

PRZEGLĄD USTAWODAWSTWA GOSPODARCZEGO BUSINESS LAW JOURNAL

Rok LXXII Nr 12(858)

Warszawa grudzień 2019

PL ISSN 0137-5490

Nr indeksu 371319

Polskie dylematy rozwojowe w świetle
Nowej Ekonomii Strukturalnej

Nowy model nadzoru audytowego w Polsce

Silne uwierzytelnianie klienta w świetle przepisów
normujących wymogi bezpieczeństwa płatności
— wybrane problemy

Mediation as a new form of settling administrative
matters in Poland

www.pug.pl



POLSKIE
WYDAWNICTWO
EKONOMICZNE



Drodzy Czytelnicy!

Prenumerata na rok 2020

roczna — rabat 25%

półroczna — rabat 10%

U wydawcy najtaniej!



Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego

Pismo naukowe analizujące bieżące ustawodawstwo gospodarcze. Publikuje artykuły z zakresu prawa publiczno-prywatnego, prawa działalności gospodarczej związanego z ustawodawstwem dotyczącym samorządu, prawa energetycznego i górniczego. Obszernie omawia tematykę dotyczącą spółek, w tym m.in. prawo konkurencji, rodzaje umów w obrocie gospodarczym, arbitraż gospodarczy oraz prawo podatkowe. Odrębnymi działami w piśmie jest tematyka dotycząca prawa własności intelektualnej, orzecznictwo gospodarcze Sądu Najwyższego i konsultacje, które zawierają praktyczne komentarze do zmian w polskim ustawodawstwie oraz wyjaśniają wątpliwości w sferze stosowania prawa. Dział „Z praktyki gospodarczej” przedstawia omówienia rozstrzygnięć sądów gospodarczych. Autorami publikacji są specjaliści z poszczególnych dziedzin prawa z ośrodków naukowych, polskich i zagranicznych uczelni, także radcowie prawni i sędziowie. Pismo adresowane jest do środowisk naukowych, kadry zarządzającej, prawniczej i administracji samorządowej.

Business Law Journal

Scientific journal, analyzing current commercial legislation. There are published articles regarding public and private law, economic activity law, regulations relating to local government, energy and mining law. There are widely discussed the subjects regarding companies, competition law, agreements used in trade turnover, tax law, economic arbitration. Within the journal there are also separate divisions regarding intellectual property law, economic jurisdiction of Supreme Court and consultations, which include practical comments to Polish legislation and they also explain some doubts in a scope of law in practice. The division “From economic practice” presents relations from sentences issued by commercial courts. The authors of publications are specialists from particular law branches from scientific centres of Polish and foreign universities, legal advisers and judges. The journal is addressed to scientific centres, management personnel, as well as personnel of courts, public administration and self government administration.

www.pug.pl

www.pwe.com.pl

 **Polskie Wydawnictwo Ekonomiczne**

PRZEGŁĄD USTAWODAWSTWA GOSPODARCZEGO BUSINESS LAW JOURNAL

NR 12 GRUDZIEŃ PL ISSN 0137-5490

MIESIĘCZNIK

Redaktor naczelny:

Dr hab. **Bartłomiej Nowak**
Prof. Akademii Leona Koźmińskiego w Warszawie
Sekretarz redakcji: **Klaudiusz Kaleta**

Rada naukowa:

Prof. dr hab. **Jan Błeszyński** (Uniwersytet Warszawski)
Prof. dr nauk prawnych **Oleg Gorodow**
(Państwowy Uniwersytet w Sankt Petersburgu, Rosja)
Prof. **Heibert Hirte** (Uniwersytet w Hamburgu, Niemcy)
Dr hab. **Robert Jastrzębski** Prof. Uniwersytetu Warszawskiego
Dr hab. **Beata Kozłowska-Chyła**
Prof. Uniwersytetu Warszawskiego
Doc. **Oleg P. Lichichan** (Dyrektor Instytutu Prawa Państwowego
Uniwersytetu w Irkucku, Rosja)
Prof. dr hab. **Jacek Mazurkiewicz** (Uniwersytet Zielonogórski)
Prof. dr hab. **Peter-Christian Müller-Graff**
(Uniwersytet w Heidelbergu, Niemcy)
Dr hab. **Edyta Rutkowska-Tomaszewska** (Uniwersytet Wrocławski)
Prof. dr hab. **Elżbieta Skowrońska-Bocian**
(Uniwersytet Warszawski)
Prof. dr hab. **Marek Szydło** (Uniwersytet Wrocławski)
Prof. **Ruth Taplin** (University of Leicester, Wielka Brytania)
Dr **Ryszard Tupin** (Uniwersytet Warszawski)

Adres redakcji:

00-252 Warszawa, ul. Podwale 17 lok. 2, tel. 795 155 583
E-mail: pug@pwe.com.pl

© Copyright by Polskie Wydawnictwo Ekonomiczne S.A.,
Warszawa 2019

Wydawca:

Polskie Wydawnictwo Ekonomiczne SA
E-mail: pwe@pwe.com.pl

WARUNKI PUBLIKACJI: <http://www.pug.pl>

PRENUMERATA na 2020 r.:

Garmond Press SA — Dział Prenumeraty
tel. (22) 837 30 08
<http://www.garmondpress.pl/prenumerata>

Kolporter SA — Departament Dystrybucji Prasy
tel. (22) 355 04 72 do 75
<http://www.kolporter.com.pl>

„RUCH” SA

Zamówienia na prenumeratę w wersji papierowej i na e-wydania można składać bezpośrednio na stronie www.prenumerata.ruch.com.pl
Ewentualne pytania prosimy kierować na adres e-mail: prenumerata@ruch.com.pl lub kontaktując się z Centrum Obsługi Klienta „RUCH” pod numerami: 22 693 70 00 lub 801 800 803 — czynne w dni robocze w godzinach 7⁰⁰–17⁰⁰. Koszt połączenia wg taryfy operatora.

Poczta Polska SA — infolinia 801 333 444
<http://www.poczta-polska.pl/prenumerata>

GLM Sp. z o.o. — Dział Dystrybucji Prasy
tel. (22) 649 41 61

e-mail: prenumerata@glm.pl * <http://www.glm.pl>

As Press — tel. (22) 750 84 29, (22) 750 84 30

Sigma-Not — Zakład Kolportażu
tel. (22) 840 30 86

e-mail: bok-kol@sigma-not.pl

Terminy prenumeraty:

- do 30 listopada dla prenumeraty realizowanej od 1 stycznia następnego roku;
- do końca lutego dla prenumeraty realizowanej od II kwartału bieżącego roku;
- do końca maja dla prenumeraty realizowanej od III kwartału bieżącego roku;
- do końca sierpnia dla prenumeraty realizowanej od IV kwartału bieżącego roku.

Cena prenumeraty na 2020 r.:

Roczna — 744,00 zł Półroczna — 334,80 zł

Prenumerata u wydawcy:

Polskie Wydawnictwo Ekonomiczne SA
00-252 Warszawa, ul. Podwale 17, lok. 2, tel. (22) 828 19 61,
602 733 682, handel@pwe.com.pl
Prenumerata roczna — 25% rabatu.
Prenumerata półroczna — 10% rabatu.

Nakład: 850 egzemplarzy

Cena 1 egz. — 62 zł (w tym 8% VAT)

Skład i łamanie: Koncept tel. 501 132 246

Druk: Sowa Sp. z o.o.

SPIS NUMERU

ARTYKUŁY

Alojzy Z. Nowak

Polskie dylematy rozwojowe w świetle Nowej Ekonomii
Strukturalnej
Poland's development dilemmas in the light of the
New Structural Economics

2

Beata Kozłowska-Chyła

Nowy model nadzoru audytowego w Polsce
New audit supervision model in Poland

7

Anna Zalcewicz

Silne uwierzytelnianie klienta w świetle przepisów
normujących wymogi bezpieczeństwa płatności
— wybrane problemy
Strong customer authentication in the light of regulations
— selected problems

12

Robert Suwaj

Mediation as a new form of settling administrative
matters in Poland
Mediacja w sprawach administracyjnych w Polsce

18

Justyna Bazylińska-Nagler

Handel zielonymi certyfikatami a unijna swoboda przepływu
towarów w świetle orzeczenia w sprawie Alands Vindkraft AB
Green certificates trading & the EU free movement of goods in
the light of the Alands Vindkraft AB case

27

Paweł Zdanikowski

Sprzedaż egzekucyjna udziału w spółce z ograniczoną
odpowiedzialnością, której umowa uzależnia zbycie udziałów od
zgody spółki lub ogranicza zbycie w inny sposób (art. 185 k.s.h.)
Enforcement sale of a share in a limited liability company whose
contract makes the sale of shares conditional on the company's consent
or otherwise restricts the sale (article 185 CCC)

34

GŁOSA

Agnieszka Goldiszewicz

Następcze stwierdzenie przez sąd rejestrowy niezgodności
z przepisami prawa treści statutu spółdzielni — glosa do uchwały
Sądu Najwyższego z 11.01.2018 r. (III CZP 90/17),
OSNC 2018/10, poz. 97
Declaration by the registry court of non-compliance with the provisions
of the law of the cooperative's statute — Commentary on resolution
of 11 January 2018 of the Supreme Court (III CZP 90/17)

43

Szanowni Czytelnicy i Autorzy

Archiwalne artykuły z 2018 r. dostępne na stronie internetowej naszego pisma.
Co miesiąc wraz z nowym numerem PUG-u kolejny numer archiwalny: <http://www.pug.pl/archiwum>

„Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego”
jest czasopismem naukowym punktowanym przez
Ministerstwo Nauki i Szkolnictwa Wyższego (40 punktów)

Polskie dylematy rozwojowe w świetle Nowej Ekonomii Strukturalnej

Poland's development dilemmas in the light
of the New Structural Economics

prof. dr hab. Alojzy Z. Nowak

Dziekan Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego

E-mail: anowak@wz.uw.edu.pl; ORCID: 0000-0001-5382-6234

Streszczenie

W artykule zaprezentowano punkt widzenia związany z decydującymi czynnikami i warunkami mogącymi przesądzić o sukcesie modernizacyjnym Polski. Podkreślono rolę polityki przemysłowej i strukturalnej w oparciu o teorię Nowej Ekonomii Strukturalnej, której autorem jest chiński profesor Uniwersytetu Pekińskiego Justin Yifu Lin oraz jego środowisko naukowe, w tym naukowcy z Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego. Na tle wyzwań dla bardziej innowacyjnej gospodarki przedstawiono pewne uwarunkowania i problemy występujące na polskiej drodze do absorpcji działań innowacyjnych. Stwierdzono, że budowania potencjału innowacyjnego polskiej gospodarki nie należy sprowadzać tylko do procesów techniczno-ekonomicznych. Są jeszcze społeczne i kulturowe uwarunkowania. Na przykład, kapitał społeczny w dużej mierze także determinuje zdolność gospodarki do tworzenia i absorpcji innowacji.

Słowa kluczowe: Nowa Ekonomia Strukturalna, polityka strukturalna, Plan Odpowiedzialnego Rozwoju, hiperglobalizacja, nowy paradygmat rozwojowy, innowacyjna gospodarka

Summary

The article presents the point of view related to the decisive factors and conditions that may determine the success of Poland's modernization. The role of industrial and structural policy is underlined, based on the theory of the New Structural Economics, developed by the Chinese Professor Justin Yifu Lin of Beijing University and his academic environment, including scholars from the Faculty of Management of the University of Warsaw. Regarding the challenges for a more innovative economy, some conditions and problems occurring on the Polish road to the absorption of innovative activities have been presented. It was found that the building of innovative potential of the Polish economy should not be restricted to only technical and economic processes. Instead, there are social and cultural prerequisites as well. For example, social capital also largely determines the ability of the economy to create and absorb innovation.

Key words: New Structural Economics, structural policy, Plan of Responsible Development, hyper globalization, new development paradigm, innovative economy

JEL: H00, F01, F63, F69, L26, O00, O10

Wprowadzenie

Co może okazać się decydujące dla sukcesu modernizacyjnego Polski? Szansy na ten sukces należy upatrywać przede wszystkim w innowacyjności polskiej gospodarki. To coraz bardziej powszechna opinia ekonomistów i polityków. Ale jak to osiągnąć? Na obecnym etapie rozwoju naszej gospodarki jak najbardziej uzasadnione wydaje się szukanie takich działań i podejmowanie takich decyzji, które połączą wydajny i konkurencyjny system rynkowy z przedsiębiorczym państwem umożliwiającym dokonywanie strukturalnych zmian

gospodarczych. Dotychczasowa modernizacja w przemyśle, oparta w dużej mierze na kopiowaniu importowanych rozwiązań i technologii, daje pośrednie wzmocnienie konkurencyjności polskiej gospodarki. Teraz jednak rozwój gospodarczy powinien dokonywać się raczej poprzez wchodzenie na wyższe poziomy w łańcuchu tworzenia wartości dodanej produktu oraz poprzez szybszą zmianę struktury gospodarki, w której coraz większy udział miałyby sektory o większej produktywności i unikalności. Z tego punktu widzenia pożądana nowa polityka strukturalna staje się realną szansą na zwiększenie innowacyjności polskiej gospodarki.

Nowa Ekonomia Strukturalna z polskiej perspektywy

Autorem koncepcji teoretycznej Nowej Ekonomii Strukturalnej jest profesor Uniwersytetu Pekńskiego, w latach 2008-2012 główny ekonomista i wiceprezes Banku Światowego, Justin Yifu Lin. W swoich badaniach zwraca uwagę na bariery rozwojowe występujące w wielu krajach o podobnym do Polski poziomie zaawansowania społeczno-gospodarczego. Wskazuje na pułapki i przeszkody, na które natrafiają kraje szybciej rozwijające się na drodze do ugruntowania trwałego wzrostu gospodarczego, a szerzej — sprawiedliwszego rozwoju społeczno-gospodarczego.

Zdaniem prof. Lina oraz jego współpracowników (Wydział Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego także podjął taką współpracę) dynamiczny rozwój gospodarki wymaga organicznego związku między rynkiem a państwem. Związku, który polega na tym, że rynek jest wydajny tylko wtedy, gdy państwo odgrywa ułatwiającą rolę w przezwyciężaniu nieprawidłowości w jego działaniu. Państwo rozwijające się — bez względu na to, czy jest silne, czy słabe — może w sposób pragmatyczny podejmować i realizować politykę pobudzającą dynamiczny wzrost, nawet pomimo istniejących niedomagań w postaci słabo rozwiniętej infrastruktury i instytucji (Lin, Nowak, 2018).

Lin nie opowiada się za bardzo znaczącym zwiększeniem zakresu kontroli państwa nad rynkiem czy za pogłębianiem prostego interwencjonizmu. Twierdzi jednak, że państwo pełni m.in. istotną rolę stymulującą, regulacyjną, promującą, a więc także ułatwiającą funkcjonowanie rynku, a przez to tworzy pożądane, a czasami konieczne warunki trwałego rozwoju społeczno-gospodarczego.

Kluczowe rozważania Lina i jego współpracowników dotyczą rozwoju gospodarczego, który dokonuje się w procesie dynamicznym. Jest to proces ciągłych innowacji technologicznych i modernizacji przemysłu. Takie modernizacje i ulepszenia wymagają kogoś, kto wykona pierwszy ruch. W trakcie tego procesu pojawiają się dwa problemy związane z niedoskonałością rynku. Pierwszym z nich jest czynnik zewnętrzny, tzn. rząd musi stworzyć zachętę dla pierwszego gracza. Drugim jest koordynacja w celu poprawy funkcjonowania instytucji krajowych oraz wszelkiej infrastruktury, które mają wpływ na koszty transakcji i na prawdopodobieństwo sukcesu pierwszych graczy. Tak więc, oprócz skutecznego mechanizmu rynkowego, potrzebny jest rząd czy jego instytucje o charakterze strategicznym, odgrywające aktywną rolę w ułatwianiu zmian strukturalnych (Lin, Nowak, 2018).

Te dwa warunki — skuteczny rynek i państwo ułatwiające dokonywanie — zmian, dają szansę na osiągnięcie przewag komparatywnych i w dłuższej perspektywie otwierają całą gospodarkę na rynek światowy. Podążanie za przewagami komparatywnymi generuje możliwość uzyskania większych nadwyżek finansowych i tworzy zachęty do wzrostu oszczędności i inwestycji.

Lin i zwolennicy jego teorii zwracają również uwagę na jakość klasy politycznej. Dążąc do modernizacji, przywódcy polityczni w wielu krajach przyjęli pewne strategie obejmujące zestaw wytycznych polityki, w tym różnych zaleceń i pa-

radigmatów, które miały gwarantować osiągnięcie sukcesów gospodarczych. Ze względu na złożony charakter modernizacji krajów rozwijających się i doganiających kraje najbardziej uprzemysłowione, a także niejednakowy stopień rozumienia tych procesów u przywódców politycznych, za najbardziej praktyczne rozwiązanie w ramach starań o rozwój kraju uznawali oni podążanie za dominującymi ideami ekonomicznymi i społecznymi. I właśnie dominujące idee ekonomiczne kształtowały nierzadko porządek instytucjonalny i prawny państw rozwijających się (mowa tu o założeniach tzw. Konsensusu Waszyngtońskiego, który zalecał dokonanie prywatyzacji, liberalizacji oraz deregulacji gospodarki oraz drastyczne ograniczenie roli państwa).

Problem polega więc na tym, że w dziedzinie dążenia do modernizacji dominująca myśl społeczna i ekonomiczna opierała się na błędnej percepcji głównych przyczyn i niedomagań krajów rozwijających się i państw o średnim poziomie rozwoju. Wiele strategii ekonomicznych powstało pod wpływem poprzednich generacji ekonomii rozwoju, które wprowadzały przywódców politycznych w błąd i zniekształciły niejedną politykę ekonomiczną w tych krajach. W konsekwencji tego przywódcom nie tylko nie udało się dotrzymać złożonych obietnic, że ich kraje wejdą na drogę takich samych sukcesów, jakie stały się udziałem krajów rozwiniętych, lecz wręcz ich posunięcia prowadziły do stagnacji, częstych kryzysów, a nawet pociągały za sobą katastrofalne następstwa dla ich gospodarek (Lin, 2009).

Tylko nieliczne państwa zdołały w tym okresie wydobyć się spod wpływu dominującej myśli ekonomicznej i społecznej — przykładem tygrysy Azji Wschodniej w latach 60. oraz Chiny w latach 80. XX wieku i obecnie. Przywódcy tych rządów nie ulegali nadmiernym wpływom dominujących wówczas teorii, a ponadto w okresie transformacji przyjęli podejście pragmatyczne.

To ekonomiczno-społeczne podejście Lina i zwolenników Nowej Ekonomii Strukturalnej koresponduje obecnie z krytycznym namysłem nad stanem gospodarek wielu rozwiniętych krajów kapitalistycznych oraz szerzej — nad stanem gospodarki globalnej.

W poszukiwaniu nowego paradygmatu rozwojowego

Prezes Polskiego Towarzystwa Ekonomicznego prof. Elżbieta Mączyńska uważa, że „w ekonomii doszło do paru negatywnych zjawisk pod wpływem doktryny neoliberalnej i dominacji nurtu neoklasycznego, który cechuje fundamentalizm rynkowy, czyli że rynek wszystko świetnie rozwiązuje, łącznie z etyką. Wobec tego rola państwa powinna być zminimalizowana; jak określił to Ferdinand Lassalle, choć stwierdzenie to błędnie przypisywane jest intelektualnemu ojcu ekonomii i liberalizmu, Adamowi Smithowi: państwo występuje w roli stróża nocnego. Oznacza to, że państwo rezygnuje ze swojej aktywnej roli w kształtowaniu polityki gospodarczej i społecznej. Problem potrzeby zmian w ekonomii nasila się. Globalny kryzys finansowy w 2008 roku wzbud-

dził nawet bunt wśród studentów ekonomii na tle rozmijania się przyswajanej przez nich teorii z praktyką. Studenci z Uniwersytetu Manchester podczas jednego z protestów mówili nawet coś takiego: »Uczymy się, że gospodarka jest zrównoważona, rynek likwiduje wszelkie nierównowagi, a tymczasem wybucha najpoważniejszy kryzys w okresie powojennym i nikt nam na uczelni tego nie wyjaśnia. Czego właściwie nas uczą? — modeli, wykresów, zależności matematycznych, ale nie wyjaśniają przyczyn tych zjawisk«. (...) Jeżeli utożsamiamy rozwój tylko ze wzrostem gospodarczym, to umykają nam np. dwa filary: społeczny i ekologiczny. Jakie są tego następstwa? W transformacji ustrojowej w wielu krajach przez prawie trzy dekady dochodziło do zaniedbań społecznych i ekologicznych. Obecnie na świecie nie bez przyczyny pojawiają się takie koncepcje jak bezwarunkowy dochód podstawowy» (Mączyńska, 2019).

Jak dalece ulega zmianie do niedawna dominujący paradygmat rozwojowy, niech świadczy nagroda Nobla z ekonomii, którą w 2019 r. Akademia Szwedzka przyznała trzem osobom. Są to: Abhijit Banerjee, Esther Duflo i Michael Kremer. Nagrodzono ich za eksperymentalne podejście do walki z ubóstwem. Cała trójka naukowców zajmuje się ekonomią rozwoju — analizuje, wyjaśnia i wskazuje, dlaczego kraje rozwijają się w różnym tempie, dlaczego jedno społeczeństwo są bardziej produktywnie od innych, oraz dlaczego w jednych nierówności dochodowe rosną, a w innych maleją. Podobnie jak Lin i jego współpracownicy, nobliści z 2019 r. twierdzą, że pomoc finansowa takich instytucji, jak np. Bank Światowy, musi być nakierowana na rozwiązywanie konkretnych problemów w krajach rozwijających się i doganiających państwa najwyżej rozwinięte, ale w sposób starannie dopasowany do kultury, obyczajów i prawa kraju ją przyjmującego.

Akademia Szwedzka zwróciła też uwagę, że praca noblistów pokazała, w jaki sposób można rozwiązać problem ubóstwa, zadając bardziej precyzyjne pytania dotyczące np. edukacji i opieki zdrowotnej. Ważna jest więc aktywna rola rządów w tych krajach, które powinny identyfikować i mądrze wspierać zindywidualizowane potrzeby społeczne. Zdaniem tegorocznych laureatów w minionych dekadach pomoc finansowa była głównie przekazywana bezpośrednio do rządów, które miały ją jak najlepiej wykorzystać, znając lokalne uwarunkowania. Nobliści przedstawili dowody na to, że rządy wielu krajów rozwijających się są często skorumpowane i nie mają odpowiedniego zaplecza eksperckiego, co prowadzi do marnotrawienia funduszy, a nawet zwiększenia nierówności dochodowych.

Ale problem nierówności pod względem majątku i dochodów czy również szans, jakie ludzie dostają już na starcie, nie dotyczy tylko krajów rozwijających się oraz tych próbujących dogonić państwa wysoko rozwinięte. Christine Lagarde w swoim pierwszym wystąpieniu po objęciu kierownictwa nad Europejskim Bankiem Centralnym stwierdziła, że kraje strefy euro powinny skupiać się bardziej na wzmacnianiu swoich rynków wewnętrznych, inwestycji w sektorze publicznym i wyrównywaniu nierówności społecznych (polityka inkluzywna), by sprostać wyzwaniom globalnej gospodarki. Wezwała do wzmocnienia europejskiego rynku wewnętrznego poprzez dokończenie tworzenia jednolitego rynku cyfrowego, unii rynków kapitałowych i jednolitego rynku usług,

które, jak powiedziała, są „elementami składowymi europejskiej gospodarki przyszłości”, oprócz potrzeby ukończenia unii gospodarczej i walutowej. Mówiła też o „momencie szansy” dla Europy, stwierdzając, że musi ona postawić na innowacje i inwestycje, aby zachować swoją konkurencyjność w dłuższej perspektywie i tym samym odpowiedzieć na wyzwania globalne mające charakter strukturalny. Zatem, jej zdaniem, polityka pieniężna mogłaby osiągnąć swój cel szybciej i przy mniejszej liczbie skutków ubocznych, gdyby również inne polityki państw i rządów ją wspierały. Na przykład rządy w strefie euro powinny mieć wspólny interes w utrzymaniu wysokich poziomów inwestycji publicznych, które obecnie są poniżej pożądanego poziomu (Lagarde, 2019).

Dziś trudno więc nie docenić roli państwa w rozwoju społeczno-gospodarczym. Problematykę tę w sposób oryginalny i twórczy podejmuje także prof. Mariana Mazzucato w książce pt. *Przedsiębiorcze państwo. Obalić mit o relacji sektora publicznego i prywatnego* (Mazzucato, 2016). Jak zresztą zwraca uwagę w przedmowie do polskiego wydania premier Mateusz Morawiecki, politycy najbardziej rozwiniętych państw świata są „zwolennikami leseferyzmu tylko w słowach — w domenie polityki gospodarczej są natomiast zwolennikami aktywizmu i udziału państwa w najważniejszych procesach gospodarczych, w tym w polityce przemysłowej i polityce wspierania przedsiębiorczości” (Morawiecki, 2016). Morawiecki przekonuje, iż sztuką współczesnej polityki przemysłowej jest optymalne współdziałanie sektorów publicznego i prywatnego.

Wielką zaletą książki Mazzucato jest sprawnie przeprowadzony dowód na to, że państwa, które odniosły największy sukces, umiejętnie stymulowały pewne procesy gospodarcze, innowacyjne, także dzięki współpracy instytucji rządowych, sektora publicznego i prywatnego. Dla przykładu Mazzucato przekonująco przedstawia niezbitę fakty potwierdzające, iż z grantów rządowych skorzystała Dolina Krzemowa, liczne spółki technologiczne (np. Apple) czy czołowe obecnie spółki z dziedziny nanotechnologii, biotechnologii, sektora farmaceutycznego. Prywatne spółki wykorzystały po prostu rządowe granty, które pozwoliły dokonać przełomowych odkryć, aby następnie je skomercjalizować z gigantycznym zyskiem.

Z polskiej perspektywy z diagnoz zawartych w książce Mazzucato warto wyciągnąć wnioski dotyczące sposobów i charakteru wsparcia i inicjacji na rzecz przedsiębiorczości i innowacyjności polskiego przemysłu i polskich firm w oparciu o doświadczenia rozwiniętych państw świata, a więc także do pewnego stopnia o doświadczenia amerykańskie.

Wiele ważnych wskazówek i zaleceń należy wywieść z teorii i sprawdzonych już doświadczeń wynikających z implementacji Nowej Ekonomii Strukturalnej. Polska poszukuje dziś skutecznych narzędzi utrzymania wysokiego wzrostu gospodarczego i zmniejszania luki rozwojowej, przede wszystkim względem krajów Europy Zachodniej. Chce jednocześnie bardziej zrównoważonego rozwoju i społecznej akceptacji dla przeprowadzanych reform. Do pewnego stopnia polską odpowiedzią na te obecne globalne wyzwania społeczne i gospodarcze jest autorski Plan Odpowiedzialnego Rozwoju premiera Mateusza Morawieckiego, w którym podkreśla się istotność połączenia wydajnego i konkurencyjnego systemu rynkowego z państwem umożliwiającym ułatwianie i wspieranie strukturalnych zmian gospodarczych.

Wyzwania dla innowacyjnej gospodarki

Żeby Polska mogła szybciej zbliżyć się do najbardziej rozwiniętych państw świata, istnieje również potrzeba diagnozy uwarunkowań zewnętrznych naszej gospodarki. Polska w sferze gospodarczej jest częścią międzynarodowego ładu, który tworzony jest w warunkach postępującej hiperglobalizacji. Szczególnie w dłuższym okresie kluczem do bardziej stabilnego i zrównoważonego rozwoju społeczno-gospodarczego stają się systematyczne działania na rzecz podniesienia konkurencyjności i produktywności firm, a w konsekwencji i całej gospodarki poprzez zróżnicowane działania proinnowacyjne.

Złożoność, koszt oraz ryzyko, jakie pojawiają się w procesie innowacji, sprawiają, że także państwo staje się ważnym podmiotem w tworzeniu systemowych uwarunkowań, sprzyjających powstawaniu nowych produktów i modeli biznesowych. Zarazem nietrudno uchwycić główne tendencje w polityce innowacyjnej wielu czołowych państw świata (Nowak, Zalega, 2019):

1. Postępuje odchodzenie od dotychczasowego modelu kreacji polityki innowacyjnej, opartej na jednej firmie, na rzecz modelu opartego na współpracy wielu firm, działających na licznych komplementarnych obszarach przedsiębiorczości. Coraz bardziej powszechne staje się tworzenie klastrów nowych technologii czy konsorcjów, których współpraca opiera się nie tylko na zbliżonych poziomach naukowych czy technologicznych, ale także na lepszym rozeznaniu specyfiki danego, lokalnego rynku, również w wymiarze kulturowym.

2. Region staje się coraz częściej miejscem interakcji potrzebnych do zaistnienia procesów modernizacyjnych, a jego cechy i specyficzny potencjał sprzyjają redukcji ryzyka innowacyjnego, ułatwiają absorpcję różnego rodzaju wiedzy, dają możliwość interaktywnego uczenia się i wymiany doświadczeń.

3. W coraz większym stopniu małe i średnie firmy — SME, ale i startupy, także wspierane przez państwo, będą miały znaczący udział w innowacjach, ich głównym motorem nie jest bowiem tylko poziom wydatków na badania, ale kreatywność i możliwość wykorzystania wysokiego poziomu rozwoju nauk ścisłych, które mogą być spożytkowane przez jednostki i stosunkowo niewielkie grupy osób. Stąd rosnące znaczenie na rynku innowacyjnych firm rodzinnych. Wspomniana wcześniej Mariana Mazzucato twierdzi jednak, że małe firmy, a więc także firmy rodzinne, są mniej wydajne, ponieważ na ogół są źle zarządzane, wykazują mniejszą skłonność do ryzyka, dlatego najlepszym sposobem ich wspierania jest usuwanie ograniczeń dla wchodzenia przez nie na rynki, wdrażanie polityki konkurencyjności i opieranie się lobbingowi wielkich firm i ich przedstawicieli.

4. Rosnąca złożoność oraz koszty i ryzyko innowacji będą sprawiać, że coraz bardziej wartościowe stawać się będą powiązania pomiędzy podmiotami, wykraczające poza zwykłe relacje rynkowe. Chodzi o związki firm z wyższymi uczelniami, laboratoriami badawczymi, dostawcami usług doradczych i technicznych.

5. Znaczącą metodą wdrażania innowacji, nastawioną na kreowanie nowych pomysłów i rozwiązań, staje się koncepcja popytowego podejścia do innowacji. Opiera się ona na lepszym zrozumieniu oraz poznaniu jawnych oraz ukrytych wymagań, oczekiwań i potrzeb konsumentów. Jej realizacja

następuje poprzez tworzenie skutecznych mechanizmów pozyskiwania i użytkowania informacji płynących od konsumentów, a także bardzo często przez wykorzystywanie ich pomysłów oraz gotowych rozwiązań.

6. Działalność innowacyjna firm w XXI wieku nie będzie wyłącznie zorientowana na maksymalizację zysku, ale także w większym stopniu na określone, zmieniające się w czasie potrzeby człowieka. Te oczekiwania mogą spełniać zwłaszcza małe i średnie firmy. Zatem należy oczekiwać nowej dynamiki w rozwoju takich dziedzin, w których istotne znaczenie odgrywać będą:

- tzw. zielone technologie,
- technologie medyczne,
- technologie informatyczne, biotechnologie i nanotechnologie,
- robotyzacja i sztuczna inteligencja.

7. Na poziom innowacyjności firm i gospodarek wpływać będą w jeszcze większym wymiarze czynniki kulturowe, tradycje, wysoki poziom kultury organizacyjnej oraz modele rozwoju gospodarczego (Nowak, Zalega, 2019).

Doświadczenia wielu różnych krajów: USA, Japonii oraz Chin, dotyczące poziomu i charakteru innowacji, pozwalają na stwierdzenie, że nie ma gotowych i tych samych recept na podstawowe siły sprawcze warunkujące sukces potencjału innowacyjnego. W obu wspomnianych krajach występują nierzadko różne uwarunkowania i mechanizmy tworzenia innowacji jako czynniki rozwoju gospodarczego.

Polska droga do innowacji

Z tych nowych tendencji występujących w procesie hiperglobalizacji nasz kraj powinien wyciągnąć właściwe wnioski. Dziś polską odpowiedzią na obecne wyzwania są koncepcje i ich realizacja, zawarte w Planie Odpowiedzialnego Rozwoju, w którym na zmiany technologiczne i organizacyjne, służące próbom podniesienia efektywności i konkurencyjności, wpływa również — jeszcze w niedostatecznym stopniu — nowa polityka przemysłowa i strukturalna rządu. Ale premier Mateusz Morawiecki w przedmowie do polskiego wydania wspomnianej wcześniej książki Mariany Mazzucato, mówiąc o roli „przedsiębiorczego państwa”, stwierdza także, że „jeśli spojrzymy na narzędzia stosowane przez państwo, które osiągają największy sukces we wspieraniu swoich firm, to zauważmy, że korzystają one przede wszystkim z tradycyjnych prerogatyw państwa w zakresie polityki gospodarczej. Wśród narzędzi rozpoznamy bowiem dobrze pomyślaną politykę zamówień publicznych, sprawną politykę finansowania grantów na badania i rozwój, efektywny system podatkowy, odpowiedzialną działalność organów regulacyjnych czy też łatwe w dostępie finansowanie projektów strategicznych przez państwowe instytucje rozwoju”.

Premier Mateusz Morawiecki na końcu przedmowy zauważa również, iż w tym obecnym modelu rozwojowym należy uwzględnić zmieniające się uwarunkowania społeczne. Jedynie wzrost inkluzywny i odpowiedzialny społecznie może być — jak to nazywa — „skałą, na której zbudujemy nowoczesną gospodarkę mogącą stawić czoła wyzwaniom XXI

wieku”. Ten aspekt uwarunkowań społecznych na rzecz strategii innowacyjnej w Polsce zasługuje na oddzielną analizę.

Polska musi rzeczywiście uporać się z fazą rozwojową okresu transformacyjnego i uzyskaniem zdolności rozwojowych gospodarki niezbędnych do pokonania historycznie ukształtowanej relacji PKB na mieszkańca Polski stanowiącego około 65% poziomu PKB państw Europy Zachodniej. W sferze niematerialnej ów kontekst uwarunkowań społecznych odnoszących się do potencjału innowacyjnego polskiej gospodarki, jak się wydaje, umyka szerszej refleksji.

Tymczasem jest to niezwykle istotny składnik ekonomii politycznej innowacyjności. Ta tematyka pojawia się w przygotowanej publikacji Grzegorza Jędrzejczaka i Henryka Sterniczuka pt. *Innowacyjność — polski problem rozwojowy. Doganianie Zachodu w warunkach nieciągłości*. Zwracają oni uwagę m.in. na znaczenie kapitału kulturowego. Jak stwierdzają: „Doświadczenie poszczególnych przypadków sukcesu, ale i porażki, pokazuje, że nie ma jednej recepty kulturowej rozwoju, są jednak ograniczenia kulturowe. Społeczeństwa, w którym jednostki czują się związane tradycyjnymi wartościami, a jednocześnie skupione są na wartościach przetrwaniowych, przy braku lub bardzo małej legitymizacji dla samoekspresji są często mało innowacyjne. Innowacja jest bowiem ekspresją inności i aby ją generować, ludzie potrzebują czuć się swobodnie w uzewnętrznianiu swoich poglądów, nawet jeśli są one w mniejszości w społeczeństwie czy w konkretnej grupie w miejscu pracy, oraz gdy nawet ich błędność nie naraża autora na społeczną kpinę i ostracyzm” (Jędrzejczak, Sterniczuk, 2019).

