



Newsletter

Kwiecień 2016



Marek Czernis Kancelaria Radcy Prawnego

www.czernis.pl

Szczecin

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

St Botolph Building,
138 Houndsditch, EC3A 7AR
United Kingdom

tel. (20) 7876 5000
tax (20) 7623 5427

info@clydeco.com
www.clydeco.com

Gdynia

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

The Chrysler Building,
405 Lexington Avenue, NY 10174
United States

tel. 212 710 3900
fax 212 710 3950

info@clydeco.us
www.clydeco.com

Londyn

Marek Czernis
Kancelaria Radcy Prawnego
Oddział w Londynie

Flat 24 The Pullman Building
88 Spa Road, Londyn SE16 3QT

tel. +44 749 743 22 61

kancelarialondyn@czernis.pl
www.czernis.pl

Marek Czernis

Kancelaria Radcy Prawnego

Marek Czernis Kancelaria Radcy Prawnego została założona w roku 1995. Obecnie Kancelaria dysponuje zespołem 27 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, spedytatorów 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. Peterburgu, 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

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 aktach kierunku ekspansji są rynki Afryki i Australii i Oceanii, co pozwoli kompleksowo i jeszcze sprawniej służyć pomocą prawną przedsiębiorcom na całym świecie.

Spis treści

Marek Czernis Kancelaria Radcy Prawnego

Zakres stosowania Reguł Rotterdamskich – Art. 5, Część XIV (1)	5
Wykładnia oświadczeń woli - interpretacja umów czarteru w systemie prawa angielskiego - analiza sprawy „The Glory Sanye”	10
Elektroniczna wymiana informacji o ładunkach, załodze i pasażerach	16
Zmiany w prawie celnym - Unijny Kodeks Celny	18
„PANAMA PAPERS” a kwestie prawne	22
Konwencja AGN - standardy żeglugi śródlądowej w Europie	25
Nowe prawo restrukturyzacyjne – sposób na ratowanie przedsiębiorstwa	27
Przerywanie terminów przedawnienia roszczeń – zawzywający śpią (nieco) spokojniej	30
Zmiany w księdze akcyjnej na wniosek nabywcy akcji – część I	33
Mobbing w miejscu pracy	35
Ryzykowny marketing, czyli jak kampania promocyjna może zostać uznana za grę hazardową	38
Uwzględnianie okresów zatrudnienia u tego samego pracodawcy przy ustalaniu okresu wypowiedzenia umowy o pracę	41
Uchwała Zgromadzenia Wspólników oczami Sądu Najwyższego - Cz. I	43
Prawo restrukturyzacyjne – układ z największymi wierzycielami	45
The Development of the Law of the Sea – part IV	48

Clyde & Co LLP

“NORDLAKE”/“SEAEAGLE” - Collision case leads to rare decision	55
CMR Convention: Supreme Court overturns Court of Appeal on jurisdiction over successive carriers	57
Trafigura v Taci Oil International – Court reviews sale agreement	59
Seafarers: territorial jurisdiction test	61

Zakres stosowania Reguł Rotterdamskich – Art. 5, Część XIV (1)

Jednym z najistotniejszych elementów każdego aktu prawnego, czy to międzynarodowego, czy też krajowego, czy to mającego charakter publiczno-prawny, czy też prywatno-kontraktowy jest ustalenie zakresu objętego danym aktem, określenie w jakich okolicznościach i w stosunku do jakich zdarzeń przedmiotowo-podmiotowych będą miały zastosowanie przepisy danego aktu.

Przebieg negocjacji prowadzących do uchwalenia kolejnych umów i konwencji międzynarodowych, związanych z obrotem morskim wskazywał, iż właśnie określenie zakresu stosowania danej konwencji międzynarodowej było zazwyczaj jedną z bardziej kontrowersyjnych kwestii.

W latach 20-tych XX-wieku podczas prac nad pierwszą z wielkich konwencji zwanej później Regułami Haskimi¹, po raz pierwszy wypłynęła kwestia czy – Reguły winny regulować wszystkie formy kontraktowe przewozu ładunków morzem czy też winny być ograniczone do jednego sektora operacyjnego - przewozów liniowych. W czterdzieści lat później temat wrócił ze „zdwojoną siłą” przy pracach nad protokołem zmieniającym Reguły Haskie² zwanym później Regułami Visby. Kolejną próbą zdefiniowania, niemal od nowa, zakresu międzynarodowych konwencji związanych z przewozem ładunków morzem były prace nad konwencją opatrzoną później nazwą Regułami Hamburskimi³.

Ostatnia propozycja międzynarodowej legislacji morskiej - Reguły Rotterdamskie⁴ potwierdziła tylko tezę, iż kwestia precyzyjnego i wyczerpującego określenia zakresu konwencyjnego jest zadaniem niełatwym. Przebieg prac przygotowawczych⁵ wskazał jednakże, iż kwestią sporną, budzącą najwięcej emocji był, nie zakres konwencji, co do zasady, ile wybór środków legislacyjno-redakcyjnych, które w sposób najbardziej adekwatny realizowałyby zamierzone cele społeczności międzynarodowej. Trzy odrębne metody legislacyjne promowane były przez reprezentacje poszczególnych krajów i organizacji międzynarodowych uczestniczących w obradach. W końcowym rezultacie Reguły Rotterdamskie, wierne swojemu „duchowi eklektycznemu” postanowiły skorzystać, po części, z każdej z konkretnych metod. Ta „hybrydowa metoda” pozwoliła na skorzystanie z silnych stron każdej z tych metod przy jednoczesnym zminimalizowaniu słabszych stron i wątpliwości prawno-materialnych związanych z poszczególnymi metodami.

Dla pełniejszego zrozumienia przyjętego przez Reguły Rotterdamskie rozwiązania, w rozpatrywanym tu zakresie, koniecznym wydaje się przeanalizowanie rozwoju historycznego legislacji morskiej i przyjmowanych przez kolejne konwencje sposobów rozwiązania kwestii międzynarodowego zakresu konwencyjnego obowiązywania danej umowy międzynarodowej.

¹ International Convention for the Unification of Certain Rules of Law Relating to Bills of Lading Aug. 25, 1924. 120 L.N.T.S. 155 Międzynarodowa Konwencja o ujednolicieniu niektórych zasad dotyczących konosamentów. Podpisana w Brukseli dnia 25.08.1924 r. (Dz.U. z 1937 r. nr 33, poz 258).

² Protocol to Amend the International Convention for the Unification of Certain Rules of Law Relating to Bills of Lading (Hague Rules), Feb. 23, 1968, 1412 U.N.T.S. 128. Protokół zmieniający międzynarodową konwencję o ujednolicieniu niektórych zasad dotyczących konosamentów, sporządzony w Brukseli 23.02.1968 r. (Dz. U. z 1980r., par. 14 poz. 48).

³ United Nations Convention on the Carriage of Goods by Sea. Mar. 31, 1978, 1695 U.N.T.S. 3.

⁴ The United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea, General Assembly Regulation 63/122 U.N. doc. No. A/RES/63/122 (11 december 2008) Adopting the Rotterdam Rules.

⁵ Zob. 14th Session Report of Working Group III (Transport Law) on the work of its fourteenth session (Vienna 29 November, en – 10, December 2004) U.N. doc. No. A/CN.9/572 (2004) paras 81-96, 105-109 oraz 15th Session Report paras 10-13, 52-53, 17th Session Report paras 121-122.

W 1921 r. przyjęto Reguły Haskie w formie zespołu reguł modelowych, które z założenia, podobnie jak Reguły York-Antwerp w zakresie awarii wspólnej, miały być do wykorzystania na zasadzie pełnej swobody kontraktowej, przez ewentualną ich inkorporację do warunków danej umowy⁶.

Sytuacja uległa zasadniczej zmianie, z chwilą kiedy w 1922 r. podjęto decyzję o zmianie charakteru przygotowanych reguł z przepisów dyspozycyjnych wprowadzanych dobrowolnie w tekst umowy, na przepisy bezwzględnie obowiązujące lub precyzyjnie przepisy semi-imperatywne, które na podstawie umowy międzynarodowej miały wyznaczać minimalny i nienaruszalny zakres praw, obowiązków i odpowiedzialności stron umowy przewozu.

Tego typu zmiana antycypowanego kierunku zmian legislacyjnych wywołała szczególnie ostrą reakcję po stronie armatorów reprezentujących żeglugę trampową gdzie specyfika uprawianego transportu i wykorzystywanych w tym zakresie umów (umowy czarterowe) predestynowały do żarliwej obrony pełnej swobody kontraktowej i przeciwdziałaniu jakiegokolwiek interwencji ustawodawczej, czy to na poziomie krajowym, czy też międzynarodowym. Duński armator AP Moller, na konferencji CMI w Londynie w 1922 r., gdzie Reguły uzyskały ostateczny kształt gotowy do przyjęcia na konferencji międzynarodowej w 1924 r. stwierdził, między innymi, co następuje:

„I am a tramp shipowner, and (...) my feelings are naturally coloured by my calling (...) I would also ask you pardon if in the following remarks I should make some criticisms, and I would ask them to be attributed to the natural feeling of impatience of the man who is receiving medicine when there is nothing wrong with him”⁷.

W dalszej części swojej wypowiedzi wskazał on trafnie, iż impuls do przygotowania i przyjęcia nowych Reguł, w takim a nie innym kształcie, powstał ze strony żeglugi liniowej opartej na przewozie udokumentowanym konosamentem z *„full clauses in small print that few people have the good eyes to read and no one has time to read”*. To w obrębie tego typu przewozów można było odnotować najbardziej jaskrawe i najczęstsze przypadki naruszania lub ignorowania swobody kontraktowej i jednostronnego narzucania przez wystawców konosamentów/przewoźników - nierównych i często wysoce niesprawiedliwych warunków prawnych.

Już zatem na początku międzynarodowej drogi legislacyjnej zarysowano ostrą dychotomię pomiędzy „żeglugą trampową” - z czarterem jako charakterystycznym nośnikiem prawnym formułującym strukturę praw i obowiązków stron umowy przewozu - armatora i czarterującego a „żeglugą liniową” z konosamentem wyznaczającym i potwierdzającym warunki kontraktowe przewozu. To utożsamianie żeglugi trampowej z czarterem a żeglugi liniowej z konosamentem, gdzie tylko ta ostatnia forma, według powszechnego konsensusu, wymagała międzynarodowej interpretacji legislacyjnej wyznaczała podstawowy schemat formalno i materialno-prawny Reguł Haskich. Centralny zapis tych Reguł – Art. 1 (b) – przewiduje, iż *„Contract of carriage” applies only to contracts of carriage covered by a bill of lading or any similar documents of title in so far as such document relates to the carriage of goods by sea*⁸.

Innymi słowy, w substytucji za kryterium operacyjno-handlowe – „żeglugę liniową” przyjęto kryterium dokumentacyjne „konosament lub podobny papier wartościowy” jako podstawowe

⁶ „The History of COGSA and the Hague Rules” 22 J. MAR L& COM. 1 1991).

⁷ CMI London Conference Report 1922 st. 330 (statement of AP Moller) reprinted in 2 Hague Rules, Travaux Préparatoires 340.

⁸ Art. 1(a) – „Umowa przewozu” stosuje się jedynie do umowy przewozu ujętej w konosamencie lub podobnym papierze wartościowym – w zakresie w jakim dokument taki odnosi się do przewozu towarów morzem (...)”.

kryterium wyznaczające, do których umów przewozu ładunków morzem będą miały zastosowanie semi-imperatywne przepisy międzynarodowe Reguł Haskich.

Przy takim ujęciu znacznie łatwiej było osiągnąć porozumienie w zakresie drugiej, podstawowej formy dokumentacyjnej przewozu ładunków – umowy czarteru. Z jednej zatem strony, co do zasady, wyłączono umowy czarteru (czy w innym ujęciu „żeglugę trampową”) z zakresu stosowania Reguł Haskich. Z drugiej jednakże strony przewidziano w przypadku wystawienia konosamentu przez armatora na rzecz czarterującego, konosament taki z chwilą przeniesienia go na osobę trzecią, zostaje objęty, ex lege, warunkami Reguł Haskich.⁹ Ustalona tu formuła tzw. czarterowych konosamentów trampowych była o tyle łatwa do akceptacji przez legislatorów morskich, gdyż, de jure, sankcjonowała jedynie powszechną, anglosaską tradycję precedensową w tym zakresie.

Biorąc pod uwagę znaczenie tej kwestii, nie tylko w rozpatrywanym tu aspekcie, ustalenia zakresu obowiązywania przepisów kolejnych konwencji morskich związanych z przewozem ładunków morzem, ale w znacznie szerszym, praktycznym znaczeniu „styku” dwóch zasadniczych dokumentów przewozowych „konosamentu” i „umowy czarteru” wydaje się zasadnym przypomnienie zasadniczych ustaleń prawa angielskiego w tym zakresie.

Wystawienie konosamentu przez armatora w ramach zawartej już umowy czarteru (zarówno czarteru na podróż jak i czarteru na czas oraz wszelkich „hybrydalnych” odmian czarteru) nie tylko, iż nie uchyla skutków prawnych tejże umowy (umowa czarteru jest w dalszym ciągu wiążąca pomiędzy armatorem a czarterującym)¹⁰ ale dodatkowo stwarza, lub precyzyjnie rzecz ujmując może stwarzać, odrębny węzeł obligatoryjny wyznaczany autonomicznymi warunkami kontraktowymi konosamentu.

Kiedy czarterujący jest również frachtującym (stroną umowy przewozu ładunku) stając się pierwszym legitymowanym posiadaczem konosamentu, wystawionego przez armatora (przewoźnika), w przypadku rozbieżności kontraktowych (warunków umownych) pomiędzy czarterem a konosamentem przyjmuje się, zgodnie z ugruntowaną doktryną precedensową, iż „*prima facie and in the absence of any intention to the contrary as between the shipowner and the charter, the bill of lading (...) is to be taken only as an acknowledgment of the receipt of the goods*”.¹¹ Tę samą kwestię, nieco z innej perspektywy trafnie ujął Lord Bramwell: „*To say that the bill of lading is a contract, superseding, adding to, or varying the former contract, is a proposition to which I can never consent*”.¹²

Powyższa sytuacja nie ulega zmianie nawet wówczas, gdy konosament odsyła w całości i części do warunków czarteru chyba, że strony czarteru, armator i czarterujący, uzgodniły, iż warunki kontraktowe konosamentu mogą zmienić warunki czarteru w oparciu, o który konosament został wystawiony.¹³

⁹ Art. (1)(b) – „(...) including any bill of lading or any similar document as aforesaid issued under or pursuant to a charter party from the moment at which such bill of lading or similar document of title regulates the relations between a carrier and holder of the same”.

¹⁰ *Den of Airlie S.S. Co v. Mitsui* (1912) 17 Com. Cas. 116; *Hogarth S.S. Co. v. Blyth* (1917) 2 K.B. 354 str. 550, per Scrutton L.J. *Gardano and Giampieri v. Greek Petroleum* (1961) 2 Lloyd's Rep. 25.

¹¹ *Rodocanachi v. Milburn* (1886); 18 Q.B.D. 67 per Lord Esher, str. 75; Lindley L.J. str. 78.

¹² *„Wagstaff v. Anderson”* (1880) 5 C.P.D. 171 str. 177; Zob. również *„Sewell v. Burdick”* (1884) 10 App. Cas. 74 str. 105.

„Temperley v. Smyth” (1905) 2 K.B. 791 str. 802 per Collins M.R.; *„Kruger & Co. v. Moel Tryvan”* (1907) A.C. 272, str. 278 per Lord Halsbury; *„The Dunelmia”* (1970) 1 Q.B. 289.

¹³ *„The San Roman”* (1872) L.R. 3 A&E. 583; *„Rodocanachi v. Milburn”* (1886) 18 Q.B.D. 67; *„Pickernell v. Jauberry”* (1862) 3 F&F. 217; *„Caughey v. Gordon”* (1878) 3 C.P.D. 419; *„Gullichsen v. Stewart”* (1884) 13 Q.B.D. 317; *„Bryden v. Niebuhr”* (1884) C&E. 241; *„Davidson v. Bisset”* (1878) 5 Rettie 709.

Sytuacja ulega istotnej zmianie po przeniesieniu konosamentu przez czarterującego/frachtującego na osobę trzecią. Z tą chwilą konosament stanowi potwierdzenie, odrębnego, niezależnego od czarteru, stosunku prawnego - umowy przewozu pomiędzy przewoźnikiem a nowym legitymowanym posiadaczem konosamentu.¹⁴

W powyższym kontekście zatem, pełen zapis Art. 1(b) Reguł Haskich nie tylko, że sankcjonuje powszechna międzynarodowa wykładnia precedensowa, ale wyznacza się linie dokumentacyjnego kompromisu w ustaleniu zakresu stosowania Reguł z 1924 r. Dopóki umowa czarteru jest podstawową płaszczyzną kontraktową pomiędzy armatorem i czarterującym, reguły nie mają zastosowania z mocy prawa. Nie ma bowiem potrzeby wprowadzać mechanizmu międzynarodowego lub ustawowego do relacji prawno-handlowych, właściwie funkcjonujących w oparciu o zrównoważoną grę podaży i popytu zdefiniowaną w kategoriach legalistycznych jako „swoboda kontraktowa stron”. W relacjach konosamentowych, przeniesienie tego papieru wartościowego na stronę trzecią, która nigdy nie była uczestnikiem oryginalnej transakcji prawno-handlowej, leżącej u podstaw danej umowy przewozu i wydanych w związku z tym dokumentów przewozowych, uruchamia konieczność protekcyjnej interwencji legislacyjnej. Reguły Haskie zatem wstępują wówczas z pełną mocą, wyznaczając ramy prawne relacji kontraktowej przewoźnik – legitymowany posiadacz konosamentu.

W latach 50-tych XX stulecia podjęto próbę nowelizacji Reguł Haskich. Konferencja CMI w Rijece w 1959 r. przyjęła, niemal jednogłośnie rozszerzenie zakresu obligatoryjnego stosowania konwencji do wszystkich przypadków, w których: „(...) *goods were shipped to or from a contracting state* (...)”.¹⁵

Ten ciekawy legislacyjny ruch, próbujący rozszerzyć zakres konwencyjny, został jednak zaniechany i Brukselska Konferencja Dyplomatyczna w 1968 r. przyjęła zmianę w znacznie ograniczonym zakresie. Art. 10 Reguł Hague-Visby¹⁶ przewiduje, iż:

„Postanowienia niniejszej konwencji mają zastosowanie do każdego konosamentu odnoszącego się do przewozu towarów między portami położonymi w dwóch różnych państwach, jeżeli:

- a) konosament został wystawiony w jednym z Umawiających się Państw; lub*
- b) przewóz jest dokonywany z portu jednego z Umawiających się Państw; lub*
- c) umowa zawarta w konosamencie lub stwierdzona konosamentem przewiduje, iż będą miały do niej zastosowanie przepisy niniejszej konwencji lub ustawodawstwa jakiegokolwiek państwa zapewniającego im skuteczność”.*

Zatem Reguły Hague-Visby 1924/1968 – utrzymały podstawową strukturę Reguł Haskich – regułę dokumentacyjną, w której konosament jako dokument przewozowy wyznaczał podstawowe kryterium decydujące o stosowaniu bądź zaniechaniu automatycznego stosowania tej regulacji do międzynarodowych umów przewozów ładunków morzem. W tych samych granicach, utrzymane zostało systemowe wyłączenie umów czarterowych z zakresów stosowania Reguł chyba, że zostaną one przywołane przez strony danej umowy czarterowej w drodze dobrowolnego kompromisu negocyjnego – ale wówczas będą traktowane jak wszystkie inne „prywatno-prawne” warunki danej umowy.

¹⁴ „Leduc v. Ward” (1888) 20 Q.B.D. 475, str. 479, per Lord Esher “Hain S.S. Co. v. Tate & Lyle” (1936) 41 Com. Cas. 350 Lord Atkin.

¹⁵ „CMI Rijeka Conference Report 1959” str. 390-391; reprinted in Hague-Visby Travaux Préparatoires 702-703.

¹⁶ Brussels Conference Procès – Verbaux – Conférence Diplomatique de Droit Maritime – „Douzième Session / Le phase Bruxelles 1968; Procès – Verbaux (1968); Protocol to Amend the International Convention for the Unification of Certain Rules of Law Relating to Bills of Lading (Visby Protocol), Feb. 23, 1968 1412 U.N.T.S 128.

Na zasadniczą zmianę podejścia do rozpatrywanej tu kwestii, społeczność międzynarodowa musiała poczekać kolejną dekadę. Przyniosły je Reguły Hamburskie z 1978 r. Analiza tych przepisów międzynarodowych i następujących po nich Regułach Rotterdamskich z 2008 r. będzie przedmiotem analizy w kolejnej części naszego Newslettera.



Autor:
Marek Czernis

Wykładnia oświadczeń woli - interpretacja umów czarteru w systemie prawa angielskiego - analiza sprawy „The Glory Sanye”¹

Sprawa dotyczy czarteru na podróż (Synacomex 2000) z dn. 23.10.2009 r., zgodnie z którym armator („HBC” - „disponent owners”²) wyczarterował statek „The Glory Sanye” czarterującemu – na podróż z portu Konstanca do Dżibuti na przewóz ładunku pszenicy. Armator, z kolei dysponował statkiem na podstawie czarteru na czas (NYPE 1946) wyczarterowanego od właściciela rejestrowego statku (tzw. „time charter trip”).

Statek z ładunkiem załadowanym w Konstanca przyłynął do Dżibuti 20.11.2009 r. Jednakże na skutek braku odbiorców ładunku – nie było możliwości wyładowania statku. W efekcie statek pozostał z ładunkiem oczekując na instrukcje czarterującego ok. 3 miesiące.

Strony C/P zawarły aneks do umowy (Addendum No.1), zgodnie z którym zmieniono port wyładunku na Ain Sukhna (port egipski – w południowej części Kanału Sueskiego).

