

kancelarie rp

Poradnik Prawo i podatki

WIĘCEJ PORAD NA  KANCELARIE.RP.PL

WYNAGRODZENIA

Jak się przygotować do dyrektywy europejskiej o jawności płac

Trzeba będzie obliczać mediany luki płacowej oraz wskazywać, jakiej płci są pracownicy najlepiej i najgorzej zarabiający.



PAWEŁ GRZEMBKA
Senior Associate
w Andersen w Polsce

Nowości w rekrutacji

Od pewnego czasu pracodawcy wraz z ogłoszeniem o pracę publikują tzw. widelki wynagrodzenia, jakie są gotowi zaoferować kandydatowi do pracy. Nie jest to jednak standardem, a o proponowanym wynagrodzeniu kandydat często dowiaduje się dopiero w trakcie rozmowy kwalifikacyjnej.

Po implementacji dyrektywy sytuacja ta ulegnie zmianie, a pracodawca będzie musiał przekazać kandydatowi do pracy informację o początkowym wynagrodzeniu lub jego przedziale, na przykład w ogłoszeniu o pracę. Co prawda nie ma być to jedynym sposobem realizacji tego obowiązku, ale najpewniej jej wejście w życie sprawi, że publikowanie informacji o wynagrodzeniu będzie dużo powszechniejsze.

Ponadto dyrektywa nakazuje konstruowanie ogłoszeń o pracę oraz nazw stanowisk pod względem płci. Pracodawca nie będzie mógł również pytać kandydata do pracy o jego aktualne wynagrodzenie.

Prawo do informacji

Obecnie pewne uprawnienia w zakresie żądania informacji o poziomach wynagrodzeń w firmie mają związki zawodowe. Jeśli jednak nie funkcjonują one u pracodawcy, nie ma on obowiązku przekazania takich statystyk. Dyrektywa wprost ustanawia jednak obowiązek przedsta-

wienia informacji o średnich poziomach wynagrodzenia w firmie – i to w podziale oraz w odniesieniu do kategorii pracowników wykonujących taką samą pracę lub pracę o takiej samej wartości.

Jednocześnie za wprost sprzeczną z przepisami będzie należało uznać klauzulę zabraniającą pracownikom ujawniania informacji o ich wynagrodzeniu, o ile ujawnienie to będzie miało na celu wykonywanie prawa do równego wynagrodzenia. Podobne stanowisko prezentowały jednak polskie sądy pracy na gruncie obecnie obowiązujących przepisów, dlatego wprowadzenie tego zakazu będzie jedynie potwierdzeniem aktualnych poglądów.

Raportowanie luki płacowej i jej ocena

Najpoważniejszym obowiązkiem przewidzianym w dyrektywie jest sprawozdawczość w zakresie luki płacowej. Pracodawcy będą zobowiązani do przedstawiania informacji o luce płacowej, które następnie będą zestawiane i publikowane przez wyznaczony do tego organ. Ma to umożliwić porównanie pracodawców np. przez kandydatów do pracy. Do 7 czerwca 2027 r. informacje te będą musieli przekazać pracodawcy zatrudniający od 150 osób, a do 7 czerwca 2031 r. – pracodawcy zatrudniający od 100 osób. Możliwe jest jednak, że przepisy krajowe nałożą taki obowiązek również na mniejsze podmioty.

Dyrektywa ustanawia obowiązek przedstawienia informacji o średnich poziomach wynagrodzenia w firmie – i to w podziale na płć oraz w odniesieniu do kategorii pracowników wykonujących taką samą pracę lub pracę o takiej samej wartości

W celu realizacji tego obowiązku konieczne będzie przede wszystkim zbadanie szczegółów dotyczących występującej luki płacowej. Poza ogólną informacją dotyczącą równości płac sprawozdania będą wymagały bowiem zbadania istnienia luki płacowej w zakresie dodatkowych składników wynagrodzenia (w tym w podziale na kategorie pracowników). Obowiązkiem będzie także obliczenie mediany luki płacowej oraz wskazanie, jakiej płci są pracownicy najlepiej i najgorzej zarabiający.

Jeżeli okaże się, że różnice w wynagrodzeniach wynoszą co najmniej 5 proc. (w którejkolwiek kategorii pracowników) i nie będą uzasadnione obiektywnymi, neutralnymi pod względem płci kryteriami, konieczne będzie podjęcie środków zaradczych. Jeśli po sześciu miesiącach problem pozostanie nierozwiązany, pracodawca będzie musiał przeprowadzić tzw. wspólną ocenę wynagrodzeń, czyli zbadać problem z przedstawicielami pracowników. Spodziewam się, że ten obowiązek może być często pretekstem do szeroko zakrojonych negocjacji płacowych prowadzonych przez związki zawodowe, a być może również podstawą do wszczynania sporów zbiorowych. Z tego względu warto przyjrzeć się, czy – i na ile poważny – problem luki płacowej występuje w firmie. Podjęcie już teraz działań mających na celu zaradzenie luce płacowej może bowiem pozwolić z jednej strony na to, że publiczne informacje o

pracodawcy pokażą go jako niedyskryminującego, a z drugiej – na uniknięcie, często niepożądanego, sporu ze związkami zawodowymi.

Co robić?

Likwidacja luki płacowej pozwoli na uniknięcie konieczności przeprowadzenia wspólnej oceny wynagrodzeń i stworzenie pozytywnego obrazu pracodawcy. Ponadto uchroni pracodawców od sporów z pracownikami, którzy czują się dyskryminowani ze względu na płć. Skoro bowiem dyrektywa wyposaży ich w narzędzia do weryfikacji równości płacowej, to mogą oni chętniej i skuteczniej dochodzić swoich praw przed sądem.

Przygotowania do implementacji dyrektywy najlepiej zacząć od zbadania aktualnego stanu luki płacowej w firmie. Dopiero to pokaże, jak istotnym problemem może być luka płacowa i jak szeroko zakrojone działania należy podjąć. Walka z luką płacową niewątpliwie będzie miała też wpływ na kształt budżetów w najbliższych latach. Może bowiem okazać się, że konieczne stanie się przeorganizowanie aktualnego systemu wynagradzania (w tym premiowania) lub przyznanie pracownikom podwyżek. To z kolei z pewnością odbije się na kosztach zatrudnienia, dlatego wiedza na temat obecnego stanu rzeczy pozwoli na rozłożenie tych kosztów w czasie lub przygotowanie odpowiedniej rezerwy. /©



Teksty z dodatku dostępne
w wersji elektronicznej na: **ARCHIWUM.RP.PL**

ODPOWIEDZIALNOŚĆ

Zarządzenie dla prokuratorów

Jest to tylko kwestia czasu, gdy rozpocznie się wszczynanie postępowań w sprawach przestępstw środowiskowych.



PAULINA MAGIERSKA

Senior Associate, Kancelaria
Prawnicza Głowacki i Wspólnicy

JAKUB WÓJCIK

Associate, Kancelaria Prawnicza
Głowacki i Wspólnicy

W styczniu br. Prokuratura Krajowa opublikowała komunikat o zarządzeniu zastępcy prokuratora generalnego Michała Ostrowskiego w przedmiocie zobowiązania prokuratorów regionalnych do zwiększenia skuteczności działania prokurator w zakresie stosowania przepisów ustawy z 28 października 2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary (t.j. DzU z 2023 r., poz. 659) w szczególności w zakresie czynów przeciwko środowisku.

Czy fakt, że prokuratorzy zostali formalnie zobowiązani do ścigania podmiotów zbiorowych za czyny zabronione

w wszystkich sprawach, w których kryteria tej odpowiedzialności zostały spełnione, spowoduje, że wzrośnie liczba spraw prowadzonych na podstawie ustawy?

Ustawa, choć obowiązuje już ponad 20 lat, nie stanowi efektywnego instrumentu, po który sięgają organy ścigania. Wykorzystywanie regulacji dotyczących odpowiedzialności karnej podmiotów zbiorowych jest zdecydowanie znikome. Statystyki dotyczące liczby postępowań prowadzonych w Polsce wobec podmiotów zbiorowych nie pozostawiają złudzeń – analizy wskazują, po pierwsze, na niski odsetek takich spraw, a po drugie, na nieznacznie wysoką wysokość kar nakładanych w trybie ustawy, co wskazuje na to, że jest ona wykorzystywana głównie wobec małych podmiotów zbiorowych. Czy to się zmieni?

Na podstawie przedmiotowej ustawy spółki, spółdzielnie, fundacje i inne jednostki organizacyjne również mogą zostać pociągnięte do odpowiedzialności karnej za popełnienie przestępstwa. Na mocy ustawy udostępniono narzędzie, jakim jest możliwość stosowania kar i środków karnych wobec jednostek organizacyjnych za działania bądź zaniechania osób fizycznych działających w ich imieniu. Ustawa wiąże odpowiedzialność karną podmiotów zbiorowych z takim czynem osoby fizycznej działającej w ich imieniu, który to czyn skutkował powstaniem albo przynajmniej możliwością powstania po stronie podmiotu zbiorowego korzyści mająt-

kowej bądź niemajątkowej.

Ustawodawca, zdając sobie sprawę z niskiej skuteczności ustawy, zdecydował się na rozpoczęcie prac nad obszerną nowelizacją ustawy, która mogłaby zrewolucjonizować przebieg postępowania z udziałem podmiotów zbiorowych. Prace rozpoczęto już w 2018 r., jednak ówczesnie projektowane zmiany nie doszły do skutku. Prace ponownie podjęto w 2022 r., jednak już tego samego roku zatrzymały się one na etapie Komitetu Stałego Rady Ministrów.

Projekt nowelizacji
– i co dalej?

Celem nowelizacji było zwiększenie efektywności postępowania przeciwko podmiotom zbiorowym, zwłaszcza w odniesieniu do zwalczania poważnej przestępczości gospodarczej i skarbowej. Podstawowymi założeniami projektu było wyeliminowanie konieczności uprzedniego skazania osoby fizycznej, które warunkuje odpowiedzialność podmiotu zbiorowego oraz umożliwienie prowadzenia postępowania wobec takiego podmiotu niezależnie od procesu przeciwko działającej w jego imieniu osobie fizycznej. Projekt zakładał także zmianę definicji podmiotu zbiorowego. Projektowane zmiany były tak daleko idące, że z powodzeniem można przyjąć twierdzenie, jakoby nowelizacja stanowiła rozwiązanie rewolucyjne.

Mimo aprobaty środowiska prawniczego co do konieczności dostosowania ustawy do

obecnych realiów dalsze procedowanie zmian w ogłaszanej formie znajduje się na ten moment pod znakiem zapytania. Ustawa powstawała w realiach gospodarczych znacząco odbiegających od obecnych, dlatego wdrożenie nowelizacji jest po prostu nieuniknione.

Przestępstwa
środowiskowe

Zarządzenie prokuratora generalnego nie bez przyczyny skupia się na tzw. przestępstwach środowiskowych. 1 września 2022 r. w życie weszła ustawa z 22 lipca 2022 r. o zmianie niektórych ustaw w celu przeciwdziałania przestępczości środowiskowej. Wprowadzono uproszczoną procedurę pociągnięcia podmiotu zbiorowego do odpowiedzialności z tytułu popełnienia przestępstwa przeciwko środowisku.

