

spis treści

Krzysztof Oplustil, Anne-Marie Weber

- 4** Należyta staranność przedsiębiorstw jako element zrównoważonego ładu korporacyjnego – dyrektywa CS3D i jej wpływ na obowiązki i odpowiedzialność przedsiębiorstw
- Jerzy P. Naworski**
- 19** Kwalifikacja prawna umowy o wykonanie obiektu zobowiązującej wykonawcę do dostarczenia projektu
- Dawid Buszmał**
- 29** Szkoda jako przesłanka odpowiedzialności odszkodowawczej członka zarządu za doprowadzenie do przedawnienia wierzytelności spółki kapitałowej
- Tomasz Łuczyński**
- 36** Alternatywny system obrotu w perspektywie systemu obrotu instrumentami finansowymi
- Kaja Zaleska-Korziuk, Patryk Kulig**
- 44** Finansowanie sporu przez osobę trzecią a obowiązki zawodowe pełnomocników wynikające z etyki zawodowej
- Mateusz Baszczyk, Michał Torończak**
- 52** Bank jako spółka przejmująca w podziale spółki niebędącej bankiem i jako nabywca przedsiębiorstwa podmiotu niebędącego bankiem

contents

Krzysztof Oplustil, Anne-Marie Weber

- 4** Due Diligence of Enterprises as an Element of Corporate Sustainability: the CS3D Directive and Its Influence on the Obligations and Accountability of Enterprises
- Jerzy P. Naworski**
- 19** Legal Qualification of a Construction Agreement Obliging the Contractor to Provide Blueprint of the Structure
- Dawid Buszmał**
- 29** Loss as a Condition for Liability in Damages Borne by a Management Board Member for Allowing a Company's Debt Claim to Become Time-Barred
- Tomasz Łuczyński**
- 36** Multilateral Trading Facility in the Perspective of the Trading Venue for Financial Instruments
- Kaja Zaleska-Korziuk, Patryk Kulig**
- 44** Litigation Funded by a Third Party in the Context of Professional Duties of Attorneys Resulting from Professional Ethics
- Mateusz Baszczyk, Michał Torończak**
- 52** A Bank as the Bidding Company in the Division of a Non-Bank Company and as the Acquirer of the Enterprise of a Non-Bank Entity

Za publikację na łamach „Przeglądu Prawa Handlowego” Autor otrzymuje 70 pkt (zgodnie z załącznikiem do komunikatu Ministra Nauki z 5.01.2024 r. w sprawie wykazu czasopism naukowych i recenzowanych materiałów z konferencji międzynarodowych, wydanego na podstawie art. 267 ust. 3 ustawy z 20.07.2018 r. – Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce, Dz.U. z 2023 r. poz. 742 ze zm.).

Miesięcznik „Przegląd Prawa Handlowego” jest ujęty w międzynarodowej bazie European Reference Index for the Humanities and Social Sciences (ERIH+) oraz indeksowany w bazie BazEkon.

Czasopismo jest indeksowane w bazie ICI Journals Master List za rok 2023 (ICV 2023 = 62,18).



PRZEGLĄD PRAWA HANDLOWEGO

miesięcznik ukazuje się od 1992 r.

RADA PROGRAMOWA

prof. Emilio Castorina,
prof. dr hab. Józef Frąckowiak, prof. dr hab. Andrzej Jakubecki,
prof. Julian Juergensmeyer, prof. dr hab. Wojciech J. Katner,
prof. dr hab. Andrzej Kidyba, prof. dr hab. Ryszard Markiewicz,
dr Jerzy Modrzejewski, prof. dr hab. Józef Okolski,
prof. dr hab. Krzysztof Pietrzykowski,
prof. dr hab. Wojciech Popiołek, prof. dr hab. Jerzy Rajski,
prof. dr hab. Marek Safjan, prof. dr hab. Stanisław Sołtysiński,
prof. dr hab. Andrzej Szumański, dr Leigh Williams

KOLEGIUM REDAKCYJNE

Redaktor naczelny
Małgorzata Modrzejewska

Z-ca Redaktora naczelnego
Cezary Wiśniewski

Sekretarz redakcji
Anna Popławska
tel. +48 668 618 563

e-mail: anna.poplawska@wolterskluwer.com

Redaktor języka angielskiego
Anna Setkowicz-Ryszka

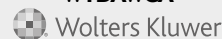
Materiały do publikacji powinny zostać przesłane pocztą elektroniczną. Objętość nadesłanych tekstów nie powinna przekraczać 25 000–30 000 znaków ze spacjami. Teksty muszą mieć tytuł, abstrakt w języku polskim, śródytytuł, podsumowanie, słowa kluczowe, przypisy opracowane w tradycyjny sposób – na dole strony, krótką notkę o autorze oraz adres e-mailowy do korespondencji. Autor może zaproponować tłumaczenie na język angielski tytułu tekstu, abstraktu oraz słów kluczowych. Należy także podać (w przypisie) informacje o źródłach finansowania danej publikacji, takich jak np. granty krajowe, międzynarodowe, dotacje fundacji, stowarzyszeń lub instytucji komercyjnych. Do tekstu należy dołączyć bibliografię załącznikową.

Przekazując tekst do redakcji, Autor przynosi na Wydawcę wyłączone prawo do jego publikacji (prawa autorskie i wydawnicze). Redakcja zastrzega sobie prawo skracania tekstów, zmiany tytułów, śródytytułów oraz poprawek merytorycznych i stylistycznych, również w wersji angielskiej. Materiały niezamówione nie będą zwracane. Warunkiem publikacji jest odesłanie uprzednio podpisanej umowy z Wydawnictwem.

Podstawowe zasady recenzowania nadesłanych tekstów oraz wymagania dla Autorów dotyczące ghostwritingu są dostępne na stronie: <http://www.wolterskluwer.pl/proces-publicacji-w-czasopiśmie>. Za publikację w „Przeglądzie Prawa Handlowego” są wypłacane honoraria autorskie.

Wersją podstawową (referencyjną) czasopisma jest wersja papierowa.

WYDAWCA



01-208 Warszawa, ul. Przyokopowa 33
Dyrektor Działu Publikacji Periodycznych
Klaudia Szawłowska

klaudia.szawlowska@wolterskluwer.com

Sekretariat: czasopisma@wolterskluwer.pl
<http://www.czasopisma.wolterskluwer.pl/przeglad-prawa-handlowego>

Sprzedaż i prenumerata:

Księgarnia internetowa Wolters Kluwer Polska
www.Profinfo.pl
– tel. +48 732 122 863 lub infolinia 801 044 545,
e-mail: PL-prenumerata@wolterskluwer.com
Ruch – tel. 22 693 70 00 lub 801 800 803,
Kolporter – tel. 801 404 044,
GLM – tel. +48 504 914 773,
Garmond – tel. 22 837 30 08

Nakład 500 egz.



Do 1999 r. czasopismo było własnością Wydawnictwa „KiK” Konieczny i Kruszewski

dr hab. Krzysztof Oplustil, prof. UJ

Autor jest kierownikiem Katedry Publicznego Prawa Gospodarczego i Polityki Gospodarczej na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie (ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8010-1781>).

dr Anne-Marie Weber, LL.M.

Autorka jest adiunktem w Katedrze Prawa Handlowego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego (ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7164-7571>).

Udział w autorstwie tekstu:

Krzysztof Oplustil – 50%

Anne-Marie Weber – 50%

Należyta staranność przedsiębiorstw jako element zrównoważonego ładu korporacyjnego – dyrektywa CS3D i jej wpływ na obowiązki i odpowiedzialność przedsiębiorstw¹

Słowa kluczowe: łańcuch działalności, obowiązki należytej staranności, odpowiedzialność cywilnoprawna, partner biznesowy, jednostka zależna, Europejski Zielony Ład, Europejskie prawo o klimacie, porozumienie paryskie

Dyrektywa w sprawie należytej staranności przedsiębiorstw w zakresie zrównoważonego rozwoju (CS3D)² wyznacza nowy etap w tworzeniu prawnych ram dla promowania zrównoważonego ładu korporacyjnego (ang. *corporate sustainability*) w Unii Europejskiej. Unormowanie obowiązków należytej staranności (ang. *due diligence*) jest reakcją na narastające zjawiska naruszania praw człowieka oraz katastrofy środowiskowe, które wiążą się z funkcjonowaniem globalnych łańcuchów wartości. Dotychczas unijny ustawodawca starał się urzeczywistniać ideę zrównoważonych praktyk biznesowych przede wszystkim przez tradycyjne instrumenty prawa publicznego oraz obowiązki sprawozdawcze, które pośrednio wpływały na zarządzanie przedsiębiorstwami. Dyrektywa 2024/1760 natomiast bezpośrednio dotyka materii szeroko pojętego ładu korporacyjnego: wprowadza po raz pierwszy zobowiązania odnoszące się do wewnętrznej organizacji przedsiębiorstw, relacji z interesariuszami oraz procesów zarządczych, a także zapewnia mechanizmy egzekwowania tych obowiązków. Artykuł poddaje analizie zakres podmiotowy i przedmiotowy tych zobowiązań, przybliży prawne instrumenty ich egzekwowania oraz przedstawia postulaty *de lege ferenda* dotyczące implementacji CS3D do polskiego porządku prawnego.

I. Uwagi wprowadzające

Współczesna zglobalizowana gospodarka opiera się na rozbudowanych i głęboko zintegrowanych globalnych łańcuchach wartości (ang. *global value chains*)³.

¹ Niniejszy artykuł stanowi rezultat realizacji zadań badawczych w ramach projektu pt. „Rola zrównoważonego ładu korporacyjnego dla polityki klimatycznej”, finansowanego przez Narodowe Centrum Nauki (nr projektu 2022/45/B/H5/00659).

² Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2024/1760 z 13.06.2024 r. w sprawie należytej staranności przedsiębiorstw w zakresie zrównoważonego rozwoju oraz zmieniająca dyrektywę (UE) 2019/1937 i rozporządzenie (UE) 2023/2859 (Dz.Urz. UE L 2024/1760) – dalej dyrektywa 2024/1760 lub CS3D.

³ World Trade Organization, *Global Value Chain Development Report 2023, Resilient and Sustainable GVCs in Turbulent Times*, 2023, https://www.wto.org/english/res_e/publications_e/gvc_dev_rep23_e.htm (dostęp: 26.10.2024 r.).

Państwa członkowskie UE często tworzą docelowe ogniwa tych łańcuchów rozpoczynających się w krajach zaliczanych do globalnego Południa. Pomimo że globalne łańcuchy wartości w wielu aspektach pozytywnie wpływają na te gospodarki, często negatywnie oddziałują na środowisko i prowadzą do naruszeń praw człowieka⁴. Jest to szczególnie problematyczne, gdy takie negatywne zjawiska występują w krajach, w których porządek prawny nie zapewnia efektywnej ochrony poszkodowanych⁵. Ponadto brakuje instrumentów prawnych przypisujących odpowiedzialność za naruszenia ostatecznym „operatorom” łańcuchów wartości⁶. Zjawisko dysocjacji między naruszeniem a odpowiedzialnością zostało w literaturze początkowo zbadane z perspektywy praw człowieka⁷. Na kanwie licznych przykładów empirycznych⁸ debata została rozszerzona na kwestie szkód, jakie w ramach globalnych łańcuchów wartości mogą zostać wyrządzone środowisku naturalnemu⁹.

Dyrektywa w sprawie należytej staranności przedsiębiorstw w zakresie zrównoważonego rozwoju jest odpowiedzią unijnego ustawodawcy na problematykę funkcjonowania globalnych łańcuchów wartości¹⁰. Bezpośrednim przyczynkiem do rozpoczęcia prac legislacyjnych nad CS3D było dostrzeżenie roli zarządzania przedsiębiorstwami w zrównoważonej transformacji gospodarki UE¹¹. Kamień milowy stanowił Plan działania w sprawie finansowania zrównoważonego wzrostu gospodarczego z marca 2018 r., który określił cel w postaci utworzenia kompleksowych, niesektorowych ram regulacyjnych dotyczących należytej staranności na szczeblu UE¹². Komisja Europejska (KE) wzywała w nim pozostałe organy UE do przyjęcia rozwiązań legislacyjnych, które wymagałyby od zarządów spółek wykonywania analizy należytej staranności (ang. *due diligence*) w całym łańcuchu wartości. W lipcu 2020 r. Komisja uruchomiła tzw. inicjatywę

na rzecz zrównoważonego ładu korporacyjnego (*Sustainable Corporate Governance Initiative*), wniosek dotyczący dyrektywy w sprawie należytej staranności przedsiębiorstw w zakresie zrównoważonego rozwoju został przedstawiony przez KE 23.02.2022 r.¹³ Propozycja ta została odrzucona przez Radę ds. Kontroli Regulacyjnej w maju 2022 r.¹⁴ i pomimo włączenia licznych poprawek ponownie w listopadzie 2022 r.¹⁵ Mimo to Komisja skierowała projekt do postępowania uzgodnieniowego organów unijnych (tzw. trylogu). Choć silny opór polityczny ze strony niektórych państw członkowskich UE zdawał się postawić kres inicjatywie¹⁶, 24.05.2024 r. Rada Europejska przyjęła ostateczny tekst dyrektywy.

Tekst dyrektywy 2024/1760 czerpie inspirację z krajowych aktów prawnych, takich jak francuska ustawa z 27.03.2017 r. w sprawie obowiązku należytej staranności spółek matek i przedsiębiorstw zlecających (fr. *relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*)¹⁷ oraz niemiecka ustawa z 16.07.2021 r. o należytej staranności w łańcuchach dostaw (niem. *Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz*)¹⁸, a także z międzynarodowych aktów prawa miękkiego, w tym wytycznych ONZ dotyczących biznesu i praw człowieka (ang. *United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the UN „Protect, Respect and Remedy” Framework*, dalej „UNGP”)¹⁹ oraz wytycznych OECD dla przedsiębiorstw wielonarodowych (ang. *OECD Guidelines for Multinational Enterprises*, dalej „wytyczne OECD”)²⁰.

Ostateczna treść CS3D została wprowadzicie, w rezultacie kompromisu politycznego, względem pierwotnego projektu KE istotnie „odchudzona” zarówno w zakresie przedmiotowym, jak i przedmiotowym, dyrektywa stanowi jednak niewątpliwie istotny kolejny etap kształtowania unijnego reżimu prawnego mającego na celu wsparcie zrównoważonych praktyk biznesowych. Z perspektywy polskiej CS3D jest istotnym novum. Stwarza ona wyzwania zarówno dla polskiego ustawodawcy na etapie transpozycji jej postanowień do prawa krajowego, jak

4 Raport zlecony przez Komisję Europejską, *Study on due diligence requirements through the supply chain. Final Report*, 20.02.2022, <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/8ba0a8fd-4c83-11ea-b8b7-01aa75ed71a1/language-en> (dostęp: 24.10.2024 r.).

5 Por. J. Dine, *Companies, International Trade and Human Rights*, Cambridge 2005, *passim*; L. Enneking, I. Giesen, A.-J. Schaap, C. Ryngaert, F. Kristen, L. Roorda (red.), *Accountability, International Business Operations, and the Law: Providing Justice for Corporate Human Rights Violations in Global Value Chains*, London 2019.

6 K. Booth, *Mind the Governance Gaps: Harmful Corporate Strategies Leading to Avoidance of Responsibility and Civil Society Counter-Strategies*, „Business and Human Rights Journal” 2023/2(8), s. 286; A. Evans, *Overcoming the Global Despondency Trap: Strengthening Corporate Accountability in Supply Chains*, „Review of International Political Economy” 2020/3(27), s. 658–685.

7 S. Ratner, *Corporations and Human Rights: A Theory of Legal Responsibility*, „Yale Law Journal” 2001/111, s. 443–540; D. Baumann-Pauly, J. Nolan, *Business and Human Rights: From Principles to Practice*, London 2016, *passim*; S. Khoury, D. Whyte, *Corporate Human Rights Violations: Global Prospects for Legal Action*, London 2017, *passim*.

8 Do przekonujących i tragicznych przykładów można zaliczyć katastrofę tamy Brumadinho, wycieki ropy naftowej w delcie Nigru czy pożar fabryki w Ruppanguju.

9 Por. A. Rühmkorf, *Corporate Social Responsibility, Private Law and Global Supply Chains*, Cheltenham, 2015, *passim*; B. Sjöfjell, *How Company Law has Failed Human Rights – and What to Do About It*, „Business and Human Rights Journal” 2020/2(5), s. 179–199.

10 C. Mak, *Corporate Sustainability Due Diligence: More Than Ticking the Boxes?*, „Maastricht Journal of European and Comparative Law” 2022/3(29), s. 301.

11 Por. A.-M. Weber, Z. Mazur, A. Szczesna, *Zrównoważony ład korporacyjny (sustainable corporate governance) – kierunek ewolucji polskiego prawa spółek?*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2022/6, s. 20–33 oraz literatura tam powołana.

12 Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady Europejskiej, Rady Europejskiego Banku Centralnego, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów, *Plan działania: finansowanie zrównoważonego wzrostu gospodarczego*, Bruksela 8.03.2018, COM(2018) 97 final; szerzej por. A.-Ch. Mittwoch, F. Möslin, *Der Europäische Aktionsplan zur Finanzierung eines nachhaltigen Wachstums*, „Wertpapier-Mitteilungen” 2019/73, s. 481–489.

13 Wniosek – dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie należytej staranności przedsiębiorstw w zakresie zrównoważonego rozwoju oraz zmieniająca dyrektywę (UE) 2019/1937, Bruksela 23.02.2022, COM(2022) 71 final.

14 Zob. Regulatory Scrutiny Board, *Opinion on Impact assessment / Sustainable Corporate Governance* (2021), <https://ahv.nrw/wp-content/uploads/2021/07/Opinion-JUST-on-SGC-May-2021.pdf> (dostęp: 26.10.2024 r.).

15 Zob. Regulatory Scrutiny Board, *Opinion on Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Sustainable Corporate Due Diligence and amending Directive (EU) 2019/1937* (2021), [https://ec.europa.eu/transparency/documents-register/api/files/SEC\(2022\)95?ersIds=090166e5e99ec8f8](https://ec.europa.eu/transparency/documents-register/api/files/SEC(2022)95?ersIds=090166e5e99ec8f8) (dostęp: 24.10.2024 r.).

16 S. Jones, A. Hancock, *German liberals pull plug on EU law to prevent supply chain abuses*, <https://www.ft.com/content/298882d9-9e5d-4f93-9832-ecb3e463bd56> (dostęp: 26.10.2024 r.).

17 Zob. <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000034290626> (dostęp: 4.11.2024 r.); por. szerzej: A.-M. Weber, A. Szczesna, *Zrównoważony ład korporacyjny en français*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2022/7, s. 15–23 oraz literatura tam powołana.

18 Zob. <https://www.gesetze-im-internet.de/lksg/LkSG.pdf> (dostęp: 4.11.2024 r.), por. szerzej A. Rühmkorf, *The German Supply Chain Law: A First Step Towards More Corporate Sustainability*, „European Company Law” 2023/1(20), s. 6–14.

19 United Nations Office of the High Commissioner for Human Rights, *Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations ‘Protect, Respect and Remedy’ Framework*, New York–Geneva 2011, <https://digitallibrary.un.org/record/720245?ln=en&cv=pdf> (dostęp: 26.10.2024 r.).

20 OECD, *OECD Guidelines for Multinational Enterprises*, Paris 2023, https://www.oecd.org/en/publications/oecd-guidelines-for-multinational-enterprises-on-responsible-business-conduct_81f92357-en.html (dostęp: 26.10.2024 r.), zob. polskie tłumaczenie: <https://www.gov.pl/web/fundusze-regiony/wytyczne-oecd> (dostęp: 8.11.2024 r.).



i, następnie, dla polskich przedsiębiorców w zakresie wypełniania przewidzianych w niej wymogów, a także dla właściwych organów i sądów w związku z koniecznością stosowania nowych przepisów na etapie nadzorowania i sankcjonowania. *Last but not least*, z perspektywy doktrynalnej dyrektywa 2024/1760 rodzi szereg ciekawych zagadnień badawczych leżących na styku problematyki ładu korporacyjnego, prawa cywilnego (prawa deliktów), prawa kolizyjnego i prawa publicznego.

Celem niniejszego artykułu jest przedstawienie obowiązków, jakie CS3D nakłada na przedsiębiorstwa²¹ objęte jej zakresem podmiotowym, poddanie analizie wpływu tych obowiązków na ich partnerów biznesowych i jednostki zależne w łańcuchu działalności, a także przybliżenie prawnych instrumentów egzekwowania nowych wymogów. Na tej podstawie zostały sformułowane postulaty *de lege ferenda* dotyczące implementacji CS3D do polskiego porządku prawnego.

2. Zakres podmiotowy dyrektywy 2024/1760

Zakres podmiotowy CS3D został wyznaczony przez definicję terminu „przedsiębiorstwo” (art. 3 ust. 1 lit. a CS3D). Obejmuje ono w pierwszej kolejności formy prawne wymienione w załączniku I (spółki kapitałowe) i załączniku II (spółki osobowe)²² do dyrektywy o rachunkowości²³, a także analogiczne formy prawne ustanowione zgodnie z prawem państwa trzeciego, ponieważ dyrektywa 2024/1760 ma eksterytorialny zakres zastosowania (por. dalej). W zakres jej zastosowania wchodzi również szeroki wachlarz regulowanych podmiotów finansowych, w tym instytucje kredytowe (banki), zakłady ubezpieczeń i dostawcy usług finansowania społecznościowego.

Decydujące znaczenie dla ustalenia kręgu spółek podlegających CS3D mają progi odnoszące się do wielkości przedsiębiorstwa. W przypadku podmiotów utworzonych zgodnie z ustawodawstwem państwa członkowskiego Unii Europejskiej CS3D znajdzie zastosowanie, jeżeli w ostatnim roku obrotowym, za który przyjęto lub należało przyjąć roczne sprawozdanie finansowe, zatrudniały one średnio ponad 1000 pracowników i osiągnęły przychody

netto ze sprzedaży w skali światowej w wysokości ponad 450 mln euro (art. 2 ust. 1 lit. a CS3D). Zakresem CS3D objęte są także jednostki dominujące najwyższego szczebla grupy, jeżeli wymienione progi zostaną osiągnięte w skali całej grupy (art. 2 ust. 1 lit. b CS3D). Ponadto objęcie zakresem podmiotowym CS3D może być skutkiem zawarcia przez przedsiębiorstwo lub jednostkę dominującą najwyższego szczebla grupy w UE umowy franczyzowej lub licencyjnej z niezależnymi przedsiębiorstwami zewnętrznymi, która przewiduje opłaty licencyjne przekraczające 22,5 mln euro w ostatnim roku obrotowym, za który sporządzono lub należało sporządzić roczne sprawozdanie finansowe. Dotyczy to w szczególności sytuacji, w których takie umowy zapewniają wspólną tożsamość, wspólną koncepcję biznesową i stosowanie jednolitych metod biznesowych. Dodatkowym warunkiem jest, aby przedsiębiorstwo lub grupa, w której przedsiębiorstwo jest jednostką dominującą najwyższego szczebla, osiągnęły przychody netto ze sprzedaży w skali światowej w wysokości ponad 80 mln euro w ostatnim roku obrotowym, za który roczne sprawozdanie finansowe zostało lub powinno być zostać przyjęte (art. 2 ust. 1 lit. c CS3D).

Jednym z najbardziej intrygujących, a zarazem kontrowersyjnych, aspektów podejścia normatywnego przyjętego przez prawodawcę unijnego jest eksterytorialne bezpośrednie stosowanie CS3D do niektórych przedsiębiorstw spoza UE²⁴. Podejście to wyraźnie czerpie z dziedzictwa UNGP²⁵ i jest zgodne z szerszą koncepcją transnarodowego prawa prywatnego²⁶. Przedsiębiorstwa utworzone na mocy prawa państwa trzeciego są objęte zakresem podmiotowym CS3D, jeżeli osiągnęły przychody netto ze sprzedaży w wysokości ponad 450 mln euro w UE w roku obrotowym poprzedzającym ostatni rok obrotowy (art. 2 ust. 2 lit. a CS3D). Ten sam próg obliczany na zasadzie skonsolidowanej dla grup wyznacza objęcie reżimem CS3D jednostki dominującej najwyższego szczebla grupy utworzonej na mocy prawa państwa trzeciego (art. 2 ust. 2 lit. b CS3D). Ponadto przedsiębiorstwa zarejestrowane poza UE mogą podlegać CS3D, jeżeli zawierają opisane powyżej umowy franczyzowe lub licencyjne (art. 2 ust. 2 lit. c CS3D) lub są jednostką dominującą najwyższego szczebla grupy, która zawarła taką umowę.

Jednostki dominujące najwyższego szczebla grupy, o których mowa w art. 2 ust. 1 lit. b i c, art. 2 ust. 2 lit. b i c CS3D, których główną działalnością jest posiadanie udziałów w operacyjnych jednostkach zależnych i które powstrzymują się od podejmowania decyzji zarządczych, operacyjnych lub finansowych mających wpływ na grupę lub co najmniej jedną z jej jednostek zależnych (tzw. czyste spółki holdingowe, ang. *pure holding companies*), mogą zostać zwolnione z wypełniania obowiązków, o których mowa w CS3D (art. 2 ust. 3 CS3D). Zwolnienie to jest jednak uzależnione od zatwierdzenia przez właściwy organ

21 W artykule posługujemy się terminem „przedsiębiorstwo” w takim znaczeniu, jakie zostało przyjęte w CS3D, tj. w znaczeniu podmiotowym. Jest ono odmienne od rozumienia tego terminu w prawie polskim – por. art. 55¹ ustawy z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. z 2024 r. poz. 1061 ze zm.) – dalej k.c. Używane tu pojęcie przedsiębiorstwa obejmuje wszystkie podmioty, które wchodzi w zakres CS3D; zob. pkt 2.

22 Ponieważ CS3D odnosi się do osób prawnych, a przepisy państw członkowskich UE lub państw trzecich różnią się pod względem przyznawania spółkom osobowym osobowości prawnej, zaliczenie ich do zakresu podmiotowego może budzić wątpliwości. Należy jednak sądzić, że brak przyznania osobowości prawnej przez krajowego prawodawcę nie powinien w świetle funkcji CS3D powodować wyłączenia danej spółki spod jej reżimu obowiązków, jeżeli przesłanki w zakresie skali działalności są spełnione.

23 Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/34/UE z 26.06.2013 r. w sprawie rocznych sprawozdań finansowych, skonsolidowanych sprawozdań finansowych i powiązanych sprawozdań niektórych rodzajów jednostek, zmieniająca dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2006/43/WE oraz uchylająca dyrektywę Rady 78/660/EWG i 83/349/EWG (Dz.Urz. UE L 182, s. 19, ze zm.) – dalej dyrektywa 2013/34/UE.

24 Por. A.-M. Weber, *Expanding the Toolbox of Sustainable Business Law: The Transnational Impacts of the EU Corporate Sustainability Due Diligence Directive (CSDDD)*, „Pace Environmental Law Review” 2024/4(41) (w druku).

25 L. Backer, *Multinational Corporations, Transnational Law: The United Nation’s Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations as a Harbinger of Corporate Social Responsibility as International Law*, „Columbia Human Rights Law Review” 2005/2(37), s. 287.

26 P. Zumbansen, G.-P. Calliess, *Rough Consensus and Running Code: A Theory of Transnational Private Law*, Oxford 2010, *passim*.

nadzorczy (art. 24 CS3D) oraz wymogu, aby jedna z jednostek zależnych jednostki dominującej najwyższego szczebla grupy mająca siedzibę w UE została wyznaczona do wypełniania jej obowiązków (art. 2 ust. 3 CS3D). Pomimo zwolnienia jednostka dominująca najwyższego szczebla grupy pozostaje solidarnie odpowiedzialna za wyznaczoną jednostką zależną za wszelkie przypadki niewypełnienia przez nią swoich obowiązków (art. 2 ust. 3 CS3D).

Wymaga podkreślenia, że zakres podmiotowy CS3D nie został ograniczony do konkretnych sektorów gospodarki²⁷. Obecnie szacuje się, że w skali UE około 5500 przedsiębiorstw będzie bezpośrednio podlegać obowiązkom kształtowanym przez CS3D²⁸. W Polsce pod reżim CS3D będzie podlegać bezpośrednio około 200 podmiotów²⁹.

Funkcjonalne rozumienie zakresu podmiotowego CS3D wymaga uwzględnienia pośredniego wpływu tej dyrektywy (i krajowych aktów prawnych ją transponujących) na podmioty działające w ramach całego łańcucha działalności podmiotów bezpośrednio podlegających nowym obowiązkom³⁰. Praktyczne oddziaływanie dyrektywy 2024/1760 będzie większe, niż wynikałoby to z określonego w niej podmiotowego zakresu jej zastosowania. Stosowanie krajowych przepisów implementujących będzie mieć daleko idący tzw. efekt kaskadowy (określany także jako efekt skraplania – ang. *trickle-down effect*), polegający na tym, że wpłyną one również na działalność przedsiębiorstw formalnie nieobjętych jej zakresem podmiotowym (w szczególności z sektora MŚP), lecz będących partnerami biznesowymi w łańcuchu działalności dużych przedsiębiorstw i grup, podlegających tej regulacji.

Wymogi w zakresie należytej staranności (zob. pkt 3 poniżej) obligują objęte zakresem podmiotowym CS3D przedsiębiorstwa do identyfikowania, zapobiegania, łagodzenia i przeciwdziałania niekorzystnym skutkom dla środowiska i dla praw człowieka nie tylko w związku z ich „własną” działalnością, ale także z działalnością ich jednostek zależnych i partnerów biznesowych, niezależnie od geograficznego umiejscowienia ich działalności lub siedziby. W konsekwencji takie przedsiębiorstwa będą zmuszone do gromadzenia informacji i promowania standardów należytej staranności w całym swoim łańcuchach działalności.

Obowiązki należytej staranności podmiotów podlegających CS3D obejmują także obowiązek kontraktowego zapewnienia (w drodze tzw. gwarancji umownych; por. art. 10 ust. 2 lit. b CS3D), że ich bezpośredni partnerzy

biznesowi będą przestrzegać standardów należytej staranności określonych w kodeksie postępowania przedsiębiorstwa, a także jego planu działań zapobiegawczych negatywnym efektem dla środowiska i praw człowieka. Zgodnie z założeniem prawodawcy unijnego, aby utrzymać stosunki gospodarcze z przedsiębiorstwem podlegającym CS3D, partnerzy ci będą musieli dostosować się do tych standardów. Dyrektywa przewiduje wprost, że przedsiębiorstwa z UE mają oddziaływać na partnerów biznesowych w ich łańcuchu działalności „poprzez wykorzystanie lub zwiększenie siły nacisku” za pomocą tymczasowego zawieszenia relacji biznesowych lub, w ostateczności, nawet zerwania tych relacji (por. art. 10 ust. 6 CS3D; por. niżej pkt 3.2).

Efekt swoistej „transmisji” standardów należytej staranności na poszczególne ogniwa łańcucha działalności pozwala na wyróżnienie „pośredniego zakresu podmiotowego” dyrektywy 2024/1760, który zarazem leży u podstaw koncepcji globalnego rozpowszechniania fundamentu aksjologicznego CS3D. Zwolennicy takiego rozwiązania wskazują w tym kontekście pozytywny „efekt brukselski” (ang. *Brussels effect*)³¹ czy efekt *spillover*³², jaki ma wywołać ta dyrektywa, polegający na przyjmowaniu standardów prawa UE w innych jurysdykcjach³³.

Krytycy takiego podejścia legislacyjnego wskazują jednak, że będzie ono generować dla przedsiębiorstw europejskich (także MŚP, na których pośrednio oddziałują wymogi przewidziane w CS3D) dodatkowe, istotne koszty, wynikające z wdrożenia nowych obowiązków, a także ryzyka transakcyjne związane np. z odpowiedzialnością publiczno- i prywatnoprawną za ich przestrzeganie. Może to osłabić konkurencyjność tych przedsiębiorstw wobec amerykańskich, a zwłaszcza azjatyckich, konkurentów i w efekcie prowadzić do ich wycofania się z rynków „ryzykownych”, tzn. takich, w których wdrożenie wymogów CS3D wiąże się z istotnymi kosztami i ryzykiem prawnym³⁴. Ponadto istnieje ryzyko, że lokalni partnerzy biznesowi z państw trzecich nie będą chcieli współpracować z przedsiębiorstwami unijnymi w celu wypełnienia obowiązków przewidzianych w CS3D, preferując raczej współpracę z podmiotami z tych jurysdykcji, które nie promują standardów należytej staranności w takim zakresie jak UE. Oznaczałoby to, że zasadniczy cel, do którego realizacji dążył prawodawca unijny, uchwalając CS3D, nie zostanie osiągnięty.

Wyznaczenie ram pośredniego zakresu podmiotowego CS3D opiera się na pojęciu łańcucha działalności, które

27 Specyficzne „sektorowe” wyłączenie związane z działalnością przedsiębiorstwa na niższym szczeblu łańcucha działalności, o którym wyraźnie wspomniano w art. 3 ust. 1 lit. g CS3D, odnosi się do dystrybucji, transportu i przechowywania produktu, który podlega kontroli wywozu na podstawie rozporządzenia (UE) 2021/821 lub kontroli wywozu broni, amunicji lub materiałów wojennych, po zezwoleniu na wywóz produktu.

28 European Coalition for Climate Justice, *Overview of the Corporate Sustainability Due Diligence Directive. Advancing Corporate Responsibility*, <https://corporate-justice.org/publications/overview-of-the-corporate-sustainability-due-diligence-directive-advancing-corporate-responsibility/> (dostęp: 26.10.2024 r.).

29 Robert Adamczyk w tekście *Zrównoważone łańcuchy dostaw to dla biznesu wyzwania, ale też szanse?*, „Rzeczpospolita” z 20.06.2024 r., <https://www.rp.pl/biznes/art40680671-zrownowazone-lancuchy-dostaw-to-dla-biznesu-wyzwania-ale-tez-szanse> (dostęp: 26.10.2024 r.).

30 Por. A.-M. Weber, *Expanding...*

31 A. Bradford, *The Brussels Effect: How the European Union Rules the World*, Oxford 2020, s. 2, 171.

32 The Greens/EFA Group in the European Parliament, *Spillover effects of EU supply chain legislation*, 2023, https://aliancadireitoshumanos.com.br/wp-content/uploads/2023/11/004_SpilloverEffectsEUSupplyChainLegislations_15112023.pdf (dostęp: 26.10.2024 r.).

33 N. Bueno, N. Bernaz, G. Holly, O. Martin-Ortega, *The EU Directive on Corporate Sustainability Due Diligence (CSDDD): The Final Political Compromise*, „Business and Human Rights Journal”, opublikowany online 2024, s. 1–7, doi:10.1017/bhj.2024.10 (dostęp: 26.10.2024 r.).

34 Por. J. Schmidt, *The EU Supply Chain Directive (CS3D) – landmark or bureaucratic hydra?*, 11.07.2024, „ECCML Working Paper” 2024/2, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4886033 (dostęp: 25.10.2024 r.), s. 23 i powołana tam literatura. Krytycznie również: A. Schall, *The CSDDD: Good Law or Bad Law?*, „European Company Law Journal” 2024/3(21), s. 56.



ostatecznie zastąpiło pojęcie łańcucha wartości, występujące w pierwotnym projekcie dyrektywy 2024/1760. Zgodnie z art. 3 ust. 1 lit. g CS3D termin ten obejmuje działalność partnerów biznesowych przedsiębiorstwa działających na wyższym szczeblu łańcucha dostaw (ang. *upstream*), związaną z produkcją towarów lub świadczeniem usług przez przedsiębiorstwo, łącznie z projektowaniem, wydobywaniem, pozyskiwaniem, produkcją, transportem, przechowywaniem i dostarczaniem surowców, produktów lub części produktów i opracowywaniem produktu lub usługi³⁵. Jeżeli chodzi o działalność przedsiębiorstwa na rynku niższego szczebla (ang. *downstream*), łańcuch działalności ogranicza się do działalności partnerów biznesowych związanej z dystrybucją, transportem i przechowywaniem produktu tego przedsiębiorstwa, gdy taka działalność jest prowadzona na rzecz przedsiębiorstwa lub w jego imieniu. Definicją terminu „łańcuch działalności” nie objęto zatem działalności partnerów biznesowych działających na niższym szczeblu łańcucha dostaw, która wiąże się z usługami tego przedsiębiorstwa.

Przyjęte w CS3D szerokie pojęcie partnera biznesowego, będące elementem definicji łańcuchów działalności, obejmuje zarówno bezpośrednich, jak i pośrednich partnerów biznesowych przedsiębiorstwa objętego bezpośrednim zakresem podmiotowym dyrektywy 2024/1760. Partnerami bezpośrednimi są podmioty, z którymi przedsiębiorstwo zawarło umowę handlową związaną z działalnością, produktami lub usługami tego przedsiębiorstwa lub na rzecz których przedsiębiorstwo świadczy usługi w ramach swojego łańcucha działalności (art. 3 ust. 1 lit. f ppkt (i) CS3D). Z kolei krąg pośrednich partnerów biznesowych obejmuje podmioty, które nie będąc bezpośrednimi partnerami biznesowymi, prowadzą działalność gospodarczą związaną z działalnością, produktami lub usługami przedsiębiorstwa (art. 3 ust. 1 lit. f ppkt (ii) CS3D). Rozróżnienie między bezpośrednim a pośrednim partnerem biznesowym ma znaczenie normatywne, ponieważ niektóre obowiązki przewidziane w dyrektywie 2024/1760 obciążają przedsiębiorstwo tylko w odniesieniu do partnerów bezpośrednich (np. obowiązek dążenia do uzyskania wyłącznie od bezpośredniego partnera biznesowego stosownych zabezpieczeń lub gwarancji umownych; por. art. 6 ust. 2 lit. e, art. 10 ust. 2 lit. b, art. 11 ust. 3 lit. c CS3D).

3. Zakres przedmiotowy dyrektywy 2024/1760

3.1. Poziom harmonizacji

W przeważającej mierze dyrektywa 2024/1760 ustanawia jedynie minimalny standard harmonizacyjny, zezwalając państwom członkowskim na wprowadzanie do prawa krajowego bardziej rygorystycznych lub szczegółowych

przepisów. Nie dotyczy to jednak wymogów w zakresie identyfikacji i oceny negatywnych skutków (art. 8 ust. 1 i 2 CS3D) oraz zapobiegania potencjalnym negatywnym skutkom i ich usuwania (art. 10 ust. 1 i art. 11 ust. 1 CS3D). Wymogi te są w pełni zharmonizowane, co oznacza, że krajowi prawodawcy nie mogą ich zastrzyc ani rozszerzać (por. art. 4 CS3D).

3.2. Obowiązki w łańcuchach działalności

Zakres przedmiotowy CS3D przede wszystkim koncentruje się na ustanowieniu obowiązków należytej staranności (ang. *due diligence obligations*) w zakresie zrównoważonego rozwoju. Centralnym pojęciem dla określenia tych obowiązków jest „niekorzystny skutek” (ang. *adverse impact*), który oznacza niekorzystny skutek dla środowiska lub niekorzystny skutek dla praw człowieka (art. 3 ust. 1 lit. d CS3D). Zgodnie z definicją zawartą w art. 3 ust. 1 lit. b CS3D „niekorzystny skutek dla środowiska” wynika z naruszenia zakazów i obowiązków wymienionych w pkt 15 i 16 sekcji 1 części I oraz w części II załącznika do CS3D, z uwzględnieniem przepisów krajowych związanych z postanowieniami instrumentów międzynarodowych (tj. konwencji i umów) tam wymienionych. Z kolei zgodnie z art. 3 ust. 1 lit. c CS3D „niekorzystny skutek dla praw człowieka” wynika z naruszenia jednego z praw człowieka wymienionych w sekcji 1 części I załącznika do CS3D i zapisanych w międzynarodowych instrumentach wymienionych w sekcji 2 części I załącznika do CS3D. Niekorzystny skutek dla praw człowieka występuje także w przypadku, gdy dochodzi do naruszenia prawa człowieka, które nie zostało wymienione w sekcji 1 części I załącznika do CS3D, lecz jest ujęte w instrumentach dotyczących praw człowieka wymienionych w sekcji 2 części I załącznika do CS3D, pod warunkiem że: (i) to prawo człowieka może być naruszone przez przedsiębiorstwo lub podmiot prawny, (ii) naruszenie tego prawa człowieka bezpośrednio narusza interes prawny chroniony w instrumentach dotyczących praw człowieka wymienionych w sekcji 2 części I załącznika do CS3D oraz (iii) dane przedsiębiorstwo mogło racjonalnie przewidzieć ryzyko wywarcia wpływu na takie prawo człowieka, biorąc pod uwagę okoliczności, w tym charakter i zakres działalności biznesowej przedsiębiorstwa i jego łańcuch działalności, cechy danego sektora gospodarki oraz kontekst geograficzny i operacyjny.

Co istotne, metoda określenia obowiązków należytej staranności w CS3D za pomocą definicji niekorzystnego skutku dla środowiska lub dla praw człowieka kształtuje treść tych obowiązków niezależnie od tego, czy konwencja lub umowa wymieniona w załączniku CS3D została ratyfikowana lub uznana w jurysdykcji (także spoza UE), w której doszło do naruszenia. W związku z pośrednim i bezpośrednim zakresem podmiotowym CS3D (por. pkt 2 powyżej) skutkuje to rozpowszechnianiem norm ochrony środowiska i praw człowieka w państwach, w których ramy prawne nie zapewniają odpowiedniej ochrony.

Katalog obowiązków należytej staranności przewidziany w dyrektywie 2024/1760 (art. 5 ust. 1, art. 7–16 CS3D) jest szeroki i obejmuje różnorakie działania, które powinny zostać podjęte przez przedsiębiorstwo, jego

³⁵ Wyjątkiem są regulowane przedsiębiorstwa finansowe, w przypadku których CS3D dotyczy wyłącznie łańcuchów działalności *upstream*; por. motywy 26 dyrektywy 2024/1760.

jednostki zależne i partnerów biznesowych. Do środków o charakterze prewencyjnym należy nakaz uwzględniania należytej staranności w politykach przedsiębiorstw i ich systemach zarządzania ryzykiem (art. 7 CS3D), a także identyfikowanie i ocena rzeczywistych lub potencjalnych niekorzystnych skutków (art. 8 CS3D) oraz, w razie potrzeby, ich hierarchizowanie (art. 9 CS3D). Drugą kategorię stanowią środki o charakterze reaktywnym, tj. znajdujące zastosowanie w przypadku, gdy negatywny skutek już wystąpił. Przedsiębiorstwo powinno wówczas dążyć do jego łagodzenia, usunięcia i minimalizowania jego zasięgu oraz zapewnić odpowiednie środki zaradcze (art. 10–12 CS3D). Trzecia kategoria obowiązków odnosi się do współpracy przedsiębiorstwa z interesariuszami (art. 13 CS3D) oraz umożliwienia im powiadomienia przedsiębiorstwa o potencjalnych lub rzeczywistych negatywnych skutkach, a także ustanowienia procedury dotyczącej skarg (art. 14 CS3D). Czwartym wymogiem jest obowiązek przedsiębiorstwa monitorowania, tj. okresowej oceny, własnej działalności i środków, działalności i środków swoich jednostek zależnych oraz – jeżeli jest to związane z łańcuchem działalności przedsiębiorstwa – działalności i środków swoich partnerów biznesowych (art. 15 CS3D). Wreszcie piąta kategoria to obowiązek sprawozdawczy, którego treścią jest przekazywanie przez przedsiębiorstwo informacji dotyczących kwestii objętych dyrektywą 2024/1760 w sprawozdaniu rocznym publikowanym na jego stronie internetowej (art. 16 CS3D).

Jak już zaznaczono (pkt 2), prawodawca unijny zakłada, że przedsiębiorstwa unijne podlegające CS3D będą „wykorzystywać lub zwiększać siłę nacisku” na swoich partnerów biznesowych, aby przestrzegali oni kodeksu postępowania i – stosownie do potrzeb – planu działań zapobiegawczych przedsiębiorstwa, w celu uniknięcia negatywnych skutków dla środowiska i praw człowieka. Kontraktowym instrumentem oddziaływania przedsiębiorstw podlegających CS3D na partnerów biznesowych mają być gwarancje umowne zobowiązujące do odpowiedniego zachowania w zakresie, w jakim ich działalność stanowi część łańcucha działalności przedsiębiorstwa (por. art. 10 ust. 2 lit. b, art. 11 ust. 3 lit. c CS3D). Przedsiębiorstwo powinno być jednak zobowiązane jedynie do podjęcia starań o pozyskanie gwarancji umownych („dążyć do ich uzyskania”), gdyż możliwość ich uzyskania może zależeć od okoliczności (pkt 46 preambuły CS3D). Gwarancje umowne powinny być zaprojektowane w taki sposób, aby zapewnić odpowiedni podział obowiązków między przedsiębiorstwo i partnerów biznesowych. W przypadku gdy partnerem tym jest MŚP, należy określić sprawiedliwe, rozsądne i niedyskryminujące warunki. Przedsiębiorstwo powinno ocenić, czy partnerowi nie należy udzielić ukierunkowanego i proporcjonalnego wsparcia organizacyjnego (szkoleń, modernizacji systemów zarządzania), a nawet finansowego (finansowanie bezpośrednie, nisko oprocentowane pożyczki, gwarancje ciągłości zaopatrzenia lub pomoc w zapewnianiu finansowania), w przypadku gdy przestrzeganie kodeksu postępowania lub planu działań zapobiegawczych zagroziłoby rentowności MŚP. Gwarancjom umownym powinny towarzyszyć odpowiednie środki służące weryfikacji ich przestrzegania (art. 10 ust. 2 lit. e i ust. 5, motyw 46 i 54 CS3D).

Jeżeli środki mające na celu zapobieżenie niekorzystnym skutkom lub działania na rzecz ich złagodzenia okażą się nieskuteczne, dyrektywa 2024/1760 zobowiązuje przedsiębiorstwa do powstrzymania się od nawiązywania nowych lub rozszerzania istniejących relacji z partnerem biznesowym, z którym związany jest dany skutek. Należy ponadto przyjąć i wdrożyć udoskonalony plan działań zapobiegawczych na potrzeby konkretnego niekorzystnego skutku. Jako kluczowy element nacisku wskazano tymczasowe zawieszenie relacji biznesowych w odniesieniu do danej działalności, pod warunkiem że można zasadnie oczekiwać, iż wysiłki te będą skuteczne (art. 10 ust. 6 lit. a CS3D).