Warunki Addendum No. 1 przewidywały, m.in., co następuje:

- (i) *“Without prejudice to all rights as previously reserved;*
- (ii) *Discharge port: Ain Sukhna (instead of Djibouti);*
- (iii) *The vessel shall be on and remain on demurrage as per previous SOA submitted subject to minor adjustments – if any – according to the SOF as issued and accepted between Master/agents/HBC until time and date of redelivery after completion of discharge at Ain Sukhna (including sea passage from Djibouti to Ain Sukhna) and demurrage to become due day by day and becomes due for payment every 5 days commencing from the date of departure Djibouti until completion of discharge (...)*
- (iv) *Hatches/sealing/full draft inspections to be reimbursed by charterers against owners (...) invoices (...);*
- (iv) *Owners and Headowners to be held harmless and indemnified against all losses, expanses, damages, risk, whatsoever and howsoever arising including but not limited to those which may arise from any 3rd party including but not limited to Egyptian authority's rejection refusal or inability to accept delivery of the cargo or from charterers failure to discharge cargo.*
- (v) *Vessel to remain on demurrage at all times. If the member of days on demurrage exceeds 60 days, owners have option to cancel agreement and to claim damages (...).*
- (vi) *Port disbursement for Ain Sukhna are for charterer's account (...);*
- (vii) *Bunkers consumed during the sea passage from Djibouti to Ain Sukhna to be paid by charterers (...);*
- (viii) *Charterers to pay USD 1.8 mln on account of demurrage and costs/expenses to HBC on 6th of April 201. Any remaining balances to be settled immediately by charterers upon receipt of final SOA (...).”*

Po ustaleniu Addendum No. 1, nastąpiła jednakże kolejna zmiana docelowego portu wyładunkowego na Damietta (inny port egipski ale już w obszarze Morza Śródziemnego).

¹„HBC Hamburg Bulk Carriers GMBH & Co KG v Huyton Inc.” [2014] EWHC 4176 (Comm); [2015] 1 Lloyd's Rep 310 (QBD; Sędzia Teare).

² Przyjeliśmy tu w terminologii polskiej określenie armator – jako kodeksowe (Art. 188 k.m.) określenie strony umowy czarteru na czas. Należy jednak pamiętać, iż w rozważanej sprawie „disponent owners” – są de jure – czarterującym na czas, który podczarterowują statek. Nie są oni więc, sensu stricte „armatorem” w rozumieniu Art. 188 k.m. w związku z Art. 7 k.m.

W związku z tą zmianą sporządzono kolejną zmianę do umowy czarteru – „Addendum No. 2” o następujących zasadniczych warunkach:

- (i) *“Without prejudice to all rights as previously reserved;*
- (ii) *It has been agreed that the cargo is to be discharged at the port of Damietta (Egypt) instead of Ain Sukhna (Egypt) as agreed in Addendum No. 1 and all other terms, conditions clauses and paragraphs as per Charter Party dated on 23rd October 2009 and Addendum No.1 and the reservations and rights to remain in force.”*

Armator wszczął arbitraż przeciwko czarterującemu – domagając się zapłaty od nich kosztów przejścia przez Kanał Sueski podnosząc, iż jest to bezpośrednim wynikiem niewyładowania i odbioru ładunku przez czarterujących w Dżibuti. Rzecz jednak w tym, iż zgodnie z warunkami czarteru głównego (tj. pomiędzy właścicielem rejestrowym statku a armatorem) statek, z załadowaniem, miał być przekazany właścicielom, po upływie czarteru, (tzw. „redelivery”) w Port Said. Zgodnie z czarterem głównym to armator był zobowiązany pokryć koszty m.in. przejścia przez Kanał Sueski. Można więc kolokwialnie przyjąć, iż nieoczekiwana zmiana portu wyładunku w „podczarterze” potraktowana została jako doskonały pretekst prawny do przerzucenia ciężaru „kosztu Kanału Sueskiego” na czarterującego.

Sąd arbitrażowy w składzie – Christopher Moss, Anthony Scott oraz Kenneth Rokison oddalił pozew armatora. Arbitraż uznał, między innymi, iż *„in the context, „losses” or „expenses” must be construed as limited to additional losses and expenses which would not have been incurred in any event”*. W tej sytuacji, w której armator i tak był kontraktowo (na podstawie czarteru głównego z właścicielem rejestrowym) zobowiązany do przejścia przez Kanał Sueski i poniesienia związanych z tym kosztów, nie miał praktycznego znaczenia fakt czy wyładunek w Dżibuti miał miejsce, czy też nie. W tym kontekście tego typu wydatki, nie były wydatkami które winny być pokryte przez czarterujących zgodnie z warunkami Addendum No. 1. Jedynie fakt, iż przejście przez Kanał Sueski statkiem załadowanym jest o USD 20.000 droższe niż statkiem w balaście skłonił sąd arbitrażowy do przyznania armatorowi tej kwoty jako należnej mu części pokrycia kosztów przez czarterującego.

Armator wniósł skargę o uchylenie wyroku sądu polubownego³ do Sądu Gospodarczego („Queen’s Bench Division - Commercial Court”). Podstawowym punktem, który Sąd miał rozstrzygnąć, była kwestia – czy sąd arbitrażowy miał rację w przyjęciu, iż czarterujący nie są, co do zasady, zobowiązani do pokrycia kosztów armatora związanych z przejściem przez Kanał Sueski – czy też Addendum No. 1 i No. 2 nakładało taki obowiązek na stronę czarterującą.

Sąd (Sędzia Teare) – uznał skargę armatora i potwierdził, iż armator jest uprawniony do odszkodowania (zwrotu kosztów) od czarterującego w zakresie wnioskowanym w skardze. W uzasadnieniu swojego orzeczenia Sąd stwierdził co następuje:

„Jest rzeczą bezsporną, iż w relacji armator-czarterujący - niewykonanie umowy czarteru (przez niewyładowanie i odmowę wydania ładunku w Dżibuti), skutkowało koniecznością zmiany portu wyładunku i w konieczności przejścia statku przez Kanał Sueski, co implikowało konieczność poniesienia w związku z tym, dodatkowych kosztów takiego przejścia.”

Wobec powyższego, zastrzeżenia umowne w Addendum No. 1, przewidujące, iż to czarterujący winien pokryć wszelkie dodatkowe koszty i wydatki związane ze zmianą docelowego portu

³ Dla poprawności polskiej terminologii prawniczej przyjmuje się sformułowanie za Art. 1205 kpc i następne. Pamiętać należy jednak, iż w terminologii angielskiej przyjmuje się zapis *“appeal from arbitration award”* – zgodnie z sec. 69 – The British Arbitration Act 1996. Również przesłanki uprawniające do *“appeal”* w systemie prawa angielskiego (generalnie *“on question of law arising from arbitration award”*) nie do końca pokrywają się z przesłankami „skargi” zgodnie z Art. 1206 kpc.

wyładunku i wydania ładunku – odnoszą się również, *prima facie*, do dodatkowych kosztów przejścia statku przez Kanał Sueski. Na początku swoich rozważań sąd słusznie zauważył, iż kwestia interpretacji zapisów czarteru i *addendów* do tej umowy jest klasycznym sporem o prawidłowość przyjętej interpretacji kontraktowej.

Strona armatorska podnosiła, iż punktem wyjściowym przy interpretacji danego zapisu umownego zawartego pomiędzy przedsiębiorcami w profesjonalnym obrocie gospodarczym winna być, przede wszystkim, treść samej umowy – jako takiej - bez odniesienia do innych „pozakontraktowych” ustaleń i okoliczności powiązanych z danym kontraktem. Zapisy umowne zawarte w danej umowie, będącej przedmiotem interpretacji, odzwierciedlają – bo odzwierciedlać powinny - wolę i intencje stron tejże umowy, które przy przyjęciu takich a nie innych zapisów w sposób świadomy i profesjonalny ukształtowały umownie wzajemne prawa i obowiązki.⁴

Zatem jeżeli strony umowy przy formułowaniu jej zapisów przyjęły zapisy, które są, z językowego punktu widzenia, jednoznaczne i oczywiste – sąd interpretując te zapisy winien takie rozumienie w pełni honorować.⁵

W tym kontekście warto zacytować fragment wypowiedzi Lorda Clarke z orzeczenia z 2011r.⁶, w którym stwierdził on, *m.in.* co następuje:

„(...) the exercise of construction is essentially one unitary exercise in which the court must consider the language used and ascertain what a reasonable person, that is a person who has all the background knowledge, which would reasonably have been available to the parties in the situation in which they were at the time of the contract would have understood the parties to have meant. In doing so, the court must have regard to all the relevant surrounding circumstances. If there are two possible construction, the court is entitled to prefer the construction which is consistent with business common sense and reject the other.”

Według sądu na tę wiedzę stron, która leżała u podstaw rozważanej umowy (*“background knowledge”*) składała się:

- i) wiedza, iż armator zgodził się na wykonanie podróży z Konstancy do Dżibuti, gdzie po wyładunku podróż miała być zakończona;
- ii) jednakże na skutek tego, iż w Dżibuti nie zlokalizowano odbiorcy ładunku – dokonano zmiany ostatecznego przeznaczenia statku na Damietta;
- iii) w rezultacie tej zmiany (zmiana portu wyładunku i zakończenia podróży) statek musiał przejść przez Kanał Sueski,
- iv) w konsekwencji powyższego podróży na trasie Konstanca–Dżibuti oraz z powrotem Kanał Sueski–Damietta - spowodowała znacznie wyższe koszty niż oryginalnie zamierzona podróż (tj. Konstanca–Dżibuti).

To w oparciu o tę wiedzę właśnie przygotowano i podpisano dwie zmiany do umowy czarteru *Addendum* No. 1 oraz No. 2, których istota sprowadzała się do umownego potwierdzenia, iż na skutek przedłużenia podróży:

⁴ Per Lord Aikens z „BMA Special Opportunity Hub Fund Ltd v. African Minerals Finance Ltd” [2013] EWCA Civ. 416.

⁵ Per Lord Clarke JSC w „Rain Sky SA v. Kookmin Bank [2012] 1 Lloyd’s Rep 34; [2011] 1 WLR 200, par 23.

⁶ Ibid. Par 21.

- (-) statek pozostanie na „*demurrage*” – aż do ostatecznego wyładunku,
- (-) czarterujący pokryją dodatkowe koszty portowe i koszty dodatkowego paliwa, wreszcie, że
- (-) armator będzie uprawniony do domagania się zwrotu od czarterujących wszelkich kosztów, wydatków i rekompensacji szkód poniesionych przez armatora na skutek zmiany portu wyładunku z Dżibuti na Damietta.

Przez przyjęcie takich ustaleń czarterującym umożliwiono realizację podróży (wraz z rozliczeniem należności za „*demurrage*”) zaś armatorowi – zdanie statku właścicielowi rejestrowemu. To stanowiło „*wolę i intencję stron*” umowy czarteru. Cena jaką czarterujący zgodzili się zapłacić za taką realizację zobowiązania kontraktowego obejmowała, bo obejmować powinna, wszelkie dodatkowe koszty i obciążenia finansowe związane z wyładunkiem statku w Damietta, a nie w Dżibuti.

W nawiązaniu do powyższego sąd zwrócił uwagę, iż zasadnicze pytanie-problem, które powinno być sformułowane przy interpretacji umowy czarteru wraz z jego zmianami winno brzmieć – czy dodatkowe koszty i wydatki, które czarterujący zobowiązali się pokryć, zgodnie z Addendum No. 1 i No. 2, na rzecz armatora stały się wymagalne na skutek niewykonania przez czarterujących warunków umowy (tj. wyładunku w Dżibuti)? Konieczność przejścia przez Kanał Sueski i pokrycia związanych z tym kosztów – nie powstałyby po stronie czarterujących, gdyby podróż zakończyła się w Dżibuti, a nie w Damietta.

Przyjąć należy zatem, iż zgodnie z Addendum No. 1 i No. 2 koszty i wydatki dodatkowe, które czarterujący zobowiązali się pokryć – w sposób bezpośredni muszą obejmować koszty zmiany portu wyładunku - tylko taka interpretacja umowy – „*gives effect to clear and unambiguous language used by the parties (...)*”. I tylko taka, wyżej przedstawiona interpretacja jest, zdaniem sądu, interpretacją, która „*(...) a reasonable person, with background knowledge available to both parties, would have understood the clause to mean.*”

Ustalenia i konkluzje arbitrażu zgodnie, z którymi koszty przejścia przez Kanał Sueski wchodzące w koszty armatora zgodnie z jego umową z właścicielem rejestrowym statku – powodując, iż nie powinny być one ujęte w zakres pojęciowy „dodatkowych kosztów i wydatków”, przewidzianych w Addendum No. 1 i No. 2 czarteru pomiędzy armatorem i czarterującym – są, zdaniem sądu, nieprawidłowe. Zwrócić uwagę należy, w tym kontekście na fakt, iż wiedza o powyższych warunkach „czarteru głównego” – to jest pomiędzy armatorem, a właścicielem rejestrowym – nie była wiedzą, która też była dostępna czarterującym. Nie spełniony został zatem kluczowy wymóg istnienia „*background knowledge available to both parties*”. Jeżeli tak, to ta okoliczność kontraktowa, nie może być brana pod uwagę przy interpretacji warunków czarteru z 23.10.2009 r. wraz z jego dwoma zmianami (Addendum No. 1 i No. 2).⁷

Okoliczność ta – oczywista i jednoznaczna dla stron umowy głównej – tj. czarteru pomiędzy właścicielem rejestrowym, a armatorem – nie była okolicznością oczywistą i jednoznaczną dla stron umowy czarteru armator i czarterujący. W stosunku do czarterującego – był to warunek kontraktowy zawarty w odrębnym stosunku prawnym, w którym tenże czarterujący był „osobą trzecią” niezwiązaną prawnie (zasada „*res inter alios acta*”).

⁷ To inna interpretacja wcześniejszej zasady prawa angielskiego – ‘*privity of contract*’ – lub w ujęciu łacińsko – cywilistycznym ‘*res inter alios acta*’. Zob. również: „*Thompson v. Dominy*” (1854) 14 M&W 403; „*Tweddle v. Atkinson*” (1861) EWHC QB 157.

Przyjmując powyższe rozumienie, sąd stanął na stanowisku, iż armatorowi przysługuje odszkodowanie z tytułu niewykonania umowy czarteru (potwierdzonego zapisami Addendum No. 1 i No. 2) skutkującego koniecznością zmiany portu wyładunkowego. W konsekwencji powyższego koszty przejścia przez Kanał Sueski, niezbędne dla dojścia do zmienionego portu docelowego, są elementem składowym rozważanego odszkodowania. Koszty te pozostawały w bezpośrednim związku przyczynowym z faktem niewykonania umowy przez czarterującego i były objęte, w zakresie woli i intencji stron, zapisami umownymi przewidzianymi przez stronę na taką okoliczność.⁸ W tym kontekście fakt, nieznanym stronie czarterującej, iż w innej umowie czarterowej wiążącej armatora z właścicielem rejestrowym to armator miał ponosić te koszty – był prawnie irrelevantny z punktu widzenia kontraktowych praw i obowiązków przewidzianych w Addendum No. 1 No. 2. Dla tych ostatnich strony przecież przyjęły jasną i jednoznaczną formułę, która określała zakres ewentualnych obowiązków i odpowiedzialności czarterującego – a mianowicie – *„the charterers were liable to indemnify the disponent owners in respect of expenses, namely, did it arise from the charterers failure to discharge the cargo”*.

W tym kontekście zmiana trasy podróży i wyładunek ładunku w Damietta, wymagająca przejścia przez Kanał Sueski, jest bezpośrednią kontraktową konsekwencją wiążącą armatora i czarterującego, wobec której fakt istnienia tożsamego obowiązku zapłaty, wynikający z równoległe funkcjonującego, ale będącego poza zakresem tej umowy, innego wężła obligacyjnego – jest bezprzedmiotowy.

Mamy więc do czynienia z dwoma węzłami obligacyjnymi – umową czarteru wraz z Addendum No. 1 i No. 2 (pomiędzy armatorem a czarterującym) oraz umową czarteru głównego (pomiędzy właścicielem rejestrowym a armatorem) – niezależnie od faktu, iż w wielu przypadkach obejmowała bardzo podobne rozliczenia i sposoby ich pokrycia (np. koszty dodatkowego paliwa, koszty portowe, koszty zawinięcia i przejścia przez określone trasy żeglugowe itp.). To podobieństwo, a często nawet i nakładanie się rozliczeń (jak rozważane tu koszty przejścia przez Kanał Sueski) nie ma wpływu jednak na fakt istnienia odrębnych stosunków prawnych pomiędzy obiema umowami czarteru ze wszystkimi wynikającymi z tego skutkami prawnymi.

Przedstawiona powyżej interpretacja umowy czarterowej jest o tyle ważna, iż wskazuje ona na obecne tendencje i kierunki współczesnego orzecznictwa angielskiego i wykładni kontraktowej umów obrotu morskiego. Pogląd jakoby tradycyjny *„modus operandi”* jurysdykcji angielskiej ulegał głębokiej erozji, a precyzyjnej – daleko idącej modyfikacji i wpływom szeroko pojętego systemu „unijno-cywilistycznego” wydaje się informacją nieprecyzyjną i przesadną. Sędzia angielski, przy analizie tej sprawy nie miał, jak się wydaje, wątpliwości, iż wychodząc z jeszcze XIX-wiecznej zasady *„privity of contract”*⁹ należy kontynuować linię orzecznictwa opartą na tradycyjnej formule *„Four Corners Rule”* – zgodnie, z którą: *„an unambiguous agreement is to be determined from the words of the contract done”*¹⁰. Zasada ta zatem wskazuje, iż jeżeli zapis umowy danego czarteru jest *„clear on its face”* – i każdy władający językiem kontraktu, nie ma najmniejszej wątpliwości co do znaczenia użytych w danej umowie terminów – wówczas to tylko i wyłącznie ustalenia zawarte w takiej umowie, w obrębie *„czterech narożników”* danej kartki, na której napisano dany tekst, wyznaczają zakres interpretacyjny umowy. W takich okolicznościach nie ma potrzeby sięgania do źródeł zewnętrznych jak na przykład inne umowy czy ustalenia pozaumowne.

⁸ Dokonałmy tu próby „przełożenia” instytucji prawa angielskiego zgodnie, z którą *„damage should be within the reasonable contemplation of parties”* za *„Hadley v. Baxendale”* 156 ER 145, (1854) 9 Exch 341, Ex. Ct. J *„The Heron II”* (1967) 3 WLR 1491; na instytucję prawa polskiego, w szczególności Art. 361 kc w związku z Art. 65 kc.

⁹ Zob. przypis Nr 7.

¹⁰ *„Federal Deposit Ins. Corp. v. WR Grace & Co.”* 877 F. 2nd 614, 621 (7th Cir. 1989) (Posnes J.) *„N. E. Ry v. Hastings”* (1900) A. C. 260, (Lord Halsbury); *„Wickman Tools v. Shoulder B. A. G.”* (1974) A. C. 235 (H. L.).

Tak też postąpiono w tej sprawie. Uznano, iż Addendum No. 1 i No. 2 do umowy czarteru pomiędzy armatorem i czarterującym wyznaczają wyłączną, zamkniętą płaszczyznę kontraktową (owe symboliczne „*four corners*”), w obrębie których winna następować jakakolwiek interpretacja umowy dotycząca praw i obowiązków stron kontraktowych. Obecność innych ustaleń umownych, objętych inną umową (której stroną jest tylko armator, ale już nie czarterujący) nie ma żadnego znaczenia prawnego dla umowy czarterowej będącej przedmiotem interpretacji sądowej, ze wszystkimi wynikającymi z tego skutkami prawnymi.



Autor:
Marek Czernis



Autor:
Andrzej Czernis

Elektroniczna wymiana informacji o ładunkach, załodze i pasażerach

W dniach od 4 do 8 kwietnia 2016 r. odbyło się czterdzieste posiedzenie Komitetu do spraw ułatwień w obrocie morskim, jednostki działającej pod egidą Międzynarodowej Organizacji Morskiej. W trakcie obrad przyjęto poprawki do załącznika do Konwencji o ułatwieniu międzynarodowego obrotu morskiego, sporządzonej w Londynie dnia 9 kwietnia 1965 r. (*Convention on Facilitation of International Maritime Traffic*) [dalej: „Konwencja FAL”].

Głównym założeniem Konwencji FAL jest maksymalne ujednolicenie formalności i procedur, w tym standardów, zalecanych praktyk i wymagań, stosowanych przy zawinięciu, postoju i wypłynięciu statków z portów oraz dotyczących ładunków, załogi, pasażerów i bagaży znajdujących się na statkach. Powyższe założenie realizowane jest obecnie przez stosowanie spójnego systemu szablonów dokumentów wymaganych przy wyżej wymienionych zdarzeniach, takich jak m.in. zgłoszenia ładunku, zgłoszenia zasobów statku, listy pasażerów czy listy załogi. Szablony te, przynajmniej w założeniu, zawierają maksymalną ilość wymaganych informacji przy jednoczesnej minimalizacji ich objętości.

Nowelizacja, będąca przedmiotem niniejszej publikacji, dotyczy wprowadzenia obowiązkowych wymagań dla wymiany informacji o ładunkach, załodze i pasażerach odnośnie statków podlegających pod zastosowanie Konwencji FAL. Należy zwrócić uwagę na istotne zmiany uchwalone przez Komitet, mogą one bowiem prowadzić do swoistej rewolucji w obrocie dokumentami w procesie transportowym ładunku i pasażerów.

Jedną z głównych zmian wprowadzanych do Konwencji FAL, będzie ustanowienie nowych standardów dotyczących obowiązku wprowadzenia przez organy publiczne, systemu elektronicznej wymiany informacji. Przewiduje się, że przedmiotowe regulacje wejdą w życie z dniem 1 stycznia 2018 r. w drodze procedury milczącego przyjęcia („*tacit acceptance*”) przez kraje-strony Konwencji. Przewiduje się również 12-miesięczny okres przejściowy, podczas którego dozwolona będzie wymiana informacji zarówno w formie elektronicznej jak i papierowej.

Ponadto, Komitet wskazał, że przytoczone powyżej cele Konwencji FAL, mają być w przyszłości realizowane poprzez wprowadzenie mechanizmu tzw. „jednego okna” „*Maritime Single Window*”, czyli międzynarodowego systemu elektronicznego, którym przesyłane będą wszelkie informacje wymagane przez władze publiczne, dotyczące ładunków, osób, a także dotyczące zawinięcia, postoju i wypłynięcia statków z portów, przy czym nie będzie wymagane duplikowanie tych informacji w wersji papierowej. Na posiedzeniu Komitetu zauważono, iż większość państw-stron Konwencji FAL, posługuje się obecnie różnymi formami systemów wymiany informacji, jednak często nie są one ze sobą kompatybilne, a ponadto dotyczą z reguły jedynie informacji o ładunkach, nie obejmując jednocześnie w sposób kompleksowy całości procesu transportu morskiego.

Ogromne przedsięwzięcie jakim jest wprowadzenie mechanizmu „*Maritime Single Window*” zostało podzielone przez poprzedni Komitet (FAL 39) na trzy etapy. W pierwszej kolejności zbierano informacje o obecnym poziomie i sposobie wymiany informacji dotyczących osób i ładunków, przy odprawach portowych z różnych portów krajów rozwijających się. W drugim etapie, informacje na temat procedur dotyczących odpraw w portach i formalności im towarzyszących zbierano bezpośrednio od władz publicznych badanych krajów. Etap trzeci

polegać ma natomiast na opracowaniu, na podstawie informacji zabranych w poprzednich etapach, procedury „*Maritime Single Window*” i wdrożeniu jej w niektórych krajach.