Autorzy cytują także Ingleharta i Bakera, którzy twierdzą, że rozwój ekonomiczny jest powiązany z przesunięciem od absolutnych norm i wartości w kierunku wartości, które są w rosnący sposób racjonalistyczne, tolerancyjne, oparte na zaufaniu i partycypacji. W tym sensie Jędrzejczak i Sterniczuk nawiązują także do wartości, które tworzą tzw. kapitał społeczny.

Problem relacji pomiędzy jednostką a zbiorowością jest przedmiotem badań wielu socjologów i politologów. Ich zdaniem „kapitał społeczny odnosi się tu do takich cech organi-

zacji społeczeństwa, jak zaufanie, normy i powiązania, które mogą zwiększyć sprawność społeczeństwa, ułatwiając skoordynowane działania. Tak jak i inne postaci kapitału, kapitał społeczny jest produktywny, umożliwia bowiem osiągnięcie pewnych celów, których nie dałoby się osiągnąć, gdyby go zabrakło” (Putnam, Leonardi, Nanetti, 1995).

W Polsce kapitał społeczny, potrzebny także do przejawiania postaw nowatorskich, innowacyjnych, jest na niskim poziomie. Dodatkowo definiowanie polityki jako ostrego sporu pomiędzy głównymi ugrupowaniami politycznymi prowadzi do głębokiego, czasami nieodwracalnego, podziału pomiędzy nie tylko jednostkami, ale także grupami społecznymi. Ogranicza to zdolności do tak pożądanego zaufania — konstruktywnego współdziałania członków społeczeństwa, koniecznego do zwiększenia m.in. zdolności innowacyjnych.

Podsumowanie

Reasumując, należy podkreślić, że w wyniku przeprowadzonych analiz i dyskusji, a także w rezultacie obserwacji krajów, które odniosły sukcesy w tworzeniu i wdrażaniu innowacji, można stwierdzić, że kreowanie gospodarki innowacyjnej, w tym także polskiej gospodarki innowacyjnej i nowoczesnej, zależy z jednej strony od możliwości i umiejętności budowania potencjału ekonomiczno-technicznego, dającego gwarancję finansowania i wspierania nowych lub udoskonalonych koncepcji wytwórczych, tworzenia nowych technologii i nowych towarów oraz wprowadzania ich w życie. Z drugiej jednak strony należy także pamiętać o społecznych i kulturowych uwarunkowaniach tworzenia gospodarki innowacyjnej. Kapitał społeczny równie silnie determinuje bowiem zdolność gospodarki do tworzenia i absorpcji innowacji. I tylko symbioza i współgranie tych dwóch — w pewnym sensie — samoistnych procesów daje szansę na powodzenie wykreowania i rozwoju gospodarki innowacyjnej.

Bibliografia

- Buera, F. J., Shin, Y. (2010). Financial Frictions and the Persistence of History: A Quantitative Exploration. *Journal of Political Economy*, 121(2), 221–272. <https://doi.org/10.3386/w16400>
- Jędrzejczak, G., Sterniczuk, H. (2019). *Innowacyjność — polski problem rozwojowy. Doganianie Zachodu w warunkach nieciągłości*. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania UW.
- Lagarde, Ch. (2019). President of the European Central Bank (ECB) addresses the 29th Frankfurt European Banking Congress in Frankfurt, Germany, Nov. 22. <https://www.ecb.europa.eu> <https://www.ecb.europa.eu> (2.12.2019).
- Lin, J. Y. (2009). *Economic Development and Transition: Thought, Strategy and Viability*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Lin, J. Y., Nowak, A. Z. (red.). (2018). *Nowa polityka strukturalna w warunkach otwartej gospodarki rynkowej*. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania UW. <https://doi.org/10.7172/978-83-65402-93-6.2018.wzw.11>
- Mazzucato, M. (2016). *Przedsiębiorcze państwo. Obalić mit o relacji sektora publicznego i prywatnego*. Poznań: Wydawnictwo Ekonomiczne Heterodox.
- Mączyńska, E. (2019). PKB powinien być środkiem, a nie celem. *Obserwator Finansowy*, <https://www.obserwatorfinansowy.pl/forma/rotator/pkb-powinien-byc-srodkiem-a-nie-celem/> (18.11.2019).
- Morawiecki, M. (2016). Przedmowa. W: M. Mazzucato. *Przedsiębiorcze Państwo. Obalić mit o relacji sektora publicznego i prywatnego*. Poznań: Wydawnictwo Ekonomiczne Heterodox.
- Nowak, A. Z., Zalega, T. (red.). (2019). *Makroekonomia*. Warszawa: PWE.
- Putnam, R. D., Leonardi, R., Nanetti, R. Y. (1995). *Demokracja w działaniu: tradycje obywatelskie we współczesnych Włoszech*. Kraków: Społeczny Instytut Wydawniczy Znak. Warszawa: Fundacja im. Stefana Batorego.

Nowy model nadzoru audytowego w Polsce

New audit supervision model in Poland

dr hab. Beata Kozłowska-Chyla

Adiunkt w Katedrze Prawa Handlowego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego
E-mail: b.kozłowska-chyla@wpia.uw.edu.pl; nr ORCID: 0000-0001-5995-2629

Streszczenie

Wchodzące w życie z dniem 1.01.2020 r. przepisy ustawy o zmianie ustawy o biegłych rewidentach, firmach audytorskich oraz nadzorze publicznym wprowadzają nowy model nadzoru nad działalnością biegłych rewidentów oraz firm audytorskich w Polsce. Powyższe zmiany mają istotne znaczenie dla wszystkich uczestników obrotu gospodarczego korzystających z usług tych podmiotów, jak również dla samych biegłych rewidentów i firm audytorskich. W niniejszym opracowaniu zostaną przedstawione nowe zasady nadzoru publicznego w tym segmencie rynku oraz konsekwencje dokonywanej reorganizacji modelu nadzoru nad działalnością biegłych rewidentów i firm audytorskich.

Słowa kluczowe: biegły rewident, firma audytorska, Komisja Nadzoru Audytowego, Krajowa Komisja Nadzoru, Polska Izba Biegłych Rewidentów, Polska Agencja Nadzoru Audytowego

Summary

Provisions of the Act changing the Act on auditors, auditor firms and public supervision, which become valid on 1 January 2020, introduce a new model of supervision over the activity of auditors and auditor firms in Poland. The changes made are quite important to all actors involved in business that use services of such bodies, as well as to auditors and auditor firms themselves. This study also presents the new rules of public supervision in this market segment and the consequences of re-organisation of the model of supervision over auditors and auditor firms that takes place through the Act.

Key words: auditor, auditor firm, Audit Supervision Commission, National Supervision Commission, Polish Chamber of Statutory Auditors, Polish Agency for Audit Supervision

JEL: K2

Uwagi wprowadzające

Obowiązujący dotychczas model nadzoru nad działalnością biegłych rewidentów i firm audytorskich w Polsce zakładał powierzenie zasadniczych zadań w tym zakresie Komisji Nadzoru Audytowego (KNA). Działała ona jako organ kolegialny obsługiwany przez Ministerstwo Finansów, wyznaczony jako właściwy organ sprawujący nadzór publiczny nad audytem w Polsce w rozumieniu dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2006/43/WE z 17.05.2006 r. w sprawie ustawowych badań rocznych sprawozdań finansowych i skonsolidowanych sprawozdań finansowych, zmieniającej dyrektywę Rady 78/660/EWG i 83/349/EWG oraz uchylająca dyrektywę Rady 84/253/EWG (Dz.Urz. UE L 157, s. 87 ze zm.) oraz rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 537/2014 z 16.04.2014 r. w sprawie szczegółowych wymogów dotyczących ustawowych badań sprawozdań finansowych jednostek interesu publicznego, uchylającego decyzję Komisji 2005/909/WE (Dz.Urz. UE L 158, s. 77). Do zadań KNA należało sprawowanie nadzoru publicznego nad wykonywaniem zawodu biegłego rewidenta, działalnością firm audytorskich, działalnością Polskiej Izby Biegłych Rewidentów, działalno-

ścią firm audytorskich zatwierdzonych w innym niż Rzeczpospolita Polska państwie Unii Europejskiej i wpisanych na listę, działalnością jednostek audytorskich pochodzących z państwa trzeciego i wpisanych na listę. Komisja przeprowadzała bezpośrednio kontrole badań ustawowych jednostek zainteresowania publicznego, prowadziła postępowania administracyjne i nakładała kary administracyjne w zakresie wskazanym ustawą, prowadziła postępowania wyjaśniające, dochodzenia dyscyplinarne oraz występowała jako oskarżyciel przed sądami w sprawach przewinień dyscyplinarnych popełnionych w związku z badaniem ustawowym jednostek zainteresowania publicznego. Ponadto monitorowała przestrzeganie przepisów dotyczących powołania, składu i funkcjonowania komitetu audytu albo rady nadzorczej lub innego organu nadzorczego i kontrolnego w przypadku powierzenia im funkcji komitetu audytu.

W skład Komisji Nadzoru Audytowego wchodziło 9 członków, obsługę merytoryczną — w tym w zakresie przeprowadzania kontroli — oraz administracyjno-biurową zapewniało Ministerstwo Finansów.

Znaczna część zadań z zakresu nadzoru publicznego nad działalnością biegłych rewidentów i firm audytorskich powie-

rzona została Polskiej Izbie Biegłych Rewidentów (PIBR), będącej organizacją samorządu zawodowego biegłych rewidentów. Do zadań PIBR należało m. in. realizowanie zadań w zakresie należytego wykonywania zawodu i przestrzegania zasad etyki zawodowej przez członków PIBR oraz przepisów prawa, procedur i standardów przez firmy audytorskie. Polska Izba Biegłych Rewidentów miała uprawnienia do przeprowadzania kontroli badań ustawowych jednostek innych niż jednostki zainteresowania publicznego, prowadzenia postępowań dyscyplinarnych przeciwko biegłym rewidentom przeprowadzającym badania jednostek innych niż jednostki zainteresowania publicznego, nakładania kar administracyjnych na firmy audytorskie. Powyższe zadania PIBR wykonywała poprzez swój organ — Krajową Komisję Nadzoru (KKN), która przeprowadzała kontrole przestrzegania przepisów prawa, procedur i standardów przez biegłych rewidentów i firmy audytorskie w zakresie badań ustawowych jednostek innych niż jednostki zainteresowania publicznego oraz usług objętych krajowymi standardami wykonywania zawodu innych niż badanie ustawowe. Roczne plany kontroli sporządzane przez Krajową Komisję Nadzoru zatwierdzane były przez KNA. Komisja Nadzoru Audytowego rozpatrywała odwołania od uchwał PIBR, miała prawo zaskarżenia do sądu administracyjnego uchwał organów PIBR w przypadkach określonych w ustawie. Dodatkowo KNA mogła wydawać Krajowej Komisji Nadzoru zalecenia i instrukcje dotyczące sposobu przeprowadzenia kontroli oraz wystąpić do KKN z wnioskiem o przeprowadzenie przez nią kontroli doraźnej w związku z powzięciem informacji o nieprawidłowościach w przeprowadzeniu badań ustawowych jednostek innych niż jednostki zainteresowania publicznego.

Aspekty funkcjonalne

Obowiązujący dotychczas model publicznego nadzoru nad działalnością biegłych rewidentów i firm audytorskich cechował się ustawowym rozdziałem kompetencyjnym uprawnień nadzorczych pomiędzy dwa organy — Komisję Nadzoru Audytowego i Krajową Komisję Nadzoru, będącą organem samorządu zawodowego biegłych rewidentów. W uzasadnieniu do projektu ustawy o zmianie ustawy o biegłych rewidentach, firmach audytorskich oraz nadzorze publicznym (VIII kadencja, druk sejm. nr 3481) wskazano na trudności KNA w zakresie realizacji powierzonych jej zadań. Obecna formuła funkcjonowania KNA, jako organu kolegialnego, spotykającego się przynajmniej raz w miesiącu oraz obsługiwane przez Ministerstwo Finansów, powodowała słabość tego rozwiązania w porównaniu do powierzonych zadań. Z uzasadnienia do projektu ustawy wynika, że sztywne rozwiązania kadrowe i płacowe obowiązujące w Ministerstwie Finansów, uniemożliwiające elastyczne ustalanie warunków pracy i płacy, powodowały trudności w zatrudnieniu wystarczającej liczby kontrolerów na potrzeby realizacji zadań przez KNA, a do chwili obecnej nie został skompletowany zespół kontrolerów w zakładanym składzie. Powyższe powodowało opóźnienia w realizacji planów kontroli KNA. Powierzenie znacznej części

zadań z zakresu nadzoru publicznego Polskiej Izbie Biegłych Rewidentów powodowało natomiast, zdaniem projektodawcy, że samorząd zawodowy nie podejmował wystarczającej aktywności w zakresie realizacji zadań, a postępowania prowadzone przez organy PIBR cechowały się przewlekłością. Zgodnie z podaną statystyką — z 473 spraw prowadzonych w 2017 r. przez Krajowego Rzecznika Dyscyplinarnego, będącego organem PIBR, 273 sprawy zostały zakończone, z czego bez sporządzenia wniosków o ukaranie pozostawiono 194 sprawy. Krajowy Sąd Dyscyplinarny, będący organem PIBR, w 2017 r. w 6 przypadkach orzekł kary dyscyplinarne zakazu wykonywania czynności rewizji finansowej, a w około 80% rozstrzygnięć orzekane były najmniej dotkliwe kary dyscyplinarne.

Powyższe okoliczności stanowiły podstawę do wprowadzenia istotnych zmian w modelu nadzoru nad działalnością biegłych rewidentów i firm audytorskich, których celem jest jego wzmocnienie w aspekcie zarówno organizacyjnym, jak również przedmiotowym. W uzasadnieniu stwierdza się bowiem, że dotychczasowe doświadczenia wskazują, iż istnieje potrzeba szerszego kontrolowania działalności firm audytorskich, także w zakresie innych usług niż badanie ustawowe sprawozdań finansowych, w tym przede wszystkim usług związanych z funkcjonowaniem rynku kapitałowego.

Konsekwencją powyższych założeń jest rozszerzenie zakresu usług świadczonych przez biegłego rewidenta lub firmy audytorskie podlegających bezpośredniemu nadzorowi publicznemu na wszystkie usługi atestacyjne i pokrewne (art. 90 ustawy z 11.05.2017 r. o biegłych rewidentach, firmach audytorskich oraz nadzorze publicznym, Dz.U. z 2019 r. poz. 1421 ze zm.), dalej u.b.r. Zgodnie z art. 2 pkt 5 u.b.r. usługami atestacyjnymi są usługi mające na celu uwiarygodnienie w wysokim lub umiarkowanym stopniu zagadnień obejmujących w szczególności informacje finansowe i niefinansowe, systemy, procesy, a także aspekty zachowań lub postaw określonych podmiotów, w oparciu o dowody uzyskane w trakcie przeprowadzenia odpowiednich procesów, stanowiące podstawę wydawanej, zgodnie z przyjętymi kryteriami, oceny zagadnień będącej przedmiotem tych usług, zamieszczonej w sprawozdaniu z wykonanej usługi. Czynności rewizji finansowej są postacią usług atestacyjnych (art. 2 pkt 7 u.b.r.). Usługami pokrewnymi są natomiast usługi polegające na przeprowadzeniu uzgodnionych procedur, wykonywanych w oparciu o uzgodniony cel, zakres prac i sposób ich wykonania, których opis i wynik są przedstawione w raporcie z wykonania usługi, lub usługi kompilacji informacji finansowych, których celem jest wykorzystanie wiedzy z zakresu rachunkowości do zebrania, sklasyfikowania i podsumowania informacji finansowych (art. 2 pkt 6 u.b.r.).

Utworzenie Polskiej Agencji Nadzoru Audytowego

Kluczowym założeniem dokonywanej reorganizacji modelu nadzoru nad działalnością biegłych rewidentów i firm audytorskich jest przejęcie przez jeden podmiot prowadzenia

wszystkich postępowań kontrolnych, postępowań administracyjnych i dyscyplinarnych w odniesieniu do biegłych rewidentów i firm audytorskich wykonujących usługi zarówno w jednostkach zainteresowania publicznego, jak również w jednostkach innych niż jednostki zainteresowania publicznego. Oznacza to odejście od obowiązującego dotąd rozproszenia kompetencyjnego w kierunku scentralizowanego nadzoru, przy jednoczesnym rozszerzeniu kompetencji nadzorczych na wszystkie usługi atestacyjne i pokrewne wykonywane przez biegłych rewidentów lub firmy audytorskie.

Zgodnie z art. 12 ustawy z 19.07.2019 r. o zmianie ustawy o biegłych rewidentach, firmach audytorskich oraz nadzorze publicznym oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 1571 ze zm.) tworzy się Polską Agencję Nadzoru Audytowego (PANA lub Agencja). Przepisy regulujące ustrój, organizację i finansowanie Polskiej Agencji Nadzoru Audytowego, zgodnie z art. 45 pkt 1 ustawy o zmianie ustawy o biegłych rewidentach, weszły w życie z dniem 12.09.2019 r. Jednak dopiero z dniem 1.01.2020 r. znosi się Komisję Nadzoru Audytowego oraz Krajową Komisję Nadzoru (art. 13 w zw. z art. 45 pkt 2 ustawy o zmianie ustawy o biegłych rewidentach), co oznacza, że z tym dniem Polska Agencja Nadzoru Audytowego rozpoczyna swoje działanie w pełnym zakresie operacyjnym. Założeniem projektodawców było bowiem, aby do 31.12.2019 r. przeprowadzić działania o charakterze przygotowawczym i organizacyjnym umożliwiające przejęcie przez PANA z dniem 1.01.2020 r. całości zadań merytorycznych.

Polska Agencja Nadzoru Audytowego przejmuje kompetencje należące dotychczas do Komisji Nadzoru Audytowego oraz Krajowej Komisji Nadzoru. Do zadań PANA należeć będzie sprawowanie szerokiego nadzoru nad działalnością biegłych rewidentów oraz firm audytorskich w odniesieniu do czynności wykonywanych przez wskazane podmioty tak w jednostkach zainteresowania publicznego, jak również w innych jednostkach niż jednostki zainteresowania publicznego. Powyższe oznacza istotne ograniczenie dotychczasowych uprawnień przysługujących PIBR. Polska Izba Biegłych Rewidentów będzie mogła ustanawiać krajowe standardy wykonywania zawodu, krajowe standardy kontroli jakości oraz zasady etyki biegłych rewidentów. Do jej kompetencji będzie również należeć kontrola wypełniania przez biegłych rewidentów obowiązków z zakresu obligatoryjnego doskonalenia zawodowego oraz czynności z zakresu zatwierdzania i rejestracji biegłych rewidentów, a także inne zadania własne samorządu zawodowego biegłych rewidentów. Będzie ona prowadzić postępowania dyscyplinarne przeciwko biegłym rewidentom, ale tylko w sprawach dotyczących przewinień innych niż powstałe przy wykonywaniu usług atestacyjnych oraz usług pokrewnych (art. 25 u.b.r.).

Status prawny oraz organizacja Polskiej Agencji Nadzoru Audytowego

Polska Agencja Nadzoru Audytowego utworzona zostaje jako państwowa osoba prawna z siedzibą w Warszawie, nad którą nadzór sprawuje minister właściwy do spraw finansów

publicznych (art. 94a u.b.r.). Posiadając status osoby prawnej, PANA może nabywać prawa, zaciągać zobowiązania, pozywać i być pozywana, działa przez swoje organy w sposób określony w ustawie i oparty na niej statucie. Agencja, jako państwowa osoba prawna utworzona w celu wykonywania zadań publicznych, wchodzi w skład sektora finansów publicznych, podlega zatem reżimowi prawnemu charakterystycznemu dla jednostek sektora finansów publicznych (art. 9 i 10 ustawy z 27.08.2009 r. o finansach publicznych, Dz.U. z 2019 r. poz. 869 ze zm.). Agencja wyznaczona została jako właściwy organ w rozumieniu rozporządzenia 537/2014 w zakresie niezastreżonym dla innych organów.

Organami PANA są Prezes Agencji oraz Rada Agencji. Do zadań Prezesa Agencji należy reprezentowanie jej oraz kierowanie jej pracami. Zgodnie z art. 94b ust. 2 u.b.r. Prezes Agencji wykonuje zadania Agencji, z wyłączeniem zadań zastrzeżonych przepisami ustawy dla Rady Agencji. Prezes Agencji kieruje pracami PANA przy pomocy Zastępcy. W razie nieobecności, odwołania albo śmierci Prezesa, jego zadania i uprawnienia wykonywać ma Zastępca Prezesa Agencji (art. 94c u.b.r.). Prezesa Agencji oraz jego Zastępcę powołuje minister właściwy do spraw finansów publicznych na kadencję trwającą 4 lata, z tym że ta sama osoba nie może pełnić funkcji dłużej niż przez dwie kadencje (art. 94d ust. 1, 4 i 5 u.b.r.). Kadencja Prezesa oraz Zastępcy Prezesa Agencji nie jest wspólna. Ustawa szczegółowo określa wymagania i kryteria, które spełnić mają kandydat na Prezesa Agencji i Zastępcę Prezesa Agencji.

Odwołanie Prezesa i Zastępcy Prezesa Agencji przez upływem kadencji należy do kompetencji ministra właściwego do spraw finansów publicznych, przy czym powody odwołania są ściśle określone przepisami ustawy. Należą do nich: rezygnacja ze stanowiska, utrata zdolności do pełnienia powierzonych obowiązków na skutek długotrwałej choroby, trwającej dłużej niż 6 miesięcy, lub innej długotrwałej przeszkody w pełnieniu obowiązków, rażącego naruszenia prawa, zaprzestania spełniania warunków, jakie spełniać ma kandydat na Prezesa i Zastępcę Prezesa Agencji, utrata autorytetu dającego rękojmię prawidłowego wykonywania zadań, złożenie niezgodnego z prawdą oświadczenia lustracyjnego (art. 94f u.b.r.).

W skład Rady Agencji wchodzi Prezes Agencji, Zastępca Prezesa oraz 8 członków, spośród których dwie osoby są przedstawicielami ministra właściwego do spraw finansów publicznych, kolejne dwie — przedstawicielami Komisji Nadzoru Finansowego, po jednym przedstawicielu posiadają Minister Sprawiedliwości, Polska Izba Biegłych Rewidentów, organizacje pracodawców oraz Giełda Papierów Wartościowych w Warszawie S. A. (art. 94h u.b.r.). Członków Rady Agencji powołuje i odwołuje minister właściwy do spraw finansów publicznych spośród kandydatów rekomendowanych przez wyżej wymienione organy i instytucje, biorąc pod uwagę konieczność zapewnienia odpowiedniego merytorycznego oraz zróżnicowanego składu Rady Agencji niezbędnego do właściwej realizacji jej zadań (art. 94j u.b.r.).

Kadencja Rady Agencji trwa 4 lata, przy czym w przypadku śmierci albo odwołania członka Rady Agencji przed upły-

wem kadencji, minister właściwy do spraw finansów publicznych powołuje w jego miejsce nowego członka (z zachowaniem zasad określonych ustawą), a kadencja osoby powołanej w miejsce zmarłego lub odwołanego członka Rady Agencji kończy się wraz z upływem kadencji Rady Agencji. Odwołanie członka Rady Agencji przez ministra właściwego do spraw finansów publicznych może nastąpić w trybie i na zasadach określonych w art. 94k u.b.r.

Do zadań Rady Agencji należy w szczególności przyjmowanie rocznego planu działania Agencji, opiniowanie projektu rocznego planu finansowego Agencji, przyjmowanie rocznego sprawozdania Agencji, opiniowanie rocznego sprawozdania finansowego Agencji, okresowe monitorowanie wykonywania rocznego planu działania Agencji, przyjmowanie sprawozdań z monitorowania rynku, zatwierdzanie wykazu firm audytorskich, zatwierdzanie uchwał organów PIBR w zakresie określonym ustawą, zaskarżanie do sądu administracyjnego uchwał PIBR w zakresie określonym ustawą, zatwierdzanie polityki i procedur dotyczących zarządzania systemem kontroli, zatwierdzanie rocznych planów kontroli, zatwierdzanie procedur przeprowadzania kontroli oraz zatwierdzanie procedur informowania odpowiednich organów w sytuacji, gdy ustalenia dokonane w trakcie kontroli mogą wskazywać na działania niezgodne z prawem (art. 94g u.b.r.).

Rada Agencji obraduje na posiedzeniach, mających odbywać się co najmniej raz w miesiącu, którym przewodniczy Prezes Agencji. Rada podejmuje uchwały, w tym wydaje decyzje administracyjne i postanowienia w zakresie posiadanych kompetencji. Uchwały mają być podejmowane zwykłą większością głosów, w głosowaniu jawnym, w obecności co najmniej 5 członków oraz Prezesa Agencji. W przypadku równej liczby głosów rozstrzygające znaczenie ma głos Prezesa Agencji (art. 94m u.b.r.).

Zasady finansowania Polskiej Agencji Nadzoru Audytowego

Zgodnie z art. 95a u.b.r. Agencja prowadzi samodzielną gospodarkę finansową na podstawie rocznego planu finansowego, zatwierdzanego przez ministra właściwego do spraw finansów publicznych. Roczne sprawozdanie finansowe Agencji, sporządzone przez Prezesa Agencji i zaopiniowane przez Radę Agencji, zatwierdzone jest przez ministra właściwego do spraw finansów publicznych. Podlega ono badaniu przez Najwyższą Izbę Kontroli.

Przychodami Agencji są przede wszystkim opłaty z tytułu nadzoru. Stosownie do art. 55 u.b.r. firma audytorska zobowiązana jest wnieść opłatę z tytułu nadzoru za dany rok kalendarzowy w wysokości stanowiącej iloczyn stawki procentowej obowiązującej w danym roku kalendarzowym i rocznych przychodów z tytułu usług atestacyjnych oraz usług pokrewnych wykonanych zgodnie z krajowymi standardami wykonywania zawodu, osiągniętych przez tę firmę w danym roku kalendarzowym, jednak nie mniejszej niż 20% przeciętnego wy-

nagrodzenia w gospodarce narodowej, ogłoszonego przez Prezesa GUS za poprzedni rok kalendarzowy. Stawka procentowa obowiązująca w danym roku kalendarzowym nie może być wyższa niż 4%. Wysokość stawki procentowej obowiązującej w danym roku kalendarzowym ogłasza minister właściwy do spraw finansów publicznych w drodze obwieszczenia w Dzienniku Urzędowym RP „Monitor Polski”. Część opłaty Agencja przekazuje Polskiej Izbie Biegłych Rewidentów na realizację przez nią jej zadań ustawowych.

W przypadku niewywiązania się przez firmę audytorską z obowiązku wniesienia opłaty z tytułu nadzoru, Agencja wydaje decyzję administracyjną, określającą wysokość opłaty, a w razie niewykonania tej decyzji — nakłada karę administracyjną. Do opłat z tytułu nadzoru stosuje się przepisy ustawy z 29.08.1997 r. — Ordynacja podatkowa (Dz.U. z 2019 r. poz. 900 ze zm.). Należy przy tym zaznaczyć, że do opłat z tytułu nadzoru należnych za lata 2018–2019 stosuje się przepisy dotychczas obowiązujące (art. 37 ustawy o zmianie ustawy o biegłych rewidentach).

Kolejnymi źródłami przychodu Agencji są opłaty za rozpatrzenie wniosku o wpis na listę firm audytorskich oraz przychody z tytułu zwrotu kosztów postępowania dyscyplinarnego (art. 95b ust. 1 u.b.r.). Ponadto przychodami Agencji mogą być dotacje podmiotowe (na prowadzenie działalności) i celowe (na finansowanie lub dofinansowanie inwestycji) z budżetu państwa, darowizny, zapisy i spadki, odsetki od wolnych środków przekazanych w depozyt zgodnie z ustawą o finansach publicznych oraz przychody z innych źródeł (art. 95b ust. 2 u.b.r.). Zakłada się, że w latach 2019 i 2020 minister właściwy do spraw finansów publicznych przekaze Agencji dotacje z budżetu państwa (art. 19 ustawy o zmianie ustawy o biegłych rewidentach). W roku 2019 miała to być kwota 4,2 mln zł., w roku 2020 planowana jest kwota 6 mln zł. W latach kolejnych (do 2028 r.) nie przewiduje się wydatków ministra właściwego do spraw finansów publicznych z tytułu dotacji przekazywanych Agencji. W przypadku zagrożenia przekroczeniem limitu wydatków na dany rok budżetowy przewiduje się wdrożenie mechanizmu korygującego polegającego na ograniczeniu wydatków Agencji pokrywanych z dotacji (art. 44 ustawy o zmianie ustawy o biegłych rewidentach).

Podsumowanie

Z dniem 1.01.2020 r. istotnej reorganizacji ulega model nadzoru nad działalnością biegłych rewidentów i firm audytorskich w Polsce. We wskazanym terminie znosi się Komisję Nadzoru Audytowego i Krajową Komisję Nadzoru, których zadania przejmuje powołana Polska Agencja Nadzoru Audytowego, działająca jako państwowa osoba prawna. Polska Agencja Nadzoru Audytowego przeprowadzać będzie kontrole badań ustawowych jednostek zainteresowania publicznego i jednostek innych niż jednostki zainteresowania publicznego oraz kontrole innych usług atestacyjnych i usług pokrewnych wykonywanych przez biegłych rewidentów i fir-

my audytorskie. Nowy model nadzoru audytowego, w porównaniu do dotąd obowiązującego, w wymiarze organizacyjno-strukturalnym cechuje się powierzeniem zadań nadzorczych

jednemu, nowo powołanemu podmiotowi oraz — w wymiarze przedmiotowym — rozszerzeniem zakresu czynności nadzorczych powierzonych mu do realizacji.

Wykaz aktów prawnych

Ustawa z 11.05.2017 r. o biegłych rewidentach, firmach audytorskich oraz nadzorze publicznym (Dz.U. z 2019 r., poz. 1421 ze zm.), zwana także ustawą o biegłych rewidentach.

Ustawa z 19.07.2019 r. o zmianie ustawy o biegłych rewidentach, firmach audytorskich oraz nadzorze publicznym oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2019 r., poz. 1571 ze zm.), zwana także ustawą o zmianie ustawy o biegłych rewidentach.

Ustawa z 27.08.2009 r. o finansach publicznych (Dz.U. z 2019 r., poz. 869 ze zm.).

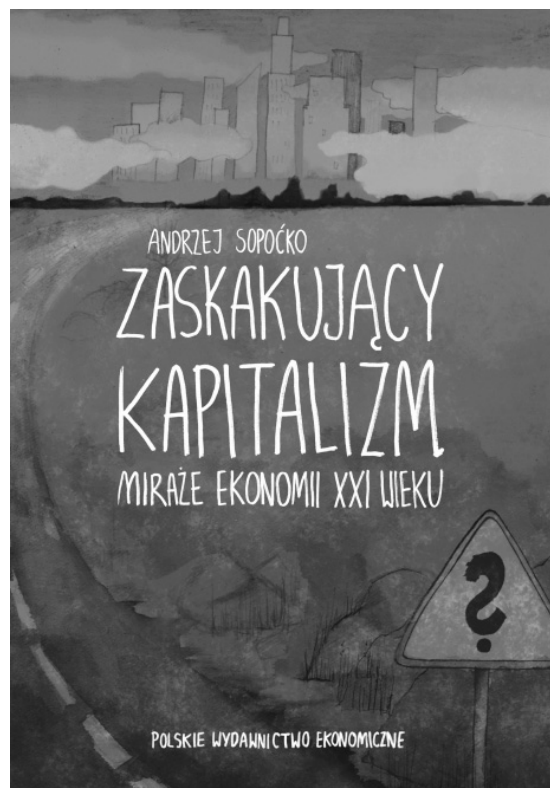
Dyrektywa 2006/43/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 17.05.2006 r. w sprawie ustawowych badań rocznych sprawozdań finansowych i skonsolidowanych sprawozdań finansowych, zmieniająca dyrektywy Rady 78/660/EWG i 83/349/EWG oraz uchylająca dyrektywę Rady 84/253/EWG, zwana dyrektywą 2006/43/WE.

Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 537/2014 z 16.04.2014 r. w sprawie szczegółowych wymogów dotyczących ustawowych badań sprawozdań finansowych jednostek interesu publicznego, uchylające decyzję Komisji 2005/909/WE, zwane rozporządzeniem 537/2014.

Pozostałe źródła

Uzasadnienie do projektu ustawy o zmianie ustawy o biegłych rewidentach, firmach audytorskich oraz nadzorze publicznym oraz niektórych innych ustaw, druk sejmowy nr 3481, www.sejm.gov.pl

Nowość



W książce autor próbuje wyjaśnić przyczyny obecnego rozwarstwienia społecznego, przede wszystkim osłabienia klasy średniej. Obecnie, przynajmniej w krajach rozwiniętych, ta właśnie klasa ulega osłabieniu. Proces ten jeszcze nie dotknął krajów rozwijających się, ale można się obawiać, że wkrótce tam też się pojawi. Przykłady idą od góry, czyli z krajów ze światowej czołówki. Statystyki są tu niepokojące, ale jeszcze gorzej jest z analizą źródeł i procesów prowadzących do pogłębiających się różnic. Zdaniem autora za rozwarstwienia społeczne odpowiedzialne są procesy, będące zarazem *signum temporis* obecnych czasów, a więc: globalizacja, sekurytyzacja, cyfryzacja i komputeryzacja. Sposoby ich działania różnią się od siebie ale łączy jedno — w podstawowej części są zupełnie odmienne od zakorzenionych w świadomości społecznej oczekiwań i poglądów. Konstrukcję książki oparto więc na obalaniu istniejących przekonań, przedstawianych jako *miraże*.

Księgarnia internetowa: www.pwe.com.pl

Silne uwierzytelnianie klienta w świetle przepisów normujących wymogi bezpieczeństwa płatności — wybrane problemy

Strong customer authentication in the light of regulations — selected problems

dr hab. Anna Zalcewicz

Profesor w Zakładzie Prawa Gospodarczego i Polityki Gospodarczej
na Wydziale Administracji i Nauk Społecznych Politechniki Warszawskiej
E-mail: a.zalcewicz@ans.pw.edu.pl; nr ORCID: 0000-0002-2459-4398

Streszczenie

Celem niniejszego artykułu jest dokonanie analizy przepisów prawa normujących środki bezpieczeństwa przy stosowaniu silnego uwierzytelniania klienta (*strong customer authentication*, SCA). Wprowadzone przez dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/2366 z 25.11.2015 r. w sprawie usług płatniczych w ramach rynku wewnętrznego, zmieniającej dyrektywę 2002/65/WE, 2009/110/WE, 2013/36/UE i rozporządzenie (UE) nr 1093/2010 oraz uchylającej dyrektywę 2007/64/WE (Dz.Urz. UE L 337, s. 35) zasady dotyczące identyfikacji tożsamości przy dokonywaniu płatności poprzez stosowanie SCA mają ograniczyć ryzyko nadużyć i oszustw, zwiększyć bezpieczeństwo płatności poprzez wprowadzenie rozwiązań zmniejszających możliwość dokonania nieautoryzowanych lub nielegalnych transakcji płatniczych. Znaczący wpływ tych przepisów na konsumentów przy jednoczesnej złożoności wymogów sprawia, że szczególnie istotne jest podjęcie rozważań ukierunkowanych na dokonanie takich analiz i podjęcie próby identyfikacji potencjalnych zagrożeń w związku z ingerencją prawodawczą w ten obszar usług płatniczych.

