



Newsletter

Październik 2014



Marek Czernis Kancelaria Radcy Prawnego

www.czernis.pl

Marek Czernis
Kancelaria Radcy Prawnego

Plac Rodła 8, 70-419 Szczecin

tel. +48 91 359 44 30
fax +48 91 359 44 32

kancelaria@czernis.pl
www.czernis.pl

Clyde & Co LLP
London

138 Houndsditch, EC3A 7AR

tel. (020) 7876 5000
fax (020) 7623 5427

info@clydeco.com
www.clydeco.com

Marek Czernis
Kancelaria Radcy Prawnego
Oddział w Trójmieście

Z. Augusta 13/21, 81-359 Gdynia

tel. +48 58 625 12 33
fax +48 58 665 36 91

kancelariagdynia@czernis.pl
www.czernis.pl

Clyde & Co LLP
New York

405 Lexington Avenue, NY 10174

tel. 212 710 3900
fax 212 710 3950

info@clydeco.us
www.clydeco.com

Marek Czernis

Kancelaria Radcy Prawnego

Marek Czernis Kancelaria Radcy Prawnego została założona w roku 1995. Obecnie Kancelaria dysponuje zespołem 23 prawników i asystentów prawnych (w tym 10 radców prawnych), specjalizujących się w prowadzeniu spraw z zakresu prawa: handlowego, cywilnego, własności intelektualnej, a przede wszystkim prawa morskiego.

Założycielem oraz wiodącą postacią Kancelarii jest radca prawny Marek Czernis, członek Komisji Prawa Morskiego Polskiej Akademii Nauk przy oddziale PAN w Gdańsku oraz Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Morskiego. Również pozostali prawnicy w Kancelarii znani są ze swojej działalności, m.in.: aktywności na forach takich organizacji jak: Comite Maritime International, European Community Shipowners' Associations czy International Bar Association; publikowania licznych artykułów w prasie fachowej oraz prowadzenia wykładów na szczecińskich uczelniach wyższych.

Grono Klientów Kancelarii jest szerokie i obejmuje m.in.: międzynarodowe banki, towarzystwa ubezpieczeniowe, armatorów, czarterujących, towarzystwa P&I, spedytorów i firmy transportowe, spółki zaangażowane w produkcję, wytwórczość, dystrybucję i handel detaliczny w wielu branżach przemysłowych i handlowych, a także podmioty świadczące usługi z zakresu marketingu i reklamy.

Clyde & Co LLP

Clyde & Co LLP to jedna z największych międzynarodowych firm prawniczych na świecie, założona w 1933 roku w Wielkiej Brytanii. Obecnie główne biuro kancelarii mieści się w prestiżowym St. Botolph Building, w samym centrum londyńskiego City.

Ponadto Clyde & Co posiada blisko 40 oddziałów w strategicznych lokalizacjach na 6 kontynentach, m.in. w Nowym Jorku, Toronto, Sydney, Pekinie, Paryżu, St. Petersburgu, Sao Paulo i Dubaju. Kancelaria zatrudnia ponad 1400 prawników, w tym 290 partnerów.

Prawnicy Clyde & Co wykorzystując sieć biur rozmieszczonych we wszystkich najważniejszych jurysdykcjach świata z powodzeniem świadczą od lat pomoc prawną klientom, których działalność ma charakter międzynarodowy. Główne obszary praktyki obejmują prawo: lotnicze, morskie, transportowe, a także prawo handlowe, ubezpieczeniowe, energetyczne oraz zagadnienia infrastrukturalne. Clyde & Co wykazuje również aktywność w dziedzinie arbitrażu, prawa korporacyjnego czy też finansowego.

Jednym z celów przyświecających Clyde & Co jest nieustanny rozwój, stąd systematycznie podejmowane są nowe wyzwania, wraz z którymi powstają kolejne biura w nowych lokalizacjach. W ostatnich latach kierunkiem ekspansji są rynki Afryki i Australii i Oceanii, co pozwoli kompleksowo i jeszcze sprawniej służyć pomocą prawną przedsiębiorcom na całym świecie.

Szanowni Państwo

Jak co kwartał zapraszamy do zapoznania się z naszym Newsletterem. Liczymy, że artykuły przygotowane przez prawników Kancelarii dostarczą Państwu aktualnych i przydatnych informacji. Październikowa edycja Newslettera jest jednak wyjątkowa. Z ogromną przyjemnością informujemy bowiem, iż poczynając od niniejszego numeru Newsletter zostanie poszerzony o angielskojęzyczne artykuły przygotowane przez prawników renomowanej międzynarodowej kancelarii – Clyde & Co z siedzibą w Londynie. Mając nadzieję na owocną współpracę z tak znamienitą kancelarią liczymy, że i Państwu przypadną do gustu przygotowane przez prawników Clyde & Co artykuły i pozwolą one spojrzeć na problematykę żeglugi także przez pryzmat common law.

M. Czernis
Marek Czernis
Partner, Szczecin

Dear Sirs

Clyde & Co is delighted and honoured to have been invited by Marek Czernis & Co. Law Office to make this contribution to their newsletter. Given that both firms have very similar practice areas, we hope that readers of this and future editions will find the Clyde & Co contribution topical, informative and useful with regard to current developments in the practice of English commercial law, their impact and influence on the business of shipping and international trade.

Eurof Lloyd-Lewis
Eurof Lloyd-Lewis
Partner, London

Spis treści

Marek Czernis Kancelaria Radcy Prawnego

Reguły Rotterdamskie. Ograniczenie swobody kontraktowej. Część IX	4
Konosamenty wydane w oparciu o umowę czarteru na podróż i czarteru na czas – analiza prawna w świetle prawa angielskiego	9
Automatyczna wymiana informacji finansowych – FATCA. Część III	14
Odnawialne Źródła Energii – jak rozpocząć działalność?	17
LNG a bezpieczeństwo żeglugi	21
Projekt zmiany ustawy o zapobieganiu zanieczyszczeniu morza przez statki	24
Minimalizacja ryzyk podatkowych w systemie Incoterms, w świetle nowelizacji ustawy o VAT	27
Klauzula arbitrażowa w sporach o opłaty za przyjęcie towaru do sprzedaży	31
Reżim Rozporządzenia 44/2001 w stosunku do umów jurysdykcyjnych zawieranych przez podmioty spoza Uni Europejskiej	33
Bezczynność organu i przewlekłość postępowania administracyjnego. Środki prawne służące przeciwdziałaniu opieszałości państwa.	36

Clyde & Co LLP

General average adjustments: Importance of LOU security wording	39
The “LNG GEMINI”-“Cargoes Injurious to the Vessel” charterparty clause examined	41
The “XIN XIA MEN”-Port terminal and shipowners dispute liability for crane damage	43
The “BULK URUGUAY”-Charterers fail to establish anticipatory breach of contract	45
The “ASTIPALAIA”-VLCC loss of earnings following a collision	47
Ship arrests in the UAE and recent developments	49

Reguły Rotterdamskie. Ograniczenie swobody kontraktowej. Część IX

Niniejsze opracowanie jest kontynuacją zagadnienia opisanego w wydaniu czerwcowym naszego Newslettera.

Art. 79 Reguł Rotterdamskich stwierdza, co następuje:

„1. Z zastrzeżeniem odrębnych przepisów niniejszej konwencji nieważne jest jakiekolwiek postanowienie umowne, które zarówno w sposób bezpośredni jak i pośredni:

- a) wyłącza lub ogranicza obowiązki przewoźnika¹ lub morskiego podwykonawcy przewoźnika²;
- b) wyłącza lub ogranicza odpowiedzialność przewoźnika lub morskiego podwykonawcy przewoźnika z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania obowiązków przewidzianych niniejszą konwencją;
- c) skutkuje przelewem wierzytelności z tytułu odszkodowania ubezpieczeniowego ładunku na rzecz przewoźnika lub podwykonawcy przewoźnika.

2. Z zastrzeżeniem odrębnych przepisów niniejszej konwencji nieważne jest jakiekolwiek postanowienie umowne, które zarówno w sposób bezpośredni jak i pośredni:

- a) wyłącza, ogranicza lub zwiększa obowiązki frachtującego³, odbiorcy⁴, osoby uprawnionej do kontroli nad ładunkiem⁵, legitymowanego posiadacza konosamentu⁶ lub frachtującego dokumentacyjnego⁷;
- b) wyłącza, ogranicza lub zwiększa odpowiedzialność frachtującego, odbiorcy, osoby uprawnionej do kontroli nad ładunkiem, legitymowanego posiadacza konosamentu lub frachtującego dokumentacyjnego z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania obowiązków przewidzianych niniejszą konwencją.”

Przytoczony, in extenso, Art. 79 Reguł jest niezwykle ważny, zarówno z punktu widzenia rozwoju legislacji międzynarodowej w tym zakresie jak i z punktu widzenia samych Reguł Rotterdamskich.

¹ Przewoźnikiem jest osoba, która zawarła umowę przewozu z frachtującym [Art. 1 (5)]

² Morskim podwykonawcą przewoźnika jest podwykonawca przewoźnika (pracownik, samodzielny kontrahent wykonujący zlecenie przez przewoźnika czynności itp.) – realizujący prawa i obowiązki przewoźnika w porcie i morskim odcinku przewozu ładunku. [Art. 1 (7)] - kategoria podmiotowa będąca rozszerzeniem znanego np. w Konwencji Ateńskiej lub w Regułach Hamburskich – przewoźnika faktycznego.

Orzecznictwo angielskie rozpatrywało i precyzowało pozycję prawną tego typu podmiotu w związku z zakresem ważności przesłanek egzoneracyjnych – podwykonawców przewoźnika w tzw. „Himalaya clause” [„The Starsin” (2003)]

³ Frachtujący – strona umowy przewozu ładunku [Art. 1 (8)]

⁴ Osoba uprawniona, zgodnie z umową przewozu lub dokumentem przewozowym, do odbioru ładunku [Art. 1 (11)]

⁵ Nowa kategoria podmiotowa – nie znana ani w Regułach Hasko-Visbijskich ani w Regułach Hamburskich. Oznacza każdą osobę, która na warunkach przewidzianych przepisami konwencji i umowy przewozu, ma prawo do kontroli nad ładunkiem i do jego dysponowania [Art. 1 (12) (13)]. Odpowiednik Art. 143 k.m.

⁶ [Art. 1 (10)]. Odpowiednik Art. 144 § 3 k.m.

⁷ Nowa kategoria podmiotowa – oznaczająca osobę, inną niż frachtujący, która wyraziła zgodę na oznaczenie jej jako „frachtujący” w dokumencie przewozowym [Art. 1 (7)]. Kategoria podmiotowa, umożliwiającą np. sprzedającemu na bazie FOB wstąpić w prawa i obowiązki frachtującego – strony umowy przewozu.

Generalnie rzecz ujmując, Art. 79 Reguł jest rozwinięciem Art. III (8) Reguł Hague-Visby⁸ oraz Art. 23 Reguł Hamburskich⁹.

Wyraz „rozwinięcie” jest terminem „kluczem” do zrozumienia tego nowego przepisu. Art. III (8)^{9a} Reguł Hasko-Visbijskich wprowadził przepisy imperatywne (semi-imperatywne) wyłącznie do umów przewozu ładunków morzem na podstawie konosamentu lub „podobnego papieru wartościowego”.¹⁰ Poza restrykcyjną strefą regulacji międzynarodowej pozostała pełna gama umów przewozu wykonywanych na podstawie innego typu dokumentów przewozowych (np. morskich listów przewozowych ang. „seawaybills”) oraz szeroko pojętych umów czarterowych. Reguły Hamburskie w Art. 23, poszły krok dalej rozszerzając normatywny zakres regulacji, ograniczający swobodę kontraktową stron, również do umów przewozu wykonywanych na podstawie dokumentów przewozowych nie będących papierami wartościowymi.

Pomiędzy przyjęciem Reguł Hamburskich (1978 r.) a rozpoczęciem prac nad nowymi Regułami Rotterdamskimi (2000 r.) można było zauważyć, zarówno w USA jak i w regulacjach Unii Europejskiej, konsekwentne odchodzenie od protekcyjnej ochrony swobody kontraktowej zarezerwowanej dla kontraktów przewozowych realizowanych w ramach żeglugi liniowej (i konferencji liniowych).¹¹

W efekcie powyższego Reguły Rotterdamskie przyjęły, iż przepisami semiimperatywnymi¹² lub imperatywnymi objęta zostanie jakakolwiek umowa przewozu ładunku, na podstawie której przewoźnik zobowiązuje się wobec frachtującego, za zapłatą frachtu, do przewiezienia ładunku drogą morską. Umowa przewozu ładunku, poza przewozem drogą morską, może obejmować przewóz ładunku o charakterze multimodalnym [Art. 1 (1)].

⁸ Art. III (8) Reguł Hague-Visby

“Any clause, covenant, or agreement in a contract of carriage relieving the carrier or the ship from liability for loss or damage to, or in connection with, goods arising from negligence, fault, or failure in the duties and obligations provided in this article or lessening such liability otherwise than as provided in this convention, shall be null and void and of no effect. A benefit of insurance in favour of the carrier or similar clause shall be deemed to be a clause relieving the carrier from liability”.

⁹ Art. 23 Reguł Hamburskich

“1. Any stipulation in a contract of carriage by sea in a bill of lading, or in any other document evidencing the contract of carriage by sea is null and void to the extent that it derogates, directly or indirectly, from the provisions of this Convention. The nullity of such a stipulation does not affect the validity of the other provisions of the contract or document of which it forms a part. A clause assigning benefit of insurance of the goods in favour of the carrier, or any similar clause, is null and void.

2. Notwithstanding the provisions of para. 1 of this Article, a carrier may increase his responsibilities and obligations under this Convention.

3. Where a bill of lading or any other document evidencing the contract of carriage by sea is issued, it must contain a statement that the carriage is subject to the provisions of this Convention which nullify any stipulation derogating therefrom to the detriment of the shipper or the consignee.

4. Where the claimant in respect of the goods has incurred loss as a result of a stipulation which is null and void by virtue of present Article, or as a result of the omission of the statement referred to in para. 3 of this Article, the carrier must pay compensation to the extent required in order to give the claimant compensation in accordance with the provisions of this Convention for any loss of or damage to the goods as well as for delay in delivery. The carrier must, in addition, pay compensation for costs incurred by the claimant for the purpose of exercising his right, provided that costs incurred in the action where the foregoing provision is invoked are to be determined in accordance with the law of the State where proceedings are instituted.”

^{9a} Bogate orzecznictwo angielskie poświęciło dużo uwagi doprecyzowaniu skutków prawnych i zakresu wyłączeń przewidzianych w Art. III (8) Reguł Hague-Visby

“The *Hollandia* sub nom. *The Morviken* [1983] 1 AC 565; [1983] 1 Lloyd’s Rep 1; *Svenska Traktor Aktiebolaget v. Maritime Agencies (Southampton) Ltd* [1953] 2 QB 295; *The Ion* [1971] 1 Lloyd’s Rep 541. Contra, *GH Renton & Co Ltd v. Palmyra Trading Corp of Panama (The Caspiana)* [1956] 1 QB 462, at 476; [1955] 2 Lloyd’s Rep 722.”

¹⁰ „Any similar document of title” – Art. I (b) Reguł Hague-Visby. Kategoria dokumentów istotna z punktu widzenia systemu anglosaskiego gdzie poza konosamentem na zlecenie („order B/L” inne dokumenty przewozowe mogą uzyskać status papieru wartościowego na podstawie „custom of merchants” usankcjonowanego precedensem: np. „mate’s receipt” – *[kum v. Wah Tat Bank Ltd.* „(1971); „*Stright B/L*” [„*The Rafaela S*” (2005)] lub Statutu – np. s. 1 (1) of the Factors Act 1889 oraz s. 61 (1) of the Sale of Goods Act 1979.

¹¹ W USA – the Shipping Act 1984 oraz the Ocean Shipping Reform Act 1998. W Unii Europejskiej – EU Regulation 4056/86.

¹² Przez przepisy „imperatywne” – (ius cogens) – rozumie się przepisy, które obowiązują bezwzględnie z mocy prawa. Każda próba umownego uchylecia, lub zmiany tego typu przepisów skutkuje automatycznie nieważnością postanowienia umownego sprzecznego z przepisami bezwzględnie obowiązującymi. Przez przepis „względnie obowiązujący” („semiimperatywny”) – rozumie się przepisy, które wyznaczają minimalny zakres regulacji poniżej którego strony umowy nie mogą uregulować wzajemnych praw i obowiązków bez groźby nieważności takiego postanowienia umownego. Nic natomiast nie stoi na przeszkodzie umownego uregulowania większego, od minimalnego, zakresu praw i obowiązków lub bardziej zastrzeżonej formuły odpowiedzialności.

W tak szeroko skonstruowanej definicji umowy przewozu mając odpowiednik pojęciowy bardziej w systemie cywilistycznym niż w common law pominięto – i to jest istotne – jakikolwiek wymóg dokumentu przewozowego. Innymi słowy każda umowa przewozu spełniająca przesłanki z zacytowanego powyżej Art. 1 (1) Reguł – „wpada” automatycznie w reżim przepisów bezwzględnie obowiązujących niezależnie od tego czy wydany został, w związku z danym przewozem, konosament, morski list przewozowy czy jakikolwiek inny dokument przewozowy.

Co do zasady, Reguły podtrzymały dotychczasowe wyłączenie z regulacji imperatywnych – umów czarteru (czarteru na czas, na podróż, „bareboat” i powstałych na bazie tych czarterów „umów hybrydowych”). Ale już w przypadku, w którym warunki danej umowy czarterowej inkorporowane zostały do konosamentu – zostają one z mocy prawa objęte reżimem Reguł w przypadku przeniesienia „konosamentu czarterowego” na nowego legitymowanego posiadacza w dobrej wierze [Art. 7].

