



Newsletter

Sierpień 2017



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

Kancelaria działa na rynku usług prawnych od 1995 roku. Od samego początku priorytetami kancelarii były: głęboka specjalizacja, elastyczne reagowanie na potrzeby Klientów oraz zapewnienie Klientom kompleksowej pomocy.

MCLO ma swoją główną siedzibę w Szczecinie oraz dwa oddziały – w Gdyni oraz w Londynie. Kancelaria jest największą firmą prawniczą specjalizującą się w prawie morskim w Polsce i zapewnia kompleksową obsługę prawną, a jej poszczególni prawnicy oferują specjalistyczną wiedzę, zwłaszcza w zakresie prawnych aspektów żeglugi morskiej i śródlądowej, portów morskich, międzynarodowych transakcji handlowych, prawa transportowego, obsługi korporacyjnej spółek, fuzji i przejęć, a także prawa cywilnego, gospodarczego, prawa pracy oraz prawa własności intelektualnej.

Clyde & Co LLP

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

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

Prawnicy Clyde & Co wykorzystując sieć biur rozmieszczonych we wszystkich najważniejszych jurysdykcjach świata z powodzeniem świadczą od lat pomoc prawną klientom, których działalność ma charakter międzynarodowy.

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

Spis treści

Marek Czernis Kancelaria Radcy Prawnego

Konosament a umowa czarteru – analiza w świetle prawa angielskiego	4
Opłata za anulowanie rezerwacji – nowe koszty frachtu morskiego	8
Globalna zmiana w umowach podatkowych	10
Prezes zarządu, dyrektor, a może CEO?	12
Układ w restrukturyzacji	14
Zmiany dotyczące zatrudnienia pracowników tymczasowych	17
Służebność przesyłu. Część 1 – wstęp	19
Bezpieczeństwo meczów piłkarskich i innych imprez masowych – nowa konwencja ratyfikowana	22

Clyde & Co LLP

The “NEW FLAMENCO” – Supreme Court decision	25
Charterparty interpretation: giving effect to the words actually used?	27
Introduction of the LMAA 2017 Terms	29
The implications of the “OCEAN VICTORY” case	32

Konosament a umowa czarteru – analiza w świetle prawa angielskiego

W klasycznej klasyfikacji common law – umowa przewozu (contract of affreightment) występowała w dwóch zasadniczych formach albo umowy czarterowej albo umowy przewozu zawartej lub potwierdzonej w dokumencie przewozowym – konosamencie.

Praktyka obrotu morskiego usankcjonowała szeroką praktykę „jednoczesnego” lub może precyzyjnie rzecz ujmując „równoległego” występowania przy przewozie ładunku dwóch tych form umowy frachtowej jednocześnie. Ma to miejsce w szczególności, gdy statek wyczarterowany (na podróż lub na czas) „wystawia” jednocześnie konosament związany z danym przewozem. Jak to ujął precedens z 1912 r. „Den of Airlie S.S., Co Mitsui” (1912) 17 Com. Cas. 116. – „The issue of a bill of lading for goods on a chartered ship may create new obligations but does not put an end to the obligations under the charterparty” [zob. również „Hogarth S.S. Co. v Blyth” [1917] 2.K.B. 534; „Gardano and Giampieri v Greek Petroleum” [1961] 2 Lloyd’s Rep. 259].

Ze względu na złożoność prawną i faktyczną, powstałej w efekcie jednoczesnego funkcjonowania tych dwóch typów umowy koniecznym wydaje się rozpatrzenie tych sytuacji w odrębnych wariantach:

- (i) konosament w dyspozycji czarterującego; oraz
 - (ii) konosament przeniesiony na osobę trzecią.
- (i) Co do zasady, jeżeli czarterujący (a więc strona umowy czarteru z armatorem) jest również frachtującym (a więc stroną umowy przewozu zawartej z armatorem/przewoźnikiem) i wydano mu, (jako frachtującemu) konosament, zawierający warunki umowne różne od warunków umownych przewidzianych w czarterze – przyjmuje się wówczas, iż w relacji armator-czarterujący; konosament (ze swoimi odrębnymi od czarterujących warunkami umownymi) jest jedynie potwierdzeniem przyjęcia ładunku („receipt of the goods”) [„Rodocanachi v Milburn (1886) „18 Q.B.D.67 – Lord Esher, Lord Lindley]. Jak następnie potwierdził to Lord Brawell w „Wagstaff v Anderson” (1880) 5 C.P.D – „To say that the bill of lading is a contract, superseding, adding to, or warning the forms contract is a proposition to which I can never consent” [zob. również „Sewell v Burdick” (1884) 10 App. Cas. 74; „Temperley v Smythe” [1905] 2.K.B. 791; „Kruger & Co v Moel Tryvan” [1907] A.C. 272. „The Dunelmia” [1970] 1 Q.B. 289;

Podobnie, kiedy czarterujący – uzyskuje konosament w drodze indosu (staje się więc legitymowanym posiadaczem konosamentu na zlecenie oryginalnie wystawionego na rzecz frachtującego („shipper”) innego niż czarterujący) indosowany konosament nie modyfikuje lub zmienia warunków samego czarteru, przynajmniej w sytuacji, w której konosament winien być wystawiony „without prejudice to this charterparty” [„Love and Stewart v Rowtor” [1916] 2 A.C. 527; „President of India v Metcalfe Shipping, Co.” [1970] 1 Q.B. 289; „Calcutta S.S. Weir” [1910] 1. K.B. 759; „Hogarth S.S. Blyth” [1917] 2.K.B. 534; „The Dunelmia” [1970] 1 Q.B. 289; „Gardner Smith Pty Ltd. v The Ship Tomoe 8” („The Tomoe 8”) (1990) 19 N.S.W.L.R 588;

Wyżej przedstawiona zasada może ulec zmianie w sytuacji, w której, czarter ma charakter czarteru na czas, który przecież nie przewiduje warunków przewozu ładunku sensu stricto.

Pozycja prawna legitymowanego posiadacza konosamentu jest taka sama, niezależnie czy konosament jest bezpośrednio w jego posiadaniu czy też w posiadaniu przedstawiciela (Agent)

legitymowanego posiadacza [„Kern v Deslandes” (1861) 10 C.B. (N.S) 205; „Gledstones v Allen” (1852) 12. C.B 202; „Small v Moates” (1833) 9 Bing 574 i „President of India v Metcalfe Shipping”].

Nawet w sytuacji, w której konosament pełni tylko „wyjściową” funkcję potwierdzenia przyjęcia przez przewoźnika ładunku do przewozu („receipt”), jeżeli umowa przewozu przewiduje, iż tylko po okazaniu tego konosamentu może nastąpić wydanie ładunku to wówczas, nawet pomiędzy oryginalnymi stronami umowy frachtowej (przewoźnikiem a i frachtującym) – warunki konosamentowe (a nie warunki umowy frachtowej) mogą określać prawa i obowiązki stron umowy przewozu.

Strony umowy czarteru (armator-czarterujący) mogą ustalić, iż konosament (i zawarte w nim warunki) wydany w oparciu o tą umowę, może spowodować zmiany w umowie czarteru, ale musi być to, *expressis verbis*, przewidziane w tymże konosamencie wydanym czarterującemu [„Gullischen v Stewart” (1884) 13 Q. B.D. 317; „Bryden v Niebuhr” (1884) C & E. 241; „Davidson v Bissett” (1878) 5 Rettie 709].

Możliwość takiej zmiany umowy czarterowej przez warunki umowy konosamentowej („variation of the contract”), musi być wyraźnie potwierdzona w treści konosamentu. Sam fakt, iż konosament nie zawiera wszystkich warunków umowy czarteru lub zawiera warunki przewozu, które nie są przewidziane w czarterze, nie stanowią automatycznie przesłanek do uznania, iż taka zmiana umowy czarterowej (variation) miała miejsce. [„The San Roman” (1872) L.R. 3A & 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]

Powróćmy, w tej części opracowania do podstawowej zasady wyjściowej ustalonej w precedensach „Rodocanachi v Milburn” (1886) 18 Q.B.D. 67 oraz w „Leduc v Ward” (1888) 20 Q.B.D. 475. Stwierdzono tam, w szczególności, iż w sytuacji, w której zawarta została umowa czarteru (w domyśle na podróż) i czarterujący dostarczył ładunek na statku (a więc występował, jako „frachtujący” – strona umowy) i na niego został, z tytułu załadowanego towaru, wystawiony konosament – wówczas konosament ten jest wyłącznie „an acknowledgement of the receipt of the goods” chyba, iż inaczej przewidywały warunki umowne zawarte albo w czarterze albo w konosamencie.

I rzeczywiście precedensy – „Gullischen v Stewart” (1884) 13 Q.B.D. 317, „Bryden v Niebuhr” (1884) C&E 241, czy „Davidson v. Bissett” (1878) 5 Rettie 709, potwierdziły, iż w relacji armator-czarterujący można przyjąć umownie, iż wydany przez armatora do czarterującego konosament wprowadził skutecznie zmiany do wiążącej strony umowy czarteru.

W pierwszym z wyżej wymienionych precedensów „Gullischen v Stewart” (1884) – Sąd uznał, iż wprowadzenie do konosamentu, wydanego czarterującemu, dodatkowych postanowień związanych z płatnością frachtu, demurrage oraz uchylających skutek czarterowego „cesser clause” – skutkują zmianą umowy czarteru, *sensu stricto*. W efekcie powyższego czarterujący poniósł dodatkową odpowiedzialność z tytułu zaległego frachtu i należnego demurrage w braku możliwości zwolnienia się z tej odpowiedzialności na skutek uchylenia w konosamencie *cesser clause*.

Jak podsumowano to w jednym z powyższych precedensów – „If the parties to a charter wish to vary their contract, even in a substantial point, they can do so; and why not by a bill of lading?”. To ważna konkluzja – nakazująca uważnie zbadać czy tekst umowy czarteru i zapisy konosamentowe nie przewidują nawet w relacji oryginalnie czarterujący/ frachtujący – armator/przewoźnik możliwości modyfikacji umowy czarteru przez konosament.

