



Warszawa, 6 maja 2024 r.

Opinia
Ośrodka Badań, Studiów i Legislacji
Przy Krajowej Radzie Radców Prawnych
dotycząca projektu ustawy o zmianie niektórych ustaw w celu deregulacji prawa
gospodarczego i administracyjnego oraz doskonalenia zasad opracowywania prawa
gospodarczego

Uwaga ogólna w zakresie tytułu projektu – Opracował Dr Jacek Piecha, Katedra Prawa i Postępowania Administracyjnego, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Warszawski

Przed przystąpieniem do oceny rozwiązań szczegółowych, należy zwrócić uwagę na pewną wątpliwość dotyczącą samego tytułu opiniowanego Projektu ustawy. Mianowicie zgodnie z tytułem Projektu celem jego uchwalenia jest m. in. „deregulacja prawa gospodarczego i administracyjnego”. Należy jednak zwrócić uwagę, że tytuł ten, zawiera pewien błąd natury semantycznej. Otóż, Projekt zakłada deregulację określonych gałęzi prawa, podczas gdy prawo nie jest przedmiotem deregulacji. Prawo jest bowiem nośnikiem określonych norm, które oddziałują na dane stosunki. A zatem przedmiotem regulacji (a w istocie reglamentacji) jest określony rodzaj stosunków czy działalności¹. Innymi słowy, mówiąc, że coś trzeba uregulować, odnosimy się do określonego wycinka rzeczywistości społecznej, a nie do prawa w znaczeniu przedmiotowym (nikt nie mówi o tym, że trzeba uregulować np. prawo gospodarcze). Deregulacja zaś jest procesem, w którym dany rodzaj działalności, uprzednio poddany regulacji (reglamentacji prawnej), staje się wolny (w całości lub w części) od obostrzeń czy też pewnych ciężarów uprzednio nałożonych przez państwo poprzez regulację prawną. Przedmiotem

¹ Por. B. Mitnick, *Deregulation as a process of organizational reduction*, Public Administration Review, vol. 38, nr 4/1978, s. 350.

regulacji/deregulacji są więc określone sfery życia społecznego². Prawo więc, samo w sobie nie może być więc przedmiotem deregulacji.

Takie sformułowanie tytułu Projektu, narusza w mojej ocenie §16 pkt 3 w zw. z §18 ust. 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej” (tekst jedn. Dz. U. z 2016 r. poz. 283). Zgodnie z przywołanymi przepisami, w tytule ustawy zamieszcza się „ogólne określenie przedmiotu ustawy” (§16) ale „w sposób adekwatnie informujący o jej treści”. W przypadku przedłożonego do opinii Projektu, tytuł zawiera w sobie nieścisłość o charakterze semantycznym, co powinno zostać skorygowane na etapie dalszych prac legislacyjnych. Można rozważyć tytuł nawiązujący do deregulacji „niektórych sfer działalności gospodarczej” albo „obrotu gospodarczego”.

Projektowane przepisy dotyczące Papierów Wartościowych – opracował dr hab. Artur Nowacki, prof. UW, Katedra Prawa Handlowego, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Warszawski

1. Projektowane przepisy przewidują zmianę Kodeksu cywilnego (KC) w zakresie regulacji papierów wartościowych (art. 3 pkt 4 projektowanej ustawy). W tym zakresie dokonują one implementacji ustawy modelowej UNCITRAL o elektronicznych zbywalnych dokumentach. Następuje to poprzez regulację w KC “papierów wartościowych na nośniku elektronicznym”.
2. Mimo braku obowiązku implementacji ustawy modelowej, regulacja tej problematyki w KC jest pożądana, a Polska byłaby jednym z pierwszych krajów na świecie, który przyjąłby taką regulację (w tym drugim w Europie po Wielkiej Brytanii). Jednocześnie oznacza to, że regulacja ta może w praktyce wyprzedzać potrzeby obrotu. Jest tak szczególnie dlatego, że potrzeby te materializują się obecnie głównie w zakresie papierów wartościowych, często poddawanych skądinąd właśnie prawu angielskiemu.

² W taki sposób ujmuje się deregulację w literaturze. Por. np. R. Crandall, *Deregulation: The U.S. Experience*, Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft 139/1983, s. 419 i n.; R. Horowitz, *Understanding deregulation, Theory and Society*, vol. 15 nr 1-2/1986, s. 148 i n.

3. Ze względu na ograniczone możliwości sięgnięcia w kontekście regulacji tej problematyki do doświadczeń państw systemu prawa kontynentalnego, nowa regulacja powinna zostać wprowadzona ze szczególną ostrożnością. Być może uzasadniałoby to wydzielenie tej zmiany do osobnego projektu ustawy. Mogłoby to być okazją do szerszej, bardziej pogłębionej dyskusji wokół tej prawdziwie rewolucyjnej zmiany, szczególnie, że projektowaną ustawę w tym akurat zakresie trzeba ocenić bardzo krytycznie.
4. W świetle projektowanych przepisów implementacja ustawy modelowej do prawa polskiego w dużej mierze miałyby nastąpić poprzez wykorzystanie tłumaczenia przepisów tej ustawy na język polski. Jest to podejście nieoptymalne i dlatego należy w to miejsce zasugerować podejście zastosowane w Wielkiej Brytanii, a więc regulację własną, inspirowaną wprawdzie ustawą modelową UNCITRAL, ale dostosowaną pod względem terminologii i przede wszystkim potrzeb i sposobu funkcjonowania praktyki obrotu do lokalnych uwarunkowań. Projektowane przepisy pozostają przy tym mocno niespójne z tradycją KC, co obrazuje np. następujące zdanie: “Dokumentem na nośniku elektronicznym jest informacja sporządzona, przekazana, otrzymana i przechowywana [sic!] w sposób elektroniczny, obejmująca w zasadnych przypadkach również informacje dodatkowe, powiązane lub dołączone [sic!] [...]” (projektowany art. 921(15a) § 3).
5. Należy tutaj dodać, że projektowane przepisy opierają się na tłumaczeniu ustawy modelowej, które w wielu elementach trzeba określić jako istotnie wadliwe (przykładem jest kluczowy art. 10 ustawy modelowej, do czego przyjdzie jeszcze wrócić). Skutkuje to tym, że są one w wielu przypadkach niezrozumiałe, a co najmniej bardzo trudno zrozumiałe. Przez to będą one podatne na różne interpretacje, czasami zupełnie odległe od celu tych przepisów na gruncie ustawy modelowej. Co więcej, z obszernej regulacji ustawy modelowej skopiowano w ramach projektowanej ustawy jedynie niektóre przepisy, a wybór ten ma charakter arbitralny i jest w wielu miejscach nieuzasadniony. Pominięto bowiem część przepisów o podstawowym znaczeniu dla tej problematyki, jak np. dotyczący zmiany treści dokumentu w postaci elektronicznej art. 16 ustawy modelowej. Z kolei niektóre przepisy, akurat wybrane do implementacji, nie mają na

gruncie prawa polskiego praktycznego znaczenia (np. art. 6 ustawy modelowej).

6. Projektowane przepisy wprowadzają nowe pojęcia: “dokument na nośniku elektronicznym” (projektowany art. 921(15a) § 3 KC) i “papier wartościowy na nośniku elektronicznym” (projektowany art. 921(15a) § 4 KC). Stanowi to niepotrzebne odejście od dotychczasowej konwencji językowej, gdzie KC, obok odwołań do “formy elektronicznej” (co nie jest tutaj relewantne), wspomina o “postaci elektronicznej” (np. o “oświadczeniu woli w postaci elektronicznej” czy, co będzie tutaj relewantne, o “dokumencie w postaci elektronicznej” (art. 81 § 2 KC)). Projektowane pojęcia należy więc konsekwentnie zastąpić odwołaniami właśnie do “dokumentu w postaci elektronicznej” (gdyby to pojęcie było w ogóle potrzebne) oraz przede wszystkim do “papieru wartościowego w postaci elektronicznej”. Jest przy tym skądinąd oczywiste, że papier wartościowy w postaci elektronicznej znajduje się na nośniku elektronicznym.
7. Za wadliwe należy ocenić brzmienie projektowanego art. 921(15a) § 1 KC, jak również fakt, że otwiera on projektowaną regulację. Przepis ten, czytany z osobna, mógłby uzasadniać błędny wniosek, że w każdym przypadku dla powstania papieru wartościowego w postaci elektronicznej wystarczające będzie, aby zamiast złożenia podpisu na dokumencie stanowiącym lub mającym stanowić papier wartościowy, dokument ten został po prostu sporządzony na nośniku elektronicznym i opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Tymczasem kluczowe w tym zakresie wymagania formułuje projektowany art. 921(15a) § 6 KC, znajdujący się dopiero w dalszej części regulacji. Projektowany art. 921(15a) § 1 KC reguluje natomiast kwestię relatywnie drugorzędą, a więc przypadek, gdy ma nastąpić złożenie podpisu na papierze wartościowym. Nie powinien on więc otwierać regulacji.
8. Dlatego warto rozważyć, aby nową regulację rozpoczynał właśnie projektowany art. 921(15a) § 6 KC (przy uwzględnieniu wskazanych niżej zasadniczych zmian w projektowanej treści tego przepisu). Przepis ten powinien stwierdzać, kiedy papier wartościowy może mieć postać elektroniczną. Ujmując to inaczej, powinien on więc określać przesłanki dopuszczalności tego, aby papier wartościowy miał postać elektroniczną (stosując terminologię językową przyjętą w prawie polskim: powinien on

określać przesłanki dopuszczalności tego, aby papier wartościowy “był wystawiany lub emitowany w postaci elektronicznej”, a nie, jak wadliwie stwierdza projekt, znowu niepotrzebnie odchodząc od konwencji językowej: “był sporządzany w formie dokumentu na nośniku elektronicznym”). Kompleksowe oraz dokonane w sposób niebudzący wątpliwości określenie wszystkich przesłanek dopuszczalności wystawienia lub emisji papieru wartościowego w postaci elektronicznej w jednym przepisie i to przepisie otwierającym regulację papierów wartościowych w postaci elektronicznej, zwolniłoby ustawodawcę od osobnego przesądzania dopuszczalności wystawiania lub emisji papierów wartościowych w postaci elektronicznej czy innego przesądzania ekwiwalentności takiej postaci papieru wartościowego wobec papieru wartościowego w “tradycyjnym” dokumencie. Jest to więc sprawa zupełnie kluczowa. Ustawodawcy pozostawałaby więc wówczas (o czym dalej) regulacja w dalszych przepisach KC jedynie strony negatywnej, a więc wskazanie tych przypadków, gdy papier wartościowy, na zasadzie wyjątku, nie mógłby być wystawiany lub emitowany w postaci elektronicznej (czyli nie mógłby mieć postaci elektronicznej).

9. Jeżeli chodzi o przesłanki dopuszczalności wystawiania lub emitowania papieru wartościowego w postaci elektronicznej, ustawodawca powinien (jak wspomniano wyżej, w jednym przepisie otwierającym całą regulację tej problematyki w KC) przewidzieć następujące przesłanki.
10. Po pierwsze, “powinna zostać użyta wiarygodna metoda pozwalająca na jednoznaczne odróżnienie tego dokumentu od innych dokumentów, w tym od kopii tego dokumentu”.

Nie chodzi bowiem tutaj, jak stwierdza projektowany art. 921(15a) § 6 pkt 2 lit. a) KC, o “jednoznaczne oznaczenie dokumentu w celu jego identyfikacji jako papieru wartościowego na nośniku elektronicznym”. Takie brzmienie przepisu mogłoby błędnie sugerować, że wystarczy wskazanie w dokumencie w postaci elektronicznej, że jest to papier wartościowy w postaci elektronicznej (czyli wystarczy jego nazwanie jako papier wartościowy w postaci elektronicznej). Jest to przypadek wadliwego tłumaczenia ustawy modelowej, o czym była już mowa. Kwestia odróżnienia konkretnego dokumentu jako będącego, na zasadzie wyłączności, tym konkretnym papierem

wartościowym jest absolutnie kluczowa, biorąc pod uwagę trafnie zidentyfikowane w projekcie ryzyko kopiowania dokumentu w postaci elektronicznej.

11. Po drugie, “przy zastosowaniu wiarygodnej metody powinno zostać wykluczone dokonanie takiej zmiany tego dokumentu, której dokonanie lub zakres pozostawałyby niemożliwe do wykrycia przy zastosowaniu wiarygodnej metody. Skutki dokonanych zmian dokumentu podlegają ocenie według przepisów regulujących poszczególne typy papierów wartościowych.”.

Chodzi więc o zapewnienie, przy zastosowaniu wiarygodnej metody, niemożności dokonania takich zmian papieru wartościowego w postaci elektronicznej, których dokonanie lub zakres pozostawałyby niemożliwe do wykrycia przy zastosowaniu wiarygodnej metody. Ujmując rzecz inaczej, chodzi o wykluczenie, przy zastosowaniu wiarygodnej metody, czegoś, co w przypadku papieru wartościowego w postaci “tradycyjnego” dokumentu byłoby niewykrywalnym przy zastosowaniu wiarygodnej metody przerobieniem tego dokumentu. Do tego i tylko tego sprowadza się kwestia integralności dokumentu stanowiącego papier wartościowy w postaci elektronicznej, o czym wspomina również ustawa modelowa.

12. Nie wyklucza to natomiast (i zaproponowane w niniejszej opinii alternatywne brzmienie przepisu odpowiednio to uwzględnia) dodawania nowych danych do dokumentu będącego papierem wartościowym w postaci elektronicznej, jak również wykreślenia danych z takiego dokumentu, jeśli tylko fakt dokonania takich zmian i ich zakres (czyli których elementów dokumentu dotyczą) mógłby zostać wykryty przy zastosowaniu wiarygodnej metody. W przypadku wielu typów papierów wartościowych dodawanie do dokumentu nowych danych, jak i wykreślenie niektórych istniejących danych (w tym zmiana niektórych istniejących danych), będzie zjawiskiem normalnym w toku obrotu papierem wartościowym czy wykonywania wynikających z niego uprawnień. Integralność oznacza więc jedynie zapobieganie niewykrywalnym przerobieniom papieru wartościowego. Projektowane przepisy odnośnie do integralności dokumentu nie są przy tym obecnie wystarczająco jasne co do tego, pozostawiając większość swojego sensu poza brzmieniem tych przepisów.

13. W świetle KC zmiany dokumentu będącego papierem wartościowym w postaci elektronicznej powinny móc nastąpić także w ten sposób, że niemożliwe będzie ustalenie wcześniejszej treści tego dokumentu (czyli treści tego dokumentu przed zmian) czy momentu dokonania zmian lub chociażby kolejności ich dokonywania, a nawet ich autorstwa (i zaproponowane w niniejszej opinii alternatywne brzmienie przepisu również odpowiednio to uwzględnia). Oczywiście nie wyklucza to, że w konkretnym przypadku, ze względu na zastosowaną metodę, dokonanie ustaleń w tym zakresie pozostanie możliwe (nie powinno to być przez przepisy KC wymagane, ale także nie powinno być zakazane). Istnienie możliwości ustalenia wcześniejszej treści dokumentu itd. nie powinno więc przesądzać na gruncie KC kwestii dopuszczalności wystawienia lub emisji papieru wartościowego w postaci elektronicznej. Ujmując tę rzecz precyzyjnie: ocena skutków dokonanych zmian (skoro tylko mogą one zostać wykryte, a także może zostać wykryte których elementów dokumentu dotyczą) pozostawiona jest przepisom regulującym poszczególne typy papierów wartościowych. Z przepisów tych może więc wynikać np. że zmiana niedatowana będzie bezskuteczna lub nieważna, czy że zmiana niepodpisana będzie bezskuteczna lub nieważna, czy że konieczne jest pod rygorem bezskuteczności lub nieważności utrwalenie w papierze wartościowym kolejności dokonywanych zmian, w każdym wypadku tak samo, jak by to było w razie analogicznych zmian papieru wartościowego w postaci “tradycyjnego” dokumentu. Tak jak w przypadku papieru wartościowego w postaci “tradycyjnego” dokumentu, również w przypadku papieru wartościowego w postaci elektronicznej możliwe powinno więc być wprowadzenie zmian, które będą nieważne lub nieskuteczne lub które pociągną za sobą nawet nieważność samego papieru wartościowego (utrata przez niego mocy prawnej). Jeżeli kontrolujący papier wartościowy w postaci elektronicznej będzie więc chciał np. zmienić w jego treści wysokość wynikającego z niego zobowiązania pieniężnego, wiarygodna metoda stosowana w związku z wydaniem lub emisją tego papieru w postaci elektronicznej wcale nie musi mu tego uniemożliwić, ale powinna pozwolić na ustalenie, że zmiana w tym zakresie miała miejsce. Nie musi ona natomiast koniecznie pozwalać na ustalenie, jaka była wcześniejsza treść dokumentu w tym zakresie, czy też go, kiedy i przez kogo taka zmiana dokumentu została dokonana. Sama zmiana będzie natomiast podlegała ocenie

na gruncie przepisów regulujących dany typ papieru wartościowego, tak jak podlegałyby im analogiczna zmiana treści papieru wartościowego w postaci “tradycyjnego” dokumentu dokonana długopisem czy flamastrem przez posiadacza tego papieru wartościowego.

14. Ponadto konieczne jest zastrzeżenie w projektowanym przepisie, że skutki dokonanych zmian podlegają ocenie na gruncie przepisów regulujących poszczególne typy papierów wartościowych. Projektowany przepis nie powinien więc w żadnym wypadku być odczytywany jako przesądzenie dopuszczalności dokonywania konkretnych zmian w treści papieru wartościowego, ani przesądzenie ważności i skuteczności takich zmian. Skutkiem zmian może więc w ostatecznym rachunku być na gruncie tych odrębnych przepisów nawet i nieważność papieru wartościowego w postaci elektronicznej (utrata przez niego mocy prawnej), tak jak utrata przez papier wartościowy mocy prawnej może być skutkiem analogicznych zmian dokonanych w papierze wartościowym w postaci “tradycyjnego” dokumentu.
15. Z tej perspektywy jeszcze raz krytycznie trzeba się odnieść do projektowanych art. 921(15a) § 6 pkt 2 lit. c) oraz § 7 KC. Kwestia integralności dokumentu powinna zostać w nowych przepisach szczegółowo i w sposób jasny przedstawiona, aby uniknąć wątpliwości, tym bardziej, że, jak wskazano, z istoty papier wartościowy w postaci elektronicznej może podlegać częstym zmianom w swojej treści.
16. Po trzecie, “jeżeli przepisy wymagają złożenia podpisu na dokumencie, to papier wartościowy w postaci elektronicznej powinien zostać opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym”.