W niniejszym artykule zwraca się również uwagę na zjawisko technologizacji prawa rynku usług płatniczych, a szerzej - rynku finansowego.

Słowa kluczowe: prawo, usługi płatnicze

Summary

The purpose of this article is to analyze the law that regulates security measures when applying strong customer authentication (SCA). The rules introduced by PSD2 regarding identity identification when making payments through the use of SCA are to reduce the risk of fraud and increase payment security by introducing solutions that reduce the possibility of making unauthorised or fraudulent payment transactions. The significant impact of these provisions on consumers with the simultaneous complexity of the requirements makes it particularly important to undertake considerations aimed at conducting such analyzes and attempting to identify potential threats in connection with legislative interference in this area of payment services.

This article also draws attention to the phenomenon of technologization of the payment services market law, and more broadly the financial market.

Key words: law, payment services

Wprowadzenie

Nowe możliwości technologiczne sprawiają, że znacząco wzrasta liczba płatności dokonywanych bezgotówkowo z wykorzystaniem niestosowanych wcześniej rozwiązań technicznych. Zwiększającej się innowacyjności płatności elektronicznych towarzyszą nowe wyzwania normatywne w obszarze re-

gulacji rynku usług płatniczych związane m.in. z zapewnieniem bezpieczeństwa płatności elektronicznych i ochrony konsumenta. Można postawić tezę, że obecnie następuje coraz wyraźniejsza technologizacja prawa rynku finansowego, rozumiana jako przenoszenie na poziom regulacyjny wymogów technicznych służących zapewnieniu innowacyjności i bezpieczeństwa usług, a także szeroko pojętej ochronie

klienta obejmującej zarówno kwestie percepcji komunikatów adresowanych do klientów i potencjalnych klientów, wykluczenia na skutek zastosowań nowych technologii, jak i standardów świadczenia usług. W ramach tego nowego zjawiska obecnie obserwować można sformalizowanie zasad dotyczących bezpieczeństwa płatności, którego elementem jest silne uwierzytelnienie klienta i spójność podejścia do tej kwestii we wszystkich państwach Europejskiego Obszaru Gospodarczego (EOG), a dostawcy usług płatniczych zostali zobligowani do stosowania tego rodzaju uwierzytelniania w przypadkach określonych w dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/2366 z 25.11.2015 r. w sprawie usług płatniczych w ramach rynku wewnętrznego, zmieniającej dyrektywy 2002/65/WE, 2009/110/WE, 2013/36/UE i rozporządzenie (UE) nr 1093/2010 oraz uchylającej dyrektywę 2007/64/WE (Dz.Urz. UE L 337, s. 35), dalej PSD2. Wpisuje się to w ogólnie przyjęty w PSD2 model szerszej ochrony klienta i zwiększenia praw konsumenta w wielu obszarach, jak np. zmniejszenie odpowiedzialności konsumentów za nieautoryzowane płatności, ochrona danych konsumentów itd. (na ten temat szerzej Byrski, 2017, s. 25–42).

W związku ze zmianami prawodawczymi w zakresie uwierzytelniania właściwe wydaje się podjęcie rozważań, jaki jest obecnie zakres tych regulacji. Celem niniejszego artykułu jest w związku z tym dokonanie analizy przepisów prawa normujących silne uwierzytelnienie klienta przede wszystkim z punktu widzenia określonych w przepisach kategorii (wiedza, posiadanie, cechy klienta), a także identyfikacja potencjalnych zagrożeń w związku z ingerencją prawodawczą w ten obszar usług płatniczych.

Źródła prawa

Dążenie do stworzenia jednolitego obszaru płatności oraz określenia zasad funkcjonowania efektywnego rynku usług płatniczych w państwach EOG skutkuje ingerencją prawodawcy unijnego w ten segment rynku. Nie bez znaczenia dla regulacji rynku usług płatniczych pozostaje również *soft law* (zob. szerzej Fedorowicz, Zalcewicz, 2019). Przyjęcie dyrektywy 2007/64/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 13.11.2007 r. w sprawie usług płatniczych w ramach rynku wewnętrznego, zmieniającej dyrektywy 97/7/WE, 2002/65/WE, 2005/60/WE i 2006/48/WE i uchylającej dyrektywę 97/5/WE, Dz.Urz. UE L 319, s. 1, ze zm.), dalej PSD1, umożliwiło m.in. określenie wymogów dotyczących świadczenia usług płatniczych, a także praw i obowiązków użytkowników usług płatniczych, wprowadzenie wspólnych zasad dotyczących płatności elektronicznych i bezgotówkowych (polecenia przelewu, polecenia zapłaty, płatności kartą, płatności mobilne i internetowe), a także dalszy intensywny rozwój tej części rynku finansowego. Część rozwiązań przyjętych w 2009 r.¹ przestało jednak przystawać do nowych warunków gospodarczych i technicznych, pojawiły się też nowe wyzwania związane z funkcjonowaniem rynku usług płatniczych, co spowodowało, że konieczne stało się wprowadzenie nowych rozwiązań prawnych.

Z drugiej strony, w zakresie analizowanych zagadnień należy zaznaczyć, że w PSD1 kwestie wymogów bezpieczeństwa płatności nie były normowane, a rozwiązania dotyczące bezpiecznego uwierzytelniania były przedmiotem wytycznych lub rekomendacji (zob. np. European Central Bank, 2013; European Banking Authority, 2014). Stan ten zmienił się wraz z przyjęciem i transponowaniem PSD2. Wśród celów, jakie postawił sobie prawodawca unijny, co jest istotne w kontekście prowadzonych rozważań, jest „rozwój zintegrowanego rynku wewnętrznego bezpiecznych płatności elektronicznych” (motyw 5 preambuły PSD2) oraz zapewnienie wysokiego poziomu „ochrony konsumentów przy korzystaniu z tych usług płatniczych w całej Unii” (motyw 6 preambuły PSD2). Bezpieczeństwo to utożsamiane jest w dużym stopniu z dążeniem do eliminacji czy też ograniczenia zagrożeń, jakie niesie ze sobą użycie technologii przy korzystaniu z usług płatniczych oferowanych drogą elektroniczną, w tym ryzyka oszustw, a PSD2 za odpowiedni instrument w tym zakresie uznaje bezpieczne uwierzytelnianie użytkownika (motyw 95 preambuły PSD2). Dyrektywa ta staje się w związku z tym pierwotnym źródłem regulacji w tym zakresie. Jednocześnie zawiera normy kompetencyjne do opracowania regulacyjnych standardów technicznych dla EUNB oraz przyjęcia ich przez Komisję zgodnie z przepisami rozporządzenia (UE) nr 1093/2010 z 24.11.2010 r. w sprawie ustanowienia Europejskiego Urzędu Nadzoru (Europejskiego Urzędu Nadzoru Bankowego), zmiany decyzji nr 716/2009/WE oraz uchylecia decyzji Komisji 2009/78/WE (Dz.Urz. UE L 331, s. 12 ze zm.) — art. 98 PSD2². Pomimo że normy określające podstawowe wymagania w zakresie bezpieczeństwa płatności zawarto w PSD2 i RTS, to jednak sformalizowanie wymagań bezpieczeństwa płatności ma miejsce w prawie krajowym (European Banking Authority, 2019). W Polsce w związku z wejściem w życie ustawy z 10.05.2018 r. o zmianie ustawy o usługach płatniczych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 1075), dodano do ustawy z 19.08.2011 r. o usługach płatniczych (Dz.U. z 2019 r. poz. 659 ze zm.), dalej u.u.p., art. 32i normujący silne uwierzytelnianie klienta oraz wzbogacono słowniczek pojęciowy o pkt 26aa, w którym ujęto definicję silnego uwierzytelniania.

Termin wejścia w życie rozwiązań w zakresie PSD2 określono na 14.09.2019 r. we wszystkich państwach EOG, jednak możliwe było przyznanie dodatkowego czasu przez krajowe organy nadzoru na dostosowanie się do wymogów PSD2 w tym zakresie (co miało miejsce np. w przypadku Wielkiej Brytanii³). Niemniej jednak dostawcy usług płatniczych, nawet w przypadku ustalenia takiego terminu po 13.09.2019 r., ponoszą ryzyko wynikające z niestosowaniem SCA⁴.

Silne uwierzytelnianie klienta jako pojęcie normatywne

Definicja legalna określenia „silne uwierzytelnianie klienta” zawarta jest w PSD2 oraz ustawie o usługach płatniczych. Obie definicje są zbieżne i opierają się na tych samych elementach. Po pierwsze, silne uwierzytelnianie musi odwoływać się do określonych w przepisach kategorii (wiedza, posia-

danie, cechy klienta); po drugie, kategorie te muszą być niepowiązane ze sobą w tym znaczeniu, że nie wpływają wzajemnie na wiarygodność dokonywanej weryfikacji użytkownika; po trzecie, uwierzytelnianie musi zapewnić ochronę poufności danych.

Dokonując szczegółowej analizy znaczenia zwrotu „silne uwierzytelnianie klienta” oraz pewnej jego kategoryzacji, można w pierwszej kolejności zaakcentować fakt, że samo uwierzytelnienie oznacza określoną procedurę. Jest to procedura, która umożliwia dostawcy usług płatniczych weryfikację tożsamości użytkownika usług płatniczych lub ważności stosowania konkretnego instrumentu płatniczego, łącznie ze stosowaniem indywidualnych danych uwierzytelniających tego użytkownika (art. 4 pkt 29 PSD2 oraz art. 2 pkt 33b u.u.p.)⁵. Jak wskazano w RTS, procedura ta ma z jednej strony pozwalać na wychwytywanie prób nieuprawnionego użycia danych uwierzytelniających (m.in. danych skradzionych, przywłaszczonych), to jest nieautoryzowanych lub nielegalnych transakcji płatniczych, z drugiej, zapewniać, że z usługi płatniczej oferowanej drogą elektroniczną korzysta uprawniony użytkownik usług płatniczych (motyw 1 preambuły RTS oraz art. 2 ust. 1 RTS). W związku z tym, że procedura ta może przebiegać w różny sposób, zapewniając większy albo mniejszy poziom bezpieczeństwa transakcji, prawodawca unijny dokonał rozróżnienia na szczególnie typ uwierzytelnienia, mający zmniejszyć ryzyko dokonania oszustwa przy przeprowadzaniu płatności elektronicznych, określając go mianem silnego uwierzytelnienia klienta (*strong customer authentication*, SCA).

Należy również wskazać, że przywołane definicje z ustawy o usługach płatniczych oraz PSD2 zostały uzupełnione przez RTS. Zgodnie z art. 2 RTS w SCA uwierzytelnianie ma nie tylko opierać się na co najmniej dwóch elementach, ale także prowadzić do wygenerowania kodu uwierzytelniającego. Ponadto należy wskazać, że w PSD2 wprowadzone są również dodatkowe wymogi w zakresie SCA, w przypadku gdy płatnik inicjuje elektroniczną transakcję płatniczą. Zgodnie bowiem z art. 97 ust. 2 PSD2 w przypadku elektronicznych zdalnych transakcji płatniczych dostawcy usług płatniczych są zobligowani do stosowania SCA obejmującego elementy, które dynamicznie łączą transakcję z określoną kwotą i określonym odbiorcą.

Reasumując, silne uwierzytelnienie klienta jest procesem, w którym dla zmniejszenia ryzyka nadużyć, w szczególności zmniejszenia możliwości dokonania oszustw płatniczych, stosowane są szczególne środki bezpieczeństwa, wśród których normuje się wymogi dotyczące: kategorii „wiedza”, „posiadanie”, „cechy klienta”, niezależności elementów, kodu uwierzytelniającego oraz dynamicznego połączenia. Prawodawca unijny precyzuje również, kiedy SCA jest obowiązkowe dla dostawców usług płatniczych (art. 97 ust. 1 PSD2).

Wymogi odnośnie do elementów będących integralną częścią silnego uwierzytelniania klienta

Jak już wskazano, silne uwierzytelnienie dokonywane jest w oparciu o zastosowanie co najmniej dwóch elementów należących do kategorii „wiedza”, „posiadanie” albo

„cechy klienta”. Elementy te zostały bliżej doprecyzowane w RTS.

Począwszy od pierwszej grupy, wyróżnionej jako „coś, co wie wyłącznie użytkownik” (wiedza), dotyczy ona zasobu informacji posiadanych przez korzystającego z usługi płatniczej wykorzystywanych przy dokonywaniu płatności do potwierdzenia deklarowanej tożsamości. Poszukując odpowiedzi na pytania, co technicznie spełnia w tym zakresie kryteria PSD2, doprecyzować można, że element wiedzy powinien istnieć przed rozpoczęciem płatności lub dostępu online (European Banking Authority, 2018), a także że istotna jest długość i złożoność elementu opierającego się na wiedzy (motyw 6 preambuły RTS). W szczególności do kategorii tej zaliczyć można, zgodnie z obowiązującymi przepisami, określone hasło, pin czy oparte na wiedzy odpowiedzi na pytania. Nie można tu kwalifikować natomiast numeru CVV czy daty ważności wydrukowanych na karcie ani adresu e-mail — ze względu na niespełnienie warunku wyłączności wiedzy użytkownika (European Banking Authority, 2018, pkt 32–34, zob. też Regnard-Weinrabe, Finlayson-Brown, 2019, s. 35 i n.).

Drugim elementem jest „posiadanie”, czyli zgodnie z art. 4 pkt 30 PSD2 „coś, co posiada tylko użytkownik”. Wymogi dotyczące tego elementu określa art. 7 RTS oraz przepisy normujące zasady zapewnienia poufności i integralności indywidualnych danych uwierzytelniających użytkowników usług płatniczych (art. 22–27 RTS).

W przypadku regulacji silnego uwierzytelniania termin „posiadanie” ma inne znaczenie niż to przyjęte na gruncie prawa cywilnego. W świetle przepisów PSD2 i RTS posiadanie nie oznacza ograniczonego prawa rzeczowego w rozumieniu ustawy z 23.04.1964 r. — Kodeks cywilny (Dz.U. z 2019 r. poz. 1145 ze zm.). W szczególności nie odnosi się wyłącznie do rzeczy, ale również do przedmiotów niematerialnych, np. aplikacji (pod warunkiem zapewnienia unikalnego połączenia z urządzeniem) (European Banking Authority, 2019). Wśród przykładów wymogów dotyczących elementów zaliczanych do kategorii „posiadanie” motyw preambuły 6 RTS wskazuje długość algorytmów, długość klucza oraz entropię informacyjną.

W przypadku urządzeń, jak podkreślał w swojej opinii EUNB, warunek „czegoś, co posiada tylko użytkownik” jest spełniony, jeśli istnieje wiarygodny (ang. *reliable*) sposób potwierdzenia władania tym urządzeniem przez użytkownika w momencie dokonywania transakcji. Za wiarygodny, godny zaufania uznaje się w tym przypadku taki, w którym następuje wygenerowanie bądź otrzymanie elementu dynamicznej weryfikacji na urządzeniu (European Banking Authority, 2018). Dopuszcza się w tym przypadku np. wygenerowanie jednorazowego hasła, wysłanie wiadomości SMS, w tym również specyficznego jego rodzaju, jakim jest wiadomość *push*. Za spełnienie wymogu w ramach elementu „posiadania” dla celów silnego uwierzytelniania klienta można uznać kartę SIM powiązaną z odpowiednim numerem telefonu komórkowego w połączeniu z potwierdzeniem osoby płatnika (walidacja) poprzez SMS. Najczęściej jako wypełniający cechy elementu posiadania wskazuje się telefon komórkowy, tzw. urządzenia ubieralne (*wearable device*) czy token. Zatem za spełniające wymogi EUNB uznaje się np. kartę lub urządze-

nie potwierdzone przez zeskanowanie z urządzenia zewnętrznego grafiki (kod QR, grafika photoTAN[®]) czy kartę potwierdzoną przez czytnik kart. Obowiązki w zakresie zapewnienia właściwych rozwiązań ciąży na dostawcy usług płatniczych (art. 97 ust. 3 PSD2).

Trzecim elementem jest kategoria określana mianem „cechy klienta”. Opiera się na założeniu, że każdy ma cechy osobnicze różniące od pozostałych osób (cechy biometryczne), pozwalające na jednoznaczną identyfikację. Właściwość ta może zostać wykorzystana dla celów wymogów bezpieczeństwa w przypadku silnego uwierzytelniania (SCA), pod warunkiem że możliwe jest uchwycenie niepowtarzalności wyglądu, zachowań itd. przy zastosowaniu odpowiedniej technologii i zasadniczo w sposób niepodważalny identyfikować osobę płatnika. Mogą to być fizyczne dane biometryczne związane z właściwościami fizycznymi części ciała czy cechami fizjologicznymi (odcisk palców, wzory tęczówki, rozpoznawanie żył, głosu itd.), ale również, jak wskazano w opinii EUNB, cechy te mogą obejmować np. biometrię behawioralną, a więc identyfikacja może odbywać się w oparciu o wzorce działalności człowieka w interakcji między nim a urządzeniem (drżenie rąk, ruchy palcami, koordynacja ręka–oko, sposób pisania na klawiaturze⁷) w ramach stworzonego profilu (European Banking Authority, 2019). Jednocześnie motyw 6 preambuły RTS określa, że w tym przypadku istotna jest specyfikacja algorytmu, zabezpieczenia czytnika i wzorca biometrycznego. W praktyce podział metod identyfikacji między poszczególne kategorie (to znaczy określenie ich przynależności do kategorii „wiedza”, „posiadanie” czy „cechy klienta”) może nastręczać trudności. Mając na uwadze stanowisko EUNB, można wskazać, że do cech klienta zgodnych z SCA zalicza się uwierzytelnianie oparte na metodach skanowania odcisków palców, rozpoznawania głosu, biometrii układu żył, geometrii twarzy lub dłoni, skanowania siatkówki i tęczówki czy dynamice pisania na klawiaturze (European Banking Authority, 2019, s. 5). Natomiast stosowanie do uwierzytelniania tzw. zapamiętanej ścieżki przeciągania EUNB proponuje kwalifikować już jako element wiedzy (European Banking Authority, 2019, s. 5). Wybór techniki biometrycznej zależy od dostawcy, można jednak wskazać, że powinien on kierować się wieloma parametrami, jak m.in. jak najniższy współczynnik fałszywej akceptacji (np. wybór metod identyfikacji opartych na cechach ukrytych, które są trudniejsze do pozyskania, jak wzór naczyń krwionośnych) czy jej akceptowalność społeczna (zob. Lovisotto i in., 2017; Woszczyński, 2015; Mendyk-Krajewska, 2019, s. 35–46; Lott, 2018, s. 371–382).

Wymogi dotyczące urządzeń i oprogramowania powiązanych z elementami należącymi do kategorii „cechy klienta” określa art. 8 RTS. Istotna jest tu rola dostawców mających zapewnić, by prawdopodobieństwo uwierzytelnienia jako płatnika osób niepowołanych było bardzo niskie (art. 8 RTS).

Warto podkreślić, że innowacyjność tej części rynku finansowego powoduje, iż zakłada się dopuszczenie nowych rozwiązań technicznych, w szczególności tych, które będą ograniczać nie tylko istniejące, ale pojawiające się zagrożenia dla bezpieczeństwa płatności elektronicznych (motyw 2 preambuły RTS). Spośród wskazanych kategorii elementów uznaje się, że najbardziej innowacyjna i najszybciej rozwijająca się

jest kategoria „cechy klienta” (European Banking Authority, 2019, s. 4).

Przechodząc do dalszych rozważań, trzeba powrócić do definicji legalnej silnego uwierzytelniania klienta. Jak wskazano w przypadku SCA, potwierdzenie deklarowanej tożsamości następuje poprzez odwoływanie się do określonych w przepisach kategorii, przy czym muszą one jednocześnie być niepowiązane ze sobą tak, iż nie wpływają wzajemnie na wiarygodność dokonywanej weryfikacji użytkownika. Wymóg niezależności elementów oznacza zatem, że w SCA uwierzytelnianie następuje w oparciu o zastosowanie co najmniej dwóch niezależnych elementów należących do różnych kategorii (European Banking Authority, 2018, pkt 33). Niezależność rozumiana jest tu jako brak takiego powiązania pomiędzy elementami, w którym próba płatności przez osobę nieuprawnioną z wykorzystaniem znajomości jednego z nich (np. w wyniku odkrycia danych) nie osłabia wiarygodności weryfikacji pozostałych. Szczegółowe wymogi w zakresie tzw. niezależności elementów precyzuje art. 9 RTS. W przepisach tych formuluje się zalecenia pod względem wymogów technicznych adresowanych do dostawców usług płatniczych. To oni zobligowani są do przyjęcia środków bezpieczeństwa, aby zmniejszyć ryzyko nadużyć, np. zobowiązani są do stosowania osobnych bezpiecznych środowisk uruchomieniowych za pośrednictwem oprogramowania zainstalowanego na urządzeniu wielofunkcyjnym.

Kod uwierzytelniający i dynamiczne łączenie jako środki bezpieczeństwa

RTS, określając i doprecyzowując wymagania dotyczące silnego uwierzytelniania klienta, w art. 4 stanowi, że dla SCA uwierzytelnienie nie tylko powinno się opierać na zastosowaniu do weryfikacji tożsamości klienta co najmniej dwóch elementów należących do kategorii identyfikujących użytkownika, ale także prowadzić do wygenerowania kodu uwierzytelniającego. Kod ten musi spełniać wymogi bezpieczeństwa opisane w motywach RTS (motyw 1 i 4 preambuły RTS), a szczegółowo unormowane w jego art. 4. RTS nie tworzy barier technicznych czy technologicznych w zakresie narzędzi stosowanych w procedurach uwierzytelniania, lecz wskazuje, że kod uwierzytelniający może opierać się na różnych metodach, które prowadzą do zapewnienia poufności i poprawnej weryfikacji tożsamości użytkownika. Przepisy dopuszczają rozwiązania oparte zarówno na generowaniu jednorazowych ciągów znaków wykorzystywanych jako tajny parametr (hasło) i potwierdzeniu przy jego/ich pomocy płatności czy podpisach cyfrowych, jak również innych metodach powiązanych z mechanizmami kryptograficznymi, o ile spełniają wymogi bezpieczeństwa. Te ostatnie określa RTS opisowo, precyzując wymogi dotyczące zasad dokonywania transakcji przy użyciu kodu uwierzytelniającego oraz samego kodu. I tak, zgodnie z art. 4 ust. 2 RTS, kod można uznać za uwierzytelniający dla SCA, jeśli spełnia łącznie trzy wymogi: nie można go sfałszować, ujawniony nie może prowadzić do uzyskania informacji dotyczących elementów należących do kategorii identyfikują-

cych użytkownika (to jest „wiedza”, „posiadanie” i „cechy klienta”) oraz znajomość wcześniej wygenerowanego jakiegokolwiek innego kodu uwierzytelniającego nie umożliwia wygenerowania nowego kodu. RTS nie uściśla natomiast wymogów takich jak np. długość kodu uwierzytelniającego czy wielkość, która określa ilość informacji przypadających na wiadomość wysłaną przez źródło⁸. Rozporządzenie delegowane stanowi także o innych warunkach bezpieczeństwa płatności, określając: zasady przyjęcia kodu uwierzytelniającego (akceptowany jest tylko raz), maksymalny czas na dokonanie płatności (5 minut) czy graniczną wartość dozwolonych, następujących po sobie nieudanych prób uwierzytelnienia (5 prób w określonym okresie).

Wymogi określone w art. 5 RTS dotyczą natomiast dynamicznego łączenia. Obecnie obowiązujące przepisy wymagają swego rodzaju responsywności połączenia, to jest zdolności reakcji systemu operacyjnego tylko po otrzymaniu sygnału od płatnika, który miał możliwość sprawdzenia danych transakcyjnych. W ramach dynamicznego łączenia wypełnienie wymogów bezpieczeństwa następuje, jeśli spełniony jest każdy z następujących warunków: płatnik powiadomiony został o kwocie transakcji płatniczej oraz o odbiorcy; nastąpiło przypisanie wygenerowanego kodu uwierzytelniającego do kwoty transakcji płatniczej oraz do odbiorcy, które płatnik zaakceptował podczas inicjowania transakcji; przyjęty przez dostawcę usług płatniczych kod uwierzytelniający odpowiada pierwotnej, konkretnej kwocie transakcji płatniczej oraz tożsamości odbiorcy, które płatnik zaakceptował; a także by wszelkie zmiany zarówno kwoty, jak również danych odbiorcy skutkowały unieważnieniem wygenerowanego kodu uwierzytelniającego. Dostawcy usług płatniczych zobowiązani zostali, by zapewnić — na wszystkich etapach uwierzytelniania — takim elementom jak kwota transakcji i dane odbiorcy, informacje wyświetlane płatnikowi: poufność, autentyczność i integralność. Takie rozwiązania mają przede wszystkim eliminować ryzyko oszustw polegających na zmianie szczegółów transakcji po jej uwierzytelnieniu (przeciwdziałanie tzw. atakom *man-in-the-middle*).

Podsumowanie

Przedstawiona analiza prowadzi do kilku istotnych wniosków. Przede wszystkim potwierdza szczególny charakter prawa rynku usług płatniczych, które jako wyjątkowo silnie powiązane z innowacjami technicznymi ulega technologizacji. Skutkiem tego zjawiska jest to, że właściwa ochrona klienta wymaga sprostania specyficznym wyzwaniom w zakresie wykładni i stosowania prawa wynikających z przenoszenia na poziom normatywny i regulacyjny opisu rozwiązań inżynierij-

nych, informatycznych, biometrycznych itd. Prawodawca czy regulator stosują m.in. siatkę pojęciową właściwą dla dyscyplin technicznych związaną niejednokrotnie z technikami informatycznymi (określenia: „kod uwierzytelniający”, „dane uwierzytelniające”, „dynamiczne łączenie transakcji”, „bezpieczne środowiska uruchomieniowe”). W przypadku SCA, jak wykazano, może to prowadzić np. do niewłaściwej klasyfikacji przez dostawcę usług płatniczych przynależności określonych rozwiązań technicznych do jednej z kategorii „wiedza”, „posiadanie”, „cechy klienta”, co może powodować naruszenie zasad uwierzytelniania w oparciu o co najmniej jeden z dwóch elementów należących do odrębnych kategorii.

Z punktu widzenia klienta jedna z podstawowych zasad świadczenia usług płatniczych zapewniająca bezpieczeństwo płatności — tj. zasada, że użytkownik musi udowodnić swoją tożsamość — została wzmocniona. Koncepcja SCA oparta jest m.in. na stosowaniu uwierzytelniania wieloczynnikowego, co ma utrudniać nadużycia związane z identyfikacją deklarowanej tożsamości i nieuprawnionym dostępem, w tym różnego rodzaju tzw. oszustwa płatnicze. Niemniej jednak wprowadzając nowe rozwiązania, należy mieć również na uwadze preferencje klientów. Dla nauk prawnych przydatne i interesujące są badania w zakresie gotowości technologicznej ludzi — zarówno społeczeństwa, jak również poszczególnych jednostek (Parasuraman, 2000, s. 307–320). Mogą oni być nieufnie nastawieni do stosowania nowych technologii, ponieważ nie są gotowi lub chętni do poddania się weryfikacji według obowiązujących reguł, co skutkować może rezygnacją z korzystania z usług np. odstąpienie od dokonania zakupu on-line. Jednocześnie współcześnie konsumenci w coraz większym stopniu oczekują, że płatności dokonywane będą szybko, bezpiecznie i przy zastosowaniu prostych w użyciu rozwiązań. Postrzeganie możliwości dokonania płatności przy spełnieniu tych warunków odgrywa fundamentalną rolę w rozwoju płatności. Wprowadzenie SCA może, zwłaszcza w pierwszym okresie obowiązywania przepisów, rodzić zagrożenia dla reputacji usługodawców, gdy proces realizacji transakcji, które wcześniej przebiegały bezproblemowo, zostanie zakłócony na skutek niedostosowania do SCA.

Na koniec należy też wspomnieć, że zakres stosowania rozwiązań PSD2 zależy m.in. od waluty i położenia geograficznego uczestników, co sprawia, że może nastąpić zróżnicowanie poziomu bezpieczeństwa płatności w odniesieniu do różnych transakcji dokonywanych przez klientów. Nie we wszystkich państwach udało się też dotrzymać daty określonej w PSD2, czego przyczyną jest złożoność wymogów i brak przygotowania, przy jednoczesnym potencjalnym znaczącym wpływie na konsumentów. Wprowadzenie rozwiązań przewidzianych w zakresie SCA musi być dokonywane w sposób bezpieczny dla rynku, zatem wskazane czynniki wymuszają przy wdrażaniu SCA odstępstwa od początkowo przyjętych terminów.

¹ PSD1 weszła w życie 25.12.2007 r., natomiast data implementacji wyznaczona została na 1.11.2009 r.

² Jest to rozporządzenie delegowane Komisji (UE) 2018/389 z 27.11.2017 r. uzupełniające dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/2366 w odniesieniu do regulacyjnych standardów technicznych dotyczących silnego uwierzytelniania klienta i wspólnych i bezpiecznych otwartych standardów komunikacji (Dz.Urz. UE L 69, s. 23), dalej RTS.

³ W przypadku Wielkiej Brytanii pełna zgodność ma zostać osiągnięta do 14.03.2021, zob. Fiscal Conduct Authority, 2019.

⁴ Zob. *European Banking Authority*. (2019), s. 4 oraz Komunikat KNF z 19.08.2019 r. w sprawie silnego uwierzytelniania klienta w przypadku niektórych form płatności przy użyciu instrumentów płatniczych, www.knf.gov.pl (27.11.2019).

⁵ Szerzej na temat różnych definicji słowa „uwierzycielnianie” zob. np. T. Mielnicki, F. Wołowski, M. Grajek, P. Popis, 2013, s. 12–14.

⁶ Na przykład bez aplikacji photoTAN od września nie można korzystać z bankowości internetowej Deutsche Banku. Aplikację tę stosuje też Commerzbank.

⁷ Na ogromny potencjał tego rodzaju danych i ich wykorzystania do uwierzycielniania wskazuje się w praktyce i literaturze przedmiotu, zob. np. Antala, Zsolt Szabó, 2016, s. 862–869, Mendyk-Krajewska, 2018, s. 117–126.

⁸ W kwestii uznania, jak długość kodu uwierzycielniającego wpływa na spełnienie wymogów, RTS wypowiadał się EBA — zob. Q&A 4053; https://eba.europa.eu/single-rule-book-qa/-/qna/view/publicId/2018_4053 (27.11.2019).

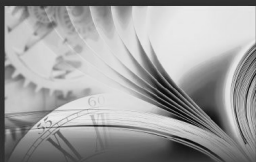
Bibliografia

- Antala, M., Zsolt Szabó, L. (2016). Biometric authentication based on touchscreen swipe patterns, *Procedia Technology* 2016, (22), 862–869. <https://doi.org/10.1016/j.protcy.2016.01.061>
- Byrski, J. (2017). Consumer Protection under Directive 2015/2366 on Payment Services in the Internal Market — Selected Issues. *Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego w Krakowie*, (8), 25–42. <https://doi.org/10.15678/znuek.2017.0968.0802>
- European Banking Authority. (2014). Final Guidelines on the security of internet payments, EBA/GL/2014/12_Rev. European Banking Authority. https://eba.europa.eu/sites/default/documents/files/documents/10180/934179/f27bf266-580a-4ad0-aaec-59ce52286af0/EBA-GL-2014-12%20%28Guidelines%20on%20the%20security%20of%20internet%20payments%29_Rev1.pdf?retry=1 (27.11.2019).
- European Banking Authority. (2018). Opinion of the European Banking Authority on the implementation of the RTS on SCA and CSC, EBA-Op-2018-04, <https://eba.europa.eu/documents/10180/2137845/Opinion+on+the+implementation+of+the+RTS+on+SCA+and+CSC+%28EBA-2018-Op-04%29.pdf> (27.11.2019).
- European Banking Authority. (2019). *Opinion of the European Banking Authority on the elements of strong customer authentication under PSD2*. <https://eba.europa.eu/documents/10180/2622242/EBA+Opinion+on+SCA+elements+under+PSD2+.pdf> (27.11.2019).
- European Central Bank. (2013). *Recommendations for the Security of Internet Payments. Final Version After Public Consultation*. European Central Bank.
- Fedorowicz, M., Zalcewicz, A. (2019). An Analysis of EBA Soft Law on the Payment Services Market. *Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego*, (1), 2–7.
- Fiscal Conduct Authority. (2019). *FCA agrees plan for a phased implementation of Strong Customer Authentication*. <https://www.fca.org.uk/news/press-releases/fca-agrees-plan-phased-implementation-strong-customer-authentication> (27.11.2019).
- Lott, D. (2018). Biometrics: Modernising customer authentication for financial services and payments. *Journal of Payments Strategy & Systems*, 12 (4), 371–382.
- Lovisotto, G., Malik, R., Sluganovic, I., Roeschlin, M., Trueman, P., Martinovic, I. (2017). *Mobile Biometrics in Financial Services: A Five Factor Framework*. Oxford: Department of Computer Science. University of Oxford. <http://www.cs.ox.ac.uk/files/9113/Mobile%20Biometrics%20in%20Financial%20Services.pdf> (27.11.2019).
- Mendyk-Krajewska, T. (2018). Techniki uwierzycielniania biometrycznego dla realizacji usług drogą elektroniczną. *Ekonomiczne Problemy Usług*, (2), 117–126.
- Mendyk-Krajewska, T. (2019). Biometryczne metody sprawdzania tożsamości w nowych zastosowaniach. *Rocznik Kolegium Analiz Ekonomicznych*, (54), 35–47. <https://doi.org/10.18276/epu.2018.131/2-11>
- Mielnicki, T., Wołowski, F., Grajek, M., Popis, P. (red.). (2013). *Identyfikacja i uwierzycielnianie w usługach elektronicznych*. Warszawa: Związek Banków Polskich.
- Parasuraman, P. (2000). Technology readiness index (TRI): A Multiple-Item Scale to Measure Readiness to Embrace New Technologies. *Journal of Service Research*, 2(4), 307–320. <https://doi.org/10.1177/109467050024001>
- Regnard-Weinrabe, B., Finlayson-Brown, J. (2019). Adapting to a changing payments landscape [w:] J. Madir (red.), *FinTech: Law and Regulation* (22–48). Cheltenham: Edward Elgar Publishing. <https://doi.org/10.4337/9781788979023.00014>
- Woszczyński, T. (red.). (2015). *Biometria w bankowości — kluczowe aspekty*. Warszawa: Związek Banków Polskich.

PWE poleca

HISTORIA MYŚLI EKONOMICZNEJ

Ryszard
Bartkowiak



Polskie Wydawnictwo Ekonomiczne

Podręcznik prezentuje rozwój myśli ekonomicznej na tle zmieniającej się gospodarki – od XVIII do końca XX wieku. Od XVIII wieku główną formą gospodarowania jest gospodarka rynkowa, dlatego ówczesnie sformułowane teorie i powstałe nurty myśli ekonomicznej są w dużej części nadal aktualne i wykorzystywane w formułowaniu wytycznych dla polityki gospodarczej. Z tego powodu poznanie historii myśli ekonomicznej jest niezbędne dla zrozumienia zasad funkcjonowania współczesnej gospodarki.