Podczas obrad Komitetu wskazano, że większość badanych procedur w poszczególnych krajach już dziś spełnia ogólne wymagania procedury „*Maritime Single Window*”. Niemniej jednak, problemem pozostaje brak ujednolicenia procedur na poziomie międzynarodowym, tj. występują istotne rozbieżności pomiędzy ustawodawstwami poszczególnych krajów. Wyszczególnione zostały natomiast trzy najczęściej wykorzystywane rozszerzenia plików, tj. EDIFACT, XML oraz EXCEL. Wskazano jednak na potrzebę ujednolicenia również i tej materii. W tym celu wskazano na trzy możliwe rozwiązania, tj. wykorzystanie jednego z najczęściej używanych formatów, stworzenie zupełnie nowego lub wykorzystanie części poszczególnych typów.

Należy mieć na uwadze, że obecnie zakończono etapy pierwszy i drugi. Na chwilę obecną nie udało się jednak ustanowić jednolitej procedury „*Maritime Single Window*”, będzie więc ona przewodnim tematem prac następnego posiedzenia Komitetu (FAL 41). Ponadto, Komitet wyraził apel do państw-stron Konwencji FAL o „zgłaszanie się” celem wdrożenia w tych krajach prototypowej procedury „*Maritime Single Window*”, aby umożliwić jej doskonalenie w praktyce.

Jak wynika z powyższego, wciąż istnieje wiele zagadnień, które stoją przed branżą morską w przedmiocie zastąpienia tradycyjnych dokumentów ich elektroniczną wersją. Mimo przyjęcia już obecnie zmian do Konwencji FAL, których następstwem będzie ustanowienie nowych standardów dotyczących obowiązku wprowadzenia przez organy publiczne, systemu elektronicznej wymiany informacji, wciąż najistotniejszym zagadnieniem, jak również wyzwaniem, jakie stoi przed tą konwencją, jest wprowadzenie procedury „*Maritime Single Window*”. Następne posiedzenie Komitetu (FAL 41) odbędzie się w dn. 3 – 7 kwietnia 2017 r. i być może właśnie podczas tych obrad zapadną ostateczne decyzje odnośnie formy „*Maritime Single Window*”.



Autor:
Sebastian Kita



Autor:
Maciej Jaśkiewicz

Zmiany w prawie celnym - Unijny Kodeks Celny

Z dniem 1 maja 2016 r. wchodzi w życie Unijny Kodeks Celny, który zastąpi Wspólnotowy Kodeks Celny ustanowiony rozporządzeniem Rady Unii Europejskiej nr 2913/92 z dnia 12 października 1992 r. Za *ratio legis* przedmiotowej nowelizacji przepisów prawa celnego wskazuje się uproszczenie i przyśpieszenie operacji celnych, a także uszczelnienie całego systemu celnego Unii Europejskiej. Powyższe ma zostać zrealizowane poprzez informatyzację obrotu celnego w każdym kraju członkowskim Unii Europejskiej, przy czym, docelowo Unia Europejska dąży do całkowitego odejścia tym zakresie od dokumentów papierowych na rzecz infrastruktury elektronicznej opartej na specjalistycznych systemach informatycznych.

Unijny Kodeks Celny został przyjęty w dniu 9 października 2013 r. drogą Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady nr 952/2013. Uzupełniając, zastosowanie znajdują ponadto dwa akty prawne służące wykonaniu Unijnego Kodeksu Celnego, a które to zostały opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 29 grudnia 2015 r. Mowa tu mianowicie o Rozporządzeniu delegowanym Komisji Europejskiej 2015/2446 z dnia 28 lipca 2015 r. uzupełniającym Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 952/2013 w odniesieniu do szczegółowych zasad dotyczących niektórych przepisów Unijnego Kodeksu Celnego oraz o Rozporządzeniu wykonawczym Komisji Europejskiej 2015/2447 z dnia 24 listopada 2015 r. ustanawiającym szczegółowe zasady wykonania niektórych przepisów rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady nr 952/2013.

W artykule zostały wstępnie omówione najistotniejsze zmiany w unijnym prawie celnym dokonane uchwaleniem wspomnianego już Unijnego Kodeksu Celnego i jego przepisów wykonawczych.

Okres przejściowy

Docelowo wymiana informacji w obrocie celnym, odbywać się będzie w formie elektronicznej. Mając na uwadze zakres środków potrzebnych do wdrożenia niezbędnej ku temu infrastruktury, prawodawca unijny przewidział okres przejściowy do czasu uruchomienia lub dostosowania odpowiednich systemów informatycznych do wymagań przewidzianych normami unijnymi. I tak, zgodnie z art. 278 Unijnego Kodeksu Celnego, środki wymiany i przechowywania informacji inne niż techniki elektronicznego przetwarzania danych można wykorzystywać przejściowo, najpóźniej do dnia 31 grudnia 2020 r., w sytuacji gdy nie zostały jeszcze wdrożone systemy teleinformatyczne niezbędne do stosowania przepisów Unijnego Kodeksu Celnego.

Ponadto, przepisy przejściowe dotyczące omawianej materii zostały określone w Rozporządzeniu Delegowanym Komisji (UE) 2016/341 z dnia 17 grudnia 2015 r. uzupełniającym rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 952/2013 w odniesieniu do przepisów przejściowych dotyczących niektórych przepisów Unijnego Kodeksu Celnego w okresie, gdy nie działają jeszcze odpowiednie systemy teleinformatyczne, i zmieniające rozporządzenie delegowane (UE) 2015/2446 (tzw. Przejściowe Rozporządzenie Delegowane). Postanowienia Przejściowego Rozporządzenia Delegowanego wskazują, które to przepisy przywołanych we wstępie niniejszego artykułu rozporządzeń będą stosowane od dnia 1 maja 2016 r., a stosowanie którego z nich i w jakim zakresie zostanie zawieszone. Zawieszenie stosowania tychże przepisów oznaczać będzie możliwość odpowiedniego stosowania w dalszym ciągu przepisów Wspólnotowego Kodeksu Celnego i ustanowionych do niego przepisów wykonawczych.

W kontekście omawianego zagadnienia wskazać należy, iż, co do zasady, możliwe będzie korzystanie z dotychczasowych pozwoleń w zakresie procedur celnych po dniu 1 maja 2016 r. Co istotne, pozwolenia dotyczące likwidowanych instytucji będą niejako automatycznie traktowane jako pozwolenia na stosowanie zbliżonych, zastępujących je nowych procedur. Dla przykładu, pozwolenie na przetwarzanie pod kontrolą celną będzie umożliwiało obejmowanie towarów procedurą uszlachetniania czynnego w systemie zawiesznień.

Wskazać należy, iż organy celne będą obowiązane prowadzić systematyczną weryfikację dotychczasowych pozwoleń wydanych na czas nieokreślony, cofać je i wydawać pozwolenia zgodne z nowymi regulacjami, o ile zostaną spełnione kryteria uwzględnione w nowych przepisach. Podobnie, składane wnioski o zmianę pozwoleń wydanych przed dniem 1 maja 2016 r. będą weryfikowane pod kątem spełnienia kryteriów przewidzianych na gruncie nowego reżimu prawnego. Dotychczasowe pozwolenia wydane na czas określony pozostaną zaś w mocy do upływu terminu na który zostały wydane, nie dłużej jednak niż do dnia 1 maja 2019 r., przy czym przewidziano szereg wyjątków w tym zakresie.

Zmiany procedur celnych

W związku z wejściem w życie Unijnego Kodeksu Celnego, funkcjonowanie procedur celnych ulegnie istotnym zmianom. Przede wszystkim, przedmiotowa materia będzie uregulowana w przeważającym zakresie w Unijnym Kodeksie Celnym, a nie jak dotychczas w przepisach krajowych. Modyfikacji ulegnie również systematyka procedur uproszczonych. Z dotychczasowych trzech procedur pozostaną dwie – procedura wpisu do rejestru oraz procedura zgłoszenia uproszczonego, przy czym wskazuje się, iż druga z przywołanych obejmować będzie dotychczasowe zgłoszenia uproszczone oraz zgłoszenie niekompletna. Zniesiony zostanie ponadto aktualnie obowiązujący podział na przeznaczenia i procedury celne poprzez likwidację instytucji przeznaczeń celnych.

Unijny Kodeks Celny wprowadził nową, szerszą od dotychczasowej, definicję decyzji celnej, będzie to mianowicie każdy akt wydany przez organy celne odnoszący się do przepisów prawa celnego zawierający orzeczenie w konkretnej sprawie, który pociąga za sobą skutki prawne dla zainteresowanej osoby lub zainteresowanych osób. Prawodawca unijny określił podstawowy termin na przeprowadzenie postępowania zainicjowanego wnioskiem jako 120 dni, przy czym przewidziany został szereg przypadków, w których przedmiotowe postępowanie będzie mogło zostać przeprowadzone w krótszym lub dłuższym okresie czasu. Co istotne, przed wydaniem decyzji negatywnej organ celny, co do zasady, będzie miał obowiązek poinformować wnioskodawcę o motywach projektowanego negatywnego rozstrzygnięcia i umożliwić ustosunkowanie się podmiotowi zainteresowanemu.

Za istotne uznać należy również nowe przepisy Unijnego Kodeksu Celnego dotyczące ustalania wartości celnej, w skład której, oprócz wartości transakcyjnej, tj. ceny faktycznie zapłaconej lub należnej za towary, wchodzi również inne kwoty, w szczególności koszty transportu i ubezpieczenia. Unijny Kodeks Celny znacznie zwiększył zakres wspomnianych dodatkowych kosztów wliczanych do kwoty wartości celnej, co skutkować będzie wyższą podstawą naliczanego cła. Również ważnym jest, iż kurs wymiany walut stosowany dla celów ustalania wartości celnej będzie obowiązywał przez cały miesiąc, niezależnie od kursów walut. Podkreślić przy tym należy, iż Unijny Kodeks Celny nie przewiduje już możliwości deklarowania wartości celnej na podstawie sprzedaży mającej miejsce przed ostatnią sprzedażą w celu wprowadzenia towarów na terytorium Unii Europejskiej (tzw. pierwsza dostawa eksportowa), jednakże pozostawiono możliwość zastosowania starej metody wyliczania wartości celnej do umów zawartych przed 18 stycznia 2016 r.

Zmiany unijnego prawa celnego będą odczuwalne w dużej mierze również dla posiadaczy Wiążącej Informacji Taryfowej (WIT), tj. dokumentu potwierdzającego klasyfikację towarów dla potrzeb celnych poprzez określenie właściwego kodu taryfy celnej dla określonego towaru. I tak, uprawnienia wynikające z WIT będzie trwały krócej – 3 lata, a nie 6 jak dotychczas. Ponadto WIT będą wiążące dla organu celnego i dla przedsiębiorcy. Oznacza to, że nie będzie można stosować kodu celnego innego niż wskazany na WIT, przy czym w świetle obecnie obowiązujących przepisów, taka dowolność jest dopuszczalna.

Prawodawca unijny przewidział również ujednolicenie i upowszechnienie procedur stosowania zabezpieczeń celnych. W tym kontekście wskazać należy, iż korzystanie ze specjalnych procedur celnych wymagać będzie złożenia odpowiedniego zabezpieczenia. Obowiązkowe zabezpieczenie będzie wymagane ponadto dla prowadzenia składu celnego oraz magazynu czasowego składowania. Co istotne, podmioty spełniające określone w Unijnym Kodeksie Celnym warunki będą mogły wnioskować o obniżenie wysokości zabezpieczenia dla długów celnych, które mogą powstać, ale jeszcze nie powstały, do 50%, 30% a nawet 0% kwoty referencyjnej.

Status AEO

Wskazuje się, iż zmiany, które wejdą w życie od maja 2016 roku w najmniej dotkliwym stopniu wpłyną na przedsiębiorców, którzy dotychczas uzyskali status upoważnionego przedsiębiorcy AEO (Authorised Economic Operator). Na chwilę obecną, status AEO posiadają przedsiębiorstwa, które dostosowały swoje procedury celne do wymogów przewidzianych w Rozporządzeniu Komisji Europejskiej nr 1875/2006 z dnia 18 grudnia 2006r. zmieniającego rozporządzenie Komisji nr 2454/93 ustanawiające przepisy w celu wykonania Wspólnotowego Kodeksu Celnego, zostały pozytywnie zweryfikowane przez właściwy urząd celny oraz otrzymały stosowny certyfikat upoważnionego przedsiębiorcy AEO. Co istotne, status AEO jest uznawany także w wielu krajach poza Unią Europejską, np. w Stanach Zjednoczonych.

Po wejściu w życie nowych przepisów, podmioty tytułujące się przedmiotowym statusem AEO będą mogły do korzystać z szeregu nowych udogodnień. Dla przykładu, wysokość składanego przez nie zabezpieczenia celnego będzie obniżona w stosunku do standardowej, w niektórych przypadkach nawet do zera. Ponadto, przedsiębiorca posiadający status AEO będzie uprawniony do korzystania z samoobsługi celnej oraz z odprawy w jednym urzędzie celnym. Wskazać należy również, iż pomimo, że korzystanie z części ułatwień przewidzianych w Unijnym Kodeksie Celnym nie będzie wymagało formalnie posiadania statusu AEO, to podmioty zainteresowane w tym zakresie zobligowane będą do spełnienia większości kryteriów wymaganych do jego uzyskania. Niewątpliwie zatem, w świetle nowych przepisów, posiadanie statusu AEO znacznie ułatwi przechodzenie przez skomplikowane procedury celne.

Uczulić jednakże należy, iż przedsiębiorstwa, które obecnie posiadają status AEO, po wejściu w życie zmian w prawie celnym, będą również podlegały obowiązkowej kontroli pod kątem nowo - przewidzianych kryteriów, w szczególności w zakresie weryfikacji kompetencji i uprawnień osób odpowiadających w tychże przedsiębiorstwach za operacje celne. Oznacza to, że AEO będzie dużym ułatwieniem, jednak trzeba będzie liczyć się z możliwością wystąpienia uciążliwych kontroli.

Podsumowanie

Wydaje się, iż nowy system prawa celnego oparty na trzech, a nie jak dotąd na dwóch, podstawowych aktach prawnych niestety nie spowoduje, że prawo celne będzie bardziej przejrzyste i przyjazne dla przedsiębiorców.

Sytuacji nie ułatwią ponadto skomplikowane procedury wynikające z reżimu prawnego okresu przejściowego, w trakcie którego kraje członkowskie zobligowane będą dostosowywać swoją dotychczasową infrastrukturę celną do wymogów Unijnego Kodeksu Celnego. Dopiero wdrożenie wszystkich przewidzianych systemów informatycznych powinno umożliwić sprawne zastosowanie poszczególnych instytucji, mających łącznie funkcjonować jako nowoczesny, sprawnie działający unijny system celny.



Autor:
Piotr Gajlewicz



Autor:
Piotr Lorenc

„PANAMA PAPERS” a kwestie prawne

Opublikowane 3 kwietnia 2016 roku pierwsze raporty „Międzynarodowego Konsorcjum Dziennikarzy Śledczych” (ICIJ), dotyczące tzw. „Panama Papers”, czyli zbioru 11,5 mln poufnych dokumentów panamskiej kancelarii Mossack Fonseca, obejmującego dane ponad 200.000 podmiotów, wykorzystywanych w mniejszym lub większym stopniu do ukrywania dochodów czy majątków, uchylania się od opodatkowania, czy też „prania pieniędzy”, zainteresowały opinię publiczną głównie za sprawą nazwisk znanych ludzi u władzy (jak np. David Cameron, czy Władimir Putin) pojawiających się w dokumentach. Zagadnienie to wzbudza jednak również zainteresowanie z uwagi na aspekty prawno-podatkowe.

Raj podatkowy

Na wstępie należy zauważyć, że Republika Panamy została wymieniona w dwóch bliźniaczych rozporządzeniach ministra finansów z dnia 23 kwietnia 2015 r. w sprawie określenia krajów i terytoriów stosujących szkodliwą konkurencję podatkową w zakresie (i) podatku dochodowego od osób prawnych, (ii) podatku dochodowego od osób fizycznych, zawierających tzw. „listy rajów podatkowych”. Kraje i terytoria cechuje brak podatków dochodowych lub wyjątkowo niskie stawki tych podatków. Obecność danego państwa na „listach rajów podatkowych” oznacza, że z uwagi na prowadzenie przez nie „szkodliwej konkurencji podatkowej” podmioty ulokowane w tym państwie polski fiskus traktuje bardziej restrykcyjnie, niż inne podmioty krajowe czy zagraniczne. I tak, przede wszystkim:

1. w przypadku dokonywania transakcji, w związku z którymi zapłata należności wynikających z takich transakcji dokonywana jest bezpośrednio lub pośrednio na rzecz podmiotu, którego miejsce zamieszkania, siedziba lub zarząd znajduje się w „raju podatkowym”, powstaje obowiązek sporządzenia dokumentacji cen transferowych (art. 9a ustawy o CIT). Do zaktualizowania się tego obowiązku nie jest wymagane występowanie powiązania między podmiotem polskim a ulokowanym w „raju podatkowym”. Niższy jest także próg, którego przekroczenie aktualizuje powyższy obowiązek (równowartość 20.000 euro, podczas gdy w przypadku podmiotów powiązanych jest to 100.000, 30.000 lub 50.000 euro w zależności od przypadku);
2. zagraniczna spółka mająca siedzibę lub zarząd w „raju podatkowym” jest, zgodnie z art. 24a ust. 3 pkt 1 ustawy o CIT oraz art. 30f ust. 3 pkt 1 ustawy o PIT, uznawana za zagraniczną spółkę kontrolowaną (i tym samym jej dochód podlega opodatkowaniu „CFC”). Wystarczy, że podatnik posiada udział w jej kapitale, prawo głosu w organach kontrolnych lub stanowiących lub prawo do uczestnictwa w zysku w jakimkolwiek stopniu, tj. do uznania owej spółki za zagraniczną spółkę kontrolowaną nie jest wymagane spełnienie dodatkowych kryteriów udziałowych, przewidzianych dla podmiotów ulokowanych w innych państwach.

Warto również wskazać, że w przypadku osób fizycznych uzyskujących dochody w „rajach podatkowych”, nie mogą one skorzystać z dobrodziejstwa tzw. „ulgi abolicyjnej”, przewidzianej w art. 27g ustawy o PIT, a co za tym idzie dochody uzyskane w Republice Panamy przez osoby fizyczne będące polskimi rezydentami podatkowymi, podlegają opodatkowaniu w Polsce i w przypadku braku zapłaty podatku w Republice Panamy, należy liczyć się z obowiązkiem zapłaty podatku w Polsce w pełnej, ustawowej wysokości.

Panama a Polska

Warto tu przypomnieć, iż 9 listopada 2015 r. Ambasada Republiki Panamy w Warszawie przekazała Ministerstwu Spraw Zagranicznych RP komunikat Rządu Republiki Panamy, objaśniający zasady wymiany informacji w materii fiskalnej pomiędzy Polską a Panamą.

W komunikacie poinformowano, że Panama ogłosiła swoje zobowiązanie do wdrożenia mechanizmu automatycznej wymiany informacji w sprawach finansowych począwszy od 2018 roku, opierającego się na zasadach dwustronności, wzajemności i warunkowości, w celu zapewnienia ochrony poufności. Wdrażanie mechanizmu automatycznej wymiany informacji ma nastąpić według własnego sposobu, inspirowanego głównie modelem IGA 1A, znanym z amerykańskich regulacji FATCA, przejmując standardowe elementy automatycznej wymiany informacji opracowanej przez OECD, które uznane zostaną za stosowne.

Komunikat Ambasady Republiki Panamy proroczo wskazywał, że Panama aktywnie uczestniczy w międzynarodowych działaniach, mających na celu wdrożenie powszechnej automatycznej wymiany informacji w sprawach finansowych, nie kryjąc jednak, że środek ten nie może być używany jako obniżający konkurencyjność kraju na rzecz innych centrów finansowych. Oznacza to więc, że Panama w celu zachowania konkurencyjnej pozycji wśród popularnych wciąż jurysdykcji z Ameryki Łacińskiej i basenu Morza Karaibskiego, nie zastosuje bardziej restrykcyjnych reżimów niż inne kraje regionu. Ciężko jest jednak przewidywać, jak obecna sytuacja wpłynie na politykę panamskiego rządu.

Przed wszystkim poufność

Mimo restrykcyjnych regulacji wobec podmiotów ulokowanych w krajach i terytoriach stosujących szkodliwą konkurencję podatkową, oraz uzyskiwanych w nich dochodów, państwa takie jak Republika Panamy wciąż stanowią popularną jurysdykcję jeśli chodzi o lokowanie majątków, a to ze względu na wysokie jak dotąd standardy poufności oraz stosowanie struktur powierniczych. Powyższe powoduje, że niezwykle trudne, czy wręcz niemożliwe dla osoby trzeciej jest zdobycie informacji na temat tego, kto jest rzeczywistym beneficjentem danego podmiotu i kto czerpie lub będzie czerpał z niego zyski.

W czasach, w których po wielkim kryzysie ekonomicznym, państwa całego świata, zrzeszone w OECD, G20 czy Unii Europejskiej sięgają po wszelkie instrumenty, mające na celu zapewnienie przejrzystości, oraz wyeliminowanie uchylania się od opodatkowania, poprzez zapewnienie, że podatki będą płacone tam gdzie rzeczywiście powstają dochody, na mapie wciąż można znaleźć państwa, które międzynarodowej współpracy unikają. W raporcie przygotowanym na spotkanie ministrów finansów grupy G20 w Szanghaju w dniach 26-27 lutego 2016 r., Sekretarz Generalny OECD wskazał, że Panama wycofała się z wcześniejszego zobowiązania do stosowania Common Reporting Standard (CRS), którego celem jest wprowadzenie skutecznego systemu automatycznej wymiany informacji finansowych między państwami. Zgodnie z poprzednimi zapowiedziami, Panama była w grupie państw, które zobowiązały się zacząć wymieniać informacje finansowe z innymi państwami od 2018 r. Obecnie znajduje się, razem z Bahrajnem, Nauru i Vanuatu wśród tych jurysdykcji, których udział w systemie wymiany informacji jest niepewny.

Brak współpracy Panamy w zakresie wymiany informacji finansowych w praktyce niweczy restrykcyjne postanowienia przepisów podatkowych, o których mowa powyżej, chociaż jak wiemy z listopadowego wystąpienia Ambasady Republiki Panamy nie będzie to rozwiązanie trwałe.