Przesłanka ta konsumuje wymaganie wskazane osobno w projektowanym art. 921(15a) § 1 KC. Jest jednak, jak się wydaje, jaśniej wyrażona niż projektowane obecnie brzmienie tego ostatniego przepisu. Skądinąd wzmianka w projektowanym art. 921(15a) § 1 KC o złożeniu podpisu “dla zachowania jakiegokolwiek formy” jest nadmiarowa, skoro wymaganie złożenia podpisu na papierze wartościowym może w prawie polskim stanowić tylko wymaganie formy pisemnej.

Ustawodawca nie powinien wymagać w każdym przypadku podpisania papieru wartościowego w postaci elektronicznej przez wystawcę lub emitenta, skoro wiarygodna metoda może pozwolić na ustalenie w inny sposób kto złożył dane oświadczenie.

Ustawodawca nie powinien też formułować wymagania wskazania w jakim charakterze składany jest podpis na papierze wartościowym w postaci elektronicznej, skoro w razie braku stosownej wskazówki w treści podpisywanego dokumentu, stosowne wyjaśnienie może wynikać z przepisów regulujących dany typ papieru wartościowego.

17. Po czwarte, “powinna zostać użyta wiarygodna metoda pozwalająca na zapewnienie wyłącznej kontroli posiadacza nad tym papierem wartościowym oraz na przeniesienie przez niego takiej kontroli na nabywcę lub na obowiązanego z tytułu tego papieru wartościowego”.

Należy więc postawić wymaganie nie tylko zapewnienia, przy użyciu wiarygodnej metody, wyłącznej kontroli posiadacza nad tym papierem wartościowym (a więc również wyłącznej kontroli w stosunku do poprzedniego uprawnionego z danego papieru wartościowego), ale i możliwości przeniesienia przez niego takiej wyłącznej kontroli. Z mocy dalszych projektowanych przepisów powinno to być odpowiednikiem przeniesienia posiadania papieru wartościowego, jak również odpowiednikiem jego wydania. Przeniesienie wyłącznej kontroli nad papierem wartościowym może też być odpowiednikiem tego, co w przypadku papieru wartościowego w postaci “tradycyjnego” dokumentu jest zwrotem dokumentu przy spełnieniu świadczenia czy innym wykonaniu swojego obowiązku przez obowiązanego z tytułu papieru wartościowego.

Obowiązanym z tytułu papieru wartościowego będzie najczęściej (ale nie w każdym przypadku) wystawca lub emitent tego papieru wartościowego (np. mógłby nim być ponadto akceptant weksła). Najczęściej będzie chodziło o dłużne papiery wartościowe, a więc obowiązanym z papieru wartościowego będzie dłużnik. Nie będzie tak jednak zawsze.

18. Po piąte, “powinna zostać użyta wiarygodna metoda pozwalająca na jednoznaczną

identyfikację posiadacza papieru wartościowego co najmniej w momencie, na który posiadanie papieru wartościowego ma znaczenie dla realizacji uprawnień z tego papieru wartościowego, w tym jego zbycia, a także powinna być możliwa jednoznaczna identyfikacja posiadacza papieru wartościowego wymagana zgodnie z innymi odrębnymi przepisami”.

19. Konieczne jest zapewnienie (przy użyciu wiarygodnej metody) jednoznacznej identyfikacji posiadacza papieru wartościowego nie tylko wobec obowiązanego z tytułu tego papieru wartościowego (w zakresie, w jakim jest to konieczne dla realizacji uprawnień z papieru wartościowego w postaci elektronicznej - patrz niżej), ale także zapewnienie identyfikacji posiadacza zgodnie z odrębnymi przepisami, szczególnie prawa publicznego. Te ostatnie mogą wymagać takiej identyfikacji np. ze względu na potrzeby związane z przeciwdziałaniem prania brudnych pieniędzy czy finansowania terroryzmu, czy ze względu na ochronę interesów fiskalnych państwa. Odrębne przepisy mogą także określać metodę mającą pozwalać na taką identyfikację, gdzie niewystarczająca będzie wówczas dowolna wiarygodna metoda identyfikacji.
20. Dopuszczalne powinno pozostawać wystawianie lub emitowanie papierów wartościowych w postaci elektronicznej na okaziciela, a więc takich, które nie pozwalają w każdym momencie na identyfikację posiadacza przez obowiązanego z papieru wartościowego. Obecnie projektowane brzmienie przepisów na to nie pozwala (projektowany art. 921(15a) § 8 KC). Identyfikacja powinna być zapewniona co najmniej na moment, na który posiadanie papieru wartościowego ma znaczenie dla realizacji uprawnień z tego papieru wartościowego, co nie oznacza koniecznie momentu realizacji tych uprawnień (np. dla realizacji konkretnego uprawnienia konieczne może być w świetle przepisów regulujących dany typ papierów wartościowych posiadanie papieru wartościowego na jakiś dzień wcześniejszy, tzw. record date).
21. Wymaganie możliwości identyfikacji posiadacza wykracza poza wymaganie zapewnienia wyłącznej kontroli posiadacza nad papierem wartościowym, ponieważ wyłączna kontrola posiadacza nie musi umożliwiać jego identyfikacji przez inną osobę ani nawet umożliwiać identyfikacji się posiadacza wobec innej osoby (ujawnienia się

posiadacza wobec innej osoby jako takiego posiadacza).

22. Niejasne jest brzmienie projektowanego art. 921(15a) § 8 KC w zakresie wymagania możliwości identyfikacji posiadacza jako osoby kontrolującej. Osoba kontrolująca jest bowiem posiadaczem i wobec tego nie musi być jako taki dodatkowo identyfikowana, oraz odwrotnie: posiadacz jest zawsze osobą kontrolującą. Nie oznacza to koniecznie, że posiadacz będzie osobą uprawnioną z papieru wartościowego w postaci elektronicznej (tak samo jak w przypadku papieru wartościowego w postaci “tradycyjnego” dokumentu posiadacz papieru wartościowego nie zawsze jest osobą uprawnioną z tego papieru wartościowego). Projektowane brzmienie jest w tym zakresie niejasne.
23. Zapewnienie wyłącznej kontroli posiadacza nad tym papierem wartościowym (przy użyciu wiarygodnej metody), jak również możliwość zidentyfikowania posiadacza (również przy użyciu wiarygodnej metody), nie powinna (jak według obecnego brzmienia projektowanych przepisów) być kwestią dopuszczalności posiadania papieru wartościowego w postaci elektronicznej, ale powinna być przesłanką dopuszczalności wystawienia lub emisji papieru wartościowego w takiej postaci. Nie powinno bowiem móc dojść do wystawienia lub emisji papieru wartościowego w postaci elektronicznej, jeżeli w ogóle nie jest możliwe spełnienie przesłanek koniecznych do jego posiadania (w odróżnieniu od niemożności spełnienia przesłanek posiadania papieru wartościowego przez konkretną osobę w konkretnych okolicznościach). Tak jest zresztą na gruncie ustawy modelowej, w której art. 10 ust. 1 lit. b) wymaga zastosowania wiarygodnej metody zapewnienia, że dokument może być przedmiotem kontroli (może podlegać kontroli) od momentu jego powstania aż do momentu, kiedy dokument przestaje wywoływać jakiegokolwiek skutki czy traci ważność. Wymaganie to zostało przetłumaczone w sposób całkowicie niezrozumiały w projektowanym § 6 ust. 2 lit. b) KC. Brzmienie tego ostatniego przepisu sugeruje, aby pod kontrolą pozostawały ważność i inne istotne cechy dokumentu. Mogłoby to być odczytywane jako odnoszące się do czegoś zupełnie innego: do weryfikacji ważności papieru wartościowego, w szczególności ustalenia jego zgodności z prawem. Jest to jeden z przykładów wadliwego tłumaczenia ustawy modelowej, wypaczającego jej sens.

24. Stosowanie przepisów KC o papierach wartościowych w postaci elektronicznej powinno zostać wyłączone w każdym przypadku, gdy niedopuszczalne jest wystawienie lub emisja tego papieru wartościowego w postaci “tradycyjnego” dokumentu. Papier wartościowy w postaci elektronicznej ma bowiem być alternatywą w stosunku do papieru wartościowego w postaci “tradycyjnego” dokumentu. Projektowane wyłączenie (art. 921(15a) § 2 KC), obejmujące papiery wartościowe stanowiące instrumenty finansowe w rozumieniu przepisów odrębnych, jest w związku z tym z jednej strony za wąskie, a z drugiej za szerokie.
25. I tak w wielu przypadkach projektowanych przepisów KC o papierach wartościowych w postaci elektronicznej nie będzie się stosowało już dlatego, że przedmiotowym papierem wartościowym nie będzie wcale jakiś dokument posiadany przez uprawnionego (obojętnie, dokument w postaci elektronicznej, czy dokument w postaci “tradycyjnej”), ale będzie określony zapis np. w jakimś rejestrze czy na jakimś rachunku (np. w rejestrze akcjonariuszy prostej spółki akcyjnej czy spółki akcyjnej). Chociażby ten rejestr czy ten rachunek był prowadzony w postaci elektronicznej, a więc i sam, będący wówczas papierem wartościowym, zapis w takim rejestrze czy na takim rachunku również miałby postać elektroniczną, nie będzie to nigdy papier wartościowy w rozumieniu projektowanych przepisów.
26. Z drugiej strony trzeba jednak uwzględnić, że definicja papierów wartościowych w ustawie o obrocie instrumentami finansowymi (art. 3 pkt 1 tej ustawy) jest bardzo szeroka. Obejmuje ona wszystkie zbywalne papiery wartościowe, wyemitowane na podstawie właściwych przepisów prawa polskiego lub obcego (w tym weksle i czek, które są objęte tą definicją chociaż z mocy art. 1 ust. 2 nie stosuje się do nich ustawy o obrocie instrumentami finansowymi), a także prawa pochodne. W tym kontekście konsekwentnie trzeba byłoby uznać, że projektowane przepisy, wobec tak szerokiego wyłączenia ich zastosowania w projektowanym art. 921(15a) § 2 KC, stosowałyby się wyłącznie do niezbywalnych papierów wartościowych. Jest to niewątpliwie niezamierzone przez projektodawcę, prowadząc do tego, że nowe przepisy byłyby w praktyce martwe.

27. Dlatego należy w miejsce proponowanego brzmienia art. 921(15a) § 2 KC zaproponować, aby zamiast projektowanego rozwiązania, wyłączenie stosowania projektowanych przepisów objęło papiery wartościowe “niemogące mieć formy dokumentu” (sic! “niemogące mieć” a nie “niemające”). Pozycjonowałyoby to papier wartościowy w postaci elektronicznej jako powoływaną już wcześniej alternatywę wobec papieru wartościowego w postaci “tradycyjnego” dokumentu posiadanego przez uprawnionego.
28. W świetle wcześniejszych uwag, w tym proponowanych tutaj zmian do projektowanego art. 921(15a) § 6 KC, cały projektowany art. 921(15a) § 4 KC staje się zbędny. Kwestia zmian dokumentu będącego papierem wartościowym w postaci elektronicznej powinna być wyjaśniona w kontekście wymagania integralności tego dokumentu w kontekście dopuszczalności wystawiania lub emitowania papierów wartościowych w postaci elektronicznej. Konieczne jest więc uzyskanie w projekcie klarowności tych przepisów, co może zostać osiągnięte tylko przy wyjaśnieniu stawianych w związku z tym wymagań w jednym miejscu oraz w sposób kompleksowy.
29. Za zbędny należy też uznać projektowany art. 921(15a) § 5 KC. Żaden przepis nie zakazuje zawierania dodatkowych postanowień w dokumencie będącym papierem wartościowym w postaci “tradycyjnego” dokumentu, co oczywiście rozciągnie się na jego ekwiwalent w postaci papieru wartościowego w postaci elektronicznej. Nie każdy przepis ustawy modelowej zasługuje więc na przeniesienie do prawa polskiego, skoro istotny jest także kontekst systemowy nowej regulacji.
30. Należy zaproponować zastąpienie projektowanego art. 921(15a) § 8 KC w następujący sposób: “ilekroć w przepisach mowa jest o posiadaniu papieru wartościowego, w przypadku papieru wartościowego w postaci elektronicznej należy przez to rozumieć wyłączną kontrolę nad papierem wartościowym sprawowaną przy użyciu wiarygodnej metody, a przez posiadacza papieru wartościowego należy w przypadku papieru wartościowego w postaci elektronicznej rozumieć osobę sprawującą taką wyłączną kontrolę nad papierem wartościowym”. Obecne brzmienie projektowanego przepisu nie jest wystarczająco jasne.

31. Tak samo należy zaproponować zastąpienie projektowanego art. 921(15a) § 9 KC w następujący sposób: “ilekroć w przepisach mowa jest o przeniesieniu posiadania papieru wartościowego lub o wydaniu papieru wartościowego, w przypadku papieru wartościowego w postaci elektronicznej należy przez to rozumieć przeniesienie przy pomocy wiarygodnej metody wyłącznej kontroli nad papierem wartościowym”.

Konieczne jest więc nie tylko zrównanie przeniesienia wyłącznej kontroli nad papierem wartościowym z przeniesieniem posiadania tego papieru wartościowego, ale także z wydaniem papieru wartościowego, które jest jedną z postaci przeniesienia posiadania. Niektóre przepisy o papierach wartościowych wymagają bowiem konkretnie wydania a nie poprzestają na przeniesieniu posiadania papieru wartościowego w dowolny sposób. Tymczasem nie powinno być wątpliwości, że spełnienie takich wymagań będzie wówczas możliwe także w razie wystawienia lub emisji papieru wartościowego w postaci elektronicznej.

32. Należy także zaproponować rozważenie dodania następującego przepisu jako osobnego paragrafu projektowanej regulacji art. 921(15a) KC: “Nabycie praw lub obowiązków z papieru wartościowego w postaci elektronicznej stanowi akceptację przez nabywcę stosowanej metody jako wiarygodnej, chyba że nie była i nie mogła ona być mu znana w momencie powstania jego uprawnienia lub obowiązku a rażąco odbiega ona od tego, co według stanu na moment wystawienia lub emisji papieru wartościowego jest wiarygodną metodą. Nie dotyczy to konsumenta. Oceny, co stanowi wiarygodną metodę, dokonuje się zawsze według stanu na moment wystawienia lub emisji papieru wartościowego.”. Brak takiego przesądzenia, przy wielokrotnym odsyłaniu w projektowanych przepisach do wiarygodnej metody (patrz niżej), spowoduje zapewne, że nowe przepisy pozostaną martwe. Zarówno wystawcy czy emitenci, jak i inne osoby, nie będą bowiem chcieli przyjmować na siebie ryzyka, że infrastruktura techniczna związana z funkcjonowaniem danego papieru wartościowego w postaci elektronicznej nie w pełni odpowiada wiarygodnej metodzie. Zaproponowane brzmienie może więc pozwolić z jednej strony na utrzymanie neutralności technologicznej nowej regulacji i tym samym jej otwartości na rozwój technologii, a z drugiej odpowiednio zaadresować ryzyko z tym związane dla uczestników obrotu.

33. Tak samo konieczne jest (i brakuje w obecnym projekcie) przesądzenie, że zmiany wiarygodnej metody już po wystawieniu lub emisji papieru wartościowego nie mają wpływu na ten papier wartościowy.
34. Dodatkowo możliwe jest rozważenie dodania przez ustawodawcę, w ramach nowej regulacji, także przepisu pozwalającego, w określonym zakresie i na określonych zasadach, na jednostronną modernizację infrastruktury technicznej związanej z funkcjonowaniem już wcześniej (czyli przed taką modernizacją) wystawionych lub wyemitowanych papierów wartościowych w postaci elektronicznej. Chodzi o to, aby w ten sposób umożliwić uwzględnienie zmian, jakie nastąpiły w zakresie wiarygodnej metody już po wystawieniu lub emisji danego papieru wartościowego (czyli uwzględnić postęp technologiczny).
35. Projektowane przepisy wielokrotnie odwołują się do powszechnie uznanej metody, zamiast do wiarygodnej metody (jak w ustawie modelowej oraz jak w proponowanych tutaj zmianach do projektowanej ustawy). Odwołanie do powszechnie uznanej metody w praktyce zamyka drogę do stosowania nowych technologii, skoro każda nowa technologia wymaga czasu zanim zostanie powszechnie uznana. W dużej mierze uznanie i to powszechne dotyczyć więc może co najwyżej technologii dojrzałej. Tymczasem można zaryzykować twierdzenie, że w świetle obecnego rozwoju prawa papierów wartościowych w postaci elektronicznej i obrotu takimi papierami, do powszechnego uznania jakiś metod może dojść dopiero w perspektywie wielu lat. Kluczowa i wystarczająca powinna więc być wiarygodność technologii (a nie jej wiek czy powszechna pozytywna rozpoznawalność). Te same problemy projektowane obecnie brzmienie przepisów rodzić będzie zresztą za każdym razem, kiedy w dziedzinie papierów wartościowych w postaci elektronicznej będą się pojawiały nowe technologie zastępujące dotychczasowe.

Projektowane przepisy dotyczące Leasingu - Opracował dr hab. Artur Nowacki, prof. UW,
Katedra Prawa Handlowego, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Warszawski

1. Projektowane przepisy przewidują zmianę KC w zakresie regulacji leasingu. Obejmują

one zastąpienie wymagania, dla zawarcia umowy leasingu, zachowania formy pisemnej pod rygorem nieważności formą dokumentową bez zastrzeżenia takiego rygору (art. 3 pkt 1 projektowanej ustawy), a ponadto przewidują dopuszczenie dla dokonywania pewnych innych czynności w związku z umową leasingu zachowania, obok formy “na piśmie”, także formy dokumentowej lub formy elektronicznej (art. 3 pkt 2 o 3 projektowanej ustawy).

2. Liberalizację wymagania formy dla zawarcia umowy leasingu należy uznać za rozwiązanie trafne, jednak tylko przy zastrzeżeniu sankcji nieważności umowy leasingu w razie niezachowania formy dokumentowej. Nie ma uzasadnionego powodu, aby umożliwiać ważne zawarcie umowy leasingu bez zachowania chociażby formy dokumentowej. Zastrzeżenie sankcji nieważności umowy leasingu w razie niezachowania tej formy nie będzie przy tym stanowiło istotnej przeszkody przy zawieraniu umów leasingu. Ze względu na ich obszerność i skomplikowanie nie są to bowiem umowy, które mogłyby być w praktyce zawierane bez posłużenia się dokumentem zawierającym co najmniej oświadczenie woli jednej ze stron. Pozwolenie przez ustawodawcę stronom na zawarcie ważnej umowy leasingu bez zachowania formy dokumentowej mogłoby, całkowicie wbrew interesom tych stron, prowadzić następnie do niepotrzebnych sporów odnośnie do treści zawartej umowy, a także do sporów co do ewentualnego dokonania i treści uzupełnień lub zmian tej umowy (dla których stosownie do art. 77 § 1 KC forma dokumentowa również nie byłaby wówczas potrzebna pod rygorem nieważności). Sankcja nieważności, nie stanowiąc więc istotnego utrudnienia dla praktyki obrotu, zapewnia każdej ze stron większe bezpieczeństwo prawne, eliminując niepewność.