Jeżeli potencjalne niekorzystne skutki są dotkliwe i nie można zasadnie oczekiwać, że wysiłki przedsiębiorstwa w zakresie udoskonalonego planu działań zapobiegawczych będą skuteczne, lub plan ten nie pozwolił zapobiec niekorzystnemu skutkowi ani go złagodzić, jako swoistą *ultima ratio* przedsiębiorstwo powinno zerwać relację biznesową w odniesieniu do danej działalności (art. 10 ust. 6 lit. b CS3D). Jak wskazano w preambule, priorytetem dla przedsiębiorstw powinna być jednak współpraca z partnerami biznesowymi w ich łańcuchach działalności, a nie zerwanie relacji biznesowych (por. motyw 50 CS3D). Stąd też zarówno przed tymczasowym zawieszeniem, jak i przed zerwaniem relacji biznesowej przedsiębiorstwo musi dokonać ważenia wartości i ocenić, czy można zasadnie oczekiwać, że niekorzystne skutki tej decyzji będą wyraźnie bardziej dotkliwe niż niekorzystny skutek, któremu nie udało się zapobiec lub którego nie udało się odpowiednio złagodzić. Gdyby analiza doprowadziła do wniosku, że zawieszenie lub zerwanie relacji biznesowej jest bardziej dotkliwe niż sam niekorzystny skutek, przedsiębiorstwo nie jest zobowiązane do dokonania tych kroków. Powinno ono jednak notyfikować właściwy organ nadzorczy o należycie uzasadnionych powodach takiej decyzji i monitorować potencjalny niekorzystny skutek, okresowo dokonując oceny swojej decyzji oraz tego, czy dostępne są dalsze odpowiednie środki. W przypadku natomiast, gdy przedsiębiorstwo zadecyduje o tymczasowym zawieszeniu lub zerwaniu relacji biznesowej, musi ono podjąć kroki mające na celu zapobieżenie skutkom tego zawieszenia lub zerwania, ich złagodzenia lub usunięcia oraz poinformować zainteresowanego partnera biznesowego o tej decyzji z odpowiednim wyprzedzeniem, a także przeprowadzić przegląd tej decyzji. Prawodawca unijny wyraźnie zastrzegł, że działania nacisku na partnera biznesowego w postaci wdrożenia udoskonalonego planu działań zapobiegawczych (art. 10 ust. 6 lit. a CS3D) oraz zerwania relacji biznesowych (art. 10 ust. 6 lit. b CS3D) mogą zostać podjęte przez przedsiębiorstwo, gdy „zezwała mu na to prawo regulujące ich relacje”, które to prawo należy ustalić na podstawie odpowiednich przepisów kolidujących. Jednocześnie zobowiązano państwa członkowskie do tego, aby przewidzieć opcję tymczasowego zawieszenia lub zerwania relacji biznesowej w umowach podlegających ich prawu, z wyjątkiem umów, w których strony są zobowiązane do ich zawarcia na mocy prawa. Na gruncie prawa polskiego wchodzi w rachubę w szczególności wyraźne przesądzenie przez ustawodawcę, że uchylanie się partnera biznesowego od współpracy z przedsiębiorstwem w celu



należytego wypełniania przez nie obowiązku staranności stanowi ważny powód zawieszenia wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, a skorzystanie z niego nie skutkuje powstaniem obowiązku odszkodowawczego przedsiębiorstwa (por. w odniesieniu do zlecenia art. 746 § 1 i 2 k.c.).

W porównaniu do pierwotnej propozycji Komisji z 23.02.2022 r. w ostatecznie uchwalonej wersji CS3D nie znalazł się przepis określający obowiązki członków organów (dyrektorów). Zawarty w tej propozycji art. 25 przewidywał obowiązek uwzględnienia przez nich, przy podejmowaniu decyzji biznesowych, kwestii z zakresu zrównoważonego rozwoju (ang. *sustainability matters*), w tym praw człowieka, zmian klimatu i konsekwencji środowiskowych w krótkim i długim okresie³⁶. Państwa członkowskie miały ponadto zostać zobowiązane do nałożenia sankcji na dyrektorów w razie naruszenia tego obowiązku. Przepis ten spotkał się z mieszanym odbiorem doktryny³⁷. Krytycy podnosili, że zbyt głęboko ingerował on w krajowy ład korporacyjny, dotycząc fundamentalnej kwestii rozumienia interesu spółki (narzucając w istocie określony sposób rozumienia tego pojęcia).

Wyłączenie treści art. 25 CS3D z ostatecznie przyjętej wersji tej dyrektywy nie oznacza jednak, że jest ona całkowicie irrelevantna z punktu widzenia odpowiedzialności członków władz przedsiębiorstw, które są objęte zakresem jej zastosowania. Wręcz przeciwnie – przepisy implementujące dyrektywę 2024/1760 wprowadzą do systemu prawa krajowego nową, szeroką kategorię obowiązków prawnych, związanych z prowadzeniem spraw spółki, za których prawidłowe wykonanie – także w jednostkach zależnych – będą odpowiadać członkowie organów kierowniczych przedsiębiorstwa objętego CS3D. W prawie polskim odnosi się to do obowiązków członków zarządu i rady nadzorczej oraz do dyrektorów (w prostej spółce akcyjnej).

Jeżeli zatem wskutek niewykonania tych obowiązków spółce zostanie wyrządzona szkoda, np. w wyniku nałożenia na nią administracyjnej kary pieniężnej lub konieczności naprawienia szkody wynikającej z wystąpienia niekorzystnego skutku dla środowiska lub praw człowieka, spółce będzie przysługiwać roszczenie o jej naprawienie wobec członków organów³⁸.

36 Szerzej por. A.-M. Weber, A.-C. Mittwoch, *Harmonizing duties of board members in the Anthropocene: When expectations meet reality*, „Review of European and Comparative Law” 2023/1(52), s. 143–168.

37 Krytycznie zob. *Response to the Proposal for a Directive on Corporate Sustainability Due Diligence by Nordic and Baltic Company Law Scholars*, Nordic & European Company Law Working Paper No. 22–01, pkt 2.5, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4139249 (dostęp: 26.10.2024 r.); umiarkowanie krytycznie zob. A.A. Gözlüglöl, W.-G. Ringe, *The EU Sustainable Corporate Governance Initiative: Where are We and Where are We Headed?*, Harvard Law School Forum on Corporate Governance, 18.03.2022, https://corpgov.law.harvard.edu/2022/03/18/the-eu-sustainable-corporate-governance-initiative-where-are-we-and-where-are-we-headed/?utm_content=buffer07f0c&utm_medium=social&utm_source=linkedin.com&utm_campaign=buffer (dostęp: 26.10.2024 r.); aprobowując zob. B. Sjöfjell, J. Mähönen, *Corporate Purpose and the EU Corporate Sustainability Due Diligence Proposal*, Oxford Business Law Blog, 25.02.2022, <https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2022/02/corporate-purpose-and-eu-corporate-sustainability-due-diligence> (dostęp: 26.10.2024 r.); A.-C. Mittwoch, P. Velte, M. Birkholz, *On the Necessary Adoption of the CSDDD by the EU Council*, <https://blogs.law.ox.ac.uk/obllb/blog-post/2024/02/necessary-adoption-csddd-eu-council> (dostęp: 26.10.2024 r.).

38 Por. w ustawie z 15.09.2000 r. – Kodeks spółek handlowych (Dz.U. z 2024 r. poz. 18 ze zm.) w spółce z o.o. – art. 293 § 1, w prostej spółce akcyjnej – art. 300¹²⁵ § 1, w spółce akcyjnej – art. 483 § 1.

3.3. Obowiązek wdrożenia planu transformacji

Oprócz obowiązków należytej staranności CS3D kształtuje także odrębny typologicznie obowiązek wdrożenia planu transformacji na rzecz zmiany klimatu. Stosownie do art. 22 ust. 1 CS3D przedsiębiorstwa objęte bezpośrednio zakresem podmiotowym CS3D³⁹ powinny przyjąć i wdrożyć plan transformacji na rzecz łagodzenia zmiany klimatu (ang. *transition plan*). Plan ten powinien mieć na celu zapewnienie zgodności transformacji modelu biznesowego i strategii przedsiębiorstwa z transformacją w stronę gospodarki zrównoważonej oraz z celem polegającym na ograniczeniu globalnego ocieplenia do 1,5°C zgodnie z porozumieniem paryskim oraz celem osiągnięcia neutralności klimatycznej określonym w Europejskim prawie o klimacie⁴⁰.

Plan transformacji powinien zawierać określone w czasie cele związane ze zmianą klimatu na 2030 r. oraz w pięcioletnich etapach do 2050 r., oparte na rozstrzygających dowodach naukowych, oraz w stosownych przypadkach bezwzględne cele redukcji emisji gazów cieplarnianych dla zakresu 1, zakresu 2 i zakresu 3 tych emisji w każdej istotnej kategorii. W planie transformacji należy także opisać zidentyfikowane dźwignie dekarbonizacji i kluczowe planowane działania mające doprowadzić do osiągnięcia celów określonych w planie. W stosownych przypadkach należy wskazać planowane zmiany w portfelu produktów i usług przedsiębiorstwa oraz przyjęcie nowych technologii. Plan transformacji powinien także wyjaśniać i ilościowo określać inwestycje i finansowania wspierające jego realizację. Ponadto należy jasno określić role organów administracyjnych, zarządzających i nadzorczych przedsiębiorstwa (spółki) w odniesieniu do planu transformacji. Obowiązkowe są coroczne aktualizacje planu transformacji i składanie sprawozdań z postępów w osiągnięciu ustalonych celów (art. 22 ust. 3 CS3D).

4. Instrumenty egzekwowania obowiązków przewidzianych w dyrektywie 2024/1760

W zakresie obowiązków należytej staranności CS3D przewiduje publiczno- i prywatnoprawne instrumenty służące ich egzekwowaniu. W dwutorowym podejściu legislacyjnym przyjętym w CS3D można odnaleźć pewne analogie do europejskiego prawa ochrony konkurencji. Egzekwowaniem wynikających z niego obowiązków

39 Stosownie do art. 22 ust. 2 CS3D z obowiązku sporządzenia planu transformacji zwolnione zostały przedsiębiorstwa, które sporządzają plan transformacji na rzecz łagodzenia zmiany klimatu zgodnie z art. 19a, 29a lub 40a dyrektywy 2013/34/UE. Uznaje się także, że przedsiębiorstwa uwzględnione w planie transformacji na rzecz łagodzenia zmiany klimatu ich jednostki dominującej, zgłaszanym zgodnie z art. 29a lub art. 40a dyrektywy 2013/34/UE, wypełniły wymóg przyjęcia planu transformacji wynikający z art. 22 ust. 1 CS3D (art. 22 ust. 2 CS3D).

40 Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2021/1119 z 30.06.2021 r. w sprawie ustanowienia ram na potrzeby osiągnięcia neutralności klimatycznej i zmiany rozporządzeń (WE) nr 401/2009 i (UE) 2019/1999 (Europejskie prawo o klimacie) (Dz.Urz. UE L 243, s. 1).

z wykorzystaniem publicznoprawnego instrumentarium zajmują się Komisja Europejska i krajowe organy nadzorcze (w Polsce – Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów), które są kompetentne do nakładania sankcji (kar) pieniężnych w razie stwierdzenia naruszenia obowiązków wynikających z art. 101 i 102 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej⁴¹ czy krajowych przepisów o ochronie konkurencji. Ponadto kilka lat temu został wprowadzony prywatnoprawny instrument egzekwowania tych obowiązków w postaci roszczenia o naprawienie szkody wyrządzonej przez naruszenie prawa konkurencji⁴². Podobnie w ramach CS3D ustawodawca przewidział egzekwowanie obowiązków należytej staranności w drodze stosowania instrumentarium publicznoprawnego ogniskującego się wokół kompetencji nadzorczych właściwego organu krajowego, jak też poprzez mechanizmy prywatnoprawne oparte na odpowiedzialności odszkodowawczej.

4.1. Instrumenty publicznoprawne. Kompetencje krajowego organu nadzoru

Dyrektywa 2024/1760 wymaga od każdego państwa członkowskiego wyznaczenia co najmniej jednego organu nadzorczego do celów nadzorowania przestrzegania obowiązków określonych w przepisach prawa krajowego wdrażających jej postanowienia (art. 24 ust. 1 CS3D). Kompetencja krajowego organu nadzoru obejmuje przedsiębiorstwa mające siedzibę statutową w danym państwie członkowskim. Z kolei przedsiębiorstwo spoza UE co do zasady podlega nadzorowi organu państwa członkowskiego, w którym ma ono oddział (art. 24 ust. 2 CS3D)⁴³. Organy nadzoru powinny zostać wyposażone przez prawo krajowe w rozległe uprawnienia inspekcyjno-kontrolne i nadzorcze, których elementem ma być m.in. przyjmowanie zgłoszeń uzasadnionych obaw dotyczących nieprzestrzegania przez przedsiębiorstwa obowiązków przewidzianych w dyrektywie 2024/1760 (por. art. 26 CS3D). Ponadto krajowe przepisy powinny uprawniać organ nadzoru do nakładania kar, w tym kar pieniężnych, których wysokość ma zależeć od osiągniętych przez przedsiębiorstwo przychodów netto ze sprzedaży w skali światowej (art. 27 CS3D). Maksymalny limit kar pieniężnych powinien wynosić co najmniej 5% tych przychodów, osiągniętych przez przedsiębiorstwo w roku obrotowym

41 Wersja skonsolidowana Dz.Urz. UE C 202 z 2016 r., s. 47 – dalej TFUE.

42 Por. dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/104/UE z 26.11.2014 r. w sprawie niektórych przepisów regulujących dochodzenie roszczeń odszkodowawczych z tytułu naruszenia prawa konkurencji państw członkowskich i Unii Europejskiej, objęte przepisami prawa krajowego (Dz.Urz. UE L 349, s. 1), która została transponowana w prawie polskim ustawą z 21.04.2017 r. o roszczeniach o naprawienie szkody wyrządzonej przez naruszenie prawa konkurencji (Dz.U. poz. 1132). Ponadto zgodnie z orzecznictwem TS w przypadku, gdy spółka dominująca i zależna tworzą jeden podmiot gospodarczy (*single economic unit*) stanowiący jedno przedsiębiorstwo w rozumieniu art. 101 TFUE, odpowiadają one solidarnie za naprawienie tej szkody; por. wyrok TS z 6.10.2021 r., C-882/19, Sumal SL przeciwko Mercedes Benz Trucks España SL (EU:C:2021:800); zob. D. Braun, *Das Konzept der gesamtschuldnerischen Verantwortung von Konzerngesellschaften im europäischen Wettbewerbsrecht*, Baden-Baden 2018, s. 49 i n.; M.-P. Weller, V. Habrich, L. Korn, A. Zimmermann, *Liability of the Economic Unit – A General Principle of EU Law?*, „European Company and Financial Law Review” 2024/5–6(20), s. 760–793.

43 Jeżeli przedsiębiorstwo z państwa trzeciego nie ma oddziału w żadnym państwie członkowskim lub ma oddziały znajdujące się w różnych państwach członkowskich, właściwym organem nadzorczym jest organ nadzorczy w państwie członkowskim, w którym przedsiębiorstwo to osiągnęło największą część przychodów netto ze sprzedaży w Unii; por. szerzej art. 24 ust. 3 CS3D.

poprzedzającym rok, w którym podjęto decyzję o nałożeniu kary (art. 27 ust. 4 CS3D). Decyzje organów nadzorczych dotyczące kar mają być publikowane i powinny pozostawać publicznie dostępne przez co najmniej pięć lat (art. 27 ust. 5 CS3D; tzw. mechanizm *naming and shaming*⁴⁴). Współpracę i wymianę informacji między krajowymi organami nadzoru ma ułatwić Europejska Sieć Organów Nadzorczych, ustanowiona przez Komisję Europejską (art. 28 CS3D).

4.2. Instrument prywatnoprawny. Reżim deliktowej odpowiedzialności odszkodowawczej

Sporną kwestią na etapie prac legislacyjnych nad CS3D był normatywny kształt odpowiedzialności cywilnoprawnej przedsiębiorstw za naruszenie obowiązków staranności w zakresie zrównoważonego rozwoju⁴⁵. Ostateczna regulacja tej odpowiedzialności w dyrektywie 2024/1760 jest wynikiem kompromisu między państwami członkowskimi. Unormowanie niektórych kluczowych kwestii o doniosłym znaczeniu praktycznym, w szczególności rozkładu ciężaru dowodu, zostało pozostawione krajowym ustawodawcom⁴⁶.

4.2.1. Materialnoprawne przesłanki odpowiedzialności

Zgodnie z art. 29 ust. 1 lit. a CS3D przedsiębiorstwo objęte bezpośrednio zakresem podmiotowym dyrektywy 2024/1760 może zostać pociągnięte do odpowiedzialności za szkody wyrządzone osobie fizycznej lub prawnej w przypadku, gdy umyślnie lub w wyniku zaniechania nie wypełniło obowiązków określonych w art. 10 i 11 CS3D, tj. obowiązku zapobiegania potencjalnym niekorzystnym skutkom i obowiązku usuwania rzeczywistych niekorzystnych skutków dla środowiska lub praw człowieka. Co istotne, dotyczy to tylko sytuacji, w których prawo, zakaz lub obowiązek, wynikające z instrumentów (umów, konwencji) międzynarodowych wymienionych w załączniku do dyrektywy 2024/1760, ma na celu ochronę osoby fizycznej lub prawnej. Z pojęcia szkody podlegającej naprawieniu zgodnie z art. 29 ust. 1 lit. b CS3D wyłączone są szkody wyrządzone środowisku naturalnemu, jeżeli odpowiednie normy prawa międzynarodowego nie będą jednocześnie miały na celu ochrony osób fizycznych lub prawnych⁴⁷. Ponadto zgodnie z art. 29 ust. 1 lit. b CS3D odpowiedzialność przedsiębiorstwa jest uzależniona od spełnienia drugiej przesłanki, którą jest wyrządzenie szkody interesowi prawnemu osoby fizycznej lub prawnej chronionemu na mocy prawa krajowego w wyniku niewypełnienia obowiązków, o których mowa w art. 29 ust. 1 lit. a CS3D. Konieczne jest więc istnienie związku przyczynowego pomiędzy tym niewypełnieniem a wystąpieniem szkody.

44 Szerzej o tym instrumentacie zob. A.-M. Weber-Elżanowska, *Naming and Shaming jako mechanizm sankcyjny w art. 34 MAR*, „Monitor Prawniczy” 2018/9, s. 484–488.

45 J. Schmidt, *The EU Supply...*, s. 20; A. Schall, *The CSDDD...*, s. 57.

46 J. Schmidt, *The EU Supply...*, s. 20 i n.; por. obszerną analizę egzekwowania obowiązków w łańcuchu aktywności na drodze prywatnoprawnej: Ch. Thomale, S. Schmid, *Das Private Enforcement der EU-Lieferkettenrichtlinie*, „Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht” 2024/3(88), s. 425–493.

47 N. Bueno, N. Bernaz, G. Holly, O. Martin-Ortega, *The EU Directive...*, s. 2.

System odpowiedzialności cywilnej CS3D odzwierciedla więc typowe warunki odpowiedzialności deliktowej na zasadzie winy: 1) naruszenie obowiązku, 2) wina (wynikająca z niedbalstwa lub umyślnego działania), 3) istnienie szkody oraz 4) związek przyczynowy między naruszeniem obowiązku a wystąpieniem szkody.

Na tle cytowanej przesłanki art. 29 ust. 1 lit. b CS3D należy sądzić, że wyrządzenie szkody interesowi chronionemu w prawie krajowym odnosi się do standardu ochrony interesów indywidualnych obowiązującego w prawie krajowym państwa członkowskiego UE, gdzie ma siedzibę przedsiębiorstwo, w którego łańcuchu działalności doszło do wyrządzenia szkody. Wariant interpretacyjny, w świetle którego prawem krajowym może być prawo państwa trzeciego (spoza UE), należy odrzucić, ponieważ jego akceptacja oznaczałaby, że możliwość dochodzenia odpowiedzialności odszkodowawczej byłaby uzależniona od tego, jakie interesy prawne podlegają ochronie w państwie, w którym dochodzi do wyrządzenia szkody, w tym także w państwie spoza UE (państwie trzecim). W przypadku braku w tym państwie ochrony interesów naruszonych w wyniku wyrządzonej szkody przesłanki odpowiedzialności określone w art. 29 ust. 1 CS3D nie byłyby spełnione. „Słaby” reżim ochrony środowiska lub praw człowieka skutkowałby brakiem odpowiedzialności, a dyrektywa 2024/1760 nie wnosiłaby wówczas w kontekście cywilnoprawnych roszczeń odszkodowawczych żadnej wartości dodanej dla ochrony środowiska lub praw człowieka w takich porządkach prawnych. Przyjętą tu interpretację wzmacnia art. 29 ust. 7 CS3D, który zobowiązuje państwa członkowskie do zapewnienia, aby przepisy prawa krajowego transponujące unijny reżim odpowiedzialności przewidziany w art. 29 CS3D miały nadrzędne, bezwzględnie obowiązujące zastosowanie w przypadkach, gdy prawem właściwym dla roszczeń w tym zakresie nie jest prawo krajowe żadnego z państw członkowskich (tzw. przepisy wymuszające swoje zastosowanie; por. art. 16 rozporządzenia Rzym II⁴⁸ oraz art. 8 ust. 1 Prawa prywatnego międzynarodowego⁴⁹)⁵⁰. Oznacza to, że prawodawca unijny dąży do wyłączenia sytuacji, w której reguły kolizyjnoprawne (np. *lex loci delicti commissi*; por. art. 4 ust. 1, art. 7 rozporządzenia Rzym II) doprowadziłyby do wyłączenia zastosowania zharmonizowanego w art. 29 CS3D standardu ochrony interesów indywidualnych poprzez instrumenty prywatnoprawne, tj. odpowiedzialność odszkodowawczą.

Dyrektywa 2024/1760 przesądza w sposób wyraźny, że przedsiębiorstwo nie może być pociągnięte do odpowiedzialności, jeżeli szkoda została wyrządzona wyłącznie przez partnerów biznesowych w jego łańcuchu działalności (art. 29 ust. 1 zd. ostatnie CS3D). Jeżeli jednak szkoda została spowodowana wspólnie przez przedsiębiorstwo i jego jednostkę zależną, bezpośredniego lub pośredniego partnera biznesowego, ponoszą

oni odpowiedzialność solidarną, bez uszczerbku dla przepisów prawa krajowego dotyczących warunków odpowiedzialności solidarnej i dotyczących prawa regresu (art. 29 ust. 5 CS3D). Koncepcja wspólnego (nie wyłącznego) wyrządzenia szkody nie została przez ustawodawcę unijnego szerzej rozwinięta ani w przepisach dyrektywy 2024/1760, ani w jej preambule i może dostarczać wielu problemów interpretacyjnych. Treść motywu 79 sugeruje, że kwestia „wyłącznego wyrządzenia szkody” odnosi się do problematyki związku przyczynowego, którego dyrektywa 2024/1760 zasadniczo nie reguluje. Zagadnienie to niewątpliwie wymaga dalszych, pogłębionych badań doktrynalnych. W tym miejscu wystarczy ograniczyć się do następujących uwag. Po pierwsze, wyraźne przesądzenie w art. 29 ust. 1 lit. b CS3D, że szkoda musi zostać wyrządzona „w wyniku” niewypełnienia obowiązków *due diligence*, przemawia za stanowiskiem, że również w przypadku wyrządzenia szkody przez jednostkę zależną lub partnera biznesowego przedsiębiorstwa konieczne jest istnienie kausalności między niewypełnieniem przez nie tych obowiązków a szkodą. Należy mieć przy tym na uwadze, że w świetle art. 10 i 11 CS3D zapobieganie niekorzystnym skutkom i ich usuwanie również na poziomie jednostek zależnych stanowi własny obowiązek spółki dominującej, dlatego nie będzie ona mogła zwolnić się z tej odpowiedzialności, powołując się na odrębną osobowość prawną spółek tworzących transgraniczną grupę. Po drugie, należy przyjąć, że jednostka zależna lub partner biznesowy (w szczególności działający w państwie trzecim) będą odpowiedzialni solidarnie za szkodę wyrządzoną wspólnie z przedsiębiorstwem podlegającym reżimowi CS3D, pomimo że (i) dyrektywa 2024/1760 nie nakłada na te podmioty bezpośrednio żadnych obowiązków prawnych oraz (ii) wyrządzenie szkody może w danym porządku prawnym nie nosić znamion bezprawności w świetle prawa państwa trzeciego, gdy normy ochrony środowiska lub praw człowieka obowiązujące w tym państwie nie przewidują odpowiedniej ochrony interesów poszkodowanego.

Stosownie do art. 29 ust. 5 ak. 1 CS3D odpowiedzialność cywilna przedsiębiorstwa za szkody na gruncie tej dyrektywy pozostaje bez uszczerbku dla odpowiedzialności cywilnej jego jednostek zależnych lub partnerów biznesowych w łańcuchu działalności przedsiębiorstwa. Przede wszystkim jednostki zależne lub partnerzy biznesowi będą nadal ponosić odpowiedzialność na gruncie przepisów krajowych statuujących odpowiedzialność deliktową w państwie, w którym szkoda została wyrządzona, o ile takie przepisy istnieją.

Poszkodowana osoba fizyczna lub prawna ma prawo do pełnej rekompensaty za zaistniałą szkodę zgodnie z prawem krajowym, przy czym zgodnie z art. 29 ust. 2 CS3D odszkodowanie to nie może prowadzić do nadmiernej rekompensaty, ani w drodze odszkodowania karnego (ang. *punitive damages*), ani wielokrotnego (ang. *multiple damages*). Wyłączona jest indemnizacja szkody pochodnej (pośredniej)⁵¹, a więc szkody wyrządzonej innym oso-

48 Rozporządzenie (WE) nr 864/2007 Parlamentu Europejskiego i Rady z 11.07.2007 r. dotyczące prawa właściwego dla zobowiązań pozaukładowych („Rzym II”) (Dz.Urz. UE L 199, s. 40).

49 Ustawa z 4.02.2011 r. – Prawo prywatne międzynarodowe (Dz.U. z 2023 r. poz. 503) – dalej p.p.m.

50 Należy jednak zaznaczyć, że przepis ten wyłącza zastosowanie prawa państwa trzeciego również w przypadku, gdy jest ono bardziej korzystne dla strony poszkodowanej niż prawo państwa członkowskiego; por. krytyczne uwagi J. Schmidt, *The EU Supply...*, s. 27.

51 Na marginesie należy wskazać na toczący się w polskiej doktrynie spór o dopuszczalność indemnizacji szkody pośredniej, który ogniskuje się wokół kwestii, czy szkoda taka jest objęta adekwatnym związkiem przyczynowym; zob. J. Jastrzębski, *O granicach kompensacji* [w:] *Odpowiedzialność odszkodowawcza*, red. J. Jastrzębski, Warszawa 2007, s. 20; M. Kaliński, *Ograniczenie indemnizacji do podmiotów bezpośrednio poszkodowanych – w związku z nowelizacją art. 446 Kodeksu cywilnego*, „Przegląd Sądowy” 2014/3, s. 7. Należy sądzić, że przewidziane w dyrektywie 2024/1760 wyłączenie odpowiedzialności za szkodę pośrednią jest neutralne dla tego sporu.

bom, które nie są osobami bezpośrednio poszkodowanymi w wyniku niekorzystnego skutku i nie są chronione prawami, zakazami lub obowiązkami wymienionymi w załączniku do dyrektywy 2024/1760. Jako przykład szkody niepodlegającej indemnizacji wskazano w preambule (motyw 79) stratę ekonomiczną poniesioną przez właściciela mieszkania wynajmowanego pracownikowi, który z powodu naruszenia przez przedsiębiorstwo norm bezpieczeństwa w miejscu pracy nie jest w stanie zapłacić czynszu. Właściciel mieszkania nie powinien mieć prawa do wystąpienia wobec przedsiębiorstwa z roszczeniem o kompensację takiej straty.

Ocena unijnej regulacji odpowiedzialności nie jest jednoznaczna. Niewątpliwie istotne znaczenie z punktu widzenia przedsiębiorstw podlegających CS3D ma wyraźne przesądzenie charakteru tej odpowiedzialności jako odpowiedzialności deliktowej opartej na winie, a więc umyślnym lub wynikającym z zaniedbania niewprowadzeniu środków w celu zapobieżenia niekorzystnym skutkom dla środowiska lub praw człowieka, względnie usunięcia takich skutków. Wykluczone jest więc ukształtowanie tej odpowiedzialności w prawie krajowym jako odpowiedzialności opartej na ryzyku (ang. *strict liability*)⁵². Innym przejawem dążenia prawodawcy unijnego do ograniczenia nadmiernego ryzyka prawnego przedsiębiorstw jest wyraźne wyłączenie odpowiedzialności za szkodę pośrednią i dopuszczalności zasądzenia odszkodowań karnych (ang. *punitive damages*).

Mankamentem unijnej regulacji są jej niejednoznaczne fragmenty, niekompletność i pozostawienie unormowania kluczowych aspektów (m.in. ciężaru dowodu, kwestii kauzalności) prawu krajowemu⁵³. Wynikające stąd różnice implementacyjne w poszczególnych państwach członkowskich mogą prowadzić w praktyce do arbitrażu regulacyjnego i zjawiska *forum shopping*. Przykłady wyroków zapadłych już przeciwko europejskim przedsiębiorstwom dowodzą, że ryzyko odpowiedzialności nie jest tylko teoretyczne⁵⁴.

4.2.2. Aspekty proceduralne

Oprócz przesłanek odpowiedzialności cywilnoprawnej przedmiotem harmonizacji CS3D są również niektóre aspekty o charakterze proceduralnym. Po pierwsze, dyrektywa 2024/1760 przewiduje pewne wymogi dotyczące zasad przedawnienia roszczenia odszkodowawczego. Termin ma wynosić co najmniej pięć lat, a jego bieg nie rozpoczyna się, zanim nie ustanie naruszenie ani zanim strona skarżąca nie dowie się lub zanim nie będzie można od niej zasadnie oczekiwać wiedzy o okolicznościach wyrządzenia szkody i tożsamości sprawcy (art. 29 ust. 3 lit. a CS3D).

Po drugie, strona poszkodowana może skorzystać ze szczególnej postaci zastępstwa procesowego i upoważnić do dochodzenia jej roszczenia związek zawodowy

lub pozarządową organizację działającą na rzecz praw człowieka lub środowiska, mającą siedzibę w dowolnym państwie członkowskim. Takie podmioty muszą spełniać wymogi określone w prawie krajowym i nie mogą samodzielnie, tzn. bez upoważnienia osoby potencjalnie poszkodowanej, występować z roszczeniami odszkodowawczymi (art. 29 ust. 3 lit. d CS3D).

Po trzecie, strona potencjalnie poszkodowana powinna mieć możliwość skorzystania ze specjalnego instrumentu procesowego, jakim jest tzw. procedura *discovery*, czyli możliwość nakazania przez sąd, na umotywowany wniosek tej strony, aby przedsiębiorstwo ujawniło dodatkowe dowody znajdujące się pod jego kontrolą. Zakres nakazanego ujawnienia powinien być ograniczony do tego, co jest niezbędne i proporcjonalne, aby uzasadnić potencjalne roszczenia odszkodowawcze (por. art. 29 ust. 3 lit. e CS3D)⁵⁵.

System odpowiedzialności cywilnej określony w art. 29 CS3D pozostaje bez uszczerbku dla unijnych lub krajowych przepisów dotyczących odpowiedzialności cywilnej związanej z niekorzystnymi skutkami dla praw człowieka lub niekorzystnymi skutkami dla środowiska, które to przepisy przewidują odpowiedzialność w sytuacjach nieobjętych CS3D lub które przewidują bardziej rygorystyczny system odpowiedzialności niż CS3D (art. 29 ust. 6 CS3D). Dyrektywa 2024/1760 nie zawiera natomiast żadnych regulacji dotyczących jurysdykcji, co oznacza, że w odniesieniu do spółek, dla których możliwe jest ustalenie domicylu w UE, zastosowanie znajdują przepisy art. 4 ust. 1 i art. 63 ust. 1 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1215/2012 z 12.12.2012 r. w sprawie jurysdykcji i uznawania orzeczeń sądowych oraz ich wykonywania w sprawach cywilnych i handlowych (Bruksela Ia). Sprawy jurysdykcji sądów państw członkowskich w odniesieniu do spółek podlegających CS3D, które nie mają domicylu w UE, będą rozstrzygać przepisy z zakresu międzynarodowego postępowania cywilnego obowiązujące w państwach członkowskich⁵⁶.

5. Wyzwania dla polskiego ustawodawcy

Polski ustawodawca powinien dokonać implementacji CS3D do 26.07.2026 r., co wymaga rozstrzygnięcia szeregu zagadnień, o charakterze zarówno fundamentalnym (np. miejsca implementacji, powołania odrębnego organu nadzoru), jak i szczegółowym, dotyczącym konkretnego kształtu instytucji przewidzianych w tej dyrektywie.

5.1. Instytucjonalna delegacja prac legislacyjnych

Na dzień zamknięcia prac nad niniejszym opracowaniem nie jest dostępna publiczna informacja, w ramach

⁵² Konieczność wyraźnego przesądzenia w prawie krajowym, że odpowiedzialność za naruszenie obowiązków przewidzianych w CS3D jest oparta na winie, trafnie podnoszą Ch. Thomale, S. Schmid, *Das Private...*, s. 65.

⁵³ J. Schmidt, *The EU Supply...*, s. 22.

⁵⁴ Zob. np. wyrok Sądu Rejonowego w Hadze (Rechtbank Den Haag) z 26.05.2021 r., C/09/571932 / HA ZA 19-379, https://hitchingsco.com/files/Milieudefensie-v-Royal-Dutch-Shell-Supreme-Court-Decision-NL_26_05_21.pdf (dostęp: 24.10.2024 r.), w sprawie przeciwko koncernowi Shell.

⁵⁵ Krytycznie w stosunku do tej regulacji por. A. Schall, *The CSDDD...*, s. 58.

⁵⁶ Por. szerzej N. Perrone, *Perspectives of Extraterritorial Jurisdiction for Environmental Damage in the Proposal of the European Directive on Corporate Sustainability Due Diligence*, „The Italian Review of International and Comparative Law” 2023/3, s. 389-408; A.-M. Weber, *Expanding the Toolbox of Sustainable Business Law: The Transnational Impacts of the EU Corporate Sustainability Due Diligence Directive (CSDDD)*, „Pace Environmental Law Review” 2024/4(41) (w druku).



którego z ministerstw będą prowadzone prace nad transpozycją CS3D. Udział w pracach legislacyjnych na poziomie unijnym był pilotowany przez Ministerstwo Funduszy i Polityki Regionalnej. Obecnie zwięzły opis reżimu CS3D znajduje się na stronie internetowej tego ministerstwa⁵⁷.

Ze względu na to, że największe wyzwania implementacyjne dotyczą, w naszej ocenie, problematyki egzekwowania obowiązków należytej staranności na drodze publiczno- i prywatnoprawnej, zaplecze eksperckie Ministerstwa Sprawiedliwości wydaje się bardziej naturalnym środowiskiem dla prac nad implementacją dyrektywy 2024/1760.

5.2. Wybór formy regulacji

Dyrektywa 2024/1760, łącząca elementy prywatno- i publicznoprawne, powinna zostać implementowana do prawa polskiego w odrębnej ustawie, w sposób kompleksowy normującej wszystkie aspekty należytej staranności w zakresie zrównoważonego rozwoju, a więc aspekty organizacyjne (obowiązki oraz nadzór przedsiębiorstw i grup spółek), publicznoprawne (organ nadzoru i jego kompetencje) oraz prywatnoprawne (odpowiedzialność cywilnoprawna). Jak zaznaczono na wstępie, regulacja CS3D stanowi całkowite novum z perspektywy systemu polskiego prawa, dlatego też – inaczej niż w przypadku obowiązków sprawozdawczych dotyczących zrównoważonego rozwoju przewidzianych w dyrektywie 2022/2464⁵⁸ – „punktowa” nowelizacja istniejących ustaw nie możliwa.

5.3. Doprecyzowanie zakresu podmiotowego

Definicja przedsiębiorstwa z art. 3 ust. 1 lit. a CS3D, choć odwołuje się do form prawnych wymienionych w załączniku I (spółki kapitałowe) i załączniku II (spółki osobowe) do dyrektywy 2013/34/UE, posługuje się pojęciem osoby prawnej. Może to kreować wątpliwości, czy spółki osobowe, które w świetle krajowych przepisów nie posiadają osobowości prawnej, są wyłączone z zakresu podmiotowego CS3D. W naszej ocenie taki wniosek byłby sprzeczny z funkcją dyrektywy 2024/1760, której celem jest nałożenie obowiązków na przedsiębiorstwa o określonym doniosłym rozmiarze i przełożeniu na potencjalne niekorzystne skutki w łańcuchu działalności. Forma prawna takiego przedsiębiorstwa wydaje się z tego punktu widzenia irrelevantna. W konsekwencji polski ustawodawca powinien dla usunięcia wszelkich wątpliwości skonstruować zakres podmiotowy regulacji implementującej w sposób wyraźnie obejmujący także spółki osobowe. Można by również rozważyć przyjęcie kompromisowego

⁵⁷ Zob. <https://www.gov.pl/web/fundusze-regiony/dyrektywa-w-sprawie-nalezynaj-starannosci> (dostęp: 26.10.2024 r.).

⁵⁸ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2022/2464 z 14.12.2022 r. w sprawie zmiany rozporządzenia (UE) nr 537/2014, dyrektywy 2004/109/WE, dyrektywy 2006/43/WE oraz dyrektywy 2013/34/UE w odniesieniu do sprawozdawczości przedsiębiorstw w zakresie zrównoważonego rozwoju (Dz.Urz. UE L 322, s. 15). Przepisy tej dyrektywy zostaną implementowane głównie do ustawy z 29.09.1994 r. o rachunkowości (Dz.U. z 2023 r. poz. 120), zob. Rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy o rachunkowości, ustawy o biegłych rewidentach, firmach audytorskich oraz nadzorze publicznym oraz niektórych innych ustaw, <https://www.sejm.gov.pl/sejm10.nsf/agent.xsp?symbol=RPL&Id=RM-0610-74-24> (dostęp: 8.11.2024 r.).

rozwiązania, które jest postulowane w doktrynie niemieckiej⁵⁹, zakładającego objęcie zakresem implementacji tych spółek osobowych, w których nie występuje osoba fizyczna odpowiadająca bez ograniczenia za zobowiązania spółki.

5.4. Doprecyzowanie obowiązków należytej staranności

Mankamentem dyrektywy 2024/1760 jest ogólność i nieostrość pojęć, którymi posługuje się prawodawca w celu opisanego obowiązków przedsiębiorstw w zakresie należytej staranności. W ustawodawstwie krajowym obowiązki te powinny zostać określone maksymalnie precyzyjnie, ze względu na sankcje publiczno- i prywatnoprawne, jakie grożą przedsiębiorstwom w razie ich naruszenia. Istotnym wsparciem mogą być wytyczne, zarówno ogólne, jak i dotyczące konkretnych sektorów lub konkretnych niekorzystnych skutków, które mogą zostać wydane przez Komisję Europejską, m.in. w porozumieniu z państwami członkowskimi (art. 19 CS3D). Komisja ma również wydać (do 26.01.2027 r.) wytyczne dotyczące dobrowolnych wzorcowych klauzul umownych, jakie przedsiębiorstwa powinny stosować w umowach z bezpośrednimi partnerami biznesowymi, w celu zapewnienia, aby przestrzegali oni kodeksów postępowania i planu działań zapobiegawczych przedsiębiorstwa (art. 18 CS3D).

Doprecyzowanie zakresu przedmiotowego CS3D na potrzeby urzeczywistnienia tych norm w prawie krajowym powinno przede wszystkim nastąpić w ramach aktywnego udziału polskiego głosu w pracach nad wytycznymi Komisji Europejskiej. W tym celu kluczowe jest zainicjowanie dialogu interesariuszy na poziomie krajowym, który angażowałby przedstawicieli przedsiębiorstw, ekspertów organu nadzorczego (por. pkt 5.5), organizacje pozarządowe oraz przedstawicieli powiązanych dziedzin nauki.

W praktyce duże znaczenie będzie mieć również wsparcie informacyjne i doradcze ze strony krajowych organów nadzoru dla przedsiębiorstw podlegających nowym przepisom.

5.5. Organ nadzorczy

Implementując CS3D, polski ustawodawca stanie przed rozstrzygnięciem fundamentalnej kwestii, czy utworzyć nowy i odrębny organ nadzorczy, czy powierzyć kompetencje nadzorcze związane z CS3D jednemu lub kilku już istniejącym organom. W szczególności można by rozważyć przekazanie nowych kompetencji Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów lub Komisji Nadzoru Finansowego. Podstawę dla tego drugiego rozwiązania legislacyjnego można znaleźć w art. 24 ust. 6 CS3D, zgodnie z którym państwa członkowskie mogą wyznaczyć organy sprawujące nadzór nad regulowanymi przedsiębiorstwami finansowymi również jako organy nadzorcze do celów tej dyrektywy.

Należy się opowiedzieć za utworzeniem nowego odrębnego organu. Do jego zadań należałoby nie tylko zintegrowany nadzór nad wykonaniem obowiązków

⁵⁹ J. Schmidt, *The EU Supply...*, s. 3-4.

wynikających z CS3D, lecz także wsparcie dla polskich przedsiębiorstw w celu jak najlepszego przestrzegania przez nie obowiązków przewidzianych zarówno w nowych przepisach implementujących CS3D, jak i w innych unijnych oraz krajowych przepisach dotyczących zrównoważonego rozwoju, takich jak dyrektywa 2022/2464 i wydane na jej podstawie akty wykonawcze. Obok funkcji nadzorczych organ taki realizowałby zatem również zadania informacyjne, edukacyjne i wspierające, a także koordynowałby działania w zakresie zrównoważonego rozwoju na poziomie administracji centralnej i współpracy z analogicznymi organami z innych państw członkowskich oraz z Komisją Europejską⁶⁰.

Przyjęcie postulowanego rozwiązania wiązałoby się wprawdzie, przynajmniej na początkowym etapie, z kosztami powołania takiego nowego organu, utworzenia zespołu jego pracowników i wdrożenia jego prac, jednakże koncentracja zadań związanych z transformacją przedsiębiorstw zgodnie z założeniami postulatu zrównoważonego rozwoju w jednym wyspecjalizowanym organie pozwoli w długoterminowej perspektywie na ich efektywniejsze wykonywanie. Należy podkreślić, że skuteczność egzekwowania CS3D na drodze publicznoprawnej będzie zależała od zaangażowania instytucjonalnego i dostępności zasobów publicznych. Zarówno rozproszenie zadań nadzorczych między różne istniejące organy administracji rządowej, jak i powierzenie ich łącznie jednemu z istniejących organów czyniłyby te zadania „pobocznymi” względem zasadniczej (pierwotnej) roli ustrojowej tych organów. Jednocześnie oszczędności poczynione w wyniku wyboru takiego wariantu byłyby ograniczone, ponieważ należyte wykonywanie nowych zadań i tak wymagałoby zatrudnienia wyspecjalizowanego personelu.

5.6. Odpowiedzialność cywilnoprawna

Jak doprecyzowano w preambule dyrektywy (motyw 79), szkodę wyrządzoną chronionym interesom prawnym danej osoby należy rozumieć zgodnie z prawem krajowym. Jako przykłady zostały wskazane śmierć, uraz fizyczny lub psychiczny, pozbawienie wolności osobistej, utrata godności ludzkiej lub szkoda na mieniu danej osoby. Ustawodawca polski będzie zatem musiał rozstrzygnąć, jaki rodzaj szkody na gruncie przepisów implementujących CS3D będzie podlegał naprawieniu. W naszej ocenie, w świetle funkcji dyrektywy 2024/1760, zasadne jest objęcie pojęciem szkody na potrzeby krajowych przepisów implementujących zarówno szkody na osobie, jak i szkody na mieniu w pełnym zakresie, tj. *damnum emergens* i *lucrum cessans*⁶¹.

Dyrektywa 2024/1760 nie przesądza rozkładu ciężaru dowodu, pozostawiając to kluczowe, z praktycznego punktu widzenia, zagadnienie w gestii krajowych ustawodawców.

Do polskiego ustawodawcy należy zatem decyzja, czy powód dochodzący naprawienia szkody powinien udowodnić wszystkie przesłanki odpowiedzialności, zgodnie z ogólną regułą odpowiedzialności deliktowej wyrażoną w art. 415 k.c., czy też niektóre z nich należy objąć domniemaniem prawnym i obciążyć spółkę ciężarem jego obalenia.

De lege ferenda, mając na uwadze potrzebę zapewnienia efektywności prywatnoprawnego instrumentu egzekwowania obowiązków przewidzianych w CS3D, należy postulować oparcie w prawie polskim niektórych przesłanek tej odpowiedzialności na domniemaniach prawnych⁶². Powinny one dotyczyć w szczególności bezprawności i winy, a także istnienia związku przyczynowego między niewypełnieniem obowiązków wynikających z przepisów krajowych stanowiących implementację CS3D a szkodą⁶³. Realizacja tego postulatu oznaczałaby, że to na przedsiębiorstwie spoczywałby ciężar wykazania, iż w sposób należyty wykonało ono obowiązki, a także iż nawet w przypadku prawidłowego ich wykonania zdarzenie wyrządzające szkodę i tak by wystąpiło, co wyłączy przesłankę adekwatnego związku przyczynowego. Na powodzie (podmiocie potencjalnie poszkodowanym) spoczywałby natomiast ciężar udowodnienia zaistnienia szkody oraz jej rozmiaru.

Za takim rozkładem dowodu przemawia okoliczność, że środki służące wykonaniu obowiązków przewidzianych w CS3D w zakresie standardu należytej staranności mają charakter organizacyjny i zasadniczo „wewnętrzny”. Dlatego podmiotowi poszkodowanemu, z uwagi na naturalną asymetrię informacyjną, trudno będzie wykazać ich niewykonanie. Jednocześnie należy przyjąć, że sprzeczne z dyrektywą 2024/1760 byłoby oparcie odpowiedzialności przedsiębiorcy na zasadzie ryzyka (ang. *strict liability*)⁶⁴. W konsekwencji przedsiębiorca powinien mieć możliwość obalenia domniemania przez wykazanie, że obowiązki należytej staranności zostały należycie wykonane.