Co dalej?

ICIJ zapowiada ujawnienie danych wszystkich podmiotów znajdujących się w zdobytej dokumentacji w maju 2016 r. Działanie takie można uznać za ryzykowne. Należy bowiem zauważyć, że wszelkie informacje połączone z hasłem „Panama Papers” w opinii publicznej odbierane będą raczej negatywnie. Nie jest jednak wykluczone, że wśród tych podmiotów znajdują się również takie, które nie były wykorzystywane w niezgodnych z prawem celach. Ujawnienie danych osób związanych z takimi podmiotami niewątpliwie może wywołać lawinę pozwów w związku z naruszeniem dóbr osobistych.

Nie wnikając jednak głębiej w problematykę zasadności ujawniania wszystkich wykrytych danych oraz legalności takiego działania w ogóle, należy zauważyć, że zdobycie przez organy podatkowe wielu państw świata informacji na temat ich rezydentów podatkowych ukrywających dochody i majątki w Panamie doprowadzi najprawdopodobniej do wszczęcia wielu postępowań podatkowych jak i karnych względem „zdemaskowanych” osób.

Należy również spodziewać się wzmożonego działania społeczności międzynarodowej skierowanego przeciwko uchylaniu się od opodatkowania, w szczególności intensywnego zaangażowania państw, w tym Polski, w implementację założeń projektu Base Erosion and Profit Shifting stworzonego przez OECD we współpracy z państwami grupy G20.



Autor:
Aleksander Błahy



Autor:
Paweł Bilicki

Konwencja AGN - standardy żeglugi śródlądowej w Europie

W ostatnim czasie coraz częściej mówi się o szerokiej modernizacji stanu polskiej żeglugi śródlądowej. Niestety, jak wskazują analizy przygotowane przez ONZ, drogi wodne na terenie Polski, z wyjątkiem krótkich odcinków na dolnej Odrze i dolnej Wiśle, nie spełniają minimalnych międzynarodowych warunków żeglowności (IV klasa żeglowności). W tym kontekście nie sposób nie przywołać opracowanego właśnie przez Organizację Narodów Zjednoczonych Europejskiego Porozumienia w Sprawie Głównych Śródlądowych Dróg Wodnych o Międzynarodowym Znaczeniu (ang. *European Agreement on Main Inland Waterways of International Importance*) skrótowo określanego również jako Konwencja AGN.

Dokument ten tworzy ramy prawne ułatwiające koordynację planów rozwoju i inwestycji dotyczących żeglugi śródlądowej o znaczeniu międzynarodowym. Wszystko po to, by transport drogami wodnymi śródlądowymi w Europie był jeszcze bardziej efektywny i atrakcyjny zarówno dla użytkowników jak i operatorów. Warto wspomnieć, iż AGN określa parametry techniczne, jakie powinny spełnić międzynarodowe wodne szlaki śródlądowe.

Główne cele Konwencji

Konwencja AGN ustala priorytetowe przedsięwzięcia inwestycyjne, które przy uwzględnieniu wymagań nowoczesnych technologii przewozów drogami wodnymi, prowadzić mają do:

- a. likwidacji tzw. „wąskich gardeł” czyli tych elementów dróg „E” (tu: oznaczenie sieci europejskiego systemu dróg wodnych w ramach transeuropejskiej sieci transportowej), których parametry nie odpowiadają obecnym wymaganiom dróg wodnych międzynarodowego znaczenia, tzn. posiadają klasę niższą niż IV (tzw. „podstawowe wąskie gardła”) lub mimo, iż odpowiadają wymaganiom klasy IV powinny być modernizowane w celu poprawy ich jakości i umożliwienia wzrostu wolumenu przewozów (tzw. „strategiczne wąskie gardła”);
- b. likwidacji brakujących ogniw, polegającej na powstawaniu dróg obecnie nieistniejących, ale stanowiących element przyszłej sieci dróg wodnych o międzynarodowym znaczeniu.

Konwencja AGN a Polska

W stosunku do polskich dróg wodnych zalecenia wynikające z porozumienia AGN kwalifikują jako:

- a. strategiczne wąskie gardło:
 - rzekę Odrę (na odcinku od Widuchowej do Szczecina);
- b. podstawowe wąskie gardła:
 - rzekę Odrę (na odcinku od Koźła do Widuchowej oraz Kanał Gliwicki);
 - rzekę Wisłę (na odcinku od Warszawy do Płocka i od Włocławka do Gdańska);
 - rzekę Bug (na odcinku od Brześcia do jeziora Zegrzyńskiego);
 - kanał Żerański (od jeziora Zegrzyńskiego do Wisły);
 - brakujące połączenia (kanał Odra-Dunaj-Łaba).

Zakres terytorialny

Sieć dróg wodnych ujętych w porozumieniu AGN obejmuje swoim zasięgiem obszar od Atlantyku po Ural, łącząc tym samym 27 krajów Europejskich w tym Polskę, przez którą prowadzą trzy spośród szlaków żeglugowych znajdujących się w wykazie standardów i parametrów sieci dróg wodnych międzynarodowego znaczenia zawartych w „Niebieskiej Księdze” wydanej na podstawie porozumienia AGN:

1. E30 (łączący Morze Bałtyckie z Dunajem w Bratysławie, obejmując na terenie Polski Odrę od Świnoujścia do granicy z Czechami);
2. E40 (łączący Morze Bałtyckie w Gdańsku z Dnieprem w rejonie Czarnobyla i dalej z Morzem Czarnym, obejmując na terenie Polski Wisłę od Gdańska do Warszawy, Narew oraz Bug do Brześcia);
3. E70 (łączący Holandię z Rosją i Litwą, a na terenie Polski obejmujący Odrę od ujścia Kanału Odra-Hawela do ujścia Warty w Kostrzynie, drogę wodną Wisła-Odra oraz od Bydgoszczy dolną Wisłę i Szkarpawę lub Wisłę Gdańską).

Wśród sygnatariuszy Konwencji AGN znajduje się ponad dwadzieścia europejskich państw. Są to m.in. Francja, Holandia, Niemcy, Czechy czy też Węgry. W tym gronie nie jest obecna Polska, niemniej w ostatnim czasie coraz częściej podkreśla się potrzebę przyjęcia Konwencji przez RP. Miałoby to znacząco wpłynąć na poprawę stanu polskich dróg wodnych oraz pobudzić gospodarkę w tym segmencie.



Autor:
Piotr Jędrusiak



Autor:
Szymon Romanowicz

Nowe prawo restrukturyzacyjne – sposób na ratowanie przedsiębiorstwa

W dniu 1 stycznia 2016 r. do polskiego porządku prawnego weszła w życie ustawa z dnia 15 maja 2015 r. Prawo restrukturyzacyjne. Nowe przepisy zniosły dotychczas obowiązujące postępowanie naprawcze zastępując je szeregiem alternatywnych procedur mających na celu ratowanie upadającego przedsiębiorstwa. Głównym celem postępowania restrukturyzacyjnego jest bowiem uniknięcie likwidacji przedsiębiorstwa znajdującego się w tarapatkach finansowych oraz umożliwienie mu podjęcia działań naprawczych. Jedną z kluczowych zasad przyświecających powyższemu celowi jest zasada pierwszeństwa postępowania restrukturyzacyjnego przed postępowaniem upadłościowym.

Niewypłacalność podmiotu gospodarczego

Punktem wyjścia dla możliwości zastosowania przepisów zarówno postępowania upadłościowego, jak i postępowania restrukturyzacyjnego jest osiągnięcie przez dany podmiot gospodarczy stanu niewypłacalności lub też zbliżenie się do tego stanu. W ramach postępowania upadłościowego podstawową zasadą jest, iż upadłość ogłasza się wyłącznie w stosunku do dłużnika, który stał się niewypłacalny. Zgodnie z nowym brzmieniem ustawy, niewypłacalność oznacza utratę zdolności do wykonywania swoich wymagalnych zobowiązań pieniężnych, przy czym domniemywa się, że dłużnik utracił powyższą zdolność, jeżeli opóźnienie w wykonaniu zobowiązań pieniężnych przekracza 3 miesiące. Nadto, osoba prawna lub jednostka organizacyjna bez osobowości prawnej, której przepisy prawa przyznają zdolność prawną, jest niewypłacalna również wówczas, gdy jej zobowiązania pieniężne przekraczają wartość majątku, a stan ten utrzymuje się przez okres przekraczający 24 miesiące. Przesłanka ta nie dotyczy jednak spółek osobowych, w których co najmniej jednym współnikiem odpowiadającym za zobowiązania spółki bez ograniczeń całym swoim majątkiem jest osoba fizyczna.

Należy przy tym zauważyć, iż nowy stan prawny w istotnym zakresie liberalizuje i doprecyzowuje przesłanki niewypłacalności dłużnika. Przed 1 stycznia 2016 r. z niewypłacalnością danego podmiotu mieliśmy do czynienia, gdy dłużnik nie wykonywał przeważającej części swoich zobowiązań bez określenia terminu ich niewykonywania lub też od dnia, w którym zobowiązania przekroczyły wartość majątku dłużnika. Aktualnie, przedsiębiorstwo w kryzysie finansowym w późniejszym momencie osiąga stan niewypłacalności, co wiąże się z zawężeniem uprawnienia wierzycieli do skutecznego kierowania wniosku o ogłoszenie upadłości dłużnika nieregulującego na bieżąco swoich zobowiązań.

Przesłanki wszczęcia postępowania restrukturyzacyjnego

Ustawa Prawo restrukturyzacyjne stanowi, iż postępowanie restrukturyzacyjne może być prowadzone wobec dłużnika niewypłacalnego lub zagrożonego niewypłacalnością. W zakresie pojęcia niewypłacalności ustawa odwołuje się do przepisów ustawy Prawo upadłościowe, natomiast przez dłużnika zagrożonego niewypłacalnością należy rozumieć dłużnika, którego sytuacja ekonomiczna wskazuje, że w niedługim czasie stanie się on niewypłacalny.

Z powyższych definicji wynika, iż o ile ustawodawca dość jednoznacznie określił przesłanki niewypłacalności jako podstawy do ogłoszenia upadłości, o tyle pozostawił dość dużą swobodę w zakresie określenia podstawy do zgłoszenia wniosku restrukturyzacyjnego. Nie wskazał on zobiektywizowanych przesłanek, które jednoznacznie dowodziłyby zagrożenia stanem niewypłacalności. Oceny tego, czy dany podmiot ma podstawy do wszczęcia procedury

restrukturyzacyjnej należy dokonywać w oparciu o okoliczności faktyczne konkretnej sprawy. Powyższe zagrożenie może bowiem wynikać zarówno z oczywistego faktu nieregulowania wymagalnych zobowiązań przez okres krótszy aniżeli wynikałoby to z definicji niewypłacalności tj. poniżej 3 miesięcy, ale może także wiązać się np. z ogólną, złą sytuacją na danym rynku, mimo iż dłużnik dotychczas był w stanie regulować swoje zobowiązania.

Należy jednak pamiętać również o tym, iż pomimo znacznej swobody w ocenie podstaw do otwarcia postępowania restrukturyzacyjnego, Sąd odmówi otwarcia postępowania restrukturyzacyjnego zawsze, jeżeli spowodowałoby ono pokrzywdzenie wierzycieli. Nadto, w przypadku postępowania układowego i sanacyjnego niezbędne jest również posiadanie przez restrukturyzowanego środków pozwalających na przeprowadzenie postępowania, jak również regulowanie zobowiązań powstałych po jego wszczęciu.

Zbieg postępowania upadłościowego i restrukturyzacyjnego

Z przytoczonej powyżej analizy przesłanek dla zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości lub wniosku restrukturyzacyjnego nie trudno dostrzec, iż zakres przytoczonych przesłanek częściowo się pokrywa. Mianowicie, w przypadku zaistnienia stanu niewypłacalności dłużnika przepisy prawa przewidują możliwość zarówno ogłoszenia upadłości, jak i otwarcia postępowania restrukturyzacyjnego. Kwestią fundamentalną dla skuteczności rozwiązań przewidzianych przez Prawo restrukturyzacyjne jest sposób rozstrzygnięcia powyższego konfliktu.

Jak zostało wskazane na wstępie, celem ustanowienia omawianych regulacji było położenie przez ustawodawcę nacisku na możliwość reorganizacji i modernizacji zadłużonych przedsiębiorstw w miejsce ich likwidacji. Z tego względu niejako naturalnym jest przyznanie pierwszeństwa wnioskowi restrukturyzacyjnemu przed wnioskiem o ogłoszenie upadłości. Generalną zasadą jest zatem, iż w przypadku złożenia wniosku restrukturyzacyjnego oraz wniosku o ogłoszenie upadłości, w pierwszej kolejności sąd rozpoznaje wniosek restrukturyzacyjny. Sąd upadłościowy wstrzymuje rozpoznanie wniosku o ogłoszenie upadłości aż do uprawnomocnienia postanowienia o otwarciu postępowania restrukturyzacyjnego. W dalszym ciągu sąd upadłościowy jest jednak uprawniony do zabezpieczenia majątku dłużnika. W przypadku pozytywnego rozpoznania wniosku restrukturyzacyjnego aż do zakończenia lub umorzenia postępowania nie jest dopuszczalne ogłoszenie upadłości przedsiębiorcy.

Zasada pierwszeństwa wniosku restrukturyzacyjnego może być jednak przełamana w dwóch przypadkach. Pierwszym z nich jest sytuacja, w której sąd upadłościowy stwierdzi, iż wstrzymanie rozpoznania wniosku o ogłoszenie upadłości sprzeciwia się interesowi ogółu wierzycieli. Wówczas sąd upadłościowy przejmuje oba wnioski do wspólnego rozpoznania i rozstrzyga je wspólnie.

Drugim przypadkiem przełamania omawianej zasady jest natomiast sytuacja, w której sąd upadłościowy jest uprawniony do samodzielnego rozstrzygnięcia bezpośrednio o wniosku o ogłoszenie upadłości. Uprawnienie takie przysługuje sądowi upadłościowemu, jeżeli łącznie spełnione są następujące przesłanki: przejęcie wniosku restrukturyzacyjnego do wspólnego rozpoznania spowodowałoby znaczne opóźnienie w wydaniu orzeczenia skutkowałoby to szkodą wierzycieli oraz podstawy restrukturyzacji zawarte we wniosku restrukturyzacyjnym są sądowi znane.

Obowiązek rozpoznania w pierwszej kolejności wniosku restrukturyzacyjnego wygasa w chwili, gdy sąd upadłościowy wyda postanowienie o ogłoszeniu upadłości dłużnika. Jeżeli zatem wniosek restrukturyzacyjny wpłynie po ogłoszeniu upadłości, wówczas sąd restrukturyzacyjny

wstrzymuje jego rozpoznanie do czasu uprawomocnienia się postanowienia. W przypadku uprawomocnienia postanowienia o ogłoszeniu upadłości, sąd restrukturyzacyjny odmawia otwarcia postępowania upadłościowego. Jeżeli jednak z jakichkolwiek powodów postanowienie o ogłoszeniu upadłości nie uprawomocni się, wniosek restrukturyzacyjny będzie podlegał rozpoznaniu na zasadach ogólnych.

Podsumowanie

Należy podkreślić, iż nowe przepisy Prawa restrukturyzacyjnego dają dłużnikowi niezwykle istotny instrument pozwalający na skuteczne przeciwdziałanie upadłości przedsiębiorstwa. W uprzednio obowiązującym stanie prawnym niewypłacalny dłużnik często był skazany na likwidację i wyprzedaż majątku po nierynkowych cenach, co zazwyczaj skutkowało również niezaspokojeniem wierzycieli. Aktualnie, ustawodawca proponuje dłużnikowi alternatywne rozwiązanie pozwalające na przywrócenie przedsiębiorstwa do stanu wypłacalności, spłatę długów oraz, w dalszej perspektywie, kontynuację funkcjonowania na rynku. Zasada pierwszeństwa postępowania restrukturyzacyjnego daje niewypłacalnemu przedsiębiorcy prerogatywę do samodzielnego rozwiązania problemów finansowych poprzez reorganizację i modernizację swojej działalności przy wykorzystaniu narzędzi proponowanych przez nowe przepisy. Jeżeli zaproponowane regulacje okażą się skuteczne a prowadzone w nowej formule restrukturyzacji przedsiębiorstw efektywne, z pewnością odbędzie się to z korzyścią dla wszystkich uczestników gospodarki – w takim samym stopniu dłużników, jak i ich wierzycieli.



Autor:
Marcin Kaszyński

Przerywanie terminów przedawnienia roszczeń – zawzywający śpią (nieco) spokojniej

Rok 2016 przyniósł ważne dla obrotu gospodarczego orzeczenie dotyczące instytucji tzw. zawezwania do próby ugodowej.

Kierowany do sądu powszechnego wniosek o zawezwanie do próby ugodowej jest wygodną instytucją, szczególnie dla przedsiębiorców pozostających w sporach z dłużnikami. Wniosek skutkuje wyznaczeniem posiedzenia pojednawczego, na którym strony przed sądem, jeszcze bez uruchamiania procesu, mogą wypowiedzieć się co do tego, czy widzą możliwość polubownego zakończenia sporu. Ugoda zawarta w wyniku takiego posiedzenia jest tzw. tytułem egzekucyjnym i po zaopatrzeniu w klauzulę wykonalności pozwala na skierowanie sprawy bezpośrednio do egzekucji.

W praktyce zawezwanie do ugody pozwala, między innymi, dowiedzieć się, na ile możliwe jest uniknięcie procesu, a niejako dodatkowo i przy okazji - **skutkuje przerwaniem biegu przedawnienia roszczenia o spełnienie świadczenia**. I to właśnie ten na pozór dodatkowy element okazał się głównym powodem popularności, jaką zyskały sobie w ostatnich latach posiedzenia pojednawcze.

Kontrowersje w orzecznictwie i doktrynie budziło natomiast wielokrotne **zawzywanie do próby ugodowej**. Pojawiały się głosy, że takie działanie ma charakter nadużycia prawa i nie powinno być uznawane za skutecznie prowadzące do przerywania biegu przedawnienia. Spór o skutki „n-tego z kolei” zawezwania nie wynikał wprost z brzmienia któregośkolwiek z przepisów prawa, a był raczej rezultatem zbiegu dwóch okoliczności: (i) z jednej strony - kreatywnego podejścia „zawzywanych” dłużników, którzy po tym, jak zostali już pozwani, zmierzali do wygrania sporu sądowego opierając się na łatwym do podniesienia zarzucie przedawnienia; (ii) z drugiej strony natomiast - sprzyjającemu tej kreatywnej argumentacji obciążeniu wymiaru sprawiedliwości, wyrażającemu się niejednokrotnie w zniecierpliwieniu niektórych sędziów wobec wierzycieli i ich pełnomocników, spowodowane koniecznością wyznaczania posiedzeń w sytuacji, w której szanse do zawarcia ugody były bliskie zeru (w praktyce na większość posiedzeń strony stawiały się tylko po to, żeby oświadczyć, że ugoda jest wykluczona).

Z czasem zaczęły pojawiać się wyroki, które – na różne sposoby – rozstrzygały problem. Jednym z głośniejszych przykładów był wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 2014 roku, który stwierdził, że *„oceniając, czy kolejny wniosek o zawezwanie do próby ugodowej przerywa bieg przedawnienia, należy zwrócić uwagę, że przerwanie biegu przedawnienia nie jest podstawowym celem instytucji postępowania pojednawczego i nie można uznać, aby prawnie dopuszczalne było przerywanie biegu terminu przedawnienia w nieskończoność przy pomocy kolejnych wniosków o zawezwanie do próby ugodowej.”* (Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 06 czerwca 2014r., I ACA 12/14, Legalis). Taki swoisty „precedens”, przez niektórych uznanych autorów podnoszony do rangi „przełomu w orzecznictwie” (vide: M. Safjan [w]: Kodeks cywilny. T. I. Komentarz. Art. 1–44910, red. H. Pietrzkowski, kom. do art. 123 KC, Legalis), stworzył nową płaszczyznę sporu i niewątpliwie spędzał sen z powiek niejednemu przedsiębiorcy, który dotychczas zarzutu przedawnienia się nie obawiał.

Nie trzeba było długo czekać, aż problem pojawi się na wokandzie Sądu Najwyższego – stało się tak w sprawie o sygn. akt III CSK 50/15 zakończonej wyrokiem SN z dnia 28 stycznia 2016 r. Syntetycznie przedstawiony stan faktyczny w tej sprawie był następujący:

Strony toczyły spór o zapłatę, przy czym pozwany, uprzednio dwukrotnie zawzywany do ugody podniósł zarzut przedawnienia. Sąd pierwszej instancji uwzględnił powództwo uznając, że roszczenie nie uległo przedawnieniu, wobec przerwania biegu przedawnienia zawezwaniami do próby ugodowej, dokonanymi w dniach 2 sierpnia 2007 r., a następnie 29 lipca 2010 r. Sąd Okręgowy w szczególności nie uznał argumentu pozwanego o „pozorności” drugiego zawezwania do próby ugodowej jako zmierzającego do uniknięcia skutków przedawnienia, stwierdzając, że zawezwanie takie jest traktowane w judykaturze jako przerywające bieg przedawnienia.

W wyniku rozpoznania apelacji obu stron, Sąd Apelacyjny uwzględnił apelację strony pozwanej, zmienił wyrok pierwszej instancji i oddalił powództwo wobec skuteczności podniesionego zarzutu przedawnienia. Sąd odwoławczy uznał, że roszczenia w części uległy przedawnieniu, ponieważ drugie zawezwanie zostało podjęte w celu doprowadzenia do przerwy biegu przedawnienia, a nie w celu dochodzenia roszczenia. W ocenie tego Sądu, już po pierwszym zawezwaniu do próby ugodowej w 2007r. powódka miała pełną świadomość, że pozwana nie zaspokoi jej roszczeń oświadczając, że nie zawrze ugody. W konsekwencji Sąd Apelacyjny uznał, że powódka nie miała racjonalnych podstaw do przyjęcia, iż kolejne zawezwanie z 2010 r. da realną szansę na zawarcie ugody. Innymi słowy – Sąd Apelacyjny uznał, że drugie z zawezwań nie mogło doprowadzić do przerwania biegu przedawnienia, ponieważ strony na nim zaprzestały pertraktacji co do zakończenia sporu.