Księgarnia internetowa www.pwe.com.pl

Mediation as a new form of settling administrative matters in Poland

Mediacja w sprawach administracyjnych w Polsce

dr hab. Robert Suwaj

Profesor na Wydziale Administracji i Nauk Społecznych Politechniki Warszawskiej

E-mail: rsuwaj@ans.wp.edu.pl; nr ORCID: 0000-0003-1372-9039

Summary

The adoption of new legal solutions in 2017 resulted in the appearance of the institution of mediation in Polish administrative proceedings, which was unheard of until then as a method in which public administration operates. The lawmakers decided to introduce mediation as a method of establishing facts and conducting interpretations of the law in matters ending in an administrative decision being issued. This article is an attempt to analyse the consistency of the solutions adopted with the system of settling administrative cases that had been in force to date. The most important finding made in the analysis is that of a fundamental conflict of the objectives of mediation with the essence of Polish administrative procedures. This is related to the lack of dispute at this stage of the proceedings, which rules out the ability to use mediation as a form of non-dispute settlement of a matter. The remaining systemic conflicts found in the analysis confirm the argument about the inability to use mediation in the practice of settling administrative matters.

Key words: administrative matter, administrative proceedings, amicable resolution of a case, mediation, mediation in administrative proceedings, mediation between the parties to proceedings, mediation between parties and the authority resolving an administrative matter

Streszczenie

W wyniku przyjęcia nowych rozwiązań prawnych w roku 2017 pojawiła się w polskim postępowaniu administracyjnym instytucja mediacji, która nie była znana dotąd jako metoda działania administracji publicznej. Mediację ustawodawca postanowił uformować jako metodę ustalania faktów oraz dokonywania wykładni przepisów prawa w sprawach kończących się wydaniem decyzji administracyjnej. Niniejszy artykuł jest próbą dokonania analizy spójności przyjętych rozwiązań z dotychczas obowiązującym systemem załatwiania spraw administracyjnych. Najważniejszym ustaleniem dokonany w ramach przeprowadzonej analizy jest stwierdzenie fundamentalnej sprzeczności celów mediacji z istotą polskiego postępowania administracyjnego. Jest to związane z brakiem sporu na tym etapie postępowania, co wyklucza możliwość zastosowania mediacji jako formy niespornego załatwienia sprawy. Pozostałe, stwierdzone w ramach analizy sprzeczności systemowe, potwierdzają tezę o braku możliwości zastosowania mediacji w praktyce załatwiania spraw administracyjnych.

Słowa kluczowe: sprawa administracyjna, postępowanie administracyjne, polubowne załatwienie sprawy, mediacja, mediacja w postępowaniu administracyjnym, mediacja pomiędzy stronami postępowania, mediacja pomiędzy stronami a organem załatwiającym sprawę administracyjną

JEL: K41

Introduction

Mediation, as a method of settling disputes in administrative matters, was introduced into the Polish legal order on 1 June 2017, and in theory completely changed the method Polish administrative authorities applied to resolve matters through an administrative decision handle proceedings. In such cases, administrative decisions are still issued, although the method of establishing the facts and interpreting the provisions of the law has, at least in theory,

been completely reorganized. The administrative authority, which was the authoritative and unilateral representative of the public authority applying substantive law until the day the above amendment became effective, became — at least formally — the partner of the addressees of decisions, regarding the formation of the final content of the decision. As a result of the adoption of that solution, it became possible to conduct mediation between the party to the proceedings (the addressee of the administrative decision) and the administrative authority which was to settle the

matter. This amounts to the acceptance of a completely new, even revolutionary structure that reverses the roles of the individual participants of administrative proceedings. The body of public administration became the potential partner with which the party to the proceedings (the addressee of the decision) can essentially negotiate its individual aspects and its final shape. Before the amendment became effective, such an approach could constitute grounds for allegations and could lead to the criminal liability of both the person representing the party in the proceedings and the authorized employee of the administrative authority. Regardless of the above form of preliminary mediation in the relationship between the party and the authority, mediation can also take place between parties with disputed interests. The arguments supporting such far-reaching changes were based on the need to assure partnership relations between the administration and the parties, while reducing the formalism and strictly perceived authority in handling administrative cases. An additional argument was the desire to avoid excessive periods spent on handling administrative matters. The efficiency of public administrative activities directly translates into the assessment of the quality of operation of the whole system of bodies of public administration, while increasing the level of the entity's trust in the state.

Specifics of Polish administrative procedures

As early as 1961 the Polish lawmakers decided to adopt a new structure of the general jurisdictional regulation of administrative proceedings in the national legal order, assuming, at the same time, the possibility of introducing separate and detailed regulations. A reasonably common use by the lawmakers of these exceptions (as separate and special solutions) at the turn of the Centuries resulted in the current status being referred to in the legal doctrine as the decoding of Polish administrative procedures (Zimmermann, 2013).

However, the lawmakers decided to stop the decodification trend by introducing a number of amendments to the Administrative Procedures Code, the objective of which was to raise its importance. Until the announcement of the consolidated text of the Administrative Procedures Code (APC), there were 43 cases of normative interferences in the wording of this Act modifying not only its wording, but also the specifics and nature of its provisions. These are both more significant amendments aimed at modification of the administrative procedure (such as those made in 2011 and 2017) and amendments introduced while amending substantive law (e.g. by the Act on the amendment of personal identity cards and certain other Acts of 6 December 2018) and even separate branches of law (e.g. by the Act on the management of a sole proprietor's business by succession) or cross-sectional amendments, such as those made by the Act on the amendment of certain Acts in connection with the assurance of the application of Regulation 2016/679 (EU) of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural

persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC.

The main objective of creating the Administrative Procedures Code as a set of procedural norms is the need to accept an orderly system of rules and principles on which administrative authorities should rely when resolving an administrative matter and when performing activities in simplified procedures. The objective of this is to create a fixed, certain and repeatable formula of operation of administrative authorities, which are to settle an administrative matter by making an administrative decision, through a procedural formalism specified by statute. All participants of procedures that take place are able to take advantage of this formalism, because the protection of their rights that it guarantees is the foundation of the general administrative procedure.

It was initially assumed that the creation of a uniform model of general administrative procedures will enable its application in all types of administrative matters other than special cases of matters with exceptionally special specifics requiring special procedural regulation. However, even in these special procedures, the model of general administrative procedures was supposed to apply in matters not otherwise regulated by the special provisions. The Administrative Procedures Code currently constitutes a normative model of forming relations between the individual and the public administration in the process of concretizing the norms of administrative law, which ends with an administrative decision being issued. At the same time, the codified administrative procedure is a guarantee of legal and procedural certainty with respect to these relationships. The main subject matter of the regulations of the Administrative Procedures Code is the general administrative procedure, namely a formalized procedure conducted by the bodies of public administration, the objective of which is to authoritatively define the individual's legal situation in administrative law terms. The provisions of the code were formed in such away as to enable the bodies of public administration to correctly specify the rights or duties of the individual addressee. An important role in this respect is played by the general rules of conduct, especially the principle of the rule of law, as well as the principle of objective truth, the implementation of which during the administrative procedure is secured by a number of procedural guarantees. The essence of the guarantee of the correct resolution of an individual matter is the right of a party to the proceedings to actively participate in procedural activities before the judgment is issued and then to subject this judgment to administrative and court control.

The historic development of the administrative procedure indicates that the fundamental motive of codification was the establishment of a system of procedural legal measures as an instrument of protection of the individual in a state governed by the rule of law. The model of the jurisdictional procedure created by the provisions of the Code currently encounters the allegation of failing to adapt to the

implementation of certain tasks set for the modern public administration. In particular, it is observed that the procedural solutions of the Code favour extended periods spent by the bodies of public administration on procedural activities, excessive formalism of the procedures and the abuse of strictly perceived authority when reviewing and settling administrative matters.

Assumptions to the amendment of the Administrative Procedures Code of 2017

Objectives and expectations of the lawmakers

The lawmakers reacted to the imperfection of the regulation on the method of operation of the bodies of administration diagnosed in this way by attempting to modify the administrative procedure in order to streamline and accelerate proceedings while guaranteeing a greater partnership approach of the administration to the citizens. This latter assumption also became the main motive of the amendment to the Code of 1 June 2017. New normative solutions were introduced into the system of administrative procedures, addressing the above assumptions by modifying the system of measures for preventing inactivity of the authorities, establishing the institution of the tacit resolution of matters and simplified proceedings in the procedure regarding jurisdiction, as well as the acceptance of the principle of settling doubts as to the legal and factual status of the case in favour of protecting the valid public interest. Furthermore, the dissemination of the concept of alternative methods of settling legal disputes has also resulted in the introduction of an undisputed method of settling administrative matters through mediation into administrative proceedings.

The lawmakers acknowledged that mediation, as a non-authoritative method of bringing about the resolution of a matter with the involvement of an impartial mediator, is an expression of legal relations being established with the active and participative involvement of the addressees of the decision, ending the administrative proceedings. Therefore, new wording of Article 13 of the Code was adopted, under the assumption that the essence of mediation boils down to the aim towards the amicable settlement of all disputed matters during the proceedings, as well as the establishment of the rights and duties of the parties in this way. The assumption was also made that the idea of mediation would be implemented as a method of operation of the authority, leading to the amicable development of a resolution of the case through the approval and confirmation of an administrative settlement or by issuing an administrative decision. Administrative authorities are able to take up activities intended to amicably settle the matters in dispute in every case, the nature of which allows for this, and at every stage of the proceedings.

Shape of the accepted structure of mediation and realistic scope of its application

The adoption of new solutions resulted in the appearance of the institution of mediation in Polish administrative proceedings, which was unheard of until then as a method in which public administration operates. Interestingly, mediation did not become one of the methods of operation of the administration out of all of the differentiated public tasks performed as a result of the amendment. Mediation only became a method of establishing facts and conducting interpretations of the provisions of the law in matters ending in an administrative decision being issued. This is an exceptionally narrow assumption and, in my opinion, completely wrong in terms of the types and nature of the public tasks regarding a partnership approach and conciliation.

The introduction of mediation into administrative procedures is also interesting in that the lawmakers admitted the possibility of conducting it between both parties with conflicting interests, as well as between the authority handling the proceedings and the party (or parties) to those proceedings. Therefore, this is a special case with respect to court procedures, which always features contradiction that is simply missing from administrative cases in many types of procedures. Therefore, the introduction of such a form of mediation gives rise in studies to huge controversies, so this article will be limited to an analysis and the assessment of this aspect thereof.

An administrative authority, which was required to settle a matter authoritatively and unilaterally to date, may be a party to mediation, which can directly affect its interests in the specified way of settling the matter (in particular, if it is simultaneously, for instance, the possessor of the resources for the award of which the proceedings are being conducted). Therefore, the question arises of whether the involvement of the authority in mediation will mean that it will appear in the proceedings as an entity interested in a specific procedural settlement, which appears to be in conflict with the principles of proportionality and impartiality (Article 8 APC), and adjudication on the basis of objectively existing facts (Article 7 APC). Is the administrative authority within mediation still a body fulfilling statutory responsibilities or is it a participant of a dispute trying to achieve a specific procedural effect in the form of a settlement which is most beneficial for it? Is this still the application of the law by a body of public administration or is it the power to define the addressee's legal situation in a free and discretionary manner? These questions were missing from the national debate on the amendment in question, which significantly weakened the practical effect of the introduction of the new legal structure into the Code. The authors of the studies on this matter, together with a team that was specially appointed by the President of the Supreme Administrative Court of 10 October 2012 for developing a concept of modifying administrative procedures, restricted themselves to purely the positive assessments of the use of mediation in the legal

orders of the Netherlands, Switzerland, Germany, Italy and Spain (J. Wegner-Kowalska, 2017). Likewise, the lawmakers did not think of asking themselves such relatively fundamental questions, either before the adoption of the bill or during the enactment of the amendment. It is also surprising that, in the twenty-first Century, by introducing the relatively revolutionary solution of mediation between the authority and the party to the proceedings, the lawmakers are unable to first analyse the types and nature of cases in which mediation could realistically be applied. This is emphatically shown by the adopted formula dedicated to mediation in 'matters, the nature of which allows for this'. This method of conduct appears to demonstrate that the process of introducing mediation as a method of operation of contemporary Polish public administration was not prepared properly. In a certain sense, this is confirmed by the practice of operation of the administrative authorities. In fact, after more than two years from the moment it became effective, not one case of mediation with the involvement of the administrative authority has been publicized.

Obviously, these doubts should be resolved in the context of the general principle of the rule of law (Articles 6 and 7 APC), which means that matters whose nature allows for conducting mediation between the authority and the party, are limited exclusively to those regulations in which the lawmakers gave the bodies of administration a certain amount of freedom of adjudication (e.g. with the help of administrative discretion). In the case of settlements based on the structure of the authority being bound by the law, mediation appears to be — essentially — completely useless.

Earlier procedural regulations only provided for the institution of an administrative resolution as the only form of amicable settlement of a dispute between parties of proceedings being conducted. However, it was the authority that — after concluding that such a resolution is consistent with the law — approved it in a procedural form, thereby superseding its own authoritative decision. It also therefore had its own element of contradiction in proceedings being handled by the administrative authority and the parties could, within the limits of the applicable law, reach an understanding on the final shape of the mutual relations. The introduction of mediation in cases of this type essentially changed the method of operation exclusively to the extent that it will be the mediator and not the administrative authority who will encourage the parties to conclude the proceedings amicably.

In summary, the extent of actual application of mediation in administrative proceedings is relatively small. This arises from the specific nature of administrative proceedings, which, by their essence, involve settling an individual matter on the basis of the provisions of substantive law. Cases of this type are in the majority and administrative authorities most frequently handle such cases. Cases in which parties with conflicting interests are involved are most frequently matters that are essentially of a civil law nature, for which only the administrative form of resolution was provided for (such as, for instance, the investment and construction process or the

breach of water relations). The provisions on mediation may be applicable to such cases with regard to the amicable settlement of disputes between the parties. In individual matters, in which one party to the proceedings takes part, concerning a decision that awards a right or imposing an obligation, mediation will only be possible if — exceptionally — the lawmakers award the authority discretion in adjudication, which is the situation that arises most frequently in the case of monetary performances, as well as the application of tax relief and exemptions.

Mediation as an idea in administrative proceedings

Changes in the forms and method of operation of the administration, mainly related to the fulfilment of the public tasks of the state, a member of the European Union, are forcing a new approach to handling proceedings, which is open and oriented towards the involvement of its various participants, a friendly unit which is as deformed as possible. The lawmakers acknowledged that one of the measures for achieving these objectives is precisely the institution of mediation.

Mediation, in its essence, is of the nature of a voluntary conciliation procedure constituting one of the basic forms of alternative dispute resolution (A. Zienkiewicz, 2007). It is based on universal principles, namely voluntariness, good faith, autonomy of the conflict, respect, impartiality and neutrality, confidentiality and deformatization (A. Kalisz, 2016). Mediation rather corresponds to the specifics of private law, in which autonomy of will, the interests of the parties to the dispute and a balance between them, as well as contradiction or the principle of *volenti non fit iniuria*, which originates from Roman times, are important. The principles of mediation have the objective of consolidating the model of conduct, according to which it is a tool that is favourable to the parties, has no formalized features, where the party interested in resolving the dispute (and hence the party) is not just a passive observer of what is happening around him, but a creator of the course of the proceedings, in which he can specify his claims and decide on what concessions he is willing to agree to.

And that is where the first conflict in terms of mediation in administrative proceedings lies, because it assumes the resolution of a dispute between the parties to a conflict. This is because, in principle, administrative proceedings are non-dispute proceedings because they constitute a sign of public activity involving the application of legal norms by the administrative authority. This is because the subject matter of administrative proceedings is the establishment of the objective facts of the case, which should take place on the basis of evidence. Next, in the state of the facts established in this way, the authority resolving the administrative case assigns the norm of substantive law (subsumption) and applies it by making a decision in the case. In such a case there is no room for a dispute to take place — either between parties or between the authority and a party. The overriding

principle of administrative proceedings is the principle of objective truth specified in Article 7 of the Code. In this light, during the administrative proceedings, the administrative authorities are required to take up all activities that are necessary to clarify the fact *ex officio* or on request. The objective of these proceedings must therefore be to establish the actual situation (the facts) based on proven facts and circumstances. Both the judgements of the administrative courts and the legal doctrine also suggest that the principle in question imposes two obligations on the bodies of public administration — first, the *ex officio* specification of which evidence is necessary to establish the facts of the case, and second, the taking of evidence *ex officio* to establish the facts of the case (B. Adamiak, Wrocław 2011). The need to take evidence *ex officio* to establish the facts of the case was additionally emphasized in Article 77 § 1 of the Code, which requires the bodies of public administration to gather and consider all the evidence. Therefore, the investigation should be handled until all the facts related to the given administrative case are exhaustively analysed, its actual picture reconstructed and the grounds for the correct application of the provision of the law obtained. Only an assessment of all the evidence gathered in the case, and therefore materials enabling the establishment of facts that are consistent or close to the facts, can constitute the basis for a non-defective administrative decision in every case. This means that proceedings on taking evidence cannot end until the authority establishes whether the facts provided for in the legal norm took place or not in the case under consideration. Therefore, under this assumption, there is really no room for a dispute, as there can only be one set of facts — the set that is reflected in the evidence gathered. It should be remembered that the principle of the active involvement of the parties in the proceedings guarantees the ability to submit requests to take evidence from each of the parties to the proceedings, while the authority is required to gather all evidence and then consider it. The authority establishes the facts when assessing the whole of the evidence.

It is also difficult to find a dispute at the stage of applying a norm of substantive law, to which the established facts are objectively subordinated. This is because the authority is required to act on the basis and within the limits of the applicable law and therefore only the applicable norm and its corresponding state of the facts of the case can be applied.

The fundamental principle of mediation is also its voluntary nature. Only parties to the proceedings are exclusively entitled to decide on what they want, so as to aim towards resolving the dispute which divides them, through a settlement. Even if one of the parties were to opt for such a solution, the other party or parties cannot be forced to involve in the mediation. Furthermore, each party, even the one requesting mediation, may withdraw from this form of dispute resolution at any time, without being obliged to give a reason. The same principle applies to the choice of the mediator, who must be accepted by each of the parties. In the case of a change of mind, each party may request the replacement of the mediator with another authorized person.

Looking at the above assumption of voluntariness, it

appears to be natural and obvious that the Polish lawmakers regulated these in a similar way in the Administrative Procedures Code. However, the problem remains that there is no dispute, in principle, in administrative proceedings, and therefore there is simply no opportunity to apply that assumption.

The next principle of mediation is the assumption of its impartiality and objective nature. This applies to both the course of the mediation and — in particular — the mediator who should be an impartial and neutral person. His actions should objectively take into account the legitimate interests of the parties and their objectives, as well as pursue the primary goal of mediation itself, which is to clarify and consider the factual and legal circumstances of the case and to make arrangements to settle it within the limits of the applicable law. The mediator should not impose his own decisions on the parties or express his personal views on the matter during the mediation procedure. The mediator's role is to assure the parties of such conditions of the discussion in which they are able to freely and comfortably express their expectations and proposals, which, in turn, will lead them to adopt a single solution to a given dispute. The lawmakers explicitly provided for the mediator's duty to remain impartial and ordered the immediate disclosure of circumstances which could raise doubts as to his impartiality, including circumstances of being close to the case or close to either party. In case of doubt as to impartiality, the mediator is required to inform the participants of the mediation and the body of public administration forthwith, as well as refuse to conduct the mediation.

The problem of objectivity and impartiality of the mediation in administrative cases appears on a different plane, which has already been mentioned, namely when the administrative authority, which is required to settle an administrative matter, is to be a participant of the mediation. The assumption that the authority suddenly becomes a party to a dispute, which is to be settled by an external mediator, appears to be in conflict with the procedural and competence role of the administrative authority, which has the task of correctly applying the norms of substantive law. When acting on the basis and within the limits of the law, as well as when making factual and legal findings, in principle, the administrative authority does not have a platform for potential mediation. A potential dispute which could appear in such a case may apply to either the imagination of what the facts are to be, which the given entity is unable to prove, or the expectations of the wording of the provisions of the law, which do not coincide with the applicable law. In accordance with the principles of the rule of law and the objective truth, the first of these issues cannot be resolved through mediation. As for the second issue, this is an example of a dispute not so much with the administrative authority, but rather with the lawmakers and, as such, that also rules out the possibility of amicably resolving a case.

These doubts as to the possibility to conduct objective and impartial mediation with the involvement of the authority also apply to the matter of the settlement by an administrative authority with regard to administrative

discretion. Purely a superficial assessment of this type of structure could lead to the assumption that, in such cases, the authority has full freedom with regard to the resolution, whereas this is not the case. Even so, even in the case of the potential right to full freedom of adjudication, the administrative authority is never in dispute with the party. Firstly, because it would need to previously express a negative assessment of the party's procedural expectations, which would mean that it would need to be accepted that the authority had already made and issued its decision in the case (even if it only did so orally). Until the authority expresses its position in the matter, it cannot be assumed that it has no specific interest in it, all the more so that it is required to balance disputed interests.

Meanwhile, secondly, the authority cannot withdraw from the consolidated practice of adjudicating in the same factual and legal situation. This means a situation in which the authority that is resolving the administrative case is obliged to make the same decisions in the same factual and legal situations as that of the case. A differentiation of the decisions as a result of the mediation conducted would lead to a gross breach of the principle of the rule of law.

Thirdly and finally, the authority that adjudicates as a part of the administrative acknowledgement is limited with regard to the method of proportionally balancing interests, while its decisions cannot bear signs of arbitrariness. This applies to both the method of establishing the facts and the application of substantive law. The principle of objective truth imposes the obligation on the authority handling the proceedings to comprehensively analyse the matter in factual terms. Therefore, an administrative decision (even issued after holding the mediation), which is issued in proceedings in which the facts of the case have not been properly clarified, cannot be considered compliant with procedural law. The administrative authorities are entitled to freely assess evidence, although this assessment cannot bear signs of discretion. The evidence should be assessed together, while the assessment of the evidence should be full and detailed. When resolving a case, a body of public administration cannot be content with making only a cursory and selective assessment of the evidence, because if such an assessment were to be examined by an administrative court, it should be disqualified as an element that cannot constitute the factual grounds for applying a norm of substantive law.

The administrative body most frequently has a great deal of independence in forming the content of the decision when resolving discretionary decisions, whereby the administrative body's exclusive competence to adjudicate is expressed in the independent formation of the wording of the decision within the area of judgmental authority granted by the lawmakers, provided that it acts within the limits and on the basis of the law and does not abuse its authority. This means the obligation to carefully balance the interests of the citizens and the public interest. This is particularly important in the case of a conflict of these interests. The fundamental principle of equality with respect to the law requires all interests that appear in the given case to be balanced. The obligation to balance all interests that appear in a given case

is inseparably combined with the requirement to reliably and comprehensively clarify and consider the circumstances of the case and issue a decision in compliance with the applicable legal order. A potential conflict of interests requires the authority to specify the public interest in the given case and to demonstrate that it is important (particularly important public interest), it is real, it exists at the time of adjudication and it is not a potential interest. Administrative acknowledgment cannot bear signs of discretion but must arise from unambiguously specified premises justifying the content of the decision made.

It is therefore very difficult for the body of public administration to achieve a state of impartiality and objective operation within the framework of mediation and, in my opinion, it is impossible to find an example of proceedings in which the authority could participate in mediation without breaching the remaining general principles.

The next fundamental principle of mediation is its confidentiality, which appears to be completely understandable and fully acceptable. The essence of mediation is its confidential nature, while the mediator is required to keep confidential everything he learned during its course, unless the participants of the mediation decide otherwise. This principle has the objective of creating optimal conditions for the parties in which it will be possible to settle doubts about all aspects of the proceedings being conducted without being concerned that it will be possible to use any information later, against any participant of the mediation. It was even accepted in administrative proceedings that no proposals of settlements, disclosed facts or declarations made during the mediation may be used after the end of the mediation, with the exception of the arrangements contained in the minutes of the mediation. Hence the solution in which the mediator cannot be a witness of circumstances about which he learned during mediation.

Mediation as a method (procedural measure) of resolving an administrative matter

The lawmakers decided to regulate the subject matter of mediation in the Administrative Procedures Code in a quite surprising way. This is because although the objective of mediation in civil proceedings is to enter into a settlement ending the dispute, in administrative cases the objective was considered to be the following: (1) to clarify and consider the factual and legal circumstances of the case, and (2) to make arrangements for resolving it within the limits of the applicable law, including by issuing a decision or entering into a settlement.

According to the principle of the objective truth, the administrative authority is obliged to perform all activities that are necessary to precisely clarify the facts and to resolve the matter. This obligation should be fulfilled by collecting and reviewing all the evidence. The combination of these requirements suggests a certain dependency — the authority is supposed to clarify and objectively establish the facts of the

matter, while the actual circumstances should be confirmed with evidence. Meanwhile, the regulations regarding mediation stipulate that it should be held in order to 'clarify the actual circumstances'. Therefore the regulation that was introduced constitutes a deviation from the above rules, in which the authority is exempted from the obligation to take the steps that are necessary for clarifying the facts and gathering evidence to confirm the existence of the facts. In this place, the lawmakers anticipated the 'clarification of the actual circumstances'. It is unclear whether this linguistic separateness of notions was introduced deliberately ('clarify the facts' — 'clarify the actual circumstances'), although the principles of correct interpretation require the acceptance that rational lawmakers deliberately introduce an important exception here from the obligation to establish the facts in favour of their clarification (making them understandable) without the need to prove them. This is a particularly intriguing structure, all the more so in the context of Article 75 § 2 of the Code, providing for the ability of the party to make a declaration regarding the facts or the legal situation, which is made under the sanction of liability for giving false testimony. This possibility applies to all cases in which a provision of the law does not require official confirmation of specific facts or the legal situation by way of a certificate. Therefore, since the party has such far-reaching evidence enabling it to make a declaration both regarding the facts and regarding the legal situation, it is impossible to clarify which premises the lawmakers followed, which anticipates the ability to clarify the actual circumstances in mediation.

According to the principle of legality of the actions of the bodies of public administration, they are obliged to act exclusively on the basis of the applicable provisions of the law. This principle is related to the constitutional principle of acting on the basis of the law, which is expressed in Article 7 of the Polish Constitution, as well as the principle of a democratic state governed by the rule of law, expressed in Article 2 of the Polish Constitution, from which the principle of the rule of law also arises, which is of a broader nature and which includes the principle of legality. The obligation of the bodies of public administration to apply the provisions of the law in force on the date on which the administrative decision is issued to the facts established as at the date of issue of that decision, arises from the principle of legality. Derogations from this principle may arise from the intertemporal regulations, which can rule out or restrict the application of a new statute to legal events that took place before they became effective. The legal norm that was applied should not only apply at the time of adjudication, but should also be correctly applied, in accordance with the objective and function of all of the substantive law regulations from which it was interpreted.

The application of the provisions of substantive law frequently requires their interpretation, which requires reaching out to the principles of interpretation and their related interpretation directives. Therefore, the correct application of a provision of substantive law constitutes a rather complicated process which requires the application of a set of rules. The legal norm that should be applied appropriately arises as a result of the correct interpretation.

In this context, the assumption about mediation understood as 'the consideration of the legal circumstances of the case' should be assessed as incomprehensible. This most probably applied to the fact that, following the interpretation, two concepts of norms can fundamentally be accepted: one that is friendlier for the party or one that is less friendly for it. And the considerations regarding which legal norm to apply to all of the circumstances should be conducted within the framework of the mediation. Here again, such an action appears to compromise the principle of equality and the prohibition of derogating from the consolidated method of adjudicating in the same factual and legal situation.

The adoption of the code's assumption on the conciliatory method of determining the method of handling an administrative matter in which an administrative body is to participate, appears equally surprising. As has already been demonstrated, regardless of the structure of the competence norm, the authority handling the administrative case is obliged to apply the applicable law and, in this respect, it does not have the freedom to choose how to resolve the case (this notion should probably be simply understood as the content of the decision). This is because the method of resolving a matter is regulated by the Code in Article 104 § 1, stipulating that the 'body of public administration resolves the matter by issuing a decision, unless the provisions of the code provide otherwise'. Therefore, since there is no separate form and method of resolving a matter in the regulations, this matter cannot be the subject of mediation.

Even so, it is worth drawing attention at this point to one more aspect: namely, to the legal form of the final decision, which, likewise in the case of the use of mediation, the lawmakers anticipate exclusively as being an administrative decision. However, this is a special decision because the body of public administration resolves the case in accordance with the arrangements on resolving cases (within the limits of the applicable law) conducted within mediation.

The acceptance of the legal form of the decision for a case in which mediation was conducted carries with it certain procedural consequences. Such a decision does not finally end the proceedings, as in the case of a court-approved settlement in civil cases. The parties are entitled to file an appeal against that decision, whereas a party cannot effectively waive this right at the stage of mediation. In other words, even if the party attempted to waive the right to file an appeal during mediation, this would not result in civil or procedural law effects. Therefore, even the party which agreed to a specific method of resolution, within mediation arrangements and clarifications about the actual and legal situation, will be entitled to contest such a decision. This is a bizarre situation, suggesting some significant inconsistency in the activities of the lawmakers. This is because if two parties to proceedings are able to become involved in such complicated arrangements in mediation, it would be rational to assume that this appears to be a certain value to the extent to which a specific objective can be achieved, especially from the point of view of the authority. This applies to the ability to end pending proceedings with a guarantee that the decision ending the proceedings is final and binding.

However, for some reason, the lawmakers accepted that an agreement, which was initially supposed to end proceedings in mediation, should not be the procedural end of administrative proceedings.

Mediation in administrative proceedings as an effective solution?

The legal structure of mediation adopted in the Code gives rise to material institutional and procedural doubts, while the practice to date indicates that it is the appropriate instrument to be used in new types of public tasks performed within the framework of administrative proceedings.

In the first instance, it should be pointed out that, in principle, from the formal point of view, the introduction of the institution of mediation into the legal order regarding broadly-understood public matters should be assessed as the right direction where a method of public participation is being sought in the performance of public tasks. Especially since the regulations that were introduced are based on standards of mediation arising from European law. The introduction of mediation into proceedings before administrative authorities is directly related to recommendation Rec (2001)9 of the Committee of Ministers to member states on alternatives to litigation between administrative authorities and private parties. This recommendation specifies that the provisions governing alternative measures should assure the parties of the receipt of appropriate information on the ability to apply them, independence and impartiality of mediators, fair proceedings (especially by observing the principle of equality of the parties), transparency of the use of alternative measures and a certain level of flexibility of the decision and the effective enforcement of the decisions reached with the use of alternative measures. The amendment to the Code introduced in 2017 contains an extended principle of aiming towards the amicable settlement of a matter at every stage of the proceedings. Therefore, just as courts to date, administrative authorities not only need to search on their own initiative and find whether it is possible to come to an arrangement, but also need to encourage the parties to take up mediation or enter into a settlement. It is worth emphasizing that the justification of the draft amendment mentions that the provisions should create the ability to take advantage of this institution 'earlier than to date, namely at the stage of administrative proceedings, among other things precisely so that the difference in views on the method of resolving the case between the party to the proceedings and the body of administration can be clarified amicably at the earliest possible phase of decision-making, and therefore to prevent the initiation of administrative court proceedings.

This aspect of transferring mediation to the decision-making stage appears to be the most controversial because it was not preceded by more careful thought. This is because the cited European regulations indicate that the role of mediation is an alternative to court disputes between the

administration and the citizen. Meanwhile, this aspect fully satisfies the modified formula of mediation in proceedings before administrative courts (which was also modified in 2017, even though it formally applied from 1 January 2004), which is a real alternative to court proceedings. There can only be talk of a dispute between the party and the body of administration that issued a final decision in the matter at the stage of proceedings before the court. This is because, in principle, the party had the opportunity to express its position earlier on the resolution of its case as a part of the contesting measure which is, in principle, an appeal. However, in a certain sense, the decision of the body of appeal which is contested in court is a response to the expectations and allegations raised by the addressee of the decision. Therefore, filing a complaint with a court means a lack of acceptance of the method in which administrative authorities resolve cases and can be referred to as a unique form of initiation of a dispute with the administration.

However, the introduction of mediation between the authority and the party at the stage at which the decision is being issued appears to be in conflict with the essence and objective of Polish administrative proceedings as authoritative and unilateral action in which one cannot talk about a dispute.

The next issue that gives rise to doubts as to the method of regulating the institution of mediation is the conflict between the assumptions of the authors of the bill and the choice of the method of achieving them. This mainly applies to the issue of public participation in the performance of public tasks and the new shape and nature of these tasks. However, the problem is based on the fact that most of these activities are not performed by way of a decision (as, for instance, the award of co-financing with European funds). Therefore, the regulation of mediation in Section II of the Administrative Procedures Code titled 'Proceedings' clearly restricts the ability to use it only to those contacts between the public authority and the citizen which take place by issuing an administrative decision. In my opinion, this is the least appropriate position of the regulation regarding the amicable resolution of disputes, as it has a limiting attribute. The lawmakers do not provide the legal possibility to take advantage of the institution of mediation in many cases in which real disputes can arise between the public authority and the citizen. Such cases may arise, for instance, when awarding public funds from European programmes and other non-returnable programmes. A similar situation may arise in the case of changes made in the organization of road traffic with regard to junctions of public roads with internal roads, or together with communications or explanations of bodies of central government administration, which cannot be contested in any way.

This assumption is procedurally dangerous, as it eliminates the possibility of amicably resolving significant problems, with respect to which an appeal cannot be filed successfully, while the legal process of pursuing claims is very limited. In precisely such cases, the institution of mediation (or in-depth consultation with the involvement of an independent mediator) between the authority and the individual could have a real impact on public participation in the fulfilment of public tasks.

Conclusions

The lawmakers assumed that mediation, as a non-authoritative method of bringing about the resolution of a matter with the involvement of an impartial mediator, is a new form of expression of the formation of legal relations with the active and participative involvement of the addressees of the decision ending the administrative proceedings. Its introduction into administrative proceedings was also supposed to achieve the effect of accelerating administrative proceedings.

As mentioned above, mediation does not satisfy the above assumptions, because no cases of its application in practice have been reported. It appears that the issue in question obviously requires further research and analysis, although attention can already be drawn today to several circumstances that certainly do not help achieve the planned statutory objectives.

The first of these is the method of ending mediation, as assumed by the lawmakers. The mediation procedure being handled ends with a decision being issued by the administrative authority — a decision that can then be contested before a higher authority or administrative court. This means that the application of mediation does not allow for the achievement of certainty of the law in an administrative matter. There is no procedural difference between a decision issued in a procedure in which mediation was applied and a procedure that does not use this form. Meanwhile, had the lawmakers anticipated the form of an agreement (or settlement) for resolving a matter, this would have enabled the achievement of the objective in the form of the end of these proceedings and the resolution of the matter. This is because, in principle, an appeal cannot be filed against an agreement or settlement. And this is its greatest asset — it enables the completion of processing of a given case. However, this solution was abandoned in the Polish model of administrative proceedings.

The second issue that can significantly reduce interest in mediation in administrative proceedings is the reasonably extensively developed legal liability of the public officials adjudicating in administrative matters. The risk of taking into account the interest of a party, which the supervisory authority could consider inadequate, can lead to criminal or disciplinary liability and liability for compensation of the authority, its manager or an employee of the authority who decided to resolve the matter through mediation, taking the interests of the party into account too broadly. Meanwhile, the essence of mediation is that its success depends on each party withdrawing from some of its own demands or expectations. In the case of an official, this limit of reasonable and adequate concessions is related to the partial withdrawal from the protection of the public interest, which can lead to his liability.