Wówczas jako cel regulacji wskazano dążenie do ochrony środowiska naturalnego przed szkodliwymi działaniami spełniającymi znamiona przestępstw lub wykroczeń przeciwko środowisku. Przestępstwa środowiskowe zostały przez ustawodawcę wyszczególnione, a zgodnie z uzasadnieniem projektu ustawy jednym z powodów zaostrzenia konsekwencji karnych popełnienia przestępstwa przeciwko środowisku są negatywne skutki, które często są niemożliwe do usunięcia. Konsekwencją tych czynów jest istnienie zagrożenia dla zdrowia i życia ludzi oraz innych organizmów żywych przez wiele

lat. Ustawodawca stanął na stanowisku, że stopień społecznej szkodliwości czynu, zawińnięcia, a także realizacja celów prewencji ogólnej i indywidualnej w ramach przestępstw środowiskowych wymagają zdecydowanej reakcji karnej. Jest to również odpowiedź na oczekiwania organów unijnych, które wraz z upływem lat coraz bardziej podkreślają wagę skutecznego karania podmiotów zbiorowych jako niezbędnego warunku zwalczania tego typu przestępczości.

Ustawa przewidziała znacznie surowsze niż dotychczas kary za wyrządzanie szkód w środowisku, w tym ułatwia karanie podmiotów zbiorowych. Krokiem milowym było uniezależnienie odpowiedzialności podmiotów zbiorowych od uprzedniego uzyskania prezydenty przeciwko osobie fizycznej. Niezależnie od skazania osoby fizycznej (np. członka zarządu) równolegle może zostać pociągnięty do odpowiedzialności także podmiot zbiorowy. Ponadto dla wybranego rodzaju przestępstw zwiększono wysokość minimalnej kary finansowej do 10 000 zł. Maksymalny limit kary pozostał na pulapie 5 000 000 zł, jednak ustawodawca nie wprowadził limitu w postaci procentu od przychodu osiągniętego w roku obrotowym, w którym popełniono czyn zabroniony, jak ma to miejsce w przypadku innych rodzajów przestępstw. Zdecydowano się także na rozszerzenie katalogu przestępstw objętych uproszczoną procedurą.

W sprawach związanych z ochroną środowiska na pod-

stawie wprowadzonej zmiany prokuratorzy mogą prowadzić postępowanie przeciwko podmiotom zbiorowym bez konieczności uzyskania uprzednio prezydenty. Praktyczną zaletą takiego rozwiązania jest to, że zagrożenie sankcją za naruszenie prawa może się zmaterializować znacznie szybciej niż w przypadku innych przestępstw. Wystarczy tylko, że organy ścigania uzyskają informację o podejrzeniu popełnienia przestępstwa. Żaden z międzynarodowych aktów prawnych wiążących Polskę nie uzależnia odpowiedzialności podmiotu zbiorowego od uprzedniego osądzenia sprawcy przestępstwa popełnionego na jego korzyść.

Niemniej, wprowadzenie surowszych kar za przestępstwa środowiskowe oraz odnotowanie w ostatnich latach wzrostu przestępstw przeciwko środowisku nie spowodowało, wbrew prognozom i oczekiwaniom, intensyfikacji działań kontrolnych ze strony organów ścigania. Opublikowane zarządzenie zastępcy prokuratora generalnego świadczy jednak o tym, że tylko kwestią czasu jest wszczęcie postępowań w tym przedmiocie. Mając na uwadze zapowiadane zmiany w podejściu prokuratury, należy się spodziewać, że prokuratorzy będą składać wnioski przeciwko podmiotom zbiorowym w oparciu o dowody zgromadzone w już toczących się postępowaniach przeciwko osobom fizycznym, nie oczekując na ich prawomocne zakończenie. / ©

ZAMÓWIENIA PUBLICZNE

Czy zatrzymania wadium należy się obawiać?

Zatrzymanie wadium to realne ryzyko, dlatego należy z dbałością podchodzić do wezwań zamawiającego.



MARTA EWIAK-KAWECKA

adwokat w KKLW Legal Kurzyński
Wierzbicki

Wadium znane jest każdemu wykonawcy biorącemu udział w przetargach publicznych. Nie każdy wykonawca jednak wie, kiedy wadium może być przez zamawiającego zatrzymane. Przesłanki zatrzymania wadium warto znać, gdyż w niektórych przypadkach zatrzymanie wadium może być dla wykonawcy nie lada zaskoczeniem.

Zgodnie z prawem zamówień publicznych zamawiający zatrzymuje wadium, jeżeli:

- 1) wykonawca, w odpowiedzi na wezwanie, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył;
- podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu lub brak podstaw wykluczenia,

- przedmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnienie tzw. wymagań przedmiotowych,

- wstępnego oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji (w przetargach powyżej progów unijnych – tzw. dokument JEDZ),

- innych dokumentów lub oświadczeń (np. pełnomocnictwa potwierdzającego umocowanie do złożenia oferty),

- co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej;

- 2) wykonawca nie wyraził zgody na poprawienie omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją warunków zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej;

- 3) wykonawca, którego oferta została wybrana:

- odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie,
- nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy;

- 4) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, którego oferta została wybrana (np. utrata decyzji, zgód zezwoleń, które mają związek z wykonywaniem przedmiotu zamówienia).

Meandry zatrzymania

Interpretacja przepisu dotyczącego zatrzymania wadium nie jest jednoznaczna. W praktyce jest to powiek wielu wykonawców i zamawiających spędza przede wszystkim pierwsza z przesłanek zatrzymania wadium, związana z niezłożeniem wymaganych dokumentów. Wątpliwości dotyczą m.in. tego, czy zatrzymanie wadium ma zastosowanie tylko w przypadku całkowitej bierności wykonawcy, który – mimo stosownego wezwania – nie składa właściwych dokumentów, czy też sankcja zatrzymania wadium będzie miała zastosowanie, gdy wykonawca złoży dokumenty, ale będą one nieprawidłowe. O ile kilka lat temu istniały w zasadzie dwie przeciwstawne linie orzecznicze, o tyle obecnie dominuje stanowisko, że przez niezłożenie dokumentów (oświadczeń) uzasadniających

zatrzymanie wadium należy rozumieć nie tylko całkowitą bierność oferenta, lecz również złożenie dokumentów (oświadczeń), z których nie wynika potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub spełnienie wymagań określonych przez zamawiającego. Sankcjonowana jest zatem nie tylko całkowita bierność (fizyczny brak złożenia dokumentów), ale też złożenie dokumentów nieprawidłowych. W związku z tym, aby uniknąć ryzyka zatrzymania wadium, należy zwrócić szczególną uwagę na prawidłowe reagowanie na wezwania zamawiającego – błąd może bowiem słono kosztować.

Kolejnym kontrowersyjnym zagadnieniem jest wachlarz możliwości obrony oferenta przed zatrzymaniem wadium. Nie każdy brak złożenia prawidłowych dokumentów uzasadniał będzie zatrzymanie wadium. Sankcjonowany jest bowiem przypadek niewykonania wezwania „z przyczyn leżących po stronie wykonawcy”. Tym samym wykonawca może się bronić przed zatrzymaniem wadium, wskazując, że:

- 1) odpowiedzialność za niezłożenie prawidłowych dokumentów obciąża zamawiającego, gdyż:

- określony przez zamawiającego termin na złożenie dokumentów był zbyt krótki,

- wezwanie skierowane przez zamawiającego było niejasne/niejednoznaczne,

- dokumenty zamówienia zostały sformułowane w sposób nieprecyzyjny, wobec czego wykonawca miał podstawy sądzić, że składa prawidłowe dokumenty;

- 2) wykonawca nie ponosi winy za brak złożenia prawidłowych dokumentów. Wykonawca powinien przedstawić argumenty wskazujące na to, że niezłożenie prawidłowych dokumentów nie było celowe, zamierzone i umyślne. Wówczas ma on szansę uniknąć zatrzymania wadium, a jeśli wadium zostało już zatrzymane – uzyskać jego zwrot przed sądem.

Trzeba mieć jednak na względzie, że praktyka orzecznicza w zakresie omawianych możliwości obrony wykonawcy nie jest spójna, szczególnie jeśli chodzi o kwestię zawińnięcia wykonawcy. W wielu orzeczeniach pojawia się stanowisko, że od wykonawcy wymagany jest wysoki stopień staranności, a niedopilnowanie złożenia właściwych dokumentów (np. z uwagi na błąd pracownika, przeoczenie terminu) skutkuje

utrata wadium. Z tego punktu widzenia zatrzymanie wadium stanowi realne ryzyko, dlatego z dbałością podchodzić należy do wezwań kierowanych przez zamawiającego.

Warto pamiętać, że sankcja zatrzymania wadium, przed wyborem oferty najkorzystniejszej, została ograniczona jedynie do wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą. Przykładowo: jeżeli oferta danego wykonawcy uplasowała się na szóstej pozycji w rankingu oceny ofert, a wykonawca ten, mimo wezwania, nie przedłożył wymaganych pełnomocnictw – wadium nie będzie podlegał zatrzymaniu (w stanie faktycznym sprawę przesłanki zatrzymania wadium, wykonawcy muszą się wykazać starannością w przedkładaniu dokumentów lub oświadczeń. Skutki niewykonania lub nieprawidłowego wykonania wezwania zamawiającego mogą być oplakane. Jakkolwiek w przypadku zatrzymania wadium wykonawca nie jest pozbawiony środków ochrony prawnej, to jednak, mając na uwadze rozbieżności w orzecznictwie, nie warto ryzykować. / ©

POSTĘPOWANIE

Egzekucja w przypadku wirtualnych walut nie jest prosta

Ze względu m.in. na brak krajowych regulacji prawnych dotyczących statusu kryptowalut w dużej mierze prowadzenie windykacji skierowanej przeciwko oraz z kryptowalut oparte jest na dobrej wierze dłużnika, np. wydanie nośników, haseł.



MICHAŁ ŁASKUDA

aplikant adwokacki, Kancelaria Radców Prawnych Miroslawski, Galos, Mozes

Problematyka szeroko rozumianych walut wirtualnych jest ostatnio często poruszana w debacie publicznej za sprawą zarówno popularności, jak i zagrożeń, jakie te aktywa mogą generować, w tym coraz częstszych prób uniknięcia egzekucji poprzez wymianę klasycznego majątku na kryptowaluty przez dłużników.

I. Egzekucja kryptowaluty jako świadczenia pieniężnego

Pierwszy przypadek obejmuje zasądzenie orzeczeniem sądowym roszczenia wyrażonego w określonej kwocie pieniężnej. Egzekucja będzie wówczas prowadzona zgodnie z przepisami o egzekucji świadczeń pieniężnych. Kodeks postępowania cywilnego (dalej: k.p.c.) przewiduje zamknięty katalog sposobów takiej egzekucji.

Kryptowaluty nie są same w sobie wierzytelnościami pieniężnymi, ponieważ nie są prawnym środkiem płatniczym – nie pełnią roli pieniądza fiducjarnego. Z tego samego powodu nie można ich egzekwować jak waluty obcej. Niemniej jednak w celu zaspokojenia tradycyjnej wierzytelności pieniężnej możliwe jest sięgnięcie do kryptoaktywów będących częścią majątku dłużnika.

Na wstępie należy odrzucić sposoby prowadzenia egzekucji świadczeń pienięż-

nych, które w sposób oczywisty nie znajdują zastosowania do rewindykacji kryptowalut – egzekucja ze statków morskich lub z nieruchomości.

Dodatkowo należy się zgodzić z ugruntowanym poglądem, że kryptowaluty nie są rzeczami. Wobec tego niemożliwe jest obciążenie ich ograniczonymi prawami rzeczowymi, np. zastawem. Powyższe nie będzie mieć jednak zastosowania do materialnych nośników kluczy prywatnych umożliwiających dostęp do kryptowalut. Jednakże i w takim przypadku pojawia się pytanie, co powinien zrobić komornik, zajmując np. pendrive lub dysk komputerowy, na którym zapisany jest klucz. Czy powinien zlicytować przedmiot wyłącznie za cenę jego wartości, czy może jednak, posiadając dostęp do klucza prywatnego, starać się sprzedać także kryptowalutę. Wydaje się, że druga opcja jest możliwa, aczkolwiek w tym miejscu pojawia się problem techniczny, mianowicie wielu komorników w Polsce nie posiada rachunków kryptowalutowych. Co więcej, pojawia się kwestia zastosowanych przez dłużnika zabezpieczeń nośników pamięci i trudności w ich przełamaniu. Na marginesie, wyjaśnić należy, że klucz prywatny może zostać zapisany także na zwyczajnej kartce papieru, co może całkowicie uniemożliwić uzyskanie przez komornika dostępu do takiego klucza, i to nawet przy założeniu, że dłużnik sporządzi wykaz swojego majątku.