Jednocześnie, wraz z tak obszernym zakresem normatywnym zmieniała się charakterystyka przyjętych przepisów w stosunku do:

- 1) podmiotów „statkowych” (przewoźnik oraz morski podwykonawca przewoźnika) oraz
- 2) podmiotów „ładunkowych” (frachtujący, odbiorca, osoby uprawnione do odbioru ładunku, legitymowany posiadacz konosamentu czy frachtujący dokumentacyjny).

W zakresie „przewoźnika” oraz „podwykonawcy przewoźnika” [Art. 79 (1) Reguł Rotterdamskich] przyjęta regulacja kontynuuje praktykę przepisów „semiimperatywnych”.

Oznacza to, iż przepisy dotyczące praw, obowiązków i odpowiedzialności przewoźnika ustalają jedynie tzw. minimalny zakres stosownych obowiązków i wynikającej z tego odpowiedzialności. Strony umowy przewozu nie mogą zatem zejść poniżej tego poziomu (np. przez zwolnienie przewoźnika z obowiązków wyznaczonych Regułami lub rozszerzenie skali przesłanek egzoneracyjnych przewoźnika). Takie postanowienia uznane zostają za nieważne z mocy prawa. Jednocześnie, nic nie stoi na przeszkodzie aby umownie rozszerzyć zakres obowiązków przewoźnika lub morskiego podwykonawcy przewoźnika, czy też przyjąć odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu okoliczności, za które z mocy Reguł odpowiedzialności nie ponosi. Można więc przyjąć zwiększony zakres obowiązków przewoźnika w zakresie np. zdatności statku do żeglugi (Art. 14 Reguł Rotterdamskich) lub zaostrezenie jego odpowiedzialności w zakresie pieczy nad ładunkiem ponad ten, który przewidziany jest w Art. 13 w związku z Art. 17 Reguł Rotterdamskich.

Art. 79 (1) (c) Reguł, utrzymuje – i to ciekawe – zakaz tzw. „benefit of insurance clause”, które to klauzule umożliwiały otrzymywanie przez przewoźnika odszkodowania ubezpieczeniowego należnego stronie ładunkowej. Praktyka taka (szeroko stosowana przed i w czasie przyjęcia Reguł Haskich), polegała na tym, iż właściciel

ładunku, w drodze umownej, zobowiązany był do dokonania cesji swoich uprawnień do odszkodowania ubezpieczeniowego (z tytułu uszkodzenia lub utraty ładunku) na rzecz przewoźnika.

Przewoźnik, beneficjent takiej cesji, w dalszym ciągu, w przypadku wyrządzenia szkody w ładunku, płacił odszkodowanie właścicielowi ładunku, z tą tylko różnicą, iż źródłem płatności było właśnie co otrzymane, w ramach wspomnianej cesji, odszkodowanie ubezpieczeniowe. W ostatecznym rozrachunku – w sytuacji w której właściciel ładunku tracił, na skutek rozważanej tu klauzuli, zarówno odszkodowanie ubezpieczeniowe jak i regres do przewoźnika – przewoźnik uzyskiwał swoistą formę egzonercacji.

Jeszcze w latach 20 XX w. ubezpieczyciele, w reakcji na powyższą praktykę wprowadzili zapisy polisowe w istocie eliminujące „benefit of insurance clause”. Tym niemniej zarówno Reguły Hague-Visby [Art. III (8)] jak i Reguły Hamburskie [Art. 23 (1)] czy też wreszcie rozważany tutaj [Art. 79 (1) (c)] uznały za zasadne, *expressis verbis*, potwierdzenie bezwzględnej nieważności prawnej tego typu klauzul umownych.

O ile Art. 79 (1) uznać należy za znaczące, aczkolwiek ewolucyjne, rozwinięcie dotychczasowych regulacji międzynarodowych o tyle Art. 79 (2) Reguł Rotterdamskich jest istotnym *novum* legislacyjnym nie mającym odpowiednika ani w Regułach Hague-Visby ani w Regułach Hamburskich.

Przez dłuższy czas legislatorzy uczestniczący w tworzeniu nowych reguł spierali się co do tego czy normatywne obostrzenia swobody kontraktowej winny obowiązywać, tak jak było dotychczas, tylko przewoźnika czy też należałoby wprowadzić podobne ograniczenia po szeroko pojętej „stronie ładunkowej” umowy przewozu.

Ostatecznie zwyciężył pogląd, iż koniecznym jest przyjęcie nie tylko, iż przepisy międzynarodowe dotyczące praw, obowiązków i odpowiedzialności frachtującego i innych podmiotów wyspecyfikowanych w Art. 79 (2) (a) i (b) winny mieć tylko - jak w przypadku przewoźnika – charakter semiimperatywny, ale winny one być bezwzględnie obowiązujące (*ius cogens*).

Oznacza to w praktyce, iż każda próba kontraktowa, nie tylko wyłączenia lub ograniczenia (jak u przewoźnika), ale również i zwiększenie zakresu obowiązków lub odpowiedzialności jakiegokolwiek z podmiotów „strony ładunkowej” powodować będzie automatycznie, *ex lege*, nieważność prawną tego typu postanowień umownych ze wszystkimi wynikającymi z tego skutkami prawnymi.

U podstaw tak radykalnej decyzji legislacyjnej leżały dwa zasadnicze argumenty:

- (i) skoro, po raz pierwszy¹³, konwencja międzynarodowa, w sposób szczegółowy reguluje pozycję prawną frachtującego(i innych „podmiotów ładunkowych”) to wydaje się zasadnym przyjęcie również w stosunku do tej grupy przepisów ograniczeń normatywnych, które mają zastosowanie w stosunku do przewoźnika;
- (ii) jednocześnie, zasadnym jest, w stosunku do podmiotu ze strony ładunkowej wprowadzić nie tylko względny, ale bezwzględny zakaz modyfikacji przepisów konwencyjnych odnośnie sfery praw i obowiązków; każde bowiem, przykładowe zwiększenie obowiązków, np. frachtującego czy zastrzeżenie, ponad poziom konwencyjny, reżimu odpowiedzialności np. odbiorcy lub legitymowanego posiadacza konosamentu jest w rezultacie analogicznym zmniejszeniem, korelatywnego z obowiązkiem frachtującego lub odpowiedzialnością odbiorcy – obowiązku lub zakresu odpowiedzialności przewoźnika czy morskiego podwykonawcy przewoźnika – a to przecież stanowiłoby „by back doors” obejście Art. 79 (1) Reguł Rotterdamskich.

Czy tak ukształtowana struktura przepisów „semiimpeartywnych” [Art. 75 (1)] lub bezwzględnie obowiązujących [Art. 79 (2)] jest strukturą kompletną mającą zastosowanie do wszystkich sytuacji i okoliczności przewidzianych Regułami Rotterdamskimi? Odpowiedź brzmi - nie. Stąd, początek Art. 79 (1) – „z zastrzeżeniem odrębnych postanowień niniejszej Konwencji”.

I tak, imperatywne przepisy Reguł mogą zostać zmodyfikowane w drodze umowy pomiędzy przewoźnikiem a frachtującym w przypadku:

- 1) kontraktu ilościowego (ang. „volume contract”) – [Art. 80];
- 2) przewozu ładunku na pokładzie [Art. 25];
- 3) przewozu żywych zwierząt [Art. 81 (a)];
- 4) przewozu ładunków specjalnych [Art. 81 (b)];
- 5) okresu przed załadowaniem ładunku na pierwszy środek transportu oraz po ostatecznym wyładowaniu z końcowego środka transportu dla danej umowy przewozu [Art. 13 (2)].

Wspomniane powyżej wyłączenia będą przedmiotem kolejnych części opracowania w następnych numerach Newslettera.



Autor:
Marek Czernis

¹³ Reguły Hague-Visby ani też Reguły Hamburskie, nie zawierają podobnie szerokich przepisów dot. praw, obowiązków i odpowiedzialności frachtującego i innych podmiotów po stronie ładunku.

Konosamenty wydane w oparciu o umowę czarteru na podróż i czarteru na czas – analiza prawna w świetle prawa angielskiego

Praktyczne aspekty „paramount clause” w aspekcie inkorporacji Reguł Hague-Visby do umów czarterowych przedstawione w marcowym i czerwcowym numerze Newslettera, stanowiły przygotowanie do zajęcia się zasadniczym i niezwykle istotnym aspektem współczesnego obrotu morskiego a mianowicie implikacjami prawnymi wydania konosamentów w ramach przewozu realizowanego w oparciu o umowę czarteru na podróż i na czas („voyage charter” i „time charter”).¹

Dla pełniejszego zrozumienia aktualnej, wysoce złożonej prawnie, tematyki będącej przedmiotem niniejszego opracowania korzystnym będzie „cofnięcie się” na krótko do genezy rozważanych umów.

W rozwoju historycznym drobnicowy przewóz ładunków wyodrębnił specyficzny dokument przewozowy nazwany „konosament” („bill of lading”), który do XIX w. prawie niepodzielnie stanowił podstawową bazę dokumentacyjno-prawną przewozu ładunku morzem. XIX wiek przyniósł wzrost a stopniowo i dominację przewozu ładunków masowych. Dla potrzeb tego typu przewozu formuła prawna czarteru była najbardziej adekwatna i też najczęściej stosowana w praktyce shippingowo-dokumentacyjnej. Jednakże, o ile z punktu widzenia umowy przewozu ładunku, formuła czarteru (w szczególności czarteru na podróż) pozwalała na pełne uregulowanie kontraktowe praw, obowiązków i struktury odpowiedzialności stron umowy – armatora i czarterującego, o tyle z punktu widzenia komercyjnego formularz czarteru był w zasadzie bezużyteczny. Złożone transakcje kupna-sprzedaży wszelkiego rodzaju „commodities” przewożonych w ramach tychże umów czarterowych powiązane z systemem różnorodnego typu akredytyw, gwarancji bankowo-finansowych oraz innych instrumentów finansowych wspierających umowy handlowe, wymagały specyficznych dokumentów przewozowych, które mają znamiona papierów wartościowych („negotiable documents of title”). Warunki te spełniały, poczynając od precedensu z 1787 r.² tylko konosamenty na zlecenie i na okaziciela. Na reakcję rynku żeglugowego nie trzeba było długo czekać. Coraz częściej zatem, obok umowy czarteru zaczęto wystawiać na tą samą podróż w zakresie tego samego ładunku, konosamenty, które następnie podlegały normalnemu, właściwemu dla tego typu dokumentów, obrotowi dokumentacyjnemu. W obliczu tak żywiołowego rozwoju „podwójnego obiegu” (czarter - konosament) prawo morskie stanęło przed koniecznością uregulowania i zharmonizowania nowej praktyki.

¹ Klasyczna XIX-wieczna klasyfikacja umów czarterowych na „voyage charter”, „time charter” i „bareboat charter (demise charter)” została już dawno zastąpiona szeroką gamą „umów hybrydowych” będącą kombinacją kontraktową klasycznych umów z szeregiem nowych elementów operacyjno-finansowych. Zob. np. „trip charter”, „consecutive voyage charter” [„Suisse Atlantique v. Rotterdamsche Kolen Centrale” (1967)]; „long time frightening contract” [„Associated Portland Cement v. Cory” (1915)]; „service contract”; „slot charter” [„The Tychy” (1999)] itp.

² „Lickbarrow v. Mason” (1787 – 1794), „Newsom v. Thornton” (1805), „Sanders Bros v. Maclean & Co. (1883)” i inne. Nie znaczy to oczywiście, iż przed 1787 r. „bill of lading” nie był według „custom of merchants” – „negotiable document of title”. Musiał nim być, skoro właśnie „zwyczaj handlowy” pozwolił precedensowi uznać konosament, jako papier wartościowy. Uznanie te konstituowało zasadę prawną, która już w sposób niekwestionowany obowiązywała, i obowiązuje, w systemie prawa angielskiego do dzisiaj.

W systemie prawa anglosaskiego formę regulatora przyjęły oczywiście stosowne precedensy. Precedens „*Temperley v. Smythe*” (1905) potwierdził, iż w przypadku, w którym przewóz ładunku morzem wykonuje się na podstawie umowy czarteru, ale jednocześnie przewoźnik na tę samą podróż i na ten sam ładunek wystawił na rzecz czarterującego konosament - warunki umowy przewozu wiążące armatora i czarterującego zawarte są wyłącznie w czarterpartii.³

Precedens z 1977 r. („*The Jocelyne*”) nawiązując do orzeczenia z 1905 r. wyjaśnił dodatkowo, iż zasada prymatu czarteru nad konosamentem w relacji armator – czarterujący może ulec jedynie zmianie wówczas, gdy warunki czarteru wyraźnie przewidują, iż wydany na podstawie C/P konosament może wprowadzić zmienione, nowe warunki, które mogą zmienić umowę czarterową w swoim oryginalnym kształcie. Podkreśliłmy, że warunkiem skutecznego dokonania zmian umowy przewozu zawartej w czarterze przez odmienne warunki przewozu zawarte w konosamencie, jest wyraźnie literalne zastrzeżenie takiej możliwości w czarterze oraz istnienie wyraźnych i kompatybilnych z tekstem czarteru warunków umownych zawartych w konosamencie, które zmieniając odpowiednie części czarteru są jednocześnie spójne z całą strukturą danej umowy przewozu.

Jeżeli w relacji armator – czarterujący umowa czarteru stanowi podstawową i w zasadzie wyłączną bazę wzajemnych praw i obowiązków kontraktowych, jak rolę w tej samej relacji spełnia wydany przez przewoźnika konosament?

Precedens z 1886 r. („*Rodoconachi Sons v. Milburn Bros*” (1886)) wypowiedział się na ten temat jednoznacznie: „Bills issued to a charterer, they are merely receipts in this hands”.

Sytuacja prawna konosamentu, jako „pokwitowania odbioru ładunku” zmienia się fundamentalnie z chwilą przeniesienia konosamentu na inną osobę (a zatem na osobę nie będącą czarterującym). Orzeczenie z 1888 r. („*Leduc v. Ward*”) w słowach Lorda Eshera wyjaśniło, iż „When B/L is transferred to the consignee or endorsee – the B/L may become the contract of carriage between the shipowner and consignee or endorsee”⁴.

A zatem przeniesienie konosamentu na osobę trzecią „przekształca” tzw. „konosament” w pełnoprawny konosament – papier wartościowy – „negotiable document of title^{4a}” ze wszystkimi wynikającymi z tego skutkami prawnymi, które podsumował Lord Westbury w orzeczeniu z 1871r. w następujący sposób:

“At common law bills of lading are documents of title on account of their three features as:
(i) an undertaking by the carrier to deliver only to the holder,

³ „The C/P governs the rights and obligations of the charterer and the shipowner in respect of the carriage of goods. Terms of the contract of carriage are contained in C/P not in the B/L”.

⁴ Podobnie przyjął to polski kodeks morski w Art. 131 § 3, 1 zd. „Konosament stanowi o stosunku prawnym pomiędzy przewoźnikiem a odbiorcą ładunku” oraz pośrednio Art. 169 § 2 „Jeżeli konosament wystawiono na ładunek przewożony na podstawie umowy czarterowej, przepisy § 1 mają zastosowanie od chwili przeniesienia konosamentu na osobę trzecią”.

^{4a} [„*Sewell v. Burdick* (1884)], Lord Bramwell “document of title” (i.e. – embody rights to the possession of the goods) of “negotiable character” (i.e. to be capable to transfer the embodied rights to the possession of the goods by a transfer of the document supplemented, in some cases, by an endorsement („*Barber v. Meyerstein*”).

- (ii) the presumption raised that transfer of the bill constitutes relinquishment by the transferor of control over the goods and,
- (iii) the presumption that the transferee is to have the exclusive right of control of the goods").

Innymi słowy warunki umowy przewozu zawarte w konosamencie (lub do których konosament w sposób skuteczny prawnie odsyła, na przykład przez odesłanie do warunków czarteru, na podstawie którego przewidziany konosament został wydany), stanowią wyłączny zakres obligacyjny pomiędzy armatorem/przewoźnikiem a osobą trzecią/legitymowanym posiadaczem danego konosamentu.

Dotąd sytuacja prawna, przynajmniej jeżeli chodzi o system common law, wydaje się klarowna:

- w relacji armator – czarterujący przy istnieniu zarówno czarteru jak i konosamentu (znajdującego się w rękach czarterującego) warunki umowy czarteru są jedynym wykładnikiem sytuacji prawnej stron umowy, zaś [„Temperley v. Smyth” (1905)];
- po przeniesieniu konosamentu z czarterującego na osobę trzecią - tylko konosament, z zawartymi w nim warunkami umownymi, jest wyłączną podstawą kontraktową relacji umowy przewozu armator/przewoźnik – legitymowany posiadacz konosamentu („holder of B/L”) [„Leduc v. Ward” (1888)].

Powstaje jednak ciekawe pytanie – a co w sytuacji, w której konosament „powróci” do czarterującego – ale tym razem w sytuacji, w której czarterujący jest „osobą trzecią” – to jest uzyskał go w wyniku ciągu transakcji przedstawiających się np. tak: armator/przewoźnik – czarterujący – osoba trzecia (legitymowany posiadacz konosamentu – „holder of B/L”⁵) – czarterujący (jako „holder of B/L” – w rezultacie przeniesienia na czarterującego konosamentu w drodze indosu lub w przypadku konosamentu na okaziciela („bearer B/L”) w drodze przeniesienia egzemplarza konosamentu).

Czy zatem w tej nowej sytuacji, w relacji armator/przewoźnik – czarterujący/ legitymowany posiadacz konosamentu powróci „dominacja” warunków czarteru (za „Temperley Smyth”) czy też priorytet utrzymuje konosament (za „Leduc v. Ward”)?

