tygodnik dla prenumeratorów

DGP

FIRMA i PRAWO

Wtorek
11 marca 2014
nr 48 (3689)
gazetaprawna.pl

Przeczytaj, zanim podpiszesz



Paweł Wrześniewski
redaktor merytoryczny

Nie pierwszy i zapewne nie ostatni raz potwierdza się stara prawda, że należy czytać to, co się podpisuje. Dlaczego się potwierdza? Ano niedawno opinia publiczna poznała ubiegłoroczne dane o skali nieprawidłowości w usługach premium SMS. Okazało się, że mówimy tu o setkach przypadków, kiedy klient ma jakieś zastrzeżenia do otrzymanego świadczenia. W sumie to chyba niewiele i nie w liczbach tu rzecz. Dużo istotniejsze wydaje się to, że – tak przynajmniej twierdzi autor artykułu na ten temat – często to nie usługodawca jest nierzetelny, ale konsument nieuważny. Jak wynika z tekstu, w analizowanych przez Urząd Komunikacji Elektronicznej przypadkach okazywało się wielokrotnie, że usługi premium zostały aktywowane prawidłowo i nie mogło się to odbyć bez wiedzy klienta. Operatorzy przedstawiali warunki subskrypcji, była możliwość zapoznania się z regulaminem. Tymczasem ludzie korzystali z usług o podwyższonej płatności, nie zapoznając się z warunkami ich świadczenia. Mam nadzieję, że tekst, który można dziś na ten temat przeczytać w Firmie i Prawie, stanie się przyczynkiem do poprawy świadomości konsumenckiej w tej dziedzinie.

W dodatku znajdą też coś dla siebie – niespodzianka – kibice sportowi. Mowa o wielce interesującym artykule poświęconym upadłości. Chodzi rzecz jasna o upadłość klubu sportowego. Autorzy – na fali medialnych informacji o finansowych kłopotach takich podmiotów – postanowili rzeczowo przeanalizować przepisy pod kątem przebiegu bankructwa klubów sportowych.

W zasadzie wiadomości mają dwie: dobrą i złą. Zła (przynajmniej dla miłośników współzawodnictwa) – klub też może zbankrutować. Dobra – czasem upadłość to szansa na nowe otwarcie. Jak piszą eksperci, wraz z zakończeniem postępowania upadłościowego klub wykreślany jest z rejestru. Czy jednak taki podmiot, uosobienie tradycji sportowej w takiej czy innej miejscowości, definitywnie przechodzi do historii? Otóż nie. Zdaniem autorów praktyka uczy, że kluby są odbudowywane na ogół dzięki staraniom kibiców. W tekście znajduje się gotowa procedura: Do życia może być powołany nowy klub o tych samych nazwie i herbie, wprost nawiązujących do przeszłości upadłego klubu sportowego. Taki odnowiony podmiot jest następnie rejestrowany, najczęściej jako stowarzyszenie, i po zgłoszeniu do właściwego związku sportowego rozpoczyna działalność.

Polecam również tekst o unijnych pieniądzach. Bardzo trafnie podsumowano w nim, jakie błędy popełniali najczęściej ci, którzy się o nie ubiegali. Dzięki temu mogą Państwo nie popełnić ich sami. Bo jak wiemy, człowiek najlepiej uczy się na błędach. Cudzych.

TEMAT TYGODNIA

Jakie roszczenia przysługują stosującym warunki FIDIC C4–5

Rozstrzyganie sporów stron przez inżyniera kontraktu niewątpliwie upraszcza i przyspiesza procedurę, ale ma też jedną zasadniczą wadę. Otóż zawsze istnieje ryzyko, że nie jest on osobą niezależną

KOMENTARZE, WYWIADY

Uwaga na ustalanie cen C2

W ocenie UOKiK cena odsprzedaży jest na tyle istotna, że ograniczenia w tym zakresie sktukujące usztywnieniem ceny zawsze będą prowadzić do ograniczenia konkurencji – podkreśla Jarosław Fidala, associate w kancelarii Schampera, Dubis, Zając i Wspólnicy

Mali niepotrzebnie boją się zamówień publicznych C2

Trudno jednoznacznie odpowiedzieć na pytanie, czy rynek zamówień publicznych jest w ogóle atrakcyjny dla MŚP – twierdzi Robert Zakrzewski z Ośrodka Badań nad Przedsiębiorczością PARP

PRAKTYKA



Zainteresowani dotacjami mogą mieć bardzo pracowite wakacje C3

Czasem warto nieco się wstrzymać z zaplanowanymi inwestycjami. Rozpoczęcie ich już teraz sprawi, że przepadną szanse na dofinansowanie ze środków unijnych

Kłopotliwe zakładanie spółki przez spółkę C3

Wnioskodawca, który – starając się o wpis do rejestru przedsiębiorców – podaje dane podmiotu będącego w fazie organizacji, postępuje słusznie. Sąd nie powinien czynić mu z tego zarzutu

BIZNES

Czasem to klienci nie czytają regulaminów premium SMS C6

Nim zdecydujemy się na usługi o podwyższonej opłacie, sprawdźmy, ile to kosztuje. Wystarczy przeanalizować pierwsze cyfry numeru, na który wysyłamy wiadomość

CYKL: UPADŁOŚĆ W BIZNESIE

Dla klubu sportowego bankructwo to czasem nowy początek C7

Nawet upadłość likwidacyjna nie musi oznaczać końca. Wręcz przeciwnie, kibice mogą się zamienić w menedżerów i doprowadzić do powstania nowego podmiotu o tych samych nazwie i herbie

ORZECZNICTWO

Firma nie dla wspólnika, który wpłynął na jej rozpad C8

Utrata zaufania uzasadnia zerwanie kontraktu C8

Figurant płaci za cudze grzechy C8

Uwaga na ustalanie cen odsprzedaży



Jarosław Fidala
associate, Kancelaria Prawna Schampera, Dubis, Zając i Wspólnicy sp. k.

Przedsiębiorcy działający na rynku dążą do maksymalizacji zysków zgodnie z przyjętym rachunkiem ekonomicznym. W tym celu kształtują swoją politykę rynkową, oddziałującą na poszczególne parametry efektywnej konkurencji, jak: cena, jakość, dostępność produktowa, poziom usług sprzedażowych. W relacjach umownych pomiędzy dostawcą (producentem) a dystrybutorem jednym z istotniejszych problemów jest kształtowanie odpowiedniej polityki cenowej, zarówno po stronie dostawcy, jak i dystrybutora, która ostatecznie przełoży się na poziom ceny odsprzedaży.

Cena odsprzedaży jest ceną ustalaną przez dystrybutora na sprzedawane przez niego produkty czy usługi, płaconą w efekcie przez odbiorcę końcowego (konsument). Dystrybutor, jako niezależny przedsiębiorca, powinien co do zasady mieć pełną swobodę decyzyjną co do ustalania cen odsprzedaży. W konsekwencji dostawca – jako strona umowy dystrybucyjnej – nie powinien wpływać w sposób wiążący na dystrybutora w zakresie sztywnej lub minimalnej ceny odsprzedaży, dystrybutor zaś nie powinien wymagać od dostawcy zagwarantowania mu takiej ceny w zamian za dodatkowe profity (np. wyższy rabat sprzedażowy). Tego rodzaju działania prowadzące do stosowania przez dystrybutora sztywnych lub minimalnych cen odsprzedaży stanowią, zgodnie z art. 6 ust. 1 pkt 1) ustawy z 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2007 r. nr 50, poz. 331 ze zm.) bezwzględnie zakazane porozumienia antykonkurencyjne, których stosowanie przez przedsiębiorców skutkować może nałożeniem na nich kar pieniężnych do 10 proc. ich rocznych przychodów.

Dystrybutor, jako niezależny przedsiębiorca, powinien co do zasady mieć pełną swobodę decyzyjną co do ustalania cen odsprzedaży

Potwierdzeniem tego są upublicznione właśnie decyzje prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów. W grudniu ubiegłego roku nałożył on kary pieniężne w łącznej wysokości prawie 450 tys. zł na przedsiębiorców z branży IT oraz akcesoriów sportowych za narzucanie cen stosowanych przez dystrybutorów przy odsprzedaży towarów konsumentom (m.in. decyzja prezesa UOKiK nr RKT-50/2013 z 24 grudnia 2013 r. oraz decyzja prezesa UOKiK nr RKT-43/2013 z 11 grudnia 2013 r.). UOKiK wychodzi z założenia, iż samo istnienie takiej praktyki, z uwagi na jej potencjalną szkodliwość dla istnienia skutecznej konkurencji, przesądza o naruszeniu prawa i uzasadnia nałożenie na przedsiębiorców kary. Marginalne znaczenie mają z tej perspektywy argumenty o wystąpieniu potencjalnie pozytywnych skutków dla konkurencji polegających np. na stymulowaniu działań dystrybutorów w zakresie świadczenia usług o lepszej jakości, umożliwieniu wejścia na rynki dystrybutorów oferujących nowe, lepsze produkty czy ułatwieniu działań promocyjnych prowadzonych wspólnie przez dostawcę i dystrybutora. W ocenie UOKiK cena odsprzedaży jest na tyle istotnym parametrem skutecznej konkurencji, że niezależnie od danego kontekstu czy otoczenia rynkowego, ograniczenia w tym zakresie skutkujące usztywnieniem ceny lub utrzymaniem jej na stałym, minimalnym poziomie zawsze lub prawie zawsze będą prowadzić do ograniczenia konkurencji.

Stąd każdy przedsiębiorca, niezależnie od branży, skali działalności czy potencjału ekonomicznego, powinien ze szczególną uwagą kontrolować i monitorować na bieżąco zasady, według których podejmowane są decyzje cenowe i zapewnić zgodność tych zasad z wymogami prawa konkurencji. Wszelkie nieprawidłowości w tym zakresie mogą stanowić przedmiot kontroli organu ochrony konkurencji, a w szerszej perspektywie prowadzić do dotkliwych sankcji.

DGP prenumerata FIRMA i PRAWO
Redakcja merytoryczna: Paweł Wrześniewski pawel.wrzesniewski@infor.pl

Małe firmy zupełnie niepotrzebnie boją się zamówień publicznych

Rozmowa z **Robertem Zakrzewskim** z Ośrodka Badań nad Przedsiębiorczością Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (PARP)

Jak wynika z przeprowadzonych przez PARP badań „Nowe podejście do zamówień publicznych" od trzech lat maleje liczba firm aktywnych na tym rynku. Co jest główną tego przyczyną?

Analiza pokazuje, że istotnie działalność małych i średnich przedsiębiorców na tym rynku między 2011 a 2013 rokiem uległa znacznemu osłabieniu. Przed trzema laty jedna czwarta firm brała udział w przetargach, w 2012 roku – 18 proc., a w ubiegłym roku już tylko 14 proc. Spadek aktywności w największym stopniu widać w grupie firm średniej wielkości: w 2011 roku na rynku zamówień publicznych działało 43 proc. z nich, a w latach 2012 i 2013 – blisko dwa razy mniej. Znacznemu ograniczeniu uległ także udział mikroprzedsiębiorców (spadek z 24 do 14 proc.). Dość stabilne jest natomiast zainteresowanie zamówieniami publicznymi ze strony przedsiębiorstw małych. W 2011 i 2012 roku znajdowały się one w kręgu zainteresowania 18 proc. tego rodzaju podmiotów, a w ubiegłym roku – 15 proc.

Wyniki badania nie pozwalają jednak na jednoznaczne wskazanie przyczyn takiego zjawiska. Wydawać by się mogło, że w sytuacji spowolnienia gospodarczego i rosnących zatorów płatniczych w sektorze komercyjnym powinniśmy mieć raczej do czynienia z sytuacją odwrotną, czyli wzrostem zainteresowania zamówieniami publicznymi. Zakładamy, że głównym powodem były ograniczenia finansowe sektora publicznego oraz coraz silniejsza konkurencja ze strony przedsiębiorstw. Jak pokazały nasze badania, w procedurze wyboru wciąż kluczowym kryterium pozostaje cena. W wielu przypadkach decyduje ona w 100 proc. o przyjęciu lub odrzuceniu oferty. Wielu właścicieli firm uważa, że nie będzie w stanie przedstawić na tyle atrakcyjnej finansowo propozycji, by zyskała aprobatę. Potwierdzają to wyniki pomiaru skuteczności (liczby zleceń w stosunku do postępowań, w których brano udział – przyp. red.). W ubiegłym roku wyniosła ona 57 proc. i była najniższa w okresie objętym badaniami (w 2010 – 65 proc., a w 2011 – 68 proc.). Blisko połowa przedsiębiorców uważa także, że przewagą rynku komercyjnego jest możliwość negocjacji ze zleceniodawcą, co w przypadku zamówień publicznych, poza pewnymi trybami, jest wręcz niedopuszczalne.

Pokutuje opinia, że z uwagi na wysoką wartość zamówień o zamówienia publiczne mogą zabiegać tylko największe podmioty. Czy rynek jest w ogóle atrakcyjny dla małych i średnich przedsiębiorstw?