Sąd Najwyższy, rozpatrując sprawę stwierdził, że wnioski Sądu Apelacyjnego poszły zbyt daleko, a także, że nie rozpatrzył on istotnych dla sprawy okoliczności. Jak stwierdził SN, z unormowań dotyczących skutków zawezwania do ugody nie da się wyinterpretować, że dla przerwania biegu przedawnienia i przed kolejnym zawezwaniem do ugody koniecznym jest kontynuowanie prowadzonych uprzednio pertraktacji pomiędzy stronami, co do możliwego zakończenia sporu poza procesem.

Sąd Najwyższy uznał, że „*nie ma racjonalnych podstaw do przyjęcia wykładni, że drugie (czy kolejne) zawezwanie do próby ugodowej nie zmierza bezpośrednio w celu wskazanym w art. 123 § 1 pkt 1 k.c., a celem takiego kolejnego zawezwania zawsze będzie jedynie przerwanie biegu przedawnienia. Aprobata stanowiska judykatury, że pierwsze zawezwanie do próby ugodowej przerywa bieg terminu przedawnienia (wyrok SN z dnia 16 kwietnia 2014 r., V CSK 274/13, niepubl.; postanowienie SN z dnia 17 czerwca 2014 r. V CSK 586/13, niepubl.; wyrok SN z dnia 25 listopada 2009 r., II CSK 259/09, niepubl.) nie przesądza w jakimkolwiek stopniu o wystąpieniu lub braku wystąpienia tożsamego skutku prawnego w odniesieniu do kolejnego zawezwania do próby ugodowej. Kolejne zawezwanie do próby ugodowej jest bowiem taką czynnością, która może wywołać skutek przewidziany w art. 123 § 1 pkt 1 k.c. [czyli przerwanie biegu przedawnienia – przyp. Aut.] ale jedynie wówczas, jeżeli w okolicznościach stanu faktycznego zaistnieje podstawa do oceny, że czynność tę przedsięwzięto bezpośrednio w celu wskazanym w tym przepisie.*”

Sąd Najwyższy stwierdził zatem, że elementem oceny, czy kolejne wezwanie przerwało bieg przedawnienia jest to, czy było ono nakierowane na „*dochodzenie lub ustalenie albo zaspokojenie lub zabezpieczenie roszczenia*”. Jak można przeczytać w przywołanym orzeczeniu „*zawezwanie do próby ugodowej jest więc czynnością przerywającą bieg przedawnienia, jeżeli stanowczo nie ustalono, że przedsięwzięto ją bezpośrednio w innym celu*”.

Z powyższego wynika - bardzo istotna - wskazówka. W toku sporu toczącego się po „podwójnym” zawezwaniu wcale nie jest wykluczone, że drugie i kolejne zostaną uznane za nieskutecznie dokonane, ale wymaga to, jak określił sam Sąd Najwyższy, „*stanowczego ustalenia*”, że zawezwanie zmierzało do innego celu niż „*dochodzenie lub ustalenie albo zaspokojenie lub zabezpieczenie roszczenia*”. W przypadku więc kolejnych zawezwań należy mieć na uwadze, czy w razie potrzeby – będzie możliwość wykazania okoliczności, które pozwoliłyby na ustalenie, że przerwanie przedawnienia nie było jedynym celem skierowania wniosku do Sądu Rejonowego.



Autor:
Piotr Gajlewicz



Autor:
Michał Hubicki

Zmiany w księdze akcyjnej na wniosek nabywcy akcji – część I

Zarząd spółki akcyjnej zgodnie z art. 341 § 1 Kodeksu spółek handlowych jest obowiązany do prowadzenia księgi akcji imiennych i świadectw tymczasowych, do której należy wpisywać nazwisko i imię albo firmę oraz siedzibę i adres akcjonariusza albo adres do doręczeń, wysokość dokonanych wpłat, a także, na wniosek osoby uprawnionej, wpis o przeniesieniu akcji na inną osobę wraz z datą wpisu. Zgodnie z § 2 na żądanie nabywcy akcji zarząd dokonuje wpisu o przeniesieniu akcji.

Regulacja Kodeksu spółek handlowych dotycząca procedury dokonywania zmian została zamieszczona w art. 341 § 4 i § 5. Przepisy te pozwalają w ogólny sposób zrekonstruować oczekiwany przez ustawodawcę przebieg wprowadzania zmian do księgi akcyjnej na wniosek nabywcy akcji, nie odpowiadają jednak na praktyczne wątpliwości pojawiające się przy próbie stosowania tych norm.

I tak art. 341 § 4 stanowi, że przed dokonaniem zmian w księdze akcyjnej zarząd powiadamia o swoim zamiarze osoby zainteresowane, wyznaczając im co najmniej dwutygodniowy termin dla zgłoszenia sprzeciwu. Zgłoszenie pisemnego sprzeciwu w tym terminie powoduje wstrzymanie zmiany wpisu. Osobami zainteresowanymi są osoby, których uprawnienia wpisane w księdze akcyjnej mają zostać wykreślone lub obciążone przez wpis ograniczonego prawa rzeczowego.

Na gruncie procedury powiadomień istnieją dwa podstawowe zagadnienia, co do których brak wypracowanego orzecznictwa i nauki prawa. W wypadku orzecznictwa brak ten wynika w dużej mierze z okoliczności, że o ile w praktyce zmiany w księdze akcyjnej są dokonywane powszechnie, to stosunkowo niewielka ich część kończy się oddaniem sprawy do rozstrzygnięcia przez sąd powszechny.

Pierwszym spornym zagadnieniem jest kwestia sposobu dokonywania zawiadomienia osób zainteresowanych, którymi są co do zasady zbywcy akcji. Podstawową funkcją zawiadomienia jest ochrona osoby, która dla spółki wciąż jest akcjonariuszem, czyli osoby ujawnionej w księdze akcyjnej. Osoba ta ma bowiem prawo wnieść sprzeciw, który wstrzyma procedurę dokonywania wpisu w księdze akcyjnej.

Mając na uwadze powyższy cel, jak również literalne brzmienie § 4 zd. 1, który stanowi, że zarząd „powiadamia” osoby zainteresowane, w teorii prawa pojawiają się głosy, że powiadomienie będzie skuteczne wyłącznie wtedy, gdy adresat się z nim zapozna. Trudno jednak zgodzić się z tak rygorystycznym postulatem. W praktyce obrotu, zwłaszcza w wypadku dużych spółek akcyjnych z akcjonariatem pracowniczym, charakteryzujących się rozdrobieniem akcjonariatu mniejszościowego, akcjonariusza nierzadko zapominają o aktualizacji swoich danych adresowych. Nie można oczekiwać, żeby w takich sytuacjach zarząd spółki rozpoczynał poszukiwania aktualnego adresu zamieszkania akcjonariusza by zawiadomić go o zamiarze dokonania zmiany w księdze akcyjnej. To bowiem w interesie akcjonariusza leży utrzymywanie w księdze akcyjnej aktualnego adresu korespondencyjnego.

Należy zgodzić się z poglądem wyrażanym m.in. przez prof. Sołtysińskiego, że do doręczeń przedmiotowych zawiadomień należy odpowiednio stosować art. 61 § 1 Kodeksu cywilnego, który stanowi że oświadczenie woli, które ma być złożone innej osobie, jest złożone z chwilą, z którą doszło do niej w taki sposób, że mogła zapoznać się z jego treścią. W orzecznictwie i doktrynie podnosi się na gruncie tego przepisu, że do doręczenia dochodzi, jeżeli oświadczenie

woli zostało wysłane na znany adres odbiorcy, a odbiorca mając możliwość zapoznania się z nim nie dokonał tego.

Wobec powyższego, a także mając na uwadze że od otrzymania powiadomienia osoba zainteresowana ma dwutygodniowy termin dla zgłoszenia sprzeciwu, za wystarczający sposób dokonywania powiadomień o wszczęciu procedury zmian w księdze akcyjnej należy uznać wysłanie listu poleconego za zwrotnym potwierdzeniem odbioru. W wypadku jego nieodebrania, jako moment doręczenia w tym trybie – służący do wyliczenia dwutygodniowego terminu na wniesienie sprzeciwu – należy uznawać ostatni dzień terminu wynikającego z podwójnej awizacji.

W konkretnych sytuacjach, np. w okresie wakacyjnym, lub w wypadku spółek które uważają za celowe zwiększenie ochrony dotychczasowych akcjonariuszy (np. w związku ze znanymi spółce okolicznościami zbycia akcji lub w wypadku pochodzenia zbytych akcji z akcjonariatu pracowniczego, któremu spółka zapewnia szczególną ochronę) może znaleźć uzasadnienie dokonanie ponownego zawiadomienia w wypadku zwrotu pierwszego zawiadomienia z powodu jego niedoręczenia. Ten sposób pozwala spółce na wykazanie, że dokonała wszelkich starań by powiadomić dotychczasowego akcjonariusza, co może poprawić jej sytuację procesową w wypadku ewentualnego sporu.

Kolejne artykuły dotyczyć będą skutków sprzeciwu wniesionego przez zbywcę akcji oraz obowiązków zarządu spółki w zakresie badania dokumentów przedstawianych przez wnioskodawcę.



Autor:
Paweł Mickiewicz



Autor:
Aleksander Karandyszowski

Mobbing w miejscu pracy

Jednym z obowiązków pracodawcy jest przeciwdziałanie mobbingowi. Jednocześnie często zjawisko mobbingu występuje poza jakąkolwiek wiedzą oraz zgodą pracodawcy. Niemniej to pracodawca w ostateczności ponosi wszelkie negatywne konsekwencje z tytułu występowania mobbingu w miejscu pracy, chyba że wykaze w tym zakresie staranne działanie. Należy mieć również na względzie, iż mobbing jest zjawiskiem bardzo skomplikowanym, a zarazem niezwykle wrażliwym.

Zgodnie z art. 943 § 2 Kodeksu pracy mobbing oznacza działania lub zachowania dotyczące pracownika lub skierowane przeciwko pracownikowi, polegające na uporczywym i długotrwałym nękanii lub zastraszaniu pracownika, wywołujące u niego zaniżoną ocenę przydatności zawodowej, powodujące lub mające na celu poniżenie lub ośmieszenie pracownika, izolowanie go lub wyeliminowanie z zespołu współpracowników.

Wskazana definicja zawiera szereg niedookreślonych wyrażen, co powoduje zarazem powstawanie problemów w jej zrozumieniu. W tym zakresie z pomocą przychodzi w dużej mierze orzecznictwo. Na tym tle wskazać należy, iż w wyroku z dnia 14 listopada 2008 r., sygn. akt II PK 88/08, Sąd Najwyższy uznał, że ocena, czy nastąpiło nękanie i zastraszanie pracownika oraz czy działania te miały na celu doprowadzenie i mogły doprowadzić lub doprowadziły do zaniżonej oceny jego przydatności zawodowej, do jego poniżenia, ośmieszenia, izolacji bądź wyeliminowania z zespołu współpracowników, opierać się musi na obiektywnych kryteriach. W tym samym wyroku Sądu Najwyższego podkreślił nadto, iż izolacja pracownika w grupie współpracowników nie stanowi autonomicznej cechy mobbingu. Tylko izolacja w grupie pracowniczej będąca następstwem działań polegających na negatywnych zachowaniach objętych dyspozycją tej normy (nękanie, zastraszanie, poniżanie, ośmieszanie) uzasadnia przyjęcie zaistnienia mobbingu. Jeżeli natomiast jest ona reakcją na naganne zachowania pracownika w stosunku do swoich współpracowników, to nie ma podstaw, aby działaniom polegającym na unikaniu kontaktów z takim pracownikiem przypisywać znamiona mobbingu.

Jak wynika z powyższego, nie wszystkie sytuacje sporne możemy uznać jako mobbing. Nie ulega bowiem wątpliwości, że nie każdy dyskomfort psychiczny pracownika jest mobbingiem, a zarazem pracownicy coraz częściej nadużywają tego pojęcia. Z pewnością mobbingiem nie będzie przykładowo konstruktywna krytyka działań pracownika przez swojego przełożonego. Niezależnie do tego w jaki sposób taką krytykę odbierze podwładny nie można przyjąć jakoby wystąpiła w tej sytuacji jakakolwiek forma nękania ze strony pracodawcy. Podobnie jedną z cech odróżniających mobbing od zwykłych sytuacji konfliktowych jest jego uporczywy oraz długotrwały charakter. Wyłączone z pojęcia mobbingu są zatem wszelkie zdarzenia jednorazowe oraz incydentalne. Nie jest przy tym możliwe jednoznacznie określenie minimalnego okresu koniecznego do uznania, iż zaistniało w danych okolicznościach zjawisko mobbingu. Dla oceny długotrwałości kluczowy jest bowiem moment wystąpienia wskazanych w tych przepisach skutków nękania lub zastraszania pracownika oraz uporczywość i stopień nasilenia tego rodzaju działań. Co więcej, duża intensywność i uporczywość zachowań może wręcz skłaniać do uznania za długotrwały okresu krótszego niż w przypadku mniejszego ich nasilenia (Kodeks pracy. Komentarz. Krzysztof Walczak). Ponadto, samo działanie wcale nie musi być sprzeczne z prawem w rozumieniu innych przepisów. W doktrynie wskazuje się jednak, iż musi ono być przynajmniej w pewnym sensie naganne, niemające usprawiedliwienia w normach moralnych lub zasadach współżycia społecznego (Kodeks pracy. Komentarz. Kazimierz Jaśkowski, Eliza Maniewska).

Na tym tle wskazać również należy, iż sprawcami mobbingu mogą być zarówno członkowie organów zarządzających jak również osoby wykonujące czynności w sprawach z zakresu prawa pracy za pracodawcę, przełożeni czy inni pracownicy. Nie można także wykluczyć, że działania mobbingowe zostaną podjęte przez podwładnych wobec przełożonych, chociaż w praktyce są to znacznie rzadsze sytuacje. W tym jednak zakresie za każdy razem ostatecznie odpowiedzialność wobec pracownika poddanego mobbingowi ponosi pracodawca.

Jednocześnie należy podkreślić, iż pracownik zarzucający pracodawcy mobbing obowiązany jest przedstawić okoliczności jego zaistnienia. Ciężar dowodu wykazania występowania zjawiska mobbingu, w tym jego ewentualnych skutków, spoczywa bowiem wyłącznie na pracowniku, który nie może tylko w bardzo ogólny sposób wskazać, że zastosowano wobec niego mobbing. Konieczne jest w tym zakresie przedstawienie faktów odnoszących się do konkretnych zachowań mobbingowych oddziałujących na pracownika. Pracownik dochodząc przed sądem, np. odszkodowania za rozstrój zdrowia, będzie przy tym zobowiązany do udowodnienia, iż rozstrój ten jest spowodowany nękaniami jego osoby w miejscu pracy. Ponadto wykazaniu przez pracownika podlega także m. in. uporczywość i długotrwałość stosowania wobec niego mobbingu.

Pracodawca zaś dla uwolnienia się od odpowiedzialności powinien wykazać, że okoliczności podnoszone przez pracownika nie miały w ogóle miejsca czy też, że nie stanowią one zjawiska mobbingu. Ponadto pracodawca uwolni się również od odpowiedzialności, jeżeli udowodni, że podjął realne działania prewencyjne, które wykaże przed sądem i potwierdzi ich potencjalną pełną skuteczność. W tym zakresie wskazać należy na art. 943 § 1 Kodeksu pracy, który jednoznacznie stanowi, że pracodawca jest obowiązany przeciwdziałać mobbingowi. Jednocześnie Kodeks Pracy nie wskazuje w jaki konkretnie sposób pracodawcy powinni zapobiegać i zwalczać tego rodzaju negatywne zjawiska. W wyroku z dnia 21 kwietnia 2015 r. (sygn. akt II PK 149/14) Sąd Najwyższy wskazał jednak, że obowiązek przeciwdziałania mobbingowi nie polega jedynie na działaniach dotyczących przypadków wystąpienia tego zjawiska, ale również na działaniach zapobiegawczych, które powinny być realne i efektywne. Niezależnie bowiem od tego, kto jest sprawcą mobbingu, odpowiedzialność za jego wystąpienie w zakładzie pracy ponosi zawsze pracodawca.

Na tym tle warto wskazać na uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia z dnia 3 sierpnia 2011 r., sygn. akt I PK 35/11, zgodnie z którym pracodawca powinien przeciwdziałać mobbingowi, w szczególności szkółąc pracowników - informując o niebezpieczeństwie i konsekwencjach mobbingu czy stosując procedury, które umożliwią wykrycie i zakończenie tego zjawiska. Jak dodatkowo wskazano, dobór właściwych środków uzależniony pozostaje od konkretnego pracodawcy, jak na przykład rodzaju środowiska pracy, charakteru i ilości interakcji między pracownikami, grożących wystąpieniem tego negatywnego zjawiska, wpływem rodzaju wykonywanej pracy. W konsekwencji, jeśli mimo rzeczywistego wprowadzenia właściwych środków zaradczych doszło do mobbowania, to albo sam mobbowany nie korzystał z możliwości przeciwdziałania zjawisku, uruchamiając procedury antymobbingowe, albo mobberzy naruszali swoje obowiązki pracownicze, świadomie działając wbrew przyjętym regułom, albo zbiegły się - co najbardziej prawdopodobne - oba te elementy. Za tego rodzaju działania pracodawca nie może ponosić odpowiedzialności w ramach regulacji art. 943 § 1 Kodeksu pracy. Mając na uwadze powyższe, w praktyce często można spotykać się z takimi rozwiązaniami jak przykładowo: wewnątrzzakładowa polityka antymobbingowa, stworzenie klarownego zakresu kompetencji, zapewnienie pełnego przepływu informacji, adaptacja nowo zatrudnionych pracowników, stworzenie możliwości oceny pracowników, stworzenie jasnego systemu zależności, szkolenia kadry menadżerskiej, środki oddziaływania dyscyplinujące czy

rozwiązanie umowy o pracę z pracownikiem stosującym mobbing (Kodeks pracy. Komentarz. Krzysztof Walczak).

Nie ulga zarazem wątpliwości, że złożenie przez pracownika skargi dotyczącej stosowania wobec niego mobbingu obliguje pracodawcę do wyjaśnienia sprawy oraz podjęcia działań zmierzających do przerwania naruszeń i zapobieżenia dalszym naruszeniom. Przebieg postępowania wyjaśniającego warto przy tym właściwie udokumentować. Przykładowo wskazuje się również na takie działania jak podjęcie profilaktycznej rozmowy z ewentualnym sprawcą mobbingu, postępowanie przed komisją pojednawczą lub antymobbingową, mediatorem lub sądem polubownym czy też podjęcie zmian organizacyjnych, a także nałożenie kary porządkowej. Warto również zwrócić szczególną uwagę na potrzeby pracownika składającego skargę, monitorować sytuację oraz ewentualnie zapewnić pracownikowi odpowiednią pomoc.

Podsumowując, jak wspomniano pracodawca ma obowiązek przeciwdziałania mobbingowi. Jednocześnie czy rzeczywiście doszło do mobbingu na terenie zakładu pracy będą za każdym razem decydowały faktyczne okoliczności dotyczące danego przypadku. Nie każdy dyskomfort psychiczny pracownika należy bowiem uznać za mobbing. Ponadto, zgodnie z obowiązującymi przepisami, pracodawca obowiązany jest przeciwdziałać mobbingowi. Wykazanie przez pracodawcę odpowiedniej wrażliwości na kwestie związane z mobbingiem, w tym podjęcie przez pracodawcę określonych działań zapobiegawczych, wpływa na ostateczną ocenę. W tym zakresie pracodawca zobowiązany jest bowiem do zachowania starannego działania.



Autor:
Rafał Czyżyk



Autor:
Łukasz Radosz

Ryzykowny marketing, czyli jak kampania promocyjna może zostać uznana za grę hazardową

Jedną z popularnych strategii stosowanych w ramach działań marketingowych przez przedsiębiorców jest organizowanie konkursów z nagrodami. Mają one na celu zwiększyć popularność marki oraz zachęcić potencjalnych klientów do nabywania w przyszłości towarów i usług oferowanych przez przedsiębiorcę. Nierzadko jednak ostateczny kształt akcji promocyjnej naraża firmy na zakwalifikowanie takich działań jako loterii w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (dalej: u.g.h.), co może wiązać się dla nieświadomego organizatora z przykrymi konsekwencjami.

Czym jest loteria?

Polskiemu prawu znane są cztery rodzaje loterii: (i) pieniężne, w których uczestniczy się poprzez nabycie losu, a wygranymi są wyłącznie nagrody o charakterze pieniężnym; (ii) fantowe, w których uczestniczy się przez nabycie losu, a nagrodami są wygrane wyłącznie o charakterze rzeczowym; (iii) audiotekstowe, w których uczestniczy się poprzez odpłatne połączenie telefoniczne lub za pomocą wysłania wiadomości SMS, a nagrodami są wygrane o charakterze pieniężnym lub rzeczowym oraz najpopularniejsze - (iv) promocyjne, w których uczestniczy się nieodpłatnie, a wygranymi są nagrody o charakterze pieniężnym lub rzeczowym. Loterie zaliczane są do kategorii gier losowych, czyli gier o wygrane pieniężne lub rzeczowe, których wynik w szczególności zależy od przypadku, a warunki gry określa regulamin. W konsekwencji urządzenie i prowadzenie loterii może się odbywać wyłącznie na zasadach uregulowanych w u.g.h. W niniejszym artykule skupimy się wyłącznie na problematyce loterii promocyjnych jako tych, które pojawiają się najczęściej w ramach kampanii promocyjnych stosowanych przez firmy.

Przesłanki loterii promocyjnej

Zasadniczo o tym czy mamy do czynienia z loterią promocyjną decydują następujące przesłanki: (i) uczestnictwo poprzez nabycie towaru lub usługi lub innego dowodu udziału w grze i tym samym nieodpłatne uczestnictwo w grze, (ii) nagrody pieniężne lub rzeczowe oferowane przez organizatora oraz (iii) tego czy wynik loterii zależy w szczególności od przypadku. Najistotniejszą z nich jest ostatnia przesłanka, gdyż to ona następczo najwięcej problemów interpretacyjnych. W orzecznictwie Naczelnego Sądu Administracyjnego wykształcił się pogląd, zgodnie z którym za grę losową należy uznać taką, w której sprawność fizyczna czy umysłowa uczestnika pozostaje bez znaczenia dla ostatecznego wyniku. Innymi słowy, jeżeli uczestnikowi pozostawiony jest jakikolwiek wybór to w zakresie jego szans na wygraną nie ma najlepszego i najgorszego wyboru.¹

Z kolei przechodząc do niezdefiniowanego przez prawodawcę pojęcia loterii, należy wskazać, że komentatorzy powołują się w tym miejscu w głównej mierze na wykładnię językową i przywołują definicje ze słownika języka polskiego. Słowo „loteria” w języku polskim oznacza tyle, co *gra, w której uczestnicy nabywają losy, a o wygranej decyduje losowanie, ale również jako sytuacja lub działanie ryzykowne i niepewne, których efekt zależy tylko od przypadku*. Losowanie – na które wskazuje się w definicji słowa „loteria” – *jest to zaś procedura, podczas której są ciągnięte lub wybierane losy, liczby, kupony itp.*

¹ NSA w wyroku z dnia 10 lutego 1998 r., sygn. II SA 1260/97, również w wyroku z dnia 17 kwietnia 1996 r., sygn. II SA 161/95.

