



KAPITAŁ LUDZKI
NARODOWA STRATEGIA SPÓJNOŚCI



UNIA EUROPEJSKA
EUROPEJSKI
FUNDUSZ SPOŁECZNY



Prawo administracyjne i gospodarcze a sytuacja przedsiębiorcy na rynku polskim

pod redakcją
Magdaleny Górskiej
Katarzyny Zapały

W ramach projektu nr POKL.04.01.01-00-168/09
pn. *Specjalność prawo administracji publicznej i gospodarcze,*
kursy przygotowujące do egzaminu aplikacyjnego oraz doszkalanie kadry naukowej
z zakresu specjalistycznych języków obcych



Wyższa Szkoła Ekonomii, Prawa i Nauk Medycznych
im. prof. Edwarda Lipińskiego w Kielcach

Prawo administracyjne i gospodarcze a sytuacja przedsiębiorcy na rynku polskim

pod redakcją
Magdaleny Górskiej
Katarzyny Zapały

W ramach projektu nr POKL.04.01.01-00-168/09
pn. *Specjalność prawo administracji publicznej i gospodarcze,
kursy przygotowujące do egzaminu aplikacyjnego oraz doszkalanie kadry
naukowej z zakresu specjalistycznych języków obcych*

Wydawnictwo Wyższej Szkoły Ekonomii, Prawa i Nauk Medycznych
im. prof. Edwarda Lipińskiego w Kielcach

Kielce 2014

Redakcja naukowa

Magdalena Górską

Katarzyna Zapala

Recenzenci

prof. dr hab. Elżbieta Tomkiewicz

dr hab. Leszek Bielecki

dr Wojciech Graliński

Redaktor techniczny

Anna Bochenek

Korekta

Kazimiera Pryt

© Copyright by Wyższa Szkoła Ekonomii, Prawa i Nauk Medycznych
im. prof. Edwarda Lipińskiego w Kielcach

ISBN 978-83-63634-03-2

Wydawca

Kieleckie Towarzystwo Edukacji Ekonomicznej

na zlecenie Wyższej Szkoły Ekonomii, Prawa i Nauk Medycznych

im. prof. Edwarda Lipińskiego w Kielcach

Przygotowanie do druku

Tomasz Bochenek

Druk

Drukarnia COMPUS, www.compus.net.pl

Spis treści

Wstęp	5
Dawid Chaba <i>Wpływ interesu publicznego na podejmowanie działalności gospodarczej</i>	7
Dominik Tyrawa <i>Przedsiębiorca a globalizacja prawa na przykładzie prawa publicznego</i>	21
Paweł Marek Woroniecki <i>Administracyjnoprawne uwarunkowania przeobrażeń własnościowych wybranych kategorii podmiotów gospodarczych</i>	35
Magdalena Górską, Patryk Prus <i>Przekształcenie indywidualnej działalności gospodarczej w spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością – konsekwencje w zakresie podatków i obowiązkowych ubezpieczeń społecznych</i>	47
Sylvia Lisowska, Katarzyna Zapala <i>Przekształcenie indywidualnej działalności gospodarczej w spółkę z o.o. – wybrane zagadnienia</i>	61
Michał Jędrzejczyk <i>Konsekwencje prowadzenia działalności gospodarczej w ramach spółki komandytowej w podatkach dochodowych</i>	75
Wojciech Kozubski <i>Zabezpieczanie wierzytelności pieniężnych na nieruchomości w obrocie gospodarczym bez zgody dłużnika – hipoteka przymusowa</i>	87
Artur Maik <i>Zmiana wynagrodzenia należnego wykonawcy z tytułu umowy o roboty budowlane</i>	97
Michał Wdowiak <i>Cohousing a ustawa deweloperska – wybrane zagadnienia</i>	105
Maksymilian Ślusarczyk <i>Umowy o kredyt gospodarczy i wybrane sposoby ich zabezpieczenia</i>	121
Piotr Ruczkowski <i>Wewnętrzne służby ochrony przedsiębiorcy po deregulacji – problematyka administracyjnoprawna</i>	137

Ireneusz Nowak <i>Wydatki na aplikacje prawnicze a koszty uzyskania przychodów u przedsiębiorców wykonujących wolne zawody</i>	147
Angelika Kozyra <i>Instytucja obniżenia kapitału zakładowego spółki z o.o. poprzez umorzenie udziałów lub zmniejszenie ich wartości nominalnej</i>	163
Paweł Wójciak <i>Korekty przychodu z działalności gospodarczej w świetle przepisów ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych</i>	173
Rafał Frankiewicz <i>Optymalizacja podatkowa w przedsiębiorstwie w zakresie podatku od nieruchomości</i>	187
Paweł Mięka <i>Treść ponad formę? Niektóre uwagi na tle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości dotyczącego obowiązków formalnych w opodatkowaniu VAT</i>	199
Justyna Zając-Wysocka <i>Teoretyczne i praktyczne aspekty kontroli zwrotu podatku od towarów i usług</i>	223
Adam Zdunek <i>Wszczęcie kontroli podatkowej. Skutki prawne dla kontrolowanego przedsiębiorcy</i>	235
Adam Nita <i>Granice współdziałania podatnika z organem podatkowym w procesie wymiaru podatku</i>	249
Piotr Syrek <i>Karnoskarbowe aspekty kontroli podatkowej</i>	265
Artur Aleksander Dąbrowski <i>Sposoby przeciwdziałania procederowi prania brudnych pieniędzy w świetle unormowań prawa międzynarodowego i ustawodawstwa polskiego</i>	277

Szanowny Czytelniku

Niniejsza publikacja stanowi zbiór artykułów przygotowanych w związku z konferencją pt. *Prawo administracyjne i gospodarcze a sytuacja przedsiębiorcy na rynku polskim* realizowaną w ramach projektu pn. *Specjalność Prawo administracji publicznej i gospodarcze, kursy przygotowujące do egzaminu aplikacyjnego oraz doszkalanie kadry naukowej z zakresu specjalistycznych języków obcych nr WND-POKL.04.01.01-00-168/09*.

Celem organizatorów było zintegrowanie środowiska naukowego i praktyków w dążeniu do opracowania optymalnych rozwiązań dla przedsiębiorców. W niniejszej publikacji przedstawiono wybrane zagadnienia związane z prowadzeniem działalności gospodarczej, aktualnymi problemami podatkowymi w tym kontrolą podatkową, a także wskazano możliwości optymalizacji w zakresie podatków dochodowych i majątkowych.

Adresatami lektury są przede wszystkim jednostki gospodarcze, przedsiębiorcy oraz instytucje otoczenia biznesu.

W przedsięwzięciu uczestniczyło dwudziestu trzech autorów, w tym pracownicy naukowo-dydaktyczni, doktoranci, a także studenci będący beneficjentami projektu, w ramach którego niniejsza publikacja została przygotowana.

Wpływ interesu publicznego na podejmowanie działalności gospodarczej

Wstęp

Wolność działalności gospodarczej stanowi jedno z podstawowych praw wolnościowych objętych ochroną przez przepisy Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.². Co prawda rozdział II ustawy zasadniczej regulujący problematykę praw i wolności obywatela nie zawiera przepisu statuującego wprost powyższą zasadę, niemniej jednak należy pamiętać, iż Konstytucja RP chroni wszelkie przejawy wolności jednostek niezależnie od tego, czy dany rodzaj wolności ujęty został *expressis verbis* w jej treści³. Umożliwia to podejmowanie przez jednostkę takich działań i czynności w sferze działalności gospodarczej, które nie są zabronione przez prawo⁴. Można zatem stwierdzić, iż ustawodawca nałożył w ten sposób na państwo dwa podstawowe obowiązki: negatywny – polegający na ochronie wolności gospodarczej poprzez powstrzymanie się od wszelkich działań mogących utrudnić jednostkom faktyczne korzystanie z tego rodzaju wolności – oraz pozytywny – poprzez przyznanie poszczególnym jednostkom uprawnienia do domagania się od państwa zaniechania wszelkiej nieuzasadnionej ingerencji w sferę tzw. zaakceptowanej wolności gospodarczej⁵. Konstytucja RP jedynie na zasadzie pewnego wyjątku przewiduje możliwość ograniczania wolności działalności gospodarczej, wskazując jednak przy tym, iż jest to dopuszczalne tylko w drodze ustawy i tylko ze względu na ważny interes publiczny⁶. Dopuszczenie przez ustawodawcę możliwości dokonywania ograniczeń w sferze wolności działalności gospodarczej jedynie na mocy przepisów rangi ustawowej wyłącza możliwość prawotwórczej ingerencji organów administracji publicznej w tym zakresie⁷. Z kolei brak istnienia ważnego interesu publicznego jako dodatkowej przesłanki uzasadniającej ograniczenie tej

¹ Starostwo Powiatowe w Kielcach, Wydział Geodezji i Gospodarki Nieruchomościami.

² Dz.U. RP 1997, nr 78, poz. 483 ze zm.; dalej Konstytucja RP.

³ M. Szydło, *Swoboda działalności gospodarczej*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2005, s. 6 i n.

⁴ Ibidem, s. 7.

⁵ Ibidem, s. 8.

⁶ Art. 22 Konstytucji RP.

⁷ T. Bąkowski, *Swoboda działalności gospodarczej a reglamentacja podejmowania i prowadzenia działalności gospodarczej*, [w:] *Administracyjnoprawna sytuacja jednostki w świetle zasady pomocniczości*, Wydawnictwo Oficyna 2007, Lex Prestige on-line.

wolności uniemożliwia dokonywania zmian ustawowych na niekorzyść przedsiębiorców⁸. Pierwszy ze wskazanych wyżej warunków, które muszą być spełnione w celu wprowadzenia prawnych ograniczeń zasady wolności działalności gospodarczej, nie wymaga szerszego omówienia. Drugiemu natomiast poświęcona zostanie dalsza część niniejszej pracy, bowiem po pierwsze, jest to pojęcie niedookreślone wymagające omówienia, po drugie zaś istotne jest wyjaśnienie, jakie znaczenie odgrywa ono dla podejmowania i prowadzenia działalności gospodarczej przez polskiego przedsiębiorcę.

1. Definicja interesu publicznego

1.1. Definicja interesu publicznego w literaturze

Pojęcie „interesu publicznego” może być analizowane i rozpatrywane na wielu płaszczyznach. Trudności w jego zdefiniowaniu polegają przede wszystkim na tym, iż nie można mu przypisać generalnego znaczenia opisowego, albowiem jego treść determinowana jest przez zmieniający się kontekst społeczny⁹. Koncepcja interesu publicznego stanowiła do tej pory w literaturze naukowej przedmiot wielu kontrowersyjnych dociekań nie tylko ze strony prawników, ale również politologów, filozofów, ekonomistów czy socjologów¹⁰. W literaturze prawniczej powszechnie panuje pogląd, iż pojęcie „interes publiczny” jest pojęciem nieostrym, zaś norma prawna odsyłająca do interesu publicznego zawiera klauzulę generalną¹¹. Koncepcje interesu publicznego w piśmiennictwie przyjmują różne formy w zależności od kryteriów, z jakimi są związane, jak chociażby koncepcje aksjologiczne, które wiążą interes publiczny z wartościami, koncepcje prakseologiczne, które za punkt wyjścia stawiają cele czy też koncepcje związane z potrzebami¹². Ponadto można także trafić na liczne poglądy łączące różne koncepcje (tzw. koncepcje mieszane, hybrydalne) oraz te, które trudno zakwalifikować do katalogu wyżej wymienionych¹³. Z uwagi na bardzo szeroki zakres omawianej tematyki nie sposób w ramach niniejszego opracowania scharakteryzować każdej z wymienionych wyżej definicji interesu publicznego. Warto natomiast podkreślić, iż koncepcja klauzuli interesu publicznego według większościowego poglądu nie jest definiowalna z uwagi na fakt, iż podlega „każdorazowej rekonstrukcji

⁸ Ibidem.

⁹ *Interes publiczny w działalności gospodarczej*, [w:] *Kryzys prawa administracyjnego? Jakość prawa administracyjnego*, pod red. D.R. Kijowskiego i in., Lex 2012, Lex Prestige on-line.

¹⁰ A. Żurawik, *Interes publiczny w prawie gospodarczym*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2013, s. 127.

¹¹ *Interes...*, pod red. D.R. Kijowskiego i in., Lex Prestige on-line.

¹² A. Żurawik, *Interes...*, s. 138.

¹³ Ibidem.

z uwzględnieniem szczególnej sytuacji adresata i okoliczności towarzyszących konkretyzacji stosowanej normy prawnej¹⁴. Zabieg ten winien służyć przede wszystkim uelastycznianiu prawa z uwagi na to, iż każde działanie polegające na definiowaniu klauzuli generalnej może doprowadzić do „zamknięcia” jej treści, a tym samym przestanie być ona podatna na zmiany, które zachodzą w rzeczywistości¹⁵. Niewątpliwie tego typu rozwiązanie byłoby sprzeczne z istotą i funkcją klauzuli generalnej, jaką jest klauzula interesu publicznego. Próbę zdefiniowania tej klauzuli podjął także polski ustawodawca, o czym będzie mowa w kolejnej części niniejszej pracy.

1.2. Definicja interesu publicznego w ustawodawstwie

W polskim ustawodawstwie znaleźć można liczne przykłady sytuacji, kiedy ustawodawca posługuje się pojęciem „interesu publicznego” bądź pojęciami do niego znaczeniowo zbliżonymi.

Jedną z definicji legalnych interesu publicznego z pewnością znaleźć można w art. 2 pkt 4 ustawy z dnia 27 marca 2003 r. o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym¹⁶, zgodnie z treścią którego pojęcie to należy rozumieć jako „uogólniony cel dążeń i działań, uwzględniający zobiektywizowane potrzeby ogółu społeczeństwa lub lokalnych społeczności, związanych z zagospodarowaniem przestrzennym”¹⁷. Pojęcie interesu publicznego w rozumieniu ww. ustawy zostało zatem powiązane z celami i potrzebami (nie zaś wartościami) oraz ograniczone wyłącznie do celów związanych z zagospodarowaniem przestrzennym¹⁸.

Inną definicję zawiera ustawa z dnia 4 marca 2010 r. o świadczeniu usług na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej¹⁹, która posługuje się pojęciem „nadzędnego interesu publicznego” rozumianego jako wartość podlegająca ochronie, w szczególności porządek publiczny, bezpieczeństwo publiczne, zdrowie publiczne, utrzymanie równowagi finansowej systemu zabezpieczenia społecznego, ochrona konsumentów, usługobiorców i pracowników, uczciwość w transakcjach handlowych, zwalczanie nadużyć, ochrona środowiska naturalnego i miejskiego, zdrowie zwierząt, własność intelektualna, cele polityki społecznej i kulturalnej oraz ochrona narodowego dziedzictwa historycznego i artystycznego²⁰. Wskazany wyżej katalog wartości ma charakter otwarty. W literaturze wskazuje się, iż definicję „wartości podlegających ochronie” w rozumieniu powyższej ustawy

¹⁴ Ibidem, s. 176.

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ T.j. Dz.U. z 2012 r., poz. 647; dalej u.p.z.p.

¹⁷ Art. 2 pkt 4 u.p.z.p.

¹⁸ A. Żurawik, *Interes...*, s. 178 i n.

¹⁹ Dz.U. 2010, nr 47, poz. 278 ze zm.; dalej u.ś.u.

²⁰ Art. 2 ust. 1 pkt 7 u.ś.u.

należy interpretować szerzej, jako wartości mające charakter powszechny, „gdzie podmiotem mającym interes jest podmiot zbiorowy, odmienny od podmiotu złożonego z sumy jednostek, indywidualnych osób”²¹. Z kolei określenie „nadrzędny” wskazywać może, iż samo powołanie się na klauzulę interesu publicznego jest niewystarczające. Tylko bowiem taki rodzaj interesu publicznego, który ma charakter „nadrzędny”, może zasługiwać na ochronę. Dochodzi zatem do stopniowania wagi interesu publicznego, co powodować może, iż jego ochrona doznawać będzie obostrzeń w zderzeniu z innymi interesami, takimi jak chociażby określonych grup usługodawców czy nawet indywidualnych podmiotów²². Spotkać można się także ze stwierdzeniem, iż określenie „nadrzędny” odnosi się do kwalifikowanej postaci interesu publicznego²³. Utożsamiać to pojęcie należy przede wszystkim z pojęciem „ważnego interesu publicznego”, trudno bowiem uznać, by pojęcie „nadrzędnego” interesu publicznego wprowadzone w drodze zwykłego ustawodawstwa mogło stać poniekąd „ponad” definicją ważnego interesu publicznego wprowadzonego w uregulowaniach konstytucyjnych²⁴. Wskazać jeszcze tylko należy, iż definicja interesu, którą posługuje się ustawodawca w treści u.s.u. związana jest z wartością, nie zaś z celem czy potrzebą, a zatem nadane mu zostało znaczenie aksjologiczne²⁵.

Pojęciem zarówno „nadrzędnego interesu publicznego”, jak i „ważnego interesu publicznego” posługuje się ustawa z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej²⁶. Pierwszy ze wskazanych wyżej terminów zdefiniowany został w ww. ustawie jako nadrzędny interes w rozumieniu art. 2 ust. 1 pkt. 7 u.s.u., a zatem na skutek odesłania rozumiany jest jako wartość podlegająca ochronie²⁷. Z kolei definicja „ważnego interesu publicznego” wynika z uregulowań dotyczących udzielenia koncesji. Ustawodawca w art. 46 ust. 3 u.s.dz.g. wskazuje, iż wprowadzenie koncesji w innych dziedzinach działalności gospodarczej niż wymienione w art. 46 ust. 1 tej ustawy, a mających szczególne znaczenie ze względu na bezpieczeństwo państwa lub obywateli albo inny ważny interes publiczny dopuszczalne jest tylko w przypadku, gdy działalność ta nie może być wykonywana jako wolna lub po uzyskaniu wpisu do rejestru działalności regulowanej albo zezwolenia oraz wymaga zmiany tej ustawy²⁸. Przepis

²¹ A. Damasiewicz, *Komentarz do art. 2 ustawy o świadczeniu usług na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej*, [w:] *Świadczenie usług na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Lex/el 2011, Lex Prestige on-line.

²² Ibidem.

²³ A. Żurawik, *Interes...*, s. 186.

²⁴ Ibidem.

²⁵ Ibidem.

²⁶ T.j. Dz.U. z 2013 r., poz. 672; dalej u.s.dz.g.

²⁷ Art. 5 pkt 7 u.s.dz.g.

²⁸ Art. 46 ust. 3 u.s.dz.g.

ten wskazuje zatem, iż do zakresu pojęciowego ważnego interesu publicznego w rozumieniu powyższej ustawy zaliczyć należy bezpieczeństwo państwa lub obywateli. W tym zakresie ustawodawca doprecyzowuje rozumienie generalnej klauzuli, jaką jest klauzula interesu publicznego, a jednocześnie pozostawia sobie przestrzeń do wprowadzania innych ograniczeń w formie koncesji, których celem będzie ochrona wartości niewskazanych wprost w przepisie art. 46 ust. 3 u.s.dz.g.²⁹. Na marginesie dodać tylko należy, iż w literaturze wskazuje się na zupełnie niepotrzebne wprowadzanie w jednej ustawie różnego rozumienia interesu publicznego określanego raz jako „nadrzędny”, zaś innym razem jako „ważny”³⁰.

2. Wpływ interesu publicznego na prowadzenie działalności gospodarczej

2.1. Ważny interes publiczny jako przesłanka ograniczania wolności gospodarczej

Wolność działalności gospodarczej – obok własności prywatnej oraz solidarności, dialogu i współpracy partnerów społecznych – stanowi jedną z podstaw społecznej gospodarki rynkowej³¹. Oznacza ona swobodę podejmowania działalności gospodarczej, a zatem wszelkiej działalności ukierunkowanej na przynoszenie zysku, jak również swobodę jej prowadzenia przez wszelkie podmioty³². Należy jednak pamiętać, iż jakkolwiek Konstytucja RP gwarantuje wolność działalności gospodarczej, to jednak dopuszcza możliwość jej ograniczenia, które polegać może bądź przez nałożenie na przedsiębiorców obowiązku określonego działania (wykonanie zamówienia na określone produkty lub usługi, zatrudnienie danej kategorii pracowników), bądź też obowiązku powstrzymania się od określonego działania (podnoszenie cen ponad dopuszczalny limit, ograniczenie zakresu produkcji)³³. Ograniczenie to może mieć jednak charakter tylko wyjątkowy, o czym świadczy chociażby dyspozycja art. 22 Konstytucji RP określająca jego przesłanki wskazując, iż jest ono dopuszczalne tylko w drodze ustawy i tylko ze względu na ważny interes publiczny. Jednocześnie ustawodawca w Konstytucji RP nie precyzuje, jaki interes publiczny jest na tyle ważny, by jego ochrona uzasadniała zastosowanie ograniczenia. Również z ugruntowanego orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego wynika, iż wolność działalności go-

²⁹ A. Żurawik, *Interes...*, s. 194.

³⁰ Ibidem, s. 197.

³¹ Art. 20 Konstytucji RP.

³² L. Garlicki, *Polskie prawo konstytucyjne. Zarys wykładu*, Wydawnictwo Liber, Warszawa 2008, s. 78.

³³ P. Winczorek, *Komentarz do Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.*, Wydawnictwo Liber, Warszawa 2008, s. 61.

spodarczej nie ma charakteru absolutnego i może zostać w pewnych sytuacjach ograniczona, co winno jednakże nastąpić tylko w drodze ustawowej i tylko ze względu na ważny interes publiczny³⁴. Jednocześnie zaś w jednym ze swoich orzeczeń Trybunał Konstytucyjny stoi na stanowisku, iż „ustawodawca nie może ustanowić ograniczeń przekraczających pewien stopień uciążliwości, a zwłaszcza zapoznających proporcje pomiędzy stopniem naruszenia uprawnień jednostki a rangą interesu publicznego, który ma w ten sposób podlegać ochronie”³⁵. Analizując kwestię znaczenia interesu publicznego dla podejmowania i prowadzenia określonej działalności gospodarczej sięgnąć należy przede wszystkim do uregulowań zawartych w u.s.dz.g.

2.2. Koncesja jako forma reglamentacji z uwagi na ważny interes publiczny

Obowiązywanie zasady wolności gospodarczej nie może oznaczać całkowitej swobody przedsiębiorcy wobec konieczności przestrzegania pewnych obowiązków prawnych³⁶. Państwo, ustanawiając wspomniane obowiązki, a także nadzorując ich przestrzeganie przez przedsiębiorców realizuje wobec gospodarki określone funkcje, zaś jedną z nich jest reglamentacja gospodarcza³⁷. W szerokim rozumieniu reglamentacja oznaczać może wprowadzanie regulacji prawnych w obszarze pozostającym dotychczas jako wolny od działań ustawodawcy³⁸. W wąskim natomiast znaczeniu pojęcie to można definiować jako stanowienie regulacji administracyjnoprawnej w miejsce (bądź niezależnie od) regulacji cywilnoprawnej³⁹.

Państwo może ograniczać swobodę zachowań przedsiębiorców na etapie podejmowania przez nich działalności gospodarczej stosując reglamentacyjne ograniczenia przy pomocy kilku podstawowych technik legislacyjnych:

- a) stosując ogólny (bezwzględny) zakaz podejmowania określonego rodzaju działalności gospodarczej (tzw. monopol państwowy),
- b) uzależniając możliwość podjęcia określonej działalności gospodarczej od uprzedniego uzyskania pozwolenia wydawanego przez właściwy organ państwa (np. koncesja),
- c) stosując obowiązek zgłoszenia (notyfikacji) zamiaru podjęcia określonej działalności gospodarczej właściwemu organowi administracji,

³⁴ Ibidem, s. 62.

³⁵ Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 26 kwietnia 1995 r. sygn. akt K 11/94, http://otk.trybunal.gov.pl/OTK/teksty/otkpdf/1995/k_11_94.pdf.

³⁶ M. Szydło, *Swoboda...*, s. 203.

³⁷ Ibidem.

³⁸ Ibidem.

³⁹ Ibidem, s. 203 i n.

- d) ustanawiając określoną działalność jako „wolną”, bez konieczności uzyskania pozwolenia ani dokonywania zgłoszenia, z tym jednak zastrzeżeniem, iż winna ona spełniać określone ustawowo warunki⁴⁰.

Ze wskazanych wyżej form reglamentacji tego typu formę ograniczenia działalności gospodarczej, która stosowana jest z uwagi na ważny interes publiczny, stanowi wymóg uzyskania koncesji na podejmowanie i wykonywanie określonej działalności⁴¹. Procedury związane ze stosowaniem koncesji zawarte są w przepisach u.s.dz.g., które jednak nie zawierają w swojej treści definicji legalnej pojęcia „koncesja”. W doktrynie przyjmuje się, iż termin ten oznacza „indywidualny akt administracyjny uchylający zakaz swobodnego podejmowania i wykonywania działalności gospodarczej w danej dziedzinie i tym samym dopuszczający adresata tego aktu (koncesjonariusza) do legalnego wykonywania takiej działalności”⁴². Wskazuje się również, iż cechą koncesji, odróżniającą ją chociażby od zezwolenia jest fakt, iż stanowi ona odstępienie przez państwo od monopolu w danej dziedzinie⁴³. Według innego poglądu koncesje nie muszą być związane ze sferami objętymi monopolem państwa, ale mogą się odnosić do tego typu działalności, która prowadzona jest przez przedsiębiorców będących osobami fizycznymi lub prywatnymi osobami prawnymi⁴⁴. Chodzi w tym przypadku przede wszystkim o sytuacje, kiedy obowiązek otrzymania koncesji związany jest z prowadzeniem działalności niepodlegającej dotychczas tego typu formie reglamentacji, jak np. w zakresie prowadzenia kasyn gry⁴⁵. Nie należy zapominać, iż istotą koncesji jako formy reglamentacji określonej działalności gospodarczej jest przede wszystkim ochrona interesu publicznego. Warto w tym miejscu wskazać, iż w orzecznictwie wyrażony został pogląd, zgodnie z którym podmiot, któremu udzielono koncesji na działalność w zakresie ochrony osób i mienia, faktycznie uczestniczy w realizacji zadań państwa w zakresie zapewnienia ładu i bezpieczeństwa publicznego⁴⁶. Pogląd ten znajduje swoje odniesienie także w stosunku do przedsiębiorców, którzy otrzymali koncesję na prowadzenie działalności w innych dziedzinach, tj. takich, w których uznać można ich za podmioty biorące udział w realizacji zadań publicznoprawnych, np. zapewnienie bezpieczeństwa energetycznego, oszczędne i racjonalne użytkowanie pa-

⁴⁰ Ibidem, s. 205 i n.

⁴¹ M. Brożyna i in., *Swoboda działalności gospodarczej. Komentarz*, Lex/el 2005, Lex Prestige on-line.

⁴² Ibidem.

⁴³ Ibidem.

⁴⁴ M. Sieradzka i in., *Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. Komentarz*, Lex 2013, Lex Prestige on-line.

⁴⁵ Ibidem.

⁴⁶ Wyrok NSA z dnia 28 września 2001 r., II SA 1814/00, LEX nr 51238 oraz wyrok NSA z dnia 30 sierpnia 2001 r., II SA 2087/00, LEX nr 54553.

liw i energii, dostarczanie informacji czy udostępnianie dóbr kultury i sztuki⁴⁷. W związku z powyższym celem państwa jest dążenie do zapewnienia sobie za pomocą regulacji stosunkowo dużego (w porównaniu do innych form reglamentacji, takich jak zezwolenie lub licencja) wpływu na weryfikację podmiotów, które mogą być dopuszczone do podejmowania działalności objętej koncesją, jak również na wykonywanie przedmiotowej działalności przez te podmioty⁴⁸. Do dziedzin działalności gospodarczej, których podejmowanie i wykonywanie wymaga koncesji, należą:

- a) poszukiwanie, rozpoznawanie złóż węglowodorów oraz kopalin stałych objętych własnością górnictw, poszukiwanie lub rozpoznawanie kompleksu podziemnego składowania dwutlenku węgla, wydobywanie kopalin ze złóż, podziemne bezzbiornikowe magazynowanie substancji, podziemne składowanie odpadów oraz podziemne składowanie dwutlenku węgla⁴⁹ – warunki uzyskania koncesji, składniki wniosku koncesyjnego, jak i warunki wykonywania działalności we wskazanych dziedzinach zawierają przepisy ustawy z dnia 9 czerwca 2011 r. Prawo geologiczne i górnicze⁵⁰,
- b) wytwarzanie i obrót materiałami wybuchowymi, bronią i amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym⁵¹ – przesłanki warunkujące uzyskanie koncesji na tę działalność określa art. 8 ustawy z dnia 21 czerwca 2002 r. o materiałach wybuchowych⁵²,
- c) wytwarzanie, przetwarzanie, magazynowanie, przesyłanie, dystrybucja i obrót paliwami i energią⁵³ – szczegółowe kwestie dotyczące uzyskania koncesji na prowadzenie tego typu działalności zawierają art. 32 oraz art. 33 ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 r. Prawo energetyczne⁵⁴,
- d) przesyłanie dwutlenku węgla w celu jego podziemnego składowania⁵⁵ – przesłanki warunkujące uzyskanie koncesji na tę działalność regulują przepisy PrEnerg.
- e) ochrona osób i mienia⁵⁶ – aktem prawnym określającym szczegółowe zasady podejmowania i wykonywania działalności we wskazanym zakresie jest ustawa z dnia 22 sierpnia 1997 r. o ochronie osób i mienia⁵⁷,

⁴⁷ M. Brożyna i in., *Swoboda...*, Lex Prestige on-line.

⁴⁸ Ibidem.

⁴⁹ Art. 46 ust. 1 pkt 1 u.s.dz.g.

⁵⁰ T.j. Dz.U. z 2014 r., poz. 613.

⁵¹ Art. 46 ust. 1 pkt 2 u.s.dz.g.

⁵² T.j. Dz.U. z 2012 r., poz. 1329.

⁵³ Art. 46 ust. 1 pkt 3 u.s.dz.g.

⁵⁴ T.j. Dz.U. z 2012 r., poz. 1059; dalej PrEnerg.

⁵⁵ Art. 46 ust. 1 pkt 3a u.s.dz.g.

⁵⁶ Art. 46 ust. 1 pkt 4 u.s.dz.g.

⁵⁷ T.j. Dz.U. z 2005 r., nr 145, poz. 1221.

- f) rozpowszechnianie programów radiowych i telewizyjnych, z wyłączeniem programów rozpowszechnianych wyłącznie w systemie teleinformatycznym, które nie są rozprowadzane naziemnie, satelitarnie lub w sieciach kablowych⁵⁸ – warunki udzielenia koncesji na tego typu działalność zostały przewidziane w art. 35 ustawy z dnia 29 grudnia 1992 r. o radiofonii i telewizji⁵⁹,
- g) przewozy lotnicze⁶⁰ – warunki uzyskania koncesji określają przepisy ustawy z dnia 3 lipca 2002 r. Prawo lotnicze⁶¹,
- h) prowadzenie kasyna gry⁶² – warunki udzielenia koncesji na tego typu działalność przewidują przepisy ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych⁶³.

Istotny jest fakt, iż pomiędzy regulacją dotyczącą koncesji zawartą w przepisach u.s.dz.g. a regulacjami zawartymi w przepisach wskazanych powyżej „odrębnych” ustaw zachodzi relacja *lex generalis – lex specialis*⁶⁴.

Analiza przedmiotów działalności gospodarczej, których prowadzenie wymaga uzyskania koncesji, pozwala przyjąć, iż należyte wykonywanie każdej z nich stanowi ważny interes publiczny, zaś stosowana w formie koncesji reglamentacja podejmowania i wykonywania działalności w określonej branży usprawiedliwiona jest potrzebą ochrony tego interesu⁶⁵. Reglamentacji w drodze koncesji określonego rodzaju działalności gospodarczej ustawodawca dokonuje w sytuacji, gdy jest ona uzasadniona względami prewencyjnymi oraz służy ochronie interesów innych podmiotów, a jednocześnie jej wykonywanie nie zostaje powierzone organom publicznym⁶⁶. Przepisy u.s.dz.g. nie przewidują wymogu określonej formy prawnej dla podejmowania i wykonywania działalności koncesjonowanej, a zatem może być ona wykonywana zarówno w formie spółek prawa handlowego, jak również indywidualnie przez osoby fizyczne oraz w ramach spółki cywilnej.

Przedsiębiorca, w celu uzyskania koncesji na prowadzenie działalności gospodarczej, uruchamia postępowanie na wniosek (postępowanie administracyjne), którego elementy szczegółowo wskazane są w poszczególnych wymienionych

⁵⁸ Art. 46 ust. 1 pkt 5 u.s.dz.g.

⁵⁹ T.j. Dz.U. z 2011 r., nr 43, poz. 226.

⁶⁰ Art. 46 ust. 1 pkt 6 u.s.dz.g.

⁶¹ T.j. Dz.U. z 2013 r., poz. 1393.

⁶² Art. 46 ust. 1 pkt 7 u.s.dz.g.

⁶³ Dz.U. 2009, nr 201, poz. 1540 ze zm.

⁶⁴ *Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. Komentarz*, pod red. A. Powalowskiego, ABC 2007, Lex Prestige on-line.

⁶⁵ M. Brożyna i in., *Swoboda...*, Lex Prestige on-line.

⁶⁶ Ibidem.

ustawach⁶⁷. Często do wniosku należy dołączyć różnego rodzaju dokumenty, informacje, których zakres i sposób doręczenia określają przepisy wykonawcze⁶⁸.

Organem właściwym w sprawie udzielenia, odmowy udzielenia, zmiany i cofnięcia koncesji lub ograniczenia jej zakresu jest minister właściwy ze względu na przedmiot działalności gospodarczej wymagającej uzyskania koncesji⁶⁹. Rozstrzygnięcie organu koncesyjnego w przedmiocie udzielenia, odmowy udzielenia, zmiany i cofnięcia koncesji lub ograniczenia jej zakresu następuje w drodze decyzji⁷⁰. Uzyskanie koncesji uprawnia do wykonywania działalności gospodarczej na terenie całego kraju i przez czas nieokreślony⁷¹. Wyjątek od tej zasady przewidziany jest tylko w sytuacji, gdy przewidują to przepisy ustaw innych niż u.s.dz.g. oraz wyłącznie ze względu na nadrzędny interes publiczny⁷².

Zakończenie

Analiza problematyki dotyczącej stosowania klauzuli generalnej interesu publicznego oraz jej wpływu na podejmowanie oraz prowadzenie działalności gospodarczej przez polskiego przedsiębiorcę wymagała w pierwszej kolejności przyjrzenia się istocie konsekwencji wprowadzenia przez ustawodawcę do polskiego porządku prawnego pojęcia ważnego interesu publicznego.

Przepisy Konstytucji RP stanowią podstawową regulację zapewniającą gwarancję przestrzegania praw i wolności obywatelskich, w tym także prawa wolności gospodarczej stanowiąc, iż może ono doznawać ograniczeń tylko w drodze ustawowej i tylko z uwagi na ważny interes publiczny. Wskazać jednak należy, iż przepisy te nie definiują samego pojęcia ważnego interesu publicznego. W tej sytuacji konieczne było odwołanie się zarówno do poglądów doktryny, jak również uregulowań zawartych w aktach prawnych niższego rzędu w stosunku do ustawy zasadniczej.

Analiza wskazanych wyżej źródeł wskazuje, iż trudno jest jednoznacznie zdefiniować pojęcie interesu publicznego. W literaturze funkcjonują definicje, które wiążą istotę interesu publicznego m.in. z wartościami, z celami czy też potrzebami. W ustawodawstwie z kolei samo pojęcie interesu publicznego definiowane jest w sposób niejednolity. Ustawodawca posługuje się bowiem bądź pojęciem interesu publicznego, bądź też pojęciami takimi jak „ważny interes publiczny” czy też „nadrzędny interes publiczny”. Wydaje się jednak, iż z uwagi na tematykę podejmowaną w niniejszym opracowaniu istotne jest w tym zakresie

⁶⁷ Ustawa..., pod red. A. Powałowskiego, Lex Prestige on-line.

⁶⁸ Ibidem.

⁶⁹ Art. 47 ust. 1 u.s.dz.g.

⁷⁰ Art. 47 ust. 2 u.s.dz.g.

⁷¹ Art. 75a ust. 1 u.s.dz.g.

⁷² Art. 75a ust. 2 u.s.dz.g.

przede wszystkim sięgnięcie do przepisów ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej. Po pierwsze dlatego, iż jest to akt prawny, który reguluje podejmowanie i wykonywanie działalności gospodarczej na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Po drugie zaś ustawa ta reguluje kwestie związane ze szczególnym rodzajem działalności gospodarczej, której podejmowanie i prowadzenie wymaga, z uwagi na ważny interes publiczny, uzyskania odpowiedniego zezwolenia ze strony organów władzy publicznej w postaci koncesji.

Polski przedsiębiorca decydując się na podjęcie działalności gospodarczej objętej wymogiem uzyskania koncesji musi liczyć się z koniecznością spełnienia określonych w przepisach prawa wymogów oraz zachowania określonej procedury. Obowiązek ten wynika bowiem ze specyficznego charakteru tego typu działalności, dotyczącej dziedzin mających dla państwa szczególne znaczenie chociażby ze względu na swój strategiczny charakter oraz na które państwo chce oddziaływać bardziej niż na pozostałe dziedziny działalności gospodarczej.

Bibliografia

- Bąkowski T., *Administracyjnoprawna sytuacja jednostki w świetle zasady pomocniczości*, Wydawnictwo Oficyna 2007, Lex Prestige on-line.
- Brożyna M. i in., *Swoboda działalności gospodarczej. Komentarz*, Lex/el 2005, Lex Prestige on-line.
- Damasiewicz A., *Świadczenie usług na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Lex/el 2011, Lex Prestige on-line.
- Garlicki L., *Polskie prawo konstytucyjne. Zarys wykładu*, Wydawnictwo Liber, Warszawa 2008.
- Kijowski D.R. (red.) i in., *Kryzys prawa administracyjnego? Jakość prawa administracyjnego*, Lex 2012, Lex Prestige on-line.
- Powałowski A. (red.), *Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. Komentarz*, ABC 2007, Lex Prestige on-line.
- Sieradzka M. i in., *Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. Komentarz*, Lex 2013, Lex Prestige on-line.
- Szydło M., *Swoboda działalności gospodarczej*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2005.
- Winczorek P., *Komentarz do Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.*, Wydawnictwo Liber, Warszawa 2008.
- Żurawik A., *Interes publiczny w prawie gospodarczym*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2013.

Akty prawne

Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. z 1997 r., nr 78, poz. 483 ze zm.).

Ustawa z dnia 29 grudnia 1992 r. o radiofonii i telewizji (t.j. Dz.U. z 2011 r., nr 43, poz. 226).

Ustawa z dnia 10 kwietnia 1997 r. Prawo energetyczne (t.j. Dz.U. z 2012 r., poz. 1059).

Ustawa z dnia 22 sierpnia 1997 r. o ochronie osób i mienia (t.j. Dz.U. z 2005 r., nr 145, poz. 1221).

Ustawa z dnia 21 czerwca 2002 r. o materiałach wybuchowych przeznaczonych do użytku cywilnego (t.j. Dz.U. z 2012 r., poz. 1329).

Ustawa z dnia 3 lipca 2002 r. Prawo lotnicze (t.j. Dz.U. z 2013 r., poz. 1393).

Ustawa z dnia 27 marca 2003 r. o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym (t.j. Dz.U. z 2012 r., poz. 647).

Ustawa z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (t.j. Dz.U. z 2013 r., poz. 672).

Ustawa z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (Dz.U. z 2009 r., nr 201, poz. 1540 ze zm.).

Ustawa z dnia 4 marca 2010 r. o świadczeniu usług na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. z 2010 r., nr 47, poz. 278 ze zm.).

Ustawa z dnia 9 czerwca 2011 r. Prawo geologiczne i górnicze (t.j. Dz.U. z 2014 r., poz. 613).

Orzeczenia

Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 26 kwietnia 1995 r., K 11/94.

Wyrok NSA z dnia 30 sierpnia 2001 r., II SA 2087/00.

Wyrok NSA z dnia 28 września 2001 r., II SA 1814/00.

Streszczenie

Praca porusza problematykę dotyczącą znaczenia interesu publicznego dla podejmowania i prowadzenia działalności gospodarczej w Polsce. Autor pracy podjął próbę zdefiniowania, czym jest interes publiczny oraz jakie znaczenie odgrywa dla prawa działalności gospodarczej na gruncie obowiązujących przepisów prawa. W tym zakresie niezbędne było odniesienie się przede wszystkim do uregulowań zawartych w przepisach ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej w zakresie wymogu uzyskania koncesji oraz omówienie przesłanek jej stosowania, a także wskazanie znaczenia, jakie odgrywa klauzula ważnego interesu publicznego dla stosowania tej formy reglamentacji ze strony organów władzy publicznej.

Summary

Work deals with issues concerning the notion of the public interest to take up and pursue economic activity in Poland. The author undertook an attempt to define what the public interest is and the importance of business activity law on the basis of applicable laws. In this regard, it was necessary to refer to the provisions defined in the Act of 2 July 2004 on freedom of economic activity in the field of the requirement to obtain a license and a discussion of its use and also indicate the importance of the clause plays an important public interest for the use of this form of rationing by the public authorities.

Przedsiębiorca a globalizacja prawa na przykładzie prawa publicznego

Wstęp

Współcześnie funkcjonujący przedsiębiorca w swoim działaniu w sposób niezwykle znaczący różni się od swojego poprzednika, funkcjonującego dwieście czy dwadzieścia lat temu, nie mówiąc już o przedsiębiorcach, którzy funkcjonowali w realiach politycznych, kulturowych i gospodarczych w XIX wieku, dwudziestolecium międzywojennym czy np. w latach siedemdziesiątych ubiegłego wieku.

Obok nowych problemów związanych z rozwojem e-handlu, powszechnym używaniem kart płatniczych, konkurencją ze strony dużych podmiotów czy zwiększonej świadomości społecznej, czy to w zakresie poszczególnych produktów czy też ich dostępności (np. możliwość zamówienia danego produktu przez Internet, kosztem kupna w sklepie położonym w pobliżu miejsca zamieszkania itp.) poważnym problemem staje się globalizacja. Zjawisko to ma charakter wieloaspektowy, poczynając od przemian społecznych (przemieszczanie się poszczególnych osób, zamieszkiwanie w nowych krajach, przenoszenie nawyków i ulepszeń z tych krajów na płaszczyznę krajową itp.), przemian kulturowych (pojawiające się grupy imigrantów, którzy poszukują produktów znanych im z krajów, z których pochodzą), przemian ekonomiczno-gospodarczych (powiązanie rynków lokalnych z rynkami światowymi, co wpływa zarówno na nowe możliwości, np. poszerzenie handlu o inne kraje, jak i skutkuje daleko idącymi konsekwencjami, gdy np. klęska nieurodzaju lub urodzaju w odległej części świata kształtuje ceny i możliwości zbycia czy nabycia danych produktów lokalnie), a skończywszy na przemianach w sferze szeroko rozumianego prawa.

Pojęcie globalizacji prawa nie doczekało się dotychczas kompleksowego opracowania, a funkcjonujące opracowania albo mają charakter encyklopedyczny², albo też mamy do czynienia z opracowaniami cząstkowymi w tym zakresie.

¹ Doktor nauk prawnych, Katolicki Uniwersytet Lubelski Jana Pawła II.

² Zob. np. J. Guś, *Globalizacja prawa*, [w:] *Leksykon socjologii prawa*, pod red. A. Kociołek-Pęksy, M. Stępnia, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2013, s. 72-74. Autor ten zwraca uwagę na wieloaspektowość przywołanego pojęcia i jednocześnie wylicza skutki globalizacji, tj. tworzenie ponadnarodowych organizacji, ujednolicanie prawa, w szczególności prawa publicznego (prawo publiczne gospodarcze, prawo celne czy prawo bankowe) czy też wskazuje procesy antyglobalizacyjne, wskazując funkcjonowanie Unii Europejskiej. Teza ta jest dosyć mocno kontrowersyjna,

Pojęcie globalizacji niejednokrotnie jest określane w inny sposób, np. poprzez pojęcie europeizacji, niemniej należy zwrócić uwagę, iż konieczne wydaje się podjęcie szerokich działań w tym zakresie. Chlubnym wyjątkiem są opracowania cząstkowe lub zintegrowane projekty naukowe, np. w zakresie badania pojęcia globalnego prawa administracyjnego i problemów naukowych związanych z tym pojęciem³.

Opracowanie to ma za zadanie wskazać w pierwszej kolejności pojęcie przedsiębiorcy, tak aby wyznaczyć zakres podmiotowy opracowania, a następnie przybliżyć zagrożenia związane z globalizacją prawa, które mogą przekładać się na działalność przedsiębiorcy w Polsce. Ważnym elementem opracowania są wnioski końcowe, które mogą być wykorzystane przez przedsiębiorców do aktywnego kształtowania swojego funkcjonowania w zglobalizowanym świecie.

1. Przedsiębiorca

Aby we właściwy sposób dookreślić przedsiębiorcę, konieczne jest zestawienie kilku definicji funkcjonujących we współczesnym systemie prawa polskiego.

Pierwsza definicja, zawarta w Kodeksie cywilnym określa przedsiębiorcę jako osobę fizyczną, osobę prawną i jednostkę organizacyjną, o której mowa w np. 33¹ § 1 Kodeksu cywilnego, prowadząca we własnym imieniu działalność gospodarczą lub zawodową⁴. Wskazana definicja ma charakter podstawowy z racji umiejscowienia jej w Kodeksie cywilnym. Ponadto można uznać, iż jest najczęściej stosowaną przez doktrynę prawa. Definicja ta wyznacza pojęcie przedsiębiorcy w prawie cywilnym.

Druga definicja określa przedsiębiorcę jako osobę fizyczną, osobę prawną i jednostkę organizacyjną niebędącą osobą prawną, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną – wykonująca we własnym imieniu działalność gospodarczą⁵. Definicja ta w swojej treści odwołuje się do wskazanej powyżej i wyznacza pojęcie przedsiębiorcy w publicznym prawie gospodarczym.

Trzecia cytowana definicja odsyła wprost do Kodeksu cywilnego, posiłkując się tam zawartą definicją⁶. W tym przypadku mamy do czynienia z właściwym

gdyż podstawy funkcjonowania UE wpisują się częściowo w proces globalizacji (czy to jako regionalizacja czy europeizacja), co może utrudnić rozgraniczenie procesów lokalnych czy regionalnych od procesów globalnych. W tym przypadku mamy do czynienia z systemem naczyń połączonych, gdzie wskazanie źródła danych działań może okazać się niewykonalne.

³ Research Project on Global Administrative Law, <http://www.iilj.org/GAL/>, dostęp 1 lipca 2014 r.

⁴ Art. 43¹ ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (t. jedn. Dz.U. z 2014 r., poz. 121).

⁵ Art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (t. jedn. Dz.U. z 2013 r., poz. 672 ze zm.).

⁶ Art. 5 ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. – Prawo upadłościowe i naprawcze (t. jedn. Dz.U. z 2012 r., poz. 1112 ze zm.).

zabiegiem legislacyjnym, dzięki któremu unikamy tworzenia nowej definicji na potrzeby tylko konkretnego aktu prawnego, lecz ustawodawca posiłkuje się definicją o charakterze podstawowym w tym zakresie. Takie działanie należy zaaprobować.

Czwarta definicja określa przedsiębiorcę jako podmiot prowadzący działalność gospodarczą w rozumieniu ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, a także zalicza do tej grupy osoby prowadzące działalność wytwórczą w rolnictwie w zakresie upraw rolnych oraz chowu i hodowli zwierząt, ogrodnictwa, warzywnictwa, leśnictwa i rybactwa śródlądowego⁷.

Ostatnią (piątą) definicją jest definicja z ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. W świetle tej ustawy za każdym razem, gdy w ustawie jest mowa o przedsiębiorcy – rozumie się przez to przedsiębiorcę w rozumieniu przepisów ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, a także: osobę fizyczną, osobę prawną, a także jednostkę organizacyjną niemającą osobowości prawnej, której ustawa przyznaje zdolność prawną, organizującą lub świadczącą usługi o charakterze użyteczności publicznej, które nie są działalnością gospodarczą w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej, osobę fizyczną wykonującą zawód we własnym imieniu i na własny rachunek lub prowadzącą działalność w ramach wykonywania takiego zawodu, osobę fizyczną, która posiada kontrolę, w rozumieniu pkt. 4 cytowanego przepisu⁸, nad co najmniej jednym przedsiębiorcą, choćby nie prowadziła działalności gospodarczej w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej, jeżeli podejmuje dalsze działania podlegające kontroli koncentracji, o której mowa w art. 13 ustawy oraz związek przedsiębiorców w rozumieniu pkt. 2⁹ – na potrzeby przepisów dotyczących praktyk

⁷ Art. 3 ust. 1 pkt 8 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (t. jedn. Dz.U. z 2013 r., poz. 385 ze zm.).

⁸ Poprzez przejęcie kontroli rozumie się wszelkie formy bezpośredniego lub pośredniego uzyskania przez przedsiębiorcę uprawnień, które osobno albo łącznie, przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności prawnych lub faktycznych, umożliwiają wywieranie decydującego wpływu na innego przedsiębiorcę lub przedsiębiorców; uprawnienia takie tworzą w szczególności: a) dysponowanie bezpośrednio lub pośrednio większością głosów na zgromadzeniu wspólników albo na walnym zgromadzeniu, także jako zastawnik albo użytkownik, bądź w zarządzie innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego), także na podstawie porozumień z innymi osobami, b) uprawnienie do powoływania lub odwoływania większości członków zarządu lub rady nadzorczej innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego), także na podstawie porozumień z innymi osobami, c) członkowie jego zarządu lub rady nadzorczej stanowią więcej niż połowę członków zarządu innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego), d) dysponowanie bezpośrednio lub pośrednio większością głosów w spółce osobowej zależnej albo na walnym zgromadzeniu spółdzielni zależnej, także na podstawie porozumień z innymi osobami, e) prawo do całego albo do części mienia innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego), oraz f) umowa przewidująca zarządzanie innym przedsiębiorcą (przedsiębiorcą zależnym) lub przekazywanie zysku przez takiego przedsiębiorcę.

⁹ Rozumie się przez to izby, zrzeszenia i inne organizacje zrzeszające przedsiębiorców, o których mowa w pkt. 1, jak również związki tych organizacji.

ograniczających konkurencję oraz praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów¹⁰.

Aby dopełnić wskazane powyższe definicje, wyszczególnić należy definicję przedsiębiorcy wskazaną w art. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji¹¹. Wedle cytowanego przepisu przedsiębiorcami były osoby fizyczne, osoby prawne oraz jednostki organizacyjne niemające osobowości prawnej, które prowadząc, chociażby ubocznie, działalność zarobkową lub zawodową uczestniczą w działalności zarobkowej. Była to definicja, która na kilka lat przed wprowadzeniem pojęcia przedsiębiorcy w innych ustawach zdefiniowała to pojęcie.

Wskazane powyżej definicje zarówno z prawa prywatnego, jak i prawa publicznego współgrają ze sobą i tworzą spójne i jednoznaczne określenie przedsiębiorcy. Dlatego też należy przyjąć, iż wskazane powyżej definicje współgrają z tym opracowaniem.

2. Globalizacja prawa jako wpływ rozwiązań normatywnych powstałych w sferze globalnej

Globalizacja to jedno z największych wyzwań współczesnego świata. Obok cech pożądanых dla współczesnego społeczeństwa, zaobserwować można także szereg cech negatywnych. W ramach procesu globalizacji można wyróżnić cztery najważniejsze płaszczyzny, tj. wymiar techniczny globalizacji, wymiar gospodarczy globalizacji, wymiar społeczno-kulturowy globalizacji czy też wymiar polityczny globalizacji.

Pojęcie globalizacji prawa jest pojęciem wciąż kontrowersyjnym. Jako główną przeszkodę w globalizacji prawa wskazuje się nie tylko odrębności kulturowo-społeczne, ale szczególnie odrębności prawne. Jak wskazuje R. Tokarczyk, postrzeganie procesu sądowego jest zupełnie inne w japońskiej kulturze prawnej, gdzie traktowany jest jako objaw „kultury wstydu”, a zupełnie inne w europejskim kręgu kulturowym¹². Odrębności te to nie tylko nierzadko ponadtysiącletnia tradycja, ale też zupełnie inna kultura, która wciąż broni się w odważny sposób przed globalizacją. Istotną rolę w globalizacji, z racji płaszczyzny działania odgrywać będą organizacje międzynarodowe.

¹⁰ Art. 4 pkt 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2007 r., nr 50, poz. 331 ze zm.).

¹¹ Dz.U. z 1993 r., nr 47, poz. 211 – tekst pierwotny.

¹² Por. R. Tokarczyk, *Kultura prawa europejskiego*, [w:] *Europeizacja prawa krajowego. Wpływ integracji europejskiej na klasyczne dziedziny prawa krajowego. V ogólnopolska konferencja prawnicza Toruń 4-5 listopada 1999*, pod red. C. Mika, Wydawnictwo „Dom Organizatora” TNOiK, Toruń 2000, s. 23.

Jednym z instrumentów globalizacji prawa będą tzw. standardy prawne, które powstały poza systemem prawa polskiego. Jako najbardziej zbliżony do założeń teoretycznych będzie przykład standardu prawnego organizacji międzynarodowej. Jednocześnie trzeba wskazać, iż wskazane standardy nie są jedynymi, powstającymi poza polskim systemem prawa. Standard prawny powstały w ramach systemu zewnętrznego można określić jako pewien wzorzec działania, będący instrukcją skonkretyzowaną w aktach prawnych powstających w ramach prawa międzynarodowego, który w swojej treści wyznacza pewien sposób działania bądź zaniechania, a jego rola sprowadzona jest do podnoszenia jakości powstających rozwiązań, zarówno prawnych, jak i faktycznych. Standard może pełnić rolę źródła prawa (np. prawa międzynarodowego czy prawa administracyjnego) poprzez założenie, iż mamy do czynienia z tzw. źródłem niezorganizowanym, które występuje w szczególności w zakresie prawa administracyjnego. Standard prawny można zatem wpisać obok odesłań i norm pozaprawnych stosowanych przez administrację publiczną, zwyczaju, orzecznictwa sądowego oraz doktryny¹³.

Relacje standardu do prawa można dookreślić poprzez wskazanie, iż prawo konkretyzuje się poprzez przepisy i normy, a standard w stosunku do tychże ma bardziej ogólny treściowo charakter, silnie nasycony programowo czy aksjologicznie, często dookreślany nie tylko w przepisach, ale też preambułach, komentarzach czy orzeczeniach. Ponadto standardy mogą powstawać w ramach działalności różnego rodzaju podmiotów, począwszy od organizacji międzynarodowych, a skończywszy na stowarzyszeniach prawa prywatnego czy innych strukturach¹⁴.

Jako pierwszy przykład standardów, które w swej treści mogą odnosić się do przedsiębiorcy funkcjonującego w zglobalizowanej gospodarce, można wskazać standardy o charakterze naukowo-technicznym. Standardy te można powiązać z współpracą Rzeczypospolitej Polskiej z organizacjami transportowymi (np. Międzynarodową Organizacją do spraw Międzynarodowych Przewozów Kolejowych, Organizacją Współpracy Kolei, Organizacją Międzynarodowego Lotnictwa Cywilnego oraz Wspólnymi Władzami Lotniczymi), organizacjami pocztowymi i telekomunikacyjnymi (Międzynarodowy Związek Telekomunikacyjny, Powszechny Związek Poczty, Europejska Konferencja Administracji Poczty i Telekomunikacji oraz Międzynarodowa Organizacja Łączności Satelitarnej), organizacjami w zakresie metodologii i gospodarki wodnej (Światowa Organizacja Meteorologiczna), organizacjami promującymi między-

¹³ Szerzej na temat niezorganizowanych źródeł prawa administracyjnego, J. Boć, [w:] *Prawo administracyjne*, pod red. J. Bocia, Kolonia Limited 2001, s. 108-120.

¹⁴ Szerzej na temat standardu prawnego i standaryzacji prawa zob. D. Tyrawa, *Standaryzacja zewnętrzna prawa administracyjnego i działania administracji publicznej w Polsce jako przykład globalizacji*, [w:] *Ewolucja prawa polskiego w dobie globalizacji*, pod red. D. Tyrawy, Wydawnictwo KUL, Lublin 2013, s. 215-227.

narodową współpracę morską (Międzynarodowa Organizacja Morska, Komitet Ochrony Środowiska Morskiego oraz Międzynarodowa Komisja Oceanograficzna) czy też z różnego rodzaju programami, w ramach których istotny udział mają organizacje międzynarodowe¹⁵. Rzeczpospolita Polska jako członek wspomnianych organizacji międzynarodowych czy też uczestnik wskazanych programów, zobowiązana jest włączać standardy w tym zakresie do polskiego systemu prawnego. Ponadto standardy te w znacznej mierze oddziałują na funkcjonowanie przedsiębiorstw.

Kolejnym działem prawa publicznego, w ramach którego mamy silny wpływ ponadnarodowych standardów prawnych jest prawo celne. Z racji regulacji, które ono obejmuje, w zdecydowany sposób odnoszą się one do funkcjonowania przedsiębiorcy. Jednym z twórców standardów w tym zakresie jest Europejska Komisja Gospodarcza Organizacji Narodów Zjednoczonych. Akty w ramach tego systemu, które warto przywołać, to m.in.: konwencja celna z dnia 18 maja 1956 r. w sprawie pojemników¹⁶ oraz konwencja europejska z dnia 9 grudnia 1960 r. dotycząca postępowania celnego dla palet używanych w przewozach międzynarodowych¹⁷. Na płaszczyźnie tych aktów międzynarodowych dookreślono standardy odnoszące się do należności, opłat przewozowych, kwestii pojemników i palet czy też osób w postępowaniu celnym¹⁸.

Rzeczpospolita Polska włączyła do swojego systemu prawnego także przepisy z zakresu prawa drogowego, które z racji problematyki można powiązać z funkcjonowaniem niektórych przedsiębiorców. Jak wskazuje J. Białocerkiewicz, rozwiązania w tym zakresie opierają się na systemie Europejskiej Komisji Gospodarczej. Podstawowe akty w tym zakresie to: konwencja z dnia 19 września 1949 r. o ruchu drogowym wraz z załącznikami¹⁹ czy też konwencja europejska z dnia 9 lipca 1956 r. dotycząca zabezpieczenia społecznego pracowników zatrudnionych w transporcie międzynarodowym²⁰. Ponadto wskazać można inne konwencje, tj.: z dnia 14 grudnia 1956 r. o opodatkowaniu pojazdów drogowych wykonujących międzynarodowe przewozy podróży²¹ oraz z dnia 14 grudnia 1956 r. o opodatkowaniu pojazdów drogowych wykonujących międzynarodowe przewozy towarów²². Każdy z tych aktów wprowadza szereg szczegółowych

¹⁵ Por. A. Bógdał-Brzezińska, *Udział Polski we współpracy naukowo-technicznej na forum organizacji międzynarodowych*, [w:] *Polska w organizacjach międzynarodowych*, pod red. S. Parzymiesa, I. Popiuk-Rysińskiej, Wydawnictwo Naukowe SCHOLAR, Warszawa 2002, s. 224-231.

¹⁶ Dz.U. z 1959 r., nr 60, poz. 359.

¹⁷ Dz.U. z 1969 r., nr 33, poz. 280.

¹⁸ Por. J. Białocerkiewicz, *Organizacje europejskie i ich standardy prawne*, Wydawnictwo WSH-E, Włocławek 2003, s. 58-60.

¹⁹ Dz.U. z 1959 r., nr 54, poz. 321.

²⁰ Dz.U. z 1959 r., nr 56, poz. 332.

²¹ Dz.U. z 1970 r., nr 4, poz. 27.

²² Dz.U. z 1970 r., nr 4, poz. 29.

standardów prawnych, odnoszących się m.in. do zasad przewożenia towarów, samych pojazdów czy też kwestii celnych w tym zakresie²³. Polskie prawo drogowe i celne implementuje standardy w tym zakresie, jednocześnie odgrywając niezwykle istotną rolę na tej płaszczyźnie problemowej.

Osobne miejsce należy poświęcić regulacjom z zakresu prawa zamówień publicznych. Zamówienia publiczne mogą kształtować nie tylko funkcjonowanie państwa, rozwiązania z zakresu gospodarki, ale z racji problematyki mogą się także odnosić do rozdziału środków publicznych, które w wyniku specjalnych procedur adresowane będą do przedsiębiorstw prywatnych. Z racji ogromnych środków finansowych, jakie absorbują zamówienia publiczne, cieszą się one niesłabnącym zainteresowaniem ze strony potencjalnych wykonawców, jak i podmiotów udzielających zamówienia. Opinia publiczna niejednokrotnie emocjonuje się sposobem realizacji większych zamówień, równocześnie śledząc czy wręcz kontrolując, szczególnie poprzez prasę, najbardziej emocjonujące czy też absorbujące środki finansowe, zamówienia. W powyższej sytuacji przed ustawodawcą stoi bardzo trudna rola takiego skonstruowania przepisów regulujących charakteryzowaną problematykę, czyniących zadość oczekiwaniom zarówno bezpośrednich uczestników, jak i opinii publicznej.

Zamówienia publiczne na świecie to tygiel przeróżnych przepisów, aktów modelowych, umów międzynarodowych i instrukcji, ze szczególnym uwzględnieniem działalności prawotwórczej organizacji międzynarodowych. W komentowanym zakresie należy wyszczególnić Ustawę Modelową ONZ, Instrukcję Banku Światowego oraz Umowy o zamówieniach publicznych WTO, ze szczególnym uwzględnieniem poszczególnych standardów oraz odwzorowania tych rozwiązań w prawie polskim²⁴. Systemy te wzajemnie się przenikają, czerpiąc ze swoich rozwiązań, a następnie w sposób daleko idący kształtują systemy ponadnarodowe (w tym zakresie można wskazać system prawny Unii Europejskiej) czy krajowe.

Wskazane powyżej ponadnarodowe standardy prawne w swej treści odnoszą się m.in. do funkcjonowania przedsiębiorcy w zglobalizowanym świecie. Powyższe wyliczenie to standardy prawne powstałe w ramach różnych systemów organizacji międzynarodowych, co wskazuje skalę problemu, przy jednocześnie zaznaczeniu, że wyliczenie to ma ograniczony i przykładowy charakter. Każdy z przedsiębiorców, funkcjonujących nie tylko w ramach polskiego systemu gospodarczego, ale także na arenie międzynarodowej, powinien znać te rozwiązania, przyczyny ich wprowadzenia czy też zakres obowiązywania. Obsługę prawną w tym zakresie powinni zapewnić wykwalifikowani specjaliści z tego

²³ Por. J. Białocerkiewicz, op.cit., s. 48-61.

²⁴ Zob. w tym zakresie D. Tyrawa, *Międzynarodowe standardy zamówień publicznych – wybrane aspekty*, „Przegląd Prawno-Ekonomiczny” nr 1 z 2007 r., s. 41-50.

zakresu, w szczególności radcy prawni, ale też inni pracownicy, nieposiadający uprawnień radców prawnych, a wspomagający podmioty zarządzające przedsiębiorstwami. Bez podstawowej wiedzy w tym zakresie, trudno wyobrazić sobie, aby taki podmiot był konkurencyjny nie tylko na rynku zewnętrznym, ale też na rynku wewnętrznym.

Powyżej wskazane przykłady to wyłącznie ułamek rozwiązań normatywnych, które powstały w sferze globalnej i kształtują porządki prawne poszczególnych państw. Niemniej już ten ułamek wskazuje, iż globalizacja prawa to nie tylko założenie teoretyczne, ale praktyczne. Dodatkowo, z pewnym zaskoczeniem można zaobserwować, iż wspólne rozwiązania prawne to nie wyłącznie ostatnie lata, ale także rozwiązania powstające w połowie XX wieku, jak i wcześniej.

3. Inne rozumienie globalizacji prawa

Obok powyższego rozumienia globalizacji prawa, czyli rosnącego wpływu wspólnych rozwiązań prawnych we współczesnym świecie, współczesna doktryna prawa administracyjnego i nauki administracji akcentuje inne desygnaty globalizacji prawa.

Te desygnaty I. Lipowicz odnosi do działania administracji publicznej, przy czym mają one charakter uniwersalny. Wedle cytowanej autorki globalizacja prawa, szczególnie dla administracji publicznej, to odejście od cywilizacji papieru w stronę cywilizacji komputerowej, utrata monopolu informacyjnego wobec obywatela, Internet staje się źródłem nieograniczonej informacji o wyspecjalizowanym charakterze, a mobilność jednostek czy całych grup ludności umożliwia przemieszczanie się w szybkim czasie na duże odległości²⁵. Według tej autorki globalizację można ująć na pięć sposobów.

Wedle pierwszego ujęcia globalizacja determinuje szybkość działania administracji, powodem może być powszechność komunikacji i Internetu, co skutkować może szybkim przemieszczaniem się np. wirusa, czy to w przestrzeni ludzkiej czy w przestrzeni wirtualnej, administracja winna jak najszybciej reagować w takiej sytuacji. Takie ujęcie globalizacji może być odniesione także do działania przedsiębiorcy. Ustawodawca winien tworzyć takie rozwiązania i instrumenty prawne, aby przedsiębiorca w kontaktach z organami państwa (np. urzędem skarbowym, różnego rodzaju inspekcjami, właściwym miejscowo urzędem gminy) mógł jak najwięcej spraw załatwić z wykorzystaniem powszechności komunikacji i Internetu. Szczególne miejsce w tym zakresie zajmować będą wszelkie zmiany związane z elektronizacją procedur administracyjnych, ze szczególnym uwzględnieniem choćby platformy ePUAP. Dotychczasowe działania ze strony

²⁵ I. Lipowicz, *Istota administracji*, [w:] *Prawo administracyjne. Część ogólna*, pod red. Z. Niewiadomskiego, Wydawnictwo LexisNexis, Warszawa 2000, s. 38-39.

państwa w ocenie zarówno faktycznych adresatów rozwiązań, jak i specjalistów z tego zakresu należy uznać za niewystarczające. Także projektowane zmiany w tym zakresie winny być skonfrontowane z oczekiwaniami nie na poziomie wdrażania odpowiednich projektów, lecz dopiero na poziomie ich użytkowania. Nie wolno także pomijać faktu, iż tworzenie rozwiązań z zakresu elektronizacji procedur administracyjnych nie może tworzyć rozwiązań wykluczających klasyczne, papierowe postępowanie administracyjne.

W ramach drugiego ujęcia globalizacja dzięki środkom masowego przekazu i podróżom, daje jednostce możliwość porównywania stanu administracji w różnych państwach, jakości usług, stanu rzeczy publicznych, co skutkuje zwiększeniem oczekiwań wobec administracji przez jednostkę, np. jednostka potrafi wskazać jak funkcjonują pewne instrumenty w innych krajach i swoje oczekiwania w tym zakresie zaczyna adresować do polskiej administracji publicznej. Wskazaną powyżej jednostką może być także przedsiębiorca, który prowadząc działalność gospodarczą w różnych krajach może konfrontować doświadczenia tam zdobyte z rozwiązaniami polskimi²⁶.

Wedle trzeciego ujęcia globalizacja skutkuje wzrostem znaczenia podmiotów gospodarczych o globalnym zasięgu działania, podmioty te stają się „równymi” administracji i potrafią w sposób znaczący narzucać swoje oczekiwania, np. uzależnienie dużej inwestycji gospodarczej od inwestycji administracji samorządowej czy rządowej w rozwój infrastruktury drogowej, kolejowej czy lotniczej. Takie ujęcie globalizacji jest istotnym zagrożeniem dla lokalnych przedsiębiorców, gdyż konkurowanie w jakikolwiek sposób z podmiotami globalnymi może być znacząco utrudnione czy wręcz w niektórych przypadkach niemożliwe.

Czwarte ujęcie pojęcia globalizacji, wedle I. Lipowicz, oznacza, iż zmienia się sposób myślenia o pojęciu suwerenności, a państwa w sposób dobrowolny ograniczają prowadzenie polityki gospodarczej i zagranicznej na rzecz organizacji międzynarodowych czy innych podmiotów ponadnarodowych. Ponadto sama administracja zaczyna współtworzyć administrację globalną, w ramach której współadministrują różne podmioty z różnych systemów prawnych (narodowych i ponadnarodowych), co przekłada się na konieczność współdziałania wielu podmiotów w zakresie ochrony środowiska i przyrody czy też w kontekście klęsk żywiołowych czy inwestycji w infrastrukturę. To ujęcie globalizacji najtrudniej

²⁶ We wskazanym zakresie nie można jednak w ocenie autora tego opracowania przyjmować założenia, iż wszystkie rozwiązania funkcjonujące w innych krajach będą miały możliwość zastosowania ich w Polsce. Należy wszakże pamiętać, iż systemy prawne poszczególnych państw to systemy naczyń połączonych, co oznacza, że wdrożenie jednego rozwiązania wiąże się częstokroć ze zmianą systemową. Tak więc przeniesienie wprost poszczególnych rozwiązań i instrumentów prawnych z innych państw do Polski może być z góry skazane na porażkę, m.in. z racji systemowości tych rozwiązań czy też z powodu innej kultury prawnej, w tym aspekcie szeroko rozumianej, jak i tradycji w tym zakresie.

można odnieść do sytuacji przedsiębiorcy, co nie oznacza jednak, iż jest to niemożliwe. Jako przykład można podać rozwiązania prawne powstające w innych systemach prawnych, czy to globalnych czy regionalnych, co może być porównane (oczywiście nie wprost) z charakteryzowanym już ujęciem globalizacji jako wpływ rozwiązań normatywnych powstałych w systemach globalnych.

Ostatnie, piąte ujęcie globalizacji, oznacza iż globalizacja skutkuje też powstaniem, obok mobilnych grup społecznych (z łatwością przemieszczających się czy też korzystających w sposób swobodny z nowych rozwiązań technicznych), tzw. grup wykluczonych, tj. trwale bezrobotnych czy nie potrafiących posługiwać się komputerem. Administracja winna w takim samym stopniu otaczać opieką zarówno tych mobilnych, jak i tych wykluczonych, np. w zakresie pomocy, gdy konieczne jest korzystanie z komputerów itp. Także w tym przypadku odniesienie tego pojęcia do sytuacji prawnej przedsiębiorcy w polskim systemie prawnym wydaje się niezwykle trudne. Nie oznacza to jednak, iż jest niemożliwe, gdyż wedle konstytucyjnej zasady równości²⁷ każdy z obywateli winien być traktowany równo. W sposób szeroki, w odniesieniu do przedsiębiorcy winno tworzyć się takie rozwiązania, aby każdy z nich miał równe możliwości działania, co oznacza tworzenie rozwiązań prawnych, preferujących np. przedsiębiorców dużych, kosztem małych czy też przedsiębiorców wykorzystujących w sposób daleko idący nowoczesne technologie kosztem prac rzemieślniczych. Problematyczne mogłoby się wydawać np. nakazanie wszystkim prowadzącym sklepy, aby wyposażyli je w terminale płatnicze czy też nakazanie, aby wszelkie sprawy urzędnicze załatwiać poprzez Internet.

Globalizacja staje się więc wyzwaniem faktycznym administracji publicznej, a nie założeniem czysto i wyłącznie teoretycznym. Wyzwania globalizacji przedkładają się także na funkcjonowanie jednostek, w tym przedsiębiorców. Wskazane pięć przykładów globalizacji winno doczekać się w polskiej literaturze przedmiotu szczegółowej analizy, zarówno w kontekście działalności administracji publicznej, jak i statusu jednostki, ze szczególnym uwzględnieniem jej bezpieczeństwa.

Zakończenie

Współczesne stosunki gospodarcze rozwijają się w intensywny sposób m.in. z racji ich umiędzynarodowienia. Relacje te po części powiązane są także z obowiązującymi regulacjami prawnymi. Współczesny przedsiębiorca, oprócz trapiących go problemów gospodarczych i ekonomicznych, staje także przed zupełnie nowymi wyzwaniami z zakresu obowiązujących regulacji prawnych. Te

²⁷ Zob. art. 32 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. z 1997 r., nr 78, poz. 483 ze zm.).

wyzwania powodują konieczność zatrudniania wykwalifikowanych specjalistów bądź też zlecenia obsługi prawnej przedsiębiorstwa na zewnątrz. Wiąże się to z problemami logistycznymi, gdyż wykwalifikowani specjaliści albo nie są zainteresowani współpracą z danym przedsiębiorcą, bądź też żądają za swoje usługi niebagatelnych kwot. Ewentualny brak takiej obsługi, u podstaw której mogą spoczywać względy ekonomiczne, spowodować może niepowetowane straty, a w skrajnej sytuacji może prowadzić do utraty płynności finansowej czy też bankructwa przedsiębiorstwa. W ostatecznym rozrachunku może się okazać, iż oszczędzanie na obsłudze prawnej spowoduje zwiększenie kosztów, czyli skutki będą odwrotne od zakładanych rezultatów.

Wykwalifikowana obsługa prawna winna zapewnić rozwiązanie nie tylko wszystkich problemów prawnych przed jakimi staje przedsiębiorca, ale także pomóc w wypracowaniu istotnych mechanizmów organizacyjnych w przedsiębiorstwie, których najważniejszym celem będzie nie tyle rozwiązywanie powstałych problemów prawnych, ile przeciwdziałanie ich powstawaniu. Należy uznać, iż takie działania, o charakterze nie następczym, a uprzednim, w ostatecznej kalkulacji finansowo-organizacyjnej będą lepszym rozwiązaniem niż proces naprawy czy też sądowa droga rozstrzygnięcia powstałych problemów.

Niemniej wykwalifikowana obsługa prawna to nie wszystko co powinien zapewnić przedsiębiorca, aby prowadzona działalność była na jak najwyższym poziomie. Należy także, we własnym zakresie samodoskonalić się, m.in. poprzez różnego rodzaju szkolenia, u podstaw których leży poszerzanie posiadanej wiedzy. Samodoskonalenie powinno także przejawiać się w analizowaniu istniejących trendów, nie tylko gospodarczych, ale także w sferze prawa.

Globalizacja wyznacza także nowe trendy, w świetle których przedsiębiorca, nawet lokalny, winien w sposób daleko idący operować nowymi technologiami, począwszy od wydawać by się mogło oczywistej kwestii, jaką jest obsługa komputera czy Internetu. Użycie tych środków komunikacji odnieść można do np. małego przedsiębiorcy analizującego trendy światowe czy ceny giełdowe, np. za kawę, herbatę czy też kogoś kto sprowadza z zagrożonych terenów (np. klęską żywiołową czy działaniami wojennymi) półprodukty.

W takiej sytuacji globalizację można traktować jako szansę dla każdego przedsiębiorcy, jednak należy pamiętać o istniejących i wskazanych w tekście zagrożeniach, które mogą spowodować, iż globalizacja prawa publicznego dla funkcjonującego w tej przestrzeni przedsiębiorcy stanie się przekleństwem. Tak więc niezwykle istotne w tym zakresie jest działanie ustawodawcy, ze szczególnym uwzględnieniem równości wobec prawa.

Bibliografia

- Białocerkiewicz J., *Organizacje europejskie i ich standardy prawne*, Wydawnictwo WSH-E, Włocławek 2003.
- Bógdał-Brzezińska A., *Udział Polski we współpracy naukowo-technicznej na forum organizacji międzynarodowych*, [w:] *Polska w organizacjach międzynarodowych*, pod red. S. Parzymiesa, I. Popiuk-Rysińskiej, Wydawnictwo Naukowe SCHOLAR, Warszawa 2002.
- Guś J., *Globalizacja prawa*, [w:] *Leksykon socjologii prawa*, pod red. A. Kociołek-Pęksy, M. Stępnia, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2013.
- Prawo administracyjne*, pod red. J. Bocia, Kolonia Limited 2001.
- Tokarczyk R., *Kultura prawa europejskiego*, [w:] *Europeizacja prawa krajowego. Wpływ integracji europejskiej na klasyczne dziedziny prawa krajowego. V ogólnopolska konferencja prawnicza Toruń 4-5 listopada 1999*, pod red. C. Mika, Wydawnictwo „Dom Organizatora” TNOiK, Toruń 2000.
- Tyrawa D., *Międzynarodowe standardy zamówień publicznych – wybrane aspekty*, „Przegląd Prawno-Ekonomiczny” nr 1 z 2007 r.
- Tyrawa D., *Standaryzacja zewnętrzna prawa administracyjnego i działania administracji publicznej w Polsce jako przykład globalizacji*, [w:] *Ewolucja prawa polskiego w dobie globalizacji*, pod red. D. Tyrawy, Wydawnictwo KUL, Lublin 2013.

Akty prawne

- Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.* (Dz.U. z 1997 r., nr 78, poz. 483 ze zm.).
- Konwencja z dnia 19 września 1949 r. o ruchu drogowym wraz z załącznikami* (Dz.U. z 1959 r., nr 54, poz. 321).
- Konwencja celna z dnia 18 maja 1956 r. w sprawie pojemników* (Dz.U. z 1959 r., nr 60, poz. 359).
- Konwencja europejska z dnia 9 lipca 1956 r. dotycząca zabezpieczenia społecznego pracowników zatrudnionych w transporcie międzynarodowym* (Dz.U. z 1959 r., nr 56, poz. 332).
- Konwencja z dnia 14 grudnia 1956 r. o opodatkowaniu pojazdów drogowych wykonujących międzynarodowe przewozy podróźnych* (Dz.U. z 1970 r., nr 4, poz. 27).
- Konwencja z dnia 14 grudnia 1956 r. o opodatkowaniu pojazdów drogowych wykonujących międzynarodowe przewozy towarów* (Dz.U. z 1970 r., nr 4, poz. 29).

Konwencja europejska z dnia 9 grudnia 1960 r. dotycząca postępowania celnego dla palet używanych w przewozach międzynarodowych (Dz.U. z 1969 r., nr 33, poz. 280).

Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (t. jedn. Dz.U. z 2014 r., poz. 121).

Ustawa z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (t. jedn. Dz.U. z 2013 r., poz. 385 ze zm.).

Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 1993 r., nr 47, poz. 211).

Ustawa z dnia 28 lutego 2003 r. – Prawo upadłościowe i naprawcze (t. jedn. Dz.U. z 2012 r., poz. 1112 ze zm.).

Ustawa z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (t. jedn. Dz.U. z 2013 r., poz. 672 ze zm.).

Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2007 r., nr 50, poz. 331 ze zm.).

Streszczenie

Artykuł należy uznać za wprowadzenie do pojęcia globalizacji prawa. W pierwszej kolejności przybliżone i przeanalizowane zostało pojęcie przedsiębiorcy funkcjonujący na płaszczyźnie prawa polskiego.

Kolejne rozważania to analiza obowiązujących rozwiązań prawnych w kontekście globalizacji prawa (jak i problemów związanych z tym pojęciem) na przykładzie prawa publicznego. Rozważania zostały podzielone na dwie części, tj. część pierwszą, gdzie globalizację należy rozumieć jako funkcjonowanie w prawie polskim standardów prawnych powstałych w prawie międzynarodowym oraz część drugą, gdzie globalizację należy rozumieć jako m.in. element wyznaczający szybkość działania administracji, element porównawczy w odniesieniu do administracji publicznej, element, który zwiększa znaczenie podmiotów gospodarczych o globalnym zasięgu działania czy funkcjonowania tzw. grup wykluczonych, tj. trwale bezrobotnych czy nie potrafiących posługiwać się komputerem.

Opracowanie kończą wnioski autorskie, zarówno *de lege lata*, jak i *de lege ferenda*.

Summary

One should consider the paper as an introduction to the concept of globalization of law.

First of all, approximation and analysis of the concept of entrepreneur operating on the basis of Polish law were carried out. Another consideration is the

analysis of the existing legal solutions in the context of law globalization (as well as the problems associated with this concept), i.e. public law.

Deliberations were divided into two parts, ie. the first part, where globalization should be understood as functioning in Polish law legal standards created by international law and a second part, where globalization must be understood as an element defining the speed of administration, the comparative element in relation to the public administration component, which increases the importance of economic entities in global operation or functioning of the so-called excluded groups, ie. long-term unemployed or one who cannot use a computer.

The study is finished by author's conclusions, both *de lege lata* and *de lege ferenda*.

Administracyjnoprawne uwarunkowania przeobrażeń własnościowych wybranych kategorii podmiotów gospodarczych

Wstęp

W każdej gospodarce rynkowej zjawiskiem powszechnym jest przenoszenie prawa własności z jednego podmiotu na drugi. W pewnych sytuacjach dokonywanie tego rodzaju transakcji obwarowane jest różnorodnymi administracyjnoprawnymi obostrzeniami. Jest to zrozumiałe z uwagi na fakt, że – jak zauważa się w literaturze przedmiotu – instytucja własności jest głównym elementem bazy prawnej istniejącego w państwie porządku gospodarczego². Oczywiście obostrzenia te muszą być zakorzenione w odpowiednich regulacjach prawnych, których fundament tworzy obecnie ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów³. Ustawy tej nie można jednak traktować jako zbioru przepisów prawnych zawierającego wyczerpujący katalog administracyjnoprawnych uwarunkowań przeobrażeń własnościowych podmiotów gospodarczych. Wystarczy bowiem sięgnąć do ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe⁴, której rozdział 9 zatytułowany „Zrzeszenia, łączenie się i podział banków” zawiera między innymi przepis stanowiący, że połączenie się banku może nastąpić „tylko z innym bankiem albo instytucją kredytową, po uzyskaniu zezwolenia Komisji Nadzoru Finansowego” (art. 124 ust. 1 Prawa bankowego)⁵, czy też do ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o ofercie publicznej i warunkach wprowadzania instrumentów finansowych do zorganizowanego systemu obrotu oraz o spółkach publicznych⁶ (w skrócie: ustawa o ofercie publicznej), ustanawiającej na przykład różnego rodzaju wymogi o charakterze sygnalizacyjnym⁷. Celem niniejszego opracowania

¹ Uniwersytet Jagielloński w Krakowie.

² E. Gniewek, *Prawo rzeczowe*, 2. wydanie zmienione i zaktualizowane, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 1999, s. 29.

³ Dz.U. z 2007 r., nr 50, poz. 331 z późn. zm.

⁴ Tekst jednolity: Dz.U. z 2012 r., poz. 1376 z późn. zm.

⁵ Ustawodawca powołał Komisję Nadzoru Finansowego w art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 21 lipca 2006 r. o nadzorze nad rynkiem finansowym (tekst jednolity: Dz.U. z 2012 r., poz. 1149 z późn. zm.). Organ ten powstał dla sprawowania czynności nadzorczych wobec rynku finansowego (art. 3 ust. 2 ustawy o nadzorze nad rynkiem finansowym).

⁶ Tekst jednolity: Dz.U. z 2013 r., poz. 1382.

⁷ Zob. zwłaszcza art. 69 ust. 1 ustawy o ofercie publicznej.

jest prezentacja obowiązujących w Polsce administracyjnoprawnych warunków dokonywania zmian własnościowych w podmiotach gospodarczych, przede wszystkim w oparciu o trzy wspomniane wyżej ustawy, tj. ustawę o ochronie konkurencji i konsumentów, Prawo bankowe i ustawę o ofercie publicznej.

1. Ogólne uwarunkowania dotyczące konsolidacji podmiotów gospodarczych

Słusznie podkreśla się, że ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów zawiera uregulowania, które biorą pod uwagę między innymi występujące obecnie uwarunkowania o charakterze rynkowym⁸. Trafnie też zaznacza się, że to przedsiębiorcy są głównymi odbiorcami jej przepisów⁹. Artykuł 13 ust. 1 tej ustawy wprowadza obowiązek zgłoszenia zamiaru koncentracji do Prezesa Urzędu¹⁰. Słusznie wskazuje się, że choć skutkiem monopolizacji nie zawsze jest likwidacja konkurencji, to jednak w każdym przypadku jej konsekwencją jest ograniczenie konkurencji, przy czym sytuacja, w której konkurencja przestaje istnieć powoduje, że podmiotowi o pozycji monopolistycznej nie zależy już między innymi na podnoszeniu efektywności pracy, jakości towarów czy też redukowaniu kosztów wytwarzania¹¹.

Jeżeli chodzi o samego Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, to – jak stanowi art. 29 ust. 1 zdanie drugie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów – jego działalność podlega nadzorowi ze strony Prezesa Rady Ministrów. Jednocześnie, o czym wspomina z kolei art. 29 ust. 3 wspomnianej wyżej ustawy, Prezes Urzędu powoływany jest przez Premiera spośród osób, które wyłoniono w drodze naboru mającego charakter otwarty i konkurencyjny. W kontekście powyższej regulacji słusznie podnosi się, iż Prezes Urzędu powinien mieć silniejszą gwarancję niezależności z uwagi na przyznane temu organowi prawo orzekania, przy czym przekazanie prawa powoływania tego organu Radzie Ministrów, a tym bardziej Sejmowi, sprzyjałoby ugruntowaniu jego niezależnej pozycji¹².

⁸ S. Serafin, Rozdział XXII. *Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów*, [w:] S. Serafin, B. Szmulik, *Organy ochrony prawnej RP*, 2. wydanie, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2010, s. 363.

⁹ M. Modrzejwska, Część czwarta. *Ochrona prawna konkurencji*, [w:] *Prawo handlowe*, pod red. naukową J. Okolskiego, 2. wydanie, Oficyna a Wolters Kluwer business, Warszawa 2008, s. 477.

¹⁰ Zgodnie z art. 4 pkt 18) ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, w przypadku gdy ustawa ta posługuje się pojęciem Prezesa Urzędu należy przez to rozumieć Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

¹¹ C. Kosikowski, *Polskie publiczne prawo gospodarcze*, Wydanie III zmienione, Wydawnictwa Prawnicze PWN, Warszawa 2000, s. 359.

¹² M. Król-Bogomińska, *Kierunki najnowszych zmian polskiego prawa antymonopolowego*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2009, nr 6, s. 5.

Zasygnalizowany wyżej obowiązek zgłoszenia zamiaru koncentracji powstaje, o ile w roku (rok obrotowy) wcześniejszym niż rok zgłoszenia światowy obrót przypadający łącznie na przedsiębiorców biorących udział w koncentracji był wyższy niż równowartość jednego miliarda euro lub łączna wartość obrotu w Polsce takich podmiotów we wspomnianym wyżej okresie przewyższa równowartość pięćdziesięciu milionów euro¹³. Ponadto, obowiązek zgłoszenia dotyczy planu między innymi połączenia samodzielnych przedsiębiorców (co najmniej dwóch) albo przejęcia kontroli o charakterze bezpośrednim tudzież pośrednim nad jednym przedsiębiorcą lub większą ich liczbą przez jednego przedsiębiorcę lub większą liczbę przedsiębiorców, z tym że ustawodawca przewiduje, że przejęcie może nastąpić w jakikolwiek sposób, w tym poprzez dokonanie nabycia lub objęcia akcji, innego rodzaju papierów wartościowych lub udziałów¹⁴. Trafnie podkreśla się w literaturze przedmiotu, że materialnoprawne uregulowania prawa administracyjnego, wprowadzając wyjątki od ogólnych zasad przeprowadzania koncentracji, mogą przekształcać procedurę w zakresie zgłaszania zamiaru takiej koncentracji¹⁵.

Na przeprowadzenie koncentracji zgodę wyraża Prezes Urzędu poprzez wydanie odpowiedniej decyzji, przy czym jest to możliwe o ile koncentracja nie spowoduje istotnego ograniczenia konkurencji na rynku, zwłaszcza poprzez powstanie lub wzmocnienie pozycji dominującej w ramach rynku¹⁶. Ponadto, taka zgoda może zostać wydana przez Prezesa Urzędu, o ile przedsiębiorcy planujący dokonanie koncentracji spełnią wcześniej ustawowo określone warunki, a przy tym nie dojdzie do istotnego ograniczenia konkurencji na rynku, przede wszystkim poprzez powstanie lub wzmocnienie pozycji dominującej na rynku¹⁷. Zgodnie z art. 19 ust. 2 pkt 1), pkt 2) i pkt 3) ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów warunki, o których mowa wyżej, polegają na tym, że Prezes Urzędu ma prawo zobligować przedsiębiorców (przedsiębiorcę) planujących koncentrację (Prezes Urzędu może też przyjąć odpowiednie zobowiązanie z ich strony) do zbycia całego lub części majątku przedsiębiorców lub jednego z nich, do wycofania się z kontroli określonego przedsiębiorcy lub przedsiębiorców (w drodze zbycia określonej ilości akcji bądź udziałów lub też odwołania członka z pełnienia obowiązków w organie zarządzającym lub nadzorczym przedsiębiorców lub jednego z nich) lub do udzielenia konkurentowi licencji na prawa wyłączne. W tym samym art. 19 ust. 2 omawianej ustawy prawodawca zastrzegł, że w decyzji o wyrażeniu zgody musi zostać sprecyzowany termin, w którym ma nastą-

¹³ Art. 13 ust. 1 pkt 1) i pkt 2) ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

¹⁴ Art. 13 ust. 2 pkt 1) i pkt 2) ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

¹⁵ M. Dyl, R. Stankiewicz, *Przejęcie wspólnej kontroli nad przedsiębiorcą jako przesłanka zgłoszenia zamiaru koncentracji Prezesowi UOKiK*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2013, nr 4, s. 14-15.

¹⁶ Art. 18 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

¹⁷ Art. 19 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

pić spełnienie warunków. Dodatkowo, pozytywna decyzja Prezesa Urzędu musi zawierać zobowiązanie przedsiębiorcy lub przedsiębiorców do informowania, w ustalonym terminie, o spełnianiu wymienionych wyżej warunków¹⁸.

Jeżeli natomiast skutek koncentracji miałoby nastąpić istotne ograniczenie konkurencji w ramach rynku (zwłaszcza poprzez powstanie bądź wzmocnienie pozycji dominującej w ramach rynku), wówczas Prezes Urzędu wydaje decyzję o zakazie jej przeprowadzenia¹⁹. Jednakże, zgodnie z art. 20 ust. 2 pkt 1) i pkt 2) ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, pomimo wystąpienia wspomnianych wyżej skutków koncentracji, Prezes Urzędu zezwoli – wydając odpowiednią decyzję – na koncentrację, jeżeli uzasadnionym jest odstąpienie od takiego zakazu, zwłaszcza gdy taka koncentracja będzie pomocna w rozwoju ekonomicznym lub postępie technicznym lub pozytywnie wpłynie na stan gospodarki narodowej.

Trzeba jednak zauważyć, że ustawodawca daje Prezesowi Urzędu możliwość uchylecia wcześniejszych decyzji pozytywnych dla procesu koncentracji, o ile „zostały one oparte na nierzetelnych informacjach, za które są odpowiedzialni przedsiębiorcy uczestniczący w koncentracji, lub jeżeli przedsiębiorcy nie spełniają warunków, o których mowa w art. 19 ust. 2 i 3”²⁰. Uchylając decyzję Prezes Urzędu ma obowiązek wydać orzeczenie co do meritum sprawy²¹. Natomiast w sytuacji, kiedy przeprowadzono już koncentrację, a konkurencja na rynku nie może zostać inaczej przywrócona, Prezes Urzędu ma prawo wydać decyzję (musi w decyzji określić termin na jej wykonanie na warunkach w niej określonych) nakazującą zwłaszcza dokonanie podziału połączonego przedsiębiorcy (z uwzględnieniem wymogów wynikających z decyzji), zbycie majątku przedsiębiorcy (w całości lub też w części) lub udziałów (akcji) pozwalających kontrolować przedsiębiorcę lub przedsiębiorców, lub nakazującej rozwiązanie spółki wspólnie kontrolowanej przez przedsiębiorców²². Należy dodać, że wydanie takiej decyzji nie będzie możliwe, jeżeli od dnia przeprowadzenia koncentracji minęło już pięć lat²³.

2. Administracyjnoprawne uwarunkowania zmian własnościowych w spółkach publicznych

Szczególne wymogi administracyjnoprawne związane ze zmianami własnościowymi w spółkach publicznych, w tym obowiązki względem Komisji Nadzoru Finansowego (w skrócie: KNF), wprowadza art. 69 i następne ustawy o ofercie

¹⁸ Art. 19 ust. 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

¹⁹ Art. 20 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

²⁰ Art. 21 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

²¹ Art. 21 ust. 1 zdanie drugie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

²² Art. 21 ust. 2 pkt 1), pkt 2) i pkt 3) ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

²³ Art. 21 ust. 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

publicznej²⁴. Podkreśla się, że w ramach tak zwanej sieci bezpieczeństwa finansowego funkcjonuje nie tylko odgrywająca istotną rolę w tym systemie KNF, ale także cała grupa innych podmiotów, składająca się między innymi z Narodowego Banku Polskiego, Bankowego Funduszu Gwarancyjnego, Ministra Finansów i jeszcze wielu innych²⁵.

Zgodnie z art. 69 ust. 1 ustawy o ofercie publicznej, o zmianach własnościowych w spółce publicznej powinna zostać zawiadomiona KNF oraz spółka przed upływem czterech dni roboczych liczonych od dnia dowiedzenia się przez dany podmiot, że zmienił się jego udział w łącznej liczbie głosów albo, zachowując należyta staranność, mógł się dowiedzieć o tej zmianie, a jeżeli zmiana wynikała z nabycia akcji takiej spółki w transakcji dokonanej w ramach rynku regulowanego, wówczas zawiadomienia należy dokonać najdalej w ciągu sześciu dni sesyjnych liczonych od dnia, w którym doszło do zawarcia transakcji. Jednocześnie w tym samym art. 69 ust. 1 pkt 1) i pkt 2) omawianej ustawy prawodawca precyzuje, że przedstawiona wyżej procedura zgłaszania obowiązuje podmiot, który uzyskał lub przekroczył pięć, dziesięć, piętnaście, dwadzieścia, dwadzieścia pięć, trzydzieści trzy, trzydzieści trzy i jedna trzecia, pięćdziesiąt, siedemdziesiąt pięć albo dziewięćdziesiąt procent łącznej liczby głosów wykonywanych w danej spółce będącej spółką publiczną albo był w posiadaniu przynajmniej takich samych jak wyżej udziałów procentowych w łącznej liczbie głosów w takiej spółce, a wskutek zredukowania tego udziału uzyskał odpowiednio te same (lub mniejsze) jak wyżej udziały procentowe w łącznej liczbie głosów.

Ponadto, wymienione wyżej zawiadomienie musi zostać dokonane w sytuacji, gdy – po pierwsze – zmienia się dotychczas posiadany udział przekraczający dziesięć procent w łącznej liczbie głosów o przynajmniej dwa procent łącznej liczby głosów (w przypadku, gdy chodzi o spółkę publiczną, której akcje uzyskały dopuszczenie do obrotu w ramach rynku, na którym odbywają się oficjalne notowania giełdowe) lub o przynajmniej pięć procent głosów (jeżeli chodzi o spółkę publiczną, której akcje uzyskały dopuszczenie do obrotu w ramach innego rynku regulowanego niż wyżej wymieniony)²⁶. Po drugie, takie zawiadomienie jest obligatoryjne także wówczas, gdy o przynajmniej jeden procent zmieni się

²⁴ Jak stanowi art. 4 pkt 23) ustawy o ofercie publicznej, stosowane w tej ustawie pojęcie Komisji oznacza Komisję Nadzoru Finansowego przewidzianą w ustawie z dnia 21 lipca 2006 r. o nadzorze nad rynkiem finansowym. W literaturze przedmiotu podkreśla się, że publiczny charakter spółki zakłada przyjęcie reguł jej transparentnego funkcjonowania w stosunku do akcjonariuszy i innych podmiotów, nazywanego łańcem korporacyjnym – U. Banaszczyk-Soroka, *Instytucje i uczestnicy rynku kapitałowego*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2008, s. 27.

²⁵ J. Gwizdała, *Nadzór bankowy w Polsce w aspekcie regulacji Unii Europejskiej*, [w:] *System finansów publicznych. Prawo finansowe wobec wyzwań XXI wieku*, praca pod red. A. Dobaczewskiej, E. Juchniewicz, T. Sowińskiego, Wydanie I, Wydawca: CeDeWu Sp. z o.o., Warszawa 2010, s. 287.

²⁶ Art. 69 ust. 2 pkt 1) lit. a) i lit. b) ustawy o ofercie publicznej.

dotychczas posiadany udział wynoszący więcej niż trzydzieści trzy procent łącznej liczby głosów²⁷.

Ustawodawca przewidział jednak pewne okoliczności, które wyłączają obowiązek dokonywania zawiadomienia. Otóż w myśl art. 69 ust. 3 ustawy o ofercie publicznej, wyłączenie tego obowiązku następuje, jeżeli „po rozliczeniu w depozycie papierów wartościowych kilku transakcji zawartych na rynku regulowanym w tym samym dniu zmiana udziału w ogólnej liczbie głosów w spółce publicznej na koniec dnia rozliczenia nie powoduje osiągnięcia lub przekroczenia progu ogólnej liczby głosów, z którym wiąże się powstanie tych obowiązków”.

Wskazane wyżej zawiadomienie musi zawierać ściśle określone przez ustawodawcę dane, tzn. datę i rodzaj zdarzenia skutkującego zmianą udziału, której informacja dotyczy, liczbę akcji będących w posiadaniu podmiotu jeszcze zanim doszło do zmiany udziału, z uwzględnieniem ich procentowego udziału w ramach kapitału spółki, i liczbę głosów z takich akcji z podaniem ich procentowego udziału w łącznej liczbie głosów²⁸. Ponadto, w takim zawiadomieniu muszą znaleźć się dane o bieżącym stanie posiadania akcji ze wskazaniem ich procentowego udziału w ramach kapitału zakładowego spółki i liczbie głosów przynależnych tym akcjom z uwzględnieniem ich procentowego udziału w łącznej liczbie głosów, a także trzeba w nim podać – o ile zawiadomienie składa się wskutek osiągnięcia lub przekroczenia dziesięciu procent łącznej liczby głosów – informacje o planach dalszego powiększania udziału w łącznej liczbie głosów na okres roku od przedłożenia zawiadomienia oraz o celu powiększenia tego udziału²⁹. I wreszcie, omawiane zawiadomienie musi określać podmioty zależne od zawiadamiającego akcjonariusza, będące w posiadaniu akcji spółki, jak również informować o osobach wskazanych w art. 87 ust. 1 pkt 3) lit. c) ustawy o ofercie publicznej³⁰.

Należy jednocześnie pamiętać, że art. 69a ustawy o ofercie publicznej normuje stany faktyczne, w których stosowanie wymogów wynikających z omówionego wyżej art. 69 rzeczony ustawy ulega rozszerzeniu. Rozszerzenie to ma dwojaki zakres. Po pierwsze, do realizacji obowiązków wskazanych we wspomnianym art. 69 zobligowany jest także podmiot, który uzyskał lub przekroczył dany próg łącznej liczby głosów wskutek nastąpienia zdarzenia prawnego niebędącego czynnością prawną, w konsekwencji nabycia lub zbycia instrumentów finansowych dających – nieobciążone żadnym warunkiem – prawo bądź obowiązek nabycia akcji, które spółka publiczna już wyemitowała, jak również wskutek pośredniego nabycia akcji publicznej spółki³¹. Po drugie, ustalone w art. 69 analizowanej ustawy obowiązki istnieją też w przypadku, jeżeli prawa głosu

²⁷ Art. 69 ust. 2 pkt 2) ustawy o ofercie publicznej.

²⁸ Art. 69 ust. 4 pkt 1) i pkt 2) ustawy o ofercie publicznej.

²⁹ Art. 69 ust. 4 pkt 3) i pkt 4) ustawy o ofercie publicznej.

³⁰ Art. 69 ust. 4 pkt 5) i pkt 6) ustawy o ofercie publicznej.

³¹ Art. 69a ust. 1 pkt 1), pkt 2) i pkt 3) ustawy o ofercie publicznej.

przypisane są papierom wartościowym stanowiącym przedmiot zabezpieczenia, z tym że nie ma to zastosowania w sytuacji, kiedy podmiot będący beneficjentem zabezpieczenia może realizować prawo głosu oraz wyraża zamiar realizacji tego prawa, bowiem wówczas ustawodawca nakazuje przyjmować, że prawo głosu należy do podmiotu będącego beneficjentem zabezpieczenia³².

Odrębnego omówienia wymagają obowiązki spoczywające na spółkach publicznych, którą to kwestię normuje art. 70 ustawy o ofercie publicznej. Przede wszystkim spółka publiczna ma obowiązek bezzwłocznie przekazać informacje – w zakresie wynikającym z art. 69 ustawy o ofercie publicznej – w tym samym czasie do wiadomości publicznej, Komisji Nadzoru Finansowego i spółce, która prowadzi rynek regulowany, będący miejscem notowań akcji tejże spółki³³. Od razu należy jednak zaznaczyć, że KNF ma prawo zdjąć ze spółki publicznej obowiązek przesyłania wymienionych wyżej danych, jeśli ich ujawnienie mogłoby być szkodliwe dla interesu publicznego lub stać się przyczyną istotnej szkody dla interesów takiej spółki, przy czym jednocześnie – w tym ostatnim przypadku – na skutek nieprzekazania informacji ogół inwestorów nie może zostać wprowadzony w błąd w odniesieniu do wartości walorów³⁴.

Kolejny obowiązek nałożony przez prawodawcę na spółkę publiczną wyraża się w tym, że musi ona przekazywać KNF spis akcjonariuszy mających prawo uczestniczyć w walnym zgromadzeniu (spółka ma na to zawiadomienie czas do dnia, który poprzedza dzień takiego zgromadzenia), ze wskazaniem jak dużo akcji oraz głosów z nich wynikających przysługuje każdemu z akcjonariuszy³⁵. Spółka publiczna musi też przekazywać – w ciągu 7 dni licząc od dnia, w którym odbyło się walne zgromadzenie – jednocześnie do wiadomości publicznej, KNF oraz spółce, która prowadzi rynek regulowany będący miejscem notowań akcji takiej spółki, zestawienie akcjonariuszy mających przynajmniej 5% głosów w trakcie tego zgromadzenia, z wyszczególnieniem liczby głosów, którymi każdy z akcjonariuszy dysponuje z tytułu posiadanych akcji, oraz z uwzględnieniem procentowego udziału głosów w liczbie – reprezentowanych na takim zgromadzeniu – głosów, jak i w łącznej liczbie głosów³⁶.

Ważne obostrzenia prawodawca zamieścił między innymi w art. 89 ustawy o ofercie publicznej. Obostrzenie to polega na odebraniu akcjonariuszowi uprawnienia do realizacji prawa głosu związanego z akcjami spółki publicznej, których to akcji dotyczyła czynność prawna lub inne zdarzenie prawne skutkujące osiągnięciem lub przekroczeniem określonego limitu łącznej liczby głosów, o ile do uzyskania lub przekroczenia takiego limitu doszło ze złamaniem obowiązków

³² Art. 69a ust. 3 ustawy o ofercie publicznej.

³³ Art. 70 pkt 1) ustawy o ofercie publicznej.

³⁴ Art. 71 pkt 1) i pkt 2) ustawy o ofercie publicznej.

³⁵ Art. 70 pkt 2) ustawy o ofercie publicznej.

³⁶ Art. 70 pkt 3) ustawy o ofercie publicznej.

wynikających odpowiednio z art. 69 bądź art. 72 ustawy o ofercie publicznej³⁷. Jeżeliby jednak doszło do realizacji – wbrew powyższemu obostrzeniu – prawa głosu, wówczas nie może ono zostać uwzględnione podczas liczenia wyniku głosowania, którego przedmiotem była uchwała podejmowana na walnym zgromadzeniu, z zastrzeżeniem regulacji zawartych w odrębnych ustawach³⁸.