Trudno jednoznacznie odpowiedzieć na to pytanie. Z jednej strony przez ostatnie trzy lata zmalał odsetek wykonawców przypisujących rynkowi duże lub bardzo duże znaczenie (z 60 proc. w 2011 roku do 49 proc. w 2013 roku). Z drugiej strony powiększyła się grupa przedsiębiorstw, dla których ma on bardzo duże znaczenie (z 11 do 29 proc.). Oznacza to, że mimo ogólnego spadku atrakcyjności pojawiła się jednak całkiem niemała grupa przedsiębiorców w większym stopniu przywiązanych do tego rodzaju zamówień. Związki te najwyraźniej widać w segmencie mikro, w którym prawie jedna trzecia przedsiębiorstw deklaruje, że rynek ma dla nich bardzo duże znaczenie (wśród małych podmiotów odsetek ten wynosi 16 proc. a średnich – tylko 10 proc.). Nie bez powodu zamówieniami najbardziej zainteresowane są firmy najmniejsze, które – jeśli przyjrzeć się statystykom – znajdują się w trudnej sytuacji ekonomicznej, kiedy każda decyzja strategiczna może zdecydować o dalszym prowadzeniu działalności. Prawdopodobnie z powodu wzrostu grupy wykonawców silnie związanych z rynkiem, a być może także ograniczenia przychodów z działalności komercyjnej, w 2013 roku zwiększył się udział zamówień w obrotach wykonawców – z 23 proc. w pomiarze sprzed dwóch lat do 39 proc. Był on także wyższy niż w badaniu z 2011 roku, w którym wyniósł 32 proc.

Jakie czynniki najbardziej przeszkadzają właścicielom małych i średnich przedsiębiorstw w staraniu się o zamówienia publiczne?

Wyłaniający się z opinii ogółu obraz rynku jest w zasadzie od lat niezmienny. Przedsiębiorcy nieaktywni na rynku zamówień publicznych pytani o powody, dlaczego nie biorą udziału w postępowaniach, najczęściej wskazują, że w ich opinii prowadzą zbyt małe przedsiębiorstwo (72 proc.). Jest to fałszywe założenie, bo rynek zamówień nie dyskryminuje najmniejszych podmiotów, choć większemu z pewnością łatwiej się po nim poruszać. Drugą, najczęściej wskazywaną barierą jest zbyt mała konkurencyjność przedsiębiorstwa (18 proc.), która wydaje się silniej powiązana z obszarem realnej oceny możliwości firmy niż wizerunkiem rynku. Trzecim powodem nieobecności jest przeświadczenie, że rynek nie jest konkurencyjny, tj. zamówienia publiczne są ustawiane pod konkretne firmy (15 proc.). W tym przypadku też można założyć, że jest to raczej powielanie obiegowych opinii niż bazujące na rzeczywistym obrazie rynku stwierdzenie. Znacznie rzadziej wskazywane są natomiast czynniki obiektywne, takie jak brak ofert rynku zamówień publicznych zgodnych z profilem działalności przedsiębiorstwa, zbyt dużo formalności czy ograniczenia finansowe.



WOJCIECH GÓRSKI

ROBERT ZAKRZEWSKI
z Ośrodka Badań nad Przedsiębiorczością Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (PARP)

W procedurze wyboru wciąż kluczowym kryterium pozostaje cena. W wielu przypadkach decyduje ona w 100 proc. o przyjęciu lub odrzuceniu oferty. Wielu właścicieli firm uważa, że nie będzie w stanie przedstawić na tyle atrakcyjnej finansowo propozycji, by zyskała aprobatę

Czy mniejsze firmy są w ogóle przygotowane do realizacji tego rodzaju zamówień? Jaka jest wiedza na temat procedur i ewentualnych korzyści?

Wyniki wszystkich edycji naszego badania pokazują, że przedsiębiorcy obecni na rynku rzadko dysponują wyodrębnionymi, dedykowanymi tego rodzaju zamówieniom komórkami (działami). W ostatnim pomiarze funkcjonowały one jedynie w strukturach tylko 2 proc. podmiotów. Częstszym modelem jest przekazanie obsługi wybranym działom o komercyjnej specjalizacji (11 proc.). W zdecydowanej większości (79 proc.) pracownicy działów zajmujący się zamówieniami publicznymi łączą obsługę formalną i merytoryczną. Zmniejsza się również wielkość zasobów kadrowych. W 2013 roku w strukturach obsługujących tego rodzaju procesy pracowało średnio 1,4 osoby, a w poprzednich latach od 1,8 do 2,3. Redukcja mogła wynikać ze zmniejszenia znaczenia tego rynku, ale także gorszej kondycji ekonomicznej firm.

Jeśli zaś chodzi o znajomość procedur, to jest ona wysoka. 96 proc. podmiotów aktywnych na rynku zamówień publicznych nie ma z tym problemów, choć warto zauważyć, że tylko jedna czwarta uważa, iż jest ona „wyczerpująca całkowicie". Odsetek ten jest o blisko 10 proc. niższy niż trzy lata temu, o czym, jak się wydaje, zdecydowała ubiegłoroczna nowelizacja ustawy z 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2013 r. poz. 907). Od wejścia jej w życie do momentu pomiaru upłynęło ok. pół roku. Przedsiębiorcy mogli mieć więc poczucie dezaktualizacji niektórych obszarów kompetencji.

Rozmawiał **Maria Kamila Puch**

Zainteresowani dotacjami mogą mieć bardzo pracowite wakacje



Czasem warto nieco się wstrzymać z zaplanowanymi inwestycjami. Rozpoczęcie ich już teraz sprawi, że **przepadną szanse na dofinansowanie** ze środków unijnych



dr Małgorzata Dobrzyńska-Dąbska
radca prawny

Powoli wyczerpuje się pula środków przewidzianych na dofinansowanie projektów małych i średnich przedsiębiorców (MŚP). Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości w styczniu zakończyła ostatni nabór wniosków do popularnego wśród przedsiębiorców programu wspierania wdrażania elektronicznego biznesu. Programy regionalne również kończą organizowanie konkursów dla firm. Na środki z kolejnej puli trzeba będzie trochę poczekać. Warto się jednak dobrze przygotować na nowe rozdanie.

Optymistyczne założenia

Doświadczenie z poprzedniej perspektywy wskazuje, że przedsiębiorców gubił albo nadmierny pośpiech, albo zbyt optymistyczne założenia wniosku aplikacyjnego. Do często popełnianych błędów zaliczano zbyt wczesne rozpoczęcie realizacji projektu. Przedsiębiorcy, zanim złożyli wnioski aplikacyjne, rozpoczynali budowę albo kupowali urządzenia. Takie wnioski nie przechodziły nawet wstępnej kontroli wniosku aplikacyjnego, ponieważ nie spełniały tzw. efektu zachęty funduszy europejskich. Zdarzało się również, że przedsiębiorcy składali wnioski aplikacyjne po to, aby uzyskać jakiekolwiek środki, nie do końca dostosowane do ich aktualnych potrzeb. Problem powstawał wówczas, gdy tak nieprzemyślany projekt okazał się trudny do zrealizowania w praktyce. W takich przypadkach nie zawsze instytucja udzielająca dofinansowania wyrażała zgodę na zmianę harmonogramu lub samej umowy o dofinansowanie, skutkiem czego część poniesionych kosztów na realizację projektu okazywała się niekwalifikowalna. Zbyt optymistyczne założenia dotyczące realizacji projektu mogą również prowadzić do niezachowania zasady trwałości projektu. Warto pamiętać o tym, że nawet jeśli projekt zostanie zrealizowany i rozliczony, to przedsiębiorca musi go utrzymywać przez trzy lub pięć lat po jego zakończeniu, zgodnie z zasadą trwałości projektu. Niezachowanie tego warunku może zostać uznane za nieprawidłowość, której skutkiem będzie nałożenie korekt finansowych.

Jak się przygotować, nie łamiąc zasad

Przedsiębiorcy, którzy chcą dobrze przygotować się do nowej perspektywy finansowej, powinni przede wszystkim śledzić zmiany dotyczące tworzenia nowych programów operacyjnych.

Tak na szczeblu centralnym, jak i wojewódzkim kończą się konsultacje projektów nowych programów operacyjnych na lata 2014–2020. Ich treść jest publikowana na stronach internetowych. Warto uczestniczyć w tych konsultacjach, ponieważ w ich trakcie instytucje opracowujące programy operacyjne określą, jakie cele przyświecają tworzeniu linii finansowania skierowanych do przedsiębiorców. Następnie należy się spodziewać, że te podmioty będą organizować szkolenia oraz konferencji dotyczące planowanych linii finansowania. Najważniejszym dla przyszłego beneficjenta dokumentem, z którym warto się zapoznać, będą uszczegółowienia programów operacyjnych. Trzeba się go spodziewać zaraz po opracowaniu samych programów. Uszczegółowienie określi kryteria, jakie będą decydowały o dostępności dotacji dla MŚP.

Następnie MŚP muszą mieć na uwadze to, że w chwili obecnej opracowywane są nowe przepisy regulujące kwestie pomocy publicznej w ramach modernizacji reguł pomocy publicznej. Komisja Europejska ogłosiła konsultacje projektów dokumentów regulujących udzielanie pomocy publicznej na ratowanie i restrukturyzację, badania, rozwój i innowacje, pomoc na ochronę środowiska i energetykę. W nowej perspektywie będzie również dostępna nowa forma wsparcia MŚP – pomoc na finansowanie ryzyka. Projekt ogólnego rozporządzenia w sprawie wyłączeń blokowych – tj. rozporządzenia Komisji UE z 18 grudnia 2013 r. uznającego niektóre rodzaje pomocy za zgodne z rynkiem wewnętrznym w zastosowaniu art. 107 i 108 traktatu. Projekt [C(2013) 9256)] – przewiduje zwolnienie z obowiązku notyfikacji do Komisji Europejskiej projektów polegających na finansowaniu ryzyka ponoszonego przez MŚP, nienotowane na giełdzie, których celem jest pozyskanie kapitału prywatnego na uzyskanie odpowiedniego poziomu płynności. Pomoc taka będzie mogła zostać udzielona w formie inwestycji kapitałowych, quasikapitałowych, pożyczek, gwarancji lub ich kombinacji. Pomoc na finansowanie ryzyka oraz pomoc dla wskazanych wyżej branż będzie najprawdopodobniej udzielana ze sporym opóźnieniem z uwagi na to, że instytucje udzielające dofinansowania będą oczekiwać na ostateczne uchwalenie tych dokumentów. Równolegle do tych zmian przepisów na poziomie Unii Europejskiej będą się toczyć prace legislacyjne nad zmianami przepisów regulujących udzielanie dotacji unijnych na poziomie krajowym.

Regionalne różnice

Duże znaczenie dla tych przedsiębiorców, którzy planują przeniesienie swojej działalności z jednego regionu do drugiego, ma uchwalenie mapy pomocy regionalnej, określającej maksymalny poziom dofinansowania dla danego województwa. 20 lutego br. Komisja Europejska zatwierdziła mapę pomocy regionalnej na lata 2014–2020 dla Polski. Mapa będzie obowiązywać od 1 lipca 2014 r. do końca 2020 r. Zgodnie z nią ponownie w najlepszej sytuacji będą, podobnie jak w poprzedniej perspektywie, województwa Polski wschodniej: warmińsko-mazurskie, podlaskie, lubelskie oraz podkarpackie, gdzie poziom dofinansowania osiągnie 50 proc. Dofinansowanie na poziomie 35 proc. przewidziano dla województw: pomorskiego, zachodniopomorskiego, kujawsko-pomorskiego, lubuskiego, łódzkiego, świętokrzyskiego, opolskiego i małopolskiego. Dofinansowanie na poziomie 25 proc. będą mogły uzyskać przedsiębiorstwa prowadzące działalność w województwach: wielkopolskim, dolnośląskim i śląskim. Z uwagi na duże różnice w poziomie PKB na jednego mieszkańca, mające wpływ na poziom możliwego do uzyskania dofinansowania, podzielono województwo mazowieckie na mniejsze podregiony. Dla następujących podregionów: ostrołęcko-siedleckiego, ciechanowsko-płockiego, radomskiego i warszawskiego-wschodniego poziom dofinansowania ustalono na 35 proc. dla podregionu warszawskiego zachodniego – 20 proc. W najgorszej sytuacji będą przedsiębiorcy z samej Warszawy: do połowy nowego okresu budżetowego Unii Europejskiej, tj. do 31 stycznia 2017 r., ich poziom dofinansowania wyniesie 15 proc., po tej dacie już tylko 10 proc. Poziomy intensywności, analogicznie jak w poprzedniej perspektywie finansowej, będzie można zwiększyć o 10 punktów procentowych w odniesieniu do średnich i 20 punktów procentowych w odniesieniu do małych przedsiębiorstw. Możliwość podwyższenia tych poziomów nie będzie dotyczyła jednak MŚP realizujących duży projekt inwestycyjny, czyli taki, którego koszty kwalifikowalne przekroczą 50 mln euro. Da się więc zaplanować podjęcie działalności w regionie, gdzie poziom dofinansowania będzie najwyższy.

Zgubny pośpiech

Pewne jest, że jeśli przedsiębiorstwo chce uzyskać dofinansowanie, nie wolno jeszcze rozpocząć jego realizacji. Kwalifikowalne będą bowiem tylko te koszty, które zostały poniesione po złożeniu wniosku o uzyskanie dofinansowania, a najmniej ryzykowne będzie rozpoczęcie prac nawet po uzyskaniu decyzji o dofinansowaniu projektu. Nie należy więc ani rozpoczynać robót budowlanych, ani podejmować wiążących zobowiązań (np. zamówienie urządzeń), ani dokonywać jakichkolwiek czynności, które sprawią, że inwestycja stanie się nieodwracalna. Można natomiast zakupić grunt, wykonać prace przygotowawcze, czyli uzyskać wymagane zezwolenia, przygotować wstępne studia wykonalności, uczestniczyć w targach sprzętu czy urządzeń po to, żeby porównać ich ceny, o ile takie uczestnictwo nie doprowadzi do złożenia wiążącego zamówienia. W tym kontekście warto mieć na uwadze, że nowe Wytyczne Komisji Europejskiej w sprawie pomocy regionalnej na lata 2014–2020 (Dz. Urz. UE C 209/1 z 23 lipca 2013 r.) pozwalają wliczać do kosztów kwalifikowalnych projektów również koszty przeprowadzenia badań przygotowawczych oraz usług konsultingowych do wysokości 50 proc.