Do tej pory z brakiem zastrzeżenia przez ustawodawcę sankcji nieważności w razie niezachowania wymaganej formy czynności prawnej mieliśmy do czynienia najczęściej tam, gdzie ustawodawca historycznie wymagał zastrzeżenia aż formy pisemnej. Wymaganie takie było często wprowadzane w okresie przed regulacją przez ustawodawcę formy dokumentowej. Z jednej strony ustawodawca wysyłał więc stronom jasny sygnał co do tego, jaką według niego formę powinny one zachować przy zawieraniu umowy (czyli formę pisemną). Z drugiej próbował on osłabić ten, rodzący

praktyczne problemy, rygoryzm formy brakiem wprowadzenia sankcji nieważności na wypadek niezachowania tej formy. Wobec projektowanego przejścia przy zawieraniu umowy leasingu z wymagania formy pisemnej na mniej uciążliwe wymaganie formy dokumentowej, tego rodzaju kompromis nie jest już potrzebny.

3. Odnośnie natomiast do zmian przewidzianych w art. 3 pkt 2 do 3 projektowanej ustawy, należy je uznać za trafne, szczególnie w związku z liberalizacją wymagania formy odnośnie do samego zawarcia umowy leasingu, jednak tylko przy poprawnym sformułowaniu nowych przepisów. W prawie polskim obowiązuje bowiem zasada zastępowalności form prawnych słabszych formami silniejszymi. Dlatego nie ma potrzeby stwierdzania w projektowanych przepisach, że stosowne oświadczenie wymaga zachowania formy pisemnej, formy dokumentowej lub formy elektronicznej, a wystarczy stwierdzenie, że wymaga ono formy dokumentowej. W takiej sytuacji, i bez osobnego zastrzeżenia w projektowanych przepisach, zachowanie formy pisemnej lub elektronicznej z naddatkiem spełni to wymaganie.

Projektowane przepisy dotyczące Praw Konsumenta - Opracował dr hab. Artur Nowacki,
prof. UW, Katedra Prawa Handlowego, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet
Warszawski

1. Projektowane przepisy przewidują zmianę ustawy o prawach konsumenta polegającą na wskazaniu terminu wykonania przez konsumenta określonych uprawnień (art. 28 projektowanej ustawy).
2. Projektowaną zmianę należy uznać za rozwiązanie trafne. Można jednak rozważyć rozszerzenie przyjętego rozwiązania poprzez wskazanie ponadto terminu na wykonanie przez konsumenta innych uprawnień w związku z niezgodnością towaru z umową. Chodzi o uprawnienia do złożenia oświadczenia, o którym mowa w art. 43 ust. 1 pkt 1 do 3 ustawy o prawach konsumenta. Projektowane brzmienie przepisu dotyczy bowiem obecnie jedynie złożenia oświadczeń, o których mowa w art. 43 ust. 1 pkt 4 i 5 ustawy o prawach konsumenta. Tymczasem analogiczny termin roczny powinien zostać zastrzeżony i w tych pozostałych przypadkach, z tym, że byłby on wtedy liczony

inaczej, a więc od momentu nabycia przez konsumenta uprawnienia do złożenia takiego oświadczenia. Byłby to więc, zależnie od przypadku, moment odmowy przez przedsiębiorcę doprowadzenia towaru do zgodności z umową, czy moment niedoprowadzenia przez przedsiębiorcę towaru do zgodności z umową zgodnie z art. 43d ust. 4 do 6 ustawy o prawach konsumenta, czy wreszcie moment zaprzestania przez przedsiębiorcę prób doprowadzenia towaru do zgodności z umową. Bez wprowadzenia takiej zmiany sygnalizowany w uzasadnieniu problem częściowo pozostanie, a więc w pewnych okolicznościach konsument będzie właściwie bezterminowo uprawniony do złożenia oświadczenia o obniżeniu ceny lub, przede wszystkim, bo jest to najbardziej problematyczne, o odstąpieniu od umowy.

PROJEKTOWANE PRZEPISY DOTYCZĄCE PRZECIWDZIAŁANIA NADMIERNYM OPÓŹNIENIOM W
TRANSAKCJACH HANDLOWYCH - Opracował dr hab. Artur Nowacki, Prof. UW, Katedra Prawa
Handlowego, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Warszawski

1. Projektowane przepisy przewidują zmianę ustawy o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych. Polega ona na doprecyzowaniu okoliczności naruszenia, które są brane pod uwagę przez Prezesa UOKiK przy ustalaniu wysokości administracyjnej kary pieniężnej w przypadku stwierdzenia przez niego nadmiernego opóźniania się przez stronę postępowania ze spełnianiem świadczeń pieniężnych (art. 27 projektowanej ustawy).
2. Projektowaną zmianę należy uznać za rozwiązanie trafne, jednak przy pewnym skorygowaniu brzmienia projektowanych przepisów. Obecnie projektowane brzmienie pozwala bowiem Prezesowi UOKiK ulgowo potraktować stronę postępowania w każdym przypadku związku pomiędzy z jednej strony nadmiernym opóźnianiem się przez nią ze spełnianiem świadczeń pieniężnych a z drugiej strony nieotrzymaniem lub otrzymaniem przez taką stronę po terminie świadczeń pieniężnych. Projektowany przepis nie różnicuje więc swojego zastosowania zależnie od tego, na jakiej podstawie prawnej świadczenie pieniężne miało zostać spełnione na rzecz strony postępowania. Oznacza to, że ulgowe traktowanie strony postępowania będzie w myśl projektowanego przepisu uzasadnione nawet w razie opóźnienia się wobec takiej strony postępowania



ze spełnieniem świadczenia pieniężnego przez inwestorów takiej strony typu zapłata za nabycie praw udziałowych w podmiocie będącym stroną postępowania, wypłata kwoty pożyczki czy innego finansowania dłużnego itd. Tymczasem takie ulgowe traktowanie powinno być zastrzeżone tylko dla przypadku, gdy nieotrzymanie lub otrzymanie po terminie przez stronę postępowania świadczeń pieniężnych, pozostające z kolei w związku z jej nadmiernym opóźnianiem się ze spełnianiem świadczeń pieniężnych, dotyczyło świadczeń z tytułu transakcji handlowych, do których stosuje się przepisy tej ustawy. Powinno więc chodzić jedynie o zapobieżenie podwójnej “wiktyimizacji” takiej strony postępowania, która sama stała się ofiarą zatorów płatniczych, którym ustawa ma przeciwdziałać, co spowodowało z kolei nadmierne opóźnianie się przez taką stronę postępowania ze spełnieniem świadczeń pieniężnych, za co groziłoby jej ukaranie karą administracyjną przez Prezesa UOKiK.

3. Ponadto należy postulować, aby brzmienie przepisu konsekwentnie pozwalało na ulgowe traktowanie strony postępowania także w razie związku pomiędzy z jednej strony nadmiernym opóźnianiem się przez nią ze spełnianiem świadczeń (tutaj trafnie liczba mnoga), a z drugiej strony nieotrzymaniem lub otrzymaniem po terminie przez stronę postępowania chociażby pojedynczego świadczenia pieniężnego. O ile bowiem dla nałożenia kary przez prezesa UOKiK słusznie konieczna jest pewna uporczywość działania strony postępowania polegająca na niespełnianiu świadczeń (liczba mnoga), o tyle przyczyną tego, uzasadniającą ulgowe potraktowanie przez prezesa UOKiK, powinno być także nieotrzymanie lub otrzymanie z opóźnieniem przez stronę postępowania chociażby nawet jednego świadczenia pieniężnego, byle o odpowiednio dużej wysokości, wystarczającej, aby spowodować u strony postępowania zator płatniczy.

Zmiany w Prawie Wekslowym - Opracował dr hab. Artur Nowacki, prof. UW, Katedra Prawa Handlowego, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Warszawski

1. Projektowane przepisy przewidują wprowadzenie do ustawy - Prawo wekslowe (dalej jako **pr. wekslowe**) regulacji weksla w postaci elektronicznej (określanego jako “elektroniczny weksel”), w tym wprowadzenia w przepisach wykonawczych wzoru takiego weksla oraz wzoru innych czynności dokonywanych na takim wekslu (art. 1 pkt 1 projektowanej ustawy). “Elektroniczny weksel” byłby wekslem w rozumieniu pr. wekslowego (art. 1 pkt 1 projektowanej ustawy), z zastrzeżeniem niestosowania do niego przepisów pr. wekslowego o odpisach i wtóropisach weksla (art. 1 pkt 2 do 4 projektowanej ustawy).
2. Na wstępie należy zwrócić uwagę na usterkę w art. 1 pkt 3 projektowanej ustawy, którym projektodawca chciał zapewne dokonać zmiany nie art. 88 pr. wekslowego, ale art. 89 pr. Wekslowego, a sama zmiana miała zapewne polegać na wprowadzeniu do niego nie zdania trzeciego, ale zdania czwartego. Wyłączyłoby ono stosowanie do “elektronicznego weksla” zdania drugiego i trzeciego art. 89 (a nie zdania pierwszego i drugiego art. 88 pr. wekslowego). Zmiana ta miałaby być konsekwencją braku istnienia odpisów i wtóropisów “elektronicznego weksla”, do których odwołują się właśnie przepisy art. 89 pr. wekslowego.
3. Zamiast określenia “elektroniczny weksel” zgrabniejsze wydawałoby się określenie “weksel elektroniczny”. Wprowadzenie tego pojęcia jest jednak w ogóle zbędne, skoro, jak wskazano dalej, cała projektowana regulacja może zostać znacznie okrojona (rezygnacja z projektowanych nowych art. 10b i 10c pr. wekslowego oraz ze zdania drugiego art. 10a pr. wekslowego) a w projektowanych zmianach w zakresie art. 68a, art. 88 i art. 89 pr. wekslowego wystarczyłoby napisać, zamiast “elektronicznego weksla”, po prostu “weksla w postaci elektronicznej”. Zwalniałoby to całkowicie z konieczności wprowadzania definicji. Jest to przy tym wystarczająco skrótowe i poręczne określenie.
4. Projektowany art. 10a pr. wekslowego nie powinien odwoływać się do

sporządzenia weksla. Pr. wekslowe stanowi jedynie o sporządzeniu odpisu weksla, tudzież o sporządzeniu protestu, ale w kontekście weksla używa określenia “wystawienie weksla” (i dalej “wystawca weksla” a nie “sporządzający weksel”). Przepis ten mógłby więc brzmieć krótko np. “Weksel może być wystawiony także w postaci elektronicznej”.

5. Nie jest jasna potrzeba wprowadzenia urzędowych formularzy weksla elektronicznego oraz innych czynności wekslowych dotyczących takiego weksla (szczególnie, że - i trafnie - nie przewiduje się posługiwania tymi formularzami w konkretnym systemie teleinformatycznym utrzymywanym przez państwo, jak to np. jest z niektórymi określonymi przepisami wzorami czynności korporacyjnych jak umowa spółki czy jej statut). Jeśli już tworzyć takie wzory, niejasne byłoby też pozostawienie poza tymi formularzami weksli wystawianych w postaci “tradycyjnego” dokumentu (projektowane przepisy przewidują bowiem zastosowanie formularzy tylko do “elektronicznych weksli”). Ponadto trudność sprawiłoby niewątpliwie przewidzenie w tych formularzach wszystkich możliwych kombinacji, jeśli chodzi o treść weksla czy treść czynności wekslowych, co powoduje, że szczególnie krytycznie należy ocenić przymus posługiwania się formularzami w przypadku wystawienia weksla w postaci elektronicznej. W konsekwencji tego wszystkiego należy postulować zaniechanie projektowanych zmian polegających na wprowadzeniu art. 10b i 10c pr. wekslowego.

6. Niezależnie od wcześniejszych uwag do tego przepisu, można zauważyć, że projektowany art. 10a pr. wekslowego pozostaje niespójny z terminologią projektowanej ustawy w zakresie regulacji KC dotyczącej papierów wartościowych “na nośniku elektronicznym”. Przepis odwołuje się bowiem do weksla “w postaci elektronicznej” (a nie, konsekwentnie z projektowaną regulacją KC: weksla “na nośniku elektronicznym”). Pozostawałoby to natomiast spójne z terminologią postulowaną w niniejszej opinii, gdzie postulowane jest konsekwentne zastąpienie w projektowanych przepisach KC (art. 921(15a) KC) odwołań “na nośniku elektronicznym” właśnie przez “w postaci elektronicznej” (papier wartościowy “w postaci elektronicznej” a nie papier wartościowy “na nośniku elektronicznym”).

7. Zbędny jest projektowany art. 10a zd. 2 pr. wekslowego. Skoro bowiem zd. 1 tego artykułu przesądzi dopuszczalność wystawiania weksla w postaci elektronicznej, nie ma już potrzeby wskazywania, że przez weksel należy rozumieć także weksel w postaci elektronicznej. Przesądzenie takie może natomiast wywoływać wątpliwości w przypadku innych typów papierów wartościowych, gdzie nie ma i nie projektuje się takiego dodatkowego zrównania papierów wartościowych danego typu “w postaci elektronicznej” z papierami wartościowymi danego typu w postaci “tradycyjnego” dokumentu.

8. Osobną kwestią pozostają zmiany w infrastrukturze wymiaru sprawiedliwości, które byłyby konieczne, aby zapewnić funkcjonalną ekwiwalentność weksli w postaci elektronicznej, szczególnie w postępowaniu nakazowym.

Zmiany w Prawie wekslowym - Opracował r.pr. dr hab. Marcin Dziurda, prof. UW, Katedra Postępowania Cywilnego, Uniwersytet Warszawski

Projekt przewiduje wprowadzenie możliwości sporządzenia weksla w formie elektronicznej (art. 10a-10c ustawy z dnia 28 kwietnia 1936 r. – Prawo wekslowe³).

Propozycję tę, co do zasady, należy ocenić pozytywnie. Kluczowe jest jednak, czy rozporządzenie wydane na podstawie art. 10c Prawa wekslowego rzeczywiście będzie zapewniać bezpieczeństwo obrotu.

Zmiany w Prawie wekslowym – Opracował r. pr. dr Maciej Bieszczad

Uwagi dot. Art. 1 pkt 1

1. Brzmienie Projektu ustawy o zmianie niektórych ustaw w celu deregulacji prawa gospodarczego i administracyjnego oraz doskonalenia zasad opracowywania prawa gospodarczego z dnia 5 kwietnia 2024 r. (dalej: Projekt) w kształcie zaproponowanym przez Projektodawcę uniemożliwia weryfikację tego, czy możliwa będzie realizacja instytucji

³ Dz.U. z 2022 r. poz. 282.

prawa wekslowego, które związane są ściśle z materialną formą weksla oraz ze ściśle sformalizowanymi zasadami jego sporządzania (zob. np. art. 13 ust. 2 ustawy Prawo wekslowe tj. z dnia 21 grudnia 2021 r. Dz. U. z 2022 r. poz. 282, dalej: PrWeksl oraz art. 31 ust. 3 PrWeksl – miejsce umieszczenia podpisu na wekslu warunkuje to, czy jego złożenie będzie równoznaczne z indosowaniem weksla *in blanco* [podpis umieszczony na odwrotnej stronie weksla lub na przedłużku], czy z udzieleniem poręczenia; art. 23 PrWeksl – ustanowienie terminu umownego do przyjęcia weksla musi nastąpić na wekslu i musi być objęte podpisem tego, kto termin ustanowił; art. 25 ust. 1 PrWeksl – miejsce umieszczenia podpisu na wekslu warunkuje to, czy trasat skutecznie przyjmie weksel; art. 88 PrWeksl – miejsce napisania protestu warunkuje skuteczność jego złożenia). Ocena możliwości zastosowania wszystkich instytucji prawa wekslowego do weksla, który miałby być sporządzony i podpisany w formie elektronicznej, wymaga przedstawienia przez Projektodawcę rozwiązań technicznych (technologicznych), które według Projektodawcy mają zostać określone w akcie wykonawczym. Należałoby jednak rozważyć, czy zmiany, które mają wynikać z elektronicznej formy weksla, nie są zagadnieniami na tyle istotnymi (bo decydującymi o ważności lub nieważności weksla, o powstaniu zobowiązania wekslowego, ewentualnie o innych skutkach, których przykłady wymieniono wyżej), że należy umieścić je w ustawie, a nie w akcie rangi podustawowej (zob. § 25 ust. 1 Załącznika do Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie „Zasad techniki prawodawczej” tj. z dnia 29 lutego 2016 r. Dz. U. z 2016 r. poz. 283 odnośnie do zawartości ustawy). Oznaczone rozwiązania techniczne będą mieć dla projektowanej nowelizacji znaczenie bardzo istotne przede wszystkim ze względu na to, że weksel jest dokumentem o ściśle sformalizowanej konstrukcji, który powoduje powstanie zobowiązania w rezultacie ścisłego przestrzegania wymaganych przez prawo formalności⁴.

2. W przekonaniu opiniującego wprowadzenia weksla w formie elektronicznej uwarunkowane jest zapewnieniem rozwiązań technicznych, które zapewnią pełną skuteczność i stosowalność obowiązujących przepisów PrWeksl. Poprawa środowiska prawnego i instytucjonalnego oraz wprowadzenie uproszczeń odnoszących się do działalności gospodarczej (a taki jest cel i potrzeba ustawy) nie może powodować, że przyczyny techniczne

⁴ Zob. L. Bagińska, M. Czarnecki, *Komentarz do art. 1 PrWeksl* [w:] L. Bagińska, M. Czarnecki, *Prawo wekslowe. Komentarz*, Legalis 2018, nb 2.

(technologiczne) ograniczać będą skuteczność instytucji prawnych uregulowanych przez PrWeksl, które w prawie niezmienionym kształcie obowiązują od blisko osiemdziesięciu lat.