This can already happen by the mere possibility of admittance to mediation in administrative proceedings. The involvement of an authority in mediation requires that it is handled by a professional mediator, who is entered onto the list of court mediators by the president of a competent voivodship court. This professional is entitled to a fee for handling the proceedings. Therefore, since — in proceedings conducted by the authority — it is the authority that establishes the facts and interprets the law, the question may arise about the legitimacy of commissioning these activities to the mediator and exposing the authority to additional costs. This will be all the more important if, for instance, the objective of the mediation cannot be achieved. Therefore, since the authority is able to handle the proceedings itself, the justification of additionally spending public funds on tasks that the authority should perform on its own could be called into question.

All of the above circumstances create significant doubts in finding a justification for the implementation of the assumptions of the lawmakers to finding a formula for civic participation in dealing with the resolution of administrative matters and accelerating proceedings.

Bibliography

- Adamiak B. [in:] Adamiak B., Borkowski J., *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, 11th edn., Warsaw 2011, p. 57–58
- Introduced by the Act amending the Administrative Procedures Code and certain other Acts of 7 April 2017 (Journal of Laws of 2017, item 935).
- Jaśkowska M., Atomizacja procedury administracyjnej a tworzenie specustaw inwestycyjnych, [in:] *Źródła prawa administracyjnego a ochrona wolności i praw obywateli*, ed. M. Błachucki, T. Górczyńska, Warsaw 2014, p. 71
- Justification of the bill on the amendment of the Administrative Code and certain other Acts (<https://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/druk.xsp?nr=1183>)
- Kalisz A., *Mediacja jako forma dialogu w stosowaniu prawa*, Warsaw 2016, p. 103 et seq.
- Recommendation Rec(2001)9 of the Committee of Ministers to member states on alternatives to litigation between administrative authorities and private parties (Adopted by the Committee of Ministers on 5 September 2001 at the 762nd meeting of the Ministers' Deputies) <https://rm.coe.int/16805e2b59>
- Wegner-Kowalska J., Mediacja w sprawach administracyjnych — pytania i wątpliwości, *Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego* 6 (75)/2017, p. 41 et seq.
- Zienkiewicz A., *Studium mediacji. Od teorii ku praktyce*, Warsaw 2007, p. 31–38.
- Zimmermann J., *Aksjomaty prawa administracyjnego*, Warsaw 2013, p. 188

Handel zielonymi certyfikatami a unijna swoboda przepływu towarów w świetle orzeczenia w sprawie *Alands Vindkraft AB*

Green certificates trading & the EU free movement of goods in the light of the *Alands Vindkraft AB* case

dr Justyna Bazylińska-Nagler

Adiunkt w Katedrze Prawa Międzynarodowego i Europejskiego na Wydziale
Prawa Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego
E-mail: justyna.bazylińska-nagler@uwr.edu.pl; nr ORCID: 0000-0002-0190-7566

Streszczenie

Handel energią ze źródeł odnawialnych w UE wyryka się traktatowym regułom rynku wewnętrznego. W wykładni prawa energetycznego UE dokonywanej w świetle zasad rynku wewnętrznego widać zbieżne i rozbieżne tendencje. Komentowany w tej pracy spór pomiędzy spółką *Alands Vindkraft AB*, prowadzącą farmę wiatrową na wyspach Alandzkich w Finlandii, a szwedzkim urzędem energetycznym ilustruje nierozwiązywalny jak dotąd konflikt pomiędzy traktatową swobodą przepływu towarów, mającą umocowanie w prawie pierwotnym, a wolnością państw członkowskich do kształtowania własnej polityki energetycznej. Ta autonomia państw jest gwarantowana dyrektywą 2009/28/WE, która jako źródło prawa pochodnego powinna co do zasady być zgodna z traktatowymi swobodami rynku wewnętrznego.

Słowa kluczowe: system handlu emisjami UE, krajowe systemy wsparcia, zielone certyfikaty, swoboda przepływu towarów, ograniczenia ilościowe

Summary

Green energy trading in the EU goes beyond the Treaty rules of the EU internal market. The energy law interpretation, in the light of the internal market rules, is full of convergencies and divergencies. Commented in this work dispute between *Alands Vindkraft AB* company, the owner of the wind farm located in the Aland archipelago in Finland and Swedish Energimyndigheten shows notorious conflict between treaty based freedom of movement of goods and member states' freedoms to lead their own energy policies. This member state's autonomy derives from directive 2009/28/EC, however, this directive being a secondary source of law should be, in principle, compliant with the treaty-based freedoms of movement.

Key words: EU emissions trading system, domestic support schemes, green certificates, free movement of goods, quantitative restrictions

JEL: K32, K33, K42

Wprowadzenie

Niniejsza praca bada zasady stosowania krajowych systemów wsparcia produkcji energii ze źródeł odnawialnych, na przykładzie systemu szwedzkiego, w konfrontacji z zasadą swobodnego przepływu towarów. Kluczowa jest tutaj weryfikacja hipotezy, że terytorialne ograniczenia dostępu do krajowego systemu wsparcia zielonej energii dla zagranicznych producentów są niezgodne z wymogami zasady swobodnego przepływu towarów. Analiza tego zagadnienia wywołuje wiele wątpliwości odnośnie do ważności art. 3 ust. 3 dyrektywy 2009/28/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 23.04.2009 r. w sprawie promowania stosowania energii ze źródeł odna-

wialnych zmieniającej i w następstwie uchylającej dyrektywy 2001/77/WE oraz 2003/30/WE (Dz.Urz. UE L 140, s. 16, ze zm.), dalej dyrektywa OZE, w świetle jego niezgodności z art. 34 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz.Urz. UE C 202 z 2016 r., s. 47), dalej Traktat, TFUE. W szerokim kontekście powstaje pytanie, czy dyrektywa OZE pozwala na wprowadzenie dyskryminacyjnego systemu wsparcia, który byłby źródłem bezprawnego ograniczenia wymiany handlowej na rynku wewnętrznym. Rządy niemiecki, szwedzki i norweski w sprawie C-573/12, *Alands Vindkraft AB v. Energi-myndigheten*, EU:C:2014:2037, stanęły na stanowisku, że dyrektywa ta dopuszcza, a nawet wyraźnie zezwala na ograniczenie korzyści płynących z krajowych systemów wsparcia do

krajowej zielonej energii, w odróżnieniu od energii importowanej. Przeciwnie stanowisko zajął rzecznik generalny Ives Bot w swojej opinii w tej sprawie. Wykazał on, że art. 3 ust. 3 dyrektywy 2009/28 jest nieważny w zakresie, w jakim umożliwia państwom zakazanie lub ograniczenie dostępu do ich systemów wsparcia producentom wytwarzającym energię elektryczną ze źródeł odnawialnych na terytorium innego państwa członkowskiego.

Zasady handlu zieloną energią wobec reguł rynku wewnętrznego — pomiędzy konwergencją a dywergencją

Działania UE w obszarze ochrony środowiska charakteryzują się podejściem zintegrowanym (Wasilewski, 2000, s. 511–512; Bazylińska-Nagler, 2019). W aspekcie wewnętrznym oznacza ono dążenie do tworzenia regulacji kompleksowych. Przykładowo w preambule do dyrektywy 2010/75/UE Parlamentu Europejskiego i Rady 2010/75/UE z 24.11.2010 r. w sprawie emisji przemysłowych (zintegrowane zapobieganie zanieczyszczeniom i ich kontrola) (Dz.Urz. UE L 334, s. 17), która już w samym tytule stanowi o zintegrowanym podejściu do przedmiotu regulacji, czytamy, że: „Stosowanie odmiennego podejścia w odniesieniu do kontrolowania emisji do powietrza, wody lub gleby traktowanych oddzielnie mogłoby stanowić zachętę do przesuwania zanieczyszczeń z jednych elementów środowiska na inne, zamiast zachęcać do ochrony środowiska jako całości”. Zapewnienie zintegrowanego podejścia do zapobiegania emisjom do powietrza, wody i gleby oraz ich kontroli, jak również do kwestii gospodarowania odpadami sprzyja efektywności energetycznej i zapobieganiu wypadkom. Zgodnie z zasadami rynku wewnętrznego w Unii powinny panować jednakowe warunki prowadzenia działalności gospodarczej, a do tego konieczne jest ujednolicenie wymogów w zakresie efektywności środowiskowej wszelkich instalacji. W aspekcie zewnętrznym to zintegrowane podejście sprowadza się do traktatowej zasady integracji wymogów ochrony środowiska ze wszystkimi politykami unijnymi, zgodnie z treścią art. 11 TFUE oraz art. 37 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej (Dz.Urz. UE C 202, s. 391). Ta zasada prawa ma wymiar horyzontalny i jest coraz powszechniej traktowana jako normatywny element zrównoważonego rozwoju (Bazylińska-Nagler, 2019).

Zintegrowane podejście do ochrony środowiska powinno pociągnąć za sobą konwergencję przepisów rozumianą jako ich upodabnianie się, w przeciwieństwie do dywergencji, czyli różnicowania się przepisów. Konwergencja jest dostrzegana w wielu płaszczyznach prawa UE. Można ją przykładowo zaobserwować w płaszczyźnie celów realizowanych przez określone grupy przepisów, w płaszczyźnie ich charakteru prawnego oraz przesłanek zastosowania, w płaszczyźnie podmiotów będących adresatami tychże przepisów, a także w sferze derogacji od ogólnych zakazów zawartych w tych przepisach (Szydło, 2006). Zarówno przepisy dotyczące wspólnej polityki energetycznej, jak i przepisy regulujące swobody traktatowe nie funkcjonują w oderwaniu i w sposób abstrakcyjny, lecz w procesie swojej wykładni i stosowania muszą być

konfrontowane z innymi grupami przepisów Traktatu. W prawie unijnym od lat czynione są zabiegi mające na celu integrację krajowych rynków energii. Równocześnie budowa i rozwój rynku wewnętrznego oznaczają konieczność usuwania barier w transgranicznym handlu energią elektryczną. Energia przecież, w rozumieniu unijnych przepisów, jest towarem, a zatem podlega reżimowi prawnemu traktatowej swobody przepływu towarów¹. Głównym wyzwaniem jest wciąż uprzywilejowanie krajowych dostawców energii odnawialnej, a dokładnie energii pochodzącej z rynku krajowego w porównaniu z energią od dostawców z UE.

Prawo unijne obfituje w akty prawne, których celem było i jest stopniowe usuwanie barier i tworzenie wewnętrznego rynku energii, na którym doszłoby w szczególności do wzmoczenia transgranicznego handlu energią elektryczną w obrębie Unii i w ramach którego wszyscy dostawcy mogliby dostarczać swe produkty, a użytkownicy mogliby swobodnie wybrać dostawcę². Przykładowo, nieobowiązująca już dyrektywa dotycząca wspólnych zasad rynku wewnętrznego energii elektrycznej (art. 3 ust. 2 dyrektywy 2003/54/WE) zobowiązywała państwa członkowskie do tego, aby nie wprowadzały przepisów zezwalających na dyskryminowanie zewnętrznych dostawców energii w porównaniu z krajowymi. Analogicznie zastępują ją dyrektywa 2009/72/WE, której celem jest ulepszanie i zintegrowanie konkurencyjnych rynków energii we Wspólnocie, w art. 3 gwarantuje wspólnotowym przedsiębiorstwom energetycznym równość dostępu do konsumentów krajowych oraz zapewnia, że przepis ten stosowany jest w sposób przejrzysty, niedyskryminacyjny i nie utrudnia otwarcia rynku.

Zupełnie przeciwstawne stanowisko prezentuje powoływana już dyrektywa OZE. Wydaje się, że jednym z jej celów jest właśnie wspieranie szerokiej autonomii państw członkowskich w projektowaniu i realizowaniu krajowych systemów wsparcia produkcji energii ze źródeł odnawialnych. Przykładowo, w preambule do tej dyrektywy w motywie 25 prawodawca zwrócił uwagę, że „większość państw członkowskich stosuje systemy wsparcia, w których korzyści wiążą się wyłącznie ze stosowaniem energii ze źródeł odnawialnych wyprodukowanej na ich terytorium”. Celem dyrektywy w sprawie energii odnawialnej jest jedynie ułatwienie transgranicznego wspierania energii ze źródeł odnawialnych z poszanowaniem autonomii krajowej, a zatem bez wpływania na krajowe systemy wsparcia. Mechanizmy współpracy między państwami członkowskimi mają jedynie opcjonalny charakter. To państwo członkowskie ustala, do jakiego stopnia będzie wspierało wytwarzanie energii w innym państwie członkowskim, oraz zakres, w jakim wytwarzanie energii ze źródeł odnawialnych powinno być zaliczane na poczet tzw. krajowych celów ogólnych³.

Aby zagwarantować swobodny transgraniczny przepływ towarów w prawie UE, podejmowane są działania mające na celu zniesienie znaczących zniekształceń konkurencji, jakie istnieją w konkretnych sektorach gospodarki między poszczególnymi państwami. Różnice pomiędzy regulacjami prawnymi obowiązującymi w państwach członkowskich mogą prowadzić do powstawania barier w swobodnym przepływie towarów, mogą też zniekształcać warunki konkurowania na rynku wewnętrznym. Podstawą prawną, w oparciu o którą organy unijne podejmują działania harmonizacyjne ukierunkowane

na wprowadzanie wspólnych standardów, w tym warunków konkurencji na rynku wewnętrznym, jest art. 114 TFUE. Z przepisu tego wynika, że działania legislacyjne polegające na wyrównywaniu owych warunków konkurencji mogą być podejmowane jedynie w celu ustanowienia i funkcjonowania rynku wewnętrznego. Efekt integracyjny wywołują także sieci infrastrukturalne w dziedzinie transportu, telekomunikacji i właśnie energetyki (Szydło, 2006, s. 86). Energia ze źródeł odnawialnych ma zagwarantowany na mocy art. 16 ust. 2 zdanie pierwsze dyrektywy OZE dostęp do sieci. Wprowadzenie tego obligatoryjnego mechanizmu w świetle celów integracyjnych zasługuje na pozytywną ocenę.

Tworzeniu przez państwa członkowskie barier w handlu energią nie są w stanie zapobiegać zasady gwarantujące fundamentalną swobodę przepływu towarów. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem wszelkie uregulowania państw członkowskich dotyczące handlu, mogące — bezpośrednio lub pośrednio, rzeczywiście lub potencjalnie — utrudniać handel na rynku wewnętrznym, należy uznać za środki o skutku równoważnym do ograniczeń ilościowych w rozumieniu art. 34 TFUE (wyrok TS z 11.09.2014 r., C-204/12 do C-208/12, *Essent Belgium NV v. Vlaamse Reguleringinstantie voor de Elektriciteits- en Gasmarkt*, EU:C:2014:2192). Ograniczenia mogą polegać nie tylko na dyskryminowaniu produktów importowanych w stosunku do produktów krajowych, ale również odwrotnie, na korzyści przyznanej krajowej produkcji w stosunku do towarów importowanych (wyrok TS z 5.06.1986 r., C-103/84, *Komisja v. Włochy*, EU:C:1986:229) albo na uregulowaniu, które nie zastrzegając korzyści dla produktów krajowych, wprowadza dodatkowe warunki ich uzyskania w odniesieniu do produktów importowanych (wyrok TS z 6.10.2011 r., C-443/10, *Philippe Bonnarde v. Agence de Services et de Paiement*, EU:C:2011:641).

Zasada wzajemnego uznania (wyrok TS z 20.02.1979 r., C-120/78, *Rewe-Zentral AG v. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, EU:C:1979:42, pkt 14) w handlu energią, zgodnie z którą energia jako towar wyprodukowany i legalnie wprowadzony do obrotu w jednym państwie członkowskim znajduje się w swobodnej cyrkulacji, ustępuje miejsca doktrynie wymogów imperatywnych, zgodnie z kryteriami wypracowywanymi w orzecznictwie od czasu orzeczenia *Cassis de Dijon* (wyrok C-120/78, *Rewe-Zentral*; Barnard, 2010). Umiejętne wyważanie często skonfliktowanych wymogów rynku wewnętrznego oraz ochrony środowiska w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej doprowadziło do traktowania ochrony środowiska jako szczególnego, uprzywilejowanego wymogu ochrony interesu publicznego, który państwa powołują, usprawiedliwiając wprowadzone przez siebie ograniczenia swobód, nawet te o charakterze dyskryminującym. W sprawie *Danish Bottles* (wyrok TS z 20.09.1988 r., C-302/86, *Komisja v. Dania*, EU:C:1988:421) Trybunał po raz pierwszy badał cel ochrony środowiska jako orzecznicy wymóg konieczny interesu publicznego (zgodnie z tzw. formułą *Cassis de Dijon* ustanowioną w wyroku C-120/78, *Rewe-Zentral*). Spór dotyczył regulacji duńskiej zezwalającej na obrót piwem i napojami bezalkoholowymi wyłącznie w butelkach zwrotnych, co zdaniem Komisji stanowiło ograniczenie swobody przepływu towarów, gdyż impor-

terzy musieli opracować i ponieść koszty systemów gromadzenia i zwrotu butelek powtórnego użytku. Trybunał, orzekając na korzyść Danii, podkreślił, że ochrona środowiska jest jednym z zasadniczych celów Wspólnoty oraz nowym orzecznym wymogiem interesu publicznego. Klasyfikacja tych środków krajowych jako niedyskryminujących i proporcjonalnych do dzisiaj wywołuje krytyczne komentarze w doktrynie (Jacobs, 2006, s. 88; Jans, 2010, s. 1533–1547). W sprawie przeciwko Belgii (wyrok TS z 9.07.1992 r., C-2/90, *Komisja v. Belgia*, EU:C:1992:310), w której Komisja zakwestionowała belgijski zakaz wwozu i składowania śmieci pochodzących spoza Walonii, Trybunał podszedł do sprawy analogicznie. Pomimo iż zdaniem Komisji śmieci jako towary pochodzące z innych państw członkowskich były w tym przypadku dyskryminowane, Trybunał usprawiedliwił to ograniczenie wymogami ochrony środowiska (Wilmowsky, 1993, s. 541–570; Hancher, Sevenster, 1993, s. 351–367). W późniejszym orzecznictwie Trybunał jeszcze wielokrotnie analizował wymóg ochrony środowiska jako usprawiedliwiający krajowe bariery w handlu, zwykle faworyzując ochronę środowiska⁴. Punktem kulminacyjnym tej linii orzeczniczej wydaje się decyzja w sprawie *Preussen Elektra* (wyrok TS z 13.03.2001 r., C-379/98, *Preussen Elektra v. Schleswig AG*, przy udziale *Windpark Reußenköge III GmbH i Land Schleswig-Holstein*, EU:C:2001:160). Spór dotyczył obowiązku zakupu energii elektrycznej wytworzonej w Niemczech z odnawialnych źródeł energii na preferencyjnych warunkach, które byłyby niemożliwe do osiągnięcia na wolnym rynku. Prowadziło to do spadku popytu na mniej konkurencyjną energię elektryczną z innych państw członkowskich, a tym samym stanowiło przeszkodę w handlu. Trybunał stwierdził, że państwa członkowskie „ze względu na ochronę środowiska naturalnego” są upoważnione do przyznania pierwszeństwa wytwarzaniu energii elektrycznej z odnawialnych źródeł energii, a zatem — „uregulowania państwa członkowskiego, na których mocy prywatne przedsiębiorstwa zajmujące się zaopatrzeniem w energię elektryczną są zobowiązane do zakupu energii elektrycznej wytworzonej z odnawialnych źródeł energii na terenie ich strefy zaopatrzenia po cenach minimalnych” nie są niezgodne z traktatem (wyrok C-379/98, *Preussen Elektra*, pkt 73, 75). W sprawie tej (podobnie jak w poprzednich) zwraca uwagę mocno niedoskonały test na niedyskryminację i proporcjonalność. Trudno naprawdę zgodzić się z twierdzeniem, że tego typu regulacje dotyczą w takim samym stopniu krajowych i zagranicznych dostawców energii (Jacobs, 2006, s. 191–192).

Komentowane w niniejszej pracy orzeczenie w sprawie C-573/12, *Alands Vindkraft* z 2014 r., także dotyczące krajowego systemu wsparcia przewidującego wydawanie zbywalnych zielonych certyfikatów wyłącznie na rzecz krajowych zakładów energetycznych, utrwała stanowisko Trybunału w sprawie promowania zielonej energii jako priorytetowego celu UE.

Krajowe systemy wsparcia produkcji energii ze źródeł odnawialnych na rynku wewnętrznym Unii Europejskiej

Konflikt pomiędzy prawem państwa członkowskiego UE do stworzenia i stosowania własnego, krajowego systemu

wsparcia produkcji energii ze źródeł odnawialnych a fundamentalną dla rynku wewnętrznego swobodą przepływu towarów pozostaje, jak dotąd, nierozwiązywalny.

Dyrektywa OZE, jako klasyczna dyrektywa wprowadzająca harmonizację minimalną, reguluje kwestię wykorzystywania odnawialnych źródeł energii w sposób fragmentaryczny (Przybojewska, 2017b, s. 26). W szczególności w gestii państw członkowskich pozostawia kwestię wyboru, czy i jaki zastosować „system wsparcia”, który definiowany jest w art. 2 lit. k jako „każdy instrument, system lub mechanizm stosowany przez państwo członkowskie lub grupę państw członkowskich, który promuje wykorzystanie energii ze źródeł odnawialnych dzięki zmniejszeniu kosztów tej energii, zwiększeniu ceny, za którą można ją sprzedać, lub zwiększeniu — poprzez nałożenie obowiązku stosowania energii odnawialnej lub w inny sposób — jej nabywanej ilości. Obejmuje ono pomoc inwestycyjną, zwolnienia z podatków lub ulgi podatkowe, zwrot podatków, systemy wsparcia polegające na nałożeniu obowiązku wykorzystywania energii ze źródeł odnawialnych, w tym również systemy posługujące się zielonymi certyfikatami, oraz systemy bezpośredniego wsparcia cen, w tym gwarantowane ceny zakupu oraz premie opcyjne, lecz nie jest ograniczone do wymienionych środków”.

Dowolność wyboru systemu wsparcia zaowocowała znacznym zróżnicowaniem w zakresie ukształtowania takich systemów w poszczególnych państwach członkowskich Unii Europejskiej. Na podstawie analizy obowiązujących w Anglii, Francji, Niemczech, Hiszpanii, Portugalii i Włoszech rozwiązań prawnych w zakresie funkcjonowania systemów wsparcia Z. Muras i M. Swora wyróżnili pewną grupę instrumentów prawnych wsparcia, znajdujących się w zakresie oddziaływania tych państw, a mających na celu stymulację rozwoju produkcji energii ze źródeł odnawialnych. Po pierwsze, są to rozwiązania, w których regulacja rynku energii skupiona na osiągnięciu celu polegającego na założonym wzroście udziału odnawialnych źródeł energii w bilansie energetycznym państw wykorzystuje narzędzia: regulowania rynku poprzez oddziaływanie na ceny sprzedaży, czyli bezpośrednie wsparcie wytwórców, lub poprzez kary z tytułu nieosiągnięcia założonego udziału źródeł odnawialnych, albo poprzez wprowadzenie praw abstrakcyjnych w postaci certyfikatów umożliwiających uczestnikom poszukiwanie równowagi rynkowej produkcja — sprzedaż zgodnie z wytycznymi regulatora rynku. Po drugie, na uczestników rynku można też oddziaływać poprzez narzędzia fiskalne leżące w gestii odrębnych działów administracji publicznej, a w szczególności dotyczących podatku dochodowego od osób prawnych, podatku dochodowego od osób fizycznych, podatku od nieruchomości czy też podatku VAT. Trzecią formą oddziaływania na wytwórców może być uprzywilejowanie pozycji instalacji wykorzystujących odnawialne źródła energii dzięki rozbudowanemu systemowi subsydiów, kredytów ekologicznych i innych narzędzi pozwalających na osiągnięcie większej łatwości finansowania powstawania nowych instalacji lub też podnoszenie ich rentowności względem źródeł nieodnawialnych (Muras, Swora, 2016). Najbardziej rozpowszechnioną klasyfikacją krajowych systemów wsparcia produkcji zielonej energii jest podział dokonywany w oparciu o system płatności. Na tej podstawie wyróż-

niamy: systemy cenowe (ang. *price system*) oraz systemy kwotowe (ang. *quota system*) zwane systemami kształtowania wielkości zobowiązań do wytworzenia energii. Systemy te w różny sposób realizują cel, jakim jest pobudzenie popytu na zieloną energię. Systemy cenowe ustanawiają cenę dla energii z odnawialnych źródeł poprzez taryfy cenowe lub systemy premii. Systemy kwotowe nakładają obowiązek wypełnienia określonego udziału energii zielonej w całkowitym zużyciu energii, przykładowo poprzez system zielonych certyfikatów (Porzeżyńska, 2018, s. 31).

Należy mieć jednak na uwadze, że wsparcie udzielane przez państwa członkowskie może się odbywać jedynie w granicach określonych unijnymi regułami pomocy państwa. Komisja Europejska uważa, że wsparcie dla energii elektrycznej wytwarzanej ze źródeł odnawialnych, przyznane w formie zielonych certyfikatów, może stanowić pomoc państwa w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE. Z tego względu Komisja zamieściła stosowną sekcję w swoich Wytycznych określających warunki zgodności takich opartych na świadectwach pochodzenia systemów wsparcia z rynkiem wewnętrznym (zob. pkt 109 EAG z 2008 r. oraz sekcja 3.3.2.4 EEAG). W praktyce środki przyznawane w ramach systemów wsparcia z łatwością spełniają wszystkie przesłanki pomocy państwa, w szczególności przesłankę „przekazania zasobów państwa”⁵. Przykładowo, w decyzji z 2.08.2016 w sprawie polskiego systemu świadectw pochodzenia, SA 37345 (2015/NN), pkt 146, Komisja zauważyła, że świadectwa pochodzenia same w sobie stanowią dobro o pewnej wartości. W związku z tym nie służą one wyłącznie do poświadczenia pochodzenia określonego rodzaju energii elektrycznej. Nie pełnią funkcji analogicznej do gwarancji pochodzenia, o których mowa w dyrektywie 2001/77 i 2009/28E⁶. W przeciwieństwie do gwarancji pochodzenia, w tym przypadku państwo polskie nałożyło obowiązkowy kontyngent na świadectwa pochodzenia, którego niespełnienie obłożone było karą administracyjną. Dlatego też, zgodnie z wnioskami Trybunału Sprawiedliwości w wyroku z 8.09.2011 r., C-279/08, Komisja v. Niemcy, EU:C:2011:551, Komisja zauważa, że państwo polskie mogło skonstruować system w taki sposób, w którym świadectwa byłyby sprzedawane lub wystawiane na aukcji.

W doktrynie panuje zgoda odnośnie do tego, że zielone certyfikaty są prawami majątkowymi i podlegają obrotowi. System zielonych certyfikatów opiera się zatem na przypisaniu wartości ekonomicznej kwestii środowiskowej, w ten sposób powstaje określone „dobro środowiskowe” (Przybojewska, 2017b, s. 29). Wykorzystanie instrumentów rynkowych w ochronie środowiska pociąga za sobą wiele korzyści. Po pierwsze, cechą systemów zielonych certyfikatów jest ich duża elastyczność odnośnie do sposobu ich wykorzystania przez adresatów. W ramach realizacji obowiązku wykorzystania odpowiedniej ilości energii ze źródeł odnawialnych przedsiębiorstwo energetyczne może zakupić stosowną ilość zielonej energii albo zakupić same zielone certyfikaty lub też zapłacić na rzecz organu regulacyjnego opłatę zastępczą. W ramach instrumentów rynkowych niedoskonałości rynku w zakresie osiągnięcia celu prośrodowiskowego mają być korygowane w sposób kosztowo efektywny. Dodatkowo instrumenty rynkowe realizują zasadę materialnej odpowiedzialności sprawcy za zanieczyszczenia.

Sprawa C-573/12, *Alands Vindkraft AB*

Wyrok ten, wydany w składzie wielkiej izby, jak w soczewce skupia w sobie zbieżne i rozbieżne tendencje widoczne w wykładni prawa energetycznego UE w świetle reguł rynku wewnętrznego. Osia sprawy jest sprzeczność pomiędzy swobodą traktatową, mającą umocowanie w prawie pierwotnym, a wolnością państw członkowskich do kształtowania autonomicznej polityki energetycznej, którą daje im dyrektywa OZE jako źródło prawa pochodnego, które co do zasady powinno być zgodne z traktatem.

Spór powstał pomiędzy spółką Alands Vindkraft AB, prowadzącą farmę wiatrową na wyspach Alandzkich, w Finlandii, ale związaną ze szwedzką siecią dystrybucji energii elektrycznej, a szwedzkim urzędem energetycznym (Energimyndigheten). Alands Vindkraft AB wystąpiła z tzw. wnioskiem o zatwierdzenie farmy wiatrowej Oskar, celem umożliwienia przyznania jej zielonych certyfikatów na podstawie szwedzkich przepisów. Wniosek ten został odrzucony przez Energi-myndigheten decyzją z 9.06.2010 r. z uzasadnieniem, że z systemu zielonych certyfikatów mogą korzystać tylko zakłady energetyczne położone w Szwecji. Alands Vindkraft wniosła do sądu skargę o uchylenie tej decyzji, powołując się między innymi na naruszenie art. 34 TFUE poprzez okoliczność, że sporny system skutkuje zastrzeżeniem zaspokojenia potrzeb na energię elektryczną około 18% szwedzkich konsumentów wyłącznie dla producentów energii zielonej z siedzibą w Szwecji, na niekorzyść importu pochodzącego z innych państw członkowskich. Sąd zawiesił postępowanie i zgłosił do Trybunału cztery pytania prejudycjalne. Po pierwsze, zapytał, czy przepisy dyrektywy OZE pozwalają państwu członkowskiemu na stosowanie krajowego systemu wsparcia takiego jak sporny system szwedzki, w którym mogą uczestniczyć tylko producenci zlokalizowani na jego terytorium. Faktycznie, producenci zielonej energii z siedzibą w Szwecji dzięki szwedzkiemu systemowi zielonych certyfikatów uzyskują korzyść gospodarczą, która ich faworyzuje w stosunku do producentów zagranicznych. Szwedzcy producenci korzystają z dodatkowych przychodów ze sprzedaży zielonych certyfikatów, które stanowią swego rodzaju premię produkcyjną. Producenci zagraniczni natomiast uzyskują wynagrodzenie wyłącznie ze sprzedaży zielonej energii. Taka korzyść przyznana krajowej produkcji w stosunku do towarów importowanych jest w orzecznictwie TS traktowana jako ograniczenie o skutku równoważnym do ograniczeń ilościowych, a tym samym jest zakazana przez art. 34 TFUE (wyrok C-103/84 Komisja v. Włochy). W związku z tym w drugim pytaniu prejudycjalnym sąd zapytał, czy szwedzki system wsparcia — w świetle art. 34 TFUE — może być uznawany za stanowiący ograniczenie ilościowe w przywozie lub środek o skutku równoważnym. A jeśli tak, to czy można usprawiedliwić to ograniczenie, powołując się na wymóg ochrony środowiska. Innymi słowy, czy system taki byłby zgodny z art. 34 TFUE w odniesieniu do celu promowania produkcji zielonej energii elektrycznej?

Udzielając odpowiedzi na pytanie pierwsze, Trybunał zastosował literalną wykładnię dyrektywy OZE. Stwierdził, że przyjmując tę dyrektywę, prawodawca UE pozostawił państwom możliwość wprowadzenia takiego ograniczenia teryto-

rialnego. W tym względzie przede wszystkim z motywu 25 tej dyrektywy wynika, że po stwierdzeniu, iż większość państw członkowskich stosuje systemy wsparcia promujące jedynie produkcję zielonej energii na swoim terytorium, prawodawca ten wskazał, że aby owe systemy, będące środkami mającymi przyczynić się do przestrzegania odpowiednich krajowych celów ogólnych, funkcjonowały właściwie, niezbędne jest, by państwa członkowskie mogły określać, czy i w jakim zakresie ich krajowe systemy wsparcia mają zastosowanie do zielonej energii wyprodukowanej w innych państwach członkowskich, a także by miały możliwość wyrażenia zgody na to przez zastosowanie mechanizmów współpracy przewidzianych w omawianej dyrektywie (wyrok C-573/12, *Alands Vindkraft AB*, pkt 49–50). Trybunał podkreślił, że prawodawca unijny w dyrektywie OZE nie zamierzał zobowiązywać państw członkowskich stosujących system wsparcia oparty na zielonych certyfikatach do objęcia korzyściami płynącymi z tego systemu także zielonej energii wytworzonej na terytorium innego państwa członkowskiego. Zatem, zgodnie z opinią rzecznika generalnego Ivesa Bota w tej sprawie, Trybunał uznał, że dyrektywa OZE zezwala na terytorialne ograniczenia systemów wsparcia zielonej energii zgodnie z wykładnią gramatyczną, ogólną systematyką i celami tej dyrektywy (opinia rzecznika generalnego Yves'a Bota do sprawy C-573/12, *Alands Vindkraft AB*, pkt 44).

Dyrektywa OZE nie wyłącza jednak zastosowania art. 34 TFUE, który zakazuje ograniczeń ilościowych w przywozie oraz wszelkich środków o skutku równoważnym. Szwedzki system zielonych certyfikatów, nawet jeśli nie zakazuje importu energii, to jednak z pewnością przyznaje korzyść gospodarczą, która faworyzuje producentów zielonej energii z siedzibą w Szwecji w stosunku do producentów zagranicznych, ponieważ podczas gdy pierwsi korzystają z dodatkowych przychodów ze sprzedaży zielonych certyfikatów, które funkcjonują jako premia produkcyjna, drudzy uzyskują wynagrodzenie wyłącznie ze sprzedaży zielonej energii. Niemożność korzystania przez producentów energii z siedzibą w innych państwach członkowskich z systemu zielonych certyfikatów, gdy producenci ci eksportują zieloną energię, stanowi zatem dyskryminujące ograniczenie swobody przepływu towarów, zakazane przez art. 34 TFUE.

Krajowe systemy wsparcia nie podlegają, jak dotąd, regułom pełnej harmonizacji (wyrok C-573/12, *Alands Vindkraft AB*, pkt 94–97). Z utrwalonego orzecznictwa wynika, że gdy jakaś dziedzina jest przedmiotem wyczerpującej harmonizacji unijnej, wszystkie związane z nią przepisy krajowe powinny być oceniane w świetle tych przepisów harmonizujących, a nie prawa pierwotnego (wyroki TS: z 14.03.2013 r., C-216/11, Komisja v. Francja, EU:C:2013:162, pkt 27; z 14.12.2004 r., C-463/01, Komisja v. Niemcy, EU:C:2004:797, pkt 36; z 14.12.2004 r., C-309/02, Radlberger Getränkegesellschaft i S. Spitz v. Land Baden-Württemberg, EU:C:2004:799, pkt 53–57). W tej sprawie orzecznictwo to nie znajduje jednak zastosowania, ponieważ jest bezsporne, że dyrektywa OZE nie dokonała harmonizacji materialnej treści systemów wsparcia zmierzających do promowania użycia zielonej energii (opinia rzecznika generalnego Ivesa Bota do sprawy C-573/12, *Alands Vindkraft AB*, pkt 61). Rzecz-

nik generalny Ives Bot nie pozostawił w swej opinii wątpliwości odnośnie do tego, że rozwiązania przyjęte w szwedzkim systemie wsparcia są środkami o skutku równoważnym do ograniczeń ilościowych (wyroki TS: z 15.12.1993 r., C-277/91, C-318/91 i C-319/91, Ligur Carni Srl i Genova Carni Srl v. Unita Sanitaria Locale n. XV di Genova i Ponente SpA v. Unita Sanitaria Locale n. XIX di La Spezia i CO. GE. SE. MA Coop a r l., EU:C:1993:927, pkt 36; z 24.11.1982 r., C-249/81, Komisja v. Irlandia, EU:C:1982:402, pkt 27–29). Mając na uwadze to, że zakazanie ograniczeń terytorialnych na podstawie art. 34 TFUE byłoby niespójne z dyrektywą OZE, Trybunał zamiast podzielić opinię rzecznika generalnego Ivesa Bota i stwierdzić nieważność spornego art. 3 ust. 3 dyrektywy OZE, poszukiwał uzasadnienia dla ograniczenia swobody przepływu towarów w zasadach prawa ochrony środowiska (wyrok C-573/12, Alands Vindkraft AB, pkt 75–82).