Kłopotliwe zakładanie spółki przez spółkę

Wnioskodawca, który – starając się o wpis do rejestru przedsiębiorców – **podaje dane podmiotu będącego w fazie organizacji, postępuje słusznie.** Sąd nie powinien czynić mu z tego zarzutu



dr Jacek Kołacz
radca prawny w kancelarii Kołacz, Ligara i Współpracownicy

W praktyce wielu sądów rejestrowych wnioski o zarejestrowanie w rejestrze przedsiębiorców KRS spółki, której wspólnikiem jest w dacie składania wniosku spółka kapitałowa w organizacji, traktowane są dość sceptycznie. Zauważalny jest nawet trend rozpoznawania takich wniosków z pewnym opóźnieniem, skorelowanym w czasie z momentem rejestracji spółki – wspólnika. Na dodatek spotkać można się niekiedy z praktyką zwracania wniosków rejestrowych jako nieprawidłowo wypełnionych wówczas, gdy podając dane wspólnika (np. w formularzu KRS-ZE wówczas, gdy dana spółka w organizacji – wspólnik posiada w rejestrowanej spółce odpowiednio wysoki wolumen udziałów w kapitale zakładowym), we wniosku wskazano jego firmę z dodatkiem „w organizacji", w toku postępowania rejestrowego spółka – wspólnik została zaś już zarejestrowana. Formułowany w takich wypadkach zarzut sprowadza się do twierdzenia, że firma spółki – wspólnika jest wadliwa: w formularzach rejestrowych wskazana jest bowiem w brzmieniu zawierającym dodatek „w organizacji", podczas gdy wobec zarejestrowania spółki – wspólnika dodatek ten nie powinien się już w jej firmie znajdować.

Z takim stanowiskiem nie sposób się zgodzić. Przypomnieć należy bowiem, że stosownie do art. 12 k.s.h. „spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w organizacji albo spółka akcyjna w organizacji z chwilą wpisu do rejestru staje się spółką z ograniczoną odpowiedzialnością albo spółką akcyjną i uzyskuje osobowość prawną. Z tą chwilą staje się ona podmiotem praw i obowiązków spółki w organizacji". Zastosowana w przywołanym przepisie zasada kontynuacji wywiera skutek z mocy prawa (por. słowa „staje się"), a więc bez konieczności dokonania jakichkolwiek dodatkowych czynności prawnych – czy też chociażby czynności faktycznych – służących do potwierdzenia stania się: (i) przez spółkę w organizacji spółką w formie „docelowej" („właściwą" spółką z o.o. albo akcyjną) oraz (ii) przez spółkę w formie „docelowej" podmiotem praw i obowiązków spółki w organizacji. Jak wskazano w wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego we Wrocławiu z 29 lutego 2012 r. (sygn. akt I SA/Wr 1708/11), użyte w treści art. 12 k.s.h. sformułowanie „staje się" oznacza, że w wyniku rejestracji dochodzi do kontynuacji, nie zaś do następstwa prawnego po spółce w organizacji, a to w wyniku zmiany formy ustrojowej.

Skoro więc składane wnioski rejestrowe sporządzane są w dacie, kiedy spółka – wspólnik nie jest jeszcze w swej „formie" docelowej, lecz znajduje się właśnie w stadium spółki w organizacji, w dokumentach tych – w miejscach, gdzie konieczne jest podanie jej firmy – powinno się ją wskazywać w brzmieniu firmy zawierającej dodatek „w organizacji", a to ze względu na imperatywny przepis art. 11 par. 3 k.s.h. Wszelako, skoro „przejście" spółki w organizacji w spółkę w stadium docelowym następuje z mocy prawa – w wyniku dokonania jej wpisu do rejestru, skutkuje to również automatyczną zmianą w zakresie jej firmy, poprzez odpadnięcie dodatku (obligatoryjnego) „w organizacji". Okoliczność ta nie powoduje jednak, że w aspekcie „historycznym", tj. w odniesieniu do czynności, których dokonano przed rejestracją spółki – wspólnika w rejestrze przedsiębiorców KRS, rzeczony dodatek obligatoryjny do jej firmy również powinien być usunięty. Innymi słowy: w wypadku czynności, gdzie spółka – wspólnik występowała w obrocie w ramach fazy swej organizacji, miała ona obowiązek posługiwania się firmą uzupełnioną o dodatek „w organizacji". Wobec tego w dokumentach datowanych na tenże właśnie okres dokonywanie korekt poprzez usunięcie rzeczonego dodatku jest niezasadne.

Uzupełniająco wskazać można również, że zarejestrowanie podmiotu w rejestrze przedsiębiorców KRS jest okolicznością znaną sądowi urzędowo w rozumieniu art. 228 par. 2 k.p.c. Konsekwentnie, jako że skutek w postaci kontynuacji, o której mowa w art. 12 k.s.h., następuje z mocy prawa (nawet wówczas, gdy wniosek rejestrowy obejmujący odwołania się do danych spółki kapitałowej znajdującej się w dacie jego złożenia w fazie rejestracji, rozpoznawany jest już po dniu jej wpisania do rejestru), sąd powinien dokonać stosownych wpisów już na rzecz (tzn. z uwzględnieniem brzmienia firmy) spółki w docelowej formie ustrojowej.

TEMAT TYGODNIA

Jakie roszczenia przysługują stosującym warunki FIDIC

Rozstrzyganie sporów stron przez inżyniera kontraktu niewątpliwie upraszcza i przyspiesza procedurę, ale ma też jedną zasadniczą wadę. Otóż **zawsze istnieje ryzyko, że nie jest on osobą niezależną**



Leszek Mokosa
główny specjalista ds. prawnych, Mostostal Warszawa SA

Kontrakty budowlane, konstruowane według ogólnych wzorów warunków kontraktowych FIDIC, zawierają rozbudowane procedury dochodzenia roszczeń przez obie strony umowy. W związku z powyższym zwłaszcza wykonawcy – czyli strona mniej uprzywilejowana – winni szczegółowo zapoznać się treścią swoich uprawnień. W ten sposób unikną nieodwracalnych konsekwencji pominięcia kolejnego etapu procedury. Niezależnie od tego warto dążyć do usunięcia lub zmiany niekorzystnych zapisów poprzez właściwe zredagowanie warunków szczególnych, zmieniających treść warunków ogólnych FIDIC.

W niniejszym artykule, podobnie jak w poprzednim („Warunki FIDIC często nie przystają do polskich realiów", DGP nr 3664 z 4 lutego 2014 r.), omówieniu będą podlegały ogólne warunki kontraktowe dla robót projektowanych przez wykonawcę, warunki kontraktowe dla robót projektowanych przez zamawiającego oraz warunki kontraktu na realizację EPC/pod klucz. Podstawą analizy staną się najbardziej popularne wydania: w przypadku dwóch pierwszych kontraktów – wydania z 2008 r., natomiast w przypadku kontraktu EPC – wydanie z 2000 r.

Omawiając roszczenia stron, skoncentrujemy się na roszczeniach trudniejszych w egzekwowaniu, które w trakcie realizacji umowy wymagają wysunięcia konkretnego żądania w często wysoce sformalizowany sposób, a nie na zobowiązaniach, które realizowane są przez strony na mocy zapisów umowy, bez konieczności zgłaszania żądań przez stronę przeciwną.

Tryb dochodzenia

Rozpatrywanie wszelkich roszczeń stron kontraktu FIDIC odbywa się z udziałem inżyniera kontraktu (w kontrakcie EPC określa się go jako przedstawiciela), czyli osoby wyznaczonej przez zamawiającego do kierowania w jego imieniu realizacją kontraktu. Zgodnie z klauzulą 2.5 warunków ogólnych (w.o.) jakiekolwiek roszczenie zamawiającego wynikające z kontraktu winno być niezwłocznie przesłane wykonawcy w formie powiadomienia przez zamawiającego lub za pośrednictwem inżyniera, wraz z uzasadnieniem faktycznym i prawnym. Analogiczne uprawnienia przysługują wykonawcy na mocy klauzuli 20.1 w.o., który jednakże związany jest 28-dniowym terminem na wstępne zgłoszenie roszczeń. Uchybienie terminowi skutkuje według w.o. utratą prawa dochodzenia wspomnianego roszczenia. W tym miejscu należy zauważyć, iż w doktrynie wielokrotnie wyrażano pogląd, że zapis przewidujący utraty roszczenia po upływie 28 dni jest sprzeczny z prawem i przez to nieważny. Potwierdza to jedno z orzeczeń Sądu Okręgowego w Warszawie, gdzie stwierdza się, iż cytowany zapis w sposób niedopuszczalny skraca ustawowe terminy przedawnienia dochodzenia roszczeń, co sprawia, iż nie wywiera skutków prawnych. Jeżeli zatem nie da się wyeliminować cytowanych nieprawidłowych postanowień poprzez zapisy warunków szczególnych (w.s.), wykonawca winien złożyć zamawiającemu pisemne oświadczenie, iż uznaje je za nieważne i odmawia ich stosowania.

Po otrzymaniu pisemnych roszczeń zamawiającego lub wykonawcy inżynier ma obowiązek skonsultowania sporu z każdą ze stron w celu uzyskania kompromisu. Jeżeli nie da go się osiągnąć, inżynier rozstrzyga spór, dokonując w trybie klauzuli 3.5 w.o. tzw. ustalenia, przy czym winien zachować w tym przypadku niezbędny obiektywizm.

Niewątpliwie ten tryb upraszcza oraz przyspiesza rozstrzyganie sporów, ma jednak jedną zasadniczą wadę. Jak już wcześniej zauważono, ponieważ inżynier rozpatruje także roszczenia zamawiającego, którego zarazem jest pełnomocnikiem, oczywiste jest, iż brak gwarancji jego bezstronności. Każda ze stron ma obowiązek zastosować się do poczynionych ustaleń, dopóki nie zostaną wzruszone w sposób przewidziany w kontrakcie, tzn. poprzez orzeczenie komisji rozjemczej, arbitrażu lub sądowe. Oznacza to obowiązek zastosowania się do ustaleń w sposób oczywisty nieprawidłowych lub stronniczych.

Należy zauważyć, iż w polskim prawie cywilnym nie występuje instytucja pełnomocnika jednej ze stron wyposażonego postanowieniami umowy w uprawnienia władcze w stosunku do obu stron umowy, pełniącego funkcję zbliżoną do arbitra. Wydaje się, iż tego rodzaju uprawnienia mogą pozostawać w pewnej sprzeczności z istotą pełnomocnictwa, bowiem stwarzają możliwość dokonania ustalenia niekorzystnego dla zamawiającego, czyli działania wbrew interesom mocodawcy. Najlepszym wyjściem byłoby pozbawienie inżyniera prawa rozsądzania sporów, co jednak wydaje się trudne do realizacji z uwagi na znaczenie, jakie przywiązują inwestorzy do omawianych uprawnień. W tej sytuacji minimalnym wymogiem będzie wyposażenie każdej ze stron w prawo umotywowanej odmowy zastosowania się do ustalenia inżyniera, jeżeli może ono powodować zagrożenie bhp, naruszać przepisy prawa lub postanowienia umowy.

Komisja rozjemcza

Strona niezadowolona z ustalenia inżyniera (w praktyce będzie to niemal zawsze wykonawca) władna jest przedstawić spór pod rozstrzygnięcie komisji rozjemczej, stałej lub powoływanej ad hoc. Zostanie ona powołana wspólnie przez strony w składzie trzech członków, z których po jednym proponuje każda ze stron, z kolei osoba trzeciego rozjemcy jest ich wspólną propozycją. Komisja winna wydać orzeczenie w ciągu

Co może zrobić zamawiający

Wydawanie poleceń
Zamawiający uprawniony jest stosownie do klauzuli 3.3 w.o. do żądania od wykonawcy na każdym etapie realizacji kontraktu, aby ten zastosował się do wydanych przez inżyniera poleceń dotyczących sposobu realizacji oraz usunięcia dostrzeżonych nieprawidłowości. Wykonawca nie ma możliwości zakwestionowania legalności takich poleceń co do zasady, bowiem klauzula 4.1 w.o. wyraźnie stanowi, iż winien wykonać roboty zgodnie z kontraktem oraz „poleceniami inżyniera". Jest jednak oczywiste, iż wykonawcy wolno żądać od inżyniera uzasadnienia polecenia oraz jego zmiany, jeżeli uznaje je za nieprawidłowe. Wprawdzie w.o. o tym nie wspominają, jednakże brak reakcji inżyniera na zgłoszone zastrzeżenia może być rozważany w trakcie ewentualnego sporu sądowego lub przed komisją rozjemczą jako przejaw nienależytego współdziałania zamawiającego z wykonawcą, naruszającego art. 354 par. 2 kodeksu cywilnego, nakazującego współdziałanie stron w trakcie realizacji umowy. Mimo wykonania polecenia wykonawca może zgłosić roszczenie w trybie omawianej już wyżej klauzuli 20.1 i wdać się w spór co do oceny zasadności polecenia. W razie gdy polecenie narusza zasady sztuki, zagraża bhp lub narusza postanowienia umowy budowlanej, wykonawca – podobnie jak w przypadku ustaleń inżyniera – winien rozważyć odmowę podporządkowania się poleceniom z uwagi na przekroczenie przez inżyniera udzielonych mu przez zamawiającego pełnomocnictw lub obowiązujących przepisów budowlanych.