3. Brzmienie Projektu w zaproponowanym kształcie uniemożliwia weryfikację tego, czy możliwa będzie skuteczna ochrona uprawnień osób zobowiązanych wekslowo przez wyeliminowanie z obrotu prawnego weksla w wersji elektronicznej w rezultacie spełnienia świadczenia przez zobowiązanego wekslowo. Dotychczasowa forma weksli gwarantowała unikatowość dokumentów kreujących zobowiązanie wekslowe (przez zachowanie formy pisemnej i wymóg własnoręcznego podpisu), a uprawnienie do domagania się fizycznego wydania weksla wystarczająco chroniło interes zobowiązanego. W proponowanej nowelizacji brak jest rozwiązań, które zagwarantują zobowiązanemu wekslowo skutek równoważny temu, który powstaje na skutek zwrotu weksla zobowiązanemu wekslowo (zob. art. 39 PrWeksl i żądanie wydania weksla pokwitowanego przez posiadacza przy zapłacie). Rozwiązania te są obecnie uregulowane w PrWeksl i trudno wyobrazić sobie przyczyny, z których rozwiązania tego samego rodzaju, z tym że przewidziane dla weksla sporządzonego i podpisanego w formie elektronicznej, miałyby znaleźć się w akcie rangi podustawowej. Przede wszystkim o umieszczeniu regulacji dotyczących tożsamyh instytucji w różnych aktach prawnych nie powinna decydować forma, w jakiej wystawiany jest weksel.
4. Brzmienie przepisu art. 10a Projektu jest nie do pogodzenia z brzmieniem przepisu art. 1 pkt 8 PrWeksl oraz art. 101 pkt 7 PrWeksl. Projektodawca sformułował nieprecyzyjną definicję „elektronicznego weksla”, wskazując, że weksel może być sporządzony także w postaci elektronicznej; ilekroć w ustawie jest mowa o wekslu należy przez to rozumieć weksel w postaci elektronicznej, chyba że ustawa stanowi inaczej. Dla usunięcia wątpliwości w definicji weksla elektronicznego należałoby rozważyć, czy definicja nie powinna zawierać informacji o dopuszczalności jego sporządzenia w postaci elektronicznej oraz o dopuszczalności jego podpisania w formie elektronicznej, z przynajmniej rodzajowym określeniem rodzaju tego podpisu. Konieczność kazuistycznego i precyzyjnego oznaczenia sposobu dokonania podpisu wynika ze szczególnego formalizmu koniecznego przy sporządzaniu weksli (między innymi ze względu na zdatność weksli do kreowania zobowiązań abstrakcyjnych, oderwanych od *causy*, a także z różnorodnych skutków prawnych,

jakie może wywołać czynność konwencjonalna w postaci złożenia na wekslu podpisu, np. może skutkować indosowaniem weksła, poręczeniem za zobowiązanie wekslowe, przyjęciem weksła przez trasata, oprotestowaniem weksła). Potrzeba wyraźnego wskazania, że weksel może być sporządzony oraz podpisany w wersji elektronicznej wynika też z tego, że przepis art. 78¹ § 2 ustawy Kodeks cywilny tj. z dnia 2 sierpnia 2023 r. (Dz. U. z 2023 r. poz. 1610, forma elektroniczna czynności prawnej)⁵ nie kreuje podtypu formy pisemnej (co mogłoby dawać podstawę do zrównania skutków złożenia na wekslu podpisu własnoręcznego ze skutkami złożenia na nim podpisu elektronicznego), a odrębny typ formy szczególnej⁶. W nauce prawa wskazuje się, że „oświadczenie woli złożone w formie elektronicznej jest równoważne z oświadczeniem woli złożonym w formie pisemnej. Skutki złożenia podpisu elektronicznego są równoznaczne skutkom złożenia podpisu własnoręcznego, ale podpis elektroniczny nie może zastąpić podpisu własnoręcznego. Tak więc, skutki złożenia na wekslu podpisu elektronicznego nie są równoznaczne skutkom złożenia podpisu własnoręcznego ponieważ przesłanką konieczną zachowania formy pisemnej w prawie wekslowym jest złożenie podpisu własnoręcznego, na wekslu. Także na wekslu *in blanco* podpis własnoręczny nie będzie mógł być zastąpiony przez podpis *aa-*wansowany.”⁷. Precyzyjne oznaczenie rodzaju podpisu elektronicznego przyczyni się do usunięcia wątpliwości co do ważności weksła sporządzonego i podpisanego w formie elektronicznej.

5. Niezależnie od tego trzeba wskazać na wątpliwości związane z dopuszczalnością ustanowienia tzw. weksła elektronicznego na gruncie ratyfikowanych umów międzynarodowych, których Rzeczpospolita Polska jest stroną. Rzeczpospolita Polska jest stroną Konwencji w sprawie jednolitej ustawy o wekslach trasowanych i własnych (Dz. U. 1937 nr 26 poz. 175, dalej: Konwencja Genewska). Z Załącznika II do Konwencji Genewskiej (a dokładniej z jego art. 2) wynika, że każda z Wysokich Układających się Stron ma prawo,

⁵ Oświadczenie woli złożone w formie elektronicznej jest równoważne z oświadczeniem woli złożonym w formie pisemnej.

⁶ B. Swaczyna, *Komentarz do art. 781 k.c.* [w:] P. Machnikowski (red.), *Zobowiązania. Przepisy ogólne i powiązane przepisy Księgi I KC. Tom I. Komentarz*, nb 2.

⁷ Zob. L. Bagińska, M. Czarnecki, *Komentarz do art. 1 PrWeksl* [w:] L. Bagińska, M. Czarnecki, *Prawo wekslowe. Komentarz*, Legalis 2018, nb 87

co do zobowiązań, zaciągniętych w materii wekslu trasowanego na jej obszarze, postanowić, w jaki sposób może być zastąpiony sam podpis, byleby tylko urzędowe oświadczenie, wypisane na wekslu trasowanym, stwierdzało wolę tego, kto dał podpis. Rzeczpospolita Polska nie poczyniła stosownego zastrzeżenia, co powoduje, że podpis pod wekslem bez wątpienia powinien być własnoręczny (co powoduje z kolei, że wymogu tego nie będzie spełniał podpis elektroniczny⁸). Może to spowodować, że weksle elektroniczne nie będą traktowane jak weksle w rozumieniu Konwencji Genewskiej, której Rzeczpospolita Polska jest stroną. Załącznikiem nr I do Konwencji Genewskiej jest jednolita ustawa o wekslach trasowanych i własnych, od której jedyne dopuszczalne odstępstwa wyczerpująco określa Załącznik nr II do Konwencji Genewskiej. Na problem ten zwracają uwagę autorzy raportu pt. *„Weksle elektroniczne w technologii blockchain” przygotowanego w ramach Ministerstwa Cyfryzacji, Grupy roboczej ds. rejestrów rozproszonych i blockchain z dnia 7 listopada 2019 r.*” (zob. str. 34 raportu).

Zmiany w Prawie wekslowym – Opracowała r. pr. dr Anna Zalesińska

Uwaga dot. art. 1 pkt 1

1) W ocenie Opiniującej nie ma uzasadnienia do tworzenia osobnego od weksła bytu prawnego w postaci „weksła elektronicznego”, z następujących przyczyn:

a) w pierwszej kolejności termin ten jest użyty właściwie jedynie w kontekście wyłączenia stosowania przepisów ustawy – Prawo wekslowe, które można zastąpić odwołaniem do właściwego artykułu (na marginesie wskazać należy, że w tym samym projekcie w art. 4 pkt 4 pojawia się już sformułowanie odnoszące się do postaci utrwalenia, tj. „weksel na nośniku elektronicznym”, więc sam projekt jako taki jest niespójny wewnętrznie);

b) tworzenie bytów prawnych może powodować wątpliwości w zakresie możliwości korzystania z weksła elektronicznego, jeżeli w innych aktach prawnych nie będzie wprost

⁸ Zob. w tej kwestii M. Czepelak, *Komentarz do art. 1 ustawy Prawo wekslowe* [w:] P. Stec (red.), *Komentarz do ustawy: Prawo wekslowe tj. z dnia 26-1-2016*, (Dz.U. 2016, Nr 26, poz. 160), *Opracowanie redakcyjne na podstawie: Prawo instrumentów finansowych. Tom 4*, Legalis 2016, nb 127.

wskazane, że dotyczy również „weksła elektronicznego”;

c) co do funkcji celu pomiędzy „wekslem elektronicznym” a wekslem nie ma różnic (różnią się jedynie postacią utrwalenia), co tym bardziej podważa sens tworzenia nowego bytu;

d) i wreszcie ustawodawca konsekwentnie nie rozróżnia istniejących instytucji, co do nazwy w przypadku, gdy utrwalanie następuje w postaci elektronicznej. Przykładowo na gruncie przepisów prawa cywilnego (materialnego i procesowego) nie został wyodrębniony osobny byt w postaci dokumentu elektronicznego, pozwu elektronicznego, protokołu elektronicznego, etc. Ustawodawca konsekwentnie referuje jedynie do postaci utrwalenia. Rozróżnienie terminologiczne ma miejsce wtedy kiedy mamy do czynienia z różnymi instytucjami, np. Elektroniczne Postępowanie Upominawcze nie jest postacią elektroniczną postępowania upominawczego, ale odrębnym postępowaniem odrębnym.

Mając na uwadze powyższe w projektowanym art. 10a należałoby zrezygnować ze sformułowania „zwany dalej wekslem elektronicznym”.

2) Brak przedłożenia projektu rozporządzenia, o którym stanowi projektowany art. 10c uniemożliwia odniesienie się bardziej szczegółowo do terminologii i konstrukcji prawnych w zakresie prawa nowych technologii dotyczących weksła sporządzonego w postaci elektronicznych.

Uwaga do art. 4 ust. 4

1) W projekcie istnieje niespójność terminologiczna, która referuje w tym wypadku do „weksła na nośniku elektronicznym”. Niezależnie od samej niespójności, Opiniująca zgłasza uwagi do przyjętej terminologii. W pierwszej kolejności z uwagi na brak projektu Rozporządzenia, o którym mowa w projektowanym art. 10c ustawy – Prawo wekslowe, trudno się odnieść, czy postać elektroniczna weksła zawsze będzie powiązana z nośnikiem informatycznym. Po drugie – jeżeli już – to właściwym terminem jest informatyczny nośnik danych, a nie nośnik elektroniczny (jednym z celów Ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne było uspołnienie terminologii, czego wyrazem jest art. 61 przywołanej ustawy w zakresie dotyczącym

informatycznego nośnika danych). Wreszcie po trzecie właściwym sformułowanie jest odwołanie się wprost do projektowanego art. 10a, tj. weksle/czeki sporządzony w postaci elektronicznej (ewentualnie poprzez dodanie, o którym mowa w art. 10a Prawa wekslowego).

2) Projekt posługuje się sformułowanie „oryginał” weksla (czeku) sporządzonego w postaci elektronicznej. W przypadku plików komputerowych (a technicznie do tego sprowadza się weksel utrwalony w postaci elektronicznej) trudno wskazywać na konkretny „oryginał”. Pierwotny plik można skopiować i wytworzyć nieskończoną ilość kopii (de facto kolejnych oryginałów). Każdy z odbiorców pliku może stworzyć kopię pliku. Mamy zatem wiele oryginałów, chociaż na początku przecież powstał jeden plik. Oryginalnych plików może być nieskończona ilość. Każda kopia pliku jest równa oryginałowi. Nawet przy zastosowaniu sumy kontrolnej, każdy kolejny plik będzie miał identyczną sumę. Pewnym rozwiązaniem jest technologia blockchain, ale z uwagi na brak przepisów technicznych Opiniującej trudno się odnieść w jaki sposób ustawodawca zamierza zabezpieczyć weksel w postaci elektronicznej przed jego nieuprawnionym powieleniem, ani w jaki sposób miałby być oznaczony „oryginał” pliku. Zaproponowane przepisy posługują się sformułowaniami, które mają sens przy wekslach w postaci papierowej, natomiast w świecie dokumentów w postaci elektronicznej wymagają odpowiedniego przeredagowania, by uwzględniać aspekty technologiczne.

Podsumowując w projektowanym przepisie należy uwzględnić terminologię wspólną z rozporządzeniem wydanym na podstawie art. 10 c, przy czym użycie terminu „oryginał” należy uznać wadliwe, co do zasady.

Zmiany w Kodeksie postępowania cywilnego - Opracował r.pr. dr hab. Marcin Dziurda, prof.
UW, Katedra Postępowania Cywilnego, Uniwersytet Warszawski

W art. 4 Projektu przewidziano zmiany w ustawie z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego⁹. Dotyczą one przede wszystkim pozasądowych sposobów rozwiązywania sporów, w szczególności mediacji.

⁹ Dz.U. z 2023 r. poz. 1550 ze zm., k.p.c.

Zmiany w art. 187 k.p.c. wiążą się z wątpliwościami interpretacyjnymi dotyczącymi § 1 pkt 3 tego przepisu, który stanowi obecnie, że pozew powinien zawierać informację, czy strony podjęły próbę mediacji lub innego pozasądowego sposobu rozwiązania sporu, a w przypadku gdy takich prób nie podjęto, wyjaśnienie przyczyn ich niepodjęcia. Dotychczasowe brzmienie przepisu wywołuje wątpliwości, czy niepodanie informacji wymaganych w art. 187 §1 pkt 3 k.p.c. stanowi tego rodzaju brak formalny, którego niezuzupełnienie uzasadnia zwrot pozwu na podstawie art. 130 albo art. 130^{1a} k.p.c.¹⁰

W celu wyeliminowania powyższych wątpliwości w art. 187 k.p.c. ma zostać dodany § 3 – przewidujący, że: „Niespełnienia wymogu, o którym mowa w § 1 pkt 3, nie uznaje się za brak formalny pisma uniemożliwiający nadanie mu prawidłowego biegu”.

Przepis ten powinien się odnosić raczej do braków formalnych pozwu (a nie „pisma”) – skoro został umiejscowiony w art. 187 k.p.c.

Może budzić zastrzeżenia wyraźne regulowanie, że niespełnienia wyraźnie określonych wymagań formalnych nie uznaje się za brak formalny pisma. W ujęciu systemowym może to prowadzić do wniosku, że brak takiego zastrzeżenia w przypadku uregulowanych w innych przepisach wymagań pism procesowych *a contrario*¹¹ uzasadnia stanowisko, że ich niespełnienie stoi na przeszkodzie nadaniu pismu biegu.

Nasuwa się także pytanie, czy art. 187 k.p.c. to właściwe miejsce dla regulacji § 1 pkt 3, skoro niespełnienie wynikającego z tego przepisu wymagania podania informacji, czy strony podjęły próbę mediacji lub innego pozasądowego sposobu rozwiązania sporu, ma jednoznacznie nie stanowić przeszkody do nadania pozwowi biegu.

Wątpliwości może też budzić dodawany w art. 187 k.p.c. nowy § 1¹, z którego ma wynikać, że „informacja, o której mowa w § 1 pkt 3, zawiera w szczególności wskazanie, kiedy i w jaki sposób strony podjęły próbę mediacji lub innego pozasądowego sposobu rozwiązania sporu”. Proponowane uregulowanie art. 187 § 1¹ k.p.c. – wymagające doprecyzowywania, kiedy i w

¹⁰ Uregulowanie art. 130^{1a} k.p.c. ma zastosowanie do strony zastępowanej przez zawodowego pełnomocnika.

¹¹ Nawet biorąc pod uwagę to, że wykładnia *a contrario* (zwłaszcza systemowa) coraz częściej uznawana je za zawodną.

jaki sposób strony podjęły próbę polubownego rozwiązania sporu – nie jest w pełni spójne z art. 187 § 1 pkt 3 k.p.c., w myśl którego w przypadku, gdy takich prób nie podjęto, wystarczy, że pozew zawiera „wyjaśnienie przyczyn ich niepodjęcia”.

Dodanie art. 187 § 1¹ k.p.c. związane jest jednak z proponowanymi zmianami w przepisach dotyczących mediacji, a w szczególności art. 183⁸ k.p.c., w którym mają zostać dodane § 4¹ i § 4², przewidujące, że:

„§ 4¹. Przewodniczący kieruje strony do mediacji albo wzywa strony do udziału w spotkaniu informacyjnym, o którym mowa w § 4, jeżeli w sprawach:

- 1) gospodarczych, z wyjątkiem spraw, o których mowa w art. 458² § 1 pkt 11 i 12,
- 2) innych niż sprawy gospodarcze, w których stroną jest przedsiębiorca,
- 3) z zakresu prawa pracy, za wyjątkiem spraw o uznanie bezskuteczności wypowiedzenia stosunku pracy, o przywrócenie do pracy i przywrócenie poprzednich warunków pracy lub płacy oraz łącznie z nimi dochodzone roszczenia i o odszkodowanie w przypadku nieuzasadnionego lub naruszającego przepisy wypowiedzenia oraz rozwiązania stosunku pracy – pozew nie zawiera informacji albo wyjaśnień, o których mowa w art. 187 § 1 pkt 3.

§ 4². Spotkanie informacyjne, o którym mowa w § 4 i 4¹, może prowadzić sędzia, referendarz sądowy, urzędnik sądowy, asystent sędziego lub stały mediator.”.

Przepisy te przewidują obligatoryjne kierowanie do mediacji w określonych kategoriach spraw, jeżeli pozew nie zawiera informacji albo wyjaśnień, o których mowa w art. 187 § 1 pkt 3 k.p.c. (na temat próby pozasądowego rozwiązania sporu albo przyczyn jej niepodjęcia), przy czym – rzecz jasna – nie będzie obligatoryjne ani podjęcie rozmów ugodowych ani, tym bardziej, zawarcie ugody.

Proponowanie art. 183⁸ § 4¹ i 4² k.p.c. wzorowane są na art. 593 § 2 p.z.p.¹², przewidującym obligatoryjne kierowanie do mediacji w największych sprawach wynikających z umów o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli pozew albo odpowiedź na pozew zamawiającego

¹² Ustawa z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.)

zawiera informację, czy strony podjęły próbę mediacji lub innego polubownego¹³ rozwiązania sporu, a w przypadku gdy takich prób nie podjęto, wyjaśnienie przyczyn ich niepodjęcia. Projekt podobnym uregulowaniem chce objąć sprawy gospodarcze, inne sprawy, w których stroną jest przedsiębiorca oraz niektóre sprawy z zakresu prawa pracy.

Za wprowadzeniem proponowanych regulacji przemawia to, że – jak wynika ze sprawozdań Sądu Polubownego przy Prokuraturii Generalnej¹⁴ – obligatoryjne kierowanie do mediacji spowodowało istotny wzrost liczby zawieranych ugód. Wynika to jednak z przyjętego rozwiązania, w myśl którego strony od razu są (obligatoryjnie) kierowane do mediacji.

W tym kontekście nie przekonuje rozwiązanie zaproponowane w art. 183⁸ § 4² k.p.c., zgodnie z którym sąd będzie mógł kierować strony nie do mediacji, a na spotkanie informacyjne, które może prowadzić m.in. urzędnik sądowy lub asystent sędziego. Budzi wątpliwości zasadność obligatoryjnego kierowania na takie spotkania informacyjne (bez udziału sędziego), na których nie można zawrzeć ugody. Nie zwiększy to raczej liczby zawieranych ugód, a może spowodować przedłużenie postępowań określonych w art. 183⁸ § 4¹ k.p.c.