3. Administracyjnoprawne obostrzenia dotyczące przekształceń w strukturze własnościowej banków

Jak już wspomniano na wstępie, bank może połączyć się, po wcześniejszym uzyskaniu zezwolenia ze strony KNF, jedynie z podmiotami, którymi są albo inny bank albo instytucja kredytowa³⁹. Warto zwrócić uwagę, że ustawodawca określił, iż KNF musi odmówić udzielenia zezwolenia wówczas, gdy takie połączenie skutkowałoby naruszeniem regulacji prawnych, interesów podmiotów będących klientami banku uczestniczącego w takim połączeniu lub też stanowiłoby zagrożenie dla zebranych w takim banku kapitałów⁴⁰. Zgodnie z art. 124 ust. 3 Prawa bankowego, jeżeli to krajowy bank występuje w roli podmiotu przejmującego, to wówczas połączenia nie można przeprowadzić inaczej, jak tylko „przez przeniesienie całego majątku banku przejmowanego albo przejmowanej instytucji kredytowej na bank przejmujący, za udziały albo akcje które bank przejmujący wydaje członkom albo akcjonariuszom banku przejmującego albo przejmowanej instytucji kredytowej. Udziałów albo akcji nie wydaje się w przypadku, o którym mowa w art. 514 Kodeksu spółek handlowych”.

W § 1 wspomnianego wyżej art. 514 ustawy z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych⁴¹ ustawodawca postanowił, że udziały albo akcje własne nie mogą być przez spółkę przejmującą obejmowane w zamian zarówno za udziały bądź akcje posiadane przez nią w spółce będącej przedmiotem przejęcia, jak i własne udziały (akcje) spółki będącej przedmiotem przejęcia. W myśl z kolei art. 514 § 2 Kodeksu spółek handlowych, wspomniany wyżej zakaz znajduje zastosowanie także do obejmowania udziałów (akcji) własnych przez te osoby, które działają wprawdzie w imieniu własnym, ale na rachunek jednej ze spółek, tj. przejmującej albo przejmowanej. Wracając do postanowień zawartych w ustawie Prawo bankowe należy zaznaczyć, że ustawodawca wymaga uzyskania zgody ze strony KNF na działanie polegające na tym, że bank nabywa przedsiębiorstwo bankowe lub jego zorganizowaną część⁴².

³⁷ Art. 89 ust. 1 pkt 1) ustawy o ofercie publicznej.

³⁸ Art. 89 ust. 3 ustawy o ofercie publicznej.

³⁹ Art. 124 ust. 1 Prawa bankowego.

⁴⁰ Art. 124 ust. 2 Prawa bankowego.

⁴¹ Tekst jednolity: Dz.U. z 2013 r., poz. 1030 z późniejszym sprostowaniem.

⁴² Art. 124a Prawa bankowego.

Na koniec warto nieco bliżej przyjrzeć się problematyce podziału banków uregulowanej w dwóch ostatnich artykułach rozdziału 9 Prawa bankowego. Przede wszystkim należy podkreślić, że ustawodawca postanowił, w stosunku do banków spółdzielczych, że nie podlegają one procesowi podziału unormowanemu w ustawie Prawo spółdzielcze, przy czym chodzi o regulacje części pierwszej tytułu pierwszego działu jedenastego tej ustawy⁴³. Wspomniany dział jedenasty ustawy z dnia 16 września 1982 r. Prawo spółdzielcze⁴⁴ nosi tytuł „Podział spółdzielni”, a pierwsze z jego uregulowań, tj. art. 108 § 1 Prawa spółdzielczego, stanowi o możliwości podziału spółdzielni w oparciu o uchwałę walnego zgromadzenia, za którą oddano większość głosów, polegającym na utworzeniu nowej spółdzielni z wydzielonej części spółdzielni podlegającej podziałowi.

Z kolei w odniesieniu do banków działających jako spółki akcyjne ustawodawca postanowił, że mogą one być dzielone tylko w sposób przewidziany artykułem 529 § 1 pkt 4) zawartym w Kodeksie spółek handlowych zastrzegając, że część majątku banku podlegającego podziałowi zostanie wniesiona do spółki akcyjnej funkcjonującej jako bank krajowy bądź instytucja kredytowa⁴⁵. Zgodnie z wolą prawodawcy, do przeprowadzenia wspomnianego wyżej podziału banku wymagane jest uzyskanie zezwolenia KNF, która jednak musi odmówić zezwolenia, o ile istnieje możliwość, że taki podział niekorzystnie wpłynie na ostrożne i stabilne zarządzanie bankiem podlegającym procesowi podziału lub bankami uzyskującymi majątek banku ulegającego podziałowi lub w przypadku, gdy taki podział może skutkować zaistnieniem poważnych szkód w gospodarce narodowej lub w ważnych interesach państwa⁴⁶.

Podsumowanie

Przeobrażenia własnościowe podmiotów gospodarczych uwarunkowane są koniecznością spełnienia licznych wymogów o charakterze administracyjnoprawnym. Przeprowadzona w artykule analiza tego rodzaju uwarunkowań, oparta na rozwiązaniach prawnych przyjętych wobec wybranych kategorii podmiotów, pozwala sformułować wnioski dotyczące podejścia polskiego ustawodawcy do tej kwestii. Przede wszystkim, można skonstatować znaczne rozproszenie i zindywidualizowanie odpowiednich uregulowań w odniesieniu do poszczególnych typów podmiotów gospodarczych. Zwłaszcza w Prawie bankowym

⁴³ Art. 124b Prawa bankowego.

⁴⁴ Tekst jednolity: Dz.U. z 2013 r., poz. 1443.

⁴⁵ Art. 124c ust. 1 Prawa bankowego. Zgodnie z art. 529 § 1 pkt 4) Kodeksu spółek handlowych można dokonać podziału w ten sposób, że wnosi się część majątku, należącego do spółki dzielonej, do istniejącej spółki lub spółki nowo zawiązywanej i taki podział nosi nazwę podziału przez wydzielenie.

⁴⁶ Art. 124c ust. 2 Prawa bankowego.

ustawodawca ustanawia wobec banków specyficzne warunki w zakresie zmian w ich strukturze własnościowej (zob. przede wszystkim art. 124 ust. 2 i ust. 3 Prawa bankowego). Główny ciężar odpowiedzialności za to, aby tego rodzaju transformacje własnościowe nie stanowiły zagrożenia dla sytuacji gospodarczej państwa, został przerzucony na Komisję Nadzoru Finansowego (zob. art. 124c ust. 2 Prawa bankowego). Takie rozwiązanie należy ocenić jako uzasadnione ze względu na skład tej Komisji, obejmujący najwyższych urzędników państwowych lub ich reprezentantów. Zgodnie bowiem z art. 5 ust. 2 ustawy o nadzorze nad rynkiem finansowym, Komisja ta składa się z ministrów właściwych (lub ich przedstawicieli) w zakresie: instytucji finansowych, zabezpieczenia społecznego, jak również z Prezesa lub Wiceprezesa Narodowego Banku Polskiego oraz przedstawiciela Prezydenta RP.

Wspomnianej wyżej Komisji Nadzoru Finansowego ustawodawca powierzył także „monitorowanie” zmian własnościowych w spółkach publicznych⁴⁷. Na podstawie rozważań, których przedmiotem były unormowania zawarte w ustawie o ofercie publicznej i warunkach wprowadzania instrumentów finansowych do zorganizowanego systemu obrotu oraz o spółkach publicznych, można z kolei dojść do wniosku, że w przypadku spółek publicznych podstawowym czynnikiem decydującym o włączeniu się Komisji Nadzoru Finansowego w procesy zmian własnościowych jest zmiana w zakresie liczby posiadanych w spółce głosów (zob. zwłaszcza art. 69 ust. 1 pkt 1) i pkt 2) ustawy o ofercie publicznej). Rozwiązanie to również należy uznać za w pełni racjonalne i uzasadnione.

Bibliografia

- Banaszczak-Soroka U., *Instytucje i uczestnicy rynku kapitałowego*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2008.
- Dyl M., Stankiewicz R., *Przejęcie wspólnej kontroli nad przedsiębiorcą jako przesłanka zgłoszenia zamiaru koncentracji Prezesowi UOKiK*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2013, nr 4.
- Gniewek E., *Prawo rzeczowe*, 2. wydanie zmienione i zaktualizowane, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 1999.
- Gwizdała J., *Nadzór bankowy w Polsce w aspekcie regulacji Unii Europejskiej*, [w:] *System finansów publicznych. Prawo finansowe wobec wyzwań XXI wieku*, praca pod red. A. Dobaczewskiej, E. Juchniewicza, T. Sowińskiego, Wydanie I, Wydawca: CeDeWu Sp. z o.o., Warszawa 2010.
- Kosikowski C., *Polskie publiczne prawo gospodarcze*, Wydanie III zmienione, Wydawnictwa Prawnicze PWN, Warszawa 2000.

⁴⁷ Zob. w szczególności art. 69 ust. 1 pkt 1) i pkt 2), art. 70 pkt 1), pkt 2) i pkt 3), art. 71 pkt 1) i pkt 2) ustawy o ofercie publicznej.

- Król-Bogomilska M., *Kierunki najnowszych zmian polskiego prawa antymonopolowego*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2009, nr 6.
- Modrzejwska M., Część czwarta. *Ochrona prawna konkurencji*, [w:] *Prawo handlowe*, pod red. naukową J. Okolskiego, 2. wydanie, Oficyna a Wolters Kluwer business, Warszawa 2008.
- Serafin S., Rozdział XXII. *Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów*, [w:] S. Serafin, B. Szmulik, *Organy ochrony prawnej RP*, 2. wydanie, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2010.

Akty prawne

- Ustawa z dnia 16 września 1982 r. Prawo spółdzielcze* (tekst jednolity: Dz.U. z 2013 r., poz. 1443).
- Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe* (tekst jednolity: Dz.U. z 2012 r., poz. 1376 z późn. zm.).
- Ustawa z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych* (tekst jednolity: Dz.U. z 2013 r., poz. 1030 z późniejszym sprostowaniem).
- Ustawa z dnia 29 lipca 2005 r. o ofercie publicznej i warunkach wprowadzania instrumentów finansowych do zorganizowanego systemu obrotu oraz o spółkach publicznych* (tekst jednolity: Dz.U. z 2013 r., poz. 1382).
- Ustawa z dnia 21 lipca 2006 r. o nadzorze nad rynkiem finansowym* (tekst jednolity: Dz.U. z 2012 r., poz. 1149 z późn. zm.).
- Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów* (Dz.U. z 2007 r., nr 50, poz. 331 z późn. zm.).

Streszczenie

Administracyjnoprawne uwarunkowania zmian w strukturze własnościowej podmiotów gospodarczych zostały włączone do wielu aktów prawnych przez polskiego ustawodawcę. W pierwszej kolejności trzeba tutaj wspomnieć o ustawie z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, która w szerokim zakresie reguluje warunki przeprowadzania procesów koncentracji przez podmioty gospodarcze (zob. w szczególności art. 13 tej ustawy). Ponadto, przedmiotem analizy w niniejszym opracowaniu są administracyjnoprawne uwarunkowania dotyczące przeobrażeń własnościowych w spółkach publicznych (uwarunkowania te wynikają między innymi z art. 69 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o ofercie publicznej i warunkach wprowadzania instrumentów finansowych do zorganizowanego systemu obrotu oraz o spółkach publicznych). Ostatnia część tego opracowania przedstawia wybrane rozwiązania prawne zawarte w ustawie z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe. Regulacje zawarte w trzech wyżej

wymienionych ustawach stanowią podstawę rozważań zawartych w niniejszym opracowaniu.

Summary

Concerning administrative law conditions of changes in proprietary structure of economic agents have been included in a great many legal acts by the Polish legislator. In the first place one must mention here the Act on Protection of Competition and Consumers of 16th February 2007, which regulates on a wide scale conditions of realization of concentration processes by economic agents (see particularly article 13 of this act). Moreover, the matter of analysis in this article are concerning administrative law conditions referring to proprietary transformations in public companies (these conditions result among others things from article 69 of the Act on Public Offer and Conditions of Introduction of the Financial Instruments into the Organized System of Turnover and on Public Companies of 29th July 2005). The last part of this article presents selected legal solutions contained in the Bank Law Act of 29th August 1997. Regulations contained in the three above-mentioned acts are the ground of considerations contained in this article.

Przekształcenie indywidualnej działalności gospodarczej w spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością – konsekwencje w zakresie podatków i obowiązkowych ubezpieczeń społecznych

Wstęp

W czasach zmieniających się realiów rynkowych prowadzenie działalności w formie spółki z ograniczoną odpowiedzialnością ma wiele zalet. Wybór tej formy działalności gospodarczej pozwala ograniczyć ryzyko niepowodzenia biznesowego, chroni majątek prywatny wspólników i umożliwia bezpieczną upadłość. Z drugiej strony w przypadku sukcesu umożliwia stworzenie trwałej struktury i kontynuowanie prowadzenia działalności gospodarczej także po zaprzestaniu aktywności zawodowej jej założyciela. W momencie kiedy prowadzona działalność osiąga znaczne rozmiary, przedsiębiorca staje przed koniecznością zwiększenia poziomu swojego bezpieczeństwa. Podejmując decyzję o zmianie formy działalności gospodarczej warto przeanalizować konsekwencje transformacji w zakresie danin publicznych.

Zmiana formy działalności gospodarczej z indywidualnej na spółkę z o.o. może być dokonana na kilka sposobów. Od 1 lipca 2011 r. możliwe jest przekształcenie indywidualnego przedsiębiorcy w spółkę kapitałową. Natomiast w dniu 1 stycznia 2013 r. weszły w życie przepisy ustawy o redukcji niektórych obciążeń administracyjnych w gospodarce³, które zmieniły między innymi przepisy w zakresie przekształceń przedsiębiorców prowadzących jednoosobową działalność gospodarczą w spółki kapitałowe. Do Ordynacji podatkowej⁴ został wprowadzony art. 93a § 4, zgodnie z którym, jednoosobowa spółka kapitałowa powstała w wyniku przekształcenia przedsiębiorcy będącego osobą fizyczną wstępuje w przewidziane w przepisach prawa podatkowego prawa przekształcanego przedsiębiorcy związane z prowadzoną działalnością gospodarczą, z wyjątkiem

¹ Radca prawny w Kancelarii Radców Prawnych Górską Lisowska Zapala s.c.

² Prawnik, doradca podatkowy, partner w kancelarii Prus & Biernat-Baran Kancelaria Doradców Podatkowych sp. p., doktorant na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego, wykładowca na Wydziale Prawa w Wyższej Szkole Finansów i Prawa w Bielsku-Białej.

³ Ustawa z dnia 16 grudnia 2012 r. o redukcji niektórych obciążeń administracyjnych w gospodarce (Dz.U. z 2012 r. poz. 1342).

⁴ Ustawa z 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (t.j. Dz.U. z 2012, poz. 749 ze zm.).

tych praw, które nie mogą być kontynuowane na podstawie przepisów regulujących opodatkowanie spółek kapitałowych.

Niniejszy artykuł ma na celu, po pierwsze, omówienie podstawowych różnic w zakresie obowiązków publicznoprawnych (w szczególności obowiązków podatkowych oraz w zakresie obowiązkowych ubezpieczeń społecznych) występujących pomiędzy jednoosobową działalnością gospodarczą a działalnością prowadzoną w formie spółki z ograniczoną odpowiedzialnością. Po drugie, zaprezentowanie konsekwencji w zakresie podatków wynikających z podjęcia procedury przekształcenia na podstawie kodeksu spółek handlowych z uwzględnieniem art. 93a § 4 Ordynacji podatkowej.

1. Zasady opodatkowania indywidualnej działalności gospodarczej

Na gruncie ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych⁵, podmiotem opodatkowania jest osoba fizyczna. Przy prowadzeniu indywidualnej działalności gospodarczej podatnik powinien dokonać wyboru jednej z następujących form opodatkowania: zasady ogólne (według skali podatkowej lub opodatkowanie według jednolitej 19% stawki), zryczałtowane formy opodatkowania (ryczałt od przychodów ewidencjonowanych, karta podatkowa). Wybór ten powinien, co do zasady nastąpić przed rozpoczęciem działalności gospodarczej. W przypadku niedokonania wyboru, podatnika obowiązują ogólne zasady opodatkowania⁶. Wybierając określoną formę opodatkowania przedsiębiorca powinien kierować się następującymi kryteriami: prognozowane przychody oraz koszty uzyskania przychodów, planowane obszary działalności, docelowe rozmiary przyszłej działalności, zakres niezbędnej kooperacji z innymi podmiotami, ewentualne ograniczenia wynikające z przepisów prawa, uciążliwości ewidencyjne, jak również możliwość wspólnego opodatkowania z małżonkiem. Zarówno w przypadku opodatkowania na zasadach ogólnych, jak i podatku liniowym przychody pomniejszane są o koszty ich uzyskania. Korzyści z opodatkowania na zasadach ogólnych to możliwość skorzystania z ulgi na dziecko oraz możliwość wspólnego rozliczenia z małżonkiem (przy spełnieniu określonych w ustawie warunków). Natomiast zasadniczą przewagą podatku liniowego nad skalą podatkową jest jedna stawka podatku 19%, która nie zmienia się wraz ze wzrostem dochodu firmy. Wybierając tę formę opodatkowania, przedsiębiorca nie może rozliczyć się wspólnie z małżonkiem oraz skorzystać z ulgi na dziecko. Przy opodatkowaniu w formie ryczałtu od przychodów ewidencjonowanych podstawę opodatkowania stanowi przychód. W tej formie opodatkowania brak jest możliwości uwzględ-

⁵ Ustawa z 26 lipca 1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych (t.j. Dz.U. z 2012, poz. 361 ze zm.).

⁶ R. Mastalski, *Prawo podatkowe*, C.H. Beck, Warszawa 2012, s. 478.

nienia kosztów uzyskania przychodów w podstawie opodatkowania. Forma ta przewiduje pięć stawek podatkowych (3%, 5,5%, 8,5%, 17%, 20%), które uzależnione są od rodzaju wykonywanej działalności. Przy korzystaniu z tej formy opodatkowania podatnik ma prawo do odliczenia składek na ubezpieczenia społeczne (od przychodu), składek na ubezpieczenia zdrowotne (od obliczonej kwoty ryczału), ulg i innych odliczeń wymienionych w art. 26 ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych oraz przekazania 1% kwoty podatku na rzecz organizacji pożytku publicznego. Wysokość opodatkowania za pomocą karty podatkowej uzależniona jest od liczby zatrudnionych pracowników oraz liczby mieszkańców miejscowości, w której działalność jest wykonywana.

Głównymi zaletami prowadzenia jednoosobowej działalności gospodarczej jest jednokrotne opodatkowanie dochodu oraz możliwość prowadzenia uproszczonej księgowości. W zależności od wyboru formy opodatkowania przedsiębiorca prowadzi podatkową księgę przychodów i rozchodów (art. 24a ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych) albo ewidencji przychodów (art. 15 ustawy o zryczałtowanym podatku dochodowym od niektórych przychodów osiąganych przez osoby fizyczne⁷). Oprócz powyższych zalet, prowadzenie jednoosobowej działalności gospodarczej ma poważną wadę. Jest nią pełna odpowiedzialność podatnika za zobowiązania podatkowe całym swoim majątkiem (zarówno tym wykorzystywanym na potrzeby działalności gospodarczej, jak i majątkiem osobistym). Co do zasady odpowiedzialność ta rozciąga się również na współmałżonka, pozostającego z podatnikiem we wspólności majątkowej małżeńskiej⁸.

2. Zasady opodatkowania działalności prowadzonej w formie spółki z ograniczoną odpowiedzialnością

Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością opodatkowana jest według zasad przewidzianych w ustawie o podatku dochodowym od osób prawnych⁹. Dochód spółki z o.o. podlega opodatkowaniu liniowemu w wysokości 19%. W celu porównania tej formy opodatkowania z opodatkowaniem jednoosobowej działalności gospodarczej z podatkowego punktu widzenia, należy uwzględnić opodatkowanie nie tylko na poziomie spółki, lecz także na poziomie wspólników. Opodatkowanie dochodu spółki, a następnie dochodu wspólnika uzyskanego z dywidendy, powoduje, że wspólnik spółki z o.o. jest pod względem podatko-

⁷ Ustawa z dnia 20 listopada 1998 r. o zryczałtowanym podatku dochodowym od niektórych przychodów osiąganych przez osoby fizyczne (Dz.U. z 1998 r. nr 144, poz. 930).

⁸ A. Olesińska, *Odpowiedzialność podatkowa – aspekty teoretyczne*, [w:] (red.) B. Brzeziński, *Prawo podatkowe. Teoria. Instytucje. Funkcjonowanie*, Wydawnictwo TNOiK, Toruń 2009, s. 265 i n.

⁹ Ustawa z dnia 15 lutego 1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych (Dz.U. z 2014 r. poz. 851 j.t. ze zm.).

wym traktowany mniej korzystnie niż przedsiębiorca prowadzący jednoosobową działalność gospodarczą. Działalność w formie spółki z o.o. wymaga również prowadzenia ksiąg rachunkowych oraz sporządzania sprawozdań finansowych, które w niektórych sytuacjach muszą zostać poddane badaniu przez biegłego rewidenta. Zdecydowaną zaletą prowadzenia działalności gospodarczej w formie spółki z o.o. jest brak odpowiedzialności wspólników za zobowiązania podatkowe spółki. To spółka ponosi odpowiedzialność całym swoim majątkiem¹⁰. Ryzyko wspólnika ograniczone jest do wysokości wniesionego wkładu. Wspólnik spółki z o.o. może ponosić odpowiedzialność za zobowiązania podatkowe spółki jedynie w dwóch przypadkach. Po pierwsze, na etapie organizacji spółki, gdy nie został powołany zarząd lub pełnomocnik. Po drugie, gdy jest jednocześnie członkiem zarządu oraz spełnione zostaną przesłanki zawarte w art. 116 § 1 i § 2 Ordynacji podatkowej.

3. Zasady podlegania obowiązkowym ubezpieczeniom społecznym i zdrowotnym w przypadku indywidualnej działalności gospodarczej

Całość danin publicznych nałożonych na przedsiębiorców na podstawie ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych, ustawie o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy oraz ustawie o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych powszechnie określa się jako *ZUS*, *składki na ZUS* lub *składki na ubezpieczenia społeczne*. Wbrew potocznemu określeniu powyższe terminy obejmują: składki na ubezpieczenia społeczne, ubezpieczenie zdrowotne¹¹ i składki na Fundusz Pracy. Z kolei składki na ubezpieczenie społeczne dzielą się na ubezpieczenie emerytalne, rentowe, wypadkowe i chorobowe. Zgodnie z art. 6 ust. 1 pkt 5 i art. 12 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych¹² obowiązkowe ubezpieczenia dla osób prowadzących działalność gospodarczą stanowią pierwsze trzy wymienione ubezpieczenia. Natomiast ubezpieczenie chorobowe jest dobrowolne i uprawnia przedsiębiorcę do zasiłku w razie niezdolności do pracy, a także do zasiłku macierzyńskiego.

Podstawę wymiaru składek na ubezpieczenia społeczne dla przedsiębiorców opłacających składki na zasadach ogólnych stanowi zadeklarowana kwota, nie niższa jednak niż 60% prognozowanego przeciętnego wynagrodzenia miesięcznego przyjętego do ustalenia kwoty ograniczenia rocznej podstawy wymiaru składek na ubezpieczenia emerytalne i rentowe, ogłoszonego na dany rok ka-

¹⁰ A. Gomułowicz, J. Małecki, *Podatki i prawo podatkowe*, LexisNexis, Warszawa 2010, s. 427 i n.

¹¹ Ustawa z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (Dz.U. z 2008 r. nr 164 poz. 1027 t.j. ze zm.).

¹² Ustawa z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (Dz.U. z 2013 r. poz. 1442 j.t. ze zm.).

lendarzowy¹³. Ponadto przedsiębiorca podlega obowiązkowemu ubezpieczeniu zdrowotnemu w wysokości 270,40 zł i jest obowiązany do uiszczania składki na Fundusz Pracy 55,07 zł. Łącznie wysokość comiesięcznych składek wynosi 987,39 zł, a wraz z dobrowolnym ubezpieczeniem chorobowym 1042,46 zł.

Przedsiębiorca nie będzie jednak zobowiązany do uiszczania składek na ubezpieczenia społeczne i Fundusz Pracy, jeśli te składki będą opłacane z innego tytułu, np. z umowy o pracę, z której przedsiębiorca otrzymuje co najmniej minimalne wynagrodzenie. Dla porównania całkowity koszt obowiązkowych składek przy minimalnym wynagrodzeniu wynosi 791,23 zł.

Należy również zauważyć, że przez pierwsze 24 miesiące od rozpoczęcia działalności gospodarczej przedsiębiorca może opłacać preferencyjne składki na ubezpieczenia społeczne, których podstawa nie może być niższa niż 30% minimalnego wynagrodzenia z wyjątkiem podatników, którzy w ciągu poprzednich 60 miesięcy prowadzili pozarolniczą działalność gospodarczą oraz przedsiębiorców, którzy wykonują działalność gospodarczą na rzecz byłego pracodawcy¹⁴.

4. Zasady podlegania obowiązkowym ubezpieczeniom społecznym i zdrowotnym w przypadku prowadzenia działalności gospodarczej w formie spółki z o.o.

Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością posiada osobowość prawną i stanowi odrębny byt prawny od jej właściciela. W świetle regulacji ustawy o swobodzie działalności gospodarczej właściciel spółki nie ma statusu przedsiębiorcy, przedsiębiorcą jest spółka, która w obrocie z innymi podmiotami działa poprzez swoje organy. Właściciel spółki ma możliwość pełnienia określonych funkcji w organach spółki, np. może być prezesem zarządu, ale nie ma przeszkód, aby do organów spółki powoływać osoby spoza grona wspólników. Z czasem kiedy wspólnik ma zamiar ograniczyć swoją aktywność zawodową może kontrolować jej działalność poprzez zgromadzenie wspólników. Co do zasady osoby pełniące funkcje w organach spółek mogą wykonywać je na podstawie różnorodnych stosunków prawnych, takich jak: umowa o pracę, umowa zlecenia, kontrakt menedżerski, umowa o dzieło czy stosunek powołania. Odpowiednio pracodawcą, zleceniodawcą, zamawiającym czy powołującym będzie spółka. Ograniczenia w tym zakresie będą jednak dotyczyły właściciela spółki, który będzie jej jedynym wspólnikiem.

Na gruncie ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych wyróżniamy dwie sytuacje, pierwsza kiedy właściciel spółki z o.o. jest jej jedynym wspólnikiem, druga kiedy wspólników jest co najmniej dwóch. Zgodnie z art. 8 ust. 6 pkt 4

¹³ W 2014 r. jest to kwota 3.746 zł.

¹⁴ Zgodnie z art. 18 a. ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych.

ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych za osobę prowadzącą działalność uważa się także wspólnika jednoosobowej spółki z ograniczoną odpowiedzialnością. Powyższy przepis oznacza, że jedyny wspólnik spółki z o.o. jest obowiązany do opłacania składek na obowiązkowe ubezpieczenia tak jak przedsiębiorca prowadzący jednoosobową działalność gospodarczą. Nie jest możliwe nawiązanie stosunku pracy pomiędzy spółką a jej jedynym wspólnikiem. W orzecznictwie przyjmuje się, że brak stosunku podległości charakterystycznego dla stosunków pracowniczych¹⁵ oraz brak rozdzielenia kapitału od pracy jest sprzeczne z zasadami prawa pracy i wyklucza istnienie stosunku pracy¹⁶. W wyroku z dnia 11 września 2013 r. Sąd Najwyższy wyraził stanowisko, zgodnie z którym jednoosobowa spółka z o.o. stanowi w istocie szczególną formę prowadzenia działalności na „własny” rachunek, oddzielony od osobistego majątku jedynego wspólnika jedynie przez konstrukcję (fikcję) osoby prawnej. Inaczej mówiąc, tam gdzie status wykonawcy pracy (pracownika) zostaje zdominowany przez właścicielski status wspólnika spółki z o.o. nie może być mowy o zatrudnieniu w ramach stosunku pracy wspólnika¹⁷.

W świetle przepisów Kodeksu pracy stosunek pracy polega na wykonywaniu pracy określonego rodzaju na rzecz pracodawcy, pod jego kierownictwem i na jego ryzyko. W doktrynie prawa pracy za elementy konstytutywne stosunku pracy uznaje się stosunek podległości¹⁸. Pomimo faktu, że spółka z o.o. stanowi wyodrębniony podmiot zarówno pod względem majątkowym jak i organizacyjnym wykonywanie czynności na rzecz spółki przez jedynego wspólnika powoduje, że odpowiada sam przed sobą. Z tego powodu sądy uznają za nieważne umowy o pracę zawarte z jedynym wspólnikiem¹⁹. Powyższe ograniczenia dotyczą sytuacji, kiedy w spółce jest jeden wspólnik.

Jeśli wspólników jest co najmniej dwóch, nie podlegają oni ubezpieczeniom na zasadach przewidzianych dla przedsiębiorców, a ponadto mogą być zatrudnieni w spółce na podstawie umowy o pracę. Należy jednak zauważyć, że dla przyjęcia powyższego rozwiązania nie jest wystarczające, aby drugi wspólnik posiadał iluzoryczną część udziałów, np. 1%. Zgodnie z orzecznictwem Sądu Najwyższego jedyny lub niemal jedyny wspólnik sp. z o.o. nie podlega pracowniczemu ubezpieczeniu społecznemu²⁰. Odmienne traktowanie na gruncie obowiązkowych ubezpieczeń społecznych wspólnika jednoosobowej spółki z o.o. i wspólnika spółki z o.o., w której jest co najmniej dwóch udziałowców, było

¹⁵ Wyrok SN z dnia 17 grudnia 1996 r., II UKN 37/96.

¹⁶ Wyrok SN z dnia 5 lutego 1997 r., II UKN 86/96 OSNP 1997 nr 20, poz. 404; wyrok SN z dnia 28 lutego 2001 r., II UKN 244/00, OSNAPiUS 2002 nr 20, poz. 496.

¹⁷ Wyrok SN z dnia 11 września 2013 r., II UK 36/13, LEX nr 1391783.

¹⁸ J. Wrątny, *Kodeks pracy Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2005, s. 66.

¹⁹ J. Iwulski, W. Sanetra, *Kodeks pracy komentarz*, Lexis Nexis, Warszawa 2013, s. 163.

²⁰ Wyrok SN z dnia 3 sierpnia 2011 r. I UK 8/11; wyrok SN z dnia 7 kwietnia 2010 r., II UK 357/09.

przedmiotem badania zgodności z Konstytucją. W wyroku z 25 września 2014 r. Trybunał Konstytucyjny orzekł, że art. 8 ust. 6 pkt 4 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych w zakresie odnoszącym się do wspólnika jednoosobowej spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, jest zgodny z art. 64 ust. 2 w zw. z art. 32 ust. 1 Konstytucji²¹.

Zmieniając formę prowadzonej działalności z indywidualnej na działalność w formie spółki z o.o. sytuacja dotychczasowego właściciela w zakresie obowiązkowych ubezpieczeń nie pogarsza się. Jeśli jest jedynym wspólnikiem, płaci składki ZUS tak jak dotychczas. W przypadku gdy poza nim w skład wspólników wchodzi jeszcze druga osoba, sam fakt posiadania udziałów w spółce z o.o. nie powoduje powstania obowiązku opłacania składek na ubezpieczenia społeczne. Tytuł do objęcia obowiązkowymi ubezpieczeniami powstanie dopiero wówczas kiedy wspólnik zostanie zatrudniony w spółce. Jeśli wysokość wynagrodzenia ustalona zostanie na poziomie minimalnego wygradzenia, to oszczędności z tytułu składek na obowiązkowe ubezpieczenia społeczne i zdrowotne wyniosą ponad 2000 zł w skali roku. Istnieje ponadto możliwość kierowania spółką poprzez zajmowanie stanowiska w zarządzie bez konieczności opłacania jakichkolwiek składek. Zgodnie z art. 201 § 4 Kodeksu spółek handlowych²² członek zarządu jest powoływany i odwoływany uchwałą wspólników, chyba że umowa spółki stanowi inaczej. Użycie terminu „powołuje” oznacza każdą formę prowadzącą do nawiązania stosunku organizacyjnego, które następstwem może, ale nie musi być stosunek obligacyjny²³.

Pełnienie funkcji członka zarządu na podstawie powołania nie jest tytułem do ubezpieczeń społecznych i zdrowotnych. Potwierdzają to interpretacje oddziału ZUS w Lublinie z dnia 21 stycznia 2014 roku²⁴ oraz oddziału ZUS w Gdańsku, decyzji z dnia 28 czerwca 2013 r.²⁵.

5. Sposoby zmiany indywidualnej jednoosobowej działalności gospodarczej na spółkę z o.o.

Rozsądnie zorganizowana spółka z o.o. może okazać się wariantem bardziej oszczędnym niż jednoosobowa działalność gospodarcza²⁶. Dzieje się tak po pierwsze ze względu na oszczędność na składkach na ubezpieczenia społeczne

²¹ Wyrok TK z dnia 25 września 2014 r. SK 4/12.

²² Ustawa z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych (Dz.U. z 2013 r. poz. 1030 t.j.).

²³ A. Kidyba, *Kodeks spółek handlowych Komentarz Lex*, tom I, Wolters Kluwer, Warszawa 2013, s. 885.

²⁴ Decyzja nr 22/2014 z dnia 21 stycznia 2014 r., numer sprawy DI/200000/43/22/2014, <http://www.zus.pl/bip>.

²⁵ Decyzja z dnia 28 czerwca 2013 r., numer sprawy DI/100000/451/763/2013.

²⁶ A. Gomułowicz, Jerzy Małecki, *Podatki...*, s. 415.

i zdrowotne, po drugie z uwagi na większe możliwości optymalizacji podatkowej. Aby uzyskać ten efekt, należy przejść jedną z czterech możliwych dróg zamiany jednoosobowej działalności gospodarczej na spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością. Możemy to zrobić poprzez:

- 1) wniesienie przedsiębiorstwa lub jego zorganizowanej części aportem do spółki z o.o.;
- 2) likwidację działalności gospodarczej, a następnie założenie nowej spółki;
- 3) wniesienie poszczególnych składników majątkowych aportem do spółki z o.o.;
- 4) przekształcenie jednoosobowej działalności gospodarczej w spółkę kapitałową.

Wniesienie przedsiębiorstwa lub jego zorganizowanej części aportem do spółki z o.o. skutkujące nabyciem udziałów w tej spółce zwolnione jest z opodatkowania. Zgodnie bowiem z art. 17 ust. 1 pkt 9 ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych, za przychody z kapitałów pieniężnych uważa się nominalną wartość udziałów w spółce albo objętych w zamian za wkład niepieniężny. Objęcie tych udziałów, zgodnie z art. 21 ust. 1 pkt 109 tej ustawy, wolne jest od opodatkowania, jeżeli przedmiotem wkładu niepieniężnego jest przedsiębiorstwo lub jego zorganizowana część. Aport ten nie będzie podlegał opodatkowaniu podatkiem od towarów i usług. Zgodnie z art. 6 pkt 1 ustawy o podatku od towarów i usług, przepisów ustawy nie stosuje się do transakcji zbycia przedsiębiorstwa lub zorganizowanej części przedsiębiorstwa. Aport będzie jednak opodatkowany podatkiem od czynności cywilnoprawnych w wysokości 0,5% wartości wkładu wnoszonego na pokrycie kapitału zakładowego. Gdy przedsiębiorstwo osoby fizycznej wnoszone jest drogą aportu do spółki z o.o., nie dochodzi do sukcesji podatkowej należności publicznoprawnych²⁷. W art. 93a § 2 pkt 2 Ordynacji podatkowej została przewidziana sukcesja jedynie dla spółki niemającej osobowości prawnej, do której osoba fizyczna wnosi na pokrycie udziału wkład w postaci przedsiębiorstwa. Zgodnie z tą regulacją nie ma możliwości przyznania sukcesji podatkowej dla spółki z o.o., do której wnoszone jest przedsiębiorstwo osoby fizycznej.

Likwidacja działalności gospodarczej, a następnie założenie nowej spółki z o.o., będzie miało swoje konsekwencje zarówno na gruncie podatku dochodowego od osób fizycznych, jak i podatku od towarów i usług (jeżeli przedsiębiorca był czynnym podatnikiem VAT)²⁸. Likwidacja działalności gospodarczej niesie za sobą obowiązek sporządzenia wykazu składników majątku. Wykaz składników majątkowych mają obowiązek sporządzić zarówno podatnicy prowadzący księgi rachunkowe, podatkową księgę przychodów i rozchodów, jak i ewidencję przy-

²⁷ Wyrok NSA z 22 stycznia 2013 r., sygn. akt II FSK 1619/11.

²⁸ A. Bartosiewicz, *Komentarz VAT*, Wolters Kluwer, Warszawa 2014, s. 224 i n.

chodów (opodatkowani ryczałtem od przychodów ewidencjonowanych). Podatnicy prowadzący podatkową księgę przychodów i rozchodów na dzień likwidacji muszą również sporządzić spis z natury. Podatnicy prowadzący księgi rachunkowe, którzy dokonują likwidacji działalności, nie sporządzają spisu z natury dla celów podatku dochodowego. Na dzień zakończenia działalności muszą jednak przeprowadzić inwentaryzację. Samo zakończenie działalności gospodarczej przez osobę fizyczną nie powoduje powstania obowiązku podatkowego w podatku dochodowym od osób fizycznych. Obowiązek taki może jednak powstać w wyniku sprzedaży majątku objętego wykazem sporządzonym na dzień likwidacji. Zgodnie z art. 14 ust. 2 pkt 17 ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych, przychodem z działalności gospodarczej są przychody z odpłatnego zbycia składników majątku pozostałych na dzień likwidacji działalności gospodarczej prowadzonej samodzielnie. Opodatkowaniu podlegać będzie różnica pomiędzy przychodem z odpłatnego zbycia a wydatkami na nabycie zbywanego składnika, niezaliczonymi wcześniej do kosztów uzyskania przychodów (bezpośrednio lub w drodze odpisów amortyzacyjnych). Zgodnie z art. 14 ust. 3 pkt 12 ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych, przychód nie powstanie, jeżeli od pierwszego dnia miesiąca następującego po miesiącu, w którym nastąpiła likwidacja działalności prowadzonej samodzielnie, do dnia odpłatnego zbycia składników majątkowych upłynęło sześć lat. Likwidacja działalności gospodarczej, skutkująca przekazaniem składników majątkowych wykorzystywanych w działalności gospodarczej do majątku osobistego przedsiębiorcy, podlegać będzie, co do zasady, opodatkowaniu podatkiem od towarów i usług. Zgodnie bowiem z art. 7 ust. 2 pkt 1 ustawy o podatku od towarów i usług, przez dostawę towarów, o której mowa w art. 5 ust. 1 pkt 1, rozumie się również przekazanie nieodpłatnie przez podatnika towarów należących do jego przedsiębiorstwa, w szczególności przekazanie lub zużycie towarów na cele osobiste podatnika, jeżeli podatnikowi przysługiwało, w całości lub w części, prawo do obniżenia kwoty podatku należnego o kwotę podatku naliczonego z tytułu nabycia, importu lub wytworzenia tych towarów lub ich części składowych. Wniesienie składników majątkowych aportem do spółki z o.o. będzie miało konsekwencje, jak te opisane w dalszej części opracowania, z uwzględnieniem różnic dotyczących ustalenia wysokości kosztów uzyskania przychodów dotyczących składników majątkowych pochodzących z likwidacji działalności gospodarczej.

Wniesienie do spółki określonych składników rzeczowych jednoosobowego przedsiębiorcy (np. rzeczy ruchome, nieruchomości, prawa), w innej formie niż aport przedsiębiorstwa lub jego zorganizowanej części, może doprowadzić do powstania dochodu z tytułu objęcia udziałów w spółce. Dochody te będą opodatkowane stawką 19%. Obowiązek podatkowy w takiej sytuacji powstanie w momencie zarejestrowania spółki albo podwyższenia kapitału zakładowego. W takiej sytuacji, w terminie do 30 kwietnia roku następującego po roku podat-

kowym, osoba fizyczna ma obowiązek złożenia zeznania podatkowego (PIT-38) i zapłaty podatku. Dochodem podlegającym opodatkowaniu będzie różnica pomiędzy wartością nominalną objętych udziałów w spółce z o.o. a kosztami uzyskania przychodów. Sposób ustalenia wysokości kosztów uzyskania przychodów uzależniony będzie od przedmiotu wkładu niepieniężnego. Wniesienie aportu, niebędącego przedsiębiorstwem lub jego zorganizowaną częścią, będzie również podlegało, co do zasady, opodatkowaniu podatkiem od towarów i usług według stawki podstawowej 23%. Spółka otrzymująca aport mogłaby wówczas odliczyć podatek naliczony wykazany na fakturze wystawionej przez wnoszącego aport, jeżeli otrzymane składniki majątku wykorzystywałaby w działalności opodatkowanej. Wniesienie aportu wiązałoby się również ze zmianą umowy spółki, skutkującą opodatkowaniem podatkiem od czynności cywilnoprawnych w wysokości 0,5% wartości wkładu wnoszonego na pokrycie kapitału zakładowego.

6. Przekształcenie jednoosobowej działalności gospodarczej w spółkę z o.o.

Przekształcenie jednoosobowej działalności gospodarczej w spółkę kapitałową, jest sposobem najkorzystniejszym, jeżeli chodzi o kwestie podatkowe. Spółka z o.o. jest co do zasady kontynuatorem jednoosobowej działalności gospodarczej. Nie mamy bowiem tutaj do czynienia z likwidacją przekształcanej jednoosobowej działalności gospodarczej prowadzonej przez osobę fizyczną, ale z procesem polegającym na zmianie formy prawnej prowadzonej działalności. Z wcześniej przytoczonego art. 93a § 4 Ordynacji podatkowej wynika, że jednoosobowa spółka kapitałowa powstała w wyniku przekształcenia przedsiębiorcy będącego osobą fizyczną wstępuje w przewidziane w przepisach prawa podatkowego prawa przekształcanego przedsiębiorcy związane z prowadzoną działalnością gospodarczą, z wyjątkiem tych praw, które nie mogą być kontynuowane na podstawie przepisów regulujących opodatkowanie spółek kapitałowych²⁹. Zatem w wyniku takiego przekształcenia nie następuje pełna sukcesja podatkowa, bowiem nie obejmuje ona zobowiązań, a jedynie prawa. Drugie ograniczenie dotyczy rodzaju praw jakie może przejąć podmiot przekształcony. Zgodnie z powyższą regulacją będą to prawa przysługujące podmiotowi przekształcanemu z wyjątkiem tych praw, które nie mogą być kontynuowane na podstawie przepisów regulujących opodatkowanie spółek kapitałowych. Będą to po pierwsze prawa przysługujące wyłącznie osobom fizycznym (prawo do wspólnego rozliczenia z małżonkiem, prawo do skorzystania z ulgi internetowej, ulgi rehabilitacyjnej itp.). Po drugie będą to prawa przysługujące zarówno osobom fizycznym, jak i osobom praw-

²⁹ A. Olesińska, *Następstwo w prawie podatkowym*, [w:] (red.) B. Brzeziński, *Prawo podatkowe...*, s. 281.

nym, ale z jakiegoś powodu wyłączone z możliwości ich kontynuacji przez przepisy regulujące opodatkowanie spółek kapitałowych (np. zakaz uwzględniania strat przedsiębiorcy przekształcanego – osoby fizycznej – przy ustalaniu dochodu spółki z o.o.)³⁰.

W wyniku przekształcenia jednoosobowej działalności gospodarczej w spółkę z o.o., na gruncie podatku dochodowego, osoba fizyczna nie traci podmiotowości prawnopodatkowej. Nadal pozostaje podatnikiem, na którym ciąży obowiązek zapłaty zobowiązań podatkowych powstałych przed dniem przekształcenia. Spółka z o.o. będzie odpowiadać solidarnie za te zobowiązania, zgodnie z art. 112b Ordynacji podatkowej, w myśl którego, jednoosobowa spółka kapitałowa powstała w wyniku przekształcenia przedsiębiorcy będącego osobą fizyczną odpowiada całym swoim majątkiem solidarnie z tą osobą fizyczną za powstałe do dnia przekształcenia zaległości podatkowe przedsiębiorcy związane z prowadzoną działalnością gospodarczą. Na gruncie podatku dochodowego przekształcenie jednoosobowej działalności gospodarczej w spółkę kapitałową będzie neutralne, z zastrzeżeniem ograniczeń wynikających z art. 93a § 4 Ordynacji podatkowej.

Na gruncie ustawy o podatku od towarów i usług *Przekształcenie przedsiębiorstwa Wnioskodawcy (zmiana formy prawnej prowadzonej działalności) nie będzie stanowić ani odpłatnej dostawy towarów, ani odpłatnego świadczenia usług w rozumieniu art. 7 oraz art. 8 ustawy o VAT i jednocześnie w przedstawionej sytuacji nie dojdzie do transakcji zbycia przedsiębiorstwa należącego do osoby fizycznej i Wnioskodawca w związku z przekształceniem nie będzie wykonywać czynności podlegających opodatkowaniu podatkiem VAT, to wartość remanentu likwidacyjnego wyniesie „0”, a tym samym Wnioskodawca (przedsiębiorca) nie będzie zobowiązany do sporządzenia spisu z natury towarów na dzień przekształcenia w spółkę kapitałową*³¹.

Spółka przekształcona będzie miała prawo otrzymać zwrot nadwyżki podatku naliczonego nad należnym na swój rachunek bankowy lub wykazać w swojej deklaracji VAT, jeżeli o zwrot ten wystąpiła osoba fizyczna przed dniem przekształcenia. Podobna sytuacja będzie miała miejsce, gdy osoba fizyczna w złożonej przez siebie deklaracji VAT wykazała kwotę nadwyżki podatku naliczonego nad należnym do przeniesienia na następny okres rozliczeniowy. Spółka z o.o. będzie miała prawo uwzględnić tę kwotę w złożonej przez siebie deklaracji VAT. Jednak w sytuacji, gdy osoba fizyczna wykaże w składanej przez siebie deklaracji kwotę podatku należnego do zapłaty, zobowiązanie do uregulowania tej kwoty będzie

³⁰ Interpretacja indywidualna Dyrektora Izby Skarbowej w Warszawie z 29 maja 2013 r., sygn. IPPB5/423-271/13-2/IŚ.

³¹ Interpretacja Dyrektora Izby Skarbowej w Katowicach z 16 kwietnia 2012 r., sygn. IBPP1/443-72/12/ES.

ciążyło tylko na niej. Zgodnie bowiem z art. 93a § 4 Ordynacji podatkowej, kontynuacji podlegają tylko prawa, nie obowiązki.

Na gruncie ustawy o podatku od czynności cywilnoprawnych przekształcenie jednoosobowej działalności gospodarczej w spółkę kapitałową będzie podlegało opodatkowaniu podatkiem od czynności cywilnoprawnych w stawce 0,5% wysokości kapitału zakładowego spółki z o.o.

Spółka przekształcona nie zachowa NIP i REGON, którymi posługuje się osoba fizyczna – przedsiębiorca jednoosobowy. Zgodnie z art. 12 ust. 1 ustawy o zasadach ewidencji i identyfikacji podatników i płatników³², NIP nadany podatnikowi nie przechodzi na następcę prawnego. Przewidziane w dalszej części tego przepisu wyjątki od tej zasady nie dotyczą przekształcenia przedsiębiorcy w spółkę kapitałową. Analogiczna regulacja znajduje się w § 6 ust. 3 rozporządzenia Rady Ministrów w sprawie m.in. sposobu i metodologii prowadzenia i aktualizacji rejestru podmiotów gospodarki narodowej³³. Z przepisu tego wynika, że numer identyfikacyjny REGON pozostaje niezmienny w czasie istnienia podmiotu i nie przechodzi na następcę prawnego. Przekształcenie przedsiębiorcy nie znajduje się w katalogu wyjątków od tej zasady przewidzianym w § 6 ust. 5 rozporządzenia.

Wnioski

W momencie gdy indywidualna działalność gospodarcza osiąga znaczące rozmiary, warto rozważyć możliwość ograniczenia odpowiedzialności przedsiębiorcy poprzez zmianę formy prowadzenia działalności z indywidualnej na spółkę z o.o. Z punktu widzenia przepisów podatkowych korzystnym rozwiązaniem jest formalne przekształcenie indywidualnego przedsiębiorcy w spółkę kapitałową, wówczas spółka staje się następcą prawnym przedsiębiorcy, który obejmuje 100% udziałów w przekształconej spółce. W celu ograniczenia wymogów formalnych dotyczących czynności prawnych pomiędzy współnikiem i spółką oraz wyeliminowania konieczności opłacania składek na obowiązkowe ubezpieczenia społeczne i zdrowotne na zasadach przewidzianych dla osób prowadzących indywidualną działalność gospodarczą zasadne jest wprowadzenie do spółki współnika mniejszościowego. Powyższe pozwoli na szereg działań optymalizacyjnych w związku z prowadzoną działalnością gospodarczą.

³² Ustawa z dnia 13 października 1995 r. o zasadach ewidencji i identyfikacji podatników i płatników (t.j. Dz.U. z 2012 r., poz. 1314 ze zm.).

³³ Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 27 lipca 1999 r. w sprawie sposobu i metodologii prowadzenia i aktualizacji rejestru podmiotów gospodarki narodowej, w tym wzorów wniosków, ankiet i zaświadczeń, oraz szczegółowych warunków i trybu współdziałania służb statystyki publicznej z innymi organami prowadzącymi urzędowe rejestry i systemy informacyjne administracji publicznej (Dz.U. nr 69, poz. 763 ze zm.).

Bibliografia

- Bartosiewicz A., *Komentarz VAT*, Wolters Kluwer, Warszawa 2014.
- Brzeziński B., *Prawo podatkowe. Teoria. Instytucje. Funkcjonowanie*, Wydawnictwo TNOiK, Toruń 2009.
- Gomułowicz A., Małecki J., *Podatki i prawo podatkowe*, LexisNexis, Warszawa 2010.
- Iwulski J., Sanetra W., *Kodeks pracy komentarz*, Lexis Nexis, Warszawa 2013.
- Kidyba A., *Kodeks spółek handlowych Komentarz Lex*, tom I, Wolters Kluwer, Warszawa 2013.
- Mastalski R., *Prawo podatkowe*, C.H. Beck, Warszawa 2012.
- Wrątny J., *Kodeks pracy Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2005.

Akty prawne

- Ustawa z dnia 16 grudnia 2012 r. o redukcji niektórych obciążeń administracyjnych w gospodarce* (Dz.U. z 2012 r. poz. 1342).
- Ustawa z 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa* (t.j. Dz.U. z 2012, poz. 749 ze zm.).
- Ustawa z 26 lipca 1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych* (t.j. Dz.U. z 2012, poz. 361 ze zm.).
- Ustawa z dnia 20 listopada 1998 r. o zryczałtowanym podatku dochodowym od niektórych przychodów osiąganych przez osoby fizyczne* (Dz.U. z 1998 r. nr 144, poz. 930).
- Ustawa z dnia 15 lutego 1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych* (Dz.U. z 2014 r. poz. 851 j.t. ze zm.).
- Ustawa z dnia 13 października 1995 r. o zasadach ewidencji i identyfikacji podatników i płatników* (t.j. Dz.U. z 2012 r., poz. 1314 ze zm.).
- Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 27 lipca 1999 r. w sprawie sposobu i metodologii prowadzenia i aktualizacji rejestru podmiotów gospodarki narodowej, w tym wzorów wniosków, ankiet i zaświadczeń, oraz szczegółowych warunków i trybu współdziałania służb statystyki publicznej z innymi organami prowadzącymi urzędowe rejestry i systemy informacyjne administracji publicznej* (Dz.U. nr 69, poz. 763 ze zm.).
- Ustawa z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych* (Dz.U. z 2013 r. poz. 1442 j.t. ze zm.).
- Ustawa z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych* (Dz.U. z 2013 r. poz. 1030 t.j.).

Wykaz orzeczeń

Wyrok SN z dnia 17 grudnia 1996 r., II UKN 37/96.

Wyrok SN z dnia 5 lutego 1997 r., II UKN 86/96.

Wyrok SN z dnia 28 lutego 2001 r., II UKN 244/00.

Wyrok SN z dnia 3 sierpnia 2011 r., I UK 8/11.

Wyrok SN z dnia 7 kwietnia 2010 r., II UK 357/09.

Wyrok SN z dnia 11 września 2013 r., II UK 36/13.

Wyrok TK z dnia 25 września 2014 r., SK 4/12.

Streszczenie

Głównym powodem, dla którego przedsiębiorcy decydują się na prowadzenie działalności w formie spółki z o.o., jest ograniczona odpowiedzialność jej wspólników. Jednakże osiągnięty dochód w ramach spółki z o.o. jest najpierw opodatkowany przez spółkę, a następnie jej wspólników. Z tego powodu, decydując się na zmianę formy prowadzonej działalności gospodarczej, warto zaplanować działania optymalizacyjne w spółce w zakresie danin publicznych.

Summary

The main reason for which entrepreneurs decide to form LLCs is to avoid personal liability for the debts of a business they own or are involved in. However, profit generated in company is at first taxed by the company than by their owners. For this reason it is worth to analyze public levies concerning shareholders of LLC.

Przekształcenie indywidualnej działalności gospodarczej w spółkę z o.o. – wybrane zagadnienia

Wstęp

W momencie rozpoczęcia działalności gospodarczej, najczęściej wybieraną przez przedsiębiorców w Polsce formą prawną jest indywidualna działalność gospodarcza prowadzona na podstawie wpisu do Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej. Umożliwia ona niedrogie i niezbyt sformalizowane prowadzenie działalności gospodarczej. Jednakże podstawową jej wadą jest pełna odpowiedzialność osoby fizycznej za długi wynikające z prowadzonej działalności.

Wraz z dynamicznym rozwojem firmy, zwiększeniem jej obrotów oraz wielkością inwestycji, kontynuowanie prowadzenia działalności w pierwotnie obranej formie powoduje zbyt duże ryzyko biznesowe. Dobrym rozwiązaniem w tej sytuacji jest podjęcie decyzji o przekształceniu jednoosobowej działalności gospodarczej w spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością. Stanowi ona bowiem atrakcyjną formę prowadzenia działalności gospodarczej, zarówno tych mniejszych jak i większych przedsiębiorstw. Pomimo trudności formalnych oraz kosztów obsługi spółki z o.o., korzyści wynikające z funkcjonowania w obrocie gospodarczym w tej formie, jak choćby ograniczenie przez wspólników odpowiedzialności za zobowiązania spółki, rekompensują w pełni te wady.

W niniejszym artykule przedstawiono zarówno istotę, jak i sposób przekształcenia jednoosobowej działalności gospodarczej w spółkę z o.o. oraz różnice w prowadzeniu obu form prawnych. Zwrócono również uwagę na prawne konsekwencje przekształcenia, czyli kwestię sukcesji uniwersalnej i jej ograniczeń oraz wyłączeń oraz przedstawiono problematykę odpowiedzialności za zobowiązania przedsiębiorcy.

¹ Radca prawny w Kancelarii Radców Prawnych Górską Lisowską Zapalą s.c.

² Radca prawny w Kancelarii Radców Prawnych Górską Lisowską Zapalą s.c.

1. Spółka z o.o. i jednoosobowa działalność gospodarcza – wady i zalety

Zważywszy, iż każda forma prowadzenia działalności gospodarczej obarczona jest ryzykiem biznesowym, w poniższych tabelach przedstawione zostały najważniejsze wady, jak i zalety prowadzenia działalności w formie jednoosobowej działalności gospodarczej, jak i w spółce z o.o.

Jednoosobowa działalność gospodarcza	
Zalety	Wady
niewielkie koszty założenia i prowadzenia działalności	odpowiedzialność za zobowiązania całym swoim majątkiem
łatwość i szybkość zakładania działalności gospodarczej	ta forma najlepiej sprawdza się w przypadku małych i średnich firm
podejmowanie wszelkich decyzji spoczywa na przedsiębiorcy	rozwój i funkcjonowanie firmy zależny od jednej osoby
brak konieczności wniesienia wkładu	brak możliwości prowadzenia działalności przez większą liczbę osób
możliwość prowadzenia dokumentacji w uproszczonej formie	skomplikowany proces wejścia w ogół praw i obowiązków spadkodawcy
	brak osobowości prawnej

Źródło: opracowanie własne.

Spółka z o.o.	
Zalety	Wady
brak odpowiedzialności majątkowej wspólników za zobowiązania spółki	konieczność wniesienia wkładów na kapitał zakładowy minimalny kapitał zakładowy – 5.000 zł
dedykowana do prowadzenia działalności na szeroką skalę – w obrocie gospodarczym panuje przekonanie, że spółka jest podmiotem bardziej wiarygodnym i profesjonalnym	odpowiedzialność członków zarządu za zobowiązania spółki
jest odrębnym od wspólników podmiotem	konieczność prowadzenia pełnej księgowości
możliwość pozyskania kapitału poprzez włączenie nowego wspólnika	podwójne opodatkowanie
możliwość powoływania kierownictwa spółki (zarządu) z osób niebędących wspólnikami	wysokie koszty rejestracji spółki i jej prowadzenia
łatwiejsze zasady wejścia w miejsce zmarłego udziałowca	skomplikowana procedura likwidacji spółki
możliwość zbycia udziałów	

Źródło: opracowanie własne.

Jak już zostało wspomniane we wstępie pracy, mimo większego formalizmu oraz wyższych kosztów obsługi spółki z o.o., korzyści wynikające z prowadzenia działalności gospodarczej w tej formie rekompensują w pełni wskazane wady.

2. Przekształcenie jednoosobowej działalności gospodarczej w spółkę z o.o.

Coraz częściej spotykaną wśród przedsiębiorców praktyką jest przekształcanie prowadzonej działalności gospodarczej w spółki kapitałowe (głównie w spółki z ograniczoną odpowiedzialnością). Do dnia 1 lipca 2011 osoba fizyczna prowadząca działalność gospodarczą mogła ją kontynuować w formie spółki z o.o. jedynie poprzez przeniesienie swojego przedsiębiorstwa lub jego zorganizowanej części do tej spółki np. w drodze aportu. Wiązało się to z niekorzystnymi skutkami na gruncie prawa cywilnego, gdyż nie wszystkie prawa i obowiązki przedsiębiorcy indywidualnego przechodziły na spółkę, do której wносił aportem przedsiębiorstwo. W związku z nowelizacją k.s.h.³ procedura przekształcenia przedsiębiorcy prowadzącego działalność gospodarczą w jednoosobową spółkę kapitałową uległa znacznemu ułatwieniu.

Nowelizacja Kodeksu spółek handlowych z dnia 1 lipca 2011 r. wprowadzona przepisami ustawy⁴ o ograniczaniu barier administracyjnych dla obywateli i przedsiębiorców umożliwiła przekształcenie dotychczasowej formy działalności gospodarczej przedsiębiorcy będącego osobą fizyczną w jednoosobową spółkę kapitałową (spółkę z o.o. lub spółkę akcyjną). Dodany został wówczas do k.s.h. rozdział 6 w tytule IV działu III pt. *Przekształcenie przedsiębiorcy w spółkę kapitałową*, którego przepisy regulują zarówno procedurę, jak i skutki takiego przekształcenia.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 551 § 5 k.s.h. przedsiębiorca będący osobą fizyczną wykonującą we własnym imieniu działalność gospodarczą⁵ (przedsiębiorca przekształcany) może przekształcić formę prowadzonej działalności w jednoosobową spółkę kapitałową (spółkę przekształconą). Tylko takie podmioty mogą bowiem funkcjonować w formie jednoosobowej, natomiast nie ma żadnych przeciwwskazań by po przekształceniu spółka zwiększyła skład osobowy⁶.

³ Ustawa z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych (Dz.U. 2013, poz. 1030, t.j.), dalej k.s.h.

⁴ Ustawa z dnia 25 marca 2011 r. o ograniczaniu barier administracyjnych dla obywateli i przedsiębiorców (Dz.U. nr 106 poz. 622).

⁵ Przedsiębiorca w rozumieniu ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz.U. z 2013 r. poz. 672, 675 i 983).

⁶ A. Kidyba, *Komentarz aktualizowany do art. 301-633 Kodeksu spółek handlowych*, LEX 2014.

Wartym podkreślenia jest fakt, iż przedsiębiorca przekształcany z chwilą wpisu do rejestru przedsiębiorców KRS staje się spółką przekształconą⁷, a powstała w wyniku przekształcenia spółce, zgodnie z zasadą sukcesji uniwersalnej, przysługują wszystkie prawa i obowiązki przedsiębiorcy jednoosobowego⁸. Zdaniem prof. Andrzeja Kidyby przyjąć należy, że nie mamy w tym przypadku do czynienia z sukcesją, ale bardziej przypomina to zasadę kontynuacji lub quasi-kontynuacji⁹. Klasyczna zasada kontynuacji bowiem opiera się na założeniu, że po przekształceniu mamy do czynienia z tym samym podmiotem prawa w innej sferze prawnej. Kontynuacja opiera się na fikcji prawnej tożsamości personalnej podmiotu przekształcanego i przekształconego. Podmiot taki staje się podmiotem wszystkich praw i obowiązków przekształconego, przy czym nie ma konieczności „wstępowania” w drodze jakiejś czynności prawnej w te prawa, co jest charakterystyczne dla sukcesji.

Jednocześnie właściwy organ ewidencyjny z urzędu wykreśla przedsiębiorcę przekształcanego z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej. Nowo powstała spółka pozostaje co do zasady podmiotem zezwoleń, koncesji oraz ulg, jakie zostały przyznane przedsiębiorcy przed jego przekształceniem, chyba że przepis szczególny stanowi inaczej¹⁰. W konsekwencji spółka przekształcona nabędzie z mocy prawa cały majątek przedsiębiorcy przekształcanego wchodzący w skład jego przedsiębiorstwa, a także stanie się stroną wszystkich dotychczas zawartych w zakresie działalności gospodarczej umów.

Z dniem przekształcenia, osoba fizyczna prowadząca jednoosobową działalność gospodarczą staje się współnikiem w spółce z o.o. Jeśli zmiana firmy (nazwy) przedsiębiorcy nie polega tylko na dodaniu części identyfikującej formę prawną spółki przekształconej, spółka ma obowiązek podawania obok nowej firmy również dawnej firmy – przez okres co najmniej roku od dnia przekształcenia¹¹.

Zgodnie z art. 584⁵ k.s.h. sam proces przekształcania przedsiębiorcy wymaga dokonania następujących czynności:

- 1) sporządzenia planu przekształcenia przedsiębiorcy (w formie aktu notarialnego) wraz z załącznikami oraz opinią biegłego rewidenta;

⁷ J. Strzępka, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 1388.

Z tym dniem następują wszystkie skutki związane z przekształceniem, czyli przejście ogółu praw i obowiązków. Wpis spółki do rejestru ma charakter konstytutywny i dokonywany jest na wniosek wszystkich członków zarządu spółki przekształconej.

⁸ A. Kidyba, *op.cit.*

⁹ Podobnie: T. Szczurowski, *Przekształcenie przedsiębiorcy w spółkę kapitałową*, MPH 2012, nr 2, s. 45; M. Zdyb, M. Sieradzka, *Przekształcenie przedsiębiorcy będącego osobą fizyczną w spółkę kapitałową – aspekty praktyczne*, „Monitor Prawniczy” 2012, nr 11, s. 565 i n.

¹⁰ Wyłączenie to ma zastosowanie do przekształcenia przedsiębiorcy sektora transportu drogowego. Tak m.in. M. Barancewicz-Paluch, *Przekształcenie przedsiębiorcy w spółkę kapitałową – praktyczne problemy przedsiębiorstw transportowych*, PPIA.2013.95.101

¹¹ Art. 584³ k.s.h.

- 2) złożenia oświadczenia o przekształceniu przedsiębiorcy;
- 3) powołania członków organów spółki przekształconej;
- 4) zawarcia umowy spółki (w formie aktu notarialnego);
- 5) dokonania w rejestrze przedsiębiorców KRS wpisu spółki przekształconej i wykreślenia przedsiębiorcy przekształcanego z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej.

Zaznaczyć należy w tym miejscu, iż przekształcenie nie powoduje powstania przychodu na gruncie podatku dochodowego od osób fizycznych, ani też nie rodzi konieczności rozliczenia podatku VAT.

Ponadto po przekształceniu w spółkę z o.o. następuje ograniczenie odpowiedzialności wspólnika, który co do zasady nie odpowiada za zobowiązania spółki (odpowiedzialność ograniczona jest do wniesionego wkładu). Za powstałe po przekształceniu długi wyłącznie spółka będzie odpowiadać własnym majątkiem, a za długi powstałe przed przekształceniem spółka będzie odpowiadać solidarnie z osobą fizyczną – przedsiębiorcą. Solidarna odpowiedzialność spółki i przedsiębiorcy za długi powstałe przed przekształceniem trwa trzy lata od dnia przekształcenia¹².

Za duży plus należy uznać tożsamość obu podmiotów, co oznacza, że nowa spółka jest co do zasady kontynuatorem jednoosobowej działalności gospodarczej (sukcesja uniwersalna).

Natomiast wśród mankamentów tego sposobu przekształcenia wskazać należy w szczególności na stosunkowo długi – bowiem nawet kilkumiesięczny okres przeprowadzania tego rozwiązania, jak również jego skomplikowany charakter, który wymaga wsparcia profesjonalistów i udziału biegłego księgowego¹³. Ponadto należy mieć również na uwadze znaczne koszty związane z przekształceniem (tj. podatek od czynności cywilnoprawnych w wysokości 0,5 proc. wartości kapitału zakładowego spółki, koszty taksy notarialnej za sporządzenie planu przekształcenia, umowy spółki oraz oświadczenia o przekształceniu, opłata sądowa od wpisu spółki do rejestru – 500 zł, ogłoszenie w Monitorze Sądowym i Gospodarczym – 100 zł).

3. Prowadzenie działalności gospodarczej w wybranej formie a sytuacja majątkowa małżonków – wybrane zagadnienia

W przypadku wyboru formy prowadzenia przedsiębiorstwa w oparciu o wpis do Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej, dla przed-

¹² Szerzej: Strzępka J., op.cit., s. 1398. Odpowiedzialność ta ma charakter pierwotny, gdyż przepis ten nie modyfikuje zasad dochodzenia roszczeń przez wierzycieli, jak to występuje w odniesieniu do wspólników spółek osobowych (...).

¹³ T. Waślicki, *Przekształcenie działalności gospodarczej osoby fizycznej i spółki osobowej w spółkę z o.o.*, Ekspertbeck.

siębiorców pozostających w związku małżeńskim poniżej zostanie wskazanych kilka podstawowych informacji dotyczących wpływu wiążącej ich formy małżeńskiego ustroju majątkowego na prowadzenie działalności gospodarczej.

W związku niewielką popularnością zawierania małżeńskich umów majątkowych, omówione będą niektóre zagadnienia związane z ustawową wspólnością majątkową oraz skutkami zawarcia umowy o rozdzielności majątkowej.

Zarówno w ustroju wspólności, jak i rozdzielności majątkowej, sytuacja majątkowa małżonków może dotyczyć zarówno relacji tylko między samymi małżonkami, jak i relacji z osobami trzecimi¹⁴ – w omawianym przypadku kontrahentami przedsiębiorcy. Niniejsze opracowanie skoncentrowane zostanie tylko na drugiej ze wskazanych zależności, przy jednoczesnym założeniu wzajemnego zaufania małżonków i trwałości małżeństwa. Poza nim pozostaną więc kwestie związane z zarządem majątkiem wspólnym i rozliczeniami przy podziale tegoż majątku.

Zgodnie z Kodeksem rodzinnym i opiekuńczym, z chwilą zawarcia małżeństwa powstaje między małżonkami z mocy ustawy wspólność majątkowa obejmująca przedmioty majątkowe nabyte w czasie jej trwania przez oboje małżonków lub przez jednego z nich. Przedmioty majątkowe nieobjęte wspólnością ustawową należą do majątku osobistego każdego z małżonków¹⁵. Oznacza to, iż z mocy samego prawa i bez żadnych czynności małżonków z chwilą zawarcia małżeństwa, powstaje między nimi ustawowa wspólność majątkowa, obejmująca trzy masy majątków: wspólny i osobiste każdego z małżonków¹⁶.

W tym miejscu należy ogólnie wskazać, co wchodzi w skład poszczególnych majątków.

Do majątku wspólnego należą w szczególności¹⁷:

- pobrane wynagrodzenie za pracę i dochody z innej działalności zarobkowej każdego z małżonków;
- dochody z majątku wspólnego, jak również z majątku osobistego każdego z małżonków;
- środki zgromadzone na rachunku otwartego lub pracowniczego funduszu emerytalnego każdego z małżonków;
- kwoty składek zewidencjonowanych na subkoncie, o którym mowa w art. 40a ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych.

Do majątku osobistego każdego z małżonków należą¹⁸:

- przedmioty majątkowe nabyte przed powstaniem wspólności ustawowej;

¹⁴ T. Sokołowski, *Komentarz do art. 31 Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego*, LEX 2013.

¹⁵ Art. 31 § 1 ustawy z dnia 25 lutego 1964 r. Kodeks rodzinny i opiekuńczy (Dz.U. 2012, nr 788, j.t. z późniejszymi zmianami), zwanej k.r.i.o.

¹⁶ G. Jędrejek, *Komentarz do art. 31 Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego*, LEX 2013.

¹⁷ Art. 31 § 2 k.r.i.o.

¹⁸ Art. 33 k.r.i.o.

- przedmioty majątkowe nabyte przez dziedziczenie, zapis lub darowiznę, chyba że spadkodawca lub darczyńca inaczej postanowił;
- prawa majątkowe wynikające ze wspólności łącznej podlegającej odrębnym przepisom;
- przedmioty majątkowe służące wyłącznie do zaspokajania osobistych potrzeb jednego z małżonków;
- prawa niezbywalne, które mogą przysługiwać tylko jednej osobie;
- przedmioty uzyskane z tytułu odszkodowania za uszkodzenie ciała lub wywołanie rozstroju zdrowia albo z tytułu zadośćuczynienia za doznaną krzywdę; nie dotyczy to jednak renty należnej poszkodowanemu małżonkowi z powodu całkowitej lub częściowej utraty zdolności do pracy zarobkowej albo z powodu zwiększenia się jego potrzeb lub zmniejszenia widoków powodzenia na przyszłość;
- wierzytelności z tytułu wynagrodzenia za pracę lub z tytułu innej działalności zarobkowej jednego z małżonków;
- przedmioty majątkowe uzyskane z tytułu nagrody za osobiste osiągnięcia jednego z małżonków;
- prawa autorskie i prawa pokrewne, prawa własności przemysłowej oraz inne prawa twórcy;
- przedmioty majątkowe nabyte w zamian za składniki majątku osobistego, chyba że przepis szczególny stanowi inaczej.

Przedsiębiorstwo może stanowić składnik zarówno majątku wspólnego, jak i majątku osobistego. Przedsiębiorstwo wchodzi w skład majątku wspólnego w przypadku utworzenia go ze składników tegoż majątku, w przypadku darowizny lub odziedziczenia go przez małżonków (o ile spadkodawca w testamencie wskaże, że przedsiębiorstwo ma wejść do majątku wspólnego¹⁹) oraz w sytuacji nabycia przedsiębiorstwa od osoby trzeciej (wówczas potrzebna jest zgoda drugiego małżonka²⁰)²¹. Przedsiębiorstwo stanowi składnik majątku osobistego w sytuacji, gdy istniało przed zawarciem związku małżeńskiego bądź jeżeli zostało nabyte w trakcie trwania wspólności wyłącznie za składniki pochodzące z majątku osobistego lub przez zapis, dziedziczenie, darowiznę (o ile spadkodawca lub darczyńca nie postanowił inaczej)²².

W sytuacji, gdy przedsiębiorstwo należy do majątku osobistego małżonka przedsiębiorcy, w przypadku powstania odpowiedzialności za zobowiązania za-

¹⁹ Art. 33 pkt 2 k.r.i.o.

²⁰ Art. 37 § 1 pkt 3 k.r.i.o.

²¹ A. Stępień, *Przedsiębiorstwo jako składnik majątków małżonków*, „Monitor Prawniczy” 2007, z. 7, źródło: <http://www.czasopisma.beck.pl>.

²² J. Łukasiewicz, *Małżeńska współzależność majątkowa w polskim prawie cywilnym*, Warszawa 2013, s. 102.

ciągnięte w ramach indywidualnej działalności gospodarczej²³, wierzyciel może żądać zaspokojenia z majątku osobistego dłużnika, z wynagrodzenia za pracę lub z dochodów uzyskanych przez dłużnika z innej działalności zarobkowej, jak również z korzyści uzyskanych z jego praw autorskich i pokrewnych, praw własności przemysłowej oraz innych praw twórcy²⁴.

Inaczej kształtuje się sytuacja odpowiedzialności za zobowiązania zaciągnięte w ramach indywidualnej działalności gospodarczej w przypadku, gdy przedsiębiorstwo stanowi składnik majątku wspólnego małżonków. Zakres odpowiedzialności zależy tutaj od tego, czy małżonek-nieprzedsiębiorca wyraził zgodę na zaciągnięcie zobowiązania (np. zawarcie umowy). Wyrażenie takiej zgody skutkuje tym, iż wierzyciel może żądać zaspokojenia także z majątku wspólnego małżonków²⁵. Brak takiej zgody ogranicza odpowiedzialność do majątku osobistego małżonka-przedsiębiorcy oraz tylko do pewnych składników majątku wspólnego (wynagrodzenia za pracę lub z dochodów uzyskanych przez dłużnika z innej działalności zarobkowej, korzyści uzyskanych z jego praw autorskich i praw pokrewnych, praw własności przemysłowej oraz innych praw twórcy, przedmiotów majątkowych wchodzących w skład przedsiębiorstwa)²⁶. Oznacza to, iż w przypadku powstania długu związanego z prowadzeniem działalności przez jednego z małżonków, zgoda drugiego małżonka umożliwić może egzekucję z nieruchomości, która stanowi element majątku wspólnego i nie jest przedmiotem majątkowym wchodzącym w skład przedsiębiorstwa. Brak zgody wyklucza taką możliwość.

W oparciu o taką zgodę sąd na wniosek wierzyciela, tytułowi egzekucyjnemu wydanemu przeciwko osobie pozostającej w związku małżeńskim nada klauzulę wykonalności także przeciwko jej małżonkowi z ograniczeniem jego odpowiedzialności do majątku objętego wspólnością majątkową, jeżeli wierzyciel wykaże dokumentem urzędowym lub prywatnym, że stwierdzona tytułem egzekucyjnym wierzytelność powstała z czynności prawnej dokonanej za zgodą małżonka dłużnika²⁷. W takiej sytuacji wolny od egzekucji pozostanie wyłącznie majątek osobisty tego drugiego małżonka. Należy również pamiętać, iż mimo braku wyrażenia zgody na zaciągnięcie zobowiązania, sąd nada tytułowi egzekucyjnemu wydanemu przeciwko osobie pozostającej w związku małżeńskim klauzulę wykonalności przeciwko małżonkowi dłużnika z ograniczeniem jego odpowiedzialności do przedsiębiorstwa wchodzącego w skład majątku wspólnego małżonków, jeżeli wierzyciel wykaże dokumentem urzędowym lub prywatnym,

²³ Ibidem, s. 157.

²⁴ Art. 41 § 3 k.r.i.o.

²⁵ Art. 41 § 1 k.r.i.o.

²⁶ J. Łukasiewicz, *Małżeńska współzależność...*, s. 157.

²⁷ Art. 787 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. 2014, nr 101, j.t. z późniejszymi zmianami), zwanej k.p.c.

że stwierdzona tytułem egzekucyjnym wierzytelność powstała w związku z prowadzeniem przedsiębiorstwa²⁸. W konsekwencji powyższego wierzyciel będzie mógł skierować egzekucję także do składników przedsiębiorstwa, które wchodziły w skład majątku wspólnego.

W sytuacji, gdy jeden z małżonków prowadzi działalność gospodarczą, małżonkowie powinni rozważyć możliwość zawarcia umowy o ustanowienie rozdzielnosci majątkowej²⁹. Zgodnie z przepisami Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, małżonkowie mogą przez umowę zawartą w formie aktu notarialnego wspólność ustawową rozszerzyć lub ograniczyć albo ustanowić rozdzielnosc majątkową lub rozdzielnosc majątkową z wyrównaniem dorobków (umowa majątkowa). Umowa taka może poprzedzać zawarcie małżeństwa³⁰. W ustroju rozdzielnosci majątkowej występują dwa majątki osobiste każdego z małżonków³¹. Jeżeli zobowiązanie zostało zaciągnięte po zawarciu wskazanej powyżej umowy, w przypadku gdy małżonek poinformował wierzyciela o zawarciu umowy o ustanowieniu rozdzielnosci majątkowej, to wszystkie roszczenia będą zaspokajane wyłącznie z majątku małżonka-dłużnika³². Małżonek może bowiem powoływać się względem innych osób na umowę majątkową małżeńską, gdy jej zawarcie oraz rodzaj były tym osobom wiadome³³. Osoba trzecia może uzyskać informacje o intercyzie w każdy możliwy sposób, wystarcza jednorazowe powiadomienie³⁴. Zgodnie z przepisami ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, wpisowi do Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej podlega informacja o istnieniu lub ustaniu małżeńskiej wspólności majątkowej³⁵. W literaturze przedmiotu podnosi się jednak, iż z literalnego brzmienia wskazanej regulacji nie wynika obowiązek informowania organu ewidencyjnego ani o zawarciu, ani o ustaniu umowy majątkowej wiążącej małżonków. Jednocześnie wskazuje się, iż dokonanie wpisu nie spełnia wymogu znajomości umowy regulującej ustrój majątkowy małżonków, o którym mowa w poprzednim akapicie³⁶. Dlatego mimo ujawnienia we wskazanej ewidencji informacji o zawarciu umowy o ustanowieniu rozdzielnosci majątkowej, dobrze aby małżonek niezależnie od tego dopilnował obowiązku informowania o tym fakcie wierzyciela.

²⁸ Art. 787¹ k.p.c.

²⁹ T. Smoczyński, *Reforma małżeńskiego prawa majątkowego*, „Monitor Prawniczy” 2004, nr 18, s. 832.

³⁰ Art. 47 § 1 k.r.i.o.

³¹ G. Jędrejek, *Komentarz do art. 47(1) Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego*, LEX 2013.

³² J. Łukasiewicz, *Małżeńska współzależność...*, s. 184.

³³ Art. 47¹ k.r.i.o.

³⁴ G. Jędrejek, *Komentarz do art. 47(1) Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego*, LEX 2013.

³⁵ Art. 25 ust. 1 pkt 9 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz.U. 2013, nr 672, t.j., z późniejszymi zmianami), zwanej ustawą o swobodzie działalności gospodarczej.

³⁶ G. Jędrejek, *Komentarz do art. 47(1) Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego*, LEX 2013.

Powyżej przedstawiono ogólne informacje, jak kształtuje się odpowiedzialność majątkowa małżonków w przypadku, gdy jeden z nich prowadzi działalność gospodarczą. Dla wskazania różnych wariantów kształtowania tej odpowiedzialności, przybliżono ustrój wspólności ustawowej oraz ustrój rozdzielności majątkowej.

W tym miejscu należy zastanowić się, czy uczestnictwo małżonka w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością ma wpływ na odpowiedzialność współmałżonka. Zgodnie z Kodeksem spółek handlowych, wspólnicy wskazanej spółki nie odpowiadają za zobowiązania spółki³⁷. Warto tylko zaznaczyć, iż reguła braku tej odpowiedzialności może być zmieniana poprzez pełnienie funkcji w spółce, wprowadzenie odmiennych zasad odpowiedzialności przyjętych bezpośrednio w Kodeksie spółek handlowych lub w przepisach szczególnych³⁸. Należy jednak zwrócić uwagę, iż przepis stanowiący o braku odpowiedzialności wspólnika za zobowiązania spółki nie wyłącza odpowiedzialności członków zarządu będących zarazem wspólnikami spółki z ograniczoną odpowiedzialnością³⁹. Członek zarządu będący zarazem wspólnikiem spółki może być zatem pociągnięty do odpowiedzialności na podstawie przepisu Kodeksu spółek handlowych o odpowiedzialności członków zarządu⁴⁰. Zgodnie z jego treścią, jeżeli egzekucja przeciwko spółce okaże się bezskuteczna, członkowie zarządu odpowiadają solidarnie za jej zobowiązania⁴¹. Oczywiście członek zarządu może się uwolnić od omawianej odpowiedzialności, jeżeli wykaże, że we właściwym czasie zgłoszono wniosek o ogłoszenie upadłości lub wszczęto postępowanie układowe, albo że niezgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości oraz niewszczęcie postępowania układowego nastąpiło nie z jego winy, albo że pomimo niezgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości oraz niewszczęcia postępowania układowego wierzyciel nie poniósł szkody⁴². Na wypadek braku uwolnienia się od odpowiedzialności, warto wskazać jaki wpływ będzie ona miała na sytuację majątkową małżonków, którzy nie zawierali żadnych umów majątkowych. Zgodnie z aktualną linią orzecniczą, odpowiedzialność członków zarządu za zobowiązania spółki z o.o. ma charakter odszkodowawczy deliktowy⁴³. Oznacza to, że odpowiedzialność członka zarządu wynika z czynu niedozwolonego, a nie czynności prawnej. Konsekwencją powyższego jest ograniczenie możliwości wierzyciela do prowadzenia egzekucji z majątku członka zarządu objętego wspólnością majątkową małżeńską. W takiej sytuacji, w której zobowiązanie jednego z małżonków nie wynika z czynności prawnej, wierzyciel może żądać zaspokojenia z majątku osobistego dłużnika,

³⁷ Art. 151 § 4 k.s.h.

³⁸ A. Kidyba, *Komentarz aktualizowany do art. 151 Kodeksu spółek handlowych*, LEX 2014.

³⁹ Wyrok SN z dnia 14 lutego 2003 r., IV CKN 1779/00, LEX 79118.

⁴⁰ A. Kidyba, *Komentarz aktualizowany...*

⁴¹ Art. 299 § 1 k.s.h.

⁴² Art. 299 § 2 k.s.h.

⁴³ Uchwała SN z dnia 7 listopada 2008 r. III CZP 72/08, LEX 460259.

a jeśli chodzi o składniki majątku objętego wspólnością, to tylko z wynagrodzenia za pracę lub z dochodów uzyskanych przez dłużnika z innej działalności zarobkowej, jak również z korzyści uzyskanych z jego praw autorskich i praw pokrewnych, praw własności przemysłowej oraz innych praw twórcy⁴⁴.

Zakończenie

Podsumowując powyższe rozważania nie może budzić wątpliwości, iż korzyści wynikające z przekształcenia jednoosobowej działalności gospodarczej w spółkę z o.o. są znaczne. Do najważniejszych z całą pewnością zaliczyć należy możliwość bezpośredniego przekształcenia działalności gospodarczej prowadzonej przez osobę fizyczną w spółkę kapitałową, a także związaną z tym ograniczoną odpowiedzialnością wspólnika w spółce z o.o. Ten ostatni aspekt ma szczególnie istotne znaczenie w momencie intensywnego i dynamicznego rozwoju firmy. Zważyć należy także na możliwość rozszerzenia w każdej chwili składu osobowego wspólników, co w konsekwencji może prowadzić do podwyższenia kapitału zakładowego.

Bibliografia

- Adamczyk A., *Ochrona współmałżonka członka zarządu niewypłacalnej spółki z o.o. przed odpowiedzialnością za długi spółki*, „Gazeta Prawna”, 02.02.2010 r., źródło: <http://www.adamczyk-law.pl/fr/droit/responsabilite-des-dettes/ochrona-wspolmalzonka-czlonka-zarzadu-niewypłacalnej-spolki-z-o-o-przed-odpowiedzialnoscia-za-dlugi-spolki.html>.
- Barancewicz-Paluch M. *Przekształcenie przedsiębiorcy w spółkę kapitałową – praktyczne problemy przedsiębiorstw transportowych*, PPIA 2013.
- Jędrejek G., *Komentarz do Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego*, LEX 2013.
- Kidyba A., *Komentarz aktualizowany do art. 301-633 Kodeksu spółek handlowych*, LEX 2014.
- Łukasiewicz J., *Małżeńska współzależność majątkowa w polskim prawie cywilnym*, Warszawa 2013.
- Smyczyński T., *Reforma małżeńskiego prawa majątkowego*, „Monitor Prawniczy” 2004, nr 18.
- Sokołowski T., *Komentarz do art. 31 Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego*, LEX 2013.

⁴⁴ A. Adamczyk, *Ochrona współmałżonka członka zarządu niewypłacalnej spółki z o.o. przed odpowiedzialnością za długi spółki*, „Gazeta Prawna”, 2.02.2010 r., źródło: <http://www.adamczyk-law.pl/fr/droit/responsabilite-des-dettes/ochrona-wspolmalzonka-czlonka-zarzadu-niewypłacalnej-spolki-z-o-o-przed-odpowiedzialnoscia-za-dlugi-spolki.html>.

- Stępień A., *Przedsiębiorstwo jako składnik majątków małżonków*, „Monitor Prawniczy” 2007, z. 7, źródło: <http://www.czasopisma.beck.pl>.
- Strzępka J., *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, Warszawa 2012.
- Szczurowski T., *Przekształcenie przedsiębiorcy w spółkę kapitałową*, MPH 2012, nr 2.
- Waślicki T., *Przekształcenie działalności gospodarczej osoby fizycznej i spółki osobowej w spółkę z o.o.*, Ekspertbeck.
- Zdyb M., Sieradzka M., *Przekształcenie przedsiębiorcy będącego osobą fizyczną w spółkę kapitałową – aspekty praktyczne*, „Monitor Prawniczy” 2012, nr 11.

Akty prawne

- Ustawa z dnia 25 lutego 1964 r. Kodeks rodzinny i opiekuńczy* (Dz.U. 2012, nr 788, j.t. z późniejszymi zmianami).
- Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego* (Dz.U. 2014, poz. 101, j.t. z późniejszymi zmianami).
- Ustawa z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych* (Dz.U. 2013, poz. 1030, t.j.).
- Ustawa z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej* (Dz.U. 2013, poz. 672, t.j., z późniejszymi zmianami).
- Ustawa z dnia 25 marca 2011 r. o ograniczaniu barier administracyjnych dla obywateli i przedsiębiorców* (Dz.U. nr 106 poz. 622).

Orzecznictwo

- Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 lutego 2003 r.*, IV CKN 1779/00, LEX 79118.
- Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2008 r.*, III CZP 72/08, LEX 460259.

Streszczenie

Przedsiębiorcy, którzy rozpoczynają lub prowadzą działalność gospodarczą, stają przed koniecznością wyboru jej optymalnej formy prawnej. Wybór jednoosobowej działalności gospodarczej jako początkowej formy prowadzenia działalności jest wciąż najpopularniejszą praktyką. Wraz z dynamicznym rozwojem firmy, skalą prowadzonych interesów i ryzykiem biznesowym z tym związanym, niezbędne staje się w dalszej perspektywie przekształcenie dotychczasowej formy prowadzenia działalności gospodarczej w spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością.

Niniejsza praca stanowi próbę porównania dwóch najpopularniejszych w Polsce form prawnych prowadzenia działalności – tj. jednoosobowej działalności gospodarczej i spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, poprzez wskazanie ich najważniejszych zalet i wad. Ponadto wskazuje ona również, przewidziane na gruncie obowiązujących przepisów prawa, metody przekształcenia działalności gospodarczej prowadzonej przez osobę fizyczną w spółkę z o.o.

W końcowej części pracy przedstawiono ogólne informacje, jak kształtuje się odpowiedzialność majątkowa małżonków w przypadku, gdy jeden z nich prowadzi indywidualną działalność gospodarczą.

Summary

Entrepreneurs who start or run a business encounter the necessity of choosing the best legal form. The choice of a sole trader as the initial form of the activity is still the most common practice. With the rapid development of the company, the scale of the business relationship and business risk associated with this, it becomes necessary in the long term to transform existing forms of business into a limited liability company (LLC).

This paper is an attempt to compare the two most popular in Poland legal forms of business – ie. sole trader and a limited liability company, by identifying their most important advantages and disadvantages. Moreover, on the basis of applicable law, it indicates methods of business transformation from sole proprietorship activity in a limited liability company.

The final part of the paper provides general information about the matter of financial liability of spouses when one of them runs his own business.

Konsekwencje prowadzenia działalności gospodarczej w ramach spółki komandytowej w podatkach dochodowych

Wstęp

Przedsiębiorcy, którzy prowadzą lub rozpoczynają działalność gospodarczą, stają przed koniecznością dokonania wyboru nie tylko formy prawnej prowadzenia działalności gospodarczej, ale także formy opodatkowania. Z wyborem formy prawnej prowadzenia działalności gospodarczej wiąże się bowiem nieodłącznie wybór formy opodatkowania na przyszłość. Trafny wybór formy opodatkowania działalności gospodarczej może skutkować osiągnięciem oszczędności podatkowych, a tym samym – minimalizacją kosztów prowadzonej działalności. Dlatego w procesie decyzyjnym nie należy pomijać aspektów podatkowych². Celem niniejszego artykułu jest przedstawienie podstawowych zasad opodatkowania działalności gospodarczej prowadzonej w ramach spółki komandytowej służącej optymalizacji podatkowej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej.

1. Spółka komandytowa jako forma prawna prowadzenia działalności gospodarczej

Z literalnego brzmienia art. 102 Kodeksu spółek handlowych (dalej jako k.s.h.) wynika, że spółką komandytową (dalej jako sp.k.) jest spółka osobowa mająca na celu prowadzenie przedsiębiorstwa pod własną firmą, w której wobec wierzycieli za zobowiązania spółki co najmniej jeden wspólnik odpowiada bez ograniczenia (komplementariusz), a co najmniej jeden wspólnik jest komandytariuszem. Komandytariuszem może być osoba fizyczna, osoba prawna oraz jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, lecz posiadająca zdolność prawną.

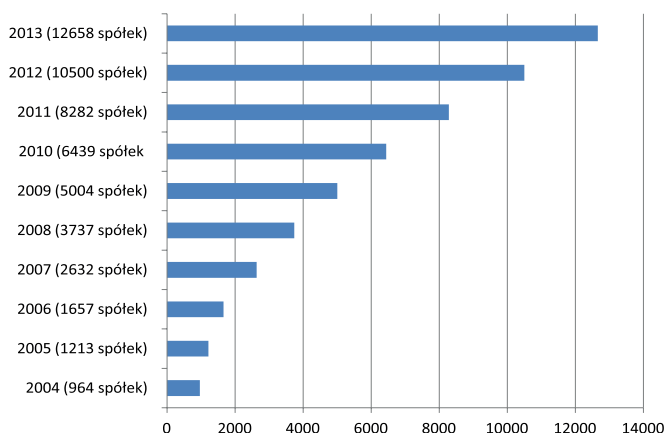
Podstawowa różnica, pomiędzy spółką komandytową a spółką komandytowo-akcyjną polega na możliwości pozyskiwania kapitału w spółce komandytowo-akcyjnej poprzez emisję akcji i dostęp do giełdy papierów wartościowych.

¹ Katedra Bankowości, Prawa Finansowego i Instytucji Finansowych, Katolicki Uniwersytet Lubelski Jana Pawła II.

² M. Jamróży (red.), *Spółka osobowa prawa handlowego. Aspekty prawno-podatkowe, optymalizacja podatkowa*, WKP, 2012.

Zaś istota gospodarcza spółki komandytowej sprowadza się do powiązania inwestora aktywnego (komplementariusza) z inwestorem pasywnym (komandytariuszem). Korzyści płynące z tej formy prawnej prowadzenia działalności gospodarczej oprócz elementów *stricte* podatkowych utożsamiane są z zasadnością tej formy prawnej dla tzw. przedsiębiorstw rodzinnych oraz w zakresie realizacji przedsięwzięć w obrębie partnerstwa publiczno-prywatnego (dalej jako PPP), w których podmiot publiczny dysponuje odpowiednim majątkiem, a partner prywatny ma pomysł, technologię, *know-how*, ale nie dysponuje odpowiednimi środkami na jego realizację. O ile bowiem uzyskanie statusu komplementariusza przez firmę rodzinną lub członka rodziny przy odpowiednio zredagowanej umowie spółki gwarantuje, że kompetencje decyzyjne oraz kompetencje do reprezentowania spółki pozostaną w rękach rodziny, tak w aspekcie opłacalności tej formy w ramach partnerstwa PPP sprowadzają się do czerpania korzyści z za-inwestowanych pieniędzy przy ograniczonym ryzyku ewentualnej odpowiedzialności komandytariusza, w którego roli występuje jednostka sektora finansów publicznych. Należy bowiem podkreślić, iż jako komandytariusz nie ponosi ona odpowiedzialności za zobowiązania spółki, a ryzyko finansowe wiąże się jedynie z wniesieniem wkładu. Dlatego też z uwagi na atrakcyjność tej formy prawnej prowadzenia działalności gospodarczej, obecnie przeżywa ona swój prawdziwy rozkwit i jest jedną z najbardziej pożądanym form prawnych wybieranych przez przedsiębiorców. Tylko w 2013 r. przybyło 2 158 spółek komandytowych. W stosunku do roku 2012 jest to wzrost o 20,55%.

Rysunek 1. Liczba rejestracji spółek komandytowych w latach 2004-2013



Źródło: opracowanie własne na podstawie danych Głównego Urzędu Statystycznego „Zmiany strukturalne grup podmiotów gospodarki narodowej w rejestrze region, 2013 r.” dostępne na [www. Stat.gov.pl](http://www.Stat.gov.pl)

2. Konsekwencje podatkowe w zakresie podatków dochodowych zdeteterminowane wyborem spółki komandytowej jako formy prawnej prowadzenia działalności gospodarczej

Wykładnia językowa art. 1 ust. 2 i 3 ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych (dalej jako u.p.d.o.p.) jednoznacznie wskazuje, iż spółka ta nie jest podatnikiem tego podatku, a opodatkowaniu podlegają wspólnicy, tak jak w innych spółkach osobowych. Spółka komandytowa jest bowiem tzw. ułomną osobą prawną, tj. spółką nieposiadającą osobowości prawnej. Oznacza to, że sp.k. jako podmiot podatkowo transparentny – nie jest podatnikiem podatku dochodowego. Dlatego też w przeciwieństwie do wspólników spółek kapitałowych wspólników nie dotyka problem dwukrotnego opodatkowania, a więc sytuacja gdy podatek dochodowy płacony jest najpierw przez spółkę od wypracowanego zysku, a następnie przez wspólników od dochodu w zyskach osoby prawnej.

Zgodnie z art. 5b ust. 2 oraz art. 8 ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych (dalej jako u.p.d.o.f.) przychody wspólnika z udziału w spółce komandytowej określa się proporcjonalnie do jego prawa do udziału w zysku i łączy się je z pozostałymi przychodami ze źródeł opodatkowanych według skali podatkowej, o której mowa w art. 27 ust. 1 u.p.d.o.f. Analogiczna sytuacja została zawarta w art. 5 u.p.d.o.p., zgodnie z którym przychody z udziału w spółce komandytowo-akcyjnej łączy się z przychodami wspólnika proporcjonalnie do posiadanego prawa do udziału w zysku³. W przypadku braku przeciwnego dowodu przyjmuje się, że prawa do udziału w zysku są równe.

Należy podkreślić, iż przekształcenie spółki kapitałowej, np. spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, w spółkę komandytową umożliwia zmniejszenie obciążeń podatkowych związanych z prowadzoną działalnością gospodarczą. W sytuacji bowiem gdy głównym zamierzeniem jej przedsiębiorców jest potrzeba wypłaty zysku osobom fizycznym prowadzenie działalności w ramach spółki komandytowej eliminuje podwójne opodatkowanie dochodu (raz na poziomie spółki, raz na poziomie wspólników).

Wspólnicy spółki komandytowej będący osobami fizycznymi, mogą płacić podatek dochodowy od dochodów uzyskanych z tytułu udziału w tej spółce według skali podatkowej albo wybrać 19% podatek liniowy. Dlatego też biorąc pod uwagę warianty opodatkowania można stwierdzić, iż definitywnie do wspólnika spółki komandytowej będącego osobą fizyczną trafia w przybliżeniu około:

- 1) 81% przypadającego na niego dochodu spółki – przy założeniu wyboru 19% stawki liniowej,

³ J. Wyciśłok, *Optymalizacja podatkowa, legalne zmniejszenie obciążeń podatkowych*, Warszawa 2013, s. 115.

- 2) 82% przypadającego na niego dochodu spółki w sytuacji wyboru skali podatkowej i uzyskania w danym roku podatkowym do 85 528 zł dochodu (18% stawki podatku),
- 3) 68% przypadającego na niego dochodu spółki, gdy wspólnik rozlicza się według skali podatkowej, a dochód uzyskany w danym roku przekroczył kwotę 85 528 zł dochodu (32% podatku od nadwyżki ponad tę kwotę).

Natomiast w sytuacji gdy wspólnikiem spółki komandytowej będzie osoba prawna podatek dochodowy płaci najpierw spółka od wypracowanego zysku, a następnie wspólnik opodatkowuje zysk z udziału w zyskach osób prawnych. Należy także podkreślić, że pomimo iż wypłata dywidendy innej spółce może korzystać ze zwolnienia z opodatkowania, to dywidenda wypłacana wspólnikowi – osobie fizycznej aktualnie w każdej sytuacji podlega opodatkowaniu. Rezydenci płacą podatek według 19% stawki przychodu, nierezydenci według stawki 20% lub obniżonej stawki wynikającej z konkretnej umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania.

Niemniej wypada podkreślić, iż ostatnimi czasy zarówno w doktrynie, jak też w judykaturze ogromnym problemem okazało się określenie momentu, w którym powstaje przychód podatkowy u komandytariusza spółki komandytowej będącego osobą fizyczną lub osobą prawną. W omawianym zakresie ścierały się bowiem poglądy, które najpełniej zostały zobrazowane na przykładzie spółki komandytowo-akcyjnej. Wedle pierwszego z nich, momentem powstania przychodu był moment wypłaty tych środków podatnikowi⁴. Natomiast według drugiego stanowiska akcjonariusz spółki komandytowo-akcyjnej (komandytariusz w spółce komandytowej) niezależnie od tego, czy był osobą fizyczną, czy też prawną, podlegał opodatkowaniu podatkiem dochodowym na takich samych zasadach jak komplementariusz tej spółki, a także wspólnicy innych spółek osobowych. To oznacza, że miał on obowiązek obliczać miesięczne zaliczki na podatek dochodowy od osób prawnych, z uwzględnieniem części przychodów i kosztów spółki komandytowo-akcyjnej przypadających na posiadane w trakcie roku podatkowego akcje, zgodnie z zasadami określonymi w art. 5 u.p.d.o.f.⁵.

Spór przesądzić miała ostatecznie uchwała 7 sędziów NSA z dnia 16 stycznia 2012 r.⁶, z której wynika, iż akcjonariusz (analogicznie komandytariusz w spółce komandytowej) nie jest zobowiązany do odprowadzania zaliczek na podatek dochodowy w trakcie bieżącej działalności spółki (uwzględniania na bieżąco w swoim rachunku podatkowym jej przychodów i kosztów). Zgodnie z treścią uchwały obowiązek wpłacenia zaliczki przez akcjonariusza powstaje jedynie w miesiącu faktycznego otrzymania przez niego przychodu z podziału zysku lub

⁴ Wyrok NSA z dnia 4 grudnia 2009 r., sygn. akt II FSK 1097/08.

⁵ Wyrok NSA z dnia 19 listopada 2010 r., sygn. akt II FSK 1297/09.

⁶ Wyrok NSA z 16 stycznia 2012 r., sygn. akt. II FPS 1/11.

w przypadku otrzymania „dywidendy” zaliczkowej w trakcie roku („zaliczka sporadyczna”).

Niemniej z uwagi na fakt, iż cytowana uchwała odnosiła się wprost do spółki kapitałowej posiadającej status akcjonariusza spółki komandytowo-akcyjnej określenie momentu opodatkowania dochodu akcjonariusza będącego osobą fizyczną (komandytariusza będącego osobą fizyczną w spółce komandytowej) wcale nie jest tak oczywiste.

Pomimo wydania na kanwie wskazanego orzeczenia interpretacji ogólnej Ministra Finansów z dnia 14 maja 2012 r.⁷ potwierdzającej prawidłowość stanowiska zaprezentowanego w uchwale NSA i przyjęcia za prawidłowe przedstawiony tam sposób opodatkowania akcjonariuszy SKA organy podatkowe, w interpretacjach indywidualnych wydawanych po publikacji wskazanej interpretacji ogólnej postanowiły zastosować wobec akcjonariuszy będących osobami fizycznymi znacząco inny model opodatkowania. Wedle wydawanych interpretacji w sytuacji, gdy SKA (analogicznie spółka komandytowa) uzyskuje przychody klasyfikowane w u.p.d.o.f. do źródeł przychodów innych niż działalność gospodarcza, to akcjonariusz SKA (komandytariusz spółki komandytowej) powinien takie przychody rozliczać już w dacie ich uzyskania przez SKA (analogicznie spółkę komandytową), a nie jak to jest w przypadku akcjonariuszy (komandytariuszy w spółce komandytowej) będących spółkami kapitałowymi w momencie otrzymania dywidendy wypłaconej na podstawie uchwały walnego zgromadzenia o podziale zysku. Dlatego też forma rozliczania przychodów SKA (spółki komandytowej) przez jej akcjonariuszy (komandytariuszy w spółce komandytowej) będących osobami fizycznymi rodzi nadal wiele wątpliwości i kontrowersji.

Podsumowując należy stwierdzić, iż opodatkowanie spółki komandytowej na takich samych zasadach, jakie obowiązują w innych spółkach osobowych, oznacza, że wszyscy wspólnicy (komplementariusze i komandytariusze) płacą podatek od swojego udziału w dochodzie (art. 8 u.p.d.o.f. i art. 5 u.p.d.o.p.). Oznacza, to że każdy komandytariusz będący osobą fizyczną będzie uzyskiwał dochody z działalności gospodarczej, nawet jeśli zakupił udziały tylko na krótki czas, i będzie musiał składać deklarację PIT 5. Natomiast osoby prawne będą musiały taki dochód uwzględniać w deklaracji CIT 2.

Odnosząc się natomiast do kwestii odpowiedzialności za zaległości podatkowe, należy stwierdzić, iż zgodnie z art. 115 Ordynacji podatkowej (dalej jako O.p.) odpowiedzialność ponosi wyłącznie komplementariusz. Dlatego też bez względu na charakter prawny komandytariusza (czy jest to osoba fizyczna, czy osoba prawna, np. spółka kapitałowa) nie będzie ona podlegać odpowiedzialności podatkowej. Odpowiedzialność wspólnika ma charakter osobisty, solidarny,

⁷ Interpretacja ogólna Ministra Finansów w sprawie zasad opodatkowania akcjonariuszy spółki komandytowo-akcyjnej z dnia 14.05.2012 r., DD5/033/1/12/KSM/DD-125.

ale i subsydiarny. Oznacza to, że wobec braku wyłączenia w art. 115 O.p. zasady wynikającej z art. 108 § 4 O.p., egzekucja wobec wspólnika będzie mogła być podjęta jedynie w przypadku bezskuteczności (w całości lub w części) prowadzonego wobec spółki postępowania egzekucyjnego. W przypadku rozwiązania spółki, odpowiedzialność solidarna dotyczy jej byłych wspólników, co jest oczywiste wobec ustania bytu prawnego samej spółki, a więc pierwotnego dłużnika⁸.