Umożliwienie współpracy
Niezbyt jasna treść klauzuli 4.6 w.o. stanowi, iż wykonawca winien umożliwić wykonywanie prac personelowi zamawiającego, innym wykonawcom, a także przedstawicielom organów administracji – i w tym zakresie zapis ten nie budzi wątpliwości. Natomiast w dalszej jego treści wspomniano o korzystaniu m.in. ze sprzętu wykonawcy, przy czym w zakresie, w jakim wykonawca poniesie koszt tego rodzaju usługi, „takie polecenia będą stanowiły zmianę" (nie dotyczy kontraktu EPC). Nasuwa się zatem przypuszczenie, iż na mocy cytowanej klauzuli zamawiający uzurpuje sobie prawo żądania udostępnienia przez wykonawcę swego sprzętu oraz robót tymczasowych, egzekwowane w formie polecenia inżyniera, zaś koszty tego udostępnienia doliczone zostaną do wynagrodzenia, po ustaleniu ich przez inżyniera w ramach jednostronnej procedury zmian. Jest to niedopuszczalna ingerencja w prawo własności, niespotykana w praktyce realizacji umów budowlanych. Oczywiście należy próbować dokonać zmiany tego kontrowersyjnego zapisu na etapie negocjowania w.s. Gdyby jednak treść kontraktu nie uległa zmianie, a inżynier wysunął żądanie udostępnienia sprzętu, wykonawca – jeżeli się z tym nie zgadza – winien w trybie klauzuli 20.1 żądać uznania, iż nie ciąży na nim ów obowiązek, z uwagi na wyjątkowo niejasne brzmienie klauzuli 4.6 oraz niewystępowanie tego rodzaju uprawnień zamawiających w praktyce rynku polskiego.

Eliminacja wad
W okresie realizacji kontraktu żądania usunięcia dostrzeżonych wad wysuwane są wobec wykonawcy w formie polecenia inżyniera. Realizacja kontraktu kończy się wydaniem świadectwa przejęcia, co jest równoznaczne z początkiem okresu zgłaszania wad. Często zdarza się, iż w.s. przewidują udzielenie przez wykonawcę gwarancji jakości, określają czas obowiązywania rękojmi za wady, jednakże w żaden sposób nie precyzują, w jakiej współzależności obowiązki wynikające z obu tych instytucji pozostają wobec obowiązków ciążących na wykonawcy w okresie zgłaszania wad, zapisanych w w.o. W ten sposób zamawiający rezerwuje sobie prawo wysuwania roszczeń o usunięcie wad w trzech trybach, co w praktyce wywołuje chaos prawny, bowiem często zamawiający w jednym roszczeniu miesza uprawnienia wynikające z różnych trybów, co nie jest prawidłowe. Strony winny dążyć do wyraźnego wskazania w w.s., iż w przypadku okresu zgłaszania wad chodzi o instytucję rękojmi za wady, co ułatwia procedurę dochodzenia roszczeń obu stronom. Zgodnie z klauzulą 11.3 w.o. zamawiającemu służy roszczenie o przedłużenie okresu zgłaszania wad „w granicach, w jakich roboty lub ich większy element nie mogły być użytkowane zgodnie z przeznaczeniem". Jest to treść zbieżna z odpowiednimi postanowieniami kodeksu cywilnego regulującymi tę materię. Obserwuje się tendencję do zaostrzania w w.s. odpowiedzialności wykonawcy w ten sposób, iż ujawnienie jakiejkolwiek wady powoduje, że okres zgłaszania wad bądź też rękojmi za wady lub gwarancji jakości rozpoczyna swój bieg od początku. W razie gdy wykonawca stanie przed koniecznością podpisania kontraktu o takiej treści, winien rozważyć zasadność jego zawarcia. Omawiany zapis wywołuje bowiem zjawisko samoodnawiania się okresu odpowiedzialności na czas nieokreślony. Roszczenia zamawiającego w przypadku nieusunięcia wad opisane zostały w dalszej części artykułu przy okazji omawiania roszczeń wykonawcy o dokonanie odbioru. Należy dodać jedynie, iż w.o. nie wykluczają korzystania przez zamawiającego z instytucji przewidzianych na wypadek nienależytego wykonania umowy oraz usunięcia wad w kodeksie cywilnym. Wykonawca winien zdecydowanie domagać się od zamawiającego wyraźnego wskazania, z jakiego trybu korzysta, składając roszczenia związane z ujawnieniem wad – pamiętając, iż trybów tych mieszać nie należy, bowiem istotnie rzutuje to na zakres obowiązków wykonawcy.
W wielu przypadkach na rynku polskim zawarte zostały kontrakty FIDIC, w których okres obowiązywania gwarancji jakości i rękojmi za wady rozpoczynał się od zakończenia okresu zgłaszania wad, czyli od wydania świadectwa wykonania. Zamawiający powołują się przy tym na brzmienie klauzuli 11.9 w.o., która stanowi, iż dopiero wydanie świadectwa wykonania jest skwitowaniem wypełnienia przez wykonawcę warunków kontraktu. Oznacza to, iż okres zgłaszania wad jest częścią kontraktu i dopiero po jego upływie można realizować uprawnienia z tytułu gwarancji jakości i rękojmi za wady. Jest to praktyka zdecydowanie naganna, bowiem powoduje zlanie się dwóch instytucji prawa zobowiązań, okresu wykonywania umowy oraz okresu gwarancji. Intencją ustawodawcy było ich wyraźne rozdzielenie. Przy takiej wadliwej konstrukcji kontraktu okres zgłaszania wad byłby czymś w rodzaju wydłużonego odbioru, co pozostaje w sprzeczności z faktem, iż własność i wszelkie ryzyka przechodzą na zamawiającego z chwilą wydania świadectwa przejęcia, czyli przed tym okresem. Konieczne jest zatem przesądzenie charakteru prawnego okresu zgłaszania wad, a klauzula 11.9 winna być zmodyfikowana poprzez wskazanie, iż chodzi o skwitowanie wywiązanie się przez wykonawcę z obowiązku usunięcia wad.

Usunięcie pracownika
Na koniec wspomnieć należy o roszczeniu zamawiającego w postaci domagania się usunięcia każdej osoby z personelu wykonawcy z terenu budowy, która narusza swoje obowiązki służbowe, wykonuje je w sposób niekompetentny lub niedbały, nie przestrzega postanowień kontraktu oraz przepisów dotyczących bhp lub ochrony środowiska. Jest to zbyt szerokie uprawnienie. Roszczenie, o którym mowa, winno dotyczyć tylko naruszenia bhp oraz przepisów o charakterze porządkowym. O tym, czy pracownik naruszył swoje obowiązki służbowe, decyduje jego pracodawca, a zarzut naruszenia kontraktu czy też niekompetencji należy kierować do strony umowy – czyli wykonawcy – a nie jego pracowników.

84 dni od otrzymania wniosku, strony zaś winny się do tego orzeczenia zastosować, chyba że jedna z nich lub obie odrzucą orzeczenie. W takiej sytuacji w.o. przewidują arbitraż Międzynarodowej Izby Handlowej (ICC) na podstawie Reguł Mediacji i Arbitrażu ICC. Należy stanowczo postulować, aby w warunkach szczegółowych wprowadzić prawo polskie jako podstawę rozstrzygnięcia sporów między stronami oraz sądy lub arbitraż polski. Arbitraż ICC pochłania znaczne koszty, a nadto Reguły Mediacji nie zawsze przystają do polskiego prawa. Trzeba podkreślić, iż powoływanie komisji rozjemczej ma sens jedynie wówczas, gdy strony mogą przypuszczać, iż każda z nich podda się orzeczeniu komisji, nawet gdy będzie dla niej jednoznacznie niekorzystne. Komisja nie ma racji bytu, gdy jedna ze stron – lub obie – będą prezentowały w sporach strategię walki „do ostatniej kropli krwi", bo wówczas wiadomo, iż tak czy inaczej spór znajdzie swój finał w sądzie lub arbitrażu. Należy również zadbać o to, aby odpowiednio wcześniej powołać komisję – najlepiej jeszcze przed rozpoczęciem zasadniczych robót – tak aby mogła ona również rozstrzygać spory dotyczące prawidłowości czy też interpretacji dokumentacji projektowej: budowlanej i wykonawczej, które stanowią jedno z zasadniczych źródeł konfliktów.

Czego wolno się domagać wykonawcy

Warunki ogólne sformułowane są w sposób na tyle odbiegający od prawa polskiego, że przedsiębiorcy **powinni rozważyć ich modyfikację**

Przesłanki uzasadniające wystąpienie z roszczeniami o przedłużenie terminu zakreślone zostały dość szeroko w mającej zasadniczy charakter klauzuli 8.4 w.o. Mogą nimi być: wprowadzenie zmian do umowy, wyjątkowo niepomyślne warunki klimatyczne, „działania rządowe", nieprzewidywalny brak możliwości uzyskania dostaw lub zatrudnienia personelu, epidemia oraz jakakolwiek inna przyczyna wymieniona w kontrakcie jako podstawa przedłużenia terminu. Wykonawca winien zajmować wobec zamawiającego stanowisko, iż wspomniane niepomyślne warunki klimatyczne należy rozumieć szerzej niż zjawiska przyrodnicze o charakterze klęsk żywiołowych będące jednym z typowych przypadków siły wyższej. Kontrakt wyraźnie oddziela od siebie te dwie przesłanki.

Zatem należy domniemywać, iż niepomyślne warunki nie muszą być nieprzewidywalne ani nosić cech absolutnej wyjątkowości – wystarczy, gdy wydatnie uniemożliwią lub utrudnią realizację robót. Enigmatycznie brzmiące „działania rządowe" to nic innego jak niezawinione przez wykonawcę i nieprzewidywalne zachowania administracji publicznej. Nie muszą one naruszać prawa, wystarczy gdy organ, mając swobodę wyboru, orzeknie na niekorzyść wykonawcy, mimo iż nie było racjonalnych przesłanek, aby tego się spodziewać.

Wykonawca winien jednak wykazać, iż starannie przestrzegał wszelkich przepisów i procedur. Również rzadko spotyka się w praktyce możliwość powoływania się przez stronę umowy na niemożność zatrudnienia fachowego personelu oraz zawarcia umów dostawy materiałów i urządzeń. Zwykle jedynym argumentem na rzecz wykonawcy jest w takich przypadkach siła wyższa.

Rozwiązania przyjęte w warunkach ogólnych mogą służyć ochronie wykonawcy w przypadku nieformalnej zmowy miejscowych dostawców i producentów, wstrzymujących się z oferowaniem świadczeń, w celu odpowiedniego podbicia cen, a także w przypadku gdy szczupłe zasoby miejscowych producentów po prostu nie są wstanie sprostać skali zamówień. Z taką sytuacją mieliśmy do czynienia m.in. w trakcie budowy niektórych odcinków autostrad, gdzie dostawcy kruszyw nie zdołali zaspokoić w pełnym wymiarze oczekiwań wykonawców, co było jedną z przyczyn zwłoki w robotach.

Niezależnie od ogólnych przesłanek roszczenia prawo żądania wydłużenia terminu wynika również z innych, szczegółowych zapisów w.o. I tak np. wykonawca może się tego domagać, gdy zamawiający dostarczy mu z opóźnieniem dokumentację projektową, dostęp do terenu budowy, w razie błędnego wytyczenia przez wykonawcę punktów odniesienia wskutek błędu w wytycznych inżyniera, gdy inni wykonawcy utrudniają roboty oraz w wielu innych szczegółowo scharakteryzowanych w kontrakcie przypadkach. Należy podkreślić, iż nawet gdyby nie udało się wynegocjować na zamawiającym przedłużenia, to pisemne roszczenia wykonawcy będą mogły stanowić pomocniczy argument na rzecz wykazania braku winy wykonawcy, w przypadku gdyby zamawiający zamierzał naliczyć kary za zwłokę. Przypomnijmy, iż zwłoka – w przeciwieństwie do zwykłego opóźnienia – ma zawsze zawiniony charakter.

Odszkodowanie

Prawo ich wysuwania występuje w warunkach ogólnych wszędzie tam, gdzie dopuszczone są roszczenia o wydłużenie terminu. Jeżeli wykonawca na skutek zaistnienia wymienionej w kontrakcie przesłanki dochodzenia odszkodowania „poniesie koszt", wówczas uprawniony będzie do „zapłaty za taki koszt plus umiarkowany zysk, który należy włączyć do ceny kontraktowej". Jest to zapis dość specyficzny, sformułowany w oparciu o obce wzorce normatywne.

W rozumieniu polskiego prawa odszkodowanie ma służyć pokryciu szkody, a nie uzyskaniu zysku, który jako taki nie jest składnikiem odszkodowania. Ponadto odszkodowanie nie powinno być włączane do wynagrodzenia, to bowiem jest ekwiwalentem świadczeń wykonywanych przez wykonawcę, odszkodowanie zaś może być co najwyżej ekwiwalentem szkody, jaką wykonawca poniósł.

Obie te instytucje pełnią różne funkcje i nie wolno ich mieszać. W tej sytuacji celowe jest rozważenie wykreślenia w klauzuli 2.1 warunków ogólnych sformułowania o włączeniu kwoty odszkodowania do ceny kontraktowej. Natomiast zapis o umiarkowanym zysku trzeba interpretować albo jako surogat kary umownej, albo jako dopuszczalne, gdyż nieobejmujące ścisłej kwoty odszkodowania podwyższenie wysokości wynagrodzenia.