- (ii) Przejdźmy do kolejnego warunku, z którym konosament został przeniesiony przez czarterującego na osobę trzecią (indosatariusza); to ta osoba trzecia staje się legitymowanym posiadaczem konosamentu (holder of B/L).

Podobnie jak precedens „Rodocanachi v Milburn” z 1886 r., i związane z nim orzeczenia ustanowił zasadę common law, zgodnie z którą konosament, w relacji armator-czarterujący, może być jedynie dowodem przyjęcia ładunku w nim oznaczonego na statek w celu przewozu („receipt for the goods”), precedens „Leduc v Ward” (1888) 20 Q.B.D. 475 przyjął, iż w przypadku przeniesienia konosamentu w drodze indosu na osobę trzecią (indosatariusza, indorsee/holder B/L) – „the bill of lading must be considered to contain the contract”.

Oczywiście, ujęta w precedensie „Leduc v Ward” – forma przeniesienia konosamentu na zlecenie (indos), winna być rozszerzona o formę wydania konosamentu w przypadku konosamentu na okaziciela (a i na formę konosamentu na zlecenie odbiorcy-„consignee” – w przypadku pierwszego przeniesienia pomiędzy frachtującym „shipper” na nominowanego w konosamencie odbiorcę na zlecenie).

O ile sama, przedstawiona powyżej zasada – co do principum – nie budziła i nie stwarza aktualnie żadnych wątpliwości prawnych, znacznie trudniejszą kwestią jest jej uzasadnienie w świetle prawa angielskiego.

Przypomnijmy, iż możliwość przeniesienia na legitymowanego posiadacza konosamentu postanowień umowy przewozu (a więc całokształtu praw i obowiązków umownych) ustanowiona została nie w drodze angielskiego prawa powszechnego (common law), bo te wręcz wykluczało taką możliwość (tzw. „privity of contract” – Lyon v Mells” (1804) 5 East, 428) – ale w drodze ustawowej. Zgodnie, bowiem z Bills of Lading Act 1855 oraz zmieniającym go Carriage of Goods by Sea Act 1924 (ss (2) (1) oraz 5 (1) (a)) – legitymowany posiadacz konosamentu (holder of B/L) nabywa (wchodzi w) prawa i obowiązki, słowem staje się stroną umowy przewozu zawartej pomiędzy frachtującym a przewoźnikiem potwierdzonej w lub do której konosament odsyła („the contract contained in or evidenced by the Bill of Lading”).

Problem w tym, iż w przypadku indosu konosamentu przez czarterującego-frachtującego – na rzecz innej, trzeciej osoby – jest trudność ww. zdefiniowania, jaki zespół „praw i obowiązków” kontraktowych z umowy „przechodzi na nowego legitymowanego posiadacza konosamentu”. Przecież jak trafnie ujął to Lord Esher w „Rodocanachi v. Milburn” – biorąc pod uwagę sytuację konosamentu w relacji armator-czarterujący – „no contract contained in the bill of lading but only a mere receipt”. Jak więc indos czarterującego może przenieść na legitymowanego posiadacza „coś, co nie istnieje”, (bo przecież konosament w tej podstawowej relacji nie zawiera żadnych warunków umowy przewozu).

Za najbardziej racjonalne i solidnie osadzone w angielskim systemie prawnym, przyjmuje się wyjaśnienie przedstawione przez Lorda Atkin w „Hain S.S., Co v Tate & Lyle” [1936] 41 Com. Cas. 350. Według tego uzasadnienia – przeniesienie konosamentu przez czarterującego (frachtującego) na osobę trzecią (nowego legitymowanego posiadacza konosamentu – „holder/endorsee”) powoduje, iż „contract spring into existence on the transfer to the lawful holder, which had no existence before”. Taka teoria „kreacyjna”, pozwalająca uzasadnić powstanie nowego zobowiązania umownego w relacji przewoźnik-legitymowany posiadacz konosamentu nie jest pozbawiona słabości i przynajmniej to – napotykała duży opór w doktrynie i orzecznictwie anglosaskim.

Pewne wsparcie, może nie samej doktryny, ile możliwość przyjęcia, iż konosament czarterującego, (który na poziomie „wyjściowym”, przypomnijmy, jest tylko „potwierdzeniem przyjęcia ładunku do przewozu przez przewoźnika”) po jego przeniesieniu na nowego posiadacza, staje się pełnowartościowym papierem wartościowym, określającym również warunki umowy przewozu pomiędzy „carrier” a „holder B/L” – znajdujemy w postanowieniu sec. 5(1) Carriage of Goods by Sea Act 1992 (COGSA 1992). Zgodnie z przytoczonymi postanowieniami czarterujący przenosząc konosament na nowego legitymowanego posiadacza – przenosi wraz z tym dokumentem – taki zakres praw i obowiązków „under contract of carriage as if he had been party to that contract”. I to „słowo klucz” – „jak gdyby był stroną umowy” – wskazuje na pewne hipotetyczne założenia prawne (swoistą „fikcję prawną”), którą ustawodawca angielski przyjął – dla skutecznego wyposażenia odbiorcy ładunku (legitymowanego posiadacza konosamentu) w zespół uprawnień kontraktowych wobec przewoźnika.

Działa to zresztą w obie strony, to jest – przewoźnik też uzyskuje w oparciu o sec. 2(1) i sec. 3 (1) COGSA 1992 konosamentowy zespół uprawnień kontraktowych wynikających z umowy, pozwalający mu skutecznie realizować swoje uprawnienia w stosunku do odbiorcy ładunku (holder B/L).



Autor:
Marek Czernis

Opłata za anulowanie rezerwacji – nowe koszty frachtu morskiego

Panujące obecnie w międzynarodowych przewozach morskich rekordowo niskie stawki opłat za fracht skłaniają przewoźników do poszukiwania alternatywnych źródeł zarobku. Jednym z najnowszych takich źródeł może okazać się opłata za anulowanie rezerwacji, na której wprowadzenie zdecydowało się już kilku z największych graczy na rynku (m.in. Maersk Line, CMA CGM i Hapag-Lloyd).

Opłata za anulowanie rezerwacji („Booking Cancellation Fee”) stanowi swojego rodzaju karę za narażenie przewoźnika morskiego na koszt związany z przewożeniem pustego miejsca na statku w żegludze międzynarodowej. Należy mieć na uwadze, iż armatorzy wielokrotnie zwracali w przeszłości uwagę na ten problem, ale dopiero od niedawna wprowadzili korzystne dla siebie rozwiązania w życie. Jak dotychczas nie wykształcono jeszcze jednolitej praktyki w tym zakresie, a żaden z przewoźników morskich nie zdecydował się również na wprowadzenie jednej globalnej opłaty dotyczącej wszystkich wykonywanych przez niego transportów. Zamiast tego, dodatkowa opłata pojawia się stopniowo na różnych konkretnych trasach danych armatorów. Trudno, zatem obecnie mówić o ustabilizowanej praktyce, ale wyraźnie widać trend gdzie z miesiąca na miesiąc przybywa tras objętych dodatkowymi opłatami.

Pierwszym dużym przewoźnikiem, który zadeklarował pobieranie opłat jest Maersk Line. W kwietniu bieżącego roku zdecydował się on na wprowadzenie opłat w odniesieniu do transportów wykonywanych z regionu Europy północnej do regionu Morza Czerwonego, Bliskiego Wschodu i Indii. Zgodnie z oficjalną informacją, opłata wyniosła 125 euro za każdy nienadany kontener, niezależnie od jego rodzaju (20-stopowy czy 40-stopowy), masy ładunku czy jego rodzaju. Opłata ma być nakładana przy anulowaniu rezerwacji w terminie poniżej 7 dni kalendarzowych przed planowaną datą wysyłki kontenera lub za niepodstawienie zadeklarowanych kontenerów do przewozu. Przed nałożeniem opłaty, do nadawcy kierowane jest swoiste ostrzeżenie, tj. wiadomość mailowa z wezwaniem do podstawienia kontenerów w ciągu następnych 24 godzin. Opłata nakładana jest również w przypadku, gdy cały zamówiony transport odbywa się, jednak liczba kontenerów jest mniejsza niż zadeklarowano.

W drugiej kolejności opłaty za anulowanie bookingu wprowadziło CMA CGM, które od dnia 1 lipca 2017 r. pobiera 150 dolarów US za każdy kontener, który anulowano w terminie poniżej 7 dni przed planowaną datą wysyłki. Co ciekawe, CMA CGM objął opłatami te same trasy, co Maersk Line tj. transporty rozpoczynające się w Europie z portem docelowym w basenie Morza Czerwonego, na Bliskim Wschodzie oraz w regionie Półwyspu Indyjskiego.

Ostatnim z przewoźników, który wprowadził przedmiotowe opłaty jest Hapag-Lloyd. Od dnia 9 lipca 2017 r. za każdy anulowany kontener w terminie poniżej 3 dni przed zawinięciem statku do portu lub jego niepodstawienie, nadawcy przyjdzie zapłacić dodatkowe 60 dolarów US. Powyższa opłata jest stosowana na trasie Singapur - Indie.

Wszyscy z powyższych przewoźników morskich tłumaczyli swoje postępowanie dużym zainteresowaniem transportem kontenerowym, przy jednoczesnej znacznej liczbie zleceń odwoływanych w ostatniej chwili, co miało powodować straty. Jak zatem wynika z powyższych przykładów, armatorzy i przewoźnicy obecnie sondują rynek i być może w niedalekiej przyszłości opłata za anulowanie bookingu stanie się standardem. O powyższym świadczyć może ograniczenie na chwilę obecną zasad naliczania opłat w stosunku do konkretnych tras.

