowej organu.

Jednym z rozwiązań legislacyjnych, które rozwiązałyby wątpliwości co do formy procesowej umorzenia postępowania administracyjnego, mogłoby być zastąpienie decyzji administracyjnej formą postanowienia. Postanowienie jest aktem administracyjnym o charakterze procesowym, jednak zakres adresatów nie ogranicza się jedynie do stron postępowania. Akt ten może być kierowany także do innych podmiotów, niemających interesu prawnego w postępowaniu. Na przykład, na podstawie art. 96 k.p.a., organ administracji publicznej może ukarać grzywną (wydając postanowienie) świadków, biegłych i inne osoby uczestniczące w rozprawie. Ponadto, zgodnie z art. 123 § 2 k.p.a., postanowienia dotyczą poszczególnych kwestii wynikających w toku postępowania, lecz nie rozstrzygają o istocie sprawy, chyba że przepisy Kodeksu stanowią inaczej. Ustawodawca zatem dopuszcza możliwość stosowania tego aktu we wszelkich przypadkach, kiedy wymagają tego okoliczności sprawy, w tym także mogłaby być to sytuacja niemerytorycznego zakończenia toku postępowania (umorzenie postępowania).

Należy bowiem podkreślić, że forma postanowienia przewidziana jest również w przepisach procedury cywilnej. Zgodnie z art. 355 § 1 Kodeksu postępowania cywilnego⁵⁸ sąd wydaje postanowienie o umorzeniu postępowania, jeżeli powód cofnął ze skutkiem prawnym pozew lub jeżeli wydanie wyroku stało się z innych przyczyn zbędne lub niedopuszczalne. Podobne uregulowanie obowiązuje w postępowaniu sądownoadministracyjnym. Zgodnie bowiem z art. 131 Ustawy z 30.8.2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi⁵⁹ postanowienie w przedmiocie zawieszenia, podjęcia i umorzenia postępowania może zapaść na posiedzeniu niejawnym.

W postępowaniu cywilnym i sądownoadministracyjnym ustawodawca kwestię umorzenia postępowania potraktował jako zagadnienie procesowe, tym samym nadał mu formę właśnie postanowienia. Konsekwentnie zatem taką samą formę powinien

⁵⁸ Ustawa z 17.11.1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. 2020, poz. 575 ze zm.), dalej: k.p.c.

⁵⁹ Ustawa z 30.8.2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (Dz.U. 2019, nr 2325 ze zm.), dalej: p.p.s.a.

zastosować w przypadku procedury administracyjnej. Wszak umorzenie postępowania administracyjnego jest również kwestią proceduralną.

Z punktu widzenia praw jednostki i możliwości kwestionowania zasadności umorzenia postępowania wprowadzenie aktu procesowego postanowienia o umorzeniu, poza „zamianą” rodzaju aktu administracyjnego, niewiele zmienia. Postanowienie takie, tak samo jak decyzja, musi: zawierać elementy składowe identyczne jak w decyzji, być skutecznie doręczone adresatowi oraz może być zaskarżone w drodze zwykłych środków zaskarżenia (zażalenie). Należałoby jedynie postulować wprowadzenie dłuższego terminu do zaskarżenia owego postanowienia. Wyjątkowo w tej sytuacji (ze względu na specyfikę instytucji umorzenia postępowania) termin do wniesienia powinien wynosić 14 dni, a nie, jak w przypadku innych rodzajów postanowień, 7 dni. Ponadto jednostce niezadowolonej z umorzenia postępowania przysługiwałaby skarga do sądu administracyjnego. W tym wypadku zakres kognicji sądów administracyjnych jest dość szeroki, obejmuje postanowienia, na które służy zażalenie albo kończące postępowanie (art. 3 § 2 pkt 2 p.p.s.a.). W tym katalogu zatem mieściłoby się także postanowienie o umorzeniu postępowania.

Należy także zaznaczyć, że wątpliwości co do mocy prawnej formy umorzenia postępowania administracyjnego dotyczą jedynie jednej przesłanki dopuszczalności postępowania administracyjnego – legitymacji procesowej strony. W sytuacji natomiast pozostałych przesłanek takie wątpliwości nie znajdują uzasadnienia. Należy zatem podkreślić, że zmiana formy umorzenia postępowania administracyjnego nie wpłynie w żaden sposób na sytuację procesową jednostki (w tym możliwości kwestionowania zasadności umorzenia zarówno na drodze administracyjnej, jak i sądowej), a spowoduje jedynie, że argument dotyczący wątpliwości co do mocy prawnej decyzji o umorzeniu (w przypadku braku interesu prawnego) przestanie mieć rację bytu.

7. Zakończenie

Podstawowym narzędziem procesowym jednak stosowanym przez organy administracji publicznej w przypadku wystąpienia niedopuszczalności drogi postępowania administracyjnego powinno być umorzenie takiego postępowania z powodu jego bezprzedmiotowości. Zgodnie z art. 105 § 1 k.p.a., gdy postępowanie z jakiegokolwiek przyczyny stało się bezprzedmiotowe w całości albo w części, organ administracji publicznej wydaje decyzję o umorzeniu postępowania odpowiednio w całości albo w części. Wydanie takiej decyzji jest konsekwencją prawną niedopuszczalności postępowania, o charakterze procesowym – podjętą w ramach toczącego się postępowania – gwarantując tym samym jednostce możliwość skutecznej obrony jej interesów w ramach formalnie wszczętej procedury. Ta forma przerwania biegu drogi administracyjnej będzie związana ze wszystkimi przesłankami procesowymi dopuszczalności postępowania – zarówno tymi o charakterze podmiotowym, jak i tymi o charakterze przedmiotowym. Tym samym będzie to narzędzie uniwersalne – stosowane w każdym wypadku niewystąpienia którejkolwiek z przesłanek procesowych dopuszczalności jurysdykcyjnego postępowania administracyjnego.

Należy podkreślić, że obowiązek badania, czy nie zachodzi bezprzedmiotowość postępowania, istnieje dla organu na każdym etapie postępowania. Postępowanie bezprzedmiotowe może być od samego początku, od jego wszczęcia (pierwotna bezprzedmiotowość), bądź także może stać się bezprzedmiotowe dopiero w toku jego prowadzenia (następcza bezprzedmiotowość). Zatem na każdym etapie postępowania organ administracji publicznej ma obowiązek, w razie stwierdzenia bezprzedmiotowości, umorzyć dane postępowanie. Jak bowiem zauważa WSA w Warszawie wyroku z 2.7.2020 r., umorzenie postępowania nie jest zależne ani od woli organu administracji, ani tym bardziej pozostawione do uznania organu – organ ten jest zobowiązany do umorzenia postępowania w przypadku stwierdzenia jego bezprzedmiotowości⁶⁰. Przyczyny bezprzedmiotowości postępowania nierozdzielnie związane są z przesłankami dopuszczalności drogi administracyjnej. Brak którejkolwiek z przesłanek dopuszczalności postępowania administracyjnego, zarówno tych o charakterze podmiotowym, jak i tych o charakterze przedmiotowym, stanowi podstawę do wydania decyzji o umorzeniu takiego postępowania.

Niedopuszczalne jest stosowanie instytucji umorzenia postępowania wówczas, kiedy możliwe jest merytoryczne załatwienie sprawy, chociażby w formie decyzji odmownej. Jak podkreśla się w doktrynie i orzecznictwie, niezależnie od rodzaju stwierdzonej przeszkody procesowej, zagadnieniem kluczowym jest dokonanie oceny, czy ma ona charakter trwały, nieusuwalny oraz czy uniemożliwia merytoryczne załatwienie sprawy⁶¹.

Do umorzenia postępowania administracyjnego powinno dochodzić jedynie w sytuacji zaistnienia przeszkód procesowych, które mają charakter trwały, nieusuwalny oraz uniemożliwiający merytoryczne załatwienie sprawy⁶². Tym samym organ administracji nie powinien tej instytucji prawnej stosować bezrefleksyjnie – w każdej sytuacji, kiedy ma wątpliwości co możliwości dalszego prowadzenia postępowania. Dopiero po dogłębnej analizie sprawy administracyjnej i przeprowadzeniu całościowego postępowania dowodowego. Jak zauważa WSA w Łodzi w wyroku z 23.8.2018 r., wydanie decyzji o umorzeniu postępowania wiąże się z koniecznością uprzedniego zebrania kompletnego materiału dowodowego i poprawnego ustalenia na jego podstawie stanu faktycznego sprawy, który będzie wykluczał prawną możliwość merytorycznego jej rozstrzygnięcia⁶³. Dopiero po przeprowadzeniu tych czynności procesowych i stwierdzeniu jednej z przesłanek do umorzenia postępowania organ powinien dokonać niemerytorycznego załatwienia sprawy. W innych przypadkach organ powinien dążyć do załatwienia *meritum* sprawy.

⁶⁰ Wyrok WSA w Warszawie z 2.7.2020 r., VII SA/Wa 2771/19, LEX nr 3052560.

⁶¹ Zob. M. Wolanin, *Bezprzedmiotowość a bezzasadność roszczenia o zwrot nieruchomości wywłaszczonej*, „Przegląd Sądowy” 2000, nr 7–8, s. 18; G. Łaszczycza, A. Matan, *Umorzenie ogólnego postępowania administracyjnego*, Kraków 2002, s. 22; także wyrok NSA z 21.8.2018 r., I OSK 2356/16, LEX nr 2562539; wyrok NSA z 10.1.2018 r., II OSK 1089/17, LEX nr 2466931.

⁶² Zob. M. Wolanin, *Bezprzedmiotowość...*, s. 18; G. Łaszczycza, A. Matan, *Umorzenie...*, s. 22; M. Dyl [w:] *Kodeks...*, s. 818; a także wyrok NSA z 21.8.2018 r., I OSK 2356/16, LEX nr 2562539; wyrok NSA z 10.1.2018 r., II OSK 1089/17, LEX nr 2466931.

⁶³ Wyrok WSA w Łodzi z 23.8.2018 r., II SA/Łd 508/18, LEX nr 2549090.

Tym samym organ administracji publicznej w uzasadnieniu decyzji o umorzeniu postępowania jest zobligowany wskazać konkretną przyczynę umorzenia postępowania – bezprzedmiotowość podmiotową lub bezprzedmiotowość przedmiotową. Nie może bowiem poprzestać na ogólnym stwierdzeniu „bezprzedmiotowości postępowania” bez wskazania konkretnie określonego i uzasadnionego powodu podjęcia decyzji umarzającej postępowanie.

Instytucja umorzenia nie powinna być również dowolnie stosowana przez organ prowadzący postępowanie w przypadku, kiedy dany organ nie potrafi podjąć określonych czynności procesowych, w tym także przeprowadzać skomplikowanego postępowania dowodowego. „Uciekanie” organu w takich sytuacjach od merytorycznego rozstrzygnięcia sprawy i umarzanie postępowania stanowi naruszenie prawa jednostki do procesu oraz prawa jednostki do merytorycznego rozstrzygnięcia sprawy. Jak podkreślił NSA w wyroku z 29.1.2020 r., jeżeli strona domaga się rozstrzygnięcia organu, opierając swój wniosek na obowiązujących przepisach prawa materialnego, to organ administracji nie może uchylać się od merytorycznego rozstrzygnięcia sprawy⁶⁴. Instytucja umorzenia postępowania musi być stosowana jedynie w przypadkach faktycznej niemożliwości załatwienia danej sprawy w sposób merytoryczny – czyli bezprzedmiotowości postępowania. W innych wypadkach organ administracji publicznej powinien dążyć do merytorycznego rozstrzygnięcia sprawy poprzez wydanie decyzji administracyjnej nadającej określone obowiązki bądź uprawnienia.

Bibliografia

- Adamiak B., *Przedmiot postępowania w sprawie stwierdzenia nieważności decyzji administracyjnej*, „Państwo i Prawo” 2001, z. 8.
- Adamiak B., *Koncepcja otwartej kompetencji ogólnej w postępowaniu administracyjnym* [w:] *Ewolucja prawnych form administracji publicznej. Księga jubileuszowa z okazji 60 rocznicy urodzin Profesora Ernesta Knosali*, red. L. Zacharko, A. Matan, G. Łaszczycza, Warszawa 2008.
- Adamiak B., *Prawo do procesu na drodze administracyjnej jako gwarancja realizacji zasady demokratycznego państwa prawnego* [w:] *Instytucje procesu administracyjnego i sądownictwa administracyjnego. Księga jubileuszowa dedykowana Prof. nadzw. dr. hab. Ludwikowi Żukowskiemu*, red. J. Połuszny, Z. Czarnik, R. Sawuła, Przemysław – Rzeszów 2009.
- Adamiak B., *Refleksje na temat dopuszczalności postępowania administracyjnego*, „Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego” 2015, nr 5.
- Adamiak B. [w:] B. Adamiak, J. Borkowski, A. Skoczylas, *Prawo procesowe administracyjne, System prawa administracyjnego*, t. 9, Warszawa 2010.
- Borkowski J. [w:] B. Adamiak, J. Borkowski, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 2012.
- Chróścielewski W., *Glosa do wyroku NSA z 20 września 1999 r., II SAB/Ka 13/99*, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2000, z. 7–8, poz. 110.
- Dyl M. [w:] *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, red. M. Wierzbowski, A. Wiktorowska, Warszawa 2013.

⁶⁴ Wyrok NSA z 29.1.2020 r., II OSK 3589/18, LEX nr 3034034.

- Hybiak W., *Bezprzedmiotowość postępowania administracyjnego*, Poznań 1983.
- Hybiak W., *Umorzenie postępowania administracyjnego*, „Organizacja Metody Technika” 1985, nr 1.
- Kmieciak Z.R., *Postępowanie administracyjne, postępowanie egzekucyjne w administracji i postępowanie sądownoadministracyjne*, Warszawa 2008.
- Kmieciak Z.R., *Wszczęcie ogólnego postępowania administracyjnego*, Warszawa 2014.
- Łaszczyca G., Matan A., *Umorzenie ogólnego postępowania administracyjnego*, Kraków 2002.
- Romańska M. [w:] *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, red. H. Knysiak-Molczyk, Warszawa 2015.
- Wiktorowska A. [w:] M. Wierzbowski, A. Wiktorowska, *Postępowanie administracyjne – ogólne, podatkowe, egzekucyjne i przed sądami administracyjnymi*, Warszawa 2017.
- Wolanin M., *Bezprzedmiotowość a bezzasadność roszczenia o zwrot nieruchomości wywłaszczonej*, „Przegląd Sądowy” 2000, nr 7–8.
- Wróbel A. [w:] *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, red. A. Wróbel, M. Jaśkowska, Warszawa 2016.

Akty prawne

- Ustawa z 14.6.1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (Dz.U. 2021, poz. 735 ze zm.).
- Ustawa z 17.11.1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. 2020, poz. 575 ze zm.).
- Ustawa z 30.8.2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (Dz.U. 2019, nr 2325 ze zm.).

Orzecznictwo

- Wyrok NSA oz. w Katowicach z 28.11.1996 r., SA/Ka 2224/95, LEX nr 28946.
- Wyrok NSA oz. w Krakowie z 14.5.1998 r., I SA/Kr 1141/97, LEX nr 33605.
- Wyrok NSA z 9.9.1999 r., IV SA 1634/96, LEX nr 43795.
- Wyrok NSA z 13.2.2001 r., I SA 2032/99, LEX nr 75519.
- Wyrok NSA z 22.5.2001 r., II SA 1233/00, LEX nr 75528.
- Wyrok NSA z 14.3.2002 r., I SA 1940/00, LEX nr 162295.
- Wyrok WSA w Warszawie z 19.1.2006 r., VII SA/Wa 1119/05, LEX 206525.
- Wyrok NSA z 21.2.2006 r., I OSK 967/05, LEX nr 201507.
- Wyrok WSA w Warszawie z 20.3.2007 r., VII SA/Wa 2460/06, LEX nr 337011.
- Wyrok WSA w Warszawie z 4.12.2007 r., II SA/Wa 1428/07, LEX nr 501562.
- Wyrok NSA z 6.9.2007 r., I OSK 1337/06, LEX nr 382248.
- Wyrok WSA w Warszawie z 8.3.2007 r., I SA/Wa 52/07, LEX nr 315053.
- Wyrok WSA w Warszawie z 29.8.2007 r., VII SA/Wa 774/07, LEX nr 500380.
- Wyrok WSA w Warszawie z 24.2.2009 r., I SA/Wa 1106/08, LEX nr 545103.
- Wyrok WSA w Gdańsku z 9.9.2010 r., II SA/Gd 230/10, LEX nr 752425.
- Wyrok WSA w Gliwicach z 20.10.2010 r., SA/Gl 565/10, LEX nr 668551.
- Wyrok WSA w Krakowie z 5.11.2011 r., II SA/Kr 942/10, LEX nr 984767.
- Wyrok WSA w Warszawie z 27.11.2013 r., VIII SA/Wa 657/13, LEX nr 1408058.
- Wyrok WSA w Gliwicach z 17.5.2017 r., IV SA/Gl 1106/16, LEX nr 2307458.
- Wyrok WSA w Warszawie z 10.5.2017 r., II SA/Wa 1325/16, LEX nr 2348962.
- Wyrok WSA w Gliwicach z 21.2.2018 r., II SA/Gl 1088/17, LEX nr 2470680.
- Wyrok WSA w Poznaniu z 8.3.2018 r., III SA/Po 26/18, LEX nr 2466536.
- Wyrok NSA z 21.8.2018 r., I OSK 2356/16, LEX nr 2562539.

- Wyrok WSA w Łodzi z 23.8.2018 r., II SA/Łd 508/18, LEX nr 2549090.
- Wyrok NSA z 10.1.2018 r., II OSK 1089/17, LEX nr 2466931.
- Wyrok WSA w Olsztynie z 18.12.2018 r., II SA/Ol 820/18, LEX nr 2608682.
- Wyrok NSA z 29.1.2020 r., II OSK 3589/18, LEX nr 3034034.
- Wyrok WSA w Warszawie z 2.7.2020 r., VII SA/Wa 2771/19, LEX nr 3052560.
- Wyrok NSA z 18.2.2020 r., II OSK 1230/18, LEX nr 3027061.
- Wyrok WSA w Warszawie z 18.6.2020 r., VII SA/Wa 2673/19, LEX nr 3078452.
- Wyrok WSA w Warszawie z 19.6.2020 r., IV SA/Wa 1055/20, LEX nr 3110942.
- Wyrok WSA w Gliwicach z 25.2.2021 r., I SA/Gl 1204/20, LEX nr 3156608.
- Wyrok WSA w Łodzi z 10.3.2021 r., II SA/Łd 517/20, LEX nr 3157815.
- Wyrok WSA w Warszawie z 11.1.2021 r., VII SA/Wa 309/20, LEX nr 3156978.

Małgorzata Stępień¹

Zarząd sukcesyjny a prawa spadkobierców zmarłego wspólnika do wejścia do spółki cywilnej

Streszczenie:

Ustawa o zarządzie sukcesyjnym przedsiębiorstwem osoby fizycznej i innych ułatwieniach związanych z sukcesją przedsiębiorstw wprowadza instytucję tzw. zarządu sukcesyjnego przedsiębiorstwem w spadku. Celem artykułu jest analiza zawartego w ustawie rozwiązania, które modyfikuje zasady wykonywania praw spadkobierców w spółce cywilnej, jak również umożliwia wejście spadkobierców do tej spółki w miejsce zmarłego wspólnika, również gdy wspólnicy nie zastrzegli takiej możliwości.

Słowa kluczowe: przedsiębiorca, zarząd sukcesyjny, zarządca sukcesyjny, spółka cywilna, spadkobiercy

A Succession Management and a Right of Heirs of a Partner to Join the Partnership

The act on succession management of a single proprietorship and other facilities regarding the succession of enterprises has introduced institution of a management succession in the Polish legal system. The aim of the article is to analyze the provisions modifying the rules of the exercise of rights of heirs in the civil law partnership as well as allow the heirs to join the civil law partnership in place of the deceased partner in the event that the partners did not reserve such possibility.

Key words: entrepreneur, succession management, a successor manager, a civil law partnership, heirs

¹ Autorka jest doktorantką Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego, malgorzata5.stepien@doctoral.uj.edu.pl, ORCID 0000-0002-1561-5353.

1. Wstęp

Ustawą z 5.7.2018 r. o zarządzie sukcesyjnym przedsiębiorstwem osoby fizycznej i innych ułatwieniach związanych z sukcesją przedsiębiorstw² wprowadzono instytucję tzw. zarządu sukcesyjnego przedsiębiorstwem w spadku.

W stanie prawnym obowiązującym przed wejściem w życie Ustawy śmierć przedsiębiorcy wykonującego działalność gospodarczą we własnym imieniu na podstawie wpisu do Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej (dalej: CEIDG), skutkowałą zakończeniem prowadzonej przez taką osobę działalności gospodarczej. Jednocześnie, jeśli przedsiębiorca prowadził działalność gospodarczą w ramach spółki cywilnej, w której było wyłącznie dwóch wspólników, śmierć ww. przedsiębiorcy w pewnym przypadku powodowała rozwiązanie samej spółki cywilnej. Na podstawie Ustawy spadkobiercy ww. przedsiębiorcy mają możliwość ustanowienia zarządu sukcesyjnego nad przedsiębiorstwem w spadku oraz wejścia do spółki cywilnej również w przypadku, gdy wspólnicy spółki cywilnej nie zastrzegli w umowie spółki bądź w uchwale wspólników możliwości wejścia ww. osób w miejsce zmarłego wspólnika.

Omawiana materia jest niezmiernie istotna z uwagi na fakt, iż na dzień 31 grudnia 2016 r. w rejestrze REGON wpisanych było blisko 3 miliony osób fizycznych wykonujących działalność gospodarczą i niemal 300 tysięcy spółek cywilnych, podczas gdy wszystkich spółek handlowych było niewiele ponad 500 tysięcy³. Nadto Ustawa jest pierwszym aktem prawnym obowiązującym na terenie Rzeczypospolitej Polskiej, który odnosi się do sukcesji tzw. przedsiębiorstw rodzinnych. Podstawowym celem Ustawy jest: „zapewnienie przedsiębiorcom będącym osobom fizycznym warunków do zachowania ciągłości przedsiębiorstwa po ich śmierci, przy uwzględnieniu, że przedsiębiorstwo należy postrzegać jako wartość majątkową i gospodarczą, a nie tylko społeczną”⁴.

Przedmiotem badawczym artykułu są zasady wstąpienia do spółki cywilnej spadkobierców przedsiębiorcy będącego osobą fizyczną, prowadzącego, bezpośrednio przed śmiercią, działalność gospodarczą na podstawie wpisu do CEIDG w ramach spółki cywilnej. W pierwszej części artykułu zostanie przedstawiona istota spółki cywilnej oraz zasady wejścia spadkobierców zmarłego wspólnika do spółki cywilnej zgodnie z zasadami wskazanymi w art. 872 Ustawy z 23.4.1964 r. – Kodeks cywilny⁵. W drugiej części artykułu zostaną przedstawione zasady ustanawiania zarządu sukcesyjnego oraz rozwiązania dotyczące spółki cywilnej w zakresie związanym z wejściem spadkobierców w miejsce zmarłego wspólnika, wprowadzone do polskiego porządku prawnego Ustawą.

² Ustawa z 5.7.2018 r. o zarządzie sukcesyjnym przedsiębiorstwem osoby fizycznej i innych ułatwieniach związanych z sukcesją przedsiębiorstw (Dz.U. 2021, poz. 170, tekst jedn. ze zm.), dalej: Ustawa.

³ Dane pochodzą z Projektu ustawy o zarządzie sukcesyjnym przedsiębiorstwem osoby fizycznej wraz z uzasadnieniem, druk nr 2293, Sejm VIII kadencji, <<http://orka.sejm.gov.pl/Druki8ka.nsf/0/E92FE584749E0DD6C12582410036F249/%24File/2293.pdf>>, [dostęp:17.6.2020 r.].

⁴ Projekt ustawy o zarządzie sukcesyjnym przedsiębiorstwem osoby fizycznej wraz z uzasadnieniem, druk nr 2293, Sejm VIII kadencji, <<http://orka.sejm.gov.pl/Druki8ka.nsf/0/E92FE584749E0DD6C12582410036F249/%24File/2293.pdf>>, [dostęp:16.6.2020 r.].

⁵ Ustawa z 23.4.1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. 2019, poz. 1145, tekst jedn. ze zm.), dalej: k.c.

2. Spółka cywilna

2.1. Istota spółki cywilnej

Za pierwowzór spółki cywilnej uznaje się rzymską *societas*, która – jak wskazuje A. Herbert – stanowiła: „wyłącznie stosunek zobowiązaniowy między współnikami, irrelevantny wobec osób trzecich”⁶. Na gruncie artykułu 860 k.c. spółka cywilna jest umownym stosunkiem cywilnoprawnym, w którym współnicy zobowiązują się do świadczenia polegającego na dążeniu do osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego przez działanie w oznaczony sposób, w szczególności przez wniesienie wkładów (art. 860 § 1 k.c.).

W doktrynie prawa cywilnego przyjmuje się, że umowa spółki cywilnej jest czynnością prawną *inter vivos*, konsensualną, zobowiązującą, odpłatną, przysparzającą i kauzalną⁷.

Literalne brzmienie art. 860 § 1 k.c. wskazuje, że do zawarcia umowy spółki cywilnej konieczne są minimum dwa podmioty. Przez zawarcie umowy spółki dochodzi pomiędzy współnikami do powstania trwałego stosunku o charakterze zobowiązaniowym.

Na gruncie cywilnoprawnym przyjmuje się, że spółka cywilna nie ma zdolności prawnej, jak również zdolności sądowej⁸. W konsekwencji powyższego spółka cywilna nie może nabywać we własnym imieniu jakichkolwiek praw lub zaciągać jakichkolwiek zobowiązań. Tym samym stroną zawieranych umów są w istocie wszyscy współnicy spółki, a nie sama spółka cywilna. Z kolei majątek spółki, o którym mowa w art. 863 k.c., to w istocie majątek współników objęty współwłasnością łączną (tzw. współwłasność do niepodzielnej ręki), na który składa się przedmiot wkładu współników oraz aktywa nabyte w trakcie działalności spółki. Podobnie współnicy, a nie spółka, są stroną postępowania sądowego czy administracyjnego.

Pomimo braku zdolności prawnej w literaturze wskazuje się, że spółka cywilna stanowi niejako korporację, tj. zrzeszenie osób (wspólników) współdziałających między sobą dla osiągnięcia zamierzonego, wspólnego dla wszystkich celu⁹, a sama umowa spółki cywilnej oparta jest na wzajemnym zaufaniu jej współników¹⁰. Konsekwencją powyższego jest niezmienność składu osobowego spółki cywilnej. Niemniej jednak, jak słusznie wskazuje A. Herbert¹¹, *ratio legis* niezmienności składu osobowego spółki

⁶ A. Herbert, *Spółka cywilna* [w:] *System Prawa Prywatnego. Prawo spółek osobowych. Tom 16*, red. A. Szajkowski, Legalis/el. 2016, komentarz do art. 860 k.c., teza 63.

⁷ Zob. K. Pietrzykowski [w:] *Kodeks cywilny. Tom II. Komentarz. Art. 450–1088*, red. K. Pietrzykowski, Legalis/el. 2018, komentarz do art. 860 k.c., teza 34; J. Jeziorno [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, Legalis/el. 2019, komentarz do art. 860 k.c., teza 15; R. Uliasz [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. M. Załuski, Legalis/el. 2019, komentarz do art. 860 k.c., teza 4.

⁸ Zob. R. Uliasz [w:] *Kodeks...*, komentarz do art. 860 k.c., teza 2; A. Nowacki [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. K. Osajda, Legalis/el. 2020, komentarz do art. 860 k.c., teza 27.

⁹ Zob. J. Jeziorno [w:] *Kodeks...*, komentarz do art. 860 k.c., teza 8; K. Pietrzykowski [w:] *Kodeks...*, komentarz do art. 860 k.c., teza 6.

¹⁰ D. Fuchs, *Możliwość wykluczenia współnika w spółce cywilnej*, „Monitor Prawniczy” 1997, nr 5, Legalis/el.

¹¹ Zob. A. Herbert [w:] *System...*, komentarz do art. 869 k.c., teza 184.

nie polega na „hibernacji” składu osobowego spółki, a jedynie na: „usankcjonowaniu wpływu wszystkich wspólników na dokonywane zmiany podmiotowe”¹². Jednocześnie, na gruncie k.c., istnieje możliwość zmiany składu osobowego spółki cywilnej poprzez wypowiedzenie udziału przez wspólnika lub jego wierzyciela osobistego, śmierci wspólnika, wstąpieniu do spółki spadkobierców zmarłego wspólnika czy poprzez przystąpienie do spółki nowego wspólnika.

Z uwagi na ramy artykułu i postawiony cel badawczy w dalszej części artykułu omówione zostaną wyłącznie zasady wstąpienia spadkobierców zmarłego wspólnika do spółki cywilnej.

2.2. Wejście spadkobiercy wspólnika do spółki a art. 872 k.c.

Śmierć wspólnika spółki cywilnej skutkuje rozwiązaniem stosunku członkostwa zmarłego wspólnika w spółce cywilnej i koniecznością rozliczenia się przez pozostałych wspólników ze spadkobiercami zmarłego zgodnie z brzmieniem art. 871 k.c. Śmierć wspólnika nie powoduje zaś rozwiązania samej spółki cywilnej, chyba że po śmierci wspólnika w spółce pozostaje wyłącznie jeden wspólnik (osoba fizyczna lub inny podmiot).

W umowie spółki cywilnej lub stosownej uchwale wspólnicy mogą postanowić, zgodnie z treścią art. 872 k.c., iż spadkobiercy zmarłego wchodzi do spółki cywilnej na miejsce zmarłego wspólnika.

Na wstępie zaznaczyć należy, iż przepis 872 k.c. nie jest normą prawną w jakikolwiek sposób modyfikującą postanowienia księgi czwartej k.c. Jak wskazuje A. Nowacki¹³, norma prawna wyrażona w art. 872 k.c. nie jest przepisem prawa spadkowego, albowiem w przypadku zastrzeżenia w umowie spółki cywilnej, że śmierć któregośkolwiek ze wspólników skutkuje rozwiązaniem spółki, umowa spółka ulegnie rozwiązaniu, czyli zmiana wywołana ziszczeniem się wskazanego w umowie spółki warunku będzie dotyczyła wszystkich wspólników spółki, a nie tylko zmarłego. Tym samym należy przychylić się do ww. stanowiska oraz uznać, że księga czwarta k.c. oraz wspomniany powyżej art. 872 k.c. regulują odrębne zagadnienia, tj. podczas gdy księga czwarta k.c. wskazuje, kto w danym przypadku jest spadkobiercą i w jakim udziale, art. 872 k.c. reguluje wyłącznie sposób uzyskania przez spadkobierców legitymacji formalnej do wykonywania praw i obowiązków wspólnika spółki cywilnej.

W przypadku, gdy umowa spółki cywilnej stanowi, iż spadkobiercy zmarłego wspólnika wchodzi w miejsce zmarłego tudzież wspólnicy podjęli w tym przedmiocie stosowną uchwałę, wstąpienie spadkobierców do spółki następuje *ex lege* z chwilą otwarcia spadku¹⁴. Z uwagi na dyspozytywny charakter art. 872 k.c. nie można jednak wykluczać że, zastrzegając wejście spadkobierców zmarłego wspólnika do spółki, wspólnicy uzależnią je od uprzedniej zgody (oświadczenia woli) spadkobierców

¹² A. Herbert [w:] *System...*, komentarz do art. 869 k.c., teza 184.

¹³ A. Nowacki [w:] *Kodeks...*, komentarz do art. 872 k.c., teza 4.

¹⁴ T Sójka, R. Szyszko [w:] *Kodeks cywilny. Tom III. Komentarz. Art. 627–1088*, red. M. Gutowski, Legalis/el. 2019, komentarz do art. 872 k.c., teza 1.

zmarłego wspólnika¹⁵. Wówczas wstąpienie spadkobierców zmarłego wspólnika do spółki następowaloby dopiero po złożeniu stosownych oświadczeń, przy uwzględnieniu unormowania art. 61 k.c.

Wejście spadkobierców wspólnika do spółki nastąpi w charakterze tzw. wspólnika zbiorowego. Jak wskazuje A. Nowacki¹⁶, powyższe wynika z faktu, iż: „w modelu kodeksowym zakres praw i obowiązków w spółce cywilnej nie wynika np. z umówionego lub wniesionego przez danego wspólnika wkładu, ale z liczby wspólników w spółce (przyznanie praw i obowiązków następuje per capita, czyli według głów w spółce)”¹⁷. W konsekwencji: „rozmnożenie liczby wspólników w przypadku traktowania każdego ze spadkobierców z osobna jako wspólnika powodowałoby, że każdy z nich uzyskiwałby np. własne prawo reprezentacji spółki lub samodzielny udział w prowadzeniu jej spraw, a łączny udział spadkobierców wspólnika w zysku lub stracie spółki byłby większy niż udział zmarłego wspólnika”¹⁸.

W celu wykonywania przez spadkobierców praw i obowiązków wynikających z uczestnictwa w spółce cywilnej, na podstawie art. 872 k.c., spadkobiercy powinni wskazać spółce jedną osobę, która będzie wykonywała ich prawa. Wybór ww. osoby powinien nastąpić zgodnie z zasadami regulującymi występujący pomiędzy spadkobiercami stosunek prawny, wynikający ze wspólności majątku spadkowego. Kwestię tę reguluje art. 1035 k.c., odsyłający do przepisów k.c. o współwłasności w częściach ułamkowych¹⁹. W związku z tym wydaje się, że wyznaczenie przedstawiciela stanowi czynność przekraczającą zakres zwykłego zarządu, a zatem powinna zostać dokonana na zasadach wskazanych w art. 199 k.c. w zw. z art. 1035 k.c., tj. za zgodą wszystkich spadkobierców. Za takim wnioskiem może przemawiać fakt, że przepisy o treści zbliżonej do art. 872 k.c. zawiera Ustawa z 15.9.2001 r. – Kodeks spółek handlowych²⁰, w zakresie dotyczącym wykonywania praw przez współuprawnionych z udziałów lub akcji (art. 184 k.s.h. i art. 333 k.s.h.). Na gruncie ww. przepisów współuprawnieni z udziałów lub akcji, podobnie jak spadkobiercy zmarłego wspólnika spółki cywilnej, muszą wskazać swojego przedstawiciela. Doktryna prawa handlowego²¹ zgodnie uważa, iż wybór ww. przedstawiciela jest czynnością przekraczającą zwykły zarząd. Wydaje się zatem iż, z uwagi na podobieństwo obydwu przypadków wyrażające się w podobnych treściach i wymogach, zasadnym jest uznanie, że analogiczna sytuacja zachodzi na gruncie art. 872 k.c., a zatem zgodnie art. 1035 k.c. w zw. z art. 199 k.c. wybór przedstawiciela spadkobierców zmarłego wspólnika wymagał będzie jednomyślności wszystkich

¹⁵ T. Sójka, R. Szyszko [w:] *Kodeks...*, komentarz do art. 872 k.c., teza 3.

¹⁶ A. Nowacki [w:] *Kodeks...*, komentarz do art. 872 k.c., teza 7.

¹⁷ A. Nowacki [w:] *Kodeks...*, komentarz do art. 872 k.c., teza 7.

¹⁸ A. Nowacki [w:] *Kodeks...*, komentarz do art. 872 k.c., teza 7.

¹⁹ R. Uliasz [w:] *Kodeks...*, komentarz do art. 872 k.c., teza 7.

²⁰ Ustawa z 15.9.2001 r. – Kodeks spółek handlowych (Dz.U. 2019, poz. 505, tekst jedn. ze zm.), dalej: k.s.h.

²¹ Zob. R. Pabis [w:] J. Bieniak, M. Bieniak, G. Nita-Jagielski, K. Oplustil, R. Pabis, A. Rachwał, M. Spyra, G. Suliński, M. Tofel, M. Wawer, R. Zawłocki, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, Legalis/el. 2020, komentarz do art. 184 k.s.h., teza. 5; Z. Jara [w:] *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, red. Z. Jara, Legalis/el. 2020, komentarz do art. 184 k.s.h., teza 11.

spadkobierców. Osobą, którą spadkobiercy wyznaczają jako osobę uprawnioną do wykonywania ich praw i obowiązków, może być jeden ze spadkobierców lub osoba trzecia.