Kwestia ta nastroczyła dużo problemów orzecznictwu angielskiemu. Z jednej strony już w 1894 r. w orzeczeniu „Hansen v. Harold Brothers” odpowiedziano się za prymatem konosamentu („The transferred bill of lading can operate, as between the carrier and the charterer, to modify or supplement of the terms of the contract of carriage contained in the charter”).

⁵ Pojęciu polskiemu legitymowany posiadacz konosamentu, przyjętemu za Art. 144 k.m. oraz Art. 921¹⁶ k.c. – najbardziej odpowiada angielski zwrot „holder of B/L”. Pamiętać należy, iż za tym pojęciem kryje się szereg dodatkowych określeń często używanych w obrocie prawnym takich jak np. „consignee” (legitymowany posiadacz konosamentu na czyje zlecenie opiewa konosament „endorser (indorsor)” – indorsant, „endorsee (indorsee)” – indosatariusz, „bearer” – okaziciel konosamentu itp. Pomijając oczywiście szczegółową analizę „techniczną” obrotu papierami wartościowymi zarówno w prawie polskim jak i angielskim – uznałem za przydatnym wskazanie powyższych rozróżnień.

Powyższe stanowisko potwierdzone zostało częściowo w ważnym precedensie "Brandt v. Liverpool" (1924) - gdzie wychodząc z teorii „implied contract approach”⁶ - przyjęto iż: "If the charterer is not the shipper but becomes the ultimate consignee of the cargo, it might in any event be able to rely upon the terms of the bill of lading as terms to be enforced pursuant to a contract to be implied from its taking delivery of the cargo under that bill of lading".

Ta linia orzecznicza sądów angielskich zderzyła się z drugą tendencją precedensową wyraziście zaznaczoną w orzeczeniu z 1970 r. „President of India v. Metcalfe”⁷, gdzie konosament oryginalnie wydany do osoby trzeciej (gestora ładunku) został następnie indosowany na rzecz czarterującego. W powstałym sporze z tytułu uszkodzenia ładunku to klauzula arbitrażowa zawarta w czarterze a nie klauzula sądowa zawarta w konosamencie została uznana za wiążącą. A zatem przyjęto, iż „powrót” konosamentu do czarterującego „przywraca” mu charakter pokwitowania a w konsekwencji czarter odzyskuje dominujące znaczenie w ustaleniu praw i obowiązków stron umowy przewozu.

Ograniczone ramy redakcyjne Newslettera, nie pozwalają na pogłębioną analizę prawną obu „prima facie” sprzecznych ze sobą linii orzecznictwa angielskiego. Można jedynie zaznaczyć, iż zauważalna zaczyna być tendencja do przyjmowania bardziej rozumowania z precedensu z 1970 r. (a zatem priorytetu czarteru) nad precedensem z 1894 r., choć jak zawsze w tego typu problemach interpretacyjnych pamiętać należy, iż „Everything will depend on the terms of the bill of lading and the construction of the documents as a whole”.⁸

Powróćmy na zakończenie do głównego nurtu tego opracowania.

Odpowiedzialność armatora określona warunkami umowy czarterowej może ulec istotnemu rozszerzeniu w sytuacji, w której czarterujący spowoduje wydanie i obieg konosamentów. Szczególnie jest to dotkliwe dla armatora w sytuacji, w której Reguły Hague –Visby zaczynają obowiązywać w stosunku obligacyjnym armator/przewoźnik – legitymowany posiadacz konosamentu czarterowego.⁹ Pisaliśmy o tym w naszych Newsletterach w marcu i czerwcu.

Armatorzy, podejmują próby ograniczenia tego „konosamentowego” rozszerzenia swojej odpowiedzialności w jeden z następujących sposobów:

1. zastrzegają w umowie czarterowej, że ewentualny wydany konosament musi mieć ściśle określoną, znaną z góry co do warunków kontraktowych, formę (np. Congenbill, Polcoalvoy itp.); albo

⁶ Doktryna prawa angielskiego umożliwiając osobie trzeciej, nie będącej stroną danego stosunku prawnego uzyskanie uprawnień wynikających z tego właśnie stosunku (np. legitymowany posiadacz konosamentu uzyskuje uprawnienia z tytułu umowy przewozu zawartej pomiędzy przewoźnikiem a frachtującym) [„Stindt v. Roberts” (1848)], [„Brandt v. Liverpool” (1924)], [„Cremer v. General Carriers” (1974)]. Podobne wnioski zawarł Lord Atkin w precedensie z 1936 r., [„Hain SS Co. v. Tate & Lyle”] – „A new contract appears to spring up between the ship and the consignee on the terms of the bill of lading”. Kwestia systemowo rozwiązana została przez prawo angielskie w COGSA 1992 r. W prawie polskim odpowiednikiem jest Art. 393 k.c. („pactum in favorem tertii – umowa o świadczenie na rzecz osoby trzeciej”).

⁷ Zobacz również: [„Love & Stewart Ltd. v. Rotor Steamship Co.” (1916)]

⁸ [„The Venezuela” (1980)]; [„The Rewia” (1991)]; [„The Hector” (1998)]

⁹ Przez pojęcie „konosamentu czarterowego” rozumie się tu konosament, który odsyła (lub inkorporuje) warunki umowy czarterowej, na podstawie którego został wydany. Odpowiedzialnym z tytułu takiego konosamentu jest armator. Nie należy go mylić z konosamentem czarterującego („charterers’ B/L”) – w którym „przewoźnikiem” i stroną odpowiedzialną z tytułu przewozu jest czarterujący – nie armator.

2. zastrzegają umownie, aby wydany konosament zawierał odrębną klauzulę *expressis verbis* inkorporującą warunki umowne czarteru (co powoduje, iż *de facto* oba dokumenty – czarter i konosament – mają takie same formalne warunki kontraktowe); czy wreszcie
3. wprowadzają do czarteru wyraźne zastrzeżenie, iż kapitan zobowiązany jest do podpisania konosamentu „as presented (...) without prejudice to this charter” [np. NYPE 1993 clause 30)]. Sędzia Mustill w orzeczeniu „Gulf steel v. Al. Khalifa Shipping Co.” (1980), wyjaśnił w tym kontekście, iż „where the charterer is given the right as in the NYPE from – to present bills of signature by master without prejudice to this charter-party then it is for the charterer not to the owner, to decide on the form of the bill of lading, always providing that the bill of lading does not encroach on the rights conferred on the owners by the charterparty”.

Niezależnie od przedstawionych powyżej konkretnych, kontraktowych „środków zapobiegawczych” należy pamiętać o powszechnie stosowanych w umowach czarterowych tzw. „employment and indemnity clauses” jak np. cl.9 z „BaltimForm”¹⁰.

Zawarcie takiej klauzuli skutkuje obowiązkiem czarterującego do wypłaty odszkodowania na rzecz armatora w przypadku, w którym armator poniósł szkodę z tytułu odpowiedzialności konosamentowej, której nie poniósłby gdyby nie zwiększony przez konosament (w porównaniu do warunków czarteru) zakres odpowiedzialności armatora z tytułu niewykonania lub nienależnego wykonania umowy przewozu ładunku.

Rzecz ciekawa, system common law poszedł w tym zakresie tak daleko, iż nawet w przypadku braku w czarterze konkretnej *expressis verbis* „employment and indemnity clause” uznaje się, iż „such right to indemnity may be implied” a zatem z mocy samego prawa, niezależnie od braku zastrzeżenia umownego, armatorowi przysługiwać będzie roszczenie odszkodowawcze w przypadku poniesienia przez niego szkód związanych z odpowiedzialnością nałożoną na niego przez niezgodne lub nieprzewidziane w czarterze, postanowienia umowne zawarte w konosamencie.

W następnej części Newslettera zostanie dokonana szczegółowa analiza prawna sytuacji, w której na statek znajdujący się w czarterze (czarter na podróż i czarter na czas, czarter bareboat) załadowany jest ładunek osoby trzeciej (nie czarterującego) w związku z czym, konosament wydany jest przez przewoźnika (lub czarterującego) bezpośrednio na rzecz osoby trzeciej-gestora ładunku.



Autor:
Marek Czernis

¹⁰ [„The master to prosecute all voyages with the utmost despatch and render customary assistance with the vessel's crew. The master to be under the orders of the charterers as regards employment, agency, or other arrangements. The charterers to indemnify the owners against all consequences or liabilities arising from the master, officers or agents signing bills of lading or other documents or otherwise complying with such orders, as well as from any irregularity in the vessel's papers or for over carrying goods..."], [„Coast Lines Ltd v. Hudong”(1972)], [„The Garbis”(1982)], [„The Ikariada”(1999)], [„The Berge Sund”(1993)], [„The Island Archon”(1994)], Jak wyjaśnił to między innymi, Lord Evans: “Such an implication is justified on the grounds of business efficacy – in the sense that if charterer requires to have the vessel at his disposals and to be free to choose voyages and cargos and B/L term also, then the owner must be expected to grant such freedom only if he is entitled to be indemnified against loss and liability resulting from it”.

Automatyczna wymiana informacji finansowych – FATCA. Część III

W ciągu ostatnich lat potrzeby budżetowe państw całego świata, w szczególności państw wysoko rozwiniętych, wymusiły zwrócenie szczególnej uwagi na proceder uchylania się od opodatkowania. O ile sam proceder jest tak stary jak podatki, to tworzenie rozbudowanych, wysoko wyspecjalizowanych wehikułów agresywnego planowania podatkowego prowadzące do uniknięcia podatku, w odpowiedzi na rosnące globalnie obciążenia podatkowe, nie jest już domeną wyłącznie nielicznych, ale stało się powszechnym narzędziem optymalizacji dla przedsiębiorców i osób zamożnych. Państwa całego świata zaczęły baczniej przyglądać się osobom fizycznym i osobom prawnym, w celu wykrycia przypadków ukrywania dochodów i majątku za granicą. Niegdyś niedocenianym, acz bardzo skutecznym instrumentem służącym eliminowaniu takich przypadków jest wymiana informacji między państwami.

Do wymiany informacji między państwami może dochodzić na podstawie międzynarodowych umów i porozumień, w tym również obowiązujących od kilkunastu lat umów o unikaniu podwójnego opodatkowania, jednakże ten instrument polityki podatkowej państw choć był stosowany, z wielu powodów w tym obiektywnych, w bardzo ograniczonym zakresie.

Jednym ze skuteczniejszych narzędzi służących wymianie informacji może okazać się Standard Automatycznej Wymiany Informacji Finansowych (Standard for Automatic Exchange of Financial Account Information) opracowywany przez Organizację Współpracy Gospodarczej i Rozwoju (OECD) opisany przez nas w marcowym numerze Newslettera. W czerwcowym Newsletterze zwróciliśmy natomiast uwagę na obowiązujące już regulacje unijne w tym względzie i ich zmiany. Nie są to jednak jedyne instrumenty powstałe w ostatnich latach służące do walki z uchylaniem się od opodatkowania.

W sytuacji powszechnej walki z uchylaniem się od płacenia podatków i naturalnym oporem ze strony państw czerpiących korzyści z udostępniania jurysdykcyjnej ochrony obcym kapitałom, najsukuteczniejsze okazały się Stany Zjednoczone. To one w celu uszczelnienia własnego systemu podatkowego wprowadziły w marcu 2010 r. Ustawę o ujawnianiu informacji o rachunkach zagranicznych na cele podatkowe (Foreign Account Tax Compliance Act, FATCA). Postanowienia FATCA znajdują się w rozdziałach 1471 – 1474 amerykańskiego Internal Revenue Code i jako przepisy prawa Stanów Zjednoczonych nie obowiązują w innych państwach, co samo w sobie nie zapowiadało jeszcze skuteczności wdrożenia tego instrumentu. Mechanizm zastosowany w FATCA powoduje jednak, że przepisy te w ciągu 5 lat mają szansę objąć niemalże cały świat.

Ustawa FATCA została uchwalona w celu zwalczania uchylania się od opodatkowania osób, które podlegają opodatkowaniu w Stanach Zjednoczonych. Jej przepisy nie są

jednak skierowane tylko do obywateli czy rezydentów amerykańskich, ale najbardziej uderzają w zagraniczne instytucje finansowe, takie jak banki, fundusze inwestycyjne, domy maklerskie, zakłady ubezpieczeniowe. Instytucje takie zobligowane są do zawierania z amerykańską administracją skarbową (Internal Revenue Service, IRS) porozumień, na mocy których instytucje te będą informować IRS o następujących danych podatników amerykańskich:

- (i) imię i nazwisko/nazwa, adres, numer identyfikacji podatkowej właściciela rachunku, będącego rezydentem amerykańskim,
- (ii) numer rachunku,
- (iii) bilans rachunku,
- (iv) wysokość operacji na rachunku.

Elementem mającym mobilizować zagraniczne instytucje finansowe do zawarcia porozumienia i przekazywania wyżej wskazanych danych, jest sankcja w postaci 30% podatku nakładanego na wszystkie płatności na rzecz instytucji finansowej dokonywane z USA, w przypadku nie spełnienia wymagań nałożonych przez FATCA. Nie jest to jednak czcza groźba, skoro w dalszym ciągu większość globalnego rynku finansowego opiera się na transakcjach dolarowych, które na różnych etapach przechodzą przez instytucje amerykańskie, zdolne do wyegzekwowania nałożonej sankcji.

Identyfikacja rachunków podmiotów podlegających obowiązkowi informacyjnemu ma polegać na poszukiwaniu elementów wskazujących na powiązania ze Stanami Zjednoczonymi, w szczególności takich jak obywatelstwo amerykańskie, posiadanie zielonej karty, stałe miejsce zamieszkania w USA, osiąganie dochodów w USA, czy też nawet amerykański numer telefonu, albo w przypadku osób prawnych posiadanie formy prawnej wskazującej na zarejestrowanie w USA. W przypadku wykrycia przez instytucję finansową, że dana osoba jest amerykańskim rezydentem podatkowym, instytucja będzie zobowiązana do uzyskania jego zgody na przekazywanie informacji. W przypadku braku zgody, rachunek takiego podmiotu powinien zostać zamknięty. W celu ominięcia kłopotliwego obowiązku przeglądania wszystkich rachunków wprowadzono progi minimalne. Wyłączony jest przegląd rachunków z saldem poniżej 50 tys. dolarów amerykańskich (USD) w stosunku do osób fizycznych i z saldem poniżej 250 tys. USD w przypadku osób prawnych.

Należy zwrócić uwagę na wysokie koszty, jakie niesie za sobą dostosowanie się instytucji finansowych do wymogów przewidzianych w FATCA. Stworzenie i wdrożenie w instytucjach finansowych odpowiednich systemów służących do wyszukiwania amerykańskich podatników może okazać się tak kosztowne, że w przypadku instytucji, w których ilość transferów finansowych ze Stanami Zjednoczonymi jest niewielka, nie będzie to opłacalne. Jednak należy pamiętać, że wtedy każdy przelew z USA zostanie zmniejszony o 30%, co doprowadzić może niewątpliwie do rezygnacji z usług instytucji finansowych przez osoby, które takich międzynarodowych transakcji ze Stanami Zjednoczonymi lub przez Stany Zjednoczone dokonują. Wydaje się więc, że w sytuacji, w której instytucja finansowa nie chce tracić poważnych klientów, będzie musiała ponieść wysokie koszty, jakie niesie za sobą dostosowanie się do

domyślnie spełniającej postanowienia FATCA. Instytucje, które nie prowadzą działalności poza Polską, ani też za granicą klientów nie pozyskują oraz przynajmniej 98% rachunków prowadzą na rzecz rezydentów UE, a także uniemożliwiają amerykańskim rezydentom otwieranie rachunków mogą uzyskać status deemed-compliant, który zwalnia z obciążenia 30% podatkiem płatności na ich rzecz.

Pozostaje pytanie, czy zagraniczne instytucje finansowe mogą, w świetle przepisów państw, w których mają siedziby zawierać opisane wyżej porozumienia z IRS. W przypadku wielu państw, w tym Polski, przekazywanie informacji do obcej administracji finansowej nie jest legalne. Narusza ono przepisy o ochronie danych osobowych, oraz tajemnicę bankową. Dlatego też Stany Zjednoczone zawierają z państwami całego świata umowy międzynarodowe. Umowy dotyczące FATCA dzielą się na te, na mocy których zagraniczne instytucje finansowe mają informować administrację finansową państwa, w którym mają siedzibę, a następnie administracja finansowa państwa – siedziby przekazywać będzie uzyskane informacje do IRS (Model I IGA), oraz te, na mocy których zagraniczne instytucje finansowe przekazywać będą informacje bezpośrednio do IRS (Model II IGA). Tempo zawierania tych umów jest bezprecedensowe jeśli wziąć pod uwagę działania na arenie międzynarodowej przez jedno państwo właściwie tylko w swoim interesie. Do czerwca 2014 r. zawarte zostały 34 umowy Model I IGA oraz 5 umów Model II IGA, natomiast parafowanych zostało kolejne 54 umowy Model I IGA (w tym umowa między USA a Polską), oraz 8 umów Model II IGA. To niespotykane wręcz do tej pory tempo zawierania umów wynika z faktu, że przepisy FATCA od 1 lipca 2014 r. pozwalają na pobieranie sankcyjnej stawki podatku, o której mowa wyżej. Państwom całego świata zależy, ażeby instytucje finansowe mające w nich siedziby jak najszybciej mogły mieć jasność co do tego, czy mogą przekazywać informacje o swoich klientach i w jaki sposób, żeby uchronić się od sankcji.