Jak zauważa A. Bartosiewicz: „Językowo rzecz ujmując, nie ma loterii bez losowania, bez przypadkowości. Ma to swoje potwierdzenie w definicji gry losowej (której rodzajem jest loteria promocyjna), gdzie wskazuje się, że wynik gry w szczególności zależy od przypadku. Etymologia słowa „loteria” wskazuje jednak, że w tego rodzaju grze losowej przypadek odgrywa rolę szczególną, determinującą czy też konstytuującą cały sens tej gry. O ile bowiem w przypadku innych gier losowych umiejętności czy też wiedza grającego (np. w przypadku gier karcianych, gier cylindrycznych itp.) mogą mieć znaczący wpływ na wynik gry (wygraną bądź przegraną), o tyle w loterii o wyniku gry powinien decydować wyłącznie przypadek (los). Wprowadzenie innych elementów – niż los (przypadek) – jako przesłanek wpływających na wynik loterii wydaje się sprzeczne z ideą (konstrukcją) tej gry.”²

Należy jednak podkreślić, że *de lege lata*, przypadek nie musi być jedynym elementem decydującym o wygranej, aby zakwalifikować dane przedsięwzięcie jako grę losową. Świadczy o tym użyte w przepisie sformułowanie „w szczególności”. Zatem pojawienie się innych elementów (np. umiejętności) z góry nie wyklucza zakwalifikowania danej akcji jako gry losowej. Na tym tle pojawia się praktyczny problem jak zakwalifikować pewne przedsięwzięcia, w których wyłonienie zwycięzcy przebiega stopniowo, a na jednym z etapów występuje element przypadku, na innym zaś element umiejętności. Przykładowo nietrudno sobie wyobrazić sytuację, w której w drodze losowania wyłanianych jest kilku uczestników, którzy następnie przystępują do wykonania określonego zadania, które zadecyduje o wygranej. Wydaje się, że w takim przypadku nie można mówić o loterii, bowiem decydujący wpływ na wynik będą miały określone umiejętności.³ Gdyby jednak sytuację odwrócić tj. po uprzednim wykonaniu określonego zadania, wyłonić uczestników, wśród których rozlosowana zostanie nagroda, sytuacja zdaje się być zgoła inna. Wówczas z pewnością elementem, który finalnie decyduje o wyniku jest przypadek, co pozwala zakwalifikować takie wydarzenie jako grę losową.

Konkurs

Organizacja konkursu opiera się o przepisy zawarte w Kodeksie cywilnym regulujące przyrzeczenie publiczne w art. 919-921. Zgodnie z tymi przepisami ten kto przez ogłoszenie publiczne przyrzekł nagrodę za wykonanie oznaczonej czynności, obowiązany jest przyrzeczenia dotrzymać. Jeżeli była przyrzeczona tylko jedna nagroda, otrzyma ją osoba, która pierwsza się zgłosi, a w razie jednoczesnego zgłoszenia się kilku osób - ta która pierwsza czynność wykonała (co nie wyklucza analogicznego zastosowania w przypadku, gdy nagród jest więcej). W praktyce ocena wykonania zadania konkursowego może mieć charakter obiektywny (np. gdy o zwycięstwie decyduje udzielenie prawidłowej odpowiedzi na zadane pytanie) lub subiektywny (np. gdy panel jury ocenia prace plastyczne uczestników). W obu jednak przypadkach o wygranej decyduje element umiejętności uczestników, a nie przypadek. Niewątpliwą zaletą konkursów jest brak szczególnych wymogów formalnych jakich należy dopełnić w celu ich zorganizowania.

Pozorny brak przypadku

Jak już wskazano, brak przypadkowości w wyłanianiu zwycięzców danego przedsięwzięcia dyskwalifikuje je jako grę losową, a tym samym loterię. W orzecznictwie jednak wykształcił się zdecydowany pogląd, iż brak losowości nie może mieć charakteru pozornego. Z tego też względu ryzykowne jest organizowanie konkursów, w których zadanie (np. pytanie do skierowane do uczestników) jest banalnie proste, a poprawnej odpowiedzi udzieliłby w zasadzie każdy.

² A. Bartosiewicz, Konkurs promocyjny a loteria promocyjna- czyli jak uniknąć ewentualnej odpowiedzialności karnej skarbowej, MOPOD 2011, Nr 10, str. 23.

³ Takie stanowisko wyraził NSA w wyroku z dnia 5 maja 2003 r., sygn. II SA 2145/01.

Zgodnie ze stanowiskiem Naczelnego Sądu Administracyjnego wprowadzenie różnych elementów dodatkowych (np. elementu wiedzy czy zręczności) mających stworzyć pozory losowości, nie pozbawia gry charakteru losowego, jeżeli wynik całej gry zależy w znacznej mierze od przypadku.⁴ W orzecznictwie podkreśla się następujące elementy, które eliminują wątpliwości: trudność pytań konkursowych, jasno określone w drodze regulaminu kryteria oceny uczestników, brak sugerowania uczestnikom odpowiedzi, powołanie komisji (jury) oceniającej uczestników, pytania kierowane do uczestników nie mogą być im wcześniej znane.

Brak zamiaru osiągnięcia zysku

Przyjmuje się, że organizowaniu loterii i innych gier losowych co do zasady przyświeca cel osiągnięcia zysku. Z tego względu nie bez znaczenia pozostaje okoliczność jaki zamiar przyświecał organizatorowi. W przypadku przedsiębiorców, którzy organizują działania marketingowe, co do zasady, cel ten nie jest bezpośrednio zarobkowy, zaś uczestnicy nie ponoszą ryzyka straty. Jeśli na podstawie okoliczności faktycznych występujących w sprawie będzie można stwierdzić, że celem organizatora danego przedsięwzięcia promocyjnego była wyłącznie promocja własnej działalności, oferowanych dóbr i usług, nie było chęci osiągnięcia dodatkowego zysku z samego przedsięwzięcia, to wówczas nie można traktować powyższego przedsięwzięcia jako gry losowej.⁵

Podsumowanie

Reasumując powyżej zaprezentowane rozważania należy dodatkowo wskazać, że organizowanie gier losowych w postaci loterii promocyjnych w rozumieniu przepisów u.g.h. wymaga uzyskania zezwolenia wydawanego przez Dyrektora Izby Celnej właściwego ze względu na miejsce jej przeprowadzenia, a niedopełnienie prawem wymaganych obowiązków w tym zakresie jest zagrożone sankcjami przewidzianymi w samej u.g.h. oraz Kodeksie karnym skarbowym. Skłania to do wniosku, że należy każdorazowo bacznie przeanalizować koncepcje poszczególnych akcji promocyjnych, w których dany przedsiębiorca oferuje nagrody „do wygrania”, bowiem może się okazać, że nieostrożnie prowadzony marketing przysporzy więcej problemów niż korzyści.



Autor:
Michał Pilecki

⁴ NSA w wyroku z dnia 5 grudnia 2011 r., sygn. II SA 2648/00.

⁵ A. Bartosiewicz, Konkurs promocyjny a loteria promocyjna- czyli jak uniknąć ewentualnej odpowiedzialności karnej skarbowej, MOPOD 2011, Nr 10, str. 28, podobnie NSA w wyroku z dnia 28 października 1998 r., sygn. II SA 1213/98.

Uwzględnianie okresów zatrudnienia u tego samego pracodawcy przy ustalaniu okresu wypowiedzenia umowy o pracę

Gdy dla pracodawcy przychodzi trudny moment rozstania się z pracownikiem, konieczne jest ustalenie przysługującego pracownikowi okresu wypowiedzenia. Problem ten - co logiczne - nie występuje, jeżeli zachowana została ciągłość zatrudnienia, tj. pracownik świadczył na rzecz tego samego pracodawcy pracę bez przerw w zatrudnieniu (nawet w ramach różnych stanowisk).

Problem pojawia się natomiast wówczas, gdy stajemy przed koniecznością udzielenia odpowiedzi na pytanie, czy do okresu zatrudnienia, od którego uzależniona jest długość okresu wypowiedzenia umowy o pracę należy zaliczać również wcześniejsze okresy zatrudnienia. Chodzi zatem o taką sytuację, gdy dany pracownik zawierał z tym samym pracodawcą kilka umów o pracę, ale pomiędzy umowami tymi występowały przerwy.

Po jednej z ostatnich nowelizacji Kodeksu pracy, dokonanej ustawą z dnia 25 czerwca 2015 r., okres wypowiedzenia umowy o pracę zawartej na czas nieokreślony i umowy o pracę zawartej na czas określony jest uzależniony od okresu zatrudnienia u danego pracodawcy i wynosi:

- (1) 2 tygodnie, jeżeli pracownik był zatrudniony krócej niż 6 miesięcy;
- (2) 1 miesiąc, jeżeli pracownik był zatrudniony co najmniej 6 miesięcy oraz
- (3) 3 miesiące, jeżeli pracownik był zatrudniony co najmniej 3 lata.

Rozwiązanie, w zakresie, w jakim dotyczy to umowy na czas określony, stanowi pewne novum. Dotychczas bowiem okresy te dotyczyły jedynie umowy o pracę na czas nieokreślony, zaś w umowie na czas określony, dopuszczalne było jedynie zastrzeżenie możliwości jej wcześniejszego rozwiązania za dwutygodniowym wypowiedzeniem. I to wyłącznie, gdy umowa na czas określony zawarta była na czas dłuższy aniżeli 6 miesięcy.

Do okresu zatrudnienia, od którego zależy okres wypowiedzenia wlicza się danemu pracownikowi okres pracy u poprzedniego pracodawcy, jeżeli zmiana pracodawcy nastąpiła na zasadach określonych w art. 231 Kodeksu pracy (czyli: przejścia całości bądź części zakładu pracy na nowego pracodawcę). Dolicza się również okresy zatrudnienia, gdy z mocy odrębnych przepisów nowy pracodawca jest następcą prawnym w stosunkach pracy nawiązanych przez pracodawcę poprzednio zatrudniającego tego pracownika.

Tyle tytułem wstępu. Co jednak, gdy tego samego pracodawcę łączyło z pracownikiem kilka umów o pracę i pomiędzy umowami tymi nie zachodziła ciągłość, a wręcz przerwy w zatrudnieniu?

Zagadnienie to musiał rozstrzygnąć Sąd Najwyższy w orzeczeniu wydanym w składzie 7 sędziów, wskazując, iż przy ustalaniu okresu wypowiedzenia umowy o pracę zawartej na czas nieokreślony [przepis art. 36 § 1 Kodeksu pracy odnosił się wówczas jedynie do umowy na czas nieokreślony - przyp. AO] uwzględnia się wszystkie okresy zatrudnienia u tego samego (danego) pracodawcy.

W omawianym wyroku, Sąd Najwyższy podniósł szereg interesujących argumentów przemawiających za zliczaniem poszczególnych okresów zatrudnienia. Sąd zauważył m.in., że w

zakresie rozróżnienia długości okresu wypowiedzenia umowy o pracę zawartej na czas nieokreślony ustawodawca realizował generalną linię zwiększania uprawnień (długości okresu wypowiedzenia umowy o pracę) pracowników dłużej związanych z zakładem pracy (pracodawcą). Sąd przypomniał, że przed nowelizacją Kodeksu pracy dokonaną w roku 1996, długość okresu wypowiedzenia umowy o pracę zależała nie od okresu zatrudnienia u danego pracodawcy, a od ogólnego stażu pracy danej osoby. Z tego Sąd wywiódł, że między zniesieniem ogólnego stażu pracy jako podstawy do określania okresu wypowiedzenia, a pojmowaniem okresu zatrudnienia u danego pracodawcy jako jedynie zatrudnienia ostatniego, nie zachodzi związek logiczny wynikania, a przeciwna interpretacja (wedle której okresów poprzedzających przerwy, nie należy zliczać) nie uwzględnia okoliczności, iż zgodnie z art. 20 Konstytucji podstawę ustroju gospodarczego Rzeczypospolitej Polskiej stanowi społeczna gospodarka rynkowa, uwzględniająca socjalne aspekty prowadzenia działalności gospodarczej.

Sąd skonstatował natomiast, iż likwidując ogólny staż pracy, obejmujący zatrudnienie u różnych pracodawców, w różnym czasie i wprowadzając zasadę liczenia zatrudnienia u danego pracodawcy, ustawodawca nie zamierzał ograniczać tego zatrudnienia jedynie do zatrudnienia ostatniego, nie uwzględniającego poprzednich okresów zatrudnienia.

Skoro zatem wykładnia logiczno-językowa nie prowadzi do jednoznacznych rezultatów, a wykładnia historycznoprawna wskazuje jedynie na trwałą tendencję w ustawodawstwie do uzależnienia długości okresu wypowiedzenia, Sąd Najwyższy uznał, że od okresu zatrudnienia odnoszonego w pierwszym rzędzie do stażu pracy pracownika, należy odwołać się do wykładni funkcjonalnej i systemowej.

Wobec tego za bardziej trafne uznał Sąd traktowanie wydłużenia okresu wypowiedzenia w następstwie dłuższego okresu zatrudnienia u danego pracodawcy jako uprawnienia pracownika związanego z wkładem w funkcjonowanie zakładu pracy (wkładu pracy na rzecz pracodawcy), tym samym uznając zasadność zliczania poszczególnych okresów zatrudnienia.

W sytuacji, kiedy ustawodawca zdecydował o zróżnicowaniu długości okresu wypowiedzenia umowy o pracę zawartej na czas nieokreślony w zależności od okresu zatrudnienia pracownika u danego pracodawcy, to za wykładnią uwzględniającą w tym stażu jedynie zatrudnienie ostatnie, bezpośrednio poprzedzające wypowiedzenie umowy i nieuwzględnianiem okresów zatrudnienia wcześniejszego, musiałyby przemawiać jakieś istotne racje. Zdaniem Sądu Najwyższego takich istotnych racji brakuje. Natomiast przyjęcie wykładni zawężającej pojęcie okresu zatrudnienia mogłoby prowadzić do przerzucenia na pracownika ryzyka gospodarczego prowadzenia zakładu pracy, a więc do rezultatów sprzecznych z podstawowymi założeniami prawa pracy.

Stając zatem przed koniecznością ustalenia obowiązującego pracownika okresu wypowiedzenia umowy o pracę, należy pamiętać, iż w świetle obecnie dominującego poglądu judykatury, konieczne jest uwzględnianie wcześniejszych okresów zatrudnienia danego pracownika w tym samym zakładzie pracy.



Autor:
Adam Organiszczak

Uchwała Zgromadzenia Wspólników oczami Sądu Najwyższego - Cz. I

Sąd Najwyższy – Izba Cywilna w wyroku z dnia 18 lipca 2014 r. (sygn. akt IV CSK 640/13) stwierdził, że brak jest podstaw, by przy wykładni uchwał Zgromadzenia Wspólników spółki z ograniczoną odpowiedzialnością stosować art. 65 Kodeksu cywilnego [K.c.] a samą uchwałę określił jako „czynność prawną wewnątrzkorporacyjną”. Jakie były motywy takiego rozstrzygnięcia?

Przed analizą ww. wyroku [Wyrok] warto odnieść się do stanu faktycznego, który stanowił podstawę Wyroku, dalej zaś do orzeczeń sądów niższych instancji.

Wspólnikami pozwanej spółki z ograniczoną odpowiedzialnością [Spółka] było troje wspólników. Jeden z nich, Powód, posiadał 17 udziałów w kapitale zakładowym Spółki wynoszącym 150.000 zł w łącznej wysokości 17.000 zł. Powód nabył te udziały od byłego wspólnika na podstawie umowy sprzedaży. Powód był reprezentowany na zgromadzeniach wspólników przez wspólnika, od którego nabył udziały [Pełnomocnik]. Pełnomocnik po sprzedaży udziałów powodowi pozostawał jednak w trwałym konflikcie ze Spółką. Wyrażało się to np. w głosowaniu przeciwko większości uchwał Spółki, co z kolei paraliżowało prace Spółki.

Na jednym z Nadzwyczajnych Zgromadzeń Wspólników Spółki, Zgromadzenie Wspólników Spółki podjęło uchwałę, która dodawała do umowy Spółki następujące postanowienie „Pełnomocnikami wspólników na zgromadzeniu mogą być tylko inni wspólnicy”. Za uchwałę oddano 133 głosy, zaś przeciwko 17. Powód poprzez Pełnomocnika głosował przeciwko uchwale, a po podjęciu jej wskazaną większością głosów zgłosił sprzeciw do uchwały i czynność ta została zaprotokołowana.

Następnie Powód wniósł przeciwko Spółce pozew o stwierdzenie nieważności ww. Uchwały, ewentualnie o jej uchylenie.

Sąd Okręgowy oddalił powództwo zarówno w zakresie żądania stwierdzenia nieważności uchwały, jak i jej uchylenia. Powód wniósł apelację od wyroku, Sąd Apelacyjny jednak ją oddalił. Sąd Apelacyjny podzielił ustalenia faktyczne Sądu Okręgowego, a ponadto stwierdził, że mimo trafności zarzutu apelacyjnego odnośnie wadliwej wykładni art. 243 § 1 Kodeksu spółek handlowych [K.s.h.], zaskarżony wyrok odpowiada prawu – nie było bowiem podstaw do stwierdzenia nieważności lub uchylenia zaskarżonej uchwały.

Sąd Apelacyjny podkreślił, że stwierdzenie nieważności może nastąpić wyłącznie, gdy uchwała wspólników jest sprzeczna z ustawą (art. 252 § 1 K.s.h.). Tymczasem w przedmiotowej sprawie krąg osób uprawnionych do reprezentowania wspólników na zgromadzeniach wspólników został tylko ograniczony; uprawnienie wspólnika do uczestnictwa w zgromadzeniach wspólników przez pełnomocnika nie zostało więc wyłączone (art. 243 § 1 K.s.h.), zatem brak było podstaw do stwierdzenia nieważności uchwały.

Powód wniósł Skargę Kasacyjną od wyroku Sądu Apelacyjnego. W jednym z zarzutów wskazał na naruszenie m. in. art. 252 § 1 K.s.h. w zw. z art. 65 § 1 i 2 K.c., przy czym uzasadniając ten zarzut Powód podniósł przede wszystkim, że Sąd Apelacyjny badając zgodność uchwały z ustawą bezzasadnie oparł się tylko i wyłącznie na literalnej treści uchwały i nie dokonał jej wykładni, zgodnie z art. 65 § 1 i 2 K.c.

Przed przejściem do stanowiska Sądu Najwyższego [SN] tytułem wyjaśnienia wskazać należy, że zgodnie z art. 65 § 1 K.c. oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Z art. 65 § 2 wynika z kolei, że w umowach należy raczej badać jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na jej dosłownym brzmieniu.

SN nie podzielił argumentacji Powoda i podkreślił, że uchwały zgromadzenia wspólników nie można uznać za czynność prawną, do której stosujemy wprost przepisy dotyczące czynności prawnych, w szczególności umów. Co prawda SN wskazał, że uchwała tak jak czynność prawna jest zdarzeniem prawnym (w jej skład wchodzi bowiem oświadczenie woli i wywołuje ona skutki prawne), to jednak jest to czynność prawna szczególna, do której przepisy o czynnościach prawnych można stosować tylko wtedy, gdy K.s.h. nie reguluje odrębnie sposobu podejmowania uchwały i skutków do jakich ona prowadzi.

Powyższe odmienności wynikają z odrębnych funkcji, które pełnią czynności prawne i uchwały. O ile czynności prawnej prowadzą do powstania, zmiany lub ustania stosunków prawnych pomiędzy odrębnymi osobami, o tyle uchwały zgromadzenia wspólników spółki z o.o. są źródłem powstania, zmiany lub ustania stosunków wewnątrz spółki. Mając na uwadze te argumenty SN określił uchwały tytułowymi „czynnościami prawnymi wewnątrzkorporacyjnymi”.

SN podkreślił także odmienną rolę oświadczenia woli w umowie oraz w uchwale. Umowa staje się skuteczna w momencie, gdy dojdzie do uzgodnienia oświadczeń woli stron umowy. O skutecznej uchwale możemy mówić natomiast, gdy zostanie za nią oddana wymaga większość głosów. Tym samym zupełnie brak jest podstaw, by przy wykładni uchwał, jak to sugerował Powód, stosować art. 65 K.c. SN podkreślił ponadto, że badanie w przypadku uchwał uchwałach zgodnego zamiaru wspólników, którzy brali udział w głosowaniu i jaki był cel uchwały jest pozbawione znaczenia, bowiem decydują o tym nie wszyscy wspólnicy, ale wyłącznie ci którzy mają większość potrzebną do przyjęcia uchwały.

Komentując Wyrok wskazać należy, że z pewnością nie można odmówić słuszności zaprezentowanej przez SN argumentacji. Szczególnie ciekawe jest wypracowanie przez SN pojęcia „wewnątrzkorporacyjnej czynności prawnej”. Podkreślić jednak należy, że choć stanowisko SN wydaje się być dość jednoznacznie, to jednocześnie poglądy doktryny w zakresie odpowiedzi na pytanie, czy uchwała stanowi czynność prawną, nie są jednolite. Szerzej o tych poglądach będzie mowa w artykule, który pojawi się w kolejnym numerze naszego Newslettera.



Autor:
Piotr Regulski

Prawo restrukturyzacyjne – układ z największymi wierzycielami

Z dniem 1 stycznia 2016 roku do polskiego porządku prawnego wprowadzono nowe regulacje odnoszące się do restrukturyzacji przedsiębiorstw. Ustawa z dnia 15 maja 2015 roku Prawo restrukturyzacyjne („Ustawa”) zastępuje ustawę z dnia 28 lutego 2003 roku Prawo upadłościowe i naprawcze, w części dotyczącej właśnie restrukturyzacji przedsiębiorstw, wcześniej działań naprawczych. Jak możemy przeczytać w uzasadnieniu do Ustawy „dziesięcioletni okres stosowania ustawy z dnia 28 lutego 2003 roku Prawo upadłościowe i naprawcze umożliwia krytyczną weryfikację realizacji stawianych jej celów w ewoluujących warunkach gospodarczych. Część rozwiązań wprowadzonych w 2003 roku i przejętych z obowiązujących wcześniej rozporządzeń z 1934 roku sprawdziła się w praktyce i zasługuje na zachowanie. Dotychczasowe doświadczenia pozwalają jednak na identyfikację szeregu dysfunkcji i uzasadniają konieczność przeprowadzenia reformy” – owe dysfunkcje to przede wszystkim (i) stosunkowo długi czas postępowania, (ii) wysokie koszty i (iii) średnie zaspokojenie wierzycieli.