Powstaje również pytanie, kto faktycznie poniesie koszty wprowadzenia dodatkowych opłat. Z uwagi na ciągły rozwój transportu inter- i multimodalnego i rosnącą rolę spedytorów łączących różne gałęzie transportu w procesie transportowym ładunku, w pierwszej kolejności do uiszczenia opłaty za anulowanie rezerwacji zobowiązane zostaną podmioty składające zlecenie przewozu morskiego, tj. bezpośredni klienci przewoźników – spedytorzy. Jak łatwo jest sobie wyobrazić przedsiębiorcy ci będą z kolei starali się przerzucać je dalej w łańcuchu dostaw (tj. na nadawcę ładunku czy na podmiot, któremu świadczą usługi spedycyjne). Pewnym jest, że kwestia ta nie pozostanie obojętna dla obrotu i wpłynie na podniesienie ogólnych cen transportu, a być może przyczyni się również do zdyscyplinowania nadawców.

W świetle powyższego, można podać, iż zgodnie z Ogólnymi Polskimi Warunkami Spedycyjnymi 2010 („OPWS 2010”), spedytorowi przysługuje zwrot poniesionych w celu wykonania usługi wydatków. Ponadto, zgodnie z § 17 ust. OPWS 2010, zleceniodawca zobowiązany jest zwrócić spedytorowi wszelkie wydatki związane z wykonywaniem zlecenia, w tym koszty detention, demurrage i frachtu, które spedytor poniósł w wyniku wskazania go, przez zleceniodawcę lub kontrahenta zleceniodawcy, jako odbiorcę towaru w konosamencie armatorskim lub lotniczym liście przewozowym. Jak wynika z powyższego, już w chwili obecnej spedytorzy działający w oparciu o OPWS 2010, mają podstawy do występowania do ich klientów z roszczeniem o zwrot kosztu poniesionej opłaty za anulowanie rezerwacji.

W branży morskiej już słyhać pierwsze, często skrajnie różne, komentarze na ten temat. Część spedytorów i przedsiębiorców uważa, że powinny im przysługiwać kontraprawienia w stosunku do armatorów za anulowanie transportów. Niektórzy twierdzą nawet, że opłaty takie są nieuzasadnione i nielegalne. Do takiego stanowiska należy jednak podejść ostrożnie, choćby z tego powodu, że brak jest odpowiednich międzynarodowych regulacji prawnych na ten temat. Faktem jest, że wielokrotnie opłaty za anulowanie bookingu były uznawane przez rozmaite organy i trybunały za nienależne, jednak trzeba zauważyć, że działo się to w odniesieniu do przewozu osób, w którym występują końcowi konsumenci niebędący uczestnikami profesjonalnego obrotu, do których stosuje się rozmaite rozwiązania prawne mające na celu ich ochronę w stosunkach z przedsiębiorcami. Rynek przewozu morskiego jest natomiast rynkiem wolnym i nie podlega pod analogiczne regulacje.

Podsumowując, trudno nie przyznać, że zrozumiała jest krytyka ze strony spedytorów i nadawców, gdyż podmioty te będą w rzeczywistości ponosić koszt nowej opłaty nałożonej przez przewoźników morskich. Niemniej jednak trudno jednocześnie odmówić racji przewoźnikom, którzy próbują zabezpieczyć się na wypadek nieuzasadnionych anulacji transportów przez frachtujących.



Autor:
Sebastian Kita



Autor:
Maciej Jaśkiewicz

Globalna zmiana w umowach podatkowych

7 czerwca 2017 r. w Paryżu przedstawiciele 76 państw i terytoriów podpisali lub formalnie przedstawili intencję podpisania innowacyjnej wielostronnej konwencji, która wprowadzi do istniejącej sieci dwustronnych umów o unikaniu podwójnego opodatkowania zmiany potrzebne do ich dostosowania do nowej strategii OECD.

Konwencja wielostronna implementująca środki traktatowego prawa podatkowego mające na celu zapobieganie erozji podstawy opodatkowania i przenoszeniu zysku (Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting, dalej: „Konwencja”) stanowi realizację punktu 15 opublikowanego 5 października 2015 r. zestawu raportów Projektu BEPS, stworzonego wspólnie przez państwa G20 i OECD. Projekt ten ma na celu wprowadzenie rozwiązań, które uniemożliwią unikanie opodatkowania na poziomie globalnym. Twórcy Projektu uznali, że jedynie współpraca państw całego świata może skutecznie zapobiegać drenowaniu krajowych budżetów poszczególnych państw. Elementy Projektu BEPS są stale wprowadzane w życie przez państwa, w tym Polskę, czego przykładem są chociażby regulacje dotyczące opodatkowania kontrolowanych spółek zagranicznych – CFC, czy nowe przepisy w zakresie cen transferowych.

Podpisanie wielostronnej konwencji ma zastąpić każdorazowe długotrwałe negocjacje między stronami bilateralnych umów o unikaniu podwójnego opodatkowania i tym samym znacznie przyspieszyć proces wprowadzania postanowień Projektu BEPS w życie. Obecnie na świecie obowiązuje ponad 3000 umów o unikaniu podwójnego opodatkowania. Wejście w życie Konwencji umożliwi już na tym etapie modyfikację około 1 100 z nich, w tym 47 zawartych przez Polskę. Liczba ta będzie rosła wraz z przystępowaniem do Konwencji kolejnych jurysdykcji.

Konwencja nie zastąpi istniejących, umów a jedynie będzie stosowana obok nich, co może znacząco utrudnić interpretację przepisów. Dlatego też państwa mogą się w przyszłości zdecydować na tworzenie ujednoliconych wersji umów obejmujących wprowadzone Konwencją zmiany. Zwraca uwagę również elastyczność Konwencji, uwzględniająca potrzebę różnorodnych rozwiązań podatkowych w państwach-stronach umów. Nie wszystkie zatem postanowienia Konwencji mają obligatoryjny charakter, niektóre zaś przewidują możliwość wyboru rozwiązania.

Konwencja obejmuje następujące punkty Projektu BEPS:

1. Neutralizowanie skutków tzw. porozumień hybrydowych (pkt 2)

Punkt 2 Projektu BEPS skupia się na przeciwdziałaniu wykorzystywaniu różnic w traktowaniu niektórych podmiotów lub porozumień między podmiotami do celów podatkowych przez różne jurysdykcje, co prowadzić może do podwójnego nieopodatkowania tych podmiotów. W ramach implementacji tego punktu Konwencja przewiduje fakultatywne postanowienia dotyczące podmiotów transparentnych podatkowo, indywidualnego rozstrzygnięcia właściwej rezydencji podmiotów o podwójnej rezydencji podatkowej, oraz ograniczenia korzyści wynikających z zastosowania metody wyłączenia.

2. Zapobieganie przyznawaniu korzyści umownych w niewłaściwych okolicznościach (pkt 6)

Celem punktu 6 Projektu BEPS jest zapobieganie nadużywaniu przepisów umów o unikaniu podwójnego opodatkowania, w szczególności sztucznego nabywania korzyści umownych przez nierezydentów (tzw. treaty shopping). Konwencja przewiduje w tym zakresie (1) uzupełnienie preambuły umów bilateralnych postanowieniem, że celem zawarcia umowy jest unikanie podwójnego opodatkowania nieskutkujące unikaniem lub uchylaniem się od opodatkowania (uzupełnienie takie jest obowiązkowe, chyba, że tekst umowy zawiera już odpowiednie postanowienie); (2) wprowadzenie testu celu podstawowego (principal purpose test) lub klauzuli ograniczenia korzyści (limitation of benefits); (3) wprowadzenie minimalnego okresu posiadania udziałów w przypadku zwolnienia z opodatkowania dywidend; (4) zmiany w zakresie uznawania podmiotu za spółkę nieruchomościową; (5) postanowienia dotyczące wykorzystywania traktatów w przypadku posiadania zagranicznego zakładu w państwie trzecim.

3. Zapobieganie sztucznemu unikaniu statusu stałego zakładu (pkt 7)

W tym zakresie Konwencja przewiduje fakultatywne rozwiązania dotyczące zapobiegania (1) unikaniu powstania stałego zakładu poprzez umowy agencyjne; (2) unikaniu powstania stałego zakładu poprzez wykorzystanie wyłączeń dla określonych rodzajów działalności, czy (3) dzieleniu kontraktów na krótsze niż 12 miesięcy.

4. Usprawnienie mechanizmów rozwiązywania sporów (pkt 14)

Konwencja wprowadza w tym zakresie procedury wzajemnego porozumiewania się oraz korekty zysków przedsiębiorstwa powiązanego, jeżeli dotychczasowe postanowienia umowy ich nie przewidują. Dodatkowo Konwencja przewiduje fakultatywną instytucję arbitrażu, która będzie mogła być zastosowana, gdy procedura wzajemnego porozumiewania się nie doprowadziła do rozstrzygnięcia sprawy w ciągu dwóch lat.

Należy podkreślić, że stworzenie i doprowadzenie do podpisania Konwencji jest wydarzeniem bezprecedensowym i prowadzi do rewolucyjnej wręcz zmiany w przepisach. W związku jednak z możliwością wyboru przez państwa poszczególnych rozwiązań, a także z obowiązywaniem Konwencji obok istniejących umów międzynarodowych, należy liczyć się z tym, że stosowanie przepisów od ich wejścia w życie (w stosunku do konkretnych państw uwarunkowane również dokonaniu wzajemnych notyfikacji), przy braku wprowadzenia tekstów jednolitych umów, będzie jeszcze bardziej skomplikowane.



Autor:
Paweł Bilicki

Prezes zarządu, dyrektor, a może CEO?

Prezes zarządu, dyrektor, CEO – każde z tych określeń kojarzy się z osobą decyzyjną w spółce. Czy pełnienie wskazanych funkcji zostało uregulowane w jakiś szczególny sposób? Jak wygląda rola wspomnianych stanowisk kierowniczych na tle roli „zwykłych” członków zarządu? Warto przyjrzeć się bliżej przedmiotowym zagadnieniom, w szczególności przez pryzmat Kodeksu spółek handlowych [dalej: Ksh].