Omawiając kwestię roszczeń odszkodowawczych, należy zwrócić uwagę na korzystną dla wykonawcy klauzulę 4.12 w.o. (nie dotyczy kontraktu EPC), przewidującą prawo domagania się pokrycia kosztów wykonawcy w razie napotkania na terenie budowy nieprzewidywalnych warunków fizycznych. Chodzi o „warunki naturalne, jak i wytworzone przez człowieka", czyli – w tym ostatnim przypadku – działania osób trzecich oraz zamawiającego, także warunki podpowierzchniowe i geologiczne, z wyłączeniem jednakże warunków klimatycznych. Jedynym wymogiem jest wykazanie przez wykonawcę niemożności przewidzenia w chwili zawierania umowy, iż opisane warunki mogą wystąpić.

Jest to zapis o tyle korzystny dla wykonawcy, iż koszty, których zwrotu się domaga, nie muszą powstać na skutek czyjegoś zawinionego działania, mogą być następstwem zdarzeń o charakterze obiektywnym, a zarazem nie muszą nosić charakteru siły wyższej. Stwarza to znacznie szerszą płaszczyznę dochodzenia roszczeń niż w przypadku typowych żądań o charakterze odszkodowawczym.

Pomoc drugiej strony

Klauzula 2.2 w.o. uprawnia wykonawcę do żądania od zamawiającego udzielenia pomocy poprzez poparcie wniosków o uzyskaniu wszelkich „licencji, zezwoleń i zatwierdzeń" wymaganych przez prawo do wykonania umowy i usunięcia wad. Ponadto zamawiający winien poprzeć wnioski wykonawcy m.in. na „dostawę dóbr, łącznie z odprawami celnymi".

Oczywiście zapisy te, wybitnie nieprecyzyjne, wymagają odpowiedniego uściślenia w warunkach szczególnych. O ile nie ma wątpliwości, iż sformułowanie „licencje, zezwolenia i zatwierdzenia" obejmuje całość decyzji administracyjnych oraz uzgodnień przewidzianych przepisami prawa budowlanego, o tyle całkowicie niejasne jest, jakiego rodzaju działania zamawiającego można interpretować jako wypełnienie obowiązku „poparcia wniosków" wykonawcy. Generalnie przepisy administracyjne normujące tryb występowania o wydanie decyzji przez właściwy organ nie przewidują instytucji poparcia przez osobę trzecią. Jeszcze mniej jasne jest, w jaki sposób zamawiający miałby poprzeć wnioski (czyżby chodziło o zamówienia?) o „dostawę dóbr". Celowe zatem będzie zastąpienie terminu „poparcie" konkretną treścią, która m.in. winna obejmować udzielenie konsultacji oraz udostępnienie znajdujących się w posiadaniu zamawiającego dokumentów pomocnych przy formułowaniu wniosków.

Udowodnienie finansowania

Wykonawcy przysługuje prawo zażądania od zamawiającego przedłożenia dowodu należytego przygotowania finansowania realizacji kontraktu umożliwiającego zapłatę wynagrodzenia. Z pewnością wystarczającym spełnieniem tego obowiązku będzie przedstawienie przez zamawiającego gwarancji zapłaty wynagrodzenia przewidzianej w kodeksie cywilnym. Jednakże treść cytowanych postanowień w.o. dopuszcza i inne – niewymagające ponoszenia kosztów towarzyszących wystawieniu gwarancji (promesy kredytowe, umowy przedwstępne) – formy wykazania odpowiedniego przygotowania finansowania inwestycji, których szczegóły winny być sprecyzowane w warunkach szczególnych (w.s.).

Udostępnienie sprzętu

Zgodnie z klauzulą 4.20 w.o. wykonawcy służy roszczenie o udostępnienie sprzętu stanowiącego własność zamawiającego na zasadach wskazanych w specyfikacji lub w.s. Praktyka wskazuje, iż najczęściej zamawiający wykreślają ten zapis, który może jednak być korzystny dla obu stron. Istotne jest – choć w.o. o tym nie wspominają – aby takiemu udostępnieniu towarzyszyła zawsze odrębna umowa precyzująca jego charakter (najem, dzierżawa), istotne warunki oraz rodzaj dokumentów potwierdzających stan jakościowy i ilościowy sprzętu w chwili wydawania oraz zwrotu.

Odbiór robót

Wykonawcy przysługuje wobec zamawiającego roszczenie o dokonanie odbiorów przedmiotu kontraktu w postaci wystawianych na rzecz wykonawcy świadectw przejęcia. Mogą one dotyczyć zarówno całych robót (przedmiotu umowy), jak i ich odcinków, określonych w dokumentach kontraktowych jako przedmiot odbioru częściowego. Wywiązanie się wykonawcy z obowiązku usunięcia wad dokumentuje świadectwo wykonania. Trzecim rodzajem odbiorów jest odbiór prób końcowych.

Wystawienie świadectwa przejęcia winno być poprzedzone pozytywnym przebiegiem prób końcowych, przy czym dopuszczalne jest dokonanie odbioru także w razie ujawnienia „drobnych zaległych prac oraz wad", które nie mają znaczącego wpływu na użytkowanie robót oraz odcinka. Tego rodzaju uchybienia winny zostać usunięte przez wykonawcę w tzw. okresie zgłaszania wad. Istotne jest zatem akcentowanie przez wykonawcę – w razie stwierdzenia istnienia wad zarzutów – iż wady czy też zaległości nie mają istotnego charakteru.

W razie uznania przez zamawiającego, iż wyniki prób końcowych okazały się negatywne, może on nakazać ponowne przeprowadzenie prób lub odrzucić całość robót lub odcinka, czyli odmówić odbioru. Jednakże odrzucenie może mieć miejsce tylko wówczas, gdy negatywny wynik pozbawi zamawiającego istotnych korzyści z robót lub odcinka. Ten ostatni termin cechuje znaczny brak precyzji, konieczne jest jego zdefiniowanie w w.s. W interesie wykonawcy jest uzależnienie odrzucenia od niemożności użytkowania robót lub odcinka zgodnie z przeznaczeniem.

Po pozytywnym przeprowadzeniu prób końcowych, na skutek złożonego przez wykonawcę wniosku, zamawiający może wystawić świadectwo przejęcia lub odrzucić wniosek, wskazując przyczyny. Wydanie świadectwa przejęcia rozpoczyna bieg okresu zgłaszania wad. W tym okresie wykonawca obowiązany jest usunąć wszelkie usterki wynikające z wad projektów, za które był odpowiedzialny, oraz będące następstwem innego nienależytego wykonania przez niego kontraktu. W razie nieusunięcia zamawiającemu wolno usunąć wady na koszt wykonawcy, za pośrednictwem inżyniera obniżyć wynagrodzenie lub – jeżeli wada pozbawia zamawiającego „istotnej części korzyści z robót lub znacznej części robót" – wstrzymać wykonywanie kontraktu w całości lub w części.

W przypadku wstrzymania zamawiający będzie uprawniony do „odzyskania wszystkich kwot zapłaconych za roboty plus koszty finansowania, rozbiórki, oczyszczenia terenu budowy oraz zwrócenia urządzeń i materiałów wykonawcy". Jak z powyższego wynika, procedury odbiorowe zostały w w.o. z korzyścią dla zamawiającego, szeroko rozbudowane, czemu nie towarzyszy jednak niezbędna precyzja sformułowań.

W omawianym przypadku wykonawca zasadnicze żądania co do pożądanej treści w.o. winien formułować na etapie redagowania w.s. Wypada zauważyć, iż o ile w przypadku prób końcowych oraz nieusunięcia wad zawarty w w.o. katalog uprawnień oraz obowiązków stron wydaje się zamknięty, o tyle w przypadku wystawiania świadectwa przejęcia zamawiający może jedynie je wystawić lub odmówić wystawienia. Wykonawca, w swoim interesie, winien się domagać wprowadzenia do kontraktu przejrzystego trybu reakcji na wady w momencie wystawienia świadectwa przejęcia, czyli w trakcie zasadniczego odbioru. [wzór]

Całkowicie nieprawidłowe jest użyte w w.o. sformułowanie, iż inżynier wstrzymuje wykonywanie umowy, skoro towarzyszą temu konsekwencje typowe dla odstąpienia. Samo wstrzymanie wykonywania umowy nie eliminuje umowy z obrotu prawnego i nie daje tytułu prawnego do domagania się rozliczeń. Podobnie skrajnym brakiem precyzji razi termin „pozbawienie istotnej korzyści". Kontrakt przewiduje uzyskanie określonych parametrów użytkowych realizowanego obiektu, a nie – jakkolwiek by to subiektywne określenie rozumieć – skalę korzyści zamawiającego, to niewłaściwy punkt odniesienia. Nawet jeżeli na etapie realizacji kontraktu w drodze aneksu nie uda się nadać mu odpowiedniego brzmienia, należy się domagać od inżyniera przyjęcia wskazanej wyżej interpretacji kontraktu, odpowiadającej duchowi i literze polskiego prawa zobowiązań.

WZÓR

Klauzula dotycząca reakcji na wady może brzmieć tak:

Jeżeli w następstwie rozpatrywania wniosku o wystawienie świadectwa przejęcia zostaną stwierdzone wady:
1) nadające się do usunięcia i niewpływające znacząco na użytkowanie robót lub odcinka zgodnie z przeznaczeniem – inżynier może wystawić świadectwo przejęcia lub odmówić wystawienia świadectwa, w obu przypadkach wyznaczając termin na usunięcie wad,
2) nienadające się do usunięcia – Inżynier może:
a/ jeżeli wady nie uniemożliwiają użytkowania robót zgodnie z przeznaczeniem – obniżyć cenę kontraktową odpowiednio do utraconej wartości użytkowej, estetycznej i technicznej,
b/ jeżeli wady uniemożliwiają użytkowanie robót zgodnie z przeznaczeniem – od kontraktu odstąpić w całości lub w części.

FLESZ GOSPODARCZY

Szkolenie dotyczące ochrony własności przemysłowej

Jutro w godz. 10–12 w Centrum Przedsiębiorczości Smolna w Warszawie odbędzie się szkolenie „Ochrona własności przemysłowej", przeznaczone m.in. dla przedsiębiorców, wynalazców i studentów – informuje Urząd Patentowy RP. Wydarzenie poprowadzi dyrektor Departamentu Zbiorów Literatury Patentowej UPRP. Podczas szkolenia zostanie omówiony m.in. przedmiot prawa własności przemysłowej oraz ochrony własności przemysłowej z uwzględnieniem rozwiązań technicznych (m.in. zdolności patentowej, ustawowych warunków udzielenia patentu, wyłączeń spod patentowania). Przewidziane są także odpowiedzi eksperta na pytania uczestników. Udział w przedsięwzięciu jest bezpłatny. Zainteresowani udziałem w wydarzeniu mogą przesyłać zgłoszenia na adres centrum.przedsiebiorczosci@um.warszawa.pl. Projekt współfinansowany jest ze środków Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego.

Zarządzanie kompetencjami w MŚP

Małe i średnie firmy niebędące w trakcie wdrażania systemu zarządzania przez kompetencje mogą skorzystać z działań analitycznych, doradczych i szkoleniowych w ramach projektu systemowego Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości „Zarządzanie kompetencjami w MŚP", współfinansowanego przez Unię Europejską w ramach Europejskiego Funduszu Społecznego. Celem przedsięwzięcia jest m.in. wsparcie przedsiębiorców we wdrażaniu systemu zarządzania przez kompetencje, a także wskazanie korzyści związanych z budowaniem marki. W pierwszym etapie projektu zostanie przeprowadzona analiza potencjału oraz przygotowane będą mapy kompetencji i plany rozwoju kompetencji w trzystu firmach. W kolejnej fazie wyłonionych będzie sto przedsiębiorstw. Eksperci przeprowadzą w nich działania szkoleniowe i doradcze, skierowane m.in. do właścicieli kadry menedżerskiej oraz pracowników o kluczowych dla danego podmiotu kompetencjach. Dodatkowe informacje oraz formularz zgłoszeniowy można znaleźć pod adresem www.kompetencjemsp.parp.gov.pl.

Spotkania z firmami południowoafrykańskimi

Tylko do jutra do 12.00 można przesyłać zgłoszenia do udziału w Forum Gospodarczym Polska – RPA, które odbędzie się 14 marca w Warszawie. Wydarzenie organizowane jest przez Ministerstwo Gospodarki oraz Polską Agencję Informacji i Inwestycji Zagranicznych (PAIiIZ) we współpracy z Trade&Investment South Africa w związku z oficjalną wizytą wiceprezydenta RPA w Polsce. Forum adresowane jest m.in. do przedsiębiorców zainteresowanych współpracą z firmami południowoafrykańskimi i inwestycjami na tym rynku. Jak informują organizatorzy, podczas konferencji odbędą się spotkania biznesowe dla polskich i południowoafrykańskich firm. Udział w wydarzeniu jest bezpłatny. Spotkanie prowadzone będzie w języku polskim i angielskim. Przedsiębiorcy zainteresowani udziałem w forum powinni wypełnić formularz zgłoszeniowy znajdujący się pod adresem http://www.paiz.gov.pl/20140314/forum_gospodarcze_polska_rpa.