Specyficzną korzyścią wynikającą z działalności w ramach spółki komandytowej jest także możliwość wyłączenia odpowiedzialności osób fizycznych kierujących spółką. Nie ma bowiem przeszkód, aby komplementariuszem w spółce komandytowej (a więc wspólnikiem odpowiadającym za zobowiązania spółki całym swoim majątkiem bez ograniczeń) była sp. z o.o. Wynika to pośrednio z art. 104 § 3 k.s.h., który podkreśla, iż w przypadku gdy komplementariuszem jest osoba prawna, firma spółki komandytowej powinna zawierać pełne brzmienie firmy (nazwy) tej osoby prawnej z dodatkowym oznaczeniem „spółka komandytowa”. Dlatego też możliwe jest skonstruowanie spółki, w której sp. z o.o. będzie komplementariuszem i będzie w całości odpowiedzialna za zobowiązania spółki.

Dodatkowo biorąc pod uwagę możliwość umownego uregulowania uczestnictwa w zyskach spółki, które mogą odbiegać od ustawowego proporcjonalnego podziału zysku w stosunku do wniesionych wkładów (art. 123 § 1 k.s.h.) – nie ma przeciwwskazań, aby w umowie spółki komandytowo-akcyjnej udział w zysku rozkładał się w przedziałach 1% – na rzecz komplementariusza i 99% w stosunku do akcjonariusza.

Takie rozwiązanie połączone z wcześniejszym ograniczeniem odpowiedzialności umożliwi realizację postulatu ograniczenia ryzyka za ewentualne niepowodzenie spółki oraz stworzy legalną podstawę do minimalizacji kosztów podatkowych. Bowiem w sytuacji gdy w miejsce osoby fizycznej komplementariuszem zostaje sp. z o.o. nastąpi równocześnie ograniczenie nieograniczonej odpowiedzialności wspólnika odpowiadającego za zobowiązania spółki w sposób nieograniczony. Ponadto w sytuacji, gdy sp. z o.o. będąca komplementariuszem uczestniczy w zysku zgodnie z uchwalonym statutem na poziomie 1% podatek dochodowy od osób prawnych będzie pobierany tylko od tak wykazanej wielkości dochodów. Natomiast pozostałe 99% dochodów spółki przypadać będzie komandytariuszom, którzy rozliczają podatek dochodowy tylko raz, tj. od dochodu przypisanego w stosunku do jego udziału w zysku spółki komandytowo-akcyjnej.

⁸ J. Brolik, R. Dowgier, L. Etel, C. Kosikowski, P. Pietrasz, M. Popławski, S. Presnarowicz, W. Stachurski, *Ordynacja podatkowa. Komentarz*, LEX 2013.

Zakończenie

Na zakończenie omawiania zasad opodatkowania prowadzenia działalności gospodarczej w ramach spółki komandytowej nie sposób nie odnieść się do ostatnich zmian zawartych w ustawie z dnia 8 listopada 2013 r. o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych, ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych oraz ustawy o podatku tonażowym⁹. Zgodnie z przywołaną ustawą spółka komandytowo-akcyjna została włączona w zakres podmiotowy u.p.d.o.p. W tym zakresie należy podkreślić, iż podobny los czekać miał omawianą w niniejszym artykule spółkę komandytową zgodnie z projektem nowelizacji ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych i od osób prawnych z 12 maja 2012 r.¹⁰. Zasadniczymi punktami uzasadniającymi przeprowadzenie nowelizacji wskazanej w projekcie ustawy było zgodnie z wolną projektodawców:

- 1) zapewnienie pełniejszej realizacji, wywodzonej z art. 84 Konstytucji RP, zasady sprawiedliwości podatkowej w zakresie związanym z prowadzeniem działalności gospodarczej
- 2) wyeliminowanie najbardziej jaskrawych działań „optymalizacyjnych”.
- 3) wykluczenie działań, które choć formalnie są zgodne z obowiązującym prawem, tak w świetle konstytucyjnej zasady sprawiedliwości podatkowej oraz dyrektywy spójności Rady UE z dnia 30 listopada 2011 r. 2011/96 UE systemu podatkowego nie są sytuacjami pożądanymi,
- 4) zmiana przepisów podatkowych zmierzająca do „uszczelnienia” systemu podatku dochodowego.

Jakkolwiek cele te z punktu widzenia interesu ogólnonarodowego są godne zauważenia, tak w mojej ocenie stanowią równoważną barierę uniemożliwiającą wprowadzenie zaproponowanych zmian w kształcie nadanym w projekcie.

Nie należało bowiem dopuścić do sytuacji, kiedy to spółka komandytowo-akcyjna, która w dobie kryzysu była oryginalną opcją umożliwiającą minimalizowanie kosztów podatkowych, a zarazem zachętą do podejmowania trudu przedsiębiorczości – została włączona w poczet podmiotów podatku dochodowego od osób prawnych. Działanie takie spowoduje bowiem bezpośrednią konieczność podwójnego opodatkowania raz na poziom spółki podatkiem dochodowym od osób prawnych, a raz na poziomie wspólników podatkiem dochodowym od osób fizycznych, a więc spółka komandytowo-akcyjna została pozbawiona swojej największej podatkowej zalety (jednokrotnego opodatkowania – na poziomie

⁹ Ustawa z dnia 8 listopada 2013 r. o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych, ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych oraz ustawy o podatku tonażowym, Dz.U. 2013 poz. 1387.

¹⁰ Projekt ustawy z dnia 12 maja 2012 r. o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych, ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych oraz ustawy o podatku od towarów i usług, dostępny na: [http://orka.sejm.gov.pl/Druki7ka.nsf/Projekty/7-020-352-2012/\\$file/7-020-352-2012.pdf](http://orka.sejm.gov.pl/Druki7ka.nsf/Projekty/7-020-352-2012/$file/7-020-352-2012.pdf).

partnerów) przy możliwości pozyskiwania kapitału na giełdzie. Oczywiście nie trzeba wiele, aby forma spółki komandytowo-akcyjnej, która dotychczas przeżywała swój prawdziwy rozwój napędzając wciąż zwalniającą gospodarkę, stała się niewiele znaczącym narzędziem funkcjonującym jako jedno z wielu możliwości form prawnych prowadzenia działalności gospodarczej w Polsce. W moim przekonaniu korzyści w kwocie 320 mln zł rocznie¹¹ (bo tyle ministerstwo planowało pozyskać dzięki opodatkowaniu podatkiem dochodowym od osób prawnych spółek komandytowych i komandytowo-akcyjnych) są nieproporcjonalne do możliwych efektów, które likwidacja tych form prawnych może wywołać. Mam tu na myśli rezygnację z prowadzenia działalności gospodarczej lub ewentualną falę transferu kapitału do wciąż rosnącej w Polsce tzw. szarej strefy, która obecnie sięga blisko 25% PKB.

Nie sposób także przyjąć za wiarygodne argumenty konieczności dostosowania polskiego systemu podatkowego do wspólnego systemu opodatkowania stosowanego w przypadku spółek dominujących i spółek zależnych różnych państw członkowskich wynikającego z dyrektywy rady z 2011 r. Należy bowiem podkreślić, iż w przypadku Polski, w załączniku podkreślono, że chodzi o spółkę akcyjną oraz sp. z o.o. Jawi się więc niedoskonałość polskiego ustawodawcy, który „wciąga” spółkę komandytową i komandytowo-akcyjną pod regulacje podatkowe osób prawnych¹².

Odnosząc się natomiast do jaskrawych przejawów niepożądanych możliwości optymalizacji podatkowej, podkreślenia wymaga fakt, iż nie należy lekceważyć trudności związanych bezpośrednio z procesem utworzenia skomplikowanej w gruncie rzeczy konstrukcji prawnej spółki komandytowej. Dodatkowo w tym zakresie należy zaakcentować zdecydowanie wyższe koszty rozpoczęcia działalności gospodarczej (w wariantcie optymalizacji podatkowej i ograniczenia odpowiedzialności za długi), należy bowiem założyć dwie spółki, odpowiednio konstruując strukturę spółki komandytowej, co w większości przypadków wymaga profesjonalnej obsługi prawnej oraz poniesienia dodatkowych kosztów notarialnych, a także tych związanych z rejestracją w Krajowym Rejestrze Sądowym. Ponadto funkcjonowanie tak rozumianej spółki wymaga prowadzenia ksiąg rachunkowych dla obu spółek, oraz przestrzegania dość rygorystycznych zasad reprezentacji „sp. z o.o. komandytowej”. Trzeba bowiem pamiętać, że zasadą jest, iż spółkę komandytową reprezentują komplementariusze, a komandytariusze mogą ją reprezentować jedynie jako pełnomocnicy (art. 118 § 1 k.s.h.)

Podsumowując pragnę posłużyć się słowami sędziego Sądu Najwyższego USA Leamed Hand, który stwierdził, że *Nie ma nic niemoralnego w takim ukła-*

¹¹ *Nalożenie podatku dochodowego zabije SK i SKA*, artykuł dostępny na: <http://www.podatki.abc.com.pl/czytaj/-/artykul/nalozenie-podatku-dochodowego-zabije-sk-i-ska>.

¹² *17.09 Koniec spółek komandytowo-akcyjnych*, artykuł dostępny na: <http://www.vat.pl/aktualnosci-podatkowe/1709-koniec-spolek-komandytowo--akcyjnych-8685/>.

daniu swoich spraw, które skutkuje płaceniem tak niskich podatków, jak to tylko możliwe. Każdy tak czyni, bogaty i biedny, obaj mają do tego prawo. Zadaniem systemu podatkowego jest w pierwszej kolejności zapewnienia możliwie największego źródła alimentacji budżetu. Niemniej nie można tego czynić kosztem krótkoterminowych doraźnych rozwiązań, które pod pozorem uszczelniania budżetu mogą wywołać skutek zupełnie odwrotny. Prowadzenie działalności gospodarczej w ramach spółki komandytowej niewątpliwie wpisuje się w proces inteligentnego stosowania przepisów prawa podatkowego w celu legalnego zmniejszenia obciążeń podatkowych. Możliwość korzystania z dobrodziejstw optymalizacji podatkowej w ramach prowadzenia tej spółki poprzez jednokrotne opodatkowanie dochodu – winno być przez państwo tolerowane przynajmniej do czasu realnego wzrostu gospodarczego. Zatem obecne uregulowania w zakresie opodatkowania spółek komandytowych uznać należy za dobre i wyłączyć z zakresu proponowanych zmian.

Bibliografia

- Brolík J., Dowgier R., Etel L., Kosikowski C., Pietrasz P., Popławski M., Presnarowicz S., Jamróży M. (red.), *Spółka osobowa prawa handlowego. Aspekty prawnopodatkowe, optymalizacja podatkowa*, Warszawa 2012.
- Interpretacja ogólna Ministra Finansów w sprawie zasad opodatkowania akcjonariuszy spółki komandytowo-akcyjnej z dnia 14.05.2012 r.*, DD5/033/1/12/KSM/DD-125.
- Koniec spółek komandytowo-akcyjnych*, <http://www.vat.pl/aktualnosci-podatkowe/1709-koniec-spolek-komandytowo--akcyjnych-8685>.
- Nalożenie podatku dochodowego zabije SK i SKA*, <http://www.podatki.abc.com.pl/czytaj/-/artykul/nalozenie-podatku-dochodowego-zabije-sk-i-ska>.
- Projekt ustawy z dnia 12 maja 2012 r. o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych, ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych oraz ustawy o podatku od towarów i usług*, [http://orka.sejm.gov.pl/Druki7ka.nsf/Projekty/7-020-352-2012/\\$file/7-020-352-2012.pdf](http://orka.sejm.gov.pl/Druki7ka.nsf/Projekty/7-020-352-2012/$file/7-020-352-2012.pdf).
- Stachurski W., *Ordynacja podatkowa. Komentarz*, LEX, 2013
- Wyciślik J., *Optymalizacja podatkowa, legalne zmniejszenie obciążeń podatkowych*, Warszawa 2013.

Akty prawne

Ustawa z dnia 26 lipca 1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych (Dz.U. 1991 nr 80 poz. 350).

Ustawa z dnia 15 lutego 1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych oraz o zmianie niektórych ustaw regulujących zasady opodatkowania (Dz.U. 1992 nr 21 poz. 86).

Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa (Dz.U. 1997 nr 137 poz. 926).

Ustawa z dnia 8 listopada 2013 r. o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych, ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych oraz ustawy o podatku tonażowym (Dz.U. 2013 poz. 1387).

Orzeczenia sądowe

Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 4 grudnia 2009 r., sygn. akt II FSK 1097/08.

Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 19 listopada 2010 r., sygn. akt II FSK 1297/09.

Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 16 stycznia 2012 r., sygn. akt. II FPS 1/11.

Streszczenie

Przedsiębiorcy, którzy prowadzą lub rozpoczynają działalność gospodarczą, stają przed koniecznością dokonania wyboru nie tylko formy prawnej prowadzenia działalności gospodarczej, ale także formy opodatkowania. Z wyborem formy prawnej prowadzenia działalności gospodarczej wiąże się bowiem nieodłącznie wybór formy opodatkowania na przyszłość. Trafny wybór formy opodatkowania działalności gospodarczej może skutkować osiągnięciem oszczędności podatkowych, a tym samym – minimalizacją kosztów prowadzonej działalności. Celem artykułu jest przedstawienie podstawowych zasad opodatkowania działalności gospodarczej prowadzonej w ramach spółki komandytowej służącej optymalizacji podatkowej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej.

Summary

Businessmen, which lead or they start economic activity legal forms of conducts of economic activities become before necessity of effecting of choice not Only and also forms of taxation. With choice of legal form of conduct of economic activity so, choice of form of taxation are tied on future inherently. Choice of

form of taxation of economic activity appropriate it can be effective achievement of tax austerity but same cost lead activity – minimization. Presentation of basic principle is purpose of article taxation of economic activities led within the confines of limited partnership in range of led economic activity being as optimization tax.

Zabezpieczanie wierzytelności pieniężnych na nieruchomości w obrocie gospodarczym bez zgody dłużnika – hipoteka przymusowa

Wstęp

Hipoteka jest ograniczonym prawem rzeczowym na nieruchomości, związanym z oznaczoną wierzytelnością, która wynika z określonego stosunku prawnego i służącym do jej zabezpieczenia. Instytucja ta była stosowana pierwotnie jako starożytna forma zabezpieczenia realnego na Bliskim Wschodzie, w Grecji, Egipcie oraz Rzymie.

Po transformacji ustrojowej w 1989 roku w Polsce instytucja hipoteki zyskała niepomniernie na znaczeniu. Stanowi ona bowiem podstawową i jedyną formę prawną rzeczowego zabezpieczenia wierzytelności pieniężnych na nieruchomości. Wzrost znaczenia tej instytucji prawnej we współczesnym obrocie rynkowym związany jest z dynamicznym rozwojem bankowości, rynku obrotu nieruchomościami i zmianą relacji społecznych.

Jedną z form hipoteki, której rola systematycznie rośnie, jest instytucja hipoteki przymusowej, która w odróżnieniu od hipoteki umownej, powstaje na mocy wpisu w księdze wieczystej na żądanie wierzyciela bez konieczności uzyskiwania zgody dłużnika. Powszechność stosowania hipoteki przymusowej przejawia się w możliwości korzystania zeń przez wszystkie podmioty obrotu. Hipoteka ta jest również jednym z istotnych narzędzi ochrony interesów finansowych Skarbu Państwa i gmin w relacjach wynikających z zobowiązań podatkowych. Hipoteka przymusowa dyscyplinuje dłużników i przyczynia się do realizacji zasady bezpieczeństwa obrotu.

Celem niniejszego artykułu jest dokonanie ogólnikowej egzegezy dogmatycznej przepisów prawnych, które regulują instytucję hipoteki przymusowej z zamiarem udzielenia odpowiedzi na pytanie, w jakim stopniu przyjęte w tym zakresie rozwiązania prawne gwarantują realizację założonych przez ustawodawcę celów.

¹ Instytut Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk.

1. Definicja i treść hipoteki przymusowej

Definicja hipoteki przymusowej zawarta jest w art. 109 ustawy z dnia 6 lipca 1982 r. o księgach wieczystych i hipotece² (dalej u.k.w.h.), zgodnie z którym:

„Wierzyciel, którego wierzytelność jest stwierdzona tytułem wykonawczym, określonym w przepisach o postępowaniu egzekucyjnym, może na podstawie tego tytułu uzyskać hipotekę na wszystkich nieruchomościach dłużnika (hipoteka przymusowa).”

Z powyższego wynika, że hipoteka może powstać nie tylko w drodze umowy, lecz także w drodze wpisu w księdze wieczystej na żądanie wierzyciela dysponującego odpowiednim dokumentem. Hipoteka powstaje na skutek orzeczenia sądu wieczystoksięgowego o wpisie. Ponieważ do powstania hipoteki nie jest wówczas wymagana zgoda właściciela nieruchomości (hipoteka ta często powstaje mimo sprzeciwu właściciela), dlatego ustawodawca określa ją jako hipotekę przymusową³.

W przypadku obu rodzajów hipotek (umownej i przymusowej) treść prawa obciążającego nieruchomość jest taka sama⁴. Stanowi je zabezpieczenie wierzytelności do oznaczonej sumy na nieruchomości dłużnika i polega na możliwości zaspokojenia się wierzyciela hipotecznego z nieruchomości bez względu na to, czyją stała się własnością, oraz z pierwszeństwem przed wierzycielami osobistymi właściciela nieruchomości (art. 65 ust. 1 u.k.w.h.).

Hipotekę przymusową od umownej odróżnia jej funkcja w obrocie prawnym. Służy ona bowiem nie tylko zabezpieczeniu roszczeń (najczęściej wynikających z uzyskania i zabezpieczenia kredytu lub pożyczki), ale również egzekucji wierzytelności niespłaconej w terminie. Z uwagi na charakter hipoteki przymusowej ustawodawca nie używa wyrażenia „ustanowienie hipoteki”, lecz „uzyskanie hipoteki”. Ustanowienie może być dokonane wyłącznie na drodze umowy. Jak już wiadomo, do powstania hipoteki przymusowej niezbędny jest wpis w księdze wieczystej. Ma on charakter konstytutywny⁵.

2. Wierzytelność zabezpieczona hipoteką przymusową

Hipoteką przymusową można zabezpieczyć jedynie wierzytelność pieniężną, z uwagi na generalną zasadę wyrażoną w art. 68 ust. 1 u.k.w.h., od której przepisy dotyczące hipoteki przymusowej nie wprowadzają wyjątku.

² Tekst jednolity: Dz.U. 2001 r., nr 124, poz.1361 ze zm.

³ J. Pisuliński, *Hipoteka*, [w:] E. Gniewek (red.), *Prawo rzeczowe*, wyd. 3, C.H. Beck, 2012, § 54.

⁴ E. Bałan-Gonciarz, H. Ciepla, *Ustawa o księgach wieczystych i hipotece. Komentarz po nowelizacji prawa hipotecznego. Wzory wniosków o wpis. Wzory wpisów do księgi wieczystej. Komentarz do artykułu 65 i 109.*, WoltersKluwer, 2011, <http://www.lex.pl>, dostęp 19.04.2013.

⁵ I. Heropolitańska, *Komentowany artykuł: 110*, [w:] I. Heropolitańska (red.), *Ustawa o księgach wieczystych i hipotece. Komentarz*, wyd. 1., C.H. Beck, 2013, <http://www.legalis.pl>, dostęp 10.04.2013.

Wierzytelność może być zabezpieczona hipoteką przymusową pod warunkiem, że jest stwierdzona tytułem wykonawczym lub innym tytułem uprawniającym do wpisu.

Dopuszczalne jest uzyskanie jednej hipoteki przymusowej na zabezpieczenie kilku wierzytelności stwierdzonych różnymi tytułami wykonawczymi przysługujących temu samemu wierzycielowi, ponieważ przepisy dotyczące hipoteki przymusowej nie wprowadzają wyjątku od art. 68¹ u.k.w.h.⁶. Możliwe jest to jednak tylko wówczas, gdy są one wyrażone w tej samej walucie. Jeżeli waluty wierzytelności oznaczone w tytułach wykonawczych są różne, muszą być wpisane odrębne hipoteki przymusowe⁷.

3. Przedmiot hipoteki przymusowej

Przedmiotem hipoteki przymusowej mogą być: każda nieruchomość jako całość, bez względu na formę własności (prywatna, państwowa, komunalna), cały udział współwłaściciela we współwłasności nieruchomości, użytkowanie wieczyste oraz udział w takim użytkowaniu, spółdzielcze własnościowe prawo do lokalu oraz wierzytelności zabezpieczone hipoteką (subintabulat)⁸.

W przypadku hipoteki przymusowej nie jest możliwe obciążenie nieruchomości gruntowej, która ma być dopiero nabyta lub wyodrębniona⁹. W tej sytuacji możliwe jest jedynie ustanowienie hipoteki umownej, o ile w dokumencie zawierającym oświadczenie o ustanowieniu hipoteki jest możliwe jednoznaczne oznaczenie obciążanej nieruchomości gruntowej. Konieczne jest również zastrzeżenie warunku, że osoba ustanawiająca hipotekę stanie się właścicielem tej nieruchomości¹⁰.

Hipoteką przymusową nie można obciążyć przedmiotów niewskazanych w art. 65 ust. 1-3 u.k.w.h. Nie można zatem ustanowić hipoteki, na przykład, na ekspektatywie odrębnej własności lokalu unormowanej przez art. 19 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o spółdzielniach mieszkaniowych¹¹.

⁶ Postanowienie SN z 10 lutego 2011 r., IV CSK 349/10, OSN 2012, nr A, poz. 4.

⁷ T. Czech, *Hipoteka. Komentarz*, LexisNexis, 2011, s. 658.

⁸ E. Bałan-Gonciarz, H. Ciepla, *Ustawa o księgach wieczystych i hipotece. Komentarz po nowelizacji prawa hipotecznego. Wzory wniosków o wpis. Wzory wpisów do księgi wieczystej. Komentarz do artykułu 65 i 109.*, WoltersKluwer, 2011, <http://www.lex.pl>, dostęp 17.05.2013.

⁹ T. Czech, *Hipoteka...*, s. 89.

¹⁰ B. Swaczyna, *Hipoteka w ogólności*, [w:] J. Pisuliński (red.), *Hipoteka po nowelizacji*, LexisNexis, Warszawa 2011, s. 99.

¹¹ Tekst jednolity: Dz.U. 2003 r., nr 119, poz. 1116.

4. Podmiot hipoteki przymusowej

Podmiot hipoteki przymusowej to klasyczny podmiot stosunku zobowiązaniowego. Jednak w przypadku hipoteki przymusowej reguła ta może podlegać pewnym modyfikacjom i ograniczeniom. Może więc w zobowiązaniu występować wielu wierzycieli, wielu dłużników lub jednocześnie wielu wierzycieli i wielu dłużników. Wielość podmiotów może być następstwem różnego rodzaju czynności prawnych lub zdarzeń prawnych. We wszystkich tych przypadkach pojawi się kwestia stosunku wewnętrznego, łączącego te podmioty¹².

W przypadku, gdy nieruchomości stanowi przedmiot wspólności majątkowej małżeńskiej, w celu uzyskania hipoteki przymusowej, konieczne jest również uzyskanie tytułu wykonawczego wystawionego na oboje małżonków¹³. Jeżeli przedmiotem hipoteki przymusowej ma być nieruchomość stanowiąca współwłasność łączną wspólników spółki cywilnej, wierzyciel może uzyskać hipotekę przymusową tylko wówczas, gdy posiada tytuł wykonawczy przeciwko wszystkim wspólnikom¹⁴. Kwestię udziału spadkobiercy w nieruchomości spadkowej reguluje art. 1035 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny¹⁵. Wskazuje on, że do działu spadku stosuje się odpowiednio przepisy o współwłasności w częściach ułamkowych¹⁶. Przeniesienie prawa własności nieruchomości i dokonanie w księdze wieczystej wpisu na rzecz nabywcy, nie stanowi przeszkody do wpisu hipoteki przymusowej na podstawie złożonego wcześniej wniosku o jej wpis¹⁷. Natomiast wniosek o wpis hipoteki przymusowej nie może być uwzględniony, gdy dłużnik przed złożeniem wniosku o wpis hipoteki utracił już prawo własności nieruchomości na skutek wcześniejszej czynności prawnej lub zdarzenia prawnego¹⁸.

5. Podstawa wpisu hipoteki przymusowej

Podstawa wpisu hipoteki przymusowej określona jest w sposób ogólny w artykułach 109 ust. 1 oraz 110 u.k.w.h. Pierwszy z wymienionych przepisów stanowi, że hipoteka przymusowa może zostać wpisana na podstawie tytułu wykonawczego, określonego w przepisach o postępowaniu egzekucyjnym. Drugi z wymienionych przepisów – art. 109 ust. 1 – wskazuje, że hipoteka przymusowa

¹² A. Rzetecka-Gil, *Kodeks cywilny. Komentarz. Zobowiązania – część ogólna. Komentarz do art. 353 Kodeksu cywilnego*, LEX/el., 2011, nr 117149, <http://www.lex.pl>, dostęp 17.05.2013.

¹³ Postanowienie SN z 27 maja 2010 r., III CZP 27/10, OSN 2011, nr A, poz. 7.

¹⁴ P. Borkowski, J. Trzeźniewski-Kwiecień, *Wpisy do ksiąg wieczystych*, WoltersKluwer 2008, s. 140.

¹⁵ Tekst jednolity: Dz.U. 2014 r., poz. 121.

¹⁶ E. Drozd, A. Oleszko, *Hipoteka w praktyce, zagadnienia prawne, orzecznictwo, przepisy*, Poznań-Kluczbork 1995, s. 340.

¹⁷ Uchwała SN z 29 kwietnia 2008 r., III CZP 17/08, OSN 2009, nr 6, poz. 82.

¹⁸ Uchwała SN z 30 maja 1994 r., III CZP 72/94, OSN 1994, nr 12, poz. 235.

może zostać wpisana także na podstawie innych dokumentów, jeżeli przepisy szczególne tak stanowią.

6. Tytuł wykonawczy

Art. 109 ust. 1 u.k.w.h. odwołuje się ogólnie do przepisów o postępowaniu egzekucyjnym. Wobec tego należy uznać, że podstawą uzyskania hipoteki przymusowej będą zarówno tytuły wykonawcze określone w Kodeksie postępowania cywilnego, jak i tytuły wykonawcze charakterystyczne dla postępowania egzekucyjnego w administracji, a także w innych przepisach regulujących postępowanie egzekucyjne¹⁹. Tytułem wykonawczym w rozumieniu art. 109 ust. 1 u.k.w.h. jest zarówno tytuł egzekucyjny zaopatrzony w sądową klauzulę wykonalności²⁰, jak i administracyjny tytuł wykonawczy wystawiony przez wierzyciela²¹. Zasadniczo, w obecnym stanie prawnym, w celu uzyskania wpisu hipoteki przymusowej, nie ma konieczności zaopatrywania administracyjnego tytułu wykonawczego w sądową klauzulę wykonalności²².

Podstawą wpisu hipoteki przymusowej w księdze wieczystej może być tylko oryginał tytułu wykonawczego, a nie np. poświadczona notarialnie za zgodność z oryginałem jego kopia²³. Za wyjątek od tej zasady można uznać jedynie dołączenie do wniosku o dokonanie wpisu hipoteki przymusowej tytułu wykonawczego w postaci dokumentu uzyskanego z systemu teleinformatycznego, o którym mowa w art. 783 § 4 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego²⁴. Stanowi on orzeczenie wydane w elektronicznym postępowaniu upominawczym. Załączony wydruk z systemu teleinformatycznego umożliwia sądowi weryfikację istnienia i treści tytułu wykonawczego, w tym także istnienia klauzuli wykonalności, która pozostaje w systemie²⁵.

Artykuł 110 u.k.w.h. stanowi uzupełnienie art. 109 ust. 1 u.k.w.h. Wskazuje on na inne dokumenty, które, oprócz tytułu wykonawczego, mogą być podstawą wpisu hipoteki przymusowej. Zaliczyć do nich można np. postanowienie sądu

¹⁹ T. Czech, *Hipoteka...*, LexisNexis, 2011, s. 639.

²⁰ P. Telenga, *Komentarz aktualizowany do art. 776 Kodeksu postępowania cywilnego*, [w:] A. Jakubecki (red.), *Komentarz aktualizowany do ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego*, LEX/el., 2013, nr 143162, <http://www.lex.pl>, dostęp 28.08.2013.

²¹ J. Wyporska-Frankiewicz, *Tytuł wykonawczy. Komentarz praktyczny*, ABC, 2012, LEX nr 142804, <http://www.lex.pl>, dostęp 28.08.2013.

²² Uchwała SN z 18 września 2002 r., III CZP 49/02, OSN 2003, nr 9, poz. 115.

²³ Uchwała SN z 8 grudnia 2005 r., III CZP 101/05, OSN 2006, nr 11, poz. 180.

²⁴ Tekst jednolity: Dz.U. z 2014 r. poz. 101.

²⁵ P. Telenga, *Komentarz do art. 783 Kodeksu postępowania cywilnego*, [w:] A. Jakubecki (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, WoltersKluwers Polska, 2012, nr LEX 130893, <http://www.lex.pl>, dostęp 29.08.2013.

o udzieleniu zabezpieczenia ze wzmianką o wykonalności²⁶. Na równi z nim należy traktować nieprawomocny nakaz zapłaty wydany w postępowaniu nakazowym bez potrzeby nadawania mu klauzuli wykonalności²⁷.

7. Zakres zabezpieczenia hipoteką przymusową

Przepis art. 110(1) u.k.w.h. pozwala na wskazanie zakresu zabezpieczenia wierzytelności hipoteką przymusową – ustalenie tzw. sumy hipoteki. Zgodnie z dyspozycją wskazanego przepisu, w celu ustalenia sumy hipoteki należy obliczyć wysokość wszystkich roszczeń stwierdzonych w dokumencie stanowiącym podstawę wpisu na dzień składania wniosku o wpis. Powyższy przepis wskazuje jednak, że suma hipoteki nie może przewyższać 150% tak ustalonej kwoty. Możliwe jest jedynie uzyskanie wpisu hipoteki na kwotę mniejszą. Obliczenia sumy dokonuje wierzyciel, aby następnie podać ją we wniosku o wpis. Zaistnieć może konieczność, że wierzyciel będzie musiał wskazać sposób jej wyliczenia, co ułatwi sądowi zweryfikowanie prawidłowości określenia sumy hipoteki przymusowej²⁸.

Przyjęcie górnej granicy sumy hipotecznej jako 150% ustalonej kwoty stanowi próbę wyważenia interesów wierzyciela i dłużnika. Jest zabezpieczeniem interesu wierzyciela na wypadek, gdyby wysokość zabezpieczonej wierzytelności uległa zwiększeniu (np. odsetki za czas po dokonaniu wpisu hipoteki jako świadczenia uboczne zgodnie z art. 69 u.k.w.h.). Górna granica chroni również właściciela nieruchomości przed obciążeniem nieruchomości hipoteką w nadmiernej wysokości – tzw. nadzabezpieczeniem pierwotnym (art. 68 u.k.w.h.)²⁹.

8. Realizacja hipoteki przymusowej – obligatoryjność drogi egzekucyjnej

Artykuł 75 u.k.w.h. formułuje bezwzględną zasadę obligatoryjności zaspokajania wierzyciela hipotecznego wyłącznie w drodze postępowania egzekucyjnego. Artykuł ten odzwierciedla dyspozycję art. 65 u.k.w.h., zgodnie z którą wierzyciel hipoteczny może jedynie dochodzić zaspokojenia się, nie zaś zaspokajać się. Zgodnie z poglądem podzielanym przez większość przedstawicieli doktryny prawa zajmujących się prawem hipotecznym (J. Pisuliński, H. Ciepla, E. Bałan-Gonciarz, T. Czech, B. Swaczyna), jak również znajdującym odzwierciedlenie w orzecznictwie, sama hipoteka służy zabezpieczeniu wierzytelności, a nie jej dochodzeniu³⁰. Gdy dłużnik nie wywiązuje się ze swego zobowiązania, wierzyciel

²⁶ A. Król, *Podział zabezpieczeń*, ABC, 2013, nr LEX 101798, <http://www.lex.pl>, dostęp 29.08.2013.

²⁷ Postanowienie SN z 28 stycznia 1999 r., I CKN 97/97, OSN 1999, nr 7-8, poz. 137.

²⁸ J. Pisuliński, *Zakres żądania wierzyciela*, [w:] J. Pisuliński (red.), *Hipoteka...*, s. 530.

²⁹ E. Habryn, *Pojęcie hipoteki. Komentarz praktyczny*, ABC, 2013, nr LEX 101798, <http://www.lex.pl>, dostęp 4.09.2013.

³⁰ Wyrok SA w Lublinie z 7 kwietnia 1994 r., I ACR 77/94, „Wokanda” 1994, nr 12, s. 55.

ciel hipoteczny, który uzyskał tytuł wykonawczy, może wnioskować o wszczęcie postępowania egzekucyjnego³¹. Realizacja hipoteki przymusowej może przybrać formę sądowego postępowania egzekucyjnego uregulowanego w k.p.c. bądź egzekucji administracyjnej w trybie określonym w ustawie z dnia 17 czerwca 1966 r. o postępowaniu egzekucyjnym w administracji³².

9. Wygaśnięcie hipoteki przymusowej i jej wykreślenie

Co do zasady, hipoteka przymusowa, jako prawo akcesoryjne, wygasa wraz z wygaśnięciem zabezpieczonej nią wierzytelności, w podanych poniżej, przykładowo, przypadkach wykonania zobowiązania zgodnie z jego treścią (art. 354 k.c.), potrącenia (art. 498 k.c.) i innych.

Wygaśnięcie wierzytelności zabezpieczonej hipoteką sprawia, że umacniająca funkcja hipoteki staje się bezprzedmiotowa. Gdyby w tej sytuacji hipoteka nie wygasła, to zaczęłaby pełnić inną funkcję, co stałoby w sprzeczności z zasadą akcesoryjności tego prawa³³.

Wierzytelnościami zabezpieczonymi hipoteką są także roszczenia o świadczenia uboczne (art. 69 u.k.w.h.). Stąd wygaśnięcie wierzytelności głównej bez zapłaty należności ubocznych nie będzie powodowało wygaśnięcia hipoteki. Także częściowa spłata długu, częściowe zwolnienie z długu lub częściowe wygaśnięcie wierzytelności nie będzie powodowało wygaśnięcia hipoteki w części i zmniejszenia się sumy hipoteki o spłaconą kwotę. W celu obniżenia sumy hipoteki wydaje się być konieczne dokonanie przez wierzyciela wpisu zmiany do księgi wieczystej³⁴.

Hipoteka przymusowa może również wygasnąć na skutek innych zdarzeń, które nie dotyczą wierzytelności nią zabezpieczonej. Jako kilka przykładów takiej sytuacji można wskazać zrzeczenie się hipoteki przymusowej w trybie art. 246 k.c. czy upływ 10 lat od jej wykreślenia bez podstawy prawnej (omyłkowo lub na skutek błędu – art. 95 u.k.w.h.).

W razie wygaśnięcia hipoteki wierzyciel zobowiązany jest dokonać wszelkich czynności umożliwiających wykreślenie hipoteki z księgi wieczystej (art. 100 u.k.w.h.). Wykreślenie hipoteki przymusowej z księgi wieczystej również jest wpisem w rozumieniu u.k.w.h. Należy wówczas przedstawić sądowi dokument, z którego wynikać będzie, że hipoteka wygasła, np. pokwitowania zapłaty

³¹ Wyrok SA w Warszawie z 28 lipca 1998 r., I ACa 436/98, „Prawo Gospodarcze” 1999, nr 12, s. 45.

³² Tekst jednolity: w Dz.U. 2005 r., nr 229, poz. 1954 ze zm.

³³ B. Swaczyna, *Hipoteka umowna. Hipoteka jako prawo akcesoryjne*, Oficyna, Warszawa 2007, *passim*, <http://www.lex.pl/>, dostęp 30.09.2013.

³⁴ B. Swaczyna, *Hipoteka... Zakres zabezpieczenia wierzytelności hipotecznej*, Oficyna, Warszawa 2007, *passim*, <http://www.lex.pl/>, dostęp 30.09.2013.

długu z podpisem notarialnie poświadczonym (art. 462 § 1 i 2 Kodeksu cywilnego w związku z art. 31 ust. 1 u.k.w.h.).

Ponadto hipoteka przymusowa może wygasnąć z mocy prawa na podstawie przepisów szczególnych. Spośród takich przepisów należy wymienić przykładowo upadek zabezpieczenia w trybie art. 744 k.p.c.

Ostatnia grupa przyczyn, które wywołują wygaśnięcie hipoteki przymusowej, jest związana ze wzruszeniem podstawy wpisu tej hipoteki w księdze wieczystej. Dotyczy to, między innymi, przypadków uchylecia postanowienia o udzieleniu zabezpieczenia lub zarządzenia zabezpieczenia albo zmiany sposobu zabezpieczenia na inny (np. art. 492 § 2 zd. 2 i art. 742 k.p.c.) czy uchylecia nieprawomocnego wyroku, któremu został nadany rygor natychmiastowej wykonalności (art. 337 k.p.c.).

Zakończenie

Przeprowadzona ogólnikowa analiza obowiązujących przepisów regulujących jeden z rodzajów hipoteki, jakim jest hipoteka przymusowa, umożliwia sformułowanie kilku wniosków. Obecnie obowiązujące przepisy dotyczące hipoteki, odmiennie niż uregulowania prawne sprzed wejścia w życie znowelizowanej ustawy o księgach wieczystych i hipotece w 2011 roku, w pełniejszy sposób odpowiadają potrzebom nowoczesnego obrotu rynkowego. Prawodawca uregulował wiele kwestii, które wywoływały wątpliwości zarówno w doktrynie prawa, jak i w orzecznictwie sądów wieczystoksięgowych. Ustawodawca zharmonizował przepisy prawa materialnego z procedurą. Ze względu na fakt, że hipoteka przymusowa stanowi wyjątek od zasady konsensualności, ustawodawca, w inny sposób niż w przypadku hipoteki umownej, określił przesłanki jej uzyskiwania (np. uzyskanie tytułu wykonawczego, złożenie wniosku, dokonanie opłaty sądowej). Efektem wprowadzenia nowych rozwiązań legislacyjnych jest utrzymanie właściwych proporcji między interesem wierzyciela i dłużnika hipotecznego. Obu tym podmiotom przysługują odrębne i skuteczne instrumenty prawne. Dłużnik ma możliwość zbywania swego prawa stanowiącego przedmiot hipoteki. Dłużnik hipoteczny korzysta też z ochrony ustawodawcy np. poprzez wprowadzenie instytucji nadzabezpieczenia i wymogu określenia poszczególnych składników sumy hipoteki (lub samej sumy) w dokumencie stanowiącym podstawę wpisu. Suma hipoteki nie może przewyższać więcej niż o połowę zabezpieczoną wierzytelność. Z kolei wierzyciel może zabezpieczyć swą wierzytelność hipoteką przymusową, bez zgody dłużnika. Może on także dokonać zabezpieczenia na wszystkich nieruchomościach dłużnika (co do zasady z koniecznością dokonania repartycji sumy hipoteki). Wymienione powyżej przykłady regulacji hipoteki przymusowej dają zarówno wierzycielowi, jak i dłużnikowi hipotecznemu, szeroki i jednoznacznie określony zakres uprawnień. Prowadzi to w konsekwencji do zapewnienia obu tym podmiotom szerokiej sfery bezpieczeństwa, spełniając

tym samym postulat pewności prawa. W praktyce zagwarantowanie tych uprawnień oznacza przyznanie uczestnikom obrotu dodatkowych instrumentów ułatwiających funkcjonowanie na rynku.

Pozytywnie ocenić należy ustawowe unormowanie zakresu przedmiotowego hipoteki przymusowej. Przepisy szeroko określają przedmiot hipoteki, którym może być każda nieruchomość. Ustawodawca precyzyjnie określił również zakres podmiotowy hipoteki przymusowej.

Przy dokonywaniu wpisu hipoteki przymusowej konieczne jest przedłożenie sądowi wieczystoksięgowemu tytułu wykonawczego bądź innego tytułu stanowiącego podstawę wpisu. Ustawodawca polski, podobnie jak unijny, określił w wielu odrębnych aktach prawnych, szeroki katalog dokumentów, które mogą stanowić podstawę wpisu. Są wśród nich orzeczenia sądowe, akty notarialne, decyzje administracyjne, ugody, postanowienie prokuratora, zarządzenie wierzyciela o zabezpieczeniu i inne.

Ponadto należy zwrócić uwagę na fakt, że ustawodawca w sposób poprawny dokonał połączenia przepisów znowelizowanego prawa hipotecznego materialnego z procedurą uzyskiwania hipoteki. Przyczyniają się do tego regulacje dopuszczające składanie wniosków o wpis wyłącznie na prostych, urzędowych formularzach oraz wprowadzenie regulacji umożliwiających zapoznanie się z treścią księgi wieczystej w systemie teleinformatycznym.

Bibliografia

- Balan-Gonciarz E., Ciepla H., *Ustawa o księgach wieczystych i hipotece. Komentarz po nowelizacji prawa hipotecznego. Wzory wniosków o wpis. Wzory wpisów do księgi wieczystej*, WoltersKluwer, 2011, <http://www.lex.pl>, dostęp 18.04.2013.
- Borkowski P., Trześniewski-Kwiecień J., *Wpisy do ksiąg wieczystych*, Oficyna, 2008, Lex nr 88195, <http://www.lex.pl>, dostęp 6.02.2014.
- Czech T., *Hipoteka. Komentarz*, LexisNexis, 2011.
- Drozd E., Oleszko A., *Hipoteka w praktyce, zagadnienia prawne, orzecznictwo, przepisy*, Poznań-Kluczbork, 1995.
- Habryn E., *Pojęcie hipoteki. Komentarz praktyczny*, ABC, 2013, Lex nr 101798, <http://www.lex.pl>, dostęp 4.09.2013.
- Heropolitańska I., [w:] Heropolitańska I., Tułodziecka A., Hrycków-Mycka K., Kuglarz P., *Ustawa o księgach wieczystych i hipotece oraz przepisy związane. Komentarz*, Warszawa 2013.
- Król A., *Zabezpieczenia na majątku dłużnika przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych należności z tytułu składek poprzez ustanowienie hipoteki przymusowej oraz zastawu ustawowego*, ABC, Lex nr 133832, <http://www.lex.pl>, dostęp 9.03.2014.

- Pisuliński J., *Hipoteka*, [w:] Gniewek E. (red.), *Prawo rzeczowe*, C.H. Beck, 2012.
- Rzetecka-Gil A., *Kodeks cywilny. Komentarz. Zobowiązania – część ogólna. Komentarz do art. 353 Kodeksu cywilnego*, LEX/el., 2011, Lex nr 117149, <http://www.lex.pl>, dostęp 17.05.2013.
- Telenga P., *Komentarz aktualizowany do art. 776 Kodeksu postępowania cywilnego*, [w:] Jakubecki A. (red.), *Komentarz aktualizowany do ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego*, LEX/el., 2013, Lex nr 143162, <http://www.lex.pl>, dostęp 28.08.2013.
- Wyporska-Frankiewicz J., *Tytuł wykonawczy. Komentarz praktyczny*, ABC, 2012, Lex nr 142804, <http://www.lex.pl>, dostęp 28.08.2013.

Akty prawne

- Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny* (Dz.U. 1964 r., nr 16, poz. 93 ze zm.).
- Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego* (Dz.U. 1964 r., nr 43, poz. 296 ze zm.).
- Ustawa z dnia 17 czerwca 1966 r. o postępowaniu egzekucyjnym w administracji* (tekst jednolity: Dz.U. 2005 r., nr 229, poz. 1954 ze zm.).
- Ustawa z dnia 6 lipca 1982 r. o księgach wieczystych i hipotece* (tekst jednolity: Dz.U. 2001 r., nr 124, poz. 1361 ze zm.).
- Ustawa z dnia 15 grudnia 2000 r. o spółdzielniach mieszkaniowych* (tekst jednolity: Dz.U. 2003 r., nr 119, poz. 1116).

Streszczenie

Celem niniejszego artykułu jest dokonanie ogólnikowej egzegezy dogmatycznej przepisów prawnych, które regulują instytucję hipoteki przymusowej z zamiarem udzielenia odpowiedzi na pytanie, w jakim stopniu przyjęte w tym zakresie rozwiązania prawne gwarantują realizację założonych przez ustawodawcę celów.

Summary

The purpose of this article is to perform dogmatic exegesis of the laws that govern the institution of compulsory mortgage with the intent to answer the question to what extent adopted legal solutions ensure the implementation of the objectives established by the legislature.

Zmiana wynagrodzenia należnego wykonawcy z tytułu umowy o roboty budowlane

Wstęp

Tematyka wynagrodzenia za roboty budowlane była poruszana niejednokrotnie w różnych źródłach. Temat ten jest niezwykle interesujący, chociażby przez fakt, że w większości sytuacji konfliktowych, pomiędzy zamawiającym a wykonawcami, czy też podwykonawcami, ich przedmiotem jest zmiana wynagrodzenia za wykonanie świadczenia w toku określonej i prowadzonej inwestycji. Przedmiot zamówienia ma specyficzny charakter, jego realizacja jest uzależniona od wielu czynników, a wysokość wynagrodzenia trudna do skalkulowania. W wielu przypadkach motyw, dla których wykonawca stara się zrealizować i zdobyć zamówienie, są ważne oraz przysyłają mu realia występujące na rynku budowlanym. Celem jest postawienie jak najbardziej korzystnej i atrakcyjnej oferty, chociażby za cenę niewielkiego zysku oraz wygranie przetargu. Podpisanie umowy uznaje się za etap finalny i konsekwencję wcześniejszych działań, inaczej – uhonorowaniem wygranej. Jeżeli proces inwestycyjny jest krótkoterminowy oraz przebiega bez zakłóceń, regulacje umowne, które zawarte są pomiędzy stronami, nie podlegają konfrontacji z rzeczywistością. Odmienne sprawa kształtuje się, gdy wykonanie określonej inwestycji przewidziane jest na dłuższy okres, natomiast harmonogram realizacyjny z różnych przyczyn rozciąga się w innym czasie, a zamawiający wprowadza roboty zmienne. Wtedy okazuje się, że realizacja problemu nie jest łatwa wobec zawartej przez strony umowy oraz obowiązującego prawa. W celu ujrzenia zagadnienia we właściwym świetle, w pierwszej kolejności należy przyjrzeć się bliżej i zwrócić uwagę na obowiązujące w Polsce przepisy, które *stricte* odnoszą się do problematyki wynagrodzenia za roboty budowlane².

1. Wynagrodzenie za roboty budowlane w przepisach

Zagadnienia wynagrodzenia za roboty budowlane określają wyłącznie przepisy zawarte w Kodeksie cywilnym, który jest podstawowym aktem prawnym

¹ Student, Wyższa Szkoła Ekonomii, Prawa i Nauk Medycznych im. prof. Edwarda Lipińskiego w Kielcach, Uniwersytet Jana Kochanowskiego w Kielcach.

² M. Behnke, B. Czajka-Marchlewicz, D. Dorska, *Umowy w procesie budowlanym*, Wydawnictwo Lex, Warszawa 2011, s. 216.

regulującym stosunki cywilnoprawne między osobami fizycznymi i prawnymi, a szczególnie przepisy:

- Tytułu XVI k.c. dotyczące umowy o roboty budowlane,
- Tytułu XV k.c. dotyczące umowy o dzieło³.

W związku z tym, że umowa o roboty budowlane jest określonym i szczególnym przypadkiem umowy o dzieło, przy konstruowaniu umów możliwe jest posłużenie się przepisami z dwóch wydzielonych tytułów i oznaczeń, których regulacje się wzajemnie uzupełniają. Przepisy k.c. w kwestii wynagrodzenia stanowią, że:

- poprzez umowę wykonawca zobowiązuje się szczególnie do wykonania robót budowlanych, a zamawiający do zapłaty umówionego wynagrodzenia (art. 647 k.c.),
- strony mogą przyjąć formułę wynagrodzenia kosztorysowego (art. 629 k.c.).

Z praktyki umów, które zawierane są oraz prowadzone wynika, że strony procesu inwestycyjnego nie zawsze orientują się na czym właściwie polega wynagrodzenie kosztorysowe, a na czym ryczałtowe. Zanim jednak zostanie wskazana różnica, należy wspomnieć, że określone roboty budowlane są skomplikowanym przedmiotem zamówienia oraz w większości przypadków określeniu wysokości wynagrodzenia za wykonanie tego typu świadczenia towarzyszy kalkulacja kosztorysowa. Nie oznacza to w ogóle, że w tych sytuacjach, w których wykonawca załącza kosztorys, strony przyjęły formę wynagrodzenia kosztorysowego. Kosztorys służy określeniu danej ceny, a jaki rodzaj wynagrodzenia zostanie przyjęty w umowie, w jaki sposób strony się rozliczą, to już zupełnie inne zagadnienie⁴.

W ostatnim czasie, coraz częściej w umowach uwzględnia się oraz uzgadnia wynagrodzenie ryczałtowe. Polega ono szczególnie na tym, że praktycznie rzecz biorąc jest stałe oraz niezmiennie, nawet w sytuacji gdy w trakcie zawierania umowy nie można było przewidzieć rozmiaru oraz kosztów prac. Tym samym ta formuła wynagrodzenia zabezpiecza inwestora przed żądaniami wykonawcy, które dotyczą ewentualnego podwyższenia wynagrodzenia. Przy dobrze opisanym przedmiocie zamówienia oraz niewielkim stopniu jego skomplikowania taka forma wynagrodzenia jest przejrzysta oraz korzystna dla zamawiającego. Stąd też coraz bardziej popularna jest w danych zamówieniach publicznych na roboty budowlane. Z wyborem i kwalifikacją tej formy wynagrodzenia wiąże się ryzyko wykonawcy spowodowane możliwością niedoszacowania ceny za wykonanie robót budowlanych. Ryzyko to można jednak ograniczyć przez takie skonstruowa-

³ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz.U. 1964 nr 16 poz. 93, z późniejszymi zmianami), dalej k.c.

⁴ M. Behnke, B. Czajka-Marchlewicz, D. Dorska, *Umowy w procesie budowlanym*, Wydawnictwo Lex, Warszawa 2011, s. 239.

nie umowy, które w miarę możliwości zabezpieczałoby dane interesy obu stron oraz nie byłoby sprzeczne z prawem oraz zasadami współżycia społecznego. Na takie działanie przyzwala art. 353 k.c., który mówi o indywidualnym ułożeniu stosunków prawnych pomiędzy stronami i art. 647 k.c. mówiący o obowiązkach wykonawcy (wykonanie robót budowlanych) oraz obowiązkach zamawiającego (zapłata za realizację i wykonanie robót). O przykładach możliwych klauzul, przy zastosowaniu określonej ryczałtowanej formy wynagrodzenia, będzie mowa w dalszej części niniejszego artykułu. W przeciwieństwie do wynagrodzenia ryczałtowego, strony przyjmując w umowie wynagrodzenie kosztorysowe zakładają, że ostateczne określenie ceny nastąpi w oparciu o poniesione nakłady pracy oraz wskazane podstawy do ustalenia wynagrodzenia⁵. W przypadku robót budowlanych można także mówić o rozliczeniu, przy uwzględnieniu przede wszystkim:

- faktycznie wykonanych robót budowlanych stwierdzonych dokonany obmiarem (obmiar to wskazanie i określenie rodzaju oraz ilości robót po wykonaniu zadania, w przeciwieństwie do przedmiaru, przy którym rodzaj i ilość robót określa się także na podstawie projektów budowlanych, specyfikacji technicznej wykonania oraz odbioru robót, przed wykonaniem robót),
- cen jednostkowych zawartych w kosztorysie ofertowym (w chwili obecnej coraz częściej w kalkulacji robót budowlanych przyjmuje się metodę uproszczoną opartą na stosowaniu cen jednostkowych robót)⁶.

Zawierając umowę strony powinny jasno określić sposób końcowego rozliczenia za wykonanie przedmiotu umowy. Przedmiot umowy i wysokość wynagrodzenia przyjęta w umowie o roboty budowlane jest, mówiąc inaczej, zapłatą za wykonanie określonego świadczenia, którym może być wykonanie robót budowlanych lub zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych, a także realizacja obiektu budowlanego. W jaki sposób i za pomocą jakich dokumentów powinien być opisany przedmiot zamówienia, reguluje rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego. Jest to akt wykonawczy do ustawy Prawo zamówień publicznych, w związku z czym przepisy z niego wynikające mają zastosowanie na ograniczonym obszarze rynku budowlanego. Według określonych regulacji dokumentacja projektowa opisująca przedmiot zamówienia powinna składać się w szczególności z: projektu budowlanego, projektów wy-

⁵ M. Behnke, B. Czajka-Marchlewicz, D. Dorska, *Umowy w procesie budowlanym*, Wydawnictwo Lex, Warszawa 2011, s. 216.

⁶ Ustawa z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane (Dz.U. nr 89, poz. 414, z późniejszymi zmianami).

konawczych, przedmiaru robót, informacji dotyczącej bezpieczeństwa i ochrony zdrowia. Praktyka wskazuje, że z uwagi na wysoki stopień skomplikowania przedmiotu zamówienia ww. dokumenty są często ze sobą niespójne. W konsekwencji oferent określa cenę za wykonanie przedmiotu, który nie do końca jest właściwie sprecyzowany. Jeżeli w umowie strony przewidzą wynagrodzenie kosztorysowe, niedociągnięcia opisu przedmiotu zamówienia praktycznie są bez znaczenia. Problem uzewnętrznia się wyraźnie przy wynagrodzeniu ryczałtowym, gdy nie zamieszczono w umowie odpowiednich klauzul przewidujących określone sytuacje. Przyczyn leżących u podstaw żądań wykonawców w sprawie podwyższenia wynagrodzenia, które skłaniają wykonawców do żądania od zamawiającego zmiany wynagrodzenia, jest bardzo dużo. Najczęściej są one natury dokumentacyjnej, spowodowane uchybieniami przedmiaru robót przekazywanego oferentom przez zamawiającego, w stosunku do projektu budowlanego i projektów wykonawczych, np. zaniżenie ilości robót, pominięcie w przedmiarze określonych robót. Błędy uwidaczniają się w trakcie realizacji robót i jeżeli skutkują one stratą wykonawcy, domaga się on podwyższenia wynagrodzenia. Według obecnego orzecznictwa, przy wynagrodzeniu ryczałtowym wymienione sytuacje nie mogą stanowić podstawy do zmiany wynagrodzenia⁷.

Przedmiot zamówienia opisany jest przede wszystkim przez projekt budowlany i projekty wykonawcze, a więc jeżeli zakres robót wynikał z tych dokumentów, przyjmuje się, że postawiona przez wykonawcę cena dotyczyła całości zamówienia, a zatem obejmowała również pominięty w przedmiarze zakres robót. Na marginesie należy tu wspomnieć o prawie wykonawcy do zgłaszania zamawiającemu swoich wątpliwości co do treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym również co do przedmiaru. Może to jednak uczynić w określonym czasie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (art. 38 ustawy p.z.p.). Zdarza się, że w trakcie realizacji pojawiają się roboty, których nie było w dokumentacji, a ich wykonanie jest niezbędne do finalizacji zamówienia będącego przedmiotem umowy. Przykładem może być konieczność usunięcia kolizji związanej z uzbrojeniem terenu przy wykonywaniu wszelkiego typu robót liniowych, która nie była zaznaczona w dokumentacji projektowej⁸. W takiej sytuacji nie można mówić o zmianie wynagrodzenia, lecz o udzieleniu zamówienia dodatkowego w trybie zamówienia z wolnej ręki (art. 67, ust. 1, pkt. 5), na które powinna być sporządzona odrębna umowa określająca przedmiot zamówienia dodatkowego oraz formę i wysokość wynagrodzenia.

Odrębnym zagadnieniem są utrudnienia mogące wystąpić w trakcie prowadzenia robót, np. podniesienie się poziomu wody w wykopie na skutek opadów

⁷ M. Behnke, B. Czajka-Marchlewicz, D. Dorska, *Umowy w procesie budowlanym*, Wydawnictwo Lex, Warszawa 2011, s. 289.

⁸ D. Sypniewski, *Nadzór nad procesem budowlanym*, LexisNexis, Warszawa 2001, s. 59.

jesiennych i konieczność ich odprowadzenia. Zgodnie z art. 632 par.1 k.c. dotyczącym wynagrodzenia ryczałtowego, przyjmujący zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac. W przedmiotowym przypadku zaistniałe okoliczności były do przewidzenia z uwagi na porę roku, a zatem w kontekście przepisów k.c. dodatkowe koszty wykonania robót mających na celu usunięcie wody, nie mogą być powodem zmiany wynagrodzenia. W podobny sposób można zakwalifikować inny przypadek. Przygotowując teren pod budowę wykonawca musiał rozebrać stojący tam budynek. Okazało się, że fundamenty obiektu wykonane są z żelbetu, a nie jak zakładał z cegły. Poniósł on dodatkowe koszty, które nie mogły być pokryte przez zamawiającego w świetle zawartej umowy. Podstawą zmiany wynagrodzenia nie mogły być również dodatkowe koszty poniesione przez wykonawcę z tytułu upalnego lata. Żeby dotrzymać terminu zakończenia inwestycji, musiał podnieść stawki pracownikom i zwiększyć pulę przeznaczoną na koszty socjalne. Ten fakt również nie mógł być podstawą zmiany ceny w przypadku wynagrodzenia kosztorysowego. Oczywiście każdy przypadek jest inny i należy go rozpatrywać indywidualnie, w kontekście zaistniałej, konkretnej sytuacji. W praktyce budowlanej zamawiający lub w uzgodnieniu z wykonawcą, kierując się różnymi przesłankami, podejmują decyzję o zmianie rodzaju materiałów budowlanych, czy o zmianie technologii i robotach zamiennych. Powstaje wówczas pytanie, czy w takiej sytuacji, gdy strony uzgodniły wynagrodzenie ryczałtowe, można mówić o jego podwyższeniu? Żeby na to pytanie odpowiedzieć należy przeprowadzić małą analizę. Z jednej strony umowa dotyczy wykonania określonego dzieła, np. wykonania budynku mieszkalnego, szkoły, czy też hali za określoną cenę, której, zgodnie z art. 632 § 1, podmioty danej umowy nie mogą zmienić. Z drugiej strony dzieło to, z uwagi na wysoki stopień skomplikowania robót, opisane jest przez dokumentację projektową narzucającą określone rozwiązania techniczne, które muszą być uwzględnione przez wykonawcę w trakcie realizacji robót. On to bowiem, zgodnie z art. 647 k.c. „zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej (...)”⁹. Przy odstępstwach projektowych, wprowadzanych na etapie realizacji robót i mających wyraźny wpływ na cenę powstaje impas podyktowany przez formułę ryczałtu. Zdaniem prawników, najlepiej jest przewidzieć podobne sytuacje i na etapie zawierania umów wprowadzić odpowiednie klauzule pozwalające na wyłączenie spod ryczałtu zmienionego zakresu robót i rozliczenie ich w inny sposób, np. kosztorysem powykonawczym. Za takim postępowaniem przemawia również art. 144 ustawy Prawo zamówień publicznych, który zakazuje zmian postanowień zawartej umowy (w tym m.in. ceny) w sto-

⁹ M. Behnke, B. Czajka-Marchlewicz, D. Dorska, *Umowy w procesie budowlanym*, Wydawnictwo Lex, Warszawa 2011, s. 189.

sunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że konieczność wprowadzenia takich zmian wynikała z okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy, lub zmiany te są korzystne dla zamawiającego. Jeżeli zamieszczone będą stosowne klauzule, o których była mowa powyżej, wówczas nie może być mowy o działaniu wbrew przepisom prawa. Na marginesie należy dodać, że klauzule takie chronią nie tylko interesy wykonawcy ale również zamawiającego. Wykonawca nie musi się obawiać, że w ramach zawartego ryczału będzie musiał wykonać obiekt przy większych kosztach, a zamawiający będzie mógł działać bardziej elastycznie bez wnikania się w postępowania sądowe w sprawie o podwyższenie wynagrodzenia. Nawiązując do ostatniego stwierdzenia należy nadmienić, że Kodeks cywilny poprzez art. 632 § 1 dopuszcza zmianę wynagrodzenia ryczałtowego, lecz w procedurze sądowej i muszą być spełnione dwa warunki:

- musi zaistnieć zmiana stosunków, której nie można było przewidzieć,
- wykonanie dzieła groziłoby przyjmującemu zamówienie rażącą stratą¹⁰.

2. Mankamenty umów o roboty budowlane

Najbardziej zmienną wadą zawieranych umów są nieдомówienia polegające m.in. na braku określenia formy wynagrodzenia za roboty budowlane. Z treści przepisów najczęściej nie wynika jednoznacznie, czy strony zawarły umowę z wynagrodzeniem ryczałtowym, czy też kosztorysowym. A jest to istotny przepis, szczególnie w przypadku, kiedy wykonawca domaga się podwyższenia wynagrodzenia np. z tytułu wykonania większej ilości robót niż podano w kosztorysie ofertowym. W praktyce można spotkać się również z sytuacją odwrotną, kiedy zamawiający obniża wynagrodzenie, ponieważ stwierdza, w wyniku dokonanego obmiaru, mniejsze ilości robót niż podano w przedmiarze. Przeglądając orzeczenia arbitrów UZP okazuje się, że w wielu przypadkach strony podpisują dokument, w którym słowo ryczałt nie jest użyte, lecz analiza treści tej umowy wskazuje, że posiada ona wszelkie cechy umowy z wynagrodzeniem ryczałtowym i za taką zostaje uznana, budząc zdziwienie jednej lub drugiej strony. W konsekwencji takiego stwierdzenia nie może być mowy o zmianie wynagrodzenia, chyba że wykonawca poniósłby rażącą stratę. Obok nieдомówień często spotyka się zamieszczanie w umowach postanowień sprzecznych, np. strony przyjmują wynagrodzenie ryczałtowe, po czym paragraf niżej znajduje się stwierdzenie o ostatecznym rozliczeniu budowy kosztorysem powykonawczym. Tworzone jest też indywidualne nazewnictwo, np. wynagrodzenie ryczałtowo-ilościowe lub ryczałtowo-rzeczowe. Jeżeli w ślad za tymi sformułowaniami nie znajdują się w treści kolejnych paragrafów umowy odpowiednie wyjaśnienia,

¹⁰ <http://www.npf.rpo.lubelskie.pl/widget/file/get/1389174293454035.pdf>, z dnia 20.07.2014 r.

można się jedynie domyślać, że strony zdecydowały się na rozliczenie kosztorysem powykonawczym, w oparciu o dokonane obmiary faktycznie wykonanych ilości robót oraz w oparciu o ceny jednostkowe robót zawarte w kosztorysie ofertowym, które strony uznają za stałe i niezmiennie (w tym przypadku ryczałtowe).

Jak już wspomniano powyżej, jeżeli strony, kierując się ważnymi dla siebie przesłankami wybierają formę wynagrodzenia ryczałtowego, postanowienie takie powinno wynikać z przepisów umownych. Oczywiście w takich przypadkach nie może być już mowy o podwyższeniu wynagrodzenia, chyba że strony zawrą w umowie odpowiednie klauzule. Mogą to być klauzule różnorakiego rodzaju, np.

- w przypadku długoletniej inwestycji strony powinny przewidzieć proces inflacyjny i możliwość waloryzacji zawartego w umowie wynagrodzenia np. w oparciu o wskaźniki wzrostu produkcji budowlano-montażowej ogłaszane przez GUS. Podobna klauzula może być zamieszczona, jeżeli strony obawiają się, że zakończenie inwestycji ulegnie przesunięciu i wykonawca może ponieść straty z tytułu inflacji;
- w przypadku skomplikowanej inwestycji, przy której przewiduje się odstępstwa od podstawowego projektu. Wówczas strony mogą zastrzec, że w sytuacji zamiany materiału budowlanego lub technologii, zakres robót przy którym to uczyniono, wyłączony zostanie spod wynagrodzenia ryczałtowego i rozliczony zostanie po dokonaniu obmiaru, kosztorysem powykonawczym;
- przewidujące urzędową zmianę podatków lub innych opłat ponoszonych przez wykonawcę¹¹.

Decyzji o wynagrodzeniu kosztorysowym powinno towarzyszyć określenie warunków i sposobu rozliczenia wykonanego świadczenia, np. że rozliczenie wykonanych robót nastąpi etapowo (etapy należałoby również określić), w oparciu o faktycznie wykonane ilości robót, potwierdzone obmiarem i uzgodnione ceny jednostkowe (może być przepis odnoszący się do cen podanych w kosztorysie ofertowym). Zgodnie z art. 353 k.c. dopuszczającym swobodę w formułowaniu stosunków umownych strony mogą dokonać innego uzgodnienia, przewidującego skorygowanie ilości robót, a tym samym ceny przy ostatecznym rozliczeniu robót. Przy takim wynagrodzeniu strony również powinny przewidzieć sytuację, w której uzewnętrznili się zakres robót, jakiego nie było w kosztorysie ofertowym. Oczywiście nie chodzi tutaj o roboty, które zgodnie z ustawą p.z.p. powinny być zlecane w ramach zamówienia dodatkowego, lecz o roboty, które zamawiający omyłkowo pominął przy sporządzaniu przedmiaru przekazywanego w ramach postępowania wykonawcy. Wówczas należałoby określić podstawy cenowe, w oparciu o które te roboty zostaną rozliczone. Trzeba jednak pamiętać, że taka

¹¹ S. Serafin, *Prawo budowlane z komentarzem*, C.H. Beck, Warszawa 2006, s. 89.

sytuacja, jak podana powyżej, może mieć miejsce tylko w przypadku wynagrodzenia kosztorysowego, a nie ryczałtowego.

Bibliografia

- Behnke M., Czajka-Marchlewicz B., Dorska B., *Umowy w procesie budowlanym*, Wydawnictwo Lex, Warszawa 2011.
<http://www.npf.rpo.lubelskie.pl/widget/file/get/1389174293454035.pdf>
Koch K., Napierała J. (red.), *Umowy w obrocie gospodarczym*, Wydawnictwo Lex, Warszawa 2013.
Serafin S., *Prawo budowlane z komentarzem*, C.H. Beck, Warszawa 2006.
Sypniewski D., *Nadzór nad procesem budowlanym*, LexisNexis, Warszawa 2001.

Akty prawne

- Ustawa z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane* (Dz.U. nr 89, poz. 414, z późniejszymi zmianami).
Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz.U. 1964 nr 16 poz. 93, z późniejszymi zmianami).

Streszczenie

Niniejszy artykuł przedstawia prawne kwestie zmiany wynagrodzenia należnego wykonawcy z tytułu realizacji robót budowlanych. Przedstawia dwie formuły funkcjonowania omawianej tematyki, to znaczy dotyczącej wynagrodzenia ryczałtowego oraz kosztorysowego. Celem artykułu jest wskazanie stanowiska teoretycznego opisywanych kwestii, a także warunków, które umożliwiają zmianę wynagrodzenia.

Summary

This article presents the legal issues to change the remuneration due to the contractor from the execution of works. Shows two formulas operation of this subject, namely that concerning lump sum and cost estimation. This article aims to identify the conditions that enable you to change the remuneration and general theoretical position described issue.

Cohousing a ustawa deweloperska – wybrane zagadnienia

Wstęp

Przed wejściem w życie ustawy o ochronie praw nabywcy lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego² działalność deweloperską prowadzono na podstawie różnych przepisów³. Sprzedaż mieszkań przez deweloperów odbywała się na podstawie art. 9 ustawy o własności lokali⁴, a umowa deweloperska była regulowana głównie przez przepisy Kodeksu cywilnego⁵, w szczególności art. 384 k.c. o wzorcach umownych oraz art. 385¹-385³ k.c. o niedozwolonych postanowieniach umownych. Działalność deweloperska spółdzielni mieszkaniowych prowadzono na podstawie ustawy o spółdzielniach mieszkaniowych⁶.

Od kilku lat w Polsce – niezależnie od budownictwa deweloperskiego – rozwija się budownictwo mieszkaniowe w systemie cohousingu, pod nazwą kooperatywy mieszkaniowej⁷, której celem jest wybudowanie mieszkania poniżej kosztów rynkowych. W Trójmieście od 2011 r. działa Kooperatywa Mieszkaniowa Pomorze, którą oparto na modelu skandynawskim. Rodzice młodych ludzi – nie posiadających zdolności kredytowej – jako osoby fizyczne założyli „kooperatywę mieszkaniową”, nabyli tytuł prawny do gruntu oraz projekt budynku ośmiolokalowego, następnie przystąpili do budowy. Projekt budynku i jego otoczenia dostosowano do indywidualnych potrzeb przyszłych właścicieli. Najtrudniejszym etapem było sfinansowanie budowy. Banki posiadają umowy kredytowe dla deweloperów, lecz nie dla kooperatywy mieszkaniowej – grupy osób fizycznych, jako inwestorów. Bank utworzył w tym celu nowy produkt finansowy. Pro-

¹ Uniwersytet Gdański.

² Ustawa z dnia 16 września 2011 r. o ochronie praw nabywcy lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego, Dz.U. RP z 2011 r. nr 232, poz. 1377, zwana dalej u.p.n.l., weszła w życie dniu 29 kwietnia 2012 r.

³ Szerzej na ten temat A. Mamcarz, [w:] *Umowa deweloperska w praktyce*, pod red. A. Szymańczyk, Wydawnictwo WoltersKluwer, Warszawa 2014, s. 19-43.

⁴ Ustawa z dnia 24 czerwca 2004 r. o własności lokali, tekst jednolity – Dz.U. RP z 2000 r., nr 80, poz. 903, z późn. zm., zwana dalej u.w.l.

⁵ Ustawa z dnia 16 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny, tekst jednolity – Dz.U. z 2014 r., poz. 121, zwany dalej k.c.

⁶ Ustawa z dnia 15 grudnia 2000 r. o spółdzielniach mieszkaniowych, tekst jednolity – Dz.U. z 2013 r., poz. 1222, zwana dalej u.s.m.

⁷ W Białymstoku, Gdańsku, Gdyni i we Wrocławiu.

ces inwestycyjny prowadzony przez regionalną firmę budowlaną trwał dziewięć miesięcy, a po jego zakończeniu kooperatywa mieszkaniowa uległa rozwiązaniu i powstała wspólnota mieszkaniowa. Na bazie tych doświadczeń zbudowano następne budynki. Budowa mieszkania w tym systemie okazała się tańsza o ponad 20% niż kupno mieszkania na rynku pierwotnym⁸.

1. Cohousing na świecie

Cohousing powstał w Danii w latach sześćdziesiątych jako inicjatywa rodzin, które były niezadowolone z istniejących mieszkań. Pierwsze osiedle powstało w 1972 r. w Sættedammen⁹. Następnie cohousing przyjął się w Holandii i Szwecji, jako alternatywny rodzaj wspólnot mieszkaniowych. Ich celem było ograniczenie prac w gospodarstwie domowym dla kobiet pracujących oraz zawiązywanie relacji dla osób starszych. Model europejski przeniesiono do Stanów Zjednoczonych¹⁰.

W rozwiniętych gospodarczo państwach – Finlandii¹¹, Francji¹², Holandii¹³, Niemczech¹⁴, Włoszech¹⁵, Szwecji¹⁶, USA¹⁷, powstają oddolne inicjatywy, których celem jest wznoszenie budynków przez przyszłych mieszkańców, najczęściej na terenach podmiejskich¹⁸.

M. Lietaert wyróżnia kilka podstawowych zasad cohousingu. Pierwszą zasadą jest aktywny udział uczestników projektu, którzy zarządzają nim wspólnie od jego początku. Choć korzystają z pomocy prawnika, architekta, mediatora,

⁸ E. Budnik, *Dom można zbudować w kooperatywie*, <http://dom.trojmiasto.pl/Dom-mozna-zbudowac-w-kooperatywie-n82099.html>.

⁹ M. Lietaert, *Cohousing's relevance to degrowth theories*, „Journal of Cleaner Production”, no 18, Knoxville 2010, s. 578.

¹⁰ J. Shin Choi, *Evaluation of Community Planning and Life of Senior Cohousing Projects in Northern European Countries*, „European Planning Studies”, vol. 12, Issue 8, Oxfordshire 2004, s. 1189.

¹¹ M. Torvinen, *Ryhmärakennuttaminen: Asunto-osakeyhtiö Tampereen Annikki*, <http://www.the-seus.fi/handle/10024/42422>.

¹² C. Désaunay, *Le logement collaboratif*, „Futuribles”, Issue 396, Les Ulis 2013, s. 97-99.

¹³ D. Fromm, E. de Jong, *Community and Health, Immigrant Senior Cohousing in Netherlands*, „Communities”, Issue 145, Rutledge 2009, s. 50-53.

¹⁴ K. Kehl, V. Then, *Community and civil society returns multi-generetion cohousing in Germany*, „Journal of Civil Society”, vol. 9, no 1, Philadelphia 2013, s. 41-57.

¹⁵ F. Chiodelli, V. Baglione, *Living Together Privately: for a cautious reading of cohousing*, „Urban Research & Practice”, vol. 7, Issue 1, Oxfordshire 2014, s. 20-34.

¹⁶ J. Shin Choi, *Why Do People Move to Cohousing Communities in Sweden?*, „Architectural Research”, vol. 15, no 2, Cambridge 2013, p. 77.

¹⁷ H. Berggren, *Cohousing as a Civic Society*, „New England Journal of Political Science”, vol. 7, Issue 1, Waterville 2013, s. 2-24.

¹⁸ Ch. Scott-Hanson, K. Scott-Hanson, *The cohousing handbook: building a place for a community*, New Society Publishers, Gabriola 2005, s. 33-51.

to są liderami projektu. To wymaga zaangażowania w spotkania organizacyjne przez kilka lat¹⁹. Uczestnicy wspólnie ustalają: przydział lokali, wyodrębnienie części wspólnych, zagospodarowanie nieruchomości. W drugim przypadku może to być: świetlica, biblioteka, siłownia, bawialnia dla dzieci, sala do przyjmowania gości z aneksem kuchennym, pomieszczenia do pracy, wózkarnia, pralnia, suszarnia, spiżarnia. W trzecim przypadku może to być: napowietrzna siłownia, plac zabaw, altana, miejsca nasadzeń zieleni, ścieżki, ławki, parking²⁰.

Drugą zasadą jest rozwijanie relacji sąsiedzkich od początku projektu²¹. W Stanach Zjednoczonych przeprowadzono badania, które wykazały, że mieszkańcy po przeprowadzce do wspólnoty bardziej angażowali się w życie społeczne na poziomie lokalnym²². W Szwecji mieszkańcy wspólnot rodzinnych bardziej oczekują praktycznych korzyści zamieszkiwania we wspólnocie, jak niższe koszty jej utrzymania, niż pogłębienia relacji międzyosobowych. Z kolei mieszkańcy wspólnot senioralnych oczekują intensywnych interakcji społecznych w miejsce marginalizacji społecznej. Mieszka w nich więcej kobiet, osób samotnych, naukowców²³. W Niemczech obserwuje się podniesienie stopy życiowej mieszkańców wspólnot wielopokoleniowych oraz zadowolenie mieszkańców wspólnot senioralnych z warunków opieki zdrowotnej²⁴. We Francji zamieszkiwanie w wielopokoleniowej wspólnocie przynosi korzyści w postaci zawiązywania więzi społecznych, prowadzenia aktywnego trybu życia, opieki nad dziećmi lub osobami starszymi²⁵. Z przedstawionych przykładów można wyprowadzić wniosek, że motywacje mieszkańców różnych wspólnot są zależne od ich wieku i cech osobistych.

Trzecią zasadą jest korzystanie ze wspólnych pomieszczeń budynku i urządzeń tam położonych. Wieloletni mieszkańcy więcej czasu przebywają w takim „centrum” wspólnoty niż w prywatnych mieszkaniach²⁶.

Czwartą zasadą jest wspólne zarządzanie wspólnotą. Właściciele lokali regularnie spotykają się, aby podejmować decyzje – najczęściej w drodze głosowania. Istnieją przejrzyste mechanizmy, które każdemu z mieszkańców zapewniają rzetelną sposobność do wyrażenia swojej opinii podczas zebrania mieszkańców. Częstym rozwiązaniem jest spotkanie małych grup roboczych prowadzących co-

¹⁹ M. Lietaert, *Cohousing` s...* , s. 577.

²⁰ K. McCamant, Ch. Durrett, *Creating cohousing: building sustainable communities*, New Society Publishers, Gabriola 2011, s. 12-24.

²¹ M. Lietaert, *Cohousing` s...* , s. 577.

²² H. Berggren, *Cohousing...* , s. 4.

²³ J. Shin Choi, *Why...* , s. 77.

²⁴ K. Kehl, V. Then, *Community...* , p. 48.

²⁵ C. Désaunay, *Le logement...* , s. 97.

²⁶ M. Lietaert, *Cohousing` s...* , s. 577.

dzienne zarządzanie wspólnotą²⁷. W Szwecji zarządzanie wspólnotą senioralną jest dostosowywane do indywidualnych potrzeb mieszkańców, stosownie do ich wieku i odmiennego stanu zdrowia²⁸.

Ostatnią zasadą jest ponoszenie kosztów odrębnie przez wszystkich właścicieli. Niekiedy zdarzają się przypadki wynajmu lokali użytkowych na biura, z których dochody przeznaczone są na koszty utrzymania wspólnoty²⁹.

Znane są także inne formy cohousingu. Mieszkańcy Burlington Cohousing East Village w Stanach Zjednoczonych wspólnie sfinansowali i zainstalowali panele solarne na dachach szeregowej zabudowy domów, które mają zaspokajać ich potrzeby energetyczne³⁰.

2. Cohousing w Polsce – model wrocławski

Pracownicy Urzędu Miejskiego we Wrocławiu przygotowali dwa wzory dokumentów: porozumienie o współpracy pomiędzy członkami kooperatywy³¹ oraz umowę spółki cywilnej³².

W pierwszym dokumencie są postanowienia dotyczące m.in. przedmiotu i terminu obowiązywania porozumienia, a także sposobu finansowania, reprezentacji, rozporządzania udziałami, rozliczenia i zakończenia inwestycji³³. Porozumienie o współpracy w kooperatywie co do zasady jest umową przedwstępną zawarcia umowy spółki cywilnej. Należy krytycznie się odnieść do stosowanych terminów „kooperatywa” oraz „członkowie kooperatywy”, jako niezręczności redakcyjnej. W języku angielskim termin *cooperative* oznacza „spółdzielnię”, zatem „kooperatywa” nie jest spółdzielnią, a „członkowie kooperatywy” nie są członkami spółdzielni.

Drugim dokumentem jest umowa spółki cywilnej – inwestorzy są współnikami, a celem spółki jest wzniesienie budynku. Inwestycja będzie polegała na: nabyciu prawa do gruntu; przygotowaniu projektu budynku, kosztorysu i koncepcji zagospodarowania; uzyskaniu pozwolenia na budowę, wzniesieniu budynku według harmonogramu prac; uzyskanie pozwolenia na użytkowanie, wyodręb-

²⁷ Ibidem, s. 577-578.

²⁸ J. Shin Choi, *Why...*, s. 77.

²⁹ M. Lietaert, *Cohousing's...*, s. 578.

³⁰ D. Schramm, *Burlington Cohousing's Excellent Solar Adventures*, „Communities”, Issue 161, Rutledge 2013, s. 30-34.

³¹ *Wzór porozumienia o współpracy pomiędzy członkami kooperatywy*, <http://www.wroclaw.pl/files/Kooperatywy/wzor%20porozumienia%20o%20wspolpracy%20pomiedzy%20czlonkami%20kooperatywy.pdf>.

³² *Wzór umowy spółki cywilnej (kooperatywy)*, <http://www.wroclaw.pl/files/Kooperatywy/wzor%20umowy%20spolki%20cywilnej%20o%28kooperatywy%29.pdf>.

³³ *Wzór porozumienia...*, s. 1-9.

nienie własności lokali wraz prawami pochodnymi³⁴. Integralną częścią umowy są: koncepcja architektoniczna inwestycji, kosztorys inwestorski, harmonogram prac budowlanych, harmogram płatności³⁵.

Wspólnicy będą podejmowali uchwały w sprawach inwestycji. W umowie spółki ma być określona wysokość zaciąganych zobowiązań i rozporządzania majątkiem w sprawach zwykłego zarządu. W pozostałych sprawach będzie wymagana jednomyślna uchwała wspólników spółki. Wspólnicy poprzez uchwałę wybiorą pełnomocnika, którego zadaniem będzie prowadzenie inwestycji za wynagrodzeniem. W szczególności będzie to: realizacja uchwał spółki, reprezentowania spółki wobec wszelkich podmiotów, zarządzanie kontem bankowym, planowania i kontroli finansowej, nadzoru właścicielskiego nad pracami budowlanymi, rozliczenia inwestycji. W sprawach przekraczających zwykły zarząd pełnomocnik musi uzyskać zgodę wszystkich wspólników. Nadzór właścielski wykonywany przez pełnomocnika będzie obejmował: odebranie pozwolenia na budowę, kontrolę prac budowlanych, odbiór pozwolenia na użytkowanie, informowanie wspólników o postępach i kosztach budowy³⁶.

Wspólnicy po uzyskaniu pozwolenia na użytkowanie złożą wnioski o wydanie zaświadczeń o samodzielności lokali, dokonają końcowego rozliczenia finansowego i podpiszą umowy o ustanowieniu odrębnej własności lokali mieszkalnych. Spółka zostanie rozwiązana po uprawomocnieniu się postanowienia sądu o ustanowieniu odrębnej własności lokali. Po rozwiązaniu spółki cywilnej współwłasność łączna wzniesionej inwestycji stanie się współwłasnością w częściach ułamkowych³⁷, powstanie wspólnota mieszkaniowa.

Przedstawiony wzór umowy spółki cywilnej jest regionalną formą cohousingu, zróżnicowaną od modeli stosowanych w innych krajach europejskich. W modelu proponowanym we Wrocławiu obecne są elementy współdziałania przy zagospodarowaniu terenu, wspólnej realizacji projektu, zawiązywania relacji sąsiedzkich, natomiast nie występuje element tworzenia wspólnego zaplecza gospodarczego wspólnoty mieszkaniowej.

W tym miejscu powstają pytania o ochronę praw właścicieli wyodrębnionych lokali po rozwiązaniu spółki. Czy w powyżej opisanym przypadku można stosować przepisy u.p.n.l.? W celu odpowiedzi na postawione pytania należy ustalić, czy w świetle przepisów wskazanej ustawy: wspólnicy spółki cywilnej, względnie jej pełnomocnik może być uznany za dewelopera? Czy wspólnicy spółki cywilnej przy wyodrębnieniu własności lokali i dokonaniu płatności mogą być uznani za nabywców? Czy inwestycja wspólników spółki cywilnej może być

³⁴ *Wzór umowy...*, s. 1-3.

³⁵ *Ibidem*, s. 11-12.

³⁶ *Ibidem*, s. 6-7.

³⁷ *Ibidem*, s. 10-11.

uznana za przedsięwzięcie deweloperskie? Czy umowa spółki może być uznana za umowę deweloperską?

3. Pojęcie dewelopera

Termin *develop* pochodzi z języka angielskiego, oznacza „rozwijać”, „zagospodarowywać”. Według art. 3 ust. 1 deweloperem jest przedsiębiorca w rozumieniu przepisów k.c., który w ramach prowadzonej działalności gospodarczej na podstawie umowy deweloperskiej zobowiązuje się do ustanowienia prawa określonego w art. 1 u.p.n.l. i przeniesienia go na nabywcę.

H. Ciepla wskazuje, że pojęcie dewelopera opiera się na dwóch kryteriach: podmiotowym i funkcjonalnym³⁸. W odniesieniu do kryterium podmiotowego, a także pytania o możliwości zastosowania przepisów u.p.n.l. do przedstawianego modelu cohousingu należy rozważyć, kto może być deweloperem: spółka cywilna, wspólnicy spółki cywilnej czy też ich pełnomocnik?

Według art. 43¹ k.c. przedsiębiorcą jest osoba fizyczna, osoba prawna i jednostka organizacyjna niebędąca osobą prawną, której ustawa przyznaje zdolność prawną i do której stosuje się odpowiednio przepisy o osobach prawnych (art. 33¹ § k.c.). Działalnością gospodarczą według art. 2 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej³⁹ będzie zarobkowa działalność wytwórcza, budowlana, handlowa, usługowa oraz poszukiwanie, rozpoznawanie i wydobywanie kopalin ze złóż, a także działalność zawodowa, wykonywana w sposób ciągły i zorganizowany. A. Burzak, M. Okoń, P. Pałka wskazują, że w takiej sytuacji przedsiębiorcą może być m.in.: przedsiębiorstwo państwowe, oddział przedsiębiorcy zagranicznego działającego w Polsce, towarzystwo ubezpieczeń wzajemnych, główny oddział zagranicznego zakładu ubezpieczeń, spółki prawa handlowego, spółdzielnia, spółdzielnia europejska, europejskie zgrupowanie interesów gospodarczych, osoba fizyczna, inne osoby prawne i jednostki organizacyjne⁴⁰. B. Gliniecki uważa, że przedsiębiorcą w znaczeniu przedstawionym w 43¹ k.c. mogą być również osoby prowadzące działalność rolniczą i pokrewną, ponieważ wyłączenie w art. 3 u.s.d.g. obowiązuje tylko na jej gruncie⁴¹. Jak wskazuje R. Strzelczyk deweloperem może być praktycznie każdy podmiot, bez względu na formę organizacyjną,

³⁸ H. Ciepla, [w:] H. Ciepla, B. Szczytowska, *Ustawa o ochronie praw nabywcy lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego. Komentarz. Wzory umów deweloperskich i pism*, Wydawnictwo LexisNexis, Warszawa 2012, s. 50.

³⁹ Ustawa z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej, tekst jednolity – Dz.U. RP z 2010 r., nr 220, poz. 1447 z późn. zm., zwana dalej u.s.d.g.

⁴⁰ A. Burzak, M. Okoń, P. Pałka, *Ochrona praw nabywcy lokalu mieszkalnego lub domu rodzinnego. Komentarz*, Wydawnictwo Lex WoltersKluwer, Warszawa 2012, s. 61-62.

⁴¹ B. Gliniecki, *Ustawa deweloperska. Komentarz do ustawy o ochronie praw nabywcy lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego*, Wydawnictwo LexisNexis, Warszawa 2012, s. 39.

o ile z przepisów szczególnych nie wynika ograniczenie wykonywania działalności deweloperskiej⁴². Takie ograniczenie występuje w odniesieniu do spółdzielni mieszkaniowej. R. Strzelczyk podkreśla, że spółdzielnia mieszkaniowa może być uznana za dewelopera, gdy jej działalność polega na wznoszeniu budynków i sprzedaży lokali mieszkalnych, na rzecz nabywców niebędących jej członkami⁴³.

Odnosnie kryterium funkcjonalnego, należy zauważyć, że przedsiębiorca jako deweloper według art. 3 ust. 1 u.p.n.l. w ramach prowadzonej działalności gospodarczej, na podstawie umowy deweloperskiej zobowiązuje się do ustanowienia prawa określonego w art. 1 u.p.n.l. i przeniesienia tego prawa na nabywcę. W takiej sytuacji nie każdy przedsiębiorca może być deweloperem. Pojawia się kolejne pytanie: o warunki prowadzenia działalności gospodarczej, jako deweloper.

T. Czech uważa, że deweloper powinien prowadzić działalność gospodarczą w sposób zorganizowany, lecz nie jest konieczne zorganizowanie przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 55 k.c., czy też dokonanie wpisu do ewidencji działalności gospodarczej lub innych rejestrów. Może to być prowadzenie działalności w dłuższej perspektywie czasu, przy wykorzystaniu wielu instrumentów gospodarczych⁴⁴. A. Burzak, M. Okoń, P. Pałka wyrażają pogląd, że względy faktyczne a nie formalne zdecydują o tym, czy określona działalność gospodarcza będzie zaliczona do działalności deweloperskiej. Może to być działalność podstawowa, jak i uboczna⁴⁵. B. Gliniecki uważa, że nawet deweloper może jednorazowo prowadzić przedsięwzięcie deweloperskie, bez zamiaru wykonywania kolejnych⁴⁶. Według T. Czecha działalność dewelopera powinna mieć charakter zarobkowy,

⁴² R. Strzelczyk uważa, że takie ograniczenie dotyczy np. spółki partnerskiej, której celem jest wykonywanie przez wspólników wolnego zawodu. R. Strzelczyk, *Ustawa o ochronie praw nabywcy lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego (ustawa deweloperska). Komentarz*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2013, s. 49-50. Nie jest to pogląd całkowicie słuszny. Otóż w obrocie gospodarczym występują spółki partnerskie, w których wspólnikami są architekci, a w zakresie działalności występuje zarówno projektowanie budynków, jak i ich budowa i sprzedaż mieszkań.

⁴³ Jak słusznie wskazuje R. Strzelczyk działalność spółdzielni mieszkaniowej określona w art. 1 ust. 2 pkt 2 u.s.m. polegająca na wznoszeniu budynków w celu ustanowienia odrębnej własności na rzecz członka spółdzielni, czy też w art. 1 ust. 2 pkt 3 u.s.m. zmierzająca do wzniesienia domów jednorodzinnych i przeniesienia praw do niego na rzecz członka spółdzielni – podlegają przepisom u.s.m. R. Strzelczyk, *Umowa deweloperska w systemie prawa prywatnego*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2013, s. 135-136. Podobnie A. Mamcarz, *Umowa...*, s. 54; T. Czech, *Ustawa deweloperska. Komentarz*, Wyd. LexisNexis, Warszawa 2013, s. 33; B. Gliniecki, *Ustawa...*, s. 41.

⁴⁴ T. Czech, *Ustawa...*, s. 34.

⁴⁵ A. Burzak, M. Okoń, P. Pałka uważają, że działalność deweloperska nie musi być ujęta w statucie, czy innym dokumencie organizacyjnym i zarejestrowana przez dany podmiot. A. Burzak, M. Okoń, P. Pałka, *Ochrona...*, s. 62-63. Trudno zgodzić się z takim poglądem w odniesieniu do spółdzielni mieszkaniowych, ponieważ działalność deweloperska powinna być wpisana do jej statutu.

⁴⁶ B. Gliniecki, *Ustawa...*, s. 39. Podobnie R. Strzelczyk, *Ustawa...*, s. 50.

w znaczeniu odpłatna, lecz deweloper nie musi osiągać zysku⁴⁷. Jak słusznie wskazuje B. Gliniecki, że dewelopera obowiązuje podwyższony miernik staranności wynikający z profesjonalnego charakteru jego działalności (art. 355 § 2 k.c.)⁴⁸.

Czy istnieją zatem przepisy, które wyłączają lub ograniczają prowadzenie działalności deweloperskiej w formie spółki cywilnej? W nauce prawa wyrażono na ten temat odmienne poglądy. T. Czech wyraził pogląd, że deweloperem mogą być uznani łącznie wszyscy wspólnicy spółki cywilnej, gdy prowadzą wspólnie działalność deweloperską, a tylko jeden ze wspólników podpisał umowę deweloperską. Spółka taka może być zawiązana dla prowadzenia jednego lub kilku przedsięwzięć deweloperskich. Wspólnicy odpowiadają solidarnie za zobowiązania wynikające z tej umowy (art. 864 k.c.)⁴⁹. B. Pawlak zwraca uwagę, że o tym czy można uznać za dewelopera wspólników ułomnej osoby prawnej – gdy nabywcami lokali będą jej wspólnicy – można rozstrzygnąć po zbadaniu, czy dany stan faktyczny wypełnia przesłanki określone w art. 2 u.s.d.g.⁵⁰. Autor artykułu przychylił się do poglądu B. Pawlaka, ponieważ należy określony stosunek prawny, np. spółki cywilnej oceniać uwzględniając całość jego treści. Może się okazać, że będą występowały elementy treści stosunku prawnego spółki cywilnej, które będą wykluczały możliwość zastosowania przepisów u.p.n.l. Biorąc pod uwagę bezpieczeństwo obrotu prawnego, wspólnicy spółki cywilnej realizującej inwestycję powinni ustanowić spoza swojego grona pełnomocnika, który za wynagrodzeniem będzie ją prowadził. Pozwoli to uniknąć sytuacji, kiedy po rozwiązaniu spółki treść dokonanych czynności prawnych wykluczałaby ochronę właściciela wyodrębnionego lokalu na podstawie przepisów u.p.n.l.

4. Pojęcie nabywcy

Według art. 3 pkt 4 nabywca to osoba fizyczna, która na podstawie umowy deweloperskiej uprawniona jest do przeniesienia na nią prawa, o którym mowa w art. 1 u.p.n.l. oraz zobowiązuje się do spełnienia świadczenia pieniężnego na rzecz dewelopera na poczet ceny nabycia tego prawa. Powstaje pytanie: czy nabywca w rozumieniu przepisów u.p.n.l. jest konsumentem? Według art. 22¹ k.c. za konsumenta uważa się osobę fizyczną dokonującą czynności prawnej niezwiązanej bezpośrednio z działalnością gospodarczą lub zawodową. A. Burzak,

⁴⁷ T. Czech, *Ustawa...*, s. 34. Podobnie B. Gliniecki, *Ustawa...*, s. 41 oraz R. Strzelczyk, *Umowa...*, s. 138.

⁴⁸ B. Gliniecki, *Ustawa...*, s. 39.

⁴⁹ T. Czech, *Ustawa...*, s. 33.

⁵⁰ B. Pawlak, *Uwagi o zakresie obowiązywania ustawy z 16.9.2011 r. o ochronie praw nabywców lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego*, „Monitor Prawniczy”, nr 24, Warszawa 2012, s. 1314.

M. Okoń, P. Pałka uważają, że pojęcie nabywcy według przepisów u.p.n.l. można interpretować szeroko, ponieważ nie pokrywa się ono z pojęciem konsumenta zdefiniowanym w art. 22¹ k.c. Zatem będzie to osoba fizyczna prowadząca we własnym imieniu działalność gospodarczą lub zawodową lub jej nie prowadząca⁵¹. Powstaje pytanie: czy w przypadku pojęcia nabywcy w rozumieniu u.p.n.l. istnieją przepisy szczególne, które mogą ograniczyć lub wyłączyć możliwość nabycia prawa określonego w art. 1 u.p.n.l. na podstawie umowy deweloperskiej?

T. Czech twierdzi, że nabywca może być obywatelem polskim, obcokrajowcem, mieć miejsce zamieszkania w Polsce lub za granicą. Jeżeli stroną umowy deweloperskiej będzie cudzoziemiec, a umowa będzie podlegała prawu polskiemu, będzie on korzystał z ochrony przepisów u.p.n.l.⁵², lecz niezbędne będzie uzyskanie zgody na nabycie nieruchomości na podstawie ustawy o nabywaniu nieruchomości przez cudzoziemców⁵³. Jak słusznie wskazuje H. Ciepla z pojęcia nabywcy są wyłączone osoby prawne, ponieważ zakres podmiotowy art. 3 ust. 4 u.p.n.l. wyłącza osobę prawną spod działania tej ustawy⁵⁴.

B. Pawlak postawił pytanie, czy wyłączenie z pojęcia nabywcy w rozumieniu art. 3 ust. 4 u.p.n.l. osób prawnych nie jest naruszeniem zasady sprawiedliwości społecznej (art. 2 Konstytucji RP⁵⁵), wolności działalności gospodarczej (art. 22 Konstytucji RP), zasady równości wobec prawa (art. 32 Konstytucji RP)⁵⁶.

Z. Truszkiewicz wskazał, że choć wszyscy są równi wobec prawa (art. 32 Konstytucji RP) nie oznacza to, że bez względu na indywidualny stan faktyczny, będą tak samo traktowani przez prawo. W wielu przypadkach należy wybierać i wartościować zakres ochrony jednego prawa czy wolności chronionego konstytucyjnie względem drugiego. Niemniej Konstytucja RP zawiera wskazówki użyteczne przy ustalaniu ważności chronionych wartości w kontekście określonej sytuacji. Biorąc także pod uwagę okoliczność, że relacje społeczne są złożone, zakres ochrony prawnej ze strony państwa w stosunku do praw i wolności kon-

⁵¹ A. Burzak, M. Okoń, P. Pałka, *Ochrona...*, s. 71-72.

⁵² T. Czech, *Ustawa...*, s. 41.

⁵³ Ustawa z dnia 24 marca 1920 r. o nabywaniu nieruchomości przez cudzoziemców, tekst jednolity – Dz.U. RP z 2004 r., nr 167, poz. 1758 z późn. zm.

⁵⁴ Jak słusznie wskazuje H. Ciepla gmina, która nabywa od dewelopera lokale w celu wynajmu dla swoich mieszkańców nie będzie mogła być uznana za nabywcę. Będzie nim natomiast osoba fizyczna, prowadząca działalność gospodarczą, która nabywa lokale w celu ich wynajęcia. H. Ciepla, *Ustawa...*, s. 55. A. Goldiszewicz wskazuje, że nabywcą nie będzie także fundacja. A. Goldiszewicz, *Treść i charakter prawny umowy deweloperskiej*, Wydawnictwo Lex WoltersKluwer, Warszawa 2013, s. 54.

⁵⁵ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., Dz.U. RP 1997 r., nr 78, poz. 483 z późn. zm., zwana dalej Konstytucją RP.

⁵⁶ B. Pawlak, *Uwagi...*, s. 1313.

stytucyjnych może być odmienny⁵⁷. Autor artykułu wyraża pogląd, że aktualną treść art. 3 ust. 4 u.p.n.l., która różnicuje sytuację prawną osób fizycznych i osób prawnych w odniesieniu do pojęcia nabywcy w rozumieniu przepisów u.p.n.l. trudno usprawiedliwić zasadą racjonalnego prawodawcy, który jako regulator stosunków społecznych poprzez swą działalność prawodawczą potrafi rozstrzygać kolizję powstające w praktyce stosowania prawa. Przedstawiany stan prawny jest raczej przykładem braku takiej świadomości. Ponieważ przedstawiony problem zgodności art. 3 ust. 4 u.p.n.l. z Konstytucją RP nie może być rozstrzygnięty przez naukę prawa albo orzecznictwo sądowe, stanowisko w tym względzie powinien zająć Trybunał Konstytucyjny.

W takim razie jak odpowiedzieć na pytanie, czy wspólnicy spółki cywilnej mogą być uznani za nabywcę w rozumieniu art. 3 ust. 4 u.p.n.l.? B. Gliniecki wyraził pogląd, że przepisy u.p.n.l. nie wykluczają występowania po stronie nabywcy wielu podmiotów nabywających części ułamkowe nieruchomości lub do majątku wspólnego, np. małżonków⁵⁸. Taki pogląd wyraził także T. Czech zwracając uwagę, że nabywcą nieruchomości w rozumieniu przepisów u.p.n.l. w częściach ułamkowych mogą być wspólnicy spółki cywilnej⁵⁹. Ten pogląd należy uzupełnić zawężając krąg podmiotowy wspólników spółki cywilnej. Jak słusznie zauważa A. Ganicz, nabywcą w rozumieniu przepisów u.p.n.l. będą także wspólnicy spółki cywilnej, będący wyłącznie osobami fizycznymi, jeśli nawet mają zamiar prowadzić w lokalu działalność gospodarczą. Otóż w obrocie cywilnoprawnym występuje nie sama spółka, ale jej wspólnicy⁶⁰. Podobny pogląd, co do ograniczenia podmiotowego wspólnika spółki cywilnej wyrazili A. Burzak, M. Okoń, P. Pałka⁶¹. Autor artykułu wyraża stanowisko, że powyższe poglądy należy uzupełnić o rozważenie dalszych okoliczności. W pierwszej kolejności o możliwości uznania wspólników spółki cywilnej jako nabywców w rozumieniu przepisów u.p.n.l. będzie decydował całokształt stosunku prawnego spółki cywilnej – niezbędne będzie spełnienie przesłanki podmiotowej z definicji nabywcy określonej w art. 3 ust. 4 u.p.n.l. W drugiej kolejności wspólnik spółki cywilnej musiałby się stać stroną umowy deweloperskiej spełniającej wszystkie wymogi przepisów u.p.n.l. Zatem taka umowa musi istnieć i być ważnie zawarta. Dalej

⁵⁷ Z. Truszkiewicz, *Zgodność z Konstytucją RP – ochrony pracy nabywcy lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego*, [w:] *Państwo prawa i prawo karne. Księga Jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla*, pod red. T. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel, tom I, Wydawnictwo Lex WoltersKluwer, Warszawa 2012, s. 953-954.

⁵⁸ B. Gliniecki, *Ustawa...*, s. 46. Autor w odniesieniu do osób nabywających części ułamkowe nieruchomości nie wskazuje wprost na wspólników spółki cywilnej.

⁵⁹ T. Czech, *Ustawa...*, s. 41.

⁶⁰ A. Ganicz, [w:] *Ustawa deweloperska. Komentarz praktyczny*, red. I. Kredzińska, Wyd. Komentarzy Praktycznych, Wrocław 2013, s. 62.

⁶¹ A. Burzak, M. Okoń, P. Pałka, *Ochrona...*, s. 71-72.

wspólnik spółki cywilnej musi być uprawniony do przeniesienia na niego prawa określonego w art. 1 u.p.n.l. I w końcu, wspólnik spółki cywilnej musi w umowie deweloperskiej zobowiązać się do spełnienia świadczenia pieniężnego na rzecz dewelopera na poczet ceny nabycia prawa określonego w art. 1 u.p.n.l., co ważne według wymogów określonych w przepisach u.p.n.l.

5. Umowa deweloperska

Szczegółowa analiza pojęcia umowy deweloperskiej oraz przedsięwzięcia deweloperskiego przekracza ramy niniejszego opracowania. Będą one przedmiotem odrębnych analiz i opracowań autora. W tym miejscu zostaną zarysowane ramy tych pojęć, w celu sprawdzenia, czy przedstawiany wzór umowy spółki cywilnej i opisane w niej przedsięwzięcie inwestycyjne spełniają wymogi ustawowe dla umowy deweloperskiej oraz przedsięwzięcia deweloperskiego w rozumieniu przepisów u.p.n.l.

Według art. 3 ust. 5 u.p.n.l. umowa deweloperska to umowa, na podstawie której deweloper zobowiązuje się do ustanowienia lub przeniesienia na nabywcę prawa określonego w art. 1 u.p.n.l., po zakończeniu przedsięwzięcia deweloperskiego, a nabywca zobowiązuje się do spełnienia świadczenia pieniężnego na rzecz dewelopera na poczet ceny nabycia tego prawa. Według art. 22 ust. 1 u.p.n.l. umowa deweloperska powinna zawierać postanowienia dotyczące: określenie stron, miejsca i daty podpisania umowy deweloperskiej; informację o nieruchomości – powierzchnię działki, stan prawny, oznaczenie podmiotu posiadającego tytuł prawny do nieruchomości, informację o hipotece i służebnościach, położenie i istotne cechy domu jednorodzinnego, określenie usytuowania lokalu w budynku, powierzchnię, układ pomieszczeń i standard prac wykończeniowych; informacje dotyczące rachunku powierniczego, gwarancji bankowej i ubezpieczeniowej; informacje dotyczące przedsięwzięcia deweloperskiego o prospekcie informacyjnym, pozwoleniu na budowę, terminie rozpoczęcia i zakończenia prac budowlanych, sposobie pomiaru powierzchni, odbiorze lokalu lub domu jednorodzinnego; informacje o odstąpieniu od umowy; postanowienia dotyczące wysokości odsetek i kar umownych; określenie ceny, terminu i sposób rozliczenia nabycia prawa określonego w art. 1 u.p.n.l.; zobowiązania dewelopera ustanowienia i przeniesienia prawa określonego w art. 1 u.p.n.l.; informację dotyczącą zgody banku na bezobciążeniowe wyodrębnienie lokalu mieszkalnego, przeniesienie jego własności po wpłacie przez nabywcę pełnej ceny zakupu, jeżeli takie obciążenie istnieje.