Uregulowania lub praktyki krajowe stanowiące środek o skutku równoważnym do ograniczeń ilościowych mogą być uzasadnione jednym ze względów interesu publicznego wyliczonych w art. 36 TFUE lub wymogami nadrzędnymi ukształtowanymi w orzecznictwie w następstwie wyroku w sprawie Cassis de Dijon. Zarówno w pierwszym, jak i w drugim przypadku krajowy przepis — zgodnie z zasadą proporcjonalności — musi być odpowiedni dla zapewnienia realizacji założonego celu i nie może wykroczać poza to, co niezbędne do jego osiągnięcia. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem środki krajowe mogące utrudnić wewnątrzwspólnotową wymianę handlową mogą w szczególności zostać uzasadnione nadrzędnymi względami ochrony środowiska (wyrok TS z 11.12.2008 r., C-524/07, Komisja v. Austria, EU:C:2008:717, pkt 57). Trybunał podkreślił, że zwiększenie wykorzystania energii ze źródeł odnawialnych przyczynia się do redukcji emisji i spełnienia postanowień Protokołu z Kioto do Ramowej Konwencji Organizacji Narodów Zjednoczonych w sprawie zmian klimatu⁷, a także do wywiązania się z innych wspólnotowych i międzynarodowych zobowiązań w zakresie redukcji emisji gazów cieplarnianych. Zdaniem Trybunału cel polegający na promowaniu korzystania z odnawialnych źródeł energii przy produkcji energii elektrycznej, taki jak ten, któremu służy szwedzki system wsparcia, usprawiedliwia ewentualne przeszkody w swobodnym przepływie towarów. Tym sposobem Trybunał dał podstawy do uznania szwedzkiego systemu wsparcia za zgodny ze swobodą przepływu towarów. A w szerszym rozumieniu,

wbrew zdecydowanej i dobrze uargumentowanej opinii rzecznika generalnego Ivesa Bota, uznał prawo państw członkowskich do dyskryminującego traktowania zagranicznych dostawców zielonej energii aplikujących do udziału w krajowych systemach wsparcia produkcji tej energii.

W ten sposób w orzecznictwie unijnym utrzymany pozostaje brak konsekwencji i jasności odnośnie do kwalifikacji środków o skutku równoważnym jako dyskryminujących, lub nie, w świetle ochrony środowiska jako orzeczniczego wymogu interesu publicznego. Podobnie jak w sprawie Preussen Electra, Trybunał usprawiedliwił tutaj także środki o charakterze dyskryminującym, co w tradycyjnym ujęciu *rule of reason* z orzeczenia Cassis de Dijon dotychczas było nie do przyjęcia.

Podsumowanie

Handel energią odnawialną na rynku unijnym wymyka się regulom rynku wewnętrznego, z wyjątkiem zasad pomocy państwa, którym podlegają krajowe systemy wsparcia produkcji zielonej energii. Przez to tworzenie jednolitego, wolnego od barier w handlu unijnego rynku zielonej energii pozostaje wciąż dalekosiężnym celem. Trudno ten stan rzeczy zaakceptować, bo przecież otwarcie systemów wsparcia dla producentów zagranicznych wcale nie byłoby sprzeczne z celami ochrony środowiska propagowanymi przez unijnego prawodawcę. Import zielonej energii pochodzącej z innego państwa członkowskiego w żaden przecież sposób nie może szkodzić ochronie środowiska. Ponadto rozwój transgranicznej wymiany zielonej energii wynikający z otwarcia krajowych systemów wsparcia na zagraniczną produkcję przyczyniłby się do realizacji celów unijnej ochrony środowiska wyrażonych w art. 191 ust. 1 TFUE. Dodatkowo pozwoliłby na optymalną alokację produkcji pomiędzy państwami członkowskimi, w zależności od ich odpowiedniego potencjału energetycznego.

Orzeczenie w sprawie Alands Vindkraft AB przyczynia się do niekorzystnego spowalniania konwergencji krajowych systemów prawnych produkcji i dystrybucji energii odnawialnej w ramach rynku wewnętrznego oraz do ich różnicowania się i autonomiczności wobec fundamentalnych zasad rynku wewnętrznego, takich jak swoboda przepływu towarów.

¹ Już w wyroku z 10.12.1968 r., C-7/68, KE v. Włochy, EU:C:1968:51, TSUE zdefiniował istotę, a w kolejnych sprawach doprecyzował pojęcie towaru — jako wszelki produkt posiadający wartość wymiarną w pieniądzu i mogący jako taki stanowić przedmiot transakcji handlowych. Nie ma zatem wątpliwości odnośnie do tego, że energia elektryczna (wyrok z 27.04.1994 r., C-393/92, Commune d'Almelo i inni v. NV Energiebedrijf IJsselmij, EU:C:1994:171) i gaz (wyrok z 23.10.1997 r., C-159/94, Komisja Wspólnot Europejskich v. Republice Francuskiej, EU:C:1997:501) są towarami w świetle orzecznictwa TSUE.

² Dyrektywa 2003/54/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 26.06.2003 r. dotycząca wspólnych zasad rynku wewnętrznego energii elektrycznej i uchylająca dyrektywę 96/92/WE (Dz.Urz. UE L 176, s. 37), dalej dyrektywa 2003/54; dyrektywa 2009/72/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 13.07.2009 r. dotycząca wspólnych zasad rynku wewnętrznego energii elektrycznej i uchylająca dyrektywę 2003/54 (Dz.Urz. UE L 211, s. 55), dalej dyrektywa 2009/72; rozporządzenie 1228/2003/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 26.06.2003 r. w sprawie warunków dostępu do sieci w odniesieniu do transgranicznej wymiany energii elektrycznej (Dz.Urz. UE L 176, s. 1); rozporządzenie nr 714/2009 Parlamentu Europejskiego i Rady z 13.07.2009 r. w sprawie warunków dostępu do sieci w odniesieniu do transgranicznej wymiany energii elektrycznej i uchylające rozporządzenie nr 1228/2003 (Dz.Urz. UE L 211, s. 15).

³ Artykuł 3 ust. 3 dyrektywy OZE: „(...) bez uszczerbku dla art. 87 i 88 Traktatu państwa członkowskie mają prawo decydować zgodnie z art. 5–11 niniejszej dyrektywy, w jakim zakresie wspierają energię ze źródeł odnawialnych wytwarzaną w innym państwie członkowskim”.

⁴ Przeciwnie stanowisko Trybunał zajął przykładowo w wyrokach: z 25.06.1998 r., C-203/96, Chemische Afvalstoffen Dusseldorp BV i in. v. Minister van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer, EU:C:1998:316; z 10.06.1997 r., C-346/97, Braathens Sverige AB v. Riksskatteverket, EU:C:1999:291; na ten temat: Wasmeier, 2001, s. 159–177; Notaro 1999, s. 1309–1323.

⁵ Por. decyzja Komisji z 2.08.2016 r., SA 37345 (2015/NN), Polski system świadectw pochodzenia w celu wsparcia odnawialnych źródeł energii i zmniejszenia obciążeń związanych z OZE dla odbiorców energochłonnych (Dz.Urz. UE C 471, s. 1); decyzja Komisji z 13.07.2011 r., SA 33134 (2011/N), Green 5certificates for promoting electricity from renewable sources (Dz.Urz. UE C 244, s. 1).

⁶ Artykuł 2 pkt j: „gwarancja pochodzenia” oznacza elektroniczny dokument, który służy wyłącznie jako dowód dla odbiorcy końcowego, że dana część lub ilość energii została wyprodukowana ze źródeł odnawialnych zgodnie z wymogami art. 3 ust. 6 dyrektywy 2003/54.

⁷ Ramowa Konwencja Organizacji Narodów Zjednoczonych w sprawie zmian klimatu sporządzona w Nowym Yorku 9.05.1992 r. (Dz. U. z 1996 r. Nr 53, poz. 238), Protokół z Kioto do Ramowej Konwencji Narodów Zjednoczonych w sprawie zmian klimatu, sporządzony w Kioto 11.12.1997 r. (Dz.U. z 2005 r. Nr 203, poz. 1684).

Bibliografia

- Barnard, C. (2010). *The Substantive Law of the EU: The Four Freedoms*. Oxford: Oxford University Press.
- Bazylińska-Nagler, J. (2019). W Unii ekologicznej — zazielenianie unijnych polityk wymogami ochrony środowiska. W: E. Cała-Wacinkiewicz (red.), *W jakiej Unii Europejskiej Polska — Jaka Polska w Unii Europejskiej. Instytucjonalizacja współpracy międzynarodowej*. Warszawa: C.H. Beck.
- Golini, G. (2005). Tradable Green Certificate Systems in the E.U. *Energy Law Journal*, (26), 111–134.
- Hancher, L., Sevenster, H. (1993). C-2/90 Commission v. Belgium. Case Law. *Common Market Law Review*, 30(2), 351–367.
- Jacobs, F. (2006). The Role of the European Court of Justice in the Protection of the Environment. *Journal of Environmental Law*, 18(2), 185–205.
- Jans, J. (2010). Stop the integration principle? *Fordham International Law Journal*, 33(5), 1533–1547.
- Karski, L. (2009). Międzynarodowy handel uprawnieniami do emisji, czyli międzynarodowy transfer jednostek kyotowskich — wybrane elementy. *Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego*, (8), 2–10.
- Karski, L. (2012). *System handlu uprawnieniami do emisji gazów cieplarnianych: komentarz do ustawy*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Kołacz, J. (2011). Czy uprawnienia do emisji to towary w świetle znowelizowanej ustawy o obrocie instrumentami finansowymi? *Przegląd Prawa Handlowego*, (2), 53–58.
- Muras, Z., Swora, M. (red.) (2016). *Prawo energetyczne. Komentarz*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Notaro, N. (1999). Case C-203/96, Chemische Afvalstoffen Dusseldorp BV and Others v. Minister van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer, Judgment of the Sixth Chamber of the Court of 25 June 1998, [1998] ECR I-4075. *Common Market Law Review*, 36(6), 1309–1323.
- Porzeżyńska, M. (2018). Wybrane systemy wsparcia produkcji energii ze źródeł odnawialnych w świetle unijnych reguł pomocy państwa. *Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego*, (9), 29–35.
- Przybojewska, I. (2017a). Ocena mechanizmu rezerwy stabilności rynkowej w świetle unijnego systemu handlu emisjami. *Europejski Przegląd Sądowy*, (11), 11–20.
- Przybojewska, I. (2017b). Rozwiązania promujące odnawialne źródła energii a zwalczanie smogu. *Europejski Przegląd Sądowy*, (10), 25–31.
- Szydło, M. (2006). *Swobody Rynku Wewnętrznego a reguły konkurencji. Między konwergencją a dywergencją*. Toruń: Dom Organizatora.
- Wasilewski, A. (2000). Koncepcja zintegrowanej ochrony środowiska w prawie Wspólnoty Europejskiej. W: S. Biernat (red.), *Studia z prawa Unii Europejskiej: w piątą rocznicę utworzenia Katedry Prawa Europejskiego Uniwersytetu Jagiellońskiego* (507–520), Kraków: Wydaw. Uniwersytetu Jagiellońskiego.
- Wasmeier, M. (2001). The Integration of Environmental Protection as a General Rule for Interpreting Community Law. *Common Market Law Review*, 38(1), 159–177.
- Wilmowsky, P. (1993). Waste Disposal in the Internal Market: The State of Play after the ECJ's ruling on the Walloon Import Ban. *Common Market Law Review*, 30(3), 541–570.

PWE poleca

Jacek Kamiński

MAKROMARKETING

Nauka o marketingu
wobec problemów społecznych
i środowiskowych



Polskie Wydawnictwo Ekonomiczne

Makromarketing jest obszarem nauki o marketingu, który bardziej niż marketingiem jako funkcją zarządzania i narzędziem menedżera jest zainteresowany społeczną i środowiskową rolą marketingu. Traktuje on marketing jako proces społeczny, główny akcent zainteresowania kładąc na oddziaływanie marketingu na społeczeństwo oraz społeczeństwa na marketing.

Książka jest jednym z nielicznych i pierwszym na polskim rynku wydawniczym opracowaniem z zakresu teorii marketingu oraz historii myśli marketingowej poświęconym makromarketingowi. Jej głównym celem jest przedstawienie istoty, historii, przedmiotu i zakresu makromarketingu jako części nauki o marketingu oraz ukazanie roli, jaką spełnia on w jej rozwoju, a także szans, jakie w związku z rozwojem problematyki makromarketingowej stają przed nauką o marketingu.

www.pwe.com.pl

Sprzedaż egzekucyjna udziału w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością, której umowa uzależnia zbycie udziałów od zgody spółki lub ogranicza zbycie w inny sposób (art. 185 k.s.h.)

Enforcement sale of a share in a limited liability company whose contract makes the sale of shares conditional on the company's consent or otherwise restricts the sale (article 185 CCC)

dr Paweł Zdanikowski

Adiunkt w Katedrze Prawa Handlowego na Wydziale Prawa, Prawa Kanonicznego
i Administracji Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego Jana Pawła II
E-mail: pawel.zdanikowski@kul.pl; nr ORCID 0000-0002-2383-5401

Streszczenie

W artykule podjęto próbę rozwiązania dwóch istotnych problemów prawnych. Po pierwsze, jaka powinna być treść wniosku spółki o dokonanie wyceny udziału w trybie art. 185 ustawy z 15.09.2000 r. — Kodeks spółek handlowych (Dz.U. z 2019 r. poz. 505 ze zm.), dalej k.s.h. Czy spółka, domagając się wyceny udziałów, powinna jednocześnie wskazać także kandydata na nabywcę, czy też może (powinna) zrobić to później i jaki jest status prawnoprocesowy takiej osoby (czy osoba taka powinna być uczestnikiem postępowania o ustalenie ceny udziałów). Po drugie, jaki jest charakter uprawnienia spółki do wskazania kandydata na nabywcę (czy wykonanie tego uprawnienia jest zależne od treści klauzuli winkulacyjnej, czy też niezależnie od szczegółowej postaci ograniczenia zawartego w umowie — to spółka wskazuje taką osobę). Przyjęto stanowisko, że art. 185 k.s.h. pozwala spółce wskazać nabywcę aż do upływu dwutygodniowego terminu od zawiadomienia jej o ustaleniu ceny udziałów. Jeżeli jednak taka osoba zostanie wskazana w trakcie trwania postępowania przed sądem rejestrowym, posiada status zainteresowanego w tym postępowaniu. Uprawnienie zaś spółki do wskazania nabywcy ma charakter samodzielny, tzn. niezależny od treści klauzuli ograniczającej zbycie udziałów. W sferze optymalizacji prawa stwierdzono, że hybrydowość egzekucji z udziałów, których zbycie umowa spółki ogranicza (wkomponowanie w procedurę sprzedaży egzekucyjnej sądu rejestrowego) jest zbędna. Nie wnosi niczego istotnego, a jednocześnie przedłuża postępowanie egzekucyjne. Artykuł zawiera postulat nowelizacji art. 185 k.s.h. poprzez pozbawienie sądu rejestrowego kompetencji szacowania udziałów i oddanie jej komornikowi.

Słowa kluczowe: udziały w spółce z o.o., rozporządzanie udziałami w spółce z o.o., egzekucja z udziałów w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością, ograniczenia zbywalności udziałów

Summary

In this paper, the author attempts to solve two important legal problems: what should be the content of the company's application for valuation of a share: a) should the company demanding the valuation of shares also indicate the candidate for a buyer, or can it (should) do it later and what is the legal status such a person (should such a person be a participant in the procedure for determining the price of shares); b) what is the legal nature of the company's right to indicate a candidate for a buyer (whether the exercise of this right depends on the content of the articles of association or regardless of the detailed form of the restriction, the company indicates such person). The author takes the position that art. 185 CCC allows the company to indicate the buyer up to the two-week time limit from notifying it of setting the share price. However, if such a person is indicated during the proceedings before the registry court, he has the status of the person concerned in this proceeding. The company's right to indicate the buyer is independent, i.e. independent of the content of the clause restricting the sale of shares. In the sphere of law optimization, the author states that the hybridity of enforcement of shares whose transferability is restricted by the articles of association (incorporation into the enforcement sale procedure before the registry court) is superfluous. It adds nothing significant while extending the proceedings. The article includes the postulate to amend art. 185 CCC by depriving the registry court of the competence to estimate shares and giving it to a bailiff.

Key words: shares in a limited liability company, disposing of shares in a limited liability company, execution of shares in a limited liability company, restrictions on the transferability of shares

JEL: K 220, K 410

Wprowadzenie

Problematyka sprzedaży egzekucyjnej udziałów w spółce z o.o., której umowa spółki uzależnia zbycie udziałów od zgody spółki lub ogranicza je w inny sposób, to zagadnienie istotne w praktyce. Duża liczba spółek z o.o. w obrocie powoduje, że udziały w nich dość często stają się przedmiotem egzekucji. Tymczasem większość umów spółek z o.o. zawiera tzw. klauzule winkulacyjne (uzależniające zbycie udziałów od zgody spółki lub ograniczające zbycie w inny sposób). Zagadnienie to stanowi także interesujący przedmiot badań. Przede wszystkim z uwagi na hybrydowość postępowania egzekucyjnego, którego przedmiotem są winkulowane udziały. Postępowanie o ustalenie wartości udziałów, które reguluje art. 185 ustawy z 15.09.2000 r. — Kodeks spółek handlowych (Dz.U. z 2019 r. poz. 505 ze zm.), dalej k.s.h., jurystycznie jest wprawdzie samodzielnym postępowaniem nieprocesowym, jednakże zostało ono wkomponowane w prowadzone przez komornika postępowanie egzekucyjne, którego przedmiotem są udziały.

Pomimo praktycznego znaczenia tego zagadnienia oraz jego atrakcyjności badawczej nie cieszy się ono dużym zainteresowaniem doktryny (zob. m.in. Drózd, 2015; Jodłowski, 1937a, 1937b, 1937c; Wiśniewski, 1994; Nowacki, 2017; Pabis, 2018). Tymczasem jest to zagadnienie dostarczające istotnych problemów. Oprócz wielu kwestii szczegółowych związanych z samym przebiegiem postępowania pojawiają się tu dwa zasadnicze problemy dogmatyczne. Po pierwsze, jaka powinna być treść wniosku spółki o dokonanie wyceny udziału. W szczególności, czy spółka, domagając się wyceny udziałów, powinna jednocześnie wskazać kandydata na nabywcę? Jeżeli tak, to jaki jest status prawnoprocesowy takiej osoby (czy osoba taka powinna być uczestnikiem postępowania o ustalenie ceny udziałów)? Po drugie, jaki jest charakter uprawnienia spółki do wskazania kandydata na nabywcę (czy wykonanie tego uprawnienia jest uzależnione od treści klauzuli winkulacyjnej, czy też niezależnie od szczegółowej postaci ograniczenia, to zawsze spółka wskazuje taką osobę)?

Regulacja sprzedaży egzekucyjnej udziałów i jej geneza

Sądowa egzekucja z udziałów w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością jest prowadzona w trybie przepisów o egzekucji z innych praw majątkowych (art. 909–912 ustawy z 17.11.1964 r. — Kodeks postępowania cywilnego, Dz.U. z 2019 r. poz. 1460 ze zm., dalej k.p.c.). Sprzedaż egzekucyjną udziałów reguluje art. 911⁷ k.p.c. Zasadniczo następuje ona z wolnej ręki (art. 911⁷ § 1 k.p.c.). Na wniosek dłużnika i za zgodą wierzyciela może nawet nastąpić bez oszacowania (art. 911⁷ § 2 k.p.c.). Nie różni się niczym szczególnym od sprzedaży innych zajętych przedmiotów majątkowych — z jednym wyjątkiem. To, co wyróżnia sprzedaż egzekucyjną udziału w spółce z o.o., na tle sprzedaży innych praw majątkowych, to obowiązek rozważenia przez komornika, czy w sprawie należy zastosować art. 185 k.s.h. Będący przepisem

szczególnym w stosunku do art. 911⁷ k.p.c. art. 185 k.s.h. stanowi: „Jeżeli w drodze egzekucji ma nastąpić sprzedaż udziału, którego zbycie umowa spółki uzależnia od zgody spółki lub w inny sposób ogranicza, spółka ma prawo przedstawić osobę, która nabędzie udział za cenę, jaką określi sąd rejestrowy po zasięgnięciu, w miarę potrzeby, opinii biegłego” (§ 1). „W przypadku, o którym mowa w § 1, spółka powinna, w terminie dwóch tygodni od dnia zawiadomienia jej przez sąd rejestrowy o zarządzeniu sprzedaży, zgłosić wniosek o przeprowadzenie w tym trybie wyceny udziału” (§ 2). „Jeżeli w terminie określonym w § 2 spółka nie wystąpi z wnioskiem o przeprowadzenie wyceny udziału albo jeżeli w terminie dwóch tygodni od dnia zawiadomienia spółki o ustaleniu ceny nabycia osoba wskazana przez spółkę nie wpłaci komornikowi sądowemu ustalonej ceny, udziały będą sprzedane w trybie przewidzianym w przepisach egzekucyjnych” (§ 3). „Przepisy § 1–3 stosuje się odpowiednio do zbycia części udziału lub ułamkowej części udziału” (§ 4).

Treść art. 185 k.s.h. jest niemal dosłownym powtórzeniem art. 185 rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej z 27.06.1934 r. — Kodeks handlowy (Dz.U. Nr 57, poz. 502 ze zm.), dalej k.h.¹ Z kolei ten przepis był wzorowany na § 76 ust. 4 austriackiej ustawy o spółce z o.o. z 1906 r. (Jodłowski, 1937c, s. 890)². Zasadnicza różnica pomiędzy regulacją art. 185 k.h. a jego pierwowzorem polegała na tym, że austriacka ustawa kompetencję do ustalenia wartości udziałów przyznawała nie sądowi rejestrowemu, lecz sądowi egzekucyjnemu (zob. szerzej Doliński, 1908, s. 370–371). W literaturze przedwojennej powierzenie kompetencji do szacowania udziałów sądowi rejestrowemu tłumaczono tym, że jest to sąd „lepiej obznajomiony ze stosunkami gospodarczymi przedsiębiorstw handlowych i mający do dyspozycji bilanse spółki” (Jodłowski, 1937c, s. 889; podobnie także Namitkiewicz, 1999, s. 103).

Ratio legis art. 185 k.s.h.

U podstaw aksjologii 185 k.s.h. leży potrzeba zapewnienia spółce (w istocie pozostałym wspólnikom) możliwości kontrolowania składu osobowego udziałowców w przypadku sprzedaży egzekucyjnej udziałów. Artykuł 185 k.s.h. należy do tej samej grupy przepisów kształtujących osobowo-kapitałowy charakter spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, co art. 182–183 k.s.h. Spółka z o.o. typologicznie jest wprawdzie spółką kapitałową, jednakże posiada także niektóre cechy spółek osobowych. Ustawodawca uznaje, że mimo zaliczenia jej do spółek kapitałowych spółka z o.o. jest organizacją wspólników, którzy powinni mieć możliwość wpływu na kształtowanie swojego składu osobowego. Wartością chronioną jest tu stabilność składu osobowego spółki, wzajemna znajomość wspólników, darzenie się zaufaniem itp., co z kolei pozytywnie wpływa na przedsiębiorstwo spółki (Herbet, 2004, s. 181; zob. także Tarska, 2003, s. 357–359). Gdyby tego przepisu w kodeksie nie było, regulacja art. 182–183 k.s.h. byłaby niespójna. Udziały mogłyby być bowiem zawinkulowane w drodze czynności prawnych między żyjącymi i na wypadek śmierci, ale już nie w drodze — dość często się zdarzają-

cej — egzekucji z nich, która prowadzi do tego samego skutku, tzn. przejścia udziałów na inną osobę³.

Przypadki objęte art. 182 i 185 k.s.h. są podobne, ale nie identyczne. Na gruncie art. 182 k.s.h. spółka uznająca potencjalnego nabywcę udziałów za osobę niepożądaną może zasadniczo nie zgodzić się na przeniesienie na niego udziałów. W przypadku, o którym mowa w art. 185 k.s.h., zmiana w składzie osobowym spółki następuje wbrew woli wspólnika i z uwagi na interes osoby trzeciej (wierzyciela egzekwującego). Ochrona interesów spółki w tego typu sytuacji musi być więc słabsza. Spółka nie może zatem nie zgodzić się na sprzedaż. Może jednak dokonać wyboru nabywcy (Jodłowski, 1937c, s. 888).

Zważywszy na cel regulacji art. 185 k.s.h., zastanawia, dlaczego w procedurę sprzedaży egzekucyjnej udziałów w spółce z o.o. wkomponowano postępowanie przed sądem rejestrowym. Samej sprzedaży dokonuje przecież komornik, który mógłby także powołać biegłego do oszacowania udziałów, co zresztą robi w przypadku, gdy umowa spółki nie zawiera klauzuli winkulacyjnej. Komornik podlega zaś nadzorowi sądu egzekucyjnego. Regulacja art. 185 k.s.h. byłaby zatem efektywna niezależnie od tego, czy oszacowanie udziałów dokona się w postępowaniu egzekucyjnym, czy rejestrowym (w obu wariantach spółka mogłaby przecież przedstawić nabywcę udziałów). Albo jest zatem tak, że sąd rejestrowy spełnia jeszcze inną nieoczywistą funkcję, tym samym ustawodawca w ten sposób chroni jakąś inną wartość lub też jego rola w całej procedurze jest zbędna.

Ustalenie reżimu prawnego sprzedaży egzekucyjnej udziałów przez komornika

Pierwszą czynnością komornika — po podjęciu decyzji o sprzedaży zajętych udziałów — jest ustalenie reżimu sprzedaży egzekucyjnej. Powinien więc stwierdzić, czy w sprawie ma zastosowanie art. 185 k.s.h., czy też nie. Ocena w tym przedmiocie zależy oczywiście od tego, czy umowa spółki przewiduje klauzulę uzależniającą zbycie udziału od zgody spółki lub ograniczającą zbycie w inny sposób. W tym celu komornik powinien zapoznać się z umową spółki.

Najczęstszą w praktyce klauzulą, o której mowa w art. 185 k.s.h., jest uzależnienie zbycia udziałów od zgody spółki. Drugą postacią ograniczeń zbywalności udziałów jest „ograniczenie zbycia w inny sposób”. Zawarte w art. 185 § 1 k.s.h. sformułowanie „lub w inny sposób ogranicza” należy rozumieć tak jak na gruncie art. 182 § 1 k.s.h. Jest to wyraźne odwołanie do klauzuli zawartej w tym przepisie. Bardzo zbliżoną do zgody spółki klauzulą będzie uzależnienie zbycia udziałów od zgody innego niż zarząd organu spółki (zgromadzenia wspólników, rady nadzorczej czy komisji rewizyjnej). Niewykluczone jest także takie postanowienie umowy, które prawo do wyrażania zgody na zbycie udziałów przyzna innemu wspólnikowi jako postać szczególnego uprawnienia (art. 159 k.s.h.) albo przywileju udziałowego (art. 174 § 3 k.s.h.). Zdarzają się także takie postacie ograniczeń zbywalności udziałów jak prawo pierwokupu czy prawo pierwszeństwa nabycia udziałów,

a także uzależnienie dopuszczalności zbycia udziałów od spełnienia określonych w umowie przesłanek, np. kwalifikacji czy wykształcenia, kandydata na nabywcę udziałów (zob. Herbet, 2004, s. 181–218; Herbet, 2010, s. 293–298).

Zasadniczo każdy przypadek ograniczenia zbywalności udziałów uzasadnia zawiadomienie sądu rejestrowego o zarządzeniu sprzedaży udziałów. Oceny postanowień umowy spółki pod kątem zastosowania art. 185 k.s.h. dokonuje komornik. To on jest organem egzekucyjnym i to on odpowiada za prawidłowość postępowania egzekucyjnego. Możliwa jest jednak sytuacja, w której komornik po analizie umowy spółki uzna, że postanowienie umowy spółki ograniczające zbywalność udziałów jest nieważne. Okoliczność, że spółka została zarejestrowana z umową spółki w określonym brzmieniu, nie wyłącza przecież następczego uznania jakiegoś jej postanowienia za wadliwe. Będzie to jednak sytuacja wyjątkowa. Jeżeli organ egzekucyjny ma w tej kwestii wątpliwości, to lepiej byłoby, żeby rozstrzygnął je sąd rejestrowy. Jeżeli sąd rejestrowy uzna, że klauzula ograniczająca zbycie udziałów w inny sposób jest nieważna, wówczas umorzy postępowanie z uwagi na zbędność wydania postanowienia o ustaleniu ceny (art. 355 w zw. z art. 13 § 2 k.p.c.).

Brak konieczności stosowania art. 185 k.s.h. komornik może także stwierdzić w innych przypadkach, np. gdy wspólnik, któremu przysługiwało osobiste uprawnienie do wyrażania zgody na zbycie udziałów, zmarł albo też zbył swoje udziały, co spowodowało wygaśnięcie jego uprawnienia i jednocześnie sprawiło, że umowa spółki nie ogranicza już zbywalności udziałów (oczywiście przy założeniu, że umowa nie zawiera innych, aktualnych ograniczeń).

Postępowanie przed sądem rejestrowym

Zawiadomienie sądu rejestrowego o zarządzeniu sprzedaży udziałów przez komornika i zawiadomienie o tym spółki przez sąd

Po stwierdzeniu, że umowa spółki zawiera klauzulę wymuszającą zastosowanie art. 185 k.s.h., komornik powinien zawiadomić sąd rejestrowy o zarządzeniu sprzedaży udziałów. W obecnym stanie prawnym nie ma wątpliwości, że postępowanie w trybie art. 185 k.s.h. jest postępowaniem rejestrowym. Zgodnie bowiem z art. 691¹ § 1 k.p.c. przepisy o postępowaniu rejestrowym stosuje się do postępowań w sprawach, w których właściwy jest sąd rejonowy (sąd gospodarczy) prowadzący Krajowy Rejestr Sądowy (sprawy rejestrowe)⁴. Zgodnie zaś z art. 7 ustawy z 20.08.1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym (Dz.U. z 2019 r. poz. 1500 ze zm.) do postępowania przed sądami rejestrowymi stosuje się przepisy Kodeksu postępowania cywilnego o postępowaniu nieprocesowym, chyba że ustawa stanowi inaczej.

Postępowanie przed sądem rejestrowym w przedmiocie ustalenia ceny udziałów jest inicjowane przez zawiadomienie komornika. Nie oznacza to jednak, że organ egzekucyjny jest w tym postępowaniu wnioskodawcą. Komornikowi nie przysługuje bowiem status zainteresowanego. Skoro postanowie-

nie sądu rejestrowego zawiadamiające spółkę o zarządzeniu sprzedaży udziału jest pierwszą czynnością w sprawie, to postępowanie to jest wszczynane z urzędu (współcześnie dominuje stanowisko, że wszczęcie postępowania nieprocesowego z urzędu nie wymaga wydania odrębnego postanowienia — Jakubecki, 2002, s. 207; Korzan, 2004, s. 11)⁵. Wprawdzie zgodnie z art. 506 k.p.c. sąd może wszcząć postępowanie nieprocesowe z urzędu jedynie w wypadkach wskazanych w ustawie, jednakże — jak się wydaje — obowiązek wszczęcia postępowania z urzędu należy wywieść z art. 185 k.s.h. Z przepisu tego wynika bowiem określona sekwencja czynności, w której sąd dokonuje czynności w sprawie w braku wniosku o wszczęcie postępowania. Postanowienie o zawiadomieniu spółki o zarządzeniu sprzedaży udziału jest niezaskarżalne (nie kończy postępowania ani też nie zostało wymienione w art. 394 § 1 w zw. z art. 13 § 2 k.p.c.). Od daty doręczenia spółce postanowienia zawiadamiającego o zarządzeniu sprzedaży udziałów należy liczyć dwutygodniowy termin na złożenie przez nią wniosku o przeprowadzenie wyceny udziału. Termin ten ma charakter zawity⁶. Jego upływ powoduje zatem wygaśnięcie uprawnienia do wskazania nabywcy udziału i oznacza, że komornik, sprzedając udziały, nie będzie związany art. 185 k.s.h. W razie bezskutecznego upływu terminu sąd umarza postępowanie z uwagi na jego bezprzedmiotowość (art. 355 w zw. z art. 13 § 2 k.p.c.).

Wniosek o przeprowadzenie wyceny i krąg uczestników postępowania

Jeżeli spółka chciałaby skorzystać z uprawnienia do wskazania nabywcy udziału, powinna złożyć wniosek o dokonanie wyceny udziałów. Przedmiotem wątpliwości jest treść takiego wniosku: czy powinna ona obejmować jedynie żądanie wyceny praw udziałowych, czy także zawierać oznaczenie kandydata na nabywcę udziału. W literaturze zdania co do tego są podzielone. Według pierwszego stanowiska (bliżej neuargumentowanego), spółka powinna dokonać zawiadomienia o osobie nabywcy udziału jednocześnie z wnioskiem o dokonanie wyceny udziału (Chomiuk, 2018, nb 13–14). Dominujący jest pogląd opozycyjny, który zakłada, że wskazanie nabywcy udziałów powinno nastąpić już po ustaleniu ich ceny przez sąd rejestrowy (Allerhand, 1935, s. 311; Dróżdż, 2015, s. 40), względnie, że spółka nie ma obowiązku wskazywania nabywcy już we wniosku i ma na to czas aż do upływu 2 tygodni od zawiadomienia jej o cenie udziału (Jodłowski, 1937c, s. 981; Nowacki, 2018, nb 35; Pabis, 2018, nb 19; Siemiątkowski, Potrzeszcz, 2001, s. 272). Na uzasadnienie ostatniego stanowiska wskazuje się np., że „ze względów czysto pragmatycznych najbardziej celowe jest przedstawienie nabywcy po ustaleniu ceny nabycia udziałów, gdyż dopiero wówczas osoby preferowane przez spółkę mogą podjąć decyzję o nabyciu. Ustalona przez sąd rejestrowy cena może być na tyle wysoka, że spółka będzie w stanie przedstawić osoby zainteresowane nabyciem tylko poszczególnych udziałów objętych egzekucją” (Pabis 2018, nb 19).