Rekrutacja na Małopolskie Targi Innowacji

29 maja w Krakowie odbędą się Małopolskie Targi Innowacji. Wydarzenie, którego celem jest upowszechnienie innowacyjnego biznesu oraz promocja współpracy przedsiębiorstw z podmiotami z dziedziny nauki, skierowana jest w szczególności do podmiotów z sektora MŚP. Do 21 marca potrwa rekrutacja na wystawców prowadzona przez Urząd Marszałkowski Województwa Małopolskiego wśród małych i średnich firm. Uczestnicy muszą wykazać się innowacjami, osiągnięciami w konkursach oceniających innowacyjność lub współpracą z uczelniami czy instytutami badawczymi. Dla przedsiębiorców przygotowanych zostanie trzydzieści stanowisk. Pozostałe dwadzieścia zajmą zaproszone instytucje. Wydarzenie jest szansą dla firm na bezpłatną promocję i zaprezentowanie się szerszej publiczności. Organizatorzy zapewniają uczestnikom boksy wystawiennicze wyposażone m.in. w zabudowę oraz dostęp do internetu. Regulamin rekrutacji dostępny jest pod adresem www.imalopolska.eu EP

PISZCIE DO NAS,
MY NAPISZEMY O WAS
pawel.wrzesniewski@infor.pl

Czasem to klienci nie czytają regulaminów premium SMS

Nim zdecydujemy się na usługi o podwyższonej opłacie, sprawdźmy, ile kosztuje wysyłanie wiadomości. **Wystarczy zerknąć na cyfry**



Artur Sadowski
CEO, Platforma SerwerSMS.pl

W ubiegłym roku UKE otrzymał nieco ponad 250 zgłoszeń o potencjalnych nieprawidłowościach w obszarze premium SMS. Na rynku tych usług podmioty organizują różnego rodzaju gry, zabawy, loterie i konkursy. Zdarzają się i takie, które korzystając z niewiedzy klientów, braku znajomości prawa i regulaminów oraz zwykłej ludzkiej naiwności, narażają ich na poważne obciążenia finansowe, pobierając sowitą opłatę za wysyłanego SMS-a. Niejednokrotnie są to wiadomości kosztujące nawet powyżej 30 zł.

Regulacje prawne

Przepisy prawne nakładają na podmioty zajmujące się masową wysyłką SMS-ów obowiązki, które pomogą użytkownikom odróżnić zwykłą usługę premium SMS od próby wyłudzenia. Świadczenie usług o podwyższonej opłacie uregulowane zostało w ustawie z 16 lipca 2004 r. – Prawo telekomunikacyjne (tj. Dz.U. 2014 r. poz. 243, dalej: p.t.). O ile umowa o świadczenie usług telekomunikacyjnych powinna zostać zawarta w formie pisemnej lub elektronicznej, o tyle umowa o świadczenie usług o podwyższonej opłacie zostaje zawierana przez dokonanie czynności faktycznych (np. poprzez wysłanie SMS-a).

Obowiązki usługodawcy

Przede wszystkim organizator ma obowiązek podania wraz z numerem usługi ceny brutto za jednostkę rozliczeniową oraz nazwy podmiotu realizującego usługę (art. 64 ust. 1 p.t.). Jeśli informacja o usłudze jest przedstawiona w formie graficznej (np. w prasie czy telewizji), musi być ona przede wszystkim czytelna i umożliwiać zapoznanie się z ceną. Natomiast czas prezentacji kosztu za korzystanie z usługi ma nie być krótszy od czasu prezentacji samego numeru. W sytuacji kiedy użytkownikowi przedstawiana jest oferta na cykliczne otrzymywanie odpłatnych treści, usługodawca ma obowiązek umożliwienia mu uprzedniego zapoznania się z zasadami świadczenia usługi, co najczęściej realizowane jest poprzez przesłanie linku do regulaminu. Musi również pozwalać użytkownikowi na dokonanie skutecznej i natychmiastowej rezygnacji z usług w sposób wolny od opłat (art. 64 ust. 4 p.t.).

Warto także zwrócić uwagę na treść przesyłanych wiadomości. Kierowana do użytkownika informacja o możliwości świadczenia dodatkowych odpłatnych usług stanowi informację handlową w rozumieniu ustawy z 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną (tj. Dz.U. z 2013 r. nr 1422). Przepisy te wprowadzają bowiem wymóg pozyskania uprzedniej zgody użytkownika na przesyłanie informacji handlowych (art. 10 ust. 1–2). Zgoda musi być wyrażona w sposób świadomy i nie może być dorozumiana – oznacza to, że oświadczenie użytkownika nie powinno stanowić jednego z warunków zawarcia umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych.

Przede wszystkim prewencja

Należy zachować ostrożność podczas korzystania z różnego rodzaju usług mobilnych, zarówno internetowych, jak i SMS-owych. Jeżeli zasady konkursu czy gry mówią, że to my ponosimy koszt za SMS-y przychodzące, regulamin powinien określać ich ilość. Mamienie gwarancją wygranej to oszustwo, dlatego też nie należy brać udziału w konkursach, które opierają się na tego typu hasłach. Innym przykładem są firmy oferujące usługi lokalizacyjne. Hasła pojawiające się na ich stronach internetowych czy w reklamach sugerują, że dzięki ich usługom możemy dowiedzieć się, gdzie dokładnie znajduje się dany telefon. Jeżeli jednak przeanalizujemy regulamin, dowiemy się, że jest to tylko zabawa i za jej pośrednictwem możemy kogoś „wkręcić", że jest lokalizowany. Należy zawsze czytać regulaminy wszelkich zabaw czy usług wymagających od nas wysłania SMS-a i podania jakichkolwiek danych. Unikajmy wszystkich, które budzą nasze wątpliwości lub są znacząco niejasne.

Realna cena

Warto też dowiedzieć się, jaka jest realna cena wysłania SMS-a. Sprawdzenie tego nie jest zadaniem trudnym. Jeżeli wiadomość kosztuje mniej niż 10 zł, numer zaczyna się od cyfry „7" i jego druga liczba mówi o wartości SMS-a. Jeżeli koszt, jaki musimy ponieść, przekracza 10 zł, numer zaczyna się od „9", a jego druga i trzecia cyfra mówią o koszcie. Tak więc za SMS-a wysłanego na numer 74XX(X) zapłacimy 4 zł netto, a za taką samą wiadomość wysłaną na numer 914XX(X) – 14 zł netto.

Zarządzanie usługami

Dodajmy, że wolno za darmo u operatora zażądać blokady na wszystkie numery o podwyższonej płatności lub ustanowić limit kwotowy na tego typu usługi. Jeżeli zarejestrujemy dziecko jako użytkownika telefonu, mamy możliwość zarządzania usługami na jego koncie i sprawowania kontroli nad dostępnością i treściami np. SMS premium. Ponadto, znając numer, na który ma być wysłana wiadomość, jesteśmy w stanie zidentyfikować dostawcę. Wystarczy wejść na prowadzony przez prezesa UKE wykaz numerów usług o podwyższonej płatności i za pomocą wyszukiwarki znaleźć odpowiadający za nią podmiot. Przede wszystkim warto pamiętać o tym, że ostrożności nigdy dość, a przy tego typu usługach może nawet uchronić nas to przed potencjalnym oszustwem.

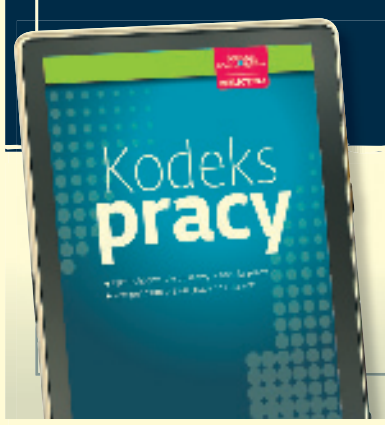
Urząd Komunikacji Elektronicznej

Pamiętajmy jednak, że sprawa nie jest jednostronna, a jak wynika z danych UKE, zgłaszane przez użytkowników przypadki nadużyć wcale nimi nie są. Wina coraz częściej wynika z nieuwagi klientów oraz ich ignorancji. Analizowane przez UKE przypadki, kiedy urząd podjął interwencje, potwierdziły, że usługi premium zostały aktywowane w sposób prawidłowy i nie mogło to się odbyć bez wiedzy klienta. Operatorzy, jak i dostawcy usług podawali okoliczności aktywacji usług, w tym subskrypcji. Klienci mieli również możliwość zapoznania się z regulaminem usługi. Niestety korzystali z usług o podwyższonej płatności, nie zapoznając się z warunkami ich świadczenia. Według UKE coraz rzadziej mamy do czynienia z oszustwem. Natomiast prawie w każdym z trafiających do urzędu przypadków wchodzi w grę z duża ignorancja klientów, zapominających o zapoznaniu się z regulaminem usługi, z której chcą skorzystać.

Gdzie szukać pomocy

Jeżeli już użytkownik wpadł w sidła nierzetelnego dostawcy usług premium SMS, może dochodzić swoich praw w Urzędzie Komunikacji Elektronicznej. W 2013 r. do UKE wpłynęło łącznie 256 spraw dotyczących usług SMS premium, zaś w styczniu 2014 r. 27 spraw. Na powyższe liczby składają się zgłoszenia zakwalifikowane jako wnioski o interwencję prezesa UKE, wnioski o przeprowadzenie postępowania mediacyjnego oraz zapytania o zasady świadczenia usług premium rate. Do UKE docierają sygnały od konsumentów, którzy wskazują na to, iż usługa o podwyższonej opłacie była reklamowana jako darmowa, podczas gdy w rzeczywistości przez usługodawcę pobierane były opłaty. Urząd weryfikuje wszystkie takie zgłoszenia pod kątem zapewnienia przez usługobiorcę możliwości łatwego zapoznania się z regulaminem usługi, określającym warunki i koszty korzystania z niej. Innymi organami, do których można kierować wnioski dotyczące złamania praw bądź oszustw SMS-owych, są rzecznik praw konsumenta oraz rzecznik praw obywatelskich.

AUTOPROMOCJA



Kodeks pracy

• ujednolicony tekst ustawy z komentarzem ekspertów • jak firma może otrzymać dopłaty do wynagrodzeń • jak skorzystać na elastycznym czasie pracy

Liczba stron: **208** | cena: **29 zł**

e-mail: bok@infor.pl
BOK: 22 761 30 30, 801 626 666
PATRZYMY OBIEKTYWNIE
PISZEMY ODPOWIEDZIALNIE

CYKL: UPADŁOŚĆ W BIZNESIE

Dla klubu sportowego bankructwo to czasem nowy początek

Nawet upadłość likwidacyjna nie musi oznaczać końca. Wręcz przeciwnie, kibice mogą się zamienić w menedżerów i **doprowadzić do powstania nowego podmiotu** o tych samych nazwie i herbie



Bartosz Sierakowski radca prawny, Kancelaria Zimmerman i Wspólnicy



Piotr Zimmerman radca prawny, Kancelaria Zimmerman i Wspólnicy

Nie tak dawno media informowały, że czołowy klub piłkarski w Polsce – Śląsk Wrocław – ma tak poważne problemy finansowe, że konieczne stało się złożenie wniosku o ogłoszenie upadłości. [ramka 1] Inne znane kluby – ŁKS Łódź i Polonia Warszawa – z powodu problemów finansowych zniknęły z Ekstraklasy. Bankructwo grozi więc również klubom sportowym, a co za tym idzie, konieczne może się okazać złożenie wniosku o ogłoszenie upadłości.

Tak jak inni

Ustawa z 25 czerwca 2010 r. o sporcie (Dz.U. nr 127, poz. 857, dalej: u.s.) w art. 3 ust. 1 określa, że działalność sportowa jest prowadzona w szczególności w formie klubu sportowego, który – co w tym miejscu należy podkreślić – musi posiadać osobowość prawną. Wynika stąd wniosek, że klub sportowy może działać w formie spółki kapitałowej (jako spółka z o.o. albo spółka akcyjna), stowarzyszenia, fundacji czy też spółdzielni. Regułę stanowi zatem dowolność w wyborze formy prawnej klubu sportowego – ważne jest tylko to, by działał jako osoba prawna. Wykluczone jest natomiast prowadzenie klubu w ramach jednoosobowej działalności gospodarczej.

Kluby sportowe na ogół działają w formie spółek akcyjnych lub stowarzyszeń. Spółka akcyjna jest podstawową formą prawną klubu sportowego spotykaną w sporcie, gdzie organizowane są rozgrywki ligowe. Ustawodawca przesądził, że w skład ligi zawodowej w grach zespołowych wchodzą wyłącznie kluby sportowe działające właśnie jako spółki akcyjne. Zgodnie z przepisami u.s. w sporcie, w którym współzawodnictwo sportowe jest organizowane w formie rozgrywek ligowych, polski związek sportowy może utworzyć ligę zawodową. Z kolei gdy ponad połowa klubów sportowych biorących udział w rozgrywkach ligowych działa w formie spółek akcyjnych, polski związek sportowy ligę zawodową musi utworzyć.

Istotna jest forma

Kluby sportowe mają zdolność upadłościową. Zgodnie z przepisami ustawy z 28 lutego 2003 r. – Prawo upadłościowe i naprawcze (t.j. Dz.U. z 2012 r. poz. 1112 ze zm., dalej: p.u.n.) upadłość można ogłosić przede wszystkim w stosunku do przedsiębiorców. Wspomniana ustawa dopuszcza również bankructwo m.in. spółek z ograniczoną odpowiedzialnością i spółek akcyjnych nieprowadzących działalności gospodarczej. W przypadku klubów sportowych działających w formie kapitałowych spółek handlowych wniosek, że posiadają one zdolność upadłościową, nie budzi większych wątpliwości. Podlegają one wpisowi do rejestru przedsiębiorców, co wskazuje, że prowadzą działalność gospodarczą.