Bardzo ważny instrument ochrony praw nabywców jest zawarty w art. 28 u.p.n.l. Otóż postanowienia umowy deweloperskiej mniej korzystne dla nabywców aniżeli przepisy ustawy są nieważne, a w ich miejsce stosuje się odpowiednie przepisy u.p.n.l. A. Mamcarz słusznie zwraca uwagę, że do umowy dewelo-

perskiej zawieranej z osobą fizyczną prowadzącą działalność gospodarczą nie będą miały zastosowania przepisy o niedozwolonych postanowieniach umownych (art. 385¹ i nast. k.c.)⁶². Bardzo ciekawą propozycję przedstawiła A. Goldiszewicz wprowadzenia dwóch modeli umowy deweloperskiej, o zróżnicowanym charakterze ochrony w zależności od nabywcy. Otóż, osoby fizyczne nieprowadzące działalności gospodarczej, jako konsumenci mieliby szerszy zakres ochrony, natomiast inne podmioty miałyby węższy charakter ochrony⁶³.

Przedstawiony wzór umowy spółki cywilnej nie może być uznany za umowę deweloperską, ponieważ został przygotowany jako wzór dokumentu prywatnego, niezależnie od wymogów określonych dla umowy deweloperskiej w przepisach u.p.n.l. Przede wszystkim w treści umowy spółki nie określono stron umowy deweloperskiej – dewelopera i nabywcy. Nie było to zresztą intencją autorów wzoru umowy spółki cywilnej. Nie ma także określonych wzajemnych zobowiązań stron umowy deweloperskiej. Wzniesiony budynek wraz gruntem do czasu zakończenia budowy ma być współwłasnością łączną. Natomiast po podjęciu uchwały o rozwiązaniu umowy spółki ma nastąpić wyodrębnienie własności lokali, a budynek stanie się współwłasnością w częściach ułamkowych. Ponadto wzór umowy spółki cywilnej nie zawiera większości elementów umowy deweloperskiej określonych w przepisach u.p.n.l.

6. Przedsięwzięcie deweloperskie

Według art. 3 ust. 6 u.p.n.l. przedsięwzięcie deweloperskie jest to realizacja procesu, w wyniku którego deweloper ustanawia lub przenosi na nabywcę prawo określone w art. 1 u.p.n.l. Ponadto przedsięwzięcie deweloperskie obejmuje czynności faktyczne i prawne niezbędne do rozpoczęcia budowy oraz oddania obiektu budowlanego do użytkowania. Będą one obejmowały m.in. nabycie tytułu prawnego do nieruchomości, opracowanie lub nabycie praw do projektu budynku i zagospodarowania terenu, nabycie materiałów budowlanych, uzyskanie pozwoleń administracyjnych określonych w odrębnych przepisach.

B. Szczytowska słusznie wskazuje, że przedsięwzięcie deweloperskie może oznaczać wybudowanie nowego budynku, a także odbudowę, rozbudowę i nadbudowę obiektu budowlanego, w wyniku których dojdzie do ustanowienia lub przeniesienia prawa określonego w art. 1 ustawy. Deweloper ma obowiązek zapewnienia dla każdego przedsięwzięcia deweloperskiego i nabywcy zamkniętego lub otwartego mieszkaniowego rachunku powierniczego z ewentualną gwarancją ubezpieczeniową lub bankową (art. 4 u.p.n.l.)⁶⁴. Przedsięwzięcie inwestycyjne

⁶² A. Mamcarz, *Umowa...*, s. 57.

⁶³ A. Goldiszewicz, *Treść...*, s. 54.

⁶⁴ B. Szczytowska, *Ustawa...*, s. 58-61.

określone we wzorze spółki cywilnej nie można uznać za przedsięwzięcie deweloperskie, chociażby z tego powodu, iż nie przewidziano przygotowania prospektu informacyjnego o lokalach mieszkalnych we wznoszonym budynku.

Zakończenie

Przedstawiciele nauki prawa wyrazili akceptujące poglądy, że wspólnicy spółki cywilnej mogą być uznani za dewelopera lub nabywcę w rozumieniu przepisów u.p.n.l. Niewątpliwie poglądy te zostały wyrażone do odmiennych stanów faktycznych – niż przedstawiany stosunek spółki cywilnej – które zakładały występowanie wspólników spółki cywilnej tylko po jednej ze stron umowy deweloperskiej. Przedsięwzięcie inwestycyjne wspólników spółki cywilnej nie można uznać za przedsięwzięcie deweloperskie. Także przedstawiony wzór umowy spółki cywilnej, której celem jest wzniesienie budynku, nie może być uznany za umowę deweloperską. Przedstawiony we wzorze umowy stosunek prawny spółki cywilnej będzie regulowany przez przepisy k.c. oraz u.w.l. Zatem właściciel wyodrębnionego lokalu, po rozwiązaniu spółki cywilnej nie będzie chroniony przez przepisy u.p.n.l. Cohousing jako forma działalności inwestycyjnej prowadzona przez spółkę cywilną jest cenną inicjatywą społeczną, której zaletą jest budowa lokali mieszkalnych poniżej kosztów rynkowych. Jest to forma budownictwa mieszkaniowego prowadzona odrębnie od budownictwa deweloperskiego.

Bibliografia

- Berggren H., *Cohousing as a Civic Society*, „New England Journal of Political Science”, Vol. 7, Issue 1, Waterville 2013, s. 2-24.
- Budnik E., *Dom można zbudować w kooperatywie*, <http://dom.trojmiasto.pl/Dom-mozna-zbudowac-w-kooperatywie-n82099.html>.
- Burzak A., Okoń M., Pałka P., *Ochrona praw nabywcy lokalu mieszkalnego lub domu rodzinnego. Komentarz*, Wyd. Lex WoltersKluwer, Warszawa 2012.
- Ciepla H., Szczytowska B., *Ustawa o ochronie praw nabywcy lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego. Komentarz. Wzory umów deweloperskich i pism*, Wyd. LexisNexis, Warszawa 2012.
- Chiodelli F., Baglione V., *Living Together Privately: for a cautious reading of cohousing*, „Urban Research & Practice”, vol. 7, Issue 1, Oxfordshire 2014, s. 20-34.
- Czech T., *Ustawa deweloperska. Komentarz*, Wyd. LexisNexis, Warszawa 2013.
- Désaunay C., *Le logement collaboratif*, „Futuribles”, Issue 396, Les Ulis 2013, s. 97-99.

- Fromm D., de Jong E., *Community and Health, Immigrant Senior Cohousing in Netherlands*, „Communities”, Issue 145, Rutledge 2009, s. 50-53.
- Ganicz A., [w:] *Ustawa deweloperska. Komentarz praktyczny*, red. I. Kredzińska, Wyd. Komentarzy Praktycznych, Wrocław 2013.
- Gliniecki B., *Ustawa deweloperska. Komentarz do ustawy o ochronie praw nabywcy lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego*, Wyd. LexisNexis, Warszawa 2012.
- Goldiszewicz A., *Treść i charakter prawny umowy deweloperskiej*, Wyd. Lex WoltersKluwer, Warszawa 2013.
- Kehl K., Then V., *Community and civil society returns multi-generetion cohousing in Germany*, „Journal of Civil Society”, vol. 9, no 1, Philadelphia 2013, s. 41-57.
- Lietaert M., *Cohousing`s relevance to degroth theories*, „Journal of Cleaner Production”, no 18, Knoxville 2010, s. 578.
- Mamcarz A., [w:] *Umowa deweloperska w praktyce*, pod red. A. Szymańczyk, Wyd. WoltersKluwer, Warszawa 2014.
- McCamant K., Durrett Ch., *Creating cohousing: building sustainable communities*, New Society Publishers, Gabriola 2011.
- Pawlak B., *Uwagi o zakresie obowiązywania ustawy z 16.9.2011 r. o ochronie praw nabywcy lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego*, „Monitor Prawniczy”, Nr 24, Warszawa 2012, s. 1314.
- Schramm D., *Burligton Cohousing`s Excellent Solar Advetures*, „Communities”, Issue 161, Rutledge 2013, s. 30-34.
- Scott-Hanson Ch., Scott-Hanson K., *The cohousing handbook: building a place for a community*, New Society Publishers, Gabriola 2005.
- Shin Choi J., *Evaluation of Community Planning and Life of Senior Cohousing Projects in Northern European Countries*, „European Planning Studies”, Vol. 12, Issue 8, Oxfordshire 2004, s.1189.
- Strzelczyk R., *Umowa deweloperska w systemie prawa prywatnego*, Wyd. C.H. Beck, Warszawa 2013.
- Strzelczyk R., *Ustawa o ochronie praw nabywcy lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego (ustawa deweloperska). Komentarz*, Wyd. C.H. Beck, Warszawa 2013.
- Shin Choi J., *Why Do People Move to Cohousing Communities in Sweden?*, „Architectural Research”, vol. 15, no 2, Cambridge 2013, p. 77.
- Torvinen M., *Ryhmärakennuttaminen: Asunto-osakeyhtiö Tampereen Annikki*, <http://www.theseus.fi/handle/10024/42422>.
- Truskiewicz Z., *Zgodność z Konstytucją RP – ochrony pracy nabywcy lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego*, [w:] *Państwo prawa i prawo karne. Księga Jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla*, pod red. T. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel, tom I, Wyd. Lex WoltersKluwer, Warszawa 2012.

Wzór porozumienia o współpracy pomiędzy członkami kooperatywy, <http://www.wroclaw.pl/files/Kooperatywy/wzor%20porozumienia%20o%20wspolpracy%20pomiedzy%20czlonkami%20kooperatywy.pdf>.

Wzór umowy spółki cywilnej (kooperatywy), <http://www.wroclaw.pl/files/Kooperatywy/wzor%20umowy%20spolki%20cywilnej%20%28kooperatywy%29.pdf>.

Akty prawne

Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., Dz.U. RP 1997 r., nr 78, poz. 483 z późn. zm.

Ustawa z dnia 16 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny, tekst jednolity – Dz.U. z 2014 r., poz. 121.

Ustawa z dnia 24 marca 1920 r. o nabywaniu nieruchomości przez cudzoziemców, tekst jednolity – Dz.U. RP z 2004 r., nr 167, poz. 1758 z późn. zm.

Ustawa z dnia 16 września 2011 r. o ochronie praw nabywcy lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego, Dz.U. RP z 2011 r., nr 232, poz. 1377.

Ustawa z dnia 15 grudnia 2000 r. o spółdzielniach mieszkaniowych, tekst jednolity – Dz.U. z 2013 r., poz. 1222.

Ustawa z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej, tekst jednolity – Dz.U. RP z 2010 r., nr 220, poz. 1447 z późn. zm.

Ustawa z dnia 24 czerwca 2004 r. o własności lokali, tekst jednolity – Dz.U. RP z 2000 r., nr 80, poz. 903, z późn. zm.

Streszczenie

Artykuł jest analizą cohousingu, jako formy działalności budowlanej, prowadzonej przez wspólników spółki cywilnej. Na podstawie przeprowadzonych rozważań przedstawiono wniosek, iż do tego stosunku prawnego nie będą miały zastosowania przepisy ustawy o ochronie praw nabywcy lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego.

Summary

The paper is an analysis of the cohousing, as a building business, led by partners of civil law company. On the basis of the carried out considerations was presented the conclusion, that this legal relationship shall not be applied by the provisions of the Act on protection of rights of a purchaser of a dwelling or a single-family house.

Umowy o kredyt gospodarczy i wybrane sposoby ich zabezpieczenia

Wstęp

Jedną z form finansowania działalności przedsiębiorców, obok środków własnych i funduszy unijnych jest kredyt na cele gospodarcze, zwany często „kredytem dla firm”. Tego rodzaju oferta kierowana do osób prowadzących działalność gospodarczą dostępna jest obecnie w niemal każdym banku. Zaciąganie kredytów bankowych przez przedsiębiorców może wynikać z rozmaitych przyczyn. Motywem może być przykładowo dążenie do zakupu nowych technologii, rozszerzenie działalności na nowe lokalne rynki itp. Niezależnie jednak od przyczyn, jakie przyświecają przedsiębiorcy zawierającemu umowę o kredyt bankowy, umowa ta zawsze rodzi dla kredytobiorcy określone zobowiązania.

Zgodnie z art. 5 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (Dz.U. 2012 poz. 1376, zwane dalej „pr. bank.”) udzielanie kredytów stanowi jedną z czynności bankowych. Oznacza to, że czynność ta jest zastrzeżona tylko dla banków, chyba że podmiot inny niż bank posiada w tym zakresie uprawnienie wynikające z przepisu odrębnej ustawy (art. 5 ust. 4 i 5 pr. bank.). Rozwinięciem tej regulacji jest art. 69 pr. bank. Przepis ten w ust. 1 stanowi, że przez umowę kredytu bank zobowiązuje się oddać do dyspozycji kredytobiorcy na czas oznaczony w umowie kwotę środków pieniężnych z przeznaczeniem na ustalony cel, a kredytobiorca zobowiązuje się do korzystania z niej na warunkach określonych w umowie, zwrotu kwoty wykorzystanego kredytu wraz z odsetkami w oznaczonych terminach spłaty oraz zapłaty prowizji od udzielonego kredytu. Jak łatwo zauważyć regulacja ta składa się z dwóch elementów, obowiązków kredytodawcy i obowiązków kredytobiorcy. Dla jej zawarcia wystarczy porozumienie stron co do treści umowy. Umowa kredytu jest zatem umową dwustronnie zobowiązującą, konsensualną i odpłatną². Jak wynika z art. 69 ust. 2 pr. bank. umowa ta powinna zostać zawarta w formie pisemnej. Jest to forma zastrzeżona dla celów dowodowych (*ad probationem*), określona w art. 74 § 1 ustawy Kodeks cywilny z dnia 23 kwietnia 1964 r. (Dz.U. z 2014 poz. 121, zwany dalej „k.c.”). Art.

¹ Radca prawny, doktorant w Katedrze Publicznego Prawa Gospodarczego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie.

² Z. Ofiarski, *Prawo bankowe – komentarz Lex*, Lex a Wolters Kluwer business, Warszawa 2013, s. 486.

69 ust. 2 pr. bank. określa elementy umowy kredytu. Nie jest to jednak katalog zamknięty, dzięki czemu treść umowy kredytowej może zostać poszerzona o dodatkową treść. Przepis ten określa tylko niezbędne minimum uzgodnień, jakie powinny zostać uwzględnione w umowie o kredyt, przy czym warto zwrócić uwagę, że nie wszystkie spośród nich mają jednoznacznie obligatoryjny charakter³. Do składników umowy kredytu zgodnie z art. 69 ust. 2 pr. bank. należą:

- 1) strony umowy;
- 2) kwota i waluta kredytu;
- 3) cel, na który kredyt został udzielony;
- 4) zasady i termin spłaty kredytu;
- 4a) w przypadku umowy o kredyt denominowany lub indeksowany do waluty innej niż waluta polska, szczegółowe zasady określania sposobów i terminów ustalania kursu wymiany walut, na podstawie którego w szczególności wyliczana jest kwota kredytu, jego transz i rat kapitałowo-odsetkowych oraz zasad przeliczania na walutę wypłaty albo spłaty kredytu;
- 5) wysokość oprocentowania kredytu i warunki jego zmiany;
- 6) sposób zabezpieczenia spłaty kredytu;
- 7) zakres uprawnień banku związanych z kontrolą wykorzystania i spłaty kredytu;
- 8) terminy i sposób postawienia do dyspozycji kredytobiorcy środków pieniężnych;
- 9) wysokość prowizji, jeżeli umowa ją przewiduje;
- 10) warunki dokonywania zmian i rozwiązania umowy.

1. Kredyty gospodarcze

W zależności od planowanego przeznaczenia środków z kredytu bankowego można wskazać trzy podstawowe grupy kredytów:

- 1) gospodarcze,
- 2) dla ludności,
- 3) budowlano-mieszkaniowe⁴.

Z uwagi na ramy przedmiotowe niniejszego opracowania dalsze uwagi będą koncentrować się na grupie kredytów gospodarczych. Są to kredyty udzielane osobom prawnym oraz przedsiębiorcom na cele gospodarcze⁵. Oczywiście na

³ Z. Ofiarski, op.cit., s. 487-488. B. Paxford, [w]: *Prawo bankowe – Komentarz*, pod red. prof. dr hab. H. Gronkiewicz-Waltz, C.H. Beck, Warszawa 2013, s. 244; B. Smykla, *Prawo bankowe – Komentarz*, wyd. 2, C.H. Beck, Warszawa 2011, s. 301-302.

⁴ Z. Dobosiewicz, *Kredyty i gwarancje bankowe*, Polskie Wydawnictwo Ekonomiczne, Warszawa 2007, s. 83.

⁵ Z. Dobosiewicz, *Podstawy bankowości*, PWN, Warszawa 2001, s. 125.

mocy art. 33¹ Kodeksu cywilnego (zwany dalej: k.c.) do zakresu podmiotowego umów o kredyt gospodarczy należą także tzw. ułomne osoby prawne.

W ramach kredytów gospodarczych wyróżnia się z kolei z uwagi na cel kredytu:

- 1) kredyty obrotowe,
- 2) kredyty inwestycyjne⁶.

Powyższe rozróżnienie ma istotne znaczenie nie tylko dla banków, ale również kredytobiorców z uwagi na takie kryteria, jak okres kredytowania, sposób pozostawienia do dyspozycji środków finansowych, stopień ryzyka kredytowego, stosowanych zabezpieczeń, zakres badania i oceny zdolności kredytowej⁷.

Pierwszą grupę kredytów gospodarczych stanowią kredyty obrotowe. Mają one na celu umożliwienie przedsiębiorcy nabywanie środków obrotowych, przede wszystkim towarów, surowców, przeprowadzanie rozliczeń z kontrahentami. Na ogół są to kredyty krótkoterminowe. Wśród kredytów obrotowych można wyróżnić: kredyt w rachunku bieżącym, kredyt w rachunku kredytowym, kredyt wekslowy.

Zawarcie umowy o kredyt w rachunku bieżącym (*overdraft*) dla przedsiębiorców polega na zezwoleniu przez bank na powstanie debetu (ujemnego salda) na rachunku bieżącym przedsiębiorcy przy jednoczesnym określeniu limitu czasowego obowiązywania umowy oraz limitu ilościowego, określającego maksymalną wysokość dopuszczalnego debetu. Kredytobiorca jest uprawniony do dysponowania kwotą ustaloną w ramach uzgodnionego ujemnego salda. Umożliwia mu to dokonywanie dyspozycji płatniczych także w sytuacji, gdy na koncie nie ma wystarczającej wielkości środków. Jeżeli stan na koncie bieżącym w pewne dni będzie dodatni, przedsiębiorca nie ponosi za te dni kosztów kredytu, bank natomiast wypłaca mu niewielką kwotę za lokatę bieżącą. Charakterystyczną cechą tego kredytu jest to, że należność za oprocentowanie jest naliczana każdego dnia, a źródłem spłaty kredytu są wpływy na rachunek, co powoduje, że jego wielkość jest uzależniona od wysokości tych wpływów. Kredyt w rachunku

⁶ R. Kaszubski, A. Tupaj-Cholewa, *Prawo bankowe*, Wolters Kluwer business, Warszawa 2010, s. 51. Por. także U. Banaszczyk-Soroka, *Rynki finansowe – Organizacja, instytucje, uczestnicy*, C.H. Beck, Warszawa 2012, s. 135-136; D. Mróz, [w:] *Prawo bankowe*, pod red. A. Hajos-Iwańska, M. Lampart, W. Walasek, Wolters Kluwer business, Warszawa 2008, s. 65; J. Grzywacz, *Współpraca przedsiębiorstwa z bankiem*, wyd. V, Difin, Warszawa 2003, s. 162; M. Szmelter, [w:] *Finanse, bankowość i rynki finansowe*, pod red. E. Pietrzaka i M. Markiewicz, Wydawnictwo Uniwersytetu Gdańskiego, Gdańsk 2007, s. 385; Z. Dobosiewicz, op.cit., s. 125. Należy zwrócić uwagę, że w przytoczonym opracowaniu Z. Dobosiewicz obok kredytu obrotowego i kredytu inwestycyjnego wymienia kredyt w rachunku bieżącym. Większość Autorów wskazuje natomiast, że kredyt w rachunku bieżącym stanowi jedną z postaci kredytu obrotowego i jak wskazują do tej kategorii powinien być on zaliczany.

⁷ J. Grzywacz, *Podstawy bankowości – system bankowy, kredyty i rozliczenia, ryzyko i ocena banku, marketing*, wyd. II, Difin, Warszawa 2006, s. 131.

bieżącym pociąga za sobą korzyści w postaci: minimum formalności, umożliwia zachowanie płynności finansowej oraz zaciągania zobowiązań finansowych stosownie do bieżących potrzeb przedsiębiorcy. Niestety prowizja, jaką pobiera bank w ramach kredytu na rachunku bieżącym przedsiębiorcy, jest przeważnie dość wysoka, a nadto niektóre banki pobierają prowizję z tytułu postawienia pieniądza w stan gotowości. Kolejnym kosztem jest tutaj oprocentowanie kwoty wykorzystanego kredytu. Kredyt ten ma charakter odnawialny. Warto w tym miejscu zwrócić uwagę na okoliczność, że większość banków przygotowało dla małych przedsiębiorców pakiety usług dla drobnych przedsiębiorców posiadających u nich rachunek bieżący. W ramach takiego pakietu oferowany jest szereg usług, wśród których znajduje się możliwość uzyskania szybkiego kredytu, na ogół na niewielką kwotę. Opisana forma kredytu w rachunku bieżącym zwana jest kredytem otwartym.

Drugą jego postacią jest kredyt kasowy (zwany także płatniczym lub przejściowym). Polega on na tym, że w sytuacji braku środków na rachunku przedsiębiorcy, bank udziela mu kredytu w celu uregulowania bieżących zobowiązań wynikających z działalności gospodarczej (np. zapłata wynagrodzeń). Kredytobiorcami mogą zatem być tutaj jedynie dobrze znani bankowi klienci. W przypadku tego kredytu w umowie określa się maksymalny okres spłaty, który wynosi 30 dni, a kredyt jest spłacany z najbliższych wpływów na rachunek. Kredyt ten umożliwiając przedsiębiorcy uregulowanie pilnych zobowiązań, pozwala mu na utrzymanie działalności gospodarczej na rynku. Z istoty tego kredytu wynika skrócona i uproszczona procedura jego uzyskania. Należy wspomnieć, że nie jest dopuszczalne jednoczesne korzystanie z kredytu w rachunku bieżącym w formie otwartej i kasowej⁸.

Skorzystanie z kredytu w rachunku kredytowym w przeciwieństwie do kredytu w rachunku bieżącym wymaga otwarcia nowego rachunku, na którym następuje zapis wykorzystania i spłaty kredytu. Występuje on zazwyczaj w następujących formach: kredyt kasowy, na wymagalne zobowiązania, docelowy, sezonowy, linia kredytowa.

Kredyty kasowy i na wymagalne zobowiązania są do siebie zbliżone. Są to kredyty nieodnawialne. Oba mają na celu umożliwienie przedsiębiorcy przezwyciężenie zaistniałych problemów w regulowaniu bieżących należności. W tym zakresie zbliżają się one do kredytu kasowego w rachunku bieżącym. Jedyną

⁸ Z. Dobosiewicz, *Kredyty i gwarancje bankowe*, Polskie Wydawnictwo Ekonomiczne, Warszawa 2007, s. 93-95; M. Szmelter [w:] op.cit., s. 386-387. Należy zwrócić uwagę, że w tej publikacji Autorka zalicza kredyt w rachunku bieżącym do grupy kredytów obrotowych. W ramach klasyfikacji kredytów dokonywanych przez poszczególnych przedstawicieli doktryny prawa cywilnego i bankowego zagadnienie miejsce kredytu w rachunku bieżącym jako samodzielnego kredytu lub odmiany kredytu obrotowego nie jest postrzegane jednolicie, co zostało już wspomniane w przyp. 4.

zasadniczą różnicą jest tutaj konieczność otwarcia osobnego rachunku kredytowego.

Kredyt docelowy pozwala przedsiębiorcy na sfinansowanie jednej lub kilku konkretnie wskazanej transakcji gospodarczej. Może to być np. zakup towaru, półfabrykatów lub surowców. Kredyt ten może wystąpić zarówno jako nieodnawialny, jak również odnawialny, co pozwala na jego spłatę poprzez wpływy na rachunek.

Kredyt sezonowy jest skierowany do konkretnej grupy przedsiębiorców, tj. podmiotów zajmujących się działalnością w zakresie przetwórstwa produktów rolnych i leśnych. Adresatem tego produktu są zatem na ogół rolnicy. Kredyt ten ma na celu sfinansowanie działalności we wspomnianym zakresie, np. poprzez umożliwienie zakupu zwierząt, nawozów mineralnych. Wysokość kredytu jest uzależniona przede wszystkim od zdolności kredytowej kredytobiorcy. Istotne są jednak również takie okoliczności, jak profil przedsiębiorstwa oraz wydajność produkcji i dystrybucja produktu finalnego.

Kredyt w postaci linii kredytowej stanowi jedną z popularniejszych form kredytu dla przedsiębiorców. Występuje on w wersji odnawialnej i nieodnawialnej. W pierwszym przypadku spłata części lub całości kredytu pozwala na kolejne zadłużenie w ramach ustalonej kwoty kredytu. Pozwala to na wielokrotne korzystanie z kredytu w ramach przyznanego limitu kwotowego i czasowego (zazwyczaj w przypadku tego kredytu jest to 1 rok). Brak natomiast takiej możliwości w przypadku kredytu nieodnawialnego. W tym przypadku każda wypłata obniża limit kredytu przyznanego przedsiębiorcy. Warto zwrócić uwagę, że kredyt ten jest zazwyczaj dostępny tylko dla tych klientów banku, których dzięki rzetelnemu wywiadywaniu się ze zobowiązań względem banku są przez niego postrzegani jako wiarygodni. W związku z tym są to klienci dobrze znani bankowi, posiadający z nim odpowiednio długą relację. Od kredytu w rachunku bieżącym odróżnia go konieczność otwarcia nowego rachunku kredytowego. Kredyt w linii kredytowej stwarza dla przedsiębiorcy dwie podstawowe korzyści:

- 1) wysoki stopień dostępności do pieniądza bezgotówkowego, co pozytywnie wpływa na jego płynność finansową,
- 2) zazwyczaj kredytobiorca spłaca bankowi odsetki tylko od wykorzystanej kwoty kredytu, chociaż można spotkać się z sytuacjami, gdy jest on zobowiązany do uiszczania opłaty także od niewykorzystanej kwoty kredytu.

Decyzja o przyznaniu kredytu w linii kredytowej oraz wysokości limitu kwotowego i czasowego jest uzależniona od kondycji finansowej kredytobiorcy (zdolność kredytowa), sposobu zabezpieczenia, a także oceny szans powodzenia przedsięwzięcia oraz, jak już wspomniano, wiarygodności klienta⁹.

⁹ J. Grzywacz, op.cit., s. 132-133.; M. Szmelter, op.cit., s. 387-388.

Drugą grupę kredytów gospodarczych stanowią kredyty inwestycyjne. W przeciwieństwie do opisanych powyżej kredytów obrotowych cechujących się krótkoterminowością, kredyty inwestycyjne są na ogół kilkuletnimi zobowiązaniami. Kredyty te są wykorzystywane na finansowanie inwestycji gospodarczych, których celem jest zakup, modernizacja lub powiększenie istniejących już w przedsiębiorstwie zasobów środków trwałych. Środki z tego kredytu mogą zostać przeznaczone na realizację inwestycji materialnych (np. zakup maszyn, nieruchomości, pojazdów), niematerialnych i prawnych (np. zakup patentów, licencji, oprogramowania, koszty prowadzenia badań) i finansowych (np. zakup papierów wartościowych, akcji lub udziałów w innych podmiotach). Wybór celu na jaki przedsiębiorca wykorzysta pozyskane od banku środki rzutuje na korzyści, jakie w przyszłości dzięki temu odniesie. Decydując się bowiem na pierwszy ze wspomnianych wariantów inwestycyjnych, przedsiębiorca zwiększa swoje możliwości produkcyjne i usługowe, co ma bezpośredni wpływ na wachlarz jego oferty i jakość produktów. Służy to nie tylko w pozyskiwaniu nowych klientów, ale pomaga też budować markę i pozycję na rynku. Inwestowanie w środki niematerialne i prawne także pozwala na zwiększenie jakości oferowanych towarów lub usług oraz podnosi konkurencyjność przedsiębiorcy dzięki pozyskiwaniu nowych rozwiązań technologicznych, konstrukcyjnych itp. Korzystanie z kredytu inwestycyjnego na cele związane z inwestycjami niematerialnymi stanowi zatem inwestowanie w *know-how* przedsiębiorcy. Z kolei wybór wariantu inwestycji w środki finansowe otwiera drogę do pozyskiwania przychodów finansowych w postaci dywidend i odsetek oraz realizację kolejnych celów inwestycyjnych, co stanowi zabezpieczenie funkcjonowania przedsiębiorcy w przyszłości. Decydując się na tę drogę inwestowania, należy jednak zwracać uwagę na kondycję finansową podmiotów, których papiery wartościowe przedsiębiorca nabywa. Można wyróżnić następujące rodzaje kredytów inwestycyjnych:

- 1) kredyt na wyposażenie, przeznaczany na nabycie lub modernizację urządzeń, nabywanie lub stworzenie majątku trwałego, jest to przeważnie kredyt krótko- lub średnioterminowy;
- 2) kredyt na restrukturyzację, z który znajduje zastosowanie w sytuacji zachwiania się stabilności finansowej przedsiębiorcy i pozwala na reorganizację jego struktury gospodarczej w celu poprawy sytuacji;
- 3) kredyt na zakup lub budowę zakładów i obiektów rolnych, który z racji finansowanego przedsięwzięcia opiewa na wyższe kwoty, jest długoterminowy i wymaga istotnego zabezpieczenia;
- 4) kredyty na inwestycje towarzyszące, tj. mające na celu inne niż finansowe korzyści dla przedsiębiorcy, np. związane z wprowadzaniem metod produkcji chroniących środowisko, doprowadzenie wody, budowa oczyszczalni ścieków. Warto zaznaczyć, że na tego rodzaju inwestycje przedsiębiorcy mogą uzyskać tani kredyt preferencyjny.

Z punktu widzenia celu kredytowania można wyróżnić następujące rodzaje inwestycji: odtworzeniowe, modernizacyjne, rozwojowe, restrukturyzacyjne, socjalne, inwestycje w sferze interesu publicznego (np. ochrona środowiska). Wypłata środków przez bank może być dokonana jednorazowo lub w transzach zgodnie z przyjętym harmonogramem za pośrednictwem rachunku kredytowego. Na ogół jest to uzależnione od celu na jaki zaciągnięto kredyt. Spłata następuje w miesięcznych ratach kapitałowych i ratach odsetkowych. Można także spotkać się z ratami kapitałowymi płatnymi co rok. Niekiedy banki udzielają kredytobiorcy karencji rat odsetkowych, zazwyczaj nie przekracza on jednak trzech miesięcy. Inaczej jest w przypadku karencji w stosunku do rat kapitałowych. Tutaj postępowanie banku z reguły uzależnione jest od kondycji finansowej kredytobiorcy i jego historii kredytowej. W przypadku podmiotu znanego bankowi jako rzetelny klient o stabilnej sytuacji finansowej, bank przeważnie udziela karencji rat kapitałowych na długi czas. Jest to opłacalne dla banku, gdyż ryzyko jest ograniczone, a bank zwiększa swoje wpływy. Wynika to z tego, że oprocentowanie jest naliczane w stosunku do niespłaconego kapitału kredytu, a zatem im później kredyt zostanie spłacony, tym większy będzie zysk kredytodawcy. Sytuacja przedstawia się inaczej, gdy kredytobiorcą jest podmiot o krótkiej historii kredytowej albo nieposiadający takiej, o wątpliwej kondycji finansowej. Wówczas bank dąży do jak najszybszego spłacenia kredytu w celu zminimalizowania swojego ryzyka. W takiej sytuacji banki nie godzą się na karencję rat kapitałowych. Ewentualnie, niekiedy udzielają jej w stosunku do pierwszej raty kredytu¹⁰.

2. Zabezpieczenie kredytu

Zawierając umowę kredytu należy mieć na uwadze, że w celu zabezpieczenia swoich roszczeń kredytodawca ma prawo zażądać od kredytobiorcy ustanowienia odpowiedniego zabezpieczenia. Ma ono na celu stworzyć dla kredytodawcy realną możliwość odzyskania udzielonej kwoty kredytu wraz z odsetkami i prowizjami. Tzw. pierwszą linią obrony powinna być jednak dobra sytuacja ekonomiczno-finansowa kredytobiorcy, pozwalająca na zgodną z umową spłatę kredytu bez konieczności korzystania z dodatkowych zabezpieczeń. Niestety nie zawsze możliwe jest przeprowadzenie dokładnej analizy ryzyka kredytowego w chwili zawierania umowy, w szczególności ma to miejsce w stosunku do nowo powstałych, młodych przedsiębiorców, a także wówczas, gdy dochodzi do zaburzeń funkcjonowania rynku. Zabezpieczenie kredytu pozwala wówczas kredy-

¹⁰ U. Banaszczyk-Soroka, op.cit., s. 135; Z. Dobosiewicz, op.cit., s. 92-93; Z. Dobosiewicz, *Bankowość*, Polskie Wydawnictwo Ekonomiczne, Warszawa 2003, s. 284-285; J. Grzywacz, op.cit., s. 134-136; J. Grzywacz, *Współpraca przedsiębiorstwa z bankiem*, wyd. V, Difin, Warszawa 2003, s. 165-166.

today on the recovery of the whole or at least part of the amount of transferred funds, is the so-called. second line of defense¹¹.

The right of the bank to demand security of its claims results from art. 93 of the Banking Act. The literal interpretation of this provision may lead to the conclusion that the bank is only entitled to demand the establishment of security for its claim. It seems, however, that art. 93 of the Banking Act should be interpreted in the context of other provisions contained in the Banking Act, and in particular regulations concerning the protection of interests of both the bank and its clients, the safety of funds accumulated by the bank, the minimization of the risk of the bank's activity and the management of specific types of risk, and also the obligation to maintain an appropriate level of the bank's financial liquidity. The result of this interpretation does not leave any doubt that the bank, acting in the interest of its own and its clients, has an obligation to obtain appropriate security contained in the contracts concluded by it. The bank has, at the same time, freedom of choice of the type and number of securities¹².

The determination of the form of security may take place in the course of negotiations between the bank and the entrepreneur. Sometimes the lender himself already indicates at the outset what form of security is for him satisfactory. In particular, in relation to young economic entities, which only begin their activity, banks demand higher security, taking into account their unproven market position. The establishment of one form of security does not exclude the establishment of other forms of security for the contract of credit¹³. Taking into account the fact that security of credit includes also interest on the amount of credit, the level of security, which the lender demands, is at least twice the amount of credit. This is also related to the fact that in the event of default, the liquidator sells the object of security for a lower amount than its actual value, and moreover, he must pay his own obligations, which automatically reduces the amount that will be paid to the creditor (the lender)¹⁴. When choosing the form and number of securities, the bank should take into account all the following:

- 1) type and amount of credit,
- 2) term and method of repayment,
- 3) current relations of the bank with the borrower or their lack,
- 4) economic-financial situation of the entrepreneur,

¹¹ A. Szelągowska, [w:] *Bankowość. Instytucje, operacje, zarządzanie*, Wydawnictwo Poltex, Warszawa 2013, s. 276-277.

¹² Z. Ofiarski, op.cit., s. 585-586.

¹³ J. Grzywacz, op.cit., s. 184-185.

¹⁴ Z. Dobosiewicz, op.cit., s. 237.

- 5) status prawny kredytobiorcy (np. forma prawna prowadzonej działalności gospodarczej, tj. działalność jednoosobowa, spółka jawna, spółka z o.o., itd.),
- 6) wartość zabezpieczeń i ich rodzaje,
- 7) cechy danego zabezpieczenia, realne możliwości monitorowania jego stanu oraz szanse na rzeczywiste zaspokojenie z niego w razie potrzeby należności banku,
- 8) stopień zadłużenia kredytobiorcy,
- 9) możliwość uwzględnienia danego rodzaju zabezpieczenia przy tworzeniu rezerw celowych,
- 10) przewidywany nakład pracy banku i koszty związane z ustanowieniem zabezpieczenia¹⁵.

Można dokonać następującej klasyfikacji zabezpieczeń kredytu:

- a) osobiste,
- b) rzeczowe,
- c) inne¹⁶.

Zabezpieczenia o charakterze osobistym wyrażają w odpowiedzialności kredytobiorcy (a także osób trzecich udzielających zabezpieczenia) całym swoim majątkiem. W przypadku tych zabezpieczeń bankowi nie przysługuje pierwszeństwo w dochodzeniu roszczeń przed innymi wierzycielami kredytobiorcy.

Istota zabezpieczeń rzeczowych polega na ograniczeniu zakresu odpowiedzialności kredytobiorcy do konkretnych składników jego majątku. Z uwagi na to, że ten rodzaj zabezpieczeń zapewnia bankom pierwszeństwo w dochodzeniu roszczeń, jest on przez nie preferowaną formą zabezpieczenia. Z drugiej jednak strony, bank godząc się na zabezpieczenie rzeczowe jest zmuszony poprzestać na jego wartości, nawet wówczas gdy nie zaspokaja ono w pełni jego roszczeń¹⁷, chyba że ustanowione zostały dodatkowe zabezpieczenia osobiste.

¹⁵ J. Grzywacz, *Podstawy bankowości, system bankowy, kredyty i rozliczenia, ryzyko i ocena banku, marketing*, Difin, wydanie II, Warszawa 2006, s. 137.

¹⁶ U. Banaszczyk-Soroka, op.cit., s. 140.

¹⁷ J. Grzywacz, *Współpraca przedsiębiorstwa z bankiem*, Difin, Warszawa 2006, wydanie V, s. 185-186. Por. także Z. Dobosiewicz, op.cit., s. 238-239 oraz 241.

Tabela 1. Rzeczowe i osobiste formy zabezpieczenia umów kredytowych

OSOBISTE	RZECZOWE
Weksel własny <i>in blanco</i> – uregulowany w ustawie Prawo wekslowe z dnia 28 kwietnia 1936 r. (Dz.U. 1936 nr 37 poz. 282). Jest to weksel zaopatrzony w podpis wystawcy oraz datę wystawienia, niezawierający w swej treści sumy wekslowej (kwoty) i terminu płatności. Jest to zatem weksel niezupełny w chwili wystawienia. Powstające na skutek podpisania weksla zobowiązanie wekslowe ma charakter abstrakcyjny, co oznacza, że sam fakt podpisania weksla rodzi obowiązek zapłaty sumy wekslowej. Weksel <i>in blanco</i> może zabezpieczać całą kwotę kredytu, jej część lub same odsetki i inne koszty banku. Zakres zabezpieczenia wekslowego powinien zostać określony w deklaracji wekslowej, będącej porozumieniem pomiędzy kredytodawcą i kredytobiorcą. W celu zwiększenia skuteczności tej formy zabezpieczenia, banki przyjmują weksle <i>in blanco</i> z tzw. awalem, tj. poręczeniem wekslowym. Poręczyciel wekslowy odpowiada solidarnie z osobami, których podpisy znajdują się na wekslu w sytuacji, gdy kredytobiorca nie wykupi weksla. Podmiotem uprawnionym do wypełnienia weksla jest kredytodawca. Może tego dokonać, gdy zaistnieją wskazane w deklaracji przesłanki uzasadniające wypełnienie weksla, np. opóźnienie w spłacie kredytu.	Zastaw (tzw. kodeksowy, tj. na rzeczach lub prawach) – ograniczone prawo rzeczowe uregulowane w Dziale IV Księgi II k.c. (art. 306-335 k.c.). Jego istota wyraża się w obciążeniu rzeczy ruchomej lub prawa zbywalnego, na mocy którego wierzyciel (kredytobiorca) jest uprawniony do dochodzenia zaspokojenia z rzeczy lub prawa bez względu na to czyją własnością stała się ta rzecz lub komu prawo przysługuje, i z pierwszeństwem przed właścicielami osobistymi właściciela rzeczy, z wyjątkiem tych, którym przysługuje ustawowe pierwszeństwo szczególne. Do ustanowienia zastawu potrzebna jest umowa między właścicielem rzeczy ruchomej a wierzycielem oraz, z zastrzeżeniem ustawowych wyjątków, wydanie rzeczy wierzycielowi albo osobie trzeciej, na którą strony się zgodziły. Formalnym właścicielem jest kredytobiorca.
Gwarancja bankowa – jest to pisemne zobowiązanie banku (gwaranta) w stosunku do banku udzielającego kredytu (beneficjenta gwarancji), zgodnie z którym w razie braku spłaty kredytu przez kredytobiorcę, gwarant dokona tej spłaty do określonej kwoty maksymalnej określonej w gwarancji spłaty kredytu. Zobowiązanie gwaranta powstaje na ogół w drodze listu gwarancyjnego precyzującego warunki gwarancji, np. okoliczności których zaistnienie rodzi obowiązek zapłaty, maksymalną kwotę gwarancji, termin jej ważności. Cechami zobowiązania gwarancyjnego są: nieakcesoryjność, samodzielność, niezawisłość. Oznacza to, że nawet zaistnienie nieważności stosunku kredytowego nie ma wpływu na ważność gwarancji, a jej zakres określa maksymalna kwota wskazana w liście gwarancyjnym, a nie kwota udzielonego przez beneficjenta gwarancji kredytu. Ponadto gwarant nie jest uprawniony do podnoszenia przeciwko beneficjentowi gwarancji zarzutów przysługujących kredytobiorcy. Uzyskanie gwarancji bankowej wymaga jednak od przyszłego kredytobiorcy przedstawienia własnego zabezpieczenia oraz uzyskania przez potencjalnego gwaranta pozytywnej analizy sytuacji ekonomiczno-finansowej podmiotu, który planuje uzyskać kredyt.	Zastaw rejestrowy – uregulowany w ustawie z dnia 6 grudnia 1996 r. o zastawie rejestrowym i rejestrze zastawów (Dz.U. z 2009 nr 67 poz. 569). Jego przedmiotem są rzeczy ruchome i zbywalne prawa majątkowe. Do ustanowienia zastawu rejestrowego potrzebna jest umowa między osobą uprawnioną do rozporządzania przedmiotem zastawu (zastawcą) a wierzycielem (zastawnikiem) oraz wpis do rejestru zastawów. Wpis do Centralnego Rejestru Zastawów ma na celu ochronę wierzyciela (kredytodawcy) przed wielokrotnym zastawianiem tych samych ruchomości przez dłużnika (kredytobiorcę). Dłużnik ma prawo zachować rzecz u siebie i jest uprawniony do korzystania z przedmiotu zastawu rejestrowego zgodnie z jego społeczno-gospodarczym przeznaczeniem. Formalnym właścicielem jest dłużnik.

Poręczenie – uregulowane w art. 876-887 k.c. polega na zawarciu przez osobę trzecią (poręczyciela) umowy z kredytodawcą, w której poręczyciel zobowiązuje się dokonać spłaty kredytu, na wypadek, gdyby kredytobiorca tego nie dokonał w umówionym terminie. Poręczenie ma charakter akcesoryjny, w związku z czym jego ważność jest uzależniona od ważności umowy o kredyt. Poręczyciel odpowiada nie tylko za kwotę kredytu, ale również związane z nim roszczenia poboczne, np. odsetki. Odpowiedzialność kilku poręczycieli względem banku i w stosunku do siebie solidarnie. Wyróżnia się poręczenia terminowe (odpowiedzialność poręczyciela powstaje, jeśli kredytobiorca nie spłaci kredytu w oznaczonym terminie) oraz bezterminowe (okres spłaty jest tutaj nieoznaczony).	Przewłaszczenie na zabezpieczenie – obejmuje rzeczy ruchome. Formalnym właścicielem do czasu spłaty kredytu pozostaje wierzyciel (kredytodawca), jednak rzeczy pozostają w dyspozycji dłużnika (kredytobiorcy).
Przelew wierzytelności (cesja) – umowa uregulowana w art. 509-518 k.c. Na mocy umowy cesji kredytodawca zobowiązuje się do przekazania swoich praw do otrzymania zapłaty z tytułu zawartej ze swoim kontrahentem umowy. Co do zasady zawarcie umowy o przelew wierzytelności nie wymaga zgody dłużnika (kontrahenta kredytobiorcy).	Blokada środków na rachunku bankowym – polega na wyodrębnieniu przez kredytobiorcę środków na rachunku bankowym lub powierzonych bankowi depozytów i udzieleniu bankowi stosownego pełnomocnictwa uprawniającego go do zaspokojenia przysługujących mu zaległych należności z tytułu umowy kredytu z wyodrębnionych środków.
Przystąpienie do długu osoby trzeciej – realizacja tej formy zabezpieczenia następuje w trakcie istnienia zobowiązania kredytowego. Polega na złożeniu przez podmiot, będący osobą trzecią oświadczenia o przystąpieniu do długu kredytobiorcy. Na skutek takiego oświadczenia podmiot ten odpowiada wraz z kredytobiorcą solidarnie względem banku z tytułu umowy kredytu.	Kaucja – kredytobiorca lub działająca w jego imieniu osoba składa kredytodawcy tytułem zabezpieczenia kredytu środki pieniężne lub inne przedmioty o określonej wartości.
	Hipoteka – ograniczone prawo rzeczowe uregulowane w ustawie z dnia 6 lipca 1982 r. o księgach wieczystych i hipotece (Dz.U. 2013 poz. 707). Hipotekę można ustanowić na całości lub części nieruchomości, własnościowym lub spółdzielczym prawie do lokalu mieszkalnego, spółdzielczym prawie do lokalu użytkowego, prawie do domu jednorodzinnego w spółdzielni mieszkaniowej, a także na użytkownictwie wieczystym. Do ustanowienia hipoteki dochodzi w drodze wpisu na rzecz kredytodawcy hipoteki do księgi wieczystej obejmującej nieruchomość będącą przedmiotem zabezpieczenia. Konieczne jest uprzednie oświadczenie kredytobiorcy o jej ustanowieniu na rzecz wierzyciela. Skutecznie ustanowiona hipoteka uprawnia kredytodawcę do zaspokojenia przysługującego mu roszczenia z nieruchomości bez względu na to, czyją stała się własnością. W celu skorzystania z tej formy zabezpieczenia niezbędne jest posiadanie urzędzonej księgi wieczystej, gdyż banki żądają przedstawienia im odpisu z księgi wieczystej w celu zorientowania się czy nie jest ona już obciążona innymi prawami rzeczowymi. Zanim bank wyrazi zgodę na ustanowienie zabezpieczenia hipotecznego na nieruchomości, konieczne jest przeprowadzenie jej wyceny przez rzeczoznawcę zaakceptowanego przez kredytodawcę. Należy pamiętać o art. 95 ustawy Prawo bankowe, który reguluje tzw. hipotekę bankową. Hipoteka ta stanowi przywilej dla banku i jego klientów polegający na uproszczonej procedurze jej ustanowienia, co przejawia się m.in. w możliwości złożenia przez właściciela nieruchomości oświadczenia o ustanowieniu na niej hipoteki w drodze oświadczenia w formie pisemnej pod rygorem nieważności, zamiast jak ma to miejsce w przypadku hipoteki zwykłej, w formie aktu notarialnego.

Do wspomnianej powyżej grupy „innych” rodzajów ubezpieczenia umów kredytowych, należą ubezpieczenia kredytów. Ta forma zabezpieczenia jest zbliżona do gwarancji bankowej, o której mowa w przedstawionej wyżej tabeli. Ubezpieczenie kredytu należy do szerokiej grupy ubezpieczeń finansowych, których pełny zakres określa załącznik do ustawy o działalności ubezpieczeniowej z 22 maja 2003 r. (Dz.U. 2013 poz. 950). Zgodnie z jego treścią do tej grupy zaliczamy:

- 1) ubezpieczenia kredytu, w tym:
 - a) ogólnej niewypłacalności;
 - b) kredytu eksportowego, spłaty rat, kredytu hipotecznego, kredytu rolniczego;
- 2) gwarancję ubezpieczeniową:
 - a) bezpośrednią;
 - b) pośrednią;
- 3) ubezpieczenia różnych ryzyk finansowych, w tym:
 - a) ryzyka utraty zatrudnienia;
 - b) niewystarczającego dochodu;
 - c) złych warunków atmosferycznych;
 - d) utraty zysków;
 - e) stałych wydatków ogólnych;
 - f) nieprzewidzianych wydatków handlowych;
 - g) utraty wartości rynkowej;
 - h) utraty stałego źródła dochodu;
 - i) pośrednich strat handlowych poza wyżej wymienionymi;
 - j) innych strat finansowych.

Istota umowy ubezpieczenia kredytu polega na zobowiązaniu się przez ubezpieczyciela względem banku (kredytodawcy) do zapłacenia określonego w umowie odszkodowania w razie braku spłaty przez kredytobiorcę należności obciążających go zgodnie z umową kredytową na skutek zdarzeń wskazanych w umowie ubezpieczenia, np. nieuzasadniona zwłoka w spłacie kredytu, upadłość kredytobiorcy¹⁸.

Z perspektywy sposobów konstruowania umowy ubezpieczenia kredytu można wyróżnić dwa jej modele:

- a) ubezpieczenie z wierzycielem,
- b) ubezpieczenie z dłużnikiem.

Pierwszy wariant polega na tym, że to kredytodawca zawiera umowę z ubezpieczycielem. Wówczas to wierzyciel jest zarazem ubezpieczającym i ubezpieczonym i to on jest zobowiązany do uiszczania składki ubezpieczeniowej. Nie ma tutaj bezpośredniego powiązania między dłużnikiem kredytowym a ubezpieczy-

¹⁸ J. Grzywacz, *Podstawy bankowości, system bankowy, kredyty i rozliczenia, ryzyko i ocena banku, marketing*, Difin, wydanie II, Warszawa 2006, s. 144. Por. także Z. Dobosiewicz, op.cit., s. 244-245.

cielem. Należy jednak pamiętać, że ubezpieczycielowi przysługuje w stosunku do dłużnika kredytowego prawo regresu, tj. domagania się płatności roszczeń zwrotnych.

W przypadku drugiego wariantu, to dłużnik kredytowy zawiera umowę ubezpieczenia z ubezpieczycielem i w związku z tym jest on zobowiązany do płatności składek ubezpieczeniowych. Kredytodawca jest podmiotem ubezpieczonym, na rzecz którego, jeśli zaistnieją ku temu podstawy, zostanie wypłacone odszkodowanie przez ubezpieczyciela.

Jak wyżej wspomniano, przedmiotem ubezpieczenia kredytu bankowego jest wywiązanie się przez kredytobiorcę z obowiązku spłaty kredytu. W związku z tym kwota ubezpieczenia jest tożsama z kwotą kredytu, powiększoną o należne odsetki, prowizje oraz inne opłaty bankowe, o ile zaistnieją. Umowy ubezpieczeniowe określają także okres ubezpieczenia, który przeważnie odpowiada okresowi kredytowania. Warunkiem powstania roszczenia kredytodawcy o wypłatę ubezpieczenia jest zaistnienie okoliczności wskazanych w umowie ubezpieczenia. Jeżeli taką przyczyną jest przykładowo brak terminowej spłaty kredytu, roszczenie banku powstaje z dniem wypowiedzenia umowy kredytu, lub brakiem spłaty kredytu w sytuacji postawienia go w stan natychmiastowej wymagalności. W sytuacji niewypłacalności dłużnika, roszczenie powstaje z dniem stwierdzenia tej niewypłacalności (np. ogłoszenie upadłości) lub w razie tzw. niewypłacalności domniemanej, tj. wówczas, gdy ma miejsce przewlekła zwłoka w spłacie kredytu postawionego w stan natychmiastowej wykonalności¹⁹.

Zjawiskiem często spotykanym na współczesnym rynku usług bankowych jest *bancassurance*, czyli sprzedaż produktów bankowych razem z ubezpieczeniowymi. Usługi ubezpieczycieli w postaci umów ubezpieczenia kredytu są szczególnie istotne dla sektora małych i średnich przedsiębiorców (MSP). Wynika to m.in. z ich podwyższonej podatności na wahania rynku, zmiany koniunktury i środowiska gospodarczego, w którym funkcjonują. Ponadto często zdarza się, że ten sektor przedsiębiorców nie posiada dostatecznie wysokiej kwoty środków własnych i możliwości udzielenia zabezpieczenia kredytu. To wszystko rodzi dla tej grupy przedsiębiorców trudności w uzyskaniu kredytu, który nawet gdy go uzyskają jest na ogół relatywnie kosztowny. Nie bez znaczenia jest także okoliczność, że kontakty MSP z ich kontrahentami mają niekiedy charakter nieformalny. Dlatego coraz większą rolę w działalności MSP odgrywają ubezpieczenia, a także regionalne fundusze pożyczkowe i poręczeniowe. Podmioty świadczące usługi w zakresie ubezpieczeń, dostrzegając potencjał sektora małych i średnich przedsiębiorców, postanowiły wyjść naprzeciw jego potrzebom i obecnie na rynku można znaleźć bogatą ofertę ubezpieczeń przygotowanych specjalnie dla sek-

¹⁹ M. Gorczyńska, M. Wieczorek-Kosmala, *Ubezpieczenia*, red. nauk. M. Iwanowicz-Drozdowska, Polskie Wydawnictwo Ekonomiczne, Warszawa 2013, s. 365-368.

tora MSP. Przejawia się to m.in. w obniżce cen produktów ubezpieczeniowych, ułatwieniu dostępu do nich poprzez uproszczenie procedur, wzbogacenie oferty o dodatkowe usługi w zakresie zarządzania należnościami oraz ich windykacji. Ubezpieczenie kredytu pozwala przedsiębiorcom z sektora MSP na zwiększenie ich zdolności kredytowej²⁰.

Warto zwrócić uwagę, że w celu zabezpieczenia kredytu gospodarczego, kredytodawcy stosują także ubezpieczenia pomostowe, charakterystyczne dla grupy kredytów hipotecznych. Konstrukcja ta polega na wyrażeniu przez kredytodawcę zgody na zabezpieczenie kredytu poprzez ustanowienie hipoteki z jednocześnie zgodą na jego ubezpieczenie do czasu ustanowienia hipoteki (ubezpieczenie pomostowe), a uściślając do czasu doręczenia do kredytodawcy odpisu z księgi wieczystej z prawomocnie wpisaną na jego rzecz hipoteką. Świadczy to o daleko idącej ostrożności banków dążących do maksymalnej ochrony swoich interesów majątkowych oraz ich klientów.

Podsumowanie

Jak była o tym mowa na wstępie, kredyt gospodarczy stanowi obecnie jedną z kluczowych, zwłaszcza w sektorze MSP, metod finansowania działalności gospodarczej. Przed zawarciem umowy kredytu warto jednak zapoznać się z ofertą większej grupy kredytodawców, a w szczególności z takimi kwestiami, jak koszty kredytu, terminy płatności i wysokość rat kredytowych, warunki zabezpieczenia itd. Te okoliczności mogą bowiem przesądzić o realnych możliwościach spłaty kredytu, a co za tym idzie, nawet o funkcjonowaniu przedsiębiorcy na rynku w przyszłości.

Bibliografia

- Banaszczak-Soroka U., *Rynki finansowe – Organizacja, instytucje, uczestnicy*, C.H. Beck, Warszawa 2012.
- Dobosiewicz Z., *Podstawy bankowości*, PWN, Warszawa 2001.
- Dobosiewicz Z., *Bankowość*, Polskie Wydawnictwo Ekonomiczne, Warszawa 2003.
- Dobosiewicz Z., *Kredyty i gwarancje bankowe*, Polskie Wydawnictwo Ekonomiczne, Warszawa 2007.
- Gorczyńska M., Wieczorek-Kosmala M., *Ubezpieczenia*, red. nauk. M. Iwanowicz-Drozdowska, Polskie Wydawnictwo Ekonomiczne, Warszawa 2013.

²⁰ E. Wierzbicka, Z.R. Wierzbicki, *Ubezpieczenia non-life*, red. E. Wierzbicka, Wydawnictwo Cedetu Sp. z o.o., Warszawa 2011, s. 410-411.

- Grzywacz J., *Współpraca przedsiębiorstwa z bankiem*, wyd. V, Difin, Warszawa 2003.
- Grzywacz J., *Podstawy bankowości – system bankowy, kredyty i rozliczenia, ryzyko i ocena banku, marketing*, wyd. II, Difin, Warszawa 2006.
- Kaszubski R., Tupaj-Cholewa A., *Prawo bankowe*, Wolters Kluwer business, Warszawa 2010.
- Mróz D., [w:] *Prawo bankowe*, pod red. A. Hajos-Iwańska, M. Lampart, W. Walasek, Wolters Kluwer business, Warszawa 2008.
- Ofiarski Z., *Prawo bankowe – komentarz Lex*, Lex a Wolters Kluwer business, Warszawa 2013.
- Paxford B., [w:] *Prawo bankowe – Komentarz*, pod red. prof. dr hab. H. Gronkiewicz-Waltz, C.H.Beck, Warszawa 2013.
- Smykla B., *Prawo bankowe – Komentarz*, wyd. 2, C.H. Beck, Warszawa 2011.
- Szelągowska A., [w:] *Bankowość. Instytucje, operacje, zarządzanie*, Wydawnictwo Poltex, Warszawa 2013.
- Szmelter M., [w:] *Finanse, bankowość i rynki finansowe*, pod red. E. Pietrzaka i M. Markiewicz, Wydawnictwo Uniwersytetu Gdańskiego, Gdańsk 2007.
- Wierzbička E., Wierzbički Z.R., *Ubezpieczenia non-life*, red. E. Wierzbička, Wydawnictwo Cedetu Sp. z o.o. Warszawa 2011.

Akty prawne

- Ustawa Kodeks cywilny z dnia 23 kwietnia 1964 r.* (Dz.U. z 2014 poz. 121).
- Ustawa z dnia 6 lipca 1982 r. o księgach wieczystych i hipotece* (Dz.U. 2013 poz. 707).
- Ustawa z dnia 6 grudnia 1996 r. o zastawie rejestrowym i rejestrze zastawów* (Dz.U. z 2009 nr 67 poz. 569).
- Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe* (Dz.U. 2012 poz. 1376).
- Ustawa o działalności ubezpieczeniowej z 22 maja 2003 r.* (Dz.U. 2013 poz. 950).

Streszczenie

Niniejszy artykuł nosi tytuł *Umowy o kredyt gospodarczy i wybrane sposoby ich zabezpieczenia*. Dotyczy on instytucji kredytu gospodarczego, jego rodzajów oraz form zabezpieczenia roszczeń kredytodawcy wynikających z umowy o kredyt. Artykuł został podzielony na cztery części.

Pierwsza stanowi wstęp, w którym omawiana jest instytucja kredytu oraz ogólne cechy każdego kredytu, jego rodzaje, prawa i obowiązki banku w zakresie udzielania kredytu oraz elementy umowy kredytowej.

Część druga artykułu zawiera analizę kredytu gospodarczego jako szczególną odmianę tego produktu bankowego adresowanego do wybranego grona klientów, tj. przedsiębiorców. W tej części znajdują się informacje dotyczące różnych odmian kredytu gospodarczego, m.in. zasady udzielania poszczególnych kredytów gospodarczych, oceny wiarygodności potencjalnego kredytodawcy, cele na jakie powinny one być przeznaczane, zasad spłat kredytu itd.

Część trzecia koncentruje się na tematyce zabezpieczenia roszczeń kredytobiorcy. Zawiera ona tabelę, która ułatwi czytelnikowi zapoznanie się i porównanie poszczególnych form zabezpieczeń. Znajdują się tutaj także informacje dotyczące czynników branych pod uwagę przez bank w doborze form zabezpieczenia.

Część czwarta stanowi krótkie posumowanie artykułu i ma na celu zwrócenie uwagi czytelnikowi na te elementy umów kredytowych, które mają kluczowe znaczenie dla spłaty kredytu.

Summary

The article bears title *Agreements about economic credit and chosen manners of their insurances*. It concerns the institution of economic credit, its kinds and forms of insurances of pretensions of creditors subsequent. Article has been divided on four parts.

The first part is discussed admission in which state institution of credit and general features of each credits, kinds, right and duties of banks in range of conceding of credit and elements of credit agreements.

The second part includes analysis of economic credit as particular change of this bank product addressed to chosen bunch of clients, i.e. businessmen. Informations be placed in it part concerning different change credit economic, among others, principles of conceding of individual economic credits, estimates of credibility of potential creditors, they should be assigned on that purposes, principles of repayment of credits, etc.

The third part is concentrated on topic of insurance of pretension of debtor. It includes a table, which will facilitate fact-finding reader and comparison of forms of individual insurance presents. Here informations be placed by bank in selection of forms of insurance also concerning factor taken into account.

The fourth part presents short article summary and calling attention on purpose on these elements of credit agreements reader, who has key meaning for repayment of credit.

Wewnętrzne służby ochrony przedsiębiorcy po deregulacji – problematyka administracyjnoprawna

Wstęp

Istnieją obszary, które ze względu na zagrożenie dla różnych dóbr i wartości, takich jak: życie i zdrowie ludzi, bezpieczeństwo państwa, spokój i porządek publiczny, mienie, środowisko naturalne, wolności i prawa człowieka itd. podlegają reglamentacji administracyjnoprawnej. Reglamentacja administracyjnoprawna może przejawiać się w bezwzględnym zakazie podejmowania określonych działań bądź konieczności uzyskania na przykład pozwolenia, zezwolenia, zgody, koncesji, licencji, uzgodnienia lub rejestracji. Zakres reglamentacji jest uzależniony od rodzaju wspomnianych dóbr i wartości podlegających ochronie oraz od stopnia zagrożenia wynikającego z różnych działań człowieka. Trzeba pamiętać, że zakres ingerencji administracyjnoprawnej w sferę wolności i praw jednostki nie może wykraczać poza to, co jest konieczne i nie może naruszać istoty wolności i praw (zasada proporcjonalności). Wśród różnych zagadnień objętych reglamentacją administracyjnoprawną należy wymienić kwestie ochrony bezpieczeństwa, spokoju i porządku publicznego, ochrony osób i mienia, w tym tworzenia przez przedsiębiorców wewnętrznych służb ochrony. Lista aktów normatywnych, wprowadzających różne formy reglamentacji administracyjnoprawnej w tym zakresie jest bardzo długa. Nas z racji tytułu niniejszego opracowania będzie interesowała przede wszystkim ustawa o ochronie osób i mienia (dalej: u.o.o.m.)² oraz przepisy ściśle z nią powiązane. W tym miejscu warto podkreślić, że zawody związane z ochroną osób i mienia objęte zostały procesem deregulacji od 1 stycznia 2014 r.

W rozumieniu u.o.o.m. ochrona osób jest działaniem mającym na celu zapewnienie bezpieczeństwa życia, zdrowia i nietykalności osobistej, natomiast ochrona mienia działaniem zapobiegającym przestępstwom i wykroczeniom przeciwko mieniu, a także przeciwdziałającym powstawaniu szkody wynikającej z tych zdarzeń oraz dopuszczającym do wstępu osób nieuprawnionych na teren

¹ Wyższa Szkoła Ekonomii, Prawa i Nauk Medycznych im. prof. Edwarda Lipińskiego w Kielcach.

² Ustawa z dnia 22 sierpnia 1997 r. o ochronie osób i mienia (tekst jedn. Dz.U. z 2014 r. poz. 1099).

chroniony³. Jak słusznie w jednym z orzeczeń Wojewódzki Sąd Administracyjny zauważył „ochroną mienia w rozumieniu ustawy są działania zapobiegające przestępstwom i wykroczeniom przeciwko mieniu, a także przeciwdziałające powstawaniu szkody wynikającej z tych zdarzeń oraz nie dopuszczające do wstępu osób nieuprawnionych na teren chroniony. Ustawowa definicja ochrony sprowadza się zatem do działań wyłącznie prewencyjnych przy wykonywaniu zadań w granicach chronionych obiektów, do działania w celu zapobiegania, przeciwdziałania, niedopuszczania. Aktywne działania pracowników ochrony, np. ujęcie osób stwarzających bezpośrednie zagrożenie dla życia lub zdrowia czy chronionego mienia, ma na celu niezwłoczne oddanie tych osób Policji”⁴.

Jednym z zagadnień, jakie związane są z prowadzeniem działalności gospodarczej jest tworzenie wewnętrznych służb ochrony przez przedsiębiorców. W wielu przypadkach prowadzenie działalności gospodarczej wiąże się ze szczególnymi wymaganiami w zakresie ochrony obiektów i mienia przedsiębiorstwa, pracowników bądź innych osób przebywających na jego obszarze. Dotyczy to zwłaszcza przedsiębiorstw o szczególnym znaczeniu dla obronności, interesu gospodarczego państwa lub bezpieczeństwa publicznego, np. zajmujących się produkcją lub remontami uzbrojenia, urządzeń i sprzętu wojskowego, przedsiębiorstw magazynujących uzbrojenie, posiadających magazyny rezerw państwowych, zajmujących się wydobywaniem surowców o strategicznym znaczeniu dla państwa, gromadzących, przechowujących bądź transportujących wartości pieniężne w znacznych ilościach, przedsiębiorstw o szczególnym znaczeniu dla funkcjonowania aglomeracji miejskich, których zniszczenie bądź uszkodzenie może stanowić zagrożenie dla życia i zdrowia ludzi bądź środowiska naturalnego (elektrownie, ciepłownie, ujęcia wody, wodociągi i oczyszczalnie ścieków), przedsiębiorstw stosujących, produkujących lub magazynujących w znacznych ilościach materiały jądrowe, źródła i odpady promieniotwórcze, materiały toksyczne, odurzające, wybuchowe bądź chemiczne o dużej podatności pożarowej lub wybuchowej, zakładów o unikalnej produkcji gospodarczej, obiektów i urządzeń telekomunikacyjnych, pocztowych oraz telewizyjnych), muzeów i innych. Obiekty te podlegają obowiązkowej ochronie przez specjalistyczne uzbrojone formacje ochronne lub odpowiednie zabezpieczenie techniczne. W tym miejscu warto podkreślić, że u.o.o.m. pod pojęciem obszaru podlegającego obowiązkowej ochronie rozumie obszar określony przez ministrów, kierowników urzę-

³ Więcej na temat ochrony osób i mienia zob.: W. Kotowski, *Komentarz do ustawy o ochronie osób i mienia*. Komentarz. LEX/el. 2003; M. Zdyb, *Wspólnotowe i polskie publiczne prawo gospodarcze*, tom I, Oficyna a Wolters Kluwer business, Warszawa 2008, s. 154 i n.; L. Bielecki, *Administracyjnoprawna regulacja ochrony bezpieczeństwa i porządku publicznego*, [w:] *Prawo administracyjne – część szczegółowa*, tom II, pod red. J. Stelmasiaka i P. Ruczkowskiego, Oficyna Prawa Polskiego, Warszawa 2011, s. 155 i n.

⁴ Wyrok WSA w Warszawie z dnia 2 sierpnia 2005 r., VI SA/Wa 548/05, Legalis nr 272501.

dów centralnych i wojewodów, wydzielony i odpowiednio oznakowany. Należy zwrócić uwagę na pogląd wyrażony w jednym z orzeczeń Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie, zgodnie z którym „odnośnie wymienionych kategorii obszarów, obiektów i urzędów podlegających obowiązkowej ochronie (w zakresie: obronności państwa, ochrony interesu gospodarczego państwa, bezpieczeństwa publicznego, ochrony innych ważnych interesów państwa) zawarte w ustawie wyliczenie ma charakter enumeratywny (wyczerpujący), natomiast konkretne rodzaje obiektów wymienione w ramach poszczególnych kategorii określone są w sposób przykładowy. Świadczy o tym użyte przez ustawodawcę sformułowanie »w szczególności«; ustawodawca dopuszcza więc możliwość rozszerzenia listy konkretnych obiektów, nakładając bezwarunkowy obowiązek ochrony tych, które zostały wymienione w ustawie”⁵.

Szczegółowe wykazy obszarów, obiektów i urzędów, podlegających obowiązkowej ochronie, sporządzają: Prezes Narodowego Banku Polskiego, Krajowa Rada Radiofonii i Telewizji, ministrowie, kierownicy urzędów centralnych i wojewodowie w stosunku do podległych, podporządkowanych lub nadzorowanych jednostek organizacyjnych. Umieszczenie w wykazie określonego obszaru, obiektu lub urzędu następuje w drodze decyzji administracyjnej. Wojewodowie prowadzą ewidencję obszarów, obiektów i urzędów podlegających obowiązkowej ochronie, znajdujących się na terenie województwa. Ewidencja ma charakter poufny.

Warto zauważyć, że wojewoda, w drodze decyzji administracyjnej może umieścić w ewidencji, znajdujące się na terenie województwa obszary, obiekty i urzędy innych podmiotów niż ww., jeżeli uzna, że powinny być objęte obowiązkową ochroną. Mogą to być zatem obszary, obiekty i urzędy należące do przedsiębiorców.

Przedmiotem zainteresowania autora w niniejszym artykule będą wewnętrzne służby ochrony tworzone przez przedsiębiorców, a przede wszystkim zasady ich tworzenia i funkcjonowania, ze zwróceniem szczególnej uwagi na problem reglamentacji administracyjnoprawnej w tym zakresie.

1. Kwestie szczegółowe

Podstawowym aktem prawnym regulującym zasady tworzenia i funkcjonowania wewnętrznych służb ochrony jest wspomniana wyżej u.o.o.m. Warto zwrócić uwagę, że u.o.o.m. definiuje „wewnętrzne służby ochrony” jako uzbrojone i umundurowane zespoły pracowników przedsiębiorców lub jednostek organizacyjnych, powołane do ich ochrony. Szerszym, obejmującym wewnętrzne służby ochrony, jest pojęcie „specjalistyczne uzbrojone formacje ochronne” – obejmu-

⁵ Wyrok WSA w Warszawie z dnia 9 sierpnia 2006 r., VI SA/Wa 54/06, Legalis nr 260460.

jące wewnętrzne służby ochrony oraz przedsiębiorców, którzy uzyskali koncesję na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie usług ochrony osób i mienia, posiadających pozwolenie na broń na okaziciela, wydane na podstawie odrębnych przepisów. O pojęciu ochrony osób i mienia była mowa wyżej.

Co warto podkreślić, tworzenie wewnętrznych służb ochrony objęte jest reglamentacją administracyjnoprawną, polegającą na konieczności uzyskania stosownego zezwolenia właściwego organu administracji publicznej bądź uzgodnienia z właściwym organem administracji publicznej. Właściwy terytorialnie komendant wojewódzki Policji może, w drodze decyzji administracyjnej, wydać zezwolenie na utworzenie wewnętrznej służby ochrony w jednostce, w skład której nie wchodzi obszary, obiekty i urządzenia umieszczone w – prowadzonej przez wojewodę – ewidencji obszarów, obiektów i urządzeń podlegających obowiązkowej ochronie, znajdujących się na terenie województwa, na wniosek kierowników tych jednostek, uzasadniony ważnym interesem gospodarczym lub publicznym.

Trzeba zauważyć, że utworzenie wewnętrznej służby ochrony bądź zawarcie stosownej umowy z przedsiębiorcą, który uzyskał koncesję na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie usług ochrony osób i mienia, posiadających pozwolenie na broń na okaziciela (specjalistyczne uzbrojone formacje ochronne) jest obligatoryjne w przypadku obszarów, obiektów, urządzeń i transportów podlegających obowiązkowej ochronie, chyba że jest zapewnione odpowiednie zabezpieczenie techniczne. Biorąc dotychczasowe nasze ustalenia pod uwagę, *a contrario* należy przyjąć, że w tym przypadku utworzenie wewnętrznej służby ochrony odbywa się bez konieczności uzyskania odrębnego zezwolenia. Jak wspomniano wyżej, u.o.o.m. przewiduje wymóg uzyskania stosownego zezwolenia właściwego terytorialnie komendanta wojewódzkiego Policji na utworzenie wewnętrznej służby ochrony w jednostce, w skład której nie wchodzi obszary, obiekty i urządzenia umieszczone w – prowadzonej przez wojewodę – ewidencji obszarów, obiektów i urządzeń podlegających obowiązkowej ochronie.

Kierownik jednostki, który bezpośrednio zarządza obszarami, obiektami i urządzeniami podlegającymi obowiązkowej ochronie albo upoważniona przez niego osoba są zobowiązani uzgadniać z właściwym terytorialnie komendantem wojewódzkim Policji plan ochrony tych obszarów, obiektów i urządzeń. Plan ochrony zawiera m.in. dane dotyczące specjalistycznej uzbrojonej formacji ochronnej (jak pamiętamy, pojęcie to obejmuje również wewnętrzne służby ochrony), a w tym: a) stan etatowy, b) rodzaj oraz ilość uzbrojenia i wyposażenia, c) sposób zabezpieczenia broni i amunicji. Odmowa uzgodnienia planu ochrony następuje w drodze decyzji administracyjnej. A zatem w tym przypadku zamiast zezwolenia na utworzenie wewnętrznej służby ochrony mamy zastosowany łagodniejszy mechanizm reglamentacji, polegający na konieczności uzgodnienia planu ochrony – obejmującego również utworzenie specjalistycznej uzbrojonej

formacji ochronnej – z właściwym komendantem wojewódzkim Policji. Jedynie w przypadku odmowy uzgodnienia wydawana jest decyzja administracyjna.

Wymogu uzyskania zezwolenia nie stosuje się również w przypadku tworzenia wewnętrznych służb ochrony, działających na terenach jednostek organizacyjnych podległych, podporządkowanych lub nadzorowanych przez Ministra Obrony Narodowej.

Należy zwrócić uwagę, że decyzja w sprawie zezwolenia na utworzenie wewnętrznej służby ochrony jest oparta na uznaniu administracyjnym⁶. Innymi słowy, nawet spełnienie przesłanek określonych przez u.o.o.m. nie zobowiązuje właściwego komendanta wojewódzkiego Policji do wydania decyzji zgodnej z treścią wniosku.

Obligatoryjnie zezwolenie na utworzenie wewnętrznej służby ochrony nie może być wydane, jeżeli:

- 1) plan ochrony nie zawiera informacji zamieszczanych w planie ochrony stosownie do treści art. 7 ust. 2 u.o.o.m.;
- 2) jednostka wnioskująca nie zapewnia spełnienia warunków wynikających z przepisów wydanych na podstawie u.o.o.m.

Komendant wojewódzki Policji, w drodze decyzji administracyjnej, obligatoryjnie cofa zezwolenie na działalność wewnętrznej służby ochrony, jeżeli:

- 1) kierownik jednostki złoży taki wniosek;
- 2) nie utworzono wewnętrznej służby ochrony w okresie 3 miesięcy od dnia wydania zezwolenia;
- 3) nie usunięto w wyznaczonym terminie stwierdzonych podczas kontroli rażących uchybień lub nieprawidłowości w organizacji wewnętrznej służby ochrony;
- 4) działalność wewnętrznej służby ochrony prowadzona jest niezgodnie z planem ochrony;
- 5) ustały okoliczności, dla których zezwolenie zostało wydane.

Od decyzji w sprawach utworzenia wewnętrznej służby ochrony przysługuje odwołanie do Komendanta Głównego Policji.

Do zadań wewnętrznej służby ochrony należy w szczególności:

- 1) zapewnienie ochrony mienia w granicach chronionych obszarów i obiektów;
- 2) zapewnienie ochrony ważnych urządzeń jednostki, znajdujących się poza granicami chronionych obszarów i obiektów;
- 3) konwojowanie mienia jednostki;

⁶ Więcej na temat uznania administracyjnego zob.: S. Detterbeck, *Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht*, C.H. Beck, München 2008, s. 106 i n.; L. Bielecki, *Władza dyskrecjonalna administracji i jej postacie*, [w:] *Prawo administracyjne. Część ogólna*, pod red. L. Bieleckiego i P. Ruczkowskiego, Difin, Warszawa 2011, s. 163 i n.

4) wykonywanie innych zadań wynikających z planu ochrony jednostki.

Wewnętrzne służby ochrony, powołane przez przedsiębiorców, mogą wykonywać usługi w zakresie ochrony osób i mienia po uzyskaniu przez nich koncesji. Wykonując swoje zadania, wewnętrzne służby ochrony w zakresie ochrony osób i mienia współpracują z Policją, jednostkami ochrony przeciwpożarowej, obrony cywilnej i strażami gminnymi (miejskimi).

Wewnętrzne służby ochrony podlegają kierownikowi jednostki lub osobie pisemnie przez niego upoważnionej, bezpośrednio podporządkowanej temu kierownikowi.

Po zmianach przepisów objętych procesem deregulacji zawodów związanych z ochroną osób i mienia (zniesienie wymogu licencji) kierownik jednostki wystawia legitymację kwalifikowanego pracownika ochrony fizycznej pracownikowi wpisanemu na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej lub legitymację kwalifikowanego pracownika zabezpieczenia technicznego pracownikowi wpisanemu na listę kwalifikowanych pracowników zabezpieczenia technicznego, którzy wchodzi w skład podległej mu wewnętrznej służby ochrony.

Nie ma wątpliwości, iż pracownicy ochrony, w tym wewnętrznych służb ochrony powinni legitymować się odpowiednio zweryfikowanymi kwalifikacjami, które stanowią podstawę do uzyskania uprawnień pracownika ochrony. Dotychczas uprawnieniem tym była licencja, a więc zezwolenie na wykonywanie określonych ustawą zadań związanych z ochroną osób i mienia⁷. Przed nowelizacją ustawy pod pojęciem pracownika ochrony rozumiano *osobę posiadającą licencję pracownika ochrony fizycznej lub licencję pracownika zabezpieczenia technicznego i wykonującą zadania ochrony w ramach wewnętrznej służby ochrony albo na rzecz przedsiębiorcy, który uzyskał koncesję na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie ochrony osób i mienia, lub osobę wykonującą zadania ochrony w zakresie niewymagającym licencji*. Jak wspomniano, zmiany w tym zakresie nastąpiły w wyniku deregulacji zawodów związanych z ochroną osób i mienia. W myśl aktualnie obowiązujących przepisów pracownikiem ochrony jest osoba wpisana na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej lub kwalifikowanych pracowników zabezpieczenia technicznego, i wykonująca zadania ochrony w ramach wewnętrznej służby ochrony albo na rzecz przedsiębiorcy, który uzyskał koncesję na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie usług ochrony osób i mienia, lub osoba wykonująca zadania ochrony, w zakresie niewymagającym wpisu na te listy, na rzecz przedsiębiorcy, który uzyskał koncesję na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie usług ochrony osób i mienia. Wpisu na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej lub kwalifikowanych pracowników zabezpieczenia technicznego dokonuje właściwy wojewódzki komendant Policji po stwierdzeniu spełnienia wymagań okre-

⁷ Zob. W. Kotowski, op.cit.

ślonych u.o.o.m. Osobie wpisanej organ ten wydaje zaświadczenie o dokonaniu wpisu na listę. Zarówno wpis, jak i wydanie zaświadczenia stanowią czynności materialno-techniczne. Natomiast odmowa wpisu na listę bądź skreślenie z listy następują w formie decyzji administracyjnej właściwego komendanta wojewódzkiego Policji.

Podsumowanie

Wśród różnych zagadnień objętych reglamentacją administracyjnoprawną należy wymienić kwestie ochrony osób i mienia, w tym tworzenia przez przedsiębiorców wewnętrznych służb ochrony. Podstawowym aktem prawnym regulującym te zagadnienia jest ustawa o ochronie osób i mienia. Ustawa ta określa m.in.: obszary, obiekty i urządzenia podlegające obowiązkowej ochronie; zasady tworzenia i funkcjonowania wewnętrznych służb ochrony; zasady prowadzenia działalności gospodarczej w zakresie usług ochrony osób i mienia; wymagane kwalifikacje i uprawnienia pracowników ochrony; nadzór nad funkcjonowaniem ochrony osób i mienia.

Przedmiotem szerszej analizy autor uczynił zasady tworzenia i funkcjonowania wewnętrznych służb ochrony, ponieważ zostały one poddane reglamentacji administracyjnoprawnej. Reglamentacja administracyjnoprawna może przejawiać się w bezwzględnym zakazie podejmowania pewnych działań bądź konieczności uzyskania pozwolenia, zezwolenia, zgody, koncesji, licencji, uzgodnienia lub rejestracji określonej działalności. Zakres reglamentacji jest uzależniony od rodzaju dóbr i wartości podlegających ochronie oraz od stopnia zagrożenia wynikającego z różnych działań człowieka. Trzeba pamiętać, że granice ingerencji administracyjnoprawnej w sferę wolności i praw jednostki wyznacza zasada proporcjonalności i że ingerencja ta nie może wykraczać poza to, co jest konieczne i nie może naruszać istoty wolności i praw. Wśród różnych form reglamentacji administracyjnoprawnej w odniesieniu do tworzenia wewnętrznych służb ochrony ustawodawca zdecydował się na zezwolenie oraz uzgodnienie. Stosownie do treści u.o.o.m. właściwy terytorialnie komendant wojewódzkiej Policji może wydać zezwolenie na utworzenie wewnętrznej służby ochrony w jednostce, w skład której nie wchodzi obszary, obiekty i urządzenia umieszczone w – prowadzonej przez wojewodę – ewidencji obszarów, obiektów i urządzeń podlegających obowiązkowej ochronie, znajdujących się na terenie województwa, na wniosek kierowników tych jednostek, uzasadniony ważnym interesem gospodarczym lub publicznym. Co warto podkreślić, decyzja w sprawie zezwolenia na utworzenie wewnętrznych służb ochrony jest oparta na tzw. uznaniu administracyjnym.

Biorąc powyższe pod uwagę, należy zauważyć, że obowiązek uzyskania takiego zezwolenia dotyczy tylko tych jednostek, w tym przedsiębiorców, w skład których nie wchodzi obszary, obiekty bądź urządzenia podlegające obowiązkowo-

wej ochronie. *A contrario* należy przyjąć, że w przypadku jednostek, w skład których wchodzi obiekty podlegające obowiązkowej ochronie ustawodawca nie nałożył obowiązku uzyskania takiego zezwolenia. W tym przypadku przewidziano wymóg uzgodnienia planu ochrony obiektu uwzględniającego m.in. dane dotyczące specjalistycznej uzbrojonej formacji ochronnej, w tym wewnętrznej służby ochrony, z właściwym wojewódzkim komendantem Policji. Jedynie w przypadku odmowy uzgodnienia wydawana jest decyzja administracyjna.

Należy również podkreślić, że w wyniku procesu deregulacji zawodów związanych z ochroną osób i mienia, konieczność uzyskania licencji *pracownika ochrony fizycznej lub licencji pracownika zabezpieczenia technicznego* zastąpiono wpisem na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej lub kwalifikowanych pracowników zabezpieczenia technicznego, co odbywa się w drodze czynności materialno-technicznej – po stwierdzeniu spełnienia wymagań określonych przepisami u.o.o.m.

Bibliografia

- Bielecki L., *Administracyjnoprawna regulacja ochrony bezpieczeństwa i porządku publicznego*, [w:] *Prawo administracyjne – część szczegółowa*, tom II, pod red. J. Stelmasiaka i P. Ruczkowskiego, Oficyna Prawa Polskiego, Warszawa 2011.
- Bielecki L., *Władza dyskrejonalna administracji i jej postacie*, [w:] *Prawo administracyjne. Część ogólna*, pod red. L. Bieleckiego i P. Ruczkowskiego, Difin, Warszawa 2011.
- Detterbeck S., *Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht*, C.H. Beck, München 2008.
- Kotowski W., *Komentarz do ustawy o ochronie osób i mienia*. Komentarz. LEX/el. 2003.
- Zdyb M., *Wspólnotowe i polskie publiczne prawo gospodarcze*, tom I, Oficyna a Wolters Kluwer business, Warszawa 2008.

Wykaz aktów normatywnych

- Ustawa z dnia 22 sierpnia 1997 r. o ochronie osób i mienia* (tekst jedn. Dz.U. z 2014 r. poz. 1099).

Orzecznictwo sądowe

- Wyrok WSA w Warszawie z dnia 2 sierpnia 2005 r.*, VI SA/Wa 548/05, Legalis nr 272501.

Wyrok WSA w Warszawie z dnia 9 sierpnia 2006 r., VI SA/Wa 54/06, Legalis nr 260460.

Streszczenie

Niniejszy artykuł porusza problematykę zasad tworzenia i funkcjonowania wewnętrznych służb ochrony. Tworzenie służb poddane zostało reglamentacji administracyjnoprawnej. Spośród różnych form reglamentacji administracyjnoprawnej w odniesieniu do tworzenia wewnętrznych służb ochrony ustawodawca zdecydował się na zezwolenie oraz uzgodnienie.

Stosownie do treści ustawy o ochronie osób i mienia właściwy terytorialnie komendant wojewódzki Policji może, w drodze decyzji administracyjnej, wydać zezwolenie na utworzenie wewnętrznej służby ochrony w jednostce, w skład której nie wchodzi obszary, obiekty i urządzenia umieszczone w – prowadzonej przez wojewodę – ewidencji obszarów, obiektów i urządzeń podlegających obowiązkowej ochronie. Natomiast kierownik jednostki (przedsiębiorca), który bezpośrednio zarządza obszarami, obiektami i urządzeniami podlegającymi obowiązkowej ochronie, obowiązany jest uzgadniać z właściwym terytorialnie komendantem wojewódzkim Policji plan ochrony tych obszarów, obiektów i urządzeń. Plan ochrony zawiera m.in. dane dotyczące specjalistycznej uzbrojonej formacji ochronnej (pojęcie to obejmuje również wewnętrzne służby ochrony).

Summary

The article focuses on the issue of establishing and operating internal security services in business establishments. Administrative and legal restrictions have been introduced in the process of creating such security companies. From among different forms of administrative and legal restrictions, legislators have decided to use such instruments as consent and approval.

In compliance with the Protection of Person and Property Act, a competent commanding officer of the provincial police headquarters may issue, based on an administrative decision, his consent to establish internal security services in the areas which are not entered in the register of areas, buildings and equipment subject to mandatory protection run by the province administrator, whereas the manager of an enterprise (entrepreneur) who directly manages the areas, buildings and equipment subject to mandatory protection is obliged to seek agreement (approval) with regard to the area, building and equipment protection plans with a competent commanding officer of the provincial police headquarters. The protection plans contain data on specialist armed security forces (the term also refers to internal security services).

Wydatki na aplikacje prawnicze a koszty uzyskania przychodów u przedsiębiorców wykonujących wolne zawody

Wstęp

Spór podatkowy dotyczący wysokości należności podatkowoprawnej jest typowym „konfliktem” między podatnikiem (dłużnikiem podatkowym) a organem podatkowym działającym w imieniu wierzyciela podatkowego. Jak trafnie zauważa W. Nykiel, w Polsce do takich konfliktów bez wątpienia należą uregulowania dotyczące kosztów uzyskania przychodów².

Mając na uwadze powyższe, w publikacji podjęto próbę ustalenia, czy ewentualnie i w jakim zakresie, wydatki poniesione przed rozpoczęciem działalności gospodarczej w celu uzyskania uprawnienia do wykonywania zawodu prawniczego (radcy prawnego, adwokata), np. w postaci: opłat za udział w egzaminie wstępnym na aplikację, opłaty rocznej z tytułu odbywania aplikacji, mogą zostać zaliczone do kosztów uzyskania przychodów z pozarolniczej działalności gospodarczej w świetle art. 22 ust. 1 ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych³? W tym celu przeanalizowano status przedsiębiorcy, istotę kosztów uzyskania przychodów oraz wydatki na aplikacje prawnicze w świetle poglądów doktryny i orzecznictwa.

Tak określony cel publikacji zmierza do ustalenia, czy wątpliwości dotyczące możliwości zaliczenia wydatków na aplikacje prawnicze w ciężar kosztów uzyskania przychodów spowodowane są niedostatkami unormowań prawnych w tym zakresie, czy też ułomnościami w procesie stosowania prawa.

1. Status przedsiębiorcy – uwagi ogólne

Definicję działalności gospodarczej można odnaleźć w kilkunastu aktach prawnych z różnych gałęzi prawa, jednakże definicja zawarta w ustawie o swobo-

¹ Adiunkt w Katedrze Materialnego Prawa Podatkowego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Łódzkiego oraz na Wydziale Prawa Wyższej Szkoły Ekonomii, Prawa i Nauk Medycznych im. E. Lipińskiego w Kielcach.

² W. Nykiel, *Prawo do zapłaty podatku w wysokości wynikającej z przepisów praw*, „Prawo i Podatki” 2008, nr 1, s. 2.

³ Ustawa z dnia 26 lipca 1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych; tekst jednolity: Dz.U. z 2012 r., poz. 361 ze zm.; dalej u.p.d.o.f.

dzie działalności gospodarczej⁴ ma kluczowe znaczenie⁵. Zgodnie z art. 2 u.s.d.g. działalnością gospodarczą jest zarobkowa działalność wytwórcza, budowlana, handlowa, usługowa oraz poszukiwanie, rozpoznawanie i wydobywanie kopalin ze złóż, a także działalność zawodowa, wykonywana w sposób zorganizowany i ciągły. Zatem jest to definicja legalna działalności gospodarczej i oznacza, że działalność ta ma być z założenia działalnością wykonywaną w sposób zorganizowany i nastawioną na nieokreślony z góry czas⁶. Ponadto, jak trafnie podnosi orzecznictwo, w przepisie art. 2 u.s.d.g. zamieszczona jest definicja prawna działalności gospodarczej, co oznacza, iż powinna być ona traktowana, jako powszechnie obowiązujące rozumienie tego pojęcia w polskim systemie prawnym, wiążące zarówno ustawodawcę, jak i organy wykonawcze oraz sądownicze⁷.

Wśród definicji legalnej z art. 2 u.s.d.g. ustawodawca wymienia działalność zawodową, odnoszoną w doktrynie do „profesjonalności jako cechy prakseologicznej wykonywania każdej działalności opartej na posiadanych umiejętnościach faktycznych lub wymaganych kwalifikacjach zawodowych”⁸. Mimo rozbieżności pojawiających się zarówno w piśmiennictwie, ale także judykaturze, do grona przedsiębiorców wykonujących tzw. wolne zawody zalicza się, m.in. adwokatów, radców prawnych czy doradców podatkowych⁹. Innymi słowy normodawca w art. 2 u.s.d.g. rozstrzygnął, że działalność gospodarcza obejmuje również działalność wykonywaną przez wolne zawody, czyli np. przez adwokata, radcę prawnego itp.¹⁰. Ponadto już Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej¹¹ w art. 17 ust. 1 normuje, że w drodze ustawy można tworzyć samorządy zawodowe, reprezentujące osoby wykonujące zawody zaufania publicznego (m.in. adwokata i radcy prawnego)¹² i sprawujące pieczę nad należyтым wykonywaniem tych zawodów w granicach interesu publicznego i dla jego ochrony. Jako przykład

⁴ Ustawa z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej; tekst jednolity: Dz.U. z 2013 r., poz. 672 ze zm.; dalej u.s.d.g.

⁵ M. Sieradzka, *Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. Komentarz 2013*, „Lex/el”.

⁶ Wyrok Sądu Najwyższego (dalej SN) z dnia 4 stycznia 2008 r., I UK 208/07, „Lex” nr 442841.

⁷ Postanowienie SN z dnia 2 lutego 2009 r., V KK 330/08, „Prokuratura i Prawo” 2009, nr 6, poz. 17; wyrok Sądu Apelacyjnego (dalej SA) w Poznaniu z dnia 19 grudnia 2013 r., I A Ca 978/13, orzeczenia.ms.gov.pl. (dalej „OMS”); wyrok Sądu Okręgowego (dalej SO) w Koninie z dnia 3 czerwca 2014 r., II Ca 189/14, „OMS”.

⁸ C. Kosikowski, *Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. Komentarz 2011*, „LexPolonica/el”.

⁹ A. Powałowski, (red.), S. Korolu, M. Pawełczyk, E. Przeszło, K. Trzeciński, E. Wieczorek, *Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. Komentarz 2007*, „Lex/el”.

¹⁰ M. Brożyna, M. Chudzik, K. Kohutek, J. Molis, S. Szuster, *Komentarz do ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej 2005*, „Lex/el”.

¹¹ Ustawa z dnia 2 kwietnia 1997 r. Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej, Dz.U. z 1997 r., nr 78, poz. 483 ze zm.; dalej Konstytucja RP.

¹² P. Kuczma, *Adwokat jako zawód zaufania publicznego w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, „Palestra” 2012, nr 3-4, s. 146 i n.

można wskazać art. 88 Kodeksu spółek handlowych¹³, w którym ustawodawca, oczywiście na potrzeby związane z funkcjonowaniem spółek prawa handlowego wskazuje, że partnerami w spółce mogą być osoby uprawnione do wykonywania następujących zawodów: adwokata, aptekarza, architekta, inżyniera budownictwa, biegłego rewidenta, brokera ubezpieczeniowego, doradcy podatkowego, maklera papierów wartościowych, doradcy inwestycyjnego, księgowego, lekarza, lekarza dentysty, lekarza weterynarii, notariusza, pielęgniarzki, położnej, radcy prawnego, rzecznika patentowego, rzeczoznawcy majątkowego i tłumacza przysięgłego.

Podsumowując należy stwierdzić, że „osoby wykonujące wolne zawody są przedsiębiorcami w rozumieniu przepisów ustawy o swobodzie działalności gospodarczej. Przesądza o tym wykonywanie przez nich działalności zawodowej we własnym imieniu i na własny rachunek”¹⁴. Tożsame w tej mierze stanowisko zajął Sąd Apelacyjny w Gdańsku w wyroku z dnia 13 lutego 2014 r., w którym również wyrażono pogląd, iż w świetle przepisów art. 2 i art. 4 ust. 1 u.s.d.g. adwokaci (ale także inne osoby wykonujące wolne zawody – przyp. autora) mają status prawny przedsiębiorców w rozumieniu tej ustawy¹⁵. Również doktryna podkreśla, iż przedsiębiorcami w rozumieniu ustawy o swobodzie działalności gospodarczej są także osoby wykonujące wolne zawody¹⁶. Co więcej, „działalność zawodowa radcy prawnego (ale także innych grup zawodowych) to działalność: ściśle związana z kwalifikacjami zawodowymi (zawodowy charakter działalności), ciągła (powtarzalność podejmowanych działań), podporządkowana regułom rynku (ukierunkowana na osiąganie zysku), zorganizowana i nakierowana na uczestnictwo w obrocie gospodarczym. Działalność zawodowa to także określony zespół cech, które decydują o jej istnieniu w znaczeniu przedmiotowym”¹⁷.

2. Istota kosztów uzyskania przychodów

W świetle art. 9 ust. 2 u.p.d.o.f. dochodem ze źródła przychodów, jeżeli przepisy art. 24-25 nie stanowią inaczej, jest nadwyżka sumy przychodów z tego źródła nad kosztami ich uzyskania osiągnięta w roku podatkowym¹⁸. Jeżeli koszty uzy-

¹³ Ustawa z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych; tekst jednolity: Dz.U. z 2013 r., poz. 1030 ze zm.; dalej k.s.h.; A. Kappes, *Adwokat jako przedsiębiorca. Nowe wyzwania, stare zasady?* www.nra.pl.

¹⁴ M. Sieradzka, *Ustawa...*, „Lex/el”.

¹⁵ Wyrok SA w Gdańsku z dnia 13 lutego 2014 r., III AUa 897/13, „Legalis” nr 797316.

¹⁶ M. Sieradzka, *Ustawa...*, „Lex/el”.

¹⁷ Ł. Błaszczak, *Status radcy prawnego w świetle ustawy o swobodzie działalności gospodarczej*, „Radca Prawny” 2004, nr 6, s. 15 i n.

¹⁸ D. Niestrzębski, *Ewolucja pojęcia kosztów uzyskania przychodów*, „Kwartalnik Prawa Podatkowego” 2007, nr 1, s. 9 i n.

skania przekraczając sumę przychodów, różnica jest stratą ze źródła przychodów. Zatem im wyższe koszty uzyskania przychodów, tym mniejszy dochód, a tym samym niższa należność podatkowoprawna¹⁹. Innymi słowy ewentualność zaliczenia określonego wydatku do kosztów uzyskania przychodów wpłynie „bezpośrednio na wysokość dochodu, będącego podstawą opodatkowania, a w konsekwencji – na wysokość obciążenia podatkowego”²⁰. W tym miejscu należy także powtórzyć za A. Mariańskim, iż „podstawową zasadą podatku typu dochodowego jest pomniejszenie przychodu o wydatki stanowiące koszty uzyskania przychodów (...), a zatem trudno się zgodzić z twierdzeniem, że podatnik uzyskuje korzyść majątkową²¹ poprzez odliczenie kosztów od przychodów”²². Również w judykaturze wskazuje się, iż brzmienie art. 22 ust. 1 u.p.d.o.f. nie pozostawia wątpliwości, że koszty, o których jest mowa w tymże przepisie, pozostają w relacji z przychodem, a nie zyskiem netto – są to bowiem wydatki poniesione w celu uzyskania przychodu, a zatem uwzględnia się je, co do zasady, przy obliczaniu dochodu – czyli nadwyżki sumy przychodów nad kosztami ich uzyskania²³.

Zgodnie z art. 22 ust. 1 u.p.d.o.f. kosztami uzyskania przychodów są koszty poniesione w celu osiągnięcia przychodów lub zachowania albo zabezpieczenia źródła przychodów, z wyjątkiem kosztów wymienionych w art. 23²⁴. Należy też dodać, że w art. 22 ust. 1 u.p.d.o.f. (analogicznie jak w art. 15 ust. 1 ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych²⁵) odnajdujemy normatywną koncepcję kosztów uzyskania przychodów (ogólną klauzulę określającą koszty uzyskania przychodów)²⁶.

¹⁹ W. Nykiel (red.), A. Mariański (red.), *Komentarz do ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych 2014*, Wyd. ODDK, Gdańsk 2014, s. 447.

²⁰ A. Olesińska, *Polskie prawo podatkowe*, Wyd. TNOiK, Toruń 2012, s. 278.

²¹ Niech jako przykład obarczonego błędem stanowiska stanowi wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego (dalej WSA) w Bydgoszczy z dnia 12 marca 2014 r., w którym podnosi się, iż „w postępowaniu, w którym przedmiotem sporu jest zasadność zaliczenia określonych wydatków do kosztów uzyskania przychodów, ciężar dowodu obciąża podatnika, gdyż to on, z mocy przepisów prawa materialnego, wywodzi z tego działania korzyść w postaci obniżenia podstawy opodatkowania” – wyrok WSA w Bydgoszczy z dnia 12 marca 2014 r., I SA/Bd 747/13, „Lex” nr 1457178.

²² A. Mariański, *Koszty uzyskania przychodów*, „Prawo i Podatki” 2007, nr 11, s. 5 i n.

²³ Koszty uzyskania przychodu odejmuje się od przychodu, a nie zysku netto – wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego (dalej NSA) z dnia 16 kwietnia 2013 r., II FSK 1692/11, „CBOSA”; wyrok NSA z dnia 16 kwietnia 2013 r., II FSK 1694/11, „Lex” nr 1336920; zob. także A. Gomułowicz, *Koszty podatkowe – zasady i kontrowersje*, „Kwartalnik Prawa Podatkowego” 2007, nr 1, s. 19 i n.

²⁴ A. Olesińska, *Polskie...*, op.cit., s. 278.

²⁵ Ustawa z dnia 15 lutego 1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych; tekst jednolity: Dz.U. z 2014 r., poz. 851 ze zm.; dalej u.p.d.o.p.

²⁶ W. Nykiel (red.), A. Mariański (red.), *Komentarz...*, op.cit., s. 449; A. Mariański, *Koszty...*, op.cit., s. 7.

Przy ustalaniu kosztów uzyskania przychodów, każdy wydatek – poza *explicite* wskazanymi w ustawie o podatku dochodowym od osób fizycznych niestanowiącymi kosztów – wymaga indywidualnej oceny pod kątem istnienia związku z tymi przychodami i racjonalności działania dla osiągnięcia tego przychodu²⁷. Dlatego też, aby dany wydatek (koszt, odpis) mógł zostać uznany za koszt uzyskania przychodów, powinny być łącznie spełnione konkretne przesłanki (zarówno pozytywne, jak i negatywne):

- a) wydatek (koszt) musi być rzeczywiście poniesiony;
- b) celem poniesienia wydatku (kosztu) powinno być osiągnięcie przychodu lub zachowanie albo zabezpieczenie źródła przychodów;
- c) wydatek (koszt) nie może znajdować się na liście zawartej w art. 23 ust. 1 u.p.d.o.f. (odpowiednio art. 16 ust. 1 u.p.d.o.p.), będącej katalogiem wydatków (kosztów), które nie mogą być zaliczane do kosztów uzyskania przychodów²⁸.

Analogicznie czytamy w orzecznictwie, iż wydatek stanowi koszt podatkowy, jeżeli służy osiągnięciu jakiegoś celu związanego z prowadzoną przez podatnika działalnością gospodarczą, został poniesiony²⁹ i nie jest ujęty w katalogu kosztów wykluczonych z zakresu kosztów uzyskania przychodów³⁰. Podobnie czytamy w wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Białymstoku z dnia 12 czerwca 2013 r., iż kosztem uzyskania przychodów jest taki koszt, który został poniesiony przez podatnika w celu uzyskania przychodów, zachowania lub zabezpieczenia ich źródła, który jest kosztem rzeczywistym, pozostaje w związku z prowadzoną działalnością gospodarczą, został właściwie udokumentowany i nie został wyłączony na podstawie art. 23 ust. 1 u.p.d.o.f.³¹. Zatem dla ustalenia, co jest kosztem podatkowym niezbędne jest wykazanie, czy spełnia on kryteria określone w art. 22 ust. 1 u.p.d.o.f., a jeżeli tak, to czy nie został wyłączony na

²⁷ Wyrok WSA w Poznaniu z dnia 26 lutego 2014 r., I SA/Po 716/13, „Lex” nr 1440435.

²⁸ W. Nykiel, A. Mariański, D. Strzelec, E. Walińska, W. Bojanowski, A. Wencel, *Leksykon kosztów uzyskania przychodów w podatku dochodowym od osób prawnych z uwzględnieniem regulacji prawa bilansowego*, Wyd. ODDK, Gdańsk 2007, s. 13; D. Strzelec, *Usługi niematerialne – problemy dowodowe a możliwość zaliczenia poniesionych wydatków do kosztów podatkowych*, „Kwartalnik Prawa Podatkowego” 2007, nr 1, s. 109-110.

²⁹ Przez „poniesienie” kosztu należy rozumieć zarówno poniesienie wydatku, jak i zakwalifikowanie faktycznie zrealizowanego odpisu lub innego zmniejszenia aktywów lub zwiększenia strat – wyrok NSA z dnia 20 maja 2014 r., II FSK 1503/12, „CBOSA”. Także według definicji słownikowej „ponieść”, to „zostać obciążonym, obciążonym czymś” – www.sjp.pwn.pl. Czyli istotą poniesienia kosztu jest obciążenie majątkowe podatnika mające charakter definitywny i nie może podlegać zwrotowi – W. Nykiel (red.), A. Mariański (red.), *Komentarz...*, op.cit., s. 448; W. Pietrasiewicz, M. Romańczuk, *Koszty uzyskania przychodów*, Wyd. C.H. Beck, Warszawa 2009, s. 6.

³⁰ Wyrok WSA w Bydgoszczy z dnia 21 stycznia 2014 r., I SA/Bd 879/13, „Lex” nr 1435987.