Artykuł 872 k.c. w żaden sposób nie precyzuje zakresu praw, jakie mogą być wykonywane przez osobę wskazaną przez spadkobierców. Treść art. 872 k.c. wskazuje jedynie, że ww. osoba będzie wykonywała prawa spadkobierców. Wydaje się, że gdyby intencją ustawodawcy było ograniczenie zakresu praw, jakie może, w imieniu spadkobierców, wykonywać w spółce cywilnej ich przedstawiciel, ustawodawca wprost wskazałby to w przepisach k.c. Tym samym *a contrario* uznać należy, iż osoba ta może wykonywać wszelkie prawa przysługujące spadkobiercom jako współnikowi spółki, a zatem na zasadach określonych w art. 865 k.c. Ewentualne ograniczenia, przy czym skuteczne wyłączenie pomiędzy spadkobiercami a osobą wykonującą ich prawa w spółce cywilnej, może zawierać umowa cywilnoprawna zawarta pomiędzy spadkobiercami a osobą wykonującą ich prawa. Nadmienić jednak należy, że ograniczenia te nie będą skuteczne w stosunku do współników spółki cywilnej, jak i innych osób trzecich. Jednocześnie, dopóki spadkobiercy zmarłego współnika nie wskażą osoby, która będzie wykonywała ich prawa i obowiązki, spadkobiercy są pozbawieni możliwości prowadzenia spraw spółki. Pozostali współnicy spółki mogą sami podejmować wszelkie czynności w zakresie prowadzenia spraw spółki, przez co, jak wskazuje A Nowacki, należy rozumieć: „dokonywanie aktów prowadzenia spraw spółki na takich zasadach, jakby taki współnik zbiorowy został wyłączony od uczestnictwa w ich prowadzeniu²²”, czyli powyższy obowiązek dotyczy zarówno czynności zwykłego zarządu, jak i czynności przekraczających zwykły zarząd.

3. Zarząd sukcesyjny w spółce cywilnej

3.1. Zasady ustanawiania zarządu sukcesyjnego

Ustawa zawiera rozwiązania umożliwiające ustanowienie zarządu sukcesyjnego przedsiębiorstwem również w przypadku, gdy przedsiębiorca prowadził działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej. Ustanowienie zarządu sukcesyjnego jest dobrowolne, niemniej jednak w przypadku jego ustanowienia, jak wskazano w pkt 3.2., należy uznać, iż przepisy Ustawy stanowią *lex specialis* w stosunku do art. 872 k.c.

Zgodnie z treścią art. 8 w zw. z art. 12 Ustawy zarządca sukcesyjny może zostać ustanowiony za życia zmarłego współnika przez jego samego ze skutkiem *pro futuro* lub po śmierci tego współnika przez podmioty wskazane w art. 12 Ustawy. Nadmienić należy, że norma prawna z art. 12 Ustawy dopuszcza możliwość ustanowienia zarządu sukcesyjnego przez osoby, które nie dysponują formalnym potwierdzeniem ich praw do spadku, co ma zapewnić niezwłoczną kontynuację działalności gospodarczej zmarłego. Tym samym przed zakończeniem postępowania spadkowego uprawnienie do powołania zarządcy sukcesyjnego przysługuje osobie, która jest prawdopodobnym właścicielem przedsiębiorstwa w spadku, a do momentu powoływania zarządcy sukcesyjnego nie

²² A. Nowacki [w:] *Kodeks...*, komentarz do art. 872 k.c., teza 9.

zbyła prawa do ww. przedsiębiorstwa. W przypadku powołania zarządcy sukcesyjnego przez przedsiębiorcę zarząd sukcesyjny zostaje ustanowiony z chwilą śmierci przedsiębiorcy, o ile przedsiębiorca złożył wniosek o wpis do CEIDG powołanego przez niego zarządcy sukcesyjnego. W przypadku braku złożenia takowego wniosku powołanie zarządcy nie będzie skuteczne. Jednocześnie, jak wskazuje J. Bieluk²³, interpretując dosłownie art. 9 Ustawy wyłącznie niezłożenie wniosku przez przedsiębiorcę, a nie niedokonanie wpisu zarządu sukcesyjnego do CEIDG powoduje, że zarząd sukcesyjny nie może być ustanowiony przez samego przedsiębiorcę. Innymi słowy, dla ustanowienia zarządu sukcesyjnego konieczne i wystarczające, zgodnie z literalnym brzmieniem art. 9 Ustawy, jest złożenie prawidłowego wniosku przed śmiercią przedsiębiorcy. W przypadku braku ustanowienia zarządu przez przedsiębiorcę zarządca sukcesyjny może zostać powołany jedynie przez podmioty wskazane w art. 12 Ustawy w terminie dwóch miesięcy, liczonych co do zasady od dnia śmierci przedsiębiorcy, a jeżeli akt zgonu nie zawiera daty zgonu albo chwila śmierci została oznaczona w postanowieniu stwierdzającym zgon – od dnia znalezienia zwłok przedsiębiorcy albo uprawomocnienia się postanowienia stwierdzającego zgon. W przypadku powołania zarządcy sukcesyjnego na podstawie art. 12 Ustawy do ustanowienia zarządcy sukcesyjnego dochodzi z momentem wpisu zarządcy do CEIDG.

3.2. Treść umowy spółki cywilnej a możliwość wejścia spadkobierców do spółki

3.2.1. Zastrzeżenie przez wspólników możliwości wejścia spadkobierców do spółki

Zgodnie z art. 46 Ustawy w przypadku, gdy w umowie spółki cywilnej zastrzeżono, że spadkobiercy wspólnika wejdą do spółki cywilnej na miejsce zmarłego wspólnika i został ustanowiony zarząd sukcesyjny, prawa spadkobierców wspólnika w spółce wykonuje zarządca sukcesyjny. Artykuł 46 Ustawy nie odnosi się do momentu wejścia spadkobierców do spółki cywilnej w miejsce zmarłego wspólnika, toteż zasadnym wydaje się przyjęcie, że nastąpi to z chwilą otwarcia spadku, czyli z chwilą, z którą spadkobiercy nabywają spadek (art. 925 k.c.).

Dokonując analizy ww. normy prawnej, należy rozważyć relację art. 46 Ustawy oraz art. 872 k.c. Wydaje się, że w zakresie, w jakim obie normy prawne regulują tę samą materię, art. 46 Ustawy stanowi przepis *lex specialis* w stosunku do art. 872 k.c. Za postawieniem ww. tezy przemawia fakt, iż zakres przedmiotowy Ustawy jest węższy niż zakres przedmiotowy postanowień k.c. odnośnie funkcjonowania spółki cywilnej. Co więcej, Ustawa jest nowym aktem prawnym wprowadzonym do polskiego porządku prawnego w celu ułatwienia kontynuacji działalności przedsiębiorstwa zmarłego przedsiębiorcy, w tym również działalności prowadzonej w ramach spółki cywilnej. Niezależnie od powyższego, wydaje się, że w zakresie nieuregulowanym w Ustawie zastosowanie będzie miał przepis art. 872 k.c.

²³ J. Bieluk, *Ustawa o zarządzie sukcesyjnym przedsiębiorstwem osoby fizycznej. Komentarz*, Legalis/el. 2019, komentarz do art. 10 Ustawy, teza 3.

W przypadku, gdy zarządca sukcesyjny został powołany w ten sposób, że przedsiębiorca wskazał osobę, która będzie pełnić funkcję zarządcy sukcesyjnego po jego śmierci lub wskazał, że z chwilą jego śmierci prokurent stanie się zarządcą sukcesyjnym, przepis art. 46 Ustawy nie budzi wątpliwości. W takiej sytuacji prawa spadkobierców wspólnika spółki cywilnej wykonywać będzie zarządca sukcesyjny, a nie przedstawiciel spadkobierców, o którym mowa w art. 872 k.c. Taka sama sytuacja zaistnieje w przypadku, gdy zarządca sukcesyjny zostanie ustanowiony zgodnie z art. 12 Ustawy, zaś przed ustanowieniem zarządcy sukcesyjnego nie zostanie wskazany przez spadkobierców przedstawiciel, o którym mowa w art. 872 k.c. Wątpliwości interpretacyjne powstają w przeciwnym przypadku, tj. gdy po śmierci spadkodawcy wskazano przedstawiciela spadkobierców, o którym mowa w art. 872 k.c., a następnie ustanowiono zarządcę sukcesyjnego. Jak wskazano w uzasadnieniu do Ustawy, ustanowienie przedstawiciela, o którym mowa w art. 872 k.c., będzie możliwe: „dopiero po uzyskaniu prawomocnego postanowienia o stwierdzeniu nabycia spadku albo aktu poświadczenia dziedziczenia”²⁴, czyli zazwyczaj jako pierwszy zostanie ustanowiony zarządca sukcesyjny. Pomimo powyższego wydaje się, iż nie można wykluczyć sytuacji, w której spadkobiercy przed upływem czasu, w którym można ustanowić zarząd sukcesyjny na podstawie art. 12 Ustawy, powołają (po sporządzeniu aktu poświadczenia dziedziczenia przez notariusza) przedstawiciela, o którym mowa w art. 872 k.c., a dopiero potem zarządcę sukcesyjnego. W takim przypadku pojawiają się dwa problemy. Pierwszy – który z tych podmiotów ma wykonywać prawa w spółce cywilnej i drugi – co się dzieje z podmiotem, który tego prawa nie ma, co ma szczególne znaczenie w przypadku przedstawiciela z art. 872 k.c.

W pierwszej kwestii literalne brzmienie art. 46 Ustawy wskazuje, iż prawa spadkobierców wspólnika powinien wykonywać zarządca sukcesyjny, natomiast co do drugiej Ustawa nie określa wpływu ustanowienia zarządcy sukcesyjnego na zakres umocowania wcześniej ustanowionego przedstawiciela spadkobierców, o którym mowa w art. 872 k.c., tj. czy ww. uprawnienie wygasa, czy może jest zawieszona do dnia wygaśnięcia zarządu sukcesyjnego. Warto zaznaczyć, że w pierwotnym projekcie znajdował się art. 35 projektu Ustawy, który to artykuł regulował tematykę wskazaną w obecnym art. 46 Ustawy. Wskazywał on, że zarządca sukcesyjny mógł wykonywać prawa spadkobierców wspólnika w spółce wyłącznie, o ile spadkobiercy nie wskazali spółce osoby, o której mowa w art. 872 k.c. A więc projekt Ustawy dawał prymat przedstawicielowi z art. 872 k.c. Ostatecznie jednak uchwalony został art. 46 Ustawy w obecnym brzmieniu, z którego można wnioskować, że w przypadku ustanowienia zarządcy sukcesyjnego to on powinien wykonywać prawa w spółce cywilnej. Wniosek taki jest uzasadniony również faktem, że Ustawa przewiduje zasadę jednego przedsiębiorstwa w spadku. Oznacza to, że całość przedsiębiorstwa spadkodawcy powinien być w rękach zarządcy. W praktyce występują sytuacje, w których przedsiębiorca prowadzi działalność indywidualnie, a oprócz tego jest członkiem spółki cywilnej.

²⁴ Projekt ustawy o zarządzie sukcesyjnym przedsiębiorstwem osoby fizycznej wraz z uzasadnieniem, druk nr 2293, Sejm VIII kadencji, <<http://orka.sejm.gov.pl/Druki8ka.nsf/0/E92FE584749E0DD6C12582410036F249/%24File/2293.pdf>>, [dostęp: 21.6.2020 r.].

Gdyby zatem w takiej sytuacji dać prymat przedstawicielowi z art. 872 k.c., to okazałoby się, że po śmierci przedsiębiorcy jego przedsiębiorstwem w spadku zarządzałyby dwa podmioty: udziałem w spółce cywilnej przedstawiciel z art. 872 k.c., zaś w pozostałym zakresie zarządca sukcesyjny. Przyjęcie poglądu, że art. 46 Ustawy przewiduje prymat zarządcy sukcesyjnego, pozwala uniknąć takiej sytuacji.

Odnosząc się do drugiego z problemów, tj. skutków ustanowienia zarządcy sukcesyjnego dla dalszego bytu przedstawiciela z art. 872 k.c., to Ustawa nie określa skutków tej sytuacji. Dlatego też, z uwagi na fakt, iż zarząd sukcesyjny jest instytucją tymczasową, zasadnym wydaje się *de lege ferenda* uregulowanie wpływu ustanowienia zarządu sukcesyjnego na instytucję przedstawiciela spadkobierców, o której mowa w art. 872 k.c. i dookreślenie, czy we wskazanej powyżej sytuacji umocowanie ww. osoby wygasa, czy może jest wyłącznie zawieszona.

Na marginesie zaznaczyć należy, iż do czasu ustanowienia zarządu sukcesyjnego tudzież wskazania osoby, o której mowa w art. 872 k.c., pozostali wspólnicy spółki mogą sami podejmować wszelkie czynności w zakresie prowadzenia spraw spółki. Zatem z korzyścią dla spadkobierców jest jak najszybsze ustanowienie zarządu sukcesyjnego tudzież w przypadku braku ustanowienia ww. zarządu wskazanie osoby, o której mowa w art. 872 k.c.

3.2.2. Brak zastrzeżenia przez wspólników możliwości wejścia spadkobierców do spółki

W przypadku, gdy nie zastrzeżono, że spadkobiercy zmarłego wspólnika wejdą do spółki w jego miejsce, zastosowanie ma art. 47 Ustawy. Wskazana norma prawna wyraźnie modyfikuje przepisy k.c. Przed wejściem w życie Ustawy, w przypadku braku zastrzeżenia w treści umowy spółki cywilnej lub stosownej uchwały o wejściu spadkobierców zmarłego wspólnika do spółki, spadkobiercy nie mieli możliwości zarówno wejścia do spółki cywilnej jako tzw. wspólnik zbiorowy, jak również ubiegania się o to. Obecnie, na gruncie art. 47 Ustawy, niezwłocznie po ustanowieniu zarządu sukcesyjnego, zarządca sukcesyjny powinien zawiadomić pozostałych wspólników o ustanowieniu zarządu sukcesyjnego i wystąpić do nich, w formie pisemnej, o wyrażenie zgody na wejście spadkobierców zmarłego wspólnika do spółki. Wydaje się, że ww. pismo powinno być wysłane w sposób analogiczny do tego, jaki wskazano w art. 133 Ustawy z 17.11.1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego²⁵, określającym sposób doręczeń przedsiębiorcom wpisanym do CEIDG pism procesowych i orzeczeń, czyli co do zasady na adres podany w CEIDG. Spadkobiercy zmarłego wspólnika nie mogą osobiście wystąpić do pozostałych wspólników o wyrażenie ww. zgody. Zgodnie z literalnym brzmieniem art. 47 Ustawy powyższe uprawnienie przysługuje wyłącznie zarządcy sukcesyjnemu. Wspólnicy spółki cywilnej w terminie 14 dni od dnia odbioru ww. pisma mogą wyrazić zgodę lub sprzeciw na wejście spadkobierców zmarłego wspólnika do spółki, przy czym, jeśli dany wspólnik nie wyrazi sprzeciwu w ww. terminie, w formie pisemnej, przyjmuje się, że wyraził on zgodę na wejście

²⁵ Ustawa z 17.11.1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. 2019, poz. 1460, tekst jedn. ze zm.).

spadkobierców zmarłego wspólnika do spółki cywilnej. Wejście spadkobiercy zmarłego wspólnika do spółki cywilnej (jako tzw. wspólnik zbiorowy) nastąpi, o ile żaden z pozostałych wspólników spółki nie złoży sprzeciwu.

Jak wskazuje J. Bieluk²⁶, norma prawna z art. 47 Ustawy jest nieprecyzyjna i może budzić wątpliwości interpretacyjne w sytuacji, gdy zarządca sukcesyjny nie uzyskał w ww. 14-dniowym terminie wyraźnego oświadczenia pozostałych wspólników odnośnie ich sprzeciwu lub zgody na wejście do spółki spadkobierców zmarłego wspólnika. Zdaniem wskazanego autora powyższe wynika z faktu, iż domniemanie wskazane w art. 47 Ustawy jest wzruszalne. Tym samym, jeśli zostanie doręczony zarządcy sukcesyjnemu sprzeciw w późniejszym terminie (w terminie 30 od otrzymania stosownego pisma od zarządcy sukcesyjnego), zdaniem J. Bieluka uprawnienie do wstąpienia do spółki nie powstaje²⁷. Wydaje się, iż art. 47 Ustawy zdanie drugie powinno się interpretować w powiązaniu z art. 61 § 1 k.c., określającego chwilę złożenia oświadczenia woli. Zgodnie z ww. normą prawną, opierającą się na teorii doręczenia, oświadczenie woli, które ma być złożone innej osobie, jest złożone z chwilą, gdy doszło do niej w taki sposób, że mogła zapoznać się z jego treścią. Konsekwencją ww. normy prawnej jest uznanie, że dopóki oświadczenie, które ma być złożone innej osobie, nie dojdzie do adresata w sposób umożliwiający zapoznanie się z jego treścią, oświadczenie nie zostało złożone²⁸. Tym samym oświadczenie spadkobiercy o wyrażeniu sprzeciwu powinno zostać doręczone zarządcy sukcesyjnemu najpóźniej w terminie 14 dni od dnia otrzymania przez danego wspólnika pisma zarządcy w przedmiocie wyrażenia zgody na wejście spadkobiercy zmarłego wspólnika do spółki. Sprzeciw złożony po upływie ww. terminu należy uznać za nieskuteczny.

Zaznaczyć należy, iż w razie braku ww. sprzeciwu wejście spadkobierców do spółki nastąpi z mocą wsteczną, tj. od chwili śmierci zmarłego wspólnika, a nie od upływu terminu na wniesienie przedmiotowego sprzeciwu. Biorąc pod uwagę fakt, iż do czasu wyrażenia wyżej wymienionej zgody lub upływu terminu na jej wyrażenie pozostali wspólnicy mogą sami podejmować wszelkie czynności w zakresie prowadzenia spraw spółki, ww. rozwiązanie w konkretnych okolicznościach stanu faktycznego może być dla spadkobierców niekorzystne. Nie można bowiem wykluczyć sytuacji, że ww. okresie pozostali wspólnicy podejmą czynności, których spadkobiercy nie będą aprobować.

3.2.3. Rozwiązanie spółki cywilnej

Należy zaznaczyć, iż Ustawa reguluje sytuację spółki dwuosobowej, w której nie uregulowano, zgodnie z art. 872 k.c., kwestii wstąpienia spadkobierców do spółki. W stanie prawnym sprzed wejścia w życie Ustawy w ww. sytuacji spółka cywilna wraz ze śmiercią wspólnika uległaby rozwiązaniu. Art. 48 Ustawy wprowadza zaś możliwość kontynuacji spółki cywilnej, pomimo że na skutek śmierci wspólnika / wspólników w spółce tej pozostał jeden wspólnik. Otóż, jeśli zarząd sukcesyjny nie zostanie ustanowiony

²⁶ J. Bieluk, *Ustawa...*, komentarz do art. 47 Ustawy, teza 4.

²⁷ J. Bieluk, *Ustawa...*, komentarz do art. 47 Ustawy, teza 4.

²⁸ P. Sobolewski [w:] *Kodeks ...*, komentarz do art. 61 k.c., teza 2.

w terminie wskazanym w art. 12 ust. 10 Ustawy, tj. w terminie 2 miesięcy od dnia śmierci wspólnika (a jeżeli akt zgonu nie zawiera daty zgonu albo chwila śmierci została oznaczona w postanowieniu stwierdzającym zgon – od dnia znalezienia zwłok przedsiębiorcy albo uprawomocnienia się postanowienia stwierdzającego zgon), spółka cywilna ulega rozwiązaniu wraz z upływem ww. terminu. Z kolei, jeśli w tym terminie został ustanowiony zarząd tymczasowy, art. 46 i art. 47 ust. 1 i 2 Ustawy stosuje się odpowiednio. Jeśli jedyny wspólnik spółki cywilnej zgłosi sprzeciw co do wyrażenia zgody na wstąpienie spadkobierców zmarłego wspólnika do spółki, spółka cywilna ulegnie rozwiązaniu z chwilą złożenia ww. sprzeciwu. Jednocześnie, jako że Ustawa nie określa skutków rozwiązania spółki cywilnej, we wskazanej powyżej sytuacji zastosowanie powinien mieć art. 875 k.c. Należy zwrócić uwagę, iż na gruncie Ustawy okres funkcjonowania spółki cywilnej z jednym wspólnikiem ulegnie przedłużeniu do czasu upływu terminu wskazanego w art. 12 ust. 10 Ustawy również w przypadku, gdy umowa spółki cywilnej nie przewiduje możliwości wstąpienia spadkobierców zmarłego wspólnika w jego miejsce, a zarząd sukcesyjny nie zostanie finalnie ustanowiony. W uzasadnieniu do Ustawy wskazano, że utrzymanie bytu prawnego spółki w przypadku pozostania w niej na skutek śmierci tylko jednego wspólnika nie stanowi *novum* w prawie polskim, dlatego że podobne rozwiązanie funkcjonuje na podstawie art. 98 § 2 k.s.h. w przypadku śmierci partnera w spółce partnerskiej. Należy jednak zwrócić uwagę, iż spółka partnerska jest jednostką organizacyjną, o której mowa w art. 33¹ k.c., wyposażoną w podmiotowość prawną, podczas gdy spółka cywilna jest wyłącznie umową zobowiązującą zawartą pomiędzy dwoma lub więcej podmiotami, a jej zawarcie nie kreuje nowego bytu prawnego.

4. Wnioski

Wprowadzone Ustawą rozwiązania dotyczące spółki cywilnej należy ocenić pozytywnie. Na taką ocenę zasługuje w szczególności rozwiązanie umożliwiające spadkobiercom zmarłego wspólnika wejście do spółki cywilnej w miejsce spadkodawcy w przypadku, gdy wspólnicy nie zastrzegli takiej możliwości. Powyższe wynika z faktu, iż brak zastrzeżenia możliwości wejścia spadkobierców do spółki cywilnej bardzo często jest wynikiem braku planowania sukcesji przedsiębiorstw, a nie chęcią pozbawiania przez spadkodawców możliwości kontynuacji ich działalności przez spadkobierców. Należy jednak zaznaczyć, iż wprowadzone Ustawą rozwiązania są bardzo lakoniczne, w związku z czym w praktyce podczas ich stosowania wystąpi szereg problemów interpretacyjnych.

Bibliografia

Literatura

- Bieluk J., *Ustawa o zarządzie sukcesyjnym przedsiębiorstwem osoby fizycznej. Komentarz*, Legalis/el. 2019.
- Fuchs D., *Możliwość wykluczenia współnika w spółce cywilnej*, „Monitor Prawniczy” 1997, nr 5.
- Herbert A. [w:] *System Prawa Prywatnego. Prawo spółek osobowych. Tom. 16*, red. A. Szajkowski, Legalis/el. 2016.
- Jara Z. [w:] *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, red. Z. Jara, Legalis/el. 2020.
- Jeziorno J. [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, Legalis/el. 2019.
- Nowacki A. [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. K. Osajda, Legalis/el. 2020.
- Pabis R. [w:] J. Bieniak, M. Bieniak, G. Nita-Jagielski, K. Oplustil, R. Pabis, A. Rachwał, M. Spyra, G. Suliński, M. Tofel, M. Wawer, R. Zawłocki, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, Legalis/el. 2020.
- Pietrzykowski K. [w:] *Kodeks cywilny. Tom II. Komentarz. Art. 450–1088*, red. K. Pietrzykowski, Legalis/el. 2018.
- Sobolewski P. [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. K. Osajda, Legalis/el. 2020.
- Sójka T. [w:] *Kodeks cywilny. Tom III. Komentarz. Art. 627–1088*, red. M. Gutowski, Legalis/el. 2019.
- Szyszko R. [w:] *Kodeks cywilny. Tom III. Komentarz. Art. 627–1088*, red. M. Gutowski, Legalis/el. 2019.
- Uliasz R. [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. M. Załuski, Legalis/el. 2019.

Akty prawne

- Projekt ustawy o zarządzie sukcesyjnym przedsiębiorstwem osoby fizycznej wraz z uzasadnieniem, druk nr 2293, Sejm VIII kadencji, <<http://orka.sejm.gov.pl/Druki8ka.nsf/0/E92FE584749E0DD6C12582410036F249/%24File/2293.pdf>>, [dostęp: 21.6.2020 r.].
- Ustawa z 15.9.2001 r. – Kodeks spółek handlowych (Dz.U. 2019, poz. 505, tekst jedn. ze zm.).
- Ustawa z 17.11.1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. 2019, poz. 1460, tekst jedn. ze zm.).
- Ustawa z 23.4.1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. 2019, poz. 1145, tekst jedn. ze zm.).
- Ustawa z 5.7.2018 r. o zarządzie sukcesyjnym przedsiębiorstwem osoby fizycznej i innych ułatwieniach związanych z sukcesją przedsiębiorstw (Dz.U. 2021, poz. 170, tekst jedn. ze zm.).

Maksymilian Jabłecki¹

Wyzwania uwarunkowań prawnych procesu Management Buyout (MBO) w świetle implementacji unijnych regulacji *financial assistance* w art. 345 k.s.h.

Streszczenie:

Celem artykułu jest zdefiniowanie problemów dotyczących prawnych regulacji procesu kontroli fuzji i przejęć, ze szczególnym uwzględnieniem stosowania znowelizowanych regulacji *financial assistance* (art. 345 k.s.h.) w procesie wykupu menedżerskiego wraz z ich zmianami na mocy Ustawy z 13.6.2008 r. o zmianie ustawy – Kodeks spółek handlowych (Dz.U. nr 118, poz. 747), implementującej Dyrektywę 2006/68/WE (obecnie ujętej w Dyrektywie 2012/30/EU). Omówione zostaną najważniejsze zmiany k.s.h. dotyczące spółek kapitałowych wprowadzone w oparciu o zniesienie zakazu udzielania wsparcia finansowego na poziomie UE.

Słowa kluczowe: fuzje i przejęcia, art. 345 k.s.h., *financial assistance*, dyrektywa 2012/30/EU, management buyout, MBO

Challenges of the Legal Conditions of the Management Buyout (MBO) Process in the Light of the Implementation of the EU Regulations of the Financial Assistance in Art. 345 of the Commercial Companies Code

The aim of the article is to define problems related to the legal regulations of the mergers and acquisitions process, with particular reference to the application of the amended *financial assistance* regulations (Article 345 of the Commercial Companies Code) in the management buyout process along with their modifications under the Act of 13.6.2008 amending

¹ Autor jest absolwentem kierunku prawo na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego i studiów licencjackich w Szkole Głównej Handlowej na kierunku finanse i rachunkowość ze specjalizacją Finanse Przedsiębiorstw oraz studentem studiów magisterskich na kierunku ekonomia w Szkole Głównej Handlowej, max.jablecki@gmail.com, ORCID 0000-0001-7073-9327.

the Commercial Companies Code (Journal of Laws No. 118, item 747), implementing Directive 2006/68/EC (currently included in Directive 2012/30/EU). The paper aims to analyze the most important changes in the Commercial Companies Code, introduced on the basis of the lifting of the prohibition of financial assistance at the EU level.

Key words: mergers and acquisitions, art. 345 Commercial Companies Code, financial assistance, Directive 2012/30/EU, management buyout, MBO

1. Wstęp

Fuzje i przejęcia są elementem rynku kontroli przedsiębiorstw, który jest nierozzerwalnie związany z rynkiem kapitałowym. W ich wyniku dochodzi do transferu własności przedsiębiorstw między różnymi przedstawicielami strony popytowej i podaźowej. Ich przeprowadzenie jest jednak spowodowane zróżnicowanymi motywami, które zależą od podmiotu będącego ich inicjatorem. Wpływa to również na sposób i model dokonywanych transakcji. Typologia fuzji i przejęć może być dokonywana pod wieloma kryteriami. Biorąc pod uwagę źródła pozyskiwania finansowania, istotną grupę stanowią transakcje wykupów lewarowanych (ang. *LBO*, *Leveraged Buyout*), które charakteryzują się dużym zaangażowaniem kapitału obcego. Wykup menedżerski (ang. *MBO*, *Management Buyout*) natomiast to transakcja pod względem konstrukcji i procesu realizacji w dużej mierze podobna do wykupu lewarowanego. W jej najbardziej typowej postaci różnica polega na tym, że inicjatorem transakcji jest grupa menedżerów, a nie typowy inwestor strategiczny czy finansowy. Wykupy menedżerskie spółek prawa handlowego (ang. *MBO*, *Management Buyouts*), polegające na wykupie przez menedżerów kontrolnych pakietów akcji albo udziałów spółek, którymi zarządzają, są zjawiskiem wywołującym wiele kontrowersji prawnych. Najwięcej spornych zagadnień pojawia się w zakresie procesów finansowania transakcji, które wiążą się z finansowaniem zewnętrznym w oparciu o aktywa wykupywanych spółek.

Na fali rosnącej krytyki w Europie początkowy zakaz *financial assistance* został zniesiony dopiero w 2006 r., kiedy to ustawodawca unijny znowelizował Drugą Dyrektywę, której przepisy zniosły generalny zakaz *financial assistance*. Wsparcie finansowe uzależniono od spełnienia przesłanek z art. 23 ust. 1 ak. 2–5 znowelizowanej Drugiej Dyrektywy (2006/68/WE). Na podstawie implementacji prawa unijnego także w prawie polskim w 2008 r. zniesiono na mocy artykułu 345 § 1 k.s.h. zakaz wsparcia finansowego obowiązujący od czasu wejścia w życie k.s.h. w polskim prawie spółek w 2000 r. Zgoda na finansowanie obejmowania i nabywania przez spółki emitowanych przez nią akcji została uzależniona od spełnienia licznych przesłanek zawartych w art. 345 § 2–7 k.s.h. W praktyce okazało się, że nie są one łatwe do spełnienia, a ich stosowanie przynosi wiele niejasności interpretacyjnych.

Definiując w oparciu o badanie doktryny i wybranego orzecznictwa problemy dotyczące prawnych regulacji procesu fuzji i przejęć przedsiębiorstw, z jakimi mierzą się polskie podmioty gospodarcze w świetle przepisów k.s.h., należy uwzględnić stosowanie znowelizowanych regulacji *financial assistance* (art. 345 k.s.h.) w procesie wykupu menedżerskiego wraz z ich zmianami na mocy Ustawy z 13.06.2008 r. o zmianie

ustawy – Kodeks spółek handlowych (Dz.U. 2019, poz. 505, tekst jedn.), implementującej Dyrektywę 2006/68/WE (obecnie ujętej w Dyrektywie 2012/30/EU).

W artykule zostanie poruszona kwestia regulacji wsparcia finansowego (*financial assistance*) udzielanego przez spółkę akcyjną osobom trzecim (w tym menedżerom) na nabywanie lub obejmowanie emitowanych przez nią akcji na tle najważniejszych zmian k.s.h. dotyczących spółek kapitałowych, wprowadzonych w oparciu o zniesienie zakazu udzielania wsparcia finansowego na poziomie Unii Europejskiej i wprowadzenia w jego miejsce szeregu wymogów stawianych przy udzielaniu tego wsparcia. Autor zbada, czy początkowo entuzjastycznie przyjęta nowelizacja art. 345 k.s.h., implementująca regulację zharmonizowaną na poziomie unijnym w art. 64 dyrektywy 2012/30/UE, faktycznie została przeprowadzona w sposób kompletny i czy otworzyła drogę do szybszego i łatwiejszego przeprowadzania wykupów lewarowanych i menedżerskich. Uwzględniając zagadnienie obowiązku wykładni pronunijnej, należy poddać ocenie aspekty konfliktu interesów w transakcjach finansowania i wskazać kwestię, że obwarowanie przez ustawodawcę polskiego generalnej zgody na finansowanie przez spółki akcyjne nabywania lub obejmowania emitowanych przez nie akcji koniecznością spełnienia licznych przesłanek ujętych w art. 345 § 2–7 k.s.h. sprawiło, że początkowa pozytywna ocena została zweryfikowana przez praktykę.

Przedstawione wnioski na tle trendów rozwoju wykupów lewarowanych i menedżerskich na rynku polskim i światowym w ostatnich latach zdaniem autora mogą skłonić do głębszych rozważań co do celowości wprowadzonych zmian dotyczących *financial assistance* w k.s.h., konieczności dalszej pracy nad ich implementacją i ich faktycznego wpływu na usprawnienie i rozwój krajowego sektora gospodarczego. A w następstwie – do odpowiedzi na pytanie, czy zmiany te faktycznie mogą na tym etapie stanu uregulowań prawnych ułatwić działalność przedsiębiorcom, stając się skutecznym narzędziem na rynku kapitałowym.

2. Europejskie akty normatywne dotyczące *financial assistance* w transakcjach wykupów lewarowanych i podstawy ich implementacji do prawodawstwa krajowego

Od chwili, gdy do praktyki obrotu gospodarczego trafiły transakcje finansowane z aktywów wykupywanych podmiotów, stały się one przedmiotem kontrowersji i rozważań, czy przedsiębiorstwa można kupować za ich własne środki², a w konsekwencji podejmowano próby uregulowań prawnych tej kwestii.

Na gruncie europejskim regulacje dotyczące wymogów wsparcia finansowego zostały transponowane z angielskiego porządku prawnego³, wywodzą się z ustawodawstwa

² T. Sójka, *Zakaz finansowego wspierania przez spółkę akcyjną nabycia wyemitowanych przez nią akcji – w kontekście problematyki wykupów kredytowanych i menedżerskich* [w:] *Europejskie prawo spółek, t. I. Instytucje prawne dyrektywy kapitałowej*, red. M. Cejmer, J. Napierała, T. Sójka, Kraków 2004, s. 255.

³ P. Kimla-Kaczorowska, *Prawne uwarunkowania finansowania przez spółkę akcyjną nabycia lub objęcia emitowanych przez nią akcji (financial assistance)*, Warszawa 2020, rozdz. I § 2.

brytyjskiego, kiedy to w 1926 r. wprowadzono zakaz udzielania wsparcia finansowego przez przedsiębiorstwo w celu nabycia emitowanych przez nie akcji. Stało się to po dyskusji w obrębie orzecznictwa i dyskursu doktryny, a bezpośrednio po rekomendacji raportu Greene'a⁴, którego autorzy domagali się przeciwdziałania stosowaniu struktury transakcji będącej pierwowzorem obecnego wykupu lewarowanego. Transakcje opisane w tym raporcie nie były *stricte* transakcjami lewarowanymi, bowiem spółka nie była ostatecznie obciążana nowym zadłużeniem. Struktura ta polegała na zaciąganiu krótkoterminowych pożyczek bankowych, które pozwalały na nabycie swoich akcji, a spłacanych niezwłocznie środkami uzyskanymi ze spółki w formie pożyczki. Tego typu działania uznano za niezgodne z przepisami zakazującymi nabywania własnych akcji. I chociaż w 1962 r. w raporcie Jenkinsa⁵ uznano, że *financial assistance* nie musi naruszać zakazu nabywania akcji własnych, to uznano jednak, że celowość takiej regulacji wiąże się z ryzykiem nadużyć, które są bardzo prawdopodobne przy nabywaniu spółki przez podmioty nieposiadające wystarczających środków lub zdolności kredytowej (takie jak np. SPV).

Dlatego też nie było zaskoczeniem, gdy w roku 1973, po przystąpieniu do Unii Europejskiej, Zjednoczone Królestwo wniosło o wprowadzenie do opracowywanej wówczas Drugiej Dyrektywy⁶ zakazu udzielania wsparcia finansowego. Wpłynęło to na przyjęcie się tego poglądu w UE. Na początku pierwszej dekady XXI wieku nastąpiło złagodzenie oceny wykupów lewarowanych⁷. Raport Rickforda z 2004 roku zawierał już wprost stwierdzenie o zasadności transakcji finansowych tego typu: „Zakaz pozostaje zatem dla spółek publicznych główną i kosztowną przeszkodą w całkowicie zgodnych z prawem i pożądanym transakcjach handlowych, na przykład wykupach lewarowanych”⁸. Przyczyniło się to niewątpliwie do treści nowelizacji Drugiej Dyrektywy z roku 2006⁹, która miała znacząco ułatwić ich przeprowadzanie. Podobnie odniesiono się do możliwości powszechnego stosowania transakcji LBO¹⁰. Niemniej jednak nowelizacja ta wprowadziła wiele wymogów, które należy stosować przy udzielaniu wsparcia finansowego.

⁴ Report of the Company Law Amendment Committee (1926) Cmd 2657, 30.

⁵ Report of the Company Law Committee (1962) Cmnd 1749, 173.

⁶ Druga Dyrektywa Rady z 13.12.1976 r. w sprawie koordynacji gwarancji, jakie są wymagane w Państwach Członkowskich od spółek w rozumieniu art. 58 akapit drugi Traktatu, w celu uzyskania ich równoważności, dla ochrony interesów zarówno współników, jak i osób trzecich w zakresie tworzenia spółki akcyjnej, jak również utrzymania i zmian jej kapitału (Dz.Urz.UE.L 1977 Nr 26).

⁷ S. Sołtysiński, T. Sójka [w:] S. Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, t. 3, Warszawa 2013, art. 345, Nb 1.

⁸ J. Rickford, *Reforming Capital: Report of the In-terdisciplinary Group on Capital Maintenance*, „European Business Law Review” 2004, t. 15, nr 4, s. 945.