Nieco więcej problemów przysparza ustalenie, czy zdolność upadłościową posiadają kluby sportowe działające w formie stowarzyszeń. Stowarzyszenie jest bowiem drugą najpopularniejszą formą prawną klubów sportowych. Zgodnie z przepisami ustawy z 7 kwietnia 1989 r. – Prawo o stowarzyszeniach (t.j. Dz.U. z 2001 r. nr 79, poz. 855) stowarzyszenie jest dobrowolnym, samorządnym, trwałym zrzeszeniem o celach niezarobkowych. Stowarzyszeniu wolno jednak podjąć działalność gospodarczą – wówczas podlega wpisowi do rejestru przedsiębiorców – i niewątpliwie w takim zakresie zyskuje zdolność upadłościową.

UWAGA! Ogłoszenie upadłości układowej w wielu dyscyplinach sportu (w tym w piłce nożnej) oznacza, że klub pozostaje w rozgrywkach i nie traci licencji na grę w trakcie sezonu

Różne konsekwencje

Odejście sponsora strategicznego z klubu sportowego na ogół jest równoznaczne z koniecznością złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości. Jakie są wówczas scenariusze? Zgodnie z przepisami p.u.n. sąd ogłasza upadłość układową albo likwidacyjną. Jakie konsekwencje wynikają zatem z faktu ogłoszenia upadłości klubu sportowego?

W razie ogłoszenia upadłości układowej warunki zaspokojenia wierzycieli oraz restrukturyzacji klubu sportowego są zawarte w układzie. Układ reguluje tym samym zasady wypłacania wynagrodzeń zawodnikom i trenerom (z pewnymi odrębnościami, gdy w grę wchodzą umowy o pracę), a także zasady spłaty zobowiązań wobec innych wierzycieli (np. wobec dostawców sprzętu sportowego). Układem nie są jednak objęte składki na ubezpieczenia społeczne, w związku z czym upadły klub sportowy nie ma wpływu na zasady uiszczania wspomnianych należności publicznoprawnych.

Niewypłacalne kluby sportowe, jak zresztą większość dłużników, dążą do ogłoszenia upadłości układowej. Daje ona szansę na porozumienie z wierzycielami klubu i może prowadzić do jego restrukturyzacji. Z kolei z czysto sportowego punktu widzenia ogłoszenie upadłości układowej w wielu dyscyplinach sportu (w tym w piłce nożnej) oznacza, że klub pozostaje w rozgrywkach i nie traci licencji na grę w trakcie sezonu. Niestety nie zawsze porozumienie z wierzycielami i zawarcie układu jest możliwe. W większości przypadków koniecznością okazuje się upadłość likwidacyjna, która oznacza definitywny koniec klubu w obecnym kształcie. W tym miejscu wskazujemy jednak, że w branży sportowej upadłość likwidacyjna faktycznie nie musi oznaczać definitywnego końca klubu sportowego. Niewykluczone jest bowiem rozpoczęcie przez taki podmiot „nowego sportowego życia" w niskiej klasie rozgrywkowej, jako nowo powołany klub sportowy, mający tę samą nazwę, symbole i kontynuuje tradycję upadłego klubu. Na jakiej podstawie? O tym później. Teraz bowiem należy się zastanowić nad tym, jakie są ściśle prawne konsekwencje ogłoszenia upadłości likwidacyjnej klubu sportowego.

Upadłość likwidacyjna charakteryzuje się – w pewnym uproszczeniu – tym, że syndyk przejmuje zarząd nad majątkiem upadłego, zarządza nim, zabezpiecza, by w końcu go zlikwidować, a z uzyskanych w ten sposób środków doprowadzić do zaspokojenia wierzycieli upadłego. Na gruncie czysto sportowym ogłoszenie upadłości likwidacyjnej może oznaczać utratę licencji na uczestnictwo w rozgrywkach. Przykładowo w piłce nożnej Komisji ds. Licencji Klubowych wolno zawiesić lub pozbawić licencji dany klub, jeżeli ten z dowolnej przyczyny stanie się niewypłacalny i wejdzie w stan likwidacji lub upadłości likwidacyjnej podczas trwania sezonu licencyjnego w rozumieniu obowiązujących przepisów prawa polskiego. Jak widać, ogłoszenie upadłości likwidacyjnej klubu sportowego rzeczywiście wywołuje problemy. Z czysto praktycznego punktu widzenia przy ogłoszeniu upadłości likwidacyjnej istotna jest problematyka modyfikacji stosunków umownych łączących upadły klub sportowy z jego wierzycielami, w szczególności z zawodnikami i członkami sztabu szkoleniowego. Przede wszystkim należy rozważyć zasady, na jakich zaspokojeniu podlegają należności zawodników i trenerów z tytułu podpisanych z danym klubem kontraktów.

Niejasny charakter kontraktów

W praktyce duże trudności może wywołać kwalifikacja prawna umów zawieranych w sporcie profesjonalnym. Trzeba zaznaczyć, że przepisy u.s. – w przeciwieństwie do art. 22 ust. 2 uchylonej ustawy z 18 stycznia 1996 r. o kulturze fizycznej (t.j. Dz.U. z 2007 r. nr 226, poz. 1675 ze zm.) w brzmieniu obowiązującym do 1 września 2005 r. – nie zawierają regulacji na ten temat. Wspomniany przepis określał, że zawodnikami posiadającymi status zawodnika profesjonalnego są osoby uprawiające sport na podstawie umowy o pracę lub umowy cywilnoprawnej i otrzymujące za to wynagrodzenie. Ustawodawca preferował tym samym umowę o pracę jako podstawę świadczenia usług sportowych. Jednak nawet wówczas były wątpliwości odnośnie do prawidłowej kwalifikacji kontraktów zawieranych w sporcie profesjonalnym.

Sąd Najwyższy w ostatnich latach wielokrotnie wypowiadał się na wskazany powyżej temat, przyjmując, że umowy o profesjonalne uprawianie określonej dyscypliny sportu to nienazwane umowy o świadczenie usług, do których należy stosować przepisy o umowie-zleceniu. Pogląd ten można uznać za ugruntowany w orzecznictwie Sądu Najwyższego, o czym świadczą wyroki: z 24 stycznia 2000 r. (sygn. akt III CKN 531/98), z 16 lutego 2006 r. (sygn. akt IV CK 380/05) czy też z 12 marca 2010 r. (sygn. akt II UK 400/09). Kontrakty zawierane w sporcie profesjonalnym charakteryzują się tym, że zawodnik zobowiązuje się świadczyć usługi w taki sposób, by maksymalizować swoje wyniki sportowe, a przez to także wyniki swojego klubu sportowego, otrzymując w zamian wynagrodzenie. Umowy te mają charakter dwustronnie zobowiązujący, odpłatny oraz wzajemny. Świadczenie sportowca ma charakter świadczenia ciągłego, tzn. charakteryzuje je trwanie obowiązku świadczenia przez określony czas. [ramka 2]

Nierówne szanse zaspokojenia

Jeżeli uznamy, że pogląd Sądu Najwyższego jest prawidłowy, wówczas w postępowaniu upadłościowym danego klubu sportowego, obejmującym likwidację jego majątku zastosowanie znajdzie art. 102 p.u.n. Z przepisu tego wynika, że w razie ogłoszenia upadłości likwidacyjnej zawarte przez upadłego umowy-zlecenia, w których upadły był dającym zlecenie, wygasają z dniem ogłoszenia upadłości. Przepis ten odnosi się do wszystkich umów opartych na konstrukcji umowy-zlecenia, zatem znajdzie on zastosowanie także do umów o profesjonalne uprawianie sportu. W takim wypadku należności zawodników będą podlegały zaspokojeniu w kategorii czwartej.

Zakwalifikowanie danego kontraktu jako umowy o pracę doprowadzi zaś do uprzywilejowania należności pracowników. Przede wszystkim podlegałyby one zaspokojeniu w kategorii drugiej. Poza tym sytuacja zawodników potraktowanych jako pracownicy świadczący usługi sportowe na podstawie umowy o pracę byłaby również korzystniejsza w tym sensie, że przysługujące im należności nie musiałyby zostać zgłoszone w toku prac nad listą wierzytelności – w razie ich niezgłoszenia zostałyby umieszczone na liście z urzędu. Jednak w świetle orzecznictwa Sądu Najwyższego kontraktów zawieranych w sporcie profesjonalnym nie można kwalifikować jako umowy o pracę.

Ramka 1. Jak Feniks z popiołów

Bez wątpienia najsmutniejszą konsekwencją bankructwa klubu sportowego jest wypadnięcie na kilka lat – w optymistycznym wariancie– z rywalizacji sportowej na najwyższym poziomie. Wraz z zakończeniem postępowania upadłościowego z właściwego rejestru wykreśla się podmiot, który funkcjonował jako klub sportowy. Przykładowo, jeżeli upadły klub sportowy działał jako spółka z o.o., jego rozwiązanie następuje z chwilą wykreślenia z rejestru przedsiębiorców na wniosek syndyka. Czy jednak taki klub sportowy, który był uosobieniem wieloletniej tradycji sportowej w danej miejscowości, definitywnie przechodzi do historii?

Na szczęście nie. Praktyka uczy, że kluby są odbudowywane, na ogół dzięki staraniom kibiców zrzeszonych w stowarzyszenia. Do życia może być powołany nowy klub sportowy, o tej samej nazwie, herbie, wprost nawiązujący do przeszłości upadłego klubu sportowego. „Nowy" klub sportowy jest następnie rejestrowany, najczęściej jako stowarzyszenie i po zgłoszeniu do właściwego związku sportowego rozpoczyna działalność. Na przykładzie zasad obowiązujących w piłce nożnej trzeba jednak powiedzieć, że musi upłynąć wiele lat, zanim klub odbuduje się w pełni. Zgodnie z uchwałą PZPN nr XI/140 w sprawie organizacji rozgrywek w piłkę nożną klub zgłaszający się do PZPN rozpoczyna rozgrywki mistrzowskie od najniższej klasy rozgrywkowej w danym związku piłki nożnej. Jednak za zgodą właściwego Wojewódzkiego Związku Piłki Nożnej prowadzącego dane rozgrywki, klub zgłaszający się do PZPN lub zgłaszający do rozgrywek drużynę w kategorii seniorów może rozpocząć rozgrywki mistrzowskie od klasy A, zaś w wyjątkowych przypadkach, na wniosek Wojewódzkiego Związku Piłki Nożnej prowadzącego dane rozgrywki, Zarząd PZPN może dopuścić do rozgrywek mistrzowskich IV ligi, klub zgłaszający się do PZPN lub zgłaszający do rozgrywek drużynę w kategorii seniorów. To ostatnie rozwiązanie jest podyktowane chęcią pomocy klubom, które mają bogatą tradycję, a ich degradacja nie nastąpiła z przyczyn sportowych, lecz np. finansowych. Formalnie więc powstaje nowy podmiot, który musi przejść procedurę związaną z wpisem do KRS, jednak podmiot ten – z racji posiadania tej samej nazwy czy herbu, jaką posiadał upadły – w świadomości społecznej wciąż funkcjonuje jako ten sam klub sportowy.

Ramka 2. Kontrowersyjne stanowisko Sądu Najwyższego

Pogląd Sądu Najwyższego, zgodnie z którym umowy o profesjonalne uprawianie określonej dyscypliny sportu to nienazwane umowy o świadczenie usług, do których należy stosować przepisy o umowie-zleceniu, nie jest w pełni akceptowany w doktrynie. Nie brak głosów, że w przypadku sportów zespołowych świadczenie usług sportowych powinno następować na podstawie umowy o pracę. W takim przypadku bowiem zawodnicy świadczą usługi sportowe w sposób podporządkowany, charakterystyczny dla świadczenia pracy, a ryzyko związane z ich działalnością w większej części ponosi klub sportowy. Identyfikacja danego kontraktu ma niebagatelne znaczenie dla postępowania upadłościowego, gdyż uznanie, że w konkretnym przypadku mamy do czynienia z kontraktem będącym umową o pracę oznacza, że należności z niego wynikające będą podlegały zaspokojeniu w kategorii drugiej.

ORZECZNICTWO

Nie przejmie firmy wspólnik, który przyczynił się do jej rozpadu

TEZA Przyznanie prawa do przejęcia majątku spółki uzależnione jest od dwóch przesłanek: zaistnienia powodu do rozwiązania spółki oraz przypisanie tego powodu tylko jednemu wspólnikowi.

STAN FAKTYCZNY M.P. i M.K. założyli spółkę jawną. Jej działalność została podzielona pomiędzy wspólników i przejęta przez utworzone przez każdego z nich spółki. M.P. zażądał więc przyznania mu prawa do przejęcia majątku spółki jawnej z obowiązkiem rozliczenia się ze wspólnikiem M.K. Podał, że M.K. wypowiedział umowę spółki, powołując się na istnienie znacznych rozbieżności co do dalszego sposobu prowadzenia działalności gospodarczej przez spółkę, nie jest zainteresowany jej funkcjonowaniem i dąży do zakończenia jej działalności. To zaś jest sprzeczne z wolą M.P. oraz grozi likwidacją miejsc pracy. M.K. wystąpił do M.P. z propozycją postawienia spółki w stan likwidacji i podziału jej majątku – nieruchomości. M.P. nie zaakceptował propozycji, a z uwagi na pogłębianie się konfliktu wypowiedział umowę spółki. Sprawa trafiła do sądu okręgowego, który oddalił powództwo. Wskazał, że roszczenie z art. 66 kodeksu spółek handlowych (k.s.h.) o przyznanie wspólnikowi prawa do przejęcia majątku spółki jawnej przysługuje, o ile po stronie (drugiego) wspólnika spółki jawnej występuje powód rozwiązania spółki. M.P. wniósł apelację.