³¹ Wyrok WSA w Białymstoku z dnia 12 czerwca 2013 r., I SA/Bk 162/13, „CBOSA”.

podstawie art. 23 ust. 1 ustawy³². Czyli wydatek, który spełnia kryteria określone w art. 22 ust. 1 u.p.d.o.f. i nie został wyłączony z kosztów na podstawie art. 23 ust. 1 tejże ustawy jest kosztem podatkowym³³. Oznacza to, że kosztem uzyskania przychodów są także wydatki, które zostały poniesione w celu osiągnięcia przychodów, ale cel ten nie został osiągnięty, dlatego że ustawodawca posługując się zwrotem wszelkie koszty poniesione w celu osiągnięcia przychodu, nie posługuje się sformułowaniem „skutek”, a zatem brak skutku, tj. przychodu, nie dyskwalifikuje wydatku jako kosztu poniesionego w celu osiągnięcia przychodu³⁴.

3. Wydatki na aplikację prawniczą a koszty uzyskania przychodów

Aplikacja prawnicza, np. adwokacka, radcowska jest specjalistycznym szkoleniem zawodowym, przygotowującym do wykonywania zawodu i stanowi ustawowy warunek uzyskania uprawnień zawodowych oraz możliwości podjęcia działalności gospodarczej³⁵. Innymi słowy aplikacja prawnicza nie jest kolejnym ogólnym etapem edukacji, lecz jest wyspecjalizowanym szkoleniem zawodowym, którego odbycie jest warunkiem *sine qua non* do uzyskania uprawnień zawodowych i wykonywania zawodu, np. radcy prawnego czy adwokata³⁶. Ponadto odbycie, np. aplikacji radcowskiej jest obowiązkiem wynikającym z ustawy o radcach prawnych³⁷. Zatem, jeżeli podatnik rozpoczął prowadzenie działalności gospodarczej po odbyciu aplikacji i wykonuje zawód radcy prawnego czy adwokata, to wydatki poniesione na odpłatną aplikację spełniają definicję kosztów uzyskania przychodów zawartą w art. 22 oraz 23 u.p.d.o.f., ponieważ są związane i niezbędne do prowadzenia tej działalności i uzyskiwania przychodu³⁸. Ponadto wydatki poniesione na aplikację, w tym m.in. opłata za egzamin wstępny, opłaty za szkolenie aplikacyjne oraz związane z wpisem na listę radców prawnych, spełniają definicję kosztów uzyskania przychodów zawartą w art. 22 oraz art. 23 u.p.d.o.f., ponieważ wszystkie koszty ponoszone na poszczególnych etapach celem uzyskania uprawnień zawodowych, są bezpośrednio związane z uzyskaniem tych uprawnień i niezbędne do prowadzenia działalności w for-

³² K. Koperkiewicz-Mordel, [w:] M. Sęk (red.), *Prawo podatkowe. Podręcznik dla Podyplomowego Studium Prawa Podatkowego*, Wyd. Agent PR, Łódź 2014, s. 360 i n.

³³ Wyrok WSA w Warszawie z dnia 21 marca 2013 r., III SA/Wa 2877/12, „Lex” nr 1365892.

³⁴ Wyrok WSA w Warszawie z dnia 22 maja 2012 r., III SA/Wa 2272/11, CBOSA; wyrok NSA z dnia 1 czerwca 2000 r., SA/Rz 1596/97, „CBOSA”.

³⁵ Wyrok WSA w Gorzowie Wielkopolskim z dnia 15 maja 2014 r., I SA/Go 188/14, „Lex” nr 1477482.

³⁶ Wyrok WSA w Poznaniu z dnia 8 maja 2014 r., I SA/Po 873/13, „CBOSA”.

³⁷ Ustawa z dnia 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych; tekst jednolity: Dz.U. z 2014 r., poz. 637 ze zm.; dalej u.r.p.

³⁸ Wyrok WSA w Gdańsku z dnia 18 czerwca 2014 r., I SA/Gd 446/14, „Lex” nr 1484928.

mie kancelarii radcy prawnego, a tym samym uzyskiwania przychodu³⁹. Innymi słowy „możliwość zaliczenia do kosztów uzyskania przychodów z działalności wydatków poniesionych przed rozpoczęciem tej działalności istnieje zarówno wobec wydatków poniesionych w roku podatkowym, w którym osiągnięte zostaną przychody z działalności, jak i wydatków z lat wcześniejszych. Treść art. 22 ust. 1 u.p.d.o.f. nie wyklucza możliwości zaliczenia, jako kosztów uzyskania przychodów, wydatków poniesionych w innym roku podatkowym niż osiągnięte przychody. Skoro podatnik zamierza rozpocząć prowadzenie działalności gospodarczej po odbyciu aplikacji adwokackiej i wykonywać zawód adwokata, wydatki poniesione na odpłatną aplikację adwokacką spełniają definicję kosztów uzyskania przychodów zawartą w art. 22 ust. 1 oraz art. 23 u.p.d.o.f., ponieważ są bezpośrednio związane i niezbędne do prowadzenia tej działalności i uzyskiwania przychodu”⁴⁰. Należy także zauważyć, że sytuacja podatkowoprawna osoby, która zdobywszy uprawnienia do wykonywania zawodu, np. radcy prawnego nie zdecyduje się na rozpoczęcie działalności gospodarczej będzie krańcowo różna, ponieważ nie będzie ona mogła zaliczyć wydatków poniesionych na aplikację do kosztów uzyskania przychodów⁴¹.

Wydatki związane z podnoszeniem kwalifikacji zawodowych, takie jak opłata za udział w egzaminie konkursowym na aplikację adwokacką, opłaty roczne za poszczególne lata aplikacji adwokackiej, składki członkowskie z tytułu przynależności do samorządu adwokackiego oraz opłata za egzamin adwokacki, nie zostały ujęte w katalogu wydatków nieuznawanych za koszt uzyskania przychodów, zawartym w treści art. 23 u.p.d.o.f.⁴². Innymi słowy, wydatki poniesione na odpłatną aplikację radcowską spełniają definicję kosztów uzyskania przychodów zawartą w art. 22 oraz 23 u.p.d.o.f., ponieważ są bezpośrednio związane i niezbędne do prowadzenia tej działalności i uzyskiwania przychodu⁴³. To samo dotyczy wydatków poniesionych już po uzyskaniu wpisu na listę radców prawnych, a przed rozpoczęciem działalności gospodarczej (m.in. składki z tytułu przynależności do samorządu zawodowego)⁴⁴. Należy zatem stanowczo podkreślić, iż za koszt uzyskania przychodu należy uznać wydatek, który warunkuje rozpoczęcie prowadzenia działalności gospodarczej, a z taką sytuacją mamy do czynienia w przypadku wykonywania zawodu radcy prawnego w formie kancelarii radcy prawnego, gdyż odbycie aplikacji radcowskiej jest niezbędne i konieczne do wykonywania zawodu radcy prawnego⁴⁵.

³⁹ Wyrok WSA w Opolu z dnia 13 czerwca 2014 r., I SA/Op 295/14, „Lex” nr 1487861.

⁴⁰ Wyrok WSA w Gdańsku z dnia 10 czerwca 2014 r., I SA/Gd 366/14, „Lex” nr 1484916.

⁴¹ Wyrok WSA w Krakowie z dnia 12 lutego 2014 r., I SA/Kr 2213/13, „CBOSA”.

⁴² Wyrok WSA w Rzeszowie z dnia 25 marca 2014 r., I SA/Rz 31/14, „Lex” nr 1450094.

⁴³ Wyrok WSA w Poznaniu z dnia 31 maja 2012 r., I SA/Po 301/12, „CBOSA”.

⁴⁴ Wyrok WSA w Poznaniu z dnia 5 marca 2014 r., I SA/Po 772/13, „Lex” nr 1443204.

⁴⁵ Wyrok WSA w Gdańsku z dnia 25 lutego 2014 r., I SA/Gd 1650/13, „Lex” nr 1469627.

Koszty aplikacji prawniczej poniesione przed rozpoczęciem działalności gospodarczej nie będą mieć charakteru osobistego⁴⁶, związanego z podnoszeniem ogólnego poziomu wiedzy prawniczej i w konsekwencji należy je uznać za związane z działalnością gospodarczą, ponieważ są to koszty specjalistycznego szkolenia zawodowego, niezbędnego dla osiągnięcia zawodu, np. radcy prawnego i świadczenia usług prawniczych⁴⁷. Nie może zatem budzić wątpliwości uzasadnienie poniesienia tego rodzaju wydatków, a tym samym nie ma też żadnych podstaw do kwestionowania tych wydatków z punktu widzenia kwalifikacji ich poniesienia – jako racjonalnych, przez co brak jest uzasadnionych podstaw do kwalifikowania tego rodzaju wydatków, jako wydatków wyłącznie osobistych, nie wykazujących związku z planowaną działalnością gospodarczą, wykonywaną w ramach dopuszczalnej ustawowo formy (indywidualna kancelaria radcy prawnego)⁴⁸. Ponadto odbycie aplikacji jest warunkiem koniecznym dla wykonywania zawodu radcy prawnego/adwokata w formach przewidzianych w odpowiednich ustawach, a także potwierdza ustawowe kwalifikacje pozwalające na wykonywanie tych zawodów⁴⁹. Dla przykładu, odbycie aplikacji radcowskiej jest niezbędne i konieczne do wykonywania zawodu radcy prawnego, a zgodnie z art. 23 u.r.p. prawo wykonywania zawodu radcy prawnego powstaje z chwilą dokonania wpisu na listę radców prawnych i złożenia ślubowania, zaś na listę radców prawnych zgodnie z art. 24 ust. 1 powołanej ustawy może być wpisany ten, kto m.in. odbył w Rzeczypospolitej Polskiej aplikację radcowską i złożył egzamin radcowski (z zastrzeżeniem art. 25 ust. 1 i 2)⁵⁰.

Możliwość zaliczenia do kosztów uzyskania przychodów z działalności wydatków poniesionych przed rozpoczęciem tej działalności, istnieje zarówno wobec wydatków poniesionych w roku podatkowym, w którym osiągnięte zostaną przychody z działalności, jak i wydatków z lat wcześniejszych⁵¹. Treść art. 22 ust. 1 u.p.d.o.f. nie wyklucza bowiem możliwości zaliczenia jako kosztów uzyskania przychodów, wydatków poniesionych w innym roku podatkowym niż osiągnięte przychody⁵². Również według orzecznictwa „kancelaria radcy prawnego i doradcy podatkowego może być prowadzona jedynie przez osobę posiadającą tytuł zawodowy radcy prawnego i doradcy podatkowego. Wniosek taki wynika z analizy treści art. 8 ust. 1 ustawy o radcach prawnych, który wymienia jako jedną z form wykonywania przez radcę prawnego zawodu działalność w formie kan-

⁴⁶ E. Walińska, A. Mariański, *Koszty w prawie bilansowym i podatkowym – pojęcie i zasady ich uznawania w zysku i w dochodzie*, „Kwartalnik Prawa Podatkowego” 2007, nr 1, s. 82.

⁴⁷ Wyrok WSA w Gdańsku z dnia 22 lipca 2014 r., I SA/Gd 689/14, „Lex” nr 1493705.

⁴⁸ Wyrok WSA w Krakowie z dnia 27 lutego 2014 r., I SA/Kr 2097/13, „CBOSA”.

⁴⁹ Wyrok WSA w Warszawie z dnia 18 lutego 2014 r., III SA/Wa 1983/13, „CBOSA”.

⁵⁰ Wyrok WSA w Gdańsku z dnia 30 lipca 2014 r., II SAB/Gd 82/14, „CBOSA”.

⁵¹ Wyrok WSA w Bydgoszczy z dnia 9 kwietnia 2014 r., I SA/Bd 232/14, „CBOSA”.

⁵² Wyrok WSA w Gliwicach z dnia 21 maja 2014 r., I SA/Gl 1711/13 „CBOSA”.

celarii radcy prawnego. Warunkiem podjęcia przez wnioskodawcę działalności gospodarczej w formie kancelarii radcy prawnego jest zatem uprzednie uzyskanie tytułu zawodowego radcy prawnego. W konsekwencji wszelkie przychody osiągnięte w ramach tejże działalności będą bezpośrednio związane z uzyskanymi uprawnieniami zawodowymi, bez nich bowiem niemożliwe byłoby w ogóle założenie działalności w formie kancelarii radcy prawnego i świadczenia w jej ramach usługi prawnych⁵³.

„Użyte w przepisie art. 22 ust. 1 u.p.d.o.f. określenie »w celu« oznacza pozostawianie wydatku (kosztu) w takim związku z przychodami lub zachowaniem albo zabezpieczeniem ich źródła, że poniesienie go ma lub może mieć wpływ na powstanie lub zwiększenie przychodów lub zachowanie albo zabezpieczenie ich źródeł. Zatem, przy kwalifikowaniu kosztów uzyskania przychodów, określony wydatek wymaga nie tylko oceny pod kątem czy jego poniesienie miało związek z konkretnym przychodem, ale także z punktu widzenia racjonalności określonego działania dla osiągnięcia przychodu»⁵⁴. Inaczej mówiąc nie do zaakceptowania są stanowiska, według których „ponoszenie wydatków wymaganych w związku z aplikacją nie jest działaniem zdeterminowanym na uzyskanie przychodu, ale na zdobycie wymaganych ustawą uprawnień do wykonywania zawodu radcy prawnego, bez względu na formę, w jakiej ten zawód ma być wykonywany. Wydatki mają charakter wydatków osobistych, których przyczyna nie jest związana z działalnością gospodarczą»⁵⁵. Także twierdzenie, iż „pomiędzy wydatkami na aplikację radcowską a prowadzoną działalnością gospodarczą radcy prawnego nie występuje związek przyczynowo-skutkowy»⁵⁶ jest nietrafione, ponieważ w prawie podatkowym, nie można powielać „zasady związku przyczynowo-skutkowego prawa cywilnego do zasad ustalania kosztów podatkowych»⁵⁷.

Podsumowanie

Użyte w przepisie art. 22 ust. 1 u.p.d.o.f. określenie „w celu” oznacza pozostawianie wydatku (kosztu) w takim związku z przychodami lub zachowaniem

⁵³ Wyrok WSA w Warszawie z dnia 18 lutego 2014 r., III SA/Wa 1983/13, „CBOSA”.

⁵⁴ Wyrok WSA w Gdańsku z dnia 22 lipca 2014 r., I SA/Gd 689/14, „Lex” nr 1493705.

⁵⁵ Wyrok WSA w Bydgoszczy z dnia 11 lutego 2014 r., I SA/Bd 37/14, „Lex” nr 1457164.

⁵⁶ Wyrok WSA w Łodzi z dnia 16 grudnia 2013 r., I SA/Łd 1149/13, „CBOSA”.

⁵⁷ A. Mariański, *Brak podstaw do stosowania cywilnoprawnego pojęcia związku przyczynowo-skutkowego jako przesłanki do uznania kosztu podatkowego*, „Przegląd Podatkowy” 2006, nr 6, s. 13 i n.; analogicznie W. Nykiel, A. Mariański, *Komentarz do ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych 2013*, Wyd. ODDK, Gdańsk 2013, s. 338; W. Nykiel (red.), W. Chróścielewski, K. Koperkiewicz-Mordel, M. Sęk, M. Wilk, *Polskie prawo podatkowe. Podręcznik akademicki*, Warszawa 2013, s. 182; B. Brzeziński, *O niektórych aspektach zaliczania wydatków do kosztów uzyskania przychodów w podatku dochodowym od osób prawnych*, „Kwartalnik Prawa Podatkowego” 2006, nr 3-4, s. 128.

albo zabezpieczeniem ich źródła, że poniesienie go ma lub może mieć wpływ na powstanie lub zwiększenie przychodów lub zachowanie albo zabezpieczenie ich źródeł⁵⁸. Zatem za koszt uzyskania przychodu należy tym bardziej uznać wydatek, który warunkuje rozpoczęcie prowadzenia działalności gospodarczej, a z taką sytuacją mamy do czynienia w przypadku wykonywania zawodu adwokata (radcy prawnego)⁵⁹. Zatem nie można mieć wątpliwości, że kancelaria adwokacka może być prowadzona jedynie przez osobę posiadającą tytuł zawodowy adwokata, gdyż wniosek taki wynika bezpośrednio z treści art. 4a ust. 1 ustawy Prawo o adwokaturze⁶⁰, który wymienia jako jedną z form wykonywania przez adwokata zawodu działalność w formie kancelarii adwokackiej⁶¹. Innymi słowy rozpoczęcie prowadzenia działalności gospodarczej po odbyciu także aplikacji radcowskiej i wykonywanie zawodu radcy prawnego, powoduje, że wydatki poniesione na odpłatną aplikację spełniają definicję kosztów uzyskania przychodów zawartą w art. 22-23 u.p.d.o.f., ponieważ są bezpośrednio związane i niezbędne do prowadzenia tej działalności i uzyskiwania przychodu, a ponadto przepisy ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych nie zawierają unormowań, które zabraniałyby zaliczania do kosztów uzyskania przychodów wydatków ponoszonych przed rozpoczęciem działalności gospodarczej⁶².

Obligatoryjne wydatki poniesione przed rozpoczęciem działalności gospodarczej w celu uzyskania uprawnienia do wykonywania zawodu radcy prawnego (adwokat), np. w postaci: opłaty za udział w egzaminie wstępnym na aplikację, opłaty za wpis na listę aplikantów, opłaty rocznej z tytułu odbywania aplikacji, opłaty za egzamin, składek członkowskich z tytułu uczestnictwa w samorządzie, mogą zostać zaliczone do kosztów uzyskania przychodów z pozarolniczej działalności gospodarczej⁶³. Pamiętać należy, iż każdy wydatek celowo poniesiony z zamiarem uzyskania przychodu, poza wyraźnie wskazanymi w art. 23 u.p.d.o.f., powinien być uznany za koszt uzyskania przychodu⁶⁴. W tym miejscu przypomnieć należy, że treść art. 22 ust. 1 u.p.d.o.f. opiera się na tzw. klauzuli generalnej⁶⁵, co oznacza, iż aby dany wydatek mógł być zaliczony do kosztów uzyskania przychodów, musi spełniać kumulatywnie następujące warunki: powinien być rzeczywiście (definitywnie) poniesiony przez podatnika, nie może

⁵⁸ Wyrok NSA z dnia 27 czerwca 2013 r., II FSK 2192/11, „Lex” nr 1455489.

⁵⁹ Wyrok WSA w Gorzowie Wielkopolskim z dnia 15 maja 2014 r. I SA/Go 188/14, „CBOSA”.

⁶⁰ Ustawa z dnia 26 maja 1982 r. Prawo o adwokaturze; tekst jednolity: Dz.U. z 2014 r., poz. 635 ze zm.; dalej p.a.

⁶¹ Wyrok WSA w Gorzowie Wielkopolskim z dnia 15 maja 2014 r., I SA/Go 188/14, „CBOSA”.

⁶² Wyrok WSA w Gdańsku z dnia 18 czerwca 2014 r., I SA/Gd 446/14, „CBOSA”.

⁶³ Wyrok WSA w Łodzi z dnia 25 października 2013 r., I SA/Łd 942/13, „Lex” nr 1496336.

⁶⁴ Wyrok NSA z dnia 10 stycznia 2014 r., II FSK 346/12, „CBOSA”.

⁶⁵ L. Kleczkowski, *Definicja kosztów uzyskania przychodów jako klauzula generalna*, „Kwartalnik Prawa Podatkowego” 2012, nr 4, s. 23 i n.; M. Piłkuła, *Business lunch a koszty uzyskania przychodów*, „Kwartalnik Prawa Podatkowego” 2011, nr 1, s. 88.

znajdować się w określonym w art. 23 u.p.d.o.f. katalogu wydatków i odpisów, które nie mogą być zaliczone do kosztów uzyskania przychodów, powinien pozostawać w związku z prowadzoną przez podatnika działalnością gospodarczą, winien zostać poniesiony w celu uzyskania przychodów i być właściwie udokumentowany⁶⁶. A wydatki na aplikacje prawnicze – powyższe warunki spełniają, gdyż warunkiem uznania wydatku za koszt uzyskania przychodu jest wystąpienie zdarzenia gospodarczego spełniającego przesłanki wymienione w art. 22 ust. 1 u.p.d.o.f.⁶⁷.

Podsumowując należy stwierdzić, że poniesienie wydatków na aplikacje prawnicze było niezbędne dla rozpoczęcia zarobkowej działalności gospodarczej polegającej na świadczeniu usług prawniczych, np. w ramach kancelarii adwokackiej, ponieważ celem takiej działalności gospodarczej jest osiąganie przychodu, a działalność ta (jak pozostałe rodzaje działalności gospodarczej) ma charakter zarobkowy⁶⁸. Ponadto bez znaczenia będzie fakt, iż wydatki zostały poniesione przed rejestracją działalności gospodarczej, czy też przed uzyskaniem uprawnień do wykonywania zawodu adwokata, czy radcy prawnego⁶⁹. Również poniesienie wydatków na odbycie aplikacji prawniczych przed rozpoczęciem działalności gospodarczej nie można w żaden sposób postrzegać, jako poniesionych na cele osobiste⁷⁰, ponieważ „idąc” tym tokiem rozumowania można podważyć wszystkie wydatki na zdobycie kwalifikacji zawodowych.

Bibliografia

- Błaszczak Ł., *Status radcy prawnego w świetle ustawy o swobodzie działalności gospodarczej*, „Radca Prawny” 2004, nr 6.
Borszowski P., *Wydatki na badanie stanu firmy a koszty uzyskania przychodów*, „Prawo i Podatki” 2008, nr 1.
Brożyna M., Chudzik M., Kohutek K., Molis J., Szuster S., *Komentarz do ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej 2005*, „Lex/el”.

⁶⁶ Wyrok WSA w Opolu z dnia 5 grudnia 2012 r., I SA/Op 367/12, „Lex” nr 1233547; P. Borszowski, *Wydatki na badanie stanu firmy a koszty uzyskania przychodów*, „Prawo i Podatki” 2008, nr 1, s. 33-35.

⁶⁷ Wyrok NSA z dnia 23 maja 2013 r., II FSK 1908/12, „Lex” nr 1328439.

⁶⁸ Wyrok WSA w Kielcach z dnia 19 września 2013 r., I SA/Ke 468/13, „CBOSA”.

⁶⁹ R. Kubacki, *Glosa do wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 7 marca 2013 r.*, III SA/WA 2577/12, www.palestra.pl.

⁷⁰ Zob. interpretacja indywidualna Dyrektora Izby Skarbowej w Łodzi z dnia 11 czerwca 2014 r., IPTPB1/415-178/14-2/AP, „Lex” nr 234825; J. Budziszewski, A. Żarkowska, *Wydatki poniesione przed rozpoczęciem pozarolniczej działalności gospodarczej w celu uzyskania uprawnień do wykonywania zawodu*, „Doradztwo Podatkowe” 2013, nr 9, s. 62 i n.

- Brzeziński B., *O niektórych aspektach zaliczania wydatków do kosztów uzyskania przychodów w podatku dochodowym od osób prawnych*, „Kwartalnik Prawa Podatkowego” 2006, nr 3-4.
- Budziszewski J., Żarkowska A., *Wydatki poniesione przed rozpoczęciem pozarolniczej działalności gospodarczej w celu uzyskania uprawnień do wykonywania zawodu*, „Doradztwo Podatkowe” 2013, nr 9.
- Gomułowicz A., *Koszty podatkowe – zasady i kontrowersje*, „Kwartalnik Prawa Podatkowego” 2007, nr 1.
- Kappes A., *Adwokat jako przedsiębiorca. Nowe wyzwania, stare zasady?* www.nra.pl.
- Kleczkowski L., *Definicja kosztów uzyskania przychodów jako klauzula generalna*, „Kwartalnik Prawa Podatkowego” 2012, nr 4.
- Kosikowski C., *Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. Komentarz 2011*, „LexPolonica/el”.
- Kubacki R., *Glosa do wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 7 marca 2013 r., III SA/WA 2577/12*, www.palestra.pl.
- Kuczma P., *Adwokat jako zawód zaufania publicznego w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, „Palestra” 2012, nr 3-4.
- Niestrzębski D., *Ewolucja pojęcia kosztów uzyskania przychodów*, „Kwartalnik Prawa Podatkowego” 2007, nr 1.
- Nykiel W., Mariański A., Strzelec D., Walińska E., Bojanowski W., Wencel A., *Leksykon kosztów uzyskania przychodów w podatku dochodowym od osób prawnych z uwzględnieniem regulacji prawa bilansowego*, Wyd. ODDK, Gdańsk 2007.
- Nykiel W., *Prawo do zapłaty podatku w wysokości wynikającej z przepisów praw*, „Prawo i Podatki” 2008, nr 1.
- Nykiel W., Mariański A., *Komentarz do ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych 2013*, Wyd. ODDK, Gdańsk 2013.
- Nykiel W. (red.), Chróścielewski W., Koperkiewicz-Mordel K., Sęk M., Wilk M., *Polskie prawo podatkowe. Podręcznik akademicki*, Warszawa 2013.
- Nykiel W. (red.), Mariański A. (red.), *Komentarz do ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych 2014*, Wyd. ODDK, Gdańsk 2014.
- Mariański A., *Brak podstaw do stosowania cywilnoprawnego pojęcia związku przyczynowo-skutkowego jako przesłanki do uznania kosztu podatkowego*, „Przegląd Podatkowy” 2006, nr 6.
- Mariański A., *Koszty uzyskania przychodów*, „Prawo i Podatki” 2007, nr 11.
- Olesińska A., *Polskie prawo podatkowe*, Wyd. TNOiK, Toruń 2012.
- Pietrasiewicz W., Romańczuk M., *Koszty uzyskania przychodów*, Wyd. C.H. Beck, Warszawa 2009.
- Pikuła M., *Business lunch a koszty uzyskania przychodów*, „Kwartalnik Prawa Podatkowego” 2011, nr 1.

- Powałowski A., (red.), Korolu S., Pawełczyk M., Przeszło E., Trzcíński K., Wieczorek E., *Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. Komentarz 2007*, „Lex/el”.
- Sęk M. (red.), *Prawo podatkowe. Podręcznik dla Podyplomowego Studium Prawa Podatkowego*, Wyd. Agent PR, Łódź 2014.
- Sieradzka M., *Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. Komentarz 2013*, „Lex/el”.
- Strzelec D., *Usługi niematerialne – problemy dowodowe a możliwość zaliczenia poniesionych wydatków do kosztów podatkowych*, „Kwartalnik Prawa Podatkowego” 2007, nr 1.
- Walińska E., Mariański A., *Koszty w prawie bilansowym i podatkowym – pojęcie i zasady ich uznawania w zysku i w dochodzie*, „Kwartalnik Prawa Podatkowego” 2007, nr 1.

Orzeczenia Sądu Najwyższego

- Wyrok SN z dnia 4 stycznia 2008 r.*, I UK 208/07, „Lex” nr 442841.
- Postanowienie SN z dnia 2 lutego 2009 r.*, V KK 330/08, „Prokuratura i Prawo” 2009, nr 6, poz. 17.

Orzeczenia sądów powszechnych

- Wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 19 grudnia 2013 r.*, I A Ca 978/13, orzeczenia.ms.gov.pl.
- Wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 13 lutego 2014 r.*, III AUa 897/13, „Legalis” nr 797316.
- Wyrok Sądu Okręgowego w Koninie z dnia 3 czerwca 2014 r.*, II Ca 189/14, orzeczenia.ms.gov.pl.

Orzeczenia Naczelnego Sądu Administracyjnego

- Wyrok NSA z dnia 1 czerwca 2000 r.*, SA/Rz 1596/97, „CBOSA”.
- Wyrok NSA z dnia 16 kwietnia 2013 r.*, II FSK 1692/11, „CBOSA”.
- Wyrok NSA z dnia 16 kwietnia 2013 r.*, II FSK 1694/11, „Lex” nr 1336920.
- Wyrok NSA z dnia 23 maja 2013 r.*, II FSK 1908/12, „Lex” nr 1328439.
- Wyrok NSA z dnia 27 czerwca 2013 r.*, II FSK 2192/11, „Lex” nr 1455489.
- Wyrok NSA z dnia 10 stycznia 2014 r.*, II FSK 346/12, „CBOSA”.
- Wyrok NSA z dnia 20 maja 2014 r.*, II FSK 1503/12, „CBOSA”.

Orzeczenia wojewódzkich sądów administracyjnych

Wyrok WSA w Warszawie z dnia 22 maja 2012 r., III SA/Wa 2272/11, „CBO-SA”.

Wyrok WSA w Poznaniu z dnia 31 maja 2012 r., I SA/Po 301/12, „CBOSA”.

Wyrok WSA w Opolu z dnia 5 grudnia 2012 r., I SA/Op 367/12, „Lex” nr 1233547.

Wyrok WSA w Warszawie z dnia 21 marca 2013 r., III SA/Wa 2877/12, „Lex” nr 1365892.

Wyrok WSA w Białymstoku z dnia 12 czerwca 2013 r., I SA/Bk 162/13, „CBO-SA”.

Wyrok WSA w Kielcach z dnia 19 września 2013 r., I SA/Ke 468/13, „CBO-SA”.

Wyrok WSA w Łodzi z dnia 25 października 2013 r., I SA/Łd 942/13, „Lex” nr 1496336.

Wyrok WSA w Łodzi z dnia 16 grudnia 2013 r., I SA/Łd 1149/13, „CBOSA”.

Wyrok WSA w Bydgoszczy z dnia 21 stycznia 2014 r., I SA/Bd 879/13, „Lex” nr 1435987.

Wyrok WSA w Bydgoszczy z dnia 11 lutego 2014 r., I SA/Bd 37/14, „Lex” nr 1457164.

Wyrok WSA w Krakowie z dnia 12 lutego 2014 r., I SA/Kr 2213/13, „CBOSA”.

Wyrok WSA w Warszawie z dnia 18 lutego 2014 r., III SA/Wa 1983/13, „CBO-SA”.

Wyrok WSA w Gdańsku z dnia 25 lutego 2014 r., I SA/Gd 1650/13, „Lex” nr 1469627.

Wyrok WSA w Poznaniu z dnia 26 lutego 2014 r., I SA/Po 716/13, „Lex” nr 1440435.

Wyrok WSA w Krakowie z dnia 27 lutego 2014 r., I SA/Kr 2097/13, „CBOSA”.

Wyrok WSA w Poznaniu z dnia 5 marca 2014 r., I SA/Po 772/13, „Lex” nr 1443204.

Wyrok WSA w Bydgoszczy z dnia 12 marca 2014 r., I SA/Bd 747/13, „Lex” nr 1457178.

Wyrok WSA w Rzeszowie z dnia 25 marca 2014 r., I SA/Rz 31/14, „Lex” nr 1450094.

Wyrok WSA w Bydgoszczy z dnia 9 kwietnia 2014 r., I SA/Bd 232/14, „CBO-SA”.

Wyrok WSA w Poznaniu z dnia 8 maja 2014 r., I SA/Po 873/13, „CBOSA”.

Wyrok WSA w Gorzowie Wielkopolskim z dnia 15 maja 2014 r., I SA/Go 188/14, „Lex” nr 1477482.

Wyrok WSA w Gliwicach z dnia 21 maja 2014 r., I SA/Gl 1711/13 „CBOSA”.

Wyrok WSA w Gdańsku z dnia 10 czerwca 2014 r., I SA/Gd 366/14, „Lex” nr 1484916.

Wyrok WSA w Gdańsku z dnia 18 czerwca 2014 r., I SA/Gd 446/14, „Lex” nr 1484928.

Wyrok WSA w Gdańsku z dnia 22 lipca 2014 r., I SA/Gd 689/14, LEX nr 1493705.

Wyrok WSA w Gdańsku z dnia 30 lipca 2014 r., II SAB/Gd 82/14, „CBOSA”.

Ustawy

Ustawa z dnia 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych; tekst jednolity: Dz.U. z 2014 r., poz. 637 ze zm.

Ustawa z dnia 26 maja 1982 r. Prawo o adwokaturze; tekst jednolity: Dz.U. z 2014 r., poz. 635 ze zm.

Ustawa z dnia 26 lipca 1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych; tekst jednolity: Dz.U. z 2012 r., poz. 361 ze zm.

Ustawa z dnia 15 lutego 1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych; tekst jednolity: Dz.U. z 2014 r., poz. 851 ze zm.

Ustawa z dnia 2 kwietnia 1997 r. Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej, Dz.U. z 1997 r., nr 78, poz. 483 ze zm.

Ustawa z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych; tekst jednolity: Dz.U. z 2013 r., poz. 1030 ze zm.

Ustawa z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej; tekst jednolity Dz.U. z 2013 r., poz. 672 ze zm.

Inne

Interpretacja indywidualna Dyrektora Izby Skarbowej w Łodzi z dnia 11 czerwca 2014 r., IPTPB1/415-178/14-2/AP, „Lex” nr 234825.

Streszczenie

Artykuł poświęcony jest problematyce związanej z wydatkami, które powinny być zaliczane do kosztów uzyskania przychodów z pozarolniczej działalności gospodarczej w świetle art. 22 ust. 1 ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych, a dotyczącymi poniesionych przed rozpoczęciem działalności gospodarczej kosztów w celu uzyskania uprawnienia do wykonywania zawodu prawniczego (radcy prawnego, adwokata).

Autor wykazał, że w przypadku adwokata (radcy prawnego), który rozpoczął prowadzenie działalności gospodarczej po odbyciu aplikacji i wykonuje zawód adwokata (radcy prawnego), wydatki poniesione na odpłatną aplikację spełniają

definicję kosztów uzyskania przychodów zawartą w art. 22 ust. 1 oraz art. 23 u.p.d.o.f., ponieważ są bezpośrednio związane oraz niezbędne do prowadzenia tej działalności, jak również i do uzyskiwania przychodu. Innymi słowy kosztem uzyskania przychodu będzie taki wydatek, który warunkuje rozpoczęcie prowadzenia działalności gospodarczej, a z taką sytuacją mamy do czynienia w przypadku wykonywania zawodu adwokata, czy też radcy prawnego.

W publikacji wskazano również, iż koszty aplikacji prawniczej poniesione przed rozpoczęciem działalności gospodarczej nie będą mieć charakteru osobistego, ponieważ są to koszty specjalistycznego szkolenia zawodowego, niezbędne dla osiągnięcia tytułu, np. radcy prawnego i świadczenia usług prawniczych⁷¹.

Summary

The paper is devoted to issues related to expenditures that should be included as costs of earning revenue from non-agricultural economic activity in the light of art. 22 para. 1 of the Personal Income Tax Act (PITA) and concerning costs incurred before the commencement of the economic activity in order to obtain licence to practice the legal profession (legal counsel, attorney).

The author showed that in the case of an attorney (legal counsel) who began operating an economic activity after completing his traineeship and is practising the profession of an attorney (legal counsel), the expenditures incurred for paid traineeship fit the definition of revenue earning costs contained in art. 22 para. 1 and art. 23 PITA because they are directly related to and necessary for carrying out this activity as well as earning revenue. In other words, a revenue earning cost will be such an expense that determines the start of a business activity and we deal with such a situation in the case of practising the profession of an attorney or legal counsel.

The publication also showed that the costs of legal traineeship incurred before starting an economic activity will not have a personal character as they are costs of specialized professional training necessary for obtaining the title of, for example, a legal counsel and providing legal services.

⁷¹ Wyrok WSA w Gdańsku z dnia 22 lipca 2014 r., I SA/Gd 689/14, „Lex” nr 1493705.

Instytucja obniżenia kapitału zakładowego spółki z o.o. poprzez umorzenie udziałów lub zmniejszenie ich wartości nominalnej

Wstęp

Spółki kapitałowe są ważnym elementem współczesnego życia gospodarczego. Spółka kapitałowa jest formą prawną organizacji podmiotów gospodarczych i wykorzystywana jest najczęściej w prowadzeniu dużych przedsiębiorstw. To spółka, w której najważniejszym elementem jest jej kapitał, posiada osobowość prawną i jest wpisana do Krajowego Rejestru Sądowego. Celem spółki handlowej (zarówno osobowej jak i kapitałowej) jest dążenie do osiągnięcia wspólnego celu, chodzi tu nie tylko o cel gospodarczy, ale również cel społeczny.

Przedsiębiorcy w dobie kryzysu podejmują szereg różnorodnych działań mających na celu zmniejszenie kosztów prowadzonej działalności, a także uzyskania wzrostu rentowności.

Obniżenie kapitału zakładowego związane jest z problematyką umarzania udziałów. Powiązanie to nie jest jednak ścisłe. Z jednej strony obniżenie udziałów nie musi być finansowane z obniżenia kapitału zakładowego, ale także z czystego zysku, z drugiej zaś strony obniżenie kapitału nie musi być związane ze zmniejszeniem ilości udziałów i może odbyć się przez zmniejszenie wartości nominalnej udziałów².

1. Obniżenie kapitału zakładowego spółki z o.o.

Obniżenie kapitału zakładowego to zmiana wartości kapitału zakładowego poprzez stosowne sformułowanie w umowie spółki i zapisy w bilansie. Obniżenie kapitału zakładowego jest ściśle związane z umorzeniem udziałów. Może odbyć się w drodze likwidacji udziałów (umorzenie udziałów), zmniejszenia wartości udziałów (umorzenie części udziałów) lub poprzez zastosowanie obu technik

¹ Doktorantka na Wydziale Prawa Uniwersytetu Jagiellońskiego.

² A. Rzempała, Z. Wojdyła, J. Rzempała, *Polityka optymalizacji struktur kapitałowych spółek zależnych w grupach kapitałowych*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego” 2012, nr 690, „Finanse. Rynki Finansowe. Ubezpieczenia”, nr 51, s. 843; J. Wyciśłok, *Spółki kapitałowe i ich opodatkowanie. Optymalizacja podatkowa spółek kapitałowych*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2014, s. 244.

łącznie. Możemy wyróżnić realne obniżenie kapitału zakładowego, które wiąże się z wypłatą kwot wspólnikom, albo nominalne obniżenie kapitału zakładowego, które za zgodą wspólników polega na przepisaniu zapisów bilansu z kapitału zakładowego na kapitał zapasowy bądź rezerwowy³. Kodeks spółek handlowych w art. 263 § 1 stanowi, że uchwała o obniżeniu kapitału zakładowego powinna określać wysokość, o jaką ma zostać obniżony kapitał zakładowy oraz sposób obniżenia, § 2 stanowi, że przepisy niniejszego działu dotyczące wysokości kapitału zakładowego oraz udziału mają zastosowanie przy obniżeniu kapitału zakładowego. Powyższy przepis bez wątpienia określa procedurę dokonania obniżenia kapitału zakładowego, a nie jego tryb czyli podstawę prawną⁴.

1.1. Obniżenie kapitału – zagadnienia ogólne

Do obniżenia kapitału zakładowego zastosowanie mają przepisy dotyczące najniższej wysokości kapitału zakładowego oraz udziału. Uchwała o obniżeniu kapitału zakładowego określać powinna: wysokość o jaką ma zostać obniżony kapitał zakładowy oraz sposób obniżenia kapitału. Umowa o obniżeniu kapitału zakładowego, zgodnie z art. 246 § 1 k.s.h. musi zostać podjęta kwalifikowaną większością głosów i powinna być zawarta w protokole sporządzonym przez notariusza (art. 255 § 3 k.s.h.). Obniżenie kapitału nie może odbyć się w trybie dotychczasowych postanowień umowy spółki, czyli bez zmiany umowy spółki. O uchwalonym obniżeniu kapitału zakładowego zarząd niezwłocznie ogłasza, wzywając tym samym wierzycieli spółki do wniesienia sprzeciwu w terminie trzech miesięcy, licząc od dnia ogłoszenia, jeżeli nie zgadzają się oni na obniżenie, jest to tzw. postępowanie konwokacyjne (art. 264 k.s.h.). Wierzyciele, którzy nie zgłosili sprzeciwu, uważa się, że wyrazili zgodę na obniżenie kapitału zakładowego. Od obowiązku przeprowadzenia postępowania konwokacyjnego wyjątek stanowi sytuacja, gdy pomimo obniżenia kapitału zakładowego nie zwraca się wspólnikom wpłat dokonanych przez nich na kapitał zakładowy, a jednocześnie z obniżeniem kapitału zakładowego następuje jego podwyższenie co najmniej do pierwotnej wysokości (art. 164 § 2 k.s.h.). Obniżenie kapitału zakładowego zgłaszane jest do sądu rejestrowego przez zarząd (art. 265 § 1 k.s.h.). Do zgłoszenia obniżenia kapitału zakładowego dołączyć należy: uchwałę o obniżeniu kapitału zakładowego, dowody należytego wezwania wierzycieli, oświadczenie wszystkich członków zarządu stwierdzające, że wierzyciele, którzy zgłosili sprzeciw w terminie 3 miesięcy od dnia ogłoszenia o obniżeniu kapitału, zostali zabezpie-

³ J. Wyciślok, *Spółki kapitałowe i ich opodatkowanie. Optymalizacja podatkowa spółek kapitałowych*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2014, s. 244.

⁴ Interpretacja Dyrektora Izby Skarbowej w Katowicach z 27.07.2010 r., IBPBII/2/415-567/10/HS.

czeni lub zaspokojeni. Modyfikacja załączników do wniosku o wpis obniżenia kapitału zawarta jest w art. 265 § 3 k.s.h.⁵.

Kapitał zakładowy jest podstawowym kapitałem spółki, a jego wysokość określa treść umowy lub statutu. Zgodnie z k.s.h., kapitał spółki z o.o. może zostać obniżony na wiele różnych sposobów. Poprzez analogię do art. 257 § 2 k.s.h. można stwierdzić, że obniżenie kapitału może odbyć się w szczególności poprzez obniżenie wartości nominalnej udziałów lub ich umorzenie⁶.

Obniżenie kapitału może wynikać z różnych przyczyn, np. okazać się może, że kapitał zakładowy określony w umowie spółki jest za wysoki w stosunku do działalności prowadzonej przez spółkę. Wspólnicy mają możliwość zadecydować o jego obniżeniu i dokonaniu wypłat z uzyskanych w ten sposób środków albo o utworzeniu z nich kapitału zapasowego bądź kapitału rezerwowego. Obniżenie kapitału zakładowego przez umorzenie udziałów niektórych wspólników może z kolei mieć miejsce w przypadku zmiany składu osobowego wspólników. W przypadku gdy spółka przynosi straty celem obniżenia kapitału zakładowego może być wyrównanie bilansu spółki⁷.

1.2. Umorzenie udziałów

Umorzenie udziałów polega na wygaśnięciu wszelkich praw o charakterze majątkowym jak i korporacyjnym, jakie wynikają z udziałów. Tryb umarzania udziałów regulowany jest przez art. 199 k.s.h., udział może zostać umorzony wyłącznie po wpisie spółki do rejestru i tylko w przypadku, gdy umowa spółki tak stanowi. Udział może zostać umorzony za zgodą wspólnika w drodze nabycia udziału przez spółkę, mamy wówczas do czynienia z umorzeniem dobrowolnym albo bez zgody wspólnika, będzie to wówczas umorzenie przymusowe. Zarówno tryb, jak i przesłanki umorzenia określa umowa spółki. Umorzenie udziału wymaga uchwały zgromadzenia wspólników, która powinna w szczególności określać podstawę prawną umorzenia i wysokość wynagrodzenia jakie przysługuje wspólnikowi za umorzony udział. Wynagrodzenie w przypadku umorzenia przymusowego, nie może być niższe od wartości przypadających na udział aktywów netto wykazanych w sprawozdaniu finansowym za ostatni rok obrotowy, pomniejszonych o kwotę przeznaczoną do udziału między wspólników. W przypadku umorzenia przymusowego uchwała zawierać powinna uzasadnienie (art. 199 § 2 k.s.h.). Jak stanowi art. 199 § 3 k.s.h., za zgodą wspólnika umorzenie udziałów może nastąpić bez wynagrodzenia⁸.

⁵ R. Szyszko, *Prawo spółek handlowych. Skrypt dla aplikantów radcowskich*, Warszawa 2011, s. 125-126; I. Gnieciecka, *Jak obniżyć kapitał zakładowy w spółce z o.o.*, GP z 10.02.2009 r.

⁶ J. Wyciśłok, *Spółki kapitałowe...*, s. 245.

⁷ P. Mazur, *Obniżenie kapitału zakładowego w spółce z o.o.*, „Prawo Przedsiębiorcy”, 5.03.2010 r.

⁸ Interpretacja Dyrektora Izby Skarbowej w Katowicach z 4.11.2013 r., IBPBI/2/423-1034/13/JD.

Pojęcie umorzenia nie zostało zdefiniowane przez kodeks spółek handlowych, jego regulacje opierają się na warunkach, sposobie oraz trybie umorzenia, można wyróżnić trzy rodzaje umorzenia: dobrowolne (odbywające się za zgodą udziałowca), przymusowe (bez zgody udziałowca na podstawie uchwały wspólników, zgodnym z przesłankami i trybem określonym w umowie spółki), tzw. umorzenie automatyczne (warunkowe, które dochodzi do skutku w razie ziszczenia się określonych umową spółki zdarzeń bez powzięcia uchwały zgromadzenia wspólników – art. 199 § 4-5 k.s.h.).

Przy umorzeniu dobrowolnym występują dwie niezależne czynności prawne, a mianowicie zbycie udziałów przez wspólnika na rzecz spółki, a następnie umorzenie tych udziałów przez spółkę. Tytułem do uzyskania przychodu przez wspólnika jest odpłatne zbycie udziałów. Za przychód uważa się należne kwoty, choćby nie zostały faktycznie otrzymane. Datą decydującą o powstaniu przychodu będzie w tym przypadku data przeniesienia własności udziałów, a data zapłaty przez nabywcę umówionej ceny pozostaje bez znaczenia. Wynagrodzenie uzyskane z tytułu umorzenia przymusowego i warunkowego stanowi przychód z udziału w zyskach osób prawnych. Powstaje w dacie otrzymania lub pozostawienia tego wynagrodzenia do decyzji udziałowca. Opodatkowaniu w tym przypadku nie podlega przychód tylko dochód. Do jego ustalenia stosuje się art. 25 ust. 5d ustawy z 26.07.1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych (tekst jedn. Dz.U. z 2012 r. poz. 361 ze zm.), dalej u.p.d.o.f., z którego wynika, że jest nim nadwyżka przychodu nad kosztami uzyskania przychodu ustalonymi zgodnie z art. 22 ust. 1f, albo art. 23 ust. 1 pkt 38 u.p.d.o.f. Jeżeli do nabycia zbywanych udziałów doszło w drodze spadku lub darowizny, koszty ustala się w wysokości wartości udziałów z dnia nabycia⁹.

Instytucja umorzenia udziałów, zwłaszcza przymusowego, jest atrakcyjna z punktu widzenia pozbycia się wspólników. Zdaniem Sądu Najwyższego ta forma nie może być wykorzystywana do usunięcia wspólnika ze spółki z przyczyn stanowiących podstawę do żądania wyłączenia wspólnika¹⁰. Zgodnie z art. 266 § 1 k.s.h., z ważnych przyczyn dotyczących danego wspólnika, sąd może orzec jego wyłączenie ze spółki na żądanie wszystkich pozostałych wspólników, jeżeli udziały wspólników, którzy żądają wyłączenia stanowią więcej niż połowę kapitału zakładowego. Doktryna i orzecznictwo jako ważne przyczyny wymienia: działanie na szkodę spółki lub postępowanie sprzeczne z jego interesami, nadużywanie prawa do kontroli w celach konkurencyjnych, wykonywanie nadzoru w spółce do szyskany, brak możliwości bezkonfliktowego współdziałania ze wspólnikiem będący następstwem relacji interpersonalnych wewnątrz spółki¹¹.

⁹ J. Wyciśłok, *Spółki kapitałowe...*, s. 247.

¹⁰ Wyrok SN z 12.05.2005 r., V CK 562/04, OSNC 2006, nr 4, poz. 70.

¹¹ J. Wyciśłok, *Spółki kapitałowe...*, s. 248.

Zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego z dnia 6.06.2007¹², sprawa o wyłączenie wspólnika ze spółki z o.o. jest niewątpliwie sprawą o prawa majątkowe. Skuteczność wyłączenia wspólnika ze spółki opiera się na przesłankach, a mianowicie prawomocności orzeczenia sądowego o wyłączeniu danego wspólnika oraz zapłacenia ceny przejęcia udziału bądź udziałów wraz z odsetkami, licząc od dnia doręczenia pozwu (prawomocny wyrok sądu o wyłączenie wspólnika wywiera skutki od dnia doręczenia pozwu).

2. Skutki podatkowe

Umorzenie własnych udziałów na drodze umorzenia dobrowolnego, przymusowego czy warunkowego, odbywające się zarówno za wynagrodzeniem, jak i bez wynagrodzenia, nie generuje przychodu po stronie spółki z o.o. Sytuacja ta jest dla niej pod względem podatkowym obojętna. W wyniku umorzeń spółka nie uzyskuje żadnego przysporzenia o finansowym wymiarze. Istota tych czynności polega na przesunięciu (przeksięgowaniu) części środków spółki w ramach jej kapitału własnego. Mając na uwadze, że w wyniku umorzenia udziałów po stronie spółki nie dochodzi do jakiegokolwiek przysporzenia majątkowego, operacja ta nie może zostać uznana za świadczenie nieodpłatne. Nie można jej także utożsamiać z umorzeniem zobowiązań spółki, w rezultacie nie ma tu zastosowania art. 12 ust. 1 pkt 2, ani art. 12 ust. 1 pkt 3 ustawy z 15.02.1992 r., o podatku dochodowym od osób prawnych (tekst jedn. Dz.U. z 2011 r. nr 74, poz. 397 ze zm.) zwanej dalej u.p.d.o.p.¹³.

2.1. Skutki podatkowe po stronie spółki umarzającej

Podstawą do obniżenia wartości nominalnej udziałów jest niewątpliwie zmiana umowy spółki. Obniżenie kapitału zakładowego w drodze obniżenia wartości nominalnej udziałów spółki wymaga podjęcia szeregu kroków, pierwszy z nich stanowi powzięcie przez zgromadzenie wspólników spółki z o.o. uchwały o zmianie umowy spółki i obniżeniu jej kapitału zakładowego. Uchwała ta (dla swej ważności) powinna zostać podjęta większością dwóch trzecich głosów. Jak wskazuje doktryna, dla osiągnięcia większości bezsporne znaczenie będą miały oddane głosy. Należy podkreślić, że umowa spółki może ustanowić surowsze warunki podjęcia uchwały o zmianie umowy spółki. Uchwała wspólników zamieszczona być powinna w protokole sporządzonym przez notariusza. Ponadto uchwała powinna określać wysokość, o jaką ma zostać obniżony kapitał zakładowy oraz sposób obniżenia. W drodze uchwały niemożliwe jest obniżenie kapitału

¹² III CZP 56/07, OSNC 2008, nr 7-8, poz. 79.

¹³ J. Wyciśłok, *Spółki kapitałowe...*, s. 247.

poniżej limitu określonego w kodeksie (obecnie jest to 5 000 złotych), a także obniżenie wartości nominalnej udziałów poniżej ich minimalnej wartości (50 złotych). Obniżenie kapitału zakładowego wymaga przeprowadzenia postępowania konwokacyjnego (art. 264 § 1 k.s.h.) i zgłoszenia do rejestru¹⁴. Na skutek umorzenia udziałów wygasają prawa wspólnika związane z tym udziałem, jeśli natomiast umorzenie obejmowało wszystkie umorzenia wspólnika, to wówczas ustaje w ogóle stosunek jego członkostwa w spółce i jednocześnie przestaje on być wspólnikiem spółki.

2.2. Opodatkowanie dochodu ze zbycia udziałów

Dochód wspólnika wynikający z odpłatnego zbycia udziałów w celu ich umorzenia podlega opodatkowaniu zryczałtowanym podatkiem w wysokości 19% przychodu i nie ma znaczenia czy umorzenie nastąpiło w wyniku obniżenia kapitału zakładowego, czy z zysku netto spółki. Spółka, która udziały nabywa, jako płatnik zobowiązana jest pobrać zryczałtowany podatek od dochodu uzyskanego przez wspólnika z tytułu wynagrodzenia. Dla wspólnika wynagrodzenie otrzymane z tytułu odpłatnego zbycia udziałów będzie wywoływało skutki w zakresie podatku dochodowego tylko gdy jego wysokość przekroczy koszt nabycia tych udziałów. Tylko w tym wypadku osiągnie on bowiem dochód¹⁵. Dla spółki wynagrodzenie wypłacane przez spółkę wspólnikowi z tytułu nabycia własnych udziałów nie stworzy konsekwencji podatkowych w ramach podatku dochodowego, gdyż kwota ta nie stanowi kosztów podatkowych, ponieważ do przychodów nie zalicza się wartości zwróconych udziałów¹⁶.

2.3. Skutki podatkowe obniżenia kapitału

Zarząd niezwłocznie po podjęciu uchwały o obniżeniu kapitału zakładowego zobowiązany jest powiadomić o tym fakcie wierzycieli, a wierzyciele mają prawo wnieść sprzeciw w terminie trzech miesięcy od dnia ogłoszenia. Wierzyciele, którzy w terminie ów sprzeciw zgłosili powinni zostać zaspokojeni lub zabezpieczeni.

Postępowanie konwokacyjne nie zostanie przeprowadzone, jeżeli równocześnie z obniżeniem kapitału zakładowego następuje jego podwyższenie, co najmniej do pierwotnej wysokości. Zarząd spółki zgłasza do rejestru obniżenie kapitału, do zgłoszenia oprócz uchwały dołączyć należy dowody należytego wezwania wierzycieli oraz oświadczenie wszystkich członków zarządu, że wie-

¹⁴ A. Rzempała, Z. Wojdyła, J. Rzempała, *Polityka optymalizacji...*, s. 842-844.

¹⁵ J. Wyciśłok, *Spółki kapitałowe...*, s. 248.

¹⁶ A. Karolak, *Umorzenie udziałów w spółce z o.o.*, e-biuletyn rachunkowość, 16.02.2010 r.

rzyciele, którzy zgłosili sprzeciw, zostali zaspokojeni lub zabezpieczeni. Jeżeli obniżenie kapitału następuje przy jednoczesnym jego podwyższeniu, co najmniej do pierwotnej wysokości, do wniosku nie dołącza się dokumentów związanych z przeprowadzeniem postępowania konwokacyjnego.

Skutki podatkowe obniżenia kapitału mogą być rozpatrywane w różnych kontekstach. Najpierw należy zwrócić uwagę, że w przypadku obniżenia kapitału zakładowego i wypłaty środków wspólnikom po stronie spółki możemy mieć do czynienia z powstaniem obowiązku podatkowego jako płatnika zryczałtowanego podatku od zysków z osób prawnych. Jak mówi art. 22 u.p.d.o.p., podatkowi temu podlegają przychody z dywidend oraz inne z tytułu udziału w zyskach osób prawnych mających siedzibę lub zarząd na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Podatek pobierany jest w wysokości 19% uzyskanego przychodu. Stosownie do art. 10 u.p.d.o.p., katalog dochodów, jakie podlegają opodatkowaniu, ma otwarty charakter. Za dochód z zysków osób prawnych m.in. uważa się dochód z umorzenia udziałów.

Godnym podkreślenia jest fakt, że wspólnicy spółki nie w każdym przypadku będą zobowiązani do uiszczenia podatku. Stosownie do art. 22 ust. 4 u.p.d.o.p., zwolnione z opodatkowania są bowiem zyski pod pewnymi warunkami, a mianowicie:

- wypłacającym dywidendę, jak i inne przychody z tytułu udziału w zyskach osób prawnych jest spółka – podatnik podatku dochodowego, której siedziba lub zarząd znajduje się na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej;
- podmiotem uzyskującym dochody (przychody) z dywidend oraz inne przychody z tytułu udziału w zyskach osób prawnych jest spółka podlegająca w Rzeczypospolitej Polskiej lub w innym państwie należącym do Europejskiego Obszaru Gospodarczego, opodatkowaniu podatkiem dochodowym od całości swoich dochodów, bez względu na miejsce ich osiągania;
- spółka, która uzyskuje przychód posiada bezpośrednio nie mniej niż 10% udziałów (akcji) w kapitale spółki wypłacającej zysk;
- spółka, która uzyskała przychód nie korzysta ze zwolnienia z opodatkowania podatkiem dochodowym od całości swoich dochodów (bez względu na źródło ich osiągania)¹⁷.

Zwolnienie jest stosowane wyłącznie w przypadku, gdy spółka uzyskująca przychód posiada określoną ilość udziałów (akcji) w spółce wypłacającej należność nieprzerwanie przez dwa lata. Warunek ten pozostaje spełniony także gdy okres dwóch lat posiadania udziałów w sposób nieprzerwany upływa po dniu uzyskania przychodów. Analizując uregulowania należy bez wątpienia stwierdzić, że w przypadku gdy udziałowcem spółki, w której ma miejsce obniżenie

¹⁷ Interpretacja Dyrektora Izby Skarbowej w Warszawie z 4.07.2007 r., 1401/BP-1/4210-41/07/KST.

kapitału zakładowego, jest inna spółka kapitałowa z siedzibą w Polsce, państwie Uni Europejskiej lub Europejskiej Wspólnocie Gospodarczej, która posiada co najmniej 10% udziałów w spółce wypłacającej przychód i nie jest zwolniona z opodatkowania podatkiem całości swoich dochodów, przychód, który powstał na skutek obniżenia wielkości nominalnej udziałów będzie niewątpliwie, co do zasady, zwolniony z opodatkowania.

Zwolnienie z opodatkowania dywidendy w państwie źródła zagwarantowane przez wspomniane przepisy art. 22 u.p.d.o.p. stanowi następstwo implementacji postanowień Dyrektywy Rady Wspólnot Europejskich z 23.07.1990 r. w sprawie wspólnego systemu opodatkowania stosowanego w przypadku spółek dominujących oraz spółek zależnych różnych państw członkowskich (90/435/EWG), która zmieniona została postanowieniem Dyrektywy Rady z 22.12.2003 r. (2003/123/WE). Powyższa dyrektywa ma na celu wprowadzenie do wewnętrznych przepisów państw członkowskich, regulacji dotyczących stosunków gospodarczych pomiędzy spółkami dominującymi i spółkami zależnymi, owe regulacje bez wątpienia ułatwiałyby konsolidację tych spółek. Jednym z elementów tych uregulowań jest wskazanie, że przywileje jakie wynikają z dyrektywy dotyczą udziałowców (dominujących spółek), którzy są uprawnieni do dochodu z tytułu otrzymanej dywidendy wypłaconej przez spółkę zależną¹⁸.

Kolejny aspekt podatkowy, jaki bez wątpienia należy uwzględnić przy analizie omawianego sposobu optymalizacji, wiąże się z wysokością kosztu uzyskania przychodów, do którego rozpoznania uprawniony jest podatnik w przypadku sprzedaży swoich udziałów. Zgodnie z art. 16 ust. 8 u.p.d.o.p., za koszty uzyskania przychodów nie uznaje się m.in. wydatków na objęcie lub nabycie udziałów. Wydatki takie stanowią jednak koszt uzyskania przychodu z odpłatnego zbycia tych udziałów. Przedmiotowa regulacja ustanawia regułę, że wszelkie koszty związane z objęciem lub nabyciem udziałów nie stanowią kosztu z chwilą ich faktycznego poniesienia, mogą zostać zidentyfikowane dopiero przy ustalaniu dochodu z odpłatnego zbycia tych udziałów¹⁹. Zgodnie z orzecznictwem sądowym, poniesione na objęcie udziałów wydatki stanowią koszty uzyskania przychodów nawet w przypadku jeżeli na skutek zbycia podatnik osiągnął stratę²⁰.

Jednocześnie istnieją poważne argumenty, które wskazują na to, że nie prowadzi ono do zmniejszenia podatkowego kosztu nabycia udziałów. Orzecznictwo sądów administracyjnych oraz doktryna prawnicza zajmuje stanowisko, że przy dokonywaniu wykładni norm podatkowych wykładnia literalna ma znaczenie podstawowe. Analiza przepisów podatkowych powinna być oparta w pierwszej

¹⁸ Teza wyroku WSA siedziba w Warszawie 21.02.2011 r., III SA/Wa 1489/10.

¹⁹ Interpretacja Dyrektora Izby Skarbowej w Warszawie z 16.05.2013 r., IPPB3/423-213/13-2/MC; A. Mariański, D. Strzelec, *Ustawa o podatku dochodowym od osób prawnych. Komentarz*, Lex/E1 2011.

²⁰ Wyrok NSA z 24.11.2004 r., FSK 1266/04, ONSAiWSA 2005, nr 6, poz. 132.

kolejności na tekście ustawy. Wyłącznie w przypadku, jeżeli wykładnia językowa nie prowadzi do jednoznacznych wyników, jako pomocnicza, można zastosować wykładnię systemową, historyczną czy funkcjonalną. Przepis art. 1 pkt 8 u.p.d.o.p. ustanawia klarowne i jasne zasady ustalania kosztu nabycia udziałów. Zgodnie z jej brzmieniem wszystkie wydatki poniesione na objęcie lub nabycie udziałów w momencie odpłatnego zbycia tych udziałów stanowią koszt uzyskania przychodu²¹. Jak słusznie podkreśla Józef Wyciśłok, w ustawie podatkowej brak jest przepisu, który pozwalałby na dokonanie modyfikacji tak ustalonego kosztu uzyskania przychodu w przypadku zmiany wielkości poniesionych wydatków. W przypadku jeżeli podatnik poniesie dalsze koszty po objęciu udziałów, np. zwiększając wartość nominalną udziałów, nie będzie podstawy do podwyższenia kosztów podatkowych objęcia udziałów. Analogicznie w przypadku, gdy po objęciu udziałów ich wartość zostanie obniżona, brak jest podstawy do innego określenia wysokości kosztów uzyskania przychodów niż w drodze przedstawionej w art. 16 ust. 1 pkt 8 u.p.d.o.p.²².

Zakończenie

Obniżenie kapitału można uzyskać poprzez: umorzenie udziałów lub zmniejszenie wartości nominalnej udziałów albo też zastosowanie obu sposobów jednocześnie. Decyzja o obniżeniu kapitału zakładowego w spółce z o.o. może być podjęta z różnych przyczyn. Częstym powodem jest niewspółmierność wysokości kapitału zakładowego do istniejących celów, potrzeb i zadań realizowanych przez spółkę. Ponadto wspólnicy mogą chcieć aby części kapitału zakładowego została przesunięta do innych kapitałów (zapasowego lub rezerwowego).

Bibliografia

- Gniecicka I., *Jak obniżyć kapitał zakładowy w spółce z o.o.*, GP z 10.02.2009 r.
Karolak A., *Umorzenie udziałów w spółce z o.o.*, e-biuletyn rachunkowość, 16.02.2010 r.
Kondej M., *Optymalizacja podatkowa z wykorzystaniem instytucji obniżenia kapitału zakładowego spółki z ograniczoną odpowiedzialnością poprzez zmniejszenie*

²¹ J. Wyciśłok, *Spółki kapitałowe...*, s. 251.

²² M. Kondej, *Optymalizacja podatkowa z wykorzystaniem instytucji obniżenia kapitału zakładowego spółki z ograniczoną odpowiedzialnością poprzez zmniejszenie wartości nominalnej jej udziałów*, „Przegląd Prawniczy, Ekonomiczny i Społeczny” 2012, nr 1, s. 14 i n.; J. Lachowicz, *Korzyści i zagrożenia związane z obniżeniem minimalnej wysokości kapitału zakładowego w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością*, 6.09.2012 r.; wyrok WSA w Krakowie z 6.07.2011 r., I Sa/Kr753/11, Legalis oraz wyrok WSA w Krakowie z 29.11.2011 r., I Sa/Kr 1464/11, Legalis.

szenie wartości nominalnej jej udziałów, „Przegląd Prawniczy, Ekonomiczny i Społeczny” 2012, nr 1.

Lachowicz J., *Korzyści i zagrożenia związane z obniżeniem minimalnej wysokości kapitału zakładowego w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością*, 6.09.2012 r.

Mazur P., *Obniżenie kapitału zakładowego w spółce z o.o.*, „Prawo Przedsiębiorcy”, 5.03.2010 r.

Rzempala A., Wojdyła Z., Rzempala J., *Polityka optymalizacji struktur kapitałowych spółek zależnych w grupach kapitałowych*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego” 2012, nr 690, „Finanse. Rynki Finansowe. Ubezpieczenia”, nr 51.

Strzelec D., *Ustawa o podatku dochodowym od osób prawnych. Komentarz*, Lex/EI 2011.

Szyszko R., *Prawo spółek handlowych. Skrypt dla aplikantów radcowskich*, Warszawa 2011.

Wyciśłok J., *Spółki kapitałowe i ich opodatkowanie. Optymalizacja podatkowa spółek kapitałowych*, wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2014.

Akty prawne

Ustawa z dnia 26 lipca 1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych (tekst jedn. Dz.U. z 2012 r. poz. 361 ze zm.).

Ustawa z dnia 15 lutego 1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych (tekst jedn. Dz.U. z 2011 r. nr 74, poz. 397 ze zm.).

Ustawa z dnia 15 września 2000 r. – kodeks spółek handlowych (tekst jedn. Dz.U. z 2013 r. poz. 1030).

Streszczenie

Niniejsza praca przedstawia instytucję obniżenia kapitału zakładowego w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością poprzez umorzenie udziałów lub zmniejszenie ich wartości nominalnej. Celem niniejszej pracy jest przedstawienie regulacji prawnych dotyczących obniżenia kapitału zakładowego w kodeksie spółek handlowych a także skutków podatkowych.

Summary

This work describes institution of shares capital reduction through remission shares or reduction nominal value shares in a Limited Liability Company. The purpose of this work is to present rules concerning shares capital reduction in the Code of Commercial Companies and tax consequences.

Korekty przychodu z działalności gospodarczej w świetle przepisów ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych

Wstęp

Przychody to podstawowa – obok kosztów uzyskania przychodu – kategoria pojęciowa podatku dochodowego. Determinują one bezpośrednio przedmiot tego podatku, którym jest dochód, czyli nadwyżka przychodów nad kosztami ich uzyskania, osiągnięta w roku podatkowym. Ponieważ określenie przedmiotu opodatkowania następuje tutaj za dany okres rozliczeniowy, jakim jest rok podatkowy, konieczne staje się określenie reguł ujmowania w czasie zdarzeń mających wpływ na przedmiot opodatkowania. W odniesieniu do przychodów z działalności gospodarczej reguły takie zawarte zostały w art. 12 ust. 3, 3a, 3b, 3c, 3d oraz 3e ustawy z dnia 15 lutego 1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych² (zwanej dalej ustawą). Zawarta w art. 12 ust. 3 ustawy definicja pojęcia przychodów z działalności gospodarczej wyraźnie wskazuje, że z zakresu tego pojęcia wyłącza się wartość zwróconych towarów, udzielonych bonifikat i skont. Powszechnie przyjmuje się, że ten fragment przepisu stanowi normatywną podstawę dokonywania korekt przychodu, przy czym chodzi tutaj zarówno o korekty zmniejszające jak i zwiększające jego wysokość. Niestety, we wskazanym fragmencie ustawy wyczerpuje się całość regulacji odnoszącej się do korekt przychodu, czego efektem jest m.in. milczenie ustawodawcy odnośnie reguł ujmowania w czasie omawianych korekt. W najnowszej praktyce orzeczniczej Naczelnego Sądu Administracyjnego ukształtowało się w tym zakresie stanowisko, zgodnie z którym korekty przychodu z działalności gospodarczej powinny być dokonywane w momencie powstania przychodu należnego, który podlega korekcie (*ex tunc*)³.

Analiza powołanego orzecznictwa NSA pozwala wyodrębnić następujące argumenty, jakie mają przemawiać za trafnością omawianego stanowiska. Po pierwsze, brzmienie art. 12 ust. 3 ustawy, który wyraźnie stanowi, iż przychodami z działalności gospodarczej są przychody należne „po wyłączeniu warto-

¹ Doktorant na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie.

² Tekst jedn.: Dz.U. z 2011 r. nr 74, poz. 397 ze zm.

³ Por. wyrok NSA z 1.06.2011 (II FSK 143/10), wyrok NSA z 26.06.2012 (II FSK 2422/10), wyrok NSA z 12.07.2012 (II FSK 2653/10), wyrok NSA z 12.07.2012 (II FSK 2660/10), wyrok NSA z 2.08.2012 (II FSK 180/11), źródło wszystkich powołanych orzeczeń: <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/>

ści zwróconych towarów, udzielonych bonifikat i skont”. Zatem przychód należny powinien być określany z uwzględnieniem okoliczności powodujących jego zmniejszenie, także wówczas, gdy okoliczności te wystąpiły później niż pierwotny moment jego powstania. Oznacza to, że sam przepis ustawy zakłada brak cechy definitywności przychodu należnego⁴. Po drugie, przepisy ustawy nie przewidują ograniczeń czasowych, które nakazywałyby dokonywać zmniejszenia wyłącznie przychodów powstałych w tym samym roku, w którym zaistniały zdarzenia będące podstawą zmniejszeń. Innymi słowy, nie ma w ustawie przepisu wprowadzającego tego rodzaju ograniczenie⁵. Po trzecie, stanowisko takie znajduje uzasadnienie w zasadzie współmierności przychodów i kosztów⁶. Po czwarte, akceptacja poglądu umożliwiającego zmniejszenie przychodów w okresie bieżącym, w którym zaistniało zdarzenie będące podstawą dokonania zmniejszenia, mogłaby doprowadzić do konieczności wykazania w tym okresie przychodu o wartości ujemnej, co jest nieakceptowane⁷. Po piąte, ustawa nie odsyła do regulacji kształtujących zasady korygowania obrotu w podatku od towarów i usług, a także brak jest podstaw do analogicznego stosowania tych regulacji na gruncie podatku dochodowego od osób prawnych⁸. Po szóste, okoliczności związane z wystawieniem faktury korygującej, obniżającej lub zwiększającej przychód, nie mają znaczenia dla momentu powstania przychodu. Faktura korygująca odnosi się wyłącznie do uprzednio wykazanych przychodów⁹.

Szczegółowe i pogłębione rozwinięcie większości ze wskazanych powyżej argumentów przeprowadzone zostało w doktrynie¹⁰. Przedmiotem niniejszego artykułu jest próba dokonania oceny prawidłowości przedstawionego poglądu.

1. Wykładnia językowa a wsteczne ujmowanie korekt przychodów

W pierwszej kolejności należy rozważyć, czy wykładnia językowa art. 12 ust. 3 ustawy prowadzi jednoznacznie do przedstawionego powyżej wniosku o konieczności wstecznego ujmowania korekt przychodu należnego. Przepis ten, definiując pojęcie przychodu z działalności gospodarczej stanowi, że przychodami takimi są, osiągnięte w roku podatkowym, także (a zatem nie tylko) przychody należne, choćby nie zostały faktycznie otrzymane, po wyłączeniu wartości zwróconych towarów, udzielonych bonifikat i skont. Posłużenie się przez usta-

⁴ Por. wyrok NSA z 1.06.2011 (II FSK 143/10).

⁵ Ibidem.

⁶ Ibidem.

⁷ Ibidem.

⁸ Wyrok NSA z 12.07.2012 (II FSK 2660/10).

⁹ Wyrok NSA z 26.06.2012 (II FSK 2422/10).

¹⁰ Por. E. Prejs, *Korekta przychodów w świetle przepisów ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych*, „Przegląd Podatkowy” 2011, nr 6, s. 22 i n.

wodawcę modalnością słowa „wyłączyć” pozwala przyjąć, że przepis zawiera nakaz wydzielenia (wyeliminowania) z przychodu należnego wartości zwróconych towarów, udzielonych bonifikat i skont, która to wartość jest częścią tego przychodu¹¹. Powstaje jednak pytanie, czy treść analizowanego przepisu pozwala na postawienie tezy, iż z przychodu należnego należy wyłączyć te kwoty, które wprawdzie pierwotnie stały się należne, a zatem stały się przychodem osiągniętym w danym roku podatkowym, jednakże wskutek zwrotu towarów, udzielenia bonifikaty lub skonta, przestały być kwotami należnymi – bez względu na to, kiedy te zdarzenia miały miejsce¹².

Wydaje się, że powyższy wniosek można próbować podważyć na poziomie wykładni językowej. Wniosek ten zdaje się bowiem pomijać znaczenie tej części zdania zawartego w art. 12 ust. 3 ustawy, która następuje po wyrażeniu „po wyłączeniu”. Z punktu widzenia zasad techniki prawodawczej, wyrażenie takie jest operatorem negacji i stanowi zaprzeczenie orzeczenia użytego w zdaniu¹³. Ponieważ orzeczenie zawarte w art. 12 ust. 3 ustawy określa denotację pojęcia przychodu z działalności gospodarczej, to negacja orzeczenia zawęży tę denotację o wartość „zwróconych towarów, udzielonych bonifikat i skont”. Uwzględniając ten niezbędny kontekst całej wypowiedzi ustawowej, jasna staje się konieczność precyzyjnego odczytania każdego ze słów następujących po operatorze negacji. Szczególne znaczenie mają tutaj słowa „zwróconych” oraz „udzielonych”. Wyrazy te są biernymi imiesłowami czasownikowymi, których funkcją jest dodatkowa charakterystyka odpowiednio: „towarów” oraz „bonifikat i skont”. Nie ulega wątpliwości, że wskazane imiesłowy pochodzą od czasowników użytych w czasie przeszłym, w aspekcie dokonanym, czyli charakteryzują stany lub czynności (już) zakończone w ujęciu czasowym. Z tych względów słowa te nie mają wartości dyrektywnej, czyli nie wyrażają powinnego zachowania podatnika¹⁴. Pełnią one funkcję wyrażen opisowych odnoszących się do użytego w przepisie słowa „wyłączać”, które jako negacja orzeczenia, musi pełnić funkcję dyrektywalną tak jak samo orzeczenie. Normatywne znaczenie słowa „wyłączać” sprowadza się jednak tylko do powinności zmniejszenia wartości przychodu osiągniętego w danym roku podatkowym o wartości określone w przepisie za pomocą wyrażen opisowych. Przeprowadzona analiza pozwala zatem na postawienie wniosku, że w świetle art. 12 ust. 3 ustawy za przychody związane z działalnością gospodarczą, osiągnięte w roku podatkowym, uważa się także przychody należne po

¹¹ Ibidem, s. 26.

¹² Tak W. Nykiel, M. Wilk, *Obniżenie ceny sprzedaży wskutek zastosowania klauzuli rebus sic stantibus a korekta przychodów należnych w podatku dochodowym od osób prawnych*, „Przegląd Podatkowy” 2013, nr 3, s. 33, a także E. Prejs, *Korekta...*, op.cit., s. 26.

¹³ Por. A. Malinowski, *Polski tekst prawny. Opracowanie treściowe i redakcyjne*, Warszawa 2012, s. 145-147.

¹⁴ Por. ibidem, s. 110.

wylączeniu z nich wartości (już) zwróconych towarów, (już) udzielonych bonifikat i skont. Ponieważ wyodrębnienie przychodów następuje w okresie roku podatkowego, to zdarzenia w postaci zwróconych towarów, udzielonych bonifikat i skont mogą wpłynąć na wartość przychodów osiągniętych wyłącznie w tym roku podatkowym, w którym zdarzenia te wystąpiły. Wystąpienie tych zdarzeń w kolejnych latach podatkowych nie może wpływać na wysokość przychodu osiągniętego w latach poprzednich.

2. Czynniki czasu jako element współokreślający przedmiot opodatkowania a wsteczne ujmowanie korekt przychodu

Można zadać pytanie, czy sposób interpretacji art. 12 ust. 3 ustawy, zakładający dokonywanie wstecznych korekt przychodu, powinien spotkać się z zarzutem naruszenia zakazu retroaktywnego działania prawa podatkowego. Zasada niedziałania prawa podatkowego wstecz nie wynika wprost z przepisów prawa, jednak stanowi powszechnie uznawany fundament współczesnego państwa¹⁵. Najogólniej zasada ta wyraża zakaz stanowienia przepisów nakazujących dokonywać kwalifikacji prawnej zdarzeń lub stanów rzeczy, które miały miejsce i zakończyły się przed wejściem w życie tych przepisów¹⁶. W przedstawionym znaczeniu zasada nieretroakcji nie może mieć zastosowania do analizowanego tutaj przypadku. Jego istotą jest bowiem zmiana (modyfikacja) kwalifikacji podatkowoprawnej zdarzenia, które wywołało określone skutki podatkowe w danym momencie T, w wyniku wystąpienia innego zdarzenia, późniejszego niż moment T, zaś podstawą kwalifikacji podatkowoprawnej oraz jej zmiany (modyfikacji) są przepisy obowiązujące w tym samym kształcie w obu momentach. Pomimo tego, że nie można mówić w tej sytuacji o naruszeniu zakazu niedziałania prawa wstecz, wyraźnie problematyczne staje się spowodowanie zmiany zaistniałego w przeszłości obowiązku podatkowego ze skutkiem wstecznym, w wyniku wystąpienia zdarzenia późniejszego niż moment powstania tego obowiązku. Wydaje się, że z teoretycznego punktu widzenia dopuszczalne byłoby stworzenie takiej konstrukcji podatkowoprawnej. Wątpliwa jest jednak zasadność dowodzenia, że konstrukcja taka występuje na gruncie aktualnie obowiązującej ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych. Wynika to przede wszystkim z prawnego ujęcia przedmiotu tego podatku, którym jest zaistnienie zdarzenia¹⁷ określonego w art. 7 ustawy, czyli zaistnienie dochodu. Jak już wcześniej powiedziano, dochód to nadwyżka przychodów nad kosztami uzyskania przychodów, zaś obie te katego-

¹⁵ Por. A. Krzywoń, *Podatki i inne daniny publiczne w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 2011, s. 122.

¹⁶ Ibidem, s. 122.

¹⁷ Por. M. Kalinowski, *Pojęcie przedmiotu podatku*, „Toruński Rocznik Podatkowy” 2011, s. 14 i n., http://www.trp.umk.pl/download/trp2011/Pojecie_przedmiotu_podatku_M_Kalinowski.pdf.

rie pojęciowe odnoszą się do odrębnych kategorii zdarzeń, najczęściej mających powtarzalny charakter. Niezwykle istotne jest przy tym to, że pojęcie dochodu, a tym samym przychodu i kosztu jego uzyskania, definiowane jest przy pomocy elementu jakim jest rok podatkowy. Innymi słowy, powtarzalne zdarzenia poddające się podatkowoprawnej kwalifikacji za pomocą pojęć przychodów i kosztów ich uzyskania, występujące w roku podatkowym, składają się na przedmiot podatku, którym jest dochód. Czynnikiem czasu w postaci ustanowionego okresu rozliczeniowego, w którym zachodzą zdarzenia relewantne dla przedmiotu opodatkowania, staje się tutaj elementem współokreślającym przedmiot podatku¹⁸. Jest to nie tylko element konstrukcyjny w podatku dochodowym, ale również element normatywny przybierający w ustawie postać okresu rozliczeniowego, jakim jest rok podatkowy. Z chwilą zamknięcia się okresu rozliczeniowego następuje ustalenie zobowiązania podatkowego za dany rok podatkowy, na którego wysokość mogą mieć wpływ wyłącznie te zdarzenia objęte przedmiotem podatku, które wystąpiły w tym roku podatkowym. Wydaje się zatem jasne, że zdarzenia, takie jak zwroty towarów lub udzielenie bonifikat i skont, choć niewątpliwie relewantne z punktu widzenia prawnego ujęcia przedmiotu podatku dochodowego, mogą wpłynąć na ten przedmiot wyłącznie w tym okresie rozliczeniowym, w którym wystąpiły. Akceptacja tezy, w myśl której wystąpienie tych zdarzeń w danym okresie może mieć wpływ na przedmiot podatku współokreślony przedziałem czasowym zakończonym przed okresem wystąpienia tych zdarzeń, podważa znaczenie konstrukcyjnego oraz normatywnego elementu przedmiotu podatku dochodowego jakim jest czynnik czasu. Teza taka byłaby możliwa do zaakceptowania jedynie wówczas, gdyby istniała wyraźna podstawa normatywna nakazująca wsteczne ujmowanie skutku wystąpienia zdarzeń w postaci zwrotu towarów, udzielenia bonifikat i skont. W świetle przeprowadzonej wcześniej analizy językowej treści art. 12 ust. 3 ustawy, należy wykluczyć istnienie takiej podstawy.

3. Wykładnia systemowa a wsteczne ujmowanie korekt przychodu

Wnioski powyższe znajdują potwierdzenie w argumentacji opartej na wykładni systemowej zewnętrznej. Należy zauważyć, że stanowisko NSA o wstecznym skutku zdarzeń będących podstawą korekty przychodów, w sytuacji gdy korekta musi być odniesiona do zamkniętych już lat podatkowych, z konieczności doprowadzić musi do wystąpienia nadpłaty lub zaległości podatkowej za okres, do którego odnosi się skutek korekty¹⁹. Pogląd, zgodnie z którym zaistnieje w takiej

¹⁸ Por. A. Nita, *Czynnik czasu w prawie podatkowym*, [w:] *Prawo podatkowe. Teoria. Instytucje. Funkcjonowanie*, B. Brzeziński (red.), Toruń 2009, s. 78.

¹⁹ Por. uzasadnienie wyroku NSA z 2.08.2012 (II FSK 180/11), w którym Sąd wyraźnie sygnalizuje konieczność wystąpienia takich skutków.

sytuacji zaległość podatkowa skutkująca obowiązkiem zapłaty odsetek należy uznać za całkowicie nieprawidłowy. W takim przypadku trudno znaleźć jakiegokolwiek racje dla sankcyjnego charakteru zobowiązania odsetkowego w przypadku korekty spowodowanej zdarzeniem następującym po zakończeniu okresu, w którym powstał przychód podlegający korekcie (np. następce zwiększenie się ceny sprzedaży na podstawie przewidzianych w umowie klauzul indeksacyjnych lub waloryzacyjnych). Odsetki od zaległości podatkowej stanowią sankcję, która stanowi instrument zapewniający przestrzeganie prawa podatkowego, natomiast nie powinny one spełniać samoistnej funkcji fiskalnej²⁰. W przypadku korekt przychodów dokonywanych zgodnie z przedstawionymi wyżej poglądami NSA, odsetki od zaległości podatkowych nie mogą stanowić sankcji podatkowej, gdyż wsteczny skutek takiej korekty jest – w świetle tego orzecznictwa – wykonaniem prawa podatkowego zgodnie z jego literą. Odsetki od zaległości podatkowej pełniłyby w tym przypadku samoistną funkcję fiskalną. Oznacza to, że mielibyśmy wówczas do czynienia z kumulacją opodatkowania w odniesieniu do tego samego źródła – po pierwsze korekta zwiększająca przychód podlega opodatkowaniu podatkiem dochodowym, a po drugie, wsteczne działanie skutku korekty wywołałoby konieczność zapłaty odsetek od zaległości, które to odsetki nie mogą mieć w tym przypadku charakteru innego niż fiskalny. Spostrzeżenia te prowadzą do wniosku, że prezentowana w orzecznictwie NSA wykładnia art. 12 ust. 3 ustawy w zakresie skutków korekty przychodu skutkuje wyraźnym naruszeniem zasady wewnętrznej spójności budowy systemu podatkowego, a pochodną tego jest naruszenie zasady trwałej wydajności podatku, będącej kluczową zasadą budowy tego systemu²¹. Dodatkowo zauważyć można, że pogląd o wstecznym skutku korekty przychodu jest nie do pogodzenia z założeniem o neutralności podatków względem mechanizmu rynkowego²². W piśmiennictwie wskazuje się ponadto, że takie stanowisko jest nie do zaakceptowania z punktu widzenia wymogu określoności podatku wynikającego z art. 217 i art. 84 Konstytucji RP²³.

3. Klauzula *rebus sic stantibus* a wsteczne ujmowanie korekt przychodu

W literaturze przedmiotu wyrażona została teza, że korekty zmniejszające wartość przychodu, będące skutkiem zdarzeń następujących po dniu powstania przychodu należnego, powinny zostać odniesione do roku podatkowego, w którym powstał przychód należny. Stwierdzenie to zostało zilustrowane przypadkiem obniżenia ceny w wyniku zastosowania klauzuli *rebus sic stantibus* (art.

²⁰ Por. P. Majka, *Sankcje w prawie podatkowym*, [w:] *Prawo podatkowe. Teoria. Instytucje. Funkcjonowanie*, B. Brzeziński (red.), Toruń 2009, s. 101-102.

²¹ Por. A. Gomułowicz J. Małecki, *Podatki...*, *op.cit.*, s. 248-250.

²² Por. *ibidem*, s. 277-278.

²³ W. Nykiel, M. Wilk, *Obniżenie ceny...*, *op.cit.*, s. 33.

357¹ Kodeksu cywilnego), co skutkuje zmniejszeniem wysokości wierzytelności, z której uprzednim zaistnieniem wiązało się powstanie przychodu należnego. W takim stanie rzeczy zmniejszenie wartości wierzytelności nie wpływa na moment powstania przychodu, a zatem korekta przychodu powinna zostać ujęta wstecznie – w roku podatkowym, w którym powstał przychód należny²⁴. W świetle przeprowadzonej powyżej analizy, zapatrywanie takie należy ocenić jako nie-
trafne, na co wskazują również następujące argumenty.

Pomimo tego, że przychód należny wiąże się zasadniczo z zaistnieniem wierzytelności (w sensie cywilnoprawnym)²⁵, to jednak bezzasadne jest utożsamianie pojęcia przychodu należnego z cywilnoprawnym pojęciem wierzytelności. Świadczy o tym choćby sam fakt nieposłużenia się przez ustawodawcę terminem „wierzytelność” w definicji przychodu zawartej w art. 12 ust. 3 ustawy, podczas gdy termin ten występuje w wielu innych przepisach ustawy (np. art. 12 ust. 1 pkt 4, 4c, art. 12 ust. 4 pkt 13, art. 12 ust. 4b, art. 16 ust. 1 pkt 20, 25, 26, 39, 44). Podobnie, moment powstania przychodu jest autonomicznie określony w art. 12 ust. 3a, 3c, 3d oraz 3e ustawy i nie jest on zależny od zaistnienia wierzytelności, choć może się z jej zaistnieniem pokrywać. Również wymagalność wierzytelności nie ma żadnego wpływu na powstanie przychodu należnego. Z przedstawionych okoliczności wynika zatem, że powstanie przychodu należnego jest określoną w przepisach ustawy konsekwencją realizacji podatkowoprawnego stanu faktycznego, którego elementem kluczowym (choć nie wyłącznym) jest istnienie wierzytelności w sensie cywilnoprawnym. Innymi słowy, dla pojęcia przychodu należnego wierzytelność ma znaczenie jako fakt, który zaistniał w czasie, i z którym to faktem przepis art. 12 ust. 3 ustawy wiąże wystąpienie konsekwencji podatkowych w postaci powstania przychodu podlegającego opodatkowaniu. Jest to zatem modelowy przykład sytuacji, gdzie wystąpienie skutku na gruncie prawa cywilnego (zaistnienie wierzytelności), z punktu widzenia prawa podatkowego traktowane jest jako wystąpienie zdarzenia objętego hipotezą normy prawno-podatkowej²⁶. Zauważyć należy, że zupełnie obojętna jest natura zdarzeń objętych hipotezą normy podatkowoprawnej wyznaczającej zakres pojęcia przychodu. Zdarzenie takie może przybrać postać faktu instytucjonalnego (np. zwolnienie z długu, podwyższenie kapitału zakładowego, zaistnienie wierzytelności), jak i faktu surowego (np. bezumowne korzystanie z cudzej rzeczy), natomiast skutek jest zawsze taki sam – osiągnięcie przychodu podlegającego opodatkowaniu.

²⁴ W. Nykiel, M. Wilk, *Obniżenie ceny...*, op.cit., s. 33-34.

²⁵ Ibidem., s. 33.

²⁶ Por. R. Mastalski, *Stosowanie prawa podatkowego*, Warszawa 2008, s. 27, B. Brzeziński, *Prawo podatkowe a prawo cywilne*, [w:] *Prawo podatkowe. Teoria. Instytucje. Funkcjonowanie*, B. Brzeziński (red.), Toruń 2009, s. 394; P. Skalmowski, *Podatkowe skutki nieważności czynności prawnej*, „Toruński Rocznik Podatkowy” 2011, s. 20 i n., http://www.trp.umk.pl/download/trp2011/Podatkowe_skutki_niewaznosci_czynnosci_prawnej_P_Skalmowski.pdf.

Powyższe rozważania jasno wskazują, że pojęcie przychodu należnego nie może być utożsamiane z wierzytelnością w rozumieniu cywilnoprawnym, tylko z dającym się ująć w czasie faktem istnienia tej wierzytelności. Nie inaczej należy kwalifikować późniejsze czasowo zdarzenia mające jakikolwiek wpływ na istnienie tej wierzytelności, np. sądowe zastosowanie klauzuli *rebus sic stantibus* zmniejszające wartość nominalną wierzytelności. Zdarzenie takie, z punktu widzenia prawa podatkowego jest tylko faktem, z którym powiązać należy skutek określony normą podatkowoprawną. Skutek ten nie może zaś wystąpić wcześniej niż fakt, z którym norma prawa podatkowego wiąże jego wystąpienie. Ponieważ w analizowanym przypadku mówimy o skutku podatkowym w postaci korekty zmniejszającej przychód, to skutek ten nie może wystąpić wcześniej niż zdarzenie będące jego podstawą faktyczną (zastosowanie klauzuli *rebus sic stantibus*). Twierdzenie, że korektę należy w tym przypadku odnieść do momentu, w którym powstał przychód należny, prowadzić będzie do rezultatów całkowicie nieakceptowanych.

Po pierwsze, oznaczałoby to, że okres pomiędzy wystąpieniem zdarzenia kreującego przychód, a wystąpieniem zdarzenia korygującego przychód *in minus*, należy uznać za niebyły, co jest równoznaczne z cofnięciem czasu. Ze względów oczywistych wniosek taki można byłoby utrzymać wyłącznie poprzez zastosowanie fikcji prawnej, która musiałaby wyraźnie wynikać z treści ustawy, a której nie da się wywieść z aktualnego jej brzmienia.

Po drugie, gdyby nawet przyjąć istnienie wspomnianej fikcji prawnej, to byłaby ona wyjątkowo trudna do pogodzenia z treścią art. 2 ust. 1 pkt 3 ustawy, zgodnie z którym przepisów ustawy nie stosuje się do przychodów wynikających z czynności, które nie mogą być przedmiotem prawnie skutecznej umowy. Interpretowany *a contrario*, przepis ten niewątpliwie obejmuje swym zakresem przychód podlegający opodatkowaniu w okresie pomiędzy momentem jego powstania, a momentem jego korekty zmniejszającej na skutek zastosowania klauzuli *rebus sic stantibus*. Dobrą ilustracją tej tezy byłaby sytuacja, w której moment powstania przychodu oraz moment korekty wystąpiłyby w dwóch różnych latach podatkowych. Oparta na wspomnianej wyżej fikcji prawnej koncepcja zakładająca wsteczną korektę przychodów zmniejszających przychody byłaby zatem sprzeczna z powołanym przepisem, gdyż zgodnie z art. 12 ust. 3 ustawy, korekta zmniejszająca przychód polega na „wyłączeniu” części tego przychodu spod zakresu przedmiotowego ustawy. Usunięcie tej sprzeczności byłoby możliwe tylko poprzez założenie, w myśl którego przepis zawierający regułę wstecznego ujmowania korekt zmniejszających ma charakter *lex specialis* wobec art. 2 ust. 1 pkt 3 ustawy. Założenie to dodatkowo potwierdza jednak wyrażoną wcześniej tezę, że

koncepcja wstecznego ujmowania korekty zmniejszającej przychód musiałaby być oparta na wyraźnym (wręcz jednoznacznym) językowo brzmieniu przepisu²⁷.

Po trzecie, *lege non distinguente*, skutek w postaci wstecznego ujmowania korekty musiałby odnosić się do każdego przypadku korekty zmniejszającej przychód (za wyjątkiem sytuacji, gdy przyczyną korekty jest błąd istniejący w dacie powstania przychodu należnego). Stanowisko takie narusza jednak zasadę pewności opodatkowania²⁸, ponieważ w przypadku korekt odnoszonych do minionych lat podatkowych prowadzi do konieczności korygowania deklaracji rocznych w trybie art. 81 i n. ustawy z dnia 29.08.1997 r. Ordynacja podatkowa²⁹ oraz – co do zasady – wykazywania w skorygowanej deklaracji nadpłaty w podatku dochodowym.

Wreszcie po piąte, wykluczyć należy poszukiwanie uzasadnienia dla wstecznego ujmowania korekt przychodów, w mogącym wystąpić – na płaszczyźnie cywilnoprawnej – skutku *ex tunc* zastosowania klauzuli *rebus sic stantibus*³⁰. Jest tak dlatego, że skutki czynności cywilnoprawnej powstają z chwilą złożenia oświadczeń woli, bez względu na to czy czynnościom tym nadaje się skutek *ex tunc*, czy też *ex nunc*. Te używane w doktrynie prawa cywilnego zwroty należy bowiem rozumieć jako przyjęte zwroty konwencjonalne, nieprecyzyjnie wskazujące pożądaną treść stosunku zobowiązaniowego, zmienionego na skutek dokonania czynności prawnej³¹. Charakterystyka ta wyraźnie podważa zapatrywanie, w myśl którego czynność prawna (lub inne zdarzenie) modyfikujące wartość wierzytelności, z której uprzednim zaistnieniem wiązało się powstanie przychodu należnego, (wstecznie) pozbawia ten przychód cechy definitywności, nawet jeżeli danym przypadkiem, na płaszczyźnie cywilnoprawnej, czynność taka (lub inne zdarzenie) wywołuje skutki *ex tunc*. Skoro w pewnych sytuacjach nawet następcze stwierdzenie nieważności czynności cywilnoprawnej nie może doprowadzić do wstecznego wyłączenia spod opodatkowania przychodu będącego skutkiem dokonania takiej czynności³², to tym bardziej nie można wniosków takich wyciągać w odniesieniu do modyfikacji ważnego stosunku cywilnoprawnego, dokonanej przez wykorzystanie klauzuli *rebus sic stantibus*. Akceptacja takiej tezy, w skrajnym przypadku, mogłaby umożliwiać wsteczne niweczenie zaistniałych skutków podatkowych poprzez zastosowanie niektórych instytucji prawa cywilnego wywierających skutki *ex tunc* (np. pewne postaci odstąpienia od umowy).

²⁷ Por. M. Zieliński, *Wykładnia prawa. Zasady, reguły, wskazówki*, Warszawa 2010, s. 242-243.

²⁸ Por. P. Skalmowski, *Podatkowe skutki...*, op.cit.

²⁹ Tekst jedn.: Dz.U. z 2012 r., nr 749, ze zm., zwana dalej *Ordynacją podatkową*.

³⁰ Por. A. Rzetecka-Gil, *Komentarz do art. 357¹ Kodeksu cywilnego*, Lex 2011; A. Olejniczak, *Komentarz do art. 357¹ Kodeksu cywilnego*, Lex 2010.

³¹ Tak w odniesieniu do skutecznego odstąpienia lub wypowiedzenia umowy G. Tracz, *Sposoby jednostronnej rezygnacji z zobowiązań umownych*, Warszawa 2007, s. 82.

³² Por. P. Skalmowski, *Podatkowe skutki...*, op.cit.

Powyższe rozważania uzasadniają stanowisko, zgodnie z którym wsteczne ujmowanie korekt przychodów wymagałoby istnienia wyraźnej podstawy prawnej, której brak w aktualnym brzmieniu art. 12 ust. 3 ustawy.

4. Korekta zmniejszająca przychody w okresie bieżącym wobec problemu wartości korekty przewyższającej sumę przychodów korygowanych w okresie bieżącym

Dodatkowego rozważenia wymaga jeszcze jeden, powoływany na wstępie argument, który przemawiałby za przyjęciem wstecznego skutku korekty przychodów w podatku dochodowym. Sprowadza się on do stwierdzenia, że w wyniku korekty zmniejszającej przychód np. z tytułu zwrotu towaru i odniesienia skutku tej korekty do bieżącego okresu rozliczeniowego (czyli okresu, w którym wystąpił zwrot towaru) może dojść do sytuacji, gdy wartość korekty będzie wyższa niż podlegający korekcie przychód. Konsekwencją takiego stanu rzeczy musiałoby być wykazanie dla celów opodatkowania podatkiem dochodowym przychodu jako wartości ujemnej, co jest całkowicie niedopuszczalne z punktu widzenia założeń konstrukcyjnych tego podatku. Jak wskazano w piśmiennictwie i orzecznictwie, jedynym sposobem uniknięcia takiej sytuacji byłoby przyjęcie wykładni o wstecznym skutku korekty przychodu³³. W świetle przedstawionych wyżej rozważań argument ten jest jednak nietrafny. Stanowi on wyłącznie ilustrację sytuacji faktycznej, której zaistnienie nie zostało dostrzeżone przez ustawodawcę, a której wystąpienie prowadzić może do negatywnych dla podatnika skutków w postaci braku możliwości zmniejszenia przychodów o całą wartość korekty. Przypadek ten niewątpliwie stanowi kuszącą przesłankę dla tezy o konieczności wstecznego ujmowania korekty zmniejszającej przychód należny. Jednakże – w świetle wcześniejszych rozważań – przyjęcie tego stanowiska stanowiłoby w istocie stworzenie reguły niedającej się wywieść z brzmienia art. 12 ust. 3 ustawy. Prowadzi to do niewątpliwie kontrowersyjnej tezy, że skoro możliwe jest faktyczne wystąpienie sytuacji korekty zmniejszającej przychód o wartości większej, niż suma przychodów ustalona na dzień takiej korekty, a ustawa nie przewiduje możliwości wykazania przychodów o wartości ujemnej, ani dokonania korekty wstecznej, to w omawianym zakresie mamy do czynienia z luką konstrukcyjną³⁴. Uwzględniając wątpliwości wyrażane zarówno w doktrynie prawa podatkowego jak i orzecznictwie z zakresu tego prawa, dotyczące możliwości eliminowania luk konstrukcyjnych poprzez zastosowanie wniosku *per*

³³ Por. wyrok NSA z 1.06.2011 (II FSK 143/10); E. Prejs, *Korekta przychodów...*, op.cit., s. 27.

³⁴ Por. B. Brzeziński, *Wykładnia prawa podatkowego*, Gdańsk 2013, s. 134; Z. Ziemiński, *Podstawy sporów o „luki w prawie”*, „Państwo i Prawo” 1996, z. 2, s. 210.

analogiam, uzasadniona wydaje się być możliwość wykorzystania w analizowanym przypadku rozumowania w postaci analogii *legis*.

Punktem wyjścia dla zasadności stosowania analogii jest konieczność uwzględnienia tego elementu konstrukcji podatku dochodowego, którym jest dochód, rozumiany jako nadwyżka sumy przychodów nad kosztami ich uzyskania (art. 7 ust. 2 ustawy). Nie może ulegać wątpliwości, że art. 12 ust. 3 ustawy dopuszcza korygowanie przychodów (w tym korygowanie *in minus*), co ma bezpośredni wpływ na wysokość dochodu będącego przedmiotem opodatkowania. Co więcej, ustawodawca wyraźnie uwzględnia możliwość wystąpienia straty, czyli sytuacji, w której koszty przewyższają sumę przychodów. Strata jest jednym z elementów konstrukcyjnych podatku, gdyż obniża ona wysokość dochodu podlegającego opodatkowaniu w następnych latach podatkowych (art. 7 ust. 5 ustawy). Skoro strata może wystąpić m.in. na skutek korekty zmniejszającej przychody, to brak jest jakichkolwiek podstaw dla odmowy uwzględnienia w ustaleniu przedmiotu podatku także takiej korekty zmniejszającej przychody, której wartość przewyższa sumę przychodów występujących w dacie dokonania korekty. Oznaczałoby to bowiem bezpodstawne pogorszenie sytuacji podatnika. Należy zwrócić uwagę, że to ostatnie stwierdzenie potwierdza również poddany wcześniej krytyce pogląd, zmierzający do wstecznego ujmowania korekt zmniejszających przychody. Nie da się zaprzeczyć, że pogląd ten dąży do uwzględnienia w rozliczeniu podatku dochodowego całej wartości korekty zmniejszającej, nawet gdyby miało to doprowadzić do wstecznego skorygowania deklaracji podatkowej i wykazania straty, podlegającej odliczeniu od dochodu w latach następnych. Widoczne jest zatem, że sama konstrukcja przedmiotu opodatkowania podatkiem dochodowym zakłada konieczność uwzględnienia korekt zmniejszających przychody, bez względu na ich wysokość. W przypadku zaś korekt zmniejszających, których wartość przewyższa sumę przychodów na dzień dokonania korekty, z konieczności matematycznej musi dojść do sytuacji równoznacznej ze stratą w rozumieniu art. 7 ust. 2 ustawy.

Powyższe rozważania wykazują, że przypadek korekty zmniejszającej przychody, o wartości większej niż suma przychodów w okresie rozliczeniowym, w którym wystąpiło zdarzenie będące podstawą korekty (i w którym zgodnie z wcześniejszymi ustaleniami należy ująć taką korektę) – w zakresie ustalania przedmiotu opodatkowania – jest pod względem faktycznym tożsamy z przypadkiem straty w rozumieniu art. 7 ust. 2 ustawy. Tożsamość tych dwóch sytuacji faktycznych jest bezdyskusyjna, ponieważ ich podstawą jest wynik działania matematycznego w postaci różnicy pomiędzy sumą kosztów a sumą przychodów uwzględniających korekty zmniejszające. Tożsamość tych sytuacji faktycznych

uzasadnia zastosowanie w drodze analogii *legis*³⁵ reguł rozliczania straty wynikających z art. 7 ust. 2 zdanie drugie oraz art. 7 ust. 5 ustawy, w zakresie, w jakim ujęta w bieżącym okresie rozliczeniowym korekta zmniejszająca przychody, skutkowałaby koniecznością wykazania ich jako przychody o wartości ujemnej.

Bibliografia

- Brzeziński B., *Prawo podatkowe a prawo cywilne*, [w:] *Prawo podatkowe. Teoria. Instytucje. Funkcjonowanie*, B. Brzeziński (red.), Toruń 2009.
- Brzeziński B., *Wykładnia prawa podatkowego*, Gdańsk 2013.
- Kalinowski M., *Pojęcie przedmiotu podatku*, Toruński Rocznik Podatkowy 2011, http://www.trp.umk.pl/download/trp2011/Pojecie_przedmiotu_podatku_M_Kalinowski.pdf.
- Krzywoń A., *Podatki i inne daniny publiczne w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 2011.
- Leszczyński L., Wojciechowski B., Zirk-Sadowski M., *Wykładnia w prawie administracyjnym*, [w:] *System Prawa Administracyjnego*, R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel (red.), Warszawa 2012.
- Majka P., *Sankcje w prawie podatkowym*, [w:] *Prawo podatkowe. Teoria. Instytucje. Funkcjonowanie*, B. Brzeziński (red.), Toruń 2009.
- Malinowski A., *Polski tekst prawny. Opracowanie treściowe i redakcyjne*. Warszawa 2012.
- Mastalski R., *Stosowanie prawa podatkowego*, Warszawa 2008.
- Nita A., *Czynnik czasu w prawie podatkowym* [w:] *Prawo podatkowe. Teoria. Instytucje. Funkcjonowanie*, B. Brzeziński (red.), Toruń 2009.
- Nykiel W., Wilk M., *Obniżenie ceny sprzedaży wskutek zastosowania klauzuli rebus sic stantibus a korekta przychodów należnych w podatku dochodowym od osób prawnych*, „Przegląd Podatkowy” 2013, nr 3.
- Olejniczak A., *Komentarz do art. 357¹ Kodeksu cywilnego*, Lex 2010.
- Prejs E., *Korekta przychodów w świetle przepisów ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych*, „Przegląd Podatkowy” 2011, nr 6.
- Rzetecka-Gil A., *Komentarz do art. 357¹ Kodeksu cywilnego*, Lex 2011.
- Skalimowski P., *Podatkowe skutki nieważności czynności prawnej*, Toruński Rocznik Podatkowy 2011, http://www.trp.umk.pl/download/trp2011/Podatkowe_skutki_niewaznosci_czynnosci_prawnej_P_Skalimowski.pdf.
- Tracz G., *Sposoby jednostronnej rezygnacji z zobowiązań umownych*, Warszawa 2007.