Wątpliwości budzi także zawarty w powyższym przepisie katalog spraw, w których – w razie braku informacji albo wyjaśnień przewidzianych w art. 187 § 1 pkt 3 k.p.c. – strony będą obligatoryjnie kierowane do mediacji albo na spotkanie informacyjne na jej temat.

Zgodnie z art. 183⁸ § 4¹ k.p.c. ma to dotyczyć spraw „gospodarczych”, z wyjątkiem spraw, o których mowa w art. 458² § 1 pkt 11 i 12 k.p.c. Takie sformułowanie przepisu sugeruje, że obejmuje on nie tylko sprawy rozpoznawane w postępowaniu odrębnym w sprawach gospodarczych, ale także inne sprawy gospodarcze wymienione w art. 458 pkt 1-10 k.p.c. Tymczasem przepis ten obejmuje nie tylko sprawy rozpoznawane (w procesie) w postępowaniu odrębnym w sprawach gospodarczych¹⁵, ale także rozpoznawane w postępowaniu

¹³ Art. 493 § 2 k.p.c. – odmiennie niż art. 187 § 1 pkt 3 k.p.c. – posługuje się pojęciem „polubownego”, a nie pozasądowego rozwiązania sporu.

¹⁴ <https://www.gov.pl/web/sp-prokuratoria/statystyki-sad-polubowny-przy-prokuraturii-generalnej-rp--efektywna-platforma-rozwiazywania-sporow-z-udzialem-podmiotow-sektora-publicznego>; dostęp 22.4.2023 r.

¹⁵ Na temat J. Gudowski w: Kodeks postępowania cywilnego. Koszty sądowe w sprawach cywilnych. Dochodzenie roszczeń w postępowaniu grupowym. Przepisy przejściowe. Komentarz do zmian. Tom I i II, red. Z. Zembruński, Warszawa 2020, tezy 1-2 oraz 28-32 do art. 458(2).

nieprocesowym sprawy o rozstrzygnięcie sporu między organami przedsiębiorstwa państwowego (pkt 8 i 9), a także sprawy z zakresu postępowania upadłościowego i restrukturyzacyjnego (pkt 10). Nie wydaje się, by te ostatnie sprawy szczególnie nadawały się do mediacji. Oceny zatem wymaga prawidłowość zakresu przedmiotowego projektowanego art. 187 § 4¹ pkt 1 k.p.c.

Kontrowersje może budzić także stosowanie art. 183⁸ § 4¹ pkt 2 k.p.c. w postępowaniu z udziałem konsumentów, w którym – stosownie do art. 458¹⁴ § 1 k.p.c. – jedną stroną jest konsument, a drugim przedsiębiorca. Postępowania te mieszczą się zatem w hipotezie projektowanego art. 183⁸ § 4¹ pkt 2 k.p.c. (stroną jest przedsiębiorca). Przy proponowanym brzmieniu art. 183⁸ § 4¹ k.p.c. obligatoryjne kierowanie do mediacji może dotyczyć także konsumenta, o ile jest powodem w postępowaniu z udziałem konsumentów. Może to zostać uznane za utrudnianie konsumentom dochodzenia ich roszczeń.

Odrębna zmiana dotyczy art. 183¹⁴ § 2¹ zd. 1 k.p.c. Przepis ten, wprowadzony 1 lipca 2023 r., stanowi, że jeżeli ugoda dotyczy roszczeń objętych różnymi postępowaniami sądowymi, strony wymieniają w ugodzie te postępowania oraz wskazują sąd, który podejmie czynności przewidziane w § 1 i 2, chyba że prowadziłyby to do naruszenia przepisów o właściwości rzeczowej, mogącego skutkować nieważnością postępowania, lub właściwości wyłącznej.

W uzasadnieniu Projektu stwierdzono, że celem zmian ma być przesądzenia, iż „ugodą mogą być objęte także inne kwestie między stronami niż sprecyzowane już w pismach sądowych i objęte postępowaniami sądowymi”. Powołano się przy tym na wypowiedź M. Skibińskiej¹⁶.

Zmiana ma polegać na rozszerzeniu hipotezy art. art. 183¹⁴ § 2¹ zd. 1 k.p.c. w sposób następujący (dodane fragmenty wytłuszczono):

Jeżeli ugoda dotyczy roszczeń objętych różnymi postępowaniami sądowymi **lub sprawami nieobjętymi postępowaniami sądowymi**, strony wymieniają w ugodzie te postępowania **i sprawy** oraz wskazują sąd, który podejmie czynności przewidziane w § 1 i 2, chyba że

¹⁶ M. Skibińska, „Objęcie ugodą mediacyjną roszczeń nieobjętych pozwem lub objętych różnymi postępowaniami cywilnymi – rozwiązane i nierozwiązane problemy w ustawie z 9.03.2023 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw”, Palestra 2023/8.

prowadziłyby to do naruszenia przepisów o właściwości rzeczowej, mogącego skutkować nieważnością postępowania, lub właściwości wyłącznej.

Zaproponowana redakcja przepisu może budzić wątpliwości. Nie jest jasne, w jakim znaczeniu użyto określenia „sprawa” (nieobjęta postępowaniami sądowymi). Z pewnością nie oznacza to sprawy w znaczeniu postępowania przed sądem. Tymczasem przepisy k.p.c o mediacji (art. 183¹-183¹⁴ k.p.c.) pojęciem sprawy posługują się raczej w kontekście mediacji ze skierowania sądu (w toczącym się już postępowaniu). W odniesieniu do mediacji umownej używają określenia „dokładnie określone żądanie” (art. 183⁷ k.p.c.).

Jak się wydaje, założeniem ustawodawcy było to, żeby w ramach mediacji ze skierowania sądu można było objąć ugodą także żądania nieobjęte (żadnym) postępowaniem sądowym. Nie uregulowano jednak wyraźnie, czy strony – w zakresie wykraczającym poza skierowanie sądu – muszą zawrzeć umowę o mediację. Treść przepisu może prowadzić do wniosku, że projektodawcy przyjęli założenie, iż w opisywanej sytuacji dochodzi do zawarcia umowy o mediację (w zakresie wykraczającym poza skierowanie sądu) w sposób konkludentny. Kwestia ta nie jest jednak oczywista.

Nie rozstrzygnięto przy tym innych wątpliwości przedstawionych przez M. Skibińską, a w szczególności tego, ile mediacji prowadzi sąd i jak powinno kształtować się wynagrodzenie mediatora w razie objęcia ugodą roszczeń objętych postępowaniem sądowym oraz innych roszczeń – postępowaniem sądowym nieobjętych¹⁷.

Przy okazji dokonywanych zmian można byłoby ponadto rozstrzygnąć wątpliwość, czy z art. 98¹ § 1 k.p.c. wynika, że strony mogą umówić się na przyznanie mediatorowi wynagrodzenia wyższego niż maksymalna stawka wynikająca z rozporządzenia wydanego na podstawie [art. 98¹ § 4 k.p.c.](#)¹⁸

¹⁷ Ibidem, s. 187.

¹⁸ Por. M. Dziurda, Kodeks postępowania cywilnego. Praktyczny komentarz do nowelizacji z 2023 roku, Warszawa 2023, tezy 2-5 do art. 98(1); S. Cieślak, Opinia OBSiL KRRP w przedmiocie wykładni art. 98(1) § 1 k.p.c., a w szczególności co do możliwości ustalenia wynagrodzenia umownego mediatora w mediacji ze skierowania sądu, <https://obsil.kirp.pl/aktualnosci/opinia-obsil-krrp-przedmiocie-wykladni-art-981-%C2%A7-1-k-p-c-a-szcze-golnosci-mozliwosci-ustalenia-wynagrodzenia-umownego-mediatora-mediacji-ze-skierowania-sadu/> dostęp 29.04.2024 r.

Zmiany w ustawie o Rzeczniku Małych i Średnich Przedsiębiorców - Opracował r. pr. dr hab. Marcin Dziurda, prof. UW, Katedra Postępowania Cywilnego, Uniwersytet Warszawski

W ustawie z dnia 6 marca 2018 r. o Rzeczniku Małych i Średnich Przedsiębiorców¹⁹ w art. 9 proponuje się dodanie ust. 3 w brzmieniu:

„3. W postępowaniu w sprawie skargi nadzwyczajnej wniesionej przez Rzecznika zgodnie z art. 89 § 2 ustawy z dnia 8 grudnia 2017 r. o Sądzie Najwyższym koszty podlegają wzajemnemu zniesieniu.”

Jest to propozycja wadliwa systemowo. Rzeczywiście, jak wskazano w uzasadnieniu Projektu, w orzecznictwie ujawniły się rozbieżności co do objęcia Rzecznika Praw Obywatelskich ustawowym zwolnieniem od kosztów sądowych.

Jednakże w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 18 października 2023 r., I NZP 1/23²⁰, przyjęto, że:

„W razie wniesienia skargi nadzwyczajnej przez Rzecznika Małych i Średnich Przedsiębiorców koszty postępowania przed Sądem Najwyższym podlegają wzajemnemu zniesieniu”

nadając podjętej uchwale moc zasady prawnej.

Zgodnie z art. 88 ustawy z dnia 8 grudnia 2017 r. o Sądzie Najwyższym²¹ uchwały mające moc zasady prawnej wiążą wszystkie składy Sądu Najwyższego, a jedynie Sąd Najwyższy rozpoznaje skargi nadzwyczajne.

Wprowadzanie zatem przepisu, którego brzemieniem powtarza treść zasady prawnej, należy uznać za zbędne.

Niezależnie od tego wprowadzenie takiego przepisu, dotyczącego jedynie Rzecznika Małych i

¹⁹ Dz.U. z 2023 r. poz. 1668.

²⁰ OSNKN 2023/4 poz. 21.

²¹ Dz.U. z 2024 r. poz. 622.

Średnich Przedsiębiorców, mogłoby w oparciu o wykładnię *a contrario* prowadzić do wniosku, że inne organy uprawnione do wnoszenia skarg nadzwyczajnych (Prezes Prokuratury Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej, Rzecznik Praw Pacjenta, Przewodniczący Komisji Nadzoru Finansowego i Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów) ponoszą koszty postępowania toczącego się na skutek wniesionej przez nie skargi nadzwyczajnej. Należy mieć na względzie, że art. 398¹⁸ k.p.c.²² przewiduje zniesienie kosztów postępowania jedynie w sprawach zainicjowanych przez Prokuratora Generalnego, Rzecznika Praw Obywatelskich lub Rzecznika Praw Dziecka. Jednakże w powołanej z dnia 18 października 2023 r., I NZP 1/23, przyjęto, że do Rzecznika Małych i Średnich Przedsiębiorców art. 398¹⁸ k.p.c. ma zastosowanie. Można to odnosić do innych organów, które na podstawie art. 89 § 2 k.p.c. uprawnione są do wnoszenia skargi nadzwyczajnej. Proponowana zmiana mogłaby skłaniać do odejścia od tej wykładni.

Na marginesie należy dodać, że ustawa o Rzeczniku Małych i Średnich Przedsiębiorców nie jest aktem prawnym, w którym powinno się regulować kwestie kosztów postępowania przed Sądem Najwyższym.

Zmiana w ustawie o prawach konsumenta - Opracował r. pr. dr hab. Marcin Dziurda, prof.
UW, Katedra Postępowania Cywilnego, Uniwersytet Warszawski

Jak przewidziano w art. 28 Projektu, w ustawie z dnia 30 maja 2014 r. o prawach konsumenta²³ w art. 43c ma zostać dodany ust. 4 w brzmieniu:

„4. Żądanie, o którym mowa w art. 43d ust. 1, lub oświadczenia, o których mowa w art. 43e ust. 1 pkt 4 lub 5, konsument może złożyć nie później niż rok od ujawnienia braku zgodności towaru z umową.”.

Tymczasem z art. 11 ust. 2 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/770 z dnia 20 maja 2019 r. w sprawie niektórych aspektów umów o dostarczanie treści cyfrowych i usług

²² Uregulowanie art. 398¹⁸ k.p.c. dotyczy skargi kasacyjnej, ale w myśl art. 95 pkt 1 ustawy o Sądzie Najwyższym do skargi nadzwyczajnej w sprawach cywilnych mają zastosowanie przepisy k.p.c. o skardze nadzwyczajnej.

²³ Dz.U. z 2023 r. poz. 2759.

cyfrowych²⁴ wynika, że: „Jeżeli zgodnie z prawem krajowym przedsiębiorca odpowiada wyłącznie za brak zgodności z umową, który ujawnił się w okresie następującym po dostawie, okres ten nie może być krótszy niż dwa lata od momentu dostawy, bez uszczerbku dla art. 8 ust. 2 lit. b)”. Znajduje to odzwierciedlenie w art. 43c ust. 3 ustawy o prawach konsumentów.

Nie jest zatem jasne, jaka ma być relacja między art. 43 ust. 3 ustawy o prawach konsumentów a projektowanym ust. 4 tego przepisu.

Zmiany w ustawie – Prawo zamówień publicznych - Opracował r. pr. dr hab. Marcin Dziurda, prof. UW, Katedra Postępowania Cywilnego, Uniwersytet Warszawski

W ustawie z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych²⁵ projekt wprowadza istotne zmiany dotyczące postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą. Przewidują one wyraźne różnice w stosunku do postępowania cywilnego, co może wywoływać wątpliwości interpretacyjne. Dotyczy to zwłaszcza rozpraw i posiedzeń zdalnych – przepisy je regulujące zostały zaczerpnięte z Kodeksu postępowania cywilnego, ale w sposób wybiórczy.

Trudności interpretacyjne wynikać mogą także z niespójności terminologicznej zaproponowanych przepisów.

W art. 507 ust. 1 p.z.p. przewidziano, że strona wnosząca pismo przekazuje „pismo albo jego kopię” stronom lub uczestnikom postępowania odwoławczego. Tymczasem z art. 507 ust. 2 p.z.p. wynika, że w przypadku, gdy pismo w postępowaniu odwoławczym jest składane w formie pisemnej podczas rozprawy lub posiedzenia, wnosi się je „z odpisami” dla stron lub uczestników postępowania odwoławczego. Nie wyjaśniono, dlaczego w jednym przepisie mowa o kopii, a w drugim o odpisie.

Z art. 507 ust. 4 p.z.p. ma wynikać, że strona lub uczestnik postępowania odwoławczego powołujący się w piśmie składanym w postępowaniu odwoławczym na dokumenty obowiązany jest dołączyć je do tego pisma, pod rygorem utraty prawa powoływania ich w toku

²⁴ Dz.U.UE.L.2019.136.1.

²⁵ Dz.U. z 2023 r. poz. 1605, p.z.p.

postępowania. Utrata prawa powoływania powinna dotyczyć raczej nie dokumentów, a dowodów z nich wynikających – tym bardziej, że ze znowelizowanego art. 516 ust. 1 pkt 10 p.z.p. ma wynikać, że odwołanie do KIO zawiera „wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz **przedstawienie wszystkich** dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności”. To samo ma dotyczyć odpowiedzi zamawiającego (por. projektowaną zmianę art. 521 ust. 2 p.z.p.).

W art. 508a p.z.p. przewidziano rozprawy i posiedzenia zdalne, a w istocie hybrydowe („pozostałe osoby uczestniczące w zdalnej rozprawie lub zdalnym posiedzeniu, w szczególności strony i uczestnicy postępowania odwoławczego, nie muszą przebywać na sali rozpraw”). Nie uregulowano jednak, kto będzie w nich mógł uczestniczyć zdalnie, a kto będzie musiał wziąć udział stacjonarnie. Regulację taką zawierają obowiązujące od 15 lutego 2024 r. art. 151 § 3-6 k.p.c.

Z kolei art. 535 § 2 k.p.c. ma otrzymać brzmienie: „W przypadku gdy wcześniejsze pozyskanie dowodów na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej nie było możliwe lub **konieczność ich powołania wynikła w toku postępowania odwoławczego**, strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać te dowody do zamknięcia rozprawy”. Druga z tych przesłanek egzoneracyjnych jest węższa niż jej odpowiednik w k.p.c. (potrzeba powołania wynikła później). Nie wyjaśniono, jaki jest cel tego zróżnicowania.

Rozwiązania dotyczące przepisów ustawy Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi – Opracowali: dr Jacek Piecha, Katedra Prawa i Postępowania Administracyjnego, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Warszawski;
r. pr. prof. dr hab. Rafał Stankiewicz, Katedra Prawa i Postępowania Administracyjnego, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Warszawski;

1) Nowelizacja art. 52 § 3 PPSA

W art. 20 Projektu zawarto propozycję nowelizacji PPSA. Zgodnie z pkt 1 tego przepisu

proponuje się nowelizację brzmienia art. 52 § 3 PPSA. Proponowana zmiana ma charakter doprecyzowujący poprzez jednoznaczne wskazanie, że w przypadku, w którym stronie postępowania administracyjnego przysługuje wniosek o ponowne rozpatrzenie sprawy w przypadku postanowienia – strona ta może wnieść skargę na takie postanowienie bez wyczerpania środków zaskarżenia w postępowaniu administracyjnym. Innymi słowy, skarga może zostać wniesiona bez wykorzystania instytucji ponownego rozpatrzenia sprawy, o której mowa w art. 127 § 3 KPA w zw. z art. 144 KPA. Przedmiotowa propozycja ma tylko charakter doprecyzowujący, albowiem w orzecznictwie sądoadministracyjnym, w zasadzie od początku dodania do art. 52 PPSA omawianego § 3 (tj. od 2017 r.) prezentowany był pogląd, że w przypadku, w którym w administracyjnym toku instancji, wobec postanowienia przysługuje wniosek o ponowne rozpatrzenie sprawy, to oznacza to, że strona może wnieść skargę na postanowienie bez skorzystania z tego środka, zgodnie z art. 52 § 3 PPSA (por. Postanowienie NSA z 11 maja 2018 r., sygn. I OSK 1154/18, LEX 2489744; Postanowienie NSA z 15 maja 2018 r., sygn. I OSK 1437/18, LEX2489627).