Inne istotne wyzwanie polskiego ustawodawcy dotyczy określenia zasad dochodzenia roszczeń odszkodowawczych przez związki zawodowe i organizacje pozarządowe. Stosownie do art. 29 ust. 3 lit. d CS3D krajowy reżim prawny powinien stworzyć „rozsądne warunki”, na jakich domniemana strona poszkodowana może takie podmioty upoważnić do dochodzenia roszczenia w jej imieniu. Wskazano przy tym, że prawo krajowe może przewidywać określone wymogi, w tym wykluczać możliwość dochodzenia roszczeń przez podmioty tylko tymczasowo zaangażowane w ochronę praw, których dotyczy reżim odpowiedzialności cywilnoprawnej na gruncie CS3D lub których zaangażowanie ma charakter „komercyjny”. Ta druga przesłanka zdaje się przede wszystkim nawiązywać do modelu, w którym organizacja

60 Za powołaniem takiego organu i utworzeniem systemu wsparcia dla przedsiębiorstw w zakresie zrównoważonego rozwoju opowiadają się sygnatariusze apelu skierowanego do premiera w dniu 28.08.2024 r.; zob. <https://frankbold.pl/apelujemy-do-premiera-w-sprawie-wsparcia-zrównoważonego-rozwoju-przedsiębiorstw/> (dostęp: 26.10.2024 r.).

61 Na temat pojęcia szkody podlegającej indemnizacji zob. M. Kaliński, *Szkoda na mieniu i jej naprawienie*, Warszawa 2011, s. 230 i n. Autor trafnie odrzuca tendencję przeciwstawiania sobie szkody na osobie i szkody majątkowej (M. Kaliński, *Szkoda...*, s. 232).

62 Por. V. McCullagh, *The EU Corporate Sustainability Due Diligence Directive: Real Change or More of the Same?*, „European Business Law Review” 2024/5(35), s. 624.

63 Por. podobne propozycje implementacyjne The Danish Institute for Human Rights (NHRI), *Transposition of the Corporate Sustainability Due Diligence Directive. A Practical Guide for National Human Rights Institutions*, Copenhagen 2024, s. 37.

64 Konieczność wyraźnego przesądzenia w prawie krajowym, że odpowiedzialność za naruszenie obowiązków przewidzianych w CS3D jest oparta na winie, trafnie podnoszą Ch. Thomale, S. Schmid, *Das Private...*, s. 65.



pozarządowa angażowałaby się w prowadzenie sporu za wynagrodzeniem, zwykle przyjmującym postać prowizji za sukces (ang. *success fee*). Co istotne, ustawodawca unijny nie wyklucza *a priori* dopuszczenia takiego modelu w porządkach prawnych państw członkowskich – wskazuje jedynie na możliwość jego ograniczenia lub zakazania. Należy sądzić, że wyzwania związane z egzekwowaniem roszczeń cywilnoprawnych na drodze prywatnoprawnej przed sądami w UE będą w praktyce istotną barierą dla poszkodowanych, szczególnie jeśli zdarzenie powodujące szkodę ma miejsce poza UE. Prawdopodobnie inicjowanie takich postępowań sądowych będzie wyłącznie domeną wyspecjalizowanych organizacji pozarządowych.

Skoro efektywne egzekwowanie CS3D w drodze instrumentów prywatnoprawnych spoczywa na barkach tych organizacji, należałoby rozważyć ustawowe dopuszczenie pobierania prowizji, która pozwalałaby na pokrywanie kosztów procesu. Zarazem jednak ustawa powinna zawierać zabezpieczenia przeciwdziałające „komercjalizacji” dochodzenia roszczeń na gruncie CS3D i powstaniu swoistego „przemysłu litygacyjnego” (ang. *litigation industry*), co naraziłoby duże polskie spółki na ryzyko prawne (procesowe) i związane z tym koszty.

Krajowa regulacja implementująca CS3D będzie musiała także ukształtować zasady ponoszenia kosztów postępowania w przedmiocie dochodzenia naprawienia szkody. Ustawodawca unijny jedynie wskazał, aby koszty postępowania nie były dyskryminacyjne dla stron skarżących dochodzących sprawiedliwości (art. 29 ust. 3 lit. b CS3D). Należałoby rozważyć, czy ogólny reżim dotyczący kosztów postępowania w sprawach cywilnych w świetle funkcji dyrektywy 2024/1760 nie obciąża strony powodowej nadmiernymi kosztami inicjacji postępowania.

5.7. Wdrożenie planu klimatycznego

Dyrektywa nie przewiduje instrumentów egzekwowania obowiązku wdrożenia planu transformacji klimatycznej (por. pkt 3.3). Ze względu na minimalny standard harmonizacyjny w tym zakresie (por. art. 4 CS3D) państwa członkowskie mogą, a nawet powinny przewidzieć odpowiednie mechanizmy prawne (głównie o charakterze publicznoprawnym) służące egzekwowaniu tego obowiązku. Jednocześnie ustawodawca powinien podejść w sposób wyważony w szczególności do sankcjonowania obowiązku wdrażania tego planu, mając na uwadze, że planowane tempo jego wdrażania może być zakłócone w wyniku wystąpienia okoliczności, których nie można było przewidzieć na etapie jego przyjmowania w przedsiębiorstwie.

6. Wnioski końcowe

Dyrektywa 2024/1760 wyznacza nowy etap w procesie tworzenia prawnych ram zrównoważonego ładu korporacyjnego w UE. Dotychczas prawodawca europejski starał się ukierunkować działania przedsiębiorstw

na realizację postulatu zrównoważonego rozwoju przez wprowadzanie odpowiednich obowiązków sprawozdawczych, które oddziaływały pośrednio na te działania⁶⁵. Natomiast dyrektywa 2024/1760 po raz pierwszy przewiduje obowiązki dotyczące bezpośrednio polityki zarządzania przedsiębiorstwami, wewnętrznej organizacji ich procesów zarządczych (także w skali całej grupy) i relacji z interesariuszami, a także wprowadza publiczno- i prywatnoprawne instrumenty egzekwowania tych obowiązków.

Pomimo że wraz z wykreśleniem projektowanego art. 25 CS3D, dotyczącego obowiązków organów, z ostatecznego tekstu dyrektywy 2024/1760 usunięto jej najbardziej kontrowersyjny na etapie prac legislacyjnych element⁶⁶, pierwsze obszerniejsze opracowania doktryny dotyczące przyjętych przepisów wskazują na inne trudności interpretacyjne⁶⁷. W naszej ocenie ukształtowanie reżimu odpowiedzialności cywilnej przedsiębiorstw w prawie krajowym oraz praktyka jego stosowania będą stanowić najistotniejsze wyzwanie, nie tylko dla ustawodawcy, lecz także dla doktryny i orzecznictwa.

Choć CS3D nie zamyka szerszej debaty akademickiej dotyczącej konieczności osadzenia problematyki zrównoważonego rozwoju gospodarczego w rozmaitych gałęziach prawa, z pewnością inspirowa i umacnia nowe sposoby postrzegania roli prawa w rozwoju zrównoważonych praktyk biznesowych. Czas pokaże, czy cel dyrektywy 2024/1760, tj. zapewnienie wsparcia dla globalnych zrównoważonych praktyk biznesowych, może być skutecznie zrealizowany za pomocą instrumentów prawnych przewidzianych w CS3D, czy też jako praktyka tzw. *box-ticking* nowe obowiązki pozostaną bez realnego wpływu na funkcjonowanie globalnych łańcuchów wartości⁶⁸. Podobnie próba empirycznej oceny wpływu CS3D na konkurencyjność europejskiej gospodarki będzie możliwa dopiero za kilka lat. Wdrożenie i egzekwowanie wymogów dyrektywy 2024/1760 będzie się wiązać z kosztami i ryzykami przedsiębiorstw europejskich, w tym nie tylko dużych przedsiębiorstw bezpośrednio jej podlegających, lecz także podmiotów pośrednio poddanych jej kaskadowym oddziaływaniom. Ciężar nowych obowiązków odczuwają zwłaszcza spółki z tych państw członkowskich, które – jak Polska – nie przewidywały dotychczas żadnych regulacji dotyczących obowiązków przedsiębiorstw w łańcuchach wartości.

W konsekwencji transpozycja dyrektywy 2024/1760 do prawa polskiego, a następnie wsparcie i praktyka organu nadzorczego powinny – z jednej strony – zapewnić efektywne wdrożenie i egzekwowanie nowych wymogów w celu internalizacji zasad zrównoważonego ładu korporacyjnego w praktyce biznesowej, z drugiej strony jednak działaniom transpozycyjnym powinna przyświecać mitygacja ryzyk i kosztów związanych ze spełnieniem nowych wymogów regulacyjnych przez polskie przedsiębiorstwa.

65 Szerzej o etapach rozwoju prawodawstwa UE odnoszącego się do problematyki zrównoważonego ładu korporacyjnego por. A.-M. Weber, Z. Mazur, A. Szczęśna, *Zrównoważony...*, s. 20 i n.

66 Szerzej o kontrowersjach na etapie prac legislacyjnych por. A.-M. Weber, A.-C. Mittwoch, *Harmonizing...*, s. 143–168.

67 J. Schmidt, *The EU Supply...*, s. 20 i n.

68 C. Mak, *Corporate...*, s. 303; J. Bonnitcha, R. McCorquodale, *The Concept of 'Due Diligence' in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights*, „European Journal of International Law” 2017/3(28), s. 910; I. Landau, *Human Rights Due Diligence and the Risk of Cosmetic Compliance*, „Melbourne Journal of International Law” 2019/221, s. 246.

Abstract

dr hab. Krzysztof Oplustil,
Jagiellonian University professor

The author is a professor at the Department of Public Economic Law and Economic Policy, Faculty of Law and Administration, Jagiellonian University in Krakow, Poland (ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8010-1781>).

dr Anne-Marie Weber, LL.M.

The author is an assistant professor at the Department of Commercial Law, Faculty of Law and Administration, University of Warsaw, Poland (ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7164-7571>).

Authors' contributions:
Krzysztof Oplustil – 50%
Anne-Marie Weber – 50%

Due Diligence of Enterprises as an Element of Corporate Sustainability: the CS3D Directive and Its Influence on the Obligations and Accountability of Enterprises

Keywords: chain of activities, due diligence obligations, civil-law liability, business partner, subsidiary, European Green Deal, European Climate Law, Paris Agreement

The Corporate Sustainability Due Diligence Directive (CS3D) marks a new stage in the creation of legal framework for the promotion of corporate sustainability in the European Union. Regulations on due diligence obligations are introduced in response to the mounting phenomena of human rights violations and environmental disasters, which are linked with the operation of global value chains. Previously the EU legislator tried to realize the idea of sustainable business practices mainly via traditional instruments of public law and reporting obligations, which indirectly influenced the management of enterprises. Meanwhile Directive 2024/1760 directly concerns the matters of corporate governance in the broad sense: it introduces for the first time obligations relating to the internal organization of enterprises, their relations with stakeholders, and management processes, as well as provides mechanisms to enforce these obligations. The article analyses the personal and material scope of these obligations, presents the legal instruments for their enforcement, and makes postulates for desirable legal amendments relating to the implementation of the CS3D into the Polish legal order.

This article is a result of implementation of research tasks within the project titled “The role of sustainable corporate governance for EU climate policy”, funded by the Polish National Science Centre (project No. 2022/45/B/H5/00659).

Bibliografia/References

- Backer L., *Multinational Corporations, Transnational Law: The United Nation's Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations as a Harbinger of Corporate Social Responsibility as International Law*, „Columbia Human Rights Law Review” 2005/2(37).
- Baumann-Pauly D., Nolan J., *Business and Human Rights: From Principles to Practice*, London 2016.
- Bonnitcha J., McCorquodale R., *The Concept of 'Due Diligence' in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights*, „European Journal of International Law” 2017/3(28).
- Booth K., *Mind the Governance Gaps: Harmful Corporate Strategies Leading to Avoidance of Responsibility and Civil Society Counter-Strategies*, „Business and Human Rights Journal” 2023/2(8).
- Bradford A., *The Brussels Effect: How the European Union Rules the World*, Oxford 2020.
- Braun D., *Das Konzept der gesamtschuldnerischen Verantwortung von Konzerngesellschaften im europäischen Wettbewerbsrecht*, Baden-Baden 2018.
- Bueno N., Bernaz N., Holly G., Martin-Ortega O., *The EU Directive on Corporate Sustainability Due Diligence (CSDDD): The Final Political Compromise*, „Business and Human Rights Journal”, opublikowany online 2024, doi:10.1017/bhj.2024.10 (dostęp: 26.10.2024 r.).
- The Danish Institute for Human Rights (NHRI), *Transposition of the Corporate Sustainability Due Diligence Directive. A Practical Guide for National Human Rights Institutions*, Copenhagen 2024.
- Dine J., *Companies, International Trade and Human Rights*, Cambridge 2005.
- Enneking L., Giesen I., Schaap A.-J., Ryngaert C., Kristen F., Roorda F. (red.), *Accountability, International Business Operations, and the Law: Providing Justice for Corporate Human Rights Violations in Global Value Chains*, London 2019.
- European Coalition for Climate Justice, *Overview of the Corporate Sustainability Due Diligence Directive. Advancing Corporate Responsibility*, <https://corporatejustice.org/publications/overview-of-the-corporate-sustainability-due-diligence-directive-advancing-corporate-responsibility/> (dostęp: 26.10.2024 r.).
- Evans A., *Overcoming the Global Despondency Trap: Strengthening Corporate Accountability in Supply Chains*, „Review of International Political Economy” 2020/3(27).
- Gözlügöl A.A., Ringe W.-G., *The EU Sustainable Corporate Governance Initiative: Where are We and Where are We Headed?*, Harvard Law School Forum on Corporate Governance, 18.03.2022, https://corpgov.law.harvard.edu/2022/03/18/the-eu-sustainable-corporate-governance-initiative-where-are-we-and-where-are-we-headed/?utm_content=buffer07f0c&utm_medium=social&utm_source=linkedin.com&utm_campaign=buffer (dostęp: 26.10.2024 r.).
- The Greens/EFA Group in the European Parliament, *Spillover Effects of EU Supply Chain Legislation*, 2023, https://aliancadireitoshumanos.com.br/wp-content/uploads/2023/11/004_SpilloverEffectsEUSupplyChainLegislations_15112023.pdf (dostęp: 26.10.2024 r.).
- Jastrzębski J., *O granicach kompensacji [w:] Odpowiedzialność odszkodowawcza*, red. J. Jastrzębski, Warszawa 2007.
- Jones S., Hancock A., *German liberals pull plug on EU law to prevent supply chain abuses*, <https://www.ft.com/content/298882d9-9e5d-4f93-9832-ecb3e463bd56> (dostęp: 26.10.2024 r.).
- Kaliński M., *Ograniczenie indemnizacji do podmiotów bezpośrednio poszkodowanych – w związku z nowelizacją art. 446 Kodeksu cywilnego*, „Przegląd Sądowy” 2014/3.
- Kaliński M., *Szkoda na mieniu i jej naprawienie*, Warszawa 2011.



- Khoury S., Whyte D., *Corporate Human Rights Violations: Global Prospects for Legal Action*, London 2017.
- Landau I., *Human Rights Due Diligence and the Risk of Cosmetic Compliance*, „Melbourne Journal of International Law” 2019/221.
- Mak C., *Corporate Sustainability Due Diligence: More Than Ticking the Boxes?*, „Maastricht Journal of European and Comparative Law” 2022/3(29).
- McCullagh V., *The EU Corporate Sustainability Due Diligence Directive: Real Change or More of the Same?*, „European Business Law Review” 2024/5(35).
- Mittwoch A.-C., Möslin F., *Der Europäische Aktionsplan zur Finanzierung eines nachhaltigen Wachstums*, „Wertpapier-Mitteilungen” 2019/73.
- OECD, *OECD Guidelines for Multinational Enterprises*, Paris 2023, https://www.oecd.org/en/publications/oecd-guidelines-for-multinational-enterprises-on-responsible-business-conduct_81f92357-en.html (dostęp: 26.10.2024 r.).
- Mittwoch A.-C., Velte P., Birkholz M., *On the Necessary Adoption of the CSDDD by the EU Council* <https://blogs.law.ox.ac.uk/oblb/blog-post/2024/02/necessary-adoption-csddd-eu-council> (dostęp: 26.10.2024 r.).
- Perrone N., *Perspectives of Extraterritorial Jurisdiction for Environmental Damage in the Proposal of the European Directive on Corporate Sustainability Due Diligence*, „The Italian Review of International and Comparative Law” 2023/3.
- Raport zlecony przez Komisję Europejską, *Study on due diligence requirements through the supply chain. Final Report*, 20.02.2022, <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/8ba0a8fd-4c83-11ea-b8b7-01aa75ed71a1/language-en> (dostęp: 24.10.2024 r.).
- Ratner S., *Corporations and Human Rights: A Theory of Legal Responsibility*, „Yale Law Journal” 2001/111.
- Response to the Proposal for a Directive on Corporate Sustainability Due Diligence by Nordic and Baltic Company Law Scholars*, Nordic & European Company Law Working Paper No. 22-01, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4139249 (dostęp: 26.10.2024 r.).
- Rühmkorf A., *Corporate Social Responsibility, Private Law and Global Supply Chains*, Cheltenham 2015.
- Rühmkorf A., *The German Supply Chain Law: A First Step Towards More Corporate Sustainability*, „European Company Law” 2023/1(20).
- Schall A., *The CSDDD: Good Law or Bad Law?*, „European Company Law Journal” 2024/3(21).
- Schmidt J., *The EU Supply Chain Directive (CS3D) – landmark or bureaucratic hydra?*, 11.07.2024, „ECCML Working Paper” 2024/2, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4886033 (dostęp: 25.10.2024 r.).
- Sjåfjell B., *How Company Law has Failed Human Rights – and What to Do About It*, „Business and Human Rights Journal” 2020/2(5).
- Sjåfjell B., Mähönen J., *Corporate Purpose and the EU Corporate Sustainability Due Diligence Proposal*, Oxford Business Law Blog, 25.02.2022, <https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2022/02/corporate-purpose-and-eu-corporate-sustainability-due-diligence> (dostęp: 26.10.2024 r.).
- Thomale Ch., Schmid S., *Das Private Enforcement der EU-Lieferkettenrichtlinie*, „Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht” 2024/3(88).
- United Nations Office of the High Commissioner for Human Rights, *Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations ‘Protect, Respect and Remedy’ Framework*, New York–Geneva 2011, <https://digitallibrary.un.org/record/720245?ln=en&v=pdf> (dostęp: 26.10.2024 r.).
- Weber A.-M., *Expanding the Toolbox of Sustainable Business Law: The Transnational Impacts of the EU Corporate Sustainability Due Diligence Directive (CSDDD)*, „Pace Environmental Law Review” 2024/4(41) (w druku).
- Weber A.-M., Mazur Z., Szczesna A., *Zrównoważony ład korporacyjny (sustainable corporate governance) – kierunek ewolucji polskiego prawa spółek?*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2022/6.
- Weber A.-M., Mittwoch A.-C., *Harmonizing duties of board members in the Anthropocene: When expectations meet reality*, „Review of European and Comparative Law” 2023/1(52).
- Weber A.-M., Szczesna A., *Zrównoważony ład korporacyjny en français*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2022/7.
- Weber-Elżanowska A.-M., *Naming and Shaming jako mechanizm sankcyjny w art. 34 MAR*, „Monitor Prawniczy” 2018/9.
- Weller M.-P., Habrich V., Korn L., Zimmermann A., *Liability of the Economic Unit – A General Principle of EU Law?*, „European Company and Financial Law Review” 2024/5-6(20).
- World Trade Organization, *Global Value Chain Development Report 2023, Resilient and Sustainable GVCs in Turbulent Times*, 2023, https://www.wto.org/english/res_e/publications_e/gvc_dev_rep23_e.htm (dostęp: 26.10.2024 r.).
- Zrównoważone łańcuchy dostaw to dla biznesu wyzwania, ale też szanse?*, „Rzeczpospolita” z 20.06.2024 r., <https://www.rp.pl/biznes/art40680671-zrownowazone-lancuchy-dostaw-to-dla-biznesu-wyzwania-ale-tez-szans> (dostęp: 26.10.2024 r.).
- Zumbansen P., Calliess G.-P., *Rough Consensus and Running Code: A Theory of Transnational Private Law*, Oxford 2010.

Kwalifikacja prawna umowy o wykonanie obiektu zobowiązującej wykonawcę do dostarczenia projektu

Słowa kluczowe: umowa o roboty budowlane, umowa o dzieło, inwestor, wykonawca, essentialia negotii, dostarczenie projektu

Zgodnie z art. 647 Kodeksu cywilnego¹ przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia. W jurysprudencji sporne jest, czy dostarczenie przez inwestora projektu stanowi przedmiotowo istotny składnik umowy o roboty budowlane. Przesądzenie tej kwestii wymaga starannej wykładni przytoczonego przepisu, a od odpowiedzi zależy zastosowanie albo przepisów tytułu XVI (umowa o roboty budowlane), albo tytułu XV (umowa o dzieło) księgi trzeciej Kodeksu cywilnego. W tym drugim przypadku wykluczone są m.in. przepisy art. 118 czy 652, a zwłaszcza art. 647¹ k.c., normujący solidarną odpowiedzialność inwestora z wykonawcą (generalnym wykonawcą) za zapłatę wynagrodzenia podwykonawcy. Artykuł ma charakter polemiczny w stosunku do krytycznej glosy P. Bielskiego² do wyroku Sądu Najwyższego (SN) z 17.09.2021 r., V CSKP 43/21³.

I. Krótki rys historyczny

Z uwagi na argumenty historyczne, które należy uwzględnić w procesie interpretacji art. 647 k.c., celowe jest krótkie przedstawienie losów umowy o wykonanie robót budowlanych. Jej historia sięga prawa starobabilońskiego. Kodeks Hammurabiego zawierał taryfę regulującą wysokość wynagrodzenia za prace budowlane. Jako przykład tego rodzaju umów o dzieło wymieniano m.in. umowy o wybudowanie domu⁴. W prawie rzymskim występujący pierwotnie *contractus* zwany *locatio-conductio* (najem) podzielił się na trzy szczególne odmiany, z których jedna (*locatio-conductio operis*) obejmowała najem dzieła⁵. W tej odmianie kontraktu najmu wykonawca (*conductor*) zobowiązywał się do wykonania dla zamawiającego (*locator*) określonego dzieła (*opus*), a zamawiający do zapłaty wynagrodzenia. W rachubę wchodziły usługi wykonawców o wysokich

kwalifikacjach, a wśród nich jako typową, wskazywaną w źródłach, była budowa domu⁶.

W polskim prawie międzywojennym Kodeks zobowiązań⁷ nie wyróżniał umowy o wykonanie obiektu budowlanego, a umowa mająca za przedmiot usługę tego rodzaju była umową o dzieło uregulowaną w dziale II tytułu XI (art. 478–497). Wejście w życie Kodeksu cywilnego spowodowało daleko idącą zmianę kwalifikacji umowy o wykonanie obiektu budowlanego. Ustawodawca wyodrębnił w tytule XVI księgi trzeciej Kodeksu jako nowy typ umowy nazwanej umową o roboty budowlane (art. 647–658)⁸, ale pierwotnie jej stronami mogły być tylko jednostki gospodarki uspołecznionej (j.g.u.). Jeżeli jedna ze stron umowy obejmującej wykonanie robót budowlanych lub remontowych nie należała do tej kategorii, była to umowa o dzieło. Z uwagi na kompromis leżący u podstaw regulacji kodeksowej umowy o roboty budowlane miała ona charakter ramowy i ogólny, i w praktyce pozbawiona była znaczenia oraz stanowiła jedynie, jak to obrazowo ujmował A. Stelmachowski, „ozdobną

1 Ustawa z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. z 2024 r. poz. 1061 ze zm.) – dalej k.c.

2 P. Bielski, *Kwalifikacja prawna obowiązku dostarczenia przez inwestora projektu wykonawcy w umowie o roboty budowlane. Glosa do wyroku Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z dnia 17 września 2021 r., V CSKP 43/21*, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2024/4, poz. 26, s. 16–24.

3 „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2024/4, poz. 26, s. 3–15.

4 R. Taubenschlag, *Rzymskie prawo prywatne na tle praw antycznych*, Warszawa 1955, s. 172; W. Siuda, *Istota i zakres umowy o dzieło*, Poznań 1964, s. 7.

5 W. Siuda, *Istota...*, s. 7–8.

6 K. Kolańczyk, *Prawo rzymskie*, Warszawa 1978, s. 399.

7 Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z 27.10.1933 r. – Kodeks zobowiązań (Dz.U. Nr 82, poz. 598 ze zm.).

8 Kodeksowa regulacja tej umowy była jedną z najbardziej spornych kwestii w czasie tworzenia Kodeksu cywilnego. Bliżej zob. Z. Gordon, *Umowa budowlana w obrocie uspołecznionym*, Toruń 1991, s. 36–37 z podaną literaturą.



kopułę”, na którą nikt się nie powołuje⁹. Funkcję regulacyjną stanowiły natomiast przepisy szczególne wydane na podstawie art. 2 i 384 k.c. W ostatnim okresie przed utratą mocy obowiązującej tych przepisów były to ogólne warunki umów o wykonanie inwestycji, robót i remontów budowlanych stanowiące załącznik nr 2 do uchwały nr 11 Rady Ministrów z 11.02.1983 r. w sprawie ogólnych warunków umów o prace projektowe w budownictwie oraz o wykonanie inwestycji, robót i remontów budowlanych¹⁰. Kolejna zmiana stanu prawnego w tej materii nastąpiła z chwilą wejścia w życie ustawy z 28.07.1990 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny¹¹. Nowela lipcowa zlikwidowała kwalifikowany ze względu na podmiot charakter umowy o roboty budowlane oraz uchyliła art. 2 k.c. (art. 1 pkt 2) i zmieniła art. 384 k.c., nadając mu zupełnie inną treść (art. 1 pkt 54), co spowodowało utratę mocy obowiązującej o.w.u. W obecnym stanie prawnym strona podmiotowa umowy o roboty budowlane nie doznaje żadnych ograniczeń, a tym samym umowa ta jest samodzielny stosunkiem prawnym, niezależnym od umowy o dzieło¹².

2. Uwagi wstępne

Nowela lipcowa, poza skreśleniem w art. 647 k.c. wyrażenia „jednostka gospodarki uspołecznionej” (art. 1 pkt 90), nie zmieniała jego treści. Poprzednio, z uwagi na ograniczenia podmiotowe i ramowy charakter przepisów tytułu XVI księgi trzeciej Kodeksu cywilnego, ustalenie składników przedmiotowo istotnych umowy o roboty budowlane nie miało większego znaczenia, gdyż regulowały je o.w.u. Po wejściu w życie noweli lipcowej kwestia *essentialiarum negotii* umowy o roboty budowlane stała się niezmiernie istotna. Chodzi zwłaszcza o to, czy jej elementem konstytutywnym jest dostarczenie przez inwestora, w ramach przygotowania robót, wykonawcy projektu. Zagadnienie to będzie przedmiotem dalszych rozważań. Warto je osadzić w konkretnym stanie faktycznym, a okazję ku temu dał wyrok SN z 17.09.2021 r., V CSKP 43/21, stwierdzający, że w świetle art. 647 k.c. nie jest konieczne dostarczenie przez inwestora projektu budowlanego, natomiast istotnym przedmiotowo elementem umowy o roboty budowlane jest, aby roboty były wykonane na podstawie projektu. Przytoczony pogląd nie zaskakuje, gdyż już poprzednio był wypowiedzany nie tylko przez SN¹³, lecz także sądy powszechne¹⁴ i Trybunał Konstytucyjny (TK)¹⁵. Odmiennego zapatrywania, które również występuje w orzecznictwie¹⁶, SN nie podzielił. Impulsem do podjęcia problematyki stanowiącej przedmiot artykułu nie był

jednak powołany wyrok SN, lecz glosa P. Bielskiego¹⁷, który uznał przytoczone stanowisko SN za *contra legem*. Uważam tę ocenę za nietrafną. Wymieniony autor nie przedstawił dostatecznie silnych racji przemawiających za tym poglądem, opierając go na wątpliwych argumentach słownych, a zwłaszcza historycznych, pomijając inne, mające kluczowe znaczenie.

3. Stan faktyczny, rozstrzygnięcia sądów powszechnych oraz Sądu Najwyższego i jego uzasadnienie

Stan faktyczny sprawy, na tle którego zapadł wyrok SN z 17.09.2021 r., V CSKP 43/21, był skomplikowany. Na potrzeby opracowania nie jest konieczna jego szczegółowa rekonstrukcja. Wystarczy wskazać, że powód (podwykonawca) domagał się zasądzenia od pozwanego (inwestora) wynagrodzenia za wykonane roboty na podstawie obowiązującego do 1.06.2017 r. art. 647¹ § 5 k.c.¹⁸ Przepis ten stanowił, że zawierający umowę z podwykonawcą oraz inwestor i wykonawca ponoszą solidarną odpowiedzialność za zapłatę wynagrodzenia za roboty budowlane wykonane przez podwykonawcę. W świetle regulacji art. 647¹ k.c. podstawowym warunkiem odpowiedzialności inwestora, o której mowa w § 5, było zawarcie przez niego z wykonawcą umowy o roboty budowlane. Także *de lege lata*, a więc po zmianie art. 647¹ k.c. dokonanej nowelą z 7.04.2017 r., § 1 tego artykułu *in principio* stanowi o odpowiedzialności solidarnej inwestora z wykonawcą (generalnym wykonawcą) za zapłatę wynagrodzenia należnego podwykonawcy z tytułu wykonanych przez niego robót budowlanych.

Istota sporu w sprawie, w której zapadł wyrok SN z 17.09.2021 r., V CSKP 43/21, sprowadzała się przede wszystkim do kwalifikacji umowy zawartej przez pozwanego inwestora z generalnym wykonawcą. A ta zależała od tego, czy dostarczenie przez inwestora projektu budowlanego stanowi *essentialia negotii* umowy o roboty budowlane. Przedmiotem umowy zawartej 5.01.2013 r. między inwestorem i wykonawcą (dalej też umowa główna) była budowa klimatyzacji centralnej, w tym projektowanie, roboty budowlane, dostawy, usługi, odbiór, rozruch, uzyskanie pozwolenia na użytkowanie, początkowa obsługa instalacji klimatyzacji centralnej i jej serwis gwarancyjny.

Według sądów powszechnych (okręgowego i apelacyjnego) obciążenie wykonawcy obowiązkiem projektowania nie wyklucza uznania umowy za umowę o roboty budowlane. Jak podkreśliły te sądy, umowa była realizowana na podstawie wymagań wynikających z prawa

9 A. Stelmachowski, *Zasada jedności prawa cywilnego – teoria i praktyka*, „Acta Universitatis Nicolai Copernici. Prawo” Toruń 1982/20, s. 11.

10 M.P. Nr 8, poz. 47 ze zm. – dalej o.w.u.

11 Dz.U. Nr 55, poz. 321 – dalej nowela lipcowa. Nowela weszła w życie 1.10.1990 r. (art. 16).

12 Inaczej np. A. Brzozowski [w:] *Kodeks cywilny*, t. 2, *Komentarz. Art. 450–1088. Przepisy wprowadzające*, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2015, s. 439.

13 Np. wyrok SN z 17.11.2016 r., IV CSK 57/16, LEX nr 2237416.

14 Np. wyrok SA w Białymstoku z 20.03.2020 r., I A Ga 140/18, LEX nr 3033410.

15 Zob. wyrok TK z 15.12.2009 r., P 105/08, OTK-A 2009/11, poz. 168.

16 Zob. np. wyrok SN z 25.03.1998 r., II CKN 653/97, OSNC 1998/12, poz. 207.

17 P. Bielski, *Kwalifikacja...*, s. 16–24.

18 Przepis ten, tak jak cały art. 647¹ k.c., został zmieniony ustawą z 7.04.2017 r. o zmianie niektórych ustaw w celu ułatwienia dochodzenia wierzytelności (Dz.U. poz. 933 ze zm.) – dalej nowela z 7.04.2017 r.

budowlanego i obejmowała przedsięwzięcie o znacznych rozmiarach oraz zindywidualizowanych właściwościach fizycznych i użytkowych, objęte wymogiem projektowania i nadzoru instytucjonalnego. Ponieważ inwestor wyraził zgodę na zawarcie przez wykonawcę umowy z powodem (podwykonawcą), oba sądy uznały roszczenie powoda o zapłatę wynagrodzenia za wykonane roboty za zasadne¹⁹. W skardze kasacyjnej pozwany inwestor zarzucił sądowi odwoławczemu przede wszystkim naruszenie art. 647 k.c. przez uznanie umowy głównej (zawartej z wykonawcą) za umowę o roboty budowlane w sytuacji, gdy nie zawierała ona wszystkich przedmiotowo istotnych elementów wymaganych przez ten przepis, w tym zwłaszcza obowiązku dostarczenia przez inwestora wykonawcy projektu. Inny zarzut skarżącego dotyczył naruszenia art. 65 k.c. przez dokonanie błędnej wykładni umowy głównej, polegającej na uznaniu, że jej przedmiotem jest budowa klimatyzacji centralnej, w sytuacji gdy obejmowała ona również projektowanie, dostawę, usługi, odbiór, rozruch, uzyskanie pozwolenia na użytkowanie, obsługę instalacji i serwis gwarancyjny, a zatem nie mogła być uznana za umowę o roboty budowlane.

Skarga kasacyjna została oddalona. Sąd Najwyższy za nietrafny uznał zarzut naruszenia art. 647 k.c. Według SN w procesie kwalifikacji umowy podstawowe znaczenie ma ustalenie *essentialia negotii* umowy o roboty budowlane. Poszczególne elementy definicyjne umowy o roboty budowlane nie mają charakteru równorzędnego. O klasyfikacji danej umowy jako umowy o roboty budowlane decyduje zobowiązanie wykonawcy do oddania przewidzianego w umowie obiektu wykonanego zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej oraz zobowiązanie inwestora do zapłaty wynagrodzenia. Stanowią one przedmiot samodzielnych roszczeń, a ich funkcjonalne powiązanie pozwala osiągnąć cel zobowiązania i jednocześnie określić jego charakter co do elementów przedmiotowo istotnych. Świadczenie wykonawcy, jak pisze SN, wyraża się w zobowiązaniu do oddania przewidzianego w umowie obiektu wykonanego zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej. Nie w każdym przypadku konieczne jest dostarczenie przez inwestora projektu budowlanego, gdyż nie jest to przedmiotowo istotny element umowy o roboty budowlane. Konieczne jest jednak, aby roboty były wykonane na podstawie projektu. Za chybiony został też uznany przedstawiony wyżej zarzut naruszenia art. 65 k.c. Sąd Najwyższy podkreślił, że sądy obu instancji nie kwestionowały ani obowiązku wykonania projektu jako przedmiotu umowy głównej, ani szeregu świadczeń dodatkowych, co nie zmienia oceny dominującego zakresu świadczeń i ich charakteru prawnego, spełniającego kryteria umowy o roboty budowlane. W przypadku złożonych świadczeń, jak czytamy dalej, czy zespołu zawartych umów, których część odpowiada umowie o roboty budowlane w tym zakresie, w którym jako dominujące występują świadczenia robót budowlanych, zachodzi solidarna odpowiedzialność, wynikająca z ustawy, inwestora i wykonawcy.

¹⁹ Z punktu widzenia istoty problemu bez znaczenia jest częściowa zmiana wyroku przez Sąd Apelacyjny.

4. Stanowisko glosatora

Piotr Bielski zakwestionował stanowisko SN, że umowa o wykonanie obiektu budowlanego, w której obowiązek dostarczenia projektu nie obciąża inwestora, jest umową o roboty budowlane. Glosator taką umowę uznał za umowę o dzieło, nazywając ją umową *prima facie* o cechach umowy o roboty budowlane, a punktem wyjścia do obrony tezy, że dla uznania jej za umowę o roboty budowlane konieczne jest zobowiązanie się inwestora do dostarczenia wykonawcy projektu, uczynił treść art. 647 k.c. Według P. Bielskiego decyzja ustawodawcy wyrażona w treści przepisu wydaje się jednoznaczna, skoro wśród podstawowych obowiązków umownych inwestora wymienia przekazanie terenu budowy i dostarczenie projektu. Oceny tej, zdaniem glosatora, nie zmienia użycie w art. 647 k.c. sformułowania „w szczególności” poprzedzającego wskazane obowiązki inwestora. Další wywód autora został poświęcony racjom historycznym, i to sięgającym dość daleko, bo do pierwotnego brzmienia art. 647 k.c. w związku z nieobowiązującymi § 3 ust. 1 i 2 pkt 1 lit. b o.w.u. oraz art. 2 k.c. Ustawodawca, jak podkreślił P. Bielski, w art. 647 k.c., ograniczającym najpierw zakres podmiotowy umowy o roboty budowlane do obrotu uspołecznionego (między j.g.u.), świadomie nałożył na inwestora obowiązek dostarczenia wykonawcy projektu, mimo że *illo tempore* system organizacyjny budownictwa opierał się na rozłączności funkcji projektowania (umowa o prace projektowe) i wykonawstwa (umowa o roboty budowlane). Przepis w tej kwestii był, jak twierdzi wymieniony autor, jednoznaczny i nie pozwalał na przerzucenie tego obowiązku na wykonawcę, inaczej niż § 3 ust. 2 pkt 1 lit. b o.w.u., który stanowił, że w braku odmiennych ustaleń umownych do obowiązków zamawiającego należy przekazanie wykonawcy dokumentacji projektowej. Według glosatora nie byłoby potrzeby wprowadzania do o.w.u. rozwiązania dopuszczającego dostarczenie projektu przez wykonawcę, gdyby taki wniosek wynikał już z art. 647 k.c. Potwierdza to, zdaniem P. Bielskiego, ówczesny art. 2 k.c., zgodnie z którym w wypadku, gdy wymagają tego szczególne potrzeby obrotu między j.g.u., stosunki tego obrotu mogą być uregulowane w sposób odbiegający od przepisów Kodeksu cywilnego. Z tych powodów dokonywana pod rządami tych regulacji wykładnia art. 647 k.c. zezwalająca w umowie o roboty budowlane na nałożenie na wykonawcę obowiązku dostarczenia projektu pozostawałaby w oczywistej sprzeczności z § 3 ust. 1 i 2 pkt 1 lit. b o.w.u. w zw. z art. 2 k.c. Nie byłoby, jak konkluduje P. Bielski, potrzeby wprowadzenia rozwiązania dopuszczającego dostarczenie projektu przez wykonawcę, gdyby to wynikało z brzmienia art. 647 k.c. Przedstawione przez wymienionego autora argumenty mają uzasadniać tezę, że po zmianie stanu prawnego dokonanej nowelą lipcową (uchylenie art. 2, zmiana art. 384 k.c. i utrata mocy obowiązującej o.w.u.) brak jest podstaw do aprobowania będącej odstępstwem od art. 647 k.c. praktyki polegającej na nakładaniu na wykonawcę obowiązku dostarczenia projektu. Dokonywana w obecnym stanie prawnym wykładnia przepisu nie może abstrahować od stanu



prawnego obowiązującego w latach 1965–1990, a pozo-
stawienie nowelą lipcową w treści art. 647 k.c. obowiązku
inwestora dostarczenia wykonawcy projektu wyklucza
dopuszczalność odmiennego ukształtowania tej kwestii
w umowie. Tym samym obowiązek dostarczenia przez
inwestora projektu wykonawcy P. Bielski uznał za cechę
konstytutywną umowy o roboty budowlane. Wprawdzie
autor uznaje taką regulację za poważny błąd legislacyjny, ale,
jak pisze, dopóki art. 647 k.c. nie zostanie zmieniony, dopóty
odmienny pogląd można rozpatrywać jedynie w kategoriach
postulatu *de lege ferenda*. Innego wniosku, zdaniem P. Biel-
skiego, nie uprawnia też zawarty w uzasadnieniu wyroku SN
z 17.09.2021 r., V CSKP 43/21, pogląd, że sytuacja, w któ-
rej wykonawca dostarcza projekt, występuje w szczególności
np. w kontraktach „zaprojektuj i wybuduj” (*desing and
build*), obejmujących tzw. inwestycje pod klucz. Zdaniem
komentatora nie jest on wynikiem wykładni art. 647 k.c.,
lecz obserwacji praktyki niedającej argumentu w procesie
interpretacji prawa stanowionego. W ten sam sposób
P. Bielski odniósł się również do judykatów przyjmujących
odmienny punkt widzenia. Odrzucił je przede wszystkim
z uwagi na pominięcie przedstawionych poprzednio
argumentów historycznych. W konsekwencji autor
umowę o budowę bez dostarczenia projektu przez inwe-
stora, którą określił mianem umowy *prima facie* o cechach
umowy o roboty budowlane, uznał za umowę o dzieło,
a odmienną wykładnię art. 647 k.c. za *contra legem*²⁰.

5. Próba wykładni art. 647 k.c.

5.1. Wprowadzenie

Piotr Bielski oparł wykładnię art. 647 k.c. na literalnym
brzmieniu tego fragmentu przepisu stanowiącym o zob-
owiązaniu inwestora do dostarczenia projektu, uzupeł-
nionym argumentami historycznymi. Trudno zgodzić się
nie tylko z przedstawionym przez glosatora wynikiem
interpretacji przepisu, lecz także z rozumowaniem, które
doprowadziło do tezy, że umowa o wykonanie obiektu
budowlanego zobowiązująca wykonawcę do dostarcze-
nia projektu nie jest umową o roboty budowlane, lecz
umową o dzieło.

W prawoznawstwie i w orzecznictwie przyjmuje się,
że w procesie wykładni w pierwszej kolejności należy
stosować reguły językowe, co prowadzi do przypisania
normie prawnej takiego sensu, jaki jest wynikiem pra-
widłowego zastosowania reguł językowych. Reguły syste-
mowe i funkcjonalne uważa się za stosowane następczo²¹.
Spotyka się też stanowisko wskazujące na zasadę pierw-
szeństwa wykładni językowej oraz pomocniczość pozosta-
łych rodzajów wykładni. Zgodnie z tą teorią podstawowa
dyrektywa preferencji wyraża zasadę, że interpretator

powinien opierać się na rezultatach wykładni językowej
i dopiero wtedy, gdy ta prowadzi do niedających się usunąć
wątpliwości, korzystać z wykładni systemowej, a następnie
z wykładni funkcjonalnej²².

Warto w tym kontekście podkreślić widoczną w przed-
stawionej argumentacji P. Bielskiego olbrzymią dyspro-
porcję między słowną wykładnią art. 647 k.c., która jest
lakończna, jeśli w ogóle można o niej mówić, a niezmiernie
rozbudowanymi racjami historycznymi.

Przed przystąpieniem do zasadniczych rozważań
konieczne są jeszcze następujące uwagi ogólne. Umowa
o roboty budowlane jest, tak jak umowa o dzieło, odręb-
nym typem umowy nazwanej. Nie jest podtypem umowy
o dzieło, choć historycznie się z niej wywodzi. Taki pogląd
dominuje zarówno w piśmiennictwie²³, jak i w orzeczni-
ctwie SN²⁴. Druga uwaga jest związana z zawartym w uza-
sadnieniu uchwały SN (7) z 11.01.2002 r., III CZP 63/01,
stwierdzeniem, że w przypadku umowy o dzieło cechy
konstytutywne pokrywają się z jej elementami przed-
miotowo istotnymi, natomiast w odniesieniu do umowy
o roboty budowlane wykraczają poza tradycyjnie rozu-
mianą kategorię *essentialiarum negotii*. Specyficzną cechą
tej drugiej umowy jest najpierw to, że przedmiotem
świadczenia niepieniężnego wykonawcy jest nie każdy
rezultat pracy, lecz tylko taki, który powstał w wyniku
robót budowlanych. Drugim elementem konstytutywnym
umowy z art. 647 k.c. jest, według SN, szczególna postać
współdziałania inwestora z wykonawcą, przejawiająca się
w dokonaniu przez tego pierwszego wymaganych przez
właściwe przepisy czynności związanych z przygotowa-
aniem robót, przejawiająca się w dostarczeniu projektu
i przekazaniu terenu budowy.

Przytoczone stanowisko SN wymaga krótkiego
komentarza. Panujący pogląd uznaje, że dla zakwalifiko-
wania umowy miarodajne są *essentialia negotii* (składniki
lub elementy przedmiotowo istotne), będące w istocie
cechami konstytutywnymi danego typu czynności prawnej,
wskazanymi w przepisach prawnych konstruujących dany
typ czynności prawnej. *Essentialia negotii* służą do iden-
tyfikacji konkretnej czynności prawnej, a zatem do uzna-
nia jej za egzemplarz przyporządkowany określone-
mu typowi czynności prawnej²⁵. Jeżeli przez *essentialia negotii*
rozumie się wyłącznie cechy konstytutywne danego typu
czynności prawnej, to ustalenie w konkretnej czynno-
ści prawnej tych elementów nie wystarczy do uznania,
że czynność objęła konieczną treść i że została dokonana.
Strony zawsze muszą jakoś zindywidualizować treść praw
lub obowiązków, stanowiących cechy konstytutywne
danego typu czynności prawnej, co z kolei jest zbędne
dla procesu kwalifikacji konkretnej czynności prawnej
do określonego jej typu.

22 Tak L. Morawski, *Wstęp do prawoznawstwa*, Toruń 2008, s. 153.

23 Np. J.A. Strzępka, E.A. Zielińska, *Z problematyki prawnej umowy o roboty budowlane*, „Przeгляд Prawa Handlowego” 2002/12, s. 13–17 z podaną w przyp. 2 literaturą; J.A. Strzępka [w:] *System Prawa Prywatnego*, red. nac. Z. Radwański, t. 7, *Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, red. J. Rajski, Warszawa 2018, s. 494. Adam Brzozowski (w: *Kodeks...*, s. 439) twierdzi, że Kodeks cywilny traktuje umowę o roboty budowlane jako „podtyp” umowy o dzieło. Według tego autora zmiany dokonane w kodeksowym uregulowaniu umowy o roboty budowlane począwszy od 1990 r. nie uzasadniają tezy, że w ich wyniku umowa ta stała się w pełni samodzielnym stosunkiem niezależnym od umowy o dzieło.

24 Zob. zwłaszcza uchwały SN (7) z 11.01.2002 r., III CZP 63/01, OSNC 2002/9, poz. 106 i z 29.09.2009 r., III CZP 41/09, OSNC 2010/3, poz. 33.