³⁵ Por. B. Brzeziński, *Wykładnia...*, op.cit., s. 137; L. Leszczyński, B. Wojciechowski, M. Zirk-Sadowski, *Wykładnia w prawie administracyjnym*, [w:] *System Prawa Administracyjnego*, R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel (red.), Warszawa 2012, t. IV, s. 443.

Zieliński M., *Wykładnia prawa. Zasady, reguły, wskazówki*, Warszawa 2010.
Ziemiński Z., *Podstawy sporów o „luki w prawie”*, „Państwo i Prawo” 1996, z. 2.

Streszczenie

Przedmiotem artykułu jest polemika z dominującym w aktualnym orzecznictwie Naczelnego Sądu Administracyjnego poglądem, zgodnie z którym korekty przychodu z działalności gospodarczej powinny być dokonywane w momencie powstania przychodu należnego, który podlega korekcie (*ex tunc*). Autor przedstawia argumenty wynikające z wykładni językowej przepisu art. 12 ust. 3 ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych, w tym uwzględniające zasady techniki prawodawczej, z których można wyprowadzić hipotezę konkurencyjną do powyższej. W toku analizy wskazano na konstrukcyjny, ale również normatywny element przedmiotu opodatkowania podatkiem dochodowym, jakim jest czynnik czasu. Uwzględnienie tego elementu w procesie wykładni prowadzi do tezy, w myśl której korekty przychodu z działalności gospodarczej zasadniczo powinny być ujmowane w przedmiocie opodatkowania w rozliczeniu tego okresu, w którym faktycznie zaistniały. Autor przedstawia również negatywne konsekwencje podtrzymywania kwestionowanego stanowiska NSA, w postaci naruszenia podstawowych zasad budowy systemu podatkowego.

Summary

The subject of this article is a polemic with a dominant view in the current judicial decisions of the Supreme Administrative Court, according to which corrections of revenue from economic activity shall be made at the date of arising revenue due that is corrected (*ex tunc*). The author presents arguments arising from language interpretation of the Article 12 Clause 3 of the Act on legal persons' income tax, which take also into consideration rules of legislative technique, that might lead to hypothesis competitive to the above one. In the course of analysis structural and also normative element of the subject of income tax – i.e. time factor – was indicated. Consideration of this element in the course of interpretation leads to conclusion that corrections of revenue from economic activity shall be as a rule included in the subject of income tax of this period in which they actually occurred. The author presents also negative consequences of sustaining Supreme Administrative Court approach, in the form of violations of basic principles of the tax system construction.

Optymalizacja podatkowa w przedsiębiorstwie w zakresie podatku od nieruchomości

Wstęp

Podatek od nieruchomości jest jednym z najbardziej znaczących źródeł dochodów gmin. Według informacji publikowanej przez Ministerstwo Finansów z wykonania budżetów gmin za cztery kwartały 2013 r. wynika, iż jedynie środki otrzymywane z części oświatowej subwencji ogólnej (ponad 18 mld zł) oraz wpływy z części podatku dochodowego od osób fizycznych (12,8 mld zł) w większym stopniu, aniżeli podatek od nieruchomości (11,3 mld zł), zasilają budżet lokalny. Z drugiej strony, także dla przedsiębiorcy istniejący obowiązek świadczenia pieniężnego w związku z posiadaną nieruchomością, budynkiem lub budowlą musi być odczuwalny i przyczyniać się do jego sytuacji finansowej. Stąd też, wagi nabiera pytanie, w jaki sposób, legalnie i z poszanowaniem woli ustawodawcy, można pomniejszyć obowiązek podatkowy od nieruchomości? Najważniejsze sposoby to właściwe określenie przedmiotu opodatkowania, wykorzystanie względów technicznych oraz stosowanie ulg i zwolnień.

1. Właściwe określenie przedmiotu opodatkowania

Przedsiębiorca, w którego posiadaniu znajdują się grunty, budynki lub budowle powinien, w celu przeprowadzania efektywnego planowania podatkowego i doprowadzenia do optymalizacji wydatków, dokonać analizy posiadanego majątku przez pryzmat zapisów ustawy o podatkach i opłatach lokalnych². Przede wszystkim, trzeba zweryfikować zgłaszaną powierzchnię nieruchomości oraz znajdujących się na niej obiektów. W tym zakresie należy odwołać się do art. 1a ust. 1 pkt 5 ustawy, gdzie wskazano, iż powierzchnię użytkową budynku lub jego części należy rozumieć, jako „powierzchnię mierzoną po wewnętrznej dłu-

¹ Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Łódzkiego.

² Ustawa z dnia 12 stycznia 1991 r. o podatkach i opłatach lokalnych, tekst jedn. Dz.U. 2014 poz. 849 z późn. zm. – zwana dalej ustawą.

gości ścian na wszystkich kondygnacjach”³. Warto przy tym pamiętać, iż do tak obliczanej powierzchni nie wlicza się klatek schodowych oraz szybów dźwigowych. Może pojawić się pytanie, czy przed złożeniem informacji podatkowej, deklaracji lub dokonywaniem zmian we wskazanych dokumentach należy każdorazowo wykonać pomiar powierzchni budynku oraz nieruchomości dla jego prawidłowego podania do celów podatkowych. Z formalnego punktu widzenia nie ma takiej potrzeby. Uznaje się bowiem, iż wiążące w tym zakresie są zapisy zawarte w ewidencji gruntów i budynków⁴. Zostało to potwierdzone w licznych orzeczeniach, chociażby w wyroku NSA z dnia 5 marca 2013 r.⁵. Z praktycznego punktu widzenia jednak, w pewnych sytuacjach zasadne wydaje się ponowne wykonanie pomiarów i ustalenie powierzchni, zwłaszcza budynków znajdujących się na danej nieruchomości. Trzeba bowiem pamiętać, iż dane zawarte w ewidencji określają całkowitą powierzchnię budynku, bez wskazania metrażu np. klatki schodowej, która dla celów podatku od nieruchomości nie jest wliczana do przedmiotu opodatkowania.

Prowadząc rozważania na temat powierzchni, nie można pominąć kwestii równie istotnej, a mianowicie wysokości budynku, co także ma wpływ na wysokość podatku. Zgodnie z art. 4 ust. 1 pkt 2 ustawy, jeżeli budynek lub jego część posiada wysokość mniejszą niż 1,40 m, to wówczas pomija się go podczas ustalania przedmiotu opodatkowania. W przypadku obiektów o wysokości od 1,40 m, ale mniejszej niż 2,20 m zalicza się jedynie połowę takiej powierzchni.

Kolejną kwestią jest zweryfikowanie jak posiadana nieruchomość została sklasyfikowana w ewidencji gruntów. Jeżeli jako użytek rolny, wówczas należy

³ Tożsame rozumienie pojęcia „powierzchnia użytkowa” wg ustawy zostało zawarte także w regulacji dotyczącej opodatkowania spadków i darowizn – art. 16 ust. 4 i 5 ustawy z dnia 28 lipca 1983 r. o podatku od spadków i darowizn, tekst jedn. Dz.U. 2009 nr 93 poz. 768 z późn. zm. Inną definicję zawiera natomiast ustawa z dnia 21 czerwca 2001 r. o ochronie praw lokatorów, mieszkaniowym zasobie gminy i o zmianie Kodeksu cywilnego, tekst jedn. Dz.U. 2014 poz. 150, gdzie w art. 2 ust. 1 pkt 7 czytamy, iż przez powierzchnię użytkową należy rozumieć „powierzchnię wszystkich pomieszczeń znajdujących się w lokalu, a w szczególności pokoi, kuchni, spiżarni, przedpokoi, alków, holi, korytarzy, łazienek oraz innych pomieszczeń służących mieszkalnemu i gospodarczemu potrzebom lokatora, bez względu na ich przeznaczenie i sposób używania; za powierzchnię użytkową lokalu nie uważa się powierzchni balkonów, tarasów i loggii, antresoli, szaf i schowków w ścianach, pralni, suszarni, wózkowni, strychów, piwnic i komórek przeznaczonych do przechowywania opału”.

⁴ Zgodnie z art. 21 ust. 1 ustawy z dnia 17 maja 1989 r. Prawo geodezyjne i kartograficzne, tekst jedn. Dz.U. 2010 nr 193 poz. 1287 z późn. zm. – „podstawę planowania gospodarczego, wymiaru podatków i świadczeń, oznaczania nieruchomości w księgach wieczystych, statystyki publicznej, gospodarki nieruchomościami oraz ewidencji gospodarstw rolnych stanowią dane zawarte w ewidencji gruntów i budynków”. Regulacja ta jest często przywoływana, m.in. w uzasadnieniach do wyroków dla podkreślenia wagi i znaczenia ewidencji – zob. wyrok NSA z dnia 5 czerwca 2014 r., II FSK 1581/12, LEX nr 1483996.

⁵ Wyrok NSA z dnia 5 marca 2013 r., II FSK 1399/11, LEX nr 1305426.

zastanowić się, czy warto przekwalifikować cały teren na związany z działalnością gospodarczą. Z ekonomicznego punktu widzenia lepiej zmienić przeznaczenie gruntu jedynie w minimalnym zakresie, niezbędnym do prowadzenia działalności, a resztę pozostawić jako grunty rolne. Spowoduje to sytuację, w której jedynie część gruntów będzie podlegała ustawie, a pozostałe zostaną objęte regulacją dot. podatku rolnego.

Inna możliwość zmniejszenia wysokości podatku od nieruchomości związana jest z budynkami mieszkalnymi. Co do zasady, o czym będzie jeszcze dalej mowa, grunty, budynki i budowle będące w posiadaniu przedsiębiorcy podlegają opodatkowaniu stawką najwyższą. Jeżeli natomiast, na terenie takiej nieruchomości, która mimo wszystko związana jest z prowadzoną działalnością, znajduje się obiekt mieszkalny, to wówczas zastosowanie znajdą stawki podstawowe podatku. Co więcej, w uzasadnieniu do wyroku NSA z dnia 11 sierpnia 1992 r.⁶, sąd zauważył, że także częściowe wykorzystywanie lokalu mieszkalnego do wykonywania działalności nie spowoduje zastosowania stawek najwyższych. Innymi słowy, aby możliwym było uznanie danego lokalu za związany z działalnością gospodarczą i właściwe jego opodatkowanie, nie może on w nawet najmniejszym zakresie pełnić funkcji mieszkalnej. Należy w tym miejscu krytycznie odnieść się do praktyki, która niekiedy jest stosowana przez przedsiębiorców, a polegająca na próbie sztucznego nadania lokalom zajęтым na prowadzenie działalności gospodarczej funkcji mieszkalnych. Jest to niedopuszczalne z punktu widzenia prawa i niezgodne z celem ustawodawcy regulującego omawiane przepisy. Jeżeli faktycznie, jeden obiekt jest wykorzystywany do różnych celów, to wówczas zalecanym rozwiązaniem byłoby wydzielenie w nim powierzchni przeznaczonej tylko do wykonywania działalności gospodarczej.

Kwestią, która również może być rozpatrywana podczas optymalizacji obciążeń fiskalnych w zakresie podatku od nieruchomości jest zniesienie współwłasności. Jak stanowi ustawa w art. 3 ust. 1 pkt 4, w przypadku gdy nieruchomość lub zlokalizowany na niej obiekt jest przedmiotem współwłasności lub pozostaje w posiadaniu dwóch lub więcej podmiotów, to obowiązek podatkowy ciąży solidarnie na wszystkich współwłaścicielach lub posiadaczach. Z inną sytuacją będziemy mieli do czynienia wówczas, gdy dojdzie do wyodrębnienia własności lokalu. Od tak wyodrębnionej nieruchomości podatnik samodzielnie zapłaci daninę, natomiast od części wspólnej wysokość podatku będzie obliczana wg stosunku powierzchni użytkowej lokalu do powierzchni użytkowej całego bu-

⁶ Wyrok NSA z dnia 11 sierpnia 1992 r., SA/Wr 650/92, POP 1994/6/115.

dynku⁷. Przedmiotowa kwestia była m.in. rozpatrywana przez WSA w Warszawie⁸, który wydał wyrok, w którym negatywnie oceniono interpretację omawianej regulacji dokonaną przez prezydenta Warszawy, który wskazał, iż wysokość podatku za część wspólną po wyodrębnieniu własności „ciąży na właścicielach lokali w zakresie odpowiadającym częściom ułamkowym wynikającym ze stosunku powierzchni użytkowej lokalu do powierzchni użytkowej całego budynku nie stanowiącej przedmiotu współwłasności”. Błędne w tym zdaniu było dodanie zwrotu „nie stanowiącej przedmiotu współwłasności”, który spowodował zmianę współczynnika wykorzystywanego do obliczenia podatku. Niezależnie od interpretacji wydanej przez prezydenta Warszawy, która nie była zgodna z obowiązującą regulacją, należy podkreślić, iż omawiana treść art. 3 ust. 5 ustawy wymaga zmiany. Korzystny, z punktu widzenia przedsiębiorców zapis, sprawia ubytek środków po stronie budżetów gmin, powodując, że *de facto* od części nieruchomości lub obiektu na niej zlokalizowanego nie jest pobierany podatek. Bardziej zasadne byłoby wprowadzenie rozwiązania, które zakładałoby opodatkowanie przedmiotu współwłasności wg stosunku powierzchni użytkowej wyodrębnionego lokalu do sumy powierzchni użytkowej wszystkich wyodrębnionych lokali⁹.

2. Względy techniczne

Względy techniczne są kolejną możliwością, która powinna być brana pod uwagę podczas dokonywania optymalizacji podatkowej. Przestanką zastosowania wyższej stawki podatku od nieruchomości jest fakt posiadania gruntu, budynku lub budowli przez przedsiębiorcę lub inny podmiot prowadzący działalność gospodarczą¹⁰. Reguła taka została określona w art. 1a ust. 1 pkt 3 ustawy, w której wskazano od razu, iż opisana sytuacja nie dotyczy budynków mieszkalnych,

⁷ Dobrze obrazuje to przykład obiektu o powierzchni 1.000 m² przy stawce podatku wynoszącej 20 zł. Przy współwłasności, podatek wynosiłby 1.000 m² x 20 zł = 20.000 zł. W sytuacji gdy dojdzie do wydzielenia własności lokali przez dwa podmioty po 100 m² każdy, to podatek dla tych podatników łącznie będzie liczony w sposób następujący: 2 x 100 m² x 20 zł = 4.000 zł (podatek od lokali wyodrębnionych) oraz 2 x 1/10 x 800 m² x 20 zł = 3.200 zł. Różnica jest znacząca, bowiem w pierwszym przypadku łączna wysokość podatku wynosi 20.000 zł, a w drugim tylko 7.200 zł.

⁸ Wyrok WSA w Warszawie z dnia 2 lutego 2009 r., III SA/Wa 2535/08, LEX nr 520941.

⁹ W takim przypadku, przy podobnym założeniu, że mamy obiekt o powierzchni 1.000 m², stawka podatku wynosi 20 zł, a zobowiązanie podatkowe – 20.000 zł (1.000 m² x 20 zł), wyodrębnienie przez dwóch podatników odrębnych lokali o powierzchni 100 m² spowoduje, że podatek będzie wynosił również 20.000 zł (2 x 100 m² x 20 zł = 4.000 zł – za części wyodrębnione oraz 2 x 1/2 x 800 m² x 20 zł = 16.000 zł).

¹⁰ Zob. wyrok NSA z dnia 27 lutego 2014 r., II FSK 855/12, LEX nr 1337028. Warto także odnotować, iż bez znaczenia pozostaje w tym zakresie fakt pozostawania w związku małżeńskim z osobą, która nie prowadzi działalności gospodarczej. Nie można wówczas uzasadniać konieczności zastosowania niższej stawki podatku sytuacją zawodową małżonka/i – zob. wyrok NSA z dnia 27 lutego 2014 r., II FSK 857/12, LEX nr 1337030.

gruntów pod tymi budynkami oraz gruntów pod jeziorami, a także gruntów zajętych na zbiorniki retencyjne i elektrownie wodne. Wyjątek, co istotne z punktu widzenia przedsiębiorców, dotyczy także przedmiotu opodatkowania, który nie jest i nie może być wykorzystywany do prowadzenia działalności ze względów technicznych. W takiej sytuacji, grunty i budynki będą podlegały stawce właściwej dla gruntów i budynków pozostałych, a budowle, jako niezwiązane z prowadzoną działalnością, nie będą opodatkowane podatkiem od nieruchomości.

Tak określona regulacja, pomimo iż wydaje się jasna i spójna, rodzi w praktyce wiele wątpliwości. Już bowiem, samo pojęcie „względy techniczne” bywa różnie rozumiane, w związku z brakiem legalnej definicji zawartej w ustawie. W doktrynie panuje jednak zgoda, co do konieczności odwołania się do stanu technicznego gruntu, budynków czy budowli oraz posiłkowania się uregulowaniami rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie¹¹ i ustalania na tej podstawie, czy dany obiekt można wykluczyć z opodatkowania wyższymi stawkami podatku od nieruchomości ze względu na jego zły stan techniczny. Warto przy tym pamiętać, iż przesłanki decydujące o tym muszą mieć charakter obiektywny i niezależny od woli przedsiębiorcy¹². Każde inne rozumienie regulacji zawartej w art. 1a ustawy może powodować próbę wykorzystywania omawianych rozwiązań przez przedsiębiorców i sztuczne powodowanie względów technicznych¹³.

¹¹ Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie, Dz.U. z 2002 r., nr 75, poz. 690 z późn. zm.

¹² Trafna wydaje się w tym zakresie definicja wskazana w uzasadnieniu do jednego z wyroków, w którym sąd określił względy techniczne jako „obiektywne okoliczności trwałe, nieusuwalne i niezależne od woli przedsiębiorcy” – zob. wyrok NSA z dnia 13 maja 2014 r., II FSK 1334/12, LEX nr 1481487. W stosunku do budynków można spotkać nieco inną definicję zaprezentowaną przez WSA w Gliwicach, gdzie w uzasadnieniu do wyroku czytamy, iż „w odniesieniu do budynków – sytuację, w której istniejąca w roku podatkowym zabudowa jest w takim stanie technicznym, że nie może być wykorzystywana (nie nadaje się) do prowadzenia działalności gospodarczej, nawet po realizacji prac remontowych (odtworzeniowych) oraz adaptacyjnych, których efektem nie jest powstanie nowego budynku” – wyrok WSA w Gliwicach z 5 lipca 2010 r., I SA/GI 367/09, LEX nr 653889. Przesłankami, które nie będą prowadziły do zaistnienia względów technicznych są m.in. zakręcenie zaworów sieci technicznych, względy finansowe przedsiębiorcy, wysokie koszty uzdatniania wody. Zob. wyrok WSA w Gliwicach z dnia 17 czerwca 2005 r., I SA/GI 760/04, LEX nr 367925, pismo Ministerstwa Finansów, Departamentu Podatków Lokalnych i Katastru z dnia 20 października 2003 r., sygn. LK-1601/LP/03/PP.

¹³ Z tego punktu widzenia ciekawy wydaje się wyrok NSA z dnia 17 listopada 2005 r., FSK 2319/04, LEX nr 165709, w którym sąd wskazał, iż brak istnienia przyłącza wodno-kanalizacyjnego może stanowić przesłankę do uznania, iż działalność gospodarcza nie jest i nie może być wykorzystywana do prowadzenia działalności ze względów technicznych. W takim przypadku jednak należy brać pod uwagę rodzaj prowadzonej działalności, aby ocenić, czy sieć wodno-kanalizacyjna jest niezbędna.

Kolejną ważną, z punktu widzenia przedsiębiorcy, kwestią jest tzw. aspekt temporalny, a więc określenie, czy względy techniczne dotyczące określonego obiektu muszą mieć charakter stały czy też mogą występować okresowo lub przez pewien czas. Jest to istotne, chociażby z punktu widzenia podmiotów gospodarczych wykorzystujących nieruchomości sezonowo. Pomocna, w wyjaśnieniu tej wątpliwości jest sama ustawa, która wskazuje w art. 1a, iż aby możliwym było opodatkowanie niższą stawką podatku, grunty, budynki i budowle nie są i nie mogą być wykorzystywane do prowadzenia tej działalności. Innymi słowy, stan danego obiektu musi uniemożliwiać jego wykorzystywanie w związku z prowadzoną działalnością zarówno w chwili oceny tego stanu, jak również w przyszłości. Stanowisko to zostało potwierdzone wieloma orzeczeniami sądów, m.in. wyrokiem NSA z dnia 14 marca 2014 r.¹⁴. Z tego też względu przywołanej wcześniej działalności sezonowej nie należy uznawać za okoliczności uzasadniające powołania się na względy techniczne¹⁵. To samo dotyczy remontu obiektu zlokalizowanego na nieruchomości. Dla powstania obowiązku podatkowego wystarczającym będzie, że dany grunt jest w posiadaniu przedsiębiorcy lub osoby prowadzącej działalność gospodarczą. Nie musi on być natomiast wykorzystywany do prowadzenia działalności, co znalazło potwierdzenie m.in. w wyroku WSA w Olsztynie z dnia 14 stycznia 2010 r.¹⁶. Ponadto, należy pamiętać, iż prace remontowe cechują się okresowym trwaniem, które nie zawsze musi wykluczać możliwość wykorzystywania budynku lub budowli z użytkowania¹⁷.

Kwestią wartą wyjaśnienia jest również ustalenie, w odniesieniu do jakiej działalności można mówić o wystąpieniu względów technicznych. W art. 1a czytamy, iż omawiana regulacja dotyczy gruntów, budynków i budowli, które nie są i nie mogą być wykorzystywane ze względów technicznych do prowadzenia tej działalności. Znaczenie zwrotu „tej działalności” oraz jej interpretacja może powodować w praktyce pewne problemy, zwłaszcza iż możliwe jest jej odnoszenie do danej, konkretnej działalności prowadzonej przez przedsiębiorcę, albo do jakiegokolwiek działalności. Wydaje się, że bardziej zasadnym jest uznanie pierwszego sposobu interpretowania wątpliwego zwrotu. Przede wszystkim, należy

¹⁴ Wyrok NSA z dnia 14 marca 2014 r., II FSK 944/12, LEX nr 1488016.

¹⁵ W literaturze bardzo często przywołuje się sprawę, w której został wydany wyrok NSA z dnia 17 stycznia 2008 r., II FSK 1517/07, ONSAiWSA 2009/3/58, dotyczący opodatkowania nieruchomości, na której wydobywany był torf. Podatnik wykazywał, iż w związku z sezonową możliwością wydobywania torfu, nieruchomość ze względów technicznych nie jest wykorzystywana przez część roku. Stanowisko to było błędne, ponieważ jak wykazał sąd w innym orzeczeniu, warunki atmosferyczne oraz trudności z eksploatacją złoża stanowią przeszkodę przemijającą, której nie można zaliczyć do względów technicznych. Jedynie całkowite wyczerpanie złoża może skutkować zastosowaniem do danej nieruchomości stawki niższej. Zob. wyrok WSA w Białymstoku z dnia 2 marca 2005 r., I SA/Bk 488/04, OSK 488/04.

¹⁶ Wyrok WSA w Olsztynie z dnia 14 stycznia 2010 r., I SA/OI 722/09, LEX nr 554036.

¹⁷ Zob. wyrok NSA z dnia 6 maja 2014 r., II FSK 1139/12, LEX nr 1481413.

spojrzeć na literalne brzmienie regulacji, w której posłużono się zaimkiem „tej”, wskazującym, iż mowa jest o skonkretyzowanym rodzaju działalności prowadzonej przez dany podmiot. W przypadku, gdyby ustawodawca zamierzał odnosić względy techniczne do jakiejkolwiek działalności, to wówczas zreagowałby treść art. 1a bez wspomnianego zaimka. Innym argumentem jest wielorakość rodzajów aktywności przedsiębiorcy i związany z tym brak możliwości określenia zamkniętego katalogu działalności gospodarczej, a tym samym wykluczenie możliwości ustalenia, czy dany grunt, budynek lub budowla nie mogą być wykorzystywane do wykonywania żadnej działalności w ogóle. Najlepiej obrazuje to przykład zniszczonego domu lub fabryki, które z pozoru wydają się obiektami uniemożliwiającymi prowadzenie np. produkcji czy handlu. Te same obiekty pozwolą jednak np. na wykorzystanie ich jako plener do zdjęć filmowych czy pole do gry w paintballa. Co ciekawe, odmienne stanowisko w tym zakresie przedstawiło Ministerstwo Finansów¹⁸, jednak trudno zgodzić się z takim twierdzeniem ze względu na wyżej wymienione argumenty.

Na koniec rozważań nad problematyką względów technicznych warto jeszcze wskazać, w jaki sposób należy ustalić istnienie podstawy zastosowania niższej stawki podatku od nieruchomości. Zgodnie z regulacją ustawy to na podatniku ciąży obowiązek przekazania organowi podatkowemu informacji, które będą umożliwiały opodatkowanie, włącznie z podaniem do wiadomości wszelkich okoliczności powodujących zmniejszenie wysokości obowiązku podatkowego. Dodatkowo, jeżeli przedsiębiorca jest w posiadaniu dokumentów potwierdzających np. zły stan techniczny budynku, to również winien taki dokument uwzględnić. W tym zakresie można spotkać dosyć ciekawą rozbieżność w orzecznictwie sądów, bowiem część orzeczeń wskazuje, iż jedynie decyzje administracyjne mogą stanowić podstawę obniżenia stawki podatku w omawianym zakresie¹⁹. Pogląd taki jest błędny, chociażby z punktu widzenia art. 180 §1 Ordynacji podatkowej²⁰, który stanowi, iż jako dowód należy dopuścić, co do zasady, wszystko co może przyczynić się do ustalenia stanu faktycznego i wyjaśnienia sprawy, pod warunkiem, że nie jest to dowód sprzeczny z prawem²¹. Administracja skarbową może zakwestionować przekazane przez podatnika informacje i przeprowadzić postępowanie dowodowe, weryfikując, czy okoliczności wskazane przez podatnika, jako względy techniczne faktycznie zaistniały.

¹⁸ Pismo Dyrektora Departamentu Podatków Lokalnych i Katastru z dnia 13 marca 2003 r., nr LK-272/LP/03/PP. Podobne stanowisko zostało zawarte np. w wyroku NSA z dnia 18 lutego 2014 r., II FSK 581/12, LEX nr 1450322.

¹⁹ Zob. wyrok WSA w Szczecinie z dnia 28 października 2009 r., I SA/Sz 455/09, LEX nr 529513.

²⁰ Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa, Dz.U. z 1997, nr 137, poz. 926 z późn. zm.

²¹ Zob. wyrok WSA w Gdańsku z dnia 20 maja 2008 r., I SA/Gd 1045/07, LEX nr 469671.

3. System ulg i zwolnień

Ustawa w art. 7 daje kolejną możliwość zredukowania wysokości obciążeń podatkowych przez przedsiębiorcę. Co prawda, istniejący katalog zwolnień nie ma zbyt dużego znaczenia praktycznego, jeśli chodzi o prowadzenie działalności gospodarczej, jednak co istotne, zawarta tam klauzula pozwala radzie gminy na wprowadzanie nowych, potencjalnie ważnych dla przedsiębiorcy przywilejów podatkowych. Zgodnie z art. 7 ust. 3 musi odbywać się to w drodze uchwały, a nowe zwolnienia powinny cechować się przedmiotowym charakterem. Jednymi z częściej spotykanych zwolnień są te, kierowane do przedsiębiorców, w celu zachęcania ich do inwestowania na określonym terenie. Przykładem może być zwolnienie związane z przeprowadzeniem nowych inwestycji o wartości przekraczającej równowartość np. 50 tys. euro. Warto brać pod uwagę tego typu regulację przy podejmowaniu decyzji o lokalizacji operacji, ponieważ może ona w sposób znaczący ograniczyć zobowiązania podatkowe. Należy jednak pamiętać, iż gminy mają spore problemy z prawidłowym stosowaniem omawianych przepisów, co może skutkować uchynieniem wadliwego aktu prawa miejscowego. Dlatego też, dla własnego bezpieczeństwa, zasadnym wydaje się posiadanie wiedzy na temat obowiązującej regulacji, zwłaszcza wówczas, gdy kwestie podatkowe są jednymi z ważniejszych przy podejmowaniu decyzji o ulokowaniu działalności na danym obszarze. Rzeczą najważniejszą, jeżeli chodzi o zwolnienia, jest jej przedmiotowy charakter. Jest to najczęściej kwestionowane przez Regionalne Izby Obrachunkowe, które zarzucają próbę wprowadzania zwolnień o charakterze podmiotowym lub mieszanym (podmiotowo-przedmiotowym), co jest niedopuszczalne²². Jak wskazała RIO w Krakowie, każde zwolnienie przedmiotowe w rezultacie będzie dotyczyło określonego podatnika, ponieważ to on odniesie korzyść w postaci zmniejszonego obciążenia podatkowego. Ważnym jest jednak, aby na poziomie uchwały regulacja dotyczyła abstrakcyjnego i nieoznaczonego podmiotu²³, a dokładniej sytuacji, w której podatnik się znajdzie²⁴. Odrębną kwestią jest dostateczna precyzja podczas określania zwolnienia, co również bywa kwestionowane przez RIO. Określane w przepisach prawa normy muszą cechować się jednoznacznością i czytelnością, uniemożliwiając tym samym in-

²² Niedopuszczalnym jest np. określenie w uchwale zwolnienia odnoszącego się do nieruchomości przekraczającej 50m² w przypadku, gdy stanowi ona własność emeryta lub rencisty. Taką regulację próbowała wprowadzić Rada Gminy Świętajno, co zostało zakwestionowane przez RIO – uchwała Kolegium RIO w Olsztynie z dnia 25 kwietnia 2013 r., sygn. 0102-168/13.

²³ Zob. uchwałę Kolegium RIO w Krakowie z dnia 3 stycznia 2013 r., sygn. KI-411/1/13.

²⁴ Zob. uchwałę Kolegium RIO w Krakowie z dnia 1 lutego 2012 r., sygn. KI-411/42/12.

terpretowania niezgodnego z wolą prawodawcy²⁵. Wszelkie te cechy posiada np. zwolnienie, które zostało zaproponowane przez RIO w Kielcach, które wskazało, iż możliwym jest zwolnienie budynków gospodarczych wolno stojących wykorzystywanych wyłącznie na potrzeby gospodarstwa domowego²⁶.

Warto także pamiętać, iż adresowanie zwolnień wprost do określonej grupy podmiotów jest możliwe, jednak nie na podstawie regulacji zawartej w art. 7 ustawy w drodze uchwały rady gminy, ale poprzez samą ustawę, co wielokrotnie przypominała m.in. RIO²⁷, a co wynika z art. 217 Konstytucji²⁸.

Oprócz instytucji zwolnień, które wykluczają określone podmioty i przedmioty z opodatkowania, funkcjonują także ulgi, które pomniejszają wysokość obciążeń podatkowych. Można do nich zaliczyć odroczenie terminu płatności i rozłożenie na raty podatku lub zaległości podatkowej wraz z odsetkami oraz umorzenie zaległości w całości lub części (art. 67a Ordynacji podatkowej). Ulga przyznawana jest na wniosek podatnika w przypadkach uzasadnionych ważnym interesem podatnika lub interesem publicznym. Pierwsze ze wskazanych pojęć, co do zasady, rozumiane jest jako „niemożność uregulowania zaległości podatkowych spowodowana przypadkami losowymi”, takimi jak np. klęski żywiołowe²⁹. „Interes publiczny” natomiast należy rozumieć jako „dyrektywę postępowania nakazującą mieć na uwadze respektowanie wartości wspólnych dla całego społeczeństwa, takich jak sprawiedliwość, bezpieczeństwo, zaufanie obywateli do organów władzy, sprawność działania aparatu państwowego, korektę błędnych decyzji itp.”³⁰. Należy także pamiętać, iż przyznanie konkretnej ulgi zależy od woli organu podatkowego, ponieważ mieści się w ramach tzw. uznania administracyjnego. Nie oznacza to jednak pełnej swobody w podejmowaniu decyzji, bowiem trzeba mieć na uwadze, czy zaistniały względy, które można określić jako wyżej już zdefiniowany „ważny interes podatnika” lub „interes publiczny”.

²⁵ Przykładem takiego zwolnienia była treść uchwały Rady Gminy Pszczew, która wskazywała, iż zwalnia się z podatku od nieruchomości budynki mieszkalne, w których wymieniono tradycyjne ogrzewanie na nowoczesne lub ekologiczne – uchwała Kolegium RIO w Zielonej Górze z dnia 27 stycznia 2010 r., sygn. 24/2010.

²⁶ Wyjaśnienie RIO w Kielcach z dnia 21 marca 2012 r., sygn. WI-44/1360/2012.

²⁷ Zob. uchwałę Kolegium RIO w Krakowie z dnia 4 stycznia 2012 r., sygn. KI-411/3/12.

²⁸ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., Dz.U. z 1997, nr 78, poz. 483 z późn. zm.

²⁹ Zob. wyrok WSA w Krakowie z dnia 17 lutego 2010 r., I SA/Kr 1725/09, LEX nr 591503; wyrok WSA w Łodzi z dnia 13 stycznia 2010 r., I SA/Łd 787/09, LEX nr 623420.

³⁰ Zob. wyrok WSA w Poznaniu z dnia 5 grudnia 2013 r., I SA/Po 534/13, LEX nr 1404399; wyrok WSA w Łodzi z dnia 3 września 2013 r., I SA/Łd 1330/12, LEX nr 1308470; wyrok WSA w Białymstoku z dnia 6 lipca 2010 roku, I SA/Bk 156/10, LEX nr 590320; wyrok NSA z 21 marca 2001 r., I SA/Ka 577/00, LEX nr 47500; wyrok NSA z 12 lutego 2003 r., III SA 1838/01, M.Podat. 2003/7/43; wyrok NSA z 26 września 2001 r., III SA 659/01, ONSA 2003/3/105.

Podsumowanie

Optimalizacja prowadzonej działalności, w szczególności w zakresie obowiązków podatkowych, nabiera coraz większego znaczenia. Przedsiębiorcy oraz inne podmioty prowadzące działalność gospodarczą dążą do minimalizowania kosztów, a tym samym, co jest w pełni uzasadnione ekonomicznie, do zwiększania swoich dochodów. Podatek od nieruchomości jest jednym z obciążeń, które przyjdzie uiścić podatnikowi prowadzącemu działalność. Warto więc zdawać sobie sprawę z istniejących, legalnych form służących do planowania podatkowego. Niestety, niejasność regulacji, jej częste zmiany oraz wykluczające się czasami interpretacje sprawiają, że korzystanie z wszystkich oferowanych przywilejów jest dosyć trudne. W tym kontekście można wysunąć pod adresem ustawodawcy postulat o dążenie do większej staranności podczas prowadzenia procesów legislacyjnych oraz rozwiewanie wszelkich wątpliwości już na poziomie aktów normatywnych, bez oczekiwania na orzecznictwo sądów.

Bibliografia

Akty prawne

- Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.* (Dz.U. z 1997, Nr 78, poz. 483 z późn. zm.).
- Ustawa z dnia 21 czerwca 2001 r. o ochronie praw lokatorów, mieszkaniowym zasobie gminy i o zmianie Kodeksu cywilnego* (tekst jedn. Dz.U. 2014 poz. 150).
- Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa* (Dz.U. z 1997, nr 137, poz. 926 z późn. zm.).
- Ustawa z dnia 12 stycznia 1991 r. o podatkach i opłatach lokalnych* (tekst jedn. Dz.U. 2014 poz. 849 z późn. zm.).
- Ustawa z dnia 28 lipca 1983 r. o podatku od spadków i darowizn* (tekst jedn. Dz.U. 2009 nr 93 poz. 768 z późn. zm.).
- Ustawa z dnia 17 maja 1989 r. Prawo geodezyjne i kartograficzne* (tekst jedn. Dz.U. 2010 nr 193 poz. 1287 z późn. zm.).
- Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie* (Dz.U. z 2002 r., nr 75, poz. 690 z późn. zm.).

Orzeczenia

- Wyrok NSA z dnia 11 sierpnia 1992 r., SA/Wr 650/92, POP 1994/6/115.
- Wyrok NSA z 21 marca 2001 r., I SA/Ka 577/00, LEX nr 47500.

- Wyrok NSA z 26 września 2001 r., III SA 659/01, ONSA 2003/3/105.
Wyrok NSA z 12 lutego 2003 r., III SA 1838/01, M.Podat. 2003/7/43.
Wyroku NSA z dnia 17 listopada 2005 r., FSK 2319/04, LEX nr 165709.
Wyrok NSA z dnia 17 stycznia 2008 r., II FSK 1517/07, ONSAiWSA 2009/3/58.
Wyrok NSA z dnia 5 marca 2013 r., II FSK 1399/11, LEX nr 1305426.
Wyrok NSA z dnia 18 lutego 2014 r., II FSK 581/12, LEX nr 1450322.
Wyrok NSA z dnia 27 lutego 2014 r., II FSK 855/12, LEX nr 1337028.
Wyrok NSA z dnia 27 lutego 2014 r., II FSK 857/12, LEX nr 1337030.
Wyrok NSA z dnia 14 marca 2014 r., II FSK 944/12, LEX nr 1488016.
Wyrok NSA z dnia 13 maja 2014 r., II FSK 1334/12, LEX nr 1481487.
Wyrok NSA z dnia 5 czerwca 2014 r., II FSK 1581/12, LEX nr 1483996.
Wyrok NSA z dnia 6 maja 2014 r., II FSK 1139/12, LEX nr 1481413.
Wyrok WSA w Białymstoku z dnia 2 marca 2005 r., I SA/Bk 488/04, OSK 488/04.
Wyrok WSA w Gliwicach z dnia 17 czerwca 2005 r., I SA/Gl 760/04, LEX nr 367925.
Wyrok WSA w Gdańsku z dnia 20 maja 2008 r., I SA/Gd 1045/07, LEX nr 469671.
Wyrok WSA w Warszawie z dnia 2 lutego 2009 r., III SA/Wa 2535/08, LEX nr 520941.
Wyrok WSA w Szczecinie z dnia 28 października 2009 r., I SA/Sz 455/09, LEX nr 529513.
Wyrok WSA w Łodzi z dnia 13 stycznia 2010 r., I SA/Łd 787/09, LEX nr 623420.
Wyrok WSA w Olsztynie z dnia 14 stycznia 2010 r., I SA/Ol 722/09, LEX nr 554036.
Wyrok WSA w Krakowie z dnia 17 lutego 2010 r., I SA/Kr 1725/09, LEX nr 591503.
Wyrok WSA w Gliwicach z 5 lipca 2010 r., I SA/Gl 367/09, LEX nr 653889.
Wyrok WSA w Białymstoku z dnia 6 lipca 2010 r., I SA/Bk 156/10, LEX nr 590320.
Wyrok WSA w Łodzi z dnia 3 września 2013 r., I SA/Łd 1330/12, LEX nr 1308470.
Wyrok WSA w Poznaniu z dnia 5 grudnia 2013 r., I SA/Po 534/13, LEX nr 1404399.

Inne źródła

Pismo Dyrektora Departamentu Podatków Lokalnych i Katastru z dnia 13 marca 2003 r., nr LK-272/LP/03/PP

Pismo Ministerstwa Finansów, Departamentu Podatków Lokalnych i Katastru z dnia 20 października 2003 r., sygn. LK-1601/LP/03/PP.

Uchwała Kolegium RIO w Olsztynie z dnia 25 kwietnia 2013 r., sygn. 0102-168/13.

Uchwała Kolegium RIO w Krakowie z dnia 3 stycznia 2013 r., sygn. KI-411/1/13.

Uchwała Kolegium RIO w Krakowie z dnia 1 lutego 2012 r., sygn. KI-411/42/12.

Uchwała Kolegium RIO w Zielonej Górze z dnia 27 stycznia 2010 r., sygn. 24/2010.

Uchwałę Kolegium RIO w Krakowie z dnia 4 stycznia 2012 r., sygn. KI-411/3/12.

Wyjaśnienie RIO w Kielcach z dnia 21 marca 2012 r., sygn. WI-44/1360/2012.

Streszczenie

Celem artykułu jest wskazanie wybranych metod optymalizacji w zakresie podatku od nieruchomości, które mogą być wykorzystane przez podmioty prowadzące działalność gospodarczą. Należą do nich m.in. system ulg i zwolnień, czy względy techniczne. Autor wskazuje ponadto, w jaki sposób właściwie określić podstawę opodatkowania, z pełnym poszanowaniem regulacji prawa. Opisywane rozwiązania poparte są orzeczeniami sądów, uchwałami Regionalnych Izb Obrachunkowych oraz przykładami.

Summary

The aim of this article is to identify some optimization methods in the field of real estate tax, which can be used by commercial entities. These include tax reliefs, exemptions or technical considerations. The author also indicates how properly determine the tax base, in full compliance with regulations of the law. The described solutions are supported by court decisions, resolutions of Regional Accounting Chamber and examples.

Treść ponad formą? Niektóre uwagi na tle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości dotyczącego obowiązków formalnych w opodatkowaniu VAT

Wstęp

Podstawowym obowiązkiem podatnika wynikającym z prawa podatkowego jest zapłata podatku. Celem jego ustanowienia jest bowiem zgromadzenie środków finansowych przez państwo². Nie jest to jednak jedyny obowiązek nakładany przez prawo podatkowe na jego podmioty. Przewiduje ono bowiem szereg innych. Podatnik jest zobowiązany do rejestracji swojej działalności jako podatnika, prowadzenia ewidencji, wystawiania rachunków, składania informacji o zdarzeniach gospodarczych go dotyczących, jest wreszcie zobowiązany do wpłacania zaliczek na podatek, czy poddawania się kontroli organów podatkowych. Obowiązki te najczęściej zwane są w doktrynie obowiązkami instrumentalnymi³.

Wyodrębnienie tych obowiązków oraz ich zdefiniowanie nie jest łatwe. Na pierwszy rzut oka przyjąć można – zgodnie z ich nazwą, że są to wszystkie te obowiązki, które służą wykonaniu podstawowego obowiązku, którym jest zapłata podatku. Przy takim ujęciu pamiętać należy, że system prawny zna cały szereg obowiązków, które służą wykonaniu tej podstawowej powinności. Podatnik ma swoje obowiązki w postępowaniu podatkowym (w wąskim znaczeniu)⁴, podczas kontroli podatkowej, postępowania egzekucyjnego, postępowania zabezpieczającego, czy wreszcie ma obowiązki wynikające z prawa karnego skarbowego. Wszystkie one służą zapłacie podatku. Jak się jednak wydaje – nie wszystkie te obowiązki nazywa się w literaturze obowiązkami instrumentalnymi. Z drugiej strony należy zwrócić uwagę, że wśród omawianych obowiązków są niektóre takie, które mają charakter w jakiś sposób „formalistyczny”, czy „formalny” (choć nie cho-

¹ Prawnik, doradca podatkowy, menedżer w Dziale Doradztwa Podatkowego Deloitte.

² R. Mastalski, [w:] L. Etel (red.), *System prawa finansowego, T. III, Prawo daninowe*, Warszawa 2010, s. 353.

³ Ibidem, s. 384.

⁴ Pojęcie postępowania podatkowego jest w doktrynie sporne. Co do szczegółów zob. M. Masternak, [w:] B. Brzeziński (red.), *Prawo podatkowe, Teoria. Instytucje. Funkcjonowanie*, Toruń 2009, s. 333.

dzi tutaj o obowiązki proceduralne)⁵. Mowa tutaj o takich obowiązkach, które są obowiązkami instrumentalnymi, ale jednocześnie które służą ewidencjonowaniu i dokumentowaniu zjawisk mających wpływ na opodatkowanie (albo – ściślej mówiąc – na wysokość płaconego podatku). Bez rozstrzygania zarysowanych kwestii definicyjnych oraz klasyfikacyjnych (nie jest to tutaj konieczne) w niniejszym artykule posłużono się pojęciem „obowiązków formalnych”, przez co rozumieć należy obowiązki instrumentalne, niebędące obowiązkami proceduralnymi, które służą dokumentowaniu, ewidencjonowaniu lub udowadnianiu faktów mających znaczenie dla wysokości płaconego podatku. Do tak roboczo zdefiniowanych obowiązków formalnych zaliczyć należy w szczególności obowiązek rejestracji dla celów podatkowych podatnika lub jego kontrahenta, posiadania faktury, posiadania określonego dokumentu, obowiązek ujmowania sprzedaży na kasach rejestrujących. Te właśnie obowiązki były bowiem przedmiotem spraw rozstrzyganych przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej („Trybunał”, „TSUE”).

Wśród uwag wstępnych warto poczynić jeszcze jedną. Mianowicie, da się zaobserwować, że cechą charakterystyczną współczesnego prawa podatkowego jest daleko posunięty formalizm⁶. Formalizm ten pozwala monitorować oraz porządkować działania podatnika istotne z punktu widzenia opodatkowania, a tym samym służy interesowi fiskalnemu państwa (zapłacie podatku). Posługiwanie się różnego rodzaju instrumentami formalnymi może powodować, że ostateczne dane, na których opiera się podmiot ustalający wysokość płaconego podatku, stoją w sprzeczności z faktami⁷. Łatwo bowiem można sobie wyobrazić sytuację, w której brak spełnienia określonego obowiązku formalnego powoduje przyjęcie fikcji, że dane zjawisko nie miało miejsca. Tak może być przykładowo w przypadku braku posiadania przez dostawcę dokumentu potwierdzającego, że odbiorca otrzymał towar (co powoduje zastosowanie wyższej stawki podatku) lub braku zgłoszenia w odpowiednim terminie dokonania darowizny (co powoduje wyłączenie zwolnienia z podatku). W takich sytuacjach podmiot ustalający wysokość zobowiązania podatkowego abstrahuje od tego, jakie były fakty, opierając się wyłącznie na tym, jakie obowiązki formalne zostały lub nie zostały spełnione.

⁵ W literaturze nie ma zgody, czy obowiązki instrumentalne mają charakter materialny, czy proceduralny – zob. M. Liszewski, *Charakter prawny obowiązków instrumentalnych*, „Kwartalnik Prawa Podatkowego”, nr 2/2000. Choć obowiązki te niekiedy klasyfikuje się jako proceduralne, to jednak zaznacza się przy tej okazji, że normy prawa materialnego i proceduralnego w prawie podatkowym w niektórych obszarach są tak ściśle ze sobą powiązane, że trudno rozdzielić te dwie materie – tak R. Mastalski, op.cit., s. 384.

⁶ B. Brzeziński, *Przyczynek do analizy formalizmu prawa podatkowego*, „Kwartalnik Prawa Podatkowego”, nr 2/2009, s. 95.

⁷ Ibidem, s. 95.

Trybunał rozstrzygał sprawy związane z takimi sytuacjami. W sprawie Albert Collée⁸ postawił on tezę, iż brak spełnienia obowiązków formalnych nie powinien mieć wpływu na wysokość zobowiązania podatkowego, gdy ustalono fakt wypełnienia merytorycznych przesłanek opodatkowania. Odpowiedź na pytanie, czy teza taka została ugruntowana w orzecznictwie Trybunału, jest celem niniejszego artykułu.

1. Analiza orzecznictwa

1.1. Orzeczenie w sprawie Albert Collée

Rozstrzygnięcie w sprawie Albert Collée zapadło w stanie faktycznym, w którym niemiecki podatnik dokonywał sprzedaży samochodów wywożonych do Belgii w wyniku tej sprzedaży. Pierwotnie sprzedawca wystawiał faktury wykazując podstawową stawkę VAT z tytułu tych sprzedaży – właściwą dla sprzedaży krajowej. Następnie jednak dokonał korekty tych transakcji, wykazując je w swoich ewidencjach jako zwolnione dostawy wewnątrzwspólnotowe. Organ podatkowy nie zaakceptował jednak takiej korekty powołując się na praktykę orzeczniczą. Zgodnie z nią zapisy w księgach podatnika powinny być dokonane na bieżąco i bezpośrednio po dokonaniu danej czynności. W efekcie tego sporu Trybunał był zobowiązany do udzielenia odpowiedzi na pytanie prejudycjalne, czy organy podatkowe mogą odmówić zwolnienia od podatku dostawy wewnątrzwspólnotowej, która bezsprzecznie miała miejsce, jedynie na tej podstawie, że podatnik nie przedstawił wymaganego dokumentu księgowego we właściwym czasie. Odpowiedź na to pytanie była przecząca.

Trybunał rozpoczął swoje uzasadnienie od wskazania zasad systemu opodatkowania VAT, które są realizowane poprzez konstrukcję zwolnienia WDT. Po pierwsze wskazał, że stanowi ono odstępstwo od zasady, że VAT znajduje zastosowanie do wszystkich czynności obejmujących „produkcję lub dystrybucję”. Po drugie, realizuje zasadę neutralności podatku VAT z tego powodu, że pozwala uniknąć podwójnego opodatkowania. Po trzecie zaś, realizuje zasadę, zgodnie z którą wpływy podatkowe zapewnione są temu państwu, na terenie którego następuje końcowe wykorzystanie towaru. W dalszej części TSUE wskazał, że VI Dyrektywa⁹ przewiduje możliwość wprowadzenia przez państwa członkowskie środków zmierzających do prostego stosowania zwolnień oraz zapobiegania nadużyciom. Ponadto, art. 22 ust. 8 VI Dyrektywy przewiduje również

⁸ Wyrok Trybunału z 27.09.2007 r., Albert Collée przeciwko Finanzamt Limburg an der Lahn, C-146/05, publ. www.curia.eu, ECLI:EU:C:2007:549.

⁹ Szósta Dyrektywa Rady z dnia 17 maja 1977 r. w sprawie harmonizacji ustawodawstw Państw Członkowskich w odniesieniu do podatków obrotowych – wspólny system podatku od wartości dodanej: ujednolicona podstawa wymiaru podatku (77/388/EWG; Dz.U. L 145 z 13.6.1977, s. 1 ze zm.) – w niniejszym artykule powoływana jako „VI Dyrektywa”.

możliwość wprowadzenia innych dodatkowych obowiązków formalnych w celu zapewnienia prawidłowego poboru i zapobiegania oszustwom podatkowym. Jednakże, zgodnie z utrwalonym orzecnictwem, środki takie nie mogą wykraczać poza to, co jest niezbędne do osiągnięcia ich celów. „Przepisy te nie mogą być więc wykorzystywane w sposób, który podważałby neutralność podatku VAT, stanowiącą podstawową zasadę wspólnego systemu podatku VAT ustanowionego przez przepisy wspólnotowe w tej dziedzinie”¹⁰.

Stosując powyższe ustalenia do stanu faktycznego sprawy, Trybunał stwierdził, że „przepis krajowy, który uzależnia w istocie prawo do zwolnienia od podatku dostawy wewnątrzwspólnotowej od spełnienia obowiązków formalnych, nie uwzględniając wymogów merytorycznych, a w szczególności nie biorąc pod uwagę kwestii, czy zostały one spełnione, wykracza poza to, co jest niezbędne dla zapewnienia prawidłowego poboru podatku”¹¹, „(...) w odniesieniu do sprawy przed sądem krajowym, skoro z postanowienia odsyłającego wynika, że fakt dokonania dostawy wewnątrzwspólnotowej jest bezsporny, zasada neutralności podatkowej wymaga jak to słusznie podnosi Komisja Wspólnot Europejskich by zwolnienie od podatku VAT zostało przyznane w razie spełnienia przesłanek merytorycznych, nawet jeśli podatnik pominął pewne wymogi formalne. Inaczej byłoby jedynie w przypadku, gdyby naruszenie tych wymogów formalnych uniemożliwiło przedstawienie przekonującego dowodu spełnienia przesłanek merytorycznych. Jednak nie wydaje się, by tak było w sprawie przed sądem krajowym”¹².

Trybunał tym samym bardzo wyraźnie zarysował linię podziału pomiędzy przesłankami merytorycznymi oraz formalnymi opodatkowania. Taki podział był już widoczny na podstawie niektórych wcześniejszych wyroków Trybunału dotyczących obowiązków formalnych – jednakże w tym orzeczeniu widać to wyraźnie: jeżeli przesłanki merytoryczne zwolnienia (wywóz z kraju członkowskiego) zostały spełnione, to spełnienie dodatkowych warunków formalnych nie jest konieczne. Celem tych dodatkowych warunków jest bowiem zapewnienie poboru oraz zapobieganie nadużyciom. Skoro żaden podatek od tej danej transakcji nie jest należny (zwolnienie), to nie ma konieczności zapewnienia poboru ani zapobiegania nadużyciom. Skoro udowodnione zostało, że nadużycia nie było, to środek zabezpieczający przed nadużyciami przestaje być konieczny do osiągnięcia jego celu. Kryterium konieczności nie zostaje spełnione. Równolegle Trybunał wskazuje, że ustalanie skutków podatkowoprawnych na podstawie przesłanek formalnych bez uwzględnienia przesłanek merytorycznych naruszyłoby zasadę neutralności.

Warto również wskazać na pewien aspekt metodologiczny stosowania – jak można sądzić – zasady proporcjonalności przez Trybunał. Mianowicie, jak wska-

¹⁰ Ust. 26 omawianego wyroku.

¹¹ Ust. 29 omawianego wyroku.

¹² Ust. 31 omawianego wyroku.

zono, na początku uzasadnienia przywołał on różne „zasady” systemu VAT, które mają być realizowane przez zwolnienie WDT. Z tego faktu można wyciągać wnioski, że brak zwolnienia powodowałby z jednej strony brak opodatkowania towarów w miejscu konsumpcji, złamanie zakazu podwójnego opodatkowania oraz naruszenie neutralności podatku. Z drugiej zaś strony brak zwolnienia wspierałby zasadę powszechności opodatkowania (od której zwolnienie jest wyjątkiem) oraz pozwoliłby zapobiegać nadużyciom. Ostatecznie wypracowana reguła wydaje się zatem być wynikiem wyważenia pomiędzy tymi określonymi, przeciwstawnymi zasadami.

1.2. Orzeczenia w sprawach EGI¹³, Komisja przeciwko Hiszpanii¹⁴

Już w niektórych wcześniejszych wyrokach niż w sprawie Albert Collée Trybunał stosował testy składające się na zasadę proporcjonalności w odniesieniu do obowiązków formalnych – choć bez tak wyraźnej konkluzji. Na uwagę zasługują tutaj orzeczenia w sprawach EGI oraz Komisja przeciwko Hiszpanii.

W pierwszej z nich belgijscy podatnicy nabywali towary udokumentowane fakturami, które zawierały błędy: co do identyfikacji stron transakcji (w tym błędne numery VAT), co do przedmiotu transakcji, jak i osób podpisujących faktury. Istota sporu sprowadzała się do tego, czy państwo członkowskie może odmówić prawa do odliczenia podatku naliczonego z tego powodu, że faktura nie zawiera określonych informacji. Trybunał nie odpowiedział jednoznacznie na to pytanie. Stwierdził jednak, że w celu wykonania prawa do odliczenia VI Dyrektywa wymaga jedynie posiadania faktury, która zawiera określone informacje. Państwa członkowskie mogą przewidzieć dodatkowe wymogi treściowe faktury. Jednakże takie wymogi, które miałyby uzależniać prawo do odliczenia VAT od ich spełnienia „muszą być ograniczone do tego, co konieczne, aby zapewnić prawidłowy pobór podatku VAT oraz aby umożliwić nadzór organów podatkowych. Ponadto takie elementy nie mogą, z racji swojej ilości lub natury, uniemożliwiać wykonania prawa do odliczenia albo czynić je nadmiernie utrudnionym”¹⁵.

¹³ Wyrok Trybunału 14.07.1988 r., Léa Jeunehomme i Société anonyme d'étude et de gestion immobilière „EGI” przeciwko państwu belgijskiemu, sprawy połączone C-123 oraz C-330/87, publ. www.curia.eu, ECLI:EU:C:1988:408.

¹⁴ Wyrok Trybunału z 9.06.1992 r., Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Królestwu Hiszpanii, C-96/91, publ. www.curia.eu, ECLI:EU:C:1992:253.

¹⁵ Ustęp 16 i 17 omawianego wyroku. Najczęściej uznaje się, iż Trybunał stosuje „zasadę skuteczności” danego prawa, gdy wskazuje na zakaz stosowania środków, które mogą czynić wykonanie prawa „niemożliwym lub nadmiernie utrudnionym”. Równocześnie jednak zakaz naruszenia istoty prawa należy rozumieć jako wynik stosowania zasady proporcjonalności *sensu stricto* – tak zob. przykładowo J. Schwarze, op.cit., s. 859.

Podobne przesłanki sąd unijny przedstawił w drugiej powołanej sprawie. Zgodnie z art. 6 ust. 2 Dyrektywy 68/169¹⁶ państwa członkowskie mogły zapewnić zwrot podatku dla podróżnych opuszczających dane państwo. Ust. 3 wskazywał, że państwa członkowskie mogą wprowadzać dodatkowe warunki zwrotu podatku. Ust. 4 przewidywał warunek formalny takiego zwrotu: „zwrot będzie uzależniony od (...) przedstawienia kopii faktury albo innego dokumentu w jej miejsce, potwierdzonego przez właściwe władze państwa eksportu”. Przepisy hiszpańskie przewidywały natomiast warunek przedstawienia specjalnego oficjalnego formularza. Istota sporu sprowadzała się zatem do odpowiedzi na pytanie, czy taki dodatkowy formularz może warunkować dokonanie zwrotu.

Trybunał podkreślił, że VI Dyrektywa nie wymaga prezentacji żadnego specjalnego dokumentu, a jedynie faktury. Po drugie wskazał, że taki wymóg byłby nieproporcjonalny. Powołał się na sprawę EGI i wskazał, że VI Dyrektywa VAT przewiduje możliwość nakładania dodatkowych obowiązków przez państwa członkowskie. Lecz środki te nie mogą wykroczać poza to, co jest ściśle konieczne do osiągnięcia celu zapobiegania nadużyciom oraz zapewnieniu kontroli przez organy podatkowe, a charakter wymogów formalnych nie może czynić prawa do odliczenia praktycznie niemożliwym do wykonania lub nadmiernie utrudnionym. Prezentacja takiego specjalnego formularza tymczasem wykrocza poza to, co jest konieczne do zapewnienia prawidłowego poboru podatku, a obowiązek ten jest takiej natury, że czyni prawo do zwrotu bardzo utrudnionym. Dodatkowo obowiązek taki powoduje podwójne opodatkowanie, podczas gdy celem przedmiotowej regulacji jest zapobieganie podwójnemu opodatkowaniu.

1.3. Orzeczenia dotyczące mechanizmu *reverse charge* – Bockemühl¹⁷, Ecotrade¹⁸, Uszodaépitő¹⁹, EMS Bulgaria²⁰

Na podstawie wyżej wskazanego orzecznictwa – a w szczególności wyroku w sprawie Albert Collée – można postawić hipotezę o tym, że Trybunał prezen-

¹⁶ Dyrektywa Rady z dnia 28 maja 1969 r. w sprawie harmonizacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do zwolnienia z podatku obrotowego i podatku akcyzowego towarów przywożonych w międzynarodowym ruchu pasażerskim (69/169/EWG), EUR-LEX dokument nr 31969L0169.

¹⁷ Wyrok Trybunału z 1.04.2004 r., Finanzamt Gummersbach przeciwko Gerhard Bockemühl, C-90/02, publ. www.curia.eu, ECLI:EU:C:2004:206.

¹⁸ Wyrok Trybunału z 8.05.2008 r., Ecotrade SpA przeciwko Agenzia delle Entrate – Ufficio di Genova 3, sprawy połączone C-95/07 oraz C-96/07, publ. www.curia.eu, ECLI:EU:C:2008:267.

¹⁹ Wyrok Trybunału z 30.09.2010 r., Uszodaépitő kft przeciwko APEH Központi Hivatal Hatósági Főosztály, C-392/09, publ. www.curia.eu, ECLI:EU:C:2010:569.

²⁰ Wyrok Trybunału z 12.07.2012 r., EMS-Bulgaria Transport OOD przeciwko Direktor na Direktsia «Obzhalvane i upravljenje na izpalnenieto» Plovdiv, C-284/11, publ. www.curia.eu, ECLI:EU:C:2012:458.

tuje dosyć sceptyczne podejście do formalizmów. W uzasadnieniach jego wywodów widać wyraźne rozróżnienie formalnych oraz materialnych przesłanek opodatkowania. Przy tym, niespełnienie formalnych nie powinno mieć znaczenia dla wysokości opodatkowania, gdy spełnione zostały przesłanki materialne.

Hipoteza taka znalazła swoje potwierdzenie w wyrokach tworzących zasadniczo jednolitą linię orzeczniczą dotyczącą tzw. mechanizmu *reverse charge*²¹. We wszystkich powołanych czterech sprawach podatnik dokonywał nabyć (towarów lub usług) rozliczanych w ten właśnie sposób. We wszystkich tych przypadkach nie było wątpliwości co do tego, że nabycia rzeczywiście miały miejsce, a zatem merytoryczne przesłanki odliczenia podatku naliczonego były spełnione. Jednocześnie jednak w każdej z tych spraw określone obowiązki formalne nie zostały wypełnione. W sprawie Bockemühl otrzymane przez podatnika-nabywcę faktury były nierzetelne – m.in. podmiot wskazany na fakturze jako dostawca nie istniał. W sprawie Ecotrade podatnik nabył usługi transportu wewnątrzwspólnotowego – jednak nie wykazał z tego tytułu ani podatku należnego, ani podatku naliczonego. Organy podatkowe nakazały wykazać podatek należny, lecz w odniesieniu do podatku naliczonego prawo to należało wykonać w 2-letnim terminie. Aby wykonać to prawo, należało ująć kwoty wynikające z tych transakcji w odpowiednich rejestrach prowadzonych przez spółkę. Trybunał rozstrzygał tu m.in., czy w takich okolicznościach można stosować „sankcję”²² w postaci odmowy prawa do odliczenia podatku. W sprawie Uszodaépítő organy podatkowe uznały, że podatnik nie ma prawa do odliczenia podatku z tego powodu, że nowe przepisy węgierskie nakazywały korektę przeszłych deklaracji (na podstawie przepisów obowiązujących z mocą wsteczną) oraz od korekty faktur wystawionych w przeszłości.

W powyższych sprawach Trybunał uznał, że spełnienie warunków formalnych nie może prowadzić – w przypadku stosowania mechanizmu *reverse charge* – do odmowy prawa do odliczenia podatku naliczonego, jeżeli materialne przesłanki opodatkowania są spełnione.

Uzasadnienie przesłanek, którymi TSUE się kierował, jest relatywnie czytelne w przypadku sprawy Bockemühl oraz Uszodaépítő. W obydwu tych sprawach najpierw powołana została zasada neutralności ze wskazaniem na realizujące ją prawo do odliczenia, jako podstawowe prawo podatnika. Jednocześnie dyrektywa wskazuje, że podatnik, w celu odliczenia, powinien spełnić warunki przewidziane w prawie państwa członkowskiego. Warunki te powinny być zgodne z jednym z celów dyrektywy, którym w tym przypadku jest zapewnienie prawidłowego poboru podatku oraz kontroli przez organy podatkowe. Wymogi te

²¹ Chodzi tutaj o mechanizm rozliczania podatku VAT przez nabywcę. Oznacza to w praktyce, że nabywca rozlicza podatek należy oraz naliczony od nabytego przez siebie towaru, a w konsekwencji – jeżeli ma on pełne prawo do odliczenia, żadne zobowiązanie podatkowe z tytułu takiego nabycia nie powstaje.

²² Zjawisko to tak jest nazywane w omawianym orzeczeniu.

nie mogą czynić prawa do odliczenia praktycznie niemożliwym lub nadmiernie utrudnionym. Dlatego też nałożone warunki nie mogą wykraczać poza to, co jest konieczne do zapewnienia kontroli mechanizmu odwrotnego obciążenia. Dalej Trybunał konkluduje, że gdy administracja podatkowa posiada informacje o tym, że transakcja miała miejsce, a więc, że podatnik jest zobowiązany do wykazania podatku należnego z tytułu nabycia towarów, to wymaganie spełnienia dodatkowych wymogów formalnych celem wykazania podatku naliczonego powodowałoby, że prawo do odliczenia byłoby niewykonalne.

Podobne wnioski Trybunał wyciągnął w sprawie *Ecotrade* oraz *EMS Bulgaria*. W obydwu tych wyrokach powołał się on na sprawy *Albert Collée* oraz *Bockemühl*, wskazując, że jeżeli organy podatkowe uznają za udowodnione, że nabycie rzeczywiście miało miejsce (i podatnik jest zobowiązany do zapłaty podatku należnego), to nie ma mowy o oszustwie. Skoro zaś spełnienie obowiązków formalnych ma służyć zapobieganiu nadużyciom, to ich spełnienie przestaje w takiej sytuacji być konieczne oraz narusza zasadę neutralności. Dlatego też nałożenie „sankcji” w postaci odmowy odliczenia wykracza poza to, co jest konieczne do zapewnienia prawidłowego poboru podatku (*Ecotrade*). Podobnie w *EMS Bulgaria* Trybunał uznał niedopuszczalność stosowania sankcji w postaci odmowy prawa do odliczenia, uznając, że „zgodnie z postanowieniem odsyłającym w sprawie przed sądem krajowym dostawa wewnątrzwspólnotowa nie została zatajona i informacje jej dotyczące są dostępne w księgowości podatnika. Organ podatkowy dysponuje zasadniczo niezbędnymi informacjami pozwalającymi mu na zbadanie, czy rzeczywiście zostały spełnione materialne przesłanki, co w każdym razie należy do oceny sądu krajowego”²³. Trybunał uznał tutaj, że dopuszczalne jest stosowanie sankcji w postaci nałożenia odsetek za spóźnioną zapłatę podatku (o ile sankcja taka jest proporcjonalna).

Stanowisko dotyczące proporcjonalności obowiązków formalnych staje się również czytelniejsze po lekturze opinii Rzecznika Generalnego w sprawie *Ecotrade*. Istotę prezentowanego dotychczas przez Trybunał podejścia podsumować można następującym fragmentem tejże opinii:

„System odwrotnego obciążenia ma na celu unikanie podwójnego opodatkowania oraz zapewnienia neutralności podatkowej. Przepisy wydane na podstawie art. 18 ust. 1 lit d) albo art. 22 ust. 7 lub ust. 8 szóstej dyrektywy nie powinny wykraczać poza to, co jest konieczne do osiągnięcia przewidzianych w nich celów, ani nie powinny podważać neutralności. Przepis, który uzależnia prawo do odliczeń od spełnienia obowiązków formalnych, nie uwzględniając wymogów merytorycznych, wykracza poza to, co jest niezbędne. Czynności powinny być opodatkowane z uwzględnieniem ich obiektywnych cech. Jeśli dana czynność spełnia przesłanki przewidziane dla dokonania odliczenia, to podatek VAT pod-

²³ Ust. 72 wyroku.

lega odliczeniu. Jeżeli nie ulega wątpliwości, że zobowiązanie podatkowe w ramach systemu odwrotnego obciążenia powoduje powstanie prawa do odliczenia, to zasada neutralności podatkowej wymaga, by odliczenie było dozwolone w razie spełnienia przesłanek merytorycznych, nawet jeśli podatnik pominął pewne wymogi formalne. Istotne jest, by umożliwić zmiany sposobu zakwalifikowania dostawy w księgowości podatnika. Dlatego też w przypadku późniejszej korekty zapisów księgowych należy uznać jej prawdziwy charakter, o ile spełnione są obiektywne kryteria. Jeżeli nie występuje zagrożenie utraty wpływów podatkowych, to zasada neutralności podatku VAT wymaga, by nieprawidłowo wypełnione deklaracje podatkowe mogły być skorygowane. Takie zagrożenie nie występuje, jeżeli zobowiązanie podatkowe i prawo do odliczenia wzajemnie siebie znoszą. Tym niemniej, odpowiednie i proporcjonalne grzywny mogą być nakładane z tytułu nieprawidłowego zadeklarowania czynności”²⁴.

1.4. Société générale²⁵

Powyższy sceptycyzm Trybunału w stosunku do obowiązków formalnych wzmaga również teza wyroku w sprawie Société générale. Okazuje się bowiem, że określony obowiązek formalny powinien być pominięty – również wówczas gdy sam przepis dyrektywy wprost wymaga spełnienia takiego obowiązku. Innymi słowy, zwrot podatku powinien nastąpić nawet jeżeli podatnik nie spełni określonego obowiązku formalnego, od którego dyrektywa uzależnia ten zwrot – jeżeli spełnienie tego obowiązku w danych okolicznościach będzie bezcelowe.

Powołany w tym rozdziale wyrok zapadł na gruncie (nieobowiązującej już) VIII Dyrektywy²⁶. Zgodnie z jej przepisami podatnik mógł ubiegać się o zwrot podatku pod warunkiem posiadania „oryginału faktury albo dokumentu importowego”. Podatnik nie posiadał jednak oryginałów faktur, ponieważ zostały zagubione. Zawniósł on zatem o zwrot podatku na podstawie duplikatu wystawionego przez sprzedawcę. Ze względu na upływy terminów zawitych, nie było prawnej możliwości, aby podatnik aplikował ponownie na podstawie oryginałów o zwrot podatku. Organy podnosiły, że wykładnia językowa dyrektywy nie pozostawia im żadnego wyboru, jak wyłącznie odrzucić wniosek o zwrot na podstawie duplikatów faktur.

²⁴ Ust. 68 opinii Rzecznika Generalnego Eleanor Sharpston z 13.03.2008 r., publ. www.curia.eu, ECLI:EU:C:2008:173.

²⁵ Wyrok Trybunału 11.06.1998 r., Société générale des grandes sources d’eaux minérales françaises przeciwko Bundesamt für Finanzen, C-361/96, publ. www.curia.eu, ECLI:EU:C:1998:282.

²⁶ VIII Dyrektywa Rady z 6.12.1979 r. w sprawie harmonizacji ustawodawstw Państw Członkowskich odnoszących się do podatków obrotowych – warunki zwrotu podatku od wartości dodanej podatnikom niemającym siedziby na terytorium kraju (79/1072/EWG), Dz.U. L 331 z 27/12/1979 ze zm., publ. www.eur-lex.europa.eu.

Trybunał wskazał, że celem wymogu posiadania oryginału faktury jest zapobieganie uchylaniu się od opodatkowania. Jednakże państwo członkowskie może przyznać zwrot „w wyjątkowych sytuacjach gdy nie ma wątpliwości, że transakcja miała miejsce, utrata faktury nie jest skutkiem okoliczności zależnych od podatnika oraz nie ma ryzyka ponownego wnioskowania o zwrot”. Wniosek taki ma wynikać – zdaniem TSUE – z tego, że prawo wtórne (dyrektywa) musi być zgodne z ogólnymi zasadami prawa, a w szczególności z zasadą proporcjonalności. Tymczasem wyłączenie zwrotu w tym danym stanie faktycznym nie było konieczne, aby zapobiegać nadużyciom (skoro nie było możliwości ponownego wnioskowania o zwrot na podstawie oryginałów faktur, to nie ma ryzyka nadużycia, a w konsekwencji odmowa zwrotu nie jest konieczna).

Należy również zwrócić uwagę, że Rzecznik Generalny w opinii do wyroku²⁷ dokonał rozbudowanej analizy dotyczącej proporcjonalności. W szczególności zauważył, że istnieją pewne granice przy ustanawianiu nowych warunków formalnych, jak również przy interpretacji minimalnych istniejących w prawie unijnym. Te granice powinny gwarantować możliwość wykonania prawa do odliczenia przez podatnika. Z powyższego wynika, że wspólnotowy system opodatkowania jest zbudowany na dwóch fundamentalnych zasadach/celach: z jednej strony jest to nakładanie podatków oraz zapobieganie nadużyciom, a z drugiej zabezpieczenie prawa do odliczenia podatku VAT przez podatnika (zasada neutralności podatkowej). Zgodnie z zasadą proporcjonalności powinna zostać zachowana odpowiednia równowaga pomiędzy obydwoma celami i szala nie powinna zostać przesadnie przechylona na korzyść jednej z nich²⁸. Dlatego też – zdaniem Rzecznika Generalnego – jak już wywodził dotychczas Trybunał, wymaganie oryginalnych faktur w takim stanie faktycznym nie byłoby zgodne z zasadą proporcjonalności, zgodnie z którą obowiązki formalne nie mogą „wychodzić poza to, co jest rozsądnie konieczne w celu weryfikacji i kontroli podatkowej”²⁹.

1.5. Polski Trawertyn³⁰, Reisdorf³¹

Zarysowana powyżej linia orzecnicza traktowania obowiązków formalnych, jako stosowanych w pewien sposób warunkowo, znalazła swoje wyraźne po-

²⁷ Opinia Rzecznika Generalnego Reischl z 21 września 1978 r., publ. www.curia.eu, ECLI:EU:C:1998:56.

²⁸ Ust. 13 oraz 14 opinii.

²⁹ Ust. 21 opinii.

³⁰ Wyrok Trybunału z dnia 1.03.2012 r., *Kopalnia Odkrywkowa Polski Trawertyn P. Granatowicz, M. Wąsiewicz spółka jawna przeciwko Dyrektor Izby Skarbowej w Poznaniu*, C-280/10, publ. www.curia.eu, ECLI:EU:C:2012:107.

³¹ Wyrok Trybunału z 5.12.1996 r., *John Reisdorf przeciwko Finanzamt Köln-West*, C-85/95, publ. www.curia.eu, ECLI:EU:C:1996:466.

twierdzenie również w wyroku w polskiej sprawie Polski Trawertyn. Rozstrzygane zagadnienie dotyczyło tego, czy faktura wystawiona na wspólników przed założeniem spółki (dokumentująca dostawę gruntów z kopalinami, który został następnie wniesiony do spółki), jak również faktura wystawiona na spółkę przed jej formalnym powstaniem (wystawiona przez notariusza sporządzającego umowę spółki) dają prawo do odliczenia podatku naliczonego. A właściwie – czy państwo członkowskie może odmówić odliczenia z powyższych powodów. Odpowiedź Trybunału była negatywna.

Tok myślenia, który doprowadził Trybunał do takich wniosków, wydaje się być analogiczny do innych wyżej wskazanych orzeczeń. Prawo do odliczenia jest integralną częścią systemu i nie podlega ograniczeniu. Jak wskazuje Trybunał, „(...) podstawowa zasada neutralności podatku VAT wymaga, by prawo do odliczenia naliczonego podatku VAT zostało przyznane w razie spełnienia podstawowych wymagań, nawet jeśli podatnicy nie spełnili niektórych wymagań formalnych. W konsekwencji, jeżeli organy podatkowe posiadają informacje niezbędne do ustalenia, że podatnik, jako odbiorca danych transakcji, jest zobowiązany z tytułu podatku VAT, to nie mogą one wprowadzać dodatkowych warunków w zakresie przysługującego podatnikowi prawa do odliczenia tego podatku, które to warunki mogłyby w efekcie praktycznie uniemożliwić wykonanie tego prawa”³². W przedmiotowej sprawie przesłanki materialne odliczenia zostały spełnione (tzn. doszło do nabycia dóbr inwestycyjnych, które zostaną wykorzystane w działalności gospodarczej). „Skoro brak możliwości wykonania przez Polski Trawertyn prawa do odliczenia podatku naliczonego wiąże się z okolicznością, że w dniu wystawienia faktury dotyczącej rzeczzonego nabycia spółka ta nie była jeszcze zarejestrowana ani zidentyfikowana do celów podatku VAT oraz że z tego względu faktura została wystawiona na wspólników, podczas gdy – jak stwierdził sąd krajowy – istnieje tożsamość osób zobowiązanych do zapłaty podatku naliczonego oraz osób tworzących Polski Trawertyn, ów brak możliwości należy uważać za wynik czysto formalnego obowiązku”³³.

Wymóg spełnienia warunku posiadania faktury o treści w pełni zgodnej z wymogami Dyrektywy VAT³⁴ podważałby prawo do odliczenia, a tym samym naruszałby zasadę neutralności. Trybunał również powołał się na wyrok w sprawie Bockemühl, stwierdzając, że w niektórych sytuacjach pomimo braku faktury jest możliwe ustalenie faktów będących podstawą odliczenia, a więc wymóg faktury nie zawsze jest niezbędny; a w przedmiotowej sprawie dane niezbędne do odliczenia zostały ustalone.

³² Ust. 43 wyroku.

³³ Ust. 45 wyroku.

³⁴ Dyrektywa 2006/112/WE Rady z dnia 28 listopada 2006 r. w sprawie wspólnego systemu podatku od wartości dodanej, Dz.U.UE z 11.12.2006 r. L 347/1 ze zm., publ. www.eur-lex.europa.eu, zwana w niniejszym artykule „Dyrektywą VAT”.

W orzeczeniu nie wskazano wprost na zastosowanie zasady proporcjonalności. Po lekturze opinii Rzecznika Generalnego jednak fakt ten nie budzi wątpliwości. Wskazuje on na reguły wypracowane przez Trybunał na bazie zasady proporcjonalności w dotychczasowym orzecznictwie, które zostały zastosowane przez Trybunał w przedmiotowym orzeczeniu.

Warto zatem zauważyć, że również i w sprawie Polski Trawertyn, rezultaty wykładni językowej (wymóg posiadania faktury ze wskazaniem nabywcy) zostały przełamane na skutek zastosowania zasady proporcjonalności, a przez nią innych zasad Dyrektywy VAT.

Na marginesie należy wspomnieć, że podobne tezy zostały postawione w wyroku w sprawie Reisdorf. W sprawie tej organy podatkowe kwestionowały prawo do odliczenia podatku naliczonego przez przedsiębiorcę nieposiadającego oryginałów faktur dokumentujących jego zakupy. Podatnik ten posiadał jednak kopie tychże faktur. W takim stanie rzeczy pytanie prejudycjalne zasadniczo zmierzało do ustalenia, czy państwo członkowskie może wymagać prezentacji wyłącznie oryginału faktury. Choć Trybunał nie rozstrzygnął ostatecznie tego problemu, również i tutaj bardzo wyraźnie zaakcentował różnicę pomiędzy materialnymi przesłankami opodatkowania a obowiązkami formalnymi. Wskazał także na utrwaloną już regułę, że wymogi formalne (posiadanie odpowiedniego dokumentu celem kontroli podatkowej) nie mogą wykraczać poza to, co jest konieczne dla zapewnienia prawidłowego poboru podatku i jego kontroli przez organy podatkowe oraz wymogi takie nie mogą czynić wykonania prawa do odliczenia niemożliwym lub nadmiernie utrudnionym.

1.6. Nidera³⁵, Dankowski³⁶, VSTR³⁷

Hipoteza, że obowiązki formalne nie powinny wpływać na wysokość płacowego podatku, znajduje swoje potwierdzenie również w konsekwentnym podejściu Trybunału do kwestii rejestracji podatnika dla celów VAT.

W pierwszej z wymienionych spraw, litewska spółka Nidera nabywała towary, które przeznaczone były do odsprzedaży. Organy podatkowe odmówiły jej prawa do zwrotu podatku z tego powodu, że nie była zarejestrowana dla celów VAT podczas dokonywania zakupów. W tym zakresie Trybunał wskazał na

³⁵ Wyrok Trybunału z 21.10.2010 r., Nidera Handelscompagnie BV przeciwko Valstybinė mokesčių inspekcija prie Lietuvos Respublikos finansų ministerijos, C-385/09, publ. www.curia.eu, ECLI:EU:C:2010:627.

³⁶ Wyrok Trybunału z dnia 22.12.2010 r., Bogusław Juliusz Dankowski przeciwko Dyrektorowi Izby Skarbowej w Łodzi, C-438/09, publ. www.curia.eu, ECLI:EU:C:2010:818.

³⁷ Wyrok Trybunału z dnia 27.09.2012 r., Vogtländische Straßen-, Tief – und Rohrleitungsbau GmbH Rodewisch (VSTR) przeciwko Finanzamt Plauen, C-587/10, publ. www.curia.eu, ECLI:EU:C:2012:592.

swoje dotychczasowe tezy w podobnych sprawach: powołał wyroki dotyczące mechanizmu *reverse charge*, wskazując, że w braku wątpliwości co do spełnienia przesłanek materialnych odliczenia, nałożenie dodatkowych wymagań formalnych naruszałoby zasadę neutralności. Wymóg rejestracji jest obowiązkiem formalnym zmierzającym do zapewnienia prawidłowej kontroli wywiązywania się z obowiązków podatkowych. Trybunał orzekł już przy tym, że „przepisy, do których przyjęcia państwa członkowskie są upoważnione na podstawie art. 273 dyrektywy 2006/112 celem zapewnienia prawidłowego poboru podatku i uniknięcia oszustw podatkowych, nie powinny wykraczać poza to, co jest konieczne dla osiągnięcia tych celów i nie mogą podważać neutralności podatku VAT”³⁸. W konsekwencji powyższych rozważań, podatnik zasadniczo nie może być pozbawiony prawa do odliczenia z powodu braku rejestracji.

Podobne wnioski wynikają z wyroku w polskiej sprawie Dankowski. W stanie faktycznym tej sprawy podatnik otrzymywał faktury od innego podatnika, które dokumentowały faktycznie wykonane usługi – jednak sprzedawca nie był zarejestrowany dla celów VAT (pomimo że był podatnikiem oraz wystawiał rzetelne faktury). Trybunał ponownie powtórzył swoje dotychczasowe tezy: państwa członkowskie mogą wprowadzać obowiązek spełnienia określonych wymogów formalnych, „to jednak te środki nie powinny wykraczać poza to, co jest w tym celu niezbędne. W konsekwencji wspomniane środki nie mogą być wykorzystywane w sposób systematycznie podważający prawo do odliczenia podatku VAT, które jest podstawową zasadą wspólnego systemu podatku VAT”³⁹.

Identyczne wnioski wynikają ze sprawy VSTR, w której Trybunał w sposób obszerny wykorzystał swoje tezy z dotychczasowego orzecznictwa w podobnych sprawach. W stanie faktycznym spółka z siedzibą w Niemczech sprzedała spółce amerykańskiej kruszarki do skał. Kruszarki zostały przetransportowane z Niemiec do Finlandii. Na fakturze podano numer VAT spółki fińskiej – docelowego odbiorcy (a nie spółki amerykańskiej, która była nabywcą kruszarek). Organy niemieckie odmówiły zwolnienia dostawy twierdząc, iż spółka niemiecka nie przedstawiła numeru identyfikacyjnego nabywcy – spółki amerykańskiej.

Istotą rozstrzyganego problemu było to, czy dopuszczalne jest uzależnienie zwolnienia WDT od podania przez dostawcę na fakturze prawidłowego numeru VAT nabywcy, przy założeniu, że materialne przesłanki zwolnienia dostawy zostały spełnione. Trybunał Sprawiedliwości powołał się na wyrok w sprawie Albert Collée, jak również wskazał, że państwo członkowskie może nakładać obowiązki, od których uzależnia się zwolnienie. Środki takie nie mogą jednak wykraczać poza to, co konieczne do osiągnięcia ich celów, a także nie powinny podważać zasady neutralności. Wymogi takie powinny zatem spełnić wymóg proporcjonal-

³⁸ Ust. 49 wyroku.

³⁹ Ust. 37 wyroku.

ności. Na tej podstawie Trybunał doszedł do wniosku, że bezwzględne wymaganie podania numeru nabywcy celem skorzystania ze zwolnienia nie jest zgodne z przepisami Dyrektywy VAT. Należy zaznaczyć, że wyrok jest wysoce skomplikowany w swym uzasadnieniu. Sąd unijny bierze pod uwagę różne reguły wypracowane przez siebie w dotychczasowym orzecznictwie: m.in. fakt, że konstrukcja zwolnienia WDT realizuje zasadę neutralności oraz unikania podwójnego opodatkowania. Z drugiej strony (co wynika z innego zaś orzecznictwa) państwa członkowskie mogą wymagać przedstawienia dowodu na status nabywcy. Jednocześnie od podatnika nie można wymagać więcej niż zachowania dobrej wiary. Bazując na wszystkich powyższych normach Trybunał wypracował regułę postępowania, zgodnie z którą „art. 28c część A akapit pierwszy szóstej dyrektywy powinien być interpretowany w ten sposób, że nie sprzeciwia się on temu, aby organ podatkowy państwa członkowskiego uzależniał zwolnienie z podatku VAT dostawy wewnątrzwspólnotowej od przekazania przez dostawcę numeru identyfikacji podatkowej dla celów VAT nabywcy z zastrzeżeniem jednak, że odmowa przyznania korzystania z tego zwolnienia nie będzie opierała się na jednym tylko powodzie, iż obowiązek ten nie został wykonany, jeżeli dostawca działający w dobrej wierze nie może po podjęciu wszystkich środków, które w sposób rozsądny mogą być od niego wymagane, przekazać tego numeru identyfikacji, przy czym przedstawia wskazówki, które mogą w sposób wystarczający udowodnić, że nabywca jest podatnikiem działającym w takim charakterze w danych transakcjach”.

1.7. Stadeco⁴⁰, Kraft Foods⁴¹

Powyżej omówione wyroki mogą prowadzić do wniosku, że – w świetle zasady proporcjonalności – obowiązki formalne niemal nigdy nie mogą stać się decydujące o wysokości zobowiązania podatkowego. Taki wniosek wymaga jednak weryfikacji. Delimitacji granicy tego, kiedy obowiązki takie stają się konieczne dla ochrony wpływów budżetowych mogą posłużyć wyroki dotyczące wymogów skutecznej korekty podstawy opodatkowania (a zatem i wysokości należnego podatku). Na uwagę zasługują w tym zakresie wyroki w sprawach Stadeco oraz Kraft Foods.

W pierwszej z przywołanych spraw spółka Stadeco świadczyła usługi w zakresie obsługi stoisk targowych na rzecz EVD – podmiotu publicznego niebędącego podatnikiem, niemającego prawa do odliczenia VAT. Jak później się okazało, część tych usług nie podlegała opodatkowaniu VAT (ze względu na miejsce opodatkowania poza terytorium Holandii). Stadeco otrzymała zwrot podatku nie

⁴⁰ Wyrok Trybunału z 18.06.2009 r., Staatssecretaris van Financiën przeciwko Stadeco BV, C-566/07, publ. www.curia.eu, ECLI:EU:C:2009:380.

⁴¹ Wyrok Trybunału z 26.01.2012 r., Minister Finansów przeciwko Kraft Foods Polska SA, C-588/10, www.curia.eu, ECLI:EU:C:2012:40.

przedstawiając organom faktur korygujących, które – jak się później okazało – nigdy nie zostały wysłane do EVD. W tym kontekście TSUE rozstrzygał, czy można uzależnić zwrot podatku od braku wystawienia faktur korygujących na rzecz podmiotu, który nie ma prawa do odliczenia.

W zakresie kwestii obowiązku korekty faktury należy wskazać, że w znany już sposób Trybunał powołał swoje dotychczasowe ustalenia: przepisy, do przyjęcia których upoważnione są państwa członkowskie celem zapewnienia prawidłowego poboru i zapobiegania nadużyciom, nie mogą wykraczać poza to, co jest konieczne do osiągnięcia ich celów. W rezultacie nie mogą one naruszać zasady neutralności⁴².

Konkluzja Trybunału, po dalszych rozważaniach, sprowadzała się do tego, że sam wymóg wystawienia faktury korygującej (jako warunek obniżenia podstawy opodatkowania oraz zwrotu podatku) jest dopuszczalny (nie jest nieproporcjonalny), o ile podatnik nie wyeliminował we właściwym czasie ryzyka utraty wpływów podatkowych. Wymóg taki może służyć zapobieganiu nadużyciom (w szczególności może zapobiegać odliczaniu nienależnego podatku, a jeżeli nabywca nie ma prawa do odliczenia, to może służyć temu, aby podatnik odzyskawszy podatek nie był bezpodstawnie wzbogacony – dysponując zwrotem z organu podatkowego, jak i ceną zapłaconą przez kontrahenta).

Należy podkreślić, że konkluzja ta wydaje się bardzo istotna z punktu widzenia niniejszego artykułu. Jeżeli podatnik wyeliminował jakiekolwiek ryzyko utraty wpływów podatkowych (np. nabywca tak, czy inaczej nie miał prawa do odliczenia, a jednocześnie wysokość ceny nie zależała od wysokości podatku), to wówczas wystawienie faktury korygującej nie jest konieczne. Jeżeli natomiast istnieje wątpliwość, czy otrzymanie przez nabywcę faktury było konieczne, to wówczas wystawienie takiej faktury wydaje się mieścić w granicach proporcjonalności.

Warto również wskazać przy tym na interesujący wywód Rzecznika Generalnego nt. relacji pomiędzy obowiązkami formalnymi a proporcjonalnością:

„27. Uregulowanie krajowe, które generalnie wymaga wymiany błędnej faktury na fakturę skorygowaną, nie wydaje się nieproporcjonalne. Obowiązek ten jest z reguły odpowiednim środkiem, aby wyłączyć nieuprawnione odliczenie podatku VAT przy pomocy pierwotnej faktury. Sytuacja, gdy organy podatkowe nie muszą w każdym przypadku sprawdzać, czy odbiorca faktury ewentualnie nie jest uprawniony do odliczenia podatku, i wobec czego czy istnieje zagrożenie utraty przychodów podatkowych, służy uproszczeniu procedur administracyjnych.

28. Należy mieć przy tym na względzie, że podatnik poprzez wystawienie błędnej faktury sam wywołał potrzebę dokonania zwrotu i że wymiana faktury w zwykłym przypadku nie utrudnia nadmiernie dochodzenia zwrotu. Odmowa zwrotu ze względu na brak wymiany faktury mogłaby być sprzeczna z zasadą proporcjonalności ewentualnie wtedy, gdy wymiana faktury nie jest w konkret-

⁴² Ust. 39 wyroku.

nym przypadku możliwa, na przykład ponieważ faktura została zagubiona i jej wykorzystanie w celu powołania się na odliczenie podatku jest wyłączone⁷⁴³.

Nieco bardziej precyzyjnym wyjaśnieniem mechanizmów stosowania zasady proporcjonalności w kontekście obowiązków formalnych jest natomiast rozstrzygnięcie Trybunału w polskiej sprawie Kraft Foods. Sprawa dotyczyła polskich przepisów ustawy o podatku od towarów i usług, które uzależniały możliwość obniżenia podatku należnego od otrzymania potwierdzenia odbioru faktury korygującej przez nabywcę. Rozstrzygając ten problem, Trybunał w pierwszej kolejności powołał zasadę podstawy opodatkowania VAT, jako otrzymanej od nabywcy ceny. Podkreślił następnie, że państwa członkowskie mają pewną swobodę (na podstawie art. 90 oraz art. 273 Dyrektywy VAT) w zakresie ustanawiania warunków formalnych obniżenia podstawy opodatkowania. Zauważył również, że wprowadzony warunek otrzymania potwierdzenia odbioru faktury korygującej przez nabywcę zasadniczo mieści się w granicach zarysowanych przez powołane przepisy. Dalej Trybunał stwierdził, że „z orzecznictwa wynika również, że przepisy, których przedmiotem jest zapobieganie oszustwom podatkowym i unikaniu opodatkowania, zasadniczo mogą ustanawiać odstępstwa od poszanowania podstawy opodatkowania podatkiem VAT jedynie w granicach tego, co bezwzględnie jest konieczne dla osiągnięcia tego szczególnego celu. Powinny one bowiem w możliwie najmniejszym stopniu naruszać cele i zasady Dyrektywy VAT i w związku z tym nie mogą być wykorzystywane w sposób, który podważałby neutralność podatku VAT, która stanowi podstawową zasadę wspólnego systemu podatku VAT ustanowionego przez przepisy Unii w tej dziedzinie”⁷⁴⁴.

W konsekwencji Trybunał doszedł do wniosku, że jeżeli warunki zwrotu podatku okazałyby się niemożliwe lub nadmiernie utrudnione do spełnienia, to należy ustanowić inne warunki. Na podstawie tego Trybunał skonkludował, że wymóg posiadania potwierdzenia może przyczynić się do realizacji celu zapobiegania nadużyciom. Jednakże jeżeli otrzymanie potwierdzenia byłoby niemożliwe lub nadmiernie utrudnione, to wówczas zasada neutralności zostałaby naruszona. W takim wypadku należy dopuścić inne środki, które dowodziłyby tego, że podatnik dochował należytej staranności w uzyskaniu takiego potwierdzenia.

1.8. Petroma Transport⁷⁴⁵

Innym wyrokiem, który (przynajmniej na pierwszy rzut oka) może wydawać się pewnym odstępstwem od dotychczasowych poglądów Trybunału na obowiąz-

⁷⁴³ Ust. 27 i 28 opinii Rzecznika Generalnego Juliane Kokott z 12.03.2009 r., publ. www.curia.eu, ECLI:EU:C:2009:149.

⁷⁴⁴ Ust. 28 wyroku.

⁷⁴⁵ Wyrok Trybunału z 8.05.2013 r., Petroma Transports SA i inni przeciwko państwu belgijskiemu, C-271/12, publ. www.curia.eu, ECLI:EU:C:2013:297.

ki formalne, jest ten w sprawie Petroma Transport. W stanie faktycznym sprawy belgijskie spółki powiązane świadczyły sobie nawzajem wiele różnorodnych usług. Spółki te konsekwentnie wystawiały wobec siebie wzajemnie szereg faktur. Były one jednak wystawione z istotnymi brakami – nie można było wskazać ilości roboczogodzin wykonanych na rzecz siostrzanych spółek. Decydującym, jak się wydaje, faktem było to, że większość rzeczonych faktur uniemożliwiała wszelką kontrolę prawidłowego poboru podatku przez administrację podatkową. Faktury zostały uzupełnione podczas postępowania dowodowego po zakwestionowaniu już odliczenia przez administrację podatkową w sposób, który nie gwarantował wiarygodności (wątpliwe zapiski odręczne na fakturach). Kwestie, które rozstrzygał Trybunał dotyczyły tego, czy można odmówić odliczenia z powodu braków w treści faktur, które następnie zostały uzupełnione nowymi danymi, a jeżeli państwo członkowskie odmawia odliczenia ze względu na nieprecyzyjność faktur, to czy powinno dostawcy przyznać zwrot podatku w zakresie, w którym zakwestionowano odliczenie.

Trybunał rozstrzygając przedmiotowy problem powołał zasadę neutralności. Wskazał na konieczność posiadania faktury, jako warunek odliczenia oraz upoważnienie państwa członkowskiego do doprecyzowania wymogów treściowych faktury. Przywołał również dotychczasowe orzecznictwo, zgodnie z którym wymogi te nie mogą wykraczać poza to, co jest konieczne do zapewnienia poboru podatku oraz zapewnienia kontroli. Ponadto, takie wymogi nie mogą czynić wykonania prawa do odliczenia praktycznie niemożliwym lub nadmiernie utrudnionym.

Ostatecznie Trybunał skonkludował, że przepisy dyrektywy dopuszczają możliwość skorygowania faktur zawierających błędy. W postępowaniu krajowym przed wydaniem decyzji przez organ podatkowy skorygowane faktury nie zostały przedstawione administracji, co uniemożliwiło zapewnienie prawidłowego poboru podatku. Z tego też powodu zasadniczo możliwa jest odmowa prawa do odliczenia podatku przez nabywców.

Jednocześnie, w odniesieniu do drugiego pytania Trybunał, zaskakująco jednoznacznie stwierdził, że „ze względu na to, że w sporze w postępowaniu głównym prawdziwość świadczenia usług objętych podatkiem VAT została potwierdzona, podatek VAT dotyczący tych czynności był wymagalny i słusznie został zapłacony administracji podatkowej. W tym kontekście nie można przywoływać zasady neutralności podatkowej w celu uzasadnienia zwrotu podatku VAT w sytuacji takiej jak w postępowaniu głównym. Jakakolwiek inna interpretacja uprzywilejowałaby sytuacje mogące utrudnić prawidłowy pobór podatku VAT, czego uniknięcie ma właśnie na celu art. 22 szóstej dyrektywy”⁴⁶.

Konkluzje poczynione przez Trybunał w przedmiotowej sprawie mogą budzić poważne zdziwienie – aczkolwiek samo rozstrzygnięcie mieści się w dotychczas

⁴⁶ Ust. 43 wyroku.

sowej linii interpretacyjnej. Zgodnie z dotychczasowymi tezami wypracowanymi na gruncie proporcjonalności Trybunał powinien – jak się wydaje – orzec, iż jeżeli wystawione faktury zostały uzupełnione dodatkowym materiałem dowodowym, co doprowadziło do ustalenia faktu oraz wielkości świadczonych usług, to wówczas prawo do odliczenia powinno zostać przyznane, ponieważ wtedy wymóg posiadania prawidłowej faktury przestaje być konieczny.

Warto zwrócić jednak uwagę, że w uzasadnieniu założono, że faktury dostawców nie zostały należycie skorygowane przed kontrolą podatkową, co „uniemożliwiło zapewnienie prawidłowego poboru podatku i kontroli”. Choć Trybunał nie werbalizuje takiego wniosku, można stawiać tezę, że odmowa odliczenia w tej sytuacji była konieczna (kryterium konieczności zostało spełnione), ponieważ cel w postaci zapewnienia kontroli podatkowej byłby niemożliwy do zrealizowania. Z rozstrzygnięciem przy takim założeniu można się zgodzić.

Nie sposób jednak się zgodzić z uzasadnieniem co do drugiej kwestii.

Jak należałoby twierdzić, skoro fakt, że usługa została wykonana nie budzi wątpliwości, to należałoby w pierwszej kwestii umożliwić prawo do odliczenia nabywcy (bez względu na posiadane faktury). Skoro jednak faktury okazały się nierzetelne, to prawa do odliczenia nie ma, ale wystawca powinien albo móc fakturę skorygować, albo – w braku dobrej wiary – być zobowiązany do zapłaty podatku „sankcyjnego” z samego faktu wystawienia faktur, a nie z tego powodu, że rzetelnie dokumentuje świadczoną usługę, która została wykonana.

Ostatecznie jednak należy podkreślić, że wyroku tego nie można uznać za zmieniający definitywnie linię orzeczniczą. W stanie faktycznym sprawy faktury uniemożliwiały prawidłową kontrolę zapłaty podatku oraz nie zostały skorygowane przed kontrolą podatkową. Te fakty same w sobie mogą przesądzać o znacznej różnicy w stosunku do dotychczasowych rozstrzygnięć Trybunału w przedmiocie obowiązków formalnych.

1.9. Profaktor Kulesza⁴⁷, Redlihs⁴⁸

W kontekście obowiązków formalnych nie sposób ominąć te sprawy rozstrzygane przed Trybunałem, które dotyczą sankcji⁴⁹ podatkowych stosowanych

⁴⁷ Wyrok Trybunału z 29.07.2010 r., Dyrektor Izby Skarbowej w Białymstoku przeciwko Profaktor Kulesza, Frankowski, Jóźwiak, Orłowski sp. j., C-188/09, publ. www.curia.eu, ECLI:EU:C:2010:454.

⁴⁸ Wyrok Trybunału z 19.07.2012 r., Ainārs Rēdlihs przeciwko Valsts ieņēmumu dienests, C-263/11, publ. www.curia.eu, ECLI:EU:C:2012:497.

⁴⁹ Pewną trudność sprawia odkodowanie pojęcia sankcji w rozumieniu Trybunału. W niektórych sprawach (jak np. EMS Bulgaria) Trybunał sankcją nazywa odmowę prawa do odliczenia podatku naliczonego, co przecież może być postrzegane jako nie-sankcja. Delimitacja tego pojęcia leży poza obszarem rozważań w tym artykule.

na skutek naruszenia wspomnianych obowiązków. Pewną trudność sprawia tutaj odpowiedź na pytanie, co Trybunał uznaje za sankcję podatkową. W tym miejscu warto jedynie zaznaczyć, iż uprawniona wydaje się teza, że naruszenie obowiązków formalnych zasadniczo nie powinno powodować obowiązku zapłaty podatku, ale może powodować obowiązek poniesienia sankcji (które jednak powinny być proporcjonalne). Kwestie te pozostają jednak poza zakresem rozważań w niniejszym artykule.

W każdym razie jedną z reprezentatywnych spraw w tym zakresie jest polska sprawa Profaktor Kulesza. W stanie faktycznym sprawy podatnik nie rejestrował swojego obrotu za pomocą kas fiskalnych. W związku z tym, organ podatkowy, zastosował wobec niego, przewidzianą w polskiej ustawie o VAT sankcję administracyjną w postaci odmowy prawa do odliczenia 30% podatku naliczonego za czas, w którym dopuszczono się tego uchybienia. Pytania prejudycjalne dotyczyły tego, czy stosowanie takiej sankcji jest dopuszczalne.

Trybunał wskazał, że podatnik jest zobowiązany do prowadzenia odpowiednich ewidencji na podstawie art. 22 VI Dyrektywy. Ponadto, państwa członkowskie są upoważnione do stosowania innych środków w celu zwalczania oszustw, unikania opodatkowania i ewentualnych nadużyć. Środki takie nie powinny jednak wykroczać poza to, co konieczne do realizacji tych celów. Nie mogą więc naruszać zasady neutralności.

Trybunał wskazał, że jego zdaniem przedmiotowy środek w postaci sankcji jest odpowiedni do postanowionego mu celu – jest to sankcja administracyjna, której zniechęcający skutek ma na celu zapewnienie wypełniania obowiązku ewidencjonowania obrotu na kasach fiskalnych. Co do samej sankcji Trybunał wskazał, że środek ten ma charakter ciężaru finansowego nakładanego w sytuacji naruszenia przepisów i przez czas trwania tego naruszenia, więc nie jest oczywiście nieodpowiednia. Z drugiej strony rozwiązanie to może zagrażać zasadzie neutralności – zwłaszcza, jeżeli byłoby zastosowane w taki sposób, że pozbawiałoby prawo do odliczenia samej jego istoty. Skoro ograniczenie wynosi tylko 30%, to nie jawi się jako nadmierna ani niewystarczająca do zagwarantowania zniechęcającego skutku. Taka sankcja nie jest pozbawiona związku z rozmiarem działalności.

Warto wskazać, że Trybunał uznał analizowany środek za sankcję administracyjną, której proporcjonalność podlega ocenie i została przeprowadzona w niniejszym orzeczeniu. Ocena ta nie jest jasna. Trudno jednoznacznie wskazać kryteria, którymi Trybunał w tym przypadku się kierował. Charakterystyczne, że Trybunał „waży” dotkliwość sankcji „przeciwko” prawu do odliczenia. Nie jest jasne, czy i dlaczego sankcja powinna być konfrontowana z prawem do odliczenia podatku. Wydaje się, że sankcja za niestosowanie kas fiskalnych powinna być proporcjonalna do wagi naruszenia i nie powinna zależeć od tego, ile podatnik

dokonał zakupów, a od tego, jak wielkiego obrotu nie wykazał za pomocą kas. Kwestie te jednak wykraczają poza zakres rozważań w niniejszym artykule.

Kwestia proporcjonalności sankcji była również rozstrzygana w sprawie *Re-dlihs*. W sprawie tej osoba fizyczna sprzedawała towary rozliczane na zasadzie *reverse charge* (rozliczenie podatku przez nabywcę). Nie była przy tym zarejestrowana dla celów VAT, co było warunkiem „przerzucenia” obowiązku rozliczenia podatku na nabywcę. Jednym z problemów rozstrzyganych przez Trybunał było to, czy „sankcja” w postaci obowiązku zapłaty kwoty równej podatkowi z tytułu dostaw w okresie braku rejestracji jest proporcjonalna.