⁹ Dyrektywa Nr 2006/68/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 6.9.2006 r. zmieniająca drugą dyrektywę rady 77/91/EWG w sprawie tworzenia spółek akcyjnych i utrzymywania oraz zmian wysokości ich kapitału (Dz.Urz. UE L Nr 264 z 25.09.2006 r., s. 32) – akt archiwalny.

¹⁰ A. Opalski, *Reforma kapitału zakładowego spółek akcyjnych – implementacja dyrektywy Nr 2006/68/WE do prawa polskiego*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2008, nr 9, s. 5.

W związku z wprowadzeniem w życie nowelizacji na poziomie unijnym regulacja ta jest ujęta obecnie w art. 64 obowiązującej dyrektywy prawa spółek z 2012 r.¹¹ Przy czym artykuł ten należy interpretować jako podstawowe ograniczenie nieuczciwych praktyk w transakcjach wykupów menedżerskich, nie tylko w ramach obszaru udzielania wsparcia finansowego¹².

I tak dyrektywa kapitałowa pozostawiła w gestii państw członkowskich możliwość udzielenia spółce zezwolenia na finansowe wsparcie nabycia (objęcia) poprzez „bezpośrednie lub pośrednie dokonywanie zaliczkowych wypłat lub udzielanie pożyczek, lub ustanawianie zabezpieczeń w celu nabycia jej własnych akcji przez osobę trzecią” (art. 25 ust. 1). Jeśli dane państwo na to przystanie, winno ono uzależnić zawarcie takiej transakcji od spełnienia przesłanek określonych w art. 25 ust. 2–5 drugiej dyrektywy¹³. Tym samym, na podstawie nowelizacji drugiej dyrektywy z 2006 r. problematyka wsparcia finansowego nabywania emitowanych przez spółkę akcji została uregulowana w poszczególnych ustawodawstwach krajowych, w tym także w polskim Kodeksie spółek handlowych, w którym w 2008 roku dokonano nowelizacji art. 345 k.s.h. Brzmienie tego artykułu w obecnym kształcie reguluje w polskim porządku prawnym kwestie wymogów dotyczących *financial assistance*¹⁴.

3. Ewolucja polskiej regulacji *financial assistance*

W polskim prawie transakcje lewarowane nie są ujęte w konkretny zbiór instytucji czy norm prawnych. Legislacja nie reguluje ich wprost, regulacje te są rozproszone w różnych aktach prawnych¹⁵, które nie były tworzone *stricte* z myślą o tych transakcjach. Wyjątek może stanowić art. 345 k.s.h., który określa ramy prawne dla wymogów wsparcia finansowego (*financial assistance*). Należy jednak zaznaczyć, że dotyczą one

¹¹ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady Nr 2012/30/UE z 25.10.2012 r. w sprawie koordynacji gwarancji, jakie są wymagane w państwach członkowskich od spółek w rozumieniu art. 54 akapit drugi Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, w celu uzyskania ich równoważności, dla ochrony interesów zarówno współników, jak i osób trzecich w zakresie tworzenia spółki akcyjnej, jak również utrzymania i zmian jej kapitału (Dz.Urz. UE L Nr 315 z 14.11.2012 r., s. 74 ze zm.).

¹² J. Jerzmanowski, *Finansowanie przez spółkę akcyjną nabycia lub objęcia emitowanych przez nią akcji w procesie wykupu menedżerskiego*, Warszawa 2016, rozdz. 6. § 2.

¹³ J. Napierała, *Europejskie prawo spółek. Prawo spółek Unii Europejskiej z perspektywy prawa polskiego*, Warszawa 2013, rozdz. 4.3.6.

¹⁴ J. Jerzmanowski, T. Sójka, *Financial assistance po nowelizacji kodeksu spółek handlowych*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2008, nr 11, s. 9–15; T. Sójka, *Zakaz...*, s. 255–291; M. Przychoda, *Finansowanie przez spółkę nabywania i obejmowania wyemitowanych przez nią akcji*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2011, nr 10, s. 28–35.

¹⁵ Ustawa z 15.9.2000 r. – Kodeks spółek handlowych (Dz.U. 2019, poz. 505, tekst jedn.); Ustawa z 23.4.1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. 2019, poz. 1145, tekst jedn.); Ustawa z 15.2.1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych (Dz.U. 2020, poz. 1406, tekst jedn.); Ustawa z 29.7.2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi (Dz.U. 2020, poz. 89, tekst jedn.); Ustawa z 15.1.2015 r. o obligacjach (Dz.U. 2020, poz. 1208, tekst jedn.); Ustawa z 27.7.2002 r. – Prawo dewizowe (Dz.U. 2019, poz. 160, tekst jedn.); Ustawa z 16.2.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. 2020, poz. 1076, tekst jedn.); Ustawa z 26.6.1974 r. – Kodeks pracy (Dz.U. 2020, poz. 1320, tekst jedn.).

zarówno tych transakcji, jak i innych zdarzeń prawnych. A co ważne – nie obejmują wszystkich typów transakcji lewarowanych, np. nie mają zastosowania do spółek z ograniczoną odpowiedzialnością¹⁶.

Rozwiązania prawne dotyczące *financial assistance* funkcjonują w polskim systemie prawnym od 1.1.2001 r., kiedy to w życie wszedł Kodeks spółek handlowych¹⁷. Obowiązujący do tego czasu Kodeks handlowy nie zawierał regulacji tego zagadnienia. Projekt k.s.h. z 1998 r. przygotowany przez zespół problemowy Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego był w znacznym stopniu oparty na KH z 1934 r., co miało na celu zachowanie aktualności orzecznictwa i piśmiennictwa¹⁸. Pierwotna propozycja brzmienia art. 345 w projekcie k.s.h. zakładała inkorporowanie art. 23 drugiej dyrektywy¹⁹. Miało to związek z faktem ratyfikowania 20.10.1992 r. Układu Europejskiego ustanawiającego stowarzyszenie między Rzeczypospolitą Polską a Wspólnotami Europejskimi i ich Państwami Członkowskimi²⁰. W związku z tym Polska była zobowiązana do zapewnienia zgodności jej przygotowywanego ustawodawstwa z ustawodawstwem Europejskiej Wspólnoty Gospodarczej.

W 1998 r. zespół problemowy Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego przedstawił projekt k.s.h., który zakładał inkorporowanie art. 23 drugiej dyrektywy w ramach art. 345 o następującej treści: „§ 1. Spółka nie może udzielać pożyczek, zabezpieczeń, jak również zaliczkowych wypłat w celu ułatwienia nabycia lub objęcia emitowanych przez nią akcji. § 2. Przepisu § 1 nie stosuje się do świadczeń dokonywanych w ramach bieżącej działalności instytucji finansowych, jak również do świadczeń dokonywanych na rzecz pracowników spółki lub spółki z nią powiązanej, a podejmowanych w celu ułatwienia nabycia lub objęcia emitowanych przez spółkę akcji”.

Zgodnie z powyższym zakaz przewidziany w § 1 był dosyć dokładnym tłumaczeniem oryginalnego tekstu drugiej dyrektywy. W zakresie § 2 zespół podjął decyzję o uwzględnieniu obu podstaw wyłączenia stosowania zakazu, które przewidywała dyrektywa, tj. w odniesieniu do czynności dokonywanych w ramach bieżącej działalności instytucji finansowych oraz w celu umożliwienia nabycia akcji przez pracowników spółki oraz spółki z nią powiązanej²¹. Zrezygnowano jednak z przewidzianego w dyrektywie ograniczenia tych czynności do wysokości nadwyżki aktywów netto nad wysokością kapitału zakładowego powiększonego o kapitały rezerwowe niepodlegające

¹⁶ D.V. Kędzierski, *Transakcje lewarowane a ochrona wierzycieli*, Warszawa 2020, s. 11.

¹⁷ Ustawa z 15.9.2000 r. – Kodeks spółek handlowych (Dz.U. 2019, poz. 505, tekst jedn.).

¹⁸ A. Herbet, *Reforma prawa spółek handlowych. Konferencja naukowa (Warszawa, 29 VI 1998)*, „Państwo i Prawo” 1998, nr 12, s. 102.

¹⁹ Druga Dyrektywa Rady z 13.12.1976 r. w sprawie koordynacji gwarancji, jakie są wymagane w Państwach Członkowskich od spółek w rozumieniu art. 58 akapit drugi Traktatu, w celu uzyskania ich równoważności, dla ochrony interesów zarówno współników, jak i osób trzecich w zakresie tworzenia spółki akcyjnej, jak również utrzymania i zmian jej kapitału (Dz.Urz.U.E.L 1977 Nr 26).

²⁰ Układ Europejski ustanawiający stowarzyszenie między Rzeczypospolitą Polską, z jednej strony, a Wspólnotami Europejskimi i ich Państwami Członkowskimi, z drugiej strony, sporządzony w Brukseli dnia 16.12.1991 r. (Dz.U. 1994, nr 11, poz. 38).

²¹ J. Jerzmanowski, *Finansowanie...*, rozdz. II, § 2.

dystrybucji. Pomimo rezygnacji z tego ograniczenia uznano, że druga dyrektywa jest prawidłowo wdrożona²².

W latach 2004 i 2008 doszło dwukrotnie do nowelizacji artykułu 345 k.s.h. Pierwsza z nich, nieznaczna, weszła w życie 15.1.2004 r.²³ Jej celem było implementowanie postanowień art. 23 ust. 2 zd. 2 drugiej dyrektywy, które pominięto w trakcie uchwalania Kodeksu spółek handlowych. Zmodyfikowano art. 345 § 2 k.s.h., który ustanawia wyjątki od zakazu *financial assistance* i uzależnia ich stosowanie od spełnienia wymogu wcześniejszego utworzenia przez spółkę kapitału rezerwowego. Zgodnie z art. 348 § 1 k.s.h. ma on być stworzony z kwoty, która może być przeznaczona do podziału²⁴.

W konsekwencji uzyskania statusu państwa członkowskiego Unii Europejskiej w 2004 roku Polska stała się adresatem dyrektywy 2006/68/WE, która zmieniała drugą dyrektywę. Umożliwiała ona państwu członkowskim uelastyczenie i złagodzenie przepisów dotyczących kapitału zakładowego.

Polski ustawodawca podjął decyzję o przyjęciu wszystkich rozwiązań przewidzianych przez dyrektywę 2006/68/WE. Jako uzasadnienie takiego posunięcia podawano uatrakcyjnienie polskiego otoczenia regulacyjnego, ograniczenie kosztów działalności oraz brak argumentów za dalszym utrzymywaniem ograniczeń niebędących kluczowymi dla praktyki obrotu gospodarczego²⁵.

Druga nowelizacja art. 345 k.s.h. została wprowadzona ustawą z 13.6.2008 r. o zmianie Kodeksu spółek handlowych, wchodząc w życie 5.10.2008 r.²⁶ Gruntownie zmodyfikowała ona polskie regulacje dotyczące *financial assistance*. Artykuł otrzymał brzmienie zgodne z zaproponowanym projektem. W wyniku nowelizacji art. 345 § 1 k.s.h. stanowi, że: „spółka może, bezpośrednio lub pośrednio, finansować nabycie lub objęcie emitowanych przez nią akcji w szczególności przez udzielenie pożyczki, dokonanie zaliczkowej wypłaty, ustanowienie zabezpieczenia”.

Jako zasadę przyjęto dopuszczalność udzielania przez spółkę wsparcia finansowego, ale i wprowadzono szereg wymogów wskazanych w art. 345 § 2–7 k.s.h., których spełnienie stanowi warunek dopuszczalności finansowania przez spółkę akcyjną nabywania oraz obejmowania emitowanych przez nią akcji. Zgodnie z wprowadzonymi warunkami wymagane jest, aby: utworzony został kapitał rezerwowy z przeznaczeniem

²² M. Lutter, *Stellungnahme zu der Frage, ob die Vorschriften im Entwurf eines „Gesetzes über das Recht der Handelsgesellschaften“ des Justizministeriums der Republik Polen (GesE) unter Einbeziehung des Entwurfs eines „Gesetzes über das gerichtliche Wirtschaftsregister“ (WiRegG) den Anforderungen der 1., 2., 11. und 12. Gesellschaftsrechtlichen EU-Richtlinien entsprechen im Auftrag der Deutschen Stiftung für internationale rechtliche Zusammenarbeit e.V., Bonn erstattet von Prof. Dr. Dr.h.c. Marcus Lutter, Universität Bonn 1998, s. 7.*

²³ Ustawa z 12.12.2003 r. o zmianie ustawy – Kodeks spółek handlowych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. nr 229, poz. 2276).

²⁴ J. Jerzmanowski, *Finansowanie...*, rozdz. II, § 2.

²⁵ M. Barczak, *Implementacja Dyrektywy 2006/68/WE do kodeksu spółek handlowych*, „Prawo Spółek” 2008, nr 10, s. 2–3; A. Opalski, M. Romanowski, *Nowelizacja Kodeksu spółek handlowych reformująca niektóre założenia instytucji kapitału zakładowego*, „Monitor Prawniczy” 2009, nr 14 – dodatek specjalny, s. 4–5.

²⁶ Ustawa z 13.6.2008 r. o zmianie ustawy – Kodeks spółek handlowych (Dz.U. 2008, nr 118, poz. 747).

na finansowanie (§ 4), zarząd spółki sporządził sprawozdanie dotyczące finansowania (§ 6), podlegające złożeniu w sądzie rejestrowym i ogłoszeniu (§ 7) oraz walne zgromadzenie podjęło uchwałę w sprawie finansowania (§ 5). Finansowania udziela się na warunkach rynkowych i po zbadaniu wypłacalności dłużnika (§ 2), a nabycie lub objęcie akcji emitowanych przez spółkę następuje w zamian za godziwą cenę § 3²⁷.

Utrzymano również dwa dotychczasowe wyjątki: pracowniczy i odnoszący się do instytucji finansowych. Zostały one przewidziane w § 8, którego brzmienie dostosowano do pozostałych zmian. Zgodnie z tym przepisem: „przepisów § 2, 3, 5–7 nie stosuje się do świadczeń spełnianych w ramach zwykłej działalności instytucji finansowych, jak również do świadczeń spełnianych na rzecz pracowników spółki lub spółki z nią powiązanej, których celem jest ułatwienie nabycia lub objęcia emitowanych przez spółkę akcji”²⁸.

4. Przesłanki zastosowania art. 345 k.s.h. w procesie MBO oraz formy wsparcia finansowego w rozumieniu tego artykułu

W regulacji dotyczącej *financial assistance* nie określono wyraźnie przesłanek do wykorzystywania art. 345 k.s.h. Wskazano ogólnie na okoliczność finansowania przez spółkę nabycia lub objęcia emitowanych przez nią akcji. Kluczowa jest jednak wieloznaczność i brak zdefiniowania słowa „finansowanie” oraz wskazanie na jego bezpośredniość lub pośredniość²⁹.

Polski ustawodawca w Kodeksie spółek handlowych posłużył się terminem finansowania jedynie w ramach art. 345 k.s.h. Zarówno w tym przypadku, jaki i w ponad 60 innych tekstach ustaw, w których posłużono się tym terminem, nie sformułowano jego legalnej definicji i wskazywano jedynie na to, co podlega finansowaniu. Brak zdefiniowania „finansowania” w k.s.h. jest analogiczny do zagranicznych ustawodawstw. Jako uzasadnienie dla takiego rozwiązania można przywołać orzecznictwo brytyjskie, które wskazało, że odstępianie od zdefiniowania *financial assistance* (odpowiednika „finansowania” zawartego w art. 345 k.s.h.) pozwala na uniknięcie obchodzenia jego zakazu³⁰.

W art. 345 k.s.h. sformułowano otwarty katalog dostępnych form wsparcia finansowego, co jest unikalne w porównaniu do zagranicznych jurysdykcji. Zarówno w art. 25 ust. 1 dyrektywy 2012/30/UE, jak i ustawodawstwach krajowych innych państw członkowskich posłużono się zamkniętym katalogiem, wymieniając konkretne formy finansowania. Jedynie w państwach, w których – odmiennie niż w Polsce – wprowadzono generalny zakaz *financial assistance*, posłużono się katalogiem

²⁷ J. Jerzmanowski, *Finansowanie...*, rozdz. II § 2.

²⁸ J. Jerzmanowski, *Finansowanie...*, rozdz. II § 2.

²⁹ J. Jerzmanowski, *Przesłanki zastosowania regulacji financial assistance (art. 345 KSH) w procesie wykupu menedżerskiego*, „Studia Prawa Prywatnego” 2016, nr 2, s. 17.

³⁰ Zob. pkt 26 wyroku brytyjskiego Court of Appeal z 16.5.2007 r. w sprawie *Anglo Petroleum Ltd przeciwko TFB (Mortgages) Ltd* [2007] BCC 407.

otwartym, np. w Hiszpanii³¹ czy Wielkiej Brytanii³². W obecnym stanie prawnym przewidującym brak generalnego zakazu finansowego wspierania nabywania lub obejmowania emitowanych przez spółkę akcji, zasada otwartego katalogu form wsparcia finansowego w art. 345 k.s.h. stosowana w praktyce prowadzi do wniosku, że implementowane przepisy nasuwają wątpliwości w ich interpretacji, a same przesłanki są niełatwe do spełnienia³³.

5. Katalogowe formy wsparcia finansowego nazwane w art. 345 k.s.h. jako źródło problemów interpretacyjnych

Najczęstszą formą *financial assistance* w procesach MBO jest udzielenie pożyczki. W doktrynie jest ona interpretowana szeroko. Pożyczka w myśl art. 345 k.s.h. nie obejmuje jedynie zawarcia umowy nazwanej (art. 720 k.c.)³⁴. Swoim zakresem ma zastosowanie do wszelkich form obejmujących udostępnienie środków majątkowych, nie tylko pieniężnych, z tytułem zwrotnym, zarówno nieodpłatnie, jak i za zapłatą (bez zamiaru spłaty przez strony należy taką formę zaliczyć do darowizny, nie pożyczki³⁵). W pojęcie to wpisuje się zarówno umowa kredytowa³⁶, objęcie obligacji³⁷, czy odroczenie spełnienia przez dłużnika świadczenia³⁸. Najczęściej polega na udzieleniu pożyczki w formie transakcji polegającej na zaciągnięciu przez spółkę kredytu bankowego i udzieleniu pożyczki SPV, która spłaca z kolei swój kredyt bankowy przed realizacją wykupu (transakcja *debt push-down*). Może to nastąpić na każdym etapie, umowa zawarta może być zarówno przed, jak i po nabyciu czy objęciu akcji spółki przez SPV. Art. 345 k.s.h. określa wymóg udzielenia przez spółkę pożyczki na rzecz SPV, nie zaś zaciągnięcia przez nią nowego kredytu³⁹.

Zgodnie z art. 345 k.s.h. do *financial assistance* w formie ustanowienia zabezpieczenia zalicza się zabezpieczenia ustanowione przez spółkę cel lub jej spółkę zależną, nie

³¹ Zob. art. 150 ust. 1 hiszpańskiej ustawy o spółkach kapitałowych (Ley de Sociedades de Capital, Real Decreto Legislativo 1/2010 z 2.7.2010 r.) i jego odpowiednik dot. spółek z o.o. w art. 143 ust. 2 tej ustawy.

³² Zob. Section 677 Subsection (1) Companies Act 2006 – brytyjskiej ustawy o spółkach z 8.11.2006 r., Chapter 46.

³³ J. Jerzmanowski, *Przesłanki...*, § 1.

³⁴ P. Kimla-Kaczorowska, *Prawne...*, rozdz. VII, s. 2.

³⁵ U. Schroeder., *Finanzielle Unterstützung des Aktienwerbs*, Köln 1995, s. 157.

³⁶ K. Grelak, *Instytucja łączenia się spółek przez zadłużenie na podstawie KSH*, „Prawo Spółek” 2010, nr 12, s. 45; J. Jerzmanowski, *Finansowanie...*, s. 89; J. Jerzmanowski, T. Sójka, *Financial...*, s. 11; M. Mataczyński, *Finansowanie nabycia lub objęcia akcji własnych przez spółkę – wybrane zagadnienia*, „Monitor Prawa Bankowego” 2014, lipiec – sierpień, s. 102; W. Popiołek [w:] *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, red. J.A. Strzępka, Warszawa 2015, s. 832; T. Sójka, *Zakaz...*, s. 268.

³⁷ J. Jerzmanowski, *Finansowanie...*, s. 89; M. Mataczyński, *Finansowanie...*, s. 102.

³⁸ *Kodeks spółek handlowych. Komentarz. Tytuł IV. Łączenie, podział i przekształcenie spółek. Tytuł V. Przepisy karne. Tytuł VI. Zmiany w przepisach obowiązujących, przepisy przejściowe i przepisy końcowe*, red. T. Siemiątkowski, R. Potrzebszcz, t. 3, Warszawa 2013, s. 279; J. Brosius, *Die finanzielle Unterstützung des Erwerbs eigener Aktien. § 71a AktG im Gesamtgefüge des Kapitalunterhaltungsrechts*, Berlin 2011, s. 66.

³⁹ J. Jerzmanowski, *Finansowanie...*, rozdz. II § 4.

zaś zabezpieczenia na udziałach lub akcjach SPV w początkowym etapie MBO lub na akcjach spółki celu po objęciu czy nabyciu tych akcji przez SPV.

Do zabezpieczeń uznanych przez art. 345 k.s.h. należą m.in.: rzeczowe zabezpieczenia na aktywach spółki, takie jak zastawy (np. rejestrowy) i hipoteka, poręczenia akredytywy, gwarancje, weksle, oświadczenia o poddaniu się egzekucji, cesje wierzytelności na zabezpieczenie czy zgody na blokadę środków na rachunkach bankowych. W praktyce dochodzi do ustanawiania przez spółki jednocześnie wielu zabezpieczeń. Przykładem może tu być sytuacja z 2013 r., kiedy to spółka Aqua SA zastosowała jednocześnie zastawy finansowe i rejestrowe na rachunkach bankowych, umowę kaucji, hipotekę, przelew praw na zabezpieczenie, złożenie oświadczenia o poddaniu się egzekucji i poręczenie pełnomocnictwa do dysponowania rachunkami bankowymi spółki⁴⁰.

Stosowaną w praktyce w mniejszym zakresie formą *financial assistance* z nazwanych w k.s.h. form jest dokonanie zaliczkowej wypłaty. W tym przypadku spółka-cel dokonuje świadczenia pieniężnego na rzecz SPV przed otrzymaniem świadczenia wzajemnego. Zapis w k.s.h. o zaliczkowych wypłatach jest próbą zapobieżenia udzielania ukrytego wsparcia finansowego pod pozorem neutralnych transakcji (art. 345 § 1) w celu szybkich transferów środków między spółką i beneficjentem wsparcia finansowego.

Zastosowanie art. 345 k.s.h. jest obowiązkowe w czynnościach, w których spółka zobowiązuje się do dokonania zaliczkowej wypłaty (np. do przedpłaty za towar). W pojęcie zaliczkowej wypłaty nie wpisuje się np. zaliczka dywidendowa. Ta bowiem nie rodzi obowiązku akcjonariusza na rzecz spółki spełnienia jakiegokolwiek świadczenia⁴¹.

6. Nienazwane czynności podobne do czynności wymienionych w art. 345 § 1 k.s.h.

Formami *financial assistance* nienazwanymi w k.s.h. są też czynności podobne do tych wskazanych w art. 345 § 1 k.s.h., m.in. dotyczące umów nienazwanych i nazwanych regulujących stosunki kredytowe i te spełniające funkcje zabezpieczające. Dynamiczne warunki rynkowe sprawiają, że brak jest możliwości sformalizowania i skodyfikowania listy takich form konstrukcji prawnych, które ewoluują i powstają na potrzeby praktyki obrotu gospodarczego. Wśród tych o charakterze kredytowym, jako przykład mogą służyć wszelkie modyfikowane umowy sprzedaży rzeczy na raty czy sprzedaży z odroczonym terminem płatności⁴².

Duże kontrowersje i spory budzi rozumienie pojęcia „być podobnym do”. K.s.h. mówi o czynnościach (umowach) podobnych jedynie w art. 15 k.s.h. W doktrynie i bogatym orzecznictwie⁴³ znajdujemy uzasadnienie, że obejmuje on swoim zakresem zastosowania czynności takie, jak poręczenie czekowe i wekslowe. Inne czynności, takie

⁴⁰ T. Sójka, *Zakaz...*, s. 256.

⁴¹ J. Jerzmanowski, *Finansowanie...*, rozdz. II § 4.

⁴² W. Pyziół [w:] *Prawo zobowiązań – część szczegółowa. System Prawa Prywatnego*, t. 8, Warszawa 2011, s. 290.

⁴³ Zob. wyrok SN z 5.2.2009 r., I CSK 297/08, Legalis nr 158183; K. Baryś, *Glosa do wyroku SN z 05.02.2009 r.*, I CSK 297/08, LEX/el. 2012, s. 1.

jak np. umowy hipoteki czy zastawu, są już przedmiotem sporów. Często prezentowany jest pogląd, że nie stanowią one innych umów podobnych np. do umowy poręczenia i w związku z tym nie podlegają zastosowaniu art. 15 k.s.h.⁴⁴

W doktrynie liczne kontrowersje wzbudziła też uchwała SN z 22.10.2010 r., III CZP 69/10⁴⁵, dotycząca umowy sprzedaży „prawa użytkowania wieczystego gruntu i własności wzniesionych na nim budynków zawarta między spółką kapitałową i jej prokurentem jako kupującym, w której znacznie zaniżono cenę sprzedaży”. Sąd orzekł, że jest ona inną podobną umową w rozumieniu art. 15 § 1 k.s.h. Zbliżone stanowisko znajdujemy w postanowieniu SN z 10.4.2013 r., IV CSK 516/12⁴⁶ – umowę oddania w dzierżawę przedsiębiorstwa spółki jej prokurentowi należy zaliczyć w poczet innych podobnych umów objętych zakresem art. 15 § 1 k.s.h.

Na tle licznych sporów w doktrynie należy zgodzić się z J. Jerzmanowskim, stojącym na stanowisku, że granice zastosowania art. 345 § 1 k.s.h. są ograniczone ze względu na fakt, że nie użyto przy jego konstruowaniu sformułowania „inna podobna” umowa lub czynność. Tym samym zakres regulacji wsparcia finansowego obejmuje jedynie te czynności typów wymienionych w art. 345 § 1 i czynności do nich podobne. O tym, czy dana czynność jest podobna, decyduje fakt, czy może ona powstać na takich warunkach, by stać się dla spółki źródłem ryzyka finansowego i czy istnieje możliwość oraz celowym jest zastosowanie w stosunku do niej pełnego zakresu regulacji art. 345 § 2–7 k.s.h.⁴⁷

7. Obowiązek wykładni pronunijnej regulacji dotyczących finansowania

Specyficznym i ważnym aspektem wykładni regulacji finansowania przez spółkę nabywania oraz obejmowania emitowanych przez nią akcji w procesie interpretacji art. 345 k.s.h. jest obowiązek wykładni pronunijnej, wywodzony przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE) z zasady lojalności⁴⁸ wyrażonej w art. 4 ust. 3 TUE ak. 2⁴⁹, który przewiduje obowiązek podjęcia wszelkich środków ogólnych i szczegółowych w celu wykonania obowiązku wynikającego z traktatów lub aktów instytucji Unii Europejskiej.

W zakresie dyrektyw regulacje zawarte są w art. 288 ak. trzeci TFUE⁵⁰. Wskazuje on, że dyrektywa wiąże każde państwo członkowskie, do którego jest skierowana,

⁴⁴ M. Borkowski, *Glosa do wyroku SN z 05.02.2009 r., I CSK 297/08*, LEX/el. 2010, s. 3; odmiennie np. S. Gurgul, *Instrumenty zabezpieczenia wierzytelności a stosowanie przepisów art. 15 i 17 k.s.h.*, „Prawo Spółek” 2010, nr 11, s. 19; E. Marszałkowska-Krześ, J. Jacyszyn, S. Krześ, *Pytania i odpowiedzi*, „Rejent” 2003, nr 7–8, s. 207.

⁴⁵ Uchwała SN z 22.10.2010 r., III CZP 69/10, Legalis nr 254080.

⁴⁶ Postanowienie SN z 10.4.2013 r., IV CSK 516/12, Legalis nr 735970.

⁴⁷ J. Jerzmanowski, *Finansowanie...*, rozdz. II § 4.

⁴⁸ K. Oplustil, *O potrzebie proeuropejskiej wykładni polskiego prawa spółek*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2005, nr 9, s. 4; A. Sołtys, *Obowiązek wykładni prawa krajowego zgodnie z prawem unijnym jako instrument zapewniania efektywności prawa Unii Europejskiej*, Warszawa 2015, s. 198.

⁴⁹ Traktat o Unii Europejskiej (Dz.U. 2004, nr 90, poz. 864[30]).

⁵⁰ Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz.U. 2004, nr 90, poz. 864[2]).

w odniesieniu do rezultatu, który ma być osiągnięty, pozostawiając organom krajowym swobodę wyboru formy i środków.

W doktrynie⁵¹ przywoływana jest też uzupełniająca podstawa wykładni zgodnej z dyrektywami. Są nią klauzule wzajemnego powiązania, tj. postanowienia zamieszczone w końcowej części dyrektywy, które nakładają na państwa członkowskie obowiązek dokonania implementacji drogą ustanowienia w prawie krajowym odpowiednich przepisów ustawowych, administracyjnych i wykonawczych. Jasne jest więc, że przy wykładni art. 345 k.s.h. należy dokonywać wyboru tego z rezultatów wykładni możliwych do osiągnięcia za pomocą wykładni krajowej, który nie będzie pozostawał w konflikcie (sprzeczności) z normą unijną, a jednocześnie najlepiej pozwoli osiągnąć cel wyznaczony przez prawodawcę unijnego. Konieczne jest w związku z tym odwołanie do unijnego wzorca interpretacyjnego oraz celów przyświecających wprowadzeniu analizowanej regulacji. W przypadku art. 345 k.s.h. wzorcem tym będzie art. 64 dyrektywy prawa spółek⁵².

Uwzględniając motywy dyrektywy prawa spółek (pochodzących m.in. z drugiej dyrektywy oraz dyrektywy kapitałowej), nasuwa się wniosek, że celem art. 64 dyrektywy prawa spółek jest ochrona wierzycieli i akcjonariuszy spółki oraz osób trzecich. Podstawa prawna przyjmowania dyrektyw prawa spółek (art. 50 TFUE) określa, że stanowią one narzędzie „urzeczywistnienia swobody przedsiębiorczości”. A zatem celem prawodawcy unijnego jest ochrona wierzycieli i akcjonariuszy, ale w ramach poszerzania tej swobody stosowane mechanizmy ochronne nie mogą prowadzić do uniemożliwienia bądź utrudnienia prowadzenia działalności gospodarczej. Dlatego przy wykładni należy uwzględnić te dwa przeciwstawne sobie cele, starając się osiągnąć kompromis⁵³.

8. Konflikt interesów w transakcjach finansowania w świetle art. 26 dyrektywy 2012/30/UE

Konflikt interesów jest wpisany w każdy etap procesu wykupu menedżerskiego, tak jak w innych transakcjach prowadzących do zmiany kontroli nad spółkami. Pojawia się on począwszy od momentu ujawnienia akcjonariuszom zamiaru przystąpienia do procesu MBO. Jednak szczególnie widoczny jest on w etapie udzielanego przez spółkę wsparcia finansowego na linii nie tyle formalnej, tj. kupujący menedżerowie – spółka, lecz w rzeczywistości dotyczy ten konflikt relacji kupujący – akcjonariusze, nie sama spółka⁵⁴.

Często spółka-cel, która wykorzystuje swoje aktywa do sfinansowania zakupu, traci niezbędną płynność finansową, co jest niekorzystne dla samej spółki i jej

⁵¹ M. Koszowski, *Wykładnia prawa krajowego w zgodzie z prawem Unii Europejskiej po uwzględnieniu zmian spowodowanych wejściem w życie Traktatu z Lizbony*, „System Prawa Prywatnego” 2012, nr 2(25), s. 61; C. Mik, *Wykładnia zgodna prawa krajowego z prawem Unii Europejskiej* [w:] *Polska kultura prawna a proces integracji europejskiej*, red. S. Wronkowska, Kraków 2005, s. 137.

⁵² P. Kimla-Kaczorowska, *Prawne...*, rozdz. V § 1.

⁵³ P. Kimla-Kaczorowska, *Prawne...*, rozdz. V § 1.

⁵⁴ D. Opalska, *Obowiązek lojalności w spółkach kapitałowych*, Warszawa 2015, s. 40.

akcjonariuszy mniejszościowych, jednocześnie pozwalając na przeprowadzenie transakcji wykupu zgodnie z interesem menedżerów. Konflikt interesów widoczny jest też w ustalaniu warunków *financial assistance*. Podczas gdy zbywcom akcji zależy na najkorzystniejszych warunkach i maksymalizacji wartości akcji spółki, menedżerowie dążą do zabezpieczenia warunków korzystnych dla ich strony⁵⁵. Menedżerowie z jednej strony, będąc reprezentantami spółki, są zobligowani pod rygorem odpowiedzialności cywilnej i karnej do działania w interesie spółki, dążąc do maksymalizacji korzyści jej akcjonariuszy. Jednocześnie, jako nabywcy akcji tej spółki, mają osobisty interes w tym, żeby transakcja przebiegła na warunkach najkorzystniejszych dla nich samych. I ten motyw w rzeczywistości kieruje ich decyzjami, co może pozbawiać akcjonariuszy właściwej reprezentacji.

W legislacji unijnej ustawodawca uregulował tę kwestię, wprowadzając do dyrektywy 2012/30/UE w art. 26 nakaz zapewnienia przez państwa członkowskie „za pomocą odpowiednich zabezpieczeń” warunków, w których finansowanie nie będzie sprzeczne z najlepszym interesem finansującej spółki w transakcjach, w których drugą stroną transakcji są poszczególni członkowie organu administrującego lub zarządzającego spółki finansującej czy też zarządzającego jednostki dominującej wobec spółki finansującej, bądź jednostka dominująca wobec spółki finansującej czy też osoby działające we własnym imieniu, ale na rachunek wyżej wymienionych podmiotów⁵⁶.

Należy zauważyć, że ustawodawcy unijnemu zależy na zapobieganiu konfliktowi interesów przy finansowaniu transakcji, a nie tylko zapewnieniu wsparcia finansowego na najlepszych dla spółki warunkach. I chociaż użyty termin „najlepszy interes spółki” nie został zdefiniowany, to jednak różni się od użytego także sformułowania „interes spółki”, który pojawia się w art. 25 ust. 3 ak. 2 lit. b dyrektywy 2012/30/UE (ang. *company's best interests vs. the interest of the company*). Oznacza to, że termin użyty w art. 26 dyrektywy dotyczy kwalifikowanej postaci interesu, co znacząco poszerza znaczenie tej regulacji. Mając na uwadze fakt, że najczęściej niezbędnym warunkiem powodzenia transakcji MBO czy LBO jest wykorzystanie aktywów spółki do finansowania wykupu, należy stwierdzić, że art. 26 dyrektywy jest podstawowym ograniczeniem dla nieuczciwych praktyk stosowanych w transakcjach wykupów menedżerskich.

Nakaz zapewnienia przez państwa członkowskie właściwych warunków wsparcia finansowego w transakcji „za pomocą odpowiednich zabezpieczeń”, mających zagwarantować najlepszy interes spółki celu, dotyczy zarówno menedżerów, jak i innych podmiotów, takich jak np. spółka z udziałem menedżera (SPV) czy osoba działająca w imieniu własnym, ale na rachunek menedżera spółki-celu lub na rachunek SPV. SPV mieści się w dyspozycji art. 26 w momencie, gdy chodzi o udzielenie wsparcia finansowego po wykupie, w sytuacji, gdy SPV nabyła znaczący pakiet akcji spółki-celu i jest podmiotem dominującym wobec spółki-celu, o którym mowa w art. 26 dyrektywy⁵⁷.

Ustawodawca polski nie zdecydował się na wprowadzenie żadnych szczególnych rozwiązań mających na celu implementację art. 26 dyrektywy 2012/30/UE. Postanowił

⁵⁵ J. Jerzmanowski, *Finansowanie...*, rozdz. VI, § 2.

⁵⁶ J. Jerzmanowski, *Finansowanie...*, rozdz. VI, § 2.

⁵⁷ J. Jerzmanowski, *Finansowanie...*, rozdz. VI, § 2.

jedynie zmodyfikować niektóre wcześniej obowiązujące przepisy. Uznał, że szersza implementacja art. 26 dyrektywy 2012/30/UE byłaby zbędna, ponieważ inne regulacje powszechnie obowiązującego prawa zapewniają spółkom przy transakcjach przeprowadzanych z podmiotami powiązanymi dostateczny poziom ochrony. Do regulacji tych należą: art. 379 § 1, art. 15 § 2, art. 344 i art. 20 k.s.h., a także przepisy dotyczące zaskarżania uchwał w spółkach kapitałowych oraz przepisy oparte na zaleceniach Komisji Europejskiej z 15.2.2005 r. dotyczących roli dyrektorów niewykonawczych i członków rad nadzorczych spółek publicznych oraz komitetów rady⁵⁸.