25 Z. Radwański, *Teoria umów*, Warszawa 1977, s. 249.

20 P. Bielski, *Kwalifikacja...*, s. 18–23.

21 M. Waškowski, *Teoria wykładni prawa cywilnego. Metodologia dogmatyki cywilistycznej w zarysie*, Warszawa 1936, s. 21; M. Zieliński, Z. Radwański, *Wykładnia prawa cywilnego*, „Studia Prawa Prywatnego” 2006/1, s. 23–24.

Jeśli więc za *essentialia negotii* umowy o roboty budowlane uzna się obowiązek wykonawcy oddania przewidzianego w umowie obiektu, a inwestora – zapłaty wynagrodzenia, to występowanie tych cech w konkretnej umowie wystarczy, aby zakwalifikować ją do typu umowy uregulowanej w art. 647 k.c., lecz nie dojdzie ona do skutku, jeżeli strony ponadto nie określą, o jaki obiekt chodzi, a to z kolei wynika najczęściej z dokumentacji projektowej (projektu). Z tym zastrzeżeniem można zgodzić się z SN, że elementem konstytutywnym umowy o roboty budowlane jest szczególna postać współdziałania inwestora z wykonawcą w zakresie przygotowania i wykonania przedmiotu świadczenia. Antycypując wynik dalszych rozważań, należy zakwestionować pogląd, że jest nim dostarczenie przez inwestora projektu.

5.2. Artykuł 647 k.c. w świetle reguł językowych

Wykładnię art. 647 k.c. należy rozpocząć od analizy językowej. Piotr Bielski uznał, że brzmienie tej części przepisu, w której jest mowa o zobowiązaniu inwestora m.in. do dostarczenia projektu, określa podstawowy obowiązek inwestora, co ma jednoznacznie przesądzać o tym, że stanowi on jeden z elementów konstytutywnych (*essentialia negotii*) umowy o roboty budowlane. Zwolnienie inwestora z tego obowiązku i obciążenie nim wykonawcy nie pozwala, zdaniem wymienionego autora, na identyfikację umowy jako umowy o roboty budowlane. Zgodzić trzeba się z odmienną opinią wyrażoną przez SN w uzasadnieniu wyroku z 17.09.2021 r., V CSKP 43/21. Rację ma ten sąd, że poszczególne elementy definicyjne umowy o roboty budowlane nie mają charakteru równorzędnego. O klasyfikacji danej umowy jako umowy o roboty budowlane decyduje zobowiązanie wykonawcy do oddania przewidzianego w umowie obiektu wykonanego zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej oraz zobowiązanie inwestora do zapłaty wynagrodzenia. Stanowią one przedmiot samodzielnych roszczeń, a ich funkcjonalne powiązanie pozwala osiągnąć cel zobowiązania i jednocześnie określić jego charakter co do elementów przedmiotowo istotnych. Wprawdzie art. 647 k.c. wśród obowiązków inwestora wymienia także dostarczenie projektu, ale –jak trafnie podkreślił SN w powołanym wyżej wyroku –nie w każdym przypadku konieczne jest dostarczenie przez inwestora projektu budowlanego, gdyż nie jest to przedmiotowo istotny element umowy o roboty budowlane. Niezbędne jest jednak, aby roboty były wykonane na podstawie projektu.

Wbrew opinii P. Bielskiego wykładnia słowna art. 647 k.c. nie uprawnia tezy, że dostarczenie przez inwestora dokumentacji projektowej stanowi *essentiale negotii* umowy o roboty budowlane. Przed powołaniem dalszych racji, poza wskazanymi przez SN w wyroku z 17.09.2021 r., V CSKP 43/21, warto zaakcentować jeszcze jedną kwestię. Otóż na potrzeby identyfikacji umowy o roboty budowlane nie ma konieczności definiowania pojęcia projektu. W celu prawidłowego przygotowania i przeprowadzenia procesu budowlanego wykonawca musi dysponować odpowiednią dokumentacją projektową. Na gruncie art. 647 k.c. nie jest wymagane sięganie do pojęcia projektu budowlanego w rozumieniu prawa publicznego,

jakim jest prawo budowlane²⁶. Tym samym dostarczenie wykonawcy przez inwestora projektu budowlanego nie jest elementem przedmiotowo istotnym umowy o roboty budowlane. Jest nim natomiast niewątpliwie szczególny rodzaj współdziałania inwestora i wykonawcy, które może polegać nie tylko na dostarczeniu przez inwestora projektu budowlanego, lecz także danych wyjściowych niezbędnych do jego opracowania²⁷. Po sporządzeniu przez wykonawcę na podstawie tych danych projektu budowlanego (osobiście albo przy pomocy innych osób) inwestor powinien go zatwierdzić. Tak rozumiany projekt stanowi dokumentację stanowiącą część składową umowy, w ujęciu art. 648 § 2 k.c., oraz projekt, o którym mowa w art. 649 k.c. Zgodnie z tym przepisem w razie wątpliwościyczytuje się, że wykonawca podjął się wszystkich robót objętych projektem stanowiącym część składową umowy.

Bronioną wykładnię słowną, że dostarczenie przez inwestora dokumentacji nie jest elementem koniecznym dla identyfikacji umowy z art. 647 k.c., wzmacnia użyte w art. 647 k.c. wyrażenie „w szczególności”²⁸ poprzedzające wskazane w nim obowiązki inwestora. Słownikowo należy je rozumieć jako synonim wyrazu „zwłaszcza”²⁹, a *in concreto* jako „szczególnie”, a więc „przykładowo”³⁰. Wprawdzie ustawodawca w wielu przepisach używa wyrażenia „w szczególności”³¹, ale w piśmiennictwie trafnie podkreśla się podobieństwo tej części art. 647 k.c. do sformułowania zawartego w definicji umowy spółki cywilnej. Zgodnie z art. 860 § 1 k.c. przez umowę spółki wspólnicy zobowiązują się do osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego przez działanie w sposób oznaczony, **w szczególności** przez wniesienie wkładów. W doktrynie dominuje pogląd, że wniesienie wkładu jest typowym, ale zarazem tylko przykładowym „działaniem w sposób oznaczony” (w dążeniu do osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego), o którym mowa w art. 860 § 1 k.c.³² Dopuszczalna jest więc umowa spółki cywilnej, w której nawet żaden ze wspólników nie jest zobowiązany do wniesienia wkładu. Na to stanowisko powołują się też przedstawiciele doktryny na tle analogicznego sformułowania użytego w art. 647 k.c. Janusz A. Strzępka i Ewa A. Zielińska podkreślają, że tak jak do składników przedmiotowo istotnych umowy spółki cywilnej nie należy obowiązek wniesienia wkładów, lecz wspólny cel i system

²⁶ Tak jak pojęcie obiektu, o którym mowa w art. 647 k.c., nie może być rozumiane w znaczeniu prawa budowlanego. Taki pogląd stanowi *communis opinio*.

²⁷ Tak np. J.A. Strzępka, E.A. Zielińska, *Umowa o roboty budowlane w znowelizowanym Kodeksie cywilnym – odpowiedzialność za zapłatę wynagrodzenia podwykonawcy*, „Monitor Prawniczy” 2003/21, s. 976–977; J.A. Strzępka, E.A. Zielińska, *Umowa o roboty budowlane w systematyce Kodeksu cywilnego – de lege lata i de lege ferenda*, cz. 1, „Monitor Prawniczy” 2007/10, s. 597–599. Trzeba jednak podkreślić, że J.A. Strzępka w późniejszej publikacji (*System Prawa Prywatnego...*, s. 497 i 563–567) prezentuje stanowisko, iż zobowiązanie inwestora stanowi przedmiotowo istotny składnik umowy o roboty budowlane. Również E. Zielińska w innym miejscu (w: *Prawo umów budowlanych*, red. J.A. Strzępka, Warszawa 1999, s. 357) pisze, że dostarczenie projektu przez inwestora należy do cech konstytutywnych umowy o roboty budowlane.

²⁸ „W szczególności” to utarte połączenie przymiokowe, a więc wyrażenie, a nie zwrot w ujęciu frazeologicznym. Zwrot to zespół wyrazów powiązanych składniowo, w którym człon podstawowy ma charakter werbalny; zob. S. Skorupka, *Słownik frazeologiczny języka polskiego*, t. 1, A–P, Warszawa 2002, s. 6.

²⁹ *Słownik języka polskiego*, t. 3, red. M. Szymczak, Warszawa 1981, s. 398.

³⁰ S. Skorupka, *Słownik frazeologiczny języka polskiego*, t. 2, R–Z, Warszawa 2002, s. 264.

³¹ Zob. np. art. 55¹ czy art. 556¹ § 1 zd. 2 k.c.

³² Np. W. Pyziół [w:] W. Pyziół, A. Szumański, I. Weiss, *Prawo spółek*, Warszawa 2014, s. 5; A. Herbert [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 16, *Prawo spółek osobowych*, red. A. Szajkowski, Warszawa 2016, s. 793–794.



organizacji współdziałania, tak w odniesieniu do umowy o roboty budowlane do konstytutywnych jej cech trzeba zaliczyć obowiązek współdziałania inwestora z wykonawcą, natomiast jego zakres strony ustalają w umowie. W art. 647 k.c., według wymienionych autorów, ustawodawca tylko przykładowo wskazuje, że współdziałanie to może polegać na dostarczeniu projektu i przekazaniu terenu budowy³³. Piotr Bielski na temat znaczenia użytego w art. 860 § 1 k.c. wyrażenia „w szczególności” wypowiedział się tylko na marginesie egzegezy art. 647 k.c., ograniczając się do stwierdzenia, że nie sposób obowiązku wniesienia przez wspólników wkładów kwalifikować jako niemającego charakteru konstytutywnego dla umowy spółki cywilnej³⁴. Jego poprawność, poza innymi argumentami, podważa także porównanie definicji umowy spółki cywilnej (art. 860 § 1 k.c.) i umowy spółki handlowej zawartej w art. 3 Kodeksu spółek handlowych³⁵. Z tego ostatniego przepisu³⁶ wynika *explicite*, że zobowiązanie wspólników do współdziałania (w dążeniu do osiągnięcia wspólnego celu) polega na wniesieniu wkładów, a dopiero wówczas, gdy umowa albo statut tak stanowi, na współdziałaniu w określony sposób. Wniesienie wkładu stanowi obowiązek każdego wspólnika (akcjonariusza) spółki handlowej, a zatem stanowi *essentiale negotii* umowy spółki handlowej³⁷, w przeciwieństwie do umowy spółki cywilnej.

W ramach wykładni gramatycznej art. 647 k.c. za poglądem dotyczącym kwestii dostarczenia dokumentacji prezentowanym w opracowaniu przemawia ponadto związek logiczny bliższy, a więc między słowami zawartymi w tym samym przepisie³⁸. W rozważanym przypadku chodzi o wymieniony obok dostarczenia projektu obowiązek współdziałania polegający na przekazaniu przez inwestora wykonawcy terenu budowy. O ile kwestii związanej z tym pierwszym obowiązkiem jurysprudence poświęca wiele uwagi w kontekście identyfikacji umowy o roboty budowlane, o tyle do rzadkości należą wypowiedzi dotyczące obowiązku inwestora przekazania terenu budowy³⁹. Przepisy normujące umowę o roboty budowlane używają pojęć „przekazanie” (art. 647 k.c.) i „przejęcie” (art. 652 k.c.) terenu budowy. Przekazanie terenu budowy polega na oddaniu go we władanie wykonawcy w celu umożliwienia mu wybudowania na nim obiektu⁴⁰. Namiastką takiej czynności w stosunkach między generalnym wykonawcą i wykonawcą częściowym oraz podwykonawcą jest udostępnienie im tzw. frontu robót, co nie pociąga za sobą zmiany podmiotu władającego terenem. W doktrynie wykonawcę po przekazaniu

i protokolarnym przejściu terenu budowy traktuje się jako dzierżyciela w rozumieniu art. 338 k.c., a nie posiadacza⁴¹. Przekazanie terenu budowy przez inwestora jest jego typowym obowiązkiem. Łatwo jednak wyobrazić sobie sytuację, w której nie ma takiej konieczności. *Verbi causa* można wskazać na wykonawcę dysponującego już terenem budowy jako posiadacz zależny lub dzierżyciel. W świetle art. 351 k.c., normującego przeniesienie posiadania samoistnego na posiadacza zależnego albo na dzierżyciela (*traditio brevi manu*), stosowanego *per analogiam legis*, przekazanie terenu budowy nastąpi w takim przypadku na mocy samej umowy, *scilicet* o roboty budowlane. Nie towarzyszy mu więc przejście faktycznego władania terenem budowy (nieruchomością), a tym samym konieczność „przekazania” go przez inwestora.

Wynik wykładni słownej art. 647 k.c. jest jasny. W świetle reguł językowych zobowiązanie inwestora do dostarczenia wykonawcy projektu nie stanowi konstytutywnej cechy umowy o roboty budowlane.

5.3. Artykuł 647 k.c. w świetle reguł systemowych

Reguły systemowe wykładni odnoszą sens odtwarzanego terminu do innych norm obowiązujących w systemie prawnym i mają w zasadzie charakter reguł negatywnych, wykluczających przyjęcie znaczenia prowadzącego do ich niezgodności⁴². Innymi słowy, przepisów prawa nie należy interpretować w sposób prowadzący do ich sprzeczności z innymi przepisami⁴³. Eugeniusz Waśkowski, ujmujący wąsko element systematyczny wykładni, który ograniczał tylko do *argumentum a rubrica*, pisał o elemencie logicznym i więzi logicznej wykładanej normy z innymi normami⁴⁴. Już poprzednio była mowa o przepisach art. 648 § 2 i art. 649 k.c., które nie podważają przedstawionej wcześniej interpretacji pojęcia projektu w ujęciu art. 647 k.c. Trafnie na gruncie tego pierwszego przepisu, a dotyczy to także drugiego z nich, w literaturze podkreśla się, że sformułowanie o dokumentacji (projekcie) stanowiącej część składową umowy nie jest najszczęśliwsze. Aby dokumentacja stała się częścią umowy, musiałaby być objęta oświadczeniem woli stron. Przepisy te należy rozumieć w ten sposób, że dokumentacja projektowa dostarczona przez inwestora albo opracowana przez wykonawcę i zatwierdzona przez inwestora określa przedmiot świadczenia, a także sposób jego wykonania. Chodzi niewątpliwie o dokumentację projektową obejmującą co najmniej projekt budowlany, ale także inne niezbędne projekty. Projekt budowlany niezbędny do uzyskania pozwolenia na budowę nie musi być na tyle szczegółowy, aby na podstawie jego rozwiązań można było prowadzić roboty budowlane. Zwykle konieczne też będą tzw. projekty wykonawcze. Przedmiotem umowy o roboty budowlane mogą być także obiekty niewymagające pozwoleń

33 J.A. Strzępka, E.A. Zielińska, *Umowa o roboty budowlane w systematyce...*, s. 598. Stanowisko autorów nie jest jednak konsekwentne; zob. przyp. 27.

34 P. Bielski, *Kwalifikacja...*, s. 18, przyp. 2.

35 Ustawa z 15.09.2000 r. – Kodeks spółek handlowych (Dz.U. z 2024 r. poz. 18 ze zm.).

36 Zgodnie z którym przez umowę spółki handlowej wspólnicy albo akcjonariusze zobowiązują się dążyć do osiągnięcia wspólnego celu przez wniesienie wkładów oraz, jeżeli umowa albo statut spółki tak stanowi, przez współdziałanie w inny, określony sposób.

37 Wykluczone jest więc powstanie spółki handlowej, także osobowej, bezwkładowej.

38 Wyróżnia go M. Waśkowski, *Teoria...*, s. 33.

39 W uzasadnieniu uchwały (7) z 11.01.2002 r., III CZP 63/01, SN za konstytutywny element umowy o roboty budowlane uznał w ramach szczególnej postaci współdziałania inwestora z wykonawcą w zakresie przygotowania przedmiotu świadczenia nie tylko dostarczenie projektu, lecz także przekazanie terenu budowy.

40 Na temat przekazania terenu budowy zob. też Z. Gordon *Umowa...*, s. 79–81.

41 Tak np. SN w wyroku z 12.12.1990 r., I CR 750/90, OSNC 1992/5, poz. 81. Tezę tę powtórzył, choć nie powołał orzeczenia SN, Sąd Apelacyjny w Gdańsku w wyroku z 27.06.2019 r., I AGa 395/18, LEX nr 2775630. Szerzej zob.

E. Strzępka-Frania, *Przekazanie i udostępnienie terenu budowy przez inwestora wykonawcy budowlanemu*, cz. 1, „Prawo Spółek” 2007/6, s. 27–28.

42 M. Zieliński, Z. Radwański, *Wykładnia...*, s. 20–21.

43 L. Morawski, *Wstęp...*, s. 148.

44 E. Waśkowski, *Wykładnia...*, s. 81 i 86–88.

na budowę, a tym samym projektu budowlanego⁴⁵. Kolejny argument systemowy nawiązujący do art. 860 § 1 k.c. był już przedmiotem rozważań. Dodać warto, że także europejska praktyka budowlana łączy projektowanie z wykonawstwem i traktuje umowy zawierane w tym systemie jako umowy o roboty budowlane (*building contract*)⁴⁶. Choć wyniki wykładni logicznej (dalszej) i systemowej nie są jednoznaczne, to jednak w większym stopniu potwierdzają, niż podważają rezultat wykładni słownej.

5.4. Artykuł 647 k.c. w świetle reguł funkcjonalnych

Reguły funkcjonalne nakazują odwoływać się do pewnych pozajęzykowych i pozasystemowych założeń stanowiących kontekst, w którym normy odtwarzane z tekstu mają funkcjonować⁴⁷. Ujmując rzecz nieco inaczej, chodzi w nich o racje norm, w tym przede wszystkim teleologiczne, ale także historyczne.

Rozważania na temat rozumienia art. 647 k.c. w komentowanej części warto zacząć od argumentów historycznych przedstawionych przez P. Bielskiego w głosie do wyroku SN z 17.09.2021 r., V CSKP 43/21. Autor przypisał im decydującą rolę w procesie wykładni przepisu i w celu uzasadnienia opinii, że zobowiązanie inwestora do dostarczenia projektu stanowi przedmiotowo istotny składnik umowy o roboty budowlane. Wbrew temu stanowisku nie ma dostatecznych podstaw do uznania, że ustawodawca w art. 647 k.c. świadomie nałożył na inwestora obowiązek dostarczenia wykonawcy projektu. Jak to zostało wykazane poprzednio, przepis w tej kwestii wcale nie jest jednoznaczny, a jego literalna wykładnia nie wyklucza dopuszczalności przerzucenia tego obowiązku na wykonawcę. Na gruncie *legis derogatae* odmiennego wniosku nie uzasadniał § 3 ust. 2 pkt 1 lit. b o.w.u., który stanowił, że w braku odmiennych ustaleń umownych do obowiązków zamawiającego należy przekazanie wykonawcy dokumentacji projektowej. Tylko *prima facie* uprawniona jest teza, że nie byłoby potrzeby wprowadzania do tego przepisu rozwiązania dopuszczającego dostarczenie projektu przez wykonawcę, gdyby taki wniosek wynikał już z art. 647 k.c. Między unormowaniami art. 647–658 k.c. i o.w.u. zachodziła relacja *lex generalis – lex specialis*. Regulacje kodeksowe ze względu na swą ogólnikowość i fragmentaryczność pozbawione były większego znaczenia⁴⁸. Tym samym regulacji § 3 ust. 2 pkt 1 lit. b o.w.u. nie można przypisywać podstawowej roli w procesie wykładni art. 647 k.c. Warto dodać, że zgodnie z § 3 ust. 1 o.w.u. zakres wzajemnych obowiązków niewymienionych w § 2 ust. 1 o.w.u., zawierającym definicję umowy o wykonanie inwestycji, robót lub remontów budowlanych, strony określają w umowie, natomiast § 3 ust. 2 o.w.u. wymieniał te obowiązki w braku takich ustaleń. Ich zakres był więc o wiele szerszy niż opisany w art. 647 k.c., co podważa dodatkowo trafność argumentu odwołującego się do § 3 ust. 2 pkt 2 lit. b o.w.u. Nie dostarcza go też brzmienie ówczesnego art. 2 k.c., zgodnie z którym w wypadku, gdy

wymagają tego szczególne potrzeby obrotu między j.g.u., stosunki tego obrotu mogą być uregulowane w sposób odbiegający od przepisów Kodeksu cywilnego. Z podanych już powodów bezpodstawną jest teza, że taką regulację stanowił § 3 ust. 2 pkt 1 lit. b o.w.u.

Z przedstawionych względów stan prawny obowiązujący w latach 1965–1990 nie uprawnia stanowiska, że w świetle art. 647 k.c., po jego zmianie nowelą lipcową, wykluczone jest nałożenie w umowie o roboty budowlane obowiązku dostarczenia projektu na wykonawcę. Nawet jednak gdyby *per inconcessum* przyjąć inaczej i zgodzić się z przedstawionymi przez P. Bielskiego relacjami zachodzącymi między obowiązującymi do wejścia w życie noweli lipcowej § 3 ust. 2 pkt 1 lit. b o.w.u. w zw. z art. 2 k.c. a ówczesnym art. 647 k.c., to i tak nie mogą one decydować o wykładni tego ostatniego przepisu na gruncie *legis latae*. *Illo tempore* art. 647 k.c., tak jak art. 2 k.c. i pozostałe wymienione przepisy o.w.u., obowiązywał tylko w tzw. obrocie uspołecznionym. Wykładni obecnie obowiązującego art. 647 k.c. dokonanej przez pryzmat powołanych przepisów obowiązujących *de lege derogatae* przeczą inne jeszcze argumenty. Uwzględnienie racji historycznych oznacza, że przepisy prawa należy interpretować zgodnie z wolą historycznego ustawodawcy. Ich znaczenie maleje jednak w odniesieniu do starszych aktów normatywnych, zwłaszcza gdy uchwalono je w innych warunkach społecznych, ekonomicznych czy politycznych⁴⁹. Myśl ta jest aktualna w odniesieniu do analizowanej problematyki. Obowiązujące poprzednio przepisy, mające według krytykowanej opinii przesądzać o rozumieniu art. 647 k.c. w części odnoszącej się do dostarczenia projektu, były uchwalone w ramach zupełnie innego systemu gospodarczego. Co więcej, podstawowy w tej materii § 3 ust. 2 pkt 1 lit. b o.w.u. był przepisem zawartym w załączniku do uchwały Rady Ministrów. Wprawdzie o.w.u. miały charakter normatywny jako wydane na podstawie wyraźnego upoważnienia ustawowego⁵⁰ (art. 384 § 1 k.c.), ale pomijając ich niską rangę, były tylko swoistym wzorcem umownym. Podważa to poprawność argumentacji przypisującej im decydującą rolę przy interpretacji art. 647 k.c. Krytykowana opinia narusza dalszą jeszcze dyrektywę wykładni funkcjonalnej, zgodnie z którą przepisy należy interpretować, uwzględniając wolę aktualnego, a nie historycznego prawodawcy⁵¹ (wykładnia dynamiczna). A tę od wejścia w życie noweli lipcowej potwierdza wyrażona *expressis verbis* w art. 353¹ k.c. zasada zezwalająca stronom na swobodę kształtowania treści stosunku prawnego (*verba legis*: „Strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania [...]”). Żadnej z określonych w tym przepisie granic tej swobody (naturze stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego) nie sprzeciwia się zawarta w umowie o roboty budowlane klauzula zobowiązująca wykonawcę, a nie inwestora, do dostarczenia projektu.

W procesie wykładni art. 647 k.c. należy odwołać się do jednego z najstarszych jej kanonów, a mianowicie do *ratio legis*. Akceptacja bronionego w opracowaniu

45 Tak K. Zagrobelny [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, Legalis 2023, art. 648 k.c., uw. 2.

46 Na co zwraca uwagę SN w wyroku z 20.11.2008 r., III CSK 184/08, LEX nr 479317.

47 M. Zieliński, Z. Radwański, *Wykładnia...*, s. 22.

48 A. Stelmachowski, *Zasada...*, s. 11.

49 L. Morawski, *Wstęp...*, s. 159.

50 E. Łętowska, *Wzorce umowne. Ogólne warunki. Wzory. Regulaminy*, Ossolineum 1975, s. 95–111.

51 L. Morawski, *Wstęp...*, s. 150.



poglądu, że dostarczenie projektu nie stanowi *essentiale negotii* umowy o roboty budowlane, pozwala na spójną i jednolitą kwalifikację umów o wykonanie obiektów budowlanych. Jak trafnie zauważono w doktrynie, nie ma racjonalnego uzasadnienia dla uznania, że umowy, w których wykonawca zobowiązuje się nie tylko do wykonania obiektu, lecz także do dostarczenia projektu, należy kwalifikować jako umowy o dzieło⁵². Obowiązek dostarczenia przez inwestora projektu nie powinien stanowić kryterium odróżniania umowy o roboty budowlane od umowy o dzieło. Cel umowy, której przedmiotem jest wykonanie obiektu, pozostaje taki sam niezależnie od tego, czy w ramach umowy o wykonawstwo budowlane projekt dostarcza inwestor, czy wykonawca⁵³. Polega on na zrealizowaniu zamierzonego przedsięwzięcia inwestycyjnego i osiągnięciu efektu w postaci obiektu budowlanego. Zróżnicowanie kwalifikacji prawnej umów ze względu na obowiązek dostarczenia projektu doprowadziłoby do tego, że do umów, na podstawie których wykonawca zobowiązał się do dostarczenia projektu, znajdowałyby zastosowanie przepisy umowy o dzieło, w tym art. 646 k.c., normujący krótki, bo dwuletni, termin przedawnienia roszczeń. Byłoby to nieracjonalne, gdyż do umów o roboty budowlane, także tych, gdy obowiązek dostarczenia dokumentacji leży po stronie wykonawcy, uzasadnione jest stosowanie dłuższych terminów przedawnienia roszczeń, wynikających z art. 118 k.c. Podobnie przedstawia się kwestia art. 652 k.c., zgodnie z którym wykonawca od chwili protokolarnego przejścia terenu budowy aż do chwili oddania obiektu ponosi odpowiedzialność na zasadach ogólnych za szkody wynikłe na tym terenie. Przepis ten nie byłby stosowany w razie uznania, że umowa o wykonanie robót budowlanych przewidująca dostarczenie projektu przez wykonawcę jest umową o dzieło⁵⁴. Wykluczone byłoby też przyjęcie solidarnej odpowiedzialności inwestora z wykonawcą (generalnym wykonawcą) i podwykonawcą za zapłatę wynagrodzenia należnego podwykonawcy i dalszemu podwykonawcy z tytułu wykonanych przez niego robót budowlanych, skoro hipoteza art. 647¹ k.c. obejmuje jedynie umowy o roboty budowlane.

Przedstawione racje funkcjonalne potwierdzają wynik wykładni słownej i konkluzję, że umowa o wykonanie obiektu nakładająca na wykonawcę obowiązek dostarczenia projektu jest w świetle art. 647 k.c. umową o roboty budowlane. Tym samym zobowiązanie inwestora do jej przekazania wykonawcy nie stanowi elementu przedmiotowo istotnego tej umowy. Jest nim natomiast, jak trafnie podkreślił SN w uzasadnieniu wyroku z 17.09.2021 r., V CSKP 43/21, to, aby roboty były wykonane na podstawie projektu.

Sytuacja ta występuje przykładowo w kontraktach „zaprojektuj i buduj” (*desing and build*), znanych w prawie

52 J.A. Strzępka, E.A. Zielińska, *Umowa o roboty budowlane w systematyce...*, s. 598.

53 W praktyce i tak opracowuje go, na podstawie umowy zawartej z inwestorem lub wykonawcą, projektant (jednostka projektowania).

54 J.A. Strzępka, E.A. Zielińska, *Umowa o roboty budowlane w systematyce...*, s. 598.

polskim jako umowy zawierane w systemie tzw. generalnego realizatorstwa inwestycji, w których kontrahentem inwestora jest generalny realizator inwestycji⁵⁵.

Nie sposób przyjąć, że spośród dwóch umów o wykonanie identycznego obiektu budowlanego jedna, w której inwestor zobowiązuje się do dostarczenia projektu, jest umową o roboty budowlane, natomiast druga, nakładająca ten obowiązek na wykonawcę, jest umową o dzieło. *Argumentum ad absurdum* przemawia to za odrzuceniem takiej identyfikacji drugiej z nich. Jest ona, wbrew odmiennym poglądom, nie zwykłą umową o dzieło czy umową *prima facie* o cechach umowy o roboty budowlane, lecz umową o roboty budowlane uregulowaną w tytule XVI księgi trzeciej Kodeksu cywilnego.

6. Stanowisko jurysprudencji

Jurisprudencja jest jednak w tej kwestii podzielona. W starszym orzecznictwie dominują poglądy niepozwalające na uznanie umowy, w której dostarczenie projektu należy do wykonawcy, za umowę o roboty budowlane. Niektóre z nich wymienia SN w uzasadnieniu wyroku z 17.09.2021 r., V CSKP 43/21, natomiast inne, liczne, powołują przedstawicieli doktryny⁵⁶. Charakterystyczna jest jednak ewolucja wypowiedzi SN idąca w innym kierunku. Poza omówionym na wstępie wyrokiem z 17.09.2021 r., V CSKP 43/22, SN także w innych orzeczeniach uznał, że dostarczenie przez inwestora projektu nie jest elementem przedmiotowo istotnym umowy o roboty budowlane⁵⁷.

Również w piśmiennictwie nie ma zgodności poglądów w omawianej materii. Prezentowane jest zapatrywanie zarówno dopuszczające obciążenie wykonawcy w umowie o roboty budowlane obowiązkiem dostarczenia projektu, jak i odmienne⁵⁸. O trudnościach w rozwiązaniu problemu świadczą wypowiedzi J.A. Strzępki i E.A. Zielińskiej. Wymienieni autorzy w wielu opracowaniach twierdzili stanowczo, że dostarczenie projektu przez inwestora nie stanowi *essentialia negotii* umowy o roboty budowlane⁵⁹. Ewa Zielińska w innym jednak miejscu pisała, że dostarczenie projektu przez inwestora należy do cech konstytutywnych umowy o roboty budowlane⁶⁰. Charakterystyczne są natomiast wypowiedzi J.A. Strzępki, który w późniejszych opracowaniach prezentuje niejednoznaczne stanowisko. Autor wskazuje, tak jak poprzednio, na nieracjonalność opinii, zgodnie z którą zróżnicowanie kwalifikacji

55 J.P. Strzępka [w:] *System Prawa Prywatnego...*, s. 531.

56 Np. J.A. Strzępka [w:] *System Prawa Handlowego*, red. nac. S. Włodyka, A. Szumański, t. 5, *Prawo umów handlowych*, red. S. Włodyka, Warszawa 2014, s. 1230–1237; J.A. Strzępka [w:] *System Prawa Prywatnego...*, s. 563–567.

57 Zob. np. wyrok SN z 17.11.2016 r., IV CSK 57/16.

58 Bliżej zob. W. Borysiak [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. K. Osajda, Legalis 2024, art. 647 k.c., C.IV.1.22 z podaną literaturą.

59 Np. J.A. Strzępka, E.A. Zielińska, *Z problematyki...*, s. 16; J.A. Strzępka, E.A. Zielińska, *Umowa o roboty budowlane w znowelizowanym...*, s. 977; J.A. Strzępka, E.A. Zielińska, *Umowa o roboty budowlane w systematyce...*, s. 597–599. Autorzy *de lege ferenda* postulują zmianę definicji ustawowej umowy o roboty budowlane; zob. J.A. Strzępka, E.A. Zielińska, *Umowa o roboty budowlane w systematyce...*, s. 599.

60 E. Zielińska [w:] *Prawo...*, s. 357.

prawnej umów o roboty budowlane i umów o dzieło zależy od tego, czy obowiązek dostarczenia projektu obciąża inwestora, czy wykonawcę. Ostatecznie jednak przyjmuje, że umowy, w których wykonawca przyjmuje na siebie obowiązek dostarczenia projektu, mogłyby być traktowane – *de lege ferenda* – jako umowy o roboty budowlane w rozumieniu art. 647 k.c.⁶¹ *Prima facie* wydaje się więc, że według J.A. Strzępki *de lege lata* taka umowa jest umową o dzieło. Nic bardziej mylnego, gdyż autor dalej pisze, że obowiązek dostarczenia projektu budowlanego przez inwestora, o którym stanowi wymieniony przepis, nie może stanowić kryterium odróżnienia umowy o roboty budowlane od umowy o dzieło. Niezależnie od tego, na kim spoczywa obowiązek dostarczenia projektu, cel umowy o wykonawstwo budowlane pozostaje ten sam⁶². Z tego powodu J.A. Strzępka jest zaliczany przez innych autorów zarówno do zwolenników poglądu dopuszczającego obciążenie wykonawcy w umowie o roboty budowlane obowiązkiem dostarczenia projektu⁶³, jak i jego przeciwników⁶⁴.

7. Podsumowanie

Crux interpretationis jest ustalenie, czy dostarczenie przez inwestora projektu stanowi *essentiale negotii* umowy o roboty budowlane. Wszystkie przedstawione w artykule racje przemawiają za przeczącą odpowiedzią na to pytanie. Ponieważ jednak wykładnia art. 647 k.c. budzi w jurysprudencji kontrowersje, zasadny *de lege ferenda* jest postulat zmiany przepisu w części dotyczącej obowiązków inwestora i nakazania mu współdziałania przy wykonywaniu obiektu i zapłaty wynagrodzenia, z pominięciem zobowiązania do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu⁶⁵.

Prostszą drogą zmierzającą do wykluczenia rozbieżnych rozstrzygnięć sądowych byłoby przedstawienie na podstawie art. 82 § 1 ustawy z 8.12.2017 r. o Sądzie Najwyższym⁶⁶ przez SN rozpoznający skargę kasacyjną składowi siedmiu sędziów tego sądu do rozstrzygnięcia zagadnienia prawnego związanego z wykładnią analizowanej części art. 647 k.c. Innym rozwiązaniem jest wystąpienie na podstawie art. 83 § 1 u.SN przez pierwszego Prezesa SN lub Prezesa Izby Cywilnej SN z wnioskiem o rozstrzygnięcie tego zagadnienia prawnego SN w składzie siedmiu sędziów. Przesłanki wynikające z obu wymienionych przepisów są spełnione: wykładnia art. 647 k.c. budzi poważne wątpliwości, a w orzecznictwie sądów powszechnych (i SN) występują rozbieżności. Skład siedmiu sędziów SN może postanowić o nadaniu uchwałę mocy zasady prawnej (art. 87 § 1 zd. 2 u.SN).

61 J.A. Strzępka [w:] *System Prawa Prywatnego...*, s. 567–568; J.A. Strzępka [w:] *System Prawa Handlowego...*, s. 1237–1240.

62 J.A. Strzępka [w:] *System Prawa Handlowego...*, s. 1240.

63 Np. W. Borysiak [w:] *Kodeks...*, art. 647 k.c., C.IV.1.22.

64 Np. P. Bielski, *Kwalifikacja...*, s. 20, przyp.9.

65 Tak np. J.A. Strzępka, E.A. Zielińska, *Umowa o roboty budowlane w systematyce...*, s. 599.

66 Dz.U. z 2024 r. poz. 622 – dalej u.SN.

Abstract

dr hab. Jerzy Paweł Naworski

The author is a professor at the Nicolaus Copernicus University in Torun, Poland, and a retired judge of the District Court in Torun

(ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9014-1338>).

Legal Qualification of a Construction Agreement Obliging the Contractor to Provide Blueprint of the Structure

Keywords: *construction works contract, contract for specific work, investor, contractor, essentialia negotii, provision of blueprint*

Pursuant to Article 647 of the Civil Code, through a construction works contract, the contractor undertakes to complete the facility provided for in the contract, built in accordance with the blueprint and with the principles of technical knowledge, while the investor undertakes to perform the activities required by the relevant provisions related to the preparation of works, in particular to provide the construction site and the blueprint, and to accept the facility and pay the agreed remuneration. In legal scholarship, it is disputed whether provision of the blueprint by the investor constitutes a materially important element of the construction works contract. Determining this issue requires a careful interpretation of the cited provision, and the answer depends on the application of either the provisions of Title XVI (construction works contract) or Title XV (contract for specific work) of the third book of the Civil Code. In the latter case, the provisions of, e.g., Article 118 or 652, and in particular Article 647¹ of the Civil Code, regulating the joint and several liability of the investor and the contractor (general contractor) for the payment of the subcontractor's remuneration, are excluded. The article is a polemic with P. Bielski's critical commentary on judgment of the Supreme Court (SC) of 17 September 2021, V CSKP 43/21 (Orzecznictwo Sądów Polskich 2024/4, item 26, pp. 3–15).

Bibliografia/References

- Bielski P., *Kwalifikacja prawna obowiązku dostarczenia przez inwestora projektu wykonawcy w umowie o roboty budowlane. Glosa do wyroku Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z dnia 17 września 2021 r., V CSKP 43/21, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2024/4.*
- Borysiak W. [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. K. Osajda, Legalis 2024.
- Brzozowski A. [w:] *Kodeks cywilny, t. 2, Komentarz. Art. 450–1088. Przepisy wprowadzające*, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2015.
- Gordon Z., *Umowa budowlana w obrocie społecznym*, Toruń 1991.
- Herbet A. [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 16, *Prawo spółek osobowych*, red. A. Szajkowski, Warszawa 2016.
- Kolańczyk K., *Prawo rzymskie*, Warszawa 1978.
- Morawski L., *Wstęp do prawoznawstwa*, Toruń 2008.
- Łętowska E., *Wzorce umowne. Ogólne warunki. Wzory. Regulaminy*, Ossolineum 1975.
- Pyziół W. [w:] W. Pyziół, A. Szumański, I. Weiss, *Prawo spółek*, Warszawa 2014.



Radwański Z., *Teoria umów*, Warszawa 1977.
 Siuda W., *Istota i zakres umowy o dzieło*, Poznań 1964.
 Skorupka S., *Słownik frazeologiczny języka polskiego*, t. 1, A–P, Warszawa 2002.
 Skorupka S., *Słownik frazeologiczny języka polskiego*, t. 2, R–Z, Warszawa 2002.
Słownik języka polskiego, t. 3, red. M. Szymczak, Warszawa 1981.
 Stelmachowski A., *Zasada jedności prawa cywilnego – teoria i praktyka*, „Acta Universitatis Nicolai Copernici. Prawo” 1982/20.
 Strzępka J.A. [w:] *System Prawa Handlowego*, red. nac. S. Włodyka, A. Szumański, t. 5, *Prawo umów handlowych*, red. S. Włodyka, Warszawa 2014.
 Strzępka J.A. [w:] *System Prawa Prywatnego*, red. nac. Z. Radwański, t. 7, *Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, red. J. Rajski, Warszawa 2018.
 Strzępka J.A., Zielińska E.A., *Umowa o roboty budowlane w systematyce Kodeksu cywilnego – de lege lata i de lege ferenda*, cz. 1, „Monitor Prawniczy” 2007/10.

Strzępka J.A., Zielińska E.A., *Umowa o roboty budowlane w znowelizowanym Kodeksie cywilnym – odpowiedzialność za zapłatę wynagrodzenia podwykonawcy*, „Monitor Prawniczy” 2003/21.
 Strzępka J.A., Zielińska E.A., *Z problematyki prawnej umowy o roboty budowlane*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2002/12.
 Strzępka-Frania E., *Przekazanie i udostępnienie terenu budowy przez inwestora wykonawcy budowlanemu*, cz. 1, „Prawo Spółek” 2007/6.
 Taubenschlag R., *Rzymskie prawo prywatne na tle praw antycznych*, Warszawa 1955.
 Waśkowski M., *Teoria wykładni prawa cywilnego. Metodologia dogmatyki cywilistycznej w zarysie*, Warszawa 1936.
 Zagrobelny K. [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, Legalis 2023.
 Zielińska E. [w:] *Prawo umów budowlanych*, red. J.A. Strzępka, Warszawa 1999.
 Zieliński M., Radwański Z., *Wykładnia prawa cywilnego*, „Studia Prawa Prywatnego” 2006/1.

REKLAMA



ANALIZA DOROBKU UNIJNEGO PRAWODAWSTWA

Autorzy skupiają się na wykładni przepisów dyrektywy 93/13/EWG, która zyskała ogromne znaczenie w polskim systemie prawnym w kontekście tzw. sporów frankowych.

W komentarzu przedstawiono między innymi:

- pojęcie konsumenta jako punkt wyjścia w całym systemie ochrony jego praw,
- zakres stosowania dyrektywy w odniesieniu do warunków zarówno niewynegocjowanych indywidualnie, jak i określających główne świadczenia stron,
- znaczenie pojęcia „prosty i zrozumiały język warunku umownego”,
- sankcje, które przewiduje dyrektywa.

Pod każdym artykułem dyrektywy, którego treść transponowano do polskich przepisów, autorzy zamieszczają informację wskazującą na konkretną regulację Kodeksu cywilnego z zasygnalizowaniem nurtu orzeczniczego Sądu Najwyższego.

**ZAMÓW KSIĄŻKĘ Z RABATEM 20% W KSIĘGARNI PROFINFO.PL
W FORMULARZU ZAMÓWIENIA WPISZ KOD: WKCZA20**

NIEUCZCIWE WARUNKI W UMOWACH KONSUMENCKICH

Komentarz
do Dyrektywy Rady 93/13/EWG

Mariusz Korpalski, Wiktoria Nowak

KOMENTARZE PRAKTYCZNE

Wolters Kluwer

Szkoda jako przesłanka odpowiedzialności odszkodowawczej członka zarządu za doprowadzenie do przedawnienia wierzytelności spółki kapitałowej

Słowa kluczowe: odpowiedzialność odszkodowawcza, metoda dyferencyjna, spółka kapitałowa, członek zarządu, przedawnienie wierzytelności

Problematyka sposobu rozumienia szkody jako przesłanki odpowiedzialności odszkodowawczej członka zarządu spółki kapitałowej w związku z doprowadzeniem do przedawnienia wierzytelności przysługującej spółce stała się przedmiotem rozważań Sądu Najwyższego w uzasadnieniu wyroku z 9.02.2018 r., I CSK 246/17¹. W ocenie Sądu Najwyższego w przypadku przedawnienia wierzytelności przysługującej spółce istnieje tylko prawdopodobieństwo, że taka szkoda może powstać, brak wobec tego koniecznej przesłanki, od której zależy uznanie, że członek zarządu ponosi odpowiedzialność. Tego stanowiska nie sposób jednak podzielić z uwagi na założenia metody dyferencyjnej ustalania rozmiaru szkody w prawie cywilnym oraz konieczność respektowania zasady aktualności orzeczenia (art. 316 § 1 Kodeksu postępowania cywilnego²). Krytykowane stanowisko nie uwzględnia zwłaszcza okoliczności, że w związku z doprowadzeniem do przedawnienia wierzytelności doszło już do efektywnego wyrządzenia spółce szkody (w postaci spadku wartości tej wierzytelności), nie zaś tylko do prawdopodobieństwa zaistnienia uszczerbku w przyszłości. W artykule przeprowadzono polemikę ze stanowiskiem utożsamiającym przedawnienie roszczenia spółki wobec osoby trzeciej jedynie z prawdopodobieństwem zaistnienia szkody, z perspektywy założeń metody dyferencyjnej. Rozważono także potencjalne mankamenty prezentowanej koncepcji konkurencyjnej zakładającej, że mamy w tym przypadku do czynienia z zaistniałą już szkodą rzeczywistą. Wskazano również na systemowe znaczenie omawianego zagadnienia z punktu widzenia całego prawa prywatnego oraz na możliwość uogólnienia prezentowanych tez.

I. Wprowadzenie

Szkoda stanowi niewątpliwie jedno z centralnych pojęć nauki i praktyki szeroko rozumianego prawa cywilnego. Pomimo niezliczonych wypowiedzi przedstawicieli nauki prawa i judykatury sposób ujmowania tego pojęcia jest daleki od jednolitości, a praktyka obrotu dostarcza nieustannie nowych problemów wymagających pogłębionej refleksji. Jednym z takich zagadnień jest kwestia sposobu rozumienia szkody jako przesłanki odpowiedzialności

odszkodowawczej członka zarządu spółki z o.o. na podstawie art. 293 Kodeksu spółek handlowych³ (obok szczególnie rozumianego bezprawnego działania lub zaniechania i domniemanego zawinienia oraz związku przyczynowego) w związku z doprowadzeniem do przedawnienia wierzytelności przysługującej spółce. Problem ten stał się przedmiotem zainteresowania Sądu Najwyższego w związku z wydaniem wyroku z 9.02.2018 r., I CSK 246/17. W ocenie Sądu Najwyższego w przypadku przedawnienia wierzytelności przysługującej spółce istnieje tylko prawdopodobieństwo, że taka szkoda może powstać, brak wobec tego koniecznej przesłanki, od której zależy uznanie,

¹ LEX nr 2483686.

² Ustawa z 17.11.1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. z 2024 r. poz. 1568).

³ Ustawa z 15.09.2000 r. – Kodeks spółek handlowych (Dz.U. z 2024 r. poz. 18 ze zm.) – dalej k.s.h.



iz członek zarządu ponosi odpowiedzialność. Nie podzielam tego stanowiska i uważam, że nakreślone zagadnienie wymaga odmiennego ujęcia.

Jedynie na marginesie należy zauważyć, że – *de lege derogata* – na pełną aprobatę zasługiwało natomiast powiązanie przez Sąd Najwyższy przesłanki „sprzeczności z prawem lub postanowieniami umowy spółki” z naruszeniem ogólnego obowiązku, o którym mowa w art. 201 k.s.h.⁴, czym stanowisko to wpisało się w trafne, szerokie ujęcie tej przesłanki na gruncie norm statuujących odpowiedzialność funkcjonariuszy spółek kapitałowych, które już przed zmianami legislacyjnymi, zmierzającymi do skodyfikowania zasady biznesowej oceny sytuacji, w sposób zauważalny torowało sobie drogę w judykaturze⁵.

Dalsze rozważania koncentrować się będą na kwalifikacji uszczerbku, do jakiego dochodzi na skutek doprowadzenia poszkodowanego do przedawnienia jego roszczenia przysługującego wobec osoby trzeciej. Formalnie rzecz biorąc, ramy niniejszej pracy ograniczają się do kwestii odpowiedzialności członków zarządów spółek kapitałowych na podstawie art. 293 i 483 k.s.h. oraz – odpowiednio (pomimo odmiennego ujęcia przesłanki „bezpprawności” na gruncie regulacji prostej spółki akcyjnej) – art. 300¹²⁵ k.s.h. Nie sposób jednak nie dostrzec szerszego kontekstu prezentowanych rozważań. Poczynione ustalenia będą bowiem aktualne na gruncie całej, szeroko rozumianej cywilistyki, a nawet (pod warunkiem przyjęcia określonych założeń interpretacyjnych) w procesie wykładni norm przynależnych do innych gałęzi prawa. Omawiana problematyka ma zatem doniosłe znaczenie systemowe i w żadnym wypadku nie ogranicza się do materii prawa spółek handlowych.