Trybunał wskazał, że Dyrektywa VAT przewiduje obowiązki formalne – w tym obowiązek rejestracji. Dyrektywa nie przewiduje jednak systemu sankcji. Dlatego też ich ustanowienie należy do państw członkowskich. Muszą one przy tym przestrzegać zasad prawa unijnego – w tym zasady proporcjonalności. Państwa członkowskie mogą zatem wprowadzać sankcje w celu zapewnienia prawidłowego poboru i uniknięcia oszustw. Nie powinny one wykraczać poza to, co niezbędne do osiągnięcia ich celów. Należy tutaj brać pod uwagę wagę i charakter naruszenia oraz sposób ustalania jej kwoty.

W tym zakresie – jak wskazał Trybunał – „nie jest wykluczone, że sposób ustalania kwoty sankcji może wykraczać poza to, co konieczne do osiągnięcia celów wskazanych w pkt. 45 niniejszego wyroku. (...) W konsekwencji sankcja taka może okazać się nieproporcjonalna. (...) Do sądu krajowego należy sprawdzenie, czy kwota sankcji nie wykracza poza to, co konieczne do osiągnięcia celów polegających na zapewnieniu prawidłowego pobierania podatku i uniknięcia oszustw z uwzględnieniem okoliczności sprawy, a w szczególności kwoty, jaka została faktycznie nałożona, i ewentualnego istnienia możliwego do przypisania podatnikowi, któremu wymierzono sankcję za brak wpisu do rejestru, oszustwa lub obejścia mających zastosowanie przepisów”⁵⁰.

1.10. *Almos*⁵¹

Ostatecznie należy wskazać, że Trybunał w sposób dosyć jednoznaczny potwierdził w tym jednym z ostatnich wyroków swoje dotychczasowe konkluzje w zakresie obowiązków formalnych: „przepisy te przyznają państwom członkowskim zakres swobodnego uznania, w szczególności w odniesieniu do formalności, które muszą zostać dochowane przez podatników względem organów podatkowych owych państw celem obniżenia podstawy opodatkowania (...)”

⁵⁰ Ust. 51-54 wyroku.

⁵¹ Wyrok Trybunału z 15.05.2014 r., *Almos Agrárkülkereskedelmi Kft* przeciwko *Nemzeti Adó – és Vámhivatal Közép-magyarországi Regionális Adó Főigazgatósága*, C-337/13, publ. www.curia.eu, ECLI:EU:C:2014:435.

przepisy, których przedmiotem jest zapobieganie oszustwom podatkowym i unikaniu opodatkowania, zasadniczo mogą ustanawiać odstępstwa od poszanowania podstawy opodatkowania jedynie w granicach tego, co bezwzględnie jest konieczne dla osiągnięcia tego szczególnego celu. Powinny one bowiem w możliwie najmniejszym stopniu naruszać cele i zasady dyrektywy VAT i w związku z tym nie mogą być wykorzystywane w sposób, który podważałby neutralność podatku VAT (...) Oznacza to, że formalności, jakie mają spełnić podatnicy, by móc skutecznie powoływać się przed organami podatkowymi na prawo do obniżenia podstawy opodatkowania podatkiem VAT, powinny ograniczać się do formalności umożliwiających wykazanie, że po zawarciu transakcji zapłata części lub całości wynagrodzenia ostatecznie nie nastąpi (...)”⁵².

Wnioski

Z analizowanych licznych wyroków wyłania się obraz relatywnie konsekwentnej linii orzeczniczej dotyczącej obowiązków formalnych. Tezy sformułowane w pierwszych omówionych wyrokach⁵³ doczekały swojego uszczegółowienia i skonkretyzowania przede wszystkim w wyroku Albert Collée, w którym Trybunał stwierdził, że uzależnienie zwolnienia od spełnienia wymogów formalnych, podczas gdy wymogi merytoryczne zostały spełnione, wykracza poza to, co konieczne dla zapewnienia prawidłowego poboru podatku. Teza taka została jednoznacznie podtrzymana w wyrokach dotyczących mechanizmu *reverse charge* oraz w wyroku Polski Trawertyn. Skoro bowiem organy podatkowe ustaliły, że przesłanki materialne zostały spełnione, to brak jest konieczności wymagania spełnienia obowiązków formalnych. Wyrok Société générale potwierdził również, że proporcjonalność może nakazywać zwrot podatku również wówczas, gdy nie został spełniony obowiązek formalny *expressis verbis* wymagany przez przepisy dyrektywy. Powyższe nie oznaczają, że wymogi formalne można zignorować. Państwo członkowskie może wymagać posiadania potwierdzenia odbioru faktury korygującej przez nabywcę⁵⁴, może również wymagać wystawienia faktury korygującej celem obniżenia podstawy opodatkowania⁵⁵ – przynajmniej pod pewnymi warunkami. Pamiętać również należy o konieczności badania proporcjonalności sankcji.

Trybunał podchodzi z dużą rezerwą do obowiązków formalnych. Rzeczywiście bardzo wyraźnie ugruntowana została teza, że nie jest zgodne z podstawowymi założeniami systemu VAT uzależnianie wysokości zobowiązania podat-

⁵² Ust. 36-38 wyroku.

⁵³ Wyroki w sprawach Komisja przeciwko Hiszpanii oraz EGI.

⁵⁴ Wyrok w sprawie Kraft Foods.

⁵⁵ Wyrok w sprawie Stedeco.

kowego od spełnienia obowiązków formalnych, gdy nie ma wątpliwości co do spełnienia materialnych przesłanek opodatkowania. Stwierdzenie obowiązującego jednak takiej normy „samoistnie” byłoby istotnym uproszczeniem. Każdorazowo bowiem konkretna reguła postępowania wypracowana przez Trybunał w tym zakresie wynika z zasady proporcjonalności – a najbardziej jaskrawo z testu konieczności.

Tym samym zasada proporcjonalności wymaga, aby za każdym razem badano, czy stosowanie danego wymogu o charakterze formalnym jest konieczne oraz czy nie narusza w istotny sposób fundamentalnych zasad systemu VAT.

Jak wynika z analizowanego orzecznictwa, organ stosujący prawo ma obowiązek sprawdzenia, czy stosowanie danego obowiązku formalnego jest konieczne. Jeżeli wszystkie istotne fakty w sprawie zostały ustalone, to nie ma potrzeby stosowania obowiązku formalnego, którego celem jest ustalenie faktów relewantnych z punktu widzenia opodatkowania. Stosowanie takiego środka nie jest konieczne, a w konsekwencji należy go pominąć.

Jeżeli jednak spełnienie określonego obowiązku formalnego może służyć jakimś celom (zasadom) dyrektywy, to wówczas można wymagać jego spełnienia.

Działanie tego mechanizmu jest dobrze widoczne na przykładzie odliczenia podatku z faktury wg mechanizmu *reverse charge* oraz obniżenia podstawy opodatkowania. Wymóg posiadania faktury w tym pierwszym przypadku nie jest konieczny do czegokolwiek – przecież odliczenie zależy wyłącznie do tego, czy podatnik jest zobowiązany z tytułu podatku należnego. W odniesieniu natomiast do skorygowania podstawy opodatkowania – otrzymanie faktury korygującej przez nabywcę ma już swoje istotne zadania: gwarantuje bowiem to, że nabywca dowiedział się o korekcie (chyba, że oczywiście o takiej korekcie już wie), a dodatkowo może zapobiegać bezpodstawnemu wzbogaceniu dostawcy. Środek taki jest celowy.

Wydaje się zatem, że o dopuszczalności danego obowiązku formalnego decyduje spełnienie przez niego zasady proporcjonalności – a, co najbardziej jaskrawe i relatywnie możliwe do przejrzystego uzasadnienia – spełnienie przez niego testu konieczności.

Rzecz jasna kryterium konieczności nie jest jedynym składającym się na wspomnianą zasadę. Czasami (co widać w szczególności w sprawie Kraft Foods) istnieje konieczność badania uciążliwości danego środka dla podatnika oraz stopnia jego ingerencji w podstawowe zasady i cele dyrektywy. Można bowiem wymagać od podatnika spełnienia określonego obowiązku. Jeżeli jednak korzyści ze stosowania tego obowiązku wypływające dla interesu publicznego (ochrona wpływów budżetowych) mają być nieznaczne, a uciążliwości dla podatnika istotne (naruszenie interesu prywatnego), to również taki obowiązek należy pominąć.

Należy pamiętać bowiem, że w prawie podatkowym, jak prawdopodobnie w żadnym innym, interes prywatny oraz interes publiczny pozostają w perma-

nentnym konflikcie. Zasada proporcjonalności zaś wymaga wyważenia tych interesów. Balans ten musi być zachowany również przy stosowaniu obowiązków formalnych.

Bibliografia

- Brzeziński B., *Informacje i dokumentacja w prawie podatkowym*, [w:] B. Brzeziński (red.), *Prawo podatkowe. Teoria, instytucje, funkcjonowanie*, Toruń 2009.
- Brzeziński B., *Przyczynek do analizy formalizmu prawa podatkowego*, „Kwartalnik Prawa Podatkowego”, nr 2/2009.
- Etel L., *System Prawa Finansowego. Tom III. Prawo Daninowe*, Warszawa 2010.
- Kosikowski C., *Prawno-finansowe uprawnienia i obowiązki, stosunki i zobowiązania*, [w:] M. Weralski (red.), *System instytucji prawno-finansowych PRL*, t. I, Warszawa 1982.
- Liszewski M., *Charakter prawny obowiązków instrumentalnych*, „Kwartalnik Prawa Podatkowego”, nr 2/2000.
- Mastalski R., *Obowiązek podatkowy i zobowiązanie podatkowe*, [w:] *System instytucji prawno-finansowych PRL*, t. I, Warszawa 1982.
- Ostrowski K., *Prawo finansowe, zarys ogólny*, Warszawa 1970.

Streszczenie

Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej rozstrzygał w wielu wyrokach kwestie związane ze stosowaniem obowiązków formalnych w prawie podatkowym. Jednym z podstawowych rozstrzygnięć w tym zakresie jest wyrok w sprawie *Albert Collée* (ECLI:EU:C:2007:549). Trybunał w wyroku postawił tezę, że brak spełnienia obowiązków formalnych nie powinien mieć wpływu na wysokość zobowiązania podatkowego, gdy ustalono fakt wypełnienia merytorycznych przesłanek opodatkowania. Artykuł jest próbą odpowiedzi na pytanie, czy teza taka została ugruntowana w orzecznictwie Trybunału. Wyniki analizy przeprowadzonej w artykule wskazują, że odpowiedź jest pozytywna. Analiza tego orzecznictwa zaś wskazuje, że kluczową rolę w ocenie dopuszczalności stosowania danego obowiązku formalnego odgrywa zasada proporcjonalności.

Summary

Substance over form? Some remarks on Court of Justice rulings regarding formal obligations in VAT taxation.

Court of Justice of the European Union ruled in its many judgments on questions regarding application of formal obligations in tax law. One of the fundamental resolutions in that regard one can find in *Albert Collée* (ECLI:EU:C:2007:549) case. The Court in the judgment stated that the formal obligations cannot influence the amount of tax due when the substantial conditions for taxation were met. The article aims at answering the question whether such thesis was established stronger in a broader amount of the Court's rulings. The analysis shows that the answer to the question raised is positive. Scrutiny of the judgments analyzed indicates in turn that the key role in assessing the legality of a given formal obligation is played by the principle of proportionality.

Teoretyczne i praktyczne aspekty kontroli zwrotu podatku od towarów i usług

Wstęp

Na przestrzeni ostatnich kilkunastu miesięcy analiza praktyki wskazuje na wzmożoną tendencję rozpoczynania kontroli podatkowej u podatnika występującego o zwrot kwoty podatku VAT naliczonego przewyższającego VAT należny w danym okresie rozliczeniowym. Uprawnienie takie daje podatnikom wprost art. 87 ustawy o podatku od towarów i usług².

Prawo zwrotu podatku aktualizuje się u podatnika w okresie rozliczeniowym, w którym kwota podatku naliczonego (związanego z poniesionymi wydatkami dającymi prawo do odliczenia) przewyższy kwotę podatku należnego (wynikającego ze sprzedaży towarów bądź świadczenia usług). Najczęściej występującą o zwrot podatku grupą podatników są bez wątpienia przedsiębiorcy posiadający krajowych dostawców, lecz sprzedający swe towary do kontrahenta z siedzibą w innym kraju Unii Europejskiej. Zakupywany w Polsce towar jest bowiem opodatkowany odpowiednią stawką podatku, co generuje podatek naliczony. Następnie dokonują oni zdefiniowanej w art. 13 ustawy o VAT wewnątrzwspólnotowej dostawy towarów, czyli wywozu towarów z terytorium kraju na terytorium państwa członkowskiego inne niż terytorium kraju. Po spełnieniu odpowiednich warunków, określonych w art. 42 ustawy o VAT (chodzi tu zwłaszcza o szczególne udokumentowanie wywozu towaru z terytorium RP na terytorium innego państwa członkowskiego) dostawa taka podlega opodatkowaniu według stawki podatku 0%. Podatnik nie wykazuje więc przy tym podatku należnego (podatek ten wykazywany jest przez nabywcę towarów w kraju przeznaczenia). Taki model dostaw immanentnie generuje więc dla podatnika zwroty podatku. Jednocześnie jednak, wzbudza on wzmożoną czujność organów podatkowych.

Podatnicy handlujący towarami z unijnymi kontrahentami od dawna znajdują się pod wzmożoną kontrolą administracji. Ministerstwo Finansów co jakiś czas szczególnie skupia się na pewnych obszarach biznesu, mogących potencjalnie

¹ Radca prawny, doradca podatkowy, doktorantka w Katedrze Prawa Finansowego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego, członek zarządu oraz dyrektor Departamentu Doradztwa Podatkowego w Małopolskim Instytucie Studiów Podatkowych sp. z o.o.

² Ustawa z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz.U. 2011 nr 177, poz. 1054), dalej jako ustawa o VAT.

stanowić źródło wyłudzeń zwrotu podatku oraz powstawania zorganizowanych grup przestępczych, organizujących siatki fikcyjnych dostaw organizowanych w tym właśnie celu. Ostatnimi czasy pod lupę organów trafiły bez wątpienia podmioty trudniące się obrotem towarami RTV i AGD, o czym świadczy list – ostrzeżenie, wystosowany w ostatnich dniach sierpnia wspólnie przez ministerstwa Gospodarki oraz Finansów³. Połączone siły obu ministerstw wskazują w liście na przykładowe symptomy, jakie wskazywać mogą na uwikłanie nieświadomego podatnika w proceder wyłudzenia podatku. Podstawowym celem listu jest wzmożenie czujności podatników, nie sposób nie odebrać go jednak jako sygnał do zwiększenia ilości dokonywanych kontroli podatkowych. Jak wskazują twórcy listu: „Pierwszym nabywcą towarów na terytorium kraju jest, z reguły, podmiot pełniący rolę tzw. »znikającego podatnika« składający lub nie składający deklaracji, ale finalnie nigdy nieodprowadzający należnego podatku do urzędu skarbowego. Podmiot tego typu z reguły zgłasza siedzibę w tzw. »wirtualnym biurze«, w którym nie są wykonywane żadne czynności, jakich należałoby oczekiwać, mając na uwadze branżę i rozmiary (skala obrotów) działalności. Zazwyczaj całkowicie niemożliwy jest bezpośredni kontakt z osobami formalnie reprezentującymi podmiot”. Jest to więc typowy przykład (pojawiającego się nagle również w Polsce, zwłaszcza w zakresie obrotu towarami objętymi procedurą odwrotnego obciążenia) tzw. „firmanctwa”, polegającego na tworzeniu firm-słupów, fikcyjnie zarejestrowanych na przypadkową osobę po wyłudzeniu od niej dowodu osobistego i kilku podpisów na formularzach.

1. Prawo do odliczenia VAT a tzw. „należyta staranność w doborze kontrahentów”

W orzecznictwie podkreśla się, że to organy podatkowe powinny przeprowadzić postępowanie dowodowe w celu ustalenia czy transakcja, która została udokumentowana fakturą, rzeczywiście miała miejsce. Przykładowo w wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Szczecinie z dnia 9 lipca 2009 r. (sygn. akt I SA/Sz 116/09)⁴ sąd zauważył, że: „organy podatkowe mają obowiązek przeprowadzić postępowanie dowodowe w celu zweryfikowania, czy sprzedaż lub usługa, której wykonanie potwierdzać mają przedstawione przez podatnika dowody, rzeczywiście została wykonana”. Podobnie w wyroku z dnia 17 czerwca 2009 r. Wojewódzki Sąd Administracyjny w Bydgoszczy (sygn. akt I SA/Bd 243/09)⁵ stwierdził, że: „zakwestionowanie prawa do odliczenia musi poprzedzać stosowne postępowanie dowodowe, którego głównym celem jest ustalenie,

³ http://www.mg.gov.pl/files/upload/21463/List%20ostrzegawczy_elektronika_20140825.pdf.

⁴ Opublikowany w: LEGALIS nr 180573.

⁵ Opublikowany w: LEGALIS nr 184100.

czy podatnik odliczający podatek naliczony wiedział i powinien wiedzieć, że nabylając towar uczestniczył w transakcji wykorzystanej do popełnienia oszustwa w podatku od towarów i usług”. Analogicznie WSA w Łodzi w wyroku z dnia 22 lipca 2008 r., (sygn. akt I SA/Łd 158/08)⁶, który uznał, że przepis art. 88 ust. 3a pkt 4 lit. b ustawy o VAT „daje organowi możliwość zakwestionowania prawa podatnika do obniżenia podatku należnego oraz zwrotu różnicy podatku lub zwrotu podatku naliczonego jedynie wówczas, gdy organ udowodni niezgodność faktury z rzeczywistością poprzez podanie konkretnego faktu, z którego ta niezgodność wynika, a nie poprzez formułowanie jego oceny, bez jednoznacznego wykazania, że fakt taki rzeczywiście nastąpił”.

Od wejścia Polski do Unii Europejskiej, tj. od dnia 1 maja 2004 r. Polska zobowiązana jest do przestrzegania przepisów prawa wspólnotowego. Dotyczy to zarówno sądów, jak i organów administracyjnych. Winna jest też uwzględniać orzecznictwo ETS powstałe w związku z interpretacją wspólnotowego systemu podatku od wartości dodanej. Orzecznictwo to znajduje także zastosowanie podczas dokonywania wykładni przepisów krajowych ustanowionych w wyniku implementacji prawa wspólnotowego. W procesie interpretacji prawa konieczne jest uwzględnienie nie tylko brzmienia przepisu prawa wspólnotowego, ale również celu normy, w której został zawarty. W konsekwencji powyższego uregulowania zawarte w art. 88 ust. 3a pkt 1 lit. a ustawy o VAT winny być interpretowane przy uwzględnieniu celu w postaci przeciwdziałania nadużyciom prawa (por. np. wyrok WSA w Gdańsku z dnia 12 czerwca 2007 r., sygn. akt I SA/Gd 888/06⁷).

W wyroku ETS C-255/02⁸ z 21 lutego 2006 r. w sprawie Halifax Trybunał przypomniał, że również przepisy, do których przyjęcia są upoważnione państwa członkowskie na podstawie art. 22 ust. 8 VI Dyrektywy celem zapewnienia prawidłowego poboru podatku i uniknięcia oszustw podatkowych, nie powinny wykraczać poza to, co jest konieczne do osiągnięcia tych celów (zob. ww. wyrok w sprawie Gabalfrisa i in. pkt 52 oraz ww. postanowienie w sprawie Transport Service, pkt 29⁹). W rezultacie nie mogą one być więc wykorzystywane w sposób, który podważałby neutralność podatku VAT, która stanowi podstawową zasadę wspólnego systemu podatku VAT ustanowionego przez przepisy wspólnotowe w tej dziedzinie (zob. wyrok z dnia 19 września 2000 r. w sprawie C-454/98 Schmeink & Cofreth i Strobel, Rec. s. I-6973, pkt 59¹⁰).

Prawo do odliczenia podatku naliczonego od podatku należnego zostało również uznane przez Trybunał Konstytucyjny za istotny element konstrukcyjny przedmiotu i podstawy podatku, charakteryzujący podatek od towarów i usług

⁶ Opublikowany w: LEX nr 460497.

⁷ Opublikowany w: LEGALIS nr 1023174.

⁸ Opublikowany w: LEGALIS nr 74647.

⁹ Sygn. C-395/02, publ. wersja angielska LEGALIS 154745.

¹⁰ Opublikowany w: LEGALIS 152893.

(wyrok TK z 11 grudnia 2001 r., sygn. SK 16/00¹¹). Jednocześnie Trybunał wskazywał, iż każdy przypadek, w którym ustawodawca pozbawia podatnika prawa do odliczenia podatku naliczonego, powoduje, że podatek zostaje obciążony podatkiem należnym, będąc jednocześnie obciążony pod względem ekonomicznym podatkiem naliczonym z tytułu dokonanych zakupów, bez możliwości jego odliczenia (por. wyrok TK z dnia 25 października 2005 r., SK 33/03¹²).

W tym miejscu należy przytoczyć wyrok ETS w sprawie C 484/03 Optigen i in.¹³, w którym Trybunał stwierdził iż: *transakcje, które same nie stanowią oszustwa w podatku VAT, stanowią dostawy towarów dokonane przez podatnika działającego w takim charakterze oraz stanowią działalności gospodarczą w rozumieniu art. 2 ust. 1, art. 4 oraz art. 5 ust. 1 szóstej dyrektywy, ponieważ spełniają obiektywne kryteria, na których opierają się te pojęcia, niezależnie od zamiaru innego niż dany podatek podmiotu, uczestniczącego w tym samym łańcuchu dostaw oraz od ewentualnego oszukańczego charakteru, o którym podatek ten nie wiedział lub nie mógł wiedzieć, innej transakcji wchodzącej w skład owego łańcucha dostaw, wcześniejszej lub późniejszej w stosunku do tej, której dokonał ów podatek*. Trybunał sprecyzował, że prawo podatnika, dokonującego takich transakcji, do odliczenia naliczonego podatku VAT nie może również uciepnieć wskutek okoliczności, że w łańcuchu dostaw, którego część stanowią owe transakcje, o czym podatek ten nie wie lub nie może wiedzieć, inna transakcja, wcześniejsza lub późniejsza w stosunku do tej, która została dokonana przez niego, stanowi oszustwo w podatku VAT (ww. wyrok w sprawie Optigen i in., pkt 52).

Zgodnie zaś z tym, co stwierdził Trybunał w pkt. 24 wyroku z dnia 6 kwietnia 1995 r. w sprawie C 4/94 BLP Group¹⁴, *obowiązek przeprowadzenia przez organ podatkowy postępowania w celu ustalenia zamiaru podatnika jest sprzeczny z celami wspólnego systemu podatku VAT, zmierzającymi do zapewnienia pewności prawa i ułatwienia stosowania podatku VAT poprzez uwzględnienie obiektywnego charakteru danej transakcji, chyba że ma miejsce sytuacja wyjątkowa*. Zdaniem Trybunału tym bardziej byłby sprzeczny z tymi celami obowiązek organów administracji podatkowej uwzględnienia, w celu określenia, czy dana transakcja jest dostawą dokonaną przez podatnika działającego w takim charakterze oraz działalnością gospodarczą, zamiaru innego podatnika niż dany podatek, uczestniczącego w tym łańcuchu dostaw lub ewentualnego oszukańczego charakteru, o którym podatek ten nie wiedział lub nie mógł wiedzieć, innej transakcji, wcześniejszej lub późniejszej w stosunku do dokonanej przez owego podatnika, wchodzącej w skład tego łańcucha.

¹¹ OTK ZU nr 8/2001, poz. 257, s. 1357.

¹² OTK-A 2004/9/94.

¹³ Opublikowany w: LEGALIS nr 72303.

¹⁴ Rec. s. I 983.

Ten sam wniosek nasuwa się w sytuacjach, w których takie transakcje są realizowane w związku z popełnieniem przez sprzedawcę oszustwa, o czym podatnik nie wie lub nie mógł wiedzieć. W wyroku z dnia 6 lipca 2006 r. C-439/04 Axel Kittel v. Państwo Belgijskie oraz Państwo Belgijskie v. Recolta Recycling SPRL¹⁵ Trybunał wskazał, że w przypadku gdy dostawa jest realizowana na rzecz podatnika, który nie wiedział lub nie mógł wiedzieć o tym, że dana transakcja była wykorzystana do celów oszustwa, które zostało popełnione przez sprzedawcę, art. 17 VI Dyrektywy Rady 77/388/EWG z dnia 17 maja 1977 r. w sprawie harmonizacji ustawodawstw państw członkowskich w odniesieniu do podatków obrotowych – wspólny system podatku od wartości dodanej: ujednolicona podstawa wymiaru podatku, zmienionej przez dyrektywę Rady 95/7/WE z dnia 10 kwietnia 1995 r., należy interpretować w ten sposób, że sprzeciwia się on temu, aby przepis prawa krajowego, zgodnie z którym stwierdzenie nieważności umowy sprzedaży na mocy przepisu prawa cywilnego, który powoduje bezwzględną nieważność umowy jako sprzecznej z zasadami porządku publicznego z powodu sprzecznej z prawem kauzy po stronie sprzedawcy, powodował utratę prawa do odliczenia podatku VAT zapłaconego przez tego podatnika. W tym przypadku bez znaczenia jest to, czy nieważność ta wynika z popełnienia oszustwa w podatku od wartości dodanej, czy też powstała ona na skutek innych oszustw.

Trybunał w ww. wyroku (C-439/04) stwierdził także, że *kwestia dotycząca tego, czy podatek VAT należny od wcześniejszych lub późniejszych transakcji sprzedaży dotyczących danych towarów został wpłacony do budżetu państwa, nie oddziałuje na prawo podatnika do odliczenia podatku naliczonego* (podobnie postanowienie z dnia 3 marca 2004 r. w sprawie C 395/02 Transport Service¹⁶). Zdaniem Trybunału *zgodnie z zasadą fundamentalną, na której opiera się wspólny system podatku VAT, oraz z art. 2 pierwszej i szóstej dyrektywy wynika, że podatek VAT znajduje zastosowanie do każdej transakcji obejmującej produkcję lub dystrybucję po odliczeniu podatku, który obciążał bezpośrednio koszty różnych elementów cenotwórczych*¹⁷. Ponadto w wyroku C-439/04 ETS przypomniał także, iż z utrwalonego orzecznictwa wynika, że *zasada neutralności podatkowej sprzeciwia się wprowadzeniu powszechnego zróżnicowania między transakcjami legalnymi a nielegalnymi. Wynika z tego, że sama kwalifikacja zachowania jako karalnego nie powoduje wyłączenia z opodatkowania. Wyłączenie takie ma miejsce jedynie w specyficznych sytuacjach, w których ze względu na szczególne cechy określonych towarów lub określonych usług, wykluczona jest konkurencja między*

¹⁵ Opublikowany w: LEX nr 187186, dalej jako orzeczenie C-439/04.

¹⁶ Rec. s. I 1991, pkt 26.

¹⁷ Por. w szczególności wyroki z dnia 8 czerwca 2000 r. w sprawie C 98/98 Midland Bank, Rec. s. I 4177, pkt 29, oraz z dnia 27 listopada 2003 r. w sprawie C 497/01 Zita Modes, Rec. s. I 14393, pkt 37, oraz ww. wyrok w sprawie Optigen i in., pkt 54.

*sektorem gospodarczym legalnym a nielegalnym*¹⁸. Z uwagi na powyższe wydaje się, że podmioty gospodarcze podejmujące wszelkie możliwe działania, których podjęcia można się od nich w sposób uzasadniony domagać celem zapewnienia, że realizowane przez nie transakcje nie stanowią części łańcucha, obejmującego transakcję dotkniętą oszustwem w podatku VAT, powinny móc powołać się na ich legalność, bez ryzyka utraty prawa do odliczenia naliczonego podatku VAT¹⁹.

W świetle przywołanego orzecznictwa ETS, absurdalnym jest przerzucanie na podatników odpowiedzialności podatkowej za błędy, czy też przestępstwa popełnione na poprzednich etapach transakcji przez ich kontrahentów.

Reasumując dla zastosowania przepisów art. 88 ust. 3a pkt 4 lit. a) ustawy o VAT, koniecznym jest stwierdzenie, że z ogółu obiektywnych okoliczności wynika, że podatnik nabywając towar wiedział, że transakcja stanowi nadużycie prawa. Potwierdzeniem prawidłowości zaprezentowanej wykładni przepisów, stanowiących podstawę prawną zaskarżonej decyzji jest orzecznictwo sądów administracyjnych²⁰. Powyższe znajduje również potwierdzenie w jednym z ostatnich wyroków WSA w Warszawie z dnia 11 marca 2010 r. (sygn. III SA/Wa 1896/09)²¹, w którym sąd administracyjny potwierdził, że zakwestionowanie prawa do odliczenia musi poprzedzać stosowne postępowanie dowodowe, którego głównym celem będzie ustalenie, czy podatnik odliczający podatek naliczony powinien był wiedzieć, że nabywając towar uczestniczył w transakcji wykorzystanej do popełnienia oszustwa (nadużycia prawa) w podatku od towarów i usług lub też czy sam dążył do popełnienia oszustwa. Sąd podkreślił, że nie jest jednak możliwe postawienie znaku równości pomiędzy transakcjami obciążonymi ryzykiem gospodarczym a transakcjami dokonywanymi w celu oszustwa podatkowego, o którym podatnik dokonujący danych transakcji wiedział lub powinien był wiedzieć przy zachowaniu należytej staranności. Z kolei w wyroku WSA w Olsztynie z dnia 23 czerwca 2010 r. (sygn. I SA/Ol 295/10)²² istota sporu sprowadzała się do odpowiedzi na pytanie, czy zaistniały podstawy faktyczne i prawne pozwalające na pozbawienie skarżącego prawa do obniżenia podatku należnego o podatek naliczony wynikający z faktur wystawionych przez firmę „B” sp. z o.o., z uwagi na fakt, że faktury te nie dokumentowały rzeczywistych

¹⁸ Por. w szczególności wyroki z dnia 29 czerwca 1999 r. w sprawie C 158/98 Coffeeshop „Siberië”, Rec. s. I 3971, pkt 14 i 21, a także z dnia 29 czerwca 2000 r. w sprawie C 455/98 Salumets i in., Rec. s. I 4993, pkt 19.

¹⁹ Zob. podobnie wyrok z dnia 11 maja 2006 r. w sprawie C 384/04 Federation of Technological Industries.

²⁰ Przykładowo można wskazać wyroki WSA: z dnia 12 czerwca 2007 r., sygn. akt I SA/Gd 888/06, z dnia 7 sierpnia 2007 r., sygn. akt I SA/Gd 533/07, z dnia 14 listopada 2007 r., sygn. akt III SA/Wa 743/07 oraz z dnia 9 stycznia 2008 r., sygn. akt I SA/Ol 180/07.

²¹ Opublikowany w: Monitor Podatkowy 2010/8, s. 25.

²² Opublikowany w: Lexis.pl nr 8409862.

operacji gospodarczych. W ww. wyroku sąd administracyjny stwierdził, że: *Sko- ro zatem zasadniczą rolą faktury jest udokumentowanie transakcji, to w sytuacji, gdy zawiera one dane, które nie odpowiadają istocie opisywanego zdarzenia go- spodarczego, czyli sprzedaży towarów, uzasadnione jest stwierdzenie, że faktura taka stwierdza czynności, które nie zostały dokonane. (...) W każdej tego rodzaju spraw obowiązkiem organów podatkowych jest zgodnie z art. 122 O.p. dołożyć wszelkiej staranności w ustaleniu faktów prawotwórczych stanowiących podsta- wę wydania decyzji. Obowiązek ustalenia, czy czynności wykazane w fakturach VAT zostały wykonane, wynikał w rozpoznawanej sprawie wprost z art. 88 ust.3a pkt 4 lit. a ustawy VAT. (...) Zdaniem Sądu, rozbieżne zeznania świadków, nie skonfrontowanych ze sobą, nie pozwala na usunięcie powstałych wątpliwości przy ustalaniu stanu faktycznego sprawy, nie pozwalało też dokonać prawidłowej subsumpcji i wskazać na naruszenie przepisów prawa materialnego. (...)*

2. Typowy przebieg czynności związanych ze zwrotem VAT

Warto pokrótce prześledzić typowy bieg zdarzeń, związanych z kontrolą zwrotu podatku. Podatnik stwierdza w danym miesiącu nadwyżkę podatku naliczonego nad należnym. Z dwóch możliwości, jakie daje mu treść art. 87 ustawy o VAT, czyli rozłożeniu nadwyżki na kolejne okresy rozliczeniowe bądź wystąpieniu o bezpośredni zwrot, wybiera tę drugą. Zgodnie z art. 87 ust. 2 ustawy o VAT organ ma na zwrot różnicy podatku co do zasady 60 dni od dnia złożenia rozliczenia. Jest to termin standardowy, może być on jednak zarówno wydłużony, jak i skrócony. Zgodnie bowiem z art. 87 ust. 5a, jeżeli podatnik nie wyko- nał w okresie rozliczeniowym czynności opodatkowanych na terytorium kraju, termin do zwrotu podatku wynosi 180 dni od daty złożenia rozliczenia. Możli- wy jest też zwrot podatku w przyspieszonym, 25-dniowym terminie. Podstawą zwrotu różnicy podatku w terminie 25 dni są należycie umotywowany wniosek podatnika o wcześniejszy zwrot podatku VAT oraz deklaracja podatkowa. Usta- wodawca zastrzega także, że kwoty podatku naliczonego wykazane w tej dekla- racji mają wynikać z opłaconych dokumentów, m.in. z faktur. Należyte opłacenie należności wynikających z dokumentów jest warunkiem koniecznym szybszego zwrotu. Dodatkowo, w świetle wyroku 7 sędziów NSA z 11 marca 2013 r., sygn. akt I FPS 5/12²³, należy stwierdzić, że wymóg ten jest spełniony, jeśli opłacone są wszystkie faktury, które rzutują na rozliczenie VAT w danym miesiącu lub kwar- tale, a więc nie tylko te wystawione w tym konkretnym okresie rozliczeniowym. Przedstawiana dokumentacja nie może rodzić jakiegokolwiek wątpliwości organu co do wcześniejszego zwrotu podatku, w przeciwnym razie zwrotu dokona on w zwykłym terminie.

²³ Publ. Legalis 629210.

Jeżeli zasadność zwrotu wymaga dodatkowego zweryfikowania, naczelnik urzędu skarbowego może przedłużyć ten termin do czasu zakończenia weryfikacji rozliczenia podatnika dokonywanego w ramach czynności sprawdzających, kontroli podatkowej lub postępowania podatkowego na podstawie przepisów Ordynacji podatkowej²⁴ lub postępowania kontrolnego na podstawie przepisów o kontroli skarbowej²⁵. Tak też się najczęściej dzieje, zwłaszcza u podatników, którzy stosunkowo często o zwroty występują. Dla organu jest to zazwyczaj sygnał, iż może dochodzić do nadużyć. Warto zaznaczyć, iż wszczęcie czynności sprawdzających i kontrolnych powinno znajdować podstawy w uzasadnionych podstawach, zwłaszcza iż zwrot podatku po upływie ustawowych terminów wypłacenia należnej kwoty wraz z odsetkami w wysokości odpowiadającej opłacie prolongacyjnej, stosowanej w przypadku odroczenia terminu płatności podatku lub jego rozłożenia na raty. Jest to połowa wysokości odsetek za zwłokę, naliczanych z tytułu zaległości podatkowych.

Weryfikacji zwrotu podatku dokonać można w drodze trzech wskazanych form postępowania: czynności sprawdzających, kontroli podatkowej i postępowania podatkowego. Każdej z tych form poświęcony jest odpowiedni dział ustawy Ordynacja podatkowa (odpowiednio IV – postępowanie, V – czynności sprawdzające oraz VI – kontrola). Każda z procedur jest przy tym odrębnym typem czynności.

Najmniej rygorystyczną formą są bez wątpienia czynności sprawdzające, stanowiące najczęściej preludium do prowadzenia kontroli bądź postępowania. Czynności sprawdzających dotyczą przepisy art. 272 i następne Ordynacji. Ich celem jest weryfikacja formalnych aspektów opodatkowania – terminowości złożenia deklaracji i zapłaty podatku, formalnej poprawności dokumentów oraz porównania stanu faktycznego ze stanem wynikającym z dokumentów. W celu prawidłowego przeprowadzenia czynności organ może żądać składania wyjaśnień przez podatnika czy też przedstawienia dokumentów, również przez kontrahentów podatnika. Organ może też w toku czynności dokonać oględzin lokalu podatnika. Brak jest sformalizowanej przesłanki oraz metody wszczęcia czynności sprawdzających, czynności toczyć się mogą niejednokrotnie bez wiedzy podatnika, który dodatkowo nie jest informowany o ich zakończeniu (w przypadku zwrotu podatku sygnałem, iż czynności zostały zakończone, jest zwrot). Najczęściej stosowaną taktyką jest przy tym kontrola krzyżowa, czyli weryfikacja każdej dokonanej transakcji u kontrahenta podatnika. Sprawdzane są prawidłowość i rzetelność wystawiania faktur, ujmowanie ich w rejestrach, terminowość uiszczania podatku. Organy częstokroć żądają również przedstawienia dowodów na to, iż dostawa towaru faktycznie miała miejsce – służą temu okazywane do-

²⁴ Ustawa Ordynacja podatkowa, t.j. Dz.U. z 2012 r. poz. 749.

²⁵ Ustawa o kontroli skarbowej, t.j. Dz.U. 2011 nr 41, poz. 214.

kumenty magazynowe dotyczące przyjęcia towaru czy też listy przewozowe. Kontrole krzyżowe, na co wskazuje praktyka, obejmują często nie tylko samych kontrahentów występującego o zwrot podatnika, lecz także ich dostawców. Dostrzeżenie przez organ jakiegokolwiek nieprawidłowości, w postaci „znikającego” podatnika, który to wyrejestrówuje się po dokonaniu transakcji czy też występowania transakcji fikcyjnych prowadzi zwykle do jeszcze dokładniejszych badań ze strony organu, co w ostateczności skutkować może brakiem zwrotu. Jak już wspomniano, szczególne nadużycia organy zdają się dostrzegać na polu obrotu artykułami elektronicznymi, ta branża winna więc szczególnie uaktualnić procedury kontroli doboru swoich kontrahentów.

Drugą formę procedury stanowi kontrola podatkowa. Kontrola podatkowa może stanowić wstęp do postępowania tak podatkowego, jak i karnoskarbowego, a zebrane w jej ramach materiały mogą stać się dowodami w tych postępowaniach. Kontrolę podatkową podejmuje się z urzędu. Wszczęcie kontroli podatkowej następuje poprzez doręczenie kontrolowanemu lub osobie go reprezentującej upoważnienia do przeprowadzenia kontroli oraz okazanie przez kontrolującego legitymacji służbowej. Kontrolowany ma obowiązek wskazać osobę, która będzie go reprezentowała w trakcie kontroli w przypadku jego nieobecności. Zachodzi więc w tym przypadku stosunkowa jawność czynności kontrolnych, muszą być one bowiem podejmowane w obecności kontrolowanego bądź upoważnionej przez niego osoby. W przypadku zwrotu podatku od towarów i usług warto mieć jednak na uwadze treść art. 282c ust. 1 pkt 1 Ordynacji, który to zwalnia organ z obowiązku zawiadomienia podatnika o zamiarze wszczęcia kontroli, gdy dotyczy zasadności zwrotu podatku VAT. W początkowych fazach istnieje więc nadal możliwość prowadzenia kontroli bez uświadomienia tego faktu podatnikowi.

Ostatnią z form przewidzianych przez Ordynację jest postępowanie podatkowe. Jego zasadniczym celem jest wydanie decyzji podatkowej, czyli wymiar podatku. Procedura ta jest najczęściej wszczynana w przypadku stwierdzenia nieprawidłowości w rozliczeniu podatkowym (stwierdzonej chociażby w drodze przeprowadzonych wcześniej czynności sprawdzających bądź kontroli podatkowej) albo też na wypadek uzyskania przez organy podatkowe wiedzy na temat nieprawidłowości w rozliczeniu danego podatnika (na przykład w związku z innym prowadzonym postępowaniem). Postępowanie jest co do zasady dwuinstancyjne, a od decyzji organu pierwszej instancji przysługuje odwołanie na podstawie art. 220 Ordynacji podatkowej. Od decyzji ostatecznej, czyli takiej, co do której nie ma już odwołania na ścieżce postępowania przed organami podatkowymi, można wnieść skargę do wojewódzkiego sądu administracyjnego. Postępowanie sądowe również cechuje się dwuinstancyjnością. Od wyroku wydanego przez wojewódzki sąd administracyjny można odwołać się do Naczelnego

Sądu Administracyjnego. Procedurę sądową regulują przepisy ustawy – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi²⁶.

Przedstawiona pokrótce ścieżka potencjalnego sporu z organami o zwrot podatku może więc, w najgorszych przypadkach, swój finał po kilku latach znaleźć dopiero w sądzie, który to ostatecznie rozstrzygnie, czy wątpliwości organów były uzasadnione. Kwota podatku zostanie oczywiście zwrócona, w powiększeniu o naliczone odsetki za zwłokę. Niestety, dla wielu przedsiębiorców może być w tym momencie już zbyt późno, gdyż w pierwotnym momencie utracili oni poprzez brak zwrotu płynność finansową niezbędną do bieżącego funkcjonowania na rynku. Zalecić więc należy podjęcie szczególnych procedur ostrożnościowych celem uniknięcia nieprzyjemności związanych z potencjalną kontrolą organów.

Źródła elektroniczne

http://www.mg.gov.pl/files/upload/21463/List%20ostrzegawczy_elektronika_20140825.pdf

Akty prawne

Ustawa z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz.U. 2011 nr 177, poz. 1054), dalej jako ustawa o VAT.

Ustawa Ordynacja podatkowa, t.j. Dz.U. z 2012 r. poz. 749.

Ustawa o kontroli skarbowej, t.j. Dz.U. 2011 nr 41, poz. 214.

Ustawa z dnia 30 sierpnia 2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (Dz. U. z 2002 r. nr 153, poz. 1270 z późn. zm.).

Orzecznictwo

Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Szczecinie z dnia 9 lipca 2009 r. (sygn. akt I SA/Sz 116/09) opublikowany w: LEGALIS nr 180573.

Wyrok z dnia 17 czerwca 2009 r. Wojewódzki Sąd Administracyjny w Bydgoszczy (sygn. akt I SA/Bd 243/09), opublikowany w: LEGALIS nr 184100.

Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Łodzi w wyroku z dnia 22 lipca 2008 r. (sygn. akt I SA/Łd 158/08), opublikowany w: LEX nr 460497.

Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gdańsku z dnia 12 czerwca 2007 r., sygn. akt I SA/Gd 888/06, opublikowany w: LEGALIS nr 1023174

Wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości C-255/02 z 21 lutego 2006 r. w sprawie Halifax, opublikowany w: LEGALIS nr 74647.

²⁶ Ustawa z dnia 30 sierpnia 2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (Dz.U. z 2002 r. nr 153, poz. 1270 z późn. zm.).

- Wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w sprawie Gabalfrisa i in. pkt 52 oraz ww. postanowienie w sprawie Transport Service, pkt 29, sygn. C-395/02, publ. wersja angielska LEGALIS 154745.
- Wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 19 września 2000 r. w sprawie C-454/98 Schmeink & Cofreth i Strobel, Rec. s. I-6973, pkt 59, opublikowany w: LEGALIS 152893.
- Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 11 grudnia 2001 r., sygn. SK 16/00, OTK ZU nr 8/2001, poz. 257, s. 1357.
- Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 25 października 2005 r., SK 33/03, OTK-A 2004/9/94.
- Wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w sprawie C 484/03 Optigen i in, opublikowany w: LEGALIS nr 72303.
- Wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 6 kwietnia 1995 r. w sprawie C 4/94 BLP Group, rec. s. I 983.
- Wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 6 lipca 2006 r. C-439/04 Axel Kittel v. Państwo Belgijskie oraz Państwo Belgijskie v. Recolta Recycling SPRL, opublikowany w: LEX nr 187186.
- Postanowienie ETS z dnia 3 marca 2004 r. w sprawie C 395/02 Transport Service, rec. s. I 1991, pkt 26.
- Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 11 marca 2010 r., sygn. III SA/Wa 1896/09, opublikowany w: Monitor Podatkowy 2010/8 s. 25.
- Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Olsztynie z dnia 23 czerwca 2010 r., sygn. I SA/Ol 295/10, opublikowany w: Lexis.pl nr 8409862
- Wyrok 7 sędziów Naczelnego Sądu Administracyjnego z 11 marca 2013 r., sygn. akt I FPS 5/12, publ. Legalis 629210.

Streszczenie

Artykuł opisuje teoretyczne i praktyczne problemy podatników, zwracających się o zwrot VAT. Przedstawiono orzecznictwo sądów administracyjnych oraz TSUE, a także typowy przebieg czynności proceduralnych związanych ze zwrotem VAT.

Summary

The article describes the theoretical and practical problems of taxpayers to request a refund of VAT. The paper presents the case-law of the administrative courts and the ECJ, and the typical course of procedural steps for a refund of VAT.

Wszczęcie kontroli podatkowej. Skutki prawne dla kontrolowanego przedsiębiorcy

Wstęp

W polskim prawie podatkowym zobowiązania podatkowe powstają w znacznej większości przypadków nie poprzez wymiar podatku, ale z mocy samego prawa, czyli z dniem zaistnienia zdarzenia, z którym ustawa wiąże powstanie takiego zobowiązania². Jest to tzw. samoobliczenie podatkowe, które zobowiązuje podatnika do samodzielnego obliczenia zobowiązania podatkowego. To na podatniku ciąży obowiązek ustalenia stanu faktycznego, zastosowanie do tego stanu odpowiednich przepisów prawa podatkowego oraz dobrowolne zrealizowanie obciążającego go zobowiązania podatkowego³. Z tą zasadą, dla podatnika prowadzącego działalność gospodarczą, wiąże się również obowiązek prowadzenia ksiąg podatkowych. Na podstawie wpisów w księgach podatkowych i na podstawie okresowego podsumowania tych ksiąg, podatnik realizuje zasadę samoobliczenia podatkowego poprzez przeniesienie do deklaracji wyników księgowych oraz złożenie deklaracji podatkowej.

Pojęcie „deklaracja” odnosi się do dokumentów, w których podatnik jest zobowiązany do samodzielnego obliczenia kwoty podatku. Ordynacja podatkowa przez deklaracje rozumie również zeznania, wykazy oraz informacje, do których składania są obowiązani, na podstawie przepisów prawa podatkowego, podatnicy, płatnicy lub inkasenci⁴. Konsekwencją niezłożenia deklaracji albo wykazania w niej kwoty innej niż kwota wyliczonego zgodnie z prawem zobowiązania podatkowego jest wydanie decyzji określającej wysokość zobowiązania podatkowego przez organ podatkowy.

W technice powstawania zobowiązań podatkowych opartej na samoobliczeniu podatkowym, istotnym elementem procedury jest kontrola prawidłowości obliczenia zobowiązania podatkowego przez podatnika. Polskie prawo podatkowe może być dla przedsiębiorcy skomplikowane z powodu bardzo częstych zmian. Formą pomocy odnośnie stosowania prawa podatkowego mogą być in-

¹ Wyższa Szkoła Biznesu im. Biskupa Jana Chrapka w Radomiu.

² Zgodnie z art. 21 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 roku, Ordynacja podatkowa (tekst. jedn. Dz.U. z 2012 r., poz. 749 ze zm.), dalej: ordynacja podatkowa.

³ R. Mastalski, [w:] B. Adamiak, J. Borkowski, R. Mastalski, J. Zubrzycki, *Ordynacja podatkowa. Komentarz 2012*, Wyd. Unimex Wrocław 2012, s. 212.

⁴ Zob. art. 3 pkt 5 Ordynacji podatkowej.

dywidualne interpretacje przepisów prawa podatkowego⁵. Instytucja ta jest o tyle przydatna w procesie samoobliczenia podatkowego, że podatnik, który zastosuje się do stanowiska prezentowanego w interpretacji indywidualnej, nie może ponosić z tego tytułu negatywnych konsekwencji.

Złożone deklaracje nie są na bieżąco weryfikowane, gdyż organ podatkowy nie ma możliwości technicznych merytorycznego sprawdzenia poprawności danych zawartych w deklaracjach w krótkim czasie. Przyjmuje się, że zobowiązanie podatkowe wynikające ze złożonej deklaracji jest prawidłowe, dopóki nie zostanie zweryfikowane przez samego podatnika poprzez złożenie korekty deklaracji podatkowej lub nie zostanie dokonana kontrola samowymiaru przez organ podatkowy i nastąpi określenie zobowiązania podatkowego w innej wysokości. Kontrola samowymiaru podatkowego realizowana jest m.in. poprzez czynności kontrolne, prowadzone przez organy podatkowe i organy kontroli skarbowej. Kontrola zobowiązań podatkowych wszczynana jest zawsze z urzędu i możliwa jest do czasu upływu terminu przedawnienia. Procedura kontroli podatkowej w większości przypadków dotyczy podatników prowadzących działalność gospodarczą.

Celem kontroli podatkowej jest sprawdzenie wywiązywania się podatników, płatników i inkasentów z obowiązków wynikających z prawa podatkowego, przez organy podatkowe pierwszej instancji. Obowiązki wynikające z przepisów prawa podatkowego to obowiązki wynikające z ustaw podatkowych, postanowień ratyfikowanych przez RP umów o unikaniu podwójnego opodatkowania, oraz ratyfikowanych przez RP innych umów międzynarodowych dotyczących problematyki podatkowej, a także wydanych na podstawie delegacji ustawowych przepisów wykonawczych⁶. Czynności kontrolne polegają na bezpośrednim sprawdzeniu dokumentów źródłowych, akt oraz innych dowodów znajdujących się w posiadaniu podatnika. Czynności te mogą polegać również na przeprowadzaniu dowodów ze świadków, z biegłych oraz przeprowadzeniu oględzin.

Wszczęcie kontroli podatkowej powoduje powstanie po stronie kontrolowanego przedsiębiorcy obowiązków, którym odpowiadają uprawnienia osób kontrolujących⁷. Z datą wszczęcia kontroli podatkowej, zawieszeniu ulegają pewne uprawnienia podatników określone w przepisach prawa podatkowego. Dotyczy to: prawa do złożenia korekty deklaracji podatkowej, korekty zapisów w księgach podatkowych, a także prawa do występowania o indywidualną interpretację przepisów prawa podatkowego. Celem artykułu jest omówienie tych uprawnień, z których podatnicy nie mogą korzystać w czasie postępowania kontrolnego.

⁵ Indywidualne interpretacje prawa podatkowego określone zostały w art. 14 b Ordynacji podatkowej.

⁶ M. Biskupski, [w:] *Ordynacja podatkowa. Komentarz 2014*, pod redakcją H. Dzwonkowskiego, Wyd. Beck 2014, s. 1124.

⁷ Uprawnienia kontrolujących określone zostały w art. 286, a obowiązki kontrolowanych w art. 287 Ordynacji podatkowej.

1. Zawieszenie prawa do złożenia korekty deklaracji podatkowej

W związku z obowiązującą w polskim prawie podatkowym zasadą samoobliczenia podatkowego, podatnik zobowiązany jest do składania deklaracji podatkowych zgodnie z obowiązującymi przepisami. Składanie deklaracji podatkowych jest najważniejszą z zasad samoobliczenia podatkowego, ponieważ w deklaracji podatnik sam określa wysokość swojego zobowiązania podatkowego do wpłaty lub wysokość podatku do zwrotu. Skoro organ podatkowy ma prawo dokonać kontroli samowymiaru, tym bardziej podatnik ma prawo do korygowania złożonych wcześniej deklaracji podatkowych aż do momentu upływu terminu przedawnienia⁸. Skorygowaniu deklaracji powinno towarzyszyć złożenie pisemnego uzasadnienia dokonania korekty. Przepisy ordynacji podatkowej nie określają bliżej formy ani treści tego uzasadnienia, jedynie tyle, że powinno być ono dokonane pisemnie i dołączone do korekty deklaracji. Na gruncie prawa podatkowego, złożenie korekty deklaracji podatkowej powoduje takie same skutki jak złożenie deklaracji pierwotnej. Zatem we wszystkich przypadkach, w których przepisy prawa podatkowego wprowadzają domniemania dotyczące prawidłowości treści złożonej deklaracji, domniemania te będą odnosić się także do deklaracji korygującej⁹.

W tym przypadku bardzo istotne znaczenie ma moment wszczęcia postępowania kontrolnego, gdyż prawo do skorygowania deklaracji nie może być skutecznie wykonywane w czasie trwania kontroli podatkowej, postępowania podatkowego oraz kontroli skarbowej. Jest ono w tych okresach zawieszone na cały okres trwania wymienionych postępowań¹⁰. Złożenie korekty podczas trwania postępowania podatkowego lub kontroli podatkowej jest nieskuteczne, co oznacza, że nie wywołuje żadnych skutków prawnych. Nieskuteczność ta następuje z mocy prawa. Pomimo złożenia korekty, w dalszym ciągu obowiązuje poprzednio złożona deklaracja i wynikająca z niej kwota podatku. Dopiero zakończenie kontroli (doręczenie podatnikowi protokołu kontroli) umożliwia podatnikowi złożenie korekty.

Na podstawie ustawy o swobodzie działalności gospodarczej¹¹, organ kontroli po pierwsze ma obowiązek, co do zasady, zawiadomić przedsiębiorcę o zamiarze wszczęcia kontroli podatkowej, a po drugie kontrola może być prowadzona jedynie przez określoną liczbę dni (limity czasu kontroli). Czas trwania kontro-

⁸ Uprawnienie do składania korekty deklaracji wynika z art. 81 Ordynacji podatkowej.

⁹ B. Brzeziński, M. Kalinowski, A. Olesińska, M. Masternak, J. Orłowski, *Ordynacja podatkowa – komentarz, t I*, Wyd. TNOiK, Dom Organizatora, Toruń 2007, s. 627.

¹⁰ Zob. art. 81 b Ordynacji podatkowej oraz art. 14 c ustawy z dnia 28 września 1991 r. o kontroli skarbowej (tekst jedn. Dz.U. z 2011 r. nr 41, poz. 214 ze zm.).

¹¹ Ustawa z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (tekst jedn. Dz.U. z 2013 r. poz. 672 ze zm.).

li uzależniony został od wielkości kontrolowanego przedsiębiorcy. Im większy przedsiębiorca, tym czas kontroli jest dłuższy. Przepisy ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, odnoszące się do kontroli, mają zastosowanie tylko w przypadku podmiotów, które posiadają w chwili jej wszczęcia i przez okres jej trwania status przedsiębiorcy¹². Należy również pamiętać, że przepisy te mają pierwszeństwo przed przepisami ordynacji podatkowej¹³. Z brzmienia ustawy o swobodzie działalności gospodarczej jasno wynika, że organy administracji publicznej kontrolują przedsiębiorców na zasadach w niej określonych, a dopiero w zakresie nieuregulowanym stosuje się ustawy szczególne (a taką jest w tym przypadku ustawa ordynacja podatkowa). Sama ordynacja podatkowa, również odsyła do stosowania przepisów ustawy o swobodzie działalności gospodarczej w zakresie kontroli działalności gospodarczej podatnika będącego przedsiębiorcą¹⁴. Reasumując w przypadku kontroli sposób postępowania kontrolujących wyznaczony przepisami ordynacji podatkowej, może być przyjęty, o ile danej kwestii procesowej w sposób odmienny nie reguluje ustawa o swobodzie działalności gospodarczej¹⁵. W tym przypadku istotną zasadą wprowadzoną przez ww. ustawę jest obowiązek zawiadamiania przedsiębiorcy o zamiarze wszczęcia kontroli¹⁶. Oznacza to, że kontrola przedsiębiorcy (dotyczy to nie tylko kontroli podatkowej) może odbyć się jedynie po prawidłowym zawiadomieniu o planowanym wszczęciu kontroli. Poprzez wprowadzenie owej regulacji jeszcze silniej zaakcentowano znaczenie zasady zaufania podatnika do organów kontrolnych, zgodnie z którą kontrola podatkowa powinna być prowadzona w sposób budzący zaufanie do organów podatkowych¹⁷. W związku z wprowadzeniem obowiązku powiadomienia o zamiarze przeprowadzenia kontroli, kontrolowany ma możliwość przygotowania się do niej, dzięki czemu nie jest ona dla niego zaskoczeniem, a znajomość terminu jej przeprowadzenia pozwala na przyjęcie poglądu, że jest to kontrola planowa¹⁸. Dzięki tej instytucji kontrola nie dezorganizuje bieżącej pracy przedsiębiorcy, co z pewnością nie byłoby możliwe w przypadku niezapowiedzianej kontroli podatkowej. Jednak samo zawiadomienie o zamiarze wszczęcia kontroli nie jest jednoznaczne z jej wszczęciem. Od momentu doręczenia tegoż zawiadomienia biegnie tylko termin do jej wszczęcia. Samą

¹² Definicja przedsiębiorcy zawarta została w art. 4 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej.

¹³ Chodzi o brzmienie art. 77 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, zgodnie z którym kontrola przedsiębiorców prowadzona jest na zasadach określonych w omawianej ustawie.

¹⁴ Zob. art. 291c Ordynacji podatkowej.

¹⁵ J. Wowra, *Czas trwania kontroli podatkowej*, „Przegląd Podatkowy” 2006 nr 4, s. 39.

¹⁶ Zasada ta została określona w art. 79 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej oraz w art. 282b Ordynacji podatkowej.

¹⁷ M. Nizgódka-Medek, [w:] S. Babiaryz, B. Dauter, B. Gruszczyński, R. Hauser, A. Kabat. M. Nizgódka-Medek, *Ordynacja podatkowa. Komentarz*, Wyd. Lexis Nexis, Warszawa 2011, s. 1030.

¹⁸ C. Kosikowski, *Komentarz do ustawy o swobodzie działalności gospodarczej*, Wyd. LexisNexis, Warszawa 2009, s. 422.

kontrolę zaś, wszczyna się nie wcześniej niż po upływie 7 dni i nie później niż przed upływem 30 dni od dnia doręczenia zawiadomienia. Wszczęcie kontroli po upływie 30 dni od dnia doręczenia zawiadomienia powoduje konieczność ponownego zawiadamiania o zamiarze wszczęcia kontroli¹⁹. Oczywiście istnieje możliwość wcześniejszego rozpoczęcia kontroli, po wyrażeniu zgody przez kontrolowanego, ale czas od momentu doręczenia zawiadomienia do momentu doręczenia imiennego upoważnienia o wszczęciu kontroli nie jest utożsamiany z postępowaniem kontrolnym.

Ordynacja podatkowa nie wspomina o zawieszeniu prawa do złożenia skutecznej korekty deklaracji po otrzymaniu zawiadomienia o zamiarze przeprowadzenia kontroli. Przeciwnie, zawiadomienie to pozwala przedsiębiorcy nie tylko na przygotowanie się do swoistej ingerencji w bieżącą działalność gospodarczą, ale również na przygotowanie dokumentów źródłowych, na podstawie których dokonano samoobliczenia podatkowego. Zarówno ustawa o swobodzie działalności gospodarczej, jak i ordynacja podatkowa określają szczegółowo, jakie elementy powinno zawierać zawiadomienie o wszczęciu kontroli²⁰. Jednym z ustawowych elementów zawiadomienia o zamiarze wszczęcia kontroli jest powiadomienie o przysługującym przedsiębiorcy prawie do złożenia korekty deklaracji. Zatem prawo do złożenia korekty deklaracji w tym czasie nadal przysługuje, aż do momentu rozpoczęcia kontroli podatkowej. Jest to rozwiązanie bardzo racjonalne zarówno dla kontrolującego, jak i dla organu kontroli. Kontrolowany przedsiębiorca może jeszcze raz przeanalizować i ewentualnie skorygować swoje dokumenty dotyczące kontrolowanego okresu, a organ kontrolujący nie musi już w tym zakresie dokonywać ustaleń.

Należy przypomnieć o jeszcze jednym szczególe, który nie został uregulowany przez ustawodawcę. Mianowicie w sytuacji, kiedy kontrolowany przedsiębiorca nie złożył deklaracji za okres objęty kontrolą, pomimo ciążącego na nim obowiązku, żaden przepis nie zabrania mu wywiązania się z tego obowiązku w czasie trwania postępowania kontrolnego. Deklaracja, którą kontrolowany przedsiębiorca złoży, nie może być traktowana jako korekta, gdyż nie koryguje deklaracji pierwotnej. Będzie to pierwsza złożona deklaracja przez podatnika, a ta może być złożona w każdym czasie, aż do upływu przedawnienia zobowiązania podatkowego. Prawo do złożenia pierwotnej deklaracji, aż do momentu przedawnienia, nie ulega zawieszeniu, nawet podczas trwania kontroli podatkowej. Oczywiście wobec przedsiębiorcy, który uchybił terminowi złożenia de-

¹⁹ Art. 79 ust. 4 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej oraz art. 282b § 2 Ordynacji podatkowej.

²⁰ Na podstawie art. 285b § 5 Ordynacji podatkowej, Minister Finansów określił wzór zawiadomienia w rozporządzeniu z dnia 19 grudnia 2008 r. w sprawie wzoru o zamiarze wszczęcia kontroli podatkowej (Dz.U. nr 237, poz. 1569).

klaracji podatkowej, mogą być wyciągnięte konsekwencje na podstawie ustawy Kodeks karny skarbowy²¹.

2. Zawieszenie prawa do korekty zapisów w księgach podatkowych

Podatnicy osiągający przychody z działalności gospodarczej, obowiązani są do prowadzenia ksiąg podatkowych²². Obowiązek ten wynika z poszczególnych ustaw podatkowych oraz z ustawy o rachunkowości²³. Osoby prawne, na podstawie ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych²⁴ oraz zgodnie z ustawą o rachunkowości²⁵, zobowiązane są do prowadzenia ksiąg handlowych, osoby fizyczne i spółki osób fizycznych opodatkowane na zasadach ogólnych²⁶ zobowiązane są do prowadzenia podatkowej księgi przychodów i rozchodów²⁷ lub ewidencji przychodów, jeśli spełnią ustawowe warunki oraz złożą właściwemu naczelnikowi urzędu skarbowego oświadczenie o zastosowanie zryczałtowanej formy opodatkowania²⁸. Podatnicy prowadzący działalność gospodarczą obowiązani są również do prowadzenia ewidencji oraz rejestrów określonych w przepisach dotyczących poszczególnych podatków²⁹.

Podatnicy zobowiązani są do prowadzenia ksiąg podatkowych w sposób rzetelny i niewadliwy. Rzetelne księgi podatkowe powinny zawierać obraz wszystkich zdarzeń gospodarczych (rzeczywistości gospodarczej) mogących mieć wpływ na wysokość podatku, które to zdarzenia muszą być w nich utrwalone. Księgi uważa się za rzetelne, jeżeli zawierają wszystkie fakty, będące przedmiotem wpisów do ksiąg, w całości zgodnie z prawdą, a za niewadliwe uważa się te księgi, które prowadzone są zgodnie z przepisami prawa. Zatem księgi są nierzetelne, jeżeli dokonywane w nich zapisy nie odzwierciedlają stanu rzeczywistego.

²¹ Ustawa z dnia 10 września 1999 r. Kodeks karny skarbowy (tekst jedn. Dz.U z 2013 r., nr 186 ze zm.).

²² Definicja ksiąg podatkowych zawarta została w art. 3 pkt 4 Ordynacji podatkowej.

²³ Ustawa z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości (tekst. jedn. z 2013 r., poz. 330 ze zm.).

²⁴ Ustawa z dnia 15 lutego 1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych (tekst jedn. z 2011 r., nr 74, poz. 397 ze zm.).

²⁵ Zob. art. 2 ust 1 ustawy o rachunkowości.

²⁶ Na podstawie art. 24b ustawy z dnia 26 lipca 1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych (tekst jedn. Dz.U. z 2012 r., poz. 361 ze zm.).

²⁷ Rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 26 sierpnia 2003 r. w sprawie prowadzenia podatkowej księgi przychodów i rozchodów (Dz.U., nr 152, poz. 1475 ze zm.).

²⁸ Ustawa z dnia 20 listopada 1998 r. o zryczałtowanym podatku dochodowym osiąganym od niektórych przychodów osiąganych przez osoby fizyczne (Dz.U. nr 144, poz. 930 ze zm.) dalej jako: ustawa o zryczałtowanym podatku dochodowym.

²⁹ Przykładem może być ewidencja sprzedaży określona w art. 109 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (tekst. jedn. Dz.U z 2011 r. nr 177, poz. 1054 ze zm.); ewidencja przychodów oraz wykaz środków trwałych oraz wartości niematerialnych i prawnych, o której mowa w art. 15 ust. 1 ustawy o zryczałtowanym podatku dochodowym.

Nieodzwierciedlanie przez księgę podatkową stanu rzeczywistego może polegać na braku zapisów zdarzeń, które miały w rzeczywistości miejsce, do ujmowania zdarzeń fikcyjnych, np. na podstawie tzw. pustych faktur oraz na ewidencjonowaniu kwot w wartościach odbiegających od rzeczywistości. Nierzetelne są więc księgi, które zawierają niezgodne z prawdą wpisy lub opuszczenia w księgowaniu. Dla oceny nierzetelności ksiąg nie ma znaczenia skutek w postaci zawyżenia bądź też zaniżenia podstawy opodatkowania. Księga jest nierzetelna zarówno wtedy, gdy podatnik zawyżył koszty uzyskania przychodów, dokonując wpisów niemających odzwierciedlenia w rzeczywistości, jak i wówczas, gdy tych kosztów nie ujął w księdze, pomimo ich istnienia³⁰.

Podatnicy będący osobami prawnymi obowiązani są do prowadzenia pełnej księgowości w oparciu o ustawę o rachunkowości. Ustawa ta określa, że księgi rachunkowe prowadzone powinny być rzetelnie, bezbłędnie, sprawdzalnie i na bieżąco³¹. W ustawie wyjaśniono również, że księgi rachunkowe uznaje się za rzetelne, jeżeli dokonane w nich zapisy odzwierciedlają stan rzeczywisty; za prowadzone bezbłędnie, jeżeli wprowadzono do nich kompletnie i poprawnie wszystkie zakwalifikowane do zaksięgowania w danym miesiącu dowody księgowe, zapewniono ciągłość zapisów oraz bezbłędność działania stosowanych procedur obliczeniowych. Księgi uznaje się za sprawdzalne, jeżeli umożliwiają stwierdzenie poprawności dokonanych w nich zapisów, stanów (sald) oraz działania stosowanych procedur obliczeniowych. Podobne wymogi dotyczą prowadzenia księgi przychodów i rozchodów³². Przedsiębiorca obowiązany jest prowadzić księgę rzetelnie i w sposób niewadliwy. Za niewadliwą uważa się księgę prowadzoną zgodnie z zapisami rozporządzenia i objaśnieniami do wzoru księgi, a za rzetelną, jeżeli dokonywane w niej zapisy odzwierciedlają stan rzeczywisty. Zarówno w ustawie o rachunkowości, jak i w rozporządzeniu w sprawie prowadzenia księgi przychodów i rozchodów określono, w jaki sposób koryguje się błędy oraz oczywiste omyłki³³.

Księgi podatkowe odgrywają szczególną rolę jako dowód w postępowaniu podatkowym oraz w postępowaniu kontrolnym. Ordynacja podatkowa regulując system dowodów w pierwszej kolejności wymienia księgi podatkowe. Jeżeli księga podatkowa jest prowadzona rzetelnie i w sposób niewadliwy, organy prowadzące postępowanie podatkowe lub kontrolę podatkową uznają, że mają do czynienia z dowodem na to, co wynika z zawartych w tej księdze zapisów. Księga

³⁰ P. Pietrasz, [w:] J. Brolik, R. Dowgier, L. Etel, C. Kosikowski, P. Pietrasz, M. Popławski, S. Presnarowicz, W. Stachurski, *Ordynacja podatkowa. Komentarz do art. 193*, SIP LEX stan na 15.02.2013 r.

³¹ Zob. art. 24 ustawy o rachunkowości.

³² Zob. § 11 rozporządzenia w sprawie prowadzenia księgi przychodów i rozchodów.

³³ Zob. art. 25 ustawy o rachunkowości oraz § 12 rozporządzenia w sprawie prowadzenia księgi przychodów i rozchodów.

rzetelna i niewadliwa ma zatem taką samą „wzmocnioną” moc dowodową jak dokument urzędowy i określana jest jako dowód kwalifikowany.

Księga korzysta z domniemania prawdziwości (autentyczności) oraz domniemania zgodności z prawdą (wiarygodności). Zasadą jest, że dopiero kumulatywne spełnienie obu przesłanek, a mianowicie rzetelności i niewadliwości, jest podstawą wskazanych domniemań. Ordynacja podatkowa łagodzi wymagania odnoszące się do niewadliwości ksiąg, ponieważ organ podatkowy uznaje za dowód księgi podatkowe, które prowadzone są w sposób wadliwy pod warunkiem, że wady nie mają istotnego znaczenia dla sprawy. Chodzi tu o błędy formalne „mniejszej wagi”. Ocena znaczenia wad dla sprawy należy do organu podatkowego. Stwierdzenie, że nie mają one istotnego znaczenia dla sprawy obliuguje organ podatkowy do uznania księgi podatkowej jako dowód, co należy rozumieć, że chodzi tu o zachowanie szczególnej mocy dowodowej księgi podatkowej. Wszak księga podatkowa, nawet wadliwa i nierzetelna, pozostaje dowodem w sprawie³⁴.

Wydaje się jednak, że prawo inaczej traktuje przedsiębiorców, którzy obowiązani są prowadzić pełną księgowość na podstawie ustawy o rachunkowości, a inaczej przedsiębiorców prowadzących księgę przychodów i rozchodów lub ewidencję przychodów przy opodatkowaniu ryczałtem. Odnośnie zasad dotyczących prowadzenia księgi przychodów i rozchodów jasno wyrażono zasadę, że wszelkie uzupełnianie zapisów lub dokonywanie korekt po rozpoczęciu kontroli podatkowej lub skarbowej, powoduje nierzetelność księgi³⁵. Podobne uregulowanie znalazło się w przepisach dotyczących prowadzenia ewidencji przychodów u podatników opodatkowanych ryczałtem³⁶. Niestety podobnego zapisu, dotyczącego możliwości uznania nierzetelności ksiąg podatkowych nie zawiera ustawa o rachunkowości, która nie zakazuje przedsiębiorcy prowadzącemu księgę handlowe, dokonywania w nich korekt, po wszczęciu kontroli podatkowej. Wydaje się jednak, że taka praktyka to nic innego jak fałszowanie dowodu, jaki stanowią księgi handlowe. Bezcelowość korekt w księgach handlowych po wszczęciu kontroli wynika również z faktu, że jeśli korekta zapisu księgowego będzie miała wpływ na wysokość zobowiązania podatkowego to i tak możliwość złożenia korekty deklaracji jest zawieszona na podstawie przepisów ordynacji podatkowej, gdyż złożenie korekty w czasie postępowania kontrolnego za okres objęty kontrolą nie wywołuje skutków prawnych. Zawieszenie prawa do korekty ksiąg handlowych wynika w tym przypadku z pragmatyzmu podatkowego. Jeśli

³⁴ P. Pietrasz, [w:] J. Brolik, R. Dowgier, L. Etel, C. Kosikowski, P. Pietrasz, M. Popławski, S. Presnarowicz, W. Stachurski, *Ordynacja podatkowa. Komentarz do art. 193 ordynacji podatkowej*.

³⁵ Zob. § 11 ust. 4 pkt. 4, gdzie wymienia się, kiedy uważa się księgę za rzetelną; a *contrario* można stwierdzić, kiedy księga jest nierzetelna.

³⁶ Zob. § 13 ustęp 3 pkt 3 rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 17 grudnia 2012 r. w sprawie prowadzenia ewidencji przychodów i wykazu środków trwałych oraz wartości niematerialnych i prawnych (Dz.U., nr 219, poz. 1836 ze zm.).

dokonana korekta zapisu w księgach handlowych spowoduje obowiązek złożenia korekty deklaracji, to i tak nie odniesie to żadnego skutku prawnego.

Należy jednak podkreślić, że możliwość dokonania korekty w księgach podatkowych w okresie po doręczeniu zawiadomienia o zamiarze wszczęcia kontroli, a przed doręzeniem imiennego upoważnienia do kontroli, jest zgodne z przepisami prawa podatkowego. Nic nie stoi na przeszkodzie, aby takich korekt dokonać (chyba, że tego zabrania ustawa, jak w przypadku zamknięcia roku podatkowego w księgach). Nawet jeśli po skorygowaniu ksiąg, zmieni się ich podsumowanie, istnieje możliwość złożenia skutecznej korekty deklaracji podatkowej. W takim przypadku organ kontroli podatkowej odnosić się będzie do skorygowanych zapisów w księgach podatkowych oraz do korekty deklaracji i wykazanego w niej skorygowanego zobowiązania podatkowego.

3. Zawieszenie prawa do występowania o indywidualną interpretację prawa podatkowego

Zgodnie z przepisami ordynacji podatkowej, minister właściwy do spraw finansów publicznych, na pisemny wniosek zainteresowanego wydaje, w jego indywidualnej sprawie pisemną interpretację przepisów prawa podatkowego (interpretację indywidualną)³⁷. Celem wprowadzenia instytucji ogólnych i indywidualnych interpretacji prawa podatkowego, jest dążenie do zapewnienia jednolitości prawa podatkowego. Polskie uregulowania podatkowe nie należą do jasnych, prostych i jednoznacznych, a ich zawilość dodatkowo pogłębiają częste zmiany, co przy zasadzie samoobliczenia podatkowego może stanowić problem dla przedsiębiorców. Interpretacje prawa podatkowego mają być pewną formą pomocy odnośnie stosowania prawa podatkowego. Podatnik, który zastosuje się do stanowiska prezentowanego w interpretacji indywidualnej, nie może ponosić z tego tytułu negatywnych konsekwencji. W doktrynie toczą się spory, odnośnie charakteru prawnego tej instytucji, a w szczególności co do kwestii, czy interpretacja indywidualna jest władczym aktem administracyjnym, czy posiada jedynie walory informacji o możliwości zastosowania prawa materialnego³⁸.

Wnioskodawca, we wniosku o interpretację indywidualną prawa podatkowego, zobowiązany jest do wyczerpującego przedstawienia stanu faktycznego, który stanie się podstawą rozstrzygnięcia wydanego przez organ upoważniony do wydania interpretacji. Podatnik zobowiązany jest także do zajęcia własnego stanowiska w sprawie oraz oświadczenia, pod rygorem odpowiedzialności karnej za fałszywe zeznania, że elementy stanu faktycznego objętego wnioskiem

³⁷ Zob. art. 14 b Ordynacji podatkowej.

³⁸ Więcej na ten temat H. Filipczyk, *Indywidualne interpretacje prawa podatkowego – prawo i praktyka*, Wyd. Oficyna Prawa Polskiego 2011, s. 17-26.

o wydanie interpretacji w dniu jego złożenia nie są przedmiotem toczącego się postępowania podatkowego, kontroli podatkowej, postępowania kontrolnego organu kontroli skarbowej oraz że w tym zakresie sprawa nie została rozstrzygnięta co do jej istoty w decyzji lub postanowieniu organu podatkowego lub organu kontroli skarbowej³⁹. W przypadku złożenia fałszywego oświadczenia odnośnie elementów wniosku wymienionych wyżej, wydana interpretacja nie wywołuje skutków prawnych, a więc traci walor ochronny. Zastosowanie się do takiej interpretacji przez wnioskującego przedsiębiorcę nie uchroni go przed negatywnymi konsekwencjami skutków podatkowych. Jeżeli okaże się, że w zakresie elementów faktycznych podanych przez wnioskodawcę prowadzona jest kontrola podatkowa (w przypadku kiedy organ upoważniony do wydania interpretacji poweźmie o tym wiadomość), organ odmawia wydania interpretacji indywidualnej. W związku z tym, że w momencie wszczęcia kontroli podatkowej, prawo dotyczące składania wniosku o interpretację podatkową ulega zawieszeniu, istotne jest, kiedy kontrola podatkowa faktycznie zostaje wszczęta. Jak już wspomniano, kontrola podatkowa wszczęta będzie zawsze w dniu doręczenia kontrolowanemu upoważnienia do jej przeprowadzenia wraz z okazaniem legitymacji służbowej, zaś zakończenie kontroli następuje w dniu doręczenia protokołu kontroli. Wcześniej jednak, co do zasady, organ kontroli musi doręczyć kontrolowanemu przedsiębiorcy zawiadomienie o zamiarze wszczęcia kontroli. Samo zawiadomienie postępowania kontrolnego nie wszczyna, ale daje czas przedsiębiorcy na przygotowanie się do kontroli. Skoro ordynacja podatkowa milczy na temat zawieszenia prawa do złożenia wniosku o indywidualną interpretację prawa podatkowego po otrzymaniu zawiadomienia o zamiarze przeprowadzenia kontroli, należy zatem stwierdzić, że prawo to w tym czasie nadal przysługuje, aż do momentu rozpoczęcia kontroli podatkowej. Podatnik może wnioskować o interpretację przepisów prawa podatkowego dotyczącą stanów faktycznych zarówno tych, które już zaistniały, jak i tych przyszłych. Jak wiadomo kontrola podatkowa dotyczy stanów faktycznych, które już miały miejsce, które już zaistniały. Nic nie stoi na przeszkodzie, aby po doręczeniu zawiadomienia o zamiarze wszczęcia kontroli, podatnik złożył wniosek o interpretację indywidualną przepisów prawa podatkowego w odniesieniu do zdarzeń objętych zawiadomieniem o zamiarze wszczęcia kontroli podatkowej.

Reasumując, doręczenie zawiadomienia o zamiarze wszczęcia kontroli przedsiębiorcy nie jest przeszkodą w złożeniu wniosku dotyczącego interpretacji przepisów prawa podatkowego, nawet odnośnie faktów zaistniałych w tym okresie, który będzie objęty kontrolą. Organ wydający interpretację, nawet gdyby powziął wiedzę o planowanej kontroli podatkowej, nie może odmówić wydania interpretacji indywidualnej, gdyż na dzień składania wniosku, kontrola podatkowa odno-

³⁹ Zob. art. 14 b § 4 Ordynacji podatkowej.

śnie faktów objętych tym postępowaniem, nie została wszczęta. W tym przypadku, wydana interpretacja wywiera skutki prawne oraz posiada walor ochronny. Zastosowanie się podatnika do interpretacji indywidualnej, wydanej na wniosek złożony już po zawiadomieniu o zamiarze wszczęcia kontroli podatkowej, nie może mu szkodzić.

Wnioski końcowe

Wszczęcie kontroli podatkowej niesie za sobą różnorakie obowiązki dla podatnika prowadzącego działalność gospodarczą. Nie należy jednak zapominać o uprawnieniach, które na czas postępowania kontrolnego ulegają zawieszeniu. Zawieszenie uprawnień dotyczących możliwości złożenia wniosku o interpretację prawa podatkowego, jak i zawieszenie uprawnienia do złożenia korekty wynikają jasno z przepisów ordynacji podatkowej. Zawieszenie prawa do korekty zapisów w księgach podatkowych bezpośrednio wiąże się z pojęciem nierzetelności księgi. W przypadku prowadzenia księgi przychodów i rozchodów oraz ewidencji przychodu, przepisy wprost określają, że korekta lub uzupełnienie zapisów w księdze, za okres objęty kontrolą, w trakcie trwania kontroli, powoduje jej nierzetelność. Takiego zapisu nie ma w ustawie o rachunkowości. W tym przypadku zawieszenie prawa do korygowania lub uzupełniania ksiąg handlowych w czasie postępowania kontrolnego, nie wynika bezpośrednio z przepisów prawa podatkowego, ale z pragmatyzmu i celowości działania przedsiębiorcy. Korygowanie zapisów w księgach handlowych i rejestrach po wszczęciu kontroli, powodujące zmianę podsumowania tych ksiąg, prowadzi do konieczności złożenia korekty deklaracji. Czynność ta w czasie trwania postępowania kontrolnego jest bezcelowa, gdyż nie wywołuje skutków prawnych. Prawo do złożenia skutecznej korekty deklaracji przysługuje przedsiębiorcy dopiero po zakończeniu kontroli podatkowej.

Jednak okres pomiędzy doręczeniem zawiadomienia o zamiarze wszczęcia kontroli a doręczeniem imiennego upoważnienia do kontroli, nie stanowi jeszcze wszczęcia kontroli podatkowej. Okres między doręczeniem zawiadomienia o zamiarze wszczęcia kontroli a doręczeniem imiennego upoważnienia do kontroli, jest dany podatnikowi nie tylko na techniczne przygotowanie się do kontroli, ale również daje przedsiębiorcy możliwość ponownego przeanalizowania dokumentów oraz skorygowania ksiąg podatkowych i złożenia ewentualnych korekt deklaracji podatkowych za okres, który będzie objęty kontrolą. Korekta złożona w tym okresie wywołuje skutek prawny, a kontrolujący po wszczęciu kontroli, będą zobowiązani odnosić się do ostatniej złożonej korekty deklaracji. Podobnie jest ze złożeniem wniosku o interpretację indywidualną przepisów prawa podatkowego. Wniosek złożony po doręczeniu zawiadomienia o zamiarze wszczęcia kontroli podatkowej, nie tylko musi być rozpatrzony przez organ wydający in-

interpretację, ale wywoła również skutki prawne w postaci ochrony przedsiębiorcy przed negatywnymi skutkami zastosowania się do interpretacji.

W przypadku jednak, gdy podatnik nie złożył deklaracji za kontrolowany okres, nic nie stoi na przeszkodzie, aby deklaracja złożona nawet w trakcie trwania postępowania kontrolnego wywołała skutek prawny. Przepisy prawa podatkowego nie zabraniają składania pierwotnych deklaracji, nawet po wszczęciu postępowania kontrolnego, za okres objęty kontrolą. Kontrolujący zobowiązani będą odnosić się do deklaracji podatkowej, złożonej przez podatnika już po wszczęciu postępowania kontrolnego.

Bibliografia

- Biskupski M., [w:] *Ordynacja podatkowa. Komentarz 2014*, pod redakcją H. Dzwonkowskiego, Wyd. Beck 2014.
- Brzeziński B., Kalinowski M., Olesińska A., Masternak M., Orłowski J., *Ordynacja podatkowa – komentarz*, t. I, Wyd. TNOiK, Dom Organizatora, Toruń 2007.
- Filipczyk H., *Indywidualne interpretacje prawa podatkowego – prawo i praktyka*, Wyd. Oficyna Prawa Polskiego 2011.
- Kosikowski C., *Komentarz do ustawy o swobodzie działalności gospodarczej*, Wyd. LexisNexis Warszawa 2009.
- Mastalski R., [w:] Adamiak B., Borkowski J., Mastalski R., Zubrzycki J., *Ordynacja podatkowa. Komentarz 2012*, Unimex Wrocław 2012.
- Nizgódka-Medek M., [w:] Babiarz S., Dauter B., Gruszczyński B., Hauser R., Kabat A., Nizgódka-Medek M., *Ordynacja podatkowa. Komentarz*, Wyd. LexisNexis, Warszawa 2011.
- Pietrasz P., [w:] Brolik J., Dowgier R., Etel L., Kosikowski C., Pietrasz P., Popławski M., Presnarowicz S., Stachurski W., *Ordynacja podatkowa. Komentarz do art. 193 SIP LEX stan na 15.02.2013 r.*
- Wowra J., *Czas trwania kontroli podatkowej*, „Przegląd Podatkowy” 2006, nr 4.

Akty prawne

- Ustawa z dnia 26 lipca 1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych* (tekst jedn. Dz.U. z 2012 r., poz. 361 ze zm.).
- Ustawa z dnia 28 września 1991 r. o kontroli skarbowej* (tekst jedn. Dz.U. z 2011 r. nr 41, poz. 214 ze zm.).
- Ustawa z dnia 15 lutego 1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych* (tekst jedn. z 2011 r. nr 74 poz. 397 ze zm.).

- Ustawa z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości* (tekst. jedn. z 2013 r., poz. 330 ze zm.).
- Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 roku Ordynacja podatkowa* (tekst. jedn. Dz.U. z 2012 r. poz. 749 ze zm.).
- Ustawa z dnia 20 listopada 1998 r. o zryczałtowanym podatku dochodowym osiąganym od niektórych przychodów osiąganych przez osoby fizyczne* (Dz.U., nr 144, poz. 930 ze zm.).
- Ustawa z dnia 10 września 1999 r. Kodeks karny skarbowy* (tekst jedn. Dz.U z 2013 r., nr 186 ze zm.).
- Ustawa z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług* (tekst jedn. Dz.U z 2011 r. nr 177, poz. 1054 ze zm.).
- Ustawa z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej* (tekst jedn. Dz.U. z 2013 r., poz. 672 ze zm.).
- Rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 26 sierpnia 2003 r. w sprawie prowadzenia podatkowej księgi przychodów i rozchodów* (Dz.U., nr 152, poz. 1475 ze zm.).
- Rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 17 grudnia 2012 r. w sprawie prowadzenia ewidencji przychodów i wykazu środków trwałych oraz wartości niematerialnych i prawnych* (Dz.U., nr 219, poz. 1836 ze zm.).
- Rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 19 grudnia 2008 r. w sprawie wzoru o zamiarze wszczęcia kontroli podatkowej* (Dz.U., nr 237, poz. 1569).

Streszczenie

Prezentowany artykuł omawia zagadnienia związane z zawieszeniem ustawowych praw podatnika dotyczących: złożenia wniosku o interpretację indywidualną prawa podatkowego, złożenia korekty deklaracji podatkowej oraz korekty zapisów w księgach podatkowych w okresie trwania kontroli podatkowej, kontroli skarbowej lub postępowania podatkowego. Nie wszystkie te prawa ulegają zawieszeniu na podstawie wyraźnego przepisu prawa. Zawieszenie prawa do korekty zapisów w księgach handlowych wynika również z pragmatyzmu podatkowego. Każda bowiem korekta zapisów powodująca zmianę zobowiązania podatkowego, musi znaleźć odzwierciedlenie w deklaracji podatkowej, a korekta złożona w trakcie trwania kontroli podatkowej i tak nie wywołuje skutków prawnych.

Zawieszenie omawianych wyżej uprawnień podatnika nie dotyczy okresu między doręczeniem zawiadomienia o zamiarze wszczęcia kontroli podatkowej a faktycznym wszczęciem kontroli przez organ.

Jednak przedsiębiorca nawet w czasie trwania kontroli podatkowej ma prawo do złożenia deklaracji za okres objęty kontrolą, jeśli nie złożył jej w ustawowym terminie, pomimo ciążącego na nim obowiązku ustawowego. W takim przypadku

organ nie ma możliwości odrzucenia takiej deklaracji i będzie musiał się odnieść do tego dokumentu w trakcie trwania postępowania kontrolnego.

Summary

The present article discusses issues pertaining to the suspension of a taxpayer's statutory rights regarding: application for an individual interpretation of tax law, submission of a tax return correction, as well as making adjustments in the tax register over the tax inspection period, audit, or tax proceedings. Not each and every of these rights is subject to suspension on the basis of a specific legal provision. A suspension of the right to make tax register adjustments also stems from tax pragmatics. For each adjustment of the records that cause the tax liability to change must be reflected in the tax return form, whereas an adjustment filed during a tax inspection does not produce legal effects.

A suspension of the said taxpayer's entitlements is not applicable to the period between the receipt of the notice of the intention to initiate a tax inspection, and the actual inspection initiated by the inspecting body.

It should be noted that an entrepreneur is entitled to submitting a tax return form for the period under inspection even while the inspection is in progress, if he had not submitted it within the procedural deadline, regardless of the obligation to do so. In such a case there is no possibility for the body to reject such a tax return and the document must be addressed in the course of the inspection.

Granice współdziałania podatnika z organem podatkowym w procesie wymiaru podatku

1. Prawne ramy oraz rodzaje wymiarowych porozumień dłużnika i wierzyciela podatkowego

Określenie „współdziałanie stron stosunku podatkowoprawnego w procesie wymiaru podatku” może wywoływać zastrzeżenia. Jednym ze sposobów rozumienia tego terminu jest bowiem utożsamianie go z kształtowaniem wysokości zobowiązania podatkowego w drodze uzgodnień dokonywanych przez dłużnika i wierzyciela podatkowego. Chociaż współcześnie istnieją systemy prawne, w których tak daleko idąca współpraca stron stosunku podatkowoprawnego jest możliwa², to w stanie prawnym obowiązującym w Polsce wyklucza się ją zarówno przez wzgląd na treść Konstytucji RP³, jak i z uwagi na regulację prawną zawartą w Ordynacji podatkowej⁴. Ze wspomnianych aktów prawnych jasno wynika, iż wszelkie podatki są nakładane w drodze ustawy⁵, a jedynym sposobem powstania powinności podatkowej jest realizacja podatkowego stanu faktycznego określonego w ustawie kształtującej konstrukcję danego podatku⁶.

Ta fundamentalna zasada w istotny sposób ogranicza możliwości współdziałania i porozumiewania się stron stosunku podatkowoprawnego podczas prowa-

¹ Doktor habilitowany nauk prawnych (specjalność – prawo finansowe), profesor nadzwyczajny w Zakładzie Prawa Finansowego Uniwersytetu Jagiellońskiego, członek Europejskiego Stowarzyszenia Profesorów Prawa Podatkowego (EATLP) oraz Międzynarodowego Stowarzyszenia Podatkowego (IFA).

² Por. rozwiązanie stosowane w amerykańskim prawie podatkowym. Umożliwia ono zawieranie z organem podatkowym porozumień dotyczących zarówno zobowiązań podatkowych już istniejących, jak i powinności podatkowych, które dopiero powstaną. Więcej na ten temat, por. R. Korgól, *Ugoda pomiędzy organem podatkowym a podatnikiem w amerykańskim prawie podatkowym*, „Kwartalnik Prawa Podatkowego”, nr 2-3 z 2003 r., s. 134-135. Innym przykładem kooperacji dłużnika i wierzyciela podatkowego umożliwiającą determinację wysokości powinności podatkowej w wyniku zawieranego porozumienia jest rozwiązanie istniejące na wyspie Guernsey, gdzie przedmiotem negocjacji z władzami podatkowymi może być wysokość stawki podatkowej stosowanej przy dokonywaniu wymiaru podatku. Strony tego rodzaju porozumienia mogą przy tym uzgodnić wysokość stawki służącej opodatkowaniu dochodu w przedziale pomiędzy 0 i 30%. Por. „International Tax Law Reports”, nr 13 z 2011 r., s. 351.

³ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. nr 78, poz. 483 – ze zm.).

⁴ Ustawa z 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (t.j. Dz.U. z 2012 r., poz. 749 – ze zm.).

⁵ Art. 217 Konstytucji RP oraz art. 6 Ordynacji podatkowej.

⁶ Art. 4 i 5 Ordynacji podatkowej.

dzzonego postępowania podatkowego. Poprzedza ono władcze rozstrzygnięcie organu podatkowego o uprawnieniach lub obowiązkach strony. Jednocześnie, przepisy postępowania podatkowego wyznaczają przestrzeń dla współdziałania podmiotu uprawnionego oraz podmiotu obowiązanej z tytułu podatku w kształtowaniu wysokości zobowiązania podatkowego podczas dokonywania wymiaru podatku. Jak bowiem stwierdza R. Seer, decyzja podatkowa kończy postępowanie podatkowe. Czynności procesowe poprzedzające wydanie rozstrzygnięcia są natomiast obszarem, na którym możliwe jest zawieranie porozumień przygotowujących ten akt administracyjny⁷. Teza ta, sformułowana w oparciu o stan prawny istniejący w Niemczech jest aktualna także na gruncie polskiego prawa podatkowego. Tym samym, uzgodnienia dokonywane przez strony stosunku podatkowoprawnego podczas wymiaru podatku mają charakter porozumień poprzedzających władcze rozstrzygnięcie organów podatkowych, a przestrzenią dla współdziałania stron stosunku podatkowoprawnego jest konkretyzacja powinności podatkowej ciążącej na podmiocie obowiązanej z tytułu podatku (subsumcja indywidualnego zachowania ludzkiego pod podatkowy stan faktyczny zawarty w ustawie podatkowej oraz ściśle z nią zawiązana interpretacja przepisu prawa podatkowego określającego podatkowy stan faktyczny)⁸. Z tego powodu wymiarowe uzgodnienia dłużnika i wierzyciela podatkowego mogą przybierać postać porozumień co do stanu faktycznego oraz towarzyszących im porozumień co do prawa. Pozwalają one usunąć niejasności związane z rzeczywistą treścią podatkowego stanu faktycznego oraz faktem jego realizacji przez podatnika.

Porozumienia co do prawa mają miejsce wówczas, gdy dla rozstrzygnięcia sprawy konieczne jest uprzednie wyjaśnienie budzących wątpliwości kwestii prawnych. Dzieje się tak w przypadku, gdy z określonego przepisu lub przepisów ustawy podatkowej, w drodze wykładni można wyprowadzić różnorodne wnioski co do treści normy prawnej. Współpraca stron stosunku podatkowoprawnego (i jednocześnie – podmiotów postępowania podatkowego) umożliwia zaś wybór takiego rozumienia przepisu, jakie akceptują zarówno dłużnik, jak i wierzyciel podatkowy⁹. Z kolei, uzgodnienia dotyczące stanu faktycznego są związane z sytuacją, w której trudności wywołuje ustalenie treści zachowania podatnika i jego przyporządkowanie podatkowemu stanowi faktycznemu określone w ustawie

⁷ R. Seer, *Verständigungen in Steuerverfahren*, Köln 1996, s. 8.

⁸ M. Achatz, *Verständigungen im Steuerrecht*, [w:] H.-J. Pezzer (red.) *Vertrauensschutz im Steuerrecht*, Köln 2004, s. 170-171, por. także P.G. Flockermann, *Gesetzmäßigkeit der Besteuerung und tatsächliche Verständigung*, [w:] M.D. Kley, E. Stünner, A. Willemsen (red.) *Festschrift für Wolfgang Ritter zum 70. Geburtstag. Steuerrecht, Steuer – und Rechtspolitik, Wirtschaftsrecht und Unternehmensverfassung, Umweltrecht*, Köln 1997, s. 105.

⁹ J. Englisch, *Bindende „tatsächliche“ und „rechtliche“ Verständigungen zwischen Finanzamt und Steuerpflichtigen*, Bonn 2004, s. 44-45. Por. także P.G. Flockermann, op.cit., s. 105.

podatkowej. Dotyczy to w szczególności różnego rodzaju elementów wartościujących, wpływających na treść podstawy opodatkowania¹⁰.

2. Przejawy współdziałania stron stosunku podatkowoprawnego inspirowanego przez ustawodawcę

Analiza przepisów polskiego prawa podatkowego pozwala zauważyć, że niekiedy współpraca stron stosunku podatkowoprawnego w procesie wymiaru podatku jest inspirowana przez samego ustawodawcę. W sytuacjach określonych w szczególnym prawie podatkowym nakłada on na organy podatkowe powinność współdziałania z dłużnikiem podatkowym w wyjaśnianiu stanu faktycznego. Przykładem takiego rozwiązania mogą być ustalenia dotyczące wysokości podstawy opodatkowania charakterystyczne dla podatku od spadków i darowizn¹¹ oraz dla podatku od czynności cywilnoprawnych¹². Na nieco mniejszą skalę instytucja ta stosowana jest również w konstrukcji podatku dochodowego od osób fizycznych¹³ oraz podatku akcyzowego¹⁴.

We wszystkich tych sytuacjach zawarcie porozumienia pozwala uniknąć długotrwałego sporu i – związanych z nim – kosztów postępowania podatkowego, powstałych w przypadku, gdy – w przekonaniu organu podatkowego – zadeklarowana wartość podstawy opodatkowania nie odpowiada prawdzie. Wspólną cechą tych rozwiązań jest bowiem to, że w sytuacji gdy organ podatkowy poddaje w wątpliwość określoną przez podatnika podstawę obliczenia podatku, nie ustala jej jednostronnie, ale występuje do dłużnika podatkowego o korektę wskazanej przez niego kwoty. W ten sposób inicjowany jest dialog stron stosunku podatkowoprawnego. Dzieje się tak, ponieważ w odpowiedzi na wezwanie organu podatkowego, dłużnik podatkowy jest uprawniony do wskazania innej wartości niż pierwotnie deklarowana, może również przedstawiać dowody uzasadniające jego

¹⁰ Por. M. Achatz, op.cit., s. 171. Por. także J. Englisch, op.cit., s. 41-43 oraz P.G. Flockermann, op.cit., s. 106-107.

¹¹ Por. art. 8 ust. 4 ustawy z 28 lipca 1983 r. o podatku od spadków i darowizn (t.j. Dz.U. nr 93 z 2009 r., poz. 768 – ze zm.).

¹² Por. art. 6 ust. 3 ustawy z 9 września 2000 r. o podatku od czynności cywilnoprawnych (t.j. Dz.U. nr 101 z 2010 r., poz. 649 – ze zm.).

¹³ W podatku dochodowym od osób fizycznych możliwość zawierania porozumień związana jest z ustalaniem przychodu z odpłatnego zbycia nieruchomości lub praw majątkowych oraz innych rzeczy w rozumieniu art. 10 ust. 1 pkt 8 oraz art. 19 ust. 1 ustawy z 26 lipca 1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych (t.j. Dz.U. z 2012 r., poz. 361 – ze zm.). Por. także art. 19 ust. 4 ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych.

¹⁴ Porozumienia z organem podatkowym w zakresie podatku akcyzowego dotyczą ustalania podstawy opodatkowania w sytuacji, gdy przedmiotem opodatkowania jest wewnątrzwspólnotowe nabycie samochodu osobowego lub pierwsza sprzedaż na terytorium kraju samochodu osobowego niezarejestrowanego na terytorium kraju zgodnie z przepisami o ruchu drogowym. Por. art. 104 ust. 8 ustawy z 6 grudnia 2008 r. o podatku akcyzowym (t.j. Dz.U. z 2014 r., poz. 752).

twierdzenia, w szczególności wycenę rzeczoznawców, a także – w przypadku podatku akcyzowego oraz podatku dochodowego od osób fizycznych – wskazać przyczyny uzasadniające podanie wysokości podstawy opodatkowania w kwocie znacznie odbiegającej od wartości rynkowej. Ponadto, nie sposób wykluczyć tego, że w przypadkach, gdy organ podatkowy kwestionując zadeklarowaną wysokość podstawy opodatkowania wskaże jej wartość ustaloną według własnej, wstępnej oceny, podatnik zaakceptuje kwotę zaproponowaną przez organ podatkowy. Jeżeli tak się stanie, zawarte porozumienie poprzedza akt administracyjny (decyzję podatkową) wykluczając tym samym potrzebę prowadzenia postępowania dowodowego i jednostronnego ustalania podstawy opodatkowania przez organ podatkowy¹⁵. Natomiast w sytuacji, gdy strony nie określą zgodnie wartości podstawy opodatkowania (wierzyciel podatkowy nie zaakceptuje wyceny przedstawionej przez podatnika), dokonuje tego sam organ podatkowy kierując się tymi kryteriami wyceny wskazanymi w ustawie podatkowej, które pierwotnie prawidłowo powinien był zastosować podmiot obowiązany z tytułu podatku¹⁶.

Inną, niż przepisy konkretnych ustaw podatkowych, przestrzenią dla zawierania wymiarowych porozumień stron stosunku podatkowoprawnego poprzedzających wydanie decyzji podatkowej, są regulacje z zakresu ogólnego prawa podatkowego. W tym przypadku, impulsem do współdziałania dłużnika i wierzyciela podatkowego w procesie kształtowania wysokości zobowiązania podatkowego jest potrzeba wymiaru podatku zaistniała w sytuacji, gdy w trakcie roku podatkowego umiera podatnik podatku dochodowego od osób fizycznych.

Zgodnie z art. 104 § 1 Ordynacji podatkowej, w takiej sytuacji organ podatkowy, nie czekając na koniec roku podatkowego, podejmuje czynności zmierzające do określenia wysokości zobowiązania podatkowego. Przejawiają się one w ten sposób, że naczelnik urzędu skarbowego zawiadamia spadkobierców zmarłego o wysokości dochodu lub przychodu spadkodawcy oraz o wysokości wpłaconych zaliczek na podatek lub podatku, podając jednocześnie przypadającą do zapłacenia kwotę podatku lub kwotę nadpłaty¹⁷. Informacja ta jest zaś asumptem do zawarcia przez dłużnika i wierzyciela podatkowego porozumienia poprzedzającego władcze ustalenie wysokości zobowiązania podatkowego przez organ podatkowy. Dzieje się tak, ponieważ w odpowiedzi na pismo organu podatkowego spadkobierca, ustaliwszy że spadkodawca za życia poniósł wydatki uprawniające do ulg podatkowych, może w terminie 30 dni zawiadomić wierzyciela podatkowego o ich wysokości¹⁸.

¹⁵ Por. wyrok NSA z 11 stycznia 2012 r., sygn. akt II FSK 1332/10, LEX nr 1104100.

¹⁶ Por. wyrok WSA w Gorzowie Wielkopolskim z 16 marca 2011 r., sygn. akt I SA/Go 28/11, LEX nr 820336, por. także wyrok WSA w Gorzowie Wielkopolskim z 6 sierpnia 2009 r., sygn. akt I SA/Go 337/09, LEX nr 513033.

¹⁷ Por. art. 104 § 1 Ordynacji podatkowej.

¹⁸ Por. art. 104 § 2 Ordynacji podatkowej.

Przedmiotem tego porozumienia nie są więc tylko okoliczności faktyczne – fakt poniesienia przez spadkodawcę wydatków. Obejmuje ono natomiast również kwestie prawne, a co za tym idzie, jest porozumieniem co do prawa. Treścią ustaleń dokonywanych z udziałem spadkobiercy podatnika, obok okoliczności faktycznych, tzn. dokonania wydatku jest bowiem także stwierdzenie urzeczywistnienia przez spadkodawcę ustawowo określonego w ramach podatkowego stanu faktycznego, stanu faktycznego ulgi podatkowej. Sprowadza się ono do konstatacji, że faktycznie poniesiony wydatek uprawnia dłużnika podatkowego do ulgi. Konsekwencją tego jest ukształtowanie zobowiązania podatkowego w podatku dochodowym od osób fizycznych z uwzględnieniem elementu konstrukcji podatku, jakim jest ulga podatkowa.

Analiza regulacji prawnej dotyczącej współdziałania stron stosunku podatkowoprawnego podczas wymiaru podatku pozwala zauważyć pewną słabość istniejących rozwiązań. Jest ona związana z problemem mocy wiążącej ustaleń dokonywanych w dialogu pomiędzy dłużnikiem, a wierzycielem podatkowym. Uwidacznia się ona zwłaszcza w przypadku współdziałania podmiotu obowiązowanego z tytułu podatku z organem podatkowym w trakcie ustalania wartości podstawy opodatkowania na podstawie przepisów szczególnego prawa podatkowego. Porozumienie będące jego efektem nie ma formy umowy administracyjnej (umowy publicznoprawnej). Moc obowiązująca ustaleń poczynionych wspólnie przez dłużnika i wierzyciela podatkowego nie jest więc konsekwencją samego zawarcia porozumienia, a w całym systemie źródeł prawa podatkowego brak jest przepisu, z którego wynikałoby związanie podatnika, a także organu podatkowego raz zaakceptowaną wartością podstawy opodatkowania. Gwarancją pewności dokonanych ustaleń jest dopiero decyzja podatkowa, w której organ podatkowy pierwszej i – ewentualnie – drugiej instancji, w oparciu o porozumienie stron stosunku podatkowoprawnego dotyczące wartości podstawy opodatkowania władczo, w formie decyzji podatkowej ustala lub określa wysokość zobowiązania podatkowego. Jak się wydaje, taka konstrukcja wprowadza element niepewności w relacje pomiędzy dłużnikiem i wierzycielem podatkowym. Z tego względu właściwe wydaje się nadanie przez ustawodawcę formalnego kształtu porozumieniom dłużnika i wierzyciela podatkowego dotyczącym ustalenia wartości podstawy opodatkowania. Zapewni to ochronę interesów obydwu stron stosunku podatkowoprawnego.