Podkreślić należy, że rozwiązanie amerykańskie jest wciąż zbyt nowe, żeby stwierdzić jego wysoką skuteczność w porównaniu z innymi regulacjami dotyczącymi automatycznej wymiany informacji. Przepisy FATCA wchodzi w życie stopniowo od 1 stycznia 2013 r. i jeszcze nie funkcjonują w pełni, by móc je ocenić. Zauważa się nadto, że nawet sam IRS nie jest jeszcze przygotowany do stosowania własnych regulacji, dlatego pierwsze 2 lata mają stanowić okres przejściowy w stosowaniu FATCA. Niewątpliwie jednak zasługuje na uwagę skuteczność i szybkość we wprowadzeniu tej regulacji. Z uwagi na powyższe może się okazać, że to właśnie model automatycznej wymiany informacji oparty na FATCA zostanie uznany za najskuteczniejszy i stanie się niejako wzorem dla innych państw dążących do wykrywania podmiotów uchylających się od opodatkowania.



Autor:
Aleksander Błahy



Autor:
Paweł Bilicki

Odnawialne Źródła Energii - jak rozpocząć działalność?

1 września 2014 roku zakończyły się wstępne konsultacje dotyczące przygotowanego w Ministerstwie Gospodarki projektu „Polityki energetycznej Polski do 2050 roku”. Głównym celem zakreślonej polityki energetycznej jest stworzenie warunków dla stałego i zrównoważonego rozwoju gospodarki narodowej, zapewnienie bezpieczeństwa energetycznego państwa oraz zaspokojenie potrzeb energetycznych przedsiębiorstw i gospodarstw domowych. Dokument przewiduje trzy cele operacyjne, mające służyć realizacji powyżej wskazanego celu głównego, a mianowicie (i) zapewnienie bezpieczeństwa energetycznego kraju, (ii) zwiększenie konkurencyjności i efektywności energetycznej gospodarki narodowej, (iii) ograniczenie oddziaływania energetyki na środowisko¹.

Przytoczone cele operacyjne, stanowiące tzw. doktrynę polityki energetycznej, w szczególności ten dotyczący zmniejszenia oddziaływania szeroko rozumianej energetyki na środowisko, do czego konsekwentnie obligują kraje członkowskie organy Unii Europejskiej, a także jasno sprecyzowana droga Polski do dyferencjacji źródeł energii poprzez ekspansję odnawialnych źródeł energii związanej z zakładanym wydatnym rozwojem technologii produkcji energii ze źródeł odnawialnych (energia wiatrowa, energia słoneczna, energia wodna, geotermia, biomasa, biogaz), może w niedalekiej przyszłości okazać się dla polskich przedsiębiorców atrakcyjnym pod względem biznesowym sektorem gospodarki. Z tego względu być może warto już dziś, zakładając potencjał inwestycyjny w wytwarzaniu energii elektrycznej w odnawialnych źródłach energii, prześledzić dość restrykcyjne przecież, z uwagi na regulowany rynek energetyczny w Polsce, wymagania i procedury towarzyszące wspomnianym wyżej przedsięwzięciom.

Podmioty ubiegające się o koncesję

Najistotniejszym aktem prawnym regulującym przedmiotową materię jest ustawa z dnia 10 kwietnia 1997 roku Prawo energetyczne (Dz. U. 1997 nr 54 poz. 348), zwana w dalszej części niniejszego artykułu „Ustawą”. Zgodnie z art. 32 ust. 1 pkt 1 lit. b przywołanej Ustawy „uzyskania koncesji wymaga wykonywanie działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania energii elektrycznej, z wyłączeniem wytwarzania energii elektrycznej w źródłach o łącznej mocy zainstalowanej elektrycznej nieprzekraczającej 50 MW niezaliczanych do odnawialnych źródeł energii lub do źródeł wytwarzających energię elektryczną w kogeneracji oraz z wyłączeniem wytwarzania energii elektrycznej z biogazu rolniczego”. Zgodnie z brzmieniem powyższego przepisu, co do zasady każda działalność gospodarcza polegająca na wytwarzaniu energii elektrycznej w odnawialnych źródłach energii (z wyjątkiem biogazu rolniczego,

¹ http://www.mg.gov.pl/files/upload/21411/PrezentacjaPEP2050_popr.pdf

którego to wytwarzanie uzależnione jest od uzyskania wpisu do rejestru prowadzonego przez Prezesa Agencji Rynku Rolnego) podlega koncesjonowaniu.

Przesłanki, których spełnienia wymaga od podmiotów ubiegających się o koncesję ustawodawca, określone są w art. 33 ust. 1 Ustawy, i są to: (i) siedziba lub miejsce zamieszkania podmiotu na terytorium UE, Konfederacji Szwajcarskiej lub państwa członkowskiego EFTA, (ii) dysponowanie środkami finansowymi w wielkości gwarantującej prawidłowe wykonywanie działalności, ewentualnie udokumentowanie możliwości ich pozyskania (iii) możliwości techniczne gwarantujące prawidłowe wykonywanie działalności (iv) zapewnienie zatrudnienia osób o właściwych kwalifikacjach zawodowych, o których mowa w art. 54 Ustawy (v) uzyskanie decyzji o warunkach zabudowy i zagospodarowania terenu.

W art. 33 ust. 3 Ustawy wymienione są także przesłanki negatywne do uzyskania koncesji: (i) toczące się wobec podmiotu postępowanie upadłościowe lub likwidacja, (ii) cofnięcie uprzednio przyznanej koncesji lub wykreślenie z rejestru działalności regulowanej w ciągu ostatnich 3 lat z przyczyn wskazanych w art. 58 ust. 2 i art. 71 ust. 1 ustawy z dnia 2 lipca 2004 roku o swobodzie działalności gospodarczej (Dz. U. 2004 nr 173 poz. 1807), (iii) skazanie prawomocnym wyrokiem sądu za przestępstwo mające związek z przedmiotem działalności gospodarczej określonej Ustawą.

Skutki braku koncesji

Jak stanowi art. 9a ust. 6 Ustawy sprzedawca energii elektrycznej jest zobowiązany, w zakresie i na zasadach określonych przez przepisy odrębne, z urzędu zakupić energię elektryczną wytworzoną w odnawialnych źródłach energii przyłączonej do sieci dystrybucyjnej lub przesyłowej znajdującej się na terenie obejmującym obszar działania tego sprzedawcy. Podmiotom nieposiadającym koncesji, o której mowa w akapicie poprzedzającym, nie przysługuje prawo żądania zakupu wytworzonej energii, ani też prawo pierwszeństwa w świadczeniu usług jej przesyłania lub dystrybucji.

Oprócz powyższego wyłącznie koncesjonowane przedsiębiorstwa energetyczne i zarejestrowane przedsiębiorstwa wytwarzające biogaz rolniczy mogą się ubiegać o tzw. Zielone Certyfikaty Energetyczne, za pomocą których identyfikuje się przede wszystkim źródło energii, datę i miejsce jej wyprodukowania, a także na wniosek producenta informacje na temat rodzaju i mocy elektrowni, a które to certyfikaty są gwarantem „ekologiczności” pochodzenia energii, co może stanowić dla przedsiębiorcy handicap marketingowy.

Ponadto podmiot wykonujący działalność gospodarczą bez wymaganej koncesji lub wymaganego wpisu do rejestru przedsiębiorstw energetycznych zajmujących się wytwarzaniem biogazu, zgodnie z art. 601 ustawy z dnia 20 maja 1971 roku Kodeks wykroczeń (Dz. U. 1971 nr 12 poz. 114) podlega karze ograniczenia wolności albo grzywny.

Promesa koncesji

Z art. 43 ust. 1 Ustawy wynika, że każdy podmiot zamierzający prowadzić działalność gospodarczą związaną z wytwarzaniem energii elektrycznej może ubiegać się o wydanie

promesy koncesji, stanowiącej, można powiedzieć, swoiste przyrzeczenie jej udzielenia. Okres ważności udzielonej promesy nie może być krótszy niż 6 miesięcy. Nie daje ona jednak prawa do prowadzenia działalności ani innych przywilejów w zakresie określonym przez docelową koncesję. W przypadku gdy stan faktyczny lub prawny podany we wniosku o wydanie promesy nie uległ zmianie, organ jest zobowiązany do wydania koncesji zgodnie z treścią promesy. Promesa w znacznym stopniu ułatwia realizację wstępnego etapu procesu inwestycyjnego polegającego m. in. na uzyskaniu finansowania projektu.

Wniosek o udzielenie koncesji

Wniosek o udzielenie koncesji należy przesłać co do zasady do Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki, z tym jednak zastrzeżeniem, że wniosek, który obejmuje źródło odnawialne wykorzystujące w procesie przetwarzania energię spadku rzek, promieniowania słonecznego, wiatru, geotermalną, aerotermalną, fal, pływów morskich i prądów lub pozyskiwaną z biogazu powstałego w procesach odprowadzania lub oczyszczania ścieków albo rozkładu składowanych szczątków roślinnych i zwierzęcych, należy złożyć we właściwym miejscowo Oddziale Terenowym Urzędu Regulacji Energetyki.

Przedmiotowy wniosek o udzielenie koncesji lub odpowiednio promesy koncesji powinien zawierać, zgodnie z treścią art. 35 ust. 1 Ustawy, w szczególności (i) oznaczenie wnioskodawcy i jego siedziby lub miejsca zamieszkania, a w razie ustanowienia pełnomocników do dokonywania czynności prawnych w imieniu przedsiębiorcy – również ich imiona i nazwiska, (ii) określenie przedmiotu oraz zakresu prowadzonej działalności, na którą ma być wydana koncesja, (iii) informacje o dotychczasowej działalności wnioskodawcy, w tym sprawozdania finansowe z ostatnich 3 lat, jeżeli podmiot prowadzi działalność gospodarczą, (iv) określenie czasu, na jaki koncesja ma być udzielona, wraz ze wskazaniem daty rozpoczęcia działalności, (v) określenie środków, jakimi dysponuje podmiot ubiegający się o koncesję, w celu zapewnienia prawidłowego wykonywania działalności objętej wnioskiem, (vi) numer w rejestrze przedsiębiorców albo ewidencji działalności gospodarczej oraz numer identyfikacji podatkowej NIP. Do wniosku powinny zostać załączone dokumenty (i) potwierdzające, że przedsiębiorca spełnia warunki organizacyjne zapewniające prawidłowe wykonywanie działalności objętej koncesją (promesą koncesji), (ii) dokumenty wskazujące, że spełnione są warunki techniczne zapewniające prawidłowe wykonywanie działalności gospodarczej oraz (iii) dokumenty wskazujące posiadanie możliwości finansowych zapewniających prawidłowe wykonywanie działalności objętej koncesją.

Podsumowanie

Mimo postępującej liberalizacji polskiej gospodarki, objawiającej się w deregulacji i pozostawieniu w obszarze koncesjonowania już tylko siedmiu sektorów działalności gospodarczej, szeroko rozumiana energetyka, ze względu na specyficzny charakter pozostaje w dalszym ciągu pod licznymi obostrzeniami proceduralnymi nałożonymi ze strony administracji państwowej. Niewątpliwym jest, że regulacje w przedmiotowej materii są, ze względu na bezpieczeństwo energetyczne Polski, niezbędne dla prawidłowego funkcjonowania rynku energetycznego tak w zakresie wytwarzania energii jak i jej późniejszej dystrybucji. Niemniej jednak w gospodarce wolnorynkowej

potrzebne są także takie mechanizmy, które zapewnią przedsiębiorcom przejrzyste i spójne ramy zakładania i prowadzenia działalności gospodarczej polegającej na wytwarzaniu energii elektrycznej również, a może, ze względu na dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/28/WE z dnia 23 kwietnia 2009 roku w sprawie promowania stosowania energii ze źródeł odnawialnych, w szczególności z odnawialnych źródeł energii. Powinniśmy zatem oczekiwać od ustawodawcy podjęcia stosownych działań, upraszczających powyżej opisaną procedurę, mających na celu zachęcenie prywatnych podmiotów do inwestowania w odnawialne źródła energii, co pozytywnie wpłynie zarówno na bezpieczeństwo energetyczne kraju poprzez dywersyfikację źródeł, jak i na środowisko naturalne.



Autor:
Rafał Czyżyk



Autor:
Marcin Borowski

LNG a bezpieczeństwo żeglugi

W dniach 8-12 września 2014 r. odbyło się inauguracyjne posiedzenie podkomisji IMO do sprawy przewozu ładunków i kontenerów (Sub-Committee on Carriage of Cargoes and Containers, CCC 1), które przyniosło długo oczekiwany rezultat w postaci projektu kodeksu bezpieczeństwa statków napędzanych paliwem gazowym lub innym paliwem łatwopalnym (Code of Safety for Ships using Gases or other Low flashpoint Fuels, IGF Code).

Prace nad tym dokumentem rozpoczęły się z inicjatywy Norwegii zgłoszonej podczas 78. posiedzenia Komisji Bezpieczeństwa Morskiego IMO (MSC 78) ponad dekadę temu, bo w maju 2004 roku. Wspólnie z podkomisją do spraw paliwa ciekłego i gazowego (Sub-Committee on Bulk Liquid and Gases) utworzono wówczas grupę roboczą, a następnie wytyczono harmonogram prac, które pod kierownictwem Norwegii miały być systematycznie podejmowane, tak by stworzyć kompleksową regulację zwiększającą bezpieczeństwo nie tylko jednostek napędzanych LNG, ale też wszystkich osób zaangażowanych w obsługę towarzyszącej temu infrastruktury.

Popularność skroplonego gazu ziemnego jako paliwa o różnorodnym zastosowaniu wzrasta nieustannie od lat. Jako paliwo żeglugowe jest w ostatnim czasie w świetle reflektorów, zachwalane z jednej strony przez norweskie władze (m.in. przez premiera Jensa Stoltenberga podczas ubiegłorocznego Szczytu Morza Bałtyckiego), z drugiej przez samą Komisję Europejską, która w pakiecie Czysta energia dla transportu (24 stycznia 2013) wskazała na LNG jako najbardziej perspektywiczną alternatywę dla paliwa w transporcie wodnym. Popularność LNG, a także innych paliw alternatywnych jak np. metanol jest tym większa, im intensywniejsze wysiłki podejmuje się na arenie międzynarodowej w celu ograniczenia zanieczyszczenia środowiska. Wchodząca w życie 1 stycznia 2015 r. tzw. dyrektywa siarkowa nakładająca na statki poruszające się m.in. w basenie Morza Bałtyckiego obowiązek stosowania paliwa o dziesięciokrotnie niższej niż dotychczas zawartości związków siarki, przyczyniła się znacząco do wzrostu zainteresowania alternatywnymi paliwami. Obok bowiem względów ekologicznych, za poszukiwaniem zamienników dla tradycyjnego mazutu przemawiać zaczęły znacznie dobitniej argumenty ekonomiczne. Armatorzy w obliczu nowych regulacji stanęli przed wyborem jednej z trzech opcji: zainstalowania kosztownych płuczek, tzw. scrubberów przetwarzających tradycyjne paliwo, zastosowania oleju napędowego o obniżonej zawartości siarki lub modyfikacji układu napędowego i dostosowanie go do wykorzystania paliwa alternatywnego (metanol, etanol, LNG, inne gazy).

W pakiecie „Czysta energia dla transportu” zaprezentowano porównanie kosztów różnego rodzaju paliw żeglugowych. Koszt LNG oscylował w połowie 2012 roku wokół 300-410 EUR, a dla porównania koszt oleju napędowego wynosił ok. 480 EUR, a oleju napędowego o niskiej zawartości siarki - ok. 780 EUR. W związku z powyższym,

przewiduje się, że armatorzy w dłuższej perspektywie będą wymieniać przynajmniej część floty na jednostki napędzane gazem LNG.

Znaczne zainteresowanie alternatywnymi paliwami wykazują operatorzy promowi, a wśród nich Viking Line, Fjord Line, Brittany Ferries, Stena Line czy Unity Line. Przedsiębiorcy ci albo już eksploatują statki napędzane LNG czy metanolem albo planują wybór odpowiednich systemów w nowo zamawianych jednostkach oraz przebudowę już używanych. W zależności od wyniku testów prowadzonych obecnie z użyciem metanolu Stena Line planuje przebudowę 24 statków operujących w ECA (Emission Control Area – strefy kontroli emisji związków siarki) do 2020 roku.

Odpowiedzieć na rosnące zainteresowanie alternatywnymi paliwami muszą też zarządy portów i spółki operująca na ich terenach, tak by uzupełnić udostępnianą infrastrukturę o tę konieczną do bunkrowania statków LNG czy metanolem. W ostatnim czasie silne naciski w celu zbudowania stałej stacji LNG wywiera Zarząd Portu Antwerpii. W centrum uwagi jest także budowa terminala LNG w Porcie Świnoujście.

Okazuje się jednak, że obok wyzwań natury czysto biznesowej, na zmieniające się trendy w żegludze zareagować musi też legislacja. Przykład promu Stavangefjord (norweskiego operatora Fjord Line), który zgodnie z norweskim ustawodawstwem nie może być bunkrowany przy obecności pasażerów na pokładzie pokazuje, że przestawienie się na paliwa alternatywne może rodzić także problemy tego rodzaju.

W trosce o bezpieczeństwo wszystkich uczestników żeglugi, w obliczu obserwowanego obecnie boomu na paliwa alternatywne IMO najpierw wydała szereg tymczasowych wytycznych, a równolegle prowadziła w grupach roboczych intensywne prace nad sformułowaniem kompleksowej regulacji obejmującej instalowanie, kontrolę, monitorowanie stanu maszynowni, sprzętu i wszelkich systemów wykorzystujących łatwopalne paliwo, tak by zminimalizować ryzyka dla statku, załogi i środowiska naturalnego.