2. Prezentacja krytykowanego ujęcia

Wyrok Sądu Najwyższego z 9.02.2018 r., I CSK 246/17, zapadł na kanwie stosunkowo nieskomplikowanego stanu faktycznego. Pozwany był jedynym członkiem zarządu powodowej spółki z o.o. Spółka, działając przez pozwanego, zawarła szereg umów, z kontrahentami polskimi i zagranicznymi. W związku z zaniechaniem działań w zakresie dochodzenia wierzytelności, którego dopuścił się zarządca, roszczenia powodowej spółki ulegały z biegiem czasu przedawnieniu. Powodowa spółka wytoczyła przeciwko jednemu członkowi zarządu powództwo o zapłatę na podstawie art. 293 § 1 k.s.h., przy czym

⁴ W ocenie autora niniejszej pracy pomimo zmian legislacyjnych wprowadzonych na mocy ustawy z 9.02.2022 r. o zmianie ustawy – Kodeks spółek handlowych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 807) pogląd ten, wbrew pozorom, również *de lege lata* nadaje się do obrony. Także obecnie przesłankę bezpprawności można bowiem wiązać z naruszeniem ogólnego obowiązku zarządzania spółką, który – w przypadku spółki z o.o. – znajduje podstawę m.in. w art. 201 k.s.h. Wprowadzony art. 209¹ § 1 k.s.h., wbrew często prezentowanym ujęciom, można postrzegać nie jako samoistne źródło jakiegoś, odrębnego od innych, obowiązku działania z należytą starannością, a jedynie jako określenie sposobu wykonania wszystkich obowiązków wobec spółki (w tym wynikającego m.in. z art. 201 k.s.h. ogólnego obowiązku zarządzania spółką). Problematyka ta nie dotyczy jednak bezpośrednio przedmiotu niniejszego opracowania i nie zostanie tu szerzej rozwinięta.

⁵ Zob. zwłaszcza wyrok SN z 24.07.2014 r., II CSK 627/13, OSNC-ZD 2015/4, poz. 61.

jedno z dochodzonych roszczeń dotyczyło właśnie kwoty odpowiadającej sumie przedawnionych pretensji powodowej spółki wobec jej kontrahentów. Sąd I instancji częściowo uwzględnił powództwo. Jeden z zarzutów apelacji wywiedzionej przez pozwanego członka zarządu dotyczył naruszenia art. 361 Kodeksu cywilnego⁶. Pozwany wskazał na naruszenie polegające na niewłaściwym zastosowaniu przepisu przez uznanie, że pozwany zobowiązany jest do odszkodowania za zaniechanie dochodzenia należności od kontrahentów spółki, w sytuacji gdy w następstwie jego zachowania nie powstała szkoda, za którą pozwany powinien ponosić odpowiedzialność, gdyż samo przedawnienie się roszczeń nie powoduje szkody w majątku powódki. Obie apelacje (w tym pozwanego) zostały jednak oddalone.

W istotnym z punktu widzenia niniejszych rozważań zakresie sąd II instancji wskazał: „Zobowiązanie na skutek przedawnienia przekształca się w naturalne. W świetle art. 117 § 2 k.c. po upływie terminu przedawnienia ten, przeciwko komu przysługuje roszczenie, może uchylić się od jego zaspokojenia. Roszczenia, które uległy przedawnieniu, przysługiwały wobec spółek – podmiotów profesjonalnych. Żaden z nich nie wyraził woli uregulowania należności. Biorąc przy tym pod uwagę to, jak dawno wierzytelności te stały się wymagalne, uznać należy, że wielce prawdopodobnym jest, iż jednym z głównych argumentów podmiotów odpowiedzialnych za uregulowanie faktur – w przypadku ewentualnego procesu byłby zarzut przedawnienia”.

Przytoczone ujęcie spotkało się z dezaprobatą Sądu Najwyższego rozpoznającego skargę kasacyjną od wyroku sądu II instancji. W ocenie Sądu Najwyższego: „Dopóki istnieją roszczenia powodowej spółki nie można zakładać, jak to uczynił Sąd Apelacyjny, że skoro wierzytelności te stały się dawno wymagalne, to wielce prawdopodobne jest, iż dłużnicy powódki, którzy jako przedsiębiorcy są profesjonalistami, w przypadku ewentualnego procesu, podnieśliby zarzut przedawnienia. Szkodą jest tylko istniejący uszczerbek w majątku powódki, a nie prawdopodobieństwo jego poniesienia [...]. W sytuacji, gdy istnieje tylko prawdopodobieństwo, że taka szkoda może powstać, brak wobec tego koniecznej przesłanki, od której zależy uznanie, że członek zarządu ponosi odpowiedzialność”.

3. Krytyka stanowiska utożsamiającego przedawnienie roszczenia spółki wobec osoby trzeciej ze szkodą potencjalną w majątku spółki

W mojej ocenie wyżej zaprezentowane twierdzenia wymagają polemiki. Istotne jest przy tym, że argumentacja sformułowana w uzasadnieniu wyroku sądu II instancji

⁶ Ustawa z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (obecnie Dz.U. z 2024 r. poz. 1061 ze zm.) – dalej k.c.

– choć przeciwna wobec później wyrażonego zapatrywania Sądu Najwyższego i prowadząca ostatecznie do trafnej konkluzji – również nie zasługuje na pełną aprobatę. W istocie, oba stanowiska w sposób nietrafny w pełni wiążą los wierzytelności spółki wobec jej dłużników z rozstrzygnięciem wobec członka zarządu związanym z doprowadzeniem do przedawnienia ww. wierzytelności i przywiązują nadmierną wagę do prawdopodobieństwa nastąpienia zdarzenia przyszłego. Powyższe prowadzi Sąd Najwyższy do stwierdzenia, że skoro wierzytelność spółki wobec jej wierzycieli nie wygasła, to ciągle znajduje się w majątku spółki, w związku z czym szkoda nie zaistniała, zaś sąd II instancji do twierdzenia, że szkoda już zaistniała, gdyż „wielce prawdopodobne” jest podniesienie przez dłużników spółki zarzutu przedawnienia. Przeciwno obu ujęciom przemawiają istotne argumenty dogmatycznoprawne, a także funkcjonalno-ekonomiczne.

Na gruncie dogmatycznym należy wskazać, że zwłaszcza zaprezentowane stanowisko Sądu Najwyższego pomija pewną – zdawałoby się – oczywistą i niebudzącą wątpliwości kwestię. Otóż roszczenie jest składnikiem majątku spółki, który ma swoją wartość ekonomiczną. Ta wartość jest oczywiście zmienna w czasie, ale możliwe (przynajmniej teoretycznie) jest każdorazowo jej ustalenie, także na moment zamknięcia rozprawy (art. 316 § 1 k.p.c.).

Spółka kapitałowa prowadząca działalność gospodarczą posiada zwykle określone mienie (art. 44 k.c.). Oczywiście jest, że na mienie składają się m.in. prawa skuteczne wobec poszczególnych dłużników (*inter partes*), na podstawie których spółka może się domagać od określonego podmiotu spełnienia konkretnego świadczenia (np. zapłaty pewnej kwoty). Wierzytelność spółki jest więc składnikiem mienia, aktywem w jej majątku, a rzeczywista wartość tego aktywa jest każdorazowo uzależniona od licznych czynników (zwłaszcza sytuacji ekonomicznej kontrahenta i związanej z tym płynności, zabezpieczenia danej wierzytelności, tego, czy ma ona charakter wierzytelności spornej, przyszłej, warunkowej lub takiej, której realizacja jest uzależniona od spełnienia świadczenia wzajemnego, a jeśli tak, to czy świadczenie to już zostało spełnione lub czy spółka będzie w stanie spełnić je we właściwym czasie, okoliczności, czy możliwe jest dochodzenie danej wierzytelności przed sądem itp.). O tym, że wierzytelność ma swoją wartość ekonomiczną (przy czym wartość ta nie musi odpowiadać – i zwykle nie odpowiada – jej wartości „nominalnej”, tj. kwocie, na którą dana wierzytelność opiewa) – a często wręcz rynkową – przekonują zjawiska ekonomicznoprawne, takie jak choćby factoring⁷, cesja wierzytelności na zabezpieczenie⁸ czy zakaz podmiany aportu (także w postaci wierzytelności).

7 Jak wskazano w piśmiennictwie: „Konstrukcja factoringu opiera się na możliwości gospodarczego wykorzystania wierzytelności, która – reprezentując określoną wartość majątkową – może w pewnych sytuacjach stać się surogatem pieniądza” – M. Litwińska-Werner [w:] *Prawo handlowe dla studentów i praktyków*, red. J. Okolski, M. Modrzejewska, Warszawa 2022, s. 921. Jedynie dla porządku należy dodać, że gdyby wspomniana wartość majątkowa danej wierzytelności była równa kwocie, której wierzytelność dotyczy, to factoring nie miałby jakiegokolwiek sensu ekonomicznego. Można wręcz postawić tezę, że różnica ta stanowi *ratio* factoringu.

8 W literaturze wprost wskazano, że przed przyjęciem zabezpieczenia w formie przelewu wierzytelności cesjonariusz powinien przeprowadzić analizę wierzytelności polegającą na oszacowaniu jej wartości, ocenie jej stanu prawnego oraz ocenie możliwości jej realizacji, zaś wierzytelność będąca przedmiotem takiego przelewu powinna być m.in. nieprzedawniona; zob. I. Heropolitańska, *Prawne zabezpieczenie zapłaty wierzytelności*, Warszawa 2023, s. 241.

Nie sposób – w mojej ocenie – przyjąć, że wierzytelność o zapłatę kwoty X zawsze stanowi w majątku danego podmiotu (tu spółki) aktywo równe jej wartości „nominalnej” X. Przecież zupełnie inaczej należy ocenić wartość wierzytelności o zapłatę pewnej kwoty, gdy będzie to wierzytelność bezsporna, wymagalna, przysługująca wobec podmiotu o stabilnej i ugruntowanej pozycji na rynku i w końcu taka, wobec której nie powstały jeszcze warunki do podniesienia zarzutu przedawnienia, inaczej zaś wierzytelności o zapłatę tej samej kwoty przysługującej wobec niewypłacalnego kontrahenta, który kwestionuje jej zasadność i któremu, w dodatku, przysługuje zarzut przedawnienia. Z punktu widzenia przeciętnego uczestnika obrotu gospodarczego, będącego potencjalnym nabywcą wierzytelności, z pewnością nie jest obojętne, czy nabywa wierzytelność nieprzeterminowaną, czy też taką, co do której zrealizowały się przesłanki do podniesienia zarzutu przedawnienia. Niejednokrotnie może się wręcz okazać, że wierzytelność o zapłatę nawet dużej sumy, co do której powstała możliwość podniesienia zarzutu przedawnienia, jest niewiele warta (lub zupełnie nic). Jest to nawet sytuacja typowa. Na ten stan rzeczy wpływa oczywiście prawdopodobieństwo podniesienia zarzutu przedawnienia przez dłużnika – im jest ono wyższe, tym ekonomiczna wartość wierzytelności jest niższa. W tym jedynie zakresie należy odnieść się do kategorii prawdopodobieństwa podniesienia zarzutu przedawnienia.

W nowoczesnej cywilistyce, w procesie ustalania wysokości szkody, wykorzystuje się metodę dyferencyjną, co zasługuje na pełną aprobatę. Polega ona – w największym skrócie – na uchwyceniu różnicy między stanem majątku poszkodowanego z chwili zamknięcia rozprawy w sytuacji, w której zaistniało zdarzenie szkodzące, oraz w takiej – hipotetycznej – sytuacji, w której to zdarzenie nie miało miejsca⁹. W piśmiennictwie wskazuje się przy tym, że te „stany dotyczą całokształtu sytuacji konkretnego poszkodowanego. W braku odmiennej regulacji nie jest dopuszczalne ograniczanie analizy do dóbr bezpośrednio dotkniętych zdarzeniem szkodzącym”¹⁰.

Skoro zatem w wyniku zdarzenia szkodzącego, którym jest pasywność członka zarządu w dochodzeniu roszczeń, prowadząca do zmaterializowania się okoliczności niezbędnych do podniesienia zarzutu przedawnienia, doszło do obniżenia wartości składników majątku spółki w postaci jej roszczeń, to mamy do czynienia ze szkodą aktualną, nie zaś szkodą przyszłą¹¹. Nie można twierdzić,

9 Zob. np. M. Kaliński, *Szkoda na mieniu i jej naprawienie*, Warszawa 2021, s. 184; M. Kaliński [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 6, *Prawo zobowiązań – część ogólna*, red. A. Olejniczak, Warszawa 2014, s. 86 i n.; A. Duży, *Dyferencyjna metoda ustalania wysokości szkody*, „Państwo i Prawo” 1993/10, s. 55 i n.; Z. Radwański, A. Olejniczak, *Zobowiązania – część ogólna*, Warszawa 2012, s. 90; A. Brzozowski, W. Czachórski, M. Safjan, E. Skowrońska-Bocian, *Zobowiązania. Zarys wykładu*, Warszawa 2009, s. 88; A. Szpunar, *Ustalenie odszkodowania w prawie cywilnym*, Warszawa 1975, s. 41 i n.; Z. Banaszczyk [w:] *Kodeks cywilny*, t. 1, *Komentarz. Art. 1–449*¹⁰, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2018, s. 1215; P. Machnikowski [w:] *Zobowiązania*, t. 1, *Przepisy ogólne i powiązane przepisy księgi I KC*, red. P. Machnikowski, Warszawa 2022, s. 1779.

10 M. Kaliński, *Szkoda...*, Warszawa 2021, s. 185, z powołaniem na: T. Pajor, *Odpowiedzialność dłużnika za niewykonanie zobowiązania*, Warszawa 1982, s. 147.

11 W tym kierunku również: Ł. Berak, M. Gil, *Przesłanki odpowiedzialności członka zarządu za szkodę wyrządzoną spółce*, „Ius focus” październik 2019, Legalis; por. stanowisko A. Stokłosy, zdaniem której: „spółka, której wierzytelności uległy przedawnieniu, ponosi realną szkodę. Jest nią uszczerbek w majątku spółki w postaci niepowiększenia aktywów (*in casu*: niezyskania należnego wymagalnego wynagrodzenia



że w wyniku zmniejszenia się wartości ekonomicznej poszczególnych aktywów (tu: wiarytelności – poprzez wykreowanie warunków do podniesienia wobec nich zarzutu przedawnienia) nie doszło do pomniejszenia globalnie ujmowanego majątku spółki, a zatem zaistnienia uszczerbku w jej dobrach prawnie chronionych. Jest to zatem szkoda rzeczywista, nie zaś tylko utrata korzyści, czy – tym bardziej – szkoda przyszła. Obrazowo można powiedzieć, że w momencie zamknięcia rozprawy w majątku spółki znajduje się aktyw, którego wartość – wobec powstania warunków podniesienia przez dłużnika zarzutu przedawnienia – nie wynosi już X, lecz np. 0,1X; w tym wypadku rzeczywisty uszczerbek wyniesie 0,9X.

Jest to przy tym szkoda już doznana, która zachodzi na moment zamknięcia rozprawy (art. 316 § 1 k.p.c.)¹². Artykuł 363 § 2 k.c. wskazuje, że wysokość odszkodowania powinna być ustalona według cen z daty ustalenia odszkodowania. Nie powinno budzić wątpliwości, że skoro zasądzając odszkodowanie, należy stosować ceny z daty jego ustalania, to również ten sam moment musi być relevantny dla ustalenia rozmiaru uszczerbku w dobrach i interesach prawnie chronionych, ustalenie rozmiaru uszczerbku poprzedza bowiem logicznie ustalenie odszkodowania zasądzanego w związku z tym uszczerbkiem¹³.

Omawiana szkoda nie ma zwłaszcza charakteru szkody przyszłej, która rzekomo miałaby nastąpić w majątku spółki dopiero z chwilą podniesienia przez dłużnika zarzutu przedawnienia¹⁴. Z tego punktu widzenia jest okolicznością zupełnie irrelevantną, czy po zamknięciu rozprawy w sprawie przeciwko członkowi zarządu dojdzie, czy też nie dojdzie do podniesienia zarzutu przedawnienia przez dłużnika przedawnionej wiarytelności wobec spółki, w momencie wyrokowania o odszkodowaniu (art. 316 § 1 k.p.c.) należnym spółce od członka zarządu w majątku poszkodowanej spółki istniał bowiem

określony uszczerbek i żadne późniejsze fakty nie są w stanie tej okoliczności zmienić. Jedynie sytuacja, w której przed zamknięciem rozprawy w sprawie z powództwa spółki przeciwko członkowi zarządu doszłoby do spełnienia przedawnionego świadczenia (lub zrzeczenia się korzystania z zarzutu przedawnienia), okoliczność tę należałoby uwzględnić i powództwo oddalić z uwagi na brak uszczerbku po stronie spółki w dacie wyrokowania. Można wyobrazić sobie sytuację, w której dłużnik i spółka przed wyrokowaniem o odszkodowaniu należnym spółce od członka zarządu w zamian za zrzeczenie się korzystania z zarzutu przedawnienia przez dłużnika otrzymaliby częściowe zwolnienie z długu. W takiej sytuacji wysokość roszczenia spółki wobec członka zarządu ograniczyłaby się do wysokości odpowiadającej różnicy kwoty stanowiącej pierwotnie określoną szkodę oraz kwoty otrzymanej w zamian za dokonane zwolnienie.

W związku z zaprezentowaną perspektywą, jak już wcześniej wspomniano, nie do końca można się zgodzić z poglądem sądu II instancji, który pomimo że trafnie uznał, iż szkoda została wyrządzona, to zbyt dużą wagę przywiązał do twierdzenia o prawdopodobieństwie podniesienia zarzutu przedawnienia w przyszłości. Stanowisko to koncentruje się na okoliczności przyszłej i nie uwzględnia w dostatecznym stopniu, że spadek wartości aktywa już zaistniał. Stopień prawdopodobieństwa podniesienia zarzutu przedawnienia może mieć „jedynie” wpływ na wysokość doznanego uszczerbku (tj. spadku wartości wiarytelności na moment zamknięcia rozprawy).

Należy nadmienić, że za przedstawionym w niniejszej pracy kierunkiem wykładni przemawiają racje natury funkcjonalnej. Konsekwencją stanowiska zakładającego, że w przypadku doprowadzenia przez członka zarządu do przedawnienia wiarytelności spółki mamy do czynienia jedynie ze szkodą przyszłą, która niejako „zmaterializuje” się w szkodę rzeczywistą dopiero z chwilą podniesienia przez dłużnika stosownego zarzutu, jest konieczność prowadzenia przez spółkę (często długotrwałego) procesu przeciwko dłużnikowi tylko po to, by ten w jego toku mógł podnieść zarzut przedawnienia. Zmusza to zatem spółkę do prowadzenia procesu z góry skazanego na porażkę, po to tylko, by otrzymać wyrok oddalający powództwo, co niepotrzebnie angażuje organy wymiaru sprawiedliwości, a tym samym przyczynia się do przedłużania czasu rozpoznania innych spraw.

Zasygnalizowania i rozważenia wymagają jednak również swoiste mankamenty zaproponowanej w niniejszej pracy wykładni. Po pierwsze, problematyczne może okazać się ustalenie rozmiaru szkody w postaci obniżenia wartości wiarytelności przysługującej spółce w związku z upływem terminu jej przedawnienia. Po drugie zaś, problem może stanowić – jak się wydaje, raczej teoretyczna – sytuacja, w której spółka uzyskuje od członka zarządu najpierw odszkodowanie, następnie zaś – w wyniku braku podniesienia zarzutu przedawnienia przez dłużnika – otrzymuje od niego zapłatę przedawnionej wiarytelności.

Wydaje się, że pierwsza sytuacja nie jest w procesie cywilnym niczym na tyle szczególnym, by należało zrezygnować z proponowanego rozumowania. Ewentualne

za wykonane usługi” – A. Stokłosa, *Odpowiedzialność członka zarządu spółki z o.o. – glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 9.02.2018 r., I CSK 246/17*, „Glosa” 2019/3, s. 87. Przytoczone stanowisko glosatorki zasługuje na aprobatę w zakresie, w jakim przyjmuje aktualny (nie zaś potencjalny) charakter szkody wywołanej doprowadzeniem do przedawnienia wiarytelności spółki. Nie podzielam jednak przytoczonego poglądu w zakresie, w jakim zakłada, że uszczerbek w majątku spółki jednocześnie ma stanowić „realną” szkodę, lecz ma wyrażać się w uszczerbku polegającym na niepowiększeniu aktywów. Przyjęcie takiego stanowiska nasuwa wątpliwości co do kwalifikacji takiego uszczerbku jako *damnum emergens* (glosatorka pisze bowiem o „szkodzie realnej”) lub *lucrum cessans* („niepowiększenie aktywów”). Tymczasem, w mojej ocenie, uszczerbek, którego dotyczy omawiany wyrok, na moment zamknięcia rozprawy sprowadza się do obniżenia wartości wiarytelności przysługującej spółce (rzeczywistej straty). Trudno twierdzić, że uszczerbkiem w omawianym przypadku jest każdorazowo niepowiększenie aktywów spółki, skoro nie wiadomo, czy w procesie między spółką a jej „pierwotnym” dłużnikiem roszczenie spółki byłoby w ogóle merytorycznie zasadne (z przyczyn niezwiązanych z przedawnieniem). Prezentowane w głosie ujęcie naraża właśnie na zarzut „potencjalnego” charakteru szkody, z uwagi na konieczność odwołania się do wyniku procesu, który w ogóle nie zaistniał (mógłby dopiero zaistnieć w przyszłości). Jeśli bowiem powództwo spółki wobec jej „pierwotnego” dłużnika zostaloby oddalone z innych powodów niż przedawnienie wiarytelności, to między zaniechaniem członka zarządu a oddaleniem powództwa brak byłoby adekwatnego związku przyczynowego (art. 361 § 1 k.c.).

12 Nie budzi większych kontrowersji, że chwilą właściwą dla ustalenia szkody jest data wyrokowania przez sąd; tak np. K. Zagrobelny [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, Warszawa 2023, s. 796; zob. również M. Kaliński, *Szkoda...*, s. 454 i n.

13 Zob. M. Kaliński [w:] *System...*, s. 160 i n. oraz przytoczone tam stanowiska doktryny i judykatury.

14 Tak – nietrafnie – wyrok SN z 9.02.2018 r., I CSK 246/17. Za słuszne należy bowiem uznać stanowisko, zgodnie z którym szkodą obecną jest szkoda istniejąca w dacie wyrokowania, zaś szkodą przyszłą – szkoda powstała po tej dacie; tak – słusznie – M. Kaliński [w:] *System...*, s. 164; zob. również przytoczone tam wypowiedzi T. Dybowskiego i Z. Banaszyka.

trudności procesowe w ustaleniu wysokości odszkodowania nie powinny prowadzić do odstąpienia od sposobu wykładni, która wydaje się poprawna na gruncie dogmatycznym, a także znajduje uzasadnienie funkcjonalne. Sąd, jak w każdym innym procesie, dysponuje narzędziami ustalenia wysokości odszkodowania. W tym celu konieczne jest ustalenie (na chwilę zamknięcia rozprawy): 1) wartości wierzytelności, co do której możliwe stało się podniesienie zarzutu przedawnienia; 2) wartości tej wierzytelności przy założeniu – *ceteris paribus* – że termin jej przedawnienia jeszcze nie upłynął¹⁵. Nie oznacza to w szczególności konfrontacji wartości ekonomicznej przedawnionej wierzytelności z jej wartością nominalną. Jak bowiem wspomniano, wartość aktywa, jakim jest wierzytelność, kształtują rozmaite okoliczności i hipoteza dyferencyjna powinna (możliwie) wszystkie je uwzględniać. Tytułem przykładu można wskazać sytuację, w której wierzytelność także przed upływem terminu przedawnienia była warta znacznie mniej, niż wynosi jej wartość nominalna (np. ze względu na to, że przysługuje wobec dłużnika, który nie ma żadnego majątku). W takim wypadku uszczerbek nie będzie stanowił prostej różnicy między wartością nominalną wierzytelności a jej wartością rzeczywistą po upływie terminu przedawnienia, lecz różnicę pomiędzy jej wartością rzeczywistą przy założeniu nastąpienia zdarzenia szkodzącego oraz przy braku nastąpienia tego zdarzenia. Sąd, ustalając te wartości, może w szczególności posiłkować się opinią biegłego z zakresu analizy ekonomicznej (art. 278 k.p.c.). Szerokie zastosowanie może znaleźć również art. 322 k.p.c., umożliwiający sądowi zasądzenie „odpowiedniej sumy” według jego oceny, w sytuacji gdy ścisłe ustalenie wysokości roszczenia jest niemożliwe, nader utrudnione lub oczywiście niecelowe¹⁶.

Więcej wątpliwości może przysporzyć rozwiązanie drugiego z zarysowanych problemów. Sytuacja, w której spółka najpierw otrzymuje odszkodowanie od członka zarządu, w związku z doprowadzeniem do przedawnienia przysługującej jej wierzytelności, zaś następnie otrzymuje „taką samą” kwotę od dłużnika, finalnie niekorzystającego z zarzutu przedawnienia, może rodzić wątpliwości aksjologiczne, co zapewne nie pozostało bez wpływu na stanowisko Sądu Najwyższego. Wydaje się, że prawomocny wyrok odszkodowawczy wydany przeciwko członkowi zarządu (o ile zapadnie przed zapłatą przedawnionego roszczenia przez dłużnika) będzie najzupełniej prawidłowy. Oczywiście, w sprawie przeciwko członkowi zarządu nie wchodzi w grę żadna z podstaw wznowienia postępowania. Rozważyć można, czy członkowi zarządu przysługiwałoby

względem spółki roszczenie kondykcyjne w związku z ewentualnym odpadnięciem podstawy świadczenia. Problem w tym, że podstawą prawną świadczenia stanowiłby prawidłowy, znajdujący się w obrocie prawomocny wyrok. Mielibyśmy zatem do czynienia nie z odpadnięciem podstawy prawnej, lecz ekonomicznej przysporzenia, co jednak nie uzasadnia w żadnym stopniu konstruowania roszczenia kondykcyjnego, dopóki znajduje ono oparcie w prawomocnym wyroku¹⁷. Choć można byłoby twierdzić, że w związku ze spełnieniem przedawnionego świadczenia przez kontrahenta spółki doszło do zdarzenia, które w relacji spółka – członek zarządu mogłoby być rozpatrywane w kategoriach *causae supervenientis* prowadzącej do częściowej dezaktualizacji powagi rzeczy osądzonej (art. 366 k.p.c.)¹⁸, to jednak wydaje się, że po prostu brak jakiegokolwiek podstawy prawnej, na podstawie której członek zarządu mógłby konstruować roszczenie wobec spółki o zwrot świadczenia odszkodowawczego spełnionego w wykonaniu prawomocnego wyroku. Wydaje się jedynie, że nie można z góry wykluczyć sytuacji, w której członek zarządu mógłby dochodzić roszczeń na zasadach ogólnych (np. w przypadku udowodnienia zmywu pomiędzy spółką a jej kontrahentem, w wyniku której doszło do wykreowania wierzytelności w tajemnicy przed danym członkiem zarządu, następnie do jej przedawnienia, zasądzenia odszkodowania od członka zarządu na rzecz spółki w związku z dopuszczeniem do przedawnienia).

Gdyby świadczenie odszkodowawcze należne spółce od członka zarządu nie zostało jeszcze w całości wyegzekwowane, należy rozważyć dopuszczalność wytoczenia powództwa opozycyjnego na podstawie art. 840 § 1 pkt 2 k.p.c. W orzecznictwie Sądu Najwyższego wskazano, że zdarzeniem, na którym można oprzeć powództwo opozycyjne, może być nadużycie prawa podmiotowego (art. 5 k.c.) polegające na wykorzystaniu środków przymusu egzekucyjnego do realizacji roszczenia¹⁹. Niewątpliwie w takich kategoriach można byłoby postrzegać zachowanie spółki, która dążyłaby do wyegzekwowania świadczenia odszkodowawczego od członka zarządu, pomimo że uzyskałaby zapłatę przedawnionego długu od kontrahenta. W ostatnim czasie Sąd Najwyższy przyjął jednak – z czym należy się zgodzić – że art. 5 k.c. nie może stanowić samodzielnej podstawy powództwa opozycyjnego, gdyż nie można na podstawie tej normy doprowadzić do trwałego pozbawienia wykonalności tytułu wykonawczego²⁰.

Można natomiast twierdzić, że na skutek zdarzenia zewnętrznego wobec układu procesowego członek zarządu – spółka, tj. zachowania osoby trzeciej (dłużnika przedawnionej wierzytelności) w postaci spełnienia świadczenia (względnie zrzeczenia się zarzutu przedawnienia wobec spółki), doszło (na moment zamknięcia rozprawy w sprawie z powództwa opozycyjnego) w majątku spółki do dezaktualizacji uszczerbku wywołanego zaniechaniem członka zarządu. Skoro bowiem po zamknięciu rozprawy

15 Używając ogólnego określenia „wartość”, mam w tym miejscu na myśli wartość rzeczywistą, jaką dana wierzytelność reprezentuje faktycznie w majątku spółki. Nie chodzi tu – co oczywiste – o wartość nominalną ani też o formalnie rozumianą wartość bilansową. Wydaje się, że nie zawsze musi to być nawet wartość rynkowa, nie w każdym bowiem miejscu i czasie można mówić o istnieniu „ryнку” wierzytelności danego rodzaju.

16 O zastosowaniu mechanizmu przewidzianego w art. 322 k.p.c. do ustalania wysokości szkody zob. zwłaszcza M. Kaliński, *Szkoda...*, s. 489. Należy nadmienić, że w związku z nowelą dokonaną na mocy ustawy z 4.07.2019 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 1469), która weszła w życie 7.11.2019 r., katalog sytuacji, w których można sięgnąć po mechanizm z art. 322 k.p.c., uległ rozszerzeniu o przesłankę „oczywistej niecelowości” ścisłego udowodnienia szkody; zob. M. Zaliszko [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz do ustawy z 4.7.2019 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw*, red. J. Gólczyński, D. Szostak, Warszawa 2019, s. 218.

17 Zob. W. Dubis [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, Warszawa 2023, s. 921 i n.

18 Zob. w orzecznictwie na temat pojęcia *causa superveniens* – w użytych tu znaczeniu procesualistycznym – wyrok SN z 21.04.2015 r., II PK 147/14, LEX nr 1730702.

19 Wyrok SN z 22.06.2018 r., II CSK 539/17, OSNC-ZD 2019/3, poz. 37.

20 Postanowienie SN z 13.02.2019 r., V CSK 353/18, LEX nr 2619294.



zaistniało zdarzenie, w związku z którym nie istnieje już szkoda i nie istnieje już następstwo bezprawnego zaniechania członka zarządu, to wydaje się, że nie ma przeszkód, by przyczynę tego stanu rzeczy (np. spełnienie przedawnionego świadczenia przez dłużnika spółki) traktować jako podstawę powództwa opozycyjnego, o której mowa w art. 840 § 1 pkt 2 k.p.c.²¹ Zachowanie dłużnika przedawnionej wierzytelności można by więc postrzegać jako wspomnianą *causam superveniens* względem prawomocnego wyroku wobec członka zarządu. Należy jednak pamiętać, że powództwo egzekucyjne ma z natury rzeczy określone ramy czasowe, tj. zasadniczo może zostać wytoczone od momentu nadania tytułowi egzekucyjnemu klauzuli wykonalności aż do wyegzekwowania całego świadczenia²². Po wyegzekwowaniu wierzytelności w grę wchodziłoby jedynie ewentualne roszczenie odszkodowawcze na zasadach ogólnych. Dla porządku należy dodać, że omawiany problem nie powstałby oczywiście w przypadku spełnienia przez dłużnika spółki przedawnionego roszczenia przed dniem zamknięcia rozprawy w sprawie z powództwa spółki przeciwko członkowi zarządu (co dotyczy wszystkich instancji). W takiej sytuacji powództwo przeciwko zarządcy powinno po prostu zostać oddalone ze względu na to, że w momencie wyrokowania nie istniałby już w majątku spółki uszczerbek podlegający indemnizacji.

4. Podsumowanie

Ostatnio omówione trudności, pojawiające się w toku rozwiązywania problemu będącego przedmiotem niniejszego opracowania, są z pewnością najbardziej dyskusyjnym elementem zaprezentowanej koncepcji. Nie wydaje się jednak, by występowanie zarysowanych trudności interpretacyjnych stanowiło argument decydujący o konieczności odstąpienia od zaproponowanej wykładni. Swoista dynamika ujęcia szkody jest wpisana w metodę dyferencyjną. Ta cecha jest jednak charakterystyczna dla różnych przejawów szkody, choćby tzw. szkody giełdowej, co wiąże się oczywiście z wahaniami cen walerów giełdowych²³, czy przypadku szkody na osobie, w którym z biegiem czasu ujawniają się kolejne następstwa zdarzenia szkodzącego. Nie jest to więc w żadnym razie powód, by odstąpić od ustalania wysokości szkody na moment wyrokowania (art. 316 § 1 k.p.c.) i pominąć oczywistą okoliczność, że – co do zasady – wierzytelność przedawniona nie stanowi aktywa o tej samej wartości co „ta sama” wierzytelność, która przedawniona nie jest. Granicę między szkodą aktualną a szkodą przyszłą każdorazowo musi wyznaczać moment wyrokowania²⁴.

Nie należy również zapominać, że rozważana kontrowersyjna sytuacja, w której najpierw dochodzi do uwzględnienia roszczenia przeciwko członkowi zarządu, w związku z dopuszczeniem przez niego do przedawnienia wierzytelności przysługującej spółce względem jej dłużnika, następnie zaś do spełnienia przedawnionego świadczenia na rzecz spółki ma, jak się wydaje, charakter zupełnie wyjątkowy i – zakładając brak zmywy spółki z jej dłużnikiem – raczej teoretyczny. W przypadku zaś istnienia tego rodzaju zmywy, jak już była o tym mowa, członek zarządu mógłby dochodzić roszczeń przeciwko spółce i jej dłużnikowi na podstawie art. 415 k.c. W sytuacji zaś gdy do spełnienia przedawnionego świadczenia doszłoby przed wyegzekwowaniem świadczenia odszkodowawczego należnego od członka zarządu, mógłby on poszukiwać ochrony prawnej w drodze powództwa opozycyjnego.

Zaprezentowany sposób wykładni ma natomiast istotny walor praktyczny, gdyż nie naraża spółki na konieczność prowadzenia procesu przeciwko dłużnikowi przedawnionej wierzytelności tylko po to, by w jego toku mógł on podnieść zarzut przedawnienia.

Jak zasygnalizowano na wstępie, czynione uwagi znajdują odpowiednie zastosowanie w przypadku odpowiedzialności innych funkcjonariuszy spółek kapitałowych (członków rad nadzorczych, likwidatorów, a w przypadku prostej spółki akcyjnej – osób wchodzących w skład rady dyrektorów), jak również znacznie szerzej, w obszarze całej cywilistyki – w każdej sytuacji, w której jakiś podmiot sprawuje zarząd nad czymś majątkiem lub prowadzi jego sprawy. Dotyczy to choćby odpowiedzialności syndyka masy upadłości, zarządcy masy sanacyjnej lub układowej, pełnomocnika, w tym prokurenta, jak również pełnomocnika procesowego, opiekuna, kuratora czy np. członków organów fundacji rodzinnej. Dla porządku warto dodać, że zaprezentowane rozważania należy odpowiednio odnosić również do wierzytelności, w przypadku której sąd bierze pod uwagę przedawnienie z urzędu²⁵. Co więcej, w przypadku przyjęcia na gruncie prawa karnego gospodarczego rozpowszechnionej reguły interpretacyjnej sprowadzającej się do akceptacji tzw. pełnej zależności znaczeniowej²⁶ prezentowane spostrzeżenia byłyby również aktualne w sferze dogmatyki prawa karnego (zwłaszcza w procesie wykładni norm wyrażonych w art. 296 Kodeksu karnego²⁷, w których stypizowano różne odmiany przestępstwa nadużycia zaufania). Ostatnio wspomniana problematyka wymaga jednak odrębnego, pogłębionego opracowania. Nie ulega zatem wątpliwości, że omawiane zagadnienie szkody ma znaczenie ogólnosystemowe i dalece wykracza poza materię prawa spółek handlowych, sięgając do rudymenarnych konstrukcji prawa zobowiązań.

21 Zob. przykładowy katalog zdarzeń, o których mowa w art. 840 § 1 pkt 2 k.p.c., który zaprezentował T. Zyznowski [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. 4, *Artykuły 730–1088*, red. T. Wiśniewski, Warszawa 2021, s. 451 i n.

22 Tak, trafnie, H. Pietrzkowski, *Metodyka pracy sędziego w sprawach cywilnych*, Warszawa 2021, s. 397.

23 Zob. zwłaszcza K. Zacharzewski, *Prawo giełdowe*, Warszawa 2019, s. 439 i n.; K. Zacharzewski, *Szkoda giełdowa i jej naprawienie*, Warszawa 2021, s. 95 i n.

24 Tak – słusznie – M. Kaliński [w:] *System...*, s. 164; zob. również przytoczone tam wypowiedzi T. Dybowskiego i Z. Banaszyka.

25 Por. art. 117 § 2¹ k.c. Przekonuje o tym choćby margines oceny przewidziany przez art. 117¹ § 1 i 2 k.c.

26 Zob. S. Żółtek, *Analiza przestępstw gospodarczych przez odwołanie się do regulacji prywatnoprawnych*, „Przebieg Sądowy” 2007/11–12, s. 145; P. Kardas, *Glosa do uchwały Izby Karnej Sądu Najwyższego z dnia 21.06.1995 r.*, I KZP 22/95, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 1997/1, s. 117.

27 Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 2024 r. poz. 17 ze zm.).

Abstract**Dawid Buszmał**

The author is an attorney at law in Poland
(ORCID: <https://orcid.org/0009-0005-9620-284X>).

Loss as a Condition for Liability in Damages Borne by a Management Board Member for Allowing a Company's Debt Claim to Become Time-Barred

Keywords: liability in damages, differential method, company, management board member, debt claim becoming time-barred

The question of how loss is understood as a condition for liability in damages of a company management board member in connection with allowing the company's debt claim to become time-barred became the subject of the Supreme Court's considerations in the reasons for its judgment of 9 February 2018, I CSK 246/17. According to the Supreme Court, in case of time-barring of a debt claim of the company there is only a likelihood that such a loss may arise, so the necessary condition is not met for recognition that the management board member is liable. But it by no means possible to share this view due to the assumptions underpinning the differential method for determining the amount of loss in civil law and the need to respect the principle that judgments should reflect the current state of affairs – facts and laws (Article 316(1) of the Code of Civil Procedure). In particular, the criticised view does not take into account the fact that as a result of allowing a debt claim to become time-barred an effective loss has already arisen for the company (in the form of a decrease in such a debt claim's value), rather than it being only likely that a depletion will happen in the future. The article contains a polemic with the view which puts an equals sign between limitation of the company's claim against a third party and just a likelihood of loss, from the point of view of assumptions of the differential method. It also considers the potential drawbacks of the competing view presented here, which assumes that in this case an actual loss has already arisen. The systemic importance of the discussed issue is flagged from the point of view of private law as a whole, while the generalizability of the presented propositions is indicated.

Bibliografia/References

Banaszczyk Z. [w:] *Kodeks cywilny*, t. 1, *Komentarz. Art. 1–449*¹⁰, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2018.
Berak Ł., Gil M., *Przesłanki odpowiedzialności członka zarządu za szkodę wyrządzoną spółce*, „Ius focus” październik 2019, Legalis.

Brzozowski A., Czachórski W., Safjan M., Skowrońska-Bocian E., *Zobowiązania. Zarys wykładu*, Warszawa 2009.

Dubis W. [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, Warszawa 2023.

Duży A., *Dyferencyjna metoda ustalania wysokości szkody*, „Państwo i Prawo” 1993/10.

Heropolitańska I., *Prawne zabezpieczenia zapłaty wierzytelności*, Warszawa 2023.

Kaliński M. [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 6, *Prawo zobowiązań – część ogólna*, red. A. Olejniczak, Warszawa 2014.

Kaliński M., *Szkoda na mieniu i jej naprawienie*, Warszawa 2021.

Kardas P., *Glosa do uchwały Izby Karnej Sądu Najwyższego z dnia 21.06.1995 r.*, I KZP 22/95, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 1997/1.

Litwińska-Werner M. [w:] *Prawo handlowe dla studentów i praktyków*, red. J. Okolski, M. Modrzejewska, Warszawa 2022.

Machnikowski P. [w:] *Zobowiązania*, t. 1, *Przepisy ogólne i powiązane przepisy księgi I KC*, red. P. Machnikowski, Warszawa 2022.

Pajor T., *Odpowiedzialność dłużnika za niewykonanie zobowiązania*, Warszawa 1982.

Pietrzkowski H., *Metodyka pracy sędziego w sprawach cywilnych*, Warszawa 2021.

Radwański Z., Olejniczak A., *Zobowiązania – część ogólna*, Warszawa 2012.

Stokłosa A., *Odpowiedzialność członka zarządu spółki z o.o. – glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 9.02.2018 r.*, I CSK 246/17, „Glosa” 2019/3.

Szpunar A., *Ustalenie odszkodowania w prawie cywilnym*, Warszawa 1975.

Zacharzewski K., *Prawo giełdowe*, Warszawa 2019.

Zacharzewski K., *Szkoda giełdowa i jej naprawienie*, Warszawa 2021.

Zagrobelny K. [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, Warszawa 2023.

Zalisko M. [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz do ustawy z 4.7.2019 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw*, red. J. Gołaczyński, D. Szostak, Warszawa 2019.

Żółtek S., *Analiza znamion przestępstw gospodarczych przez odwołanie się do regulacji prywatnoprawnych*, „Przeegląd Sądowy” 2007/11–12.

Zyznowski T. [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. 4, *Artykuły 730–1088*, red. T. Wiśniewski, Warszawa 2021.



Tomasz Łuczyński

Autor jest radcą prawnym (ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4428-9710>).

Alternatywny system obrotu w perspektywie systemu obrotu instrumentami finansowymi

Słowa kluczowe: akcje, ASO, bony skarbowe, obligacje, obrót zorganizowany, papiery wartościowe, rynek rozwoju MŚP

Celem artykułu jest analiza i opis prowadzonego na terytorium Polski alternatywnego systemu obrotu (ASO), który umożliwia dokonywanie obrotu instrumentami finansowymi emitowanymi na podstawie właściwych przepisów prawa polskiego lub obcego, z uwzględnieniem specyfiki rodzimych rynków oraz oceny zgodności uregulowań unijnych i polskich.

I. Wprowadzenie

Definicja legalna pojęcia „alternatywny system obrotu” pojawiła się po raz pierwszy w krajowym porządku prawnym wraz z wejściem w życie trzech powiązanych ze sobą funkcjonalnie ustaw z 29.07.2005 r., tworzących trzon architektury prawnej rynku kapitałowego w polskim prawie krajowym. Ustawy o obrocie instrumentami finansowymi¹, o ofercie publicznej², o nadzorze nad rynkiem kapitałowym³ weszły w życie jednocześnie 24.10.2005 r. Miało to związek z wstąpieniem Polski do UE oraz wdrożeniem m.in. dyrektywy 2004/39/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 21.04.2004 r. w sprawie rynków instrumentów finansowych zmieniającej dyrektywę Rady 85/611/EWG i 93/6/EWG i dyrektywę 2000/12/WE Parlamentu Europejskiego i Rady oraz uchylającej dyrektywę Rady 93/22/EWG⁴.

Następnie, w ramach nowelizacji art. 3 pkt 2 u.o.i.f.⁵, która weszła w życie 21.04.2018 r., wprowadzono ustawowy skrót „ASO”, redefiniując niejako pojęcie

pierwotne. To z kolei miało związek z wdrożeniem m.in. dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/65/UE z 15.04.2014 r. w sprawie rynków instrumentów finansowych oraz zmieniającej dyrektywę 2002/92/WE i dyrektywę 2011/61/UE⁶.

W zakresie obrotu instrumentami finansowymi ASO dotyczy wyłącznie instrumentów finansowych w rozumieniu art. 2 ust. 1 u.o.i.f., w tym zwłaszcza papierów wartościowych w rozumieniu ustawy o obrocie instrumentami finansowymi.

Zgodnie z art. 3 pkt 1 u.o.i.f. papierami wartościowymi są akcje, prawa poboru, prawa do akcji, warranty subskrypcyjne, kwity depozytowe, obligacje, listy zastawne, certyfikaty inwestycyjne, bankowe prawa pochodne w rozumieniu przepisów Prawa bankowego⁷ i inne zbywalne papiery wartościowe, w tym inkorporujące prawa majątkowe odpowiadające prawom wynikającym z akcji lub z zaciągnięcia długu, wyemitowane na podstawie właściwych przepisów prawa polskiego lub obcego, a ponadto – jako prawa pochodne odnoszące się do powyższych – inne zbywalne prawa majątkowe, które powstają w wyniku emisji, inkorporujące uprawnienie do nabycia lub objęcia papierów wartościowych lub wykonywane poprzez dokonanie rozliczenia pieniężnego, odnoszące się do papierów wartościowych, walut, stóp procentowych, stóp zwrotu, towarów oraz innych wskaźników lub mierników.

Instrumentami finansowymi, zgodnie z definicją zamieszczoną w art. 2 ust. 1 pkt 1 u.o.i.f., są zaś papiery

1 Ustawa z 29.07.2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi (obecnie Dz.U. z 2024 r. poz. 722) – dalej u.o.i.f.

2 Ustawa z 29.07.2005 r. o ofercie publicznej i warunkach wprowadzania instrumentów finansowych do zorganizowanego systemu obrotu oraz o spółkach publicznych (obecnie Dz.U. z 2024 r. poz. 620) – dalej u.o.p.

3 Ustawa z 29.07.2005 r. o nadzorze nad rynkiem kapitałowym (obecnie Dz.U. z 2024 r. poz. 1161 ze zm.) – dalej u.n.r.k.

4 Dz.Urz. UE L 145, s. 1, ze zm. – dalej dyrektywa MiFID I. Dyrektywa ta (ang. *Markets in Financial Instruments Directive*), harmonizująca funkcjonowanie rynków instrumentów finansowych, jest powszechnie nazywana skrótowo dyrektywą MiFID I, co stanowi określenie branżowe o skali ponadnarodowej. Obowiązywała do 3.01.2018 r.