Głównym założeniem Ustawy jest wprowadzenie skutecznych instrumentów pozwalających na przeprowadzenie restrukturyzacji przedsiębiorstwa dłużnika i zapobieżenie jego likwidacji. Zachowanie przedsiębiorstwa dłużnika w wielu przypadkach jest znacznie korzystniejsze dla wierzycieli niż jego likwidacja. Zachowanie przedsiębiorstwa dłużnika oznacza również zachowanie miejsc pracy oraz, co do zasady, możliwość nieprzerwanego realizowania kontraktów, a więc ma pozytywne znaczenie społeczne i gospodarcze. Dotychczas wielokrotnie sam fakt ogłoszenia upadłości dłużnika wykluczał wszelką możliwość skutecznej restrukturyzacji, niezależnie od tego, czy była to upadłość z możliwością zawarcia układu czy likwidacyjna. Skojarzenia upadłości z końcem działalności, bankructwem i brakiem możliwości odzyskania swoich wierzytelności były tak silne, że w wielu przypadkach, po ogłoszeniu upadłości, wierzyciele nie chcieli podejmować żadnych rozmów z dłużnikiem. Z tych względów Ustawa zakłada oddzielenie postępowań restrukturyzacyjnych od stygmatyzujących postępowań upadłościowych.

Oczywiście ramy objętościowe niniejszego opracowania nie pozwalają ażeby w sposób nawet bardzo ogólny omówić najważniejsze instytucje Ustawy, stąd przyjrzymy się bliżej, naszym zdaniem, jednemu z ciekawszych z nowych rozwiązań restrukturyzacyjnych, tj. układowi częściowemu.

Często w celu skutecznej restrukturyzacji przedsiębiorstwa nie jest konieczne zawieranie układu ze wszystkimi wierzycielami. Dotyczy to zwłaszcza dużych i bardzo dużych przedsiębiorstw, które posiadają wielu wierzycieli, ale dla których istotne jest wyłącznie porozumienie z największymi wierzycielami, którymi często są (i) podmioty finansujące działalność dłużnika, np. banki lub (ii) wiodący dostawcy. W takiej sytuacji nie ma potrzeby angażowania w postępowanie wszystkich wierzycieli skoro dłużnik przewiduje, że w wyniku zawarcia układu tylko z niektórymi grupami wierzycieli będzie mógł zaspokoić pozostałych w całości (Ustawa stanowi dokładnie o „niektórych zobowiązaniach, których restrukturyzacja ma zasadniczy wpływ na dalsze funkcjonowanie przedsiębiorstwa dłużnika”).

Co ważne układ częściowy będzie mógł być przyjęty i zatwierdzony wyłącznie w (i) postępowaniu o zatwierdzenie układu albo w (ii) przyspieszonym postępowaniu układowym, a więc w dwóch najmniej restrykcyjnych rodzajach postępowań restrukturyzacyjnych. Ponadto wyodrębnienie wierzycieli objętych układem częściowym powinno odbyć się w oparciu o

„obiektywne, jednoznaczne i uzasadnione ekonomicznie kryteria”, co ma na celu zapewnienie, aby wierzyciele ci stanowili jednorodną grupę, a nie zbiór podmiotów wybranych według przypadkowych kryteriów. Dla ułatwienia wyodrębnienia wierzycieli dla potrzeb układu częściowego Ustawa wskazuje, iż wierzytelnościami objętymi układem częściowym mogą być w szczególności wierzytelności (i) z tytułu finansowania działalności dłużnika przez udzielone kredyty, pożyczki i inne podobne instrumenty; (ii) z tytułu umów o zasadniczym znaczeniu dla funkcjonowania przedsiębiorstwa dłużnika, w szczególności z tytułu dostawy najważniejszych materiałów lub umów leasingu majątku niezbędnego dla działalności prowadzonej przez dłużnika; (iii) zabezpieczone hipoteką, zastawem, zastawem rejestrowym, zastawem skarbowym lub hipoteką morską (ustanowienia tych zabezpieczeń należy dokonać na przedmiotach i prawach niezbędnych do prowadzenia przedsiębiorstwa dłużnika, a nie na nieistotnych składnikach majątku dłużnika); (iv) największe określone według sumy (kwoty o zasadniczym znaczeniu dla funkcjonowania przedsiębiorstwa dłużnika).

Etapy postępowania, którego przedmiotem ma być zawarcie układu częściowego to zatem (i) wyodrębnienie wierzycieli objętych układem częściowym; (ii) badanie przez sąd zgodności z prawem kryteriów wyodrębnienia wierzycieli objętych układem częściowym; (iii) głosowanie nad układem wyłącznie przez wierzycieli objętych układem częściowym.

Propozycje układowe mogą obejmować takie same sposoby restrukturyzacji zobowiązań dłużnika jak w przypadku układu zawieranego ze wszystkimi wierzycielami z dwoma zastrzeżeniami. Po pierwsze, propozycje układowe nie mogą przewidywać, dla wierzycieli objętych układem częściowym, korzyści, które zmniejszają możliwość zaspokojenia wierzytelności nieobjętych układem. Po drugie odmiennie uregulowano pozycję prawną objętych układem częściowym wierzycieli, których wierzytelności są zabezpieczone zabezpieczeniami rzeczowymi (hipoteka, zastaw, zastaw rejestrowy, zastaw skarbowy, hipoteka morska). Jeżeli skierowane do takiego wierzyciela propozycje układowe będą przewidywały pełne zaspokojenie jego wierzytelności na zasadach, które były przewidziane w umowie będącej podstawą ustanowienia zabezpieczenia, nawet jeżeli umowa ta została skutecznie rozwiązana lub wygasła, albo będą przewidywały zaspokojenie wierzyciela w stopniu porównywalnym z tym, jakiego mógł się spodziewać w razie dochodzenia należności z przedmiotu zabezpieczenia, do objęcia wierzytelności układem nie jest konieczna zgoda takiego wierzyciela. Ponadto, jeżeli propozycje układowe przewidują zabezpieczenie wierzytelności objętych układem częściowym przez ustanowienie na majątku dłużnika (i) hipoteki, (ii) zastawu, (iii) zastawu rejestrowego, (iv) hipoteki morskiej lub (v) przeniesienie własności rzeczy, wierzytelności lub innego prawa na zabezpieczenie, zabezpieczenia te będą bezskuteczne w stosunku do masy upadłości lub wierzycieli dłużnika, jeżeli upadłość dłużnika zostanie ogłoszona w ciągu roku od dnia wydania postanowienia o zatwierdzeniu układu częściowego albo w tym samym terminie wnioszek o ogłoszenie upadłości zostanie oddalony (niewystarczający majątek niewypłacalnego dłużnika do wszczęcia postępowania upadłościowego).

Uprawnieni do głosowania nad układem są wyłącznie wierzyciele objęci układem częściowym. Większość kapitałowa potrzebna do przyjęcia układu – 2/3 będzie liczona od sumy wierzytelności przysługującej wierzycielom objętym układem częściowym i uprawnionym do głosowania.

Oczywiście umożliwienie dłużnikowi zawarcia układu tylko z niektórymi wierzycielami nie może w żadnym wypadku odbyć się z pokrzywdzeniem pozostałych wierzycieli. Stąd też Ustawa przewiduje określone instrumenty, które mają zabezpieczać prawa wierzycieli nie objętych układem częściowym, tj. (i) propozycje układowe, jak wcześniej wspomniano, nie mogą przewidywać dla wierzycieli objętych układem częściowym korzyści, które zmniejszają

możliwość zaspokojenia wierzytelności nieobjętych układem, (ii) w postępowaniu o zatwierdzenie układu wierzyciele nieobjęci układem częściowym posiadają prawo zgłaszania zastrzeżeń co do zgodności z prawem przebiegu samodzielnego zbierania głosów w zakresie niezgodnego z prawem określenia wierzycieli objętych układem częściowym oraz w zakresie zgodności propozycji układowych, (iii) wierzyciele nieobjęci układem częściowym mogą wnieść zażalenie na postanowienie o zatwierdzeniu układu.

Na dziś trudno o podjęcie się jednoznacznej oceny nowego, trzeba przyznać dość innowacyjnego w Polsce, instrumentu restrukturyzacyjnego przedsiębiorstw. Układ częściowy zdaje się mieć potencjał ażeby zostać skuteczną deską ratunkową dla przedsiębiorców niewypłacalnych lub zagrożonych niewypłacalnością, niemniej jednak prawdziwa weryfikacja nastąpić może jedynie w gruncie konkretnych stanów faktycznych – z pewnością zatem do niniejszego tematu jeszcze powrócimy.



Autor:
Rafał Czyżyk



Autor:
Marcin Borowski

The Development of the Law of the Sea – part IV

Terrorism at Sea

1. The 2005 Protocols to the SUA Convention and to the 1988 SUA Protocol

Since the 1990s, terrorism and proliferation of weapons of mass destruction (WMD) have become a serious threat for the global security and all nations. At that time, the UN General Assembly and the Security Council issued many resolutions in which they urged states to take necessary measures to prevent terrorism and deny all forms of support to terrorists. What is more, a link has been developed between terrorism and the proliferation of WMD.¹

The terrorist attack on the World Trade Centre on 11th September 2001 have shown the vulnerability of the international transport infrastructure and highlighted the potential for terrorists to use other means of transport to cause death and destruction. The other factor that enhanced potential risk of terrorist attacks was the shift towards containerization in the transportation of general cargo and because there is emphasis on speed the cargo is rarely inspected.² Also the increased strength of international media allowed maritime terrorists to gain necessary exposure and publicity.

The new forms of maritime terrorism and the growing number of transnational networks of terrorists induced the IMO to enhance the existing regime relating to combating terrorism at sea, as the previous one seemed to be insufficient. In consequence, on 20th November 2001, IMO adopted Resolution A.924 (22), in which IMO expressed its grave concern about the security of the passengers and crew on board ships in the context of incidents involving terrorism and other unlawful acts against ships. In the said Resolution, IMO also called for a review of the existing legal and technical measures to prevent and suppress terrorism at sea and the competent committees were requested to “undertake, on a high priority basis, a review to ascertain whether there is a need to update the instruments under their scope and/or to adopt other security measures and, in the light of such a review, to take prompt action as appropriate”.

As a result of the IMO initiative, a Diplomatic Conference held in December 2002 adopted a series of new security measures. One of the most important novelties was the adoption of the International Ship Port and Facility Security Code (the ISPS Code), which entered into force on 1st July 2004. The ISPS Code was developed as an amendment to the 1974 Safety of Life at Sea Convention (SOLAS). The main objective of the ISPS Code is to identify and take preventive measures against security incidents affecting ships or port facilities used in international trade. Part A of the ISPS Code establishes security-related requirements for governments, port authorities as well as shipping companies and Part B of the Code includes a series of non-mandatory guidelines as to how these requirements might be met. The Code applies to passenger ships and cargo vessels of 500 gross tonnage and upwards, including high-speed craft, mobile offshore drilling units, and port facilities serving such ships engaged on international voyages.

¹ H. Tuerk, *Combating Terrorism At Sea - The Suppression Of Unlawful Acts Against The Safety Of Maritime Navigation*, University of Miami International and Comparative Law Review, Vol. 15, 2008, p. 353.

² H. Tuerk, *Combating Terrorism At Sea: The Suppression Of Unlawful Acts Against The Safety Of Maritime Navigation*, in: *Legal Challenges in Maritime Security*, M.H. Nordquist, R. Wolfrum, J.N. Moore and R. Long (eds.), Martinus Nijhoff Publishers, Leiden 2008, p. 61.

However, the ISPS Code does not apply to any fishing vessel of any size, warships and other government ships used for non-commercial service.³

The Proliferation Security Initiative (PSI) announced by the United States in 2003 was another novelty, which enhanced maritime security. The PSI remains the most important tool to fight the proliferation of weapons of mass destruction using maritime transportation. The PSI was initially established among 11 core members. As of 4th July 2014, the PSI has been endorsed by 104 countries.⁴ It is worth mentioning that the PSI is not based on international agreement, but constitutes political alliance. The PSI participants are committed to take steps within existing legal framework to prevent proliferation of WMD and related materials between states and non-state actors of proliferation concern.⁵ These commitments are set out in a Statement of Interdiction Principles. Another important feature of the PSI is its nature as a political and cooperative regime, which facilitates coordination between states concerned and allows for the better flow of information and interaction at an operational level between the participants.

What is more, the IMO Legal Committee, after reviewing the existing provisions of the 1988 SUA Convention and Protocol, concluded that the lists of unlawful acts envisaged by these treaties were insufficient and that amendments were needed in order to cope with the threat of modern-day terrorism. At that time, the IMO Legal Committee acknowledged the obvious deficiency of the 1988 SUA Convention that the law enforcement officials were not allowed to board foreign flag ships on the high seas, either to search for alleged terrorists or their weapons, or to render necessary assistance to a ship suspected of being under attack. It was obvious that this loophole needed to be addressed, but at the same time it was also vital to ensure that basic freedoms of the sea, such as freedom of navigation or the right of innocent passage, would not be jeopardized. The Legal Committee also deliberated on changing the title of the aforementioned treaties in order to include the term "terrorist attacks", but that idea was considered as inappropriate as the amending instruments were only protocols to an existing Convention and Protocol. Moreover, it was common knowledge that the main objective of these treaties was to combat terrorism at sea, therefore the addition of the term "terrorist attacks" was not crucial.

On 14th October 2005 the International Conference on the Revision of SUA Treaties adopted amendments to the 1988 Convention and Protocol. From that moment, the original 1988 SUA Convention, Protocol and the amending Protocols constitute a single instrument, namely: Convention for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Maritime Navigation (the 2005 SUA Convention) and the Protocol for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Fixed Platforms located on the Continental Shelf (the 2005 SUA Fixed Platforms Protocol). On 14th March 2007, the UN General Assembly adopted Resolution 61/222 which invited states to become parties to the amended SUA Convention and Protocol.⁶

As of 12th February 2015 the 2005 SUA Convention had 33 contracting states parties accounting to 35.82% of world tonnage and the 2005 SUA Fixed Platforms Protocol had 29 contracting states parties (35.12% of world tonnage). Both treaties entered into force on 28th July 2010.⁷

³ N. Klein, *Maritime Security and the Law of the Sea*, Oxford University Press, Oxford 2011, p. 158.

⁴ U.S. Department of State, Proliferation Security Initiative Participants, <http://www.state.gov/t/isn/c27732.htm> (18.02.2015).

⁵ N. Klein, *Maritime Security and the Law of the Sea*, Oxford University Press, Oxford 2011, p. 193.

⁶ H. Tuerk, *Combating Terrorism At Sea - The Suppression Of Unlawful Acts Against The Safety Of Maritime Navigation*, University of Miami International and Comparative Law Review, Vol. 15, 2008, p. 358.

⁷ International Maritime Organization, Status of Conventions, <http://www.imo.org/About/Conventions/StatusOfConventions/Pages/Default.aspx> (17.02.2015).

The most important novelties of the 2005 Protocol to the 1988 SUA Convention are the Article 3bis, which enlarges the number of unlawful acts covered by the treaty and Article 8bis, which allows ship boarding and provides a legal mechanism through which states parties may enforce these provisions. Similar amendments were introduced to the 2005 SUA Fixed Platforms Protocol.

Even though preamble of the 2005 SUA Convention emphasises the terrorist threat to international peace and security, it does not contain an authoritative definition of terrorism. However, there is terrorist-purposes provision enshrined in Article 3bis (1)a.⁸ Therefore, the person commits an unlawful act within the meaning of the 2005 SUA Convention “when the purpose of the act, by its nature or context, is to intimidate a population, or to compel a government or an international organization to do or to abstain from doing any act”.

Pursuant to Article 3bis (1)a, an offence is criminalized under the 2005 SUA Convention if a person for the purpose referred to unlawfully and intentionally:

- i. uses against or on a ship or discharges from a ship any explosive, radioactive material or BCN (i.e. biological, chemical, nuclear) weapon in a manner that causes or is likely to cause death or serious injury or damage, or,
- ii. discharges, from a ship, oil, liquefied natural gas, or other hazardous or noxious substance, which is not covered by subparagraph (a)(i), in such quantity or concentration that causes or is likely to cause death or serious injury or damage, or,
- iii. uses a ship in a manner that causes death or serious injury or damage, or,
- iv. threatens, with or without a condition, as is provided for under national law, to commit the aforementioned offences.

Article 3bis (1)(b) prohibits the transportation of dangerous materials that could be used in a terrorist attack, such as:

1. BCN weapons,
2. source material not covered under the International Atomic Energy Agency's (IAEA) safeguards agreement,
3. other explosive or radioactive material that could be used in a terrorist attack or a threatened terrorist attack, and,
4. any equipment, materials or software or related technology that is intended to contribute to the design, manufacture or delivery of a BCN weapon.⁹

Article 3bis (2) provides an exception to the rule enshrined in Article 3bis (1)(b) - the transportation of nuclear material is not considered an unlawful act, if, subject to specific conditions, such material is transported to or from the territory of, or is otherwise transported under the control of, a state party to the Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons. This provision was criticized by many states during negotiations as it favours recognized nuclear countries and this might be the reason why many countries did not adhere to the 2005 SUA Convention.

⁸ H. Tuerk, *Combating Terrorism At Sea - The Suppression Of Unlawful Acts Against The Safety Of Maritime Navigation*, University of Miami International and Comparative Law Review, Vol. 15, 2008, p. 359.

⁹ C.A. Harrington, *Heightened Security: The need to Incorporate Article 3bis (1)(A) and 8bis (5)(E) of the 2005 Draft SUA Protocol into Part VII of the United Nations Convention on the Law of the Sea*, Pacific Rim Law and Policy Journal Association, Vol. 16, 2007, p. 123.

Another offence added to the SUA Convention is that person also commits an offence if that person unlawfully and intentionally transports another person on board ship knowing that the person has committed unlawful act under the said Convention or an offence envisaged by the nine anti-terrorism conventions listed in the Annex and intending to assist that person to evade criminal prosecution.¹⁰ If a state, willing to become a state party to the 2005 SUA Convention, is not a party to the one of the anti-terrorism treaties listed in the Annex, it may declare that the treaty in question shall be not included in that provision.¹¹

Article 3quarter broadens the scope of offences criminalized under the 2005 SUA Convention. The aforementioned provision also makes it an offence to unlawfully and intentionally injure or kill any person in connection with the commission of any of the offences set forth in the Convention, to attempt to commit an offence, to participate as an accomplice, to organize or direct others to commit an offence, or to contribute to the commission of an offence.

It has already been said that one of the most important novelties in the 2005 SUA Convention is the introduction of the Article 8bis, which fills one of the deficiencies of the 1988 SUA Convention.¹² This provision covers cooperation and procedures to be followed if a state party wants to board a ship flying the flag of another state party when there are reasonable grounds to suspect that the ship or a person on board the ship has been, is being or is about to be involved in the commission of an unlawful act under the 2005 SUA Convention. Before boarding, the requesting state party has to receive express authorization of the flag state, which may be given in general or ad hoc.¹³

Furthermore, the boarding state may be authorized to exercise powers of, or in relation to arrest, detention and prosecution. What is more, a state party may notify the IMO Secretary-General that, with respect to ships flying its flag or displaying its mark of registry, the requesting party is granted authorization to board and search the ship, its cargo and persons on board, and to question the persons on board in order to locate and examine documentation of its nationality and determine if an offence set forth in the 2005 SUA Convention has been, is being or is about to be committed, if there is no response from the first party within four hours of acknowledgement of receipt of a request to confirm nationality. A state party may also notify the Secretary-General that the requesting party is authorized to board and search a ship, its cargo and persons on board, and to question the persons on board in order to determine if an offence set forth in the Convention has been, is being or is about to be committed. Finally, a state party can authorize another state party to board a ship flying its flag when requested.

During negotiations on the amendments to the 1988 SUA Convention there was a proposition to include provision according to which the flag state would automatically be deemed to have authorized a boarding when it fails to respond to a request by another state to board within a certain timeframe. Because an agreement could not be reached on that particular issue, the proposed provision was not introduced to the amended SUA Convention.¹⁴

¹⁰ Article 3ter of the 2005 Convention for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Maritime Navigation.

¹¹ H. Tuerk, *Combating Terrorism At Sea: The Suppression Of Unlawful Acts Against The Safety Of Maritime Navigation*, in: *Legal Challenges in Maritime Security*, M.H. Nordquist, R. Wolfrum, J.N. Moore and R. Long (eds.), Martinus Nijhoff Publishers, Leiden 2008, p. 70.

¹² See p. 52-53.

¹³ R. Wolfrum, *Fighting Terrorism at Sea: Options and Limitations Under International Law*, in: *Legal Challenges in Maritime Security*, M.H. Nordquist, R. Wolfrum, J.N. Moore and R. Long (eds.), Martinus Nijhoff Publishers, Leiden 2008, p. 20.

¹⁴ H. Tuerk, *Combating Terrorism At Sea - The Suppression Of Unlawful Acts Against The Safety Of Maritime Navigation*, *University of Miami International and Comparative Law Review*, Vol. 15, 2008, p. 362.

Article 8bis allows states parties to use force when exercising authorized actions, but only if it is necessary to ensure the safety of officials and persons on board, or where the officials are obstructed in the execution of these actions.

Article 8bis of the 2005 SUA Convention provides safeguards for innocent carriers and seafarers when a state party takes measures against a ship. These safeguards include:

1. not endangering the safety of life at sea,
2. ensuring that all persons on board are treated in a manner which preserves their basic human dignity,
3. ensuring that boarding and search is conducted in accordance with applicable international law,
4. taking due account of the safety and security of the ship and its cargo,
5. ensuring that measures taken are environmentally sound, and,
6. taking reasonable efforts to avoid a ship being unduly detained or delayed.¹⁵

Another safeguard provided by Article 8bis is that states parties shall be liable for any damage or loss attributable to them arising from an illegal or unfounded boarding. The main objective of this provision is to ensure that ships will not be stopped or searched without reasonable grounds. The possible attribution of liability would tend to indicate that any decision to request authorization to board must in reality exceed the mere existence of a reasonable ground to suspect.¹⁶ This provision is in conformity with the requirement enshrined in Article 110 of the UNCLOS.¹⁷

It is worth mentioning that the aforementioned boarding procedures do not change any rules of international law as they are in conformity with articles 92 and 110 of the UNCLOS, according to which flag states are allowed to enter international treaties granting a non-flag state the right to board their vessels on the high seas.¹⁸

The 2005 Protocol to the 1988 SUA Convention improved also provisions regarding extradition. Pursuant to new Article 11bis, none of the offences set forth in the 2005 SUA Convention shall be regarded for the purposes of extradition or mutual legal assistance as a political offence or as an offence connected with a political offence or as an offence inspired by political motives. Furthermore, the new Article 11ter states that there is no obligation to extradite or afford mutual assistance if the requested state party has substantial grounds for believing that the request for extradition has been made for the purpose of prosecuting or punishing a person on account of that person's race, religion, nationality, ethnic origin, political opinion or gender, or that compliance with the request would cause prejudice to that person's position for any of these reasons.