Zgodnie z Ksh do organów zarówno spółki z ograniczoną odpowiedzialnością [dalej: spółka z o.o.], jak i organów spółki akcyjnej należy zarząd. O ile stosunkowo dużo miejsca ustawodawca poświęcił organizacji i funkcjonowaniu zarządu w całości lub poszczególnym członkom zarządu określanych w Ksh mianem właśnie „członka zarządu” (por. Tytuł III, Dział I, Rozdział 3, Oddział 1 w przypadku spółki z o.o. oraz Tytuł III, Dział II, Rozdział 3, Oddział 1 w przypadku spółki akcyjnej), o tyle bardzo skąpo reguluje samą funkcję prezesa zarządu. W istocie można odnaleźć trzy przepisy odnoszące się bezpośrednio do prezesa zarządu – przepis art. 208 § 8 Ksh, zgodnie, z którym umowa spółki [z o.o.] może przewidywać, że w przypadku równości głosów decyduje głos prezesa zarządu, jak również przyznawać mu określone uprawnienia w zakresie kierowania pracami zarządu. Analogiczną regulację dla spółki akcyjnej przewiduje przepis art. 371 § 2 zdanie drugie Ksh. Ponadto z przepisu art. 409 § 1 zdanie drugie Ksh wynika, że w razie nieobecności przewodniczącego rady nadzorczej albo jego zastępcy, walne zgromadzenie otwiera prezes zarządu albo osoba wyznaczona przez zarząd. Na temat dyrektora czy innego stanowiska kojarzonego w obrocie z funkcją kierowniczą Ksh milczy.

Na tle powyższego warto zastanowić się nad dwoma zagadnieniami – po pierwsze, nad relacją pomiędzy „zwykłym” członkiem zarządu a prezesem zarządu, w tym czy funkcja prezesa w praktyce sprowadza się wyłącznie do czynności opisanych w ww. przepisach i ewentualnie bardziej prestiżowej pozycji niż „zwykły” członek zarządu, a po drugie – nad możliwością stosowania odnośnie do funkcji kierowniczej w spółce pojęcia innego niż prezes zarządu.

Analizując powyższe kwestie należy sięgnąć do kolejnych przepisów Ksh. Po pierwsze, zgodnie z art. 201 § 1, 2 i 3 Ksh zarząd prowadzi sprawy spółki [z o.o.] i reprezentuje spółkę, składa się z jednego albo większej liczby członków, a w jego skład mogą być powołane osoby spośród wspólników lub spoza ich grona. Ponadto z art. 204 § 1 i 2 Ksh wynika, że prawo członka zarządu do prowadzenia spraw spółki i jej reprezentowania dotyczy wszystkich czynności sądowych i pozasądowych spółki, przy czym prawa tego nie można ograniczyć ze skutkiem prawnym wobec osób trzecich. Wreszcie, art. 205 § 1 Ksh stanowi, że w przypadku zarządu wieloosobowego, sposób reprezentowania określa umowa spółki, przy czym w razie braku postanowień umownych w tym przedmiocie, zastosowanie znajduje regulacja Ksh. Ksh przewiduje analogiczne regulacji dla spółki akcyjnej (por. art. 368 § 1, 2 i 3, 372 oraz 373 § 1 Ksh).

Przenosząc powyższe regulacje na grunt pierwszego zagadnienia, należy wskazać, że wskazują one jednoznacznie, iż odnosząc się do kwestii kierowania spółką (sprowadzającego się w istocie do reprezentacji spółki i prowadzenia jej spraw) przede wszystkim należy zwracać uwagę na fakt bycia członkiem zarządu spółki. Bynajmniej nie oznacza to jednak, że funkcja prezesa zarządu sprowadza się wyłącznie do opisanych na wstępie kwestii związanych z pracami zarządu, w tym w szczególności głosowaniem. Szczególnie widocznym i często spotykanym w praktyce przykładem w zarządach wieloosobowych jest przyznanie prezesowi większej samodzielności w zakresie reprezentacji spółki niż pozostałym członkom zarządu np. prezes może być uprawniony do reprezentacji samodzielnej, podczas gdy pozostali członkowie zarządu

zobligowani będą do współdziałania. Ponadto rozróżnienie na prezesa zarządu oraz pozostałych członków może mieć istotne znaczenie na gruncie wewnętrznej organizacji spółki – np. prezes zarządu będzie zobligowany do kierowania całą spółką, natomiast poszczególni członkowie zarządu będą zajmowali się określonymi działami.

Odnosząc się do drugiego zagadnienia należy przypomnieć, że Ksh w ogóle nie posługuje się pojęciem dyrektora albo podobnym. Niemniej, zasadniczo brak przeszkód, by posługiwać się tymi pojęciami, co zresztą potwierdza praktyka sądów rejestrowych. Powody stosowania określonego nazewnictwa najczęściej będą tożsame z opisanymi w przypadku rozróżnienia na prezesa zarządu oraz „zwykłych” członków zarządu; dodatkowo spotkać się można z sytuacją, że zasadniczym motywem dla określonej nazwy pełnionej funkcji będą wzorce zaczerpnięte np. ze „spółki matki” będącej spółką prawa obcego. Co jednak istotne, w przypadku dyrektorów czy CEO, szczególnie mocno należy zwrócić uwagę na fakt, czy są oni jednocześnie członkami zarządu czy też są pracownikami spółki zatrudnionymi na określonym stanowisku, niebędącymi jednak członkami zarządu. W pierwszym przypadku będziemy mieli do czynienia po prostu z członkami zarządu, których funkcja zostanie opisana np. jako dyrektor generalny oraz dyrektorzy poszczególnych działów, niemniej do zasad reprezentacji czy odpowiedzialności będziemy stosowali Ksh (oczywiście z uwzględnieniem dopuszczalnych uregulowań umownych czy statutowych). W drugim przypadku, w razie chęci udzielenia danemu pracownikowi-dyrektorowi np. prawa reprezentowania spółki, konieczne będzie udzielenie mu stosownego pełnomocnictwa lub powołanie go na prokurenta.

Podsumowując, pomimo, że Ksh niezbyt szczegółowo reguluje funkcję prezesa zarządu oraz w ogóle nie odnosi się do pozostałych stanowisk, które można określić mianem kierowniczych, w obrocie dopuszczalne jest doprecyzowanie zakresu uprawnień prezesa zarządu czy też innych stanowisk kierowniczych. Każdorazowo należy jednak pamiętać, że w celu uniknięcia ewentualnych wątpliwości lub sporów, szczegółowe regulacje należy odpowiednio opisać w umowie lub statucie spółki.



Autor:
Piotr Regulski

Układ w restrukturyzacji

Wraz z wejściem w życie ustawy Prawo restrukturyzacyjne w polskim systemie prawa pojawił się szereg nowych rozwiązań pozwalających na kompromisowe rozstrzygnięcie sporów z wierzycielami oraz restrukturyzację długów przedsiębiorcy. Bezpośrednim celem wszystkich postępowań restrukturyzacyjnych jest doprowadzenie do zawarcia układu z wierzycielami. Zrozumienie istoty instytucji układu jest kluczowe dla przyswojenia idei restrukturyzacji w świetle nowych przepisów prawnych.

I. Przyjęcie układu

Najprościej ujmując, układ w restrukturyzacji jest to swoiste porozumienie zawierane pomiędzy dłużnikiem a jego wierzycielami, które określa zasady restrukturyzacji zobowiązań dłużnika oraz ich spłaty na rzecz wierzycieli. Swoistość ww. porozumienia wynika zarówno ze sposobu jego przyjmowania czy też zmiany, jak również szczególnych zasad rządzących jego treścią i zakresem obowiązywania. Z powyższych względów układ nie może być jednoznacznie porównywany z ugodą sądową, czy też umową cywilnoprawną. Z formalnoprawnego punktu widzenia układ jest uchwałą podjętą przez zgromadzenie wierzycieli, której przedmiotem jest restrukturyzacja tzw. wierzytelności układowych dłużnika.

Co do zasady, układ zostaje przyjęty na zgromadzeniu wierzycieli, który jest końcowym etapem postępowania restrukturyzacyjnego. Wyjątkiem, od powyższego jest jedynie postępowanie o zatwierdzenie układu, w którym głosowanie nad układem odbywa się w drodze korespondencyjnej. W pozostałych przypadkach zgromadzenie wierzycieli zostaje zwołane przez sędziego komisarza w miejscu i czasie przez niego wskazanym. Co do zasady, układ zostaje przyjęty, jeżeli w zgromadzeniu wierzycieli weźmie udział minimum 20% wierzycieli uprawnionych do głosowania oraz „za” opowie się co najmniej połowa głosujących, którym przysługuje 2/3 sumy wierzytelności przysługujących głosującym wierzycielom. W tym kontekście należy podkreślić, że ww. sumy wierzytelności liczone są w relacji do wierzycieli uczestniczących w głosowaniu, a nie wszystkich wierzytelności objętych układem. Układ może zostać zatem skutecznie przyjęty nawet w przypadku, jeżeli „za” wypowie się liczba wierzycieli istotnie niższa aniżeli liczba wszystkich wierzycieli objętych układem.

Ostatnim etapem w ramach procedury przyjęcia układu jest zatwierdzenie układu przez Sąd. Odmowa zatwierdzenia układu następuje w szczególności w przypadku, gdy narusza prawo lub jest oczywiste, że nie zostanie on wykonany. Domniemywa się, że jest oczywiste, że układ nie będzie wykonany, jeżeli dłużnik nie wykonuje zobowiązań powstałych po dniu otwarcia postępowania restrukturyzacyjnego.

Należy także podkreślić, iż zmiana układu lub jego uchylenie możliwe jest wyłącznie w specjalnie do tego przewidzianej procedurze oraz jedynie w przypadku wystąpienia enumeratywnie wymienionych w ustawie przesłanek, w szczególności nienależytego realizowania przez dłużnika obowiązków wynikających z układu. Przyjęcie i zatwierdzenie układu ma zatem bardzo duże znaczenie z punktu widzenia relacji dłużnika z jego wierzycielami, gdyż w przypadku braku wystąpienia wspomnianych przesłanek, jego modyfikacja może okazać się niemożliwa.