5 Przepis zmieniony przez art. 1 pkt 3 lit. b ustawy z 1.03.2018 r. o zmianie ustawy o obrocie instrumentami finansowymi oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 685). Zmiana skorelowana była z wprowadzeniem nowej postaci normatywnej systemu obrotu instrumentami finansowymi – zorganizowanej platformy obrotu (OTF), na której transakcje mogą być zawierane w sposób uznaniowy. Służyła więc wyraźniejszemu zróżnicowaniu obydwu postaci normatywnych, czyli ASO i OTF. Powyższe wynika z uzasadnienia projektu ustawy zmieniającej.

6 Dz.Urz. UE L 173, s. 349, ze zm. – dalej dyrektywa MiFID II. Dyrektywa ta (ang. *Markets in Financial Instruments Directive*), harmonizująca funkcjonowanie rynków instrumentów finansowych, jest powszechnie nazywana skrótowo dyrektywą MiFID II, co stanowi określenie branżowe o skali ponadnarodowej. Artykuł 94 dyrektywy MiFID II uchylił przepisy dyrektywy MiFID I ze skutkiem od 3.01.2018 r.

7 Ustawa z 29.08.1997 r. – Prawo bankowe (Dz.U. z 2023 r. poz. 2488 ze zm.) – dalej pr. bank.

wartościowe zdefiniowane w art. 3 pkt 1 lit. a–b u.o.i.f. i inne instrumenty wymienione w art. 2 ust. 1 pkt 2 lit. a–j u.o.i.f., w tym m.in. tytuły uczestnictwa w instytucjach wspólnego inwestowania, instrumenty rynku pieniężnego, opcje, kontrakty terminowe, swapy, umowy forward na stopę procentową, instrumenty pochodne dotyczące przenoszenia ryzyka kredytowego, kontrakty na różnicę, uprawnienia do emisji.

Mamy więc do czynienia z definicjami legalnymi zarówno papierów wartościowych, jak i instrumentów finansowych przez ich wyliczenie, a więc definicjami skonstruowanymi – analogicznie do sposobu określenia systemu obrotu instrumentami finansowymi – w ramach tzw. mechanizmu przyporządkowującego⁸ tworzącego pojęcie zbiorcze na podstawie katalogu zamkniętego (łac. *numerus clausus*) poszczególnych elementów tego zbioru. Powyższe definicje mają zastosowanie, na zasadzie odesłań, także do innych aktów normatywnych.

Jest osobliwą ciekawostką, że bankowe papiery wartościowe w rozumieniu przepisów Prawa bankowego mogą mieć albo tradycyjną postać papierową, albo postać elektroniczną (art. 90 pr. bank.). Jeśli są w postaci elektronicznej (w formie zdematerializowanej), wówczas – w kategorii „inne zbywalne papiery wartościowe” – spełniają systemowe kryteria papierów wartościowych w rozumieniu art. 3 pkt 1 lit. a u.o.i.f.

Jednocześnie definicja papierów wartościowych, o której tu mowa, nie obejmuje swoim zakresem m.in. weksli i czeków w rozumieniu przepisów Prawa wekslowego i Prawa czekowego, co wynika z wyłączenia, o którym mowa w art. 1 ust. 2 u.o.i.f. Wyłączenie to, jak należy sądzić, ma związek z istotą weksli i czeków oraz ich podstawowymi funkcjami – zabezpieczającą i płatniczą. Przywołana tu definicja papierów wartościowych nie ma również zastosowania do praw majątkowych, które, *ex rerum natura*, w ogóle nie są emitowane jako papiery wartościowe, czyli np. do udziałów w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością. Tak na marginesie, również kryptowaluty nie zaliczają się ani do papierów wartościowych, ani do instrumentów finansowych, w rozumieniu ustawy o obrocie instrumentami finansowymi.

Papiery wartościowe – poza nielicznymi, nadal emitowanymi tradycyjnie w postaci papierowej, w głównej mierze takimi jak bankowe papiery wartościowe (ale tylko tymi w formie dokumentu), weksle, чеки czy konosamenty – mogą być emitowane *de lege lata* wyłącznie w postaci elektronicznej oraz podlegają rejestracji we właściwych elektronicznych systemach rejestrowania, które tworzą bazy danych. Jeśli zaś dany rodzaj papieru wartościowego nie podlega rejestracji ani w depozycie papierów wartościowych prowadzonym przez Krajowy Depozyt Papierów Wartościowych S.A. (KDPW) bądź spółkę, której KDPW przekazał wykonywanie czynności z tego zakresu swoich zadań, ani w systemie (rejestracji

papierów wartościowych) SKARBNET⁹ prowadzonym przez Narodowy Bank Polski (NBP), wówczas przeniesienie praw wynikających z takiego papieru wartościowego, jak choćby właśnie z weksla, czeku lub konosamentu, nie może nastąpić w ramach systemu obrotu instrumentami finansowymi, o którym mowa w art. 3 pkt 9a u.o.i.f.

Można zatem postawić ogólną tezę, że emitowany na podstawie właściwych przepisów prawa polskiego lub obcego papier wartościowy, którego rejestracja jest niedopuszczalna lub niemożliwa do przeprowadzenia w centralnym depozycie papierów wartościowych w rozumieniu art. 3 pkt 21a u.o.i.f., ewentualnie w systemie rejestracji papierów wartościowych prowadzonym przez polski bank centralny, nie może być uznany za papier wartościowy w rozumieniu art. 3 pkt 1 u.o.i.f. ani tym bardziej za instrument finansowy w rozumieniu art. 2 ust. 1 u.o.i.f. (*argumentum a minori ad maius*), który jest pojęciem zbiorczym o najszerszym charakterze.

Na działających w Polsce rynkach ASO w praktyce nie są notowane wszystkie spośród papierów wartościowych wyszczególnionych w art. 3 pkt 1 u.o.i.f., lecz na ogół tylko akcje, obligacje (różnego rodzaju), listy zastawne oraz bony skarbowe, które można uznać za przynależne kategorii „inne zbywalne papiery wartościowe” w rozumieniu art. 3 pkt 1 lit. a u.o.i.f. Przeprowadzona analiza nie wykazała, aby w ASO były dotychczas notowane niebędące papierami wartościowymi instrumenty finansowe wymienione w art. 2 ust. 1 pkt 2 lit. a–j u.o.i.f.

2. ASO – postać obrotu zorganizowanego i systemu obrotu instrumentami finansowymi

Zgodnie z art. 3 pkt 9 u.o.i.f. przez obrót zorganizowany rozumie się „obrot papierami wartościowymi lub innymi instrumentami finansowymi dokonywany na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej na rynku regulowanym albo w ASO”.

Rynkiem regulowanym jest działający w sposób „stały wielostronny system zawierania transakcji, których przedmiotem są instrumenty finansowe dopuszczone do obrotu w tym systemie, zapewniający inwestorom powszechny i równy dostęp do informacji rynkowej w tym samym czasie przy kojarzeniu ofert nabycia i zbycia instrumentów finansowych oraz jednakowe warunki nabywania i zbywania tych instrumentów, zorganizowany i podlegający nadzorowi właściwego organu na zasadach określonych w przepisach ustawy, jak również uznany przez państwo członkowskie za spełniający te warunki i wskazany Komisji Europejskiej jako rynek regulowany” (art. 14 u.o.i.f.).

⁸ Zdaniem A. Chłopeckiego jest to definicja mająca znaczenie przyporządkowujące i spełnia postulat tzw. mechanizmu przyporządkowującego. Szerzej na ten temat zob. A. Chłopecki, *Publiczny obrót i instrumenty finansowe – redefiniowanie podstawowych pojęć prawa rynku kapitałowego*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2005/11, s. 40–41.

⁹ Zob. uchwała nr 7/2015 Zarządu Narodowego Banku Polskiego z 12.03.2015 r. w sprawie wprowadzenia „Regulaminu prowadzenia przez Narodowy Bank Polski rachunków i kont depozytowych bonów skarbowych i bonów pieniężnych NBP w systemie SKARBNET4 oraz przeprowadzania w tym systemie operacji na papierach wartościowych” (Dz.Urz. NBP z 2023 r. poz. 3).



ASO oznacza „alternatywny system obrotu, przez który rozumie się prowadzony poza rynkiem regulowanym wielostronny system kojarzący oferty kupna i sprzedaży instrumentów finansowych w taki sposób, że do zawarcia transakcji dochodzi w ramach tego systemu, zgodnie z określonymi zasadami oraz w sposób niemający charakteru uznaniowego, w tym ASO oparte na DLT” (art. 3 pkt 2 u.o.i.f.). Natomiast „DLT” (akronim z ang. *distributed ledger technology*) oznacza technologię rozproszonego rejestru, co zaś definiuje rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2022/858 z 30.05.2022 r. w sprawie systemu pilotażowego na potrzeby infrastruktur rynkowych opartych na technologii rozproszonego rejestru, a także zmiany rozporządzeń (UE) nr 600/2014 i (UE) nr 909/2014 oraz dyrektywy 2014/65/UE¹⁰.

Zgodnie z art. 3 pkt 9a u.o.i.f. przez system obrotu instrumentami finansowymi rozumie się rynek regulowany, ASO lub OTF¹¹, gdzie OTF oznacza zorganizowaną platformę obrotu, przez którą rozumie się wielostronny system kojarzący w sposób uznaniowy składane przez podmioty trzecie oferty kupna i sprzedaży obligacji, strukturyzowanych produktów finansowych, uprawnień do emisji, instrumentów pochodnych lub produktów energetycznych będących przedmiotem obrotu hurtowego, które muszą być wykonywane przez dostawę, niebędący rynkiem regulowanym ani ASO (art. 3 pkt 10b u.o.i.f.).

Można pokusić się o stwierdzenie, że na gruncie przepisów ustawy o obrocie instrumentami finansowymi obrót instrumentami finansowymi dzieli się na obrót zorganizowany w rozumieniu art. 3 pkt 9 u.o.i.f. i OTF w rozumieniu art. 3 pkt 10b u.o.i.f. oraz odbywa się w wielostronnym systemie. Warto w tym miejscu nadmienić, że przez wielostronny system, zgodnie z jego legalną definicją zamieszczoną w art. 3 pkt 9b u.o.i.f., należy rozumieć taki, w ramach którego kojarzone są oferty kupna i sprzedaży instrumentów finansowych składane przez podmioty trzecie. Można domniemywać, że chodzi tu o podmioty trzecie względem organizatora systemu obrotu instrumentami finansowymi. W istocie, rynek regulowany, ASO i OTF spełniają to kryterium.

Z zestawienia definiensów legalnych definicji obrotu zorganizowanego (art. 3 pkt 9 u.o.i.f.) oraz systemu obrotu instrumentami finansowymi (art. 3 pkt 9a u.o.i.f.) wynika wniosek, że obrót zorganizowany, nie mając odniesienia do OTF, a jedynie do rynku regulowanego i ASO, nie obejmuje obrotu instrumentami finansowymi w każdej z normatywnych postaci systemu obrotu instrumentami finansowymi. W przypadku OTF mamy bowiem do czynienia nie z obrotem zorganizowanym w rozumieniu art. 3 pkt 9 u.o.i.f., lecz z pozostałym obrotem instrumentami finansowymi, który przepisy ustawy o obrocie

instrumentami finansowymi regulują, nie wyodrębniając obrotu na OTF w opozycji do obrotu zorganizowanego, np. jako „obrotu poza obrotem zorganizowanym”.

Obrót instrumentami finansowymi może następować w sposób nieuznaniowy (ang. *on a non discretionary basis*) albo uznaniowy (ang. *on a discretionary basis*). Są to aspekty, co do których należy założyć, że dotyczą organizatora systemu obrotu instrumentami finansowymi w zakresie swobody zadecydowania przez niego o dojściu albo niedojściu do skutku konkretnych transakcji. Transakcje w wielostronnym systemie, czy na rynku regulowanym, czy w ASO, nie mają charakteru uznaniowego, natomiast transakcje na OTF, do których też dochodzi w wielostronnym systemie, mogą mieć taki charakter. Między innymi ta cecha oraz kolejna, polegająca na tym, że na OTF akcje nie mogą być notowane, odróżnia obrót na OTF od obrotu na rynku regulowanym i w ASO.

Alternatywny system obrotu – w zależności od perspektywy, w której występuje jako składowa innej definicji legalnej – stanowi jedną z dwóch równorzędnych postaci normatywnych obrotu zorganizowanego w rozumieniu art. 3 pkt 9 u.o.i.f. bądź jedną z trzech równorzędnych postaci normatywnych systemu obrotu instrumentami finansowymi w rozumieniu art. 3 pkt 9a u.o.i.f. Jest przy tym niezrozumiałe z logicznego punktu widzenia, dlaczego legalna definicja obrotu zorganizowanego operuje funkcjorem logicznym „albo” zamiast „lub”, a więc mniej elastycznie niż sąsiednia definicja legalna systemu obrotu instrumentami finansowymi. Obie zaś definicje są funkcjonalnie podobnej konstrukcji (por. art. 3 pkt 9 i 9a u.o.i.f.). Moim zdaniem w definicji obrotu zorganizowanego bardziej odpowiedni byłby spójnik „lub”, chociażby dlatego, że teoretycznie niewykluczony jest jednoczesny obrót takim samym papierem wartościowym, np. akcjami, zarówno na rynku regulowanym, jak i w ASO.

Sąd Najwyższy (w składzie siedmiu sędziów) w uchwale z 29.09.2006 r., II UZP 10/06¹², stwierdził, że „lub” wyraża „alternatywę łączną, czyli dopuszcza możliwość współwystępowania sytuacji komunikowanych przez zdanie łączone tym spójnikiem”. Chodzi o możliwość uwzględnienia wszystkich, kilku, ale także jednej z równorzędnych składowych zbiorczego pojęcia oddzielonych spójnikiem „lub”, czyli o przeciwieństwo możliwości komunikowanej przez zdanie łączone spójnikiem „albo”, właściwym dla alternatywy zwykłej.

3. MTF (wielostronna platforma obrotu)

W prawie unijnym, w odniesieniu do omawianej problematyki, m.in. w dyrektywach MiFID I i MiFID II, mamy do czynienia z synonimicznymi pojęciami „wielostronna

¹⁰ Dz.Urz. UE L 151, s. 1. Obecnie ASO oparte na DLT jeszcze w Polsce nie działa. Jest jednak tylko kwestią czasu, kiedy obrót „stokenizowanymi” instrumentami finansowymi w alternatywnym systemie obrotu stanie się rzeczywistością.

¹¹ Przykładem OTF są: Rynek Terminowy Produktów z dostawą energii elektrycznej, Rynek Terminowy Produktów z dostawą gazu, Rynek Terminowy Praw Majątkowych dla instrumentów finansowych, których instrumentem bazowym są prawa majątkowe wynikające ze świadectw pochodzenia dla energii elektrycznej wytworzonej w odnawialnych źródłach energii – prowadzone przez Towarową Giełdę Energii S.A. Giełda Papierów Wartościowych w Warszawie S.A. (GPW) jest natomiast względem Towarowej Giełdy Energii S.A. spółką dominującą w rozumieniu art. 4 § 1 pkt 4 ustawy z 15.09.2000 r. – Kodeks spółek handlowych (Dz.U. z 2024 r. poz. 18 ze zm.) – dalej k.s.h.

¹² OSNP 2007/5–6, poz. 75.

platforma obrotu” oraz „MTF”. Akty normatywne polskiego prawa krajowego operują natomiast zamiennie pojęciami „alternatywny system obrotu” oraz „ASO”, które stanowią odpowiedniki pojęć „wielostronna platforma obrotu” oraz „MTF”. A zatem, odnosząc się do alternatywnego systemu obrotu czy wielostronnej platformy obrotu, ewentualnie do ASO czy MTF, gdzie ASO jest skrótem od alternatywnego systemu obrotu, a MTF od wielostronnej platformy obrotu, zapożyczonym z języka obcego (ang. *multilateral trading facility*), należy pamiętać, że z punktu widzenia prawa UE bardziej właściwe jest używanie sformułowania „wielostronna platforma obrotu” bądź „MTF” aniżeli „alternatywny system obrotu” bądź „ASO”.

Jeśli jednak chodzi o język prawny, trzy kwestie wymagają komentarza w kontekście terminologicznym.

Po pierwsze, terminologia aktów normatywnych polskiego prawa krajowego w omawianym zakresie, widziana z perspektywy unijnej, ukazuje swoistą odrębność. Pojęcia „alternatywny system obrotu” oraz „ASO” są wprowadzone do przyjęcia w świetle prawa UE, niemniej nie widnieją w oficjalnej polskiej wersji językowej dyrektyw MiFID I i MiFID II.

Unifikacja w tym wypadku nie była jednak konieczna. Implementując zaś wspomniane dyrektywy do polskiego prawa krajowego, nie powielono pojęć „wielostronna platforma obrotu” i „MTF”, które, co istotne, funkcjonują w polskiej wersji językowej tych unijnych aktów normatywnych. Jednocześnie w oficjalnej angielskiej wersji językowej rzeczonych dwóch dyrektyw jest mowa o *multilateral trading facility* i MTF. Z kolei odpowiadające im znaczeniowo inne angielskojęzyczne pojęcia *alternative trading system* i ATS wskazują jednoznacznie na źródło amerykańskie¹³ i pochodzenie od najbardziej rozwiniętego rynku kapitałowego na świecie. Toteż pojęcia „alternatywny system obrotu” i „ASO” odzwierciedlają w istocie amerykański, a nie unijny pierwowzór. Przy dostosowywaniu regulacji unijnych do prawa polskiego wybrano drogę spolszczenia pojęć unijnych, która – najprawdopodobniej wbrew zamierzeniom ustawodawcy – w rzeczywistości okazuje się amerykanizacją.

Po drugie, zupełnie niepotrzebnie zmieniono nadrzędną siatkę pojęciową dyrektywy MiFID I oraz dyrektywy MiFID II w polskim prawie krajowym. Jeśli w polskiej wersji językowej unijnych dyrektyw użyto akronimu MTF zapożyczonego z angielskiej wersji językowej (naturalny dla wielostronnej platformy obrotu byłby akronim WPO), to dla zachowania pewnej analogii można było zamiast ASO użyć w ustawie o obrocie instrumentami finansowymi unijnego akronimu MTF.

Nawiasem mówiąc, porównywalne istotowo pojęcie OTF, którym wspomniana ustawa również operuje, jest właśnie zapożyczonym unijnym akronimem (ang. *organized trading facility*), w tym wypadku od zorganizowanej

platformy obrotu w rozumieniu dyrektywy MiFID II. Trudno jednak zrozumieć logikę, która stoi za nomenklaturą przyjętą w ustawie o obrocie instrumentami finansowymi. W dość chaotyczny sposób łączy się terminologię unijną z angielskiej wersji językowej oraz polszczyznę, która – jak wykazała analiza – tak naprawdę wywodzi się w odniesieniu do alternatywnego systemu obrotu również z języka angielskiego, lecz w niestosowanej w UE odmianie amerykańskiej. Zdaję sobie sprawę, że aktualnie nie ma sensu korygować pojęć elementarnych takich jak „alternatywny system obrotu” czy „ASO”, gdyż aspektów prawnoporównawczych nie można rozpatrywać w oderwaniu od wieloletniego już uzusu właśnie tak ukształtowanych uzgodnień terminologicznych między prawem UE oraz polskim prawem krajowym.

Po trzecie, odesłanie ustawowe zamieszczone w definicji legalnej „alternatywnego systemu obrotu”, o której mowa w art. 4 pkt 2 u.o.p. lub w art. 2 pkt 10a u.n.r.k., jest dość nieprecyzyjne, ponieważ odsyła się w nim do pojęcia „alternatywny system obrotu” w rozumieniu przepisów ustawy o obrocie instrumentami finansowymi. Jednocześnie, co należy podkreślić, przepisy tej ustawy w art. 3 pkt 2 począwszy od 21.04.2018 r. już nie zawierają definicji legalnej pojęcia „alternatywny system obrotu”, lecz definicję „ASO”. Niemniej jednak ASO jest zdefiniowane przy pomocy wyrażenia „alternatywny system obrotu”.

Wydaje się, że odesłanie ustawowe do przepisów ustawy o obrocie instrumentami finansowymi zamieszczone w definicji odsyłającej w przepisach art. 4 pkt 2 u.o.p. oraz art. 2 pkt 10a u.n.r.k. powinno raczej brzmieć: „rozumie się przez to ASO w rozumieniu art. 3 pkt 2 ustawy o obrocie instrumentami finansowymi”. Przepis art. 3 pkt 2 u.o.i.f. zyskałby wówczas klarowność przez uniknięcie w członie definiującym (łac. *defininiens*) tautologicznego wyrażenia: „oznacza to alternatywny system obrotu”. W innym wariantcie sformułowanie „alternatywny system obrotu lub ASO” powinno stanowić w tym przepisie człon definiowany (łac. *definiendum*) złożony z dwóch równoważnych pojęć, zestawianych w ramach alternatywy łącznej (analogicznie do art. 4 ust. 1 pkt 22 dyrektywy MiFID II). W kontekście odesłań ustawowych, jak można sądzić, byłoby to lepszym rozwiązaniem niż obecne brzmienie przepisu art. 3 pkt 2 u.o.i.f.

4. Aspekty organizacyjnoprawne, nazwy oraz specyfika poszczególnych rynków

Kryteria formalne ASO określone są w rozporządzeniu Ministra Finansów z 2.09.2024 r. w sprawie warunków, jakie muszą spełniać alternatywny system obrotu lub zorganizowana platforma obrotu¹⁴, wydanym na podstawie art. 94 ust. 1 pkt 3 u.o.i.f.

¹³ Por. A. Hayes, *Alternative Trading System (ATS) Definition and Regulation*, <https://www.investopedia.com/terms/a/alternative-trading-system.asp> (dostęp: 29.10.2024 r.).

¹⁴ Dz.U. poz. 1333.



W architekturze prawnej obrotu zorganizowanego przewidziano możliwość tworzenia, organizacji i prowadzenia ASO przez firmę inwestycyjną¹⁵ albo spółkę prowadzącą rynek regulowany. W obu przypadkach za zezwoleniem Komisji Nadzoru Finansowego (KNF).

Firmy inwestycyjne nie zdołały jak dotąd uruchomić rynku ASO, wszystkie działające w Polsce rynki tego rodzaju zostały natomiast zorganizowane przez spółki prowadzące jednocześnie rynek regulowany. Na zasadzie *de facto*, a nie *de iure*, monopolu w zakresie prowadzenia rynku regulowanego dwie spółki, a mianowicie GPW oraz BondSpot S.A.¹⁶, na podstawie art. 16 ust. 3 u.o.i.f., mogą i prowadzą ASO na różnych rynkach. Nie bez znaczenia jest również fakt, że BondSpot należy do grupy kapitałowej GPW¹⁷.

Oznacza to, ogólnie rzecz biorąc, że na terytorium Polski prowadzącym obrót zorganizowany w postaci normatywnej ASO, na różnych rynkach, jest w rzeczywistości GPW, gdyż BondSpot jest spółką w 97,23% zależną od GPW. W ujęciu ścisłym formalnie mamy jednak do czynienia z dwoma prowadzącymi ASO (inaczej zarządzającymi lub operatorami), mianowicie z GPW i BondSpot, gdzie GPW prowadzi trzy rynki ASO, czyli NewConnect, GlobalConnect i Catalyst, natomiast BondSpot prowadzi dwa, czyli Catalyst i Treasury BondSpot Poland. Istnieje więc łącznie pięć dających się wyodrębnić rynków ASO, spośród których dwa różne, choćby pod względem operatora i notowanych instrumentów finansowych, mają identyczną nazwę – Catalyst.

W przypadku rynków o nazwie Catalyst rozróżnienie „giełdowego” od „bondspotowego” rynku ASO jest *prima facie* skomplikowane. Praktyczny problem polega na tym, że nie dwa, lecz aż cztery z rynków obrotu instrumentami finansowymi o charakterze dłużnym noszą taką samą nazwę – Catalyst. I jakkolwiek stanowią odrębną strukturę prawną, czyli każdy z rynków jest samoistny, razem tworzą swoisty „czterorynek”. Jest on funkcjonalnie i operacyjnie w pełni zintegrowany oraz rozpoznawalny na zewnątrz pod wspólną nazwą Catalyst. Dwa systemy obrotu instrumentami finansowymi są tu rynkami ASO, pozostałe dwa natomiast rynkami regulowanymi¹⁸. Co istotne, zarówno GPW, jak i BondSpot prowadzą odrębnie rynek ASO i rynek regulowany, gdzie na dwóch rynkach, tych prowadzonych przez GPW (jako ASO i rynek regulowany), ma miejsce obrót tzw. detaliczny – w uproszczeniu dla inwestorów indywidualnych i instytucjonalnych, a na pozostałych dwóch rynkach, tych prowadzonych przez BondSpot (również jako ASO i rynek regulowany), obrót tzw. hurtowy – w uproszczeniu wyłącznie dla inwestorów instytucjonalnych. Detaliczny czy hurtowy charakter obrotu sprowadza się w głównej mierze do różnej minimalnej liczby lub wartości instrumentów finansowych, które mogą być przedmiotem zlecenia nabycia

bądź zbycia. A obrót zorganizowany na poszczególnych rynkach Catalyst, które różnią się między sobą również rodzajem oraz charakterystyką notowanych instrumentów finansowych, odbywa się z wykorzystaniem tego samego systemu transakcyjnego, który technologicznie integruje infrastrukturę transakcyjną GPW z infrastrukturą transakcyjną BondSpot. Jest nim uniwersalny system transakcyjny UTP¹⁹ (akronim z ang. *universal trading platform*), czyli elektroniczny system informatyczny, który, oprócz wszystkich rynków regulowanych, ma zastosowanie do rynków ASO prowadzonych przez GPW, czyli NewConnect, GlobalConnect i Catalyst, a także do rynku Catalyst prowadzonego przez BondSpot. Jednocześnie w wypadku nieco bardziej specyficznego rynku ASO, jakim jest Treasury BondSpot Poland, prowadzonego również przez BondSpot, transakcje odbywają się z wykorzystaniem innego niż UTP systemu, o funkcjonalności zaprojektowanej ściśle do obsługi transakcji skarbowymi papierami wartościowymi. Inną specyficznością tego rynku ASO jest to, że podmiotami bezpośrednio dokonującymi transakcji mogą tutaj być również inwestorzy instytucjonalni, tacy jak np. zakłady ubezpieczeń czy fundusze inwestycyjne. W przypadku pozostałych rynków ASO muszą oni korzystać z tzw. przymusu pośrednictwa maklerskiego, czyli obligatoryjnego pośrednictwa w przyjmowaniu i przekazywaniu zleceń nabycia bądź zbycia.

Wszystkie rynki ASO zarządzane przez GPW działają na podstawie zbioru zasad zamieszczonego w jednym regulaminie²⁰, przy czym specyfika wyodrębnionych poszczególnych rynków (NewConnect, GlobalConnect i Catalyst) została wyrażona głównie na podstawie aneksów do regulaminu. W przypadku rynków ASO zarządzanych przez BondSpot każdy z nich, czyli zarówno Catalyst²¹, jak i Treasury BondSpot Poland²², ma swój oddzielny regulamin.

Warto uzupełnić opis rynków ASO przez pryzmat rodzaju instrumentów finansowych, które mogą być przedmiotem transakcji, oraz podmiotu, który wnioskuje o ich wprowadzenie do obrotu, ponieważ emitent nie składa lub nie może złożyć wniosku w tym zakresie w każdym przypadku.

Na rynku NewConnect zarządzanym (prowadzonym) przez GPW mogą być notowane, wyłącznie na wniosek emitenta, akcje, prawa do akcji, prawa poboru oraz inne papiery wartościowe o charakterze udziałowym, które emitowane są na podstawie właściwych przepisów prawa

15 Definicja legalna firmy inwestycyjnej zamieszczona jest w art. 3 pkt 33 u.o.i.f.

16 Dawniej MTS-CeTO S.A., a pierwotnie Centralna Tabela Ofert S.A. – dalej BondSpot.

17 GPW jest względem BondSpot spółką dominującą w rozumieniu art. 4 § 1 pkt 4 k.s.h.

18 Zob. <https://gpwcatalyst.pl/o-rynku> (dostęp: 29.10.2024 r.).

19 Spełnia on najwyższe światowe standardy funkcjonalne i techniczne oraz jest wykorzystywany przez sieć najnowocześniejszych globalnych rynków kapitałowych w obrocie zorganizowanym instrumentami finansowymi. W zakresie opisu standardów UTP zob. https://www.gpw.pl/biblioteka-gpw-wiecej?gpw_id=15&title=+UTP+-+nowy+system+transakcyjny+na+GPW (dostęp: 29.10.2024 r.). Jednocześnie GPW testuje własny system transakcyjny o nazwie GPW WATS (akronim z ang. *Warsaw Automated Trading System*), który ma zastąpić system UTP na przełomie trzeciego i czwartego kwartału 2025 r. Zob. https://www.gpw.pl/aktualnosc?cmn_id=115183&title=Zmiana+terminu+wdrozenia+systemu+transakcyjnego+GPW+WATS (dostęp: 29.10.2024 r.).

20 Regulamin Alternatywnego Systemu Obrotu, wraz z załącznikami, przyjęty uchwałą nr 147/2007 Zarządu GPW z 1.03.2007 r. ze zm. – dalej Regulamin ASO/GPW. Por. <https://newconnect.pl/regulacje-prawne>, <https://gpwglobalconnect.pl/regulacje-prawne>, <https://gpwcatalyst.pl/regulacje-prawne> (dostęp: 29.10.2024 r.).

21 Regulamin Alternatywnego Systemu Obrotu, wraz z załącznikami, przyjęty uchwałą nr 86/O/17 Zarządu BondSpot z 13.04.2017 r. ze zm., <https://gpwcatalyst.pl/regulacje-prawne> (dostęp: 29.10.2024 r.) – dalej Regulamin ASO/BondSpot/Catalyst.

22 Regulamin Rynku Treasury BondSpot Poland, https://www.bondspot.pl/pub/UZ_048-24-Reg_TBSP_od_1.07.24_jedn_.pdf (dostęp: 29.10.2024 r.) – dalej Regulamin ASO/BondSpot/Treasury.

polskiego lub obcego (§ 1 ust. 2 Regulaminu ASO/GPW). Natomiast w praktyce jest to rynek akcji dla emitentów o statusie małego lub średniego przedsiębiorcy prawa polskiego²³ oraz w mniejszym stopniu emitentów zarejestrowanych za granicą. Jest to również najstarszy krajowy rynek ASO²⁴, który działa od 30.08.2007 r.²⁵

Na rynku Catalyst zarządzanym przez GPW mogą być notowane, wyłącznie na wniosek emitenta, dłużne instrumenty finansowe, które emituje się na podstawie właściwych przepisów prawa polskiego lub obcego (§ 1 ust. 2 Regulaminu ASO/GPW). W praktyce jest to rynek obligacji korporacyjnych i spółdzielczych, których emitentami, w zależności od okoliczności konkretnego przypadku, są spółki kapitałowe bądź banki spółdzielcze.

Na rynku GlobalConnect zarządzanym przez GPW mogą być notowane instrumenty finansowe emitowane na podstawie właściwych przepisów prawa obcego, przy czym wprowadzenie do obrotu odbywa się na wniosek podmiotu niebędącego emitentem, a ściślej, wyłącznie bez zgody emitenta (§ 1 ust. 2a Regulaminu ASO/GPW). GlobalConnect jest zaś najkrócej działającym rynkiem ASO w Polsce, gdyż dopiero od 4.11.2022 r. W praktyce jest rynkiem akcji²⁶ znajdujących się jednocześnie w obrocie na zagranicznym rynku zorganizowanym w rozumieniu § 2 ust. 1 pkt 1 załącznika nr 8 do Regulaminu ASO/GPW (pojęcie obejmuje rynki regulowane unijne i pozaunijne).

Na rynku Catalyst zarządzanym przez BondSpot mogą być notowane, wyłącznie na wniosek emitenta, obligacje, listy zastawne oraz inne zbywalne papiery wartościowe inkorporujące prawa majątkowe odpowiadające prawom wynikającym z zaciągnięcia długu emitowane na podstawie właściwych przepisów prawa polskiego lub obcego (§ 1 ust. 2 Regulaminu ASO/BondSpot). W praktyce jest to rynek obligacji skarbowych, których emitentami są Bank Gospodarstwa Krajowego lub Polski Fundusz Rozwoju S.A. (instytucje rozwoju kontrolowane przez Skarb Państwa).

Natomiast na rynku Treasury BondSpot Poland zarządzanym przez BondSpot mogą być notowane skarbowe papiery wartościowe (obligacje skarbowe, bony skarbowe) emitowane przez Ministra Finansów na podstawie właściwych przepisów wyłącznie prawa polskiego, gdzie kieruje się je do obrotu w sposób automatyczny bez wniosku, chyba że BondSpot postanowi inaczej (§ 18 ust. 1 Regulaminu ASO/BondSpot/Treasury). Jednocześnie BondSpot wyznacza dzień rozpoczęcia tego obrotu (§ 18 ust. 1a Regulaminu ASO/BondSpot/Treasury). W obrocie przeważają obligacje skarbowe, odgrywając istotną rolę w zaspokajaniu pożyczkowych potrzeb polskiego rządu.

23 Por. P. Zygmantowski, *Rozwój rynku NewConnect w świetle założeń jego organizatora*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2016/2, s. 217–230.

24 Więcej na temat prawnego usytuowania oraz początków funkcjonowania ASO w Polsce zob. M. Pachucki, *Alternatywny System Obrotu – nowe miejsce obrotu instrumentami finansowymi*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2008/1, s. 18–23.

25 Pierwsze historyczne notowania objęły akcje następujących emitentów: S4E S.A., Wrocławski Dom Maklerski S.A., ViaGuara S.A., Virtual Vision S.A. Jednocześnie dotyczyły także Digital Avenue S.A., choć nie w zakresie akcji, ale praw do akcji; zob. https://www.gpw.pl/biblioteka-gpw-wiecej?gowl_id=117&title=Rocznik+gieldowy+2008 (dostęp: 29.10.2024 r.).

26 W dniu uruchomienia GlobalConnect, czyli 4.11.2022 r., w obrocie znajdowały się akcje: Allianz SE z siedzibą w Monachium, Bayerische Motoren Werke AG z siedzibą w Monachium, Mercedes-Benz Group AG z siedzibą w Stuttgart, Siemens AG z siedzibą w Monachium i Volkswagen AG z siedzibą w Wolfsburgu. Aktualnie przedmiotem obrotu są już akcje 25 dużych spółek giełdowych. Z różnych państw obcych i jurysdykcji. Zob. <https://gpgwglobalconnect.pl/notowania> (dostęp: 29.10.2024 r.).

Analiza prowadzi do syntezy. Puentując zatem powyższy wywód, krajowe ASO obejmują instrumenty finansowe o charakterze udziałowym albo dłużnym, w zależności od specyfiki wyodrębnionego rynku. Te zaś rynki ASO, które są prowadzone przez GPW, obejmują instrumenty finansowe o charakterze zarówno udziałowym (ASO NewConnect, ASO GlobalConnect), jak i dłużnym (ASO Catalyst), natomiast rynki prowadzone przez BondSpot – tylko o charakterze dłużnym (ASO Catalyst, ASO Rynek Treasury BondSpot Poland).

5. Rynek rozwoju małego i średniego przedsiębiorcy jako podkategoria MTF

W prawie unijnym przez rynek rozwoju MŚP²⁷ (ang. *SME growth market*) należy rozumieć MTF figurujący w rejestrze rynków rozwoju MŚP prowadzonym przez właściwy organ państwa członkowskiego (art. 4 ust. 1 pkt 12 i art. 33 dyrektywy MiFID II). Odpowiednia regulacja występuje również w prawie krajowym (art. 3 pkt 46b i art. 78g u.o.i.f.), choć zamiast pojęcia „rynek rozwoju MŚP” operuje ona pojęciem „ASO MŚP”.

W prawie unijnym w ramach kategorii MTF możemy wyodrębnić podkategorię MTF o statusie rynku rozwoju MŚP, natomiast w polskim prawie mamy „zwykły” ASO i ASO MŚP. Relacja między ASO oraz ASO MŚP polega zaś na tym, że każde ASO MŚP musi być jednocześnie ASO, ale nie każde ASO musi być ASO MŚP. Podmiot prowadzący ASO może wystąpić z wnioskiem do KNF (właściwy organ państwa członkowskiego) i uzyskać dla prowadzonego ASO status ASO MŚP. Nie jest możliwe uzyskanie statusu ASO MŚP w innym trybie.

Status ASO MŚP jest zatem pochodną statusu ASO i oznacza, że co najmniej połowa²⁸ emitentów, których instrumenty finansowe są przedmiotem obrotu, to mali i średni przedsiębiorcy. Jest to kryterium wniosku o wpis do rejestru ASO MŚP prowadzonego przez Urząd KNF. W przypadku „zwykłego” ASO liczba emitentów o statusie małych i średnich przedsiębiorców nie ma znaczenia. Innymi słowy, segment ASO MŚP to w praktyce normatywny typ „zwykłego” ASO powiązany z formalnym uzyskaniem przez „zwykłe” ASO statusu ASO MŚP w rozumieniu art. 3 pkt 46b u.o.i.f. i zarazem statusu rynku rozwoju MŚP w rozumieniu art. 4 ust. 1 pkt 12 dyrektywy MiFID II.

Zgodnie z danymi w ogólnodostępnym rejestrze²⁹ Urzędu KNF jedynie „Alternatywny System Obrotu

27 „MŚP” to akronim pojęcia „małego i średniego przedsiębiorcy”. Definicja legalna małego i średniego przedsiębiorcy zamieszczona jest w art. 3 pkt 46a u.o.i.f. Natomiast przepis art. 4 ust. 1 pkt 13 dyrektywy MiFID II w polskiej wersji językowej definiuje „male i średnie przedsiębiorstwa”, co – moim zdaniem – oznacza użycie niewłaściwego terminu, czyli „przedsiębiorstwo” zamiast prawidłowo „przedsiębiorca”.

28 Zob. art. 78g ust. 2 pkt 1 u.o.i.f.

29 Zob. właściwy rejestr ASO MŚP, o którym mowa w art. 33 dyrektywy MiFID II i art. 78g u.o.i.f., https://www.knf.gov.pl/podmioty/Podmioty_rynk_kapitalowego/Podmioty_infrastruktury_rynk_kapitalowego/rejestr_ASO_MSP (dostęp: 29.10.2024 r.).



prowadzony przez Giełdę Papierów Wartościowych w Warszawie S.A. (ASO GPW)” (dosłowne brzmienie wpisu) uzyskał status ASO MŚP i – co się z tym wiąże – jest również rynkiem rozwoju MŚP. Zestawiając treść takich oficjalnych danych z brzmieniem § 1 ust. 2 i 2a Regulaminu ASO/GPW, art. 3 pkt 46b u.o.i.f. i art. 4 ust. 1 pkt 12 dyrektywy MiFID II, może pojawić się pewna wątpliwość, czy w ogóle rynki NewConnect, Catalyst i GlobalConnect są autonomicznymi rynkami ASO, nie mówiąc już o ASO MŚP, a w szczególności rynek GlobalConnect.

Przywołany wyżej wpis w rejestrze prowadzonym przez Urząd KNF wywołuje wątpliwości co do tego, czy mamy do czynienia z jednym autonomicznym rynkiem ASO zarządzanym przez GPW, w ramach którego funkcjonują trzy jego wymienione rodzaje, czy też, jak można sądzić na podstawie wcześniejszych stwierdzeń, z trzema niezależnymi od siebie rynkami ASO prowadzonymi przez GPW, które łączy wspólny operator oraz regulamin. Jednocześnie z przepisu § 1 ust. 2 Regulaminu ASO/GPW wynika, że tylko rynki NewConnect i Catalyst powinny być wpisane w rejestrze ASO MŚP, a tak się nie stało.

W związku z tymi wątpliwościami istnieją trzy możliwości interpretacyjne. Pierwsza jest taka, że ani NewConnect, ani Catalyst, ani GlobalConnect nie są rynkami ASO, a tym samym rynkami ASO MŚP, ponieważ jest nim ASO prowadzony przez GPW (ASO GPW). Druga zaś jest taka, że rynek GlobalConnect, jako wydzielona część ASO prowadzonego przez GPW na podstawie regulaminu wspólnego dla NewConnect, Catalyst i GlobalConnect, jest rynkiem ASO MŚP w rozumieniu art. 3 pkt 46b u.o.i.f. i zarazem rynkiem rozwoju MŚP w rozumieniu art. 4 ust. 1 pkt 12 dyrektywy MiFID II, mimo że Regulamin ASO/GPW tego nie potwierdza, a żaden z aktualnych emitentów, będąc dużą zagraniczną spółką giełdową, nie jest przedsiębiorcą, o którym mowa w art. 3 pkt 46a u.o.i.f. lub art. 4 ust. 1 pkt 13 dyrektywy MiFID II. Trzecia możliwość zakłada, że skoro rejestrowe dane dotyczą ogólnie ASO prowadzonego przez GPW, to w tym wypadku zgodnie z treścią § 1 ust. 2 Regulaminu ASO/GPW należy *de lege ferenda* uszczegółowić istniejące dane w rejestrze ASO MŚP, o którym mowa w art. 78g ust. 1 u.o.i.f., w ten sposób, że rynkami ASO MŚP są wyłącznie rynki NewConnect i Catalyst.

Skłaniam się ku trzeciej interpretacji, czyli do uznania, że GPW prowadzi trzy autonomiczne MTF (ASO), z których dwa są rynkami rozwoju MŚP (ASO MŚP), a mianowicie NewConnect i Catalyst. Taki wniosek nasuwa się także na podstawie danych zamieszczonych w ogólnodostępnym unijnym rejestrze MTF oraz rynków rozwoju MŚP³⁰, który prowadzi, zgodnie z art. 18 ust. 10 dyrektywy MiFID II, Europejski Urząd Nadzoru Giełd i Papierów Wartościowych.

Ponadto należy zauważyć, że obrót zorganizowany instrumentami finansowymi na rynku rozwoju MŚP podlega pewnym ułatwieniom w kontekście identyfikacji i obiegu informacji poufnych w porównaniu z informacjami bieżącymi i okresowymi jako pozostałymi dwiema kategoriami prawnymi informacji, który to aspekt nie został tutaj omówiony, głównie z konieczności przestrzegania ograniczeń co do objętości artykułu.

30 Zob. https://registers.esma.europa.eu/publication/searchRegister?core=esma_registers_upreg (dostęp: 29.10.2024 r.).

6. Podsumowanie

Wyzwanie doktryny polega na optymalnym przybliżeniu i porządkowaniu opisywanej materii. Dokonując syntezy rozważań na temat ASO w perspektywie systemu obrotu instrumentami finansowymi, przedstawiono przekrojowe ujęcie obejmujące wszystkie rynki ASO działające w Polsce. To zaś pozwala stwierdzić, że polskie uregulowania ASO są formalnie zgodne z unijnymi. Jednocześnie przeprowadzony przegląd piśmiennictwa prawniczego nie wykazał, aby problematyka ASO, która bezpośrednio odnosi się do terytorium Polski będącego częścią zarówno terytorium UE, jak i terytorium EOG, była już dostatecznie szeroko omówiona.

Poruszone w artykule kwestie prowadzą do ogólnego spostrzeżenia, że w odniesieniu do ASO kluczowa terminologia aktów normatywnych prawa polskiego nie odzwierciedla w czytelny sposób dyrektywy MiFID II, mimo że jest zgodna z duchem tak implementowanej dyrektywy. Moim jednak zdaniem stworzenie rodzimych określeń, w zamyśle dostosowujących, dla ogólnounijnych pojęć dyrektywy MiFID II oraz polisemia nazwy Catalyst względem rynków dłużnych instrumentów finansowych (dwóch rynków ASO i dwóch rynków regulowanych) bynajmniej nie ułatwiają zrozumienia unijno-krajowego systemu obrotu instrumentami finansowymi. Jest wręcz odwrotnie.

Aspekty bardziej szczegółowe – w tym organizacji ASO od strony infrastrukturalnej, wprowadzania instrumentów finansowych do obrotu w ASO, zawierania w ASO transakcji, statusu spółki publicznej w związku z obrotem akcjami w ASO czy obowiązków informacyjnych związanych z ASO – pozostają poza granicami wyznaczonymi celem artykułu.

Mam nadzieję, że względnie całościowe ujęcie ASO, które wyjaśnia szereg ważnych aspektów tej instytucji prawnej, stanie się istotnym impulsem do dalszej refleksji w doktrynie na ten temat, a otwierając przestrzeń do dalszej merytorycznej dyskusji, okaże się korzystne dla rozwoju prawa rynku kapitałowego i prawa papierów wartościowych.

Abstract

Tomasz Łuczynski

The author is an attorney at law in Poland (ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4428-9710>).

Multilateral Trading Facility in the Perspective of the Trading Venue for Financial Instruments

Keywords: shares, MTF, treasury bills, bonds, organized trading, securities, SME growth market

The purpose of this paper is to analyse and describe the multilateral trading facility, referred to briefly as the MTF, operated on the territory of Poland, which enables trading in financial instruments issued under relevant Polish or foreign laws, taking into account the particularities of domestic markets and compliance assessment of EU and Polish regulations.

Bibliografia/References

Chłopecki A., *Publiczny obrót i instrumenty finansowe – redefiniowanie podstawowych pojęć prawa rynku kapitałowego*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2005/11.

Hayes A., *Alternative Trading System (ATS) Definition and Regulation*, <https://www.investopedia.com/terms/a/alternative-trading-system.asp> (dostęp: 29.10.2024 r.).

Pachucki M., *Alternatywny System Obrotu – nowe miejsce obrotu instrumentami finansowymi*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2008/1.

Zygmantowski P., *Rozwój rynku NewConnect w świetle założeń jego organizatora*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2016/2.

REKLAMA



KONSTITUCJA DLA INTERNETU OKIEM EKSPERTÓW

Książka omawia przepisy Aktu o usługach cyfrowych (DSA) od strony praktycznej – z uwzględnieniem aktualnego dorobku nauki polskiej i zagranicznej. Czytelnik znajdzie tu zmiany, jakie wprowadza DSA w stosunku do wcześniejszych regulacji. Unikalną wartością komentarza jest uwzględnienie polskiego projektu ustawy o zmianie ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną.