Pomimo tego, w ocenie sporządzającego niniejszą opinię, zmiana taka powinna zostać oceniona pozytywnie. Wynika to z faktu, że w literaturze przyjmuje się pogląd, w świetle którego „Możliwość złożenia skargi do sądu administracyjnego bezpośrednio na rozstrzygnięcie organu pierwszej instancji, z pominięciem kontroli rozstrzygnięcia tego organu w toku instancji, to wyjątek od zasady składania skargi od decyzji (rozstrzygnięć), w stosunku do których wyczerpano środki zaskarżenia (art. 52 § 1 i 2 PPSA). Wyjątku tego nie można interpretować rozszerzająco”²⁶. A zatem w świetle wykładni językowo-logicznej, uprawniony byłby (jest) pogląd odmienny od zaprezentowanego we wspomnianych orzeczeniach, jakoby w przypadku postanowień, nie jest możliwe skorzystanie z trybu art. 52 § 3 – strona powinna więc uprzednio złożyć wniosek o ponowne rozpatrzenie sprawy. Proponowana zmiana, w ocenie sporządzającego opinię należy zaaprobować.

Krytyczną uwagę należy jednak zgłosić w zakresie regulacji intertemporalnej w odniesieniu do proponowanej nowelizacji art. 52 § 3 PPSA. Mianowicie, zgodnie z art. 37 ust. 2 Projektu, przepis art. 52 § 3 PPSA w brzmieniu nadanym przez omawianą nowelizację,

²⁶ Tak np. M. Jagielska, A. Wiktorowska, P. Wajda, *Komentarz do art. 52 [w:] Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi. Komentarz*, red. R. Hauser, M. Wierzbowski, 2023, nb 2, Legalis.

będzie miał zastosowanie do postanowień wydanych po dniu wejścia w życie tej nowelizacji. Innymi słowy, przez takie sformułowanie, co do postanowień, od których przysługuje wniosek o ponowne rozpatrzenie sprawy, w okresie do dnia wejścia w życie nowelizacji, sądy w zasadzie będą obowiązane do przyjęcia, że w zakresie postanowień, które zostały wydane przed wejściem w życie ustawy nowelizującej, należy przyjmować, że dla skuteczności skargi na postanowienie wydane przez ministra lub SKO, wymagane jest uprzednie wykorzystanie wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy. W efekcie, w zasadzie utrudnia to możliwość dochodzenia swoich praw przez jednostki.

W świetle powyższego, należy zmienić treść przepisu art. 37 ust. 2 Projektu w omawianym zakresie. Zmiana taka może polegać przykładowo na pominięciu regulacji intertemporalnej w zakresie odnoszącym się do nowelizacji art. 52 § 3 PPSA (wówczas znajdzie zastosowanie zasada aktualności prawa administracyjnego).

2) Nowelizacja tytułu rozdziału 3a działu III PPSA oraz dodanie art. 64f PPSA

Przedłożony do opinii Projekt zmienia również rozdział 3a działu III PPSA. Zamiarem Projektodawcy jest doprowadzenie do sytuacji, w której wobec tzw. postanowień kasatoryjnych (tj. postanowień organu II instancji o uchyleniu zaskarżonego postanowienia i przekazania sprawy do ponownego rozpatrzenia) będzie przysługiwał, podobnie jak ma to miejsce w przypadku decyzji kasatoryjnych, sprzeciw od decyzji w miejsce skargi do sądu administracyjnego. Inicjatywa taka zasługuje na uznanie, zwłaszcza, że zarówno w literaturze²⁷ jak i w orzecznictwie sądowym²⁸ dominuje pogląd, że dotychczasowa regulacja uniemożliwiała skorzystanie ze sprzeciwu jako środka zaskarżenia w przypadku postanowień kasatoryjnych.

W omawianym zakresie Projektodawca proponuje zmianę tytułu rozdziału 3a działu III PPSA przez dodanie do obecnego tytułu zwrotu „i postanowienia” – co stanowi naturalną

²⁷ Por. J. Jagielski, P. Pietrasz, J. Piecha, *Komentarz do art. 64a [w:] Prawo o postępowaniu...*, red. R. Hauser, M. Wierzbowski, nb. 5, Legalis; A. Kabat, *Komentarz do art. 64a [w:] B. Dauter, A. Kabat, M. Niezgódka-Medek, Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi. Komentarz*, Warszawa 2021, LEX/el.; J. Piecha, *Sprzeciw w prawie administracyjnym*, Warszawa 2021, s. 151;

²⁸ Np. Postanowienie NSA z 29 marca 2019 r., sygn. II OSK 719/19, LEX 2645708; Wyrok NSA z 30 maja 2018 r., sygn. I GSK 2146/18, LEX 2499981; Wyrok NSA z 25 maja 2018 r., sygn. I OSK 1519/18, LEX 2498569;

konsekwencję realizacji wspomnianego zamiaru.

Ponadto, dla jednoznacznego podkreślenia proponuje się dodać art. 64f.

W tym zakresie chciałbym zgłosić uwagi krytyczne, albowiem projektowany przepis art. 64f w obecnym kształcie będzie prowadził, w ocenie sporządzającego opinię, do istotnych wątpliwości.

Po pierwsze, w projektowanym art. 64f wskazuje się, że „od postanowienia, do którego odpowiednie zastosowanie ma art. 138 § 2”. Takie ujęcie rodzi wątpliwości, albowiem sformułowanie w istocie odnosi się do postanowienia organu I instancji (art. 138 § 2 pozwala wszakże na uchylenie postanowienia organu I instancji). A zatem, należałoby zmienić brzmienie proponowanego przepisu w taki sposób, aby już z literalnego brzmienia wynikało, że chodzi o postanowienie kasatoryjne, czyli wydane na podstawie art. 138 § 2 KPA w zw. z art. 144 KPA.

Wydaje się, że znacznie lepszym rozwiązaniem byłaby odpowiednia modyfikacja art. 64a PPSA, przez jednoznaczne wskazanie, że sprzeciw przysługuje także od postanowienia wydanego na podstawie art. 138 § 2 KPA w zw. z art. 144 KPA i w konsekwencji modyfikacja pozostałych przepisów poprzez odpowiedni dopisek, że chodzi nie tylko o decyzję ale też o postanowienia. Rozwiązanie takie, pozwoli uniknąć wątpliwości, które mogą pojawić się w związku z projektowanym art. 64f *in fine*, gdzie Projektodawca zakłada „odpowiednie” stosowanie art. 64a-64e PPSA, na rzecz stosowania wspomnianych przepisów wprost, ograniczając tym samym możliwe wątpliwości interpretacyjne.

Wreszcie warto zwrócić uwagę, że w dalszym ciągu, z niezrozumiałych względów, poza regulacją „sprzeciwu od decyzji” umożliwiającą szybsze postępowanie sądownoadministracyjne, znajdują się decyzje wydane na podstawie art. 233 § 2 ustawy z 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (tekst jedn. Dz. U. z 2023 r. poz. 2383 ze zm.), które wykazują daleko idące podobieństwo do decyzji kasatoryjnych wydawanych na podstawie art. 138 § 2 KPA. Wydaje się, że dopuszczenie stosowania sprzeciwu od decyzji, w przypadku decyzji kasatoryjnych wydawanych w postępowaniu podatkowym, będzie stanowiło istotne wzmocnienie pozycji jednostki prowadzącej działalność gospodarczą, co jest zasadniczym celem całego Projektu.

Zmiany w Kodeksie postępowania administracyjnego - Opracował Dr Jacek Piecha, Katedra Prawa i Postępowania Administracyjnego, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Warszawski

1) Nowelizacja art. 33 KPA – zagadnienie pełnomocnictwa (art. 2 pkt 1 Projektu)

Projektodawca proponuje dodanie do art. 33 KPA nowego § 5. W świetle proponowanego rozwiązania, pełnomocnik w postępowaniu administracyjnym nie będzie obowiązany do dołączania pełnomocnictwa, jeśli organ może stwierdzić umocowanie na podstawie publicznego wykazu, ewidencji lub innego rejestru, do którego organ ten ma dostęp drogą elektroniczną.

Propozycję należy przyjąć z aprobatą. Ułatwi to z pewnością prowadzenie postępowania administracyjnego, zwłaszcza w przygotowywaniu wniosków czy składanych stanowisk. Niemniej, rozwiązanie to może powodować pewne wątpliwości i problemy w praktyce i warto je zasygnalizować. Mianowicie, na gruncie prawa cywilnego, pełnomocnikiem może być każda osoba posiadająca zdolność do czynności prawnych w tym także ograniczoną zdolność do czynności prawnych (*vide*: art. 98 oraz art. 100 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny, tekst jedn. Dz. U. z 2023 r. poz. 1610 ze zm.), a w efekcie, na gruncie prawa cywilnego możliwe jest, aby pełnomocnikiem była osoba prawna²⁹. Oczywiście, w postępowaniu administracyjnym, zgodnie z art. 33 § 1 KPA, pełnomocnikiem może być tylko osoba fizyczna. Można wysnuć przypuszczenie, że wprowadzenie § 5 do art. 33 KPA, może spowodować, że niektórzy pracownicy organów administracji będą odczytywać przepis w ten sposób, że pośrednio ustawodawca dopuszcza możliwość występowania w postępowaniu administracyjnym pełnomocnika będącego osobą prawną. Oczywiście, z prawnego punktu widzenia, sytuacja taka nie ma miejsca (zakresy przepisów art. 33 § 1 KPA i projektowanego art. 33 § 5 KPA są odmienne), niemniej warto zwrócić uwagę na tę kwestię w uzasadnieniu Projektu.

²⁹ Por. P. Piniór [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz, Tom I*, red. M. Habdas, M. Frasz, Warszawa 2018, s. 864-865.

2) Zmiana w zakresie doręczeń (art. 2 pkt 2 Projektu)

Proponowane rozwiązanie jest częściowo wzorowane na art. 151a ustawy z 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (tekst jedn. Dz. U. z 2023 r. poz. 2383 ze zm.). Wydaje się, że ułatwi ono prowadzenie postępowań administracyjnych w omawianych przypadkach – tj. braku możliwości ustalenia siedziby jednostki organizacyjnej, a także w dalszej kolejności osoby fizycznej reprezentującej taką jednostkę.

Jedyną uwagę, którą można wysunąć w omawianym zakresie, to problematyka projektowanego § 3 i § 4. Zgodnie z § 3 uznanie doręczenia za dokonane (tj. przyjęcie fikcji doręczenia poprzez pozostawienie pisma w aktach sprawy) następuje z dniem sporządzenia przez organ adnotacji o niemożności ustalenia adresu osoby fizycznej upoważnionej do reprezentowania adresata. A zatem, adnotacja taka będzie miała istotne znaczenie z perspektywy ewentualnego badania prawidłowości postępowania. Zgodnie zaś z § 4 organ jest obowiązany utrwalić w aktach sprawy w drodze adnotacji, brak możliwości ustalenia adresu osoby fizycznej upoważnionej do reprezentowania adresata. **Z uwagi na szczególny charakter tej adnotacji, należy w mojej ocenie podkreślić, że sporządzenia adnotacji powinno nastąpić możliwie szybko, tj. niezwłocznie, po ustaleniu braku możliwości ustalenia adresu.**

3) Zmiany w zakresie prowadzenia mediacji (art. 2 pkt 3 i 4 Projektu)

Jak można wyinterpretować z treści uzasadnienia³⁰ jednym z celów nowelizacji jest próba upowszechnienia rozstrzygania spraw administracyjnych w drodze mediacji, m. in. poprzez zwiększenie świadomości prawnej obywateli w tym zakresie.

Wydaje się jednak, że projektowane rozwiązania nie będą tych realizowały tego celu – w ocenie sporządzającej niniejszą opinię, będą po pierwsze, w pewnym zakresie ograniczały możliwość przeprowadzania mediacji w postępowaniach administracyjnych, a przepisy te będą mogły służyć przedłużaniu trwania postępowań administracyjnych. **Stąd też wydaje się, że**

³⁰ Uzasadnienie..., s. 7.

proponowane w art. 2 pkt 3 i 4 Projektu rozwiązania należy oceniać krytycznie.

A) Dodanie §1a do art. 96a KPA

W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę, że dodanie § 1a do art. 96a w proponowanym brzmieniu, będzie zawężyło możliwość prowadzenia mediacji. Jak wynika bowiem z uzasadnienia, Projektodawca przyjął, że zasadniczo mediacja może zostać przeprowadzona w szczególności w sprawach, w których rozstrzygnięcie dokonywane jest w ramach uznania administracyjnego.

O ile trzeba zgodzić się z poglądem, że rzeczywiście, sprawy, w których organ rozstrzyga w ramach uznania są szczególnie predystynowane do prowadzenia mediacji, to jednak nie oznacza to, że tylko w takich sprawach można prowadzić mediację³¹. Oczywiście, Projektodawca posługuje się w proponowanym przepisie art. 96a § 1a zwrotem „w szczególności”, to jednak uwzględniając praktykę administracyjną, stwierdzenie takie będzie stanowiło punkt odniesienia oceny czy dana sprawa „ma potencjał mediacyjny”, a w rezultacie, może dojść do wykluczenia w tym zakresie innych spraw, w których organ nie działa w granicach uznania administracyjnego. Chodzi tu między innymi o sprawy w zakresie wydawania decyzji środowiskowych, wydawania decyzji o warunkach zabudowy, czy wydawania koncesji geologiczno-górnicych, a ponadto tych sprawach, w których organ dysponuje daleko idącą swobodą w związku ze stosowaniem zwrotów niedookreślonych **(trzeba tu zaznaczyć, że istnienie zwrotu niedookreślonego nie stanowi działania organu w ramach uznania administracyjnego)**.

Ponadto, wobec brzmienia aktualnego art. 96a § 1 KPA, w świetle którego „w toku postępowania może być przeprowadzona mediacja, jeżeli pozwala na to charakter sprawy” wprowadzenie omawianego §1a jest zabiegiem zbędnym – kwestia regulowana w projektowanym przepisie została bowiem uregulowana w sposób kompletny w art. 96a § 1 KPA.

³¹ K. Celińska-Grzegorzczak, *Komentarz do art. 96a [w:] Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, red. R. Hauser, M. Wierzbowski, Warszawa 2023, nb. 4, Legalis.

Należy więc stwierdzić, że wprowadzenie § 1a do art. 96a w projektowanym brzmieniu jest zupełnie zbędne w świetle treści art. 96a § 1 KPA, a ponadto może wywołać skutki zupełnie odmienne od zamiarów Projektodawcy – ograniczając w rzeczywistości przypadki mediacji w postępowaniu.

B) Zmiany w art. 96b KPA

Projektodawca proponuje, dodanie w art. 96b § 1 zdania „zawiadomienie o możliwości przeprowadzenia mediacji może być dokonywane więcej niż raz oraz na każdym etapie postępowania”.

Proponowane rozwiązanie nie jest w założeniu błędne, ale trzeba tutaj zwrócić uwagę, że może prowadzić do przedłużania trwania postępowania przez organ (zwłaszcza w sytuacjach, w których organ nie będzie miał odpowiednich środków kadrowych, albo po prostu sprawa będzie w oczach społeczności lokalnej czy z perspektywy politycznej miała charakter kontrowersyjny). Organ może wykorzystywać projektowany przepis art. 96b § 1 zd. 2 do wielokrotnego zawiadamiania o możliwości przeprowadzenia mediacji – każde takie zawiadomienie, uwzględniając zasady doręczeń pism w postępowaniu, w pozornie legalny sposób wydłuża czas trwania postępowania o około 14 dni. Zachodzi przy tym obawa, że projektowany §4 nie będzie stanowił realnej przeszkody w takim działaniu.

Stąd też, regulacja ta, pomimo dobrych zamiarów, może zostać wykorzystana w celu przedłużania postępowania nie tylko przez strony, ale także przez sam organ administracji.

4) Zmiany dotyczące instytucji zawieszenia postępowania administracyjnego (art. 2 pkt 5 Projektu)

Projektodawca proponuje wprowadzenie zasady umarzania postępowań administracyjnych (wszczętych na żądanie strony), jeśli zaistniały przesłanki tzw. obligatoryjnego zawieszenia postępowania administracyjnego, o których mowa w art. 97 § 1 pkt 1-3a KPA i w określonym

czasie (trzech lat) nie zostaną usunięte przyczyny uzasadniające to zawieszenie. Rozwiązanie takie ma dotyczyć tylko postępowań na żądanie strony, co wynika z treści projektowanego art. 97 § 4 i zostaje podkreślone w projektowanym art. 97 § 6.

Co do proponowanego rozwiązania można wnieść dwie uwagi. Pierwsza z nich, o kluczowym charakterze dotyczy celu samego postępowania administracyjnego jakim jest rozstrzygnięcie sprawy administracyjnej. Otóż organ administracji publicznej ma dążyć do ustalenia praw lub obowiązków materialnoprawnych podmiotu administrowanego. Każda przerwa w tym postępowaniu, a także jego zakończenie bez ustalenia tych praw lub obowiązków stanowi wyjątek od głównego celu, deklarowanego w art. 7 KPA.

Wprowadzenie projektowanego rozwiązania stanowi przejaw daleko idącego oportunistycznego procesu. O ile takie postępowanie jest uzasadnione w przypadku zawieszenia postępowania na podstawie art. 98 KPA (samo zawieszenie następuje z inicjatywy strony inicjującej postępowanie), o tyle wprowadzenie takiego rozwiązania w przypadku zaistnienia obligatoryjnych przesłanek do zawieszenia, (na które strony nie mają przecież wpływu) rodzi daleko idące wątpliwości.

Pierwszą z nich jest to, że w zasadzie w potocznie rozumianym interesie organu jest, aby postępowania wszczynane na wniosek, co do których zaistnieją przesłanki ich zawieszenia na podstawie art. 97 § 1 pkt 1 – 3a KPA, nie były podejmowane – wszakże, pozwala to przesunąć środki kadrowe w inne obszary administrowania. Po drugie, prowadzi to do zdjęcia pewnego rodzaju odpowiedzialności z organów administracyjnych. Otóż, dotychczas w przypadku zaistnienia przesłanek do zawieszenia postępowania, o których mowa wyżej, organ na podstawie art. 99 KPA miał obowiązek poczynić niezbędne kroki w celu usunięcia przeszkody do dalszego prowadzenia postępowania. Rozwiązanie takie jest uzasadnione przede wszystkim tym, że ziszczenie się tych przesłanek (tj. przesłanek z art. 97 § 1 KPA) nie jest zależne od samej strony. Oczywiście, art. 99 KPA nie przestanie obowiązywać, ale wejście w życie projektowanych rozwiązań (art. 97 § 4 – 6) może wpłynąć negatywnie na motywację organu do realizacji obowiązku z art. 99 KPA. Co prawda, Projektodawca wprowadza swoisty bezpiecznik, który w zamierzeniu ma chronić strony. W myśl projektowanego art. 97 § 4 *in fine* umorzenie postępowania może nastąpić „o ile nie sprzeciwiają się temu pozostałe strony oraz

nie zagraża to interesowi społecznemu”.