W toku prac ustalono, że nowe regulacje obejmą statki nowo budowane oraz już eksploatowane, jeżeli zostaną zmodyfikowane tak, by wykorzystywać łatwopalne paliwa. Systematycznie rozszerzano też katalog paliw, których stosowanie determinować będzie stosowanie nowych zasad bezpieczeństwa, włączając do niego m.in. LNG, propan, butan, etanol, metanol czy wodór (w przypadku niektórych substancji zarówno w stanie ciekłym jak i sprężone). Ustalono także, iż Kodeks IGF nie obejmie obligatoryjnie statków o pojemności poniżej 500 DWT, natomiast IMO umożliwi a nawet zachęca przyjęcie takich regulacji w ramach ustawodawstw krajowych.

Integralną częścią Kodeksu IGF są odpowiednie poprawki do konwencji SOLAS, w szczególności nową część G w rozdziale II-1 (Budowa – konstrukcja, niezatapialność i stateczność, urządzenia maszynowe i instalacje elektryczne) oraz stosowne zmiany w rozdziale II-2 (Budowa – ochrona przeciwpożarowa, wykrywanie i gaszenie pożarów).

Projekt Kodeksu IGF oraz zmian w konwencji SOLAS zostanie przedstawiony do akceptacji i w konsekwencji przyjęcia podczas najbliższego 94. posiedzenia Komisji Bezpieczeństwa Morskiego (MSC 94), które odbędzie się 17-21 listopada 2014 r.



Autor:
Piotr Jędrusiak

Projekt zmiany ustawy o zapobieganiu zanieczyszczeniu morza przez statki

Dnia 2 września 2014 roku Rada Ministrów przyjęła projekt ustawy o zmianie ustawy o zapobieganiu zanieczyszczaniu morza przez statki, przedłożony przez Ministra Infrastruktury i Rozwoju. Mimo iż ustawę czeka jeszcze długa droga legislacyjna zanim wejdzie ona w życie, warto obecnie poświęcić uwagę projektowanym zmianom, z uwagi na liczne kontrowersje, jakie budzą w środowisku branży morskiej nadchodzące w tej materii zmiany.

Przepisy projektowanej ustawy mają za zadanie dostosować krajowy porządek prawny do zaostrożonych wymogów międzynarodowych, dotyczących zawartości siarki w paliwie żeglugowym wykorzystywanym przez statki pływające po wodach Unii Europejskiej. Ustawa dokona implementacji dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2012/33/UE zmieniającej dyrektywę Rady 1999/32/WE w zakresie zawartości siarki w paliwach żeglugowych (dalej: „Dyrektywa”) oraz wymogów zawartych w załączniku VI do Międzynarodowej konwencji o zapobieganiu zanieczyszczaniu morza przez statki (MARPOL). Obecnie, statki pływające po wodach europejskich, w tym m.in. na Morzu Bałtyckim, stosują paliwo z zawartością siarki na poziomie 1%. Po wejściu w życie ustawy, zawartość siarki w paliwie zostanie obniżona do 0,1%, co oznacza drastyczny dziesięciokrotny spadek. Projektowana ustawa zawierać będzie ponadto przepisy mające ułatwić armatorom dostosowanie się do zaostrożonych wymogów, o czym będzie mowa w dalszej części artykułu.

W pierwszej kolejności należy wskazać, iż przepisy dotychczasowej ustawy zostaną uaktualnione o przepisy wynikające z Konwencji w sprawie kontroli szkodliwych systemów przeciwporostowych na statkach, podpisanej w Londynie dnia 5 października 2001 roku (dalej: „Konwencja AFS”), o czym świadczy fakt, że już w pierwszym artykule ustawy znajdzie się odwołanie do Konwencji AFS. Ten międzynarodowy akt jest konwencją ramową umożliwiającą wprowadzenie zakazu stosowania szkodliwych systemów przeciwporostowych, używanych na statkach, zgodnie z wyraźnie określonymi procedurami, przy należytym uwzględnieniu zasady ostrożności wyrażonej w deklaracji z Rio w sprawie środowiska i rozwoju. Wprowadzenie do ustawy stosowania Konwencji AFS ma na celu ograniczenie lub wyeliminowanie niekorzystnego wpływu na środowisko morskie i zdrowie ludzkie związków cyanoorganicznych, które działają jak aktywne biocydy, stosowanych w systemach przeciwporostowych na statkach.

Dalej, jak wynika wprost z samej Dyrektywy, powinno się ułatwiać dostęp do metod redukcji poprzez uznanie za adekwatne wszelkie metody prowadzące do osiągnięcia celu, jakim jest redukcja emisji. W tym celu ważne jest zachęcanie do pracowania nad nowymi metodami, co z pewnością jest ułatwione poprzez wprowadzenie stosownych zmian do ustawy. Jest to o tyle istotne, że wprowadzenie drastycznego zaostrożenia dopuszczalnych norm emisji, nie może prowadzić do zniechęcenia uczestników obrotu

gospodarczego do korzystania z transportu morskiego i jego zamiany na transport lądowy. Wobec powyższego, istotną zmianą będzie wprowadzenie na grunt ustawy pojęcia „metod redukcji emisji” – rozwiązania wynikającego wprost z Dyrektywy. Ustawa w obecnym brzmieniu traktuje wyłącznie o „instalacjach wprowadzających technologie ograniczające emisje siarki”, co znacznie zawęży możliwości wprowadzenia racjonalnych, ze względu na koszty, rozwiązań w przedmiocie zapobiegania zanieczyszczeniom przez statki. Dzięki zamianie pojęć z „instalacji...” na „metody...” dozwolone zostanie już nie tylko stosowanie rozwiązań technicznych skutkujących ograniczeniem emisji (jak np. skrubery), ale również stosowanie skroplonego gazu ziemnego (LNG) lub biopaliw i innych metod skutkujących redukcją emisji do poziomu przewidzianego w Dyrektywie. Ustawa zawierać będzie definicję legalną „metod redukcji emisji”, zgodnie z którą będzie to element instalacji, materiał, urządzenie montowane na statku lub procedura, alternatywne paliwo lub metoda zapewniająca osiągnięcie zgodności redukcji emisji, które można zweryfikować, oznaczyć ilościowo i zastosować. Zatwierdzenie metod redukcji emisji pozostanie w gestii dyrektorów urzędów morskich. Organy te będą również uprawnione do udzielania armatorom zgody na przeprowadzenie na statkach testów metod redukcji emisji siarki. Projekt ustawy zawiera szczegółowo procedurę przeprowadzenia testów, na uwagę zasługuje natomiast fakt, iż w ciągu 6 miesięcy po zakończeniu testów, ich pełne wyniki będą przekazywane właściwemu dyrektorowi urzędu morskiego, celem ich przekazania Komisji Europejskiej, za pośrednictwem ministra właściwego do spraw gospodarki morskiej. Wyniki testów zostaną ponadto udostępnione opinii publicznej, co z pewnością ułatwi opracowanie coraz to doskonalszych metod przez różnych armatorów.

Ponadto, na mocy projektowanej ustawy, armatorzy uzyskają łatwiejszy dostęp do informacji o działających w polskich obszarach morskich dostawców paliwa przeznaczonego do użycia przez statki. Dyrektorzy urzędów morskich udostępniać będą publicznie aktualny rejestr dostawców paliw zawierający dane dotyczące nazwy podmiotu, jego adresu, telefonu oraz rodzaju dostarczanych paliw. Ustawa przewiduje również postępowanie w przypadku, w którym armator nie może nabyć paliwa żeglugowego o wymaganej zawartości siarki – w takim przypadku powinien on zawiadomić o powyższym administrację państwa, pod banderą którego pływa oraz właściwe władze portu przeznaczenia. Informacja ta docelowo powinna trafić do Komisji Europejskiej. Powyższa procedura sprzyjać ma zapewnieniu armatorom możliwości zaopatrzenia w odpowiednie paliwo.

Odnośnie obowiązków kapitana statku, projekt ustawy przewiduje dodatkowe obowiązki. Kapitan statku zobowiązany będzie do sprawdzenia i zapewnienia, aby statek, już nie tylko przed rozpoczęciem i w czasie żeglugi, ale również i po jej zakończeniu odpowiadał wymaganiom w zakresie zapobiegania zanieczyszczaniu morza. Dodatkowo, na kapitanie spoczywać będzie obowiązek sprawdzenia i zapewnienia prowadzenia na bieżąco zapisów o postępowaniu z olejami, zapisów ładunkowych, zapisów o postępowaniu z odpadami oraz zapisów dotyczących operacji wymiany paliwa na paliwa niskosiarkowe. Implementowana Dyrektywa wymaga bowiem, aby czas każdej operacji wymiany paliwa był rejestrowany w dzienniku okrętowym.

Projekt ustawy zawiera również sankcje za nieprzestrzeganie przepisów ustawy. Podobnie jak dotychczas, kontrole na statku prowadzone będą przez właściwego dyrektora urzędu morskigo. W przypadku ustalenia przez dyrektora, że na statku nie przestrzega się norm dotyczących paliwa żeglugowego, organ ten zażąda od kapitana statku podjęcia działań mających na celu dostosowanie paliwa żeglugowego do określonych norm bądź okazania dowodu podjęcia próby pozyskania właściwego paliwa w czasie żeglugi w przypadku, w którym uzyskanie takiego paliwa nie było możliwe. Za dowód podjęcia ww. próby organ uzna oświadczenie dostawcy o braku właściwego paliwa w danym porcie. Istotnym zapisem w projektowanej ustawie jest okoliczność, iż kontrolowany statek nie może zostać zmuszony do zmiany planu podróży, ani do zbytniego jej opóźnienia. Szczególnie interesującym pozostaje zapis dotyczący wysokości kar nakładanych przez dyrektora urzędu morskigo w przypadku stwierdzenia nieprawidłowości. Kara powinna bowiem zostać naliczona w taki sposób, aby pozbawić osoby odpowiedzialne przynajmniej korzyści gospodarczych płynących z popełnionego przez nich naruszenia oraz aby wysokość tych kar stopniowo wzrastała w przypadku powtarzania się naruszeń.

W podsumowaniu należy wskazać, iż nie ulega wątpliwości fakt, że implementacja Dyrektywy do krajowego porządku prawnego nie pozostanie bez wpływu na rynek przewozów morskich. Po stronie armatorów, których statki poruszać się będą po wodach europejskich, w tym na Morzu Bałtyckim, powstaną dodatkowe znaczne koszty, na skutek konieczności zmniejszenia emisji spalin. Ewentualne inwestycje skutkujące redukcją emisji siarki ze statków będą celowe w stosunku do statków, których podróże odbywać się będą w znacznej większości na wodach objętych Dyrektywą. Na pozostałych statkach instalacja skrubów lub zastosowanie napędu LNG może okazać się nieopłacalna. Niemniej jednak, należy wskazać, iż opisywana Dyrektywa nie pozostawia ustawodawcy krajowemu możliwości wprowadzenia dodatkowych rozwiązań prawnych ułatwiających armatorom dostosowanie się do zaostrzonych norm.



Autor:
Rafał Czyżyk



Autor:
Sebastian Kita

Minimalizacja ryzyk podatkowych w systemie Incoterms, w świetle nowelizacji ustawy o VAT

Ustawa z dnia 07 grudnia 2012 r. o zmianie ustawy o podatku od towarów i usług oraz niektórych innych ustaw [dalej: „Ustawa zmieniająca”], wprowadziła do polskiego porządku prawnego nowe zasady dotyczące rozpoznawania momentu powstania obowiązku podatkowego. Zmiany te obowiązują od 01 stycznia 2014 r. i niosą ze sobą znaczące ryzyko podatkowe związane z nierozpoznanie momentu powstania obowiązku podatkowego we właściwym terminie. Ryzyko to obciąża w szczególności podatników VAT, dokonujących dostaw towarów, według reguł Incoterms.

Wprowadzony Ustawą zmieniającą przepis art. 19a ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług [dalej: „Ustawa o VAT”], określający moment powstawania obowiązku podatkowego, zastąpił obowiązujący do 31 grudnia 2013 r. art. 19 ustawy o VAT. Przepis ten w ust. 1 stanowił, iż obowiązek podatkowy, co do zasady, powstawał z chwilą wydania towaru lub wykonania usługi. Regulacja powyższa nie wzbudzała większych wątpliwości, gdyż zwykle każde przekazanie towaru będącego przedmiotem dostawy określonego przewoźnikowi, traktowane było jak jego wydanie w rozumieniu powyższego przepisu. W konsekwencji, obowiązek podatkowy powstawał w terminie przekazania.

Tymczasem zgodnie z art. 19a ust. 1 ustawy o VAT, obowiązek podatkowy, co do zasady, powstaje z chwilą dostawy towaru lub wykonania usługi. Zmiana ta ma istotne znaczenie z punktu widzenia kontraktów realizowanych w systemie Incoterms, albowiem w tym przypadku moment dostawy towaru nie musi odpowiadać momentowi wydania go przewoźnikowi i powinien być rozpoznawany osobno dla każdej z reguł Incoterms, przyjętych przez strony transakcji.

Wzbudzającymi duże wątpliwości interpretacyjne w zakresie momentu powstania obowiązku podatkowego, okazują się transakcje dokonywane po 01 stycznia 2014 r., w oparciu o regułę Ex – Works (EXW), realizowane na przełomie miesiąca. Zgodnie bowiem z Ustawą o VAT, dodatkowe świadczenia dostawcy na rzecz nabywcy, związane ze sprzedażą towaru (w tym usługi transportu) należy doliczyć do podstawy opodatkowania VAT. Zatem w przypadku, gdy odpowiedzialność za towar oraz ewentualne ubezpieczenie obciąża nabywcę już od chwili pozostawienia towaru do jego dyspozycji w zakładzie dostawcy (EXW), ale to dostawca pokrywa koszt transportu towaru, którym następnie obciąża nabywcę, faktura dostawcy zawiera również refakturowaną kwotę usługi transportowej. Z kolei obowiązek podatkowy dla usług transportowych powstaje z chwilą ich wykonania, tj. faktycznego dostarczenia towaru nabywcy. W takich sytuacjach, problematyczne okazuje się określenie momentu powstania obowiązku podatkowego, tym bardziej, iż w ostatnim czasie organy podatkowe prezentują w powyższym zakresie dwa sprzeczne stanowiska.

Zdaniem Dyrektora Izby Skarbowej w Warszawie, wyrażonym w interpretacji indywidualnej z dnia 22 sierpnia 2013 r., nr IPPP1/443 – 526/13 – 2/AP (pytanie podatnika dotyczyło stanu prawnego po 01 stycznia 2014 r.), moment powstania obowiązku podatkowego w takim przypadku, jak omówiony powyżej, następuje w dniu faktycznej dostawy towaru nabywcy. Organ uznał bowiem, iż poprzez pokrycie w pierwszej kolejności kosztów transportu towaru przez dostawcę, strony de facto oznaczyły inną chwilę przejścia korzyści i ciężarów na nabywcę, aniżeli moment pozostawienia towaru do jego dyspozycji w zakładzie dostawcy. Powyższe oznacza, iż w sytuacji, gdy podatnik – przykładowo – 30 września 2014 r., wystawi fakturę VAT, tytułem realizacji danej dostawy w systemie EXW z refakturą kosztów transportu, a towar dostarczony zostanie 01 października 2014 r., to obowiązek podatkowy z tytułu takiej transakcji powstanie w październiku, jako miesiącu faktycznego otrzymania towaru przez nabywcę.

Odmienny pogląd zaprezentował Dyrektor Izby Skarbowej w Łodzi, który w interpretacji indywidualnej z dnia 22 stycznia 2014 r., nr IPTPP2/443 – 855/13 – 6/IR wskazał, iż w sytuacji, gdy transakcja realizowana jest według reguły EXW, na przełomie miesiąca, a dostawca nabywa usługę transportową, kosztami której w następstwie obciąża nabywcę, to moment powstania obowiązku podatkowego przypada na dzień, w którym doszło do wydania towaru z magazynu. Swoje stanowisko organ podatkowy wywiódł z art. 19a Ustawy o VAT, wprowadzonym na mocy postanowień Ustawy zmieniającej wskazując, że przepis ten stanowi, iż dla ustalenia właściwego momentu powstania obowiązku podatkowego niezbędne jest wskazanie daty dostawy towarów. Ten z kolei następuje w chwili przeniesienia na nabywcę prawa do rozporządzenia towarem jak właściciel (vide: art. 7 ust. 1 Ustawy VAT). Stosując się do poglądu wyrażonego w powyższej interpretacji należy wskazać, iż w sytuacji, gdy przekazanie towaru przewoźnikowi nastąpi z dniem 30 września 2014 r., a towar dostarczony zostanie nabywcy 01 października 2014 r., to obowiązek podatkowy z tytułu dostawy w ramach reguły EXW z refakturą kosztów transportu, przypadnie na wrzesień 2014 r.

Biorąc pod uwagę rozbieżności interpretacyjne w powyższym zakresie, w celu minimalizacji ryzyk podatkowych z tytułu zwłoki w zakresie VAT należnego, należy rozważyć zmianę przyjętego przez podatnika modelu realizowania dostaw według Incoterms. Z podatkowego punktu widzenia, jedną regułą z generujących najmniejsze ryzyko podatkowe, jest Delivered at Place (DAP), w szczególności gdy z różnych powodów, podatnik stosuje Incoterms w dostawach krajowych.

Od 01 stycznia 2014 r. obowiązek podatkowy w eksporcie towarów powstaje wyłącznie z chwilą dokonania dostawy. Należy jednak podkreślić, iż z punktu widzenia rozliczenia VAT, eksport towarów ma charakter szczególny, tak w zakresie momentu, który traktowany jest jako moment dokonania dostawy, jaki i właściwych stawek podatkowych. Na podstawie art. 41 ust. 6 Ustawy o VAT, w eksporcie towarów stosuje się stawkę 0% pod warunkiem, iż przed upływem terminu do złożenia deklaracji podatkowej za dany okres rozliczeniowy, podatnik dysponuje dokumentem potwierdzającym wywóz towaru poza obszar celny Unii Europejskiej.