Autorzy szczegółowo opisują nowe regulacje dotyczące m.in.:

- obowiązku moderowania nielegalnych treści w Internecie przez platformy typu Facebook czy Google,
- wprowadzania obowiązkowej oceny ryzyka i większej przejrzystości algorytmów, co pomoże w walce ze szkodliwymi treściami w sieci.

Książka przeznaczona jest przede wszystkim dla prawników praktyków, w tym sędziów, adwokatów, prokuratorów, radców prawnych, a także pracowników administracji oraz pracowników naukowych.

**ZAMÓW KSIĄŻKĘ Z RABATEM 20% W KSIĘGARNI PROFINFO.PL
W FORMULARZU ZAMÓWIENIA WPISZ KOD: WKCZA20**

AKT O USŁUGACH CYFROWYCH

Komentarz

redakcja naukowa Jacek Gołaczyński, Rafał Skibicki

Gabriela Bar, Kamila Brylak, Witold Chomiczewski, Wojciech Dubis
Maria Dymitruk, Krzysztof Garstka, Aleksandra Glanc-Gołaczyńska
Jacek Gołaczyński, Łukasz Goździaszek, Jarosław Greser, Bartosz Kolarz
Aleksandra Kuczerawy, Wojciech Lamik, Joanna Lentka-Wróbel
Martyna Mielniczuk-Skibicka, Magdalena Piech, Przemysław Polański
Patricia Sharp, Rafał Skibicki, Jędrzej Stępniewski, Agnieszka Sztoldman

KOMENTARZE PRAKTYCZNE

Wolters Kluwer



dr Kaja Zaleska-Korziuk

Autorka jest adiunktem na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Gdańskiego oraz adwokatem (ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4389-7308>).

Patryk Kulig

Autor jest doktorantem w Instytucie Nauk Prawnych PAN, prawnikiem oraz mediatorem (ORCID: <https://orcid.org/0009-0004-5941-2058>).

Udział w autorstwie tekstu:

Kaja Zaleska-Korziuk – 50%

Patryk Kulig – 50%

Finansowanie sporu przez osobę trzecią a obowiązki zawodowe pełnomocników wynikające z etyki zawodowej

Słowa kluczowe: finansowanie sporu, etyka zawodowa, pełnomocnik procesowy, zastępstwo procesowe, umowa o finansowanie sporu (*litigation funding agreement*), *third party funding*, *litigation finance*, TPF

Finansowanie sporu przez osobę trzecią, czyli osobę, która nie jest stroną sporu, a jedynie pokrywa koszty postępowania, to zjawisko ekonomiczne wykorzystywane z powodzeniem w krajach anglosaskich, które coraz częściej znajduje swoje zastosowanie w sporach rozstrzyganych przed sądami powszechnymi oraz sądami arbitrażowymi państw o kontynentalnym systemie prawa. Istotnym elementem stosunków faktycznych powstałych na skutek finansowania postępowania przez osobę trzecią jest zawodowy pełnomocnik procesowy strony. Profesjonalna ocena sporu dokonywana przez pełnomocnika procesowego jest bowiem istotna zarówno z perspektywy klienta (tj. strony już zawisłego albo przyszłego sporu przed właściwym sądem powszechnym albo sądem arbitrażowym), jak i finansującego, począwszy od udzielania informacji na temat sporu na etapie negocjowania finansowania, a kończąc na doradztwie w zakresie umowy o finansowanie. W przypadku zawarcia umowy o finansowanie przez strony obowiązki zawodowego pełnomocnika obejmują również informowanie finansującego o stanie sprawy, a także prawdopodobnym kierunku rozstrzygnięcia. Wielopłaszczyznowa rola pełnomocnika procesowego w przypadku finansowania sporu przez osobę trzecią, a także dodatkowe obowiązki obciążające zawodowego pełnomocnika względem finansującego mogą rodzić pytania na gruncie zasad etyki zawodowej pełnomocnika. Przeprowadzona w niniejszym artykule analiza pozwala na przyjęcie, że w przypadku zawarcia przez stronę umowy o finansowanie sporu przez osobę trzecią nie zachodzą przeszkody natury etycznej, które ograniczałyby dopuszczalność finansowania sporów przez osobę trzecią z perspektywy zawodowego pełnomocnika.

I. Wstęp – problem finansowania sporu przez osobę trzecią (*third-party funding* – TPF lub *litigation finance*)

Na początku 2020 r. ponownie rozgorzała dyskusja o problemie płynności finansowej, w tym także w kontekście toczących się lub przyszłych postępowań sądowych

lub arbitrażowych. Miało to miejsce na globalną skalę po raz pierwszy po poprzednich zawirowaniach na rynkach finansowych, których symbolem było bankructwo banku Lehman Brothers we wrześniu 2008 r.¹

Światowa pandemia COVID-19, w tym zwłaszcza współzależność tzw. łańcuchów dostaw, oraz późniejszy konflikt zbrojny na Ukrainie spowodowały globalną recesję gospodarczą. Z perspektywy prawnej recesja gospodarcza niesie ze sobą ryzyko częstszego powstawania sporów,

¹ N. Lioudis, *The Collapse of Lehman Brothers: A Case Study*, <https://www.investopedia.com/articles/economics/09/lehman-brothers-collapse.asp> (dostęp: 22.10.2024 r.).

a w dłuższej perspektywie również ryzyko większej liczby postępowań upadłościowych.

Wiele podmiotów na arenie międzynarodowej, w tym dużych korporacji, zostało zmuszonych przesunąć wcześniej zaplanowane budżety na wynagrodzenia prawników na inne cele, w tym przede wszystkim ratowanie miejsc pracy. Zaistniała sytuacja ekonomiczna uzmysłowiła jednak zawodowym pełnomocnikom, a szczególnie prawnikom procesowym, jak istotne jest nowatorskie podejście do świadczenia usług dla swoich klientów, polegających nie tylko na prowadzeniu sporu, lecz także na zapewnieniu ewentualnych możliwości zewnętrznego finansowania kosztów tego postępowania. W rezultacie pandemia tylko przyspieszyła toczący się proces poszukiwania finansowania znany już wielu kancelariom procesowym, które w zależności od potrzeb finansowych klienta rekomendują zawarcie umowy o finansowanie sporu przez osobę trzecią. Wykorzystanie finansowania sporu przez osobę trzecią pozwala zarówno zapewnić klientowi płynność finansową, jak i przenieść ryzyko wyniku sporu na osobę trzecią (finansującego).

Poprzez próbę zapewnienia zewnętrznego finansowania kosztów postępowania przez osobę trzecią zawodowy pełnomocnik z jednej strony pomaga zapewnić klientowi realny dostęp do systemu sprawiedliwości (*access to justice*), a z drugiej – pozwala mu spojrzeć na spór jako aktywo (*company's assets*), które w przypadku wygranej może stanowić bonus wynikający z jego upłynnienia, szczególnie w kontekście rozliczenia finansowego na koniec roku księgowego. W rezultacie o ile pierwszy argument skierowany jest do potencjalnych finansowanych, dla których finansowanie jest *de facto* jedyną opcją dochodzenia swoich roszczeń, o tyle drugi otwiera dodatkową perspektywę dla tych potencjalnych finansowanych, którzy zdają sobie sprawę z możliwości i są otwarci na optymalizację finansową.

2. Pojęcie umowy o finansowanie oraz związek pomiędzy umową o finansowanie a umową o zastępstwo procesowe

Finansowanie sporu przez osobę trzecią to specyficzna konstrukcja prawna skutkująca związkiem trzech podmiotów, w którym każdy z nich ma pośrednio i bezpośrednio powiązane ze sobą interesy (faktyczne lub prawne). Zawarcie umowy o finansowanie (*litigation funding agreement*, dalej LFA) prowadzi zawsze do powstania faktycznego (jednak nie zawsze prawnego) trójstronnego stosunku pomiędzy finansującym, finansowanym i zawodowym pełnomocnikiem finansowanego². W rezultacie V. Shannon Sahani wskazuje

2 K. Zaleska-Korziuk, *Charakter prawny umowy o finansowanie postępowania arbitrażowego przez osobę trzecią*, Warszawa 2021, rozdział 4, § 3.

na dwa możliwe modele powiązań pomiędzy finansującym (*funder*), finansowanym (*funded party* albo *client*) oraz zawodowym pełnomocnikiem (*law firm*)³.

Z perspektywy ekonomicznej finansujący inwestuje kwotę potrzebną finansowanemu dla prowadzenia postępowania, której najczęściej najwyższą część stanowi honorarium zawodowego pełnomocnika, związanego umową o zastępstwo procesowe z finansowanym (najczęściej wierzycielem w danym sporze prawnym), dochodzącym swojego roszczenia. Finansujący obok samego udostępnienia środków finansowych przyjmuje na siebie również ryzyko rozstrzygnięcia sporu na niekorzyść finansowanego (*hedging*) oraz braku płynności finansowej finansowanego, a tym samym także zawodowego pełnomocnika. W ramach wynagrodzenia finansujący otrzymuje zwrot swojej inwestycji wraz z uzgodnioną uprzednio prowizją (*success fee*), ale jedynie w przypadku pozytywnego rozstrzygnięcia sporu dla finansowanego, tj. wydania korzystnego wyroku z perspektywy finansowanego lub zawarcia przez finansowanego ugody ze stroną przeciwną sporu.

Dwa możliwe modele powiązań przedstawiają diagramy A i B.



W pierwszym modelu (diagram A), który można określić jako tzw. model klasyczny, LFA i umowa o zastępstwo procesowe z zawodowym pełnomocnikiem zawierane są osobno i bezpośrednio przez stronę sporu z właściwym podmiotem. Odmienne w drugim modelu (diagram B) – strona sporu zawiera wyłącznie jedną umowę o zastępstwo procesowe, podczas gdy LFA zostaje zawarte przez zawodowego pełnomocnika bezpośrednio z finansującym, w ramach tzw. *law firm financing*.

Pomimo że relacja zobowiązaniowa w tzw. klasycznym rodzaju finansowania (diagram A)⁴ powstaje jedynie pomiędzy finansującym a finansowanym (wierzycielem lub powodem w procesie)⁵, zawodowy pełnomocnik odgrywa w całym procesie kluczową rolę. Jest on ogniwem spajającym stosunek zobowiązaniowy, „tłumaczem” poszczególnych kroków w trwającym procesie uzyskania finansowania pomiędzy finansującym a finansowanym, a później także osobą reprezentującą stronę bezpośrednio

3 V. Shannon Sahani, *Reshaping Third-Party Funding*, „Tulane Law Review” 2017/405, s. 415.

4 Finansowanie postępowań co do doboru modelu finansowania może być bardzo elastyczne w celu jak najlepszego dopasowania do potrzeb finansowych podmiotu finansowanego. Na potrzeby niniejszego artykułu przez klasyczny rodzaj finansowania rozumiane jest finansowanie pojedynczego roszczenia wierzyciela i stosunek zobowiązaniowy bezpośredni między finansującym oraz finansowanym; zob. diagram A.

5 Finansujący może również finansować stronę pozwaną w procesie (*defence funding*). Kluczowe w tym finansowaniu jest dokładne zdefiniowanie wydarzenia przyszłego wygranej (*success*), którego ryzyko braku wystąpienia przejmuje na siebie finansujący, a które to wydarzenie w przypadku jego wystąpienia pozwala finansującemu na otrzymanie uzgodnionej prowizji (*success fee*).



przed forum właściwym dla rozstrzygnięcia finansowego sporu⁶.

Na tzw. *law firm financing* (diagram B) decydują się najczęściej międzynarodowe lub duże kancelarie prawne, często zajmujące się prowadzeniem sporów w jurysdykcjach krajów tzw. *common law*, których celem jest przedstawienie kompleksowej (nie tylko *stricte* prawnej, lecz także finansowej) oferty stronie sporu (tj. potencjalnemu klientowi). W rezultacie finansujący może przykładowo umówić się z zawodowym pełnomocnikiem na pokrycie z góry części lub całości kosztów pozyskiwania potencjalnego klienta, wstępnej analizy sporu lub sporów tego samego, względnie wielu różnych potencjalnych klientów, przy czym powyższe finansowanie jest niezależnie od ewentualnego LFA (tzw. *seed funding*). Inną, dodatkową formą umowy *law firm financing* jest np. automatyczne obniżenie stawek godzinowych zawodowego pełnomocnika, których deltę (δ lub Δ) w odniesieniu do standardowych stawek pokrywa finansujący, przy czym w przypadku wydania orzeczenia na korzyść wierzyciela stawka zostaje odpowiednio przekalkulowana. Ostateczne ustalenie relacji *stricte* komercyjnej jest elastyczne oraz zależne od woli finansującego oraz zawodowego pełnomocnika.

Celem *law firm financing* jest zapewnienie zawodowemu pełnomocnikowi swobody wstępnej analizy sporów, których finansowaniem (czyli „inwestycją”) byłby zainteresowany finansujący z uwagi na: 1) profil finansowanych sporów, np. co do wysokości przedmiotu sporu (bądź portfola kilku sporów, które łącznie przekroczą ustaloną kwotę); 2) kwestie merytoryczne sporu (np. wyłącznie spory z zakresu nieuczciwej konkurencji albo jedynie spory inwestorów przeciwko państwu przyjmującym, dochodzonym w ramach arbitrażu inwestycyjnego) czy też 3) czasowe, z perspektywy finansującego wpływające na szybszy zwrot z inwestycji poczynionej przez finansowanie danego sporu (np. spory rokujące zawarciem ugody w kilka miesięcy od zawiśnięcia sporu przed właściwym forum).

Dzięki tzw. *law firm financing* finansujący może bardziej efektywnie dywersyfikować i tym samym mitygować ryzyka w zakresie portfeli finansowanych sporów.

W konsekwencji powyższego LFA i umowa o zastępstwo procesowe pozostają ze sobą w funkcjonalnym (ale nie prawnym) związku. Nie tylko obowiązki finansowanego wynikające z LFA (zarówno w modelu klasycznym, jak i tzw. *law firm financing*) mają potencjalnie wpływ na treść umowy o zastępstwo procesowe (np. w zakresie obowiązku przekazania bieżących informacji na temat stanu sprawy finansującemu), lecz także wynagrodzenie zawodowego pełnomocnika jest zasadniczo podstawowym kosztem, do którego poniesienia zobowiązuje się finansujący⁷. W rezultacie uzasadnione wydaje się przyjąć, że obie umowy stanowią związek umów składający się z odrębnych czynności tworzących odrębne stosunki prawne.

6 Finansowane są najczęściej spory komercyjne, zarówno przed sądami powszechnymi, jak i trybunałami arbitrażowymi; inną grupę finansowanych sporów stanowią te rozstrzygane w arbitrażu inwestycyjnym czy chociażby mediacje gospodarcze.

7 J. von Goeler, *Third-Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure*, Alphen aan den Rijn 2016, s. 28.

Bardziej problematyczne wydaje się ustalenie, czy obie analizowane umowy służą osiągnięciu tożsamego celu gospodarczego, co potencjalnie pozwala na kwalifikację tych umów jako kompleksu umów. O ile bowiem kwalifikacja umowy o zastępstwo procesowe jako umowy starannego działania, której przedmiotem świadczenia charakterystycznego jest udzielanie pomocy prawnej, jest utrwalona w literaturze przedmiotu⁸, o tyle LFA jest relatywnie nową konstrukcją prawną. W przypadku umowy LFA jej przedmiotem jest ponoszenie przez finansującego określonych kosztów postępowania, którego stroną jest finansowany, w zamian za wynagrodzenie lub zwrot poniesionych kosztów postępowania w przypadku wydania przez sąd orzeczenia na korzyść finansującego⁹. Uzależnienie obowiązku zapłaty wynagrodzenia lub zwrotu poniesionych kosztów na rzecz finansującego przez finansowanego jest przy tym uzależnione od zdarzenia losowego, co wskazuje na losowy charakter LFA¹⁰. W konsekwencji za wspólny dla obu umów cel gospodarczy można uznać uzyskanie możliwie najkorzystniejszego dla finansowanego rozstrzygnięcia¹¹. Nie wyklucza to jednocześnie posiadania własnych i indywidualnych celów przez obie z analizowanych umów¹².

Należy podkreślić, że o ile centralnym podmiotem, wokół którego zgrupowane są analizowane umowy, jest niewątpliwie finansowany, o tyle dominującą rolę w ramach kompleksu umów odgrywa LFA, to bowiem zawarcie bądź rozwiązanie LFA wywiera bezpośredni wpływ na zawarcie, rozwiązanie i samą treść umowy o zastępstwo procesowe¹³.

Mając na uwadze szczególną funkcję, jaką pełnią zawodowi pełnomocnicy w systemie prawnym, zwłaszcza w przypadku postępowań spornych, konieczna wydaje się analiza ewentualnej kolizji obowiązków zawodowych pełnomocników wynikających z odpowiednich przepisów prawnych (tj. Prawa o adwokaturze¹⁴ czy ustawy o radcach prawnych¹⁵) oraz deontologii zawodowych z ewentualnymi obowiązkami charakterystycznymi dla LFA.

3. Problemy etyczne pojawiające się w kontekście finansowania sprawy przez osobę trzecią

3.1. Uwagi ogólne

W literaturze przedmiotu¹⁶ zasadniczo wskazuje się, że relacja pomiędzy finansującym a zawodowym pełnomocnikiem, zarówno o charakterze prawnym, jak

8 K. Zaleska-Korziuk, *Charakter...*, rozdział 4 § 3, oraz cytowana tam literatura

9 K. Zaleska-Korziuk, *Charakter...*, rozdział 3 § 3.

10 K. Zaleska-Korziuk, *Charakter...*, rozdział 6 § 2.

11 K. Zaleska-Korziuk, *Charakter...*, rozdział 3 § 2; rozdział 4 § 3.

12 K. Zaleska-Korziuk, *Charakter...*, rozdział 4 § 6.

13 K. Zaleska-Korziuk, *Charakter...*, rozdział 4 § 3.

14 Ustawa z 26.05.1982 r. – Prawo o adwokaturze (Dz.U. z 2024 r. poz. 1564).

15 Ustawa z 6.07.1982 r. o radcach prawnych (Dz.U. z 2024 r. poz. 499).

16 Zob. m.in. C.A. Rogers, *Ethics in International Arbitration*, Oxford 2014, s. 194–198.

i faktycznym, może rodzić wątpliwości w kontekście niezależności zawodowego pełnomocnika, otrzymywania wynagrodzenia za prowadzenie sprawy od osoby trzeciej, a nie bezpośrednio od mocodawcy (*fee splitting*), oraz tajemnicy zawodowej.

Należy przy tym zauważyć, że w kontynentalnych systemach prawnych ani sama dopuszczalność zawierania LFA, ani możliwość prowadzenia przez zawodowych pełnomocników finansowanych postępowań nie budzą zasadniczo wątpliwości, niemniej jednak podkreślana jest konieczność dołożenia przez zawodowych pełnomocników należytej staranności z uwzględnieniem działania pełnomocnika w interesie jego mocodawcy, a nie finansującego.

Jedną z pierwszych uchwał dotyczących obowiązków zawodowych pełnomocników w relacjach z finansującymi była uchwała paryskiej izby adwokackiej (Conseil de l'Ordre) z 21.02.2017 r.¹⁷, która nie tylko potwierdziła dopuszczalność zawierania LFA na gruncie prawa francuskiego, lecz także uznała LFA za korzystną zarówno dla stron, jak i zawodowych pełnomocników. Niemniej jednak Conseil de l'Ordre wyraźnie podkreśliła, że zawodowy pełnomocnik pozostaje zobowiązany do ochrony interesów prawnych swojego mocodawcy i nie może świadczyć pomocy prawnej na rzecz finansującego ani przyjmować od finansującego instrukcji dotyczących sposobu prowadzenia sprawy, ani też udzielać mu bezpośrednio informacji na temat sprawy oraz odbywać spotkań z finansującym pod nieobecność finansowanego. W końcu, zawodowy pełnomocnik powinien nakłaniać finansowanego do ujawnienia faktu zawarcia LFA wobec sądu powszechnego czy sądu polubownego.

Podobnie na gruncie prawa norweskiego zawodowy pełnomocnik nie może podejmować się spraw, które ograniczyłyby jego niezależność, stwarzałyby zagrożenie dla tajemnicy zawodowej lub powodowałyby wystąpienie konfliktu interesów. Z tego powodu podkreśla się konieczność sporządzania LFA w sposób, który pozwoli na uniknięcie powyższego ryzyka¹⁸.

W przypadku prawa niemieckiego¹⁹ oraz prawa austriackiego²⁰ istnieje pogląd wskazujący na obowiązek spoczywający na zawodowym pełnomocniku – a w przypadku prawa austriackiego również na syndyku masy upadłości – udzielania informacji wierzycielowi o możliwości zawarcia LFA w celu pokrycia kosztów prowadzenia postępowania spornego.

Wreszcie, najdalej idące ograniczenia co do dopuszczalności zawierania LFA w ogóle zostały zawarte w szwajcarskim *Anwaltsgesetz* z 17.11.2003 r., w którym wprowadzono zakaz profesjonalnego finansowania sporów, a także czerpania korzyści uzależnionych od wyniku sprawy²¹. Niemniej jednak już w 2004 r. szwajcarski Federalny Sąd

Najwyższy (Schweizerisches Bundesgericht) uznał przedmiotowe zapisy za sprzeczne z zasadą swobody podejmowania działalności gospodarczej²². Ponadto odnosząc się bezpośrednio do zasad etycznych dotyczących zawodowych pełnomocników, Schweizerisches Bundesgericht wyraźnie wskazał, że typowe obowiązki wynikające z LFA dotyczące obowiązku udzielania finansującemu przez zawodowego pełnomocnika informacji o stanie sprawy oraz obowiązku zaniechania zawarcia ugody przez finansowanego bez uzyskania uprzedniej zgody finansującego nie naruszają niezależności zawodowego pełnomocnika. Jednocześnie Schweizerisches Bundesgericht wskazał, że nie dochodzi do naruszenia tajemnicy zawodowej w sytuacji ujawnienia przez zawodowego pełnomocnika informacji o stanie sprawy bezpośrednio finansującemu za zgodą finansowanego. W końcu, Schweizerisches Bundesgericht wypowiedział się co do ryzyka wystąpienia ewentualnego konfliktu interesów pomiędzy wszystkim zainteresowanymi stronami, zauważając, że zasadniczo interesy finansowanego i finansującego pozostają zbieżne, a ewentualne konflikty interesów powinny być zaadresowane w LFA²³.

W konsekwencji wprowadzanych stopniowo zmian w prawie szwajcarskim, zmierzających do przyznania większej swobody w kształtowaniu relacji z zawodowymi pełnomocnikami, a także krytyki zakazu kształtowania umowy z zawodowym pełnomocnikiem na podstawie *pactum de quota litis*, doszło do wykształcenia się poglądu, wyrażonego przez Schweizerisches Bundesgericht w wyroku z 13.06.2017 r., o dopuszczalności formy *pactum de palmario*. Polega ona na tym, że zawodowy pełnomocnik może w taki sposób ukształtować wysokość swojego honorarium na początku zawierania umowy ze swoim klientem, aby jego część była zależna od wygranej (*success fee*), jednak w stopniu nie wyższym od części honorarium niezależnej od wygranej w sprawie (*fixed fee*)²⁴.

Podobnie na gruncie prawa belgijskiego zasadniczo dopuszcza się możliwość udzielania informacji na temat przebiegu sprawy przez zawodowego pełnomocnika bezpośrednio finansującemu pod warunkiem uzyskania wyraźnej zgody finansowanego²⁵. Co ciekawe, zgoda finansowanego na informowanie finansującego o stanie sprawy wyrażana jest co do zasady bezpośrednio w LFA²⁶.

Powyższa analiza prawnoporównawcza uzasadnia rozważenie ewentualnych problemów mogących się pojawić na gruncie polskich deontologii zawodów prawniczych, tj. Zbioru Zasad Etyki Adwokackiej i Godności Zawodu (Kodeks Etyki Adwokackiej) oraz Kodeksu Etyki Radcy Prawnego. Dla zachowania przejrzystości, na gruncie polskich zasad etycznych przeanalizowane zostaną następujące problemy: przyjmowanie wynagrodzenia od finansującego, tj. osoby trzeciej; ujawnianie informacji objętych tajemnicą adwokacką bezpośrednio na rzecz finansującego; obowiązek nakłaniania do zawarcia ugody w sprawie oraz obowiązek ujawnienia przez zawodowego pełnomocnika faktu zawarcia LFA przed sądem lub sądem polubownym.

17 Zob. https://www.avocatparis.org/system/files/publications/rapport_et_projet_resolution_tpf_0.pdf (dostęp: 22.10.2024 r.).

18 A. Nordby, E.L. Tandrevold, K. Rosén, J.O. Aabø, *Norway* [w:] *The Third Party Litigation Funding Law Review*, red. S. Latham, London 2021, s. 142 i n.

19 F. von Zwehl, M. Stübinger, *The Third Party Litigation Funding Law Review: Germany*, 2022, Lexology.

20 A. Fremuth-Wolf, *Prozessfinanzierung – kurz und bündig erklärt*, ecolex 2022/535, 802, Zak 2022/677, Heft 18/2022.

21 U. Hoffmann-Nowotny, L. Burrus, *The Third Party Litigation Funding Law Review: Switzerland*, 2022, Lexology.

22 *Schweizerisches Bundesgericht*, BGE 131 I 223, 2004.

23 U. Hoffmann-Nowotny, L. Burrus, *The Third...*

24 *Schweizerisches Bundesgericht*, BGE 4A 240, 2016.

25 E. Fremault, *The Third Party Litigation Funding Law Review: Belgium*, 2022, Lexology.

26 K. Zaleska-Korziuk, *Charakter...*, rozdział 3 § 4 pkt IV, ppkt 3, lit. B i C.



3.2. Przyjmowanie wynagrodzenia od finansującego, tj. osoby trzeciej

Ani Kodeks Etyki Adwokackiej, ani Kodeks Etyki Radcy Prawnego nie ograniczają adwokatów i radców prawnych w przyjmowaniu wynagrodzenia za świadczone usługi od osób trzecich spełniających świadczenie w imieniu mocodawcy. Oba kodeksy wprowadzają natomiast ograniczenie co do możliwości tzw. *fee splitting*. Podczas gdy Kodeks Etyki Radcy Prawnego wyraźnie zabrania dzielenia się wynagrodzeniem z osobami, które nie uczestniczyły w świadczeniu pomocy prawnej (art. 36 ust. 3 Kodeksu Etyki Radcy Prawnego), Kodeks Etyki Adwokackiej zakazuje współpracy z podmiotami pozyskującymi klientów z naruszeniem prawa, zasad współżycia społecznego lub w sposób sprzeczny z godnością zawodu (§ 23 w zw. z § 23d Kodeksu Etyki Adwokackiej). Powyższe zakazy nie powinny przy tym budzić wątpliwości w kontekście LFA ani też szerzej na gruncie całego kompleksu umów składającego się na finansowanie sporu przez osobę trzecią jako transakcji gospodarczej. Poza bowiem LFA i umową o zastępstwo procesowe strony mogą zawierać także inne umowy, np. umowę o kolejności zaspokojenia (*priorities agreement*), która ma na celu uregulowanie rozliczeń pomiędzy finansującym, finansowanym, zawodowym pełnomocnikiem oraz ubezpieczycielem ATE (*after-the-event (ATE) insurer*) – w przypadkach gdy finansowany zawarł umowę ubezpieczenia ATE²⁷, a zawarcie tej umowy przez wszystkie zainteresowane strony jest uzasadnione brakiem wspólnego stosunku zobowiązaniowego (np. w sytuacji zawarcia LFA przez finansowanego zawodowy pełnomocnik nie ma roszczenia o zapłatę wynagrodzenia bezpośrednio przez finansującego). Ponadto umowa o kolejności zaspokojenia zasadniczo odnosi się do części wynagrodzenia zawodowego pełnomocnika uzależnionej od wyniku sprawy, podczas gdy podstawowe wynagrodzenie podlega uwzględnieniu w rozliczeniach w pierwszej kolejności (tj. jako koszt poniesiony przez finansującego)²⁸.

W tym miejscu należy podkreślić, że zawodowi pełnomocnicy mają obowiązek ustalenia wynagrodzenia za prowadzenie sprawy przed przystąpieniem do świadczenia pomocy prawnej (art. 36 ust. 1 Kodeksu Etyki Radcy Prawnego, § 50 Kodeksu Etyki Adwokackiej). Co więcej, brak zapłaty wynagrodzenia na rzecz zawodowego pełnomocnika nie może prowadzić do zaniechania podjęcia czynności w sprawie przez zawodowego pełnomocnika (art. 36 ust. 5 Kodeksu Etyki Radcy Prawnego, § 55 Kodeksu Etyki Adwokackiej), ale uzasadnia wypowiedzenie udzielonego pełnomocnictwa.

Mając powyższe na uwadze, nie sposób uznać, aby zawarcie LFA oraz zapłata wynagrodzenia na rzecz zawodowego pełnomocnika bezpośrednio przez finansującego stały w sprzeczności z przytoczonymi zasadami etyki.

27 K. Zaleska-Korziuk, *Charakter...*, rozdział 4 § 5.

28 K. Zaleska-Korziuk, *Charakter...*, rozdział 4 § 4; N. Rowles-Davies, J. Cousins, *Third Party Litigation Funding*, Oxford 2014, s. 125.

3.3. Ujawnianie informacji objętych tajemnicą adwokacką bezpośrednio na rzecz finansującego

Istotnym elementem obowiązków finansowanego wynikających z LFA jest udzielanie finansującemu informacji o stanie sprawy²⁹. W rezultacie LFA może przewidywać obowiązek zwolnienia zawodowego pełnomocnika z obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej wobec finansującego w celu bezpośredniego przekazywania finansującemu przez zawodowego pełnomocnika wszelkich informacji na temat przebiegu sprawy, udostępniania dokumentów do wglądu, a także umożliwienia uczestnictwa w spotkaniach dotyczących przebiegu postępowania³⁰.

W tym miejscu należy podkreślić, że o ile na gruncie prawa szwajcarskiego, niemieckiego czy belgijskiego przyjmuje się możliwość zwolnienia zawodowego pełnomocnika z tajemnicy zawodowej przez mocodawcę, o tyle możliwość taka jest kwestionowana na gruncie prawa francuskiego³¹, a na gruncie prawa polskiego pozostaje kontrowersyjna. Należy bowiem podkreślić, że tajemnica zawodowa wynika nie tylko z deontologii prawniczych (tj. § 19 Kodeksu Etyki Adwokackiej oraz art. 15–21 Kodeksu Etyki Radcy Prawnego), lecz także z art. 6 ust. 1 Prawa o adwokaturze oraz z art. 3 ustawy o radcach prawnych.

W literaturze wskazuje się na dwa konkurencyjne poglądy, w zależności od tego, który podmiot (tj. zawodowy pełnomocnik czy mocodawca) jest uznawany za dysponenta informacji objętych tajemnicą zawodową³².

Zgodnie z tradycyjnym stanowiskiem tajemnica zawodowa stanowi *imponderabilia* zawodu adwokata czy radcy prawnego i ma charakter bezwzględny, wykluczający możliwość zwolnienia zawodowego pełnomocnika z tej tajemnicy przez klienta. W przypadku uznania klienta za dysponenta wiadomości objętych tajemnicą zawodową nie budzi wątpliwości, że klient jest nie tylko uprawniony do zwolnienia profesjonalnego pełnomocnika z obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej, lecz także może zobowiązać pełnomocnika do ujawnienia wiadomości objętych tajemnicą zawodową osobom trzecim.

Przyjęcie bezwzględnego charakteru tajemnicy zawodowej prowadzi do nielogicznej sytuacji, w której o ile klient nie może zwolnić zawodowego pełnomocnika z tajemnicy zawodowej w celu umożliwienia bezpośredniego przekazania informacji objętych tą tajemnicą osobie trzeciej przez zawodowego pełnomocnika, o tyle może uzyskać te informacje od pełnomocnika osobiście i przekazać je odpowiednim osobom trzecim.

Jak słusznie zauważa T. Scheffler, nie ma podstaw do ograniczenia klienta w możliwości posłużenia się przedstawicielem w celu uzyskania informacji o stanie sprawy – w takim wypadku nie dochodzi do zwolnienia pełnomocnika z obowiązku zachowania tajemnicy

29 K. Zaleska-Korziuk, *Charakter...*, rozdział 3 § 4 pkt IV, ppkt 3, lit. C.

30 J. von Goeler, *Third-Party...*, s. 33; N. Rowles-Davies, J. Cousins, *Third...*, s. 122, 229–230.

31 G.M. Solas, *Third Party Funding. Law, Economics, and Policy*, Cambridge 2019, s. 110.

32 J. Naumann, *Zbiór Zasad Etyki Adwokackiej i Godności Zawodu. Komentarz*, Warszawa 2023, § 19.

zawodowej, a jedynie do wskazania osób upoważnionych do uzyskania objętych tajemnicą zawodową informacji czy dokumentów³³.

W świetle poczynionych uwag, bez względu na dysponenta tajemnicy zawodowej, uzasadnione wydaje się nie tyle dopuszczenie zwolnienia zawodowego pełnomocnika z tajemnicy zawodowej przez klienta, ile raczej upoważnienie określonych osób do uzyskiwania informacji objętych tajemnicą zawodową na zasadzie pełnomocnictwa. W związku z tym należy postulować udzielenie odpowiedniego upoważnienia finansującemu przez klienta w sposób jednoznaczny i precyzyjny, zarówno co do przedmiotu, jak i zakresu przekazywanych informacji.

3.4. Obowiązek zawarcia ugody w sprawie

Specyficzna relacja występująca pomiędzy pełnomocnikiem, finansowanym i finansującym, wyrażająca się we wspólnym celu gospodarczym, jakim jest uzyskanie pozytywnego wyniku rozstrzygnięcia finansowanego postępowania, rodzi ryzyko powstawania nieporozumień. Zgodne na początku zawierania umowy LFA nadrzędne interesy finansującego i finansowanego mogą rozminąć się w przypadku niejasnego podziału ról oraz zacierania się ich granic w trakcie trwania finansowania, w szczególności w przypadku (możliwości) zawarcia ugody w finansowanym sporze. Nie chodzi tutaj przy tym o możliwość bądź sam fakt zawarcia ugody, która zarówno z perspektywy finansującego, jak i finansowanego jest najczęściej pozytywnym sposobem rozwiązania sporu, lecz o jej dokładne warunki, w tym warunki finansowe. W przypadku kompleksowych modeli finansowania pojawiają się dodatkowe kwestie dotyczące czasu wykonania orzeczenia (tj. uzyskania zwrotu z inwestycji przez finansującego). W zależności od jurysdykcji, w której toczy się finansowane postępowanie, dodatkową wagę mogą mieć kwestie pararegulacyjne, czyli wyroki sądów powszechnych uściślające, jak powinny wyglądać wzajemne zależności finansującego i finansowanego³⁴. Podejście finansującego do zawierania przez finansowanego ugody zależy przede wszystkim od dwóch aspektów: po pierwsze, rozróżnienia spektrum faktycznego wpływu finansującego na podejmowanie kluczowych decyzji w finansowanym postępowaniu, gdzie praktyka odróżnia tzw. finansujących aktywnych (*hands-on approach*) od pasywnych (*hands-off approach*); po drugie, od uzgodnionego w LFA modelu finansowania oraz zasad wynagradzania finansującego.

Zaczynając od pierwszego aspektu, poziom aktywności finansującego w procesach decyzyjnych toczącego się postępowania zależy od modelu biznesowego przyjętego

przez danego finansującego, a także dopuszczalności aktywnego zaangażowania finansowanego w postępowanie w danej jurysdykcji, ewentualnie faktu zrzeszenia się przez finansującego w samoregulującym stowarzyszeniu branżowym³⁵ lub stosowania się do ustalonych wewnętrznie kodeksów etycznych bądź zasad dobrych praktyk³⁶.

Abstrahując od podstawy stosunku prawnego łączącego strony (np. wielopodmiotowe SPV, dwu- lub też trójpodmiotowa umowa LFA) czy też treści poszczególnych zapisów umownych, w praktyce finansujący w modelu finansowania bliższym spektrum modelu aktywnego (*hands-on*) szybciej podejmuje decyzje o finansowaniu (co wynika z efektywności wewnętrznej analizy prawdopodobieństwa wygrania sporu). Wychodzi on z wyższej tolerancji ryzyka (*risk appetite*), tj. na poziomie bliższym umownym 50% szans na wygraną, i nierzadko zakłada bardziej agresywny i często prostszy model finansowy warunków zwrotu inwestycji. W tym scenariuszu finansujący zainteresowany jest czynnym udziałem w podejmowaniu decyzji o dopuszczeniu lub zgodzie na zawarcie przez finansowanego ugody, co jest uzasadnione (komercyjnie) świadomym przejściem na siebie większego ryzyka w ramach samego finansowania.

Po drugiej stronie spektrum charakterystyki finansujących są tzw. finansujący pasywni. Finansujący pasywni często dłużej i bardziej wnikliwie analizują zapytania o finansowanie (decyzja o rozpoczęciu negocjacji LFA jest poprzedzona zarówno wewnętrznymi, jak i zewnętrznymi analizami prawnymi, finansowymi, a często – co najważniejsze – dyskusjami o dokładnej strategii procesowej w przynajmniej trzech, i często konserwatywnych, komercyjnoprawnych scenariuszach). Takie podejście wynika z intencji finansowania postępowań o zdecydowanie wyższym prawdopodobieństwie wygranej niż umowne 50%, a model finansowania jest dokładnie dopasowany do potrzeb finansowanego, a także najczęściej mniej agresywny i bardziej przejrzysty (tj. prowadzący do ustalenia z góry większości potencjalnych ryzyk procesowych i finansowych), oraz uwzględniający dodatkowe zachęty dla efektywnego kosztowo prowadzenia postępowania, jak chociażby oparcie go na elemencie zwrotu inwestycji w czasie. W przypadku tak skrupulatnie przygotowanego finansowania prawdopodobieństwo wystąpienia jakichkolwiek „niespodzianek” jest dużo niższe.

Przechodząc do drugiego aspektu, jakim jest ustalenie warunków zwrotu inwestycji dla finansującego (*return on investment*, ROI), stanowi on wraz z modelem finansowania sporu dla finansowanego *essentialia negotii* umowy LFA. Najprostsze modele finansowania bazują na wyliczeniu ROI finansującego w przypadku wygranej na podstawie określonego odgórnie procenta od wartości monetarnej³⁷ ugody albo wyroku bądź mnożnika (×) faktycznie poczynionej inwestycji do momentu ugody albo wyroku, alternatywnie mnożniku wysokości całości

33 L. Korczak [w:] *Kodeks Etyki Rady Prawnego. Komentarz*, red. T. Scheffler, Warszawa 2023, art. 15, nb 44.

34 Np. austriacki Sąd Najwyższy (Oberster Gerichtshof, OGH) stwierdził, że finansujący nie może doradzać prawnie stronie finansowanej bądź wywierać wpływu na toczące się postępowanie. Orzekł, że obowiązujący austriackich zawodowych pełnomocników zakaz wynikający z doktryny *pactum de quota litis* nie obowiązuje finansującego; zob. wyrok OGH z 23.02.2021 r., 4 Ob 180/20d.

35 Np. International Legal Finance Association, <https://www.ilfa.com> (dostęp: 24.10.2024 r.).

36 Zob. <https://www.ilfa.com/#best-practice> (dostęp: 24.10.2024 r.).

37 W szczególności w przypadku ugody strony mogą częściowo postanowić o niemonetarnych warunkach ugody, które są trudne do szybkiego wyliczenia w przypadku ROI opartej na wartości procentowej ugody. Tego typu scenariusze w przypadku prawdopodobieństwa ich wystąpienia są dokładnie omawiane na etapie negocjacji LFA.



umówionego, ale niekoniecznie w całości wypłaconego, kapitału (*multiple on invested capital*, MOIC). Bardziej kompleksowe modele finansowania uwzględniają dodatkowo aspekt czasowy trwania inwestycji (nie są oparte na odgórnie ustalonym procencie od wartości ugody albo wyroku, z uwagi na założenie, że im krótszy czas trwania inwestycji, tym niżej kalkulowany jest zwrot dla finansującego, a dla finansowanego jest on wyższy), co motywująco wpływa na finansowanego, o ile tylko możliwe jest skrócenie drogi procesowej, a także na finansującego, z uwagi na możliwość dokładnego wyliczenia wewnętrznej stopy zwrotu inwestycji (*internal rate of return*, IRR), co jest istotne z perspektywy inwestorów zewnętrznych, którzy przekazują swoje fundusze profesjonalnemu podmiotowi finansującemu.

W praktyce każdy z profesjonalnych finansujących plasuje się na rynku jako podmiot, który jest w swoim modelu biznesowym bliżej spektrum aktywnej albo pasywnej wersji modelu, a to okoliczności finansowanego postępowania i dopasowanego do strategii oraz możliwości procesowych modelu finansowania wymagają dokładnego uregulowania kwestii możliwości zawarcia ugody przy danej wysokości. Najczęściej w umowie LFA zawierane są scenariusze co do wysokości (wartości monetarnej) ugody w trzech scenariuszach oraz ustalane jest zachowanie finansowanego w każdym z nich: 1) finansowany zawiera ugody i (jedynie) informuje finansującego o tym fakcie, co wynika z niezagrażonego zwrotu inwestycji finansującego w myśl wcześniej uzgodnionego modelu finansowania; 2) finansowany wraz ze swoim zawodowym pełnomocnikiem rozważa zawarcie ugody i informuje o tym fakcie finansującego, albo 3) finansowany jest zobowiązany umownie do dokładnego przeanalizowania wszystkich możliwych scenariuszy ze swoim zawodowym pełnomocnikiem oraz finansującym i podjęcia decyzji najlepszej dla finansowanego, z uwzględnieniem interesów finansującego. W przypadku tzw. pasywnego modelu finansowania ostateczna decyzja podejmowana jest zawsze przez finansowanego. Ze względu jednak na bardzo wnikliwą analizę zasadności finansowania przed zawarciem LFA wystąpienie tego typu sytuacji jest bardzo mało prawdopodobne. W tzw. modelu aktywnym rozmowy między finansującym a finansowanym w tego typu sytuacjach mogą być bardziej zdecydowane.

Finansowanie postępowań przez podmioty trzecie właśnie ze względu na przypadek rzekomego wpływania przez jednego z finansujących na decyzję finansowanego o zawarciu ugody jest tematem jednego z toczących się sporów. Warto jednak zauważyć, że dyskutowana sytuacja bliższa jest złamaniu warunków LFA przez finansowanego, który miał dokonać cesji znacznej części swoich wierzycielności dotyczących finansowanych postępowań antymonopolowych z uwagi na własne względy handlowe, a także próbie wymuszenia akceptacji nowego zawodowego pełnomocnika przez finansującego, w obu przypadkach naruszającym zobowiązania umowne LFA. W rezultacie trudno mówić w tym wypadku o wywieraniu wpływu przez finansującego na finansowanego co do zawarcia bądź odrzucenia ugody³⁸.

38 E.R. Siegel, *Burford Blocked From Taking Over Sysco's Price-Fixing Lawsuit*, <https://news.bloomberglaw.com/us-law-week/burford-blocked-from-taking-over-syco-price-fixing-lawsuit> (dostęp: 7.11.2024 r.).

W rezultacie kwestia zastrzegania w LFA obowiązku uzyskania przez finansowanego zgody finansującego na zawarcie ugody w sprawie powinna być oceniana nie tyle z perspektywy zasad etyki zawodowego pełnomocnika, ile raczej przez pryzmat granic swobody umów. Z tego też powodu należy przychylić się do poglądu, który postuluje, aby w przypadku braku możliwości osiągnięcia przez strony LFA porozumienia co do zawarcia ugody w sprawie postępowanie było prowadzone dalej, na koszt i ryzyko strony, która nie wyraziła zgody na daną czynność procesową, przy czym strona ta ponosi również odpowiedzialność odszkodowawczą wobec drugiej strony³⁹. Jak wskazuje się w literaturze, rozwiązywanie uwzględnia zarówno cel gospodarczy LFA, jak i rozkład ryzyka niepowodzenia sprawy pomiędzy stronami, a za nieważne z uwagi na przekroczenie granic swobody umów należałoby uznać postanowienia, na mocy których finansowany nie tylko samodzielnie podejmuje decyzje co do sposobu prowadzenia sprawy, lecz także nie ponosi ewentualnej odpowiedzialności odszkodowawczej wobec finansowanego⁴⁰.

Jednocześnie należy przy tym podkreślić, że kodeksy dobrych praktyk dla finansujących nie zakazują zastrzegania tego typu obowiązków w umowie o finansowanie postępowania arbitrażowego przez osobę trzecią. Jednocześnie jednak angielski *Code of Conduct for Litigation Funders*⁴¹ w pkt 9.3. zobowiązuje finansującego do zaniechania wywierania jakiegokolwiek nacisku na profesjonalnego pełnomocnika finansowanego w celu przekazania kontroli nad sprawą lub prowadzenia sprawy finansującemu; podobne zapisy zawiera również art. 2.9 hongkońskiego *Code of Practice for Third Party Funding of Arbitration*⁴².

4. Podsumowanie

Finansowanie sporu przez osoby trzecie jest obecnie w pełni wykształconym mechanizmem ekonomicznym, o charakterze umowy empirycznej. Ekonomiczne uwarunkowania tego zjawiska, w szczególności zapewnienie zewnętrznego finansowania sporu oraz możliwości przeniesienia ryzyka na osobę trzecią, uzasadniają rosnące zainteresowanie TPF, zwłaszcza w kontekście wysokich kosztów procesowych i okołop procesowych (jak chociażby zapewnienie płynności finansowej w trakcie trwającego procesu).

Jednocześnie związek pomiędzy umową o finansowanie a umową o zastępstwo procesowe ma charakter zasadniczo związku faktycznego, a nie prawnego. Niemniej jednak scalenie interesów komercyjnych trzech podmiotów: finansującego, finansowanego i jego zawodowego

39 K. Zaleska-Korziuk, *Charakter...*, rozdział 5 § 3.

40 K. Zaleska-Korziuk, *Charakter...*, rozdział 5 § 3.

41 Zob. <https://associationoflitigationfunders.com/code-of-conduct/> (dostęp: 7.11.2024 r.).

42 The Government of Hong Kong Special Administrative Region, 2018, <https://www.info.gov.hk/gia/general/201812/07/P2018120700601.htm> (dostęp: 7.11.2024 r.).

pełnomocnika budzi pewne wątpliwości w świetle zasad etyki zawodowej zawodowych pełnomocników.