UZASADNIENIE Sąd apelacyjny oddalił apelację. Wyjaśnił, że zgodnie z art. 66 k.s.h., jeśli w spółce składającej się z dwóch wspólników po stronie jednego z nich zaistnieje powód rozwiązania spółki (nie musi to być nawet „ważny" powód), sąd może przyznać drugiemu prawo przejęcia majątku spółki z obowiązkiem rozliczenia się z występującym wspólnikiem. W przypadku wystąpienia jednego z dwóch wspólników należy w zasadzie przeprowadzić likwidację przedsiębiorstwa, spółka jawna nie może bowiem trwać, jeżeli pozostaje w niej jeden wspólnik. Artykuł 66 k.s.h. zawiera wyjątek na korzyść wspólnika, który nie daje powodu do rozwiązania spółki. Przyznanie prawa do przejęcia majątku spółki uzależnione jest jednak od dwóch przesłanek: zaistnienia powodu do rozwiązania spółki oraz przypisanie tego powodu tylko jednemu wspólnikowi. Powody te nie mogą bowiem obciążać tego wspólnika, który z żądaniem przyznania majątku występuje. Wprawdzie w piśmie pozwanego wypowiadającym umowę nie wskazano żadnych przyczyn tego, jednakże nie można abstrahować od okoliczności, które między stronami zaistniały i były bezsporne. Jak wynika z ustaleń sądu pierwszej instancji, wspólnicy od lat nie prowadzą wspólnej działalności, każdy z nich działa w ramach odrębnych podmiotów, korzystając jedynie z nieruchomości spółki jawnej. Nieruchomość ta została już dawno przez wspólników w sposób faktyczny podzielona, co potwierdzają właśnie zarzuty powoda, że spółka, w ramach której działa pozwany, korzysta także z części nieruchomości wykraczającej poza ten podział. Istniały więc ważne powody do wypowiedzenia umowy w postaci wzajemnego braku zaufania, obciążające w równym stopniu obydwóch wspólników. W takim wypadku żaden z nich nie może się ubiegać o przyznanie mu prawa do przejęcia majątku spółki jawnej.

Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 30 listopada 2012 r., sygn. akt I ACa 1096/12

Udział w zysku nie ustaje wraz z odejściem ze spółki

TEZA Były wspólnik ma prawo do udziału w zysku ze spraw jeszcze niezakończonych. Prawo chroni gratyfikację dla niego z tytułu wypracowanego przy jego udziale zysku, choćby aktualnie wspólnikiem już nie był.

STAN FAKTYCZNY T.K. domagał się od spółki komandytowo-akcyjnej, której był komplementariuszem, lecz wypowiedział stosunek komplementariatu, kwoty 301 tys. zł. Spółka wypracowała bowiem za rok 2010 zysk w kwocie 6,7 mln zł. Zgodnie zaś z jej statutem, T.K. uczestniczył w zysku w wysokości 4,5 proc. Na podstawie więc art. 65 par. 5 kodeksu spółek handlowych (k.s.h) w zw. z art. 126 par. 1 pkt 1 k.s.h. należy mu się – tytułem udziału w zysku – dochodzona pozwem kwota. Spółka podjęła jednak uchwałę o zmianie statutu, na mocy której T.K. został wyłączony od udziału w zysku, a następnie dokonano podziału zysku za 2010 rok, wyłączając powoda. Sąd Okręgowy w Warszawie przyznał mu jednak żądaną kwotę. Stwierdził, że jakkolwiek z k.s.h. wynika, iż statut spółki może zawierać postanowienia zwalniające komplementariusza spółki komandytowo-akcyjnej z partycypacji w stratach, tak niedopuszczalne były postanowienia wykluczające z udziału w zyskach. Spółka wniosła apelację.

UZASADNIENIE Sąd apelacyjny uznał ją za bezzasadną. Wyjaśnił, że sąd pierwszej instancji dokonał właściwej wykładni i prawidłowo zastosował art. 65 par. 5 k.s.h. w zw. z art. 126 par. 1 pkt 1 k.s.h. Zgodnie z nim wspólnik występujący ze spółki uczestniczy w zysku i stracie ze spraw jeszcze niezakończonych. Nie ma jednak wpływu na ich prowadzenie. Może żądać wyjaśnień, rachunków oraz podziału zysku i straty z końcem każdego roku obrotowego. Wobec tego możliwość udziału byłego wspólnika (a w tym przypadku komplementariusza) w zysku niezależna jest od okoliczności, czy ustępujący wspólnik uczestniczył i miał wpływ na określone sprawy, czy też takiego wpływu nie miał, kiedy jeszcze wspólnikiem pozostawał. Tymczasem spółka niezasadnie uzależniała możliwość udziału byłego wspólnika w wypracowanym przez nią zysku właśnie od jego wpływu na prowadzenie spraw spółki. Funkcją przepisu, który byłemu wspólnikowi przyznaje prawo do udziału w zysku ze spraw jeszcze niezakończonych, jest w istocie zagwarantowanie tej osobie gratyfikacji z tytułu wypracowanego przy jej udziale zysku, choćby aktualnie wspólnikiem już nie była. Powodem uznania, że ustępującemu wspólnikowi przysługuje udział w zysku wypracowanym przez spółkę w wyniku realizacji określonej sprawy, jest jej niezakończenie przed wystąpieniem wspólnika ze spółki, a zatem kryterium czasowe. Ponadto prawo do udziału w zysku nie jest ograniczone do ostatniego roku obrotowego, w którym wspólnik ustępujący uczestniczył w spółce. Jest też uprawniony do udziału w zysku także w kolejnych latach, o ile spełniony zostanie warunek, że zysk ten choć zrealizowany później, jest wynikiem spraw rozpoczętych podczas udziału w spółce ustępującego wspólnika, a niezakończonych przed jego wystąpieniem. To samo dotyczy udziału w stratach.

Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 8 marca 2013 r., sygn. akt VI ACa 1237/12

Utrata zaufania przez strony uzasadnia zerwanie kontraktu

TEZA W ramach swobody kontraktowania strony mogą ograniczyć możliwość wypowiedzenia umowy-zlecenia również z ważnych powodów, zastrzegając np. konieczność zachowania określonego terminu wypowiedzenia.

STAN FAKTYCZNY M.D. jest radcą prawnym prowadzącym własną kancelarię. W 2004 r. zawarł ze spółką akcyjną umowę-zlecenia w przedmiocie świadczenia na jej rzecz kompleksowej obsługi prawnej. Umowa zawarta została na czas nieokreślony, a każda ze stron mogła ją rozwiązać, za uprzednim trzymiesięcznym wypowiedzeniem. Następnie zawarto aneks do umowy, w której ustalono, że każda ze stron może rozwiązać ją za uprzednim, sześciomiesięcznym, pisemnym wypowiedzeniem. W 2008 r. radca otrzymał oświadczenie o rozwiązaniu umowy. Spółka zażądała od niego wydania dokumentacji prowadzonych spraw, czego prawnik nie zrobił. Poinformował, że do czasu upływu okresu wypowiedzenia, nie może wydać dokumentów, które są mu niezbędne do prawidłowego wykonywania umowy, spółka zaś nie zwolniła go z obowiązku świadczenia usług w okresie wypowiedzenia. Spółka wypowiedziała więc umowę ze skutkiem natychmiastowym z powodu utraty zaufania do pełnomocnika na podstawie art. 746 par. 1 kodeksu cywilnego (k.c.). Spór z powództwa prawnika trafił do sądu. Radca podnosił, że nie można było wypowiedzieć mu umowy w trybie natychmiastowym (bez zachowania okresu wypowiedzenia), gdyż nie było ku temu przesłanek, tj. ważnych powodów. Sąd okręgowy uznał, że powództwo zasługuje na uwzględnienie w całości. Spółka wniosła więc apelację.

UZASADNIENIE Sąd apelacyjny zmienił wyrok w ten sposób, że oddalił powództwo. Wyjaśnił, że w przypadku, gdy w art. 746 k.c. mowa jest o wypowiedzeniu bez ważnych powodów i wypowiedzeniu umowy-zlecenia z ważnych powodów, konieczne było ustalenie, jakiej konkretnie sytuacji dotyczy zapis łączącej strony umowy. Fragment wskazujący na możliwość rozwiązania umowy za uprzednim – pierwotnie trzymiesięcznym, a po zmianach umowy sześciomiesięcznym wypowiedzeniem – nie wyjaśnia sytuacji. W ocenie sądu całokształt okoliczności sprawy pozwala na ustalenie, iż strony nie wykluczyły możliwości wypowiedzenia umowy w każdym czasie w razie zaistnienia ku temu ważnych powodów. Samo literalne brzmienie spornego zapisu nie daje jednak w tym zakresie jednoznacznej odpowiedzi. Sąd wskazał, że w umowach należy raczej badać, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na jej dosłownym brzmieniu. Sąd zwrócił uwagę, że radca nie przedstawił spółce sprawozdania ze wszystkich czynności dokonanych w okresie ostatnich 6 miesięcy, zaś biorąc pod uwagę działanie z należytą starannością, powinien był to odczytać jako żądanie spółki udzielania dającemu zlecenie potrzebnych wiadomości o przebiegu sprawy w rozumieniu art. 740 k.c., ewentualnie wyjaśnić klientowi różnicę pomiędzy sprawozdaniem a udzielaniem informacji i poprosić o sprecyzowanie oczekiwań. Takie zachowanie powoda mogło więc podważyć zaufanie do niego jako zleceniobiorcy. Zaistniały zatem ważne powody do rozwiązania umowy zlecenia w trybie natychmiastowym.

Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 17 stycznia 2014 r., sygn. akt I ACa 1133/13

Figurant nie uwolni się od odpowiedzialności za błędy zarządu

TEZA Jeśli ktoś godzi się świadomie na to, że będzie tylko na papierze pełnił funkcję członka zarządu, to nie może potem powoływać się na to, że nie powinien ponosić żadnej odpowiedzialności.

STAN FAKTYCZNY Spółka była użytkownikiem wieczystym nieruchomości i nie uiściła opłaty rocznej w kwocie ponad 173 tys. zł. Funkcję członków zarządu pełnili K.S., lecz jedynie jako „figurant", oraz E.G. Ten pierwszy zatrudniony był w spółce należącej faktycznie do E.G. jako elektryk. Nie miał styczności z jej dokumentami ani wiedzy o jej działalności, należnościach i zobowiązaniach. Podpisywał jedynie dokumenty przedstawiane mu przez księgową spółki lub E.G. Skarb Państwa wniósł o zasądzenie solidarnie od tych osób kwoty 173 406 zł. Należność została zasądzona prawomocnym nakazem zapłaty. Egzekucja należności okazała się bezskuteczna, wobec czego na podstawie art. 299 kodeksu spółek handlowych(k.s.h.), odpowiedzialność za uregulowanie należności spoczywała na pozwanych. Sprawa trafiła do sądu. Sąd okręgowy oddalił powództwo w stosunku do K.S. Mając na uwadze, że okoliczności sprawy mogą wskazywać na brak winy K.S. w niezgłoszeniu wniosku o upadłość, oraz fakt, że występował on sam w postępowaniu, będąc elektrykiem i nie posiada znajomości procedury cywilnej, sąd uznał, że zachodzi wyjątkowa sytuacja. Dopuścił z urzędu dowód z przesłuchania K.S. i uwzględnił jego zeznania. Wynikało z nich zaś, że nie miał on kontaktu z finansami i księgowością spółki. Skarb Państwa złożył apelację.

UZASADNIENIE Sąd apelacyjny zasądził jednak od K.S. na rzecz Skarbu Państwa żądaną pozwem kwotę. Wskazał, że zgodnie z art. 299 k.s.h., jeżeli egzekucja przeciwko spółce okaże się bezskuteczna, członkowie zarządu odpowiadają solidarnie za jej zobowiązania. Ten przepis w par. 2 stanowi, że członek zarządu może się uwolnić od odpowiedzialności, jeżeli wykaże, że we właściwym czasie zgłoszono wniosek o ogłoszenie upadłości lub wszczęto postępowanie układowe albo że nie zgłoszenie takiego wniosku albo nie wszczęcie postępowania układowego nastąpiło nie z jego winy, albo że pomimo niedokonania tych czynności wierzyciel nie poniósł szkody. Ciężar wykazania tych okoliczności spoczywa na pozwanym członku zarządu. Sąd wskazał, że praktyka życia gospodarczego pokazuje, iż coraz częściej w spółkach zdarzają się sytuacje patologiczne. Pewne osoby powoływane są na członków zarządu i następnie wpisywane w tym charakterze do rejestru, ale wcale nie dla wykonywania swoich funkcji. Praktycznie wtedy kto inny kieruje spółką, a ci członkowie nie są nawet informowani o jej sprawach. Zdaniem sądu takim osobom także można przypisać winę. Przyjęcie, iż tzw. nominalni członkowie zarządu nie ponoszą co do zasady żadnej odpowiedzialności, sprzyjałoby akceptowaniu przez wymiar sprawiedliwości niewłaściwych stosunków w spółkach i powoływaniu na członków zarządu figurantów. Stąd takie osoby powinny być traktowane tak jak normalni członkowie zarządu, co łączy się z ponoszeniem przez nich odpowiedzialności za zobowiązania spółki.

Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 21 września 2012 r., sygn. akt VI ACa 437/12

Oprac. **Ewa Maria Radlińska**

PRENUMERATA: Cena prenumeraty DZIENNIKA GAZETY PRAWNEJ: Wersja Standard: miesięczna (marzec 2014 r.): 100,80 zł, marzec–grudzień 2014 r.: 912,50 zł. Wersja Premium: miesięczna (marzec 2014 r.): 117,60 zł, marzec–grudzień 2014 r.: 1080,00 zł. Wszystkie ceny brutto (zawierają 8% VAT). Więcej informacji na stronie www.gazetaprawna.pl/prenumerata