II. Wierzytelność układowa

Z punktu widzenia treści układu i konsekwencji z niej wynikających niezwykle istotnym jest ustalenie, które wierzytelności dłużnika są objęte układem, a więc są tzw. wierzytelnościami układowymi. Fakt objęcia układem oznacza, iż zasady restrukturyzacji zadłużenia określone w układzie mają do danej wierzytelności zastosowanie niezależnie od tego, czy wierzyciel głosował za jego przyjęciem czy też nie. Z mocy prawa układem objęte są wierzytelności osobiste dłużnika powstałe przed dniem otwarcia postępowania restrukturyzacyjnego, odsetki za okres do dnia otwarcia postępowania restrukturyzacyjnego oraz wierzytelności warunkowe, jeżeli warunek ziścił się w trakcie wykonania układu. Nie ma przy tym znaczenia, czy dana wierzytelność została wpisana przez nadzorcę/zarządcę do spisu wierzytelności.

Należy jednak pamiętać, iż ustawa przewiduje katalog wyjątków od ww. zasad. Do takich wyjątków należą w szczególności wierzytelności zabezpieczone rzeczowo oraz wierzytelności pracownicze (objęcie ich układem dopuszczalne jest wyłącznie za zgodą wierzyciela), jak również wierzytelności alimentacyjne, wierzytelności z tytułu składek na ubezpieczenia społeczne w części finansowanej przez ubezpieczonego, których płatnikiem jest dłużnik, czy też roszczenia o wydanie mienia i zaniechanie naruszeń prawa. Wierzytelności nieukładowe, co do zasady nie mogą być przedmiotem restrukturyzacji w ramach przyjętego układu.

III. Propozycje układowe

W toku postępowania restrukturyzacyjnego dłużnik, rada wierzycieli, nadzorca/zarządca oraz wierzyciel lub wierzyciele mający łącznie więcej niż 30% sumy wierzytelności, są uprawnieni do składania propozycji układowych. Obowiązek złożenia propozycji układowych spoczywa jednak wyłącznie na dłużniku. Propozycje układowe zawierają proponowane sposoby restrukturyzacji zobowiązań dłużnika. Choć ustawa zawiera przykładowy katalog dopuszczalnych propozycji układowych to wymienieni uczestnicy postępowania mają znaczną dowolność w ich konstruowaniu. Należy jednak pamiętać, iż propozycje układowe winny być tożsame dla wszystkich wierzycieli, lub w przypadku podziału wierzycieli na grupy, tożsame dla wszystkich wierzycieli z danej grupy. Faworyzowanie któregośkolwiek z wierzycieli dopuszczalne jest jedynie, jeżeli udzielił on lub zobowiązał się udzielić dodatkowego finansowania niezbędnego dla wykonania układu.

Propozycje układowe mogą przewidywać podział wierzycieli na grupy, jednak podział ten musi wynikać z jasno ustalonych i obiektywnych kryteriów. Dłużnik nie jest uprawniony do zupełnie dowolnego określenia grup wierzycieli. W dalszym ciągu podział na grupy pozwala dłużnikowi lub innym podmiotom na znaczną elastyczność w formułowaniu propozycji układowych oraz dostosowanie ich do potrzeb przedsiębiorstwa dłużnika.

Układ składa się z propozycji układowych przegłosowanych na zgromadzeniu wierzycieli. Zawiera on zatem konkretne sposoby restrukturyzacji zobowiązań dłużnika, które zostały przyjęte we właściwej procedurze na zgromadzeniu wierzycieli.

IV. Skutki układu

Po przyjęciu układu przez zgromadzenie wierzycieli Sąd wydaje postanowienie o jego zatwierdzeniu. Jak było już wspomniane Sąd może odmówić zatwierdzenia układu jedynie w przypadkach określonych w ustawie. Od dnia uprawomocnienia postanowienia o zatwierdzeniu układu, układ wywiera skutki prawne.

Podstawowym skutkiem zawarcia układu jest brak możliwości dochodzenia przez wierzycieli swoich wierzytelności w drodze postępowania egzekucyjnego. Wszystkie postępowania egzekucyjne i zabezpieczające dotyczące wierzytelności układowych zostają umorzone. Co więcej z mocy prawa tracą wszelkie tytuły wykonawcze lub egzekucyjne dotyczące ww. wierzytelności. Dochodzenie przedmiotowych wierzytelności możliwe jest dopiero w przypadku uchylecia zawartego układu. Postanowienie o zatwierdzeniu układu stanowi także samodzielną podstawę wpisu informacji o zatwierdzeniu układu w księgach wieczystych i innych rejestrach.

V. Podsumowanie

Nie ulega wątpliwości, że układ w ramach restrukturyzacji jest instrumentem o bardzo wymiernej sile. Pozwala on na modyfikację zobowiązań dłużnika, przy czym nie zawsze musi się to odbywać przy aprobachie większości wierzycieli dłużnika. Uczestnicząc w postępowaniu restrukturyzacyjnym w charakterze wierzyciela należy zawsze mieć na względzie, iż bierność wierzyciela w toku postępowania restrukturyzacyjnego może skutkować daleko idącymi konsekwencjami, w tym redukcją jego wierzytelności. Z drugiej strony, aktywna postawa wierzyciela może mieć korzystny wpływ na jego sytuację w relacji z dłużnikiem oraz pozwolić na wynegocjowanie warunków spłaty wierzytelności istotnie korzystniejszych aniżeli warunki jego zaspokojenia w toku ewentualnego postępowania upadłościowego.



Autor:
Marcin Kaszyński

Zmiany dotyczące zatrudniania pracowników tymczasowych

Dnia 1 czerwca 2017 r. weszły w życie przepisy ustawy z dnia 7 kwietnia 2017 r. o zmianie ustawy o zatrudnianiu pracowników tymczasowych oraz niektórych innych ustaw. Wprowadzone zmiany odnoszą się zarówno do praw pracowników tymczasowych, jak i funkcjonowania agencji zatrudnienia, w tym obowiązków pracodawców użytkowników. Jednym z podstawowych celów ww. ustawy ma być podniesienie standardów pracy tymczasowej i poprawa warunków zatrudnienia, w tym bezpieczeństwa prawnego pracowników tymczasowych.

Wśród najważniejszych zmian w zatrudnianiu pracowników tymczasowych należy wyróżnić limit wykonywania pracy przez takiego pracownika na rzecz pracodawcy użytkownika. Zgodnie z nowymi przepisami, agencja może skierować danego pracownika tymczasowego do wykonywania pracy tymczasowej na rzecz jednego pracodawcy użytkownika przez okres nieprzekraczający łącznie 18 miesięcy w okresie obejmującym 36 kolejnych miesięcy. Limit ten obowiązuje bez względu czy skierowanie do danego pracodawcy następuje z jednej czy też kilku agencji, co w konsekwencji uniemożliwia obchodzenie przepisów poprzez późniejsze ponownie kierowanie tego samego pracownika z innej agencji. Limit pracy tymczasowej jest przy tym dłuższy, jeżeli pracownik tymczasowy wykonuje zadania, których wykonanie należy do obowiązków nieobecnego pracownika zatrudnionego przez danego pracodawcę użytkownika. W tym przypadku przewidziano jego wydłużenie do 36 miesięcy. Ponadto wskazanych limitów nie stosuje się przy przedłużeniu umowy o pracę do dnia porodu, zgodnie z art. 177 § 3 Kodeksu pracy.

Jednocześnie, w obecnym kształcie ustawy, agencja pracy tymczasowej ma ustalać łączny okres pracy dotychczas wykonywanej przez pracownika tymczasowego na rzecz danego pracodawcy użytkownika na podstawie umowy o pracę lub umowy prawa cywilnego.

Inną istotną zmianą jest również zwiększenie ochrony kobiet w ciąży. Zgodnie z nowymi regulacjami, do pracownicy tymczasowej mającej łączny, co najmniej 2-miesięczny okres skierowania do wykonywania pracy tymczasowej przez daną agencję na podstawie umowy o pracę stosuje się wspomniany wcześniej art. 177 § 3 Kodeksu pracy, który nakazuje przedłużenie umowy do czasu porodu. Łączny, co najmniej 2-miesięczny okres obejmuje natomiast: (1) okres lub okresy skierowania do wykonywania pracy tymczasowej przypadające w okresie obejmującym 36 kolejnych miesięcy poprzedzających zawarcie umowy o pracę, do której miałyby mieć zastosowanie art. 177 § 3 Kodeksu pracy, lub (2) okres przypadający od dnia zawarcia umowy o pracę, o której mowa w pkt 1, do dnia, w którym pracownica tymczasowa osiągnęła łączny, co najmniej 2-miesięczny okres skierowania do wykonywania pracy tymczasowej. Wprowadzona regulacja pozwala na nabycie przez pracownicę tymczasową prawa do zasiłku macierzyńskiego po porodzie.

Wprowadzone regulacje zmodyfikowały także przykłady pracy, która nie może być powierzona pracownikowi tymczasowemu (dwa przykłady pozostawiono bez zmian, zmodyfikowano trzeci, a nadto dodano czwarty).

Zgodnie z obecnie zmodyfikowanym trzecim przykładem pracownikowi tymczasowemu nie może być powierzone wykonywanie na rzecz pracodawcy użytkownika pracy tego samego rodzaju, co praca wykonywana przez pracownika pracodawcy użytkownika, z którym został rozwiązany stosunek pracy z przyczyn niedotyczących pracowników w okresie ostatnich 3 miesięcy poprzedzających przewidywany termin rozpoczęcia wykonywania pracy tymczasowej

przez pracownika tymczasowego, jeżeli taka praca miałaby być wykonywana w jakiejkolwiek jednostce organizacyjnej pracodawcy użytkownika położonej w gminie, na terenie, której znajduje się lub znajdowała się jednostka organizacyjna, w której był zatrudniony zwolniony pracownik. Pracodawca użytkownik jest nadto zobowiązany do poinformowania pisemnie agencji o niewystępowaniu tej okoliczności. Warto w tym przypadku zwrócić także uwagę na zastąpienie dotychczasowego pojęcia „stanowisko pracy” pojęciem „rodzaj pracy”.