3. Problem wymuszonego współdziałania dłużnika i wierzyciela podatkowego

Poza sytuacjami, w których współdziałanie podmiotu uprawnionego oraz podmiotu obowiązowanego z tytułu podatku jest konsekwencją treści ustawy podatkowej kształtującej mechanizmy porozumiewania się podmiotów postępowania podat-

kowego, można również zaobserwować przypadki bardziej lub mniej wysublimowanego skłaniania podatnika do współpracy przez organy podatkowe. W wielu sytuacjach dyskusyjne są podstawy prawne takiej wymuszonej kooperacji i z tego powodu zagadnienie to zasługuje na uwagę jako element rozważań poświęconych poszukiwaniu granic współdziałania podmiotów postępowania podatkowego.

Jak się wydaje, tezą od której należy rozpocząć omawianie tego zagadnienia, jest stwierdzenie, że w polskim prawie podatkowym nie sformułowano ogólnej zasady, zgodnie z którą strona postępowania zobowiązana jest do współdziałania z organem podatkowym w procesie wymiaru podatku, czy szerzej – w postępowaniu podatkowym. W praktyce stosowania przepisów prawa podatkowego ten brak jest „rekompensowany” przerzucaniem przez organy podatkowe na podatnika obowiązku wykazywania faktu urzeczywistnienia niektórych elementów podatkowego stanu faktycznego, a także nadużywaniem procesowej instytucji wezwań i wyjaśnień do wymuszania aktywności i współpracy podatnika w ustalaniu treści stanu faktycznego. W przeciwieństwie do inspirowanych przez ustawodawcę przejawów współdziałania stron stosunku podatkowoprawnego, w tych sytuacjach współpraca strony postępowania podatkowego oraz organu podatkowego nie przejawia się więc zawieraniem różnego rodzaju porozumień przez dłużników i wierzycieli podatkowych. Wyraża się ona natomiast wymuszoną aktywnością strony postępowania podatkowego, przyczyniającą się do ustalenia przez organ podatkowy zrealizowanego stanu faktycznego i rozstrzygnięcia sprawy.

Wymuszanie przez organy podatkowe współdziałania dłużnika podatkowego uwidacznia się podczas postępowań podatkowych, których przedmiotem jest określenie wysokości zobowiązania podatkowego z tytułu podatku dochodowego. Sprowadza się ono do obciążania podatnika powinnością udowadniania faktu urzeczywistnienia tych elementów podatkowego stanu faktycznego, które wpływają – najogólniej mówiąc – na złagodzenie obciążenia podatkowego. Działanie to nie wynika wprost z konkretnego przepisu materialnego prawa podatkowego. W sposób dorozumiany, „zgodnie z ogólnymi założeniami podatków typu dochodowego” jest ono natomiast odczytywane z przepisów regulujących poszczególne elementy podatkowego stanu faktycznego bądź z ogólnie sformułowanych wypowiedzi normatywnych odnoszących się do kwestii powstawania lub wygasania zobowiązań podatkowych¹⁹. To dłużnik, a nie wierzyciel podatkowy powinien więc przedstawić źródło dowodowe lub wskazać środki dowodowe pozwalające uzyskać informacje świadczące o tym, że dany wydatek został poniesiony w celu

¹⁹ A. Hanusz, *Strony postępowania podatkowego a ciężar dowodu*, „Przegląd Podatkowy”, nr 9 z 2004 r., s. 51.

osiągnięcia przychodu²⁰. Dzieje się zaś tak, ponieważ organ podatkowy nie ma innej możliwości ukształtowania podstawy faktycznej rozstrzygnięcia podatkowego niż poprzez dostarczenie przez stronę odpowiednich danych faktycznych²¹.

Podobnie przedstawia się kwestia wykazywania innych elementów konstrukcyjnych wpływających na redukcję obciążenia podatkowego, w szczególności ulg i zwolnień podatkowych, a także wyłączeń z podstawy opodatkowania. Jak stwierdza G. Adaszkiewicz, możliwość skorzystania z nich w wielu przypadkach – poprzez konstrukcję prawną wprowadzającego je przepisu – jest uzależniona od wykazania przez podatnika, iż określony fakt powodujący zmniejszenie obciążenia podatkowego rzeczywiście miał miejsce²². W tym ujęciu, to dłużnik podatkowy zobowiązany jest więc udowodnić fakt poniesienia wydatku, który może być odliczony od podstawy opodatkowania, a także okoliczność, że charakter danej transakcji – fakt dokonania jej po upływie określonego czasu – wyklucza powstanie obowiązku i zobowiązania podatkowego²³.

Trudno zgodzić się z tymi poglądami. Jak się wydaje, nie mają one uzasadnienia w przepisach regulujących zasady powstawania zobowiązań podatkowych oraz w regulacjach kształtujących domniemania związane ze składaniem deklaracji podatkowych. Przekonanie o powinności wykazywania przez podatnika faktu realizacji stanu faktycznego zwolnienia czy ulgi podatkowej, a także o niemożności odliczania kosztów nie wykazanych przez podatnika wydaje się również pozostawać w sprzeczności z zasadą prawdy materialnej ukształtowaną w art. 122, a skonkretyzowaną w art. 187 § 1 Ordynacji podatkowej. Z przepisów tych wynika, że w toku postępowania podatkowego organy podatkowe podejmują wszelkie niezbędne działania w celu dokładnego wyjaśnienia stanu faktycznego oraz załatwienia sprawy²⁴. Organ podatkowy jest zaś obowiązany zebrać i w sposób wyczerpujący rozpatrzyć cały materiał dowodowy.

Swoistym uzupełnieniem tej regulacji są domniemania prawne wynikające z art. 21 § 2 i 5 Ordynacji podatkowej, będące konsekwencją spełnienia przez podatnika instrumentalnego obowiązku podatkowego złożenia deklaracji podatkowej. Jak wiadomo, jeżeli w konkretnym przypadku zobowiązanie podatkowe powstaje z mocy prawa, a podatnik w deklaracji podatkowej dokonuje tzw. samoobliczenia podatku przyjmuje się, że kwota wykazana w tym dokumencie jest

²⁰ A. Hanusz, op.cit., s. 51. Por. także wyrok WSA w Łodzi z 20 stycznia 2012 r., sygn. akt I SA/Łd 1393/11, Lex nr 1108964, por. także wyrok WSA w Warszawie z 23 czerwca 2009 r., sygn. akt III SA/Wa 460/09, Lex nr 511329 oraz wyrok NSA z 14 października 1999 r., sygn. akt III SA 7548/98, Lex nr 40059.

²¹ A. Hanusz, op.cit., s. 52.

²² G. Adaszkiewicz, *Środki dowodowe w polskim postępowaniu podatkowym*, Toruń 1997, s. 111.

²³ Por. G. Adaszkiewicz, op.cit., s. 111-112. Por. również wyrok NSA z 24 lipca 2007 r., sygn. akt II FSK 978/06, Lex nr 491204.

²⁴ Art. 122 Ordynacji podatkowej.

podatkiem do zapłaty²⁵. Z kolei, w sytuacji, gdy skonkretyzowana powinność podatkowa jest rezultatem doręczenia konstytutywnej decyzji podatkowej, a na dłużniku podatkowym ciąży obowiązek złożenia „informacyjnej” deklaracji podatkowej, organ podatkowy zakłada prawdziwość danych zawartych w tym dokumencie i ustala w oparciu o nie wysokość zobowiązania podatkowego²⁶. Oznacza to, że poddając w wątpliwość, zarówno tzw. samoobliczenie podatku, jak i rzetelność informacji zawartych w deklaracji to wierzyciel podatkowy zobowiązany jest wykazać się aktywnością obalając wspomniane domniemania prawne.

Organ podatkowy, działając w interesie finansów publicznych jest więc zobowiązany do wykazywania, iż rozliczenie podatkowe dokonane przez podatnika jest nierzetelne, albo że informacje zawarte w deklaracji, podatkowej są niezgodne z prawdą. Dłużnik podatkowy, przyjmując aktywną postawę może zaś, ale nie musi, korzystając z przysługującego mu prawa do czynnego udziału w postępowaniu podatkowym²⁷, formułować wnioski dowodowe²⁸, brać udział w przesłuchaniu świadka lub biegłego zadając tym podmiotom pytania, czy uczestniczyć w przeprowadzaniu dowodu z oględzin²⁹. Niewątpliwie, w ten sposób przejawia się dobrowolne współdziałanie stron stosunku podatkowoprawnego w procesie wymiaru podatku³⁰. Brak jest natomiast prawnych podstaw do tego, aby przyjmować, iż podatnik powinien wspierać organ podatkowy w ustaleniu prawdy materialnej, gdyż brak pomocy spowoduje odstąpienie od ustalania kosztów uzyskania przychodu albo będzie skutkował nieuwzględnieniem zwolnienia albo ulgi podatkowej w treści decyzji podatkowej.

²⁵ Por. art. 21 § 2 Ordynacji podatkowej.

²⁶ Por. art. 21 § 5 Ordynacji podatkowej.

²⁷ Art. 123 § 1 Ordynacji podatkowej.

²⁸ Art. 188 Ordynacji podatkowej.

²⁹ Art. 190 Ordynacji podatkowej.

³⁰ Niekiedy – na mocy odrębnych przepisów – ustawodawca oczekuje od podatnika większej aktywności. Przykładowo, okoliczności egzoneracyjne określone w art. 116 § 1 Ordynacji podatkowej powinny być wykazane przez członka zarządu spółki kapitałowej dążącego do uwolnienia się od odpowiedzialności za zaległości podatkowe spółki. W ten sposób nie powstaje jednak wyjątek od zasady inkwizycyjności postępowania podatkowego – sytuacja, w której postępowanie staje się kontradiktoryjne. Na podmiocie obowiązującym z tytułu podatku ciąży bowiem powinność wykazania jedynie ściśle określonych okoliczności. Nie zmienia to ustawowej zasady prawdy obiektywnej materialnej i – będącego jej konsekwencją – obowiązku ustalenia przez organ podatkowy stanu faktycznego zaistniałego w sprawie. Jeżeli więc organ podatkowy, bez udziału podmiotu obowiązującego z tytułu podatku sam dostrzeże okoliczność, która powinna być udowodniona przez dłużnika podatkowego, nie może jej pominąć w swoim rozstrzygnięciu. To samo dotyczy przypadku, gdy fakt podlegający udowodnieniu przez stronę postępowania został wykazany przez inny podmiot. Skoro bowiem postępowanie podatkowe jest inkwizycyjne, a nie kontradiktoryjne, organ podatkowy nie może być „głuchy” na te dowody, które – wbrew wymogowi wynikającemu z przepisu szczególnego – nie zostały wskazane przez stronę. Por. A. Mariański, *Reguły ciężaru dowodu w postępowaniu podatkowym*, „Przegląd Podatkowy”, nr 2 z 2005 r., s. 47-48.

Organ podatkowy dążąc do ustalenia prawdy materialnej i wydając decyzję podatkową obowiązany jest brać pod uwagę wszystkie elementy podatkowego stanu faktycznego determinujące treść zobowiązania podatkowego. W przeciwnym bowiem wypadku dochodziłoby do wypaczenia woli ustawodawcy wyrażonej w konkretnej ustawie podatkowej – jeżeli jako przedmiot opodatkowania wskazano w niej dochód, to organ podatkowy nie może ograniczać się do opodatkowania przychodu, pomijając koszty uzyskania i argumentując, że nie udało się ich ustalić, bo podatnik odmówił współpracy. Podobnie, jeżeli zgodnie z ustawą podatkową, wprost z mocy przepisów wynika zwolnienie lub ulga podatkowa, organ podatkowy nie może odstąpić od jej zastosowania stwierdzając, że podatnik nie zadeklarował woli skorzystania z tego elementu konstrukcji podatku kształtującego wysokość zobowiązania podatkowego albo nie udowodnił swojego prawa do zwolnienia czy ulgi podatkowej. Treść powinności podatkowej nie jest bowiem efektem woli podatnika, ale konsekwencją urzeczywistnienia przez niego podatkowego stanu faktycznego, którego elementem jest stan faktyczny zwolnienia lub ulgi podatkowej. Wszystkie czynniki determinujące kształt zobowiązania podatkowego (elementy podatkowego stanu faktycznego) w imię procesowej zasady prawdy materialnej obowiązany jest ustalić organ podatkowy, który dokonując tego może korzystać tylko z takich instrumentów prawnych, jakie zostały przewidziane w przepisach prawa podatkowego.

Nie ma wątpliwości co do tego, że pomimo braku ogólnego obowiązku współpracy stron stosunku podatkowoprawnego w procesie wymiaru podatku podatnik obowiązany jest do składania wyjaśnień³¹, a także do wykonywania różnego rodzaju instrumentalnych powinności podatkowych służących prawidłowemu ustaleniu wysokości zobowiązania podatkowego. Jest on w szczególności zobowiązany do prowadzenia ksiąg podatkowych, a także do wystawiania faktur i rachunków oraz do przechowywania kopii wydanych przez siebie faktur i rachunków. Dokumenty te powinny być przechowywane do czasu upływu terminu przedawnienia zobowiązania podatkowego³², a na żądanie organu podatkowego sformułowane czy to podczas kontroli podatkowej, czy w trakcie postępowania podatkowego należy je udostępniać prowadzącemu kontrolę lub postępowanie³³. Stanowią one bowiem dowód w postępowaniu podatkowym. Wzywanie przez organ podatkowy do dokonania określonej czynności niejednokrotnie nie ogranicza się jednak do żądania przedstawienia ksiąg, faktur, not księgowych czy rachunków. Podmioty te oczekują bowiem dokonania określonej czynności poza siedzibą organu oraz dostarczenia wierzycielowi podatkowemu „efektu” tego zachowania. Zdarza się również, że w oparciu o przepisy o wezwaniach w trakcie

³¹ Art. 155 § 1 Ordynacji podatkowej.

³² Art. 86 § 1 i art. 88 Ordynacji podatkowej.

³³ Por. art. 155 oraz art. 286 Ordynacji podatkowej.

postępowania podatkowego żąda się od podatnika (strony) dostarczenia dowodu, a także okazania przedmiotu celem dokonania oględzin.

Trudno podzielić przekonanie, zgodnie z którym uprawnienie do żądania od wezwanej osoby dokonania określonej czynności rozciąga się na wszelkie działania – również te podejmowane poza siedzibą organu podatkowego. Jego wyrazem jest domaganie się od wzywanego dokonania konkretnej czynności poza miejscem funkcjonowania organu podatkowego, w szczególności przed organem administracyjnym, a następnie dostarczenia organowi podatkowemu „efektu” podjętych działań w postaci uzyskanego dokumentu. Konsekwencją takiego zachowania niewątpliwie jest usprawnienie i taniość czynności podejmowanych przez organ podatkowy. Wszak to nie administracja podatkowa, tylko osoba wezwana wykonuje wskazane jej działania należące do kompetencji organu, pokrywając przy tym ich koszty.

Jak się jednak wydaje, zaprezentowany sposób rozumowania nie znajduje potwierdzenia w treści art. 155 § 2 oraz z art. 156 Ordynacji podatkowej. W przepisach tych ustawodawca wskazał miejsce realizacji obowiązku złożenia wyjaśnienia, zeznania lub wykonania czynności, nałożonego na stronę na podstawie art. 155 § 1 Ordynacji podatkowej. Odbywa się to co do zasady w siedzibie organu podatkowego, jeśli jednak wezwany nie może się tam stawić z powodu choroby, kalectwa lub innej ważnej przyczyny, organ podatkowy może przyjąć wyjaśnienie, zeznanie lub dokonać czynności w miejscu pobytu tej osoby³⁴. Jeżeli natomiast osoba wezwana zamieszkiwałaby albo przebywała w innym województwie niż to, w którym ma siedzibę organ podatkowy, co do zasady nie można oczekiwać od niej osobistego stawiennictwa. W takiej sytuacji należy korzystać z pomocy prawnej organu podatkowego właściwego ze względu na miejsce zamieszkania lub pobytu wzywanego podmiotu³⁵.

W świetle tych przepisów nie budzi wątpliwości to, że nie tylko wyjaśnienie, ale i inna, określona czynność mogą być realizowane wyłącznie przed organem podatkowym. Brak jest natomiast podstaw prawnych do tego, aby na podstawie art. 155 § 1 Ordynacji podatkowej domagać się od kogokolwiek dokonania wskazanych mu działań poza siedzibą organu podatkowego i dostarczenia „efektu” tej czynności administracji podatkowej.

Mocno ograniczona wydaje się być ponadto możliwość współpracy dłużnika i wierzyciela podatkowego wyrażająca się przedstawianiem przez stronę postępowania dowodów żądanych przez organ podatkowy. Co prawda, zgodnie z wielokrotnie już powoływanym art. 155 Ordynacji podatkowej, każdy może być wezwany do dokonania określonej czynności. Organ podatkowy jest zaś władny wyznaczyć stronie termin do przedstawienia dowodu będącego w jej posiadaniu

³⁴ Por. art. 155 § 2 Ordynacji podatkowej.

³⁵ Art. 156 § 1 i 2 oraz art. 157 § 1 Ordynacji podatkowej.

w terminie nie krótszym niż 3 dni³⁶. Wbrew pozorom nie oznacza to jednak niczym nieograniczonego obowiązku dostarczania środków dowodowych, z których mogą wynikać wnioski co do treści rozstrzygnięcia niekorzystne dla strony postępowania.

Stosując instytucję wezwań w odniesieniu do strony postępowania podatkowego i domagając się od niej określonego zachowania, tzn. dostarczenia dowodu nie można tracić z pola widzenia art. 199 Ordynacji podatkowej. Zgodnie z tym, wcześniej już analizowanym przepisem, przesłanką skorzystania ze środka dowodowego w postaci przesłuchania strony jest wyrażenie przez nią na to zgody. Jak wiadomo, w ten sposób ustawodawca chroni dłużnika podatkowego przed koniecznością dokonywania czynności procesowych, które mogą jej szkodzić. Mając to na względzie i dokonując wykładni systemowej art. 155 oraz 199 Ordynacji podatkowej, nie można oczekiwać, że strona postępowania w imię wspierania organu podatkowego w realizacji zasady prawdy obiektywnej materialnej będzie przyczyniała się do obalenia korzystnych dla niej domniemań wynikających z art. 21 § 2 i 5 Ordynacji podatkowej. Do tego prowadziłaby bowiem wymuszona współpraca z organem podatkowym wyrażająca się przedstawianiem każdego, żadanego przez niego dowodu.

Gdyby organ podatkowy rzeczywiście władny był domagać się od strony postępowania przedstawienia wszelkich wskazanych przez siebie dowodów w terminie wyznaczonym jej na podstawie art. 189 Ordynacji podatkowej, art. 199 tej samej ustawy nie miałby sensu. Ograniczenie dowodowe sprowadzające się do niemożności przesłuchiwania strony bez jej zgody bez większego trudu można by bowiem obejść domagając się od dłużnika podatkowego nie dowodu z jego przesłuchania, ale innego środka dowodowego – dokumentu. W tej sytuacji charakterystyczna dla państwa demokratycznego ochrona strony postępowania podatkowego przed „samooskarżeniem” stawałaby się fikcją.

Dlatego właśnie, z całą mocą należy podkreślić, iż wierzyciel podatkowy władny jest domagać się od dłużnika podatkowego wyłącznie takich przejawów aktywności, do jakich zobowiązuje go ustawodawca z mocy konkretnych przepisów prawa podatkowego. Należy do nich składanie wyjaśnień, a także przedstawianie tych dokumentów, do przechowywania których do upływu terminu przedawnienia zobowiązania podatkowego obowiązany jest podatnik. Wszelkie inne żądania są bezpodstawne.

Wylomu w przedstawionym rozumowaniu nie czyni art. 189 Ordynacji podatkowej, w oparciu o który dopuszczalne jest wyznaczenie stronie terminu do przedstawienia dowodu będącego w jej posiadaniu. Należy zgodzić się z tezą, że przepis ten nie może być samodzielną podstawą nakładania na stronę postępo-

³⁶ Art. 189 Ordynacji podatkowej.

wania jakiegokolwiek powinności³⁷. Wbrew pozorom, wspomniana regulacja nie stanowi jednak swobodnego uzupełnienia art. 155 Ordynacji podatkowej i wcale nie należy jej interpretować łącznie z tym przepisem³⁸. W konsekwencji, nie stanowi ona instrumentu wymuszania na dłużniku podatkowym dostarczania „niewygodnego” dla niego dowodu. Trudno się także zgodzić z tezą, że art. 189 Ordynacji podatkowej ma przeciwdziałać ukrywaniu dowodów przed organami podatkowymi, tak by przedstawić je dopiero sądowi administracyjnemu³⁹. Sąd administracyjny, co do zasady nie prowadzi bowiem postępowania dowodowego.

Sens istnienia regulacji zawartej w tym przepisie należy natomiast postrzegać przez wzgląd na treść art. 122 oraz 187 § 1 Ordynacji podatkowej i ukształtowaną w nich procesową zasadę prawdy materialnej. Skoro organ podatkowy obowiązany jest podejmować wszelkie niezbędne działania w celu dokładnego wyjaśnienia stanu faktycznego oraz załatwienia sprawy w postępowaniu podatkowym, dążąc do tego ma on prawo żądać od strony postępowania okazania w wyznaczonym jej terminie wszelkich tych dokumentów, do przechowywania których, do upływu terminu przedawnienia zobowiązania podatkowego, jest ona zobowiązana jako dłużnik podatkowy. Ponadto, jeżeli strona postępowania sygnalizuje istnienie jakiegoś dowodu w postaci dokumentu potwierdzającego jej rację, ale go nie przedstawia korzystając z uprawnienia wynikającego z art. 188 Ordynacji podatkowej, prowadzący postępowanie podatkowe może się tego domagać. W przeciwnym bowiem wypadku naraziłaby się ona na zarzut braku zebrań i wyczerpującego rozpatrzenia całego materiału dowodowego⁴⁰.

Wątpliwości co do zakresu współdziałania strony z organem podatkowym podczas wymiaru podatku dotyczą także dopuszczalności domagania się od podatnika przedstawienia przedmiotu celem dokonania oględzin w trakcie postępowania podatkowego. Jak wynika z art. 198 § 2 Ordynacji podatkowej, sformułowana w tym przepisie powinność udostępnienia przedmiotu w związku z koniecznością przeprowadzenia dowodu z oględzin dotyczy wyłącznie osób trzecich. Obowiązek analogicznego zachowania realizowanego przez podatnika wywodzony jest natomiast z art. 155 Ordynacji podatkowej⁴¹. O ile jednak, w art. 198 § 2 Ordynacji podatkowej ustawodawca wyraźnie wskazuje na osobę trzecią

³⁷ P. Pietrasz, [w:] R. Dowgier, L. Etel, C. Kosikowski, P. Pietrasz, M. Popławski, S. Presnarowicz, *Ordynacja podatkowa. Komentarz*, Lex, komentarz do art. 189.

³⁸ Taką tezę stawia NSA w wyroku z 21 października 2011 r., sygn. akt II FSK 775/10. Pogląd, że art. 189 Ordynacji podatkowej łącznie stosowany z art. 155-160 tej samej ustawy stanowi podstawę dla wyznaczania stronie terminu do przedstawienia dowodu, prezentuje również P. Pietrasz w publikacji wskazanej w poprzednim przypisie.

³⁹ Por. H. Dzwonkowski, [w:] H. Dzwonkowski (red.) *Ordynacja podatkowa. Komentarz*, Warszawa 2006, s. 789.

⁴⁰ Por. art. 187 § 1 Ordynacji podatkowej.

⁴¹ P. Pietrasz, op.cit., komentarz do art. 198.

jako podmiot obowiązany do przedstawienia przedmiotu w celu przeprowadzenia jego oględzin, o tyle takiego jasnego określenia brak jest w art. 155 tej samej ustawy. Jak wiadomo, z tej ogólnej regulacji prawnej dotyczącej wezwań wynika jedynie powinność dokonania określonej czynności przez stronę lub inne osoby.

W tej sytuacji, konieczność udostępnienia rzeczy do oględzin można oczywiście uznawać za przejaw dokonania określonej czynności w rozumieniu art. 155 Ordynacji podatkowej. Nietrudno jednak zauważyć, iż przy takiej interpretacji wprowadzenie do Ordynacji podatkowej dyspozycji zawartej w jej art. 198 § 2 nie miałoby sensu. Dzieje się tak, ponieważ – jak wiadomo – regulacja dotycząca wezwań, zawarta w art. 155 Ordynacji podatkowej dotyczy zarówno strony, jak i innych podmiotów. Skoro więc inny podmiot (osoba trzecia) mógłby być tak jak podatnik (strona) zobowiązany do oddania posiadanej przez siebie rzeczy celem dokonania jej oględzin, to jaki byłby sens operowania dodatkową, szczególną regulacją dotyczącą tej powinności osoby trzeciej, wynikającą z art. 198 § 2 Ordynacji podatkowej?

Niemożliwość traktowania art. 155 Ordynacji podatkowej i zawartego w nim upoważnienia do wzywania do dokonania innej czynności jako podstawy dla żądania udostępnienia przez podatnika rzeczy dla dokonania jej oględzin można również uzasadnić w inny sposób – posiłkując się przepisem regulującym kary porządkowe. Zgodnie z art. 262 § 1 pkt 2 Ordynacji podatkowej tego rodzaju sankcja może być nałożona zarówno za bezzasadną odmowę okazania przedmiotu oględzin, jak i za bezpodstawną odmowę udziału w innej czynności. W oczywisty sposób oznacza to, że „okazanie przedmiotu oględzin” jest odrębną kategorią pojęciową w stosunku do „udziału w innej czynności”, a co za tym idzie, w kontekście art. 155 Ordynacji podatkowej pojęcia te nie mogą być ze sobą utożsamiane. Zachowanie polegające na udostępnieniu przez podatnika (stronę) określonego przedmiotu celem poddania go oględzinom nie może być więc uznawane za przejaw dokonania określonej czynności w rozumieniu art. 155 Ordynacji podatkowej. W tej sytuacji prawnej dotyczącej postępowania podatkowego, także współdziałanie podatnika z organem podatkowym wyrażające się okazywaniem posiadanej rzeczy do oględzin wydaje się pozostawać w sferze uprawnień, a nie obowiązków dłużnika podatkowego⁴².

⁴² Należy zauważyć, że przedstawionych zastrzeżeń nie sposób formułować w odniesieniu do oględzin przeprowadzanych podczas kontroli podatkowej. Uprawnienia kontrolującego istniejące w tym zakresie jasno wynikają bowiem z art. 286 § 1 pkt 2 i 3 Ordynacji podatkowej.

Wnioski

Poszukiwanie granic kooperacji podatnika z organem podatkowym w procesie wymiaru podatku pozwala zauważyć, iż porozumiewanie się i współpraca stron stosunku podatkowoprawnego jest zachowaniem, które nie może być klasyfikowane jako obce prawu podatkowemu. Godne podkreślenia jest natomiast to, że obok przejawów współdziałania mających swoje podstawy prawne istnieje także przestrzeń dla dobrowolnych form współpracy dłużnika i wierzyciela podatkowego.

Zasadniczym ograniczeniem możliwości porozumiewania się stron stosunku podatkowoprawnego jest prawny wymóg kształtowania treści powinności podatkowej wyłącznie w oparciu o realizację podatkowego stanu faktycznego. W stanie prawnym obowiązującym w Polsce porozumienia nie mogą zatem zastępować władczych rozstrzygnięć organów podatkowych. Okoliczność ta nie wyklucza jednak zawierania porozumień poprzedzających jednostronne formy działania administracji podatkowej. Przykłady dokonywania takich kooperatywnych ustaleń inspirowanych przez samego ustawodawcę zostały przedstawione w niniejszym artykule. Wskazano także na pewne mankamenty regulacji prawnej obowiązującej w tym zakresie.

Odrębną przestrzenią dla współpracy dłużnika i wierzyciela podatkowego są czynności podejmowane przez organy podatkowe, którym nie towarzyszy zawarcie porozumienia oddziałującego na treść powinności podatkowej, podejmowane w celu ustalenia treści zaistniałego stanu faktycznego. Poza sytuacjami, gdy ustawodawca wyraźnie wskazuje na powinność współdziałania strony postępowania z organem podatkowym możliwa jest również dobrowolna współpraca podejmowana przez dłużnika podatkowego. Ta dobrowolność w praktyce stosowania Ordynacji podatkowej często przeobraża się niestety w prawnie nieuzasadnione oczekiwanie organów podatkowych na aktywną postawę strony postępowania podatkowego. Nie może ono budzić entuzjazmu w sytuacji, gdy w konsekwencji wymuszonego i nie mającego podstaw prawnych współdziałania podatnik przyczynia się do wydania niekorzystnego dla siebie rozstrzygnięcia.

Bibliografia

- Achatz M., *Verständigungen im Steuerrecht*, [w:] H.-J. Pezzer (red.), *Vertrauensschutz im Steuerrecht*, Köln 2004.
- Adaszkiewicz G., *Środki dowodowe w polskim postępowaniu podatkowym*, Toruń 1997.
- Dzwonkowski H., [w:] H. Dzwonkowski (red.) *Ordynacja podatkowa. Komentarz*, Warszawa 2006.

- Englisch J., *Bindende „tatsächliche” und „rechtliche” Verständigungen zwischen Finanzamt und Steuerpflichtigen*, Bonn 2004.
- Flockermann P.G., *Gesetzmäßigkeit der Besteuerung und tatsächliche Verständigung*, [w:] M.D. Kley, E. Sünner, A. Willemsen (red.) *Festschrift für Wolfgang Ritter zum 70. Geburtstag. Steuerrecht, Steuer – und Rechtspolitik, Wirtschaftsrecht und Unternehmensverfassung, Umweltrecht*, Köln 1997.
- Hanusz A., *Strony postępowania podatkowego a ciężar dowodu*, „Przegląd Podatkowy”, nr 9 z 2004 r.
- „International Tax Law Reports”, nr 13 z 2011 r.,
- Korgól R., *Uгода pomiędzy organem podatkowym a podatnikiem w amerykańskim prawie podatkowym*, „Kwartalnik Prawa Podatkowego”, nr 2-3 z 2003 r.
- Mariański A., *Reguły ciężaru dowodu w postępowaniu podatkowym*, „Przegląd Podatkowy”, nr 2 z 2005 r.
- Pietrasz P. [w:] R. Dowgier, L. Etel, C. Kosikowski, P. Pietrasz, M. Popławski, S. Presnarowicz, *Ordynacja podatkowa. Komentarz*, Lex, komentarz do art. 189.
- Seer R., *Verständigungen in Steuerverfahren*, Köln 1996.

Streszczenie

W stanie prawnym obowiązującym w Polsce nie jest możliwe kształtowanie wysokości zobowiązania podatkowego w drodze uzgodnień dokonywanych przez dłużnika i wierzyciela podatkowego. Zgodnie bowiem z art. 217 Konstytucji RP oraz art. 4 i 5 Ordynacji podatkowej wszelkie podatki są nakładane w drodze ustawy, a jedynym sposobem powstania powinności podatkowej jest realizacja podatkowego stanu faktycznego określonego w ustawie kształtującej konstrukcję danego podatku. W ten sposób ustawodawca w istotny sposób ogranicza możliwości współdziałania i porozumiewania się stron stosunku podatkowoprawnego podczas prowadzonego postępowania podatkowego. Nie oznacza to jednak, że współpraca dłużnika i wierzyciela podatkowego jest całkowicie wykluczona. Jak można zauważyć analizując regulacje poszczególnych ustaw podatkowych, a także przepisy Ordynacji podatkowej, istnieją sytuacje, w których sam ustawodawca motywuje dłużnika oraz wierzyciela podatkowego do dialogu i współdziałania. Kooperacja ta poprzedza – ale nie zastępuje – władcze rozstrzygnięcie organu podatkowego w sprawie podatkowej. Uzgodnienia poczynione podczas postępowania podatkowego przyspieszają zaś i ułatwiają rozstrzygnięcie sprawy podatkowej.

Oddzielnym problemem jest trudne do zaaprobowania, tzw. wymuszone współdziałanie dłużnika i wierzyciela podatkowego. Są to przypadki, gdy pomimo braku podstawy prawnej organy podatkowe oczekują od dłużnika podatkowego udowodnienia faktu realizacji tych elementów konstrukcji podatku, z którymi

wiążą się „korzyści podatkowe” dla podmiotu zobowiązanego (ulga podatkowa, zwolnienie podatkowe, odliczenie kosztu uzyskania przychodu, czy kwoty naliczonego podatku od towarów i usług). Uzależnienie stosowania tych elementów konstrukcji podatku przy kształtowaniu zobowiązania podatkowego od udowodnienia przez podatnika ich urzeczywistnienia nie tylko nie znajduje uzasadnienia w procesowej zasadzie prawdy materialnej, ale i może prowadzić do wypaczenia woli ustawodawcy wyrażonej w konkretnej ustawie podatkowej – jeżeli jako przedmiot opodatkowania wskazano w niej dochód, to organ podatkowy nie może ograniczać się do opodatkowania przychodu, pomijając koszty uzyskania i argumentując, że nie udało się ich ustalić, bo podatnik odmówił współpracy. Podobnie, jeżeli zgodnie z ustawą podatkową, wprost z mocy przepisów wynika zwolnienie lub ulga podatkowa, organ podatkowy nie może odstąpić od jej zastosowania stwierdzając, że podatnik nie zadeklarował woli skorzystania z tego elementu konstrukcji podatku kształtującego wysokość zobowiązania podatkowego albo nie udowodnił swojego prawa do zwolnienia czy ulgi podatkowej. Treść powinności podatkowej nie jest bowiem efektem woli podatnika, ale konsekwencją urzeczywistnienia przez niego podatkowego stanu faktycznego, którego elementem jest stan faktyczny zwolnienia lub ulgi podatkowej.

Trudno wreszcie zaaprobować wykorzystywanie art. 155 Ordynacji podatkowej jako podstawy prawnej dla wzywania podatnika do dokonywania różnorodnych czynności poza siedzibą organu podatkowego. Nie ma także podstaw prawnych do tego, aby domagać się od podatnika dostarczania dowodu, a w razie odmowy, nakładać na niego karę porządkową za brak współdziałania. Takie zachowanie organu podatkowego klasyfikować należy jako niedopuszczalne w państwie demokratycznym nadużycie prawa przez administrację podatkową.

Summary

The only method of creation of tax liability is fulfilment of the chargeable event set up in the tax act by the tax payer. This is a necessary legal condition for the tax liability to come into being. Therefore the tax liabilities could not be determined by agreements between the tax revenue offices and tax payers. However it is necessary to collaborate by the taxpayer with the tax authorities during the tax assessment. In the Polish tax law the borders of this are difficult to determine.

This is the reason that in the Polish act on rules for taxation (tax ordinance) a general obligation of the tax payer to collaborate with the tax revenue offices has not been formed. Therefore the author of this article looks for situations (justified in the tax ordinance and in the particular tax acts) when such cooperation is the duty of tax payer. He also points such cases when expectations and demands for tax payers collaboration do not have their legal justification.

Karnoskarbowe aspekty kontroli podatkowej

Wstęp

Na podmiotach prowadzących działalność gospodarczą, oprócz przysługujących im uprawnień, ciążą określone we właściwych ustawach obowiązki. Szeroko pojęta sfera prawa podatkowego nie wybiega poza ten wzorzec. Przedsiębiorca-podatnik może korzystać z szeregu przyznanych mu uprawnień w tym zakresie. Jednak zobowiązany jest także wypełniać obowiązki związane z wykonywaniem zobowiązań podatkowych i zapłatą podatków. Stopień i prawidłowość realizacji tych obowiązków jest weryfikowany przez organy podatkowe lub organy kontroli skarbowej w trakcie czynności podejmowanych w ramach czynności sprawdzających, kontroli podatkowej lub – w szerszym zakresie – kontroli skarbowej. W przypadkach utrudniania lub udaremniania wskazanych powyżej kontroli, możliwe jest zastosowanie odpowiedniej reakcji karnej wynikającej z prawa karnego skarbowego. W niniejszym opracowaniu zostaną właśnie omówione karnoskarbowe aspekty postępowań kontrolnych.

1. Przedmiot regulacji

Czyn zabroniony polegający na utrudnianiu lub udaremnianiu kontroli został określony w art. 83 Kodeksu karnego skarbowego (zwanego dalej k.k.s.)², mówiącym, że *кто osobie uprawnionej do przeprowadzenia czynności sprawdzających, kontroli podatkowej, kontroli skarbowej lub czynności kontrolnych в zakresie специального надзора податкового удармняет или утрудняет выполнение чынностей службовой, в щечегólnости кто вbrew жądанию той особы не оказује ксіеги lub innego документа dotyczącego prowadzonej działalności господарчєй lub ксіегє lub inny документ нисчє, ушкадза, чыни безуżyтєчными, укрыва lub usuwa, подлєга карєе грзыwnы до 720 stawek dziennых (§ 1). W wypadku mniejszej wagi, sprawca czynu zabronionego określonego w § 1 подлєга карєе грзыwnы за wykroczenie skarbowє (§ 2). Podstawowym celem tego przepisu jest ochrona dobra prawnego jakim jest prawidłowe funkcjonowanie kontroli wypełniania obowiązków podatkowych. Zachowanie, o którym mowa powyżej, może przybrać formę udaremnienia lub utrudniania kontroli i odnosi się do każdej konkretnej czynności służbowej osoby (podmiotu) uprawnionej do dokonywa-*

¹ Uniwersytet Jagielloński, Wydział Prawa i Administracji.

² Ustawa z dnia 10 września 1999 r. – Kodeks karny skarbowy, Dz.U. RP 2013, poz. 186 z późn. zm.

nia czynności kontrolnych. Oprócz kontroli podatkowej owa czynność służbowa może być związana z przeprowadzeniem czynności sprawdzających, kontroli skarbowej lub czynności kontrolnych w zakresie szczególnego nadzoru podatkowego. Przywołane powyżej w opisie czynu zabronionego naruszenia mają jedynie przykładowy charakter, a więc czyn ten można popełnić także w inny nie wymieniony w nim sposób³.

2. Charakter norm prawa karnego skarbowego

Jak już wspomniano powyżej, katalog obowiązków kontrolowanych znajduje się w konkretnej ustawie. Chociaż prawa i obowiązki kontrolowanego wynikają z wielu przepisów, to podstawowe znaczenie w tym zakresie będą miały Ordynacja podatkowa (zwana dalej o.p.)⁴ oraz ustawa o kontroli skarbowej (zwana dalej u.k.s.)⁵.

Wskazanie ww. aktów prawnych i konkretnych przepisów statuujących wspomniane obowiązki, ma istotne znaczenie dla przypisania odpowiedzialności karnej skarbowej za ich naruszenie. Specyfika prawa karnego skarbowego, a zwłaszcza przestępstw skarbowych i wykroczeń skarbowych, związanych z naruszeniem obowiązków finansowo-prawnych (podatkowych, celnych, dewizowych) polega bowiem na tym, że w celu odkodowania naruszonej normy prawnej należy zastosować ustawę karną (k.k.s.) łącznie z ustawą prawa finansowego konkretnie opisującą naruszony obowiązek⁶. Powiązanie to uwidacznia się choćby przez przyjęcie terminologii z Ordynacji podatkowej lub ustawy o kontroli skarbowej. Normy te (k.k.s.) mają bowiem charakter blankietowy, co oznacza, że odsyłają do innych norm prawnych, konkretyzujących znamiona czynu zabronionego⁷. Aby pociągnąć do odpowiedzialności za zachowania polegające na utrudnianiu lub udaremnieniu kontroli, należy w pierwszej kolejności wskazać normę prawa podatkowego, która została naruszona takim zachowaniem. Artykuł 53 k.k.s., będący słownikiem pojęć ustawowych, w zakresie rozumienia terminów kontrola podatkowa czy kontrola skarbową, odsyła w § 30 i 31 odpowiednio do Ordynacji podatkowej lub ustawy o kontroli skarbowej.

³ T. Grzegorzczuk, *Komentarz do kodeksu karnego skarbowego*, Wolters Kluwer, Warszawa 2009, s. 388.

⁴ Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa, Dz.U. RP 2012, poz. 749 z późn. zm.

⁵ Ustawa z dnia 28 września 1991 r. o kontroli skarbowej, Dz.U. RP 2011, nr 41, poz. 214 z późn. zm.

⁶ T. Grzegorzczuk, *Komentarz...*, s. 29.

⁷ Por. wyrok SN z dnia 30 września 2002 r., III KK 264/02; wyrok WSA w Krakowie z dnia 16 lutego 2007 r., I SA/Kr 1543/06, System Informacji Prawnej Lex 31/2014.

3. Obowiązki kontrolowanego

Zgodnie z art. 281 § 2 o.p. celem kontroli podatkowej jest sprawdzenie kontrolowanych podmiotów pod kątem wywiązywania się z obowiązków wynikających z przepisów prawa podatkowego. Przeprowadzają ją organy podatkowe. Czynności sprawdzające, które w zasadzie można także uznać za kontrolę podatkową lub jej wstępną fazę, prowadzą do sprawdzenia m.in. terminowości składania i poprawności deklaracji i wpłacania zadeklarowanych podatków⁸. Natomiast kontrola skarbową (jej zakres przedmiotowy jest znacznie szerszy), która jest podejmowana przez organy kontroli skarbowej, służy ochronie interesów i praw majątkowych Skarbu Państwa oraz ma zapewnić skuteczność wykazywania zobowiązań podatkowych i innych należności (dochody budżetu państwa)⁹. Dla dopełnienia warto jeszcze wspomnieć o czynnościach kontrolnych w zakresie szczególnego nadzoru podatkowego, które należy rozumieć jako czynności określone w ustawie o Służbie Celnej. Do tej kategorii zaliczyć można np. kontrolę przestrzegania prawa podatkowego w zakresie akcyzy, w zakresie wydobycia niektórych kopalin i w zakresie prawa hazardowego.

W celu realizacji tak określonych celów i funkcji, pracownicy ww. organów, na podstawie m.in. art. 286 o.p. oraz art. 11a u.k.s. zostali wyposażeni w szereg uprawnień, z którymi sprzężone zostały obowiązki kontrolowanego. Oznacza to, że interesy kontrolowanego i kontrolującego są ze sobą sprzeczne, a ich wzajemne relacje oparte są o zasadę stosunku administracyjnoprawnego¹⁰. Szczegółowe określenie obowiązków kontrolowanego zawiera art. 287 o.p., który łącznie z innymi przepisami Ordynacji podatkowej, będzie miał odpowiednie zastosowanie do kontroli skarbowej w zakresie nieuregulowanym przez ustawę o kontroli skarbowej (art. 31 u.k.s.). Do podstawowych obowiązków kontrolowanego zaliczyć można: udostępnianie gruntów, budynków, lokali i pomieszczeń związanych z przedmiotem kontroli (art. 286 § 1 pkt 1 i 2, art. 288 § 1 o.p.), wydanie próbek towarów, akt, ksiąg i innych dokumentów związanych z przedmiotem kontroli (art. 286 § 2 o.p.), zapewnienie dostępności do dokumentacji podatkowej (art. 285a § 1 o.p.), udzielanie w wyznaczonym terminie wszelkich wyjaśnień dotyczących przedmiotu kontroli oraz dostarczanie kontrolującemu żądanych dokumentów (art. 287 § 3 o.p.).

⁸ B. Adamiak, J. Borkowski, R. Mastalski, J. Zubrzycki, *Ordynacja podatkowa. Komentarz 2014*, Oficyna Wydawnicza Unimex, Wrocław 2014, s. 1151.

⁹ J. Wowra, *Kontrola podatkowa i skarbowa przedsiębiorców*, Unimex Oficyna Wydawnicza, Wrocław 2007, s. 16.

¹⁰ F. Głodzik, *Kontrola skarbową i podatkową*, Zakład Doradztwa i Organizacji w Gorzowie Wielkopolskim, Gorzów Wielkopolski 2000, s. 15.

4. Znamiona czynu zabronionego

Naruszenie przywołanych powyżej obowiązków może stać się podstawą do wszczęcia postępowania karnego skarbowego i pociągnięcia do odpowiedzialności za popełnienie czynu zabronionego określonego w art. 83 k.k.s. Ww. delikt skarbowy ma charakter powszechny („Kto...”), co oznacza, że jego sprawcą może być nie tylko kontrolowany podmiot (podatnik, płatnik, inkasent), ale także jego pracownik. Ponadto, choć w praktyce rzadko występujący, nie można wykluczyć przypadku popełnienia tego czynu przez inne osoby¹¹. Aby w ogóle można było mówić o odpowiedzialności karnej za przestępstwo skarbowe z art. 83 § 1 k.k.s. lub odpowiedzialności za wykroczenie skarbowe z art. 83 § 2 k.k.s., sprawca swoim zachowaniem powinien wypełnić wszystkie znamiona takiego czynu zabronionego. Zatem, zgodnie z art. 1 k.k.s. czyn ten musi być popełniony umyślnie, musi być społecznie szkodliwy w stopniu wyższym niż znikomy, bezprawny i zabroniony przez ustawę obowiązującą w czasie jego popełnienia.

Umyślność działania przejawia się w świadomości lub co najmniej w zgodzie sprawcy co do uczestniczenia w kontroli i że ma się do czynienia z osobą uprawnioną do działania w ramach czynności kontrolnych¹². W praktyce przejawiać się to może np. w otrzymaniu przez kontrolowanego zawiadomienia o wszczęciu kontroli lub odebraniu wezwania do dostarczenia kontrolującemu określonych ksiąg lub dokumentów.

Ocena społecznej szkodliwości czynu powinna być dokonywana w oparciu o wskazówki określone w art. 53 § 7 k.k.s., zgodnie z którymi należy wziąć pod uwagę rodzaj i charakter zagrożonego lub naruszonego dobra, wagę naruszonego przez sprawcę obowiązku finansowego, wysokość uszczuplonej lub narażonej na uszczuplenie należności publicznoprawnej, sposób i okoliczności popełnienia czynu zabronionego oraz postać zamiaru, motywację sprawcy, rodzaj naruszonej reguły ostrożności i stopień jej naruszenia.

Kolejnym elementem (znamieniem) jest bezprawność, czyli podejmowanie przez sprawcę działań sprzecznych z normami obowiązującego porządku prawnego. Zatem nie zostanie pociągnięty do odpowiedzialności sprawca działania lub zaniechania będącego wynikiem zdarzenia losowego (np. kradzież dokumentów podatkowych niezbędnych do przeprowadzenia kontroli, pożar). Działaniem bezprawnym nie będzie także wykorzystywanie przez kontrolowanego uprawnień przyznanych mu przez przepisy prawa¹³.

¹¹ L. Wilk, J. Zagrodnik, *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2014, s. 394.

¹² Ibidem, s. 396.

¹³ J. Kulicki, *Kontrola skarbową. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2013, s. 487.

Natomiast obowiązującą ustawą „zabraniającą” popełniania takiego czynu zabronionego będzie kodeks karny skarbowy wraz z konkretnymi ustawami określającymi obowiązki kontrolowanego (w niniejszym przypadku będzie to przede wszystkim Ordynacja podatkowa).

Jak już wspomniano na wstępie, czyn zabroniony z art. 83 k.k.s. może polegać na udaremnieniu lub utrudnieniu kontroli poprzez podjęcie określonych zachowań wymienionych przykładowo w tym przepisie. W tym miejscu należy wskazać, jak rozumieć ww. terminy. Zatem udaremnienie będzie polegało na takim zachowaniu kontrolowanego, w wyniku którego niemożliwe stanie się wykonanie czynności służbowej przez osobę uprawnioną. Natomiast utrudnianie to stwarzanie różnego rodzaju przeszkód w przeprowadzeniu kontroli¹⁴.

Realizacja wskazanych powyżej znamion czynu zabronionego z art. 83 k.k.s. musi obiektywnie polegać na udaremnieniu lub utrudnieniu kontroli. Oznacza to, że jednostronne uznanie określonego zachowania kontrolowanego w ocenie kontrolującego nie zawsze będzie wiązało się z przypisaniem odpowiedzialności karnej skarbowej. Potwierdza to orzecznictwo Sądu Najwyższego, zgodnie z którym np. sama pasywność w przekazywaniu wyjaśnień, uznanie za niewystarczające przekazanych informacji, niegrzeczne traktowanie kontrolujących lub zmiana pomieszczenia udostępnionego kontrolującym nie wyczerpuje znamion czynu z art. 83 k.k.s.¹⁵.

5. Rodzaje czynów zabronionych i wysokość kary

W zależności od okoliczności oraz rodzaju popełnionego czynu zabronionego, zachowanie sprawcy można zakwalifikować jako przestępstwo skarbowe lub wykroczenie skarbowe. A to z kolei wpłynie nie tylko na tryb postępowania, ale przede wszystkim na rodzaj i wysokość kary. Właśnie rodzaj kary jest jednym z elementów, na podstawie którego rozgraniczyć można przestępstwo skarbowe i wykroczenie skarbowe. Zatem przestępstwem skarbowym będzie czyn zabroniony pod groźbą kary grzywny w stawkach dziennych, kary ograniczenia wolności lub kary pozbawienia wolności. Natomiast za popełnienie wykroczenia skarbowego grozi kara grzywny określona kwotowa. Innym znamieniem rozgraniczającym dwa rodzaje czynów zabronionych jest wysokość uszczuplonej lub narażonej na uszczuplenie należności publicznoprawnej. Jeśli kwota ta nie przekracza pięciokrotnej wysokości minimalnego wynagrodzenia w czasie jego popełnienia (w 2014 roku – 1.680 zł), czyli 8.400 zł, to czyn taki zakwalifikujemy jako wykroczenie skarbowe. Czyn z art. 83 k.k.s. jest jednak czynem formalnym

¹⁴ F. Prusak, *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, Zakamycze 2006, t. II, s. 405.

¹⁵ Wyrok SN z dnia 19 czerwca 2002 r., V KKN 454/00; postanowienie SN z dnia 20 lutego 2014 r., V KK 398/13, System Informacji Prawnej Lex 31/2014.

(bezsukutowym, tj. nieuszczerpleniowym) i aby zastosować kwalifikację z art. 83 § 2 k.k.s. należy uznać go jako wypadek mniejszej wagi. Wskazówkę w tym zakresie daje nam art. 53 § 8 k.k.s., zgodnie z którym takim przypadkiem będzie wykroczenie skarbowe, które ze względu na okoliczności konkretnej sprawy zawiera m.in. niski stopień społecznej szkodliwości czynu, a sposób i okoliczności jego popełnienia nie wskazują na rażące lekceważenie przez sprawcę porządku finansowoprawnego.

Rozpiętość wysokości kary grzywny za popełnienie przestępstwa skarbowego z art. 83 § 1 k.k.s. wynosi od 560 zł (10 x 56 zł – minimalna liczba stawek i najniższa stawka dzienna do 16.128.000 zł (720 x 22.400 zł – maksymalna liczba stawek i najwyższa stawka dzienna). Z kolei za popełnienie wykroczenia skarbowego z art. 83 § 2 k.k.s. przewidziano karę grzywny w wysokości od 168 zł do 33.600 zł (szczegółowe kwoty znajdują się w załączonej tablicy).

6. Formy postępowań karnych skarbowych

Warto powiedzieć parę słów o trybach postępowań, w których mogą być rozpatrywane sprawy karne skarbowe. Ich katalog określa art. 117 k.k.s. Finansowe organy postępowania przygotowawczego (urząd skarbowy, urząd celny, inspektor kontroli skarbowej) mogą prowadzić w sprawach o przestępstwa skarbowe i wykroczenia skarbowe postępowania przygotowawcze (dochodzenia i śledztwa), a orzekanie (postępowanie sądowe) w tym przedmiocie następuje w postępowaniu nakazowym, uproszczonym lub w stosunku do nieobecnych. W przypadku przestępstw skarbowych możliwe jest także orzekanie w postępowaniu zwyczajnym (jeśli prowadzone było śledztwo). W ww. postępowaniach organ postępowania przygotowawczego kieruje i popiera przed sądem akt oskarżenia. Należy zwrócić także uwagę na „negocjacyjne” formy prowadzonych postępowań, w których sprawca może być pociągnięty do odpowiedzialności za swoją zgodą. Do takich trybów zaliczamy postępowanie w przedmiocie udzielenia zezwolenia na dobrowolne poddanie się odpowiedzialności oraz postępowanie mandatowe. Ich podstawową cechą jest ustalenie przez organ wysokości kary grzywny w trakcie swoistych negocjacji prowadzonych ze sprawcą. Postępowanie mandatowe (art. 136 k.k.s. i nast.), mające zastosowanie tylko do wykroczeń skarbowych, jest jednym z najbardziej odformalizowanych trybów, w ramach którego można wymierzyć karę grzywny w wysokości do 3.360 zł (podwójna wysokość minimalnego wynagrodzenia). Sprawca musi jednak wyrazić zgodę na przyjęcie mandatu karnego, którym nakłada się karę grzywny. Natomiast przy zezwoleniu na dobrowolne poddanie się odpowiedzialności (art. 142 § 2 k.k.s. i nast.) istotny jest fakt, że mimo wymierzenia kary grzywny przez sąd, prawomocny wyrok w tym zakresie nie podlega wpisowi do Krajowego Rejestru Karnego.

7. Kara porządkowa a sankcja karna

Na zakończenie należy jeszcze wspomnieć o innej możliwości działania organu kontrolującego (podatkowego) w celu zdyscyplinowania uczestników postępowania kontrolnego do określonych zachowań. Chodzi mianowicie o przepis art. 262 o.p., będący podstawą nałożenia m.in. na stronę lub jej pełnomocnika kary porządkowej. Wysokość takiej kary, która może być nałożona tylko na określony krąg podmiotów i za ściśle określone naruszenia, może wynieść 2.500 zł. W przeciwieństwie do art. 83 k.k.s., przepis art. 262 o.p. nie pełni roli sankcji za odmowę przedłożenia przez stronę materiałów koniecznych do merytorycznego załatwienia sprawy (postępowania kontrolnego)¹⁶, ale ma na celu „jedynie” zmuszenie uczestników takiego postępowania do zachowań sprzyjających sprawnemu i terminowemu przebiegowi kontroli¹⁷. Powołane powyżej przepisy pozostają jednak ze sobą w stosunku krzyżowania i w obecnym stanie prawnym nie ma przeszkód, aby w przypadku wypełnienia przez podmiot kontrolowany znamion czynu zabronionego z art. 83 k.k.s. oraz deliktu administracyjnego z art. 262 o.p., przypisać mu odpowiedzialność karnoskarbową i odpowiedzialność administracyjną. Zaznaczyć jednak należy, że stosowanie art. 262 o.p. jest fakultatywne („mogą zostać ukarani”)¹⁸.

Zakończenie

Podstawowym celem przepisu art. 83 k.k.s. jest ochrona dobra prawnego jakim jest prawidłowe funkcjonowanie kontroli wypełniania obowiązków podatkowych. Ze względu na istotne znaczenie i cel osiągnięcia wysokich wpływów z podatków do Skarbu Państwa, dla prawidłowej realizacji funkcji kontrolnej określone organy kontroli zostały wyposażone w szereg uprawnień, którym odpowiadają wskazane powyżej obowiązki kontrolowanego. Nie ulega wątpliwości, że ze względu na okoliczności i niedający się przewidzieć wynik, przeprowadzanie kontroli może wyzwolić u kontrolowanego niemały ładunek stresu. Zwłaszcza że ujawnione w trakcie kontroli błędy mogą spowodować poważne konsekwencje, nie tylko w postaci zakwestionowania dokonywanych rozliczeń podatkowych, ale także zastosowania przewidzianej prawem sankcji karnej. Jednak kontrola nie musi się kojarzyć tylko z ujemnymi aspektami związanymi z zastosowaniem przepisów kodeksu karnego skarbowego. Ten sam kodeks, mimo

¹⁶ Por. wyrok WSA z dnia 20 marca 2007 r., I SA/Gd 633/06, System Informacji Prawnej LEX, 31/2014.

¹⁷ J. Brolik, S. Presnarowicz i in., *Ordynacja podatkowa. Komentarz*, wyd. V, System Informacji Prawnej LEX, 31/2014, komentarz do art. 262(a) o.p.

¹⁸ P. Kardas, G. Łabuda, T. Razowski, *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, System Informacji Prawnej LEX, 31/2014, komentarz do art. 83 k.k.s.

ujawnienia podczas kontroli naruszeń prawa podatkowego, przewiduje także przypadki „uniknięcia” kary. Przykładem może być chociażby art. 16a k.k.s., zgodnie z którym kontrolowany z mocy ustawy może uniknąć kary po spełnieniu określonych warunków, zwłaszcza złożenia skutecznej korekty deklaracji. Pouczenie o powyższym uprawnieniu powinno zawsze znaleźć się w protokole kontroli.

Podstawowe kwoty z k.k.s. obowiązujące w 2014 r.

KWOTY Z K.K.S. NA 2014 ROK

MINIMALNE WYNAGRODZENIE W 2014 ROKU → 1.680 ZŁ

USTAWOWY PRÓG → $5 \times 1.680 \text{ zł} = \mathbf{8.400 \text{ zł}}$ (art. 53 § 6 k.k.s.)

USZCZUPLENIE/NARAŻENIE NA USZCZUPLENIE

- DO KWOTY 8.400 zł → WYKROCZENIE SKARBOWE (art. 53 § 3 k.k.s.)
- POWYŻEJ KWOTY 8.400 zł → PRZESTĘPSTWO SKARBOWE

KARY GRZYWNY

WYKROCZENIE SKARBOWE

- OD $1/10 \times 1.680 \text{ zł} = \mathbf{168 \text{ zł}}$ DO $20 \times 1.680 \text{ zł} = \mathbf{33.600 \text{ zł}}$ (art. 48 § 1 k.k.s.)
- MANDAT → OD $1/10 \times 1.680 \text{ zł} = \mathbf{168 \text{ zł}}$ DO $2 \times 1.680 \text{ zł} = \mathbf{3.360 \text{ zł}}$ (art. 48 § 2 k.k.s.)
- WYROK NAKAZOWY → OD $1/10 \times 1.680 \text{ zł} = \mathbf{168 \text{ zł}}$ DO $10 \times 1.680 \text{ zł} = \mathbf{16.800 \text{ zł}}$

(art. 48 § 2 k.k.s.)

PRZESTĘPSTWO SKARBOWE

- OD 10 DO 720 STAWEK DZIENNYCH (art. 23 § 1 k.k.s.)
- WYROK NAKAZOWY → OD 10 DO 200 STAWEK DZIENNYCH (art. 23 § 2 k.k.s.)

STAWKA DZIENNA → $OD \frac{1}{30} \times 1.680 \text{ zł} = \mathbf{56 \text{ zł}}$ DO $\mathbf{56 \text{ zł}} \times 400 = \mathbf{22.400 \text{ zł}}$ (art. 23 § 1 k.k.s.)

KARA MINIMALNA/MAKSYMALNA → OD $\mathbf{560 \text{ zł}}$ DO $\mathbf{16.128.000 \text{ zł}}$

KARA NADZWYCZAJNIE OBOSTRZONA → DO $\mathbf{24.192.000 \text{ zł}}$ (art. 28 § 2 k.k.s.)

DOBROWOLNE PODDANIE SIĘ ODPOWIEDZIALNOŚCI

	Minimalna kara grzywny	Koszty zryczałtowane*
Przestępstwo skarbowe	$1/3 \times 1.680 \text{ zł} = \mathbf{560 \text{ zł}}$	$1/10 \times 1.680 \text{ zł} = \mathbf{168 \text{ zł}}$
Wykroczenie skarbowe	$1/10 \times 1.680 \text{ zł} = \mathbf{168 \text{ zł}}$	$1/12 \times 1.680 \text{ zł} = \mathbf{140 \text{ zł}}$

*Na podstawie rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 8 grudnia 2005 roku w sprawie zryczałtowanych kosztów postępowania związanych ze zgłoszeniem wniosku o dobrowolne poddanie się odpowiedzialności w sprawach o przestępstwa skarbowe i wykroczenia skarbowe (Dz. U. RP 2005, nr 244, poz. 2074) **kwoty kosztów zaokrąglą się w dół do pełnych złotych.**

Bibliografia

- Adamiak B., Borkowski J., Mastalski R., Zubrzycki J., *Ordynacja podatkowa. Komentarz 2014*, Oficyna Wydawnicza Unimex, Wrocław 2014.
- Brolík J., Presnarowicz S. i in., *Ordynacja podatkowa. Komentarz*, wyd. V, System Informacji Prawnej LEX, 31/2014.
- Głodzik F., *Kontrola skarbową i podatkową*, Zakład Doradztwa i Organizacji w Gorzowie Wielkopolskim, Gorzów Wielkopolski 2000.
- Grzegorzczak T., *Komentarz do kodeksu karnego skarbowego*, Wolters Kluwer, Warszawa 2009.
- Kardas P., Łabuda G., Razowski T., *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, System Informacji Prawnej LEX, 31/2014.
- Kulicki J., *Kontrola skarbową. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2013.
- Prusak F., *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, Zakamycze 2006, t. II.
- Wilk L., Zagrodnik J., *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2014.
- Wowra J., *Kontrola podatkowa i skarbową przedsiębiorców*, Unimex Oficyna Wydawnicza, Wrocław 2007.

Akty prawne

Ustawa z dnia 10 września 1999 r. – Kodeks karny skarbowy (Dz.U. z 2013 r., poz. 186 z późn. zm.).

Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa (Dz.U. z 2012 r., poz. 749 z późn. zm.).

Ustawa z dnia 28 września 1991 r. o kontroli skarbowej (Dz.U. z 2011 r., nr 41, poz. 214 z późn. zm.).

Orzecznictwo

Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19 czerwca 2002 r., V KKN 454/00, System Informacji Prawnej Lex 31/2014.

Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 30 września 2002 r., III KK 264/02, System Informacji Prawnej Lex 31/2014.

Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 20 lutego 2014 r., V KK 398/13, System Informacji Prawnej Lex 31/2014.

Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Krakowie z dnia 16 lutego 2007 r., I SA/Kr 1543/06, System Informacji Prawnej Lex 31/2014.

Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego z dnia 20 marca 2007 r., I SA/Gd 633/06, System Informacji Prawnej LEX, 31/2014.

Streszczenie

Artykuł ma na celu przedstawić aspekty postępowań kontrolnych w świetle przepisów Kodeksu karnego skarbowego. Określone przez przepisy prawa różne formy kontroli podatników mają służyć weryfikacji prawidłowości wykonania nałożonych na nich obowiązków podatkowych. Zarówno kontrolowani, jak i kontrolujący korzystają w tym zakresie z przyznanych im uprawnień. Z kolei z uprawnieniami kontrolujących skorelowane są obowiązki kontrolowanych. Obowiązki te mają służyć prawidłowemu funkcjonowaniu kontroli, które jest dobrem prawnym chronionym przez prawo karne skarbowe. Prawidłowe wykonanie obowiązków przez kontrolowanego pozwoli na uniknięcie sankcji przewidzianych w art. 83 k.k.s. oraz dodatkowego stresu związanego z postępowaniem karnym w tym zakresie.

Summary

Article has to present aspects of check procedures on purpose in light of regulation of The Fiscal Penal Code. Be as serve by regulations on them definite different form of control of taxpayer of may verification of correctness of execution

impose tax duties right. Equal controlled, as well as they use with conceded in this range entitlement controlling memorial. Then controlled duties are correlated with entitlement controlling. These duties have to be as (to serve) correct functioning of control, which is goods (right) by treasure crown law legal protect. Correct execution of duty will allow by controlled avoiding of expected predictable sanction in to article 83 of The Fiscal Penal Code and with penal procedure in this range additional stress related.

Sposoby przeciwdziałania procederowi prania brudnych pieniędzy w świetle unormowań prawa międzynarodowego i ustawodawstwa polskiego

Wstęp

Proceder legalizowania dochodów osiągniętych niezgodnie z przepisami prawa, czyli tzw. pranie brudnych pieniędzy stanowi realne zagrożenie dla gospodarczej i politycznej stabilności państwa oraz godzi w zasady gospodarki rynkowej. Niezbędne są zatem działania ukierunkowane na przeciwdziałanie opisywanemu zjawisku. Jakie środki należy podjąć, aby skutecznie wyeliminować proceder wprowadzania do legalnego obrotu pieniędzy lub innych wartości majątkowych uzyskanych z nielegalnych źródeł bądź służących do finansowania nielegalnej działalności? Czy aktualnie obowiązujące unormowania prawne tworzą efektywny system zapobiegania praniu brudnych pieniędzy?

Celem niniejszego opracowania jest przedstawienie i ocena rozwiązań mających na celu przeciwdziałanie procederowi prania brudnych pieniędzy, które wynikają z regulacji prawnomiędzynarodowych oraz przepisów prawa polskiego.

1. Definicja prania brudnych pieniędzy

Termin „pranie pieniędzy” narodził się w okresie prohibicji w Stanach Zjednoczonych Ameryki w latach dwudziestych XX wieku². Zorganizowane grupy przestępcze czerpały zyski z nielegalnej produkcji, sprzedaży i przemytu napojów alkoholowych, z hazardu oraz prostytucji, podczas gdy oficjalnym źródłem dochodów ich członków była działalność handlowa i usługowa. Na ogół prowadzone były sklepy spożywcze, myjnie, a także publiczne pralnie odzieży. Były to miejsca, w których księgowano dochody nielegalne jako przychód z legalnej sprzedaży towarów i usług³.

¹ Absolwent Wydziału Prawa Wyższej Szkoły Ekonomii, Prawa i Nauk Medycznych im. prof. Edwarda Lipińskiego w Kielcach.

² E. Pływaczewski, *Pranie brudnych pieniędzy. Możliwości przeciwdziałania z uwzględnieniem roli systemu bankowego*, Toruń 1993, s. 9.

³ M.M. Żołna, *Zjawisko prania brudnych pieniędzy w prawie Unii Europejskiej*, „Edukacja Prawnicza” 2006, nr 10 (82), s. 12.

Przedstawiciele polskiej doktryny prawa podjęli wiele prób zdefiniowania terminu „pranie brudnych pieniędzy”. Najbardziej trafną wydaje się definicja prezentowana przez O. Górniok, która twierdzi, że pranie pieniędzy należy rozumieć jako proceder, przy pomocy którego ukrywa się istnienie albo nielegalne źródło pochodzenia lub nielegalne spożytkowanie dochodów, nadając im pozory legalności⁴.

Definicja prania pieniędzy została sformułowana także przez przepisy prawa Unii Europejskiej. W myśl dyrektywy 2005/60/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 października 2005 r. w sprawie przeciwdziałania korzystaniu z systemu finansowego w celu prania pieniędzy oraz finansowania terroryzmu⁵, za pranie pieniędzy uznaje się następujące czyny popełnione umyślnie:

- a) konwersję lub przekazywanie mienia, ze świadomością, że pochodzi ono z działalności przestępczej lub z udziału w takiej działalności, w celu ukrywania lub zatajania nielegalnego pochodzenia tego mienia albo udzielenia pomocy osobie, która bierze udział w takiej działalności, dla umożliwienia jej uniknięcia konsekwencji prawnych takiego działania;
- b) ukrycie lub zatajenie prawdziwego charakteru mienia, jego źródła, miejsca położenia, rozporządzania nim, przemieszczania własności lub praw do mienia, ze świadomością, że mienie to pochodzi z działalności przestępczej lub z udziału w takiej działalności;
- c) nabycie, posiadanie lub korzystanie z mienia, ze świadomością w momencie jego otrzymania, że mienie to pochodzi z działalności o charakterze przestępczym lub z udziału w takiej działalności;
- d) udział lub współdziałanie w popełnieniu, usiłowanie popełnienia, jak też pomocnictwo, podżeganie, ułatwianie oraz doradzanie przy popełnieniu czynów określonych w powyższych literach.

W prawie polskim definicja legalna prania pieniędzy zawarta jest w art. 2 ust. 9 ustawy z dnia 16 listopada 2000 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu⁶, zgodnie z którym pranie pieniędzy to postępowanie polegające na:

- a) zamianie lub przekazaniu wartości majątkowych pochodzących z działalności o charakterze przestępczym lub z udziału w takiej działalności, w celu ukrycia lub zatajenia bezprawnego pochodzenia tych wartości majątkowych albo udzieleniu pomocy osobie, która bierze udział w takiej działalności w celu uniknięcia przez nią prawnych konsekwencji tych działań;

⁴ O. Górniok, *Podstawy karania procederu prania pieniędzy w obowiązujących i projektowanych przepisach polskiego prawa karnego*, „Biuletyn Centrum Europejskiego Uniwersytetu Warszawskiego” 1993, nr 3, s. 17.

⁵ Dz.U. L 309 z 25.11.2005.

⁶ Dz.U. z 2014, poz. 455 ze zm.

- b) ukryciu lub zatajeniu prawdziwego charakteru wartości majątkowych lub praw związanych z nimi, ich źródła, miejsca przechowywania, rozporządzania, faktu ich przemieszczania, ze świadomością, że wartości te pochodzą z działalności o charakterze przestępczym lub udziału w takiej działalności;
- c) nabyciu, objęciu w posiadanie albo używaniu wartości majątkowych pochodzących z działalności o charakterze przestępczym lub udziału w takiej działalności;
- d) współdziałaniu, usiłowaniu popełnienia, pomocnictwie lub podżeganiu w przypadkach zachowań określonych w lit. a-c.

2. Etapy i metody prania pieniędzy

W piśmiennictwie proces prania pieniędzy najczęściej dzielony jest na trzy etapy, z których każdy obejmuje szereg metod i technik. Tymi etapami są: lokowanie (*placement*), maskowanie (*layering*) oraz integracja (*integration*)⁷.

Lokowaniem określa się fizyczne rozdysponowanie gotówki uzyskanej z nielegalnej działalności, w tym wprowadzenie do systemu finansowo-bankowego lub zamiana gotówki na instrumenty finansowe czy inne dobra materialne⁸. Najczęściej stosowane metody prania pieniędzy na tym etapie to:

- 1) rozdrabnianie wpłat (*smurfing*) – polegające na tym, że wiele osób (tzw. słupów) otwiera rachunki bankowe, na które dokonują wpłat poniżej określonych limitów, aby nie wzbudzać podejrzeń pracowników banku bądź by system operacyjny banku nie zaliczył ich do transakcji ponadprogowych (takich, których równowartość przekracza 15000 euro lub 1000 euro w przypadku niektórych rodzajów instytucji obowiązanych);
- 2) wymiana walut (*refining*) – jest realizowana przez kantory i banki, w których podstawione osoby dokonują wymiany polskich złotych na waluty lub odwrotnie, w małych kwotach niepodlegających rejestracji, otrzymując pokwitowanie potwierdzające realizację danej transakcji;
- 3) dzielenie wpłat (*structuring*) – fikcyjne osoby dokonują drobnych wpłat poniżej wartości ponadprogowych na wiele rachunków bankowych zakładanych przez różne instytucje;
- 4) mieszanie dochodów z nielegalnego źródła z dochodami z legalnej działalności gospodarczej – w tym celu są wykorzystywane podmioty gospodarcze, w których ze względu na specyfikę prowadzonej działalności przepływ gotówki jest duży i trudny do oszacowania (np. restauracje, kawiarnie);

⁷ J. Grzywacz, *Pranie pieniędzy, metody, raje podatkowe, zwalczanie*, Warszawa 2011, s. 33.

⁸ J.W. Wójcik, *Pranie pieniędzy. Kryminologiczna i kryminalistyczna ocena transakcji podejrzanych*, Warszawa 2002, s. 94.

- 5) wykorzystywanie kasyn – jak przykład można obrać kupno znacznej ilości żetonów o dużej wartości, a następnie ich zwrot z dyspozycją przelania pieniędzy na wskazany rachunek bankowy⁹.

Za maskowanie należy uznać oddzielenie dochodów z przestępstwa od ich źródła pochodzenia, poprzez przeprowadzenie szeregu skomplikowanych transakcji finansowych mających na celu utrudnienie stwierdzenia powiązania tych dochodów z ich prawdziwym źródłem. Na tym etapie wyróżnia się takie metody prania pieniędzy jak:

- 1) skrzynka rozdzielcza – zasilanie rachunku niewielkimi wpłatami poniżej progu wymaganej rejestracji pochodzącymi z różnych źródeł (rzadziej z jednego), aby po osiągnięciu odpowiednio wysokiego salda przekazać zgromadzone środki drogą elektroniczną na kolejny rachunek lub rachunki;
- 2) zakup aktywów, np. papierów wartościowych;
- 3) transfery transgraniczne, w ramach których wyróżnia się: a) transfer gotówki za pomocą tzw. *cash couriers* (przewóz gotówki, np. w kołach pojazdów samochodowych, w pasach dopasowanych do ciała), b) transfer środków za pomocą rachunku bankowego (do tego celu są wykorzystywane rachunki bankowe osób fizycznych bądź podmiotów gospodarczych, które są zasilane drobnymi kwotami, a następnie przekazywane na rachunki innych podmiotów mających swoje siedziby w tzw. „rajach podatkowych”), c) przekaz gotówki za pośrednictwem firm oferujących usługi finansowe w tym zakresie, np. Western Union (z tej metody korzystają między innymi nierezydenci w celu wytransferowania zysków, osiągniętych z tzw. „szarej strefy” w danym państwie, do swoich krajów macierzystych, w których obowiązują mniej restrykcyjne zasady identyfikacji stron transakcji, a zwłaszcza jej beneficjenta);
- 4) handel dobrami, np. złotem, kamieniami szlachetnymi, biżuterią, dziełami sztuki¹⁰.

Integracja to znalezienie odpowiednich pozorów i usprawiedliwienia dla pojawiania się znacznych zasobów oraz lokaty kapitałów, czyli środków pochodzących z działalności przestępczej w legalnym obrocie gospodarczym¹¹. Na tym etapie można wskazać na następujące metody prania pieniędzy:

- 1) zakup i sprzedaż drogich dóbr (różnica jest dopłacona w sposób nieoficjalny, a ich odsprzedaż powoduje zysk, który jest wykazywany jako legalny dochód);

⁹ D. Chodziński, *Pranie pieniędzy jako jedna z form działania zorganizowanych grup przestępczych*, www.csp.edu.pl (5.07.2014 r.).

¹⁰ Ibidem.

¹¹ J.W. Wójcik, *Pranie pieniędzy...*, s. 94.

- 2) bankowe kredyty i pożyczki – uzyskana pożyczka lub kredyt są spłacane za pomocą pieniędzy pochodzących z nielegalnego źródła lub źródeł;
- 3) transakcje rodzinne – transakcje są dokonywane między osobami fizycznymi pozostającymi w jakimkolwiek stopniu pokrewieństwa lub powinowactwa i najczęściej polegają one na przekazywaniu określonych sum pieniężnych tytułem pożyczki, darowizny, zwrotu pożyczki, zapłaty za świadczoną usługę;
- 4) *blending* – polega na wymieszaniu pieniędzy pochodzących z nielegalnego źródła z dochodami legalnymi (w tym celu przestępcy zakładają działalność gospodarczą, która charakteryzuje się: gotówkowym obrotem, trudnością stwierdzenia rzeczywistych przychodów, gwałtowną dynamiką zmian w wysokości przychodów i liczby klientów);
- 5) *winning ticket* – organizacja przestępcza uzyskuje informację o osobie, która wygrała w grach losowych, a następnie składa jej propozycje odkupienia losu po wyższej cenie niż wynosi wygrana¹².

3. Sposoby przeciwdziałania praniu brudnych pieniędzy w prawie międzynarodowym

Proceder prania pieniędzy często ma charakter ponadnarodowy. W związku z tym rodzi się potrzeba poszukiwania rozwiązań w ramach współpracy międzynarodowej¹³.

Jedną z pierwszych inicjatyw ponadnarodowych w walce z praniem brudnych pieniędzy były zalecenia Komitetu Ministrów Rady Europy z 27 czerwca 1980 r. w sprawie przeciwdziałania transferowi i ukrywaniu funduszy pochodzących z przestępstw. Akt ten zobowiązywał państwa do nakładania na ich systemy bankowe obowiązku identyfikacji klienta¹⁴.

Postanowienia służące przeciwdziałaniu praniu brudnych pieniędzy znalazły swoje miejsce również w Konwencji nr 141 Rady Europy z 8 listopada 1990 r. o praniu, ujawnianiu, zajmowaniu i konfiskacie dochodów pochodzących z przestępstwa, sporządzonej w Strasburgu¹⁵, a także Konwencji Rady Europy sporządzonej w Warszawie 16 maja 2005 r. o praniu, ujawnianiu, zajmowaniu i konfiskacie dochodów pochodzących z przestępstwa oraz o finansowaniu terroryzmu¹⁶.

O zapobieganiu prania pieniędzy traktuje ponadto ogłoszona przez Bazylejski Komitet Nadzoru Bankowego 12 grudnia 1988 r. deklaracja zaleceń w sprawie

¹² D. Chodziński, op.cit., www.csp.edu.pl (5.07.2014 r.).

¹³ E. Pływaczewski, *Przeciwdziałanie praniu brudnych pieniędzy z perspektywy międzynarodowej*, „Państwo i Prawo” 2002, nr 8, s. 43.

¹⁴ M.M. Żołna, op.cit., s. 14.

¹⁵ Dz.U. z 2003 r. nr 46, poz. 394.

¹⁶ Dz.U. z 2008 r. nr 165, poz. 1028.

przeciwdziałania wykorzystywaniu systemu bankowego do prania brudnych pieniędzy, która formułuje następujące obowiązki: identyfikacji klientów i prowadzenie właściwej ich dokumentacji, współpracy z organami stojącymi na straży porządku prawnego, szkolenia personelu w zakresie rozpoznawania przypadków prania pieniędzy, a także przestrzegania zasad właściwego rejestrowania zawieranych transakcji¹⁷.

Próbę przeciwdziałania procederowi prania pieniędzy podjęła także Organizacja Narodów Zjednoczonych. 20 grudnia 1988 r. została podpisana Konwencja Narodów Zjednoczonych o zwalczaniu nielegalnego obrotu środkami odurzającymi i substancjami psychotropowymi¹⁸. Stanowiła ona punkt zwrotny w walce z praniem brudnych pieniędzy, ponieważ jako pierwsza wprowadziła penalizację tego procederu oraz konfiskatę nielegalnych korzyści, a zatem stworzyła instrumenty prawne będące podstawowymi narzędziami do walki z zorganizowanymi grupami przestępczymi¹⁹.

W celu zwalczania opisywanego procederu powołana została Grupa Specjalna ds. Przeciwdziałania Praniu Pieniędzy (FATF). 6 lutego 1990 r. wydała ona „40 zaleceń prawnych, instytucjonalnych i finansowych”, które są systematycznie nowelizowane, a obejmują przede wszystkim następujące zagadnienia proceduralne:

- 1) wprowadzenie systemu rejestrowania i raportowania określonych transakcji;
- 2) opracowanie metodologii współpracy instytucji obowiązanych i instytucji nadzorczych z organami ścigania;
- 3) ustanowienie polityki i programów szczegółowych, określanych jako program „Poznaj swojego klienta”;
- 4) prowadzenie profesjonalnej edukacji w zakresie przeciwdziałania praniu pieniędzy i finansowania terroryzmu²⁰.

4. Prawo Unii Europejskiej

Z wykazu stanu prawnego Unii Europejskiej odnoszącego się do zapobiegania praniu pieniędzy najważniejszą rolę spełniają dyrektywy, decyzje i rozporządzenia²¹. Najbardziej aktualne regulacje prawne w zakresie opisywanej problematyki zawarte zostaływ dyrektywnie 2005/60/WE Parlamentu Europejskiego

¹⁷ B. Bieniek, *Pranie pieniędzy w prawie międzynarodowym, europejskim oraz polskim*, Warszawa 2010, s. 158.

¹⁸ Dz.U. z 1995 r. nr 15, poz. 69.

¹⁹ J. Grzywacz, op.cit., s. 158.

²⁰ J.W. Wójcik, *Przeciwdziałanie przestępczości zorganizowanej. Zagadnienia prawne, kryminologiczne i kryminalistyczne*, Warszawa 2011, s. 307.

²¹ Ibidem.

i Rady z dnia 26 października 2005 r. w sprawie przeciwdziałania korzystaniu z systemu finansowego w celu prania pieniędzy oraz finansowania terroryzmu²².

Dyrektywa 2005/60/WE nakłada na instytucje kredytowe i finansowe, pośredników ubezpieczeniowych, pośredników w obrocie nieruchomościami, audytorów, zewnętrznych księgowych, doradców podatkowych, notariuszy oraz przedstawicieli wolnych zawodów prawniczych, obowiązek stosowania środków należytej staranności wobec klienta w przypadku: 1) nawiązywania stosunków gospodarczych; 2) przy przeprowadzaniu transakcji w wysokości co najmniej 15 tysięcy euro bez względu na to, czy transakcja jest przeprowadzana jako pojedyncza operacja czy kilka operacji, które wydają się ze sobą powiązane; 3) gdy istnieje podejrzenie prania pieniędzy lub finansowania terroryzmu; 4) gdy istnieją wątpliwości co do prawdziwości lub odpowiedniości wcześniej otrzymanych danych dotyczących tożsamości klienta (art. 7).

W myśl przepisu art. 8 dyrektywy, środki należytej staranności obejmują takie czynności jak: identyfikacja klienta i weryfikacja jego tożsamości (na podstawie dokumentów, danych lub informacji pochodzących z rzetelnego i niezależnego źródła), identyfikacja rzeczywistego beneficjenta oraz podejmowanie uzależnionych od ryzyka i uzasadnionych środków weryfikowania jego tożsamości, uzyskanie informacji na temat celu oraz zamierzonego charakteru stosunków gospodarczych, a także prowadzenie bieżącego monitoringu stosunków gospodarczych.

Dyrektywa 2005/60/WE przewiduje również stosowanie wzmożonej należytej staranności wobec klienta (art. 13) w przypadku zwiększonego ryzyka prania pieniędzy lub finansowania terroryzmu. Przejawia się ona między innymi poprzez potwierdzenie tożsamości klienta na podstawie dodatkowych dokumentów, danych lub informacji, a także powzięcie dodatkowych środków weryfikacji lub potwierdzenia autentyczności przedstawionych dokumentów. Procedury wzmożonej należytej staranności stosowane są także do bankowości korespondencyjnej z instytucjami będącymi korespondentami z państw trzecich. Instytucje kredytowe obowiązane są do: 1) gromadzenia wystarczających informacji o instytucji będącej korespondentem w celu zrozumienia w pełni charakteru jej działalności, ustalenia na podstawie publicznie dostępnych informacji wiarygodności instytucji i jakości nadzoru; 2) oceniania środków kontroli w zakresie przeciwdziałania praniu pieniędzy i finansowaniu terroryzmu stosowane przez instytucję będącą korespondentem; 3) uzyskiwania zgody zwierzchników najwyższego szczebla przed ustanowieniem nowej relacji bankowości korespondencyjnej; 4) sporządzania dokumentacji określającej zakres odpowiedzialności każdej instytucji; 5) upewnienia się, że instytucja kredytowa będąca korespondentem przeprowadziła weryfikację tożsamości i podjęła odpowiednie działania w ramach bieżących

²² Dz.U. L 309 z 25.11.2005.

procedur zachowania należytej staranności w stosunku do klientów mających bezpośredni dostęp do rachunków bankowych korespondenta oraz że ma on możliwość udostępnienia na żądanie tej instytucji stosownych danych dotyczących zachowania należytej staranności wobec klienta (dotyczy kont przejściowych).

W świetle przepisu art. 20 dyrektywy, na instytucjach kredytowych i finansowych, pośrednikach ubezpieczeniowych, pośrednikach w obrocie nieruchomości, audytorach, zewnętrznych księgowych, doradcach podatkowych, notariuszach oraz przedstawicielach wolnych zawodów prawniczych, spoczywa obowiązek zwracania szczególnej uwagi na każdą działalność, która ze względu na swój charakter wydaje się w dużym stopniu wypełniać znamiona transakcji związanej z praniem pieniędzy lub finansowaniem terroryzmu. Dotyczy to w szczególności skomplikowanych transakcji lub transakcji o wyjątkowo dużej wartości oraz wszelkich niezwykłych rodzajów transakcji, które nie mają wyraźnego celu gospodarczego lub widocznego celu zgodnego z prawem.

Aby efektywnie zwalczać pranie pieniędzy i finansowanie terroryzmu, każde z państw członkowskich obowiązane jest ustanowić jednostkę analityki finansowej. Odpowiedzialna jest ona za analizę i ujawnienie właściwym organom informacji, które dotyczą potencjalnego prania pieniędzy lub finansowania terroryzmu, a także informacji wymaganych krajowymi przepisami ustawowymi lub wykonawczymi (art. 21 dyrektywy).

5. Sposoby przeciwdziałania praniu brudnych pieniędzy w prawie polskim

Polski system zapobiegania i zwalczania prania brudnych pieniędzy ma o wiele krótszą historię niż rozwiązania europejskie i światowe²³. Obecnie kształtowany jest w oparciu o ustawę z dnia 16 listopada 2000 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu²⁴, a także ustawę z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny²⁵.

5.1. Ustawa o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu

Ustawa o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu adresowana jest do instytucji obowiązanych, organów informacji finansowej, jednostek współpracujących oraz klientów będących uczestnikami obrotu finansowego²⁶.

²³ J.W. Wójcik, *Pranie pieniędzy...*, s. 172.

²⁴ Dz.U. z 2014, poz. 455 ze zm.

²⁵ Dz.U. nr 88, poz. 553 ze zm.

²⁶ J.W. Wójcik, *Przeciwdziałanie przestępkości...*, s. 337.

Według przepisu art. 2 ustawy, status instytucji obowiązanych został przyznany: 1) oddziałom instytucji kredytowych; 2) instytucjom finansowym mającym siedzibę na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej oraz oddziałom instytucji finansowych, które nie mają siedziby na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej; 3) bankom krajowym, oddziałom banków zagranicznych; 4) Narodowemu Bankowi Polskiemu w zakresie, w jakim prowadzi rachunki bankowe dla osób prawnych, sprzedaż monet, banknotów i numizmatów przeznaczonych na cele kolekcjonerskie oraz na inne cele, skup złota i wymianę zniszczonych środków płatniczych; 5) krajowym instytucjom pieniądza elektronicznego, oddziałom unijnych instytucji pieniądza elektronicznego, oddziałom zagranicznych instytucji pieniądza elektronicznego, agentom rozliczeniowym, krajowym instytucjom płatniczym, biuram usług płatniczych, oddziałom unijnych instytucji płatniczych oraz działającym na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej agentom tych podmiotów; 6) firmom inwestycyjnym, bankom powierniczym; 7) zagranicznym osobom prawnym prowadzącym na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej działalność maklerską oraz towarowe domy maklerskie; 8) Krajowemu Depozytowi Papierów Wartościowych SA – w zakresie, w jakim prowadzi rachunki papierów wartościowych lub rachunki zbiorcze; 9) podmiotom prowadzącym działalność w zakresie gier losowych, zakładów wzajemnych i gier na automatach oraz gier na automatach o niskich wygranych; 10) zakładom ubezpieczeń w zakresie ubezpieczeń na życie, w tym ubezpieczycielom krajowym, głównym oddziałom ubezpieczycieli z państwa niebędącego członkiem Unii Europejskiej, oddziałom ubezpieczycieli z państwa członkowskiego Unii Europejskiej, pośrednikom ubezpieczeniowym w zakresie ubezpieczeń na życie, chyba że za ich działania odpowiedzialność ponosi ubezpieczyciel; 10) funduszom inwestycyjnym, towarzystwom funduszy inwestycyjnych; 11) spółdzielczym kasom oszczędnościowo-kredytowym oraz Krajowej Spółdzielczej Kasie Oszczędnościowo-Kredytowej; 12) operatorom pocztowym; 13) notariuszom w zakresie czynności notarialnych dotyczących obrotu wartościami majątkowymi, adwokatom wykonującym zawód, radcom prawnym wykonującym zawód poza stosunkiem pracy w urzędach obsługujących organy administracji rządowej i jednostkach samorządu terytorialnego, prawnikom zagranicznych świadczącym pomoc prawną poza stosunkiem pracy, biegłym rewidentom wykonującym zawód, doradcom podatkowym wykonującym zawód; 14) podmiotom prowadzącym działalność w zakresie usług prowadzenia ksiąg rachunkowych; 15) podmiotom prowadzącym działalność w zakresie wymiany walut; 16) przedsiębiorcom prowadzącym: domy aukcyjne, antykwariaty, działalność factoringową, działalność w zakresie obrotu metalami lub kamieniami szlachetnymi i półszlachetnymi, sprzedaży komisowej lub pośrednictwa w obrocie nieruchomościami; 17) fundacjom; 18) stowarzyszeniom posiadającym osobowość prawną, które przyjmują płatności w gotówce o wartości równej lub przekraczającej równowartość 15000 euro, również w drodze więcej niż jednej

operacji; 19) przedsiębiorcom przyjmującym płatności za towary w gotówce o wartości równej lub przekraczającej równowartość 15000 euro, również gdy należność za określony towar jest dokonywana w drodze więcej niż jednej operacji.

Instytucje obowiązane są enumeratywnie wyliczone w ustawie. Jak wskazuje A. Domasiewicz, wprowadzenie katalogu zamkniętego, zamiast listy kryteriów, było krytykowane, gdyż istniała możliwość obejścia ustawy przez wykorzystanie, do celów wprowadzenia do obrotu finansowego funduszy uzyskanych z przestępstwa, podmiotów gospodarczych świadczących usługi finansowe wykorzystujące zasadę swobody umów. Rozważano więc możliwość utworzenia, oprócz katalogu zamkniętego, także klauzuli generalnej podającej kryteria, według których do katalogu instytucji obowiązanych zaliczałoby się także instytucje niewymienione w katalogu. Ostatecznie decydującym okazało się założenie, że z punktu widzenia takich kryteriów do grupy instytucji obowiązanych należałyby także te, które ustawodawca z rozmysłem wyłączył z katalogu z powodów niemożliwości dokonywania przez nie prania pieniędzy. Utrzymano zatem katalog zamknięty, do którego dopisywane są kolejne instytucje, jeżeli istnieje wysokie ryzyko prania pieniędzy z ich wykorzystaniem²⁷.

Na instytucje obowiązane ustawa o przeciwdziałaniu prania pieniędzy nakłada wiele zadań. Najważniejszymi z nich są:

- prowadzenie rejestru określonych transakcji;
- typowanie transakcji podejrzanych i kierowanie zawiadomień o uzasadnionym podejrzeniu popełnienia przestępstwa z art. 299 k.k. do Generalnego Inspektora Informacji Finansowej;
- udzielanie odpowiednich informacji Generalnemu Inspektorowi Informacji Finansowej na jego żądanie;
- wykonywanie właściwych czynności w przypadku decyzji o wstrzymaniu transakcji podejrzanej lub blokadzie rachunku²⁸.

Rejestr transakcji, do którego prowadzenia zobowiązane są instytucje obowiązane, składa się z trzech elementów w ramach zgłaszanych transakcji:

- pojedynczych, a więc wszystkich, które przekraczają kwotę 15000 euro;
- powiązanych, które polegają na kilku operacjach, jeżeli okoliczności wskazują, że są ze sobą powiązane, czyli realizowane poniżej kwoty 15000 euro (mają być zgłaszane po osiągnięciu tej kwoty);

²⁷ A. Domasiewicz, *Przeciwdziałanie praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu. Komentarz*, LEX nr 8524.

²⁸ J.W. Wójcik, *Przeciwdziałanie przestępczości...*, s. 338.

- innych transakcji (podejrzanych), jeśli okoliczności wskazują, że środki służące do ich przeprowadzenia mogą pochodzić z nielegalnych lub nieujawnionych źródeł, bez względu na ich wartość i charakter²⁹.

Ustawa o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy w przepisach art. 15 i 15a określa także tzw. jednostki współpracujące, które w granicach swoich ustawowych kompetencji zobowiązane są do współdziałania z Generalnym Inspektorem Informacji Finansowej w zakresie zapobiegania przestępstwom prania pieniędzy i finansowaniu terroryzmu. Katalog tych instytucji nie ma charakteru zamkniętego. Przykładowo można wymienić: 1) Komisję Nadzoru Finansowego; 2) Narodowy Bank Polski; 3) Najwyższą Izbę Kontroli; 4) organy ścigania i wymiaru sprawiedliwości, w szczególności Policję, sądy, prokuraturę, Agencję Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencję Wywiadu, a także Centralne Biuro Antykorupcyjne; 5) inne jednostki podległe lub nadzorowane przez ministra właściwego do spraw wewnętrznych i administracji (np. Straż Graniczną); 6) Służbę Kontrwywiadu Wojskowego i Wywiadu Wojskowego podległą Ministerstwu Obrony Narodowej; 7) instytucje podległe Ministrowi Finansów (organy kontroli skarbowej, służby celne)³⁰.

5.2. Ustawa karna

Polska ustawa karna penalizuje proceder prania brudnych pieniędzy. Przepis art. 299 § 1 k.k. statuuje, że „Kto środki płatnicze, papiery wartościowe lub inne wartości dewizowe, prawa majątkowe albo mienie ruchome lub nieruchome, pochodzące z korzyści związanych z popełnieniem czynu zabronionego, przyjmuje, przekazuje lub wywozi za granicę, pomaga do przenoszenia ich własności lub posiadania albo podejmuje inne czynności, które mogą udaremnić lub znacznie utrudnić stwierdzenie ich przestępnego pochodzenia lub miejsca umieszczenia, ich wykrycie, zajęcie albo orzeczenie przepadku, podlega karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 8”. Tej samej karze podlega ten, kto będąc pracownikiem banku, instytucji finansowej lub kredytowej albo innego podmiotu, na którym z mocy przepisów prawa ciąży obowiązek rejestracji transakcji i osób dokonujących transakcji, przyjmuje w gotówce, wbrew przepisom, pieniądze lub inne wartości dewizowe, dokonuje ich transferu lub konwersji albo przyjmuje je w innych okolicznościach wzbudzających uzasadnione podejrzenie, że stanowią one przedmiot czynu określonego w § 1, albo świadczy inne usługi mające ukryć ich przestępne pochodzenie lub usługi w zabezpieczeniu przed zajęciem (art. 299 § 2 k.k.).

²⁹ Ibidem, s. 340.

³⁰ Ibidem, s. 339-340.

Przepisy art. 299 k.k. chronią prawidłowe funkcjonowanie obrotu finansowego oraz interesy majątkowe osób pokrzywdzonych przestępstwem, z którego pochodzą brudne wartości majątkowe, i podmiotów, za pośrednictwem których podjęta zostaje próba ich zalegalizowania. Ochronie podlega także wymiar sprawiedliwości przed utrudnianiem ustaleń zmierzających do odzyskania korzyści majątkowych pochodzących z czynów zabronionych³¹.

Podmiotem przestępstwa z art. 299 § 1 k.k. jest każda osoba zdolna do odpowiedzialności karnej (przestępstwo powszechne), w tym sprawca czynu, z którego pochodzą brudne wartości majątkowe³². Znamiona czynu zabronionego określonego w art. 299 § 2 k.k. mogą natomiast zostać wypełnione jedynie przez pracownika banku, instytucji finansowej lub kredytowej albo innego podmiotu, na którym z mocy prawa ciąży obowiązek rejestracji transakcji i osób ich dokonujących, a także przez osobę działającą w imieniu lub na rzecz takiego podmiotu (przestępstwo indywidualne właściwe)³³.

Przestępstwo prania brudnych pieniędzy może zostać popełnione z winy umyślnej w zamiarze zarówno bezpośrednim jak i ewentualnym³⁴.

Prawodawca oprócz typu podstawowego (art. 299 § 1 i § 2 k.k.) wyróżnił również typ kwalifikowany przestępstwa prania brudnych pieniędzy, który występuje w przypadku popełnienia tego czynu zabronionego w porozumieniu z innymi osobami (art. 299 § 5 k.k.) lub w sytuacji osiągnięcia znacznej korzyści majątkowej przez osobę współdziałającą lub samego sprawcę (art. 299 § 6 k.k.)³⁵.

Ustawodawca przewiduje ponadto szczególną postać czynnego żalu (art. 299 § 8 k.k.). Przepis ten zapewnia bezkarność sprawcy, który ujawnia organom ścigania informacje dotyczące uczestników przestępstwa i okoliczności jego popełnienia, jeżeli zapobiegło to popełnieniu innego przestępstwa. Jeśli sprawca czynił starania zmierzające do ujawnienia informacji i okoliczności, sąd stosuje nadzwyczajne złagodzenie kary³⁶.

Uwagi końcowe

Problem prania brudnych pieniędzy nie jest zjawiskiem nowym, lecz nadal aktualnym. Proces globalizacji, rozwój technologiczny, wielość instrumentów finansowych oraz swoboda przepływu kapitału (np. pomiędzy państwami człon-

³¹ M. Gałązka, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), Warszawa 2012, s. 1242.

³² Ibidem, s. 1243.

³³ M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, LEX nr 8591.

³⁴ Ibidem.

³⁵ L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 2010, s. 342.

³⁶ Ibidem.

kowskimi Unii Europejskiej) ułatwiają dokonywanie czynności służących legalizowaniu dochodów osiągniętych w sposób niezgodny z przepisami prawa.

Zjawisko prania pieniędzy nierzadko ma charakter ponadnarodowy. W ramach współpracy międzynarodowej podjęto wiele inicjatyw organizacyjnych i prawnych, których zadaniem było uniemożliwienie korzystania z systemu finansowego w celu prania brudnych pieniędzy. Warty podkreślenia są działania podejmowane przez Radę Europy, Organizację Narodów Zjednoczonych, a także Grupę Specjalną ds. Przeciwdziałania Praniu Pieniędzy (FATF). Nie wolno również zapominać o rozwiązaniach płynących z dyrektyw Parlamentu Europejskiego i Rady Unii Europejskiej.

Regulacje prawnomiędzynarodowe w zakresie przeciwdziałania praniu pieniędzy należy ocenić pozytywnie. Ich wdrożenie do porządku prawnego poszczególnych państw jest zatem nie tylko zasadne, ale wręcz pożądane.

Na pozytywne noty zasługuje także obecny system zapobiegania praniu brudnych pieniędzy przewidziany przez prawodawcę polskiego. Za właściwe należy uznać w szczególności nałożenie (przez ustawę o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu) obowiązku uczestnictwa w wykrywaniu i zapobieganiu praniu pieniędzy na tzw. instytucje obowiązane. Aby instytucje te mogły skutecznie wykonywać zobowiązania ustawowe, niezbędne jest merytoryczne przygotowanie pracowników przez nie zatrudnionych. Muszą oni posiadać specjalistyczną wiedzę, która umożliwia między innymi prawidłową rejestrację danych transakcji oraz typowanie transakcji podejrzanych.

Aktualnie obowiązujący system przeciwdziałania praniu pieniędzy w Polsce wydaje się kompletny. Ustawodawca przewiduje zarówno mechanizmy zmierzające do zapobiegania oraz wykrywania prania brudnych pieniędzy, jak również sankcje za niedostosowanie się do dyspozycji przepisów zabraniających tego procederu. Z uwagi na coraz nowsze metody popełniania przestępstwa prania brudnych pieniędzy, warunkiem *sine qua non* efektywności systemu przeciwdziałania praniu pieniędzy jest systematyczna nowelizacja przepisów prawa (aby były szybką odpowiedzią na „kreatywność” przestępców). Istotne jest także szkolenie pracowników instytucji obowiązanych oraz jednostek współpracujących mające na celu odpowiednie ich przygotowanie do wykonywania zobowiązań ustawowych.

Bibliografia

- Bieniek B., *Pranie pieniędzy w prawie międzynarodowym, europejskim oraz polskim*, Warszawa 2010.
- Domasiewicz A., *Przeciwdziałanie praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu*, Komentarz, LEX nr 8524.
- Gardocki L., *Prawo karne*, Warszawa 2010.

- Górniok O., *Podstawy karania procederu prania pieniędzy w obowiązujących i projektowanych przepisach polskiego prawa karnego*, „Biuletyn Centrum Europejskiego Uniwersytetu Warszawskiego” 1993, nr 3.
- Grześkowiak A., Wiak K., *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2012.
- Grzywacz J., *Pranie pieniędzy, metody, raje podatkowe, zwalczanie*, Warszawa 2011.
- Mozgawa M. (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, LEX nr 8591.
- Pływaczewski E., *Pranie brudnych pieniędzy. Możliwości przeciwdziałania z uwzględnieniem roli systemu bankowego*, Toruń 1993.
- Pływaczewski E., *Przeciwdziałanie praniu brudnych pieniędzy z perspektywy międzynarodowej*, „Państwo i Prawo” 2002, nr 8.
- Wójcik J.W., *Pranie pieniędzy. Kryminologiczna i kryminalistyczna ocena transakcji podejrzanych*, Warszawa 2002.
- Wójcik J.W., *Przeciwdziałanie przestępczości zorganizowanej. Zagadnienia prawne, kryminologiczne i kryminalistyczne*, Warszawa 2011.
- Żołna M.M., *Zjawisko prania brudnych pieniędzy w prawie Unii Europejskiej*, „Edukacja Prawnicza” 2006, nr 10 (82).

Akty prawne

- Konwencja Narodów Zjednoczonych z 20 grudnia 1988 r. o zwalczaniu nielegalnego obrotu środkami odurzającymi i substancjami psychotropowymi* (Dz.U. z 1995 r. nr 15, poz. 69).
- Konwencja nr 141 Rady Europy z 8 listopada 1990 r. o praniu, ujawnianiu, zajmowaniu i konfiskacie dochodów pochodzących z przestępstwa* (Dz.U. z 2003 r. nr 46, poz. 394).
- Konwencja Rady Europy z 16 maja 2005 r. o praniu, ujawnianiu, zajmowaniu i konfiskacie dochodów pochodzących z przestępstwa oraz o finansowaniu terroryzmu* (Dz.U. z 2008 r. nr 165, poz. 1028).
- Dyrektywa 2005/60/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 26 października 2005 r. w sprawie przeciwdziałania korzystaniu z systemu finansowego w celu prania pieniędzy oraz finansowania terroryzmu* (Dz.U. L 309 z 25.11. 2005).
- Ustawa z 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny* (Dz.U. nr 88, poz. 553 ze zm.).
- Ustawa z 16 listopada 2000 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu* (Dz.U. z 2014, poz. 455 ze zm.).

Netografia

www.csp. edu.pl

Streszczenie

Artykuł porusza problematykę prania brudnych pieniędzy. Autor przedstawia definicję „prania brudnych pieniędzy”, a także etapy i metody prania pieniędzy. Opisuje sposoby przeciwdziałania praniu pieniędzy w prawie międzynarodowym oraz prawie polskim. Ponadto dokonuje oceny aktualnego systemu zapobiegania działaniom zmierzającym do legalizacji dochodu osiąganego w sposób niezgodny z przepisami prawa.

Summary

The article is devoted to problem of money laundering. The author presents the stages and methods of money laundering. He discusses the methods of prevention of money laundering in international law and Polish legislation.

Człowiek – najlepsza inwestycja

Projekt jest współfinansowany ze środków Unii Europejskiej
w ramach Europejskiego Funduszu Społecznego.

Publikacja jest dystrybuowana bezpłatnie.

ISBN 978-83-63634-03-2