The amendments to the 1988 Protocol for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Fixed Platforms Located on the Continental Shelf were similar to those in the 2005 Protocol to the SUA Convention.

¹⁵ R. Wolfrum, Fighting Terrorism at Sea: Options and Limitations Under International Law, in: Legal Challenges in Maritime Security, M.H. Nordquist, R. Wolfrum, J.N. Moore and R. Long (eds.), Martinus Nijhoff Publishers, Leiden 2008, p. 64.

¹⁶ N. Klein, Maritime Security and the Law of the Sea, Oxford University Press, Oxford 2011, p. 184.

¹⁷ Article 110(3) of the United Nations Convention on the Law of the Sea: *If the suspicions prove to be unfounded, and provided that the ship boarded has not committed any act justifying them, it shall be compensated for any loss or damage that may have been sustained.*

¹⁸ C.A. Harrington, Heightened Security: The need to Incorporate Article 3bis (1)(A) and 8bis (5)(E) of the 2005 Draft SUA Protocol into Part VII of the United Nations Convention on the Law of the Sea, Pacific Rim Law and Policy Journal Association, Vol. 16, 2007, p. 127.

As a result of the aforementioned amendments, the number of unlawful acts criminalized under the Protocol has been enlarged by Articles 2bis and 2ter, namely:

1. a person commits an offence if that person unlawfully and intentionally
 - a. uses against or on a fixed platform any explosive, radioactive material or BCN weapon in a manner that causes or is likely to cause death or serious injury or damage, or,
 - b. discharges from a fixed platform, oil, liquefied natural gas, or other hazardous or noxious substance, in such quantity or concentration, that it causes or is likely to cause death or serious injury or damage, or,
 - c. threatens to commit any of these offences when the purpose of the act, by its nature or context, is to intimidate a population, or to compel a government or an international organization to do or to abstain from doing any act, or,
 - d. injures or kills any person in connection with the commission of the abovementioned offences, attempts to commit an offence, participates as an accomplice, organizes or directs others to commit an offence.

2. Assessment

The 1988 SUA Convention and Protocol was an important milestone in the development of an international anti-terrorist legislation. What is more, the 2005 Protocol to the SUA Convention managed to fill some loopholes in the original treaty, especially by introducing ship-boarding procedures and enlarging the number of unlawful acts covered by the Convention. The SUA Convention and its Protocol are complementary to the various practical measures put in place over the past years within the framework of the IMO. These new instruments are important step in the right direction and they show that the international community understood that terrorism is an international crime that can only be suppressed successfully by concerted international efforts. There are, however, few deficiencies within the SUA Convention that may hinder its effectiveness.

The first problem is that up till 12th February 2015 the 2005 SUA Convention was ratified only by 33 countries, as opposed to the 1988 SUA Convention, which was ratified by 165 states.¹⁹ This slow ratification process remains the case despite the adoption of the UN Security Council Resolution 1373 and subsequent work of the Council's Counter-Terrorism Committee leading to a marked improvement in the adherence of states to a range of anti-terrorism treaties.²⁰ It is obvious that more countries have to ratify the 2005 SUA Convention for it to be more effective.

The second issue is that the 2005 SUA Convention emphasises the consent of a flag state for boarding. Because of that there is a risk of failure to prevent maritime terrorists due to flag state delay in granting authorization and the possibility for a flag state to obstruct boarding. The possible explanation for this weakness is the efforts to protect freedom of navigation and exclusive jurisdiction of the flag state over ships flying its flag. Nevertheless, prevention and suppression of terrorism at sea should be a priority, even at the expense of some freedoms and privileges, as this is vital for maintaining international peace and security.

Furthermore, it is believed that while the ship-boarding provisions of the 2005 SUA Convention enhance international maritime security, they do not create a strong-enough defence against terrorism at sea.

¹⁹International Maritime Organization, Status of Conventions,
<http://www.imo.org/About/Conventions/StatusOfConventions/Pages/Default.aspx> (18.02.2015).

²⁰N. Klein, *Maritime Security and the Law of the Sea*, Oxford University Press, Oxford 2011, p. 191.

One way to solve this problem would be the amendment of Part VII of the UNCLOS by incorporating Articles 3bis and 8bis into the Convention. This would create a non-flag state right of visit on the high seas given reasonable suspicion of a ship's involvement in terrorist activity.²¹ This could also solve the problem of slow ratification process of the 2005 SUA Convention.

Despite these deficiencies the 2005 SUA Convention is an important addition to the legal framework to increase maritime security, as it enables ship-boarding for a range of terrorism and proliferation offences and so addresses concerns that could not otherwise be addressed through the bilateral ship-boarding agreements.



Autor:
Andrzej Czernis

²¹ C.A. Harrington, Heightened Security: The need to Incorporate Article 3bis (1)(A) and 8bis (5)(E) of the 2005 Draft SUA Protocol into Part VII of the United Nations Convention on the Law of the Sea, Pacific Rim Law and Policy Journal Association, Vol. 16, 2007, p. 123.

“NORDLAKE”/“SEAEAGLE” - Collision case leads to rare decision

In a potentially unique English Admiralty case (Owners &/or demise charterers of the vessel “NORDLAKE” v Owners of the vessel “SEAEAGLE” (Now named MV “ELBELLA”), 2015) , Mr Justice Teare recently apportioned liability between four vessels involved in the collision between the container ship “NORDLAKE” and the Indian Navy warship “VINDHYAGIRI” off Mumbai.

In doing so, he re-iterated the principles set out by Sir Henry Brandon in his extra-judicial article Apportionment of Liability in British Courts under the Maritime Conventions Act 1911 (Apportionment of Liability in British Courts under the Maritime Conventions Act 1911 (1977) 51 Tulane Law Review 1025). In this action, claims were brought by the owners and/or demise charterers of “NORDLAKE” and the owners of the container ship “SEAEAGLE”. The other two vessels involved, the warships “GODAVARI” and “VINDHYAGIRI”, were not parties to the action. Teare J also considered the issue of whether liability could be apportioned between four ships when only two were parties to the action, and no evidence had been provided by those who were not parties.

Facts

On 31 January 2011, Nordlake was proceeding outbound from the port of Mumbai in the dredged channel. At C-24, she was brought onto a heading of 236 degrees. On completing this turn, she was slightly to port of the centre line of the channel. At C-17, “NORDLAKE” agreed on VHF with one of a line of three inbound Indian Navy warships heading towards her in the channel that she would pass “all the warships...green to green” or starboard to starboard.

Astern of these three vessels were two more inbound warships, “GODAVARI” and “VINDHYAGIRI”, followed by “SEAEAGLE”. At C-15, “NORDLAKE” turned to port onto a heading of about 211°degrees, and reduced speed to nine knots. She was then substantially to port of the centre line of the channel. Rule 9(a) of the Colregs provides that “A vessel proceeding along the course of a narrow channel or fairway shall keep as near to the outer limit of the channel or fairway which lies on her starboard side as is safe and practicable”.

All the inbound vessels were on their starboard side of the channel, in the correct water, while “NORDLAKE” was navigating towards them on her port side of the channel, in the wrong water. By C-8, “NORDLAKE” had passed clear of the first three inbound warships. At C-6, “NORDLAKE” and “SEAEAGLE” agreed on VHF to pass starboard to starboard. Shortly after this, “SEAEAGLE” overtook “VINDHYAGIRI” on her starboard side.

“NORDLAKE” and “GODAVARI” then agreed on VHF to pass port to port. At C-3.5, “SEAEAGLE” was fine off the port bow of “NORDLAKE” at about five cables. These two vessels confirmed on VHF that they would to pass starboard to starboard.

At C-2, “GODAVARI” passed clear to port of “NORDLAKE”. However, a close quarters situation then developed between “NORDLAKE” and “SEAEAGLE”. At C-1, following the intervention of Mumbai VTIS, both ships manoeuvred hard to starboard and passed port to port, narrowly avoiding a collision.

As “NORDLAKE” manoeuvred clear, “VINDHYAGIRI” was off her port bow at less than 1.5 cables. “VINDHYAGIRI” was shaping to cross ahead of “NORDLAKE”. The master of “NORDLAKE”

ordered hard to starboard. With “NORDLAKE” turning to starboard and “VINDHYAGIRI” turning to port, the bow of “NORDLAKE” collided with the starboard side of “VINDHYAGIRI”.

Apportionment of liability

In apportioning liability, Teare J applied and commended to others the principles set out by Sir Henry Brandon within the general proposition that both culpability and causative potency should be taken into account when assessing liability:

- First, the nature and quality rather than number of a ship’s faults should be taken into account
- Secondly, breaches of certain defined situations under the Colregs would usually be seriously culpable, ie a breach of Rule 9 of the Colregs concerning narrow channels
- Thirdly, causative potency comprises both the extent to which the fault contributed to the fact that the collision occurred and the extent to which the fault contributed to the damage resulting from the casualty
- Fourthly, in most cases it would be “right to treat the fault of a ship that creates a situation of difficulty or danger as greater than that of a ship that fails to react properly to such a situation after it has been created”
- Fifthly, a fault consisting of a deliberate act or omission might, in certain circumstances, be more culpable than a fault consisting of omission only

Teare J also tackled an issue which Sir Henry Brandon had indicated was an “open question of some difficulty”, as to whether liability could be apportioned between multiple vessels when only some of them were parties to the action. Section 187 of the Merchant Shipping Act 1995 provides that “Where, by the fault of one or more ships, damage or loss is caused to one or more of those ships...the liability to make good the damage or loss shall be in proportion to the degree in which each ship was in fault”.

The electronic evidence, including VDR and ECDIS data and VTIS radar and audio recordings had enabled the parties to agree on the navigation of all the ships involved.

Teare J held that pursuant to section 187, he must take account of the causative faults of all the vessels involved and apportion liability, even if some were not parties to the action before the court, and his decision would therefore not be binding on those parties. He found that all four ships were to blame for the collision, and that there had been a number of breaches of the Colregs.

He particularly criticised “NORDLAKE” for her breach of Rule 9 which, in terms of causative potency, was the primary fault which gave rise to the dangerous situation. Her presence in the wrong water was a deliberate decision to breach a rule which was designed to avoid a close quarters situation. He also criticised the use of VHF to agree navigational manoeuvres in conflict with the Colregs. Teare J found that from C-8 onwards, a series of causative faults on the part of all four vessels led to the collision. He held that liability should be apportioned as follows: “NORDLAKE” (60%), “SEAEAGLE” (20%), “GODAVARI” (10%) and “VINDHYAGIRI” (10%).



Author:
Andrew Gray

CMR Convention: Supreme Court overturns Court of Appeal on jurisdiction over successive carriers

In the recent matter of *British American Tobacco Denmark A/S and others v (1) Kazemier Transport BV [2015]* (*British American Tobacco Denmark A/S and others v Kazemier Transport BV; British American Tobacco Switzerland SA v (1) Exel Europe Ltd (2) H Essers Security Logistics BV & Others [2015]*), the Supreme Court examined the question of choice of jurisdiction in a claim against successive road carriers under the CMR Convention (Convention on the Contract for International Carriage of Goods by Road 1956 enacted into English law by a schedule to the Carriage of Goods by Road Act 1965).

Facts

British American Tobacco (BAT), the goods owner, contracted with Exel Europe Ltd (Exel), a company registered in England, for the provision of warehousing and distribution services. The agreement between BAT and Exel was governed by English law and subject to exclusive English jurisdiction, and permitted Exel to sub-contract services to approved sub-contractors.

The goods in question consisted of two consignments of tobacco to be carried by road, one from Switzerland to Holland, and the other from Hungary to Denmark, and CMR notes were issued for each consignment.

Exel sub-contracted the transport of the goods to two Dutch carriers, H Essers Security Logistics BV (Essers) for the consignment to be loaded in Switzerland, and Kazemier Transport BV (Kazemier) for the carriage commencing in Hungary. Both sub-contracts contained an English law and jurisdiction clause, but neither made reference to Exel's contract with the goods owner BAT.

During the transit, the first consignment was allegedly stolen in Belgium, and a substantial part of the second allegedly disappeared somewhere between Hungary and Denmark.

High Court

BAT started proceedings in the English court against Exel and the sub-contractors, Essers and Kazemier. The sub-contractors both challenged the jurisdiction of the English courts, invoking Art 31(1) of the CMR, and arguing that it should be read literally. Art 31(1) provides "In legal proceedings arising out of carriage under this Convention, the plaintiff may bring an action in any court or tribunal of a contracting country designated by agreement between the parties and, in addition, in the courts or tribunals of a country within whose territory (a) the defendant is ordinarily resident, or has his principal place of business, or the branch or agency through which the contract of carriage was made, or (b) the place where the goods were taken over by the carrier or the place designated for delivery is situated, and in no other courts or tribunals."

Essers and Kazemier argued that England was neither their principal place of business, nor did they make the contract of carriage in an English branch or agency. Furthermore, they did not take over the goods in England, and the delivery place was not England. Consequently, they contended, the English court had no jurisdiction over them, and they could only be sued where they were present (Holland), where the goods had been taken over (Switzerland or Hungary), or where they were due to be delivered (Holland or Denmark).

The High Court agreed and ruled that the English court had no jurisdiction to hear the claims. An order was made to set aside the claim forms.

Court of Appeal

BAT appealed against the decision, insisting that there was jurisdiction over Essers and Kazemier by virtue of Art 36 of the CMR (*Article 36. Except in the case of a counter-claim or a set-off raised in an action concerning a claim based on the same contract of carriage, legal proceedings in respect of liability for loss, damage or delay may only be brought against the first carrier, the last carrier or the carrier who was performing that portion of the carriage during which the event causing the loss, damage or delay occurred; an action may be brought at the same time against several of these carriers*).

The Court of Appeal held that it was necessary to consider the CMR Convention as a whole and give it a purposive, as opposed to a literal, interpretation. In that manner, jurisdiction could be obtained against successive carriers, pursuant to Art 36, in situations where jurisdiction was established under the contract of carriage against the primary carrier, under Art 31(1).

The Court of Appeal allowed the appeal and declared that the English court had jurisdiction over the claim against both sub-contractors.

Supreme Court

The Supreme Court allowed the appeal and restored the High Court's order setting aside the service of the claim forms. The Supreme Court judges based their decision on the following four reasons:

1. The tobacco companies' case was that once jurisdiction was established over one carrier under Art 31.1, the last sentence of that article ("...an action may be brought at the same time against several of these carriers.") entitled them to join in any other carrier who was potentially liable, even though proceedings could not be brought against that carrier under Art 31.1. Such an extension to an otherwise carefully defined jurisdiction seemed unlikely to have been intended
2. There was no basis upon which the appellants had become bound by the English jurisdiction clause in the primary contract
3. The appellants had become party to the contract by virtue of statute and under the terms of the consignment note. They were not party to it by someone making a contract with them through a "branch or agency". That phrase, as used in Art 31.1, meant a branch or agency of the relevant appellant iv) Art 6(1) of the Judgment Regulation (previously the Brussels Convention) (Council Regulation (EC) No. 44/2001 of 22 December 2000 on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters) could not impact on the interpretation of arts 31, 34 and 36 of the Convention, and there was no gap in the Convention that it was required to fill. The Convention had been adopted across a wide range of states, only half of which were EU members. It did not impinge on any EU law principles

Comment

The Supreme Court has now provided final clarification on where proceedings can be commenced in circumstances where a principal carrier is based in England but the successive carriers are based in different jurisdictions and goods are not transited to or from England. In such circumstances, the English Courts will have no jurisdiction and the EU Jurisdiction Regulations will not interfere.



Author:
Tom Gorrard-Smith



Author:
Elgan Rees Williams

Trafigura v Taci Oil International – Court reviews sale agreement

In a decision dated 16 December 2015, the English High Court considered whether there was sufficient clarity in an agreement allowing for delayed payment of gasoil.

The facts and arbitration history

The (Claimant) Seller sold gasoil to the (Defendant) Buyer on an ex-works basis with delivery into the Buyer's trucks at Porto Romano, Albania.

The Buyer wanted to purchase an asset of the Albanian national oil company and, in order to facilitate the purchase, the Seller agreed a different financing regime with the Buyer. Under the regime, 50% of the price was payable in advance and 50% within 90 days of delivery. There was a US\$5 million credit limit on the facility and the Buyer provided the Seller with a second priority mortgage over some of its real property as security.

In practice, this arrangement meant that the Buyer obtained twice the value of cargo that it actually paid for. The facility was used 11 times between 21 January 2013 and 25 February 2013, when the US\$5m limit was reached.

The Seller's structured trade finance manager had agreed the facility with the Buyer and reminded them of the repayment deadline before it expired but the Buyer failed to pay within the 90 day period. The Buyer admitted that sums were due, and promised to make the repayments but only a few were ever made.

The Seller's lawyers wrote to the Buyer on 24 July 2013 and demanded US\$4.4m. The Buyer responded to the Seller directly and admitted to US\$3.5m of the debt. After further exchanges, the Buyer's Head of Finance confirmed the Seller's calculations and in an email dated 31 July 2013, admitted that the remaining US\$800,000 was due and outstanding. However, no repayments were made.

Four issues were raised in defence and dismissed by the Court:

1. The Court disagreed with the Buyer's submission that the amounts and the due date were subject to discussion, and that there was a degree of flexibility on repayment, as submitted by the Buyer. The Court considered that the sale contract and deferred payment agreement were clear, and the Buyer had not particularised their allegation of flexibility
2. The Buyer also argued that, contrary to the principle of cooperation and flexibility agreed between the parties, the Seller had refused to engage in good faith discussions. However, no such principle of cooperation and flexibility was found to have been agreed. The Court also rejected the suggestion that flexibility should be implied into the agreement (the written terms being silent on the issue) and held that the Seller had in any event engaged the Buyer into discussions on a number of occasions
3. The Buyer disputed the significance of the admission in the email of 31 July, and argued that the Head of Finance did not have authority to make such an admission. The Court rejected these arguments finding that the relevant individual would likely have had actual or apparent authority to make the admission. They also rejected the suggestion that the admission was not significant
4. Finally, the Buyer did not plead a positive case, but put the Seller to proof on the quantum of their claim. Again, the Court dismissed the Buyer's defence, and found in favour of the Seller

5. Accordingly, judgment was given to the Buyer in the full amount of their claim.

Comment

In the current difficult market, this judgment does serve as a reminder of the potential difficulties when extended and vague credit terms are afforded without formality on the terms being agreed.



Author:
Leon Alexander

Seafarers: territorial jurisdiction test

Pensions automatic enrolment

The Administrative Court has recently had to grapple with the issue of whether seafarers, who work on vessels which spend all or most of their time outside the UK, qualify for automatic enrolment into a UK-based pension scheme. In the process, the Court laid down a clear test for seafarers wishing to establish territorial jurisdiction for legal claims in the UK.

The Pensions Regulator is responsible for enforcing the obligations of British employers to automatically enrol their eligible employees. The Regulator concluded that seafarers employed by a Bermuda-incorporated company were eligible for auto-enrolment in the UK, and in line with its powers, issued a compliance notice on the company for failing to auto-enrol them. The company then sought judicial review of this.

What the court said

The court decided that:

1. To establish whether a seafarer is considered to be ordinarily working in the UK, the test is: where is the seafarer based?
2. For a seafarer, their base is the point at which they begin and end their journey – where they depart and return from a voyage. So even though they may work abroad frequently, and for extended periods of time, they will still be based in the UK if they habitually depart from and return to ports in the UK.
3. Seafarers who travel or commute to a port outside the UK would not be regarded as based in the UK. So a seafarer who lives in the UK but who works on a ship which spends most or all of its voyage time outside the UK, and does not usually start its voyages from a port in the UK, will not be regarded as ordinarily working in the UK.

What this decision means for marine employers

This decision is the first court guidance on what it means to be ordinarily working in the UK for the purposes of the pension auto-enrolment rules. To establish whether seafarers have a base in the UK, and qualify for automatic enrolment into a UK-based pension scheme, employers should give careful consideration to each employee on an individual basis. The key question is: do they live in the UK and do their voyages usually begin from and end at ports in the UK?

The “base test” the court adopted is consistent with previous decisions regarding peripatetic workers in an employment context, and could be persuasive if looking at employment rights, in a claim by a seafarer seeking to establish employment rights in the UK. Employers should look at their seafarer population to establish any risks of such rights being established, and seek advice on dealing with this risk appropriately.



Author:
Heidi Watson



Author:
Mark Howard

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 & Havans (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 Zawiązku 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. Odbywał praktyki w kancelariach Barlow Lyde & Gilbert w Londynie oraz Holland & Knight w Nowym Jorku. Członek Maritime and Transport Law Commite 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/Prawnicy/Asystenci

Szczecin

[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

[Sebastian Kita](#) | Radca prawny
s.kita@czernis.pl

[Adam Organiszczak](#) | Aplikant
a.organiszczak@czernis.pl

[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

[Marcin Kaszyński](#) | Aplikant
m.kaszyński@czernis.pl

[Adam Gielnik](#) | Aplikant
a.gielnik@czernis.pl

[Maciej Jaśkiewicz](#) | Aplikant
m.jaskiewicz@czernis.pl

[Łukasz Radosz](#) | Aplikant
l.radosz@czernis.pl

[Michał Pilecki](#) | Aplikant
m.pilecki@czernis.pl

[Piotr Regulski](#) | Aplikant
p.regulski@czernis.pl

[Marcin Borowski](#) | Aplikant
m.borowski@czernis.pl

[Piotr Lorenc](#) | Aplikant
p.lorenc@czernis.pl

[Piotr Porzycki](#) | Prawnik
p.porzycki@czernis.pl

[Szymon Romanowicz](#) | Asystent
s.romanowicz@czernis.pl

Gdynia

[Olgierd Skarbek](#) | Radca prawny
o.skarbek@czernis.pl

[Karol Jasman](#) | Aplikant
k.jasman@czernis.pl

Londyn

[Andrzej Czernis](#) | Prawnik
a.czernis@czernis.pl