Jak zostało już wspomniane, wprowadzono również nowy, czwarty przykład pracy – pracownikowi nie może być bowiem po zmianach powierzono wykonywanie pracy wymagającej uzbrojenia pracownika ochrony w broń palną bojową lub przedmioty przeznaczone do obezwładniania osób za pomocą energii elektrycznej, których posiadanie wymaga uzyskania pozwolenia, o którym mowa w ustawie z dnia 21 maja 1999 r. o broni i amunicji. Powyższe ma to wyeliminować przypadki wykorzystywania pracowników tymczasowych do ochrony, która wymaga uzbrojenia.

Ponadto, zgodnie ze zmodyfikowanym przepisem, pracodawca użytkownik poza dotychczasowym obowiązkiem informowania agencji o wynagrodzeniu za pracę, która ma być powierzona, powinien dodatkowo informować agencję o obowiązujących u niego wewnętrznych regulacjach dotyczących wynagradzania, a nadto na wniosek agencji przedstawić te regulacje do wglądu. Pracodawca użytkownik niezwłocznie powinien przy tym informować agencję o ich zmianie. Powyższe ma na celu dodatkowe zabezpieczenie pracowników tymczasowych przez działaniami dyskryminacyjnymi w stosunku do „stałych” pracowników pracodawcy. Ponadto wprowadzono obowiązek prowadzenia przez pracodawcę użytkownika ewidencji osób wykonujących pracę tymczasową na podstawie umowy o pracę oraz umowy prawa cywilnego. Ewidencję prowadzi się i przechowuje w postaci papierowej lub elektronicznej, odrębnie dla każdej osoby.

Warto także wskazać, iż zmiany nastąpiły w zakresie urlopów wypoczynkowych oraz wypłacania ekwiwalentów. Ponadto w świadectwie pracy należy podać informacje dotyczące każdego pracodawcy użytkownika, na rzecz którego była wykonywana praca tymczasowa na podstawie umowy o pracę oraz okresy wykonywania takiej pracy.

Podkreślenia również wymaga, iż wprowadzono także inne modyfikacje – nie tylko dotyczące stricte zatrudniania pracowników tymczasowych. Nałożono, bowiem na marszałków województw obowiązek sprawdzania raz na kwartał, czy agencje pracy tymczasowej nie zalegają z opłacaniem obowiązkowych składek na ubezpieczenia społeczne pracowników, a nadto zobowiązujące agencje pracy tymczasowej i inne podmioty (jak przykładowo Ochotnicze Hufce Pracy, centra integracji społecznej oraz kluby integracji społecznej) do posiadania lokalu, w którym są świadczone ich usługi. Wskazane wyżej regulacje wejdą jednak w życie z dniem 1 stycznia 2018 r.



Autor:
Łukasz Radosz

Służebność przesyłu. Część 1 – wstęp

W najnowszym wydaniu naszego Newslettera proponujemy przyjrzeć się bliżej instytucji służebności przesyłu – często niesłusznie bagatelizowanej. Niniejszy artykuł stanowi wstęp do rozwinięcia tego zagadnienia, które zostanie szerzej omówione w kolejnych artykułach, nie pomijając aspektów praktycznych, statusu prawnego urządzeń przesyłowych, a także potencjalnych roszczeń zarówno właścicieli nieruchomości jak i przedsiębiorców przesyłowych.

Służebności należą do wysoce rozpowszechnionych ograniczeń prawa własności, chociaż wraz z upływem czasu zmienia się ich treść oraz zakres (E. Gniewek, Prawo rzeczowe Tom 4., wyd. 3, Warszawa 2012 s. 218). Zaliczane są do ograniczonych praw rzeczowych, będąc obciążeniem cudzej nieruchomości mają na celu zwiększenie użyteczności nieruchomości innej albo zaspokojenie określonych potrzeb oznaczonego podmiotu. Obecnie bezsporne w doktrynie jest wyróżnienie dwóch rodzajów służebności – gruntowej (przysługującej każdoczesnemu właścicielowi nieruchomości) i osobistej (przysługującej osobie fizycznej). Obok nich po nowelizacji Kodeksu Cywilnego ustawą z dnia 30 maja 2008 o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Z 2008 r. nr 116, poz. 731) pojawiła się służebność przesyłu, która może zostać ustanowiona wyłącznie na rzecz przedsiębiorcy przesyłowego. G. Bieniek sformułował następującą tezę: „Jednym z założeń konstrukcyjnych służebności przesyłu było ukształtowanie jej, jako odrębnego rodzaju służebności, obok służebności gruntowej i osobistej” (G. Bieniek, Założenia konstrukcyjne służebności przesyłu de lege lata i de lege ferenda, w: J. Gołaczyński, P. Machnikowski (red.), Współczesne problemy prawa prywatnego. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Edwarda Gniewka, Warszawa 2010, s. 9).

Służebności występują w różnej postaci mając różną treść. Z tego względu należałoby mówić o służebnościach w liczbie mnogiej (Ignatowicz, Stefaniuk, Prawo rzeczowe 2009, s. 226). Prawodawca definiując służebność gruntową w art. 285§1 kodeksu cywilnego, wskazuje w sposób ogólny, że nieruchomość można obciążyć na rzecz właściciela innej nieruchomości (nieruchomości władnącej) prawem, którego treść polega bądź na tym, że właściciel nieruchomości władnącej może korzystać w oznaczonym zakresie z nieruchomości obciążonej, bądź na tym, że właściciel nieruchomości obciążonej zostaje ograniczony w możliwości dokonywania w stosunku do niej określonych działań, bądź też na tym, że właścicielowi nieruchomości obciążonej nie wolno wykonywać określonych uprawnień, które mu względem nieruchomości władnącej przysługują na podstawie przepisów o treści i wykonywaniu własności. Z kolei służebności osobiste polegają na tym, że nieruchomość można obciążyć na rzecz oznaczonej osoby fizycznej prawem, którego treść odpowiada treści służebności gruntowej (art. 296 Kodeksu cywilnego). Jak widać służebności mają różną treść oraz zakresy, pełnią jak sama nazwa wskazuje funkcję służebną, w przypadku służebności gruntowych polegającą na zwiększeniu wartości i użyteczności nieruchomości władnącej, zaś w przypadku służebności osobistych zwykle alimentacyjną (np. służebność mieszkania) (B. Bładowski, A. Gola, Służebności gruntowe i osobiste, Warszawa 1988 s. 54).

Od 2008 r. mamy w polskim systemie prawnym nowy rodzaj służebności, jakim jest służebność przesyłu. Ustawodawca wychodząc naprzeciw potrzebom gospodarczym doprowadził do „załatania” istotnej luki prawnej. Służebność przesyłu polega na tym, że nieruchomość można obciążyć na rzecz przedsiębiorcy, który zamierza wybudować lub którego własność stanowią urządzenia, o których mowa w art. 49 § 1 kodeksu cywilnego, prawem polegającym na tym, że przedsiębiorca może korzystać w oznaczonym zakresie z nieruchomości obciążonej, zgodnie z przeznaczeniem tych urządzeń (art. 305¹ kodeksu cywilnego). Zgodnie z kodeksem cywilnym

poprzez urządzenia przesyłowe należy rozumieć urządzenia służące do doprowadzenia lub odprowadzania płynów, pary, gazu, energii elektrycznej oraz inne urządzenia podobne. Należy przy tym stanowczo zaznaczyć, iż ww. katalog nie ma charakteru wyczerpującego, co oznacza, że urządzenia nietypowe mogą być również zaliczone do urządzeń o charakterze przesyłowym. Nie ulega wątpliwości, że art. 49 kodeksu cywilnego odnosi się do urządzeń służących do „doprowadzania lub odprowadzania” jako tzw. instalacji zewnętrznych, nie dotyczy natomiast tzw. instalacji wewnętrznych, które są częściami składowymi nieruchomości, a zatem stanowią wyłączną własność właściciela nieruchomości. Omawiany przepis odnosi się do urządzeń wchodzących w skład przedsiębiorstwa w rozumieniu przedmiotowym tj. zgodnie z art. 551 kodeksu cywilnego zespołu składników niematerialnych i materialnych służących do prowadzenia działalności gospodarczej.

W ramach służebności przesyłu najważniejszym uprawnieniem przedsiębiorcy przesyłowego jest wykorzystywanie przez niego cudzej nieruchomości w zakresie wyznaczonym umową lub orzeczeniem sądu ustanawiającym służebność, a także przepisów prawa regulujących tę instytucję. Nie musi on każdorazowo uzyskiwać zgody właściciela (użytkownika wieczystego) na korzystanie z jego nieruchomości, oczywiście przeciwne rozwiązanie byłoby niebywale uciążliwe, a w niektórych przypadkach uniemożliwiałoby to jego prawidłowe funkcjonowanie. Przedsiębiorca nie ma nawet obowiązku informowania właściciela (użytkownika wieczystego) o tym, że ma on zamiar korzystać z jego nieruchomości, obowiązek taki spoczywa na nim jedynie w przypadku, gdy właściciel (użytkownik wieczysty) jest jednocześnie odbiorcą usług przez niego świadczonych.

Prawo do korzystania z cudzej nieruchomości korzysta z ochrony jak prawo własności, przedsiębiorca, zatem może formułować żądania zaprzestania naruszeń, jeżeli takie wystąpią, zarówno w stosunku do właściciela jak i osób trzecich.

Korzystanie z nieruchomości przez przedsiębiorcę przesyłowego może odbywać się z wyłączeniem innych osób, ograniczone jest przez umowę lub orzeczenie sądu wyznaczające jej treść, ale także przepisy ustawy, np. art. 287 kodeksu cywilnego, który stanowi, że zakres służebności gruntowej oraz sposób jej wykonywania oznacza się, w braku innych danych, według zasad współżycia społecznego uwzględniając miejscowe zwyczaje. Bardzo ważnym obowiązkiem spoczywającym na przedsiębiorcy przesyłowym jest dbałość o stan urządzeń (art. 289 kodeksu cywilnego). Taki obowiązek nakładają na niego również inne przepisy o charakterze szczególnym. Nie można tego obowiązku ograniczać zaledwie do nieprzerwanego i stałego ich funkcjonowania. Od prawidłowego funkcjonowania tych urządzeń może zależeć bowiem bezpieczeństwo właściciela (użytkownika wieczystego) oraz innych osób przebywających na nieruchomości.