Gwarancja ta nie jest jednak, w przekonaniu opiniującego, wystarczająca. **Nie będzie ona odgrywała istotnej roli np. w sytuacji, w której wnioskodawca będący jedyną stroną postępowania utraci zdolność do czynności prawnych, a w wyniku przeoczenia nie zostanie ustanowiony jego przedstawiciel.** Podobnie w przypadku śmierci jedynej strony postępowania, jeśli z różnych względów będzie trudno odnaleźć obiektywnie istniejącego spadkobiercę.

Stąd też do projektowanych zmian należy podchodzić **z dużą ostrożnością.**

Druga uwaga ma charakter techniczny. Otóż wątpliwa jest zasadność wprowadzania projektowanego § 6, który stanowi, że przepisu §4 (tj. przepisu umożliwiającego umorzenie postępowania w przypadku długotrwałego istnienia omawianych przeszkód) nie stosuje się do postępowań administracyjnych wszczętych z urzędu. Jest to umyślne wprowadzanie *superfluum*, albowiem w projektowanym § 4 jednoznacznie wskazuje się, że chodzi o postępowania wszczęte na żądanie strony. Z tego względu, proponowany § 6 należy wykreślić.

5) Decyzje „hybrydowe” (art. 2 pkt 6 Projektu)

Projektodawca proponuje dodać do art. 109 KPA § 3 i §4, które mają umożliwić wydawanie „decyzji w formie hybrydowej”. Chodzi tu o możliwość doręczania załączników do decyzji na nośniku innym niż papier (np. w formie elektronicznej). Możliwość taka będzie jednak uwarunkowana zgodą strony.

Rozwiązanie takie należy ocenić pozytywnie.

6) Zmiana w zakresie pouczeń dot. postanowień (art. 2 pkt 7 Projektu)

Projektodawca proponuje zmianę art. 125 § 3 KPA przy czym zmiana ta jest naturalną konsekwencją nowelizacji PPSA i umożliwienia wniesienia sprzeciwu wobec postanowienia

kasatoryjnego. Zmianę należy ocenić pozytywnie.

7) Zmiana w zakresie trybu autokontroli organu (art. 2 pkt 8 Projektu)

Projektodawca proponuje zmianę art. 132 § 1 KPA w ten sposób, że przepis ten ma jednoznacznie wskazywać, że w toku dokonywania przez organ I instancji autokontroli decyzji będącej przedmiotem odwołania, organ, w przypadku uznania, że odwołanie zasługuje w całości na uwzględnienie, może (a wręcz powinien) w przypadku uchylecia decyzji w całości także umorzyć postępowanie. Istota zmiany zasługuje na aprobatę.

W ocenie opiniującego jednak, dla uniknięcia wątpliwości należałoby wprost przewidzieć również możliwość umorzenia postępowania w części. Obecne brzmienie projektowanego przepisu odnosi się bowiem ogólnie do umorzenia postępowania, a zatem można wywodzić, że chodzi o umorzenie w całości. Tymczasem należy zwrócić uwagę, że art. 105 § 1 KPA rozróżnia zakresy umorzenia postępowania administracyjnego. **Z tego też względu należałoby proponowane brzmienie art. 132 § 1 pkt 1 sformułować w następujący sposób:**

„uchyli zaskarżoną decyzję w całości lub w części i w tym zakresie orzeknie co do istoty sprawy albo uchylając tę decyzję – **umorzy postępowanie odpowiednio w całości albo w części, lub...**”.

8) Zmiana w zakresie przesłania odwołania organowi II instancji (art. 2 pkt 9 Projektu)

Projektodawca proponuje, aby wydłużyć czas, w którym organ I instancji jest obowiązany przesłać odwołanie organowi wyższego stopnia. Obecna regulacja art. 133 KPA przewiduje, że organ I instancji jest obowiązany przesłać organowi odwoławczemu odwołanie wraz z aktami sprawy w terminie 7 dni od dnia, w którym organ ten otrzymał odwołanie. Projektodawca proponuje wydłużenie tego terminu do 14 dni.

Propozycje te należy ocenić zdecydowanie krytycznie.

Projektodawca wychodzi z założenia, że „Autokontrola decyzji w terminie 7 dni jest terminem zbyt krótkim na dokonanie ponownej analizy zebranego materiału dowodowego w związku z wniesionym odwołaniem od decyzji organu pierwszej instancji. Mogą występować przypadki, że organ pierwszej instancji, w obawie o przekroczenie terminu zawitego przekazuje sprawę do instancji wyższego stopnia, bez dogłębnej analizy w trybie autokontroli, co wpływa na wydłużenie całościowego postępowania”³². Trzeba się zgodzić z faktem, że organy rzadko korzystają z uprawnień autokontrolnych, ale nie można zgodzić się co do zidentyfikowanych przyczyn takiego stanu rzeczy. Twierdzenia Projektodawcy nie zostały przy tym poparte żadnymi dowodami. Projektodawca nie wspomina też, że przeprowadził analizę przyczyn braku częstego korzystania przez organy administracji publicznej z uprawnień autokontrolnych. Można odnieść wrażenie, że Projektodawca prezentuje w tym przypadku myślenie „życzeniowe”. Z doświadczenia sporządzającego niniejszą opinię wynika, że to nie czas jest problemem w dokonywaniu autokontroli, a przynajmniej nie jest to czynnik kluczowy. Kluczowym jest to po pierwsze, brak chęci przyznania się do błędu, a po drugie po prostu podejście kadr administracji, polegające na tym, że potocznie mówić „lepiej pozbyć się problemu - niech się tym martwi organ wyższego stopnia”.

Wydaje się zatem, że można z dużym prawdopodobieństwem założyć, iż proponowana zmiana nie przełoży się na zwiększenie ilości wydawanych decyzji w trybie autokontroli, a jeśli tak, to efektem będzie realne wydłużenie czasu trwania postępowań administracyjnych – co jest zdecydowanie sprzeczne z założonymi celami Projektu.

Wprowadzanie omawianej zmiany powinno zostać poprzedzone wnikliwą analizą powodów rzadkiego korzystania przez organy I instancji z trybu art. 133 KPA. Dopiero wówczas można kompleksowo uregulować tę kwestię. Samo proponowane wydłużenie terminu (bez dokonania uprzednich badań i w efekcie wprowadzenia również innych zmian), będzie z dużym prawdopodobieństwem (graniczącym z pewnością) powodowało wydłużenie czasu trwania administracyjnego toku instancji i rozstrzygnięcia sprawy.

³² Uzasadnienie..., s. 10.

9) Badanie przyczyn naruszenia obowiązku uwzględnienia wskazanych przez organ wyższego stopnia wytycznych (art. 2 pkt 10 Projektu)

Zmianę tę należy zaaprobować – wydaje się, że jednoznaczne wskazanie obowiązku przeprowadzenia analizy przyczyn pominięcia przez organ I instancji wytycznych lub wskazanych okoliczności wskazanych przez organ II stopnia w decyzji kasatoryjnej, będzie mobilizowało i motywowało pracowników organu I stopnia do dokładnej analizy decyzji wydanej przez organ odwoławczy.

Należy zgłosić jednak uwagę krytyczną (o charakterze technicznym) co do proponowanego przepisu art. 139a. We wstępie do wyliczenia Projektodawca proponuje następujące brzmienie przepisu: „Organ odwoławczy przy ponownym rozpatrywaniu odwołania, w przypadku stwierdzenia **nieuzasadnionego naruszenia przez organ pierwszej instancji obowiązku, który polega na nieuwzględnieniu**”. Sformułowanie to należy odczytywać, że obowiązkiem organu I instancji było nieuwzględnienie wytycznych czy wskazanych okoliczności. Wydaje się, że należałoby przepis ten sformułować w prostszy, bardziej czytelny sposób, np.:

„Organ odwoławczy przy ponownym rozpatrywaniu odwołania, w przypadku stwierdzenia **nieuzasadnionego naruszenia przez organ pierwszej instancji obowiązku uwzględnienia:...**”

10) Zmiany w zakresie administracyjnych kar pieniężnych (art. 2 pkt 11-13 Projektu).

Projektodawca proponuje również wprowadzenie zmian w dziale IVa KPA – tj. w dziale regulującym proceduralne aspekty administracyjnych kar pieniężnych.

W tej części Projekt zakłada wprowadzenie definicji zaległej administracyjnej kary pieniężnej (art. 2 pkt 11 Projektu), wprowadzenie dodatkowych zasad w zakresie wykonywania kar administracyjnych oraz zaległych kar administracyjnych (art. 2 pkt 12 Projektu), oraz

wprowadzenia możliwości udzielania ulg w zapłacie kar pieniężnych z urzędu (art. 2 pkt 13 Projektu).

Zmiany te należy ocenić co do zasady pozytywnie.

Zamiany w ustawie o systemie ubezpieczeń społecznych – opracował r. pr., dr Tomasz Lasocki, Uniwersytet Warszawski

Na wniosek Ministra Rozwoju i Technologii w dniu 5 kwietnia 2024 r. został zgłoszony do wykazu prac legislacyjnych i programowych Rady Ministrów projekt ustawy o zmianie niektórych ustaw w celu deregulacji prawa gospodarczego i administracyjnego oraz doskonalenia zasad opracowywania prawa gospodarczego (numer UA8; dalej jako: „projekt”). Przedmiotem niniejszej analizy są zmiany proponowane w art. 16 projektu (wersja z 5 kwietnia 2024 r.) w zakresie dotyczącym ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (Dz. U. z 2024 r. poz. 497; dalej jako: „ustawa systemowa”).

W ustawie systemowej projekt zakłada dwie dość istotne zmiany polegające na:

1. **MODYFIKACJI PRZESŁANKI SKORZYSTANIA Z ULGI „MAŁY ZUS PLUS”, KTÓRĄ OPINIUJĘ POZYTYWNIE. JEDNOCZEŚNIE ZALECAM ROZWAŻENIE NADANIA ZAMIANIE MOCY WSTECZNEJ Z UPRAWNIENIEM DO ZŁOŻENIA WNIOSKU ZE SKUTKIEM OD STYCZNIA 2024 R.**
2. **WYŁĄCZENIU Z OBOWIĄZKU UBEZPIECZENIA SPOŁECZNEGO I ZDROWOTNEGO ZLECENIOBIORCÓW ZAWIERAJĄCYCH UMOWĘ W RAMACH TZW. „DZIAŁALNOŚCI NIEREJESTROWANEJ”, KTÓRĄ OPINIUJĘ NIEGATYWNIE.**

1. Modyfikacja przesłanki skorzystania z ulgi „mały ZUS plus”

Zgodnie z art. 16 pkt 2 projektu „w art. 18c w ust. 11 pkt 6 wyraz „60” zastępuje się wyrazem „59””.

1.1. Zmiana i jej motywacja:

Zgodnie z uzasadnieniem ustawy deregulacyjnej (s. 33), przedmiotowa zmiana ma na celu doprecyzowanie przepisów odnoszących się do tzw. Małego ZUS Plus i

umożliwienie realizacji pierwotnych intencji projektodawców tego rozwiązania sprowadzającego się do możliwości korzystania z ulgi określonej w art. 18c ustawy systemowej przez trzy lata w cyklach pięcioletnich.

1.2. Stan obecny:

Zgodnie z art. 18c ust 11 pkt 6 ustawy systemowej z ulgi składkowej nie może skorzystać między innymi osoba, która korzystała z niej przez 36 miesięcy kalendarzowych w ciągu ostatnich 60 miesięcy kalendarzowych prowadzenia pozarolniczej działalności gospodarczej. Ponadto nie jest możliwe wystąpienie o skorzystanie z ulgi w trakcie roku kalendarzowego, jeżeli działalność była prowadzona w styczniu danego roku [art. 36 ust. 14a ustawy systemowej].

Zgodnie ze stanowiskiem Zakładu Ubezpieczeń Społecznych (którego trafność należy podzielić), oznacza to, że osoba, która rozpoczęła korzystanie z ulgi w styczniu 2019 r., wniosek o ponowne skorzystanie z uprawnienia będzie mogła skutecznie złożyć dopiero w 2025 roku.

1.3. Ocena:

1.3.1. Brak intuicyjności normy przy jednoznaczności przepisów.

Przesłanka wymieniona w art. 18c ust. 11 pkt 6 jest jednoznaczna. W styczniu danego roku (np. 2024) z ulgi nie może skorzystać osoba, która korzystała z niej przez pełne lata 2019-2021 (36 miesięcy), ponieważ wraz z kolejnymi 24. miesiącami lat 2022 i 2023 wypełni się przesłanka z przepisu. Nie można przy tym podejść „kreatywnie” do liczenia tego okresu, gdyż wliczenie do 60-miesięcznego okresu miesiąca złożenia ponownego wniosku o skorzystanie z ulgi, o ile pominęłoby styczeń roku 2019, wywołałoby paradoks polegający na tym, że styczeń 2024 r., w którym wniosek złożono byłby od chwili złożenia wniosku 34 miesiącem korzystania z ulgi, co uniemożliwiłoby skorzystanie z niej. Obecnie nie ma również wątpliwości, że wniosek o skorzystanie z ulgi przez osobę prowadzącą działalność gospodarczą w styczniu, może być złożony tylko w tym miesiącu.

W przestrzeni publicznej wielokrotnie wskazywano, że z ulgi można korzystać przez trzy lata w cyklach pięcioletnich, więc skrócenie wspomnianego okresu

referencyjnego o miesiąc (tj. do 59 miesięcy kalendarzowych) w istocie wyeliminuje ten problem i umożliwi zainteresowanym (o ile spełniają oni pozostałe warunki ustawowe), powrót do rozwiązania po 24 miesiącach oczekiwania.

1.3.2. Nadanie mocy wstecznej wraz z możliwością złożenia wniosku ze skutkiem od stycznia 2024 r.

Obecnie problem w praktyce dotknął grupę osób, które z uprawnienia korzystały od 2019 r. Jeśli w przepisach przejściowych nie zostanie przewidziana możliwość złożenia wniosku z mocą wsteczną, ta grupa będzie mogła skorzystać z uprawnienia dopiero w 2025 r. Jednocześnie te osoby zostały pominięte w zeszłorocznej zmianie wydłużającej możliwość korzystania z ulgi przez kolejny rok, choć omyłkowo tylko względem osób, które rozpoczęły korzystanie z ulgi w 2020 r. [art. 112a ustawy systemowej, wraz z moim komentarzem].³³

2. Wyłączenie z obowiązku ubezpieczenia społecznego i zdrowotnego zleceniobiorców zawierających umowę w ramach tzw. „działalności nierejestrowanej”

Zgodnie z art. 16 pkt 1 projektu w art. 6 ustawy systemowej po ust. 4a dodaje się ust. 4aa w brzmieniu:

„4aa. Osoby, o których mowa w art. 5 ust. 1 ustawy z dnia 6 marca 2018 r. – Prawo przedsiębiorców, nie podlegają obowiązkowo ubezpieczeniom emerytalnemu i rentownemu, jeżeli są osobami wykonującymi pracę na podstawie umowy, o której mowa w ust. 1 pkt 4, o ile umowa taka jest zawierana w ramach działalności, o której mowa w art. 5 ust. 1 ustawy z dnia 6 marca 2018 r. – Prawo przedsiębiorców.”;

2.1. Zmiana i jej umotywowanie

Projektowany przepis prowadzi do wyłączenia obowiązku ubezpieczenia emerytalnego i rentowego w stosunku do zleceń zawieranych przez osobę fizyczną, o

³³ T. Lasocki [w:] *Ustawa o systemie ubezpieczeń społecznych. Komentarz*, red. K. Antonów, Warszawa 2024, art. 112(a).

której mowa w art. 5 ust. 1 ustawy z dnia 6 marca 2018 r. – Prawo przedsiębiorców (tekst jednolity: Dz.U. z 2024, poz.236 ze zm.). Poprzez powiązania normatywne przepis będzie skutkował zwolnieniem również innych - dotychczas obowiązkowych składek: wypadkowej [art. 12 ust. 1 ustawy systemowej]; zdrowotnej [art. 66 ust. 1 pkt 1 lit. e ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych, tekst jednolity: Dz.U. z 2024 r., poz. 146 ze zm.] na Fundusz Pracy [art. 104 ust. 1 ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy, tekst jednolity: Dz.U. z 2024, poz. 475 ze zm.], na Fundusz Solidarnościowy [art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 23 października 2018 r. o Funduszu Solidarnościowym, tekst jednolity: Dz.U. z 2024, poz. 296 ze zm.] oraz na Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych [art. 29 ust. 1 ustawy z dnia 13 lipca 2006 r. o ochronie roszczeń pracowniczych w razie niewypłacalności pracodawcy, tekst jednolity: Dz.U. z 2023, poz. 296 1087 ze zm.].

Opisywana zmiana została zaopatrzona czterozdaniowym uzasadnieniem (uzasadnienie, s. 33). Stwierdzono, że ciążący na zleceniodawcy obowiązek zgłoszenia do ubezpieczeń społecznych zleceniobiorców wykonujących umowę cywilną przez osobę, o której mowa w ramach tak zwanej działalności nierejestrowanej wynika z braku uregulowania tej kwestii. Przywołano dwa przykłady: korepetytora-zleceniobiorcy, z którego usług korzysta student-zleceniodawca oraz zamawiającego tort u osoby przygotowującej je na niewielką skalę. Stwierdzono, że zmiana ma służyć wyeliminowaniu nieścistości, która stoi w sprzeczności z intencjami osób wprowadzających te rozwiązania.

2.2. Stan obecny

Zgodnie z art. 5 ust. 1 Prawa Przedsiębiorców zorganizowana działalność zarobkowa, wykonywana we własnym imieniu i w sposób ciągły nie jest działalnością gospodarczą przede wszystkim, gdy przychód należny z tej działalności nie przekracza w żadnym miesiącu kwoty stanowiącej 75% minimalnego wynagrodzenia (od lipca 2024 r.: 3225 zł miesięcznie). Wskazany przepis wprost odwołuje się do definicji działalności gospodarczej z art. 3 Prawa Przedsiębiorców, wprowadzając negatywną przesłankę uznania danej aktywności za działalność gospodarczą. Fundamentalne

znaczenie dla zrozumienia tej konstrukcji prawnej ma fakt, że przepis art. 5 ust. 1 stanowiąc, że w danych okolicznościach aktywność spełniająca wszystkie przesłanki z art. 3 tej ustawy nie jest działalnością gospodarczą, nie wprowadza jednocześnie nowej kategorii działalności. **Istota konstrukcyjna przepisu art. 5 ust. 1 Prawa Przedsiębiorców sprowadza się do stwierdzenia, że jego skutkiem jest wyłączenie z klasyfikacji, nie zaś reklasyfikacja do nowej (dorozumianej) kategorii.**

Tę okoliczność można zestawić z sytuacją opisaną w art. 18 ust. 1 Prawa Przedsiębiorców, w którym przewidziano 6-miesięczne wyłączenie z ubezpieczeń społecznych dla przedsiębiorców rozpoczynających prowadzenie działalności gospodarczej („ulga na start”). Ponieważ „ulga na start” nie ma wpływu na fakt, że działalność gospodarcza jest prowadzona, to w okresie przysługującego wówczas wyłączenia z obowiązku ubezpieczenia społecznego, realizowane przez takiego przedsiębiorcę usługi nie prowadzą do powstania tytułu ubezpieczeniowego „zleceniobiorca” na podstawie art. 6 ust. 1 pkt 4 ustawy systemowej.