Zgodnie ze stanowiskiem J. Jerzmanowskiego⁵⁹, chociaż Kodeks spółek handlowych przewiduje mechanizmy ochronne, to jednak szersza implementacja art. 26 jest konieczna, także ze względu na niską efektywność tychże mechanizmów w transakcjach wykupów menedżerskich niezapewniających należytego poziomu ochrony wymaganego przez ten artykuł⁶⁰.

Należy tu także przywołać art. 377 k.s.h., mówiący o tym, że w przypadku sprzeczności interesów spółki z interesami członka zarządu musi nastąpić wstrzymanie się przez członka zarządu od udziału w rozstrzygnięciu takich spraw. Ma to zastosowanie zarówno przy udzielaniu przez spółkę wsparcia finansowego, jak i przy innych czynnościach dokonywanych w trakcie wykupu menedżerskiego, których wynikiem członek zarządu jest choćby pośrednio zainteresowany⁶¹. Uznać należy, że w zakresie transakcji wykupów menedżerskich znaczenie art. 377 k.s.h. jest nieduże, gdyż przepis ten nie chroni spółki przed niekorzystnymi dla niej czynnościami kadry zarządzającej w ramach reprezentacji spółek. Co więcej, zgodnie z art. 372 § 2 k.s.h. prawa członka zarządu nie można ograniczyć ze skutkiem prawnym wobec osób trzecich. W doktrynie znajdujemy liczne argumenty przemawiające za tezą ważności czynności z naruszeniem art. 377 k.s.h.⁶² Mówiąc o sankcji odpowiedzialności organizacyjnej, to w przypadku procesów MBO można nazwać ją iluzoryczną. Bowiem może ją zastosować jedynie rada nadzorcza lub pełnomocnik powołany uchwałą walnego zgromadzenia, a w praktyce po realizacji wykupu do nich nie dochodzi, ponieważ wpływ na ich powołanie otrzymuje grupa menedżerska. Dlatego uznać należy, że regulacja art. 377 k.s.h. nie jest wystarczająca – tym bardziej, że art. 375 k.s.h. nie dopuszcza wydawania członkom zarządu wiążących poleceń w sprawie prowadzenia spraw spółki⁶³.

⁵⁸ Zalecenie Komisji Europejskiej Nr 2005/162/WE z 15.2.2005 r. dotyczące roli dyrektorów niewykonawczych lub będących członkami rady nadzorczej spółek giełdowych i komisji rady (nadzorczej) (Dz Urz. UE L Nr 52, s. 51).

⁵⁹ J. Jerzmanowski, *Finansowanie...*, rozdz. VI, § 2.

⁶⁰ J. Jerzmanowski, *Finansowanie...*, rozdz. VI, § 2.

⁶¹ T. Szczurkowski, *Wadliwość czynności prawnych spółek kapitałowych na tle sankcji kodeksu cywilnego*, Warszawa 2012, s. 167.

⁶² T. Szczurkowski, *Wadliwość...*, s. 171–172; por. także wyrok SN z 11.1.2002 r., IV CKN 1903/00, Legalis nr 53838; A. Opalski, *Ważność umowy zawartej przez członka zarządu spółki z o.o.*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2003, nr 6, s. 38; odmiennie: M. Gutowski, *Nieważność czynności prawnej*, Warszawa 2012, s. 119.

⁶³ J. Jerzmanowski, *Finansowanie...*, rozdz. VI, § 2.

Należy też przyrzeć się, czy w polskich regulacjach istnieją mechanizmy odpowiadające wymogom art. 26 dyrektywy 2012/30/UE, związane z obowiązkiem lojalności. Związana jest z nią doktryna szansy korporacyjnej⁶⁴ (ang. *corporate opportunity*) wywodząca się z krajów systemu *common law*, która przyjmuje, że korzyści możliwe do osiągnięcia, związane z działalnością prowadzoną przez dany podmiot, powinny przede wszystkim w pierwszej kolejności przypadać temu podmiotowi, a dopiero w drugiej kolejności jego menedżerom.

Jednakże praktyka pokazuje, że częste są sytuacje, kiedy to menedżerowie wykorzystują przynależące spółkom okazje biznesowe (ang. *appropriating corporate opportunities*). Założenie obowiązku lojalności menedżerów spółek i wymóg powstrzymywania się od wykorzystywania informacji we własnym interesie⁶⁵ nie zawsze jest więc przestrzegany.

Argumentem przemawiającym za koniecznością szerszej implementacji art. 26 dyrektywy 2012/30/UE do prawa polskiego jest pogląd w doktrynie⁶⁶, że art. 379 § 1 k.s.h. nakazujący, by w umowach zawieranych przez spółki z członkami zarządu spółka była reprezentowana przez radę nadzorczą lub pełnomocnika powołanego uchwałą walnego zgromadzenia nie zapewnia spółkom wystarczającej ochrony w zakresie wykupów menedżerskich. Pomimo że w przypadku zawarcia umowy z członkiem rady niekorzystnej dla spółki strona reprezentująca spółkę może liczyć się z odpowiedzialnością odszkodowawczą wobec spółki, to w praktyce pełnomocnik lub członek rady nadzorczej ma ograniczoną wiedzę na temat rzeczywistej sytuacji spółki, więc trudno mu ocenić, czy warunki danej umowy są dla spółki wystarczająco korzystne. Posiadana wiedza pochodzi od zarządu i tylko na jej podstawie musi on stwierdzić, czy np. nabycie lub objęcie akcji następuje w zamian za godziwą cenę zgodnie z wymogiem art. 345 § 3 i czy transakcja jest zawierana na warunkach rynkowych, np. w zakresie otrzymywanych od członka zarządu zabezpieczeń (art. 345 § 2 k.s.h.).

Jednocześnie nie jest trudne zafałszowanie przez członka zarządu danych dotyczących rzeczywistej wartości spółki, np. w sytuacji odsunięcia w czasie daty skorzystania przez podmiot z *corporate opportunities* do dnia zakończenia wykupu. Należy pamiętać, że to spółka reprezentowana przez zarząd jest podmiotem, który może dochodzić odszkodowania od pełnomocnika lub członka rady nadzorczej w przypadku zawarcia umowy niekorzystnej dla spółki, a korzystnej dla członka zarządu. Trudno spodziewać się, że w sytuacji po realizacji MBO, kiedy to zarząd, stając się dominującym samodzielnie lub z innymi podmiotami akcjonariuszem, będzie dochodził odszkodowania w imieniu spółki⁶⁷.

Zamierzeniem art. 26 dyrektywy 2012/30/UE jest zapewnienie wprowadzenia regulacji zabezpieczających spółki przed trudnymi do wykrycia nieprawidłowościami, do których może dochodzić w przypadku udzielania finansowania podmiotom w nim

⁶⁴ D. Wajda, *Obowiązek lojalności w spółkach handlowych*, Warszawa 2009, rozdz. 5.5.1.

⁶⁵ M. Davies, M. Stark, *Conflict of Interest in the Professions*, Oxford 2001, s. 140.

⁶⁶ J. Jerzmanowski, *Finansowanie...*, rozdz. VI, § 2.

⁶⁷ J. Jerzmanowski, *Finansowanie...*, rozdz. VI, § 2.

wskazanym. Na tym tle należy podkreślić, że również w kwestii przepisów dotyczących zaskarżania uchwał przepisy w prawie polskim nie regulują dostatecznie tej kwestii.

Ustawodawca unijny, starając się zabezpieczyć podmioty przeprowadzające transakcje wykupów menedżerskich w zakresie regulacji *financial assistance* i widząc potrzebę zapobiegania nadużyciom związanym z tymi transakcjami, gdzie spółki finansowo wspierają nabycie lub objęcie swoich akcji przez podmioty pozostające w konflikcie interesów, szczególnie w procesach MBO, wprowadził art. 26 dyrektywy 2012/30/UE, jednak nie tworząc od nowa regulacji w tym zakresie. Ponieważ regulacja ta ma na celu ułatwić przeprowadzanie transakcji gospodarczych korzystnych w swych efektach zarówno dla spółek, jak i ich akcjonariuszy, gwarantując zabezpieczenia chroniące akcjonariuszy mniejszościowych i wierzycieli, należy ocenić ją pozytywnie. Po analizie kwestii konfliktu interesów w transakcjach finansowania w kontekście art. 26 dyrektywy 2012/30/UE i jej implementacji w prawie polskim widoczne jest, że sama regulacja *financial assistance* przy odpowiednim dostosowaniu może ułatwiać przeprowadzanie transakcji i sprzyjać może osiągnięciu celów (pozyskanie wiarygodnego inwestora, zwiększenie potencjału rozwoju akcjonariatu pracowniczego, lepsza identyfikacja pracowników z podmiotem)⁶⁸.

9. Podsumowanie

Definiując problemy dotyczące prawnych regulacji procesów fuzji i przejęć przedsiębiorstw, z jakimi mierzą się polskie przedsiębiorstwa, na pierwszy plan wysuwają się zagadnienia dotyczące procesów finansowania transakcji, które wiążą się z finansowaniem zewnętrznym w oparciu o aktywa wykupywanych spółek. Poruszone kwestie regulacji wsparcia finansowego (*financial assistance*) udzielanego przez spółkę akcyjną menedżerom na nabywanie lub obejmowanie emitowanych przez nią akcji i zbadaniu zmian k.s.h. dotyczących spółek kapitałowych ze szczególnym uwzględnieniem stosowania znowelizowanych regulacji *financial assistance* (art. 345 k.s.h.) w procesie wykupu menedżerskiego nasuwają poniższe wnioski.

Zniesienie zakazu *financial assistance* wprowadzone nowelizacją k.s.h. i jednocześnie obwarowanie przez polskiego ustawodawcę generalnej zgody na finansowanie przez spółki akcyjne nabywania lub obejmowania emitowanych przez nie akcji koniecznością spełnienia licznych przesłanek ujętych w art. 345 § 2–7 k.s.h. sprawiło, że początkowo entuzjastyczna i pozytywna ocena nowelizacji art. 345 k.s.h., implementującej regulację zharmonizowaną na poziomie unijnym w art. 64 drugiej dyrektywy, została zweryfikowana przez praktykę. Założenie, że pozwoli to na bezproblemowy rozwój i otworzy prostą drogę do tańszego przeprowadzania wykupów lewarowanych i menedżerskich, okazało się błędne. Przesłanki te okazały się nie tylko trudne do spełnienia, ale także budzą zarówno w praktyce, jak i w doktrynie poważne wątpliwości interpretacyjne⁶⁹. Należy stwierdzić, że treść implementacji rozwiązań dotyczących wsparcia finansowego

⁶⁸ J. Jerzmanowski, *Finansowanie...*, rozdz. VI, § 2.

⁶⁹ T. Kawczyński, P. Ziółkowski, *Struktura transakcji finansowania lewarowanego (leveraged finance)*, „Monitor Prawa Bankowego” 2014, nr 9.

wbrew zamiarom polskiego ustawodawcy nie rozwiązuje kompleksowo kwestii finansowania transakcji MBO i budzi poważne kontrowersje. Począwszy od wątpliwości przy ocenie co do samej konieczności zastosowania rozwiązania *financial assistance* w danym przypadku, po sytuacji, w których przedsiębiorcy stają w obliczu faktu, w którym – pomimo tego, że regulacje tworzą katalog otwarty form *financial assistance*, to jednocześnie uzależniają jego prawną zgodność od licznych wymogów procedury określonej w art. 345 § 2–7 k.s.h. Wymogi te w odniesieniu do wielu form wsparcia finansowego *sensu largo* są nie do spełnienia. Na tle tych doświadczeń nie budzi zdziwienia fakt, że tylko nieliczne państwa członkowskie zdecydowały się początkowo na implementację reżimu prawa UE w zakresie *financial assistance* po nowelizacji drugiej dyrektywy. Nie można jednak stwierdzić, że nowelizacja art. 345 k.s.h. z 2008 r. nie była krokiem w dobrą stronę w zakresie regulacji prawa spółek. Podkreślając, że dotychczasowa regulacja nie jest kompleksowa i zwłaszcza w kontekście transakcji MBO posiada liczne braki, to jednak sam fakt jej przeprowadzenia należy ocenić pozytywnie.

Konieczna jest jednak dalsza praca nad rozwiązaniami legislacyjnymi w tym zakresie. J. Jerzmanowski proponuje ograniczenie prawnych niejasności poprzez m.in. ingerencję ustawodawcy w treść samego art. 345 k.s.h. Jego nowelizacja miałaby polegać na nadaniu mu treści: „Spółka może, bezpośrednio lub pośrednio, finansować nabycie lub objęcie emitowanych przez nią akcji przez udzielenie pożyczki, dokonanie zaliczkowej wypłaty, ustanowienie zabezpieczenia lub dokonanie innej podobnej czynności”⁷⁰. Zmiana nadal pozwoliłaby na zachowanie otwartego katalogu form *financial assistance*, ale doprecyzowałaby zakres przepisu dzięki usunięciu sformułowania „w szczególności” zamienionego treścią „lub dokonanie innej podobnej czynności”. Zgodnie z taką zmianą efektem byłoby doprecyzowanie, że art. 345 k.s.h. dotyczy tylko takich czynności, wobec których jest celowe i przede wszystkim możliwe zastosowanie wszystkich warunków zawartych w regulacji art. 345 § 2–7 k.s.h.⁷¹

Przy założeniu, że celem ustawodawcy było dopuszczenie przeprowadzenia transakcji MBO i LBO z zachowaniem ochrony wierzycieli i akcjonariuszy mniejszościowych wydaje się być wskazana zmiana legislacyjna rozszerzająca gwarancję dostępu do informacji wszystkich uprawnionych uczestników już na etapie planowania połączenia i przygotowywania sprawozdania zarządu dotyczącego połączenia spółek, co wzmocniłoby ich ochronę w sytuacji, gdy w połączeniu uczestniczy spółka akcyjna i druga spółka, która zaciąga zobowiązania celem objęcia lub nabycia jej akcji.

Kolejnym zagadnieniem nieujętych w regulacji art. 345 k.s.h. jest brak implementacji jasnych zapisów dotyczących konfliktu interesów transakcji z menedżerami. Wyjątki wprowadzone art. 345 § 8 k.s.h. od procedur narzuconych przez art. 345 § 2–7 k.s.h. dotyczą jedynie pracowników i instytucji finansowych. Menedżerowie są objęci w pełni regulacją wsparcia finansowego, co jednak nie zapobiega nadużyciom wynikającym z nieuniknionego konfliktu interesów w procesach MBO, wywodzących się chociażby z nierównego dostępu do informacji.

⁷⁰ J. Jerzmanowski, *Przesłanki...*, s. 36.

⁷¹ J. Jerzmanowski, *Przesłanki...*, s. 31.

Nie można zgodzić się ze stwierdzeniem, że implementacja dyrektywy 2012/30/E jest wystarczająca na gruncie polskiego prawa. Nie są bowiem również wprowadzone szczegółowe zapisy dotyczące „odpowiednich zabezpieczeń” gwarantujących brak sprzeczności finansowania z interesem spółki finansującej w przypadku, gdy jest nią podmiot powiązany (menedżerowie, spółka dominująca, osoby działające w imieniu własnym, ale na ich rzecz). Fakt istnienia zapisów regulujących ogólne mechanizmy ochronne w k.s.h. (art. 15 § 2, art. 379 § 1, art. 20 i art. 344 k.s.h.) nie zmienia faktu, że nie zapewniają one efektywnej ochrony w przypadku procesów MBO, narzuconej wymogami art. 26 dyrektywy 2012/30/E.

Są też potrzebne zmiany, które w bardziej sprecyzowany sposób regulowałyby kwestie odpowiedzialności w procesach MBO i zapewniłyby większą efektywność ewentualnych odszkodowawczych roszczeń w praktyce. W przypadkach spornych obecnie nie są spotykane sytuacje, w których dochodziłoby do skierowania roszczenia menedżera wobec siebie samego po tym, gdy zostaje on właścicielem, a akcjonariusze mniejszościowi również nie wszczynają postępowań. Rozwiązaniami sugerowanymi w doktrynie są m.in.: kompleksowa implementacja regulacji art. 26 dyrektywy 2012/30/UE dotycząca wymogu pełnej i rzetelnej informacji o finansowaniu za pomocą poszerzenia treści obowiązkowych dotyczących procesów udzielania wsparcia podmiotom powiązanim w sprawozdaniu przygotowywanym przez zarząd, wprowadzenie bezpośredniego nakazu realizowania transakcji z podmiotem powiązanim w zgodzie z najlepszymi interesami spółki, a nawet konieczność obligatoryjnego wymogu badania sprawozdania przez rewidenta⁷².

Należy jednak też mieć na uwadze fakt, że takie zaostrzające rozwiązania mogą okazać się zbyt restrykcyjne i w rezultacie doprowadzić do stworzenia warunków, które będą sprzeczne z celem zniesienia zakazu *financial assistance*, czyli do ograniczenia szerszego korzystania z tych rozwiązań przez uczestników rynku kapitałowego. Niemniej ważne jest, aby przy pracy nad rozwojem i modyfikacjami prawa spółek mieć na uwadze zabezpieczenie interesów wszystkich uczestników tych procesów.

Obecnie transakcje wykupu menedżerskiego i lewarowanego nie odgrywają jeszcze bardzo znaczącej roli na rynku finansowym w Polsce, a zarówno liczba, jak i wartość tych transakcji zrealizowanych w Polsce jest niewspółmierna do tych na rozwiniętych rynkach kapitałowych. Niewątpliwie wynika to z uwarunkowań, które powinny być zachowane, aby taki rozwój miał miejsce: odpowiednia liczba grup menedżerskich / menedżerów dysponujących adekwatnym doświadczeniem oraz gotowych do podjęcia ryzyka zainwestowania swojego dorobku w dość ryzykowne przedsięwzięcie, jakim niewątpliwie jest MBO czy LBO, większe zainteresowanie banków udzielaniem kredytów na ryzykowne przedsięwzięcia tego typu w konfrontacji z możliwością inwestycji w atrakcyjniejsze z punktu widzenia dochodu instrumenty o niskim ryzyku (np. obligacje skarbowe), dobra dostępność kapitału pośredniego (ang. *mezzanine*, *junk bonds*), możliwość wyjścia z inwestycji, co wiąże się z sytuacją na Giełdzie Papierów Wartościowych i poziomem rozwoju rynku kontroli oraz odpowiednie regulacje i jednocześnie

⁷² J. Jerzmanowski, *Finansowanie...*, rozdz. VI, § 3.

świadomość uwarunkowań prawnych i przestrzeganie przepisów przez podmioty zaangażowane. Pomimo złożoności i kontrowersji w regulacjach prawnych procesów wykupu menedżerskiego i lewarowanego, dzięki zwiększeniu się wiedzy i świadomości na temat tych transakcji stają się one jednak coraz bardziej znaczącym i integralnym elementem realiów rynku kapitałowego. Transakcje te są dobrym rozwiązaniem dla przedsiębiorstw wymagających restrukturyzacji.

Podsumowując, transakcje wykupów MBO i LBO mają w Polsce i na rynkach światowych znaczące perspektywy rozwoju i powinny one odgrywać coraz większą rolę na rynkach kapitałowych. Analizy trendów i danych z ostatnich lat⁷³, a także raporty z ostatnich miesięcy pierwszej połowy 2020 r.⁷⁴ wskazują, że nawet w obliczu nieoczekiwanych wyzwań zmiennych regulacji prawnych i interwencjonizmu państwowego w czasie pandemii Covid-19 pozostaną one atrakcyjnym rozwiązaniem, a w konsekwencji wzrasta znaczenie transakcji typu LBO i MBO. Optymistycznie należy założyć, że w nadchodzącej przyszłości będziemy nadal obserwować pozytywne efekty tych transakcji w postaci dodatnich efektów finansowych, wzrostu potencjału strategicznego i chronienia miejsc pracy. I nawet w dynamicznych i kryzysowych warunkach wykupy menedżerskie i lewarowane mogą mieć faktyczny wpływ na usprawnienie i rozwój krajowego sektora gospodarczego i ułatwiać działalność przedsiębiorcom, stając się skutecznym narzędziem na rynku kapitałowym.

Bibliografia

Literatura

- Barczak M., *Implementacja Dyrektywy 2006/68/WE do kodeksu spółek handlowych*, „Prawo Spółek” 2008, nr 10.
- Baryś K., *Glosa do wyroku SN z 05.02.2009 r.*, I CSK 297/08, LEX/el. 2012.
- Borkowski M., *Glosa do wyroku SN z 05.02.2009 r.*, I CSK 297/08, LEX/el. 2010.
- Brosius J., *Die finanzielle Unterstützung des Erwerbs eigener Aktien. § 71a AktG im Gesamtgefüge des Kapitalunterhaltungsrechts*, Berlin 2011.
- Davies M., Stark M., *Conflict of Interest in the Professions*, Oxford 2001.
- Grelak K., *Instytucja łączenia się spółek przez zadłużenie na podstawie KSH*, „Prawo Spółek” 2010, nr 12.
- Gurgul S., *Instrumenty zabezpieczenia wierzytelności a stosowanie przepisów art. 15 i 17 k.s.h.*, „Prawo Spółek” 2010, nr 11.

⁷³ Zob. *2017 European Private Equity Activity. Statistics on Fundraising, Investments & Divestments*, <www.investeurope.eu>, [dostęp: 2.5.2020 r.]; M. Kachniewski, *Fuzje i przejęcia w praktyce*, *Akademia Inwestycyjna*, „Parkiet”, <<https://www.parkiet.com/Akademia-inwestycyjna/304219996-Fuzje-i-przejecia-w-praktyce.html>>, [dostęp: 29.4.2020 r.]; *Private Equity Trend Report 2017. Rising above uncertainty*, www.pwc.de/de/privateequity [dostęp: 2.5.2020 r.]; Raport *M&A Index Poland – Fuzje i przejęcia w 2019 roku*, Navigator Capital i Fordata, 12.2019, <<https://fordata.pl/raport-fuzje-i-przejecia-w-polsce-podsumowanie-roku-2019/>>, [dostęp: 1.5.2020 r.].

⁷⁴ Zob. raport *M&A Insights H1 2020 Adjusting to adversity*, *Allen & Overy*, 07.2020, <https://www.allenoverly.com/global/-/media/allenoverly/2_documents/news_and_insights/campaigns/ma_insights_2020/ma_insights_h1_2020.pdf>, [dostęp: 8.7.2020 r.].

- Herbet A., *Reforma prawa spółek handlowych. Konferencja naukowa* (Warszawa, 29 VI 1998), „Państwo i Prawo” 1998, nr 12.
- Jerzmanowski J., *Finansowanie przez spółkę akcyjną nabycia lub objęcia emitowanych przez nią akcji w procesie wykupu menedżerskiego*, Warszawa 2016.
- Jerzmanowski J., *Przesłanki zastosowania regulacji financial assistance (art. 345 KSH) w procesie wykupu menedżerskiego*, „Studia Prawa Prywatnego” 2016, nr 2.
- Jerzmanowski J., Sójka T., *Financial assistance po nowelizacji kodeksu spółek handlowych*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2008, nr 11.
- Kachniewski M., *Fuzje i przejęcia w praktyce*, Akademia Inwestycyjna, „Parkiet”, <<https://www.parkiet.com/Akademia-inwestycyjna/304219996-Fuzje-i-przejecia-w-praktyce.html>>, [dostęp: 29.4.2020 r.].
- Kawczyński T., Ziółkowski P., *Struktura transakcji finansowania lewarowanego (leveraged finance)*, „Monitor Prawa Bankowego” 2014, nr 9.
- Kędziński D.V., *Transakcje lewarowane a ochrona wierzycieli*, Warszawa 2020.
- Kimla-Kaczorowska P., *Prawne uwarunkowania finansowania przez spółkę akcyjną nabycia lub objęcia emitowanych przez nią akcji (financial assistance)*, Warszawa 2020.
- Koszowski M., *Wykładnia prawa krajowego w zgodzie z prawem Unii Europejskiej po uwzględnieniu zmian spowodowanych wejściem w życie Traktatu z Lizbony*, „Studia Prawa Prywatnego” 2012, nr 2 (25).
- Lutter M., *Stellungnahme zu der Frage, ob die Vorschriften im Entwurf eines „Gesetzes über das Recht der Handelsgesellschaften” des Justizministeriums der Republik Polen (GesE) unter Einbeziehung des Entwurfs eines „Gesetzes über das gerichtliche Wirtschaftsregister” (WiRegG) den Anforderungen der 1., 2., 11. und 12. Gesellschaftsrechtlichen EU-Richtlinien entsprechen im Auftrag der Deutschen Stiftung für internationale rechtliche Zusammenarbeit e.V., Bonn erstattet von Prof. Dr. Dr.h.c. Marcus Lutter*, Universität Bonn 1998.
- Marszałkowska-Krześ E., Jacyszyn J., Krześ S., *Pytania i odpowiedzi*, „Rejent” 2003, nr 7–8.
- Mataczyński M., *Finansowanie nabycia lub objęcia akcji własnych przez spółkę – wybrane zagadnienia*, „Monitor Prawa Bankowego” 2014, lipiec – sierpień.
- Mik C., *Wykładnia zgodna prawa krajowego z prawem Unii Europejskiej [w:] Polska kultura prawna a proces integracji europejskiej*, red. S. Wronkowska, Kraków 2005.
- Napierała J., *Europejskie prawo spółek. Prawo spółek Unii Europejskiej z perspektywy prawa polskiego*, Warszawa 2013.
- Opalska D., *Obowiązek lojalności w spółkach kapitałowych*, Warszawa 2015.
- Opalski A., *Ważność umowy zawartej przez członka zarządu spółki z o.o.*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2003, nr 6.
- Opalski A., *Reforma kapitału zakładowego spółek akcyjnych – implementacja dyrektywy Nr 2006/68/WE do prawa polskiego*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2008, nr 9.
- Opalski A., Romanowski M., *Nowelizacja Kodeksu spółek handlowych reformująca niektóre założenia instytucji kapitału zakładowego*, „Monitor Prawniczy” 2009, nr 14 – dodatek specjalny.
- Oplustil K., *O potrzebie proeuropejskiej wykładni polskiego prawa spółek*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2005, nr 9.
- Popiołek W. [w:] *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, red. J.A. Strzępka, Warszawa 2015.
- Przychoda M., *Finansowanie przez spółkę nabywania lub obejmowania wyemitowanych przez nią akcji*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2011, nr 10.
- Pyziół W. [w:] *Prawo zobowiązań – część szczegółowa. System Prawa Prywatnego*, t. 8, Warszawa 2011.

- Rickford J., *Reforming Capital: Report of the In-terdisciplinary Group on Capital Maintenance*, „European Business Law Review” 2004, t. 15, nr 4.
- Schroeder U., *Finanzielle Unterstützung des Aktienwerbs*, Köln 1995.
- *Kodeks spółek handlowych. Komentarz. Tytuł IV. Łączenie, podział i przekształcenie spółek. Tytuł V. Przepisy karne. Tytuł VI. Zmiany w przepisach obowiązujących, przepisy przejściowe i przepisy końcowe*, red. T. Siemiątkowski, R. Potrzeszcz, t. 3, Warszawa 2013.
- Sołtys A., *Obowiązek wykładni prawa krajowego zgodnie z prawem unijnym jako instrument zapewniania efektywności prawa Unii Europejskiej*, Warszawa 2015.
- Sołtysiński S., Sójka T. [w:] S. Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, t. 3, Warszawa 2013.
- Sójka T., *Zakaz finansowego wspierania przez spółkę akcyjną nabycia wyemitowanych przez nią akcji – w kontekście problematyki wykupów kredytowanych i menedżerskich* [w:] *Europejskie prawo spółek, t. I. Instytucje prawne dyrektywy kapitałowej*, red. M. Cejmer, J. Napierała, T. Sójka, Kraków 2004.
- Szczurkowski T., *Wadliwość czynności prawnych spółek kapitałowych na tle sankcji kodeksu cywilnego*, Warszawa 2012.
- Wajda D., *Obowiązek lojalności w spółkach handlowych*, Warszawa 2009.

Akty prawne

- *Report of the Company Law Amendment Committee (1926) Cmd 2657, 30.*
- *Report of the Company Law Committee (1962) Cmnd 1749, 173.*
- Ley de Sociedades de Capital, Real Decreto Legislativo 1/2010 z 2.7.2010 r. – hiszpańska ustawa o spółkach kapitałowych.
- Companies Act 2006 z 08.11.2006 r. – brytyjska ustawa o spółkach.
- Traktat o Unii Europejskiej (Dz.U. 2004, nr 90, poz. 864[30]).
- Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz.U. 2004, nr 90, poz. 864[2]).
- Druga Dyrektywa Rady z 13.12.1976 r. w sprawie koordynacji gwarancji, jakie są wymagane w Państwach Członkowskich od spółek w rozumieniu art. 58 akapit drugi Traktatu, w celu uzyskania ich równoważności, dla ochrony interesów zarówno współników, jak i osób trzecich w zakresie tworzenia spółki akcyjnej, jak również utrzymania i zmian jej kapitału (Dz.Urz.UE.L 1977 Nr 26).
- Dyrektywa Nr 2006/68/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 6.9.2006 r. zmieniająca drugą dyrektywę rady 77/91/EWG w sprawie tworzenia spółek akcyjnych i utrzymywania oraz zmian wysokości ich kapitału (Dz.Urz. UE L Nr 264 z 25.9.2006 r., s. 32) – akt archiwalny.
- Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady Nr 2012/30/UE z 25.10.2012 r. w sprawie koordynacji gwarancji, jakie są wymagane w państwach członkowskich od spółek w rozumieniu art. 54 akapit drugi Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, w celu uzyskania ich równoważności, dla ochrony interesów zarówno współników, jak i osób trzecich w zakresie tworzenia spółki akcyjnej, jak również utrzymania i zmian jej kapitału (Dz.Urz. UE L Nr 315 z 14.11.2012 r., s. 74 ze zm.).
- Układ Europejski ustanawiający stowarzyszenie między Rzeczpospolitą Polską, z jednej strony, a Wspólnotami Europejskimi i ich Państwami Członkowskimi, z drugiej strony, sporządzony w Brukseli dnia 16.12.1991 r. (Dz.U. 1994, nr 11, poz. 38).
- Ustawa z 12.12.2003 r. o zmianie ustawy – Kodeks spółek handlowych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. nr 229, poz. 2276).
- Ustawa z 13.06.2008 r. o zmianie ustawy – Kodeks spółek handlowych (Dz.U. 2008, nr 118, poz. 747).

- Zalecenie Komisji Europejskiej Nr 2005/162/WE z 15.2.2005 r. dotyczące roli dyrektorów niewykonawczych lub będących członkami rady nadzorczej spółek giełdowych i komisji rady (nadzorczej), Dz.Urz. UE L Nr 52, s. 51.

Orzecznictwo

- Wyrok SN z 11.1.2002 r., IV CKN 1903/00, Legalis nr 53838.
- Wyrok SN z 5.2.2009 r., I CSK 297/08, Legalis nr 158183.
- Uchwała SN z 22.10.2010 r., III CZP 69/10, Legalis nr 254080.
- Postanowienie SN z 10.4.2013 r., IV CSK 516/12, Legalis nr 735970.
- Wyrok brytyjskiego Court of Appeal z 16.5.2007 r. w sprawie *Anglo Petroleum Ltd przeciwko TFB (Mortgages) Ltd* [2007] BCC 407.

Inne

- *2017 European Private Equity Activity. Statistics on Fundraising, Investments & Divestments*, <<https://www.investeurope.eu/media/1108/invest-europe-2017-european-private-equity-activity.pdf>>, [dostęp: 2.5.2020 r.].
- Raport *M&A Insights H1 2020 Adjusting to adversity*, *Allen & Overy* 07.2020, <https://www.allenoverly.com/global/-/media/allenoverly/2_documents/news_and_insights/campaigns/ma_insights_2020/ma_insights_h1_2020.pdf>, [dostęp: 8.7.2020 r.].
- Raport *M&A Index Poland – Fuzje i przejęcia w 2019 roku*, Navigator Capital i Fordata, 12.2019, <<https://fordata.pl/raport-fuzje-i-przejecia-w-polsce-podsumowanie-roku-2019>>, [dostęp: 1.5.2020 r.].

Paweł Daroszewski¹

Pięcioelementowy model podziału władzy w Boliwariańskiej Republice Wenezueli

Streszczenie:

Artykuł dotyczy modelu podziału władzy w Wenezueli, na który składają się władze: wykonawcza, legislacyjna, sędziowska, obywatelska i wyborcza. Artykuł stanowi próbę doktrynalnej analizy koncepcji pięcioelementowego modelu podziału władzy z uwzględnieniem jego struktury i relacji zachodzących między władzami. Analiza została przeprowadzona w oparciu o regulacje prawnokonstytucyjne, przepisy ustaw i literaturę z zakresu historii i prawa ustrojowego Wenezueli.

Słowa kluczowe: zasada podziału władzy, pięcioelementowy model podziału władzy, Wenezuela

The Five-Element Model of the Separation of Powers in the Bolivarian Republic of Venezuela

The article concerns the model of the separation of powers in Venezuela, which consists of the following powers: executive, legislative, judiciary, citizen and electoral. The article is an attempt of a doctrinal analysis of the concept of the five-element model of the separation of powers, taking into account its structure and relations between the authorities. The analysis was based on constitutional law, statute provisions and literature on the history and systemic law of Venezuela.

Key words: the principle of the separation of powers, the five-element model of the separation of powers, Venezuela

¹ Autor jest studentem II roku prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego, pawel.daroszewski@student.uj.edu.pl, ORCID 0000-0002-5762-3730.

1. Wprowadzenie i ogólna charakterystyka ustroju

Boliwariańska Republika Wenezueli wyróżnia się spośród państw świata nie tylko swą oficjalną trójczłonową nazwą, w której pojawia się odwołanie do historycznej postaci Simóna Bolívara², lecz także oryginalnymi rozwiązaniami ustrojowymi, do których należy pięcioelementowy model podziału władzy. Pod koniec dwudziestego wieku Wenezuela doświadczyła głębokich przemian ustrojowych na skutek politycznej rewolucji boliwariańskiej³. Na jej czele stanął, jako prezydent, Hugo Chávez⁴, którego jednym z postulatów było wzmocnienie wenezuelskiej demokracji⁵. Mimo deklarowanych intencji, w ciągu dwudziestu lat od uchwalenia w 1999 r. nowej Konstytucji Wenezuela rządzona przez Cháveza i jego następcę Nicolása Maduro⁶ ewoluowała w kierunku autorytarnej dyktatury. Druga dekada XXI w. zaowocowała odejściem od podstawowych zasad państwa demokratycznego, czego przykładem jest kryzys dwuwładzy w ramach legislatury i egzekutywy⁷. Konstytucja stała się aktem o charakterze fasadowym. Z uwagi na powyższe analiza modelu podziału władzy w Wenezueli, która jest przedmiotem niniejszego artykułu, odbywa się wyłącznie na płaszczyźnie doktrynalno-ustrojowej i dotyczy określonej koncepcji teoretycznej, a problem funkcjonowania przyjętego systemu będzie poruszany jedynie pobocznie.

Wenezuela, jak stanowi Konstytucja z 15 grudnia 1999 r.⁸, jest: „demokratycznym i socjalnym państwem prawa i sprawiedliwości”⁹. Pomimo przyjętej federacyjnej formy państwa¹⁰ Wenezuela wykazuje również cechy państwa unitarnego z uwagi na ograniczone kompetencje podmiotów tworzących federację.

Jedną z podstawowych zasad konstytucyjnych jest zasada suwerenności narodu, będąca źródłem legitymizacji władzy państwowej¹¹. Realizować ma się ona w sposób bezpośredni oraz pośredni. Jednocześnie treść Konstytucji jest silnie nacechowana

² Simón Bolívar był jednym z najważniejszych liderów XIX-wiecznych wojen o wyzwolenie Ameryki Łacińskiej spod zwierzchnictwa Hiszpanii, określanej mianem „Libertadora”.

³ Ruch społeczno-polityczny zapoczątkowany przez Hugo Cháveza w latach 90. XX wieku, którego celem była gruntowna reorganizacja państwa w wymiarze ustrojowym i ekonomicznym. Symbolem rewolucji stała się postać Simóna Bolívara z uwagi na liczne, choć niespójne, odwołania do jego politycznego dziedzictwa. Program rewolucji boliwariańskiej określanej jest mianem „socjalizmu XXI wieku” z uwagi na postulaty wzmocnienia roli państwa w gospodarce i zminimalizowania nierówności społecznych. Szerzej o rewolucji boliwariańskiej – A. Fijałkowska, M. Gawrycki, *Wenezuela w procesie (r)ewolucyjnych przemian*, Warszawa 2010.