Do obowiązków spoczywających na przedsiębiorcy jest także uiszczanie wynagrodzenia na rzecz właściciela (użytkownika wieczystego) nieruchomości obciążonej. Obowiązek ten może zostać wyłączony w przypadku ustanowienia bezpłatnej służebności w umowie lub w orzeczeniu sądu ustanawiającym służebność.

Uprawnieniem właściciela (użytkownika wieczystego), kolejnym po prawie do żądania od przedsiębiorcy zapłaty (w przypadku odpłatnej służebności przesyłu), jest żądanie ustanowienia służebności przesyłu, gdy zachodzą przesłanki określone w art. 305² kodeksu cywilnego. Przepis ten stanowi, że jeżeli właściciel nieruchomości odmawia zawarcia umowy o ustanowienie służebności przesyłu, a jest ona konieczna dla właściwego korzystania z urządzeń, o których mowa w art. 49 § 1, przedsiębiorca może żądać jej ustanowienia za odpowiednim wynagrodzeniem. Mamy tutaj do czynienia z uprawnieniem prawokształtującym

tzn. takim w wyniku, którego dochodzi do zmiany stanu prawnego. W razie jego uwzględnienia dochodzi do powstania służebności przesyłu.

Inne uprawnienia leżące po stronie właściciela (użytkownika wieczystego) wynikają z przepisów normujących służebność gruntową, gdyż one znajdują odpowiednie zastosowanie do służebności przesyłu. Są to również uprawnienia o charakterze prawokształtującym – może on, bowiem żądać zmiany treści lub sposobu wykonywania służebności (art. 291), może także domagać się zniesienia służebności bądź to za wynagrodzeniem bądź bez wynagrodzenia (art. 294 i 295) (Ibidem. s. 82).

Oczywiście właściciel (użytkownik wieczysty) ma obowiązek powstrzymać się od działań mogących prowadzić do uszkodzenia urządzeń czy nawet do ich usunięcia. Takie działania naruszają obowiązek dbania przez niego o urządzenia, który wynika z ustawy. W kontekście omawianego obowiązku właściciela nieruchomości bardzo często zapomina się o tym, że składają się na niego dwa elementy. Po pierwsze musi on znosić obecność urządzeń na swojej nieruchomości, a po drugie także korzystanie z jego nieruchomości przez przedsiębiorcę, który zgodnie z umową lub orzeczeniem sądu ustanawiającym służebność przesyłu będzie prawdopodobnie uprawniony do szeregu czynności mających na celu zapewnienie sprawności funkcjonowania urządzeń tj. ich konserwacji, modernizacji oraz przeprowadzania okresowych kontroli. Pociąga to za sobą konieczność zagospodarowania swojej nieruchomości przez właściciela w taki sposób, aby umożliwić wyżej wymienione czynności pracownikom przedsiębiorcy uprawnionego z tytułu służebności.

Podsumowując powyższe rozważania należy wskazać, iż służebność przesyłu jest instytucją mającą realny wpływ na zakres korzystania z obciążonej nią nieruchomości i może stanowić istotną cechę deprecjonującą jej wartość. Po rozważaniach teoretycznych, w kolejnych artykułach postaramy się przybliżyć praktyczny wymiar niniejszej instytucji.



Autor:
Michał Pilecki

Bezpieczeństwo meczów piłkarskich i innych imprez masowych – nowa konwencja ratyfikowana

Prezydent RP podpisał ustawę z dnia 21 kwietnia 2017 roku o ratyfikacji Konwencji Rady Europy w sprawie zintegrowanego podejścia do bezpieczeństwa, zabezpieczenia i obsługi podczas meczów piłki nożnej i innych imprez sportowych, sporządzonej w Strasburgu dnia 4 maja 2016 roku.

Celem Konwencji Rady Europy jest zapobieganie incydentom i zakłóceniom porządku publicznego stanowiącym zagrożenie dla życia i zdrowia osób uczestniczących w meczach piłki nożnej i innych imprezach sportowych, które pojawiają się na obiektach sportowych. Innowacyjnym rozwiązaniem w tym obszarze jest przyjęcie, jako nadrzędnej zasady zintegrowanego, wielopodmiotowego podejścia do bezpieczeństwa realizowanego w oparciu o trzy filary (bezpieczeństwo, zabezpieczenie i obsługa) oraz współpracę wszystkich instytucji i zainteresowanych stron.

Poprzedniczką obecnie ratyfikowanej Konwencji była Europejska konwencja w sprawie przemocy i ekscesów widzów w czasie imprez sportowych, a w szczególności meczów piłki nożnej, sporządzona dnia 19 sierpnia 1985 roku. Została ona następnie ratyfikowana przez 42 państwa. W ciągu ostatniej dekady Konwencja ta zdezaktualizowała się i stała się niespójna. Komitet Ministrów Rady Europy na posiedzeniu w grudniu 2013 roku podjął decyzję o aktualizacji Konwencji i powierzył to zadanie Stałemu Komitetowi. Przyjęcie zintegrowanego, wielopodmiotowego podejścia opartego na wskazaniu trzech platform: bezpieczeństwa, zabezpieczenia i obsługi, odzwierciedla pogląd, że skupianie się wyłącznie na zagrożeniach nie prowadzi do stworzenia odpowiednich, skutecznych środków ograniczenia ryzyka. Skuteczniejszym rozwiązaniem jest wdrażanie zarówno środków bezpieczeństwa i zabezpieczenia, jak i właściwej obsługi widzów, które silnie wpływają na zachowania kibiców. Wdrożone profesjonalnie, adekwatnie do sytuacji i z zachowaniem zasady współpracy i dialogu wszystkich stron niwelują możliwość wystąpienia ekscesów.

Konwencja wskazuje, że jej postanowienia powinny być stosowane do wszystkich krajowych i międzynarodowych meczów piłki nożnej na poziomie zawodowym, ale każde państwo-strona może zdecydować, czy postanowienia te należy stosować również do meczów piłkarskich niższej rangi czy też imprez sportowych w innych dyscyplinach. Obowiązki nałożone na państwa-strony nie kolidują z zasadą autonomii sportu w Europie, która została przyjęta i określona przez Komitet Ministrów Rady Europy.

Środki zapobiegania przestępstwom w obiektach sportowych są już odzwierciedlone w polskim systemie prawnym. Ustawa z dnia 20 marca 2009 roku o bezpieczeństwie imprez masowych reguluje szczegółowo większość aspektów związanych z systemem zabezpieczenia, bezpieczeństwa i obsługi podczas imprez masowych, w tym masowych imprez sportowych w Polsce.

Konwencja akcentuje potrzebę prowadzenia skutecznego i partnerskiego dialogu przez podmioty odpowiedzialne za bezpieczeństwo wydarzeń sportowych, na poziomie krajowym, międzynarodowym, jak i lokalnym. Instytucje biorące udział w postulowanej współpracy to m. in. władze miejskie, policja, lokalne społeczności, przedsiębiorcy, przedstawiciele kibiców, kluby piłkarskie oraz stowarzyszenia. Podpisanie Konwencji jest równoznaczne z zobowiązaniem się państwa do zachęcania instytucji publicznych i prywatnych, społeczności

lokalnych oraz przedstawicieli kibiców do inicjowania i udziału w projektach zmierzających do zapobiegania przestępczości i wspierania wzajemnego poszanowania i zrozumienia.

Zakres regulacji Konwencji wybiega poza problematykę organizacji samej imprezy masowej – wskazuje się w niej bowiem, że potrzeba zachowania zasady praworządności nie dotyczy jedynie obiektu sportowego w czasie trwania wydarzenia, ale również jego otoczenia, tras dotarcia na stadion, tzw. stref kibica oraz innych miejsc przebywania wielu tysięcy widzów, także przed rozpoczęciem i po zakończeniu imprezy sportowej.

Poruszona w omawianej Konwencji problematyka przeciwdziałania dyskryminacji i nietolerancji znajduje odzwierciedlenie w przepisach polskiego prawa już na poziomie ustawy zasadniczej. Podpisanie Konwencji wiązać się będzie z zobowiązaniem strony do zachęcania podmiotów odpowiedzialnych za bezpieczeństwo imprez masowych do zapewnienia na obiekcie sportowym środowiska sprzyjającego integracji społecznej, tj. przyjaznego dla wszystkich grup społecznych (w tym dzieci, osób starszych i niepełnosprawnych), przez zapewnienie dobrych warunków widoczności oraz dostępu do odpowiednich urządzeń sanitarnych i obiektów małej gastronomii.

W treści Konwencji znajduje się również odniesienie do przestępstw popełnianych przez kibiców za granicą. Jego celem jest zapewnienie, że wobec osób dopuszczających się tego typu przestępstw zostaną zastosowane odpowiednie kary w kraju, w którym przestępstwo zostało popełnione lub w kraju, w którym taka osoba zamieszkuje lub którego jest obywatelem (lub w obu tych państwach). Wszystkie kary będą nakładane zgodnie z regulacjami prawnymi i administracyjnymi danego kraju. W Polsce zarówno przepisy ustawy o bezpieczeństwie imprez masowych, jak i udział polskiej Policji w strukturach międzynarodowych, gwarantuje realizację tych postanowień na terenie kraju.

Państwa-strony Konwencji zobowiązane są do utworzenia krajowego punktu informacyjnego do spraw piłki nożnej, który będzie działać, jako punkt kontaktowy służący wymianie informacji i danych na temat meczów piłki nożnej o charakterze międzynarodowym oraz prowadzeniu międzynarodowej współpracy policyjnej w tym obszarze (National Football Information Point – NFIP). Obecnie krajowe punkty NFIP są obowiązkowe w każdym państwie członkowskim Unii Europejskiej.