Przeprowadzona w niniejszym artykule analiza pozwala jednak na obiektywną ocenę problemów etycznych jako zasadniczo łatwych do rozwiązania z zachowaniem akceptowanych zasad postępowania zawodowych pełnomocników.

Tekst wyraża osobiste poglądy autorów i nie może być interpretowany jako stanowisko któregośkolwiek z pracodawców.

Bibliografia/References

- Fremault E., *The Third Party Litigation Funding Law Review: Belgium*, 2022, Lexology.
- Fremuth-Wolf A., *Prozessfinanzierung – kurz und bündig erklärt*, *ecolex* 2022/535, 802, *Zak* 2022/677, Heft 18/2022.
- von Goeler J., *Third-Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure*, Alphen aan den Rijn 2016.
- Hoffmann-Nowotny U., Burrus L., *The Third Party Litigation Funding Law Review: Switzerland*, 2022, Lexology.
- Korczak L. [w:] *Kodeks Etyki Radcy Prawnego. Komentarz*, red. T. Scheffler, Warszawa 2023.
- Lioudis N., *The Collapse of Lehman Brothers: A Case Study*, <https://www.investopedia.com/articles/economics/09/lehman-brothers-collapse.asp> (dostęp: 22.10.2024 r.).
- Naumann J., *Zbiór Zasad Etyki Adwokackiej i Godności Zawodu. Komentarz*, Warszawa 2023.
- Nordby A., Tandrevold E.L., Rosén K., Aabø J.O., Norway [w:] *The Third Party Litigation Funding Law Review*, red. S. Latham, London 2021.
- Rogers C.A., *Ethics in International Arbitration*, Oxford 2014.
- Rowles-Davies N., Cousins J., *Third Party Litigation Funding*, Oxford 2014.
- Shannon Sahani V., *Reshaping Third-Party Funding*, „Tulane Law Review” 2017/405.
- Siegel E.R., *Burford Blocked From Taking Over Sysco’s Price-Fixing Lawsuit*, <https://news.bloomberglaw.com/us-law-week/burford-blocked-from-taking-over-sysco-price-fixing-lawsuit> (dostęp: 7.11.2024 r.).
- Solas G.M., *Third Party Funding. Law, Economics, and Policy*, Cambridge 2019.
- Zaleska-Korziuk K., *Charakter prawny umowy o finansowanie postępowania arbitrażowego przez osobę trzecią*, Warszawa 2021.
- von Zwehl F., Stübinger M., *The Third Party Litigation Funding Law Review: Germany*, 2022, Lexology.

Abstract

dr Kaja Zaleska-Korziuk

The author is an assistant professor at the Faculty of Law and Administration, University of Gdansk, Poland, and an advocate (ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4389-7308>).

Patryk Kulig

The author is a PhD student at the Institute of Law Studies, Polish Academy of Sciences in Warsaw, Poland, a lawyer, and a mediator (ORCID: <https://orcid.org/0009-0004-5941-2058>).

Authors’ contributions:

Kaja Zaleska-Korziuk – 50%

Patryk Kulig – 50%

Litigation Funded by a Third Party in the Context of Professional Duties of Attorneys Resulting from Professional Ethics

Keywords: *litigation funding, professional ethics, litigation attorney, litigation representation, litigation funding agreement, third-party funding, litigation finance, TPF*

The funding of litigation by a third party, that is, a person who is not a party to the dispute, but only pays the costs of the proceedings, is an economic phenomenon successfully used in common law countries, which is becoming more and more popular in disputes heard by courts and arbitration tribunals of countries with continental legal systems. A professional litigation representative of a party is an important element of the factual relationships that emerge due to third-party litigation funding. Professional assessment of the litigation made by the litigation representative is important both from the client’s perspective (as a party to an already pending or future dispute before the competent court or arbitration tribunal) and from the perspective of the funder, from providing information about the dispute at the stage of negotiating the funding to consultancy relating to the funding agreement. If the parties enter into a funding agreement, the duties of a professional litigation representative include also informing the funder about the progress of the case and the likely way in which it is going to be determined. The multi-faceted role of the representative in litigation funded by a third party, as well as the additional duties borne by such a litigation representative vis-a-vis the funder may give rise to questions in the area of principles of professional ethics of the representative. The analysis carried out in this article warrants the statement that if parties enter into a third-party litigation funding agreement there are no ethical obstacles, from the point of view of a professional representative, that would limit the permissibility of litigation being funded by third persons.



dr Mateusz Baszczyk

Autor jest radcą prawnym (ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2595-0104>).

dr Michał Torończak

Autor jest adwokatem.

Udział w autorstwie tekstu:

Mateusz Baszczyk – 50%

Michał Torończak – 50%

Bank jako spółka przejmująca w podziale spółki niebędącej bankiem i jako nabywca przedsiębiorstwa podmiotu niebędącego bankiem

Słowa kluczowe: bank, Komisja Nadzoru Finansowego, przejęcie, podział, przedsiębiorstwo

Co do zasady udział banków w transakcjach fuzji i przejęć (tzw. M&A, *mergers and acquisitions*) podlega ścisłej reglamentacji administracyjnoprawnej. Zasady, na jakich banki mogą brać udział w tego typu przekształceniach, zostały wprost określone w Prawie bankowym¹ (art. 124–124d pr. bank.). Żaden przepis wspomnianej ustawy nie odnosi się jednak do udziału banku w roli spółki przejmującej w procesie podziału spółki niebędącej bankiem ani do nabycia przez bank przedsiębiorstwa podmiotu niebędącego bankiem bądź też jego zorganizowanej części. Z tego względu zasadne jest dokonanie analizy, czy, a jeśli tak, to na jakich zasadach, bank jest uprawniony do bycia spółką przejmującą w podziale spółki niebędącej bankiem, jak również do nabycia przedsiębiorstwa niebankowego lub zorganizowanej części takiego przedsiębiorstwa².

I. Dopuszczalność występowania przez bank w roli spółki przejmującej w podziale przedsiębiorstwa niebankowego

Zasady, na jakich banki mogą brać udział w transakcjach fuzji i przejęć, zostały określone w art. 124–124d pr. bank. W pierwszej kolejności wynika z nich, że bank może połączyć się jedynie z innym bankiem albo instytucją kredytową, a dokonanie takiego połączenia

wymaga uzyskania zezwolenia Komisji Nadzoru Finansowego (KNF) (art. 124 ust. 1 pr. bank.). Przepisy wprowadzają także reglamentację możliwości nabycia przedsiębiorstwa banku oraz jego zorganizowanej części przez bank, uzależniając dopuszczalność takiego działania od otrzymania zezwolenia KNF (art. 124a pr. bank.). Wreszcie, przepisy wskazują dopuszczalny sposób podziału banku w formie spółki akcyjnej (art. 124c pr. bank.), uzależniając możliwość dokonania takiego podziału od uzyskania zezwolenia KNF, a w przypadku banków spółdzielczych całkowicie wykluczają możliwość podziału (art. 124b pr. bank.).

Wymaga podkreślenia, że żadne z powyższych ograniczeń nie dotyczy kwestii udziału banku, jako spółki przejmującej, w podziale spółki niebędącej bankiem, ani też nabycia przez bank przedsiębiorstwa (bądź też jego zorganizowanej części) podmiotu niebędącego bankiem. W naturalny sposób rodzą się więc pytania, czy bank

¹ Ustawa z 29.08.1997 r. – Prawo bankowe (Dz.U. z 2023 r. poz. 2488 ze zm.) – dalej pr. bank.

² Dalej również jako podział przedsiębiorstwa niebankowego.

może uczestniczyć, jako spółka przejmująca, w podziale spółki niebędącej bankiem, jak również, czy bank może być nabywcą przedsiębiorstwa podmiotu niebędącego bankiem lub jego zorganizowanej części.

W odniesieniu do pierwszego z nich zarówno doktryna³, jak i praktyka obrotu⁴, udzielają jednoznacznej odpowiedzi twierdzącej. *De lege lata* jest to w pełni zasadne podejście, zasługujące na aprobatę. Odzwierciedla ono regułę interpretacyjną *exceptiones non sunt extendendae*. Nie ulega bowiem wątpliwości, że adresowane do banków zakazy i ograniczenia w sferze transakcji fuzji i przejęć nie powinny być interpretowane rozszerzająco, a należy je rozumieć ściśle⁵.

Należy przy tym podkreślić, że dopuszczalność występowania przez bank w roli spółki przejmującej w podziale spółki niebędącej bankiem w żadnym razie nie jest odgórnie ograniczona do podziałów domów maklerskich, jak najczęściej ma to miejsce w praktyce obrotu. Możliwość taka odnosi się do spółek prowadzących dowolny rodzaj działalności gospodarczej, niekoniecznie nawet mieszczącej się w sferze szeroko rozumianych usług finansowych.

Jak się wydaje, w analogiczny sposób należałoby podchodzić do kwestii dopuszczalności nabywania przez bank przedsiębiorstwa podmiotu niebędącego bankiem lub jego zorganizowanej części. Również takie działanie nie zostało bowiem w sposób wyraźny wymienione w żadnym z przepisów mających na celu reglamentację udziału banków w transakcjach fuzji i przejęć. W konsekwencji nie ma uzasadnienia dla uznawania, że nabywanie przez bank przedsiębiorstwa podmiotu niebędącego bankiem lub jego zorganizowanej części jest objęte zakresem art. 124–124d pr. bank. Innymi słowy, bank może nabyć przedsiębiorstwo dowolnego podmiotu niebędącego bankiem lub jego zorganizowaną część bez konieczności uzyskiwania jakiegokolwiek zezwolenia (chyba że tego rodzaju wymóg przewidywałyby przepisy szczególne odnoszące się do nabywania danego rodzaju przedsiębiorstw).

Powyższe nie oznacza jednak, że nadzór powinien być zaskakiwany zamiarami banku w odniesieniu do analizowanych transakcji. Przeciwnie, dobrą praktyką byłoby informowanie KNF z wyprzedzeniem o planowanych działaniach banku.

2. Podział spółki oraz zbycie przedsiębiorstwa – zagadnienia ogólne

Dla kompleksowego omówienia problematyki niniejszej publikacji istotne jest przedstawienie kluczowych zagadnień dotyczących podziału spółki oraz zbycia

przedsiębiorstwa, w szczególności zaś różnic między nimi w odniesieniu do zasad odpowiedzialności, sukcesji praw i obowiązków, a także wymaganych prawem kroków do ich przeprowadzenia.

Ze względu na tematykę publikacji oraz ograniczenia prawne dotyczące formy prowadzenia działalności bankowej⁶ rozważania dotyczące podziału spółki zostały ograniczone do przypadku, gdy to bank (będący spółką akcyjną) pełni funkcję spółki przejmującej.

2.1. Podział spółki

Zgodnie z art. 529 § 1 Kodeksu spółek handlowych⁷ wyróżniamy następujące sposoby podziału spółki: 1) podział przez przejęcie, 2) podział przez zawiązanie nowych spółek, 3) podział przez przejęcie i zawiązanie nowej spółki, 4) podział przez wydzielenie, 5) podział przez wyodrębnienie⁸.

W przypadku podziału przez przejęcie, podziału przez zawiązanie nowych spółek oraz podziału przez przejęcie i zawiązanie nowej spółki dochodzi do rozdysponowania całego majątku spółki dzielonej⁹. Natomiast w przypadku podziału przez wydzielenie oraz podziału przez wyodrębnienie przeniesienie dotyczy wyłącznie części majątku spółki dzielonej. Elementem konstytutywnym każdego podziału jest zawsze przejęcie całości lub części majątku spółki dzielonej przez spółki przejmujące lub nowo zawiązane. Z ekonomicznego punktu widzenia przeprowadzenie podziału może skutkować przejęciem części majątku spółki dzielonej przez dotychczas istniejący podmiot. W tym zakresie mamy do czynienia z sukcesją uniwersalną częściową (por. art. 531 k.s.h.).

Z powyższego wynika, że – w interesującym nas stanie faktycznym – w wyniku podziału spółki niebędącej bankiem bank (jako spółka przejmująca) może przejąć część majątku podmiotu, który został poddany podziałowi. Pozostały majątek spółki dzielonej, w zależności od mającego zastosowanie sposobu podziału, albo pozostanie przy niej, albo będzie podlegał przejęciu przez inny podmiot.

2.1.1. Podział spółki – kapitał zakładowy oraz statut spółki przejmującej

Elementem – co do zasady¹⁰ – wpisanym w procedurę podziału spółki jest podwyższenie kapitału zakładowego spółki przejmującej. Spółka ta nabywa bowiem majątek spółki przejmowanej, a świadczeniem ekwiwalentnym dla wspólników tej drugiej spółki są prawa udziałowe w spółce

3 M. Bobrzyński [w:] *Prawo bankowe. Komentarz*, red. J. Dybiński, Legalis 2023, art. 124 pr. bank., pkt A.3.

4 B. Supernak, *Bank Millennium sfinalizował podział Millennium Domu Maklerskiego*, inwestycje.pl, <https://inwestycje.pl/biznes/bank-millennium-sfinalizowal-podzial-millennium-domu-maklerskiego/> (dostęp: 24.10.2024 r.).

5 W tym kontekście warto zauważyć, że kwestia odwrotna niż analizowana w niniejszej publikacji, tj. zagadnienie nabywania przedsiębiorstwa bankowego lub jego zorganizowanej części przez podmiot niebędący bankiem, budzi kontrowersje w doktrynie; por. np. R. Kwaśnicki, A. Rataj [w:] *Prawo bankowe. Komentarz*, t. 2, red. F. Zoll, Kraków 2005, art. 124a, nt 8; A. Kawulski, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2013, art. 124a, nt 7.

6 Zgodnie z art. 12 pr. bank. banki mogą być tworzone jako banki państwowe, banki spółdzielcze lub banki w formie spółek akcyjnych.

7 Ustawa z 15.09.2000 r. – Kodeks spółek handlowych (Dz.U. z 2024 r. poz. 18 ze zm.) – dalej k.s.h.

8 Z dniem 15.09.2023 r. do Kodeksu spółek handlowych dodano nowy sposób podziału – podział przez wyodrębnienie. Został on wprowadzony na podstawie ustawy z 16.08.2023 r. o zmianie ustawy – Kodeks spółek handlowych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 1705).

9 W doktrynie nazywane są one podziałem *sensu stricto* lub podziałem przez „rozdzielenie” – por. A. Szumański [w:] S. Soltysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja, *Kodeks spółek handlowych*, t. 4, *Łączenie, podział i przekształcanie spółek. Przepisy karne. Komentarz do artykułów 491–633*, Warszawa 2012, art. 529, nb 1–2.

10 Wyjątki w tym zakresie zostaną omówione w dalszej części artykułu.



przejmującej. Należy zauważyć, że art. 529 § 1 k.s.h., który określa rodzaje podziałów oraz je definiuje, wiąże z przeniesieniem (całości lub części) majątku spółki dzielonej wydanie udziałów lub akcji w spółce przejmującej lub nowo związanej.

Moment podwyższenia kapitału zakładowego spółki przejmującej ma kluczowe znaczenie dla rejestracji samego podziału:

- a) zgodnie z art. 542 § 2 k.s.h. wykreślenie spółki dzielonej z rejestru następuje z urzędu niezwłocznie po zarejestrowaniu podwyższenia kapitału zakładowego spółek przejmujących albo po zarejestrowaniu nowych spółek uczestniczących w podziale;
- b) z kolei w przypadku podziału przez wydzielenie lub wyodrębnienie wpisu do rejestru dokonuje się niezwłocznie po zarejestrowaniu obniżenia kapitału zakładowego spółki dzielonej, chyba że wydzielenie albo wyodrębnienie następuje z kapitałów własnych spółki innych niż zakładowy (art. 542 § 4 k.s.h.); zgodnie z art. 530 § 2 zd. 2 k.s.h. dniem wyodrębnienia albo wydzielenia jest dzień wpisu podwyższenia kapitału zakładowego spółki przejmującej.

W kontekście banku pełniącego rolę spółki przejmującej istotne jest to, że podwyższenie kapitału zakładowego jest równoznaczne ze zmianą statutu, która to zmiana wymaga uzyskania zezwolenia KNF wydawanego w trybie art. 34 ust. 2 pr. bank. W tym względzie należy mieć na uwadze, że, zgodnie z art. 534 § 2 pkt 2 k.s.h., do planu podziału należy dołączyć projekt zmiany statutu spółki przejmującej. Ponadto, gdy podwyższenie kapitału zakładowego spółki przejmującej (banku) będzie wiązało się z nabyciem znacznych pakietów akcji banku przez dotychczasowych udziałowców lub akcjonariuszy spółki dzielonej, zaktualizują się obowiązki notyfikacyjne opisane w dalszej części niniejszej publikacji.

Naszym zdaniem nie zawsze podział wiąże się z koniecznością podwyższenia kapitału zakładowego spółki przejmującej. Taki wymóg nie zachodzi, gdy spółka przejmująca posiada udziały w spółce przejmowanej¹¹. Zgodnie bowiem z art. 550 § 1 k.s.h. spółka przejmująca nie może objąć własnych udziałów albo akcji własnych za udziały lub akcje, które posiada w spółce dzielonej, ani też za własne udziały lub akcje spółki dzielonej¹². Ponadto zgodnie z art. 531 § 5 k.s.h. z dniem podziału wspólnicy spółki dzielonej stają się współnikami spółki przejmującej. W analizowanym stanie faktycznym oznaczałoby to, że z dniem podziału spółka przejmująca stawałaby się swoim własnym współnikiem, co *per se* nie byłoby rozwiązaniem ani racjonalnym, ani też pożądanym przez

11 Taki stan rzecz miał zazwyczaj miejsce przy podziałach domów maklerskich, w których role spółek przejmujących odgrywały banki; por. przykładowo plan podziału Santander Securities S.A. (https://www.santander.pl/regulation_file_server/download?id=161808&lang=pl_PL, dostęp: 29.10.2024 r.).

12 *Ratio legis* tego zakazu jest wykluczenie możliwości obejmowania własnych udziałów czy akcji przez spółkę przejmującą w ramach procesu podziału. Jako przyczynę odrębnego uregulowania tej kwestii (niezależnie od zasad ogólnych stosowanych do danego typu spółki, w przypadku spółki akcyjnej – art. 366 § 1 zd. 1 k.s.h.) wskazuje się to, że w ramach podziału nie mamy do czynienia z objęciem udziałów lub akcji; por. szerzej na ten temat A. Szumański [w:] S. Soltysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja, *Kodeks...*, art. 550, nb 2.

ustawodawcą¹³. Poza zakresem zakazu wyrażonego w art. 550 § 1 k.s.h. pozostaje podział, w ramach którego zawiązana zostaje nowa spółka¹⁴. Ponadto w polskim prawie brak jest ogólnego odesłania do przepisów poświęconych połączeniu, gdy dana kwestia nie jest uregulowana w części poświęconej podziałowi¹⁵.

Oznacza to, że mamy do czynienia z sytuacją, w której z jednej strony wyrażony jest zakaz obejmowania własnych praw udziałowych przez spółkę w przypadku podziału jej spółki zależnej, a z drugiej brak jest normy, która wprost umożliwiałaby przeprowadzenie podziału bez podwyższenia kapitału zakładowego na wzór art. 515¹ k.s.h. W tej kwestii w literaturze prezentowane są wykluczające się poglądy. Zgodnie z pierwszym takie rozwiązanie jest dopuszczalne¹⁶. Odmienne, restrykcyjny pogląd przyjmuje brak takiej możliwości¹⁷.

Odstąpienie od podwyższenia kapitału zakładowego spółki przejmującej, przy jednoczesnym niedokonywaniu innych zmian w jej statucie¹⁸, powoduje, że nie aktualizują się uprawnienia nadzorcze KNF do zgłoszenia sprzeciwu wobec zamiaru objęcia akcji banku i wydania zezwolenia na zmiany statutu banku.

2.1.2. Sukcesja uniwersalna częściowa

Zasady sukcesji praw i obowiązków związanej z podziałem spółki reguluje art. 531 k.s.h. Zgodnie z art. 531 § 1 k.s.h. spółka przejmująca nabywa prawa i obowiązki spółki dzielonej określone w planie podziału. „Częściowy” charakter sukcesji uniwersalnej polega na tym, że przęciu podlegają wyłącznie prawa i obowiązki przypisane do spółki przejmującej w planie podziału. Następstwo prawne w tym przypadku ma charakter wieloaspektowy, ponieważ dotyczy nie tylko kwestii cywilnoprawnych, lecz także procesowych, administracyjnych, pracowniczych oraz podatkowych.

13 Słusznie wskazuje się w doktrynie, że spółka kapitałowa, która byłaby wspólnikiem w samej sobie, byłaby wynaturzeniem idei *societas*; por. R. Adamus [w:] *Kodeks spółek handlowych. Krajowe i transgraniczne transformacje podmiotowe spółek prawa handlowego. Nowelizacja z 16.8.2023 r. Komentarz. Linia orzecznicza*, red. R. Adamus, B. Groele, Warszawa 2023, art. 550 k.s.h., nb 1.

14 Jest to pogląd powszechnie aprobowany w doktrynie; por. U. Roge [w:] *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, red. Z. Jara, Legalis 2023, art. 550, nb 4.

15 Przykładowo, takie rozwiązanie znajduje się w ustawodawstwie niemieckim. Zgodnie z art. 125 ustawy o przekształceniu podmiotów prawnych z 28.10.1994 r. (*Umwandlungsgesetz*) do podziału, jeżeli przepis nie stanowi inaczej, stosuje się (wprost lub odpowiednio) regulację poświęconą połączeniu, z zastrzeżeniem wyłączeń wskazanych w tej ustawie.

16 Por. A. Szumański [w:] S. Soltysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja, *Kodeks...*, art. 529, nb 8. A. Szumański opowiadał się za stosowaniem art. 515 k.s.h. przez analogię. Pogląd ten został wyrażony przed nowelizacją art. 515 k.s.h., która weszła w życie 1.03.2020 r. (wprowadzona ustawą z 19.07.2019 r. o zmianie ustawy – Kodeks spółek handlowych oraz niektórych innych ustaw; Dz.U. poz. 1655 ze zm.). Za dopuszczalnością takiego rozwiązania opowiadał się A. Nowacki, *Procedura podziału spółki*, Warszawa 2013, s. 332–336, a w odniesieniu do podziału przez wydzielenie – P. Rysiak, *Podział spółki przez wydzielenie bez podwyższania kapitału zakładowego spółki przejmującej*, „Przełęcz Prawa Handlowego” 2015/8, s. 37.

17 Por. M. Rodzyńkiewicz [w:] *Kodeks spółek handlowych*, t. 4, *Łączenie, podział i przekształcanie spółek. Przepisy karne. Komentarz*, Art. 491–633, red. A. Opalski, Warszawa 2016, art. 529, nb 4–5. Autor ten jednoznacznie wyklucza taką możliwość, podkreślając przy tym, że w obecnym stanie prawnym nie jest dopuszczalny podział przez wydzielenie ze spółki w 100% zależnej części majątku do jej spółki matki.

18 Dokonywanie zmian w statucie (innych niż podwyższenie kapitału zakładowego) nie jest obligatoryjne. Gdy odstępuje się od emisji akcji, możliwe jest odstąpienie od dołączenia do planu podziału projektu zmian statutu spółki przejmującej, o którym stanowi art. 534 § 2 pkt 2 k.s.h. Wówczas plan podziału powinien wskazywać, że nie przewiduje się zmian w statucie. Dopuszczalność takiego rozwiązania jest postulowana w doktrynie na tle procesu połączenia; por. M. Grześków, *Połączenie odwrotne (downstream merger)*, Warszawa 2023, rozdział V, § 2, pkt V.3.

Sukcesja praw i obowiązków cywilnoprawnych – jak wskazano – następuje *ex lege*, co oznacza, że – w szczególności – brak jest potrzeby uzyskiwania zgód kontrahentów na przeniesienie obowiązków z umów w trybie art. 519 i n. Kodeksu cywilnego¹⁹, co w przypadku rozbudowanych działalności może być procesem długotrwałym i uciążliwym, a także obciążonym ryzykiem nieuzyskania zgody na przejęcie obowiązków przez nowego dłużnika.

Jak już wspomniano, sukcesja następuje również w sferze administracyjnoprawnej. Na spółkę przejmującą przechodzą w szczególności zezwolenia, koncesje oraz ulgi, pozostające w związku z przydzielonymi jej w planie podziału składnikami majątku spółki dzielonej, a które zostały przyznane spółce dzielonej, chyba że ustawa lub decyzja o udzieleniu zezwolenia, koncesji lub ulgi stanowi inaczej (art. 531 § 2 k.s.h.). W odniesieniu jednak do zezwoleń i koncesji udzielonych spółce będącej instytucją finansową stosuje się odmienną regulację, zgodnie z którą organ, który wydał zezwolenie lub udzielił koncesji, może zgłosić sprzeciw w terminie miesiąca od dnia ogłoszenia planu podziału (art. 531 § 6 k.s.h.). Ta kwestia może mieć znaczenie w sytuacji, gdy spółką, w której podziale miałby uczestniczyć bank, będzie niebędąca bankiem instytucja finansowa. W zasadzie w takim przypadku na bank powinny przechodzić tylko zezwolenia na wykonywanie tych czynności, do których realizowania generalnie uprawnione są banki i zarazem do których wykonywania przygotowany jest dany, konkretny bank. Tą regułą powinny kierować się organy przy podejmowaniu decyzji co do zgłoszenia sprzeciwu. Nawet gdyby w wyniku udziału w podziale spółki niebędącej bankiem, ale posiadającej status instytucji finansowej, na bank przeszły jakieś zezwolenia lub koncesje niespełniające wspomnianego kryterium, to i tak bank będzie mógł kontynuować aktywność spółki dzielonej jedynie na zasadach opisanych w pkt 3 niniejszej publikacji.

2.2. Zbycie przedsiębiorstwa lub jego zorganizowanej części

Kolejne zagadnienie, którego choćby ogólne omówienie jest istotne z punktu widzenia problematyki publikacji, stanowi zbycie przedsiębiorstwa²⁰ lub jego zorganizowanej części.

Na wstępie warto przypomnieć, że ani „przedsiębiorstwo”, ani „zorganizowana część przedsiębiorstwa” nie są pojęciami zdefiniowanymi w Prawie bankowym. W tym zakresie konieczne jest więc sięgnięcie do postanowień innych aktów prawnych.

Zgodnie z art. 55¹ k.c. przedsiębiorstwo to zorganizowany zespół składników niematerialnych i materialnych przeznaczonych do prowadzenia działalności gospodarczej, w skład którego wchodzi w szczególności: 1) własność nieruchomości lub ruchomości, 2) prawa wynikające z umów najmu i dzierżawy nieruchomości lub ruchomości, 3) wierzycielności, jak również 4) koncesje, licencje

i zezwolenia. Należy zwrócić uwagę, że w skład tak zdefiniowanego przedsiębiorstwa nie wchodzi zobowiązania²¹. Przedsiębiorstwo w rozumieniu Kodeksu cywilnego stanowi więc wyłącznie zespół aktywów. Czynność prawna, która ma za przedmiot przedsiębiorstwo, obejmuje wszystko, co wchodzi w jego skład, chyba że inaczej stanowi treści tej czynności prawnej albo przepisy szczególne (art. 55² k.c.).

Z kolei definicję legalną zorganizowanej części przedsiębiorstwa zawierają przepisy prawa podatkowego. Zgodnie z art. 2 pkt 27e ustawy o podatku od towarów i usług²² jest to organizacyjnie i finansowo wyodrębniony w istniejącym przedsiębiorstwie zespół składników materialnych i niematerialnych, w tym zobowiązania, przeznaczonych do realizacji określonych zadań gospodarczych, który zarazem mógłby stanowić niezależne przedsiębiorstwo samodzielnie realizujące te zadania²³. Zakwalifikowanie zbioru składników materialnych i niematerialnych jako przedsiębiorstwa lub zorganizowanej części przedsiębiorstwa powoduje, że dotycząca go czynność nie podlega podatkowi VAT (art. 6 pkt 1 u.VAT), lecz podatkowi od czynności cywilnoprawnych.

W przypadku przeniesienia przedsiębiorstwa lub jego zorganizowanej części nie mamy do czynienia z sukcesją uniwersalną, lecz z sukcesją singularną. Nabywca nie wchodzi więc w ogół (lub część, jak w przypadku podziału) praw i obowiązków zbywcy. Wyłączenie zobowiązań z zakresu definicji przedsiębiorstwa powoduje, że ich przeniesienie wymaga dokonania czynności przewidzianych w art. 519 i n. k.c.²⁴ Oznacza to w szczególności, że przeniesienie całości kształtu praw i zobowiązań z umów z kontrahentami wymaga uzyskania ich zgód, co czyni cały proces bardziej złożonym i długotrwałym. Konsekwencją takiego stanu rzeczy jest to, że umowy zbycia przedsiębiorstwa realizowane są dwuetapowo, tj. w pierwszej kolejności zawierana jest umowa przedwstępna, w której jako jedno z zobowiązań do wykonania wskazywane jest uzyskanie zgód na przeniesienie umów, a następnie podpisywana jest umowa przyrzeczona, która przenosi przedsiębiorstwo wraz z zobowiązaniami związanymi z jego prowadzeniem na nowego nabywcę.

3. Kwestia możliwości kontynuowania przez bank działalności prowadzonej przez przejęte przedsiębiorstwo niebankowe lub jego część

Po generalnym stwierdzeniu, że *de lege lata* bank może pełnić funkcję spółki przejmującej w podziale spółki niebędącej bankiem i że jest on uprawniony do nabycia

19 Ustawa z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. z 2024 r. poz. 1061 ze zm.) – dalej k.c.

20 Sformułowanie „zbycie przedsiębiorstwa” ustawodawca posługuje się w wielu miejscach, np. w art. 75¹ i 109³ k.c. Należy rozumieć przez nie czynności, które powodują przeniesienie własności przedsiębiorstwa na inny podmiot, wśród których najczęściej wymienia się: 1) sprzedaż, 2) darowiznę oraz 3) zamianę przedsiębiorstwa; por. A. Opalski [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 9, *Prawo zobowiązań – umowy nienazwane*, red. W.J. Katner, Warszawa 2023, s. 1155–1157.

21 Por. zamiast wielu: J. Kuźmicka-Sulikowska [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, Warszawa 2023, art. 55¹, nb 4.

22 Ustawa z 11.03.2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz.U. z 2024 r. poz. 361 ze zm.) – dalej u.VAT.

23 Taką samą definicję zawiera art. 4a pkt 4 ustawy z 15.02.1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych (Dz.U. z 2023 r. poz. 2805 ze zm.).

24 Por. E. Skowrońska-Bocian, M. Warciński [w:] *Kodeks cywilny*, t. 1, *Komentarz*, Art. 1–449¹⁰, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2020, art. 55¹, nb 6.



przedsiębiorstwa podmiotu niebędącego bankiem lub jego zorganizowanej części, należy wskazać, na jakich zasadach jest to dopuszczalne.

W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę na to, że pomimo iż bank może być spółką przejmującą w podziale spółki prowadzącej dowolny rodzaj działalności, jak też może nabyć dowolne niebankowe przedsiębiorstwo (lub jego zorganizowaną część), nie każdy rodzaj aktywności gospodarczej wykonywanej uprzednio przez podmiot podlegający podziałowi lub związany z nabywanym przedsiębiorstwem (lub jego zorganizowaną częścią) może być kontynuowany przez bank. Jest tak przede wszystkim dlatego, że banki nie korzystają z przymiotu pełnej swobody działalności gospodarczej²⁵. Przeciwnie, bank może wykonywać wyłącznie te czynności, które ma wpisane w przedmiocie działalności określonym w swoim statucie. Katalog czynności dozwolonych dla banków określają przepisy prawa, przede wszystkim art. 5 i 6 pr. bank.

Z powyższego wynika, że bank może wykonywać działalność prowadzoną przez dzieloną spółkę lub związaną z nabywanym przedsiębiorstwem lub jego zorganizowaną częścią, jeśli ma do tego podstawę statutową. Jako przykłady takich rodzajów działalności można wskazać wykonywanie czynności maklerskich albo faktoring/forfaiting (którego podstawę wykonywania przez bank może stanowić czynność nabywania wierzytelności pieniężnych – art. 5 ust. 2 pkt 5 pr. bank.). Jeśli zaś bank nie ma wpisanej danej czynności do swojego statutu, ale jest to czynność, której wykonywanie co do zasady jest dozwolone dla banków na podstawie przepisów prawa, może on rozszerzyć swój przedmiot działalności o taką czynność. Wymaga to uzyskania zezwolenia KNF na zmianę statutu, wydawanego w trybie art. 34 ust. 2 pr. bank., tj. – najogólniej rzecz ujmując – po przeprowadzeniu postępowania administracyjnego. Ewentualne negatywne rozstrzygnięcie w tym postępowaniu nie będzie miało wpływu na samą ważność ani skuteczność wystąpienia przez bank w roli spółki przejmującej ani nabycia przez bank przedsiębiorstwa niebankowego lub jego zorganizowanej części, może ono jednak wpływać na atrakcyjność ekonomiczną takiego działania z punktu widzenia banku.

4. Obowiązki informacyjne związane z wystąpieniem przez bank w roli spółki przejmującej w podziale przedsiębiorstwa niebankowego

Jak się wydaje, w pierwszej kolejności należałoby rozważyć zasadność objęcia udziału banku jako spółki przejmującej w podziale spółki niebędącej bankiem oraz nabycia przez bank przedsiębiorstwa niebankowego lub jego

²⁵ https://www.knf.gov.pl/dla_ryнку/procesy_licencyjne/bankowy/banki/czynnosci_bankowe_inne_rodzaje_dzialalnosci (dostęp: 29.10.2024 r.).

zorganizowanej części zakresem wymogu wynikającego z art. 124d ust. 1 pr. bank. Zgodnie z tym przepisem w przypadku łączenia się banków, przejścia banku lub nabycia przedsiębiorstwa banku bank informuje podmioty uprawnione do otrzymania świadczeń z Bankowego Funduszu Gwarancyjnego (BFG) o połączeniu, przejściu lub nabyciu co najmniej na miesiąc przed planowanym połączeniem, przejściem lub nabyciem. W takiej sytuacji, w celu ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa lub stabilności finansowej, KNF może wyznaczyć krótszy termin powiadomienia. Biorąc pod uwagę przytoczone brzmienie art. 124d ust. 1 pr. bank., należałoby przyjąć, że przepis ten nie znajduje zastosowania do przypadku udziału banku jako spółki przejmującej w podziale spółki niebędącej bankiem ani do nabywania przez bank przedsiębiorstwa niebankowego lub jego zorganizowanej części. Analizowana regulacja wyraźnie bowiem odnosi się do sytuacji, w których drugą stroną transakcji z udziałem banku jest inny bank lub też transakcja dotyczy przedsiębiorstwa bankowego (a także, konsekwentnie, jego zorganizowanej części). Nie ma żadnego uzasadnienia dla uznawania, że zakresem obowiązku informacyjnego z art. 124d ust. 1 pr. bank. objęty jest udział banku w transakcjach M&A niedotyczących banków.

Rozważenia wymaga także kwestia objęcia udziału banku w analizowanych przekształceniach obowiązkiem informacyjnym wobec BFG wynikającym z art. 85 ustawy o Bankowym Funduszu Gwarancyjnym, systemie gwarantowania depozytów oraz przymusowej restrukturyzacji²⁶. Zgodnie z tym przepisem podmiot krajowy (czyli m.in. bank krajowy) ma obowiązek przekazywać BFG informacje niezbędne do opracowania, aktualizacji i oceny wykonalności planów przymusowej restrukturyzacji, dotyczące w szczególności rozwiązań organizacyjnych podmiotu, podmiotów powiązanych z nim kapitałowo lub organizacyjnie, struktury kapitałowej, struktury zatrudnienia, rodzaju i zakresu prowadzonej działalności, z uwzględnieniem strategii rozwoju oraz aktywów i pasywów, którymi dysponuje, w tym informacje z rejestru instrumentów finansowych. Ponadto podmiot krajowy jest zobowiązany niezwłocznie informować BFG o istotnej zmianie organizacyjnej, prawnej lub wystąpieniu innego zdarzenia mającego wpływ na przyjęte w planie przymusowej restrukturyzacji założenia i realizację tego planu²⁷. Jak się wydaje, udział banku w podziale spółki niebędącej bankiem, jak również nabycie przez bank przedsiębiorstwa niebankowego lub jego zorganizowanej części mogą wpływać na założenia i konstrukcję planu przymusowej restrukturyzacji tego podmiotu. W szczególności, z oczywistych względów, udział banku we wspomnianych transakcjach może skutkować daleko sięgającymi zmianami w odniesieniu do takich zagadnień jak struktura aktywów i pasywów banku, jego struktura zatrudnienia czy też rodzaj i zakres wykonywanej przez bank działalności (na zasadach opisanych we wcześniejszej części publikacji).

²⁶ Ustawa z 10.06.2016 r. o Bankowym Funduszu Gwarancyjnym, systemie gwarantowania depozytów oraz przymusowej restrukturyzacji (Dz.U. z 2024 r. poz. 487).

²⁷ W tym kontekście w doktrynie wskazuje się, że wspomniane obowiązki informacyjne należy odnosić nie do wszystkich podmiotów, ale wyłącznie do tych podmiotów, dla których BFG opracowuje plany przymusowej restrukturyzacji; tak M. Medyński [w:] *Ustawa o Bankowym Funduszu Gwarancyjnym, systemie gwarantowania depozytów oraz przymusowej restrukturyzacji. Komentarz*, red. R. Sura, P. Zawadzka, P. Zimmerman, Legalis 2017, art. 85, pkt 1.

Należy mieć na względzie, że w sytuacji, w której w związku z udziałem banku w podziale spółki niebędącej bankiem akcjonariusze lub udziałowcy tej spółki mieliby uzyskać status akcjonariuszy banku, mogą zaktualizować się obowiązki notyfikacyjne, o których mowa w art. 25 ust. 1 pr. bank. (obowiązki te, obciążające potencjalnych akcjonariuszy banku, aktualizują się przy przekraczaniu progu 10% akcji banku) lub art. 25o pr. bank. (które to obowiązki, ciążące w pierwszej kolejności na potencjalnych akcjonariuszach banku, a w dalszej kolejności na samym banku, związane są z uzyskiwaniem pakietu minimum 5% akcji banku). Obie regulacje odnoszą się bowiem do każdego przypadku nabycia i objęcia akcji banku, co oznacza, że znajdują one zastosowanie do sytuacji analizowanych w niniejszej publikacji.

Oznacza to, że w związku z udziałem banku w podziale spółki niebędącej bankiem dotychczasowi udziałowcy lub akcjonariusze dzielonej spółki mogą być zobowiązani do składania odpowiednich zawiadomień do nadzoru i do samego banku, a KNF może wyrazić sprzeciw wobec planowanego przez nich objęcia akcji banku stosownie do art. 25h i n. pr. bank. Procedura dokonywania zawiadomień powinna odbywać się w reżimie wynikającym z art. 25–25o pr. bank. i może obejmować w szczególności składanie tzw. zobowiązań inwestorskich²⁸ przez potencjalnych akcjonariuszy banku. Co do zasady konsekwencją niedochowania wymogów związanych z nabywaniem lub obejmowaniem akcji banku będzie brak możliwości wykonywania prawa głosu z tych akcji (art. 25l ust. 1 pr. bank.).

5. Pozostałe obowiązki związane z wystąpieniem przez bank w roli spółki przejmującej w podziale przedsiębiorstwa niebankowego

Wydaje się, że może zaistnieć potrzeba uwzględnienia faktu wystąpienia banku w roli spółki przejmującej w podziale spółki niebędącej bankiem lub nabycia przez bank przedsiębiorstwa niebankowego lub jego zorganizowanej części w planie naprawy banku opracowywanym zgodnie z art. 141m pr. bank. lub grupowym planie naprawy sporządzanym zgodnie z art. 141n pr. bank. Zmienione, w wyniku dokonania analizowanych przekształceń, skala i zakres działalności banku mogą wpływać na założenia przyjęte przy konstruowaniu tych dokumentów i wybrany dla banku lub jego grupy kapitałowej katalog działań naprawczych.

Ponadto bank powinien rozważyć zgodność udziału w podziale spółki niebędącej bankiem lub nabycia przedsiębiorstwa niebankowego lub jego zorganizowanej części ze swoją polityką inwestycyjną i ewentualnie innymi regulacjami wewnętrznymi.

6. Podsumowanie

Wystąpienie przez bank w roli spółki przejmującej w podziale spółki niebędącej bankiem ani też nabycie przez bank przedsiębiorstwa podmiotu niebędącego bankiem bądź jego zorganizowanej części nie wymagają uzyskania zezwolenia KNF. Otwarte pozostaje pytanie, na ile taki stan rzeczy jest świadomym działaniem ustawodawcy, na ile zaś stanowi pewną lukę legislacyjną.

Powyższe nie oznacza, że nadzór jest pozbawiony jakichkolwiek możliwości ingerencji w aktywność banku polegającą na udziale w podziale spółki niebędącej bankiem lub nabyciu przedsiębiorstwa takiego podmiotu lub jego zorganizowanej części. Komisja Nadzoru Finansowego może oddziaływać na udział banku w takich przekształceniach na mocy przepisów ogólnych, na zasadach opisanych w niniejszej publikacji.

Abstract

dr Mateusz Baszczyk

The author is an attorney at law in Poland
(ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2595-0104>).

dr Michał Torończak

The author is an advocate in Poland.

Authors' contributions:

Mateusz Baszczyk – 50%

Michał Torończak – 50%

A Bank as the Bidding Company in the Division of a Non-Bank Company and as the Acquirer of the Enterprise of a Non-Bank Entity

Keywords: bank, Polish Financial Supervision Authority, acquisition, division, enterprise

As a rule, banks' participation in mergers and acquisitions is strictly circumscribed by administrative law. The principles according to which banks can take part in transformations of this kind are expressly set out in the Banking Law (in Articles 124–124d of this Law). However, no provision of the aforementioned Law concerns a bank's participation as the bidding company in the process of division of a non-bank company or the acquisition by a bank of the enterprise – or part of the enterprise – of a non-bank entity. For this reason, it is reasonable to analyse whether – and if so, subject to what principles – a bank is permitted to be the bidding company in the process of division of a non-bank company or to acquire a non-bank enterprise – or an organized part of such an enterprise.

Bibliografia/References

Adamus R. [w:] *Kodeks spółek handlowych. Krajowe i transgraniczne transformacje podmiotowe spółek prawa handlowego. Nowelizacja z 16.8.2023 r. Komentarz. Linia orzecznicza*, red. R. Adamus, B. Groele, Warszawa 2023.

²⁸ Na temat istoty i charakteru prawnego tzw. zobowiązań inwestorskich por. szerzej M. Torończak, *Zobowiązania inwestorskie*, „Monitor Prawa Bankowego” 2019/9, s. 46–59.



Bobrzyński M. [w:] *Prawo bankowe. Komentarz*, red. J. Dybiński, Legalis 2023.

Grześków M., *Połączenie odwrotne (downstream merger)*, Warszawa 2023.

Kawulski A., *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2013.

Kuźmicka-Sulikowska J. [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, Warszawa 2023.

Kwaśnicki R., Rataj A. [w:] *Prawo bankowe. Komentarz*, t. 2, red. F. Zoll, Kraków 2005.

Medyński M. [w:] *Ustawa o Bankowym Funduszu Gwarancyjnym, systemie gwarantowania depozytów oraz przymusowej restrukturyzacji. Komentarz*, red. R. Sura, P. Zawadzka, P. Zimmerman, Legalis 2017.

Nowacki A., *Procedura podziału spółki*, Warszawa 2013.

Opalski A. [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 9, *Prawo zobowiązań – umowy nienazwane*, red. W.J. Katner, Warszawa 2023.

Rodzinkiewicz M. [w:] *Kodeks spółek handlowych*, t. 4, *Łączenie, podział i przekształcanie spółek. Przepisy karne. Komentarz. Art. 491–633*, red. A. Opalski, Warszawa 2016.

Rogę U. [w:] *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, red. Z. Jara, Legalis 2023.

Rysiak P., *Podział spółki przez wydzielenie bez podwyższenia kapitału zakładowego spółki przejmującej*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2015/8.

Skowrońska-Bocian E., Warciński M. [w:] *Kodeks cywilny*, t. 1, *Komentarz. Art. 1–449¹⁰*, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2020.

Supernak B., *Bank Millennium sfinalizował podział Millennium Domu Maklerskiego*, inwestycje.pl, <https://inwestycje.pl/biznes/bank-millennium-sfinalizowal-podzial-millennium-domu-maklerskiego/> (dostęp: 24.10.2024 r.).

Szumański A. [w:] S. Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja, *Kodeks spółek handlowych*, t. 4, *Łączenie, podział i przekształcanie spółek. Przepisy karne. Komentarz do artykułów 491–633*, Warszawa 2012.

Torończak M., *Zobowiązania inwestorskie*, „Monitor Prawa Bankowego” 2019/9.

Torończak M., *Zobowiązania inwestorskie*, „Monitor Prawa Bankowego” 2019/9.

REKLAMA



ROZPORZĄDZENIE RZYM II POD LUPĄ EKSPERTA

Autor wyjaśnia, dlaczego wybór prawa dokonywany przez uczestników obrotu w formie czynności prawnej może wywoływać skutki wobec osób trzecich, w jakich sytuacjach występuje możliwość zastosowania wspomnianego przepisu i jakie są skutki naruszenia praw osób trzecich.

Czytelnik znajdzie wyczerpujące wyjaśnienie tematów takich, jak:

- zakres zastosowania rozporządzenia Rzym II (np. w kontekście tańcucha umów);
- sposób dokonania wyboru prawa właściwego dla zobowiązań pozaumownych, zwłaszcza w kontekście międzynarodowego obrotu handlowego z udziałem przedsiębiorców i w sytuacjach, w których pojawia się kwestia zaangażowania odpowiedzialności ubezpieczyciela;
- skutki wyboru prawa dla podmiotów, które tego wyboru dokonują, oraz dla innych osób, na których sytuację wybór ten może oddziaływać;
- sposób rozwiązywania problemów wiążących się z dokonaniem wyboru prawa w celu pokrywdzenia innych osób.

**ZAMÓW KSIĄŻKĘ Z RABATEM 20% W KSIĘGARNI PROFINFO.PL
W FORMULARZU ZAMÓWIENIA WPISZ KOD: WKCZA20**

WYBÓR PRAWA A OCHRONA OSÓB TRZECICH na tle rozporządzenia Rzym II

Krzysztof Pacuła

Wolters Kluwer