Wykładnia językowa art. 185 k.s.h. prowadzi do wniosku, że wskazanie takie nie musi nastąpić we wniosku (arg. *lege*

non distinguente). Pośrednio przemawia za tym także treść § 3 art. 185 k.s.h., który nakłada na sąd rejestrowy obowiązek zawiadomienia o ustaleniu ceny spółki, a nie — co wydawałoby się oczywiste, gdyby w postępowaniu miał brać udział także nabywca — osoby przez nią desygnowanej. Pojawia się jednak pytanie: kiedy, jeżeli nie we wniosku, ma nastąpić wskazanie nabywcy i kto ma być adresatem takiej informacji — sąd czy komornik. Z pewnością ostateczną cezurę czasową wskazania takiej osoby wyznacza upływ dwutygodniowego terminu, biegnącego od dnia zawiadomienia spółki o ustaleniu ceny udziałów. Skoro do tego czasu musi być uiszczona cena przez nabywcę, to można bronić poglądu, że jednocześnie jest to termin do wskazania jego osoby. Wówczas jednak, ze względów czysto pragmatycznych (czas potrzebny na obieg korespondencji pomiędzy sądem a komornikiem), należałoby także uznać, że to wskazanie następuje bezpośrednio organowi egzekucyjnemu. Przyjęcie stanowiska zakładającego, że wskazanie nabywcy nie musi nastąpić już we wniosku o dokonanie wyceny, powoduje jednak pewną wątpliwość. Otóż mogłoby się okazać, że po zakończeniu postępowania rejestrowego i wygenerowaniu przez nie określonych kosztów finansowych i organizacyjnych spółka nie będzie w stanie wyłonić nabywcy, np. z tego powodu, że z uwagi na ustaloną cenę nie będzie on zainteresowany nabyciem. Z drugiej jednak strony wcześniejsze wskazanie takiej osoby także nie eliminuje tego ryzyka. Wyłoniony przez spółkę nabywca nie ma bowiem obowiązku zapłaty ceny. Wydaje się zatem, że stanowisko zakładające brak obowiązku wskazania nabywcy już we wniosku jest poprawne, a ponadto nie generuje istotnych ryzyk dla toku postępowania. Ma ono jeszcze tę zaletę, że nie ma potrzeby rozważania, czy nabywca powinien być uczestnikiem postępowania przed sądem rejestrowym. Skoro bowiem z przepisów prawa materialnego wynika, że osoba taka nie jest jeszcze znana, to jasne jest, że nie może być rozważana jako uczestnik postępowania.

Jeżeli jednak założyć, że spółka ma obowiązek wskazania nabywcy już we wniosku bądź też — nie mając takiego obowiązku — wskaże go w piśmie żądającym ustalenia udziałów (co wydaje się dopuszczalne), to konieczne jest ustalenie, czy osoba taka powinna być uczestnikiem postępowania w sprawie przed sądem rejestrowym. Rozważania w tym przedmiocie warto poprzedzić przypomnieniem, kto posiada status zainteresowanego w takim postępowaniu.

Pojęcie zainteresowanego w cywilnym postępowaniu nieprocesowym określa art. 510 § 1 zdanie pierwsze k.p.c. Stawia on, że zainteresowanym w sprawie jest każdy, czyich praw dotyczy wynik postępowania, może on wziąć udział w każdym stanie sprawy aż do zakończenia postępowania w drugiej instancji. Jeżeli weźmie udział, staje się uczestnikiem. Zgodnie zaś z art. 510 § 2 k.p.c. jeżeli okaże się, że zainteresowany nie jest uczestnikiem, sąd wezwie go do udziału w sprawie.

W doktrynie prawa postępowania cywilnego uznaje się, że zainteresowany w rozumieniu art. 510 § 1 k.p.c. oznacza tyle, co „mający interes prawny”, który z kolei należy tu rozumieć jako obiektywną potrzebę uczestniczenia w danej sprawie w celu ochrony swoich praw (Korzan, 1987, s. 86). Zainteresowane mogą być zarówno te podmioty, których położenie prawne, prawa i obowiązki pozostają w związku z przedmio-

tem postępowania, jak i te, z których powodu postępowanie jest prowadzone. W związku z tym krąg osób mogących być uczestnikami postępowania nieprocesowego jest szeroki i obejmuje nie tylko osoby zainteresowane bezpośrednio, lecz także te, które w udziale w sprawie mają interes jedynie pośredni (Siedlecki, 1980, s. 41–42; Korzan, 1987, s. 86; Gudowski, 2016, uw. do art. 510, nt 2; Telenga 2019, uw. do art. 510, teza nr 3; Zieliński, 2017, uw. do art. 510, nb. 8)⁷. Na tym tle charakterystyczna (i chyba reprezentatywna) jest wypowiedź Sądu Najwyższego zawarta w uzasadnieniu postanowienia z 16.02.1963 r., III CR 195/62, OSNCP 1964/1, poz. 19, w którym stwierdzono, że „krąg osób zainteresowanych (art. 13 § 1 i 2 k.p.n.⁸) jest szerszy od kręgu osób legitymowanych biernie w procesie, ponieważ obejmuje każdego, kogo wynik postępowania choćby zaledwie dotyka”.

Statusu zainteresowanego z pewnością nie posiada organ egzekucyjny. Nie ma też wątpliwości, że uczestnikiem postępowania powinna być spółka. Nie jest ona jednak bezpośrednio zainteresowana w ustaleniu ceny udziałów: to, czy ustalona przez sąd cena będzie wyższa, czy niższa nie wpływa bowiem w sposób oczywisty na interes spółki. Skoro jednak istotą regulacji art. 185 k.s.h. jest zapewnienie spółce możliwości wpływania na to, kto i w jakim zakresie będzie jej współnikiem, to pośrednio interes spółki wyraża się w tym, aby ustalona cena udziałów była możliwie akceptowalna dla nabywcy. Jeżeli wskazany przez spółkę nabywca nie dokona zakupu — z uwagi na zbyt wysoką cenę — spółka nie zrealizuje prawa do współkształtowania swojej struktury korporacyjnej. Osobą zainteresowaną wynikiem postępowania przed sądem rejestrowym jest także oczywiście współnik—dłużnik oraz wierzyciel egzekwujący. Ich interesy wymagają, by ustalona cena była możliwie wysoka. Z tego punktu widzenia osobą zainteresowaną ekonomicznie w wyniku tego postępowania jest także nabywca. Z chwilą desygnowania go przez spółkę do nabycia udziału jego sytuacja prawna staje się zbliżona do sytuacji osoby, której przysługuje roszczenie o złożenie oświadczenia woli o przeniesieniu udziału. Wystarczy bowiem, że nabywca złoży komornikowi cenę nabycia udziałów w wysokości ustalonej przez sąd, by komornik miał obowiązek przenieść na niego udziały dłużnika będące przedmiotem egzekucji. Wynik postępowania o ustalenie ceny udziałów rzutuje zatem na prawa kandydata na nabywcę. Oczywiście jest, że w interesie takiej osoby leży ustalenie możliwie niskiej ceny. Pomimo niewątpliwego interesu ekonomicznego w ustaleniu ceny, a więc ekonomicznego zainteresowania wynikiem postępowania sądowego, w literaturze w większości kwestionuje się status nabywcy udziałów jako zainteresowanego, ponieważ — rzekomo — nie przysługuje mu interes prawny w rozstrzygnięciu (możliwość nabycia przez niego udziałów jest skutkiem nominacji spółki, a nie istnienia roszczenia o nabycie) (Pabis, 2018, nb 14)⁹. Jednakże ten argument nie przekonuje o tyle, że przecież przedmiotem postępowania sądu rejestrowego nie jest wyłonienie nabywcy, lecz ustalenie ceny, którą będzie musiał on zapłacić. Niewątpliwie zatem przedmiot postępowania o ustalenie ceny udziałów kształtuje sferę prawną osoby, która ma nabyć udziały.

Z punktu widzenia postępowania rejestrowego jako postępowania nieprocesowego nie ma wątpliwości, że wskazany

przez spółkę kandydat na nabywcę udziałów jest zainteresowany w sprawie o ustalenie ich ceny. Z drugiej jednak strony w postępowaniu egzekucyjnym wyłonienie nabywcy jest przecież wtórne w stosunku do ustalenia ceny przedmiotu egzekucji. Dla egzekucji naturalne jest, że nabywca przedmiotu egzekucji pojawia się w postępowaniu już po ustaleniu ceny. Chcąc zatem zachować spójność systemową z przepisami prawa postępowania nieprocesowego, należałoby więc przyjąć taką wykładnię art. 185 k.s.h., która zakłada, że spółka nie ma obowiązku wskazania nabywcy jednocześnie z żądaniem wyceny udziałów i może to zrobić aż do upływu dwutygodniowego terminu na uiszczenie ceny nabycia. Jeżeli jednak osoba taka zostanie wskazana sądowi przed uprawomocnieniem się postępowania o ustalenie ceny, to powinna brać udział w sprawie. Nie można jednocześnie uznać, że spółka nie ma prawa wskazać nabywcy wcześniej. Taki zakaz z pewnością nie wynika z art. 185 k.s.h.

Powyższa konkluzja prowadzi jednak do wniosku, że regulacja art. 185 k.s.h. jest niekonsekwentna. W zależności bowiem od tego, kiedy spółka wskaże nabywcę udziałów, krąg uczestników będzie inny. Ta niekonsekwencja wynika z hybrydowego charakteru postępowania egzekucyjnego z udziału, którego zbycie umowa spółki ogranicza i z odmienności reżimów ustalania uczestników w postępowaniu nieprocesowym i egzekucyjnym.

Powołanie biegłego

Przedmiotem rozstrzygnięcia sądu rejestrowego jest ustalenie ceny udziałów. Dopuszczenie dowodu z opinii biegłego nie jest obligatoryjne. Zgodnie bowiem z art. 185 § 1 k.s.h. zasięgnięcie opinii biegłego powinno nastąpić „w miarę potrzeby”. Wycena udziałów jest zagadnieniem złożonym. Wynika to stąd, że są to prawa przynoszące dochód. Ich wartość, będąca pochodną wartości majątku spółki, jest uzależniona od wielu czynników. Z pewnością sąd nie powinien opierać się na wartości księgowej udziałów czy, tym bardziej, na ich wartości nominalnej, które najczęściej istotnie się różnią od wartości rzeczywistej. Najczęściej takie oszacowanie będzie wymagało zastosowania określonej metodologii — znanej jedynie osobom posiadającym wiedzę specjalną. Zasadą powinno być więc szacowanie udziałów przez biegłego. Samodzielne ustalanie ceny udziałów przez sąd powinno być ograniczone do przypadków wyjątkowych, np. gdy jest to możliwe na podstawie aktualnych cen transakcyjnych lub gdy w niedługim okresie poprzedzającym wycenę udziałów doszło do sporządzenia opinii przez biegłego na potrzeby innego postępowania itp. (Nowacki, 2018, nb 32; Pabis, 2018, nb 13).

Postanowienie o ustaleniu ceny

Po zakończeniu postępowania dowodowego sąd wydaje postanowienie, w którym ustala cenę udziałów. Jeżeli zajęcie dotyczy więcej niż jednego udziału, sąd powinien określić cenę także każdego z nich (Herbet, 2010, s. 331).

Na postanowienie o ustaleniu ceny udziałów służy apelacja (postanowienie o ustaleniu ceny jest bowiem postanowieniem co do istoty sprawy — art. 518 zdanie pierwsze k.p.c.). Zgodnie z art. 185 § 3 k.s.h. skoro termin na dokonanie wpłaty komornikowi przez nabywcę udziałów biegnie od dnia zawiadomienia spółki o ustaleniu ceny, takiego zawiadomienia powinien dokonać sąd rejestrowy. Postanowienie kończące sprawę będzie i tak doręczone spółce jako uczestnikowi postępowania (chyba że sprawa zostanie rozpoznana na rozprawie — art. 514 § 1 k.p.c.). Wydaje się jednak, że doręczenie odpisu postanowienia wydanego na posiedzeniu niejawnym nie może być jeszcze uznane za zawiadomienie, o którym mowa w art. 185 § 3 k.s.h. Doręczony spółce dokument będzie bowiem odpisem postanowienia nieprawomocnego. Dopiero po jego uprawomocnieniu się sąd rejestrowy powinien powiadomić spółkę o ustaleniu ceny.

Koszty postępowania

Postępowanie o ustalenie ceny udziałów ma charakter samodzielny. Problematyka kosztów tego postępowania powinna być zatem unormowana przez przepisy ogólne regulujące koszty postępowania nieprocesowego (art. 520 § 2 k.p.c.). Związek tego postępowania z postępowaniem egzekucyjnym jest jednak oczywisty. W literaturze zaproponowano nawet, by koszty postępowania przed sądem rejestrowym uznać za koszty egzekucyjne. Wedle tego stanowiska to sąd rejestrowy powinien wezwać wierzyciela do uiszczenia zaliczki na poczet kosztów opinii biegłego (Jodłowski, 1937c, s. 893; Wiśniewski, 1994, s. 104), ale ostatecznie koszty te powinien ponieść dłużnik. Rozwiązanie to jest dość intuicyjne. Naturalne wydaje się bowiem, że skoro postępowanie przed sądem rejestrowym ma charakter incydentalny w stosunku do postępowania egzekucyjnego, to właśnie w postępowaniu egzekucyjnym, i według jego zasad należałoby rozstrzygnąć kwestię kosztów. Nie wydaje się to jednak dopuszczalne. W świetle art. 7 ustawy z dnia 28.02.2018 r. o kosztach komorniczych (Dz.U. poz. 770 ze zm.), żądanie uiszczenia wydatków w postępowaniu egzekucyjnym może dotyczyć jedynie czynności komornika (ewentualnie sądu w przypadku egzekucji świadczeń niepieniężnych). Skoro postępowanie w trybie art. 185 k.s.h. ma charakter samodzielny, żądanie uiszczenia zaliczki na poczet wydatków powinno zatem podlegać ogólnej regulacji art. 2 ust. 2 ustawy z dnia 28.07.2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz.U. z 2019 r. poz. 785 ze zm.), który stanowi, że do uiszczenia kosztów sądowych obowiązana jest strona, która wnosi do sądu pismo podlegające opłacie lub powodujące wydatki, chyba że ustawa stanowi inaczej. Brak także podstaw do „przekazania” tych kosztów do ostatecznego rozliczenia ich przez komornika w postępowaniu egzekucyjnym, ponieważ — zgodnie z art. 108 § 1 zdanie pierwsze w zw. z art. 13 § 2 k.p.c. — sąd rozstrzyga o kosztach w każdym orzeczeniu kończącym sprawę w instancji. Tak więc do uiszczenia zaliczki na poczet wydatków powinna być wezwana spółka, zaś koszty wygenerowane przez postępowanie sąd rejestrowy powinien rozliczyć w orzeczeniu kończącym postępowanie. Wydaje się, że ostatecznie także koszty te

powinien ponieść dłużnik-wspólnik, którego udziały są przedmiotem egzekucji. Wprawdzie zasadą w postępowaniu nieprocesowym jest, że każdy uczestnik ponosi koszty postępowania związane ze swym udziałem w sprawie (art. 520 § 1 k.p.c.), jednak gdy uczestnicy są w różnym stopniu zainteresowani w wyniku postępowania lub interesy ich są sprzeczne, sąd może stosunkowo rozdzielić obowiązek zwrotu kosztów lub włożyć go na jednego z uczestników w całości (art. 520 § 2 zdanie pierwsze k.p.c.). Przyczyny wszczęcia postępowania o ustalenie ceny udziałów leżą po stronie dłużnika. Gdyby bowiem zaspokoił wierzyciela, nie byłoby potrzeby wyceny udziałów. Jego interesy są więc sprzeczne z interesem wierzyciela. Jest to jednocześnie zgodne z modelem ponoszenia kosztów w postępowaniu egzekucyjnym, którego — w istocie rzeczy — elementem jest postępowanie o ustalenie ceny udziałów.

Charakter uprawnienia spółki do wskazania nabywcy

Pomimo funkcjonalnego podobieństwa pomiędzy art. 182 a art. 185 k.s.h., przepisy te nie są symetryczne. Przepis art. 185 k.s.h. stanowi bowiem jedynie o wskazaniu (desygnowaniu) nabywcy udziałów, podczas gdy art. 182 k.s.h. mówi o dwóch postaciach ograniczeń zbywalności: zgodzie spółki i „innym sposobie ograniczenia”. Literalnie zatem przepis ten należy rozumieć w ten sposób, że niezależnie od tego, w jakiej postaci ograniczenie zbywalności udziałów obowiązuje w danej spółce, wyłączną kompetencję do wskazywania nabywcy ma spółka. Może to stwarzać okazję do nadużyć. Spółka, a może raczej członkowie jej zarządu, mogą być bowiem zainteresowani tym, aby określony wspólnik nabył egzekwowane udziały bądź ich nie nabywał. W skrajnych przypadkach mogłoby dojść do tego, że np. postacią klauzuli ograniczającej zbycie udziałów jest zastrzeżenie prawa pierwszeństwa, nabycia udziałów na rzecz wspólnika X, podczas gdy spółka, nie pytając wspólnika X o zdanie, jako nabywcę wskazuje wspólnika Y. Problem należałoby zatem postawić następująco: czy wskazanie przez spółkę nabywcy udziałów następuje niezależnie od postaci klauzuli ograniczającej zbycie, czy też uprawnienie spółki do wskazania nabywcy udziałów jest zależne od treści klauzuli ograniczającej zbywalność udziałów?

Rozwiązanie powyższego problemu wypada rozpocząć od stwierdzenia, że w obrocie zdecydowanie dominującą klauzulą ograniczającą zbywalność udziałów jest uzależnienie zbycia od zgody spółki. W tego typu przypadkach nie ma oczywiście wątpliwości co do wyłącznej kompetencji spółki wskazywania nabywcy. Niemniej jednak zdarzają się także inne postanowienia umowne, jak np. uzależnienie dopuszczalności zbycia od zgody zgromadzenia wspólników czy rady nadzorczej, zastrzeżenie prawa pierwokupu czy pierwszeństwa, czy też uzależnienie dopuszczalności zbycia od określonych kwalifikacji nabywcy.

Wykładnia literalna art. 185 § 1 k.s.h. skłania do wniosku, że skoro „spółka ma prawo przedstawić osobę, która nabydzie udział”, to jest to jej samodzielne uprawnienie (*arg. lege non distinguente*). Potwierdza to dalsza analiza językowa tego

przepisu. Otóż termin na wskazanie nabywcy przez spółkę wynosi jedynie 2 tygodnie od zawiadomienia spółki o ustaleniu ceny udziałów. Jest to, jak się wydaje, zbyt krótki czas na przeprowadzenie jakiegokolwiek procedury bardziej skomplikowanej niż zwołanie posiedzenia zarządu. Jeżeli np. w danej spółce zbycie udziałów jest uzależnione od zgody wyrażonej uchwałą wspólników, to — z uwagi na termin wskazany w art. 238 § 1 k.s.h. — zwołanie zgromadzenia wspólników nie będzie możliwe.

Wątpliwości co do prawidłowości wniosku o samodzielny charakterze uprawnienia spółki budzi jednak zestawienie go z zasadami ograniczającymi zbywalność udziałów obowiązującymi na zasadach ogólnych (art. 182 k.s.h.). Artykuł 185 k.s.h., podobnie jak art. 182–183 k.s.h., zapewnia realizację istotnej dla spółki z o.o. wartości, jaką jest stałość składu wspólników i możliwość jego kontroli przez spółkę. Ustawodawca stara się ją godzić z zasadą rozporządzalności udziałów przez wspólników. Widać to w regulacji art. 182 § 2 k.s.h., gdzie dopuszczalne jest przełamanie braku zgody spółki na zbycie orzeczeniem sądu, jeżeli istnieją ważne powody. Zapewnienie spółce możliwości kontroli swojego składu jest zatem wartością istotną, lecz nie absolutną. W przypadku sprzedaży egzekucyjnej udziałów, wartością konkurencyjną — której potrzeba ochrony musi determinować treść dekodowanej normy — jest sprawność postępowania egzekucyjnego, co wiąże się głównie z ochroną interesu wierzyciela egzekwującego. Zasadniczo wartości te nawet ze sobą nie korelują. Mogłyby one być jednak w opozycji wobec siebie wówczas, gdy w spółce doszłoby do sporu co do osoby kandydata na nabywcę. Wówczas komplikacje z jego wyłonieniem mogłyby spowodować utrudnienia także dla postępowania egzekucyjnego. Jeżeli bowiem uznać, że spółka nie posiada wyłącznej kompetencji w określaniu kandydata na nabywcę i jego wyłonienie ściśle zależy od treści klauzuli winkulacyjnej, to w konsekwencji sąd rejestrowy powinien także zbadać prawidłowość takiego wyłonienia. To z kolei wymagałoby uczestnictwa w postępowaniu zainteresowanych nabyciem wspólników. Wszystkie te czynności mogłyby istotnie wpłynąć na długość postępowania przed sądem rejestrowym. Finalnie oznaczałoby to prymat ochrony wartości stałości składu osobowego spółki nad sprawnością postępowania egzekucyjnego. Trudno jednak dostrzec argumenty za takim ustaleniem relacji pomiędzy tymi wartościami. Wydaje się raczej, że wolą ustawodawcy było stworzenie regulacji umożliwiającej zaingerowanie w przebieg egzekucji z udziałów w spółce z o.o., lecz w sposób ograniczony. By nadmiernie nie destabilizować egzekucji, Kodeks spółek handlowych przewiduje istotne — w stosunku do „modelu” z art. 182 k.s.h. — uproszczenia przedstawiania nabywcy udziałów. Niezależnie więc od treści klauzuli ograniczającej zbywalność udziałów, nabywcę przedstawia spółka.

Wydaje się, że jedyną możliwością zabezpieczenia się wspólników przed arbitralnością zarządu we wskazywaniu nabywcy udziałów jest zawarcie dodatkowej klauzuli w umowie spółki nakazującej respektowanie każdej postaci ograniczenia zbywalności udziałów także przy wskazywaniu ich nabywcy w toku egzekucji. Wówczas pominięcie postanowień umowy spółki przez zarząd we wskazaniu kandydata na na-

bywcę mogłoby być podstawą pociągnięcia członków zarządu do odpowiedzialności organizacyjnej bądź odszkodowawczej. Ta wewnętrzna procedura musiałaby się jednak zakończyć przed upływem 2-tygodniowego terminu na wskazanie nabywcy.

Przeniesienie udziałów na nabywcę

Sprzedaż egzekucyjna udziałów w spółce z o.o., podobnie jak innych praw majątkowych podlegających egzekucji na podstawie art. 909–912 k.p.c., odbywa się albo z wolnej ręki, albo poprzez licytację publiczną, do której odpowiednio stosowane są przepisy o licytacji ruchomości (art. 911⁷ § 4 k.p.c.). W tym ostatnim przypadku wyraźnie uregulowane jest także zagadnienie skuteczności nabycia (art. 874 k.p.c.). W przypadku jednak sprzedaży w trybie art. 185 k.s.h. przepisy nie przewidują regulacji określającej przejście udziałów przez nabywcę.

Wskazany przez spółkę nabywca — w terminie 2 tygodni od zawiadomienia spółki o ustaleniu ceny — powinien uiścić komornikowi cenę. Samo uiszczenie ceny nie powoduje oczywiście przejścia udziałów na nabywcę. Sprzedaż udziałów następuje bowiem na podstawie czynności komornika. Zasadą jest, że czynności komornika, o ile nie wymagają wydania orzeczenia, powinny przybrać postać protokołu (art. 809 k.p.c.). Do przejścia udziałów dochodzi zatem z chwilą sporządzenia protokołu obejmującego tę czynność. Do protokołu sprzedaży nie mają zastosowania przepisy o formie umowy zbycia udziałów.

W razie gdyby osoba wskazana przez spółkę nie uiściła ceny nabycia, komornik będzie dalej prowadził postępowanie na zasadach ogólnych. Nie ma wówczas konieczności ponownego oszacowania udziałów (Jodłowski, 1937c, s. 893; Herbert, 2010, s. 331; Wiśniewski, 1994, s. 107). Wprawdzie nie obowiązuje przepis wyraźnie wyłączający zastosowanie art. 911⁷ § 2 k.p.c. (wyłącza on konieczność szacowania prawa będącego przedmiotem egzekucji jedynie na wniosek dłużnika i za zgodą wierzyciela), jednakże wyłączenie mieści się w granicach funkcjonalnej wykładni art. 911⁷ § 2 k.p.c. w zw. z art. 185 k.s.h. Skoro istotą postępowania przed sądem rejestrowym jest możliwie precyzyjne oszacowanie udziałów, to z pewnością nie było wolą ustawodawcy nieracjonalne mnożenie kosztów tylko po to, aby tę czynność powtórzyć najprawdopodobniej z takim samym wynikiem. Oczywiście sprzedaż udziałów przez komornika będzie odbywać się poniżej ceny oszacowania: 3/4 ceny w przypadku sprzedaży z wolnej ręki (art. 911⁷ § 1 k.p.c.) oraz 3/4 i połowę wartości oszacowania w pierwszym i drugim terminie licytacyjnym (art. 911⁷ § 4 zdanie pierwsze w zw. z art. 867 § 2 k.p.c.).

Próba optymalizacji art. 185 k.s.h.

Regulacja art. 185 k.s.h. zasadniczo w sposób wystarczająco efektywny realizuje swoje cele. Umiejętnie godzi ze sobą dążenie do zapewnienia spółce możliwości kontrolowania

swojego składu osobowego — przy niewielkiej uciążliwości dla wierzyciela (wydłużenie postępowania). Można chyba nawet powiedzieć, że dolegliwość ta jest całkowicie łagodzona przez wyższą cenę, którą uzyskuje się ze sprzedaży egzekucyjnej udziału w trybie art. 185 k.s.h. W przeciwieństwie bowiem do zasad ogólnych, sprzedaż następuje za cenę oszacowania, bez dyskonta charakterystycznego dla sprzedaży egzekucyjnej — czy to w trybie sprzedaży licytacyjnej, czy nawet z wolnej ręki.

Pewnym mankamentem regulacji jest uniezależnienie wskazania przez spółkę nabywcy od treści klauzuli winkulacyjnej. Niezależnie bowiem od tego, jak konkretnie w danej spółce ograniczono zbywalność udziałów, to spółka (w istocie zarząd) zdecyduje, którego ze współników desygnować do nabycia udziałów. To z kolei może powodować ryzyko arbitralności takiej decyzji i być wykorzystywane przeciwko współnikom mniejszościowym. Ma to jednak znaczenie jedynie w przypadku innych niż zgoda spółki ograniczeń zbywalności udziałów, które w obrocie występują rzadko. Wydaje się, że by łagodzić tę niedogodność, należałoby rekomendować wprowadzenie do umowy spółki przepisów wyraźnie określających obowiązek spółki respektowania w miarę możliwości każdej postaci klauzuli winkulacyjnej.

Hybrydowość postępowania o ustalenie ceny udziałów nie jest wadą tej regulacji w ścisłym tego słowa znaczeniu. Nie koreluje ona bowiem z możliwością realizacji wartości chronionych przez ustawodawcę. Jednakże nie jest także jej zaletą. Jest zbędną nadbudową nad właściwym postępowaniem egzekucyjnym. Różnica pomiędzy postępowaniem przed sądem rejestrowym a postępowaniem egzekucyjnym polega jedynie na tym, że sąd rejestrowy może dokonać oszacowania bez udziału biegłego, zaś komornik zasadniczo dopuszcza dowód z jego opinii (art. 910⁴ k.p.c.). Tak więc, co do zasady, i komornik, i sąd rejestrowy będą szacować udziały w ten sam sposób. Oznacza to, że zaangażowanie w całą procedurę sądu rejestrowego nie wnosi niczego istotnego. Podnoszony jeszcze w doktrynie przedwojennej argument większej znajomości sądu rejestrowego zasad szacowania udziałów i bezpośredni dostęp do dokumentacji finansowej składanej przez spółki nie przekonuje. W postępowaniu rejestrowym w większości orzekają referendarze sądowi, którzy rzeczywiście wykazują większą znajomość problematyki prawa spółek niż komornicy. Nie jest to jednak znajomość zasad szacowania

udziałów. Różnorodność metod wyceny i stopień ich skomplikowania (zob. Konowalczuk, 2012, s. 645–672 i powołana tam literatura) nakazują przyjąć, że zasadą powinno być — niezależnie od tego, czy wyceny ma dokonać komornik, czy sąd rejestrowy — powołanie biegłego z zakresu szacowania wartości przedsiębiorstw. Z tego punktu widzenia dostępność dokumentacji finansowej nie ma żadnego znaczenia.

Za pozbawieniem sądu rejestrowego prawa wyceny udziału będącego przedmiotem egzekucji przemawiają też argumenty porównawcze. Pierwowzór art. 185 k.h., jakim był § 76 ust. 4 austriackiej ustawy o spółce z o.o., kompetencję do szacowania udziałów przyznawał (i nadal przyznaje) sądowi egzekucyjnemu.

Pozostawienie w procedurze sprzedaży egzekucyjnej udziału w spółce z o.o. mogłoby mieć sens tylko wtedy, gdyby spółka przy wskazywaniu nabywcy miała obowiązek respektować klauzule winkulacyjne inne niż uzależnienie zbycia udziału od zgody spółki. Jednocześnie jednak wszyscy zainteresowani potencjalni nabywcy musieliby brać udział w postępowaniu, a sąd weryfikowałby zgodność wskazania spółki z treścią jej umowy. To jednak wiązałoby się z istotnym wydłużeniem postępowania przed sądem rejestrowym, co z kolei przełożyłoby się na długość postępowania egzekucyjnego. Tymczasem założeniem regulacji art. 185 k.s.h. jest to, by nie zaburzyła ona istotnie toku postępowania egzekucyjnego.

Przepis art. 185 k.s.h. powinien być zatem zmieniony poprzez eliminację z jego treści tej części, która wskazuje na kompetencje sądu rejestrowego. Jednocześnie art. 185 k.s.h. należałoby uzupełnić o zasadę, że sprzedaż następuje po cenie oszacowania, w przeciwnym razie stosowane będą zasady ogólne, które przyjmują cenę niższą. Utrzymanie zasady sprzedaży udziałów przez komornika osobie wskazanej przez spółkę za pełną cenę oszacowania jest celowe. Jest to swoista „cena” za możliwość wpływania przez spółkę na wyłonienie nabywcy i za przedłużenie postępowania egzekucyjnego.

De lege ferenda hybrydowość postępowania egzekucyjnego z udziałów w spółce z o.o., których zbycie umowa spółki uzależnia od zgody spółki lub ogranicza w inny sposób, należy znieść. Spółka, jeżeli zechce skorzystać z uprawnienia do wskazania nabywcy winkulowanych udziałów, żądanie ich wyceny powinna zgłosić bezpośrednio komornikowi, który powinien być wyłącznym gospodarzem postępowania.

¹ Artykuł 185 k.h. miał następujące brzmienie: „Jeżeli w drodze egzekucji ma nastąpić sprzedaż udziału, którego zbycie umowa spółki uzależnia od zezwolenia spółki lub w inny sposób ogranicza, spółka ma prawo przedstawić osobę, która nabydzie udział za cenę, jaką określi sąd rejestrowy po przesłuchaniu w razie potrzeby jednego lub kilku biegłych” (§ 1). „W tym przypadku spółka powinna w ciągu dwóch tygodni po zawiadomieniu jej przez sąd o zarządzeniu sprzedaży zgłosić wniosek o przeprowadzenie oszacowania w tym trybie” (§ 2). „Jeżeli spółka w powyższym terminie z wnioskiem takim nie wystąpi albo jeżeli w ciągu dwóch tygodni od zawiadomienia spółki o ustaleniu ceny nabycia osoba, wskazana przez spółkę, nie złoży komornikowi ustalonej ceny, udziały będą sprzedane trybem, przewidzianym w przepisach egzekucyjnych” (§ 3).

² Gesetz vom 6.3.1906 über Gesellschaften mit beschränkter Haftung (RGGI Nr 58/1906): „Wenn ein Geschäftsanteil, der nur mit Zustimmung der Gesellschaft übertragbar ist, im Exekutionsverfahren verkauft werden soll, hat das Exekutionsgericht den Schätzwert des Geschäftsanteiles festzustellen und von der Bewilligung des Verkaufes auch die Gesellschaft sowie alle Gläubiger, die bis dahin die gerichtliche Pfändung des Geschäftsanteiles erwirkt haben, unter Bekanntgabe des festgestellten Schätzwertes zu benachrichtigen. Die Schätzung kann unterbleiben, wenn zwischen dem betreibenden Gläubiger, dem Verpflichteten und der Gesellschaft eine Einigung über den Übernahmepreis zu stande kommt. Wird der Geschäftsanteil nicht innerhalb vierzehn Tagen nach Benachrichtigung der Gesellschaft durch einen von der Gesellschaft zugelassenen Käufer gegen Bezahlung eines den Schätzwert (Übernahmepreis) erreichenden Kaufpreises übernommen, so geschieht der Verkauf nach den Bestimmungen der Exekutionsordnung, ohne daß zu dieser Übertragung des Geschäftsanteiles die Zustimmung der Gesellschaft erforderlich ist”.

³ Przyznać jednak trzeba, że w spółce akcyjnej, pomimo możliwości statutowego zawinkulowania akcji imiennych, nie przewidziano odpowiednika art. 185. Przeciwnie, art. 337 § 5 k.s.h. wprost stanowi, że zbycie akcji w postępowaniu egzekucyjnym nie wymaga zgody spółki. Ta „niekonsekwencja” ustawodawcy wynika z mniejszego — w porównaniu do spółki z o.o. — znaczenia elementów osobowych dla opisu charakteru prawnego spółki akcyjnej.

⁴ Por. jednak wyrok Sądu Najwyższego z 9.08.1938 r., (II C 199/39), OSN 1939/5, poz. 211, w którym wyrażono stanowisko, że sąd rejestrowy dokonuje oszacowania udziałów w spółce z o.o. w trybie sądowego postępowania egzekucyjnego, a nie nieprocesowego (pogląd ten aprobuje — jak się wydaje — Kidyba, 2001, s. 322). Stanowisko to trafnie za nieaktualne uznaje R. Pabis, 2018, nb 13. Lektura uzasadnienia orzeczenia SN prowadzi do wniosku, że Sąd ten uznał, że skoro w dacie wejścia w życie ustawy z 27.10.1933 r. — Prawo o spółkach z ograniczoną odpowiedzialnością (Dz.U. Nr 82, poz. 602 ze zm.), której art. 19 był tożsamy treściowo z art. 185 k.h., na całym obszarze Polski nie obowiązywały jeszcze przepisy o postępowaniu niespornym, to art. 19 Prawa o spółkach z ograniczoną odpowiedzialnością nie mógł odsyłać do tego trybu.

⁵ Zdaniem A. Nowackiego (Nowacki, 2017, nb 29) wniosek spółki o dokonanie wyceny jest pismem procesowym wszczynającym postępowanie w sprawie.

⁶ Tak też Nowacki, 2017, nb 30; Pabis, 2018, nb 21, odmiennie jednak, wskazując na procesowy charakter terminu, Kidyba, 2001, s. 321 oraz Wiśniewski, 1994, s. 102.

⁷ W orzecznictwie zob. postanowienie SN z 21.01.1986 r. (IV PPZ 3/85), Legalis; zob. też orzeczenie SN z 7.10.1947 r., II C 374/47, OSN 1948/2, poz. 48; postanowienie SN z 16.02.1963 r. (III CR 195/62), OSNCP 1964/1, poz. 19.

⁸ Dekret — Kodeks postępowania niespornego z 18.07.1945 r. (Dz.U. Nr 27, poz. 169).