Przechodząc do meritum, kryptoaktywa nie mogą być przechowywane na tradycyjnym rachunku bankowym. Wobec tego odpada możliwość zajęcia rachunku bankowego przez komornika. Wydaje się, że jeżeli dłużnik otrzymał część wynagrodze-

nia w formie kryptopieniędzy, to możliwe jest zajęcie tego wynagrodzenia u pracodawcy, stosując przepisy o egzekucji wynagrodzenia za pracę. Wyplata wynagrodzenia w formie deputatu wyrażonego w kryptowalutach, choć może wydawać się abstrakcyjna, jest tematem coraz częściej poruszonym.

W zakresie egzekucji świadczeń pieniężnych ustawodawca wskazuje na możliwość prowadzenia windykacji także z innych wierzytelności lub praw majątkowych. Na początek należy jednak podkreślić, że dla skutecznego zastosowania tych przepisów konieczne jest przysługiwanie jakichś praw na kryptowalutach, ponieważ z samego faktu ich posiadania nie wynikają jeszcze konkretne prawa obligacyjne ani rzeczowe.

Inaczej wygląda jednak sytuacja, jeżeli dłużnik posiada względem podmiotu trzeciego wierzytelność o charakterze obligacyjnym, której przedmiotem są kryptowaluty. Najczęściej będzie chodzić o sytuację, w których dłużnik przechowuje swoje aktywa na kryptogieldzie. Tego rodzaju relacja kontraktowa z innym podmiotem, z której wynika roszczenie dłużnika o wydanie aktywów, umożliwia zajęcie prawa do kryptowaluty przysługującego dłużnikowi.

II. Egzekucja kryptowaluty jako świadczenia niepieniężnego

Ostatnim zagadnieniem do rozważenia jest scenariusz, w którym na etapie postępowania sądowego zasądzone roszczenie nie będzie oparte na żądaniu świadczenia pieniężnego, lecz na żądaniu wydania konkretnych jednostek kryptopieniędzy.

Istotnym zagadnieniem w tym kontekście jest właściwa

W zakresie egzekucji świadczeń pieniężnych ustawodawca wskazuje na możliwość prowadzenia windykacji także z innych wierzytelności lub praw majątkowych

treść tytułu wykonawczego, który stanowi podstawę dla egzekucji. Powinno się w nim znaleźć wskazanie roszczenia o wydanie określonej ilości konkretnej kryptowaluty.

Niemniej jednak, jak już wielokrotnie podkreślano, kryptowaluty nie posiadają statusu rzeczy materialnej. Z tego powodu trudno będzie zastosować przepis art. 1045 k.p.c., który przewiduje, że jeśli komornik nie znajduje u dłużnika rzeczy lub dokumentu, które mają być odebrane, sąd na wniosek wierzyciela może zobowiązać dłużnika do ujawnienia ich lokalizacji oraz złożenia przysięgi, że jego oświadczenie jest zgodne z prawdą.

Ponadto próba skorzystania z instytucji sądowego ujawnienia majątku lub sporządzenia wykazu majątku przed komornikiem może być w praktyce nieskuteczna i to pomimo grożącej odpowiedzialności karnej za złożenie fałszywego oświadczenia.

Nie będzie też możliwe przeniesienie przez wierzyciela na swój rachunek kryptowalut, opierając się na art. 1049 k.p.c., ponieważ poza dłużnikiem nikt inny nie będzie w stanie podać hasła do odkodowania klucza prywatnego niezbędnego do dostępu do kryptokonta oraz do przeprowadzenia transakcji. Nawet jeśli klucz prywatny nie jest chroniony hasłem, przeniesienie jednostek kryptopieniędzy przez komornika wymagałoby ustalenia, gdzie klucz prywatny jest przechowywany (pendrive, dysk komputerowy). W konsekwencji główną

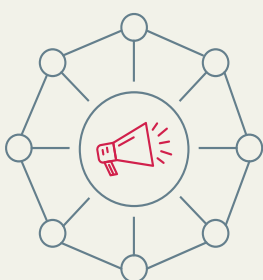
formą windykacji będzie zmuszenie dłużnika do ujawnienia hasła do klucza prywatnego, choć wykonanie tego wbrew jego woli wydaje się niemożliwe.

Wobec powyższego niemożliwe jest przeprowadzenie czynności przeniesienia kryptoaktywów jako czynności zastępowalnej przez wierzyciela. Jeśli dłużnik nie spełni dobrowolnie zobowiązania wynikającego z wyroku sądowego, konieczne będzie podjęcie przymusowych działań w celu wykonania orzeczenia. Wydaje się, że jedyną realną opcją egzekucji w takiej sytuacji może być zastosowanie przymusu w wykonaniu czynności niezastępowalnej, zgodnie z art. 1050 k.p.c. i dalsze.

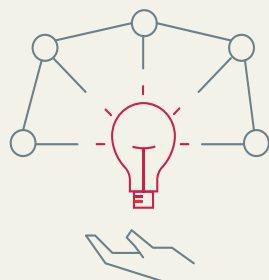
Jeśli jednak dłużnik nie ma wystarczających środków na swoim kryptokontcie, to wykonanie czynności staje się niemożliwe, a spełnienie świadczenia jest nierealne – egzekucja staje się niemożliwa. W takim przypadku wierzyciel nadal będzie mógł wytoczyć powództwo odszkodowawcze o wartość pieniężną odpowiadającą wartości żądanych jednostek kryptowaluty.

Reasumując, ze względu na brak krajowych regulacji prawnych dotyczących statusu kryptowalut oraz przepisów o egzekucji uwzględniających specyfikę tych aktywów, w dużej mierze prowadzenie windykacji skierowanej przeciwko oraz z kryptowalut oparte jest na dobrej wierze dłużnika, np. wydanie nośników, haseł. Ponadto kluczowe będzie doświadczenie komornika w prowadzeniu takich spraw. / ©

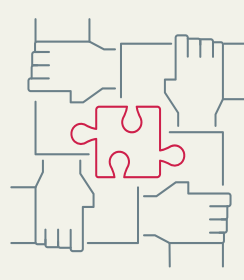
Sieć kancelarii prawnych — kancelarie.rp —



wspieramy
twój
marketing



wspieramy
rozwój twojego
biznesu



wspieramy
rozwój twojego
zespołu

Sprawdź jak zostać
Partnerem Sieci

kancelarierp.pl

DZIAŁALNOŚĆ GOSPODARCZA

Zatrudnienie pracowników tymczasowych może być wyzwaniem

Przed skorzystaniem z usług agencji pracy przedsiębiorca powinien dokładnie zapoznać się z zawieraną umową.



MALWINA RĄCZKA

radca prawny, Kancelaria
Radców Prawnych
Tomasz Czapczyński



NINA WIĘCKIEWICZ

aplikant adwokacki, Kancelaria
Radców Prawnych Tomasz
Czapczyński

Korzystanie z pracy świadczonej przez pracowników tymczasowych przez przedsiębiorstwa przemysłowe jest obecnie powszechne. Ze względu na metodykę działania agencji pracy procedura pozyskiwania pracowników jest dla takich przedsiębiorstw niezwykle szybka i prosta, a przez to bardzo korzystna. Jednakże specyfika pracy tymczasowej stawia przed przedsiębiorcami wiele wyzwań prawnych, na które należy uważać.

Trójstronny układ

Skorzystanie z pracy pracowników tymczasowych

tworzy trójstronny stosunek prawny pomiędzy tymi pracownikami, agencją pracy a przedsiębiorstwem. Choć przedsiębiorstwo uzyskuje miano „pracodawcy użytkownika”, to agencja pozostaje formalnym pracodawcą dla pracowników tymczasowych. Jedną z głównych korzyści dla przedsiębiorstw wynikających z opisywanego rozwiązania jest pominięcie czasochłonnej procedury rekrutacji. Większość agencji pracy korzysta z tzw. zamówień, w których należy wskazać wolne stanowiska pracy oraz liczbę osób poszukiwanych na dane stanowisko. Proces rekrutacji odpowiednich kandydatów, a następnie procedura nawiązania stosunku prawnego leżą po stronie agencji pracy. Agencja również pełni rolę płatnika zaliczek na podatek dochodowy oraz należności z tytułu składek na ubezpieczenia społeczne, a także wypłaca pracownikom tymczasowym należne wynagrodzenie.

Podział obowiązków względem pracownika

W związku z powyższym po stronie przedsiębiorstwa odpada wiele obowiązków związanych ze stosunkiem pracy, w tym w szczególności fiskalnych oraz dokumentowych, co z pewnością stanowi korzystny aspekt opisywanego rozwiązania. Nie oznacza to jednak, że po stronie przedsiębiorstwa nie leżą żadne obowiązki względem pracowników tymczasowych świadczących pracę na jego rzecz. Wskazany stosunek

prawny stwarza bowiem sytuację, w której agencja pracy i przedsiębiorstwo niejako dzielą się obowiązkami pracodawcy względem pracowników tymczasowych.

Pierwszą kwestią, na którą muszą zwrócić uwagę przedsiębiorstwa, jest ustawowy zakaz powierzania pewnego rodzaju prac pracownikom tymczasowym. Pracownicy ci nie mogą wykonywać na rzecz pracodawcy użytkownika pracy szczególnie niebezpiecznej, rozumianej jako praca, w której ryzyko wypadkowe jest większe niż przy pracach innego rodzaju ze względu na specyfikę, stosowane materiały czy miejscowe warunki wykonywania. Wobec powyższego przedsiębiorstwo nie powierzy pracownikom tymczasowym m.in. pracy na wysokościach, prac w zbiornikach, kanałach, wnętrzach urządzeń technicznych i innych niebezpiecznych przestrzeniach zamkniętych, jak również prac związanych z robotami budowlanymi.

Pracownik tymczasowy nie może także świadczyć pracy wymagającej uzbrojenia lub przedmioty przeznaczane do obezwładniania za pomocą energii elektrycznej, których posiadanie wymaga uzyskania pozwolenia. Kolejne dwa ograniczenia związane są natomiast z sytuacją pracowników zatrudnionych bezpośrednio przez przedsiębiorstwo. Tak więc przedsiębiorstwo nie może przyjąć pracownika tymczasowego do wykonywania pracy na stanowisku, na którym zatrudniony jest jego własny

pracownik, a którego nieobecność wynika z uczestniczenia w strajku. Ustawowo wyłączone jest również powierzenie pracy tego samego rodzaju co praca wykonywana przez pracownika przedsiębiorstwa, z którym do trzech miesięcy wcześniej został rozwiązany stosunek pracy z przyczyn niedotyczących pracowników. Zakaz ten obejmuje również wszelkie inne jednostki organizacyjne przedsiębiorstwa położone na terenie tej samej gminy.