Sytuacje, w których znajduje zastosowanie art. 5 ust. 1 Prawa Przedsiębiorców oznaczają, że usługa jest wykonywana poza działalnością (która przecież nie istnieje) przez zleceniobiorcę w rozumieniu art. 6 ust. 1 pkt 4 ustawy systemowej i jako taka podlega obowiązkowym ubezpieczeniom społecznym, zdrowotnemu oraz pozostałym składkom, o ile nie zachodzi mająca jednoznaczne umocowanie normatywnie sytuacja szczególna (np. dotycząca ucznia, studenta czy niani). Nie jest to nowość w systemie prawnym, ponieważ wykonanie usługi poza prowadzoną działalnością gospodarczą od dekad tworzy odrębny tytuł zleceniobiorcy. Przepis art. 5 ust. 1 Prawa Przedsiębiorców nie tworzy odrębnej – „trzeciej kategorii” między wykonywaniem usług przez osobę fizyczną w ramach działalności gospodarczej oraz poza taką działalnością, ponieważ przy jednoznaczności konstrukcji art. 5 ust. 1 w zw. z art. 3 Prawa Przedsiębiorców, brak jest ku temu jakiegokolwiek podstawy prawnej.

Pojęcie „działalności nierejestrowanej” czy zamiennie stosowanej nazwy „działalności nieewidencjonowanej” nie wywodzi się z języka prawnego (języka normatywnego, stosowanego w aktach prawnych), ale jest pojęciem powstałym w

publicystyce i stosowanym również w języku prawniczym (tj. pomocniczym metajęzyku opisującym język prawny, mającemu służyć pełniejszemu zrozumieniu języka prawnego) na opisanie sytuacji uregulowanej w art. 5 ust. 1 Prawa Przedsiębiorców. Paradoksalnie w tym przypadku „intuicja dnia codziennego” nie pomaga w zrozumieniu opisywanej konstrukcji języka prawnego, co jest tym bardziej zawile, że nawet w bazach prawniczych art. 5 ust. 1 Prawa Przedsiębiorców jest zaopatrywany opisem „działalność nieewidencjonowana” (zob. np. baza „Lex”). Z perspektywy logiki prawniczej nazwa „nie (działalność gospodarcza)” prawidłowo określa skutek zastosowania przepisu, ponieważ tym mianem można określić zawarcie umowy o świadczenie usług przez kogokolwiek nieprowadzącego działalności. Jednocześnie „działalność nierejestrowana” sugeruje istnienie odrębnej – wszak już nazwanej instytucji. Kompromisem między językiem świata prawniczego, a mową powszechną wydaje się być zwrot „aktywność niebędąca działalnością gospodarczą”, lecz z perspektywy ekonomiki języka i z uwagi na rozpowszechnienie dotychczasowej nazwy, nie wydaje się by doszło do takiej zamiany. Istnienie skrótów i uproszczeń jest niezbędne w codziennym funkcjonowaniu, jednak nie powinno mieć wpływu na funkcjonowanie w sferze profesjonalnej – w tym zwłaszcza na legislację.

Z perspektywy ubezpieczeniowej korzyścią wynikającą zastosowania art. 5 ust. 1 Prawa Przedsiębiorców wobec osoby świadczącej usługi, jest powstanie obowiązku składowego tylko w razie rzeczywistego osiągnięcia przychodu. Oznacza to, że składki są ustalane od wartości przychodu - bez wskazania ustawowego miesięcznego minimum, jak w przypadku pozarolniczej działalności. Ponadto przychód powstaje dopiero po rzeczywistym otrzymaniu płatności, nie zaś w dniu wydania rzeczy, zbycia prawa majątkowego lub wykonania usługi, jak ma to miejsce w przypadku przedsiębiorców. Istnienie art. 5 ust. 1 Prawa Przedsiębiorców gwarantuje ponadto, że osoba fizyczna nie zostanie zaklasyfikowana jako przedsiębiorca, jeśli spełni wymienione w tym przepisie przesłanki. Z perspektywy samego obowiązku opłacania składek, zadeklarowanie w umowie przez zleceniobiorcę, że dana usługa jest wykonana w okolicznościach, o których mowa w art. 5 ust. 1 Prawa Przedsiębiorców lub poza nimi, dotychczas nie miało znaczenia prawnego.

2.3. Ocena:

2.3.1. Brak potrzeby uregulowania

Skoro w ustawie deregulacyjnej jedyną wskazaną przesłanką wprowadzenia opisywanego przepisu ma być potrzeba wyjaśnienia wątpliwości, to trzeba jednoznacznie stwierdzić, że nie są to wątpliwości natury prawnej. Konstrukcja prawna jest bowiem jednoznaczna, a wskazana w ustawie potrzeba wyjaśnienia wątpliwości nie istnieje w sferze regulacyjnej, lecz dotyczy edukacji środowisk błędnie czerpiących wyobrażenia co do treści konstrukcji.

Ponadto wskazane w uzasadnieniu przykłady nie wydają się do końca trafne. Wskazany problem jest szerszy i nie dotyczy tylko korepetytora czy domowego cukiernika, świadczących drobną pracę w sposób zorganizowany i ciągły. W przestrzeni publicznej zwracam uwagę na brak regulacji dotyczących drobnego zatrudnienia w życiu prywatnym.³⁴ Rozwiązanie problemu nadmiernego formalizmu powinno polegać na jego uproszczeniu – choćby z wykorzystaniem aplikacji „mObywatel”, nie zaś na legalizacji wyłączenia z systemu zabezpieczenia społecznego korepetytorów, cukierników, sprzątaczy czy opiekunów osób starszych.

2.3.2. Zmiana istoty opisywanej konstrukcji

Proponowany przepis zwalniając z obowiązku składowego, zasadniczo rozszerzy znaczenie normy z art. 5 ust. 1 Prawa Przedsiębiorców, współtworząc z perspektywy prawa ubezpieczeń w połączeniu z projektowanym art. 6 ust. 4aa ustawy systemowej trzecią kategorię osób wykonujących umowy cywilne. W ten sposób usługodawca będzie mógł podlegać ubezpieczeniom jako zleceniobiorca na podstawie art. 6 ust. 1 pkt 4 ustawy systemowej, wykonywać usługi jako przedsiębiorca, podlegając ubezpieczeniom jako osoba prowadząca pozarolniczą działalność zgodnie z art. 6 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 8 ust. 6 pkt 1 ustawy systemowej albo też stwierdziwszy, że dana usługa jest wykonywana w okolicznościach z art. 5 ust. 1 Prawa Przedsiębiorców, skorzystać z nowego zwolnienia na podstawie art. 6 ust. 4aa ustawy systemowej. Nieco przewrotnie „drogą pośrednią” między oskładkowaniem na

³⁴ Mówiłem o tym dla serwisu prawo.pl: [Czy osoba fizyczna może zatrudniać pracowników \(prawo.pl\)](https://prawo.pl)

zasadach właściwych zleceniobiorcom, a oskładkowaniem na zasadach właściwych prowadzącym działalność, będzie brak oskładkowania.

Zapoznanie się z uzasadnieniem ustawy oraz oceną skutków regulacji (dalej jako: „OSR”) prowadzi do wniosku, że w projekcie konstrukcja prawna art. 5 ust. 1 Prawa Przedsiębiorców nie została prawidłowo rozpoznana. Proponujący odnoszą się do „działalności nierejestrowanej” jako odrębnej kategorii zatrudnienia. W efekcie zmiana nie została scharakteryzowana jako doniosła, a uzasadnienie wskazuje na obecny „brak uregulowania” i konieczność „doprecyzowania”. Można wobec tego podejrzewać, że doniosły dla systemu danin publicznych skutek w postaci szerokiego zwolnienia składkowego ma charakter nieintencjonalny, ponieważ żaden ze skutków i wątpliwości opisanych w dalszej części niniejszej opinii, nie został dostrzeżony czy wyjaśniony w dokumentacji załączonej do projektu.

2.3.3. Wykroczenie poza właściwość ustawy deregulacyjnej

Skutkiem przepisu nie będzie doprecyzowanie czy wyjaśnienie wątpliwości, ale głębokie przemodelowanie konstrukcyjne składkowego komponentu systemu danin publicznych. Przede wszystkim zmiana w swojej istocie nie dotyczy przedsiębiorców ani nawet przepisu z ustawy Prawo Przedsiębiorców (ten zostaje bez zmian). Nie sposób też potwierdzić, że wprowadzenie wśród innych proponowanych ustawą rozwiązań wyłączenia z obowiązku składkowego zleceniobiorców stanowi przejaw wprowadzania ułatwień administracyjnych i „*wpływie korzystnie na rozwój przedsiębiorstw*” (OSR, s. 33). Wobec tego konieczne wydaje się wypracowanie wspólnego stanowiska kilku resortów zwłaszcza właściwych w kwestiach pracy, zdrowia oraz finansów publicznych odnośnie ewentualnego wprowadzenia zwolnienia dla zleceniobiorców. W tym kontekście rezygnacja z procedury prekonsultacji komentowanej zmiany i uwzględnienie interesu podmiotów reprezentowanych w gremiach wymienionych w punkcie 5 OSR (s. 26) może nie zyskać aprobaty pozostałych organizacji reprezentatywnych.

2.3.4. Sprzeczność z kamieniem milowym A71G Krajowego Planu Odbudowy i Zwiększenia Odporności (KPO)

Polska jest zobowiązana do 1 stycznia 2025 r. objąć ubezpieczeniem społecznym dotychczas zwalnianie z tego obowiązku umowy. Ta regulacja ma dotyczyć ponad miliona ubezpieczonych, których średnią zarobki przekraczają przeciętne wynagrodzenie w gospodarce narodowej.³⁵ Ma to na celu „*ograniczenie segmentacji rynku pracy zwiększenie ochrony socjalnej wszystkich osób pracujących*”.

Od końca 2018 r. do końca 2023 r. liczba osób podlegających ubezpieczeniu emerytalnemu jako zleceniobiorcy wzrosła o 21,8%, wynosząc na koniec 2023 r. 1 344 118 ubezpieczonych. Z perspektywy analizowanej zmiany jeszcze istotniejsza jest przeciętna wysokość podstawy wymiaru składki zleceniobiorcy. W każdym roku w okresie 2018-2022 kształtowała się ona poniżej aktualnego limitu korzystania z art. 5 ust. 1 Prawa Przedsiębiorców (75% minimalnego wynagrodzenia), wynosząc kolejno: 68% (2018); 66% (2019); 57% (2020); 61% (2021) i 66% (2022). Wobec tego nowe zwolnienie byłoby zaadresowane w szczególności do osób, które podlegały dotychczas ubezpieczeniom nie posiadając innego tytułu.

Jeśli Polska jednocześnie zniesie dotychczasowe zwolnienie ze względu na zbieg obowiązku ubezpieczenia, wprowadzając opisywaną zmianę, to trudno będzie potwierdzić realizację kamienia A71G KPO. Taka konkluzja jest efektem przewidywania, że wówczas wzrósłby poziom partycypacji wśród lepiej zarabiających (ze względu na zniesienie reguły zbiegu) przy jednoczesnej utracie dostępu do systemu przez słabszych uczestników rynku pracy. *Per saldo* taka zmiana prowadziłaby do jeszcze głębszej niż obecnie segmentacji.

2.3.5. Walka z szarą strefą lub jej rozbudowa

Projektodawca dostrzegł *pozytywne efekty działalności nierejestrowej dla stymulacji polskiej gospodarki na poziomie mikro, w tym w zakresie pożytków podatkowych dla państwa oraz walki z tzw. „szarą strefą”* (OSR, s.1).

W prawie finansowym prawidłowo przyjmuje się, że zjawisko szarej strefy jest

³⁵ Iwanowski, D., Hetmański, M., Skowron, B., Wroński, M. (2020). Pełne dochody - niepełne składki. Zbieg tytułów do ubezpieczeń społecznych i konsekwencje dla systemu ubezpieczeń społecznych. In: *strat Policy Paper 07/2020*.

niepożądane, a jego eliminacja powinna odbywać się na różne sposoby. Jednak z perspektywy zapewnienia konstytucyjnego prawa do zabezpieczenia społecznego jeszcze istotniejsze jest jego rzeczywiste zapewnienie. Proponowane zwolnienie będzie oznaczało możliwość oszczędzenia 33% całkowitego kosztu pracy po stronie zleceniodawcy, o ile umowa zlecenia nie przekroczy wartości $\frac{3}{4}$ minimalnego wynagrodzenia. Tak znaczna oszczędność w kosztach pracy będzie niezwykle istotna, zwłaszcza, że w projekcie nie przewidziano, że zwolnienie ma obowiązywać tylko w relacjach B2C (czy raczej: nB2C, choć przykłady z uzasadnienia dotyczą tylko relacji nie-przedsiębiorca-klient, nie wskazując, że zwolnienie będzie również dotyczyło relacji nie-przedsiębiorca - przedsiębiorca). Warunkiem oszczędzania co trzeciej złotówki przeznaczanej dotychczas na zatrudnienie będzie nieprzekroczenie przez zleceniobiorcę $\frac{3}{4}$ minimalnego wynagrodzenia. W państwie, w którym zgodnie z danymi Polskiego Instytutu Ekonomicznego 31% pracowników w mikrofirmach otrzymuje część wynagrodzenia „pod stołem”,³⁶ taka sytuacja raczej wystąpi niejednostkowo. Nadto Polska jest jednym z „liderów” w kategorii fałszywego samozatrudnienia³⁷, lecz po zmianie może okazać się, że konieczne będzie operowanie nową kategorią „fałszywego nie-samozatrudnienia”.

Wpłyne to **negatywnie na warunki konkurencji między przedsiębiorcami**, ponieważ przedsiębiorcy sceptyczni względem takiej formy walki rynkowej, z czasem będą odczuwali presję ze strony tych, którzy nowe zwolnienie wykorzystają jako instrument optymalizacji. Według Eurostatu, na koniec 2021 r. w Polsce zaledwie nieco ponad 1 mln osób pracowało w niepełnym wymiarze czasu pracy, lecz można się spodziewać, że takie zatrudnienie ztraci ekonomiczny sens, skoro do zwolnienia składkowego wystarczy wzmianka w umowie, że dana usługa jest realizowana w reżimie art. 5 ust. 1 Prawa Przedsiębiorców.

2.3.6. Brak realizacji konstytucyjnego prawa do zabezpieczenia społecznego

³⁶ Kielczewska, A., Kośny, M., Sawulski, J. (2021), Skala płacenia pod stołem w Polsce, Polski Instytut Ekonomiczny, Warszawa.

³⁷ Williams C.C., Horodonic A., (2018) Evaluating the prevalence and distribution of dependent self-employment: some lessons from the European Working Conditions Survey, *Industrial Relations Journal* 49:2, 109–127 oraz 37. Nikulin D., (2020): The Determinants of False Self-Employment: A Survey of Polish Enterprises, *Eastern European Economics*, DOI: 10.1080/00128775.2020.1782754

Wybór między utrzymaniem obecnej nielegalności pomijania zgłoszeń drobnych umów, a wprowadzeniem możliwości legalnego omijania oskładkowania tylko pozornie nie ma znaczenia. Obecnie – dzięki konstrukcji „przymusu ubezpieczeniowego” osoba zatrudniona w szarej strefie nie jest pozbawiona ochrony i jeśli w razie potrzeby udowodni okres zatrudnienia, to ona czy jej najbliżsi uzyskają świadczenia. Wprowadzenie tego drugiego modelu uwolni FUS i NFZ od udzielenia ochrony osobie, którą objęło zwolnienie, a wykazanie fikcyjności „działalności nierejestrowanej” nawet teoretycznie nie będzie możliwe.

Również tylko pozornie można porównać potencjalną sytuację nie-przedsiębiorcy z sytuacją dzisiejszego studenta na zleceniu, ponieważ temu drugiemu przysługuje choćby szczątkowa ochrona w postaci ewentualnej renty socjalnej.

Nie można przy tym założyć, że „chcącemu nie stanie się krzywda”, ponieważ wyboru formy aktywności zawodowej, zwłaszcza w pracach mało płatnych i niewymagających szczególnej wiedzy czy doświadczenia, rzadko podejmuje zatrudniony.

2.3.7. Neutralność fiskalna zmiany?

W OSR (s. 27) stwierdzono, że zmiana będzie miała zerowy wpływ na dochody sektora finansów publicznych (w tym na FUS, NFZ, FP i FŚ). Z pewnością przyjęcie zerowego wpływu zmiany na finanse publiczne nie znajduje uzasadnienia w stwierdzeniu, że „ZUS obecnie nie prowadzi rozróżnienia pomiędzy umowami zawieranymi w ramach tej działalności, a poza nią” (OSR, s. 28). Po pierwsze projektodawcy jest znana skala przychodów wykazywanych w PIT jako pochodzące z tej działalności (kwotę 252 mln zł z roku 2022, tj. tego, w którym limit wynosił jeszcze 50% minimalnego wynagrodzenia przytoczono na s. 1 OSR), a po drugie nie założono wystąpienia efektu behawioralnego – tzn. rezygnacji z tytułów zleceniobiorcy i pracownika po wprowadzeniu zmiany. Niestety ten mankament pojawia się w różnych OSR, ale przy tak istotnej ingerencji powinien być przynajmniej poparty jakimikolwiek założeniami.

2.3.8. Brak analizy ryzyka



Żadne z wymienionych zagrożeń nie doczekało się choćby identyfikacji ani w uzasadnieniu ani w OSR. W konsekwencji projektodawca optymistycznie opisywał skutki zmiany, choć ten optymizm nie został dostatecznie uargumentowany. W konsekwencji nie przewidziano ani sposobu ani momentu ewaluacji efektów projektu oraz mierników tejże ewaluacji.

Niespójność proponowanej zmiany z całością regulacji rynku pracy i jej wpływ na zaburzenie konkurencyjności oraz faktyczne wyłączenie prawa do zabezpieczenia społecznego sprawiają, że zaproponowana regulacja powinna być przedmiotem ponownej analizy co do celowości jej wprowadzenia.