⁴ Prezydent Wenezueli w latach 1999–2013.

⁵ Poprzez transformację demokracji reprezentacyjnej w demokrację partycypacyjną. Szerzej: P. Uziębło, *Demokracja partycypacyjna*, Gdańsk 2009, s. 145–150.

⁶ Prezydent Wenezueli od 2013 r.

⁷ Szerzej: T. Surdel, *Bieżąca sytuacja w Wenezueli [w:] Wenezuela na globalnej szachownicy. O co biją się światowe mocarstwa*, red. J. Gocłowska-Bolek, Warszawa 2019.

⁸ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, „Gaceta Oficial”, nr 36 860, z 30.12.1999 r., dalej: Konstytucja lub Konstytucja z 1999 r.

⁹ Art. 2 Konstytucji z 1999 r.

¹⁰ Art. 4 Konstytucji z 1999 r.

¹¹ Art. 5 Konstytucji z 1999 r.

ideowo. Wskazuje na to już oficjalna nazwa państwa – „Boliwariańska Republika Wenezueli”. Dołączony w 1999 r. przymiot nie jest przypadkowy – w art. 1. Konstytucji przesądzono, że Wenezuela opiera swe dziedzictwo moralne i wartości na doktrynie Simóna Bolívara. A.R. Brewer-Carías sygnalizuje, że motywacja twórców Konstytucji do przyjęcia powyższych postanowień miała charakter polityczny i była związana z realizacją programu rewolucji boliwariańskiej przez środowisko partyjne prezydenta Hugo Chaveza¹². Deklaracja ideowa zawarta w Konstytucji może pozostawać w sprzeczności z zasadą suwerenności narodu, gdy premiuje określone stronnictwo polityczne.

Dystynktywną dla ustroju Wenezueli jest zasada demokracji partycypacyjnej, która stanowić ma uzupełnienie dla demokracji pośredniej i bezpośredniej¹³, gwarantując obywatelom nowe możliwości wywierania wpływu na politykę państwa. Przyjęcie tej zasady było odpowiedzią na problemy wenezuelskiej demokracji z okresu *puntofijismo*¹⁴ poprzedzającego rewolucję boliwariańską, które objawiały się znacznym upartyjnieniem życia publicznego i słabo rozwiniętym społeczeństwem obywatelskim. Jednym z jej najważniejszych elementów jest rozszerzenie katalogu władz publicznych o władzę obywatelską.

Konstytucja Boliwariańskiej Republiki Wenezueli z 1999 r. ustanowiła pięcioelementowy model podziału władzy publicznej. Przed reformą ustrojową z końca XX stulecia system rządów w Wenezueli opierał się na klasycznej koncepcji trójpodziału władzy wyrażonej w Konstytucji z 1961 roku¹⁵, która zmieniona została z inicjatywy prezydenta Hugo Chaveza. Ustrojodawca¹⁶ dokonał nowego podziału krajowej władzy publicznej (*Poder Público Nacional*), wyróżniając: legislatywę (*Legislativo*), egzekutywę (*Ejecutivo*), judykaturę (*Judicial*), władzę obywatelską (*Ciudadano*) i władzę wyborczą (*Electoral*)¹⁷. Zaprojektowany w Wenezueli model stanowi innowacyjną alternatywę dla trójpodziału władzy. Celem niniejszego opracowania jest scharakteryzowanie relacji zachodzących między poszczególnymi elementami modelu podziału władzy i próba oceny przyjętej w Wenezueli koncepcji, która wyróżnia się na tle rozwiązań funkcjonujących obecnie w ustrojach państw demokratycznych.

¹² A.R. Brewer-Carías, *La constitución de 1999: El Estado democrático y social de derecho*, Caracas 2014, s. 228–231.

¹³ Por. K. Krzywicka, *Partie polityczne i partycypacja polityczna w Wenezueli*, „Teki Komisji Politologii i Stosunków Międzynarodowych OL PAN” 2010, vol. 5, s. 222–223.

¹⁴ Określenie stosowane wobec systemu partyjnego występującego w Wenezueli w drugiej połowie XX wieku, w ramach którego najważniejszą rolę odgrywały dwie partie polityczne. Szerzej: K. Krzywicka, *Partie...*, s. 214–231.

¹⁵ Constitución de la República de Venezuela, „Gaceta Oficial”, nr 662 Extraordinario, z 23.1.1961 r., dalej: Konstytucja z 1961 r.

¹⁶ Narodowe Zgromadzenie Konstytucyjne (*Asamblea Nacional Constituyente*). Szerzej o procesie konstytucyjnym z 1999 r. w: A.R. Brewer-Carías, *Asamblea constituyente y proceso constituyente (1999)*, Caracas 2013.

¹⁷ Art. 136 Konstytucji z 1999 r.

2. Struktura i kompetencje władz publicznych

Władza publiczna w Wenezueli podzielona jest na dwóch płaszczyznach – wertykalnej, która wynika z federacyjnej formy państwa¹⁸ i przyjętego podziału administracyjnego¹⁹ oraz horyzontalnej, w ramach której dokonano wyodrębnienia pięciu władz o charakterze ogólnokrajowym. Mimo federacyjnej formy państwa, Wenezuela jest krajem silnie scentralizowanym²⁰. Artykuł 156 Konstytucji jest obszernym katalogiem materii zarezerwowanych wyłącznie dla władz państwowych. Na szczeblu federacji realizowane mają być wszystkie najważniejsze zewnętrzne i wewnętrzne funkcje państwa, a podmioty wchodzące w jej skład (*Estados*) cieszą się ograniczoną autonomią²¹.

Struktura urzędów i organów tworzących poszczególne elementy pentady krajowej władzy publicznej przedstawia się następująco²². Członami egzekutywy są: Prezydent Republiki (*Presidente de la República*, dalej: Prezydent), Wiceprezydent (*Vicepresidente Ejecutivo*)²³, Ministrowie (*Ministros*) oraz inni urzędnicy wskazani przez Konstytucję i ustawy (*funcionarios que determinen esta Constitución y la ley*). Choć nomenklatura zastosowana w Konstytucji wskazuje na wieloskładnikowy charakter władzy wykonawczej, uprawnionym jest twierdzenie o występowaniu w Wenezueli egzekutywy monokratycznej z uwagi na wiodącą pozycję prezydenta. Legislatywę tworzy jednoizbowe Zgromadzenie Narodowe (*Asamblea Nacional*). Najważniejszym podmiotem judykatury jest Najwyższy Trybunał Sprawiedliwości (*Tribunal Supremo de Justicia*), stojący na czele wymiaru sprawiedliwości. Władzę obywatelską sprawują zrzeszeni w Republikańskiej Radzie Moralnej (*Consejo Moral Republicano*): obrońca Ludu (*Defensor del Pueblo*), Prokurator Generalny Republiki (*Fiscal General de la República*) i Kontroler Generalny Republiki (*Contralor General de la República*). Organem władzy wyborczej jest Krajowa Rada Wyborcza (*Consejo Nacional Electoral*).

2.1. Egzekutywa

Głowa państwa (*Jefe del Estado*), którą jest prezydent, zajmuje centralną pozycję w ustroju politycznym Wenezueli. Prezydent sprawuje rolę kierowniczą w rządzie²⁴, a Konstytucja przyznaje mu liczne kompetencje wykraczające poza sferę władzy wykonawczej, co świadczy o występowaniu w Wenezueli prezydenckiego systemu rządów. Przyjęte rozwiązanie koresponduje z długoletnią ustrojową tradycją prezydenccjalizmu,

¹⁸ Art. 4 Konstytucji z 1999 r.

¹⁹ Gmina (*Municipio*) stanowi podstawową jednostkę podziału terytorialnego państwa – art. 168 Konstytucji z 1999 r.

²⁰ Szerzej: A.R. Brewer-Carías, *El Estado federal descentralizado y la centralización de la federación en Venezuela. Situación y perspectiva de una contradicción constitucional*, „Provincia” 2004, vol. 11.

²¹ A.R. Brewer-Carías, *El Estado...*

²² Podmioty składające się na poszczególne władze wskazane są – odpowiednio – w art.: 225, 186, 253, 273, 292 Konstytucji z 1999 r.

²³ Urząd wiceprezydenta w Wenezueli został utworzony po raz pierwszy w 1999 r.; zob. A.R. Brewer-Carías, *Constituciones Iberoamericanas. Venezuela, México* 2014, s. 117.

²⁴ Art. 226 Konstytucji z 1999 r.

zapoczątkowaną już w pierwszej Konstytucji Wenezueli z 1811 r.²⁵ Podobny system rządów ukształtowany był w Konstytucji z 1961 r., choć wprowadzone w 1999 r. zmiany, takie jak wydłużenie kadencji, przyznanie prawa ogłaszania stanu wyjątkowego i rozwiązywania parlamentu, umocniły pozycję prezydenta²⁶.

Kadencja prezydenta Wenezueli trwa sześć lat²⁷. Pierwotnie możliwość reelekcji była ograniczona – urząd sprawować można było tylko dwukrotnie. Natomiast w 2009 r. doszło do zmiany Konstytucji, na mocy której zniesiono ograniczenie reelekcji. Konstrukcja zakładająca tak ważną rolę prezydenta powiązana została z mechanizmem bezpośredniego wyboru głowy państwa przez naród. Wybory prezydenckie mają charakter powszechny, bezpośredni i odbywają się w głosowaniu tajnym²⁸, a zwycięzcą zostaje kandydat, który uzyskał najwięcej głosów. Konstytucja nie przewiduje konieczności uzyskania większości bezwzględnej głosów, co podważa siłę jego mandatu.

Obywatele mogą pozbawić prezydenta urzędu w głosowaniu powszechnym²⁹. Procedura *recall*³⁰ przewidziana jest wobec wszystkich wybieranych przedstawicieli narodu. Zainicjowanie referendum w przedmiocie pozbawienia urzędu wymaga poparcia 20% zarejestrowanych wyborców. By procedura odwołania odniosła skutek, frekwencja w trakcie głosowania musi wynieść co najmniej 25%, a liczba zwolenników odwołania musi być nie mniejsza niż liczba wyborców, która opowiedziała się za wyborem danej osoby w poprzedniej elekcji. Procedurę odwołania można zainicjować tylko raz w trakcie kadencji. Warunki formalne dla skutecznego przeprowadzenia referendum odwoławczego należy ocenić jako trudne do spełnienia, a mimo to w 2004 r. doszło do głosowania w sprawie pozbawienia urzędu prezydenta Hugo Chaveza³¹.

Konstytucja Wenezueli powierza prezydentowi liczne zadania i kompetencje³². Stoi on na straży niepodległości, integralności i suwerenności państwa. Prezydent wyznacza cele i nadzoruje działania rządu, więc ma kluczową rolę w prowadzeniu polityki zewnętrznej i wewnętrznej. W tym celu powołuje wiceprezydenta i ministrów, którzy stanowią ogniwa egzekutywy. Zadaniem wiceprezydenta jest bieżące kierowanie pracami rządu w porozumieniu z prezydentem. Radę Ministrów tworzą: prezydent, wiceprezydent i ministrowie. Jej posiedzeniom przewodniczy prezydent, ale może on delegować to zadanie wiceprezydentowi. Konstytucyjna struktura władzy wykonawczej przesądza o dominującej pozycji prezydenta, który nie tylko arbitralnie decyduje o jej składzie personalnym, ale także rozstrzyga we wszystkich kwestiach przedmiotowych, gdyż decyzje Rady Ministrów muszą uzyskać akceptację prezydenta. Prezydent uprawniony jest także do wydawania aktów wykonawczych, jednak te podlegają kontrasygnacie wiceprezydenta oraz odpowiedniego ministra.

²⁵ K. Krzywicka, *Ameryka Łacińska u progu XXI wieku. Studia i szkice*, Lublin 2009, s. 233.

²⁶ K. Krzywicka, *Ameryka...*, s. 236.

²⁷ Art. 230 Konstytucji z 1999 r.

²⁸ Art. 228 Konstytucji z 1999 r.

²⁹ Art. 72 Konstytucji z 1999 r.

³⁰ A.R. Brewer-Carías, *La constitución...*, s. 564.

³¹ A. Fijałkowska, M. Gawrycki, *Wenezuela...*, s. 28.

³² Rozdział II Tytułu V Konstytucji z 1999 r.

Prezydent Wenezueli pełni szczególną rolę w dziedzinie obronności i polityki zagranicznej. Ustrojodawca powierzył mu kierowanie stosunkami zagranicznymi i przyznał kompetencję do ratyfikowania umów międzynarodowych. Z urzędu jest także Naczelnym Dowódcą Sił Zbrojnych (*Comandante en Jefe*) i przyznaje stopnie wojskowe.

Wyposażony został w tradycyjne kompetencje głowy państwa, takie jak możliwość stosowania prawa łaski. Do ekstraordynaryjnych uprawnień prezydenta należy możliwość wprowadzania stanów nadzwyczajnych w przypadkach przewidzianych w Konstytucji³³. Przedłużenie jednego z trzech stanów nadzwyczajnych wymaga zgody parlamentu³⁴. Natomiast dekret prezydenta, w którym ogranicza się prawa jednostki na czas stanu wyjątkowego, wymaga zatwierdzenia przez Zgromadzenie Narodowe i rozstrzygnięcia o jego zgodności z Konstytucją przez Izbę Konstytucyjną Najwyższego Trybunału Sprawiedliwości³⁵.

W zakresie działalności ustrojodawczej prezydentowi przysługuje nie tylko prawo zgłaszania projektów zmian w Konstytucji³⁶, ale także prawo powołania Narodowego Zgromadzenia Konstytucyjnego (*Asamblea Nacional Constituyente*)³⁷, w którego kompetencji leży możliwość reformy ustroju państwa poprzez przyjęcie nowej ustawy zasadniczej. Z inicjatywą powołania konstytuandy mogą wystąpić również: Zgromadzenie Narodowe za zgodą 2/3 deputowanych, piętnaście procent obywateli Wenezueli oraz 2/3 Rad Muncypalnych³⁸. Dokonana przez konstytuante zmiana Konstytucji nie może być podważona ani przez pozostałe władze, ani obywateli w drodze referendum³⁹. Badacze zauważają, że tak skonstruowana procedura jest przejawem „absolutyzmu konstytucyjnego”, co stwarza możliwość wprowadzenia ustroju autorytarnego za pomocą demokratycznych instytucji⁴⁰.

Prezydent odgrywa także znaczącą rolę w procesie stanowienia prawa. Dysponuje on prawem inicjatywy ustawodawczej⁴¹ oraz podejmuje decyzję o podpisaniu i promulgacji ustaw uchwalonych przez Zgromadzenie Narodowe. W przypadku wątpliwości co do zgodności z Konstytucją przyjętego aktu prawnego, może skierować go do Izby Konstytucyjnej Najwyższego Trybunału Sprawiedliwości. Ponadto, jeśli nie zgadza się z treścią uchwalonej ustawy, ma prawo wystosować do parlamentu oświadczenie o charakterze weta zawieszającego, w którym wyraża swój sprzeciw wobec całej ustawy lub wzywa do wprowadzenia do niej poprawek. Prezydent zobligowany jest podpisać ustawę, jeśli nie stwierdzono jej niekonstytucyjności lub Zgromadzenie Narodowe odrzuciło weto bezwzględną większością głosów⁴².

³³ Art. 337 Konstytucji z 1999 r.

³⁴ Art. 338 Konstytucji z 1999 r.

³⁵ Art. 339 Konstytucji z 1999 r.

³⁶ Art. 342 Konstytucji z 1999 r.

³⁷ Art. 348 Konstytucji z 1999 r.

³⁸ Art. 348 Konstytucji z 1999 r.

³⁹ Art. 349 Konstytucji z 1999 r.

⁴⁰ K. Krzywicka, *Ameryka...*, s. 235.

⁴¹ Art. 204 Konstytucji z 1999 r.

⁴² Art. 214 Konstytucji z 1999 r.

Co więcej, prezydent wydaje nie tylko akty wykonawcze, ale także dekrety o randze ustawowej. Dekrety prezydenckie wydawane są na podstawie delegacji wyrażonej wcześniej w ustawie (*ley habilitante*) i mogą obejmować sprawy z dowolnej kategorii⁴³. Przed 1999 r. tożsamy uprawnienie dotyczyło tylko kwestii gospodarczych i finansowych⁴⁴. Tym samym kompetencje prezydenta wkraczają w obszar władzy ustawodawczej. Wszystkie akty prawne wydawane przez prezydenta i pozostałe organy egzekutywy podlegają kontroli zgodności z Konstytucją dokonywanej przez Najwyższy Trybunał Sprawiedliwości⁴⁵.

Odpowiedzialność polityczna egzekutywy ograniczona jest tylko do osób sprawujących funkcje wiceprezydenta i ministra. Zgromadzenie Narodowe może udzielić im wotum nieufności kwalifikowaną większością 3/5 głosów, co skutkuje utratą pełnionej funkcji i niemożnością wyboru danej osoby na posadę rządową do końca kadencji prezydenta⁴⁶. Co istotne, jeśli parlament doprowadzi do trzeciej dymisji członka rządu w trakcie swojej kadencji, prezydent zyskuje prawo do jego rozwiązania i zarządzenia nowych wyborów parlamentarnych. Mechanizm ten z jednej strony służyć ma stabilności politycznej, z drugiej strony osłabia funkcję kontrolną legislatywy nad egzekutywą. W tym miejscu przypomnieć należy, że za całokształt prowadzonej polityki prezydent odpowiada przed obywatelami, którzy mogą zainicjować procedurę odwołania.

W zakresie odpowiedzialności konstytucyjnej prezydenta należy odnieść się do wyrażonej w art. 233 Konstytucji możliwości złożenia z urzędu przez Najwyższy Trybunał Sprawiedliwości. Jak wskazuje A.R. Brewer-Carías, Konstytucja nie określa jednak przesłanek do zainicjowania tego procesu ani nie rozstrzyga fundamentalnych dla niego kwestii proceduralnych⁴⁷. Z treści Konstytucji nie dowiadujemy się, jakie podmioty mają prawo zainicjować przebieg procesu oraz za jakie działania bądź zaniechania odpowiada prezydent. Na poziomie ustawowym uregulowana jest wyłącznie kwestia odpowiedzialności karnej prezydenta⁴⁸. W tym zakresie prezydent odpowiada przed Najwyższym Trybunałem Sprawiedliwości po uprzedniej zgodzie parlamentu.

2.2. Legislatywa

Konstytucja Boliwariańskiej Republiki Wenezueli władzę ustawodawczą powierza jednoizbowemu Zgromadzeniu Narodowemu. Twórcy Konstytucji zerwali z tradycją bikałambalizmu parlamentarnego, która charakteryzowała ustrój Wenezueli od 1811 roku⁴⁹.

⁴³ A.R. Brewer-Carías, *Dismantling Democracy in Venezuela. The Chávez Authoritarian Experiment*, Nowy York 2010, s. 176.

⁴⁴ A.R. Brewer-Carías, *Dismantling...*, s. 176.

⁴⁵ A.R. Brewer-Carías, *La Constitución...*, s. 542.

⁴⁶ Art. 240 Konstytucji z 1999 r.

⁴⁷ A.R. Brewer-Carías, *La Constitución...*, s. 565.

⁴⁸ Podstawą do egzekwowania odpowiedzialności karnej Prezydenta jest art. 266 Konstytucji, na mocy którego odpowiada on wyłącznie przed Najwyższym Trybunałem Sprawiedliwości. Najważniejsze szczegółowe regulacje pojawiają się w art. 377 i art. 380 Kodeksu postępowania karnego (*Código Orgánico Procesal Penal de la República Bolivariana de Venezuela*, „Gaceta Oficial”, nr 6 078, z 15.6.2012 r.).

⁴⁹ A.R. Brewer-Carías, *La Constitución...*, s. 505.

Historycznie druga izba parlamentu reprezentowała interesy równouprawnionych podmiotów federacji. W nowym stanie prawnym organem, który ma zapewniać wpływ władzy stanowej i municypalnej na politykę państwa, stała się Federalna Rada Rządowa (*El Consejo Federal de Gobierno*)⁵⁰.

W Zgromadzeniu Narodowym zasiadają deputowani⁵¹ wybierani na okres pięciu lat w ramach ustanowionego w 2009 r. mieszanego systemu wyborczego⁵². Parlamentarzyści chronieni są immunitetem⁵³. Co warto podkreślić, o zatrzymaniu deputowanego lub zgodzie na pociągnięcie go do odpowiedzialności karnej decyduje Najwyższy Trybunał Sprawiedliwości za uprzednią zgodą Zgromadzenia Narodowego. Deputowany nie może czerpać korzyści z majątku publicznego⁵⁴ ani sprawować wskazanych w Konstytucji funkcji⁵⁵. Zasada *incompatibilitas* obejmuje m.in. stanowiska rządowe – w tym sprawowanie posady ministra i wiceprezydenta, co świadczy o personalnej autonomii władzy wykonawczej i legislacyjnej.

W art. 201 Konstytucji deputowani określani są mianem reprezentantów narodu, którzy w swych działaniach nie podlegają instrukcjom, lecz mają kierować się własnym sumieniem. Przepis ten gwarantować ma wolność w sprawowaniu mandatu w aspekcie niezależności od partii politycznych⁵⁶. Mimo zastosowania nomenklatury typowej dla konstrukcji mandatu wolnego, w Wenezueli przyjęto model mandatu imperatywnego, o czym świadczą takie rozwiązania, jak: obowiązek corocznego rozliczania się z wykonywanej pracy wobec wyborców ze swojego okręgu i możliwość odwołania parlamentarzysty w referendum (*recall*)⁵⁷.

Zgromadzenie Narodowe pełni typowe dla parlamentu funkcje: ustawodawczą, ustrojodawczą, kontrolną i kreacyjną. Najistotniejszą kompetencją jest stanowienie prawa. Parlament może uchwalić trzy kategorie aktów o charakterze ustawowym: ustawy (*leyes*), ustawy organiczne (*leyes orgánicas*) i ustawy delegujące (*leyes habilitantes*). Ustawy organiczne dotyczą m.in. organizowania władzy publicznej lub rozwijają prawa konstytucyjne, a do ich uchwalenia wymagana jest większość kwalifikowana 2/3 głosów⁵⁸. Ustawy delegujące, uchwalane większością 3/5 głosów, uprawniają prezydenta do wydania omówionych wcześniej dekretów o randze ustawowej z uwzględnieniem wytycznych, celów i ram wskazanych przez parlament⁵⁹. Zgromadzenie Narodowe wyraża zgodę na ratyfikację umów międzynarodowych i uchwała ustawę budżetową, dzięki czemu wywiera wpływ na prowadzone przez egzekutywę: politykę zagraniczną

⁵⁰ A.R. Brewer-Carías, *La Constitución...*, s. 444–445.

⁵¹ Liczba deputowanych zmienia się co kadencję. Parlament najczęściej liczy około 165 członków.

⁵² K. Krzywicka, *Wenezuela [w:] Państwo i polityka w Ameryce Łacińskiej*, red. P. Łaciński, Warszawa 2013, s. 175–176.

⁵³ Art. 200 Konstytucji z 1999 r.

⁵⁴ Art. 190 Konstytucji z 1999 r.

⁵⁵ Art. 189, 191 Konstytucji z 1999 r.

⁵⁶ A.R. Brewer-Carías, *Constituciones...*, s. 112.

⁵⁷ Art. 197 Konstytucji z 1999 r.

⁵⁸ Art. 203 Konstytucji z 1999 r.

⁵⁹ Art. 203 Konstytucji z 1999 r.

i finansową. Ponadto Zgromadzenie Narodowe uchwała poprawki do Konstytucji, które następnie zatwierdzone są w referendum ogólnokrajowym⁶⁰, a także może zainicjować powołanie konstytuanty w odrębnym procesie zmiany Konstytucji⁶¹.

Zgromadzenie Narodowe nie uczestniczy w procedurze powoływania rządu, ale może wyrazić wotum nieufności wobec wiceprezydenta i ministrów. Sprawowaniu funkcji kontrolnej nad rządem i administracją służą m.in. interpelacje, uprawnienia śledcze komisji i możliwość wnioskowania do przedstawicieli władzy obywatelskiej o przeprowadzenie kontroli i podjęcie działań⁶².

2.3. Judykatura

W Konstytucji Wenezueli wyrażona jest zasada niezależności władzy sądowniczej⁶³. Jej gwarantami na poziomie regulacji konstytucyjnych mają być takie rozwiązania, jak mianowanie przez Najwyższy Trybunał Sprawiedliwości sędziów wyłonionych w publicznych konkursach⁶⁴ oraz wymóg, by co najmniej 2% środków z budżetu państwa było przeznaczane na funkcjonowanie wymiaru sprawiedliwości⁶⁵. Sędziowie odznaczać się muszą bezstronnością i apolitycznością – nie mogą należeć do partii politycznych, prowadzić działalności gospodarczej ani wykonywać innych funkcji publicznych⁶⁶.

Na czele wymiaru sprawiedliwości stoi Najwyższy Trybunał Sprawiedliwości, który podzielony jest na sześć izb. Sędziowie w nim zasiadający wybierani są na okres dwunastu lat przez Zgromadzenie Narodowe⁶⁷. Kandydatury przedstawiane parlamentowi wyłaniane są w dwuetapowej procedurze, w której uczestniczą: będąca organem władzy obywatelskiej Republikańska Rada Moralna i wybierany przez nią Komitet Nominacji Sędziowskich (*el Comité de Postulaciones Judiciales*), mający składać się z przedstawicieli różnych grup społecznych⁶⁸.

Sędzia może zostać usunięty⁶⁹ ze składu Najwyższego Trybunału Sprawiedliwości przez parlament, który podejmuje taką decyzję kwalifikowaną większością 2/3 głosów, jeśli wcześniej Republikańska Rada Moralna uznała, że działania sędziego wypełniają znamiona poważnego uchybienia, które obejmuje m.in.: naruszenia kodeksu etyki sędziowskiej, podważanie zasad ustrojowych, podejmowanie rozstrzygnięć godzących

⁶⁰ Art. 344 Konstytucji z 1999 r.

⁶¹ Art. 348 Konstytucji z 1999 r.

⁶² Art. 222 Konstytucji z 1999 r.

⁶³ Art. 254 Konstytucji z 1999 r.

⁶⁴ Art. 255 Konstytucji z 1999 r.

⁶⁵ Art. 254 Konstytucji z 1999 r.

⁶⁶ Art. 256 Konstytucji z 1999 r.

⁶⁷ Art. 264 Konstytucji z 1999 r.

⁶⁸ Konstytucja Wenezueli przewiduje, że w procedurach powoływania organów władz sądowniczej, obywatelskiej i wyborczej uczestniczyć mają specjalne komitety oceniające złożone z przedstawicieli różnych grup społecznych. Rozwiązanie to ma swe źródła w koncepcji demokracji partycypacyjnej i ma gwarantować udział obywateli w wyborze władz państwowych.

⁶⁹ Art. 265 Konstytucji z 1999 r.

w interesy narodu i prowadzenie działalności politycznej. Procedura odwoławcza sędziego Najwyższego Trybunału Sprawiedliwości może skutkować daleko idącą ingerencją władzy ustawodawczej i władzy obywatelskiej w działalność władzy sądowniczej. Co niepokojące, wyżej wskazane przesłanki do pozbawienia sędziego funkcji wyrażone zostały na poziomie ustawowym⁷⁰, a ich treść wskazuje na możliwość oceny pracy sędziego na podstawie wydanych przez niego orzeczeń, co pozostaje w sprzeczności z zasadą niezależności sądownictwa.

Kompetencje⁷¹ Najwyższego Trybunału Sprawiedliwości świadczą o jego istotnej roli ustrojowej. W ramach sprawowania nadzoru nad działalnością sądów m.in. rozstrzyga spory jurysdykcyjne, rozpatruje kasacje oraz przeprowadza procesy dyscyplinarne sędziów.

Izba Konstytucyjna Najwyższego Trybunału Sprawiedliwości rozstrzyga o zgodności norm prawnych z Konstytucją. Kontrolą podlegają akty prawa powszechnie obowiązującego o charakterze państwowym, stanowym i municypalnym – w tym dekrety wydawane przez Prezydenta – oraz umowy międzynarodowe przed ratyfikacją. Sędziowie w Wenezueli mogą odmówić zastosowania normy prawnej – nawet tej wynikającej z ustawy – jeśli uznają jej niekonstytucyjność i zdecydują się na bezpośrednie stosowanie Konstytucji przy podejmowaniu rozstrzygnięcia. Zatem w państwie tym występuje mieszany, dualistyczny model kontroli konstytucyjności prawa, łączący pozaparlamentarną kontrolę skoncentrowaną z kontrolą rozproszoną⁷². Przewagę zyskuje jednak Najwyższy Trybunał Sprawiedliwości, którego zadaniem jest zapewnianie jednolitej i ostatecznej wykładni norm i zasad konstytucyjnych, która jest wiążącą dla całego systemu sądownictwa⁷³.

Najwyższy Trybunał Sprawiedliwości zyskał kompetencję do egzekwowania odpowiedzialności konstytucyjnej prezydenta z możliwością jego odwołania, jednakże, jak zostało już wspomniane, Konstytucja nie przewiduje odpowiedniej dla niej formalnej procedury. W stosunku do Prezydenta Najwyższy Trybunał Sprawiedliwości pełni rolę wyłącznego sądu karnego.

2.4. Władza obywatelska

Innowacją przyjętą w Konstytucji Wenezueli z 1999 r. jest wyodrębnienie władzy obywatelskiej. Jej utworzenie uzasadniano⁷⁴, odwołując się do dziewiętnastowiecznej koncepcji władzy moralnej⁷⁵ Simona Bolívara, idei demokracji partycypacyjnej głoszonej przez Hugo Chaveza i potrzeby uzupełnienia trójpodziału władzy o pozostające poza nim organy i urzędy państwowe.

⁷⁰ Art. 11 Ley Orgánica del Poder Ciudadano, „Gaceta Oficial”, nr 37 310, z 25.10.2001 r.

⁷¹ Art.: 266, 267, 336 Konstytucji z 1999 r.

⁷² A.R. Brewer-Carías, *La Constitución...*, s. 939–944.

⁷³ Art. 335 Konstytucji z 1999 r.

⁷⁴ A.R. Brewer-Carías, *Asamblea...*, s. 390–394.

⁷⁵ Zob. S.R. Fernández Cabrera, *Del poder moral de Bolívar al poder ciudadano actual*, „Revista de Derecho Público” 2011, vol. 126.

Przedstawicielami władzy obywatelskiej są: obrońca Ludu, Prokurator Generalny Republiki i Kontroler Generalny Republiki, którzy tworzą Republikańską Radę Moralną. Powoływani⁷⁶ są oni na siedmioletnie kadencje przez Zgromadzenie Narodowe kwalifikowaną większością 2/3 głosów po wcześniejszej selekcji kandydatur dokonanej przez specjalny komitet oceniający złożony z reprezentantów różnych grup społecznych, który mianowany jest przez poprzedni skład Republikańskiej Rady Moralnej. Osoba sprawująca jedną ze wskazanych funkcji może zostać odwołana⁷⁷ przez parlament, jeśli Najwyższy Trybunał Sprawiedliwości rozstrzygnie o wystąpieniu przemawiającej za tym przesłanki. Podstawy do utraty pełnionej funkcji wymienia ustawa o władzy obywatelskiej⁷⁸. Należą do nich m.in.: nadużycie władzy, dopuszczenie się poważnego błędu w trakcie wykonywania obowiązków, zaistnienie stanu trwałej niezdolności do sprawowania funkcji oraz nieprzestrzeganie konstytucyjnych regulacji. W zakresie relacji z władzą sądowniczą można mówić o pewnej symetryczności, gdyż jak już zostało omówione, Republikańska Rada Moralna uczestniczy w procedurze odwoływania członków Najwyższego Trybunału Sprawiedliwości.

Republikańska Rada Moralna jest zarówno odrębnym organem władzy, którego celem jest stanie na straży wartości uznawanych przez państwo w obrębie jego działalności administracyjnej, jak i forum współpracy między jej członkami kierującymi organami władzy obywatelskiej. Obrońca Ludu⁷⁹ pełni rolę ombudsmana, mając na względzie promowanie, obronę i monitorowanie przestrzegania praw i wolności wyrażonych w Konstytucji. Jego zadaniem jest również kontrolowanie funkcjonowania administracji publicznej. Prokurator Generalny Republiki⁸⁰ stoi na czele Ministerstwa Publicznego, czyli najważniejszego w hierarchii organu prokuratury, będąc tym samym zwierzchnikiem organów ścigania. Posiada on także szczególne kompetencje w ramach egzekwowania odpowiedzialności urzędników i funkcjonariuszy państwowych, co związane jest z wypełnianiem zadań stawianych przed władzą obywatelską. Kontroler Generalny Republiki⁸¹ odpowiada za wykonywanie funkcji kontrolnej państwa w zakresie spraw finansowych. Dokonuje on kontroli wydatków i dochodów państwa oraz majątku publicznego i dotyczących go operacji.

2.5. Władza wyborcza

Konstytucja Wenezueli z 1999 r. do rangi odrębnej władzy publicznej wyniosła organy odpowiadające za przeprowadzanie procesów wyborczych. Władzę wyborczą sprawuje Krajowa Rada Wyborcza⁸², której podlegają organy o charakterze organizacyjnym. Krajowa Rada Wyborcza składa się z pięciu członków, których powołuje⁸³ na

⁷⁶ Art. 279 Konstytucji z 1999 r.

⁷⁷ Art. 279 Konstytucji z 1999 r.

⁷⁸ Art. 22 Ley Orgánica del Poder Ciudadano, „Gaceta Oficial”, nr 37 310, z 25.10.2001 r.

⁷⁹ Art. 281 Konstytucji z 1999 r.

⁸⁰ Art.: 284, 285 Konstytucji z 1999 r.

⁸¹ Art.: 287, 288, 289 Konstytucji z 1999 r.

⁸² Art. 292 Konstytucji z 1999 r.

⁸³ Art. 296 Konstytucji z 1999 r.

okres siedmiu lat Zgromadzenie Narodowe kwalifikowaną większością 2/3 głosów na wniosek specjalnego komitetu złożonego z przedstawicieli różnych grup społecznych (3 kandydatów), wydziałów prawa i nauk politycznych (1 kandydat) i Republikańskiej Rady Moralnej (1 kandydat). Osoby zasiadające w Krajowej Radzie Wyborczej nie mogą należeć do organizacji o charakterze politycznym⁸⁴. Organ ten cieszyć się ma autonomią od pozostałych władz⁸⁵, jednakże możliwe jest odwołanie⁸⁶ członka Krajowej Rady Wyborczej, którego dokonuje parlament za uprzednią zgodą Najwyższego Trybunału Sprawiedliwości, jeśli został on skazany prawomocnym wyrokiem za przestępstwo lub dopuścił się złamania zakazu przynależności do organizacji politycznych.

Podstawową misją władzy wyborczej jest zapewnienie rzetelności, bezstronności i przejrzystości odbywających się wyborów do organów władzy na różnych poziomach struktury federacyjnej państwa. Co więcej, odpowiada także za organizację wyborów wewnętrznych w ramach stowarzyszeń, organizacji i związków o charakterze zawodowym lub politycznym na wniosek zainteresowanych podmiotów lub wskutek decyzji Najwyższego Trybunału Sprawiedliwości⁸⁷. Trudno nie zgodzić się z opinią A.R. Brewer-Carías, że przyznana władzy wyborczej i sędowniczej kompetencja ingerowania w wybory wewnętrzne podmiotów społeczeństwa obywatelskiego może naruszać ich niezależność i nie ma wystarczająco silnych argumentów za wprowadzeniem tego rozwiązania⁸⁸. Krajowa Rada Wyborcza rozstrzyga wątpliwości pojawiające się w obszarze prawa wyborczego, wydaje wiążące dyrektywy w sprawie finansowania kampanii wyborczej i decyduje o nałożeniu sankcji za ich nieprzestrzeganie oraz nadzoruje szereg działań technicznych służących przygotowaniu procesu wyborczego⁸⁹. Niezwykle ważnym uprawnieniem Krajowej Rady Wyborczej jest możliwość stwierdzenia częściowej lub całkowitej nieważności wyborów⁹⁰, co godzi w standardy ustrojowe państwa demokratycznego, gdyż dochodzi do sytuacji, w której organ państwa ocenia swoją własną działalność.

3. Zasada podziału władzy

Przedstawiona skrótkowo architektura systemu podziału władzy publicznej w Wenezueli wyróżnia się na tle dominujących w świecie państw demokratycznych modeli opartych o zasadę trójpodziału władzy. Twórcy Konstytucji z 1999 r. zdecydowali się na dołączenie do Monteskiuszowskiej triady władzy obywatelskiej i wyborczej.