Do reguł generujących największe ryzyko błędnego rozpoznania obowiązku w zakresie VAT zaliczyć należy reguły Cost and Freight (CFR) oraz Cost, Insurance and Freight (CIF). Powyższe wynika z faktu, iż pomimo przejścia ryzyka na nabywcę towaru z chwilą dostarczenia towaru na statek, dostawca w dalszym ciągu zobowiązany jest do zapewnienia nabywcy dodatkowych świadczeń, zwiększających podstawę opodatkowania (tj. zawarcie umowy przewozu towarów drogą morską, czy ubezpieczenie ładunku). W związku z powyższym, analogicznie do omówionych powyżej rozbieżności interpretacyjnych w zakresie reguł EXW, problematycznym może okazać się rozpoznanie momentu dostarczenia towaru. Wprawdzie organy podatkowe mogą uznać, iż dostawa następuje już z chwilą załadunku towaru na statek, lecz nie istnieją przeszkody dla przyjęcia, iż momentem tym jest dopiero dzień odbioru towaru przez nabywcę.

Minimalizację ryzyk związanych z nierozpoznanem w terminie momentu powstania obowiązku podatkowego z tytułu eksportu towarów, powinno umożliwić podatnikom realizowanie transakcji w systemie Free Carrier (FCA). Zgodnie z tą regułą, korzyści i ciężary transakcji obciążają dostawcę do czasu wydania towarów pierwszemu przewoźnikowi, wskazanemu przez kupującego. Dostarczenie towarów następuje wówczas z chwilą dokonania załadunku przez przewoźnika. W konsekwencji, obowiązek podatkowy należy rozpoznać na dzień wydania towarów przewoźnikowi. Na skutek następczego uzyskania przez dostawcę dokumentów wywozowych, nabędzie on prawo do opodatkowania dostawy według 0% stawki VAT, przewidzianej dla eksportu.

Finalnie należy zauważyć, iż Ustawa zmieniająca wprowadziła nowe reguły w zakresie rozliczania VAT zaliczek w eksporcie. Od 01 stycznia 2014 r., otrzymanie przez podatnika zaliczek na poczet przyszłej dostawy, skutkuje powstaniem po jego stronie obowiązku podatkowego. W takim przypadku, zastosowanie stawki zerowej możliwe jest, jeżeli wywóz towaru poza obszar celny Unii Europejskiej nastąpi w terminie dwóch miesięcy od otrzymania zaliczki, a podatnik uzyska stosowny dokument stanowiący potwierdzenie tego faktu. Niedopełnienie przez podatnika powyższego obowiązku, skutkować będzie potraktowaniem zaliczki, jako wpłaty na poczet dostawy krajowej.

Rozwiązaniem powyższego problemu wydaje się być ujmowanie przez podatników VAT otrzymywanych zaliczek jako niezwiązanych z konkretną przyszłą dostawą. Wpłaty takie traktowane będą jako niegenerujące obowiązków w zakresie VAT. Należy jednak zauważyć, iż organy podatkowe mogą zakwestionować poprawność takich zarachowań, jako zmierzających do uchylenia się przez podatnika od obowiązku odprowadzenia VAT należnego.

Wejście w życie Ustawy zmieniającej skutkuje powstaniem rozbieżności interpretacyjnych w zakresie momentu powstania obowiązku podatkowego, w przypadku dostaw realizowanych według reguł Incoterms. Powyższe niesie za sobą powstanie ryzyk podatkowych po stronie podatników, w szczególności zaś podmiotów zobowiązanych do rozliczenia VAT należnego z tytułu danej transakcji. Błędne ujęcie w deklaracji

podatkowej momentu powstania obowiązku podatkowego z tytułu konkretnej dostawy, prowadzić może do zaległości podatkowych po stronie podatnika. Dodatkowo należy zauważyć, iż rejestry VAT traktowane są w prawie karnym skarbowym jak księgi rachunkowe. W związku z powyższym, nierozpoznanie w terminie obowiązku w zakresie VAT skutkować może poniesieniem przez członków zarządu i księgowych podatnika odpowiedzialności karnej skarbowej, z tytułu nierzetelnego prowadzenia ksiąg, na podstawie art. 61 w zw. z art. 9 § 3 ustawy z dnia 10 września 1999 r. Kodeks karny skarbowy.



Autor:
Rafał Czyżyk



Autor:
Piotr Porzycki

Klauzula arbitrażowa w sporach o opłaty za przyjęcie towaru do sprzedaży

Art. 18 ust. 1 pkt 4 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji [dalej: „UOZK”], wprowadzony nowelizacją z 2002 r., w dość niefortunnie ujętym sformułowaniu stanowi, że „pobieranie innych niż marża handlowa opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży” jest czynem nieuczciwej konkurencji. Mimo wadliwej konstrukcji przepisu (marża handlowa nie jest „opłatą za przyjęcie” towaru tylko różnicą pomiędzy ceną zakupu a ceną dalszej odsprzedaży towaru), w orzecznictwie i doktrynie jednogłośnie niemalże przyjmuje się, że chodzi tutaj o nieuzasadnione opłaty pobierane za samą możliwość umieszczenia towaru na sklepowej półce, stosowane w szczególności przez sklepy wielkopowierzchniowe w umowach z dostawcami.

Prawo regulujące zwalczanie nieuczciwej konkurencji jest jedną z tych dziedzin prawa, które znajdują się na styku prawa publicznego i prywatnego. Co do zasady, roszczenia w zakresie regulowanym ustawą o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji są realizowane w drodze sporu cywilnego pomiędzy poszczególnymi przedsiębiorcami, jednak dobro, które UOZK chroni, ma niewątpliwie szerszy, publiczny wymiar. Jeśli jeszcze dodać do tego fakt, że czyn nieuczciwej konkurencji może mieć pozaumowny (deliktowy) charakter, mogą się pojawić wątpliwości co do możliwości poddania sporów o roszczenia podpadające pod UOZK pod jurysdykcję prywatnego sądownictwa na podstawie klauzuli arbitrażowej zawartej w umowie i tej konkretnej umowy dotyczącej. Należy však pamiętać, że zgodnie z art. 1161 § 1 k.p.c. umowa o arbitraż powinna jasno wskazywać stosunek prawny, którego dotyczy i można mieć wątpliwości, czy strony zapisu na sąd polubowny już na etapie kształtowania klauzuli zmierzają do objęcia jej zakresem sporów wynikłych na tle regulacji UOZK. Takie wątpliwości były właśnie przedmiotem rozstrzygnięcia w sporze poddanym Sądowi Najwyższemu w sprawie o sygn. akt I CSK 119/12.

W rozpatrywanej sprawie dwóch przedsiębiorców zawarło umowę, zgodnie z którą pobierano opłaty naruszające normę z art. 18 ust. 1 pkt 4 UOZK. W umowie zawarto także klauzulę arbitrażową, zgodnie z którą „wszelkie spory powstałe między stronami wynikające z niniejszej umowy lub pozostające w związku z nią, jak również wszelkie spory wynikające z dotychczasowej współpracy handlowej stron w oparciu o wcześniej zawierane umowy handlowe będą rozstrzygane wyłącznie przez sąd polubowny”. W toku współpracy handlowej pomiędzy stronami zawiązał się spór przed sądem powszechnym o zwrot „innych niż marża handlowa” opłat, które, zdaniem powoda, powinny zostać zwrócone zgodnie z przepisami o bezpodstawnym wzbogaceniu. Pozwany w odpowiedzi na kierowane wobec niego powództwo podniósł m.in. zarzut zapisu na sąd polubowny, co miało wyłączyć możliwość dochodzenia roszczeń na forum sądu powszechnego.

Sąd pierwszej instancji postanowieniem odmówił odrzucenia pozwu stwierdzając, że przytoczona wyżej klauzula arbitrażowa nie jest skuteczna. Pozwany wniósł zażalenie, które zostało uwzględnione w drugiej instancji. Sąd Apelacyjny, zmieniając zaskarżone postanowienie stwierdził, że roszczenie o „półkowe” jako związane z umową wiążącą strony, mieści się w zakresie zapisu na sąd polubowny, a pozew należy odrzucić.

Sprawa trafiła przed Sąd Najwyższy, a w zarzutach skargi kasacyjnej podniesiono między innymi, że roszczenia o „półkowe” oparte o UOZK, jako stanowiące samodzielną, niezależną od postanowień umownych, podstawę dochodzenia roszczeń znajdują umocowanie wyłącznie w Ustawie, nie może być uznane za wynikające lub związane z umową.

Sąd Najwyższy ustosunkowując się do zarzutu strony powodowej wskazał na wstępie, powołując się na swe wcześniejsze orzecznictwo (postanowienia z dnia 2 grudnia 2009 r., I CSK 120/09 oraz z dnia 4 kwietnia 2012 r., I CSK 354/11), że żądanie o zwrot nienależnie pobranego „półkowego”, jako roszczenie majątkowe, może być, co do zasady, poddane pod rozstrzygnięcie sądu polubownego.

W dalszej części orzeczenia SN wskazał, że podstawą pozwu było pobieranie, na podstawie umowy, opłat innych niż marża handlowa, co stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji. Był to czyn dokonany przez pozwaną zgodnie z warunkami umów łączących strony, a mimo tego sprzeczny z bezwzględnie obowiązującym przepisem zawartym w art. 15 ust. 1 pkt 4 UOZK, co skutkowało powstaniem samodzielnego i autonomicznego względem stosunku z umowy roszczenia na podstawie art. 18 ust. 1 pkt 5 UOZK o wydanie korzyści uzyskanych bezpodstawnie. Jednocześnie Sąd Najwyższy przyznał rację Sądowi Apelacyjnemu stwierdzając, że zapis na sąd polubowny poddający arbitrażowi „wszelkie spory” wynikające lub związane z danym stosunkiem prawnym obejmuje również te spory, które dotyczą bezzasadnie pobieranych opłat, jako związane z umową, mimo że sama podstawa roszczenia ma pozaumowny charakter regulowany przez prawo nakierowane na zwalczanie nieuczciwej konkurencji.

In dubio pro arbitris. Rozstrzygnięcie SN w przywoływanym orzeczeniu wpisuje się w coraz bardziej zauważalny, również w praktyce międzynarodowej, trend zmierzający do rozstrzygania wątpliwości co do skuteczności klauzuli na korzyść arbitrażu. Założeniem niepisanej zasady in dubio pro arbitris jest, że skoro strony szeroko określiły rodzaje stosunków prawnych objętych klauzulą arbitrażową, to ich wolą było, aby stosunki te były rozstrzygane właśnie przez sądownictwo prywatne. Uniemożliwienie wykonania zapisu na arbitraż powinna mieścić się w wąsko określonych prawem podstawach (szczególnie w ustawodawstwach bazujących na prawie modelowym UNCITRAL, na którym bazują i rodzima regulacja) i znaleźć uzasadnienie w okolicznościach danej sprawy.



Autor:
Piotr Gajlewicz



Autor:
Michał Hubicki

Reżim Rozporządzenia 44/2001 w stosunku do umów jurysdykcyjnych zawieranych przez podmioty spoza Unii Europejskiej

Umowy jurysdykcyjne, a więc umowy, w których strony stosunku prawnego uzgadniają, że spór wynikły, albo spór przyszły mogący wynikać z określonego stosunku prawnego, zostanie oddany do rozstrzygnięcia sądom konkretnego kraju, mają olbrzymie znaczenie w międzynarodowym obrocie prawnym. Zawarcie umowy jurysdykcyjnej, bądź zawarcie klauzuli jurysdykcyjnej w umowie stanowiącej podstawę stosunku prawnego między stronami, pozwala uchylić niepewność dot. sądu właściwego do rozstrzygnięcia sporu, co w sposób znaczący pozwala, jeszcze przed podjęciem decyzji o skierowaniu sprawy na drogę sądową, ustalić orientacyjne koszty i ryzyko rozstrzygania sporów powstałych przy realizacji umowy.

Mając na celu ograniczenie ryzyka związanego z trudnością ustalenia, pod sąd którego kraju należy oddać powstały bądź przyszły spór, należy mieć na względzie wymagania formalne umowy jurysdykcyjnej.

W obrocie pomiędzy podmiotami mającymi swoje siedziby, bądź miejsce zamieszkania na terytorium Unii Europejskiej i które oddają spór pod jurysdykcję sądu Państwa Członkowskiego UE wymogi formalne dla umowy jurysdykcyjnej ustanawia Rozporządzenie Rady (WE) nr 44/2001 z dnia 22 grudnia 2000r. w sprawie jurysdykcji i uznawania orzeczeń sądowych [dalej: Rozporządzenie].

O ile reżim Rozporządzenia w stosunku do podmiotów mających siedzibę na terytorium Unii Europejskiej jest okolicznością, której większość podmiotów uczestniczących w obrocie transgranicznym jest świadoma, to w sytuacji, w której ustalono klauzulę jurysdykcyjną na sąd polski, w umowie między przedsiębiorcą mającym siedzibę na terytorium polski, a jego kontrahentem mającym siedzibę poza Unią Europejską strony często posiłkują się regulacjami dot. umowy jurysdykcyjnej zamieszczonymi w art. 1104 i n. Kodeksu postępowania cywilnego. Jest to nie dość, że praktyka błędna, to i wysoce ryzykowna.

Art. 23 ust. 1 Rozporządzenia stanowi, że jeżeli strony, z których przynajmniej jedna ma miejsce zamieszkania na terytorium Państwa Członkowskiego, uzgodniły, że sąd lub sądy Państwa Członkowskiego powinny rozstrzygać spór już wynikły, albo spór przyszły mogący wynikać z określonego stosunku prawnego, to sąd lub sądy tego Państwa Członkowskiego mają jurysdykcję. Sąd lub sądy tego Państwa Członkowskiego mają jurysdykcję wyłączną, o ile strony nie uzgodniły czego innego.

Zgodnie z orzeczeniem ETS z dnia 24 czerwca 1981r. w sprawie *Elefanten Schuh v. Jacqmain* (Rs 150/80) art. 17 konwencji brukselskiej (art. 23 Rozporządzenia) powinien samodzielnie określać warunki dotyczące umów prorogacyjnych, w tym

warunki dotyczące formy, a więc państwa uczestniczące w konwencji (państwa członkowskie w rozumieniu Rozporządzenia) nie mają uprawnień, by ustalać dodatkowe formy umów prorogacyjnych.

Natomiast według orzeczenia ETS z dnia 10 marca 1992 r. w sprawie *Duffryn v. Petereit* (C-214/89) pojęcie „umowy dotyczącej jurysdykcji”, którym posługuje się konwencja brukselska (Rozporządzenie) należy traktować jako pojęcie autonomiczne.

Powyższe oznacza, że przepisy Rozporządzenia znajdują zastosowanie również w sytuacji, w której tylko jedna z umawiających się stron ma siedzibę na terytorium Państwa Członkowskiego, nawet jeżeli druga strona nie pochodzi z państwa objętego reżimem Rozporządzenia.

Okoliczność ta ma o tyle doniosłe znaczenie praktyczne, że Rozporządzenie przewiduje inny niż K.p.c. katalog form, których zachowanie przesądza o skuteczności zawarcia umowy jurysdykcyjnej.

Zgodnie z art. 23 ust. 1 Rozporządzenia umowa dotycząca jurysdykcji musi być zawarta:

- a) w formie pisemnej lub ustnej potwierdzonej na piśmie; lub
- b) w formie, która odpowiada praktyce przyjętej między stronami; lub
- c) w handlu międzynarodowym – w formie odpowiadającej zwyczajowi handlowemu, który strony znały lub musiały znać i który strony umów tego rodzaju w określonej dziedzinie handlu powszechnie znają i którego stale przestrzegają.

Zgodnie zaś z art. 23 ust. 2 Rozporządzenia elektroniczne przekazy umożliwiające trwały zapis umowy są zrównane z formą pisemną.

Z kolei art. 1104 § 1 K.p.c. stanowi jedynie, że umowa jurysdykcyjna musi być zawarta na piśmie, przy czym wymóg ten jest spełniony również w sytuacji, w której strony wymieniły się podpisanymi przez siebie pismami, lub złożyły oświadczenia woli poprzez środki porozumiewania się na odległość pozwalające utrwalić jej treść (art. 11051 K.p.c.).

W przypadku, w którym tylko jedna strona umowy jurysdykcyjnej przewidującej jurysdykcję sądów polskich ma siedzibę w Państwie Członkowskim UE, sąd polski, badający skuteczność zawartej między stronami umowy jurysdykcyjnej, powinien oceniać taką umowę jedynie pod kątem przesłanek zawartych w Rozporządzeniu.

Co równie istotne, zgodnie z art. 23 ust. 3 Rozporządzenia, umowa prorogacyjna spełniająca przesłanki przewidziane w art. 23 ust. 1 Rozporządzenia (przywołane wyżej) wiąże sądy Państw Członkowskich również w wypadku w którym żadna ze stron umowy prorogacyjnej przewidującej właściwość sądów polskich (lub sądów powszechnych innych Państw Członkowskich) nie ma siedziby na terytorium Unii Europejskiej. Przy ocenie spełnienia formalnych przesłanek skuteczności zawarcia takiej umowy sąd Państwa Członkowskiego musi posługiwać się Rozporządzeniem, a nie normami proceduralnymi prawa krajowego.

Powyższe oznacza, że w praktyce od dnia wejścia w życie Rozporządzenia norma art. 1104 § 1 K.p.c., regulująca sposób zawarcia umowy prorogacyjnej przewidującej jurysdykcję sądów polskich, nie znajdzie zastosowania w żadnym stanie faktycznym, w żadnej więc sytuacji nie może stanowić podstawy rozstrzygnięcia dopuszczalności rozpoznania sprawy przez sąd polski.