⁹ Status nabywcy jako zainteresowanego kwestionują także Herbet, 2010, s. 379 oraz Nowacki, 2017, nb 34; Wiśniewski, 1994, s. 103. W literaturze przedwojennej tak też Allerhand, 1935, s. 312.

Bibliografia

- Allerhand, M. (1935). *Kodeks handlowy. Komentarz*. Lwów: „Kodeks” Spółka Wydawnicza z ograniczoną odpowiedzialnością.
- Chomiuk, M., (2018). W: Jara Z., *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*. Warszawa: C.H. Beck Legalis/el..
- Doliński, A. (1908). *Austriackie prawo spółek z ograniczoną odpowiedzialnością*. Lwów: nakł. autora.
- Dróżdż, M. (2015). Tryb i zasady sprzedaży egzekucyjnej udziałów w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością w przypadku ograniczenia ich zbywalności. *Przegląd Prawa Egzekucyjnego*, (10), 32–41.
- Gudowski, J. (2016). W: Ereciński, T. (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz* (t. 4). Warszawa: Wolters Kluwer LEX/el..
- Herbet, A. (2004). *Obrót udziałami w spółce z o.o.* Warszawa: C. H. Beck.
- Herbet, A. (2010). W: S. Softyskiński (red.), *System Prawa Prywatnego. Prawo spółek kapitałowych* (t. 17A). Warszawa: C.H. Beck
- Jakubecki, A., (2002). W: Ciulkin L., Jakubecki A., Kowal N., *Krajowy Rejestr Sądowy i postępowanie rejestrowe. Praktyczny Komentarz*, Warszawa: Wydawnictwo Zrzeszenia Prawników Polskich.
- Jodłowski, J. (1937a). Egzekucja z udziałów w spółce z ogr. odp. (cz. 1). *Palestra*, (7), 636–651.
- Jodłowski, J. (1937b). Egzekucja z udziałów w spółce z ogr. odp. (cz. 2). *Palestra*, (8–9), 751–767.
- Jodłowski, J. (1937c). Egzekucja z udziałów w spółce z ogr. odp. (cz. 3). *Palestra*, (10), 887–895.
- Kidyba, A. (2001). *Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością. Komentarz*. Warszawa: C.H. Beck.
- Konowalczyk, J. (2012). Wycena przedsiębiorstw. W: J. Dydenko (red.), *Szacowanie nieruchomości. Rzeczoznawstwo majątkowe*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Korzan, K. (1987). *Postępowanie nieprocesowe*. Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe.
- Korzan, K. (2004). Postępowanie nieprocesowe przed sądem pierwszej instancji. *Rejent* (10), 9–17
- Namitkiewicz, J. (1999). *Kodeks handlowy. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością*. Łódź: Księgarnia Naukowa.
- Nowacki, A., *Komentarz do art. 185*. (2017). W: A. Nowacki, *Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością. Komentarz. Art. 151–226* (t. 1). Warszawa: C.H. Beck.
- Pabis, R. (2018). *Komentarz do art. 185*. W: A. Opalski (red.), *Kodeks spółek handlowych. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością. Komentarz. Art. 151–226* (t. 2A). Legalis: C.H. Beck.
- Siedlecki, W. (1980). W: Polickiewicz, J., Siedlecki, W., Wengerek, E., *Postępowanie nieprocesowe*. Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe.
- Siemiątkowski, T., Potrzeszcz, R. (2001). W: Siemiątkowski T., Potrzeszcz R. (red.), *Komentarz do Kodeksu spółek handlowych. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością*. Warszawa: LexisNexis.
- Tarska, M. (2003). *Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością. Istota. Ustrój. Funkcjonowanie*. Warszawa: C.H. Beck.
- Telenga, P. (2019). W: Jakubecki, A. (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*. Warszawa: Wolters Kluwer LEX/el.
- Wiśniewski, T. (1994). Udziały w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością jako przedmiot egzekucji. *Rejent*, (2), 75–108.
- Zieliński, A. (2017). W: Zieliński, A. (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*. Warszawa: C.H. Beck, Legalis/el.

Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego

ZNAJDZIESZ

NAS

TU

www.pug.pl

tel. 795 155 583

00-252 Warszawa

ul. Podwale 17

GLOSA

Następcze stwierdzenie przez sąd rejestrowy niezgodności z przepisami prawa treści statutu spółdzielni — glosa do uchwały Sądu Najwyższego z 11.01.2018 r. (III CZP 90/17)

Declaration by the registry court of non-compliance
with the provisions of the law of the cooperative's statute
— Commentary on resolution of 11 January 2018
of the Supreme Court (III CZP 90/17)

dr Agnieszka Goldiszewicz

Adiunkt w Katedrze Prawa Gospodarczego i Handlowego na Wydziale Prawa i Administracji
Uniwersytet Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie
E-mail: agnieszka.goldiszewicz@poczta.umcs.lublin.pl; nr ORCID: 0000-0001-6437-6363

Streszczenie

Głosowana uchwała koncentruje się na określeniu skutków następczego stwierdzenia przez sąd rejestrowy niezgodności statutu spółdzielni z przepisami prawa. Wątpliwości nie budzi odrzucenie możliwości wszczęcia postępowania przymuszającego na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym. Jednak przedstawione przez Sąd Najwyższy rozwiązanie w zakresie dopuszczalnych sposobów eliminacji stwierdzonych przypadków wadliwości statutu spółdzielni pozostawia wrażenie pewnego niedosytu. Kwestią wymagającą szerszej analizy jest wskazanie sposobu usunięcia luki konstrukcyjnej, której istnienie potwierdzają okoliczności głosowanej uchwały.

Słowa kluczowe: spółdzielnia, niezgodność statutu z przepisami, sąd rejestrowy

Summary

The commented judgment focuses on determining the effects of the subsequent registration by the registry court of non-compliance of the cooperative's statute with the provisions of law. There is no doubt about the rejection of the possibility of initiating coercive proceedings pursuant to art. 24 paragraph 1 of the Act on the National Court Register. However, the solution presented by the Supreme Court in the scope of admissible ways of eliminating the identified cases of defective co-operative statutes leaves a certain unsatisfaction. An issue requiring a broader analysis is indicating how to remove the legal loophole, the existence of which is confirmed by the circumstances of the voted resolution.

Key words: cooperative, amendment of the cooperative's statute, registry court

JEL: K2

Teza uchwały Sądu Najwyższego

Następcze stwierdzenie przez sąd rejestrowy niezgodności z przepisami prawa treści statutu spółdzielni, stanowią-

cego podstawę jej wcześniejszego zarejestrowania, nie uzasadnia wszczęcia postępowania przymuszającego na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy z 20.08.1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym.

1. Stan faktyczny

Głosowana uchwała Sądu Najwyższego z 11.01.2018 r. (III CZP 90/17), OSNC 2018/10, poz. 97, zapadła na tle stanu następującego faktycznego. Zarząd spółdzielni mieszkaniowej, postanowieniem sądu rejonowego, został wezwany do złożenia, w terminie 3 miesięcy, wniosku o ujawnienie w rejestrze zmiany statutu — w zakresie oznaczonych jednostek redakcyjnych — pod rygorem nałożenia grzywny. Sąd wskazał, że określone postanowienia statutu spółdzielni, będącego uprzednio podstawą jej zarejestrowania, są niezgodne z prawem. Wobec niewykonania wezwania, na członków zarządu spółdzielni zostały nałożone grzywny. Sąd rejestrowy uznał, że jest on uprawniony — na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy z 20.08.1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym (Dz.U. z 2019 r. poz. 1500 ze zm., dalej ustawa o KRS) — do ponownego badania statutu także po jego zarejestrowaniu. Rozpoznając zażalenie uczestników postępowania na powyższe postanowienie, Sąd Okręgowy uznał, że z art. 24 ustawy o KRS nie wynika wprost uprawnienie do powtórnej oceny statutu. Niemniej jednak nie zasługuje na aprobatę sytuacja, w której zaakceptowana przez sąd rejestrowy treść tego dokumentu może wprowadzić w błąd zarówno członków spółdzielni, jak i osoby trzecie co do jego zgodności z prawem. Wątpliwość Sądu Okręgowego doprowadziła do sformułowania zapytania prawnego, przedstawionego następnie w postanowieniu Sądowi Najwyższemu.

2. Stanowisko Sądu Najwyższego

Sąd Najwyższy, rozstrzygając przedstawione zagadnienie prawne, przyjął, że następce stwierdzenie przez sąd rejestrowy niezgodności z przepisami prawa treści statutu spółdzielni, stanowiącego podstawę jej wcześniejszego zarejestrowania, nie uzasadnia wszczęcia postępowania przymuszającego na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy o KRS.

3. Glosa

W sprawie, której dotyczy głosowana uchwała Sądu Najwyższego powstała wątpliwość związana z tym, czy dopuszczalne jest dokonanie z urzędu ponownej kontroli treści statutu ujawnionego w rejestrze oraz wszczęcie w jej następstwie postępowania przymuszającego na podstawie art. 24 ustawy o KRS. Rozważania Sądu Najwyższego prowadzą do wypuklenia dwóch kwestii.

Po pierwsze, służą one zidentyfikowaniu problemu istnienia spółdzielni, których wadliwość statutu¹ (pierwotna lub następca)² została przeoczona przez sąd rejestrowy. Okoliczności analizowanej sprawy wyraźnie potwierdzają funkcjonowanie w praktyce obrotu przypadków, w których mimo merytorycznej kontroli dokumentów (m.in. statutu)³ dołączonych do wniosku o wpis spółdzielni — ich treść jest nie-

zgodna z przepisami prawa. Sąd Najwyższy trafnie zauważył, że przeoczenie przez sąd rejestrowy wadliwości dokumentów założycielskich w postępowaniu o wpis, stwarza zagrożenie wprowadzenia w błąd uczestników obrotu w zakresie ich legalności.

Po drugie, prowadzone w orzeczeniu rozważania służą próbie poszukiwania instrumentu pozwalającego na eliminację stwierdzonej następnie, przez sąd rejestrowy, niezgodności statutu spółdzielni z przepisami prawa.

Wyrażone przez Sąd Najwyższy stanowisko, negujące możliwość dokonania z urzędu ponownej kontroli treści statutu ujawnionego w rejestrze na podstawie art. 24 ustawy o KRS, uznać należy za zasadne⁴. Nie satysfakcjonuje jednak pogląd, który został zaprezentowany w konsekwencji jego przyjęcia. Stanowi on natomiast punkt wyjścia dla dalszych rozważań prowadzonych w niniejszej glosie.

Dopuszczalność zastosowania art. 24 ustawy o KRS w okolicznościach analizowanej sprawy została zakwestionowana przez Sąd Najwyższy w oparciu o następujące argumenty. Po pierwsze, wykluczenie tej możliwości znalazło oparcie w wykładni językowej powołanego przepisu⁵. Trafnie przyjęto, że reguluje on sytuację, w której obowiązani — mimo istnienia podstawy wniosku (dokumentu) i wynikającej stąd powinności jego złożenia — zaniechali podjęcia właściwych czynności w postępowaniu rejestrowym. Przepis ten wyrażnie odnosi się więc do sytuacji, w której pomimo zaistnienia zdarzenia implikującego konieczność dokonania zgłoszenia lub złożenia właściwych dokumentów do rejestru nie zrealizowano tego obowiązku. W analizowanym stanie faktycznym ma natomiast miejsce odmienna sytuacja. Wszystkie wymagane dokumenty i wnioski zostały złożone, w efekcie czego doszło do zarejestrowania spółdzielni. Dokument stanowiący podstawę wpisu (statut) — zawierał jednak postanowienia niezgodne z przepisami prawa. Mimo następczego stwierdzenia przez sąd rejestrowy oczywistej wadliwości dokumentu założycielskiego nie sposób jednak przyjąć, że stan ten objęty jest zakresem art. 24 ust. 1 ustawy o KRS. Argumenty natury językowej wspiera w tym przypadku wykładnia celowościowa analizowanego przepisu. Wydaje się, że jego rolą jest przede wszystkim przymuszenie podmiotu już wpisanego do rejestru do realizacji ciężącego na nim obowiązku aktualizacyjnego. Ten zaś powstaje dopiero w następstwie zaistnienia zdarzeń podlegających ujawnieniu w rejestrze, przy jednoczesnej bierności ze strony podmiotu rejestrowego. Tymczasem stan taki nie zachodzi w okolicznościach analizowanej sprawy, w której niezgodny z przepisami prawa statut spółdzielni stanowił podstawę jej wpisu, a więc warunek jej utworzenia. Po drugie, w ocenie Sądu Najwyższego argumentem przeważającym za brakiem możliwości zastosowania art. 24 ust. 1 ustawy o KRS jest niedopuszczalność ponownego orzekania w przedmiocie dokonanego wpisu w oparciu o te same okoliczności faktyczne i prawne, gdyż oznaczałoby to swoistą następczą autokontrolę czynności orzeczniczych podjętych w postępowaniu rejestrowym poza systemem środków zażalenia.

Konsekwencją odrzucenia możliwości zastosowania art. 24 ust. 1 ustawy o KRS jako podstawy do ponownej weryfikacji przez sąd rejestrowy dokonanych już wpisów jest powstanie problemu identyfikacji alternatywnego instrumentu służącego wyeliminowaniu braków statutu, w efekcie zaistnienia których zachodzi jego niezgodność z przepisami prawa. Kwestia ta, pojawiająca się następnie w związku z rozstrzygnięciem przedstawionego zagadnienia prawnego, nie została natomiast rozwiązana w pełny i satysfakcjonujący sposób. W tym zakresie Sąd Najwyższy zasygnalizował jedynie dopuszczalność zastosowania właściwych środków ochrony prawnej, tj. zwyczajnych i nadzwyczajnych środków zaskarżenia od postanowienia sądu rejestrowego czy też zaskarżenia uchwał spółdzielni. Rozwiązanie to budzi jednak określone wątpliwości. Trzeba dostrzec, że wybór możliwych do wykorzystania środków zależy przede wszystkim od tego, czy sprzeczność statutu spółdzielni z przepisami prawa ma charakter pierwotny — występuje od chwili dokonania wpisu podmiotu w rejestrze, czy następnie — tzn. jest efektem zgłoszonej i zarejestrowanej zmiany statutu. Tym samym możliwość zaskarżenia uchwały o zmianie statutu na podstawie art. 42 pr. spółdz. odnosić można wyłącznie do sytuacji następcej wadliwości statutu (tj. powstałej na skutek podjęcia uchwały o jego zmianie i wpisu modyfikacji statutu do rejestru). Wariant ten nie nadaje się więc do zastosowania w przypadku wadliwości statutu o pierwotnym charakterze.

Wreszcie skorzystanie ze środka zaskarżenia od postanowienia sądu rejestrowego o wpisie napotykać może na wiele trudności związanych z wymogiem spełnienia kryteriów dla wybranego środka zaskarżenia, co znacząco ogranicza swobodę ich zastosowania (np. w zakresie wskazania podstawy do wznowienia postępowania). Jednocześnie żaden ze wskazanych środków zaskarżenia postępowania o wpis do rejestru nie jest uwzględniany przez sąd z urzędu. Wymagana jest więc aktywność ze strony uprawnionego (wniesienie apelacji od postanowienia o wpisie, skargi o wznowienie postępowania w przedmiocie wpisu).

Na tym tle wyraźnie dostrzegalne są więc niedostatki w obszarze regulującym ocenę skutków stwierdzonej niezgodności z prawem postanowień statutu spółdzielni. Wydaje się, że sprzeczność statutu spółdzielni i związana z tym wadliwość tej osoby prawnej⁶ traktowana powinna być jako luka konstrukcyjna⁷, z uwagi chociażby na to, że w analogicznych okolicznościach dotyczących innych osób prawnych (tj. kapitałowych spółek prawa handlowego⁸) ustawodawca przewidział reżim prawny pozwalający na eliminację nieprawidłowości w tym zakresie. Stwierdzenie luki konstrukcyjnej stwarza z kolei możliwość jej wypełnienia przez zastosowanie wnioskowań prawniczych. Mianowicie chodzi tu o wnioskowanie z podobieństwa, a konkretnie analogii z ustawy⁹. *Analogia legis* polega na zastosowaniu do nieuregulowanego stanu rzeczy regulacji dotyczących stanu rzeczy podobnego do objętego luką¹⁰.

W obowiązującym stanie prawnym jedynym systemowym rozwiązaniem problematyki wadliwości statutu spółdzielni i związanej z tym wadliwości samej spółdzielni wydaje się

zastosowanie *per analogiam* art. 21 i 327 k.s.h. Stan faktyczny objęty hipotezą tych przepisów jest pod względem cech istotnych bardzo zbliżony do analizowanego w głosowanej uchwale, co uzasadnia proponowany sposób wypełnienia stwierdzonej luki konstrukcyjnej. Regulacje art. 21 i 327 k.s.h. (oraz art. 172 k.s.h. w spółce z o. o.) ustalają skutki zaistnienia braków przeoczonych przez sąd rejestrowy w toku postępowania o zarejestrowanie spółki kapitałowej. Przy czym analogia z przepisów o spółce akcyjnej wydaje się bardziej uzasadniona z uwagi na okoliczność, że konstrukcja spółdzielni jest bliższa konstrukcji spółki akcyjnej aniżeli spółki z ograniczoną odpowiedzialnością. Spółka akcyjna, podobnie jak spółdzielnia, jest osobą prawną typu korporacyjnego, działającą na podstawie statutu.

W związku z powyższym w przypadku stwierdzenia następcej niezgodności statutu spółdzielni z przepisami prawa, zabiegiem uprawnionym wydaje się zastosowanie *per analogiam* art. 21 i 327 k.s.h.¹¹ Ujawnione po zarejestrowaniu przypadki niezgodności postanowień statutu z przepisami prawa mogą przybierać dwojaką postać. Po pierwsze, braków przewidzianych w art. 21 § 1 k.s.h. (np. w przypadku pominięcia istotnych postanowień statutu), co uprawniałoby sąd do orzeczenia o rozwiązaniu spółdzielni w sytuacji ich nieusunięcia w terminie¹². Po drugie, innych postaci wadliwości (np. nieprawidłowej konstrukcji brzmienia firmy), które uzasadniają wezwanie do ich usunięcia pod rygorem nałożenia grzywny. Pogląd ten wydaje się dodatkowo uzasadniony w świetle uchwały Sądu Najwyższego z 26.09.1969 r. (III CZP 8/69), OSNCP 1970/6, poz. 97, w której przyjęto, że analogia z przepisu szczególnego jest dopuszczalna, gdy stan faktyczny nieunormowany odpowiada tym samym warunkom, które uzasadniały wydanie przepisu wyjątkowego. W powołanym orzeczeniu dopuszczono analogię z przepisów o szczególnym charakterze w sytuacji, w której silna argumentacja systemowo-funkcjonalna prowadzi do wniosku o nieadekwatności przepisu ogólnego do uzasadnionych potrzeb społeczno-gospodarczych. Argumentacja ta jest przekonująca także w okolicznościach analizowanej sprawy. Dzieje się tak z dwóch powodów. Po pierwsze, w przepisach ustawy — Prawo spółdzielcze brak jest jakiegokolwiek przepisu (również o ogólnym charakterze), w oparciu o który możliwe byłoby rozwiązanie problemu wadliwości statutu spółdzielni stwierdzonego po jej wpisie. Odrzucenie możliwości zastosowania art. 24 ustawy o KRS potwierdza tylko istnienie luki konstrukcyjnej. Po drugie, okoliczności głosowanej uchwały wyraźnie wskazują na problem funkcjonowania spółdzielni, których statut został zarejestrowany z naruszeniem prawa, co z kolei rodzi silną społeczno-gospodarczą potrzebę znalezienia właściwego instrumentu ochrony. Jego brak skutkuje tym, że zaakceptowana przez sąd rejestrowy wadliwa treść statutu może potencjalnie wprowadzać w błąd co do zgodności z prawem. W świetle powyższego uzasadniona wydaje się teza, że dopuszczalna jest tu analogia z przepisu szczególnego (art. 21 i 327 k.s.h.), zwłaszcza gdy stan faktyczny nieunormowany odpowiada tym samym warunkom, które uzasadniały wydanie przepisu wyjątkowego.

4. Konkluzje

Podsumowując powyższe rozważania, należy stwierdzić, że głosowana uchwała, pomimo pewnych uwag krytycznych, zasługuje na aprobatę. Wątpliwości nie budzi odrzucenie możliwości wszczęcia postępowania przymuszającego na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy o KRS w przypadku następczego stwierdzenia przez sąd rejestrowy niezgodności z przepisami prawa treści statutu spółdzielni stanowiącego podstawę jej

wcześniejszego zarejestrowania. Jednakże przedstawione przez Sąd Najwyższy rozwiązanie w zakresie dopuszczalnych sposobów eliminacji stwierdzonych przypadków wadliwości statutu spółdzielni pozostawia wrażenie pewnego niedosytu. Kwestią wymagającą szerszej analizy jest wskazanie sposobu usunięcia luki konstrukcyjnej, której istnienie potwierdzają okoliczności głosowanej uchwały. Wydaje się, że rozwiązaniem problematyki wadliwości statutu spółdzielni i związanej z tym wadliwości samej spółdzielni jest zastosowanie *per analogiam* art. 21 i 327 k.s.h.

¹ Szerzej na temat charakteru prawnego statutu Kidyba, 2018, s. 631; Pietrzykowski, 1995, s. 20–22; Gersdorf, Ignatowicz, 1985, s. 26; Zob. też szeroko na temat charakteru prawnego umów założycielskich korporacji — Kopaczyńska-Pieczniak, 2019, s. 88–90; Kwapisz, 2012, s. 37.

² Realizowana przez sąd rejestrowy weryfikacja statutu spółdzielni może mieć charakter pierwotny (pozostający w związku z rejestracją spółdzielni) lub wtórny (związany z wpisem jego zmiany).

³ Zakres kognicji sądu wyznacza art. 23 ustawy o KRS. Obejmuje on badanie zgodności dołączonych do wniosku dokumentów pod względem formy i treści z przepisami prawa oraz, co do zasady, prawdziwości tylko enumeratywnie wskazanych we wniosku danych. Z uwagi na objęcie przedmiotem merytorycznej kontroli dołączonych do wniosku dokumentów, szczególnego znaczenia nabiera kontrola treści statutu z przepisami prawa. Po pierwsze, polega ona na zbadaniu, czy jego postanowienia zawierają regulacje obligatoryjne i względnie obligatoryjne wymagane przez przepisy ustawy z 16.09.1982 r. — Prawo spółdzielcze (Dz.U. z 2018 r. poz. 1285 ze zm.), dalej pr. spółdz., lub ustawę szczególną. Po drugie zaś, weryfikacja sądu rejestrowego obejmuje również kwestię tego, czy postanowienia statutu nie zawierają unormowań bezwzględnie nieważnych w świetle art. 58 ustawy z 23.04.1964 r. — Kodeks cywilny (Dz.U. z 2019 r. poz. 1145 ze zm.).

⁴ Możliwość zastosowania art. 24 ustawy o KRS przewiduje G. Tylec (Tylec, 2012, s. 26).

⁵ Zgodnie z tym przepisem w przypadku stwierdzenia, że wniosek o wpis do Rejestru lub dokumenty, których złożenie jest obowiązkowe, nie zostały złożone pomimo upływu terminu, sąd rejestrowy wzywa obowiązanych do ich złożenia — wyznaczając dodatkowo 7-dniowy termin.

⁶ Pojęcie wadliwości umowy spółki partnerskiej i wadliwości samej spółki analizuje D. Nowak (Nowak, 2010, s. 50–51).

⁷ W doktrynie przyjmuje się, że tego rodzaju luka występuje, gdy reguły konstruujące swoiste znaczenie czynności konwencjonalnych nie są dostatecznie szczegółowe, w związku z czym należy uznać, że czynność ta nie została wyczerpująco uregulowana pod względem prawnym — zob. Ziemiński, 1966b, s. 206; Ziemiński, 1966a, s. 227.

⁸ Chodzi o przepisy art. 21, 172 i 327 ustawy z 15.09.2000 r. — Kodeks spółek handlowych (Dz.U. z 2019 r. poz. 505 ze zm.), dalej k.s.h. Przepisy te samodzielnie i odmiennie niż art. 24 ustawy o KRS regulują skutki wystąpienia braków dokumentów założycielskich w zarejestrowanych już spółkach kapitałowych. W doktrynie klasyfikuje się je niekiedy jako przykład przepisów przymuszających zawartych w Kodeksie spółek handlowych — zob. Zamojski, 2008, s. 351.

⁹ Szerzej na temat schematu stosowania analogii legis — Grzybowski, 1985, s. 166–167.

¹⁰ Tak Nowak, 2010, s. 340. Stosowanie analogii legis jest dopuszczalne, gdy dyrektywy językowe i systemowe jednoznacznie nie wskazują na to, że określony przepis dotyczy wyłącznie stanu faktycznego w nim wyznaczonego, a równocześnie silna argumentacja funkcjonalna pozwala przyjąć, że ustanowiona w przepisie prawnym regulacja odnosi się także do okoliczności w istotny sposób podobnych do tej, jaka została w nim opisana — Radwański, 1993, s. 64.

¹¹ Powołane przepisy Kodeksu spółek handlowych znajdują zastosowanie w przypadku wadliwości statutu spółki akcyjnej, które zostały ujawnione już po wpisie do rejestru tego podmiotu. W zależności od charakteru tych braków zróżnicowane pozostają ich skutki. Jeżeli są to braki wynikłe z niedopełnienia przepisów prawa (a niewymienione w art. 21 k.s.h.), sąd rejestrowy wzywa spółkę do ich usunięcia w odpowiednim terminie, pod rygorem zastosowania grzywny (art. 327 k.s.h.). W przypadkach ściśle określonych przez art. 21 § 1 k.s.h. ich zaistnienie uprawnia sąd rejestrowy do orzeczenia o rozwiązaniu tej spółki. Skutek ten nastąpi, o ile braki wskazane w art. 21 § 1 k.s.h. nie zostały usunięte w wyznaczonym przez sąd rejestrowy terminie lub są one nieusuwalne, a od wpisu spółki do rejestru nie upłynęło 5 lat — zob. szerzej Kidyba, 2019b, s. 171–172; Kidyba, 2019b, s. 156–160.

¹² Jeżeli od wpisu do rejestru spółdzielni nie upłynęło 5 lat (por. art. 21 § 4 k.s.h.).

Bibliografia

- Gersdorf, M., Ignatowicz, J. (1985). *Prawo spółdzielcze. Komentarz*. Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze.
- Grzybowski, S. (red.). (1985). *System Prawa Cywilnego. Część ogólna* (t. 1). Wrocław: Ossolineum.
- Kidyba, A. (2018). *Prawo handlowe*. Warszawa: C.H. Beck.
- Kidyba, A. (2019a). *Kodeks spółek handlowych. Komentarz do art. 1–300 k.s.h.* (t. 1). Warszawa: Wolters Kluwer.
- Kidyba, A. (2019b). *Kodeks spółek handlowych. Komentarz do art. 301–633 k.s.h.* (t. 2). Warszawa: Wolters Kluwer.
- Kopaczyńska-Pieczniak, K. (2019). *Korporacja. Elementy konstrukcji prawnej*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Kwapisz, K. (2012). *Prawo spółdzielcze. Komentarz*. Warszawa: Lexis Nexis.
- Michnik, A. (2013). *Ustawa o Krajowym Rejestrze Sądowym. Komentarz*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Nowak, D. (2010). *Wadliwa spółka partnerska*. Warszawa: Wolters Kluwer.

- Radwański, Z. (1993). *Prawo cywilne — część ogólna*. Warszawa: C. H. Beck.
- Suski, P. (2018). *Stowarzyszenia i fundacje*. Komentarz. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Tylec, G. (2012). *Statut spółdzielni i jego kontrola w postępowaniu o wpis do Krajowego Rejestru Sądowego*. Warszawa: Difin.
- Zamojski, Ł. (2008). *Rejestracja spółek. Zagadnienia materialne i procesowe*. Warszawa: Lexis Nexis.
- Ziemiński, Z. (1966a). *Logiczne podstawy prawoznawstwa. Wybrane zagadnienia*, Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze.
- Ziemiński, Z. (1966). Podstawy sporów o luki w prawie. *Państwo i Prawo*, (2), 205–215.

Polskie Wydawnictwo Ekonomiczne poleca

Beata Stępień

Wartość luksusu

Perspektywa konsumentów i przedsiębiorstw



Polskie Wydawnictwo Ekonomiczne

bestseller!

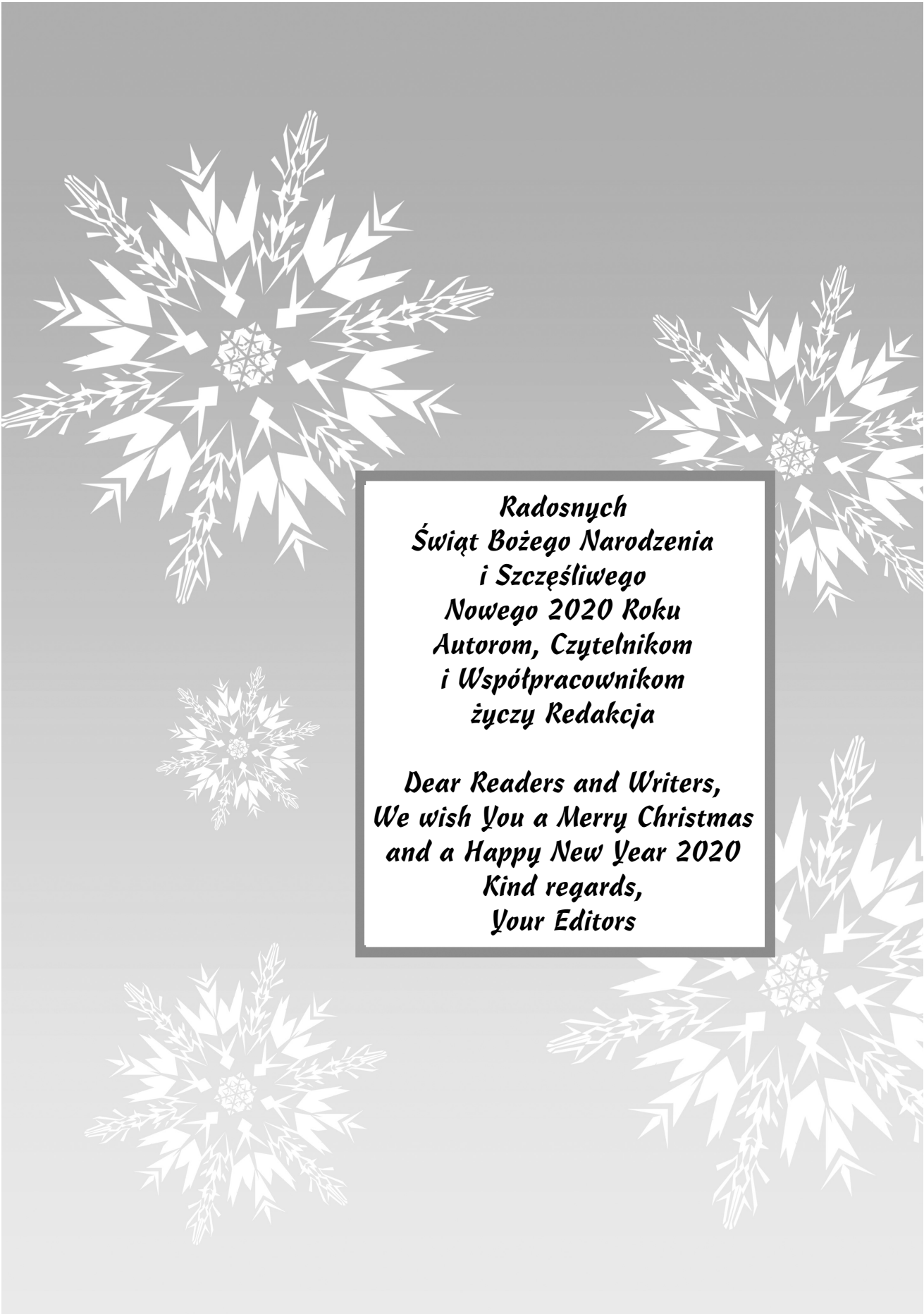
Globalna fala demokratyzacji luksusu i dynamicznie rosnące grupy aspirujących konsumentów z szybko rozwijających się gospodarek skłaniają do pytań o to:

- jak współcześnie jest postrzegany luksus, co obecnie stanowi o jego wartości?
- jakie cechy luksusu konsumenci z nowych rynków cenią najwyżej i dlaczego?
- jak zmienia się globalny biznes luksusu i dokąd zmierza?

Książka jest próbą odpowiedzi na te pytania. Ukazano w niej, jak konsumenci postrzegają i hierarchizują poszczególne składniki wartości dóbr uważanych za zbędne, a których sprzedaż od dekad dynamicznie rośnie.

Opisano też zawiłości pojmowania luksusu i rozwoju rynku dóbr luksusowych przez pryzmat stopniowych odstępstw od reguł, którym hołdowano przez wieki. W monografii podjęto też próbę empirycznego zbadania, jak postrzegają dobra luksusowe konsumenci na wschodzących rynkach luksusu (z Polski, Turcji, Arabii Saudyjskiej, Indii i Portugalii) i jakie czynniki różnicują to postrzeganie w kategoriach wartości, które symbolizują w porównaniu z konsumentami z tzw. starej kolebki luksusu. Wykazano, że to segmenty konsumentów skonstruowane na podstawie kryteriów psychograficznych najtrafniej przedstawiają zróżnicowane podejście do oceny wartości luksusu w skali międzynarodowej.

www.pwe.com.pl



***Radosnych
Świąt Bożego Narodzenia
i Szczęśliwego
Nowego 2020 Roku
Autorom, Czytelnikom
i Współpracownikom
życzy Redakcja***

***Dear Readers and Writers,
We wish You a Merry Christmas
and a Happy New Year 2020
Kind regards,
Your Editors***



Konstytucyjne interregnum Transformacje porządków prawnych



REDAKCJA NAUKOWA
Krzysztof J. Kaleta
Małgorzata Nowak
Konrad Wyszowski

Polskie Wydawnictwo Ekonomiczne

Książka, którą oddajemy do rąk Czytelników, stanowi ukoronowanie niespełna dwuletnich badań prowadzonych przez kilkunastu studentów i doktorantów Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego, działających w ramach Koła Naukowego Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej IVR.

Pojęcie interregnum w symboliczny sposób oddaje istotę zagadnień podjętych w ramach niniejszej monografii. Jej przedmiot stanowi analiza

XX-wiecznych transformacji ustrojowych, które dokonały się w kręgu euroatlantyckiej kultury prawnej. Celem badań było uchwycenie najistotniejszych elementów zmiany ustrojowej ujmowanej możliwie szeroko, a zatem obejmującej przekształcanie się reżimów monar-

chicznych w ustroje o charakterze republikańskim, procesy liberalizacji lub demokratyzacji reżimów autorytarnych czy wreszcie formowanie się całkowicie nowych bytów państwowych. Opisywane metamorfozy ustrojowe zostały uchwycone in statu nascendi, w perspektywie dynamicznej, w okresie kształtowania się nowych form ustrojowych, a zatem ścierania się starego porządku z nowym.

Monografia ma walor nie tylko informacyjny, przejawiający się w opisie biegu zdarzeń składających się na poszczególne procesy zmiany ustrojowej. Podejmuje także uniwersalne problemy związane z napięciem między legalnością a legitymizacją ustroju w warunkach doniosłej zmiany politycznej lub społecznej.

Cena 59,90 zł (w tym 8% VAT)