Z analizy historyczno-ustrojowej wynika, że w trakcie przełomu konstytucyjnego nie dokonało się znaczące poszerzenie funkcji, które realizowane są przez różne organy państwowe – jedynym *novum* w tym zakresie było powołanie po raz pierwszy urzędu

⁸⁴ Art. 296 Konstytucji z 1999 r.

⁸⁵ Art. 294 Konstytucji z 1999 r.

⁸⁶ Art. 296 Konstytucji z 1999 r.

⁸⁷ Art. 293 Konstytucji z 1999 r.

⁸⁸ A.R. Brewer-Carías, *La Constitución...*, s. 611–614.

⁸⁹ Art. 293 Konstytucji z 1999 r.

⁹⁰ Art. 293 Konstytucji z 1999 r.

Obrońcy Ludu, który pełnić miał rolę ombudsmána stojącego na straży praw i wolności obywatelskich. Innowacja ta nie miała znaczenia z perspektywy ponadnarodowego dorobku ustrojów demokratycznych, gdyż analogiczne instytucje funkcjonowały już w innych państwach nawet od pierwszej dekady XIX stulecia.

Zatem zmiana, która miała miejsce w Wenezueli – w odniesieniu do problematyki funkcji państwa – miała przede wszystkim wymiar jakościowy, a nie ilościowy. Znajdujące się dotychczas poza konstytucyjnie wyróżnionymi rodzajami władz publicznych organy państwa zostały sklasyfikowane i zyskały nową rangę ustrojową. W sensie podmiotowym wskazano organy, które miały stać się ogniwami nowych władz. Przydzielono im wyodrębnione rodzajowo kierunki działania państwa, dopełniając model podziału władzy o aspekt przedmiotowo-funkcjonalny.

Realizowane przez władzę obywatelską zadania nie mają jednolitego charakteru, ale wspólnym dla nich rdzeniem jest nadzorowanie działalności państwa. Łączącym je mianownikiem może być pogląd, że ze względu na swoją specyfikę, w państwie demokratycznym powinny pozostawać poza wpływem pozostałych władz publicznych. Powyższy argument można także przytoczyć w celu uzasadnienia idei wydzielenia władzy, której podstawowym obowiązkiem jest przeprowadzanie procesów wyborczych.

Przyjęty w Wenezueli model wychodzi naprzeciw zarzutom stawianym koncepcji trójpodziału władzy o niedopasowaniu do współczesnych realiów ustrojowych wynikającym z pojawienia się nieznanych w czasach oświecenia organów państwa. Naiwnym byłoby jednak twierdzenie, że boliwariańska pentada ma charakter zupełny i obejmuje swym zakresem wszystkie możliwe funkcje państwa realizowane przez podmioty mające wpływ na krajową politykę oraz sytuację prawną jednostek i grup społecznych. Odwołując się do komparatystyki ustrojowej, można wskazać na istnienie takich organów, jak Narodowy Bank Polski i Krajowa Rada Radiofonii i Telewizji. Jednakże oczywistym jest, że dokonanie podziału władzy rozumianego w sposób literalny jest zarówno niemożliwe, jak i nie stanowi istoty zasady podziału władzy.

Kluczowym elementem analizy zasady podziału władzy jest charakterystyka relacji zachodzących między ogniwami przyjętego modelu. W nowożytności zasada podziału władzy rozwinęła się jako przeciwieństwo monarchii absolutnej. Do czasów współczesnych jej istotą pozostaje zapobieganie koncentracji władzy w ramach jednego podmiotu politycznego. Z jednej strony wymaga to zagwarantowania autonomii poszczególnych elementów modelu, z drugiej strony konieczne jest istnienie mechanizmów wzajemnego hamowania i równoważenia się władz.

Najważniejszą pozycję w ustroju politycznym Wenezueli zajmuje prezydent. Głowa państwa stoi na czele mianowanego przez siebie rządu, którego odpowiedzialność polityczna przed parlamentem jest ograniczona. Co więcej, prezydent może zyskać uprawnienia, które pozwolą mu stanowić prawo, zastępując tym samym działalność legislatywy. Jedną z niekonsekwencji występujących w ustawie zasadniczej Wenezueli jest brak formalnej procedury egzekwowania odpowiedzialności konstytucyjnej prezydenta, która przy tak silnych jego uprawnieniach nie powinna być regulowana w drodze ustawowej. Warto odnotować, że egzekutywa nie posiada istotnych narzędzi pozwalających jej wpływać na władzę sądowniczą. Jej organy nie uczestniczą w procedurach

mianowana sędziów sądów powszechnych ani sędziów Najwyższego Trybunału Sprawiedliwości. Ponadto w Konstytucji wprowadzono zasadę, zgodnie z którą wymiar sprawiedliwości ma zagwarantowane co najmniej 2% środków z budżetu państwa. Nie istnieje także instrumentarium, dzięki któremu możliwa byłaby ingerencja władzy wykonawczej podważająca autonomię władz obywatelskiej i wyborczej, co jest szczególnie istotne z punktu widzenia realizowanych przez nie zadań⁹¹.

Szerokie kompetencje posiada Zgromadzenie Narodowe. Ma ono decydujący głos w powoływaniu członków władzy sądowniczej, obywatelskiej i wyborczej. Co ważniejsze, uczestniczy również w procedurach skutkujących odwołaniem przedstawicieli wskazanych władz. Choć utworzenie rządu nie wymaga akceptacji Zgromadzenia Narodowego, a zasada *incompatibilitas* gwarantuje personalną autonomię legislatywy i egzekutywy, sprawne realizowanie polityki państwa przez władzę wykonawczą wymaga wsparcia większości parlamentarnej, która decyduje o uchwalanym prawie. Uprawnionym zatem jest stwierdzenie, że mimo przyjęcia prezydenckiego systemu rządów, legislatywa cieszy się istotną pozycją ustrojową, która pozwala równoważyć znaczenie urzędu prezydenta.

Rolę stabilizującą dla ustroju Wenezueli pełni władza sądownicza. Najwyższy Trybunał Sprawiedliwości współuczestniczy w procedurach odwoływania członków poszczególnych władz. Jego najistotniejszą kompetencją jest dokonywanie ostatecznej wykładni Konstytucji i badanie zgodności z nią norm prawnych. Pełniąc rolę sądu konstytucyjnego, może znacząco wpływać na kwestie ustrojowe i politykę państwa. Niestety w praktyce okazał się on jednym z grabarzy zasady podziału władzy – od 2004 r. stoi na stanowisku, że zasada ta ma jedynie charakter techniczny i nie stanowi koniecznego elementu państwa demokratycznego⁹². Problemów dla niezależności judykatury doszukiwać się można w procedurze odwoływania sędziów Najwyższego Trybunału Sprawiedliwości, która sankcjonuje nadzór władzy obywatelskiej i sądowniczej nad jej działalnością.

W teoretycznym modelu podziału władzy w Wenezueli niebagatelne znaczenie posiadają także władza obywatelska i wyborcza. Konstrukcja wyłaniająca się z regulacji prawnokonstytucyjnych wskazuje na istnienie niezależnych organów, które odpowiadają za kontrolę państwową, ochronę praw obywatelskich, przeprowadzanie procesów wyborczych i funkcjonowanie prokuratury. Ustrojodawca zaproponował formułę wyłaniania osób sprawujących funkcje w ramach wskazanych władz, w której mogą uczestniczyć obywatele za sprawą specjalnych komitetów oceniających kandydatury,

⁹¹ Z praktyki ustrojowej wiemy jednak, że w warunkach przyjętej w 1999 r. Konstytucji wykształciła się centralistyczna dyktatura prezydencka, a wcześniej naruszone zostały podstawowe zasady państwa demokratycznego – w tym zasada podziału władzy. W 2009 r. K. Krzywicka konstatowała, że: „zagrożenie nie leży w treści samej Konstytucji, która nie zmieniła w sposób zasadniczy swoich demokratycznych treści w porównaniu z [Konstytucją z – P.D.] 1961 r.”. Natomiast jej zdaniem: „zmieniły się cele, jakie za pomocą Konstytucji realizuje Prezydent, posiadając odpowiednio duże poparcie w jednoizbowym (...) parlamencie”. Zob. K. Krzywicka, *Ameryka Łacińska...*, s. 236.

⁹² A.R. Brewer-Carías, *La Constitución...*, s. 619–629.

złożonych z przedstawicieli różnych grup społecznych⁹³. Wskazane komitety stanowią próbę instytucjonalizacji udziału obywateli w polityce państwa i wyborze osób sprawujących istotne funkcje państwowe. Przyjęte rozwiązania korespondują z zasadą demokracji partycypacyjnej.

* * *

Dokonana ponad dwadzieścia lat temu w Wenezueli zmiana modelu podziału władzy miała ewolucyjny charakter. Ustrojodawca nie odstąpił od istoty klasycznej koncepcji podziału władzy, pozostawiając kluczowe role ustrojowe w obszarze – występujących w Monteskiuszowskiej triadzie – władz: wykonawczej, legislacyjnej i sędziowskiej. Mimo wzmocnienia pozycji prezydenta, na poziomie regulacji konstytucyjnych, nie doszło do odejścia od koncepcji równowagi władz – świadczą o tym szerokie kompetencje pozostałych organów i mechanizmy wzajemnego hamowania. Konstrukcję uzupełniły władze: obywatelska i wyborcza, czego efektem była zmiana rangi konstytucyjnej organów państwowych pozostających dotychczas poza trójczłonowym modelem podziału władzy. Rozszerzenie katalogu władz publicznych nie wiązało się z mającymi fundamentalny charakter przekształceniami w relacjach między poszczególnymi elementami modelu.

Wykreowanie władzy obywatelskiej i wyborczej należy rozpatrywać pod względem spełnianych przez nie funkcji. Wartym uwagi pomysłem jest stworzenie odpowiednich gwarancji prawnokonstytucyjnych dla organów kontroli państwowej i ochrony prawa. Wydaje się, że w tym zakresie pomysł uzupełniania trójpodziału władzy może być z powodzeniem realizowany także w innych państwach. Wątpliwość budzi jednak zasadność instytucjonalizacji partycypacji obywatelskiej. Choć zaproponowane uzupełnienie form demokracji przedstawicielskiej i bezpośredniej jest interesujące, w praktyce jest niezwykle trudne do uregulowania w sposób gwarantujący udział obywateli w procesach politycznych. Niemniej jednak boliwariański model podziału władzy może stanowić asumpt do dyskusji o współczesnych systemach politycznych i zasadzie podziału władzy.

Bibliografia

Literatura

- Brewer-Carías A.R., *Asamblea constituyente y proceso constituyente (1999)*, Caracas 2013.
- Brewer-Carías A.R., *Constituciones Iberoamricas. Venezuela, México* 2013.

⁹³ W praktyce ustrojowej, na mocy norm ustawowych, komitety oceniające przybrały charakter komisji Zgromadzenia Narodowego uzależnionych od woli większości parlamentarnej, co stanowiło rażące naruszenie norm konstytucyjnych i zasady demokracji partycypacyjnej, a także zakwestionowało istotę istnienia władzy obywatelskiej. Szerzej: A.R. Brewer-Carías, *Sobre el nombramiento irregular por la Asamblea Nacional de los titulares de los órganos del poder ciudadano en 2007*, „Revista de Derecho Público” 2008, vol. 113.

- Brewer-Carías A.R., *Dismantling Democracy in Venezuela. The Chávez Authoritarian Experiment*, Nowy York 2010.
- Brewer-Carías A.R., *El Estado federal descentralizado y la centralización de la federación en Venezuela. Situación y perspectiva de una contradicción constitucional*, „Provincia” 2004, vol. 11.
- Brewer-Carías A.R., *La constitución de 1999: El Estado democrático y social de derecho*, Caracas 2014.
- Brewer-Carías A.R., *Sobre el nombramiento irregular por la Asamblea Nacional de los titulares de los órganos del poder ciudadano en 2007*, „Revista de Derecho Público” 2008, vol. 113.
- Daroszewski P., *Władza obywatelska w horyzontalnym modelu podziału władzy w Wenezueli*, „Przegląd Konstytucyjny” 2020, nr 3.
- Fernández Cabrera S.R., *Del poder moral de Bolívar al poder ciudadano actual*, „Revista de Derecho Público” 2011, vol. 126.
- Fijałkowska A., Gawrycki M., *Wenezuela w procesie (r)ewolucyjnych przemian*, Warszawa 2010.
- Krzywicka K., *Ameryka Łacińska u progu XXI wieku. Studia i szkice*, Lublin 2009.
- Krzywicka K., *Partie polityczne i partycypacja polityczna w Wenezueli*, „Teki Komisji Politologii i Stosunków Międzynarodowych OL PAN” 2010, vol. 5.
- Krzywicka K., *Wenezuela [w:] Państwo i polityka w Ameryce Łacińskiej*, red. P. Łaciński, Warszawa 2013.
- Surdel T., *Bieżąca sytuacja w Wenezueli [w:] Wenezuela na globalnej szachownicy. O co biją się światowe mocarstwa*, red. J. Gocłowska-Bolek, Warszawa 2019.
- Uziębło P., *Demokracja partycypacyjna*, Gdańsk 2009.

Akty prawne

- Constitución de la República de Venezuela, „Gaceta Oficial”, nr 662 Extraordinario, z 23.1.1961 r.
- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, „Gaceta Oficial”, nr 36 860, z 30.12.1999 r.
- Código Orgánico Procesal Penal de la República Bolivariana de Venezuela, „Gaceta Oficial”, nr 6 078, z 15.6.2012 r.
- Ley Orgánica del Poder Ciudadano, „Gaceta Oficial”, nr 37 310, z 25.10.2001 r.

Bartłomiej Krupowicz¹

**Glosa do uchwały Sądu Najwyższego
z dnia 13 marca 2020 r., III CZP 65/19
(lokal a użytkowanie wieczyste)**

Teza: Zniszczenie budynku nie powoduje wygaśnięcia udziału w użytkowaniu wieczystym gruntu jako prawa związanego z odrębną własnością lokalu, który znajdował się w tym budynku

Streszczenie:

Z prawem własności lokalu związany jest udział w prawie użytkowania wieczystego nieruchomości wspólnej. Sąd Najwyższy w głosowanej uchwale uznał, że wygaśnięcie odrębnej własności lokalu nie powoduje wygaśnięcia udziału w prawie użytkowania wieczystego gruntu. Stanowisko to zasługuje na aprobatę, lecz glosa ma krytyczny charakter co do uzasadnienia. Trafny wniosek Sąd Najwyższy wyprowadził bowiem z nieprawidłowych przesłanek.

Słowa kluczowe: własność lokali, użytkowanie wieczyste, prawo rzeczowe, nieruchomości wspólna, akcesoryjność

**Comment on the Judgement of the Polish Supreme Court of 13th March
2020, III CZP 65/19 (ownership of premises and perpetual usufruct)**

Thesis: Destruction of a building does not cause an expiry of a share in perpetual usufruct. The share is a right connected with the ownership of premises, which was placed in the building

Ownership of premises is connected with a share in perpetual usufruct of common real estate. Polish Supreme Court stated in commented judgement, that expiry of separate

¹ Autor jest studentem prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego, bartłomiej.krupowicz@student.uj.edu.pl, ORCID 0000-0001-5946-9979.

ownership of premises does not lead to expiry of share in the perpetual usufruct of real estate. That point of view deserves to be praised but the comment is critical about the justification of the judgement. Accurate conclusion comes from improper presumptions.

Key words: ownership of premises, perpetual usufruct, property law, common real estate, accessoriness

1. Ogólny zarys problemu relacji własności lokalu do prawa użytkowania wieczystego

Prawo użytkowania wieczystego powstało jako prawo mające umożliwić osobom fizycznym i prawnym korzystanie z nieruchomości państwowych w czasach, w których ze względów przede wszystkich ideologicznych niepożądane było zbywanie własności państwowej. Za znamienny bowiem fakt należy uznać wprowadzenie użytkowania wieczystego do prawa polskiego w roku 1961 r. przez Ustawę o gospodarce terenami w miastach i osiedlach² (uchyloną w roku 1985). Podstawowym celem ustanawiania użytkowania wieczystego były względy budownictwa mieszkaniowego³. Uchwalony następnie Kodeks cywilny⁴ przejął częściowo regulację dotyczącą użytkowania wieczystego⁵ (w szczególności wprowadził interesujący nas z punktu widzenia glosowanej uchwały art. 235 k.c.). Dualizm w regulacji użytkowania wieczystego, polegający na jego częściowym unormowaniu w ustawie o charakterze w większości publicznoprawnym (aktualnie w Ustawie o gospodarce nieruchomościami⁶) należy tłumaczyć istotną z punktu widzenia podmiotów publicznoprawnych rolą tego prawa rzeczowego. Prowadzi ono bowiem do utraty przez te podmioty (Skarb Państwa, jednostki samorządu terytorialnego i ich związki – art. 232 k.c.) władztwa nad nieruchomościami, co uzasadnia wzmożoną, administracyjnoprawną kontrolę wykonywania swoich uprawnień przez użytkownika wieczystego (przykładowo w zakresie ustalania opłat rocznych). Z. Truskiewicz, autor fundamentalnej monografii poświęconej prawu użytkowania wieczystego, w podobny sposób tłumaczy ów dualizm, wskazując na istotny element administracyjnoprawny w treści ustawy o gospodarce nieruchomościami: „ustawy te [Ustawa o gospodarce terenami w miastach i osiedlach oraz Ustawa o gospodarce nieruchomościami – B.K.] wraz z innymi przepisami szczególnymi (np. ustawą o lasach) nie tylko określały i określają kompetencje organów i tryb oddawania nieruchomości w użytkowanie wieczyste, ale także decydowały i decydują o zakresie wykorzystywania tej instytucji w obrocie gruntami”⁷. Równocześnie funkcjonowała regulacja własności lokali – najpierw na podstawie Rozporządzenia Prezydenta RP z 1934 r. o własności

² Ustawa z 14.7.1961 r. o gospodarce terenami w miastach i osiedlach (Dz.U. 1961, nr 32, poz. 159 ze zm.).

³ Z. Truskiewicz [w:] *System Prawa Prywatnego t. 4*, red. E. Gniewek, Warszawa 2012, s. 9.

⁴ Ustawa z 23.4.1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. 1964, nr 16, poz. 93 ze zm.), dalej: k.c.

⁵ Z. Truskiewicz [w:] *System...*, s. 8–9.

⁶ Ustawa z 21.8.1997 r. o gospodarce nieruchomościami (Dz.U. nr 115, poz. 781 ze zm.), dalej: u.g.n.

⁷ Z. Truskiewicz, *Źródła przepisów dotyczących instytucji użytkowania wieczystego* [w:] *Użytkowanie wieczyste. Zagadnienia konstrukcyjne*, Kraków 2006.

lokali⁸, następnie w ramach art. 133–139 k.c. i art. 237 Prawa spółdzielczego⁹, a wreszcie według regulacji Ustawy z 24.6.1994 r. o własności lokali¹⁰. W oparciu o te regulacje prawne powstał budzący nadal w orzecznictwie i literaturze kontrowersje problem stosunku prawa odrębnej własności lokalu (art. 46 § 1 *in fine* k.c. w zw. z art. 7 u.w.l.) do prawa użytkowania wieczystego nieruchomości, na której posadowiony jest budynek, stanowiący odrębny przedmiot własności użytkownika wieczystego (art. 235 § 1 k.c.), a w którym to budynku ustanowiono wspomnianą własność lokalu. Problemy te dotyczą m.in. relacji wygaśnięcia użytkowania wieczystego do ewentualnego wygaśnięcia własności lokalu¹¹ oraz wpływu unicestwienia lokalu na związany z własnością tego lokalu udział w prawie użytkowania wieczystego. Wypada bowiem już na wstępie przypomnieć, że z prawem własności lokalu łączy się udział w zdefiniowanej w art. 3 ust. 2 u.w.l. nieruchomości wspólnej (wówczas współwłasność nieruchomości wspólnej określa się mianem przymusowej), a w przypadku, gdy lokal znajduje się w budynku położonym na gruncie oddanym w użytkowanie wieczyste – to prawo jest właśnie przedmiotem wspólności i należy do niego stosować odpowiednio przepisy o współwłasności nieruchomości wspólnej (art. 3 ust. 1 w zw. z art. 4 ust. 3 u.w.l.). Niniejsza glosa poświęcona jest uchwale, w której Sąd Najwyższy stanął przed rozstrzygnięciem drugiego z wymienionych zagadnień, tj. zniszczeniu lokalu ulokowanego w budynku znajdującym się na gruncie oddanym w użytkowanie wieczyste. Należy jednakowoż zauważyć, że problem relacji użytkowania wieczystego do własności lokalu staje się, podobnie jak samo użytkowanie wieczyste, kwestią coraz bardziej historyczną. Ostatnie zmiany normatywne wskazują wyraźnie, że ustawodawca dąży do przekształcenia użytkowania wieczystego w prawo własności nieruchomości. Z tego względu problem, którego dotyczy glosowana uchwała Sądu Najwyższego, będzie dotyczyć już tylko głównie gruntów będących w użytkowaniu wieczystym ustanowionym na cele niemieszkalne. Wobec bowiem brzmienia art. 1 ust. 6 zd. 2 Ustawy z 20.7.2018 r.¹² o przekształceniu prawa użytkowania wieczystego gruntów zabudowanych na cele mieszkaniowe w prawo własności tych gruntów: „Prawa związane z użytkowaniem wieczystym stają się prawami związanymi z własnością nieruchomości”. Wobec tej regulacji grunty będące w użytkowaniu wieczystym ustanowionym na cele mieszkalne z dniem 1 stycznia 2019 r. (dzień wejścia w życie wskazanej ustawy) stały się przedmiotem „klasycznej” współwłasności przymusowej ze względu na przekształcenie użytkowania wieczystego we własność. Jednocześnie ze względu na wprowadzenie nowego przepisu do ustawy o gospodarce

⁸ Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z 24.10.1934 r. o własności lokali (Dz.U. 1934, nr 94, poz. 848 ze zm.), dalej: Rozporządzenie.

⁹ Ustawa z 16.9.1982 r. – Prawo spółdzielcze (Dz.U. 1982, nr 30, poz. 210 ze zm.).

¹⁰ Dz.U. 1994, nr 85, poz. 388 ze zm., dalej: u.w.l.; zob. też J. Pisuliński [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 3, red. E. Gniewek, Warszawa 2013, s. 722–723.

¹¹ Co wyjaśniono w uchwale SN (7) z 25.8.2017 r. III CZP 11/17, OSP 2018/6/58 – choć nie bez wątpliwości. Sąd Najwyższy dokonał w tym orzeczeniu ważenia interesów właściciela lokalu oraz właściciela nieruchomości gruntowej, zauważając, że za oboma interesami przemawiają pewne racje.

¹² Dz.U. 2018, poz. 1716. Por. też postanowienie SN z 18.2.2005 r. V CK 409/04, Legalis nr 92071.

nieruchomościami (art. 13 ust. 1b u.g.n.) użytkowanie wieczyste na cele mieszkalne nie będzie już co do zasady w przyszłości ustanawiane.

2. Zarys stanu faktycznego

W przedmiotowej sprawie sąd rejonowy nakazał zamknięcie księgi wieczystej prowadzonej dla lokalu oraz wykreślenie z księgi wieczystej nieruchomości gruntowej będącej w użytkowaniu wieczystym, na której znajdował się budynek, w którym znajdował się wspomniany lokal, udziału w częściach wspólnych budynku oraz w prawie użytkowania wieczystego związanych z własnością lokalu. Oznaczało to uwzględnienie powództwa gminy Z. o uzgodnienie treści księgi wieczystej z rzeczywistym stanem prawnym. Jak ustalił sąd: w oparciu o umowy z 2000 i 2002 r. gmina Z. ustanowiła własność lokalu na rzecz A. i J.B., po których spadek w roku 2015 nabył wnuk J.J. W roku 2018 doszło z kolei do pożaru na nieruchomości, wskutek czego cały budynek uległ zniszczeniu. Dotyczy to nie tylko lokalu nabytego przez J.J., ale i dwóch pozostałych lokali – niewyodrębnionych. Rozpoznając apelację J.J., sąd okręgowy w P. przedstawił zagadnienie prawne następującej treści: „Czy zniszczenie całego budynku mieszkalnego wielolokalowego, w którym ustanowiono odrębną własność jednego z samodzielnych lokali mieszkalnych, powoduje z mocy prawa wygaśnięcie użytkowania wieczystego ułamkowej części gruntu jako prawa związanego z odrębną własnością tego lokalu, powstałego na nieruchomości oddanej w użytkowanie wieczyste we wskazanym zakresie w związku z ustanowieniem odrębnej własności tego lokalu?”

3. Analiza prawna

Sąd Najwyższy na tak postawione pytanie udzielił odpowiedzi przeczącej. Jak się jednak wydaje, konstatacja ta została wyprowadzona w oparciu o inne judykaty SN, które bynajmniej się do problematycznego zagadnienia nie odnosiły, a sam sposób uzasadnienia jest dość niezrozumiały. O ile bowiem samą tezę uchwały należy uznać za słuszną, o tyle sposób, w jaki Sąd Najwyższy doszedł do tego rozstrzygnięcia, budzi wątpliwości. Zastrzeżenia co do uzasadnienia, mimo aprobaty samej tezy, zgłosił też inny glosator – T. Justyński¹³. Uznał on jednak, że pogląd o istnieniu prawa do gruntu w sytuacji braku odrębnej własności lokalu może być uzasadniony tylko funkcjonalnie, z czym autor niniejszego tekstu się nie zgadza (i to nie tylko z tego względu, że wykładnię funkcjonalną należy traktować jako uzupełniającą wobec językowej, a nie jako główną metodę interpretacji tekstu prawnego). T. Justyński uznaje także brak wygaśnięcia odrębnej własności zburzonego lokalu w sytuacji, gdy jego właściciel ma dalszą wolę jego odbudowy. Pogląd ten nie jest jednak, moim zdaniem, do pogodzenia z generalnymi zasadami prawa rzeczowego, o czym szczegółowo będzie mowa poniżej. Wreszcie, co też najistotniejsze z punktu widzenia tezy głosowanej uchwały, T. Justyński zupełnie pominął w swojej pracy art. 3 ust. 1 zd. 2 u.w.l., zaś SN odniósł się do tego przepisu

¹³ T. Justyński, *Odrębna własność zburzonego lokalu. Glosa do uchwały SN z dnia 13 marca 2020 r.*, III CZP 65/19, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2020/10/80.

jedynie szczerkawo, bez głębszej argumentacji. Regulacja ta ma jednak kluczowe znaczenie dla analizowanego problemu.

3.1. Własność lokalu prawem głównym

Rozważania rozpocząć wypada od podzielenia przyjętych przez Sąd Najwyższy założeń. Przede wszystkim skład orzekający przyjął, w oparciu o wyrażony w powołanej już powyżej uchwale SN (7) III CZP 11/17¹⁴ pogląd, iż prawo własności lokalu ustanowionego w budynku posadowionym na gruncie będącym w użytkowaniu wieczystym jest prawem głównym względem użytkowania wieczystego. Ten pogląd wypada uznać za trafny. Punktem wyjścia będzie brzmienie art. 235 § 2 k.c., zgodnie z którym własność budynków i innych urządzeń wzniesionych na oddanym w użytkowanie wieczyste gruncie jest prawem związanym z samym użytkowaniem wieczystym. Uregulowanie to już w dawniejszym orzecznictwie¹⁵ stanowiło podstawę do tezy, że użytkowanie wieczyste to prawo główne, a własność budynków jest z nim związana. Naturalną konsekwencją tego wniosku jest stwierdzenie, że rozporządzanie samą własnością budynków i innych urządzeń nie jest dopuszczalne w oderwaniu od rozporządzania samym użytkowaniem wieczystym. Stanowisko to w zasadzie jest jednolite zarówno w doktrynie¹⁶, jak i orzecznictwie¹⁷. Nie należy jednak utożsamiać własności lokalu z odrębną własnością budynku. Sytuacja prawna własności lokalu jest bowiem odmienna, a wynika to z art. 3 ust. 1 w zw. z art. 4 ust. 3 u.w.l.

Mianowicie art. 3 ust. 1 u.w.l. wprost stanowi, że to udział w nieruchomości wspólnej stanowi prawo związane z własnością lokalu, a nie na odwrót. Już więc literalne brzmienie powołanego przepisu powinno nakierowywać na podstawowe znaczenie własności lokalu oraz akcesoryjny charakter udziału w nieruchomości wspólnej. Można porównać brzmienie art. 3 ust. 1 u.w.l z art. 235 § 2 k.c. Ich stylistyka jest bowiem podobna. Kodeks cywilny w wymienionym przepisie stanowi, że: „przysługująca wieczystemu użytkownikowi własność budynków i urządzeń na użytkowanym gruncie **jest prawem związanym** [podkr. – B.K.] z użytkowaniem wieczystem”. Podobnie art. 3 ust. 1 przewiduje, że: „w razie wyodrębnienia własności lokali właścicielowi lokalu przysługuje udział w nieruchomości wspólnej **jako prawo związane** [podkr. – B.K.] z własnością lokali”. Skoro więc na tle regulacji Kodeksu cywilnego podanej formule przypisuje się bez wątpienia główny charakter użytkowaniu wieczystemu, to też na bazie ustawy o własności lokali za prawo główne wypada uznać własność lokalu¹⁸. Wskazać także należy

¹⁴ Głównym zagadnieniem uchwały był wpływ ustania użytkowania wieczystego na własność lokalu, ale wspomniany pogląd pojawił się także w jej uzasadnieniu.

¹⁵ Uchwała SN z 19.1.1971 r., III CZP 86/70, LEX nr 1227; uchwała SN z 8.7.1966 r., III CZP 43/66, LEX nr 429; z nowszego orzecznictwa np. uzasadnienie wyroku NSA 30.8.2011 r., I OSK 1441/10, LEX nr 1094530.

¹⁶ K. Bagan-Kurluta [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. M. Załucki, Warszawa 2019, s. 574; K. Górka [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, Legalis 2019, komentarz do art. 235 k.c., teza 9; K. Pietrzykowski [w:] *Kodeks cywilny. Tom I. Komentarz. Art. 1–449*¹⁰, red. K. Pietrzykowski, Legalis 2020, komentarz do art. 235 k.c., teza 4.

¹⁷ Uchwała SN z 21.5.2005 r., III CZP 9/05, LEX nr 148136.

¹⁸ Podobnie zob. uzasadnienie wyroku SA w Warszawie z 15.3.2013 r., VI ACa 1159/12, LEX nr 1324809.

przemawiający za powyższą interpretacją argument natury funkcjonalnej. Traktowanie prawa własności lokalu jako głównego w stosunku do udziału we własności budynku odpowiada bowiem istocie nieruchomości wspólnej w rozumieniu art. 3 ust. 2 u.w.l. Nieruchomość ta, o czym będzie jeszcze mowa poniżej, stanowi prawo pomocnicze do własności lokalu w tym sensie, że umożliwia w ogóle korzystanie z własności lokalu¹⁹ oraz decydowanie o losie nieruchomości wspólnej (poprzez udział we wspólnocie mieszkaniowej). Sąd Najwyższy powyższy wniosek wyprowadza jednak z nietrafnych przesłanek. Jak stanowi bowiem fragment uzasadnienia: „O nadrzędności prawa odrębnej własności lokalu przesądza art. 3 ust. 3 u.w.l., z którego wynika, że to powierzchnia wyodrębnionego lokalu decyduje o wysokości udziału jego właściciela w nieruchomości wspólnej (postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 24 listopada 2010 r., II CSK 268/10, nie publ. i z dnia 14 stycznia 2011 r., II CSK 241/10, nie publ.)”. Skład orzekający co prawda korzysta tu z innego orzeczenia, ale jego brzmienie uznaje za słuszne. Sam sposób ustalania udziału w nieruchomości wspólnej niekoniecznie przesądza o nadrzędności własności lokalu nad prawem do nieruchomości wspólnej. Może to być bowiem wyłącznie techniczny sposób przeprowadzania tejże operacji. Przepis art. 3 ust. 3 u.w.l. nie przesądza bynajmniej o charakterze własności lokalu jako prawie głównym. Można nawet zauważyć, że ten sam art. 3 ust. 3 u.w.l w zdaniu drugim określa sposób ustalania udziału w nieruchomości wspólnej przysługujący dotychczasowemu właścicielowi nieruchomości, uwzględniając lokale niewyodrębnione. Również i w tym wypadku bierze się pod uwagę powierzchnię użytkową lokali z pomieszczeniami przynależnymi – ale lokale te nie stanowią odrębnej własności. Na gruncie przyjętego przez Sąd Najwyższy założenia nie można byłoby więc w tym wypadku powiedzieć, które prawo ma charakter główny. Celny zatem wniosek należy wprowadzać z innych przesłanek. Jak zaznaczono powyżej, autor sądzi, że można go oprzeć już na językowej wykładni art. 3 ust. 1 u.w.l. i porównać z podobnym brzmieniem art. 235 § 2 k.c., a także funkcjonalnym uzasadnieniem istnienia prawa do nieruchomości wspólnej, jako prawa niezbędnego do korzystania z własności lokalu, o czym wzmiankowano wyżej i do czego jeszcze autor powróci.

Udział w nieruchomości wspólnej należy uważać za część składową własności lokalu, stosownie do art. 50 k.c.²⁰, co w pełni potwierdzałoby nadrzędny charakter własności lokalu w stosunku do udziału w nieruchomości wspólnej.

Wypada podzielić stanowisko SN prezentowane w glosowanej uchwale, zgodnie z którym ustawa o własności lokali stanowi *lex specialis* wobec Kodeksu cywilnego. Reguluje ona bowiem problematykę własności rzeczy, którą Kodeks tylko potencjalnie traktuje jako odrębny przedmiot własności, wskazując, że to odrębna ustawa reguluje sposób powstania własności lokalu (art. 46 §1 k.c.). To kolejny argument, który – zgodnie z regułą *lex specialis derogat legi generali* – przemawia zdaniem autora

¹⁹ Uprawnia właściciela lokalu np. do regularnego przejścia przez budynek w celu wejścia i wyjścia z lokalu bez narażenia się na roszczenie negatoryjne pozostałych właścicieli lokali.

²⁰ H. Izdebski [w:] *Ustawa o własności lokali. Komentarz*, red. H. Izdebski, LEX/el. 2018, komentarz do art. 3 Ustawy o własności lokali, teza 2; R. Świrgoń-Skok [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. M. Załucki, Warszawa 2019, s. 152.

za nieutożsamianiem bytu prawnego budynku znajdującego się na gruncie oddanym w użytkowanie wieczyste z bytem prawnym wyodrębnionych w takowym budynku lokali. Unormowanie w Kodeksie cywilnym dotyczy bowiem w pełni nieruchomości gruntowych, czyli podstawowego typu nieruchomości. Zastosowanie do nich znajduje większość przepisów Kodeksu poświęconych własności, tj. art. 140–231 k.c.²¹ Własność budynków również opisana jest, przynajmniej zrębowo, w art. 235, 272, 279 k.c. Natomiast problematyka własności lokali, poza art. 46 § 1 k.c., w całości uregulowana jest w ustawie o własności lokali. Przepisy szczególne ustawy o własności lokali, które samodzielnie określają istotę prawa odrębnej własności lokalu, powinny mieć pierwszeństwo przez odpowiednimi regulacjami Kodeksu cywilnego – w tym przed interesującym nas art. 235 § 2 k.c. Z tego też względu o charakterze prawa własności lokalu i jego relacji do udziału w nieruchomości wspólnej nie można orzekać wyłącznie na podstawie przepisów Kodeksu cywilnego.

3.2. Relacja własności lokalu do udziału we współużytkowaniu wieczystym

Do tego momentu stanowisko Sądu Najwyższego należy generalnie uznać za uzasadnione w oparciu o przedstawione wyżej uwagi. Dalej jednak skład orzekający stwierdza, że z „głównego” charakteru prawa własności lokalu należy wnioskować o jego oderwaniu się od prawa do gruntu. Zdaniem autora taka generalizacja jest zbyt daleko idąca i przeczy językowej wykładni art. 3 ust. 1 u.w.l. Mimo bowiem okoliczności, że własność lokalu jest prawem głównym wobec związanego z nim udziału we współwłasności nieruchomości wspólnej, prawa te pozostają ze sobą w ścisłej korelacji. Wskazuje na to już art. 3 ust. 1 zd. 2 u.w.l., który w sposób ogólny zakazuje zniesienia współwłasności nieruchomości wspólnej dopóki trwa odrębna własność lokali (stąd przecież ten typ współwłasności jest określany jako przymusowa)²². Ponadto należy zastanowić się nad juretycznym sensem tak rozumianego „oderwania” własności lokalu od prawa do gruntu (tj. własności gruntu lub – na podstawie art. 4 ust. 3 u.w.l. – użytkowania wieczystego). Mając na uwadze cel powołania przez ustawodawcę instytucji nieruchomości wspólnej, można zaproponować, by mówić o „względnym związaniu” własności lokali z udziałem w nieruchomości wspólnej. Pełne „oderwanie”, jak chce tego Sąd Najwyższy, przeczyłoby celowi istnienia nieruchomości wspólnej. Z kolei pełna akcesoryjność pomiędzy własnością lokalu i udziałem w nieruchomości wspólnej prowadziłaby do koniecznego wniosku o wygaśnięcie udziału w nieruchomości wspólnej wraz z wygaśnięciem własności lokalu (co odpowiadałoby traktowaniu udziału w nieruchomości

²¹ Z pewnymi wyjątkami, jak np. art. 180, 181, 182, 189, 192, 193 k.c.