Autor:
Aleksander Karandyszowski

Bezczynność organu i przewlekłość postępowania administracyjnego. Środki prawne służące przeciwdziałaniu opieszałości państwa

Jedną z podstawowych zasad postępowania administracyjnego jest zasada szybkości i prostoty postępowania wyrażona w art. 12 Kodeksu postępowania administracyjnego. Jednakże zbiurokratyzowana rzeczywistość polskich urzędów pokazuje, że powyższa zasada nierzadko nie ma przełożenia na praktykę. Z pewnością niejedynemu obywatelowi spotkał się z przedłużającym i niesprawnie prowadzonym postępowaniem administracyjnym. Należy jednak pamiętać, że nie jest on zupełnie bezbronny wobec opieszałości organów państwa.

Przepisy postępowania administracyjnego wprowadzają dość jednoznaczne terminy załatwiania spraw administracyjnych. Na organie ciąży ogólny obowiązek załatwiania wszelkich spraw bez zbędnej zwłoki. Jeżeli dana sprawa może zostać załatwiona na podstawie dowodów przedstawionych przez stronę lub faktów i dowodów powszechnie znanych, powinna ona zostać załatwiona niezwłocznie. W sytuacji, gdy konieczne jest przeprowadzenie postępowania wyjaśniającego decyzja winna zostać wydana najpóźniej w terminie miesiąca, natomiast w sprawach szczególnie skomplikowanych najpóźniej w terminie dwóch miesięcy. Powyższe terminy zgodnie z ogólną dyrektywą załatwiania spraw bez zbędnej zwłoki, powinny być jednak skracane do czasu wyłącznie niezbędnego z uwagi na charakter sprawy. Jeżeli organ nie jest w stanie zastosować się do powyższych wymogów, jest on obowiązany powiadomić o tym stronę i wyznaczyć nowy termin załatwienia sprawy, zasadny z punktu widzenia szybkości postępowania.

Przepisy prawa przewidują dwie formy niezastosowania się organu do wskazanych wyżej norm. Pierwszą z nich jest sytuacja, w której organ nie załatwia sprawy w terminie ustawowym lub też w dodatkowym terminie wskazanym w myśl przepisu art. 36 K.p.a. Takie zachowania uznać należy za beczynność organu w załatwieniu sprawy.

Do nowelizacji K.p.a. z dnia 11 kwietnia 2011 r. przepisy przewidywały jedynie wskazaną beczynność organu. Ustawodawca dojrzał jednak problem nadmiernego i nieuzasadnionego wydłużania przez organy władzy państwowej terminów do załatwienia sprawy, które to działania nie mieściły się w zakresie pojęciowym beczynności. Z tego względu wzmiankowaną nowelizacją wprowadzono do kodeksu pojęcie przewlekłego prowadzenia postępowania. W orzecznictwie wskazuje się, iż z przewlekłością postępowania mamy do czynienia wówczas, gdy organ nie załatwia sprawy, pomimo iż nie pozostaje w beczynności (nie uchybia wyznaczonemu terminowi), ale podejmowane przez niego czynności są sprzeczne z zasadą wyrażoną w art. 12 K.p.a. Zarzut przewlekłego postępowania można postawić wówczas, gdy postępowanie jest zorganizowane w taki sposób, iż nie jest możliwe załatwienie sprawy w rozsądnym terminie albo, gdy podejmowane przez organ czynności są czynnościami pozornymi

lub nie mającymi znaczenia dla rozstrzygnięcia (tak: wyrok WSA w Gorzowie Wielkopolskim z 25 marca 2014 r., sygn. akt II SAB/Go 20/14). Przesłanki uznania danego terminu za rozsądny określił natomiast Europejski Trybunał Praw Człowieka. W wyroku z dnia 22 stycznia 2013 r. Trybunał wskazał, iż rozsądny termin postępowania musi zostać określony w świetle wszystkich okoliczności danej sprawy oraz w oparciu o kryteria złożoności sprawy, postępowania strony i właściwych organów oraz znaczenia przedmiotu postępowania dla strony (tak: wyrok ETPC z 22 stycznia 2013 r., sygn. akt 28940/08).

W praktyce z przewlekłością postępowania mamy zatem do czynienia wtedy, gdy organ wyznacza terminy odległe w czasie, nieproporcjonalne do stopnia złożoności sprawy. Może to dotyczyć zarówno podstawowego terminu miesięcznego (w sytuacji, gdy nie było konieczności przeprowadzania postępowania wyjaśniającego), jak również terminu dwumiesięcznego, czy dodatkowego terminu wyznaczonego przez organ. Jeżeli zatem z charakteru sprawy obiektywnie wynika, iż powinna być ona załatwiona znacznie wcześniej niż twierdzi właściwy organ, wówczas mamy do czynienia z przewlekłością. Co istotne, w przeciwieństwie do beczynności organu, stan przewlekłości postępowania można stwierdzić przed upływem wskazanego przez organ terminu.

Zasadniczą kwestią jest jednak to, w jaki sposób obywatel może przeciwdziałać powyższej sytuacji. Prawo wyposaża stronę postępowania w środki prawne mające na celu ograniczenie samowoli organów państwa odnośnie czasu załatwiania spraw administracyjnych. W przypadku wystąpienia jednej z opisanych wyżej sytuacji, tj. beczynności lub przewlekłości, art. 37 K.p.a. uprawnia stronę postępowania do złożenia zażalenia na beczynność organu lub przewlekłość postępowania. Zażalenie złożyć należy za pośrednictwem organu, którego zażalenie dotyczy, do organu wyższego stopnia. Jeżeli nie istnieje organ wyższego stopnia strona uprawniona jest do wezwania organu do usunięcia naruszenia prawa, co wywołuje skutki prawne tożsame z zażaleniem.

Organ wyższego stopnia ma obowiązek rozpatrzyć przedmiotowe zażalenie i stwierdzić, czy organ dopuścił się zarzucanych naruszeń. W doktrynie podkreśla się, iż mimo braku wskazania w przepisach terminu rozpatrzenia zażalenia, charakter tego środka odwoławczego wskazuje, iż powinien on zostać rozpatrzony niezwłocznie. Jeżeli organ odwoławczy uzna zażalenie za uzasadnione, wówczas jest on obowiązany podjąć działania mające na celu przeciwdziałanie zaistniałej sytuacji.

Niezależnie od powyższego, przepisy prawa uprawniają również stronę do ochrony swoich praw w drodze postępowania sądoadministracyjnego. Ustawa prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi z dnia 30 sierpnia 2002 r. przewiduje bowiem możliwość złożenia skargi do sądu administracyjnego na beczynność organu lub przewlekłe postępowanie. Warunkiem formalnym złożenia takiej skargi jest wyczerpanie drogi odwoławczej w ramach postępowania administracyjnego, a więc wniesienie zażalenia, ewentualnie wezwanie do usunięcia naruszenia prawa. Sam fakt rozstrzygnięcia środka odwoławczego jest już jednak irrelevantny w stosunku do

uprawnienia do wniesienia skargi do sądu administracyjnego. Oznacza to, iż strona nie musi czekać na rozstrzygnięcie zażalenia lub wezwania, aby być uprawnioną do zaskarżenia działania organu. Tym bardziej nie ma znaczenia to, czy właściwy organ rozpatrzy zażalenie pozytywnie czy negatywnie. Konieczne jest jedynie wniesienie środka odwoławczego i zapoznanie się z nim przez właściwy organ.

Sąd administracyjny po pozytywnym rozpoznaniu skargi zobowiązuje organ do podjęcia stosownego działania we wskazanym terminie, jak również bada czy beczynność lub przewlekłość nastąpiły z rażącym naruszeniem prawa. W tym zakresie de facto uprawnienia sądu są tożsame z uprawnieniami organu odwoławczego. Sąd administracyjny, odmiennie od organu, ma jednak również kompetencje do nałożenia na organ grzywny w związku z beczynnością lub przewlekłością postępowania. Ukaranie grzywną może nastąpić wskutek stosownego wniosku strony w skardze lub też, niezależnie od niego, z urzędu. Inaczej niż w przypadku postępowania administracyjnego, w trybie sądowo-administracyjnym konsekwencje nienależytego wykonywania swoich obowiązków są zatem ponoszone przez sam organ, a nie samodzielnie przez konkretnego pracownika organu.

Konstrukcja opisanych instytucji prawnych wskazuje, iż ich głównym celem jest nie zadośćuczynienie stronom wadliwie prowadzonego postępowania, ale zdyscyplinowanie organów władzy państwowej oraz przeciwdziałanie przedmiotowym zjawiskom w przyszłości. Pomimo, iż podejmowanie powyższych działań stanowi pewną uciążliwość dla strony oraz może de facto nie doprowadzić do zniwelowania negatywnych skutków przedłużającego się postępowania, to wydaje się, iż „gra jest warta świeczki”. W dalszej perspektywie podejmowanie przez obywateli stosownych działań powinno bowiem doprowadzić do poprawy kondycji i funkcjonowania organów państwa. W konsekwencji na ograniczeniu biurokracji i przyspieszeniu procedury administracyjnej skorzystamy z pewnością wszyscy.



Autor:
Marcin Kaszyński

General average adjustments: Importance of LOU security wording

In *St. Maximus Shipping Co. Ltd v A.P. Moller-Maersk A/S* [2014], the Commercial Court found that a letter of undertaking (LOU) issued by the Charterers as security for sums “ascertained to be due”, in a general average adjustment, bound the Charterers to pay under the LOU on the basis of the adjustment alone, and irrespective of whether or not the sums to be paid were legally due from cargo interests.

The facts

In July 2007, the container vessel “MAERSK NEUCHATEL” grounded off Tema, Ghana. It was agreed by the Owners and the Charterers that the grounding was a general average event. Average adjusters were appointed by the Owners. The Charterers provided “bridging” security by way of an LOU issued to the Owners as security for sums due from cargo interests, undertaking: “...to pay the proper proportion of any General Average and/ or Special Charges which may hereafter be ascertained to be due from the Cargo or the Shippers or Owners thereof under an Adjustment prepared by the appointed Average Adjusters...” The subsequent adjustment concluded that a total of USD 6,754,985.53 was due from cargo interests, and the Owners argued that the Charterers were obliged to pay that sum pursuant to the terms of the LOU. The Charterers disputed the conclusions reached by the adjusters, asserted that the proper amount “legally” due from cargo interests was only USD 3,517,580.31, and paid that lesser amount on account.

The decision

The Charterers argued that their undertaking was only to pay a “proper proportion” of the sum ascertained to be due, and that that meant a sum which was properly or legally due. However, Mr Justice Hamblen felt that this placed too much weight on the term “proper proportion” in the LOU. In the Judge’s view, the term “proper proportion” related to the pro-rating of the various cargo interests’ liability in general average and not to the amount which might ultimately be legally due from them. The Court ultimately held that the Charterers were obliged to pay the amount ascertained to be due in the adjustment as published. The Judge concluded that, if that amount turned out to be an overpayment, the Charterers may have means of recourse against the Owners, whereas if it turned out to be an underpayment, the Owners would be left with unsecured claims against various cargo interests for the balance.

Comment

In a general average situation, parties should pay close attention to the wording of any LOU issued to secure the liability of cargo interests in subsequent adjustments. If the LOU expressly states that the party issuing the LOU is only to pay out sums which are legally and properly due from cargo interests, this should preserve the rights of

the party issuing the LOU to challenge the conclusions reached by the adjusters, and only pay the amount later ascertained to be properly and legally due. This is supported by the decision in the "JUTE EXPRESS" [1991], which was mentioned by Mr Justice Hamblen in the St Maximus case. If, on the other hand, the LOU does not refer to sums being properly and legally due (or words to that effect), the party issuing the LOU will have to pay out the sums ascertained to be due in the adjustment, with no right to challenge the conclusions reached in the adjustment prior to payment. In such a case, there may be a substantial delay between payment under the LOU of the adjusted sums and any recovery the charterers later make from other parties who are legally liable.



Author:
Chris Moxon

The “LNG GEMINI” – “Cargoes Injurious to the Vessel” charterparty clause examined

In the context of an LNG timecharter, the Commercial Court considered in *American Overseas Marine Corporation v Golar Commodities Limited “LNG GEMINI” [2014]* the interpretation of an Injurious Cargoes clause commonly found in the standard Shelltime form.

The clause in question reads as follows:

Clause 30

“No acids, explosives or cargoes injurious to the Vessel shall be shipped and without prejudice to the foregoing any damage to the Vessel caused by the shipment of any such cargo, and the time taken to repair such damage, shall be for Charterers’ account.”

The claimants, American Overseas Marine Corporation (AOM) were the managing owners of the vessel “LNG GEMINI”. Golar Commodities Limited (Golar) had the vessel on timecharter for 60 days (15 days more or less, with two charterers’ options to extend the hire for further such periods). Golar ordered the vessel to proceed to and load a full cargo at the Cameron Terminal in Louisiana, USA, intended for carriage to Senboko, Japan. Difficulties were experienced during loading in the form of over-pressurisation suspected to arise from sediment in the cargo. Debris was found clogging filters in the terminal’s loading arms. However, discharge in Japan proceeded without incident and no debris was found. The vessel performed several other voyages over the course of the timecharter, subsequent to the operations at Cameron, during which at various times debris was found in the vessel’s spray pump strainers.

AOM subsequently took the vessel to a repair yard to undertake pre-planned works, where debris was found in all of the vessel’s tanks. AOM claimed that this was sediment from the “Cameron cargo” and that it had damaged the vessel’s tanks and pumps. They claimed from Golar the cost of expenses associated with and time spent on undertaking repairs and cleaning tanks at the repair yard on the basis that the Cameron cargo had been an “injurious cargo” for the purposes of clause 30. In spite of the fact that clause 30 was in the same terms as clause 28 of the standard Shelltime form, there did not appear to be authority on the meaning of “injurious to the vessel”.

On the facts, AOM were not able to prove to the Court’s satisfaction that any of the damage observed at the repair yard had been caused by the Cameron cargo, or that the repairs and tank cleaning were necessary as a result of the carriage of that cargo. AOM therefore sought to argue that a cargo could be “injurious to the Vessel” without actually causing damage on the basis that if such cargo necessitated cleaning of the vessel’s tanks, it would be “injurious” to the purpose of the vessel as an instrument of trade.

In the alternative, a cargo could be “injurious” even if it didn’t actually cause damage if it was of a kind that had a tendency or propensity to cause damage.

The judge rejected the first argument and said that Clause 30 was directed solely to physical damage. The clause expressly covered two types of cargo which might cause physical damage to the vessel, acid and explosives, and the inference was that it also covered other cargoes that also might cause physical damage. The clause was then concerned with repairs, which connoted physical damage, and only provided an indemnity for time spent to carry out repairs, not for time lost by other reasons, such as cleaning of tanks.

The judge accepted the alternative argument, but in this case AOM had failed to demonstrate that the debris found in the tanks at the repair yard were from the Cameron cargo, or that it had created a risk of damage to the vessel. The judge further noted that the industry did not appear to share the view that particles in LNG cargo create potential dangers for LNG carriers. When SIGTTO¹ recommended that strainers be fitted in the manifolds of those ships, they did this for the purpose of protecting receiving terminals, not the LNG carriers themselves. Accordingly, the Judge held that Golar had not shipped an injurious cargo and they were not in breach of the charter-party. Further, AOM had failed to prove much of its damages claim. AOM’s claim was accordingly dismissed.



Author:
Hatty Sumption



Author:
Dolly Brown

¹ The Society of International Gas Tanker and Terminal Operators (SITTGO)

The “XIN XIA MEN” - Port terminal and shipowners dispute liability for crane damage

Following the occurrence of sudden gale force winds which led to a moored vessel inflicting severe damage to a port crane, the Court had to decide which of the port terminal or the shipowner was liable.

In June 2011, the containership “XIN XIA MEN” (the Vessel) was berthed at the terminal port of Genoa, Italy, discharging containers. While high winds are common in Genoa, and specific guidance is issued for the port, during a three minute period, winds rose from 7 km/hr from the North, to force 9 winds in excess of 75 km/hr from the South-West.

As a result of the sudden squall, the Vessel’s lines rendered, her aft spring lines broke and she was blown off the quay. During the subsequent re-berthing manoeuvre, the Vessel connected with a 70 meter shore crane, resulting in severe damage and in a claim in excess of EUR 1.5 million. Under a contract between the parties, the owner and operator of the container terminal (the Terminal) agreed to provide certain services to the shipowners (the Owners). The contract contained implied terms that:

1. The Owners would conduct themselves with reasonable skill and care at all times when using the terminal;
2. The Terminal would exercise reasonable skill and care towards users of the terminal

The Terminal alleged that the damage was caused by the negligence of the Vessel in that she was improperly moored and/or that she was re-berthed in a negligent manner. The defendant Owners contended that the damage was caused, or contributed to, by the unsafety of the berth and/or the Terminal’s negligence.

The Court concluded that the rendering (slacking) of the lines was the effective cause of the Vessel moving away from the berth, and also of the spring lines breaking. The key point for consideration, with respect to the allegations of negligent mooring, was therefore the cause of the rendering.

The Court found that the most likely ground was the brakes not being properly tightened, and the most likely cause of the slackening of one of the stern lines was crew error. Negligent mooring was therefore considered the effective cause of the Vessel being blown off the berth. She should have been able to withstand the wind loads.

Mr Justice Hamblen found that the Vessel was not navigated back to the berth in a proper and seamanlike manner (the Vessel should have been parallel before being brought back alongside the quay), and the re-berthing was therefore also carried out negligently.