Jednym z rozwiązań wpisanych w założenia nowej Konwencji Rady Europy, jest zobowiązanie stron do dążenia do wdrożenia procedury licencjonowania (certyfikacji) stadionów. Zgodnie z tym artykułem, państwom sygnatariuszom powierzono zostało zadanie zapewnienia wprowadzenia przez właściwe władze publiczne takich przepisów lub ustaleń, które zagwarantują stosowanie procedur, ich monitorowanie oraz egzekwowanie. Przepisy te nie pozwalają na jednoznaczne rozstrzygnięcie, czy postanowienia odnoszą się jedynie do tych państw, w których już występuje odpowiedni system (i zobowiązuje państwa do zagwarantowania skuteczności jego funkcjonowania), czy do wszystkich stron Konwencji. Przy założeniu, że mamy do czynienia z drugim przypadkiem, trudno jest definitywnie rozstrzygnąć, czy przepis ten ma charakter fakultatywny czy obligatoryjny. Z tego względu oraz biorąc pod uwagę stanowisko Komendy Głównej Policji i Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji, które postulowały konieczność zagwarantowania fakultatywności wprowadzenia do krajowego porządku prawnego przepisów zawartych w ww. artykule, Rzeczpospolita Polska zgłosiła zastrzeżenie do tego artykułu mówiące, że Polska nie będzie go stosować. Dodano w zastrzeżeniu jednak, że jeśli rozwiązania i doświadczenia innych państw europejskich, wskażą na pozytywny wpływ stosowania certyfikatów na bezpieczeństwo imprez masowych, spowoduje to wprowadzenie podobnego systemu w Polsce. Oznacza to,

że w przypadku pozytywnej oceny funkcjonowania systemu certyfikacji (licencji) stadionów w innych krajach i decyzji w sprawie wprowadzenia tego rozwiązania do polskiego systemu prawnego, Polska odstąpi od ww. zastrzeżenia w kolejnych latach.

Wskazana ustawa ratyfikacyjna weszła już w życie, a zatem Konwencja obowiązuje w polskim systemie prawnym.

Źródło: www.prezydent.pl



Autor:
Marcin Borowski

The “NEW FLAMENCO” – Supreme Court decision

The Supreme Court delivered this week its long awaited decision in the "NEW FLAMENCO", holding that the benefit that arose from the sale of the vessel by the owners following the charterers' repudiation of charter could not be taken into account when assessing damages because it was not caused by the breach or by a successful act of mitigation.

The "NEW FLAMENCO" (the "Vessel") was a small cruise ship chartered in 2004 by Globalia Business Travel ("Charterers") from Fulton Shipping Inc ("Owners"). Owners alleged that, in 2007, the parties met and agreed a two-year extension of the charter (up to November 2009). The Charterers, who disputed having reached such agreement, redelivered the Vessel in October 2007, when the Owners sold her for USD 23,765,000.

The arbitrator found that the Charterers had breached the agreement to extend the charter, but that the sale of the Vessel in October 2007 was caused by the breach and was in reasonable mitigation of Owners' losses. If the Vessel had been sold when the charter was due to come to an end in November 2009, her value would have been USD 7,000,000, a fall in value of USD 16,765,000. It followed that the Charterers were entitled to a credit of USD 16,765,000 in respect of the benefit that accrued to the Owners by selling the Vessel when worth more in October 2007 than it was at the end of the charter period in November 2009. This was more than the Owners' loss of profit and would result in the Owners recovering no damages for the Charterers' repudiation.

The question in the appeals was whether that difference constituted a benefit which, on principles of mitigation and avoidance of loss, should be brought into account.

In the Commercial Court, Popplewell J disagreed with the arbitrator and held that it should not, because, *inter alia*: a) the Owners' decision to sell an asset acquired before the breach was not caused by the Charterers' breach and the arbitrator's conclusion that the sale was, in fact, in reasonable mitigation of the loss could not be conclusive when the sale was caused by the independent decision of the Owners to realise the capital value of the vessel; b) the facts that the benefit gained was of a different kind (capital as opposed to income) and that the sale was a transaction that Owners could enter in to at any time were indicative that the benefit was not 'legally caused' by the breach; c) if the benefits accruing from the sale were to be taken into account, so should the use of the proceeds, leading to an endless regression; and d) the Owners had taken the business risk of acquiring the Vessel in 2005 and selling it in 2007 and it would be contrary to public policy to allow the contract-breaking Charterers to appropriate the result of the Owners' business acumen.

In the Court of Appeal, the arbitrator's award was reinstated. Focusing on the decision of the House of Lords in *British Westinghouse Electric and Manufacturing Co Ltd v Underground Electric Railways Co of London Ltd* [1912] A.C. 673, the CA held that if a claimant adopts by way of mitigation a measure which arises out of the consequences of the breach and is in the ordinary course of business, and such measure benefits the claimant, that benefit is normally to be brought into account.

The Court of Appeal considered that when there is no available market, an owner may decide to mitigate his loss by selling the vessel and it was not easy to see why the benefit should not be brought into account, nor was there any reason why the value of that benefit should not be

calculated by reference to the difference between the value of the vessel at the time of sale and its value at the time when the charter was due to expire.

In a short judgment, Lord Clarke, with whom the other four lords agreed, said he preferred Popplewell's reasoning, which led to the Court of Appeal's decision being overturned and Popplewell's order being restored.

The reason why the benefit could not be taken into account was not because the benefit must be of the same kind as the loss suffered by the claimant. Lord Clarke said the difference in kind is not the appropriate test because it 'is too vague and potentially too arbitrary a test'. The relevant test, he said, is causation. To be brought into account, the benefit must have been caused either by the breach or by a successful act of mitigation.

In this case, there was nothing about the premature termination which made it necessary for Owners to sell the Vessel. The decision to sell was a commercial decision made at the Owners' own risk. The termination was, at the most, the occasion for selling the Vessel, not the legal cause of it. It was for the same reasons that the sale was not an act of successful mitigation.

At paragraph 34 of the judgment, Lord Clarke said:

'If there had been an available market, the loss would have been the difference between the actual charterparty rate and the assumed substitute contract rate. Sale of the vessel would have been irrelevant. In the absence of an available market, the measure of the loss is the difference between the contract rate and what was or ought reasonably to have been earned from employment of the vessel under shorter charterparties, as for example on the spot market. The relevant mitigation in that context is the acquisition of an income stream alternative to income stream under the original charterparty. The sale of the vessel was not itself an act of mitigation because it was incapable of mitigating the loss of the income stream.'

Comments

In the Commercial Court, Popplewell J gave a detailed judgment which highlighted a number of applicable principles. Lord Clarke did not consider each of them, but to the extent that he did not disagree with anything that Popplewell J said, it is submitted that Popplewell J's analysis is likely to serve as guidance in the future in similar cases.

Whilst the Supreme Court clarified that the relevant test is that of causation, the last two sentences of paragraph 34 indicate that difference in kind was also particularly relevant and make it unclear as to when a benefit which is different in kind can ever be taken into account.

If you have any questions, please do not hesitate to speak to your usual Clyde & Co contact or Elizabeth Turnbull and Marcia Perucca, the authors of this update, and the solicitors acting for charterers in the "New Flamenco".



Author:
Elizabeth Turnbull



Author:
Marcia Perucca

Charterparty interpretation: giving effect to the words actually used?

A recent new shipping case in the London High Court has shed some useful light on the continuing debate about how to interpret contractual wording in the event of a dispute.

Key facts

The claimant Owners let their vessel "ZALIV BAIKAL" to the defendant Charterers under a voyage charterparty based on the well used BPVOY4 form.

In addition to its standard laytime and demurrage provisions, the charterparty incorporated a specifically agreed regime to apply in circumstances where Charterers issued an instruction to the vessel to stop and wait for further orders. If such an instruction was given, the regime provided that waiting time was to count as laytime but, critically, that demurrage was to be payable at enhanced and escalating rates (what the Court referred to as the "Enhanced Demurrage Regime"). NOR was tendered following the vessel's arrival at the discharge port of Rotterdam. However, Charterers gave no discharge orders for more than 64 days. But they had also not issued an instruction to stop and wait under the express clause.

Owners claimed that Charterers were liable to pay demurrage based on the Enhanced Demurrage Regime during this lengthy waiting period. They relied on the leading case of *Rainy Sky v Kookmin Bank* in which the Supreme Court held that where the Court is required to consider two rival constructions of a contract, it should adopt the one which is more consistent with business common sense. Owners said that the clear commercial purpose of the Enhanced Demurrage Regime was to make Charterers pay at the increased rates where they used the vessel as floating storage after tendering NOR. They said it did not matter that no actual instruction to stop and wait was issued under the express clause because commercial sense meant the parties must have intended the Enhanced Demurrage Regime to apply in these circumstances.

Decision

Sir Jeremy Cooke disagreed with Owners. He held that as a matter of construction of the relevant clauses, the Enhanced Demurrage Regime only operated where there was an actual instruction by Charterers to stop and wait for further orders. A failure to give any orders whatsoever plainly could not trigger the Enhanced Demurrage Regime and the ordinary, lower demurrage rate therefore applied.

Owners' secondary argument that they were entitled to the Enhanced Demurrage Regime pursuant to an implied term was also rejected. The charterparty did not lack commercial or practical coherence since it provided a reasonably comprehensive framework for different types of events which might arise during the voyage. As such it was unnecessary to imply the term that Owners sought to rely upon.

Comment

This case (*Gard Shipping AS v Clearlake Shipping Pte Ltd* 2017) demonstrates that in construing charterparty clauses which are specifically negotiated, and in particular where they are part of a coherent framework, judges are more likely to give weight to the actual words in the contract and less likely to adopt the *Rainy Sky* approach of testing rival interpretations alongside the parties' competing perceptions of business common sense. This may come as a relief to commercial parties who appreciate and value the certainty of knowing that any special regimes or provisions

which they take the time and trouble to negotiate will be respected by the Courts and upheld on their wording, subject of course to those clauses being clearly drafted and capable of interpretation on their face. It may also suggest that *Rainy Sky* is, slowly, becoming less influential than once thought.



Author:
Nick Austin



Author:
Natalie Johnston

Introduction of the LMAA 2017 Terms

Earlier this year, the LMAA published updated terms and procedures which it announced would come into effect for appointments made on or after 