²² Jakkolwiek zdaniem SN, wyrażonym w uchwale z 14.7.2006 r., III CZP 53/06, OSNC 2007/4/58: „Przepis art. 3 ust. 1 zd. 2 ustawy z dnia 24 czerwca 1994 r. o własności lokali (t.j. Dz.U. z 2000 r. Nr 80, poz. 903 ze zm.) nie wyłącza dopuszczalności zniesienia przez sąd odrębnej własności lokali w postępowaniu o zniesienie współwłasności nieruchomości wspólnej, jeżeli możliwy jest fizyczny podział budynku, w którym ustanowiono odrębną własność lokali”. Słusznie zauważa B. Jelonek-Jarco [w:] *Ustawa o własności lokali. Komentarz*, red. K. Osajda, Legalis 2020, komentarz do art. 3 Ustawy o własności lokali, teza 103 – że nie każde wygaśnięcie odrębnej własności lokalu uzasadnia podział nieruchomości wspólnej, podając przykład połączenia dwóch wyodrębnionych lokali w nową nieruchomość lokalową.

wspólnej jako części składowej prawa własności lokalu na mocy art. 50 k.c.). Koncepcja „względnego związania” wydaje się odpowiadać istocie art. 3 ust. 1 u.w.l. Akcentuje bowiem służebny charakter nieruchomości wspólnej względem własności lokalu – a jednocześnie pozwala na istnienie udziału w nieruchomości wspólnej po wygaśnięciu odrębnej własności lokalu.

Wprost Sąd Najwyższy tego „oderwania” nie określa; można jednak odnieść wrażenie z całokształtu uzasadnienia uchwały, że ma ono prowadzić do możliwości istnienia prawa do lokalu w odosobnieniu od prawa do nieruchomości wspólnej. W tym momencie wypadałoby zarzucić sądowi, że konsekwentne rozdzielenie własności lokalu z prawem do nieruchomości wspólnej jest sprzeczne z ideą istnienia prawa do nieruchomości wspólnej. Instytucja ta nie jest, z funkcjonalnego punktu widzenia, przeznaczona do samodzielnego egzystowania w obrocie cywilnoprawnym. Ma ona bowiem zapewnić właścicielowi lokalu prawo do korzystania w niezbędnym zakresie z gruntu i budynku celem prawidłowego używania lokalu, którego jest właścicielem²³. Stąd też z własnością lokalu wiąże się udział także w częściach wspólnych budynku, który, zgodnie z art. 235 § 1 k.c., jest odrębnym przedmiotem własności. Byt nieruchomości wspólnej, w odróżnieniu od „zwykłej” współwłasności nieruchomości, jest funkcjonalnie tylko uzasadniony możliwością korzystania z lokalu (w braku instytucji nieruchomości wspólnej właściciel lokalu narażałby się na żądanie zaniechania korzystania z nieruchomości, na której lokal byłby posadowiony, na podstawie art. 222 § 2 k.c.²⁴). Być może Sąd Najwyższy, formułując określenie „oderwania” omawianych praw, miał już na myśli tezę uchwały, ale nie wyeksponował tego jednoznacznie.

Należy też mieć na uwadze generalny mankament współwłasności, którym jest konfliktogenność tej sytuacji prawnej. Poszczególni współwłaściciele mogą mieć bowiem często przeciwne interesy co do zarządu i sposobu korzystania ze wspólnej nieruchomości. Mogłoby się zatem pozornie wydawać, że w razie wątpliwości co do istnienia udziału w użytkowaniu wieczystym nieruchomości wspólnej argumentacja funkcjonalna prowadzi do konkluzji, że udział ten wygasa, ponieważ pozwala to uniknąć owej konfliktogennej sytuacji. Wobec braku wyraźnej normy prawnej byłoby to jednak pozaustawowe wywłaszczenie (szerzej mowa o tym niżej).

To pozwala po raz kolejny przypomnieć, że tezę o możliwości istnienia prawa do nieruchomości wspólnej, mimo braku własności, lokalu trzeba wyprowadzać z innych założeń. Przede wszystkim art. 3 ust. 1 zd. 2 u.w.l. dostarcza podstawowego argumentu za możliwością istnienia prawa do gruntu (udziału w użytkowaniu wieczystym) bez samej własności lokalu. Przepis bowiem stanowi, że: „Nie można żądać zniesienia współwłasności nieruchomości wspólnej, dopóki trwa odrębna własność lokali”. *A contrario* możliwe jest żądanie zniesienia współwłasności wspólnej nieruchomości w sytuacji wygaśnięcia odrębnej własności lokalu. Tym samym należy przyjąć, że możliwe jest istnienie współwłasności (współużytkowania wieczystego – art. 4 ust. 3 u.w.l.) nieruchomości wspólnej nawet po wygaśnięciu odrębnej własności lokalu. W przeciwnym

²³ B. Jelonek-Jarco [w:] *Ustawa...*, komentarz do art. 3 Ustawy o własności lokali, teza 5.

²⁴ Podobnie, co do funkcjonalnego związku użytkowania wieczystego z odrębną własnością lokalu, T. Justyński, *Odrębna...*, *passim*.

wypadku przepis ten byłby bezprzedmiotowy. Pozwala to na zwrócenie uwagi na inną nieścisłość, która się pojawia w uzasadnieniu uchwały. Sąd Najwyższy bowiem twierdzi, że z chwilą wygaśnięcia odrębnej własności lokalu prawa wchodzące w skład nieruchomości wspólnej odzyskują swoją samodzielność; odpada też szczególny cel, dla którego istniała nieruchomość wspólna. Pogląd ten stanowiłby uzasadnienie przeciwnej hipotezy do tej, której broni Sąd Najwyższy. Akcentuje on akcesoryjność prawa do gruntu (stanowiącego, zgodnie z art. 3 ust. 2 u.w.l., element nieruchomości wspólnej) i jego funkcjonalny związek z własnością lokalu, wobec której prawo do gruntu jest prawem ewidentnie służebnym. Można nawet zaryzykować stwierdzenie, że jest on wewnętrznie sprzeczny, gdyż skład orzekający z jednej strony mówi o samodzielności praw wchodzących w skład nieruchomości wspólnej, a z drugiej strony kładzie nacisk na ich ścisły związek z własnością lokalu. Przy takim założeniu trudno stwierdzić, czy wygaśnięcie własności lokalu powinno skutkować „odzysaniem” praw tworzących nieruchomość wspólną, czy też ich wygaśnięciem. Wydaje się, że Sąd Najwyższy powinien raczej w oparciu o ten pogląd przyjąć, że wygaśnięcie własności lokalu skutkuje wygaśnięciem udziału w użytkowaniu wieczystym gruntu, bowiem odpada cel funkcjonowania użytkownika wieczystego jako prawa do nieruchomości wspólnej (oczywiście przy założeniu, że użytkowanie wieczyste zostało ustanowione na cele mieszkalne²⁵, czyli właściwie w celu wyodrębnienia w budynku odrębnej własności lokali). Wówczas użytkowanie wieczyste przysługiwałoby w pełni użytkownikowi wieczystemu, który był właścicielem zniszczonego budynku. Sąd wyraża jednak ten pogląd dla obrony stanowiska o istnieniu odrębności w funkcjonowaniu prawa do gruntu w ramach nieruchomości wspólnej. Teza ta jest wprawdzie uzasadniona, ale – jak wskazano wyżej – powinna być wyprowadzana w oparciu o inne, wyżej wymienione przesłanki.

Należy w tym miejscu także wskazać, że takie stanowisko Sądu Najwyższego może prowadzić do ryzykownej konstatacji, że należy traktować własność lokalu jako *sui generis* obciążenie dla użytkownika wieczystego (na wzór obciążenia w rozumieniu art. 241 k.c.). Nie jest to z pewnością stanowisko trafne. Przede wszystkim trudno traktować własność jako obciążenie innej własności (a na gruncie art. 4 ust. 3 u.w.l. prawa użytkownika wieczystego²⁶), której odpadnięcie miałyby odpowiadać cesze „elastyczności” własności²⁷, a więc powrotowi własności do pierwotnego kształtu, tj. w przypadku użytkownika wieczystego do bezudziałowego użytkownika wieczystego (przysługującego wyłącznie pierwotnemu użytkownikowi wieczystemu) w miejsce współużytkowania wieczystego jako prawa do nieruchomości wspólnej. To prawa rzeczowe inne niż własność (ograniczone prawa rzeczowe i właśnie użytkowanie wieczyste) stanowią modelowe obciążenie własności. Konsekwencją przyjęcia stanowiska Sądu Najwyższego byłby więc wniosek, że własność lokalu obciąża użytkowanie wieczyste – wtedy konsekwentnie należałoby przyjmować, że wygaśnięcie użytkownika wieczystego spowoduje wygaśnięcie własności lokalu jako obciążenia tegoż prawa (art. 241 k.c.). Byłoby

²⁵ Cel ten podlega zresztą ujawnieniu w księdze wieczystej nieruchomości gruntowej – art. 30 u.g.n.

²⁶ Nie można bowiem tracić z pola widzenia, że jest ono treściowo bardzo zbliżone do własności; por. art. 233 i art. 140 k.c.

²⁷ E. Gniewek [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 3, red. E. Gniewek, Warszawa 2013, s. 346.

to z kolei przeciwne zarówno konstytucyjnej ochronie własności²⁸, a także przeczyło przyjęciu przez sam SN w głosowanej uchwale, w oparciu o inne orzeczenia²⁹, że własność lokalu jest i prawem głównym, i prawem bezterminowym³⁰.

Rozwijając wyżej zarysowaną wątpliwość, należy wskazać nie tylko niejasności samego uzasadnienia uchwały, ale też wcale nieoczywisty tekst przepisów ustawy o własności lokali. Wobec przyjęcia przez Sąd Najwyższy, że prawo własności lokalu jest prawem głównym w stosunku do użytkowania wieczystego, co – jak wskazano wyżej, jest uprawnionym poglądem, należałoby konsekwentnie wnioskować, że prawo akcesoryjne nie może istnieć samodzielnie bez prawa głównego. Tym samym wygaśnięcie własności lokalu powinno skutkować wygaśnięciem związanego z nią udziału w użytkowaniu wieczystym. Na problem ten zresztą słusznie zwraca uwagę T. Justyński. Poglądu tego SN także nie rozwija, co należy uznać za mankament uzasadnienia. O dopuszczalności istnienia prawa do gruntu (w tym wypadku użytkowania wieczystego) bez samej własności lokalu można wnioskować (sensownie) w oparciu o przytoczony art. 3 ust. 1 zd. 2 u.w.l. Wobec tego dochodzi do pozornej sprzeczności. Z jednej strony bowiem powołany przepis przemawia za możliwością istnienia prawa do gruntu w oderwaniu od własności lokalu, a z drugiej strony zasadnie można twierdzić, że brak własności lokalu powinien skutkować brakiem udziału w prawie do gruntu (tu w użytkowaniu wieczystym), przede wszystkim ze względu na jego szczególny, pomocniczy charakter w stosunku do własności lokalu jako prawa nadrzędnego. Mając na uwadze dyrektywę wykładni językowej – zakaz wykładni *per non est* – nie można oprzeć się wyłącznie na brzmieniu art. 3 ust. 1 zd. 1 u.w.l., który to przepis mógłby sugerować niemożliwość istnienia współwłasności (współużytkowania wieczystego) bez odrębnej własności lokalu związanej z takowym udziałem. Zdanie drugie powołanego przepisu wskazuje jednoznacznie, że dopuszczalna jest egzystencja wspólności prawa do gruntu po wygaśnięciu własności lokali. Skoro wspólność ta może być zniesiona po wygaśnięciu własności odrębnych lokali, to wspólność ta musi trwać po ustaniu własności lokali – w przeciwnym razie podział wspólnego prawa byłby przecież bezprzedmiotowy. Wykładnia językowa wraz z argumentacją *a contrario* pozwala więc rozstrzygnąć ten dylemat na korzyść możliwości istnienia prawa do gruntu w sytuacji, gdy odrębna własność lokali już wygasła. Uzupełniająco można przytoczyć systemowy argument, odwołujący się do potrzeby zachowania zgodności pomiędzy art. 3 ust. 1 u.w.l. a art. 21 ust. 1 i art. 64 ust. 1 Konstytucji RP, o którym była już mowa. Do rezultatu tego słusznie dochodzi Sąd Najwyższy, lecz, jak wielokrotnie zarzucano, niezrozumiałą metodą. Powyższe rozważania sąd bowiem zamyka w jednym zdaniu: „Znajduje to potwierdzenie w art. 3 ust. 1 zdanie drugie u.w.l., zgodnie z którym nie można żądać zniesienia współwłasności nieruchomości wspólnej, dopóki trwa odrębna własność lokali”. Myśl tę zdecydowanie należało rozwinąć. Samo poprzestanie na stwierdzeniu, że prawo

²⁸ Art. 21 ust. 1 i art. 64 ust. 1 Konstytucji RP; wówczas ustawowe ograniczenie własności powinno być w ustawie wyraźnie sprecyzowane, co wynika z art. 64 ust. 3 i art. 31 ust. 3 Konstytucji RP – a nie jest, ponieważ cały czas znajdujemy się w sferze wykładni a nie literalnego brzmienia przepisów.

²⁹ Uchwała SN (7) z 25.8.2017 r. III CZP 11/17, OSP 2018/6/58.

³⁰ Por. E. Gniewek [w:] *System...*, s. 346–347.

własności lokalu „odrywa się” od prawa do gruntu nie stanowi jeszcze wyjaśnienia problemu, a tak naprawdę dość skomplikowaną materię tylko zaciemnia.

Sąd Najwyższy, jak się wydaje, kierował się też w znacznym stopniu wykładnią celowościową. Ta argumentacja rzeczywiście zasługuje na aprobatę. Wobec bowiem teleologicznego założenia, że ustawodawca, wiążąc udział w prawie do gruntu z własnością lokalu, chciał nie tylko umożliwić właścicielowi lokalu realne korzystanie z przedmiotu swojej własności, ale też dokonać na jego rzecz swoistego przysporzenia prawnego (udział we współużytkowaniu wieczystym), którego jednym z elementów jest możliwość korzystania z nieruchomości wspólnej oraz decydowania o jej losach, należałoby utrzymać udział w nieruchomości wspólnej także w razie wygaśnięcia własności lokalu. W ocenie autora kierunek dokonanej przez Sąd Najwyższy wykładni celowościowej jest, co do zasady, słuszny. Odpowiada bowiem potrzebie prokonstytucyjnej wykładni przepisów ustawowych, czego podstawą jest art. 8 ust. 2 Konstytucji RP, stanowiący zasadę bezpośredniego stosowania Konstytucji – w tym, jak przyjmuje doktryna, zasadę prokonstytucyjnej wykładni ustawy³¹. Mając na uwadze treść powoływanego już art. 21 ust. 1 oraz art. 64 ust. 1 Konstytucji RP, Sąd Najwyższy trafnie odczytał intencję ustawodawcy konstytucyjnego, który próbuje zapewnić prawu własności możliwie szeroką ochronę. Wobec tego zasadnie można przyjmować, co uczynił też (choć raczej pośrednio) Sąd Najwyższy, że w spornej kwestii wpływu wygaśnięcia odrębnej własności lokalu na udział w użytkowaniu wieczystym nieruchomości wspólnej należy kierować się dyrektywą ochrony interesów właściciela lokalu. Nie da się też ukryć, że Sąd Najwyższy chciał zapewnić swojego rodzaju „rekompensatę” właścicielowi lokalu, który własność lokalu utracił wskutek pożaru. Można było to jednak uzasadnić w odmienny sposób, który, jak przedstawiono wyżej, wynikałby z przywoływanych przepisów. Wtedy wnioskowanie to z pewnością nie budziłoby wątpliwości.

Warto w tym miejscu uzupełnić powyższe rozważania o perspektywę historyczną. Wspomniane już Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z 24.10.1934 r. o własności lokali zawierało bowiem art. 16 ust. 1 podobnie brzmiącą regulację, co aktualnie obowiązujący art. 3 ust. 1 zd. 2 u.w.l. Przepis ów stanowił, że: „Nie jest dopuszczalne zniesienie współwłasności nieruchomości, z której wyłączono odrębną własność lokali, dopóki ta odrębna własność istnieje”. Wynika z tego, że polskiemu prawodawcy już w okresie dwudziestolecia międzywojennego nie była obcą możliwość istnienia prawa do nieruchomości wspólnej w sytuacji, gdy wygasła odrębna własność lokalu. W przeciwnym razie przepis ten, podobnie jak art. 3 ust. 1 zd. 2 u.w.l., byłby bezprzedmiotowy. Przyjęcie tego punktu widzenia ustawodawcy tym bardziej potwierdza zaproponowaną powyżej ścieżkę interpretacyjną.

3.3. Wygaśnięcie odrębnej własności lokalu

Wypada zgodzić się z poglądami orzecznictwa i doktryny, że wygaśnięcie odrębnej własności lokalu jest generalnie możliwe, a jego zniszczenie (w badanej przez Sąd

³¹ M. Florczak-Wątor [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. P. Tuleja, LEX/el. 2021, komentarz do art. 8 Konstytucji, teza 5. Tak też w uzasadnieniu wyroku TK z 28.11.2001 r., K 36/01, OTK 2001/8/255.

Najwyższy sprawie poprzez spłonienie całego budynku) prowadzi do wygaśnięcia odrębnej własności lokalu³². Na skutek wyodrębnienia (w drodze umowy, jednostronnej czynności prawnej właściciela nieruchomości czy orzeczenia sądu – wraz z konstytutywnym wpisem odrębnej własności lokalu do księgi wieczystej³³) lokal staje się odrębną nieruchomością (art. 46 § 1 k.c.).

Jednocześnie tylko rzecz w rozumieniu art. 45 k.c. może być przedmiotem własności określonej w art. 140 k.c.³⁴ Tym samym los prawa własności zostaje nierozzerwalnie złączony z rzeczą, do której prawo to się odnosi. Nie może istnieć własność rzeczy nieistniejącej. W przypadku własności lokalu (co łatwo zauważyć w treści art. 46 § 1 k.c.) prawo to jest wyjątkiem od przewidzianej w art. 48 k.c. zasady *superficies solo cedit*. Niewyodrębniony lokal (mówiąc językiem ustawy – część budynku) jest więc częścią składową nieruchomości gruntowej. Lokal taki pozostaje oczywiście nadal rzeczą w rozumieniu art. 45 k.c.³⁵, ale w sensie jurystycznym jest wyłącznie częścią składową nieruchomości gruntowej. Nie może więc, co oczywiste, stanowić odrębnego przedmiotu własności (art. 47 § 1 k.c.).

Zniszczenie wyodrębnionego lokalu spowoduje jednak, że prawo jego własności wygaśnie i to niezależnie od istniejącego nadal wpisu w księdze wieczystej. Obrazowo można powiedzieć, że kończy swój byt zarówno lokal w znaczeniu fizycznym, jak i prawnym. Podobną argumentację przytacza Sąd Najwyższy w uzasadnieniu głosowanej uchwały. Z tego względu nie można podzielić zdania T. Justyńskiego, który uważa, że zniszczenie lokalu niekoniecznie musi prowadzić do wygaśnięcia jego własności. Glosator uzależnia bowiem istnienie odrębnej własności zniszczonego lokalu od woli jego odbudowy przez właściciela. W ocenie autora niniejszej glosy należy przyjąć, że zniszczenie przedmiotu materialnego, niezależnie od woli osoby uprawnionej do dysponowania nim, prowadzi do wygaśnięcia prawa własności. Oczywiście mowa o zniszczeniu całkowitym (tak jak w stanie faktycznym, który oceniał Sąd Najwyższy: zupełne zniszczenie i rozbiórka budynku). Częściowe tylko, odwracalne uszkodzenie lokalu nie stanowiłoby bowiem o unicestwieniu przedmiotu własności. Sama wola odbudowy lokalu prowadzić może tylko do ustanowienia w przyszłości odrębnego przedmiotu własności – który przecież choćby ze względów architektonicznych może nie odpowiadać zniszczonemu poprzednikowi. Dotyczy to także oczywiście innych rzeczy, które mogą być przedmiotem własności.

W dziedzinie prawa rzeczowego uzależnienie istnienia prawa własności w wypadku unicestwienia rzeczy (tak jak w głosowanej uchwale – zniszczenie budynku i lokali) od tak nieuchwytnego czynnika, jak wola właściciela rzeczy, wymagałoby istnienia

³² Np. uchwała SN z 16.5.2019 r., III CZP 1/19, LEX nr 2656254; J. Pisuliński [w:] *System...*, s. 795.

³³ Zob. art. 7 ust. 1 i 2 u.w.l.

³⁴ M. Habdas [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom II. Własność i inne prawa rzeczowe (art. 126–352)*, red. M. Fras, M. Habdas, Warszawa 2018, s. 28. Stąd skądinąd trafny jest postulat, by o „własności” przedsięwzięcia mówić jedynie z zastrzeżeniem potocznego charakteru określenia „własność”, wynikającego z niedostatków terminologicznych – zob. E. Gniewek [w:] *System...*, s. 361–362.

³⁵ Tak trafnie: S. Rudnicki, R. Trzaskowski [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Księga pierwsza. Część ogólna*, red. J. Gudowski, LEX/el. 2014, komentarz do art. 45 k.c., teza 1.

specjalnej normy prawnej. Łatwo bowiem zauważyć, że w takiej sytuacji dochodzi do przełamania prawo – manifestującej funkcji posiadania³⁶, tj. działającego wobec osób trzecich domniemania, że posiadanie jest zgodne ze stanem prawnym (art. 341 k.c.) i władanie to stanowi sposób wykonywania prawa (w tym wypadku własności). Zniszczenie budynku prowadzi do unicestwienia przedmiotu posiadania (lokalu) – dezaktualizuje się też wówczas wspomniana wyżej funkcja posiadania.

Wynikający z założeń T. Justyńskiego wniosek prowadzi do tego, że wobec podmiotów zewnętrznych wobec właściciela prawo własności mimo tego istnieje, choć okoliczność ta nie jest dla nich rozpoznawalna (wówczas nawet treść księgi wieczystej wskazuje na istnienie lokalu, którego fizycznie brak). Także zatem ochrona osób trzecich przemawia za koniecznością istnienia w systemie normy prawnej, która pozwalała by na związanie istnienia prawa własności wyłącznie ze sferą intelektualną właściciela.

Powoływane wyżej Rozporządzenie z 1934 r. istotnie normę tego rodzaju przewidywało. Zgodnie z jego art. 18 ust. 2: „Jeżeli cały budynek ulegnie zniszczeniu a właściciele nie zgadzają się na jego odbudowanie własność odrębna poszczególnych lokali wygasa (...)”. Prawodawca międzywojenny przewidział zatem możliwość uzależnienia istnienia odrębnej własności lokali, które uległy zniszczeniu, od woli ich odbudowy przez właścicieli. Zasadę tę należy traktować jako wyjątek od bazowej dla prawa rzeczowego reguły, że prawo własności istnieje tylko wtedy, gdy istnieje jego nośnik (rzecz). Współcześnie ustawa o własności lokali podobnej regulacji nie przewiduje, co sugeruje, że ustawodawca powrócił do wspomnianego fundamentu prawa rzeczowego, jakim jest powiązanie prawa własności z bytem rzeczy. To z kolei utwierdza w przekonaniu, że całkowite zniszczenie budynku powinno skutkować wygaśnięciem własności lokalu.

Co znowu niezrozumiałe w argumentacji Sądu Najwyższego, większa część uzasadnienia poświęcona jest udowadnianiu możliwości wygaśnięcia odrębnej własności lokalu. Nie to jednak było przecież przedmiotem pytania sądu okręgowego w trybie art. 390 § 1 k.p.c.³⁷ Możliwość wygaśnięcia własności lokalu, dostatecznie uzasadniona powoływanymi orzeczeniami przez Sąd Najwyższy, nie wpływa bezpośrednio na odpowiedź na postawione przez sąd okręgowy pytanie.

4. Podsumowanie

Jak już podnoszono wielokrotnie – tezę głosowanej uchwały należy uznać za uzasadnioną, lecz argumentacja prowadząca Sąd Najwyższy do takiego a nie innego rozstrzygnięcia budzi wątpliwości. Samo określenie własności lokalu jako prawa głównego i oderwanego od użytkowania wieczystego nie jest dostatecznym argumentem uzasadniającym tezę, gdyż Sąd Najwyższy tego oderwania nie precyzuje.

³⁶ Podział funkcji posiadania jest w doktrynie przeprowadzany rozmaicie przez różnych autorów. Dla przykładu odpowiednikiem wskazanej w tekście funkcji prawo – manifestującej będzie proponowana przez J. Gołaczyńskiego funkcja konstrukcyjno-prawna; J. Gołaczyński [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 3, red. E. Gniewek, Warszawa 2013, s. 95.

³⁷ Ustawa z 17.11.1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. 1964, nr 43, poz. 296 ze zm.).

Również wnioski o nadrzędności własności lokalu nad użytkowaniem wieczystym, wywodzony wyłącznie z brzmienia art. 3 ust. 3 u.w.l., nie byłyby uprawnione. Poza wszelką wątpliwość należy także przyjąć możliwość wygaśnięcia odrębnej własności lokalu, mimo że ustawa o własności lokali wprost takiej sytuacji nie reguluje. W tym zakresie można w pełni podzielić powołane poglądy doktryny, jak i orzekającego Sądu Najwyższego.

Teżę uchwały należy uzasadniać przede wszystkim w oparciu o dosłowne brzmienie art. 3 ust. 1 zd. 2 u.w.l., gdyż jego istnienie pozwala bowiem na przyjęcie, że udział w nieruchomości wspólnej (w tym w użytkowaniu wieczystym) może istnieć bez prawa do lokalu. Istotną rolę odgrywa także połączona z wykładnią językową argumentacja *a contrario* w stosunku do art. 3 ust. 1 zd. 2 u.w.l., tj. w razie wygaśnięcia udziału w prawie do gruntu wraz z własnością lokalu, zbędne byłoby umożliwienie przez racjonalnie działającego ustawodawcę zniesienia współwłasności nieruchomości (jeżeli współwłasność nieruchomości wspólnej nie może być zniesiona tak długo, jak długo trwa odrębna własność lokali, to w przypadku wygaśnięcia tejże odrębnej własności – *a contrario* – zniesienie współwłasności dotychczasowej nieruchomości wspólnej jest możliwe).

Pomimo przekształcenia z dniem 1.1.2019 r. użytkowania wieczystego nieruchomości, które zostało ustanowione na cele mieszkaniowe, we własność nieruchomości (o czym była mowa powyżej), można spodziewać się, że będą nadal pojawiać się w praktyce problemy dotyczące relacji użytkowania wieczystego do własności lokalu, wyodrębnionej w budynku posadowionym na gruncie obciążonym tymże użytkowaniem wieczystym. Co prawda orzecznictwo Sądu Najwyższego w zasadzie radzi sobie z tym problemem (widać to w powołanych w przypisach orzeczeniach), ale w celu pełnej jurydyzacji tej kwestii można postulować *de lege ferenda* uregulowanie w ustawie o własności lokali *expressis verbis* skutków wygaśnięcia użytkowania wieczystego dla własności lokalu oraz własności lokalu dla udziału w użytkowaniu wieczystym nieruchomości wspólnej. Taka regulacja mogłaby wręcz przybrać postać tezy głosowanej uchwały. Rozwiązanie to byłoby korzystne zarówno dla sądów niższych instancji, jak i obywateli, do których przecież normy te są przede wszystkim adresowane.

Bibliografia

Literatura

- Bagan-Kurluta K. [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. M. Załucki, Warszawa 2019.
- Florczak-Wątor M. [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. P. Tuleja, LEX/el. 2021.
- Gniewek E. [w:] *System Prawa Prywatnego, t. 3*, red. E. Gniewek, Warszawa 2013.
- Gołaczyński J. [w:] *System Prawa Prywatnego, t. 3*, red. E. Gniewek, Warszawa 2013.
- Górska K. [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, Legalis 2019.
- Habdas M. [w:], *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom II. Własność i inne prawa rzeczowe (art. 126–352)*, red. M. Fras, M. Habdas, Warszawa 2018.
- Izdebski H. [w:] *Ustawa o własności lokali. Komentarz*, red. H. Izdebski, LEX/el. 2018.

- Jelonek-Jarco B. [w:] *Ustawa o własności lokali. Komentarz*, red. K. Osajda, Legalis 2020.
- Justyński T., *Odrębna własność zburzonego lokalu. Glosa do uchwały SN z dnia 13 marca 2020 r., III CZP 65/19*, OSP 2020/10/80.
- Pietrzykowski K. [w:] *Kodeks cywilny. Tom I. Komentarz. Art. 1–449¹⁰*, red. K. Pietrzykowski, Legalis 2020.
- Pisuliński J. [w:] *System Prawa Prywatnego, t. 3*, red. E. Gniewek, Warszawa 2013.
- Rudnicki S., Trzaskowski R. [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Księga pierwsza. Część ogólna*, red. J. Gudowski, LEX/el. 2014.
- Świrgoń-Skok R. [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. M. Załucki, Warszawa 2019.
- Truskiewicz Z. [w:] *System Prawa Prywatnego t. 4*, red. E. Gniewek, Warszawa 2012.
- Truskiewicz Z., *Użytkowanie wieczyste. Zagadnienia konstrukcyjne*, Kraków 2006.

Akty prawne

- Ustawa z 14.7.1961 r. o gospodarce terenami w miastach i osiedlach (Dz.U. 1961, nr 32, poz. 159 ze zm.).
- Ustawa z 23.4.1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. 1964, nr 16, poz. 93 ze zm.).
- Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z 24.10.1934 r. o własności lokali (Dz.U. 1934, nr 94, poz. 848 ze zm.) – nie obowiązuje.
- Ustawa z 16.9.1982 r. – Prawo spółdzielcze (Dz.U. 1982, nr 30, poz. 210 ze zm.).
- Ustawa z 24.6.1994 r. o własności lokali (Dz.U. 1994, nr 85, poz. 388 ze zm.).
- Ustawa z 17.11.1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. 1964, nr 43, poz. 296 ze zm.).
- Ustawa z 21.8.1997 r. o gospodarce nieruchomościami (Dz.U. nr 115, poz. 781 ze zm.).
- Ustawa z 20.7.2018 r. o przekształceniu prawa użytkowania wieczystego gruntów zabudowanych na cele mieszkaniowe w prawo własności tych gruntów (Dz.U. 2018, poz. 1716).

Orzecznictwo

- Uchwała SN z 25.8.2017 r., III CZP 11/17, LEX nr 2340562.
- Uchwała SN z 19.1.1971 r., III CZP 86/70, LEX nr 1227.
- Uchwała SN z 8.7.1966 r., III CZP 43/66, LEX nr 429.
- Uchwała SN z 21.5.2005 r., III CZP 9/05, LEX nr 148136.
- Uchwała SN z 16.5.2019 r., III CZP 1/19, LEX nr 2656254.
- Uchwała SN z 14.7.2006 r., III CZP 53/06, OSNC 2007/4/58.
- Postanowienie SN z 18.2.2005 r., V CK 409/04, Legalis nr 92071.
- Wyrok NSA 30.8.2011 r., I OSK 1441/10, LEX nr 1094530.
- Wyrok SA w Warszawie z 15.3.2013 r., VI ACa 1159/12, LEX nr 1324809.
- Wyrok TK z 28.11.2001 r., K 36/01, OTK 2001/8/255.

Justyna Skwirowska¹

Opodatkowania podatkiem dochodowym od osób prawnych spółki komandytowej

Streszczenie:

W 2021 r. spółka komandytowa została opodatkowana na gruncie Ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych. Przed tym rokiem była ona podmiotem transparentnym podatkowo. Zysk przez nią wypracowany był opodatkowany jedynie na poziomie wspólników. Obecnie będzie ona opodatkowana dwukrotnie w sensie ekonomicznym. Przyczyną tej zmiany jest uszczelnianie systemu podatkowego. Niniejszy artykuł ma na celu ocenę, czy działania prawodawcy były adekwatne do zamierzonego celu.

Słowa kluczowe: spółka komandytowa, spółki osobowe, spółki kapitałowe, opodatkowanie

Corporate Income Taxation of a Limited Partnership

In 2021, the limited partnership was subject to taxation under the Corporate Income Tax Act. Before that year it was a tax transparent entity. The profit generated by it was taxed only at the level of partners. Currently it will be taxed twice in the economic sense. The reason for this change is the sealing of the tax system. The aim of this article is to assess whether the actions of the legislator were adequate to the intended purpose.

Key words: limited partnership, partnerships, limited companies, taxation

1. Wprowadzenie

W 2021 roku spółki komandytowe mające siedzibę lub zarząd na terytorium RP zostały opodatkowane podatkiem dochodowym od osób prawnych. W poprzednim

¹ Autorka jest magistrem Finansów i Rachunkowości Szkoły Głównej Handlowej oraz asystentem naukowym na Uniwersytecie SWPS, ORCID 0000-0002-0701-2202.

stanie prawnym były one podmiotami transparentnymi podatkowo, zatem zysk przez nie wypracowany był opodatkowany jedynie na poziomie wspólników. Zgodnie z uzasadnieniem do projektu ustawy celem tych regulacji jest uszczelnianie systemu podatkowego w taki sposób, aby zapewnić powiązanie podatku należnego od dużych przedsiębiorstw, w szczególności międzynarodowych, z miejscem uzyskiwania przez nie dochodu².

Spółka komandytowa z komplementariuszem spółką z ograniczoną odpowiedzialnością do roku 2020 pozwalała na stworzenie struktury, która zapewniała ochronę majątku prywatnego oraz jednokrotne opodatkowanie zysku. Zastanawiające jest, czy każdorazowo taki podmiot nosił znamiona unikania opodatkowania. W artykule tym zostanie podjęta próba rozstrzygnięcia tej kwestii.

Pomysł opodatkowania spółki komandytowej podatkiem dochodowym od osób prawnych wywoływał wątpliwości, chociażby Krajowej Izby Doradców Podatkowych, które zostaną w niniejszym artykule zaprezentowane. Także część doktryny odniosła się w sposób sceptyczny do nowych regulacji³.

Wstępnie wydaje się, iż działanie ustawodawcy jest nieadekwatne do celu, który był wskazywany w uzasadnieniu do projektu. Uszczelnianie systemu podatkowego wskutek walki z międzynarodowym unikaniem opodatkowania mogło być osiągnięte poprzez opodatkowanie podatkiem dochodowym od osób prawnych spółek komandytowych ze wspólnikiem, który jest zagranicznym podmiotem.

2. Optymalizacja podatkowa – wyjaśnienie terminologii

Z uzasadnienia do rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych, ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych, ustawy o zryczałtowanym podatku dochodowym od niektórych przychodów osiąganych przez osoby fizyczne oraz niektórych innych ustawach o nr. druku 642, wprowadzającym opodatkowanie podatkiem dochodowym od osób prawnych spółek komandytowych, wynikało, iż jedną z przyczyn objęcia zakresem podmiotowym tego podatku tych form prawnych jest konieczność walki z działaniami optymalizacyjnymi. Wskazywano w nim, iż podatnicy bardzo często wykorzystują tę formę prawną w celach związanych z unikaniem opodatkowania.

W niniejszym rozdziale zostanie dokładnie wyjaśniona terminologia związana z działaniami, które powodują zmniejszenie obciążeń podatkowych.

Jest to niezmiernie istotne, bowiem, jak już zostało zasygnalizowane powyżej, działania te są *ratio legis* norm prawnych opodatkowujących podatkiem dochodowym od osób prawnych spółki komandytowe.

² Uzasadnienie do projektu ustawy o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych, ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych, ustawy o zryczałtowanym podatku dochodowym od niektórych przychodów osiąganych przez osoby fizyczne oraz niektórych innych ustaw, s. 2.

³ A. Mariański, Ł. Porada, *Zmiany w podatkach dochodowych w 2021 r.*, „Monitor Podatkowy” 2020, z. 12; J. Henzel, *Opodatkowanie spółek komandytowych [w:] Uszczelnienie w systemie podatkowym w CIT – najważniejsze regulacje*, red. J. Henzel, M. Jabłoński, M. Wołyński, legalis/el. 2021.