The Court further held that, even if there had been no negligence in the re-berthing, the damage would have been caused by the initial negligent mooring of the Vessel and her being blown off the berth.

The Owners' case of contributory negligence was rejected as it was deemed that no further precaution could have been reasonably taken by the Terminal in the time available. The Terminal was entitled to judgement in the principal sum of EUR 1,546,227.94.



Author:
Jason Barnes

The “BULK URUGUAY” - Charterers fail to establish anticipatory breach of contract

In the recent case of the “BULK URUGUAY”, the Court examined whether anticipatory breach of contract can arise purely on the basis of future performance being made contingent on a third party’s conduct.

Facts

By way of a time charter entered into on 2 July 2010, the defendant, disponent owners (Owners), chartered the “BULK URUGUAY” to the claimant charterers (Charterers) for a period of about three years.

During the negotiation of the charterparty, Charterers had made it plain to Owners that the ability to transit the Gulf of Aden (GOA) - an area well-known for piracy - without the need to obtain Owners’ permission, was of paramount importance as this would result in a competitive advantage over other vessels. Such a clause was included in the final charterparty. In contrast, under the head charter, GOA transit was subject to the consent of the head owners, resulting in Owners’ rights and obligations not being back-to-back in this respect.

Shortly after granting permission to transit the GOA on the vessel’s maiden voyage, Owners asserted, in correspondence, that the charterparty terms required their permission to be sought each time the GOA was to be transited, and indicated that Owners’ position would be dictated by the position taken by the head owners. The Charterers treated the Owners’ insistence on prior consent for each occasion as a repudiatory breach which they purported to accept as terminating the charterparty. The Owners, in turn, accepted the Charterers’ purported termination itself as a repudiatory breach.

Arbitration

Arbitration was commenced to determine whether the Owners were in anticipatory breach of the charterparty. The majority of the Tribunal found that the Owners were not in repudiatory breach, Charterers were not entitled to terminate and, therefore, the Charterers’ purported termination was itself a repudiation which had been accepted by the Owners.

The Charterers appealed¹ the decision on the basis that the majority of the Tribunal had made an error of law in determining that the Owners, by their words/conduct, had not evinced an intention not to perform their obligations under the charterparty.

Appeal from the arbitration award

Popplewell J set out that anticipatory breach may consist of one, or both, of two types

¹ Geden Operations Ltd v Dry Bulk Handy Holdings Inc (The “BULK URUGUAY”) [2014]

of conduct. Firstly, renunciation, which comprises words or conduct which clearly evince an intention by a contracting party no longer to be bound by its contractual obligations (the test for this being whether a reasonable person would conclude this to be the case). Secondly, self-induced impossibility, which includes conduct by the contracting party which puts it outside of its power to perform contractual obligations. In each case, the anticipatory breach has to be repudiatory in character, i.e. breach of a condition, or breach of an innominate term which goes to the root of the contract or deprives the innocent party of substantially the whole benefit of the contract.

Popplewell J referred to the comments of Devlin J in *Universal Cargo Carriers Corporation v Citati* [1957]² when discussing the relationship between the two types of anticipatory breach and highlighted that the inevitability of non-performance was the common factor which entitled the innocent party to treat the contract as at an end prior to the time for performance. In the case of self-induced impossibility, this meant actual inevitability, while in the case of renunciation, this meant legal inevitability – which is based on what is clearly conveyed by the words or conduct of the contract breaker. Popplewell J went on to stress the high threshold for self-induced impossibility by saying the breach must be inevitable, not very unlikely or uncertain. Popplewell J made it clear that there was no principle of law whereby there is anticipatory breach purely on the basis that the future performance is made contingent on a third party's conduct.

The Owners' position was not to be understood as being that they would be unable or unwilling to perform their contractual obligations if, and when, Charterers gave an order requiring GOA transit. There was no error of law and the appeal was dismissed. Popplewell J held that the majority had addressed the correct question. The Judge's acceptance that the correct approach was followed resulted in the ground for appeal essentially being one of fact and not law, and, therefore, the decision not being open to challenge on an appeal under section 69 of the Arbitration Act 1996.

Comment

Charterers and owners should consider carefully the basis on which they may claim anticipatory breach. Given the high threshold for establishing self-induced impossibility, renunciation is more likely to be the preferred route for a party wishing to demonstrate anticipatory breach. Popplewell J stressed the analysis will be a question of fact, in each case, but that anticipatory breach will not be established purely on the basis of future performance being made contingent on a third party's conduct. The judge cited the fact that contractual performance is commonly subject to a host of uncertainties and contingencies. A party seeking to rely on a purported repudiation should be able to demonstrate that the words and/or conduct of the other party have evinced a clear intention to no longer be bound by its contractual obligations and a subjective belief that the other party's breach of contract will be inevitable.



Author:
Iain Rowlands

² Lloyd's Rep 174

The “ASTIPALAIA” – VLCC loss of earnings following a collision

In the recent case of Owners of the ship “ASTIPALAIA” v Owners and/or demise charterers of the ship “HANJIN SHENZHEN” [2014], the Admiralty Court provided guidance on how a vessel’s loss of earnings are to be calculated following a collision.

Facts

On 26 March 2008, the VLCC tanker “ASTIPALAIA” collided with the containership “HANJIN SHENZHEN” as she entered Singapore to unload her full cargo. As a result of the collision, repairs were needed (although she was able to unload her cargo), and the vessel’s Oil Major Approvals were temporarily placed on “technical hold” by the majors, pending investigation into the collision. Although, prior to the collision, the vessel had been trading in the busy VLCC spot market, the period of suspension meant that the vessel could not be chartered by the various oil majors, it could not operate at oil terminals run by the majors, and it would be unable to lift cargoes from shippers who were majors. At the time of the collision, the vessel was unfixed for her next employment but owners maintained that they were in negotiations and would have fixed the vessel on charter to the Indian Oil Corporation (IOC) had it not been for the casualty.

After discharging her cargo, “ASTIPALAIA” was temporarily repaired in Singapore before undertaking a voyage to Dubai for permanent repairs. The voyage took 10 days and the repairs a further 12 days. However, despite completion of the repairs, the Oil Major Approvals were still to be reinstated, which meant that the “ASTIPALAIA” could not resume her usual pattern of trading in the VLCC spot market. For this reason, the vessel’s owners accepted a fixture for the vessel to be used as a floating storage tanker off Kharg Island, Iran, for two months while the Approvals were reinstated.

As liability was agreed between the parties, the Court only had to decide the quantum of the owners’ claim for loss of earnings. Owners claimed damages for detention in respect of the entire 3-month period during which the vessel was unable to resume her usual employment, although the repairs themselves took only 12 days. Thus, the main issues which the Court had to determine were:

- (i) The relevant period during which owners could claim loss of earnings
- (ii) The relevant rate to apply to calculate the vessel’s loss of earnings

Decision

As regards the first issue, the Court did not accept that the vessel would have been fixed to the IOC. The Court found that it was probable that, after discharging her cargo in Singapore, the vessel would have been employed in the trade from the

Arabian Gulf, in the absence of any definite fixture. Therefore, the voyage from Singapore to Dubai could not count towards the period of detention as the vessel would have made that voyage in ballast in any event. The period of detention therefore comprised a delay of 12 hours in Singapore and the period from the start of the repair work to the end of the floating storage fixture. The fact that the vessel could not perform her usual trading patterns until the Oil Major Approvals were reinstated was to be taken into account for calculating the detention period.

Regarding the second issue, it was unclear what the vessel would have earned during the detention period as she traded on the spot market. At the time of the collision, owners were in the middle of negotiating a fixture with the IOC but no fixture was ever concluded. The Court held that there was no set method for calculating loss of profit, although it was important to adopt a flexible and common sense approach, and decisions in previous cases could be relied upon depending on the facts. The judge reasoned that an actual fixture would have provided the best evidence of the owners' financial loss; in the absence of this, it was necessary to consider whether it was probable that the IOC fixture would have been concluded but for the collision. The owners failed to prove this on the basis of the evidence adduced.

Thus, the judge had to assess damages on the basis of the vessel's other alternative employment opportunities in order to ascertain a reasonable daily rate for a ship of this type in the ordinary course of her trade. The daily rate would be multiplied by the number of days of detention to calculate the owners' loss of revenue. In this particular case, the expert evidence adduced by both the claimant and the defendant provided estimates of the vessel's net earnings during the period of detention based on a detailed comparison of the voyages undertaken by other vessels trading at that time in the VLCC spot market between the Arabian Gulf and the Far East. As both experts had, however, compared similar periods of time, and their opinions were based on similar comparables, the judge considered it fair to take the mean of these and then deduct the amount which the vessel had earned while employed as a floating storage tanker.

On the basis of the Court's decision, owners were awarded the sum of USD 4.96 million in respect of loss of earnings, which included the mitigating period during which the vessel was employed on period charter as a floating storage tanker.

Comment

This case highlights the uncertainty surrounding the calculation of damages in loss of earnings cases, as the vessel's hypothetical employment will always be hard to prove. There is no specific one-fits-all methodology for calculating loss of profit, each methodology needing to be adapted to meet the specific circumstances of individual cases. The "ASTIPALAI", at least, confirmed that owners may recover damages for the period where a vessel is unable to resume her usual trading activities, following a collision and subsequent repairs, and is restricted to less lucrative engagements.



Author:
Victoria MacGregor

Ship arrests in the UAE and recent developments

This article provides an overview of vessel arrests in the UAE, and highlights some recent developments which have had a material impact on both the procedure for applying for vessel arrests and the regularity with which arrests are granted.

Arrests in the UAE

The UAE has not ratified the 1952 Arrest Convention¹ but the provisions in respect of arresting a vessel are contained in the UAE Federal Law 26 of 1981 on Maritime Commercial Law (the Maritime Code).

Grounds for an arrest

Article 115 of the Maritime Code almost mirrors the position under the 1952 Arrest Convention in respect of claims for which a vessel can be arrested: charterparty disputes, cargo damage, general average, etc.

Vessels susceptible to arrest

Under Article 116 of the Maritime Code, any person seeking to recover maritime debts, as defined by Article 115 of the Maritime Code, can arrest the vessel to which the debt relates or any other vessel owned by the debtor at the time the maritime debt arose, except for debts in respect of:

- (i) Disputes over the ownership of a vessel
- (ii) Disputes over co-ownership of a vessel, her possession, and use by the co-owners of their rights to the profits therefrom
- (iii) Maritime mortgages

Recent developments

Proof that a vessel is in the port

Generally, an arrest is granted, subject to establishing a prima facie case, if the vessel is within UAE waters, i.e. within 12 nautical miles from the coast of the UAE.

However, a recent trend in Abu Dhabi and Dubai has been for the court to require a letter from the Harbour Master confirming that the vessel is within port limits (sometimes even at berth) rather than accept confirmation from a reputable on-line source, such as Lloyd's MIU², that the vessel is within UAE territorial waters or, even, when the vessel's estimated time of arrival in UAE waters is.

¹ International Convention for the Unification of Certain Rules Relating to the Arrest of Sea-Going Ships 1952

² Lloyd's Marine Intelligence Unit

This additional requirement adds another layer of administrative procedure and one that carries with it potential complications, such as:

- (a) The time taken to obtain the necessary letter(s) is likely to result in additional delay, and increases the risk that the vessel may sail before the arrest order can be obtained; this is particularly true where vessels are only calling at anchorage for bunkers or the like
- (b) The Harbour Master may not issue the required letter(s) if the arrest is likely to cause congestion in the port
- (c) It will not be possible to obtain an arrest order if the vessel is only calling over a weekend (Friday and Saturday) as the UAE does not have judges that sit over those two days, and it will not be possible to get the required letters to them. Previously, UAE judges would have considered issuing an arrest order before the weekend on the basis that the vessel was scheduled to arrive within UAE waters over the weekend

It remains to be seen if this trend will be adopted by courts in the other Emirate states.

Can a vessel be arrested for a breach of a settlement agreement?

In most jurisdictions, a claimant is unable to arrest a vessel for breach of a full and final settlement agreement where the original debt was a maritime debt.

If one looks at what amounts to a maritime debt under Article 115 of the Maritime Code, a settlement agreement is not expressly listed as a maritime debt. However, we have recently seen a case where a UAE court granted an arrest for breach of a settlement agreement where the original debt was a maritime debt.

This is potentially an attractive tool for the innocent party for creating leverage on the defaulting party to pay the sums due under a settlement agreement.

Arrests for unpaid bunkers

Consider the following: bunkers are supplied to a vessel in Singapore and the bunker supplier is not paid. The bunker supply contract is subject to Singapore law and the jurisdiction of the Singapore Courts.

If required, a UAE Court will exercise its jurisdiction and grant the arrest of this vessel in UAE waters but, until recently, the position was that the court would not have jurisdiction over the substantive claim; instead the arrest could stand as security for foreign proceedings.

However, a recent judgment by the Dubai Court of Cassation (the Supreme Court) suggests that a UAE court may also have jurisdiction to hear the underlying dispute, hence avoiding the need for dual proceedings.

It remains to be seen if this approach will be adopted on a regular basis by the UAE courts as the UAE is a civil law jurisdiction and, therefore, previous judgments are not binding.

There are, of course, benefits if the court has jurisdiction over the underlying claim because it will avoid the need for enforcing a foreign judgment (and the costs implications and complications associated with the same) against local security.

Comment

The UAE was never the most arrest friendly jurisdiction, but recent developments regarding procedural requirements seem to have made it even more favourable to shipowners, and have in turn also helped alleviate UAE ports congestion.



Author:
Khurram Ali

Prawnicy MCLO

Partnerzy

Radcowie prawni

Marek Czernis | Partner zarządzający

✉ m.czernis@czernis.pl

Radca prawny przy OIRP w Szczecinie, absolwent Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Adama Mickiewicza w Poznaniu. Przed założeniem MCLO w 1995 r. odbył staż w kancelariach Haight Gardner Poor & Havens (Nowy Jork) oraz Middleton Potts (Londyn). Członek Komisji Prawa Morskiego przy PAN, Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Morskiego i Wiceprezes zarządu Polskiego Stowarzyszenia Prawa Morskiego. Arbiter Międzynarodowego Sądu Arbitrażowego w Gdyni. Uczestnik prac International Maritime Organization, European Community Shipowners' Associations, Baltic and International Maritime Council, Comite Maritime International.

Rafał Czyżyk | Partner

✉ r.czyzyk@czernis.pl

Radca prawny przy OIRP w Szczecinie, absolwent Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Szczecińskiego. Podczas aplikacji radcowskiej odbył szereg praktyk w kancelariach prawnych w Londynie i Nowym Jorku. Ekspert Związku Polskich Armatorów i Przedsiębiorców Morskich oraz Związku Armatorów Polskich w Gdyni. Członek szeregu komisji i grup roboczych European Community Shipowners Association. Członek Polskiego Stowarzyszenia Prawa Morskiego.

Paweł Mickiewicz | Partner

✉ p.mickiewicz@czernis.pl

Radca prawny przy OIRP w Szczecinie, absolwent Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Szczecińskiego. Odbýwał praktyki w kancelariach Barlow Lyde & Gilbert w Londynie oraz Holland & Knight w Nowym Jorku. Członek Maritime and Transport Law Committee przy International Bar Association oraz Polskiego Stowarzyszenia Prawa Morskiego.

Dariusz Szymankiewicz | Partner

✉ d.szymankiewicz@czernis.pl

Radca prawny przy OIRP w Szczecinie, absolwent Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Szczecińskiego. Od początku praktyki zawodowej związany z MCLO. Autor szeregu publikacji, szkoleń i wykładów z prawa morskiego i prawa ubezpieczeń morskich. Posiada wieloletnie doświadczenie w prowadzeniu postępowań przed Izbą Morską i sądami powszechnymi w zakresie wypadków morskich, odszkodowań kontraktowych dotyczących osób lub ładunku, sprzedaży statków i ubezpieczeń morskich. Członek Polskiego Stowarzyszenia Prawa Morskiego.

Prawnicy MCLO

Radcowie prawni / Aplikanci radcowscy / Asystenci

Radcowie prawni

Aleksander Błahy | Radca prawny

✉ a.blahy@czernis.pl

Piotr Gajlewicz | Radca prawny

✉ p.gajlewicz@czernis.pl

Artur Pomorski | Radca prawny

✉ a.pomorski@czernis.pl

Krzysztof Wiszniewski | Radca prawny

✉ k.wiszniewski@czernis.pl

Radosław Włodarczyk | Radca prawny

✉ r.wlodarczyk@czernis.pl

Olgierd Skarbek | Radca prawny

✉ o.skarbek@czernis.pl

📍 Oddział w Trójmieście

Aplikanci radcowscy

Paweł Bilicki | Aplikant

✉ p.bilicki@czernis.pl

Michał Hubicki | Aplikant

✉ m.hubicki@czernis.pl

Piotr Jędrusiak | Aplikant

✉ p.jedrusiak@czernis.pl

Aleksander Karandyszowski | Aplikant

✉ a.karandyszowski@czernis.pl

Adam Organiszczak | Aplikant

✉ a.organiszczak@czernis.pl

Sebastian Kita | Aplikant

✉ s.kita@czernis.pl

📍 Oddział w Trójmieście

Asystenci prawni

Marcin Borowski | Asystent

✉ m.borowski@czernis.pl

Adam Gielnik | Asystent

✉ a.gielnik@czernis.pl

Maciej Jaśkiewicz | Asystent

✉ m.jaskiewicz@czernis.pl

Piotr Porzycki | Asystent

✉ p.porzycki@czernis.pl

Łukasz Radosz | Asystent

✉ l.radosz@czernis.pl

Szymon Romanowicz | Asystent

✉ s.romanowicz@czernis.pl

Marcin Kaszyński | Asystent

✉ m.kaszynski@czernis.pl