Warunki pracy

Kolejnym aspektem, o którym należy pamiętać, jest zapewnienie pracownikom tymczasowym odpowiednich i bezpiecznych warunków pracy. Co prawda po stronie agencji pracy leży obowiązek skierowania pracownika tymczasowego na badania lekarskie, jak również instruktaż BHP ogólny, to przedsiębiorstwo jest zobowiązane przeprowadzić instruktaż stanowiskowy oraz poinformować pracownika tymczasowego o ryzyku zawodowym. Powyższe wynika z faktu, iż to właśnie pracodawca użytkownik zna najlepiej kwestie bezpieczeństwa oraz potencjalne ryzyka związane z pracą powierzaną pracownikowi tymczasowemu. Wszelką dokumentację związaną z realizacją wskazanych powyżej obowiązków przedsiębiorstwo jest natomiast zobowiązane przekazać agencji pracy jako pracodawcy odpowiedzialnemu za gromadzenie i przechowywanie dokumentacji pracowniczej. Po stronie

przedsiębiorstw często pojawiają się wątpliwości odnośnie do obowiązku szkolenia BHP względem pracowników tymczasowych zatrudnionych na podstawie umowy cywilnoprawnej. Wskazać bowiem należy, że przepisy Kodeksu pracy ani Kodeksu cywilnego nie nakładają na pracodawców (oraz odpowiednio pracodawców użytkowników) obowiązków związanych ze szkoleniem BHP w stosunku do osób zatrudnionych na podstawie umowy zlecenia czy umowy o dzieło. Przeszkolenie tak zatrudnionych osób zależy jednak od rodzaju i warunków wykonywanych czynności. Jeżeli bowiem poziom potencjalnych zagrożeń związanych z warunkami wykonywanych przez nich czynności jest wysoki, rekomendowane jest zrealizowanie wskazanych powyżej obowiązków. Realizacja powyższego zalecenia nie tylko poprawi poziom bezpieczeństwa w zakładzie pracy przedsiębiorcy, ale również zapewni mu ochronę w przypadku ewentualnej kontroli Państwowej Inspekcji Pracy.

Zasady traktowania

Podkreślenia wymaga również fakt, iż pracownicy tymczasowi świadczący pracę na rzecz przedsiębiorstwa nie mogą być traktowani mniej korzystnie w zakresie warunków pracy i zatrudnienia niż pracownicy zatrudnieni bezpośrednio przez przedsiębiorstwo na takim samym lub podobnym stanowisku pracy. Powyższe dotyczy także dostępu tych pracowników do

szkoleń w celu podnoszenia kwalifikacji zawodowych organizowanych przez przedsiębiorcę, jeżeli pracownicy tymczasowi świadczą na rzecz przedsiębiorstwa pracę co najmniej przez sześć tygodni.

Po stronie przedsiębiorstwa pojawiają się także obowiązki związane z wypadkiem przy pracy, któremu uległ pracownik tymczasowy. To właśnie pracodawca użytkownik podejmuje działania związane z ustaleniem w przewidzianym trybie okoliczności i przyczyn wypadku, eliminacją lub ograniczeniem zagrożenia, zapewnieniem udzielenia pierwszej pomocy osobom poszkodowanym, a także zastosowaniem odpowiednich środków zapobiegających podobnym wypadkom.

Część obowiązków względem pracowników tymczasowych może być przeniesiona na mocy umowy pomiędzy agencją pracy a przedsiębiorstwem. Co prawda zgodnie z przepisami to pracodawca użytkownik dostarcza pracownikowi tymczasowemu odzież i obuwie robocze, jednakże często stosowanym przez agencje rozwiązaniem jest przejście tego obowiązku, a następnie refakturowanie związanych z nim kosztów na przedsiębiorstwo. Również zapewnienie zakwaterowania pracownikom tymczasowych i pokrycie jego kosztów, leżące po stronie agencji, bywa na podstawie umowy przenoszona na pracodawcę użytkownika. Dlatego każdorazowo przed skorzystaniem z usług agencji pracy przedsiębiorca powinien dokładnie zapoznać się z umową i obowiązkami nią nałożonymi. / ©

LEGISLACJA

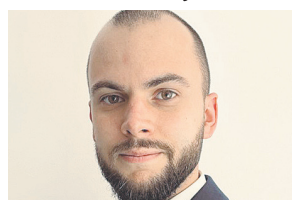
Przepisy o sygnalistach przewidują

W związku z realną szansą wejścia w życie przepisów ustawy jeszcze w tym roku, potencjalni pracodawcy powinni zacząć



ADAM GRZEGRZÓŁKA

Marszałek & Partnerzy - Adwokaci



RADOSŁAW JAROCKI

Marszałek & Partnerzy - Adwokaci

Wostatnim czasie na nowo ruszyły prace legislacyjne nad projektem ustawy o ochronie sygnalistów („ustawa”), co jest pierwszym

podejściem nowego rządu do ostatecznego zaimplementowania przepisów unijnych.

Projektowana regulacja jest wynikiem obowiązku implementacji do polskiego porządku prawnego przepisów Dyrektywy 2019/1937 w sprawie ochrony osób zgłaszających naruszenia prawa Unii. Polska jako państwo członkowskie Unii Europejskiej powinna była wdrożyć stosowne przepisy do 17 grudnia 2021 r.

Co przewiduje ustawa

Założeniem ustawy jest przyznanie ochrony tzw. sygnalistom, czyli osobom, które decydują się na zgłoszenie naruszeń prawa. Zgłoszenia mogą być dokonywane w sposób wewnętrzny albo zewnętrzny, z kolei w zakresie podmiotowym dokonać mogą ich pracownicy (w ramach stosunku pracy) oraz osoby, które powziły wiadomość o takowych naru-

szeniach niezależnie od podstawy prawnej świadczeń pracy. W związku z tym zgłosić nieprawidłowości będzie mogła zarówno osoba zatrudniona na umowę o pracę, jak i stażysta czy praktykant.

Sama ochrona polegać ma przede wszystkim na ustanowieniu zakazu działań odwetowych ze strony pracodawcy, w szczególności wynikającego z ujawnienia naruszeń ewentualnego rozwiązania stosunku pracy lub inicjowania postępowań przeciwko sygnaliście. Należy jednak pamiętać, że ochronie podlegać będą jedynie uzasadnione zgłoszenia, w związku z czym pracownik musi się liczyć z negatywnymi konsekwencjami, jeżeli jego zgłoszenie będzie miało znamiona zniesławienia pracodawcy lub wyrządzenia mu szkody wizerunkowej. Rozwiązania te za cel mają minimalizację działań dyskryminacyjnych oraz mobbingowych, z jakimi mógłby się spotkać potencjal-

ny pracownik. Adresatem przepisów są przede wszystkim pracodawcy, a więc spółki prawa handlowego. Natomiast, w związku z realną szansą wejścia w życie przepisów ustawy jeszcze w tym roku, potencjalni pracodawcy powinni zacząć przygotowywać się na konieczność modernizacji wewnętrznych przepisów i dostosowanie ich do nowych regulacji.

Zgłoszenia wewnętrzne

Obowiązek wdrożenia odpowiednich kanałów i procedur w ramach wewnętrznego aktu prawnego w sektorze prywatnym dotyczy jedynie podmiotów zatrudniających, według stanu na dzień 1 stycznia lub 1 lipca danego roku, co najmniej 50 pracowników, w innym wypadku pracodawca stosowne regulacje może wprowadzić na zasadzie dobrowolności. Wyjątek stanowią

podmioty wykonujące działalność w zakresie usług, produktów i rynków finansowych oraz przeciwdziałania praniu pieniędzy i finansowaniu terroryzmu, bezpieczeństwu transportu i ochronie środowiska, objętych zakresem stosowania aktów prawnych Unii Europejskiej wymienionych w części I.B i II załącznika do dyrektywy 2019/1937.

Wewnętrzne przepisy powinny przede wszystkim określać:

- sposoby przekazywania zgłoszeń wewnętrznych,
- ustanowienie wewnętrznej jednostki organizacyjnej lub podmiotu upoważnionego do przyjmowania zgłoszeń,
- bezzstronną wewnętrzną jednostkę uprawnioną do podejmowania działań następczych, w tym do komunikacji z sygnalistą,
- określenie trybu postępowania z informacjami o naruszeniu prawa,
- tryb potwierdzenia przy-

jęcia zgłoszenia sygnalisty w terminie siedmiu dni od otrzymania zgłoszenia,

f) obowiązki wynikające z działań następczych,

g) termin na przekazanie informacji zwrotnej sygnaliście wynoszący maksymalnie trzy miesiące od potwierdzenia przyjęcia zgłoszenia lub w przypadku braku potwierdzenia od upływu siedmiu dni od momentu zgłoszenia wewnętrznego.

Z kolei sama treść aktu powinna podlegać konsultacjom, trwającym od pięciu do dziesięciu dni, ze związkami zawodowymi lub w przypadku ich braku z odpowiednimi przedstawicielami pracowników.

Pracodawcy będą mieli obowiązek ustalenia przyjmowania zgłoszeń co najmniej w formie ustnej lub pisemnej. W przypadku formy ustnej należy mieć na uwadze konieczność stworzenia odpowiednich warunków, tj. utworzenie linii telefonicznej lub innego nagry-

ROZLICZENIA

Jedyny wspólnik i składki ZUS

Sąd Najwyższy podjął uchwałę, w której stwierdził, iż wspólnik dwuosobowej spółki z ograniczoną odpowiedzialnością posiadający 99 procent udziałów nie podlega ubezpieczeniom społecznym.



JOANNA GRACZYK

aplikantka radcowska
w Kancelarii Radców Prawnych
Mirowski, Galos, Mozes

Na gruncie ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych (dalej również jako: u.s.u.s., ustawa systemowa) osobą prowadzącą pozarolniczą działalność gospodarczą jest między innymi wspólnik jednoosobowej spółki z ograniczoną odpowiedzialnością (art. 8 ust. 6 pkt 4 u.s.u.s.). Wspólnik jednoosobowej spółki z ograniczoną odpowiedzialnością jest zatem obowiązany do opłacania składek na ubezpieczenia emerytalne, rentowe i wypadkowe.

Dobrowolnie może podlegać ubezpieczeniu chorobowemu. Jest to wyjątek od zasady, zgodnie z którą wspólnicy spółek kapitałowych nie podlegają ubezpieczeniu społecznemu. Jednak w spółce wieloosobowej może istnieć taki podział kapitału zakładowego, który sprawi, iż jeden ze wspólników będzie miał istotną przewagę głosów nad pozostałymi wspólnikami. W praktyce może zatem funkcjonować spółka, w której jeden wspólnik posiada 99 proc. udziałów, a drugi ze wspólników posiada tylko 1 proc. udziałów.

W ocenie organów rentowych i sądów jest to sytuacja wystąpienia tzw. wspólnika iluzorycznego („niemal jedynego” wspólnika).

„niemal jedynego” wspólnika).

Pojęcie „niemal jedynego” wspólnika nie zostało sprecyzowane w żadnym akcie prawnym. Jest to pojęcie wypracowane w głównej mierze przez orzecznictwo. Można uznać, że pomocniczy charakter ma treść art. 38 pkt 8 ustawy z 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym, zgodnie z którym w dziale 1 rejestru przedsiębiorców w przypadku spółki z ograniczoną odpowiedzialnością zamieszcza się między innymi, zgodnie z art. 35 ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym, oznaczenie wspólników posiadających samodzielnie lub łącznie z innymi co najmniej 10 proc. kapitału zakładowego oraz ilość posiadanych przez tych wspólników udziałów i łączną ich wysokość.

Większość udziałów

W uzasadnieniu postanowienia Sądu Najwyższego z 24 marca 2021 r., (sygn. akt III USK 156/21), wskazano, iż zasadnicze kryterium stanowi skala większości udziałów (przewagi głosów w zgromadzeniu wspólników) oraz sposób jej wykorzystywania. Jeśli jeden ze wspólników ma pozycję właścicielską tak dalece dominującą,

Pojęcie „niemal jedynego” wspólnika” nie zostało sprecyzowane w żadnym akcie prawnym

ca, iż nie może być własnym pracodawcą, to należy traktować wieloosobową spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością na równi ze spółką jednoosobową, w której jedyny udziałowiec nie może pozostawać w stosunku pracy ze spółką ze względu na brak elementów konstrukcyjnych właściwych dla stosunku pracy.

W judykaturze Sądu Najwyższego dominuje pogląd, że wspólnik dwuosobowej spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, który posiada część udziałów zapewniającą mu prawo do samodzielnego decydowania o wynikach zgromadzenia wspólników i niemal wyłączne prawo do zysku oraz który – wskutek pełnienia funkcji jednoosobowego zarządu – ma nieskrępowaną możliwość samodzielnego decydowania o bieżącej działalności spółki, podlega ubezpieczeniom społecznym jako osoba prowadząca działalność pozarolniczą na podstawie art. 8 ust. 6 pkt 4 ustawy z 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych.

Sąd jedyny lub „niemal jedyny” wspólnik spółki z o.o. nie podlega pracowniczemu ubezpieczeniu społecznemu. Jedyny (lub niemal jedyny) wspólnik spółki z o.o. co do zasady nie może pozostawać z tą spółką w stosunku pracy, gdyż w takim przypadku status wykonawcy pracy (pracownika) zostaje „wchłonięty” przez status właściciela kapitału (pracodawcy). Inaczej mówiąc, tam gdzie status wykonawcy pracy (pracownika) zostaje zdominowany przez właścicielski status wspólnika spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, nie może być mowy o zatrudnieniu w ramach stosunku pracy wspólnika, który w takiej sytuacji wy-

STATUS WSPÓLNIKA I JEGO OBOWIĄZKI

1. Wspólnik jednoosobowej spółki z ograniczoną odpowiedzialnością jest osobą prowadzącą działalność gospodarczą na gruncie ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych.
2. Wspólnik jednoosobowej spółki z ograniczoną odpowiedzialnością jest obowiązany do opłacania składek na ubezpieczenia emerytalne, rentowe i wypadkowe. Dobrowolnie może podlegać ubezpieczeniu chorobowemu.
3. W spółce wieloosobowej może istnieć taki podział kapitału zakładowego, który sprawi, iż jeden ze wspólników będzie miał istotną przewagę głosów nad pozostałymi wspólnikami.
4. Wspólnik większościowy, który ma pozycję dominującą w spółce, zgodnie z orzecznictwem może zostać uznany za „niemal jedynego” wspólnika, co oznacza, iż będzie on podlegał ubezpieczeniom społecznym jako osoba prowadząca pozarolniczą działalność gospodarczą.
5. W orzecznictwie sądowym istnieje utarta praktyka, zgodnie z którą granica uznania za „niemal jedynego” wspólnika to stosunek 90 proc. do 10 proc. udziałów.
6. Przelomem jest uchwała Sądu Najwyższego z 21 lutego 2024 r. (sygn. akt: III UZP 8/23), w której stwierdzono, iż wspólnik dwuosobowej spółki z ograniczoną odpowiedzialnością posiadający 99 proc. udziałów nie podlega ubezpieczeniom społecznym jak osoba prowadząca pozarolniczą działalność gospodarczą.

konuje czynności (nawet typowo pracownicze) na rzecz samego siebie (we własnym interesie) i na swoje własne ryzyko produkcyjne, gospodarcze i socjalne. Jedyny wspólnik jest od pracodawcy (spółki z ograniczoną odpowiedzialnością) niezależny ekonomicznie, gdyż – skoro do przesunięcia majątkowego dochodzi w ramach majątku samego wspólnika – nie zachodzi przesłanka odpłatności pracy, a nadto dyktuje mu sposób działania jako zgromadzenie wspólników.

W orzecznictwie sądowym istnieje również utarta praktyka, zgodnie z którą granica uznania za „niemal jedynego” wspólnika to stosunek 90 proc. do 10 proc. udziałów.

Przelomowa uchwała SN

Sąd Apelacyjny w Lublinie postanowieniem z 4 września 2023 r. zwrócił się z zagadnieniem prawnym do Sądu Najwyższego, czy wspólnik dwuosobowej spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, posiadający 99 procent udziałów, zapewniających mu możliwość swobodnego kształtowania

treści uchwał na zgromadzeniu wspólników i podejmowania decyzji dotyczących działalności spółki, podlega ubezpieczeniom społecznym.

W odpowiedzi na powyższe 21 lutego 2024 r. Sąd Najwyższy podjął uchwałę (sygn. akt III UZP 8/23), w której stwierdził, iż wspólnik dwuosobowej spółki z ograniczoną odpowiedzialnością posiadający 99 procent udziałów nie podlega ubezpieczeniom społecznym na podstawie art. 6 ust. 1 pkt 5 w związku z art. 8 ust. 6 pkt 4 ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych.

We wskazanej uchwale Sąd Najwyższy jednoznacznie potwierdził, że powyższe przepisy ubezpieczeniowe nie znajdują zastosowania do wspólników sp. z o.o. niebędących spółkami jednoosobowymi, niezależnie od struktury udziałowej. Trzeba zaznaczyć, iż taka wykładnia jest zbieżna z literalnym brzmieniem przepisu art. 8 ust. 6 pkt 4 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych i z definicją spółki jednoosobowej zawartej w art. 4 § 1 pkt 3 ustawy z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych (t.j. DzU z 2024 r. poz. 18 z późn. zm.).

większą ochronę praw pracowników

przygotowywać się na konieczność modernizacji wewnętrznych przepisów i dostosowanie ich do nowych regulacji.

wanego systemu komunikacji głosowej pozwalającego na dokumentowanie takowego zgłoszenia. Inne zgłoszenia ustne powinny zaś być dokumentowane poprzez sporządzenie dokładnego protokołu zgłoszenia. Dodatkowo, konieczne będzie ustanowienie rejestru zgłoszeń wewnętrznych, którego administratorem będzie pracodawca.

Mając na uwadze zakres obowiązków obciążających podmioty prywatne w związku z wprowadzeniem projektowanych przepisów ustawodawca przewidział również możliwość zlecenia obsługi zgłoszeń wewnętrznym podmiotowi zewnętrznemu. W tym celu konieczne jest zawarcie umowy powierzającej szeroko pojętą obsługę zgłoszeń określającej również szczegółowe prawa i obowiązki podmiotu zewnętrznego w zakresie przetwarzania danych osobowych. Podkreślić również należy, iż zgłoszenia

wewnętrzne nie będą jedyną formą, w jakiej pracownicy będą mogli zgłaszać informacje o naruszeniach. Ustawa przewidywać będzie możliwość sygnalizacji, z pominięciem wewnętrznych procedur, bezpośrednio do rzecznika praw obywatelskich lub organu publicznego, czyli na przykład jednostki samorządu terytorialnego. Ustanowienie organu zewnętrznego jest realizacją wymogu dyrektywy unijnej. Z kolei, jak można wyczytać w uzasadnieniu do projektowanej ustawy, wybór rzecznika praw obywatelskich podyktowany jest nadrzędną funkcją, jaka została powierzona temu organowi, którą jest ochrona praw obywatelskich. Nadto dzięki konstytucyjnie zapewnionym gwarancjom osoba pełniąca ten urząd powinna być niezależna i niezawisła, co zwiększa skuteczność prawidłowego działania przewidzianych w projektowanej ustawie

mechanizmów. Rolą rzecznika praw obywatelskich oraz organu publicznego będzie przede wszystkim ustalenie procedury przyjmowania zgłoszeń wewnętrznych oraz podejmowania następczych czynności, dokonanie wstępnej weryfikacji i następnie rozpoznania oraz przekazania właściwemu organowi celem podjęcia stosownych kroków i na koniec przekazanie sygnaliście informacji zwrotnej.

Obowiązkiem powyższych organów będzie zagwarantowanie szczególnej ochrony pracownikom dokonującym zgłoszenia, tak aby ci nie mieli obaw przed ujawnieniem ich danych osobowych. Ochrona poufności w założeniu ma objąć te informacje, które z łatwością pozwoliłyby zidentyfikować sygnalistę, a także uniemożliwić dostęp nieupoważnionym osobom do uzyskania informacji stanowiących przedmiot zgłoszenia.

Ujawnienie publiczne

Ostatnią możliwością, w jaką zostanie wyposażony sygnalista w ramach zgłoszenia nieprawidłowości, będzie ujawnienie publiczne. Do możliwości skorzystania z pełni dobrodziejstw niniejszej procedury konieczne będzie uprzednie wyczerpanie dwóch wyżej wymienionych, tj. dokonanie zgłoszenia wewnętrznego, a następnie zgłoszenia zewnętrznego lub samego zgłoszenia zewnętrznego. W takiej sytuacji sygnalista będzie objęty ochroną w przypadku:

- braku podjęcia jakichkolwiek działań przez podmiot prawny w terminie określonym na przekazanie informacji zwrotnej w procedurze wewnętrznej i analogicznie przez organ publiczny w procedurze zewnętrznej;
- gdy po dokonaniu zgłoszenia zewnętrznego właściwy organ w terminie wyznaczonym na przekazanie informacji

zwrotnej nie podejmie żadnych działań ani również nie przekaże informacji zwrotnej.

Niezależnie od powyższego zgłaszający będzie podlegał ochronie w razie uzasadnionego przekonania, że:

- sygnalizowane naruszenie bezpośrednio lub w oczywisty sposób powoduje zagrożenie interesu publicznego, w szczególności przy ryzyku wystąpienia nieodwracalnej szkody;
- dokonanie zgłoszenia zewnętrznego narazi sygnalistę na działania odwetowe;
- domniemania, iż zgłoszenie zewnętrzne nie dostarczy odpowiednich rezultatów przeciwdziałania naruszeniu z uwagi na okoliczności możliwości ukrycia lub zniszczenia dowodów czy zmywy między organem publicznym a sprawcą naruszenia lub uczestnictwem w naruszeniu przez organ publiczny.

W ramach ostatniego przy-

padku należy dokonać oceny, czy działanie następcze jest odpowiednie, w szczególności jakie zostały podjęte czynności celem weryfikacji informacji o naruszeniu, prawidłowej oceny sygnalizacji naruszenia oraz czy stosowne środki zostały użyte jako następstwo stwierdzenia naruszenia.

Warto śledzić pracę

Mimo że opublikowany tekst nie stanowi jeszcze ostatecznego aktu prawnego, to niewątpliwie warto obserwować postęp prac ustawodawczych. Zgodnie bowiem z projektem ustawy wejdzie w życie po upływie trzech miesięcy od dnia ogłoszenia, a nieustanowienie procedury zgłoszeń lub jej ustanowienie w kształcie sprzecznym z ustawą jest zagrożone karą grzywny. Odpowiednie przygotowania warto zatem zacząć już dziś.

STOSUNKI MIĘDZYNARODOWE

Klauzule sankcyjne mogą się stać remedium na sankcyjny chaos

Należy pamiętać o konieczności sformułowania klauzuli sankcyjnej w sposób, który zapewni jej skuteczność i wykluczy możliwość zakwestionowania jej ważności w ewentualnym sporze sądowym z kontrahentem.



PRZEMYSŁAW WIERZBICKI

advokat / partner w KKLW Legal
Kurzyński Wierzbicki sp.k.



KATARZYNA WIESZAŁKA

prawnik w KKLW Legal Kurzyński
Wierzbicki sp.k.

Sankcje stały się nieodłącznym elementem stosunków międzynarodowych. Niemal każdy podmiot gospodarczy (a zwłaszcza ten funkcjonujący na rynku międzynarodowym) odczuł lub wkrótce odczuje, jak silny wpływ sankcje mają na działanie jego firmy. Zidentyfikowaliśmy szereg problemów, jakie sankcje powodują co do gwarancji i akredytyw. Rzecz w tym, aby zawsze zidentyfikować ryzyka sankcyjne i skutecznie zabezpieczyć się przed naruszeniem sankcji.

Obecnie zarówno na szczeblu krajowym, jak i unijnym prowadzone są listy sankcyjne zawierające wykaz podmiotów, co do których nakazuje się stosować określone w danym porządku prawnym sankcje. Podobne uregulowania funkcjonują także w krajach spoza Unii Europejskiej (szczególną uwagę warto zwrócić na Stany Zjednoczone, które prowadzą niezwykle dynamiczną politykę sankcyjną).

Rzeczywistość zmusza więc racjonalnego przedsiębiorcę do starannego weryfikowania każdego potencjalnego kontrahenta i sprawnego lawirowania pomiędzy funkcjonującymi równoległe systemami sankcyjnymi.

Zamrożenie środków finansowych

Ustawa z 13 kwietnia 2022 r. o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania

wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego (t.j. DzU z 2023 r., poz. 1497 z późn. zm.) – dalej jako: polska ustawa sankcyjna – określając środki stosowane wobec podmiotów wpisanych na krajową listę sankcyjną, odsyła do norm rozporządzenia Rady (WE) nr 765/2006 z 18 maja 2006 r. dotyczącego środków ograniczających w związku z sytuacją na Białorusi i udziałem Białorusi w agresji Rosji wobec Ukrainy (Dz.Urz. UE L 134 z 20.05.2006, str. 1, z późn. zm. 2) oraz rozporządzenia Rady (UE) nr 269/2014 z 17 marca 2014 r. w sprawie środków ograniczających w odniesieniu do działań podważających integralność terytorialną, suwerenność i niezależność Ukrainy lub im zagrażających (Dz.Ur. UE L z 2014 r., nr 78, str. 6 z późn. zm.) – dalej jako: rozporządzenie Rady (UE) nr 269/2014. Przedmiotowe normy stanowią o zamrożeniu wszystkich środków finansowych i zasobów gospodarczych będących własnością, pozostających w posiadaniu, faktycznym władaniu lub pod kontrolą podmiotów ujętych na liście sankcyjnej lub podmiotów z nimi powiązanych. Opiswane normy zakazują także udostępniania wskazanym wyżej podmiotom – bezpośrednio lub pośrednio – jakichkolwiek środków finansowych i zasobów gospodarczych.

Zauważyć należy, że definicje środków finansowych oraz zasobów gospodarczych i funduszy zostały określone w przywołanych wyżej rozporządzeniach szczególnie szeroko. Zasygnalizować wystarczy, że wśród środków finansowych (funduszy) wymienionych wprost we wskazanych aktach prawnych znalazły się m.in.: weksle, gwarancje czy akredytywy. Jednocześnie celowe i potrzebne jest przywołanie w tym miejscu całości definicji „zamrożenia środków finansowych” zawartej w rozporządzeniu Rady (UE) nr 269/2014, zgodnie z którą zamrożenie środków finansowych oznacza zapobieganie wszelkim ruchom tych środków finansowych, ich przekazywaniu, zmianom, wykorzystaniu, udostępnianiu lub dokonywaniu nimi transakcji w jakikolwiek sposób, który powodowałby jakkolwiek zmianę ich wielkości, wartości, lokalizacji, własności, posiada-

nia, charakteru, przeznaczenia lub dowolną inną zmianę, która umożliwiłaby korzystanie z nich, w tym zarządzanie portfelem.

Instrumenty finansowania handlu

Niezwykle interesującą kwestią pozostaje wpływ sankcji na instrumenty finansowania handlu. Szereg dylematów powstaje zwłaszcza wskutek zestawienia norm sankcyjnych z instrumentami finansowymi, których istota zasadza się na ich bezwarunkowym charakterze. Przykładem takich instrumentów będą gwarancje ubezpieczeniowe i bankowe.

Dla zobrazowania zagadnienia warto w tym miejscu zaprezentować przykładowy problem praktyczny z opiswanej sfery. Głównym bohaterem przykładu będzie wystawca gwarancji bankowej (bank), który stanie przed dylematem, czy powinien dokonać wypłaty świadczenia z gwarancji bankowej na rzecz jej beneficjenta.

Na etapie poprzedzającym wystawienie gwarancji kwestia procedowania przez bank wydaje się być dosyć klarowna – racjonalnie postępujący bank nie zdecyduje się bowiem wystawić gwarancji na rzecz podmiotu objętego sankcjami lub podmiotu, co do którego bank identyfikuje wysokie ryzyko objęcia sankcjami w przyszłości. Rzecz jednak znacznie komplikuje się, kiedy okoliczności wskazujące na objęcie sankcjami podmiotu będącego beneficjentem gwarancji ujawnią się dopiero po wystawieniu gwarancji na jego rzecz.

W sytuacji, w której beneficjent gwarancji wystąpi do wystawcy z żądaniem wypłaty świadczenia z gwarancji, będąc w danym momencie podmiotem ujawnionym na liście sankcyjnej – bank, zgodnie z obowiązującymi go normami prawnymi, nie będzie mógł wypłacić na rzecz beneficjenta należności z gwarancji. W takiej sytuacji odmowa dokonania wypłaty z gwarancji znajdzie pokrycie w obowiązujących wystawcę normach prawnych, a zatem decyzja odmowna nie powinna zrodzić dla banku negatywnych konsekwencji.

Znacznie bardziej skomplikowaną decyzję wystawca będzie musiał podjąć, jeżeli beneficjent gwarancji wyst-

Rzeczywistość zmusza racjonalnego przedsiębiorcę do starannego weryfikowania każdego potencjalnego kontrahenta i sprawnego lawirowania pomiędzy funkcjonującymi równoległe systemami sankcyjnymi

Zarówno na szczeblu krajowym, jak i unijnym prowadzone są listy sankcyjne zawierające wykaz podmiotów, co do których nakazuje się stosować określone w danym porządku prawnym sankcje

pi z żądaniem wypłaty świadczenia z gwarancji, nie figurując w tym momencie na liście sankcyjnej prowadzonej przez uprawniony organ, a jednocześnie samodzielnie analiza banku doprowadzi go do przekonania, że beneficjent jest podmiotem objętym sankcjami (np. wystawca wykryje powiązania beneficjenta z podmiotem umieszczonym na liście sankcyjnej). W takiej sytuacji wystawca gwarancji stanie przed następującym wyborem:

1) dokonać wypłaty z gwarancji. W ten sposób bank narazi się na ryzyko uznania go przez właściwy organ za naruszcziela norm sankcyjnych – może bowiem dojść do sytuacji, w której organ ex post dojdzie do przekonania, że wypłaty dokonano na rzecz podmiotu objętego sankcjami [w tym miejscu warto wzmiankować, że polska ustawa sankcyjna wśród kar za naruszenie sankcji wymienia karę pieniężną do 20 milionów złotych],

albo
2) odmówić dokonania wypłaty. W takim przypadku bank narazi się na spór sądowy z beneficjentem gwarancji. Jeżeli sąd orzeknie, że odmowa wypłaty nastąpiła niezasadnie, gdyż beneficjent nie był podmiotem objętym sankcjami – wystawca będzie zobligowany nie tylko do wypłaty świadczenia z gwarancji, ale także do zapłaty na rzecz beneficjenta odsetek za opóźnienie oraz kosztów postępowania sądowego.

Zadane z powyższych rozwiązań nie jawi się jako korzystne dla banku. Zasadne zatem jest postawienie pytania – jak przedsiębiorcy mają się zabezpieczyć przed negatywnym wpływem sankcji na prowadzoną przez nich działalność?

Treść umów i dokumentów

Za swoiste remedium, pozwalające przedsiębiorcom na minimalizację ryzyk sankcyjnych, należy uznać stosowanie klauzul sankcyjnych w treści zawieranych umów lub wystawianych dokumentów. W praktyce obrotu najczęściej stosuje się trzy rodzaje klauzul sankcyjnych, które zaprezentowane zostały poniżej (na przykładzie banku).

Pierwszy rodzaj klauzuli sankcyjnej polega na powieleniu w treści umowy (doku-

mentu) normy prawa powszechnie obowiązującego. Drugim rodzajem klauzuli sankcyjnej jest zapis będący (tożsamo jak w wariantcie pierwszym) odzwierciedleniem normy prawa powszechnie obowiązującego, do którego jednocześnie dołącza się zapis o wewnętrznym polityce sankcyjnej banku, której zastosowanie zostanie włączone do stosunku prawnego.

Jako trzeci wariant wskazać należy klauzulę sankcyjną będącą (znów) powieleniem normy prawa powszechnie obowiązującego, z dodatkowym zastrzeżeniem przyznającym bankowi możliwość podjęcia autonomicznej decyzji w zakresie uznania kontrahenta za podmiot sankcjonowany (w przypadku, w którym bank zidentyfikuje ryzyko naruszenia sankcji, do którego miałyby dojść wskutek wykonania zobowiązania banku względem kontrahenta).

Pierwsza wersja klauzuli sankcyjnej opiera się wyłącznie na przepisach prawa powszechnie obowiązującego, które co do zasady pozostają ogólne i niejednokrotnie nieprecyzyjne – taka klauzula będzie więc najbardziej korzystna dla kontrahenta banku. Z kolei dwie kolejne wersje klauzul zabezpieczą przede wszystkim interesy banku, który będzie mógł odmówić wykonania zobowiązania względem kontrahenta, uzasadniając to postanowieniami wewnętrznej polityki banku bądź autonomiczną decyzją banku, podjętą na podstawie przeprowadzonej przez niego weryfikacji kontrahenta. Oczywiście przy tym pozostaje, że decyzja banku nie będzie mogła być wyrazem jego swobodnej decyzji, niezależnej od żadnego oparcia w rzeczywistych okolicznościach sprawy. Pamiętać należy o konieczności sformułowania klauzuli sankcyjnej w sposób, który zapewni jej skuteczność i wykluczy możliwość zakwestionowania jej ważności w ewentualnym sporze sądowym z kontrahentem.

Kwestię wpływu sankcji na instrumenty finansowania handlu oraz o tym, jak minimalizować ryzyko sankcyjne, stosując odpowiednie klauzule sankcyjne, szerzej rozważyliśmy w raporcie „Sankcje – wyzwanie dla finansowania handlu (trade finance) w Polsce” sporządzonym m.in. przez naszą kancelarię. / ©



Teksty z dodatku dostępne

w wersji elektronicznej na: **ARCHIWUM.RP.PL**

NOWE TECHNOLOGIE

Zakres uproszczonych ram zarządzania ryzykiem w DORA

Objęcie uproszczonymi ramami zarządzania ryzykiem małych domów maklerskich będzie miało niebagatelne znaczenie dla wdrożenia wymogów DORA w tych instytucjach.



KRZYSZTOF ROŻKO

radca prawny, wspólnik zarządzający w Krzysztof Rożko i Wspólnicy Kancelaria Prawna



BARTOSZ POSŁUSZNY

radca prawny w Krzysztof Rożko i Wspólnicy Kancelaria Prawna

Ramy zarządzania ryzykiem w rozporządzeniu DORA, czyli Digital Operational Resilience Act, mają zastosowanie głównie do dostawców usług cyfrowych oraz instytucji finansowych. Ich zakres obejmuje identyfikację, ocenę i zarządzanie ryzykiem związanym z operacjami cyfrowymi, w tym zagrożeniami dla bezpieczeństwa, ciągłości działania i integralności danych.

W związku ze wzrostem znaczenia rozwiązań cyfrowych, a tym samym zagrożen w obszarze cyberbezpieczeństwa, podejmowane są kolejne działania w ramach realizacji strategii odporności cyfrowej Unii Europejskiej ogłoszonej w 2020 r. Elementem tych działań jest przyjęcie rozporządzenia DORA, które zacznie być stosowane, począwszy od 17 stycznia 2025 r.

Przepisy DORA będą miały istotne znaczenie dla szeregu podmiotów finansowych oraz dostawców usług technologii informacyjno-komunikacyjnych (ICT). Jednakże nie wszystkie wymogi przewidziane w DORA będą dotyczyć podmiotów finansowych w tym samym stopniu. Część z nich zostanie całkowicie zwolniona z realizacji nowych obowiązków, inne zaś zobowiązane będą wdrożyć ich uproszczone wersje. Do tej drugiej grupy należą zwłaszcza małe podmioty finansowe, takie jak małe domy maklerskie.

Na jakie ułatwienia mogą zatem liczyć mniejsi uczestnicy rynku kapitałowego?

Znaczenie skali działalności

Chociaż przepisy DORA obejmują szeroką grupę podmiotów finansowych, to w myśl zasady proporcjonalności ustawodawca unijny zdecydował o zróżnicowaniu rodzajów wymogów oraz ich intensywności w zależności od skali i rodzaju działalności prowadzonej przez dany podmiot. Ze względu na rozmiar prowadzonej działalności wybrane podmioty objęto wyłączeniem z zakresu regulacji DORA, dotyczy to m.in.:

- zarządzających alternatywnymi funduszami inwestycyjnymi (ZAFI), tj. funduszami inwestycyjnymi zamkniętymi, specjalistycznymi funduszami inwestycyjnymi otwartymi lub alternatywnymi spółkami inwestycyjnymi, w przypadku gdy łączna wartość zarządzanych przez ZAFI aktywów, w tym nabytych za pomocą dźwigni finansowej, ogółem nie przekracza progu 100 mln EUR lub progu 500 mln EUR, gdy ZAFI zarządza funduszami, które nie stosują dźwigni finansowej oraz w których prawa do umorzenia nie mogą być wykonywane przez okres pięciu lat od daty początkowej inwestycji;
- małych zakładów ubezpieczeń i zakładów reasekuracji oraz
- instytucji pracowniczych programów emerytalnych (liczących do 15 członków).

Dodatkowo wybrane małe podmioty finansowe, które nie zostały objęte wyłączeniem, będą zobowiązane spełnić łagodniejsze wymogi względem podstawowych ram zarządzania ryzykiem. W przypadku tych podmiotów znajdą bowiem zastosowanie uproszczone ramy zarządzania ryzykiem związanym z ICT. Dla porządku należy dodać, że przepisy DORA przewidują wyłączenia oraz modyfikacje w zakresie wybranych wymagań w przypadku mikroprzedsiębiorców, którzy jednak nie mają możliwości zastosowania ram uproszczonych.

Podmioty korzystające z ram uproszczonych

Możliwość stosowania uproszczonych ram zarzą-

dzania ryzykiem została ograniczona do wybranych podmiotów wskazanych w przepisach DORA.

- Należą do nich:
- małe i niepowiązane wzajemnie firmy inwestycyjne,
 - zwolnione instytucje płatnicze, zwolnione instytucje pieniądza elektronicznego oraz inne wybrane instytucje wskazane w odrębnych przepisach prawa unijnego oraz
 - małe instytucje pracowniczych programów emerytalnych (obsługujące programy emerytalne liczące łącznie mniej niż 100 uczestników).

W powyższej grupie należy zwrócić szczególną uwagę na kategorię małych i niepowiązanych wzajemnie firm inwestycyjnych, rozumianych jako podmioty spełniające kryteria finansowe wskazane w rozporządzeniu IFR (rozporządzenie w sprawie wymogów ostrożnościowych dla firm inwestycyjnych), dotyczące m.in. wartości aktywów, którymi zarządza firma inwestycyjna, oraz wartości obsługiwanych zleceń. Na gruncie polskich przepisów wskazana grupa obejmuje małe domy ma-

Podmioty wdrażające uproszczone ramy zarządzania ryzykiem związanym z ICT będą mogły skorzystać z ułatwień dotyczących m.in. węższego zakresu i mniejszej częstotliwości audytów wewnętrznych

klerskie, których działalność uregulowano przepisami ustawy o obrocie instrumentami finansowymi stanowiącymi transpozycję do polskiego porządku prawnego unijnego pakietu regulacyjnego w obszarze nadzoru ostrożnościowego nad firmami inwestycyjnymi.

Objęcie uproszczonymi ramami zarządzania ryzykiem małych domów maklerskich będzie miało niebagatelne znaczenie dla wdrożenia wymogów DORA w tych instytucjach. Pierwszym etapem procesu wdrożeniowego powinno być bowiem dokonanie autoidentyfikacji, w tym określenie profilu ryzyka podmiotu z uwzględnieniem skali i rodzaju prowadzonej działalności, rozpoznanie ram regulacyjnych

Wdrożenie odpowiednich rozwiązań wewnętrznych w zakresie cyberodporności może stanowić wyzwanie organizacyjne dla podmiotów finansowych

obejmujących dany podmiot finansowy, a w konsekwencji obowiązków prawnych, które należy spełnić.

Uprozczone ramy

Chociaż wskazane wyżej podmioty finansowe skorzystają z ułatwień wynikających ze stosowania uproszczonych ram zarządzania ryzykiem, to nie zostały one objęte wyłączeniem odnośnie do pozostałych obowiązków przewidzianych w rozporządzeniu. W szczególności dotyczy to zarządzania incydentami ICT, testowania operacyjnej odporności cyfrowej czy wreszcie zarządzania ryzykiem ze strony zewnętrznych dostawców usług ICT. Niemniej również w tym zakresie w przepisach DORA przewidziano wyjątki względem podmiotów sto-

sujących uproszczone ramy zarządzania ryzykiem.

Ogólne wymogi względem podmiotów stosujących uproszczone ramy zarządzania ryzykiem ICT obejmują przede wszystkim:

- wprowadzenie i utrzymanie udokumentowanych (uproszczonych) ram zarządzania ryzykiem związanym z ICT,
- stałe monitorowanie systemów ICT,
- reagowanie na incydenty ICT,
- identyfikację zależności od zewnętrznych dostawców usług ICT,
- zapewnienie ciągłości działania,
- regularne testowanie ram zarządzania ryzykiem oraz rozwiązań zapewniających ciągłość działania oraz

- stały rozwój w zakresie odporności cyfrowej, w tym przeprowadzanie szkoleń.

W stosunku do podstawowych ram zarządzania ryzykiem wersja uproszczona została uregulowana w treści DORA jedynie w podstawowym zakresie, a szczegółowe wymogi zostaną dookreślone w aktach wykonawczych do rozporządzenia (regulacyjnych standardach technicznych - RTS). Opublikowane projekty RTS precyzują elementy uproszczonych ram zarządzania ryzykiem, jak również rodzaje i składowe wymaganych polityk i procedur wewnętrznych, m.in. dotyczących polityki bezpieczeństwa informacji, ciągłości działania, kontroli dostępu oraz zarządzania projektami ICT.

Porównanie uproszczonych ram zarządzania ryzykiem do podstawowych wymogów przewidzianych przepisami DORA prowadzi do wniosku, że różnice pomiędzy nimi sprowadzają się przede wszystkim do stopnia złożoności rozwiązań mających na celu zapewnienie odporności cyfrowej podmiotu finansowego. Wynika to z przyjęcia założenia, że mniejsza skala działalności związana jest z odpowiednio niższym stopniem ryzyka w obszarze ICT, dlatego też stosowanie środków bezpieczeństwa powinno być realizowane w proporcjonalnie węższym zakresie.

Podmioty wdrażające uproszczone ramy zarządzania ryzykiem związanym z ICT będą mogły skorzystać z ułatwień dotyczących m.in. węższego zakresu i mniejszej częstotliwości audytów wewnętrznych, wyłączenia obowiązku utrzymywania nadmiarowych zdolności w zakresie ICT oraz posiadania systemów redundantnych (zastępczych). Dodatkowo podmioty te zwolnione będą z obowiązku raportowania w przypadku powtarzających się incydentów związanych z ICT, przeprowadzania zaawansowanych testów penetracyjnych ukierunkowanych przez analizę zagrożeń oraz obowiązku przyjmowania strategii dotyczą-

cej ryzyka ze strony zewnętrznych dostawców usług ICT.

Wdrożenie wymaga przygotowania

Przepisy dotyczące uproszczonych ram zarządzania ryzykiem związanym z ICT przewidują mniej złożone wymagania względem ram podstawowych oraz wydają się dawać większą swobodę w zakresie ustalenia rodzaju środków bezpieczeństwa i zasad ich stosowania. Ma to na celu umożliwienie małym podmiotom finansowym wdrożenia minimalnych rozwiązań pozwalających na osiągnięcie cyberodporności przy jednoczesnym ograniczeniu obciążenia nałożonego na te podmioty. Należy jednak zwrócić uwagę, że pomimo wskazanych różnic oba rodzaje ram zarządzania pozostają bardzo zbliżone. Dlatego też ostateczny kształt wdrożonych rozwiązań (a tym samym stopień ich złożoności) będzie zależał od specyfiki działalności danego podmiotu finansowego i zidentyfikowanego przez niego poziomu ryzyka operacyjnego.

Niezależnie od ułatwień przewidzianych w przepisach DORA wdrożenie odpowiednich rozwiązań wewnętrznych może stanowić wyzwanie organizacyjne i finansowe, w szczególności w przypadku podmiotów, w tym małych domów maklerskich, które do tej pory nie posiadały szczegółowych rozwiązań w zakresie cyberbezpieczeństwa. Wobec tego ważne jest możliwe szybkie rozpoczęcie działań wdrożeniowych w celu zarówno ograniczenia ryzyka regulacyjnego, jak i zwiększenia odporności organizacji w zakresie cyberbezpieczeństwa. Nowe przepisy to nie tylko dodatkowe wymogi regulacyjne, ale również szansa dla podmiotów finansowych na poprawę bezpieczeństwa systemów informatycznych i ograniczenie negatywnych konsekwencji, w tym kosztów, związanych z występowaniem incydentów ICT. / ©



Teksty z dodatku dostępne

w wersji elektronicznej na: [ARCHIWUM.RP.PL](https://archiwum.rp.pl)

INWESTYCJE

Alternatywna Spółka Inwestycyjna czy tradycyjna spółka – jaką formę działalności wybrać?

ASI nie mogą się zajmować szeroko rozumianą działalnością gospodarczą, polegającą przykładowo na produkowaniu towarów czy też wznoszeniu budowli, lecz jedynie działalnością inwestycyjną prowadzoną w interesie swych inwestorów.



MARIUSZ BAGIŃSKI

radca prawny, wspólnik w
Krzysztof Rożko i Wspólnicy
Kancelaria Prawna



TYMOTEUZ HERMAN

aplikant adwokacki w Krzysztof
Rożko i Wspólnicy Kancelaria
Prawna

Pomimo wprowadzenia do systemu prawnego formuły alternatywnej spółki inwestycyjnej już niemal dekadę temu (2016 r.) przedsiębiorcy nadal często stają przed dylematem, czy planowana przez nich działalność podpada pod reżim prawny tej spółki. Z drugiej strony niekiedy zdarza się, że przedsiębiorcy próbują skorzystać z konstrukcji alternatywnej spółki inwestycyjnej w działalnościach, które nie są z nią kompatybilne, albo próbują kierować ofertę inwestycyjną do inwestorów którzy nie są klientami profesjonalnymi. Poniżej przypominamy główne założenia konstrukcji alternatywnych spółek inwestycyjnych oraz wskazujemy przedsięwzięcia, do których nie będzie ona odpowiednia.

Przedmiot działalności ASI

Częstokroć obserwujemy zainteresowanie przedsiębiorców prowadzeniem biznesu przy wykorzystaniu konstrukcji prawnej alternatywnej spółki inwestycyjnej (ASI). Głównym powodem takiego stanu jest fakt, iż przedsiębiorcy zamierzający pozyskiwać kapitał od inwestorów zewnętrznych dla swojego przedsięwzięcia biznesowego uważają, że formuła ASI jest predestynowana do tego celu. Jest to jednak tylko częściowo prawidłowe podejście, gdyż kwestia pozyskiwania kapitału zewnętrznego jest wprawdzie istotnym elementem konstrukcyjnym ASI, ale jednocześnie nie jest wystarczającym i jedynym kryterium, które należy brać pod uwagę. Dla podjęcia właściwej decyzji o wyborze ASI jako

formuły prowadzenia działalności niezbędne jest zrozumienie jej charakterystycznych cech.

W myśl ustawy o funduszach inwestycyjnych i zarządzaniu alternatywnymi funduszami inwestycyjnymi wyłącznym przedmiotem działalności ASI może być pozyskiwanie środków od inwestorów w celu ich lokowania zgodnie z przyjętą polityką i strategią inwestycyjną ASI. Powyższa regulacja przesądza, iż przedmiotem działalności spółki ASI może być wyłącznie aktywność czysto inwestycyjna, nie wchodząca w interakcje, nawet pośrednie, z ogólnymi celami gospodarczymi. A zatem w porównaniu z prowadzeniem działalności w formie tradycyjnej spółki prawa handlowego spektrum działalności ASI nie może obejmować, dajmy na to, działalności handlowej polegającej na kupnie i sprzedaży towarów lub artykułów handlowych czy też działalności w zakresie produkcji towarów, czy też ogólnie rozumianej działalności przemysłowej. Nie będzie też możliwe prowadzenie pod szyldem ASI wszelakiej działalności w zakresie usług finansowych.

Celem inwestycyjnym ASI, realizowanym poprzez dokonanie inwestycji, jest zatem dążenie do wygenerowania zysku dla inwestorów z nabytych aktywów, głównie poprzez wzrost ich wartości, a nie prowadzenie szeroko rozumianej działalności gospodarczej. Na gruncie rachunkowym powoduje to następującą implikację: co do zasady wszystkie aktywa ASI są traktowane jako aktywa inwestycyjne, zaś przychody są realizowane głównie w obrębie przychodów ze zbycia aktywów finansowych bądź zysków kapitałowych pochodzących z tych aktywów finansowych. W strukturze przychodów zasadniczo nie będą występowały przychody z usług.

W odniesieniu do konkretnych lokat, w które ASI może inwestować jako spółka holdingowa, mogą to być przykładowo akcje spółek, wierzytelności, kontrakty terminowe, surowce czy też nieruchomości, przy czym te ostatnie z uwzględnieniem poniższych zastrzeżeń.

W zakresie, w jakim ASI może działać, wykazuje ona niewątpliwie szereg zalet. Po pierwsze, istnieje możliwość zaoferowania udziału w ASI szerszemu gronu inwestorów według przejrzystych i jasnych zasad opartych na wymogach stworzenia polityki i strategii inwestycyjnej. W tym obszarze wymogi regulacyjnej odnośnie do ujawnień stanowią jednocześnie za-

chęć dla inwestorów do powierzenia ASI swoich środków finansowych. Po drugie, ASI korzysta z dedykowanego zwolnienia podatkowego w zakresie zysków ze sprzedaży akcji i udziałów, co również może mieć niebagatelne znaczenie przy ocenie atrakcyjności konstrukcji.

Działalności wyłączone spod reżimu ASI

Nie zawsze skorzystanie z zalet konstrukcji ASI będzie możliwe. Najbardziej problematyczne w praktyce są próby kwalifikacji jako ASI spółek działających w sektorze nieruchomościowym. W sposób naturalny przedsiębiorcy działający w tym segmencie poszukują kapitału zewnętrznego w celu rozpoczęcia lub zwiększenia skali działalności. Niestety, w większości przedsięwzięć związanych z rynkiem nieruchomości konstrukcja ASI będzie nieodpowiednia.

Konstrukcja ASI nie będzie dla przykładu kompatybilna na gruncie planowanej działalności deweloperskiej i to niezależnie od segmentu tej działalności. Nabywanie gruntów, przygotowywanie ich do działalności budowlanej, a następnie projektowanie i budowa budynków mieszkalnych, usługowych czy każdego innego rodzaju budynków i budowli jest z pewnością nie do pogodze-

tem działalności ASI wydaje się działalność polegająca na nabywaniu nieruchomości w celu ich wynajmowania lub oddawania do użytkowania na podstawie innego tytułu prawnego. Świadczyłyby to bowiem o wykonywaniu działalności usługowej przez spółkę, gdzie celem podstawowym byłoby czerpanie zysków ze świadczenia usług wynajmu nieruchomości, a nie działalność inwestycyjna rozumiana jako osiąganie zysków ze wzrostu wartości aktywów inwestycyjnych lub zysków z ich sprzedaży.

Z praktyki decyzyjnej Komisji Nadzoru Finansowego wynika, iż dopuszczalna jest osiągnięcie zysków z wynajmu nieruchomości przez ASI, ale wyłącznie w przypadku, gdy dana nieruchomość została już nabyta z istniejącą umową najmu, a ASI nie będzie podejmowała wyspecjalizowanych działań związanych z wynajmem tej nieruchomości.

Podobne zastrzeżenia można sformułować w przypadku przedsięwzięć polegających na organizowaniu całego procesu budowy farm fotowoltaicznych czy też działalności polegającej na skupowaniu gruntów rolnych oraz ich następczego przekształcania w grunty budowlane. Żadna z tych działalności nie spełnia wymogów dla ASI z uwagi na przeważający charakter usługowy.

Obowiązki nałożone na ASI oraz ich zarządzających są tylko nieco większe od tych, które muszą wykonywać tradycyjne spółki

Problem z czerpaniem przez ASI zysków z wynajmu nie dotyczy tylko nieruchomości. Przedsiębiorcy, którzy chcieliby wykorzystać ASI do działalności polegającej na nabywaniu, chociażby samochodów lub innych maszyn w celu ich dalszego wynajmowania lub oddania w leasing, nie mogą liczyć na skorzystanie z konstrukcji ASI. Z drugiej strony na rynku pojawiły się także pomysły nabywania do ASI pakietów dóbr kolekcjonerskich, np. samochodów typu vintage czy zegarków, w celu ich dalszej odsprzedaży po wzroście wartości i w tym przypadku należałoby przyjąć, że konstrukcja ASI jest odpowiednia.

Kolejnym obszarem, do którego Komisja Nadzoru Finansowego ma szereg zastrzeżeń odnośnie do wykorzystania ASI, jest obszar nabywania wierzytelności.

Zasadniczo wydaje się, że jest to możliwe zarówno w odniesieniu do wierzytelności jeszcze niewymagalnych, jak i przeterminowanych, z zastrzeżeniem, że ASI nie może operacyjnie i bezpośrednio zajmować się windykacją tych wierzytelności. Wszystkie działania w tym obszarze winny być zlecone na zewnątrz podmiotom zewnętrznym.

Zgodnie z wytycznymi Komisji Nadzoru Finansowego oraz ESMA wśród cech charakterystycznych przedsiębiorstwa zbiorowego inwestowania na pierwszym miejscu wymienia się bowiem brak ogólnego celu handlowego lub przemysłowego. Powyższe przedstawione przypadki wyłączeń z możliwości wykorzystania ASI są konsekwencją dosyć restrykcyjnego podejścia regulatora. Można sądzić, że w wielu przypadkach warto byłoby uznać ASI za formułę dopuszczalną z korzyścią dla wszystkich uczestników obrotu gospodarczego.

Nie można pominąć także faktu, że prowadzenie działalności inwestycyjnej dedykowanej ASI w formie innej niż ASI, lub inny fundusz inwestycyjny, tj. pozyskiwanie środków od wielu inwestorów i lokowanie ich w aktywa inwestycyjne zgodnie z określoną polityką inwestycyjną, w tym osiągnięcia zysku z ich późniejszej sprzedaży, jest niezgodne z prawem.

Karą za powyższe działanie jest grzywna mogąca wynieść do 5 mln zł, pozbawienie wolności do lat pięciu lub obie powyższe kary wymierzone łącznie. ASI jest więc jednym z niewielu w pełni legalnych wehikułów do gromadzenia i inwestowania środków majątkowych.

Pewnym panaceum na ograniczony zakres dopuszczalnej działalności ASI jest potencjalnie konstrukcja pozyskania przez ASI finansowania od inwestorów, aby je następnie przeznaczyć do spółek celowych prowadzących już konkretne działalności gospodarcze. Rozwiązanie to może prowadzić do powstania struktury holdingowej, w której ASI jest spółką dominującą, finansującą operacyjne spółki celowe. W takim przypadku przedsiębiorcy mogą dobrać walory ASI w zakresie możliwości pozyskiwania kapitału od wielu inwestorów, a z drugiej strony uzyskać ekspozycję na działalności strictly gospodarcze.

Zwrot łączony w ASI

Kolejną cechą charakterystyczną ASI będzie fakt gene-

rowania tak zwanego zwrotu łączonego dla inwestorów, czyli zwrotu generowanego przez ryzyko zbiorcze wynikające z nabycia, posiadania czy sprzedaży wielu aktywów inwestycyjnych. Fakt posiadania wielu aktywów inwestycyjnych będzie w ASI wynikał z przyjęcia określonej polityki i strategii inwestycyjnej, w tym w zakresie wartościowej i rodzajowej dywersyfikacji inwestycji. Inwestor w ASI będzie zawsze poinformowany, jakiego rodzaju aktywa inwestycyjne będą nabywane do ASI w odróżnieniu od akcjonariusza czy udziałowca w zwykłej spółce handlowej, który może się spodziewać zysków z określonej działalności gospodarczej. ASI niewątpliwie jest funduszem inwestycyjnym typu alternatywnego.

Obowiązki i koszty prowadzenia

Obowiązki nałożone na ASI oraz ich zarządzających są tylko nieco większe od tych, które muszą wykonywać tradycyjne spółki. Poza kwestiami dotyczącymi tradycyjnych spółek, takich jak prowadzenie księgowości czy sporządzanie rocznych sprawozdań finansowych, należy dodać obowiązki audytu sporządzania określonych dokumentów wewnętrznych, raportowania do Komisji Nadzoru Finansowego czy też prowadzenia własnej strony internetowej i publikowania na niej określonych informacji dla inwestorów.

W ostatnim czasie do obowiązków tych dołączyły także wynikające z regulacji ESG, polegające na konieczności uwzględnienia regulacji dotyczących czynników środowiskowych, społecznych oraz ładu korporacyjnego.

Dla kogo ASI

Pierwszą rzeczą, na jaką należy zwrócić uwagę przy dokonywaniu wyboru, jest przedmiot działalności, jaką planujemy podjąć przy wykorzystaniu danej struktury organizacyjnej.

ASI bowiem nie mogą się zajmować szeroko rozumianą działalnością gospodarczą, polegającą przykładowo na produkowaniu towarów czy też wznoszeniu budowli, lecz jedynie działalnością inwestycyjną prowadzoną w interesie swych inwestorów.

Każdy przypadek należy rozpatrywać indywidualnie, a często najlepszym rozwiązaniem może się okazać utworzenie struktury podmiotów, z których część zajmowałaby się działalnością inwestycyjną, a część operacyjną. /©©