Ze zmniejszeniem ciężaru podatkowego związane są takie działania podatników, jak:

- oszczędzanie podatkowe,
- unikanie opodatkowania,
- obejście prawa podatkowego,
- planowanie podatkowe,
- uchylanie się od opodatkowania.

Pierwsze z nich dotyczy sytuacji, w której podatnik powstrzymuje się od dokonania działań, które to skutkują powstaniem obowiązku podatkowego. Z powodu braku urzeczywistnienia prawnopodatkowego stanu faktycznego podatnicy pozostają poza hipotezą normy prawnopodatkowej⁴.

Unikanie opodatkowania jest zjawiskiem już bardzo popularnym, dogłębnie analizowanym nie tylko w naukach prawnych, ale również ekonomicznych⁵ i społecznych⁶. Jest to działanie podatnika zmierzające do zmniejszenia obciążenia podatkowego, przy czym musi ono cechować się również sztucznością. Obejmuje ono czynność lub szereg czynności, które nie mają uzasadnienia ekonomicznego. Jedynym celem takich działań jest uzyskanie określonego skutku w ramach prawa podatkowego. Najczęstszym oczekiwanym skutkiem jest obowiązek zapłaty niższego podatku lub całkowity brak powstania zobowiązania podatkowego. Podatnik unikając opodatkowania, korzysta z instytucji prawnopodatkowych bądź luk w tej gałęzi, które to powinny być uregulowane zgodnie z zasadą racjonalnego ustawodawcy. Skutkiem tych działań jest zmniejszenie wpływów budżetowych oraz nierównomierne obciążenie podatkowe podatników, którzy zgodnie z aksjologią ustawodawcy podatkowego powinni ponosić równe obciążenia podatkowe⁷.

Obecnie w polskim porządku prawnym uregulowana jest ogólna klauzula przeciwko unikaniu opodatkowania w art. 119a Ordynacji Podatkowej⁸. Nadaje ona organom podatkowym kompetencję do pozbawienia podatników korzyści podatkowej w przypadku, gdy zostały one osiągnięte wskutek czynności bądź zespołu czynności, które spełniają definicję unikania opodatkowania. Zdaniem P. Borszowskiego wprowadzenie klauzuli ogólnej do polskiego systemu prawnego jest bardzo dużym osiągnięciem, chociażby z powodu zwiększenia stopnia elastyczności tej gałęzi⁹.

⁴ J. Jankowski, *Analiza skuteczności środków prawnych stosowanych przez polskiego ustawodawcę w celu ograniczenia optymalizacji podatkowej w podatkach dochodowych (lata 2011–2016)*, rozprawa doktorska przygotowana pod kierunkiem dr. hab. Roberta Gwiazdowskiego, Warszawa 2018, s. 38.

⁵ J. Stiglitz, *Ekonomia sektora publicznego*, Warszawa 2004, s. 818; J. Kudła, *Klauzula przeciwko unikaniu opodatkowania- ujęcie ekonomiczne*, „Analizy i Studia CASP” 2017, z. 1, s. 23–32; G. Myles, *Public Economics*, Cambridge 1995, s. 371.

⁶ M. Niesiołbędzka, *Relacje podatnik-państwo jako predykaty moralności podatkowej*, „Psychologia Społeczna” 2009, z. 4, s. 124; M. Pasternak-Malicka, *Mentalność i moralność podatkowa a reakcje gospodarstw domowych na obowiązek podatkowy*, „Modern Management Rewiew” 2013, z. 18, s. 87–98.

⁷ A. Werner, *Istota unikania opodatkowania* [w:] *Klauzula przeciwko unikaniu opodatkowania*, red. D. Gajewski, Lex/el. 2018.

⁸ Dz.U. 2020, poz. 1325, dalej: o.p.

⁹ P. Borszowski, *Stopień elastyczności w klauzuli przeciwko unikaniu opodatkowania* [w:] *Określenia nieostre i klauzule generalne w prawie podatkowym*, red. P. Borszowski, Lex/el. 2017.

Następnym działaniem, które skutkuje zmniejszeniem obciążeń fiskalnych, jest obejście prawa podatkowego. Zagadnienie to jest powiązane z tematyką związaną z pojęciem z zakresu prawa cywilnego, którym jest obejście prawa. Instytucja ta ma swoją podstawę normatywną w art. 58 Kodeksu cywilnego¹⁰, zgodnie, z którym: „czynność prawna (...) mająca na celu obejście ustawy jest nieważna (...)”. Czynności *in fraudem legis* nie zawierają w sobie elementów wprost sprzecznych z ustawą, ale ich skutki objęte zamiarem stron doprowadzają do naruszenia zakazów bądź nakazów ustanowionych w ramach prawa pozytywnego¹¹. Formalnie czynności takie nie naruszają norm prawnych, jednakże w znaczeniu materialnym doprowadzają one do osiągnięcia celu zakazanego przez ustawodawcę. Cel ten, niezgodny z prawem, nie jest objęty treścią czynności, jednakże poprzez jej dokonanie jest on osiągnięty. Co więcej, jest on objęty zamiarem stron bądź co najmniej jednej strony¹². Kwestią sporną jest możliwość wykorzystania konstrukcji obejścia prawa w ramach prawa podatkowego. M. Safjan twierdzi, iż art. 58 k.c. nie może być traktowany jako podstawa prawna do podważenia czynności prawnych na gruncie prawa podatkowego: „Nie można zasadnie przyjąć, że samo dążenie stron do zminimalizowania obciążeń podatkowych w ramach dokonywania operacji majątkowych jest równoznaczne z obejściem prawa z art. 58. Nie sposób bowiem wywieść na gruncie obowiązującego prawa, że podatnik mający do dyspozycji kilka różnych możliwości kształtowania swoich stosunków majątkowych powinien być zobowiązany do wyboru, która jest połączona w danej sytuacji z najwyższym obciążeniem podatkowym”¹³. Podobne stanowisko w tej kwestii zajmuje również P. Sobolewski: „Z perspektywy podmiotów prawa wybór takich konstrukcji prawnych, które zapewniają najniższe obciążenie podatkowe, jest działaniem całkowicie racjonalnym. (...) Wybór czynności prawnej zapewniającej taki sam skutek, ale niższe opodatkowanie, nie może być uznany za działanie niezgodne z prawem albo próbę obejścia prawa”¹⁴.

Pomimo krytycznych głosów doktryny, w okresie braku klauzuli ogólnej przeciwko unikaniu opodatkowania w polskim systemie prawnym orzecznictwo podatkowe wypracowało tzw. „sądową klauzulę obejścia prawa podatkowego”¹⁵.

Następnym działaniem wiążącym się ze zmniejszeniem obciążeń fiskalnych jest planowanie podatkowe. Można je zdefiniować jako prowadzenie interesów majątkowych podatnika z wykorzystaniem instrumentów prawnych, które skutkują zminimalizowaniem zobowiązań podatkowych¹⁶.

¹⁰ Dz.U. 2020, poz. 1740, dalej: k.c.

¹¹ M. Safjan [w:] *Kodeks Cywilny. T.I. Komentarz. Art. 1–449*¹⁰, red. K. Pietrzykowski, legalis/el. 2020, komentarz do art. 58 k.c.

¹² A. Janiak [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom I. Część ogólna, wyd. II*, red. A. Kidyba, LEX/el. 2012, komentarz do art. 58 k.c., teza 22.

¹³ M. Safjan [w:] *Kodeks...*, komentarz do art. 58 k.c.

¹⁴ P. Sobolewski [w:] *Kodeks Cywilny. Komentarz*, red. K. Osajda, legalis/el. 2020, komentarz do art. 58 k.c.

¹⁵ M. Goettel, A. Goettel, *Problem „obejścia” prawa podatkowego w świetle cywilistycznej zasady autonomii woli* [w:] *Instytucje prawa cywilnego w konstrukcji prawnej podatków*, red. M. Goettel, M. Lemonnier, LEX/el. 2011.

¹⁶ B. Brzeziński, *Anglosaskie doktryny orzecznicze dotyczące unikania opodatkowania*, Toruń 1996, s. 10.

Niektórzy autorzy wskazują również, iż czynności w ramach planowania podatkowego nie muszą być rozwiązaniami wynikającymi w sposób oczywisty z przepisów, ale mogą dotyczyć również: zarządzania płynnością, zarządzania stratami podatkowymi czy też zarządzania podatkami w sytuacjach związanych z fuzjami i przejęciami¹⁷. Z tego wynika, iż pojęcie to zawiera w sobie również sytuacje, w których dochodzi do zmniejszenia obciążeń fiskalnych, które to nie były zaplanowane przez ustawodawcę jako dające podstawę do skorzystania z preferencji w ramach prawa podatkowego. Zatem analogicznie do unikania opodatkowania skutkuje ono ponoszeniem mniejszych ciężarów podatkowych przez niektóre podmioty niezgodnie z aksjologią ustawodawcy podatkowego. Dokonanie *in concreto* oceny, czy dane działanie jest unikaniem opodatkowania, czy planowaniem podatkowym, może być bardzo trudne. Granicą je oddzielającą jest pewna typowość gospodarcza transakcji, która to powinna być widoczna w przypadku planowania podatkowego¹⁸.

Kolejnym działaniem wskazanym powyżej w niniejszym artykule jest uchylanie się od opodatkowania, które to prowadzi do minimalizacji obciążeń podatkowych poprzez działania niezgodne z prawem. W każdym przypadku jest to działanie nielegalne¹⁹. Jego przykładem może być np. posłużenie się sfałszowanymi dokumentami²⁰.

3. Opodatkowania spółki komandytowej przed 2021 rokiem

Przed rokiem 2021 spółka komandytowa była opodatkowana w sposób analogiczny do innych spółek osobowych, oprócz spółki komandytowo-akcyjnej²¹, oraz spółki cywilnej. Jednostki te są nazywane podmiotami transparentnymi podatkowo, bowiem obowiązek podatkowy ciąży jedynie na ich wspólnikach. W przeciwieństwie do nich spółki kapitałowe są opodatkowane dwukrotnie w sensie ekonomicznym, albowiem od dochodu osiągniętego przez spółkę powstaje obowiązek w podatku dochodowym od osób prawnych, zaś następnie zysk spółki wypłacany wspólnikom również podlega opodatkowaniu, odpowiednio podatkiem dochodowym od osób prawnych bądź podatkiem dochodowym od osób fizycznych w zależności od formy prawnej wspólnika.

Wspólnik będący osobą fizyczną podlega opodatkowaniu zgodnie z regułami zawartymi w art. 8 Ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych²². Przychody osiągnięte ze spółki osobowej oraz spółki cywilnej to tzw. przychody ze wspólnego źródła, które określa się proporcjonalnie do prawa udziału w zysku. Wielkość udziału powinna wynikać albo z postanowień umowy albo – jeżeli takich brak – jest on *ex lege* uznawany za równy u wszystkich wspólników. W taki sam sposób określa się również: koszty uzyskania przychodów, wydatki niestanowiące kosztów uzyskania przychodów, straty oraz ulgi podatkowe. Pomimo tego, iż podatnikami są wspólnicy, ustawodawca w art. 24a u.p.d.o.f. nakłada na spółki obowiązek prowadzenia podatkowej księgi

¹⁷ R. Iniewski, A. Nikończyk, *Świadomy Podatnik*, Warszawa 2011, s. 7.

¹⁸ J. Jankowski, *Analiza...*, s. 79.

¹⁹ A. Gomułowicz, J. Małecki, *Podatki i prawo podatkowe*, Warszawa 2004, s. 251.

²⁰ K. Schneider, *Błędy i oszustwa w dokumentach finansowo-księgowych*, Warszawa 2007, s. 188.

²¹ Od 1 stycznia 2014 roku została ona objęta podatkiem dochodowym od osób prawnych.

²² Dz.U. 2021, poz. 1128, dalej: u.d.o.f.

przychodów i rozchodów albo ksiąg rachunkowych. W literaturze wskazuje się, iż takie rozwiązanie jest zastosowane z powodów pragmatycznych²³. Ważną kwestią jest także moment powstania przychodu u wspólnika, bowiem najczęściej przychody te powinny być zakwalifikowane do źródła z pozarolniczej działalności gospodarczej, zatem wówczas będzie obowiązywać zasada memoriałowa²⁴. Ze względu na transparentność podatkową tych spółek uzyskanie przychodu przez spółkę oznacza, iż został on osiągnięty przez wspólnika. Zatem irrelevantne jest – z perspektywy opodatkowania podatkiem dochodowym od osób fizycznych – to, czy spółka dokonała faktycznej wypłaty zysku, czy też nie²⁵.

Właściwym aktem normatywnym regulującym opodatkowanie wspólnika spółki komandytowej, będącego osobą prawną, jest Ustawa o podatku dochodowym od osób prawnych²⁶. W tejże ustawie analogiczną regulacją do art. 8 u.p.d.o.f. jest art. 5. Zatem tak samo jak w stosunku do osób fizycznych znajduje zastosowanie zasada, zgodnie z którą dochody, koszty uzyskania przychodu, wydatki niestanowiące uzyskania przychodu, straty oraz ulgi podatkowe są przypisane wspólnikowi proporcjonalnie do jego prawa do udziału w zysku, który to wynika z postanowień umowy spółki, bądź jeżeli takich brak, przyjmuje się, iż udziały wspólników są równe. Przychód z tej spółki musi być również przypisany do odpowiedniego źródła, ponieważ od 2018 r. u.p.d.o.p. ta dzieli je na: przychody z zysków kapitałowych oraz inne przychody. Art. 7b u.p.d.o.p. zawiera katalog przychodów kwalifikowanych jako przychody z zysków kapitałowych, jednak nie zawiera on takich przychodów, jak np. przychody ze współwłasności albo przychody ze spółki osobowej niebędącej osobą prawną. Jednakże w ustawie nowelizującej ustawę o podatku dochodowym od osób prawnych, która to m.in. dokonywała podziału na dwa różne źródła przychodów, dodano również do art. 5 ust. 1a, zgodnie z którym: „przychody z zysków kapitałowych, przypisane wspólnikowi na podst. ust. 1 zwiększają przychody wspólnika uzyskane z tego źródła”. Doktryna, powołując się na wykładnię autentyczną (uzasadnienie do projektu), wskazuje, iż przepis ten należy rozumieć w ten sposób, iż jeżeli np. spółka komandytowa uzyskuje przychody zaliczane do źródła z zysków kapitałowych, czyli np. uzyskuje przychody z tytułu wniesienia do osoby prawnej lub spółki komandytowo-akcyjnej mającej siedzibę na terytorium RP wkładu niepieniężnego albo np. przychody z tytułu wymiany wirtualnej waluty na środek płatniczy lub towar czy też usługę, wówczas do tego źródła należy przypisać przychód wspólnika²⁷.

²³ J. Marciniuk [w:] *Podatek dochodowy od osób fizycznych. Komentarz*, red. J. Marciniuk, legalis/el. 2017, komentarz do art. 8 PDOFizU.

²⁴ Jednak należy zwrócić uwagę, że niekiedy niektóre kategorie przychodów są przypisywane, zarówno przez organy podatkowe, jak i sądy administracyjne, do kapitałów pieniężnych lub praw majątkowych. Przykładem takiego przychodu może być np. zbycie przez spółkę osobową papierów wartościowych; zob. interpretacja indywidualna Dyrektora IS w Poznaniu z 23.4.2009 r., nr ILPB1/415-156/09-2/IM.

²⁵ Wyrok WSA w Lublinie z 5.10.2018 r., I SA/Lu 367/18.

²⁶ Dz.U. 2020, poz. 1406, dalej: u.p.d.o.p.

²⁷ W. Dmoch [w:] *Podatek dochodowy od osób prawnych. Komentarz*, red. W. Dmoch, legalis/el. 2020, komentarz do art. 5 PDOPrU.

4. Hybrydowe formy prowadzenia działalności gospodarczej z wykorzystaniem spółki komandytowej

Przed rokiem 2021 przedsiębiorcy mogli prowadzić działalność w formie spółki komandytowej, w której komplementariuszem była spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, w celu łącznego skorzystania z zalet spółek osobowych oraz kapitałowych. W przypadku tych pierwszych taką zaletą jest jednokrotne opodatkowanie zysku, które zostało opisane powyżej. Jednak znaczną wadą jest także subsydiarna odpowiedzialność za zobowiązania takiej spółki. Wybór takiej formy prawnej skutkuje brakiem ochrony majątku prywatnego. Co do zasady taka spółka sama odpowiada za swoje zobowiązania, jednakże, kiedy egzekucja z jej majątku będzie bezskuteczna, wówczas do odpowiedzialności będą mogli zostać pociągnięci wspólnicy. Zaś zaletą spółek kapitałowych jest ograniczenie odpowiedzialności za ich zobowiązania, co pozwala chronić majątek osobisty wspólników. Dużą wadą tej formy prawnej jest jednak dwukrotne opodatkowanie jej dochodu w sensie ekonomicznym²⁸.

W przypadku hybrydowej formy prawnej (sp.k. sp. z o.o.) dochodziło do zminimalizowania obciążeń podatkowych poprzez odpowiednie ustalenie proporcji zysku w umowie. Dokument ten często zawierał postanowienie, zgodnie z którym komplementariuszowi, czyli spółce z o.o., przysługiwał 1% zysku, co powodowało, iż tylko nieznaczny procent zysku był opodatkowany dwukrotnie. Jednocześnie bardzo często jedynym wspólnikiem komplementariusza (czyli spółki z o.o.) był komandytariusz (osoba fizyczna), który to odpowiadał jedynie do kwoty sumy komandytowej, zatem jego majątek prywatny był chroniony. Zgodnie z art. 123 Kodeksu spółek handlowych²⁹ komandytariusz uczestniczy w zysku proporcjonalnie do swojego wkładu rzeczywiście wniesionego do spółki, o ile umowa spółki nie stanowi inaczej. Przepis ten interpretuje się w ten sposób, iż nic nie stoi na przeszkodzie tego, aby komandytariusze, którzy podlegają pod ustawę o podatku dochodowym od osób fizycznych, uczestniczyli w zysku na poziomie 99%, a komplementariusz – spółka z o.o. – na poziomie 1%. Zaś skład osobowy – w przypadku komandytariusza będącego jedynym wspólnikiem spółki z o.o. – pozwala zachować kontrolę nad spółką jednemu podmiotowi³⁰.

5. Opodatkowanie spółki komandytowej od roku 2021

Z dniem 1.1.2021 r. zakresem podmiotowym u.p.d.o.p. zostały objęte również spółki komandytowe. Skutkiem tej zmiany jest przede wszystkim to, że opisywana powyżej

²⁸ M. Flis, *Regulacja struktur hybrydowych od 2020 r. w świetle projektowanej nowelizacji przepisów z dnia 22 sierpnia 2019 r.*, „Biuletyn Instytutu Studiów Podatkowych” 2019, z. 10.

²⁹ Dz.U. 2020, poz. 1526, dalej: k.s.h.

³⁰ Ł. Karczyński, *Spółka komandytowa jako narzędzie optymalizacji opodatkowania*, „Prawo i Podatki” 2007, z. 10, s. 1.

struktura łącząca w sobie jednokrotne opodatkowanie zysków oraz ochronę majątku osobistego wspólników nie będzie mogła powstać w polskim systemie prawnym³¹.

Opodatkowanie spółki komandytowej oraz jej wspólników jest zatem obecnie dwukrotne w sensie ekonomicznym. Na poziomie spółki dochód jest opodatkowany w stawce 19% albo 9%, jeżeli spełni ona przesłanki opodatkowania stawką preferencyjną. Komplementariusze, którzy podlegają opodatkowaniu wedle przepisów z u.p.d.o.p., wszystkie dochody uzyskane z tytułu udziału w spółce komandytowej mają obowiązek kwalifikować do źródła przychodów z zysków kapitałowych. Jeśli zaś komplementariusz jest podatnikiem na gruncie u.p.d.o.f., kwalifikuje je jako przychód z kapitałów pieniężnych. Podatek należny od niego będzie mógł być pomniejszony o kwotę odpowiadającą iloczynowi procentowego udziału w zysku oraz kwoty podatku należnego od spółki. Komandytariusze w identyczny sposób kwalifikują dochody uzyskane ze spółki komandytowej. Aby zmniejszyć obciążenia fiskalne komandytariuszy zarówno na gruncie u.p.d.o.f., jak i u.p.d.o.p. ustawodawca wprowadził regulację, wedle której zwolnieniu od podatku dochodowego podlega kwota stanowiąca 50% przychodów z tytułu udziału w zysku w spółce komandytowej, jednak nie może ona przekroczyć 60 000 zł w roku podatkowym. Powyższe zwolnienie nie znajdzie jednak zastosowania, jeżeli powiązania pomiędzy wspólnikami lub sposób kierowania nią wskazują na optymalizacyjny charakter jej utworzenia. Ustawodawca wymienia *expressis verbis* przesłanki warunkujące wyłącznie z możliwości skorzystania z opisywanego zwolnienia, przykładowo: komandytariusz posiada bezpośrednio lub pośrednio co najmniej 5% udziałów (akcji) w spółce posiadającej osobowość prawną lub spółce kapitałowej w organizacji będących komplementariuszem w spółce komandytowej, w której jest komandytariuszem. Wprowadzono również możliwość odsunięcia w czasie opodatkowania podatkiem dochodowym od osób prawnych; spółka komandytowa może postanowić, iż jest ona opodatkowana na podstawie nowych reguł od 1.5.2021 r. Skuteczność takiego postanowienia nie jest uzależniona od powiadomienia organu podatkowego³².

Z uzasadnienia do projektu wynika, iż opisywana zmiana w regułach dotyczących opodatkowania spółki komandytowej jest spowodowana:

- koniecznością uszczelniania systemu podatkowego. Duże przedsiębiorstwa, w szczególności międzynarodowe, często poprzez zabiegi optymalizacyjne doprowadzają do sytuacji, w której zysk wypracowany na terenie RP nie jest w niej opodatkowany albo jest opodatkowana nieznaczna jego część,
- naruszeniem aksjologii ustawodawcy w skutek tworzenia struktur hybrydowych, które chroniły majątek osobisty wspólników oraz umożliwiły jednokrotne opodatkowanie zysku. Tworzenie takiego rodzaju podmiotów powoduje, iż są one opodatkowane w sposób niezgodny z zamiarem prawodawcy. Ponadto takie działania prowadzą do uprzywilejowanej pozycji dużych przedsiębiorstw, które mają odpowiednie zasoby finansowe, aby korzystać z obsługi doradców podatkowych. Taka sytuacja wpływa w sposób negatywny na równowagę konkurencyjną podmiotów na rynku,

³¹ W. Dmoch [w:] *Podatek...*, komentarz do art. 1 PDOPrU.

³² A. Bieńkowska, *Przegląd zmian podatkowych*, legalis/el. 2021, Rozdział I.

bowiem tylko więksi przedsiębiorcy mogą ponieść koszt profesjonalnych doradców, którzy doprowadzą do zmniejszenia ich obciążeń podatkowych³³.

Krajowa Izba Doradców Podatkowych 30 września 2020 r. wystosowała pismo do Ministerstwa Finansów, wskazując swoje stanowisko w sprawie opodatkowania podatkiem dochodem od osób prawnych spółek komandytowych.

Po pierwsze, argumentowano, że nieprawdą jest, iż spółka ta bardzo często służy do agresywnej optymalizacji podatkowej. Wybór tej formy prawnej może być spowodowany także innymi czynnikami niż aspekty podatkowe, np. kwestiami organizacyjno-prawnymi, dającymi wspólnikom możliwość różnego zaangażowania w tę formę działalności, co – jak zostało wskazane powyżej w niniejszym artykule – świadczyłyby o tym, iż działanie to nie wypełnia zakresu pojęciowego unikania opodatkowania³⁴.

Zaznaczono również, iż jako cel regulacji wskazano uszczelnianie systemu podatkowego, jednak opodatkowanie podatkiem dochodowym od osób prawnych wszystkich spółek komandytowych wydaje się do niego nieadekwatne (ustawodawca mógłby ustanowić je podatnikami podatku dochodowego od osób prawnych tylko pod pewnymi warunkami, np. w przypadku niemożności zidentyfikowania wspólników; podobne rozwiązanie prawne jest planowane w przypadku opodatkowania podatkiem dochodowym od osób prawnych spółek jawnych). Z braku proporcjonalnego działania ustawodawcy może wynikać to, iż jedynym celem nowej regulacji jest cel fiskalny³⁵.

Zaznaczono również, iż negatywnie należy ocenić moment wprowadzania tej regulacji. W czasie pandemii Covid-19 nieuzasadnione jest wprowadzanie zmian prawnych, które mogą przyczynić się do zmniejszenia aktywności gospodarczej, a przez to w następstwie skutkować zwiększeniem recesji³⁶.

Podobna argumentacja była wskazywana przez konfederację Lewiatan, która to również zgłosiła swoje uwagi do projektu. Jej zdaniem spółka komandytowa nie jest popularnym wehikułem optymalizacyjnym wykorzystywanym przez przedsiębiorców. Jest ona często wybieraną formą prawną nie tylko z powodu jednokrotnego opodatkowania dochodu, ale także poprzez jej zalety związane z aspektami organizacyjno-prawnymi. Spółka ta jest często następnym etapem rozwoju przedsiębiorstwa prowadzonego w formie jednoosobowej działalności. Pewien określony stopień rozwoju w działalności gospodarczej powoduje, iż przedsiębiorcy muszą w odpowiedni sposób uregulować kwestie takie, jak np. zasady zarządzania spółką, kwestię reprezentacji oraz odpowiedzialności za jej zobowiązania, a niekiedy pożądanym wówczas jest założenie spółki, która ma osobowość prawną. W przeciwieństwie do nich spółki komandytowe, oprócz

³³ Uzasadnienie do projektu ustawy o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych, ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych, ustawy o zryczałtowanym podatku dochodowym od niektórych przychodów osiąganych przez osoby fizyczne oraz niektórych innych ustaw, s. 2.

³⁴ Pismo Krajowej Izby Doradców Podatkowych do Ministerstwa Finansów z dnia 30 września 2020 r. w sprawie uwag do projektu ustawy z 15 września 2020 roku – nr z wykazu UD126, s. 3–4.

³⁵ Pismo Krajowej Izby Doradców Podatkowych do Ministerstwa Finansów z dnia 30 września 2020 r. w sprawie uwag do projektu ustawy z 15 września 2020 roku – nr z wykazu UD126, s. 5.

³⁶ Pismo Krajowej Izby Doradców Podatkowych do Ministerstwa Finansów z dnia 30 września 2020 r. w sprawie uwag do projektu ustawy z 15 września 2020 roku – nr z wykazu UD126, s. 4–5.

ich oczywistej zalety związanej z jednokrotnym opodatkowaniem, mogą być bardziej atrakcyjne dla przedsiębiorców formami prawnymi chociażby z powodu większej elastyczności w wypłacie zysku. Także przepisy regulujące spółkę komandytową na gruncie k.s.h. pozwalają na ukształtowanie szeregu kwestii dotyczących jej funkcjonowania, np. stosunków wewnętrznych, w sposób dużo bardziej dowolny niż w przypadku spółek kapitałowych, które są uregulowane w bardzo dużym zakresie poprzez normy *ius cogens*³⁷.

Wydaje się, że argumentacja zaprezentowana przez Krajową Izbę Doradców Podatkowych oraz Konfederację Lewiatan zasługuje na aprobatę. Wybór formy prawnej, jaką jest spółka komandytowa, nawet z komplementariuszem sp. z o.o., nie musiał być ukierunkowany na uniknięcie opodatkowania. Prowadzenie działalności w ramach tej spółki osobowej niesie za sobą nie tylko korzyści podatkowe; za przykład może chociażby posłużyć korzyść gospodarcza, jaką jest szybkość i elastyczność w dysponowaniu zyskiem³⁸.

Co więcej, spółka ta nie była często wykorzystywana przez podmioty zagraniczne do agresywnej optymalizacji podatkowej, walka z którą jest jednym z powodów opodatkowania wszystkich spółek komandytowych podatkiem dochodowym od osób prawnych³⁹. Jeżeli działanie ustawodawcy miało być proporcjonalne do powyższego celu, wówczas powinno dojść do opodatkowania podatkiem dochodowym od osób prawnych jedynie spółek komandytowych, które posiadają wspólników zagranicznych. Takich rozwiązań jednakże brak, wszystkie spółki komandytowe zostały potraktowane jako potencjalni członkowie agresywnych międzynarodowych wehikułów optymalizacyjnych.

Kolejnym, odrębnym argumentem przemawiającym przeciwko tym regulacjom, jest okres ich wprowadzania. Pandemia Covid-19 spowodowała duże zagrożenia dla polskich przedsiębiorstw, co zostało dostrzeżone przez ustawodawcę, np. poprzez uregulowanie różnych form wsparcia bezpośredniego⁴⁰. Zdecydowanie się w tym samym okresie na opodatkowanie podatkiem dochodowym od osób prawnych spółek komandytowych, które najczęściej są prowadzone przez polskich przedsiębiorców, powinno być oceniane w sposób negatywny⁴¹.

³⁷ Opinia Konfederacji Lewiatan do projektu z dnia 15 września 2020 r. ustawy o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych, ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych, ustawy o zryczałtowanym podatku dochodowym od niektórych przychodów osiąganych przez osoby fizyczne oraz niektórych innych ustaw.

³⁸ J. Henzel, *Opodatkowanie...*

³⁹ Zgodnie z danymi GUS jedynie 2,7% spośród wszystkich przedsiębiorstw z kapitałem zagranicznym stanowiły spółki komandytowe; zob. GUS, *Działalność gospodarcza przedsiębiorstw z kapitałem zagranicznym w 2019 r.*, Warszawa 2020, s. 20.

⁴⁰ Ich źródłem normatywnym jest ustawa z 2.3.2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem covid-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (Dz.U. 2020, poz. 1842).

⁴¹ A. Mariański, Ł. Porada, *Zmiany w podatkach dochodowych w 2021 r.*, „Monitor Podatkowy” 2020, z. 12.

6. Wnioski końcowe

Spółka komandytowa była formą prawną prowadzenia działalności gospodarczej, która – przy odpowiednim ukształtowaniu struktury właścicielskiej – pozwalała na ochronę majątku prywatnego wspólników oraz jednokrotne opodatkowanie zysku. Od 2021 roku została opodatkowana podatkiem dochodowym od osób prawnych, co powoduje dwukrotne opodatkowanie zysku w sensie ekonomicznym. Uzasadnieniem wprowadzonej zmiany jest konieczność walki z unikaniem opodatkowania, w szczególności z międzynarodową agresywną optymalizacją podatkową. Spółka ta rzadko jednak była tworzona przez podmioty zagraniczne. Co więcej, nawet tworzenie struktury wykorzystującej spółkę komandytową z komplementariuszem sp. z o.o. nie było w każdym przypadku przejawem unikania opodatkowania, bowiem taka forma przynosiła wspólnikom również inne korzyści niż tylko podatkowe. Opodatkowanie przez ustawodawcę wszystkich spółek komandytowych mających siedzibę lub zarząd na terytorium RP podatkiem dochodowym od osób prawnych wydaje się przez to działaniem nieadekwatnym. Wydaje się, iż lepszym rozwiązaniem byłoby opodatkowanie jedynie tych spółek komandytowych, których wspólnikiem jest podmiot zagraniczny, mając na uwadze cel prezentowany w uzasadnieniu do projektu ustawy, która wprowadziła analizowaną w niniejszym artykule zmianę.

Bibliografia

Literatura

- Bieńkowska A., *Przegląd zmian podatkowych*, legalis/el. 2021.
- Borszowski P., *Stopień elastyczności w klauzuli przeciwko unikaniu opodatkowania* [w:] *Określenia nieostre i klauzule generalne w prawie podatkowym*, red. P. Borszowski, Lex/el. 2017.
- Brzeziński B., *Anglosaskie doktryny orzecznicze dotyczące unikania opodatkowania*, Toruń 1996.
- Dauter B. [w:] *Ordynacja podatkowa. Komentarz*, red. S. Babiarczyk i in., LEX/el. 2019.
- Dmoch W. [w:] *Podatek dochodowy od osób prawnych. Komentarz*, red. W. Dmoch, legalis/el. 2020.
- Flis M., *Regulacja struktur hybrydowych od 2020 r. w świetle projektowanej nowelizacji przepisów z dnia 22 sierpnia 2019 r.*, „Biuletyn Instytutu Studiów Podatkowych” 2019, nr 10.
- Glumińska-Pawlic J., Kubista B., *Klauzula przeciwko unikaniu opodatkowania. Aspekty prawno-podatkowe*, „Analizy i studia CASP” 2017.
- Goettel M., Goettel A., *Problem „obejścia „prawa podatkowego w świetle cywilistycznej zasady autonomii woli* [w:] *Instytucje prawa cywilnego w konstrukcji prawnej podatków*, red. M. Goettel, M. Lemonnier, LEX/el. 2011.
- Gomułowicz A., Małecki J., *Podatki i prawo podatkowe*, Warszawa 2004.
- Gomułowicz A., *Przeciwdziałanie unikaniu opodatkowania*, „Analizy i Studia CASP” 2020.
- Henzel J., *Opodatkowanie spółek komandytowych* [w:] *Uszczelnienie w systemie podatkowym w CIT – najważniejsze regulacje*, red. J. Henzel, M. Jabłoński, M. Wołyński, legalis/el. 2021.

- Iniewski R., Nikończyk A., *Świadomy Podatnik*, Warszawa 2011.
- Janiak A. [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom I. Część ogólna, wyd. II*, red. A. Kidyba, LEX/el. 2012.
- Jankowski J., *Analiza skuteczności środków prawnych stosowanych przez polskiego ustawodawcę w celu ograniczenia optymalizacji podatkowej w podatkach dochodowych (lata 2011–2016)*, rozprawa doktorska przygotowana pod kierunkiem dr. hab. Roberta Gwiazdowskiego, Warszawa 2018.
- Karczyński Ł., *Spółka komandytowa jako narzędzie optymalizacji opodatkowania*, „Prawo i Podatki” 2007.
- Kudła J., *Klauzula przeciwko unikaniu opodatkowania- ujęcie ekonomiczne*, „Analizy i Studia CASP” 2017.
- Marciniuk J. [w:] *Podatek dochodowy od osób fizycznych. Komentarz*, red. J. Marciniuk, legalis/el. 2017.
- Mariański A., Porada Ł., *Zmiany w podatkach dochodowych w 2021 r.*, „Monitor Podatkowy” 2020, nr 12.
- Myles G., *Public Economics*, Cambridge 1995.
- Niesiobędzka M., *Relacje podatnik-państwo jako predykatory moralności podatkowej*, „Psychologia Społeczna” 2009, z. 4.
- Pasternak-Malicka M., *Mentalność i moralność podatkowa a reakcje gospodarstw domowych na obowiązek podatkowy*, „Modern Management Review” 2013, z. 18.
- Safjan M. [w:] *Kodeks Cywilny. T.I. Komentarz. Art. 1–449¹⁰*, red. K. Pietrzykowski, legalis/el. 2020.
- Schneider K., *Błędy i oszustwa w dokumentach finansowo-księgowych*, Warszawa 2007.
- Sobolewski P. [w:] *Kodeks Cywilny. Komentarz*, red. K. Osajda, legalis/el. 2020.
- Stanik K., Winiarski K., *Praktyczne problemy nadużycia i obejścia prawa podatkowego*, Wrocław 2013.
- Stiglitz J., *Ekonomia sektora publicznego*, Warszawa 2004.
- Werner A., *Istota unikania opodatkowania* [w:] *Klauzula przeciwko unikaniu opodatkowania*, red. D. Gajewski, Lex/el. 2018.

Orzecznictwo

- Wyrok WSA w Lublinie z 5.10.2018 r., I SA/Lu 367/18.
- Wyrok WSA w Gdańsku z 4.2.2014 r., I SA/Gd 1344/14.
- Uchwała NSA z 16.1.2012 r., II FPS 1/11.
- Uchwała NSA z 20.5.2013 r., II FPS 6/12.

Inne

- GUS, *Działalność gospodarcza przedsiębiorstw z kapitałem zagranicznym w 2019 r.*, Warszawa 2020.
- Opinia Konfederacji Lewiatan do projektu z dnia 15 września 2020 r. ustawy o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych, ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych, ustawy o zryczałtowanym podatku dochodowym od niektórych przychodów osiąganych przez osoby fizyczne oraz niektórych innych ustaw.
- Pismo Krajowej Izby Doradców Podatkowych do Ministerstwa Finansów z dnia 30 września 2020 r. w sprawie uwag do projektu ustawy z 15 września 2020 roku – nr z wykazu UD126.

- Uzasadnienie do projektu ustawy o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych, ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych, ustawy o zryczałtowanym podatku dochodowym od niektórych przychodów osiąganych przez osoby fizyczne oraz niektórych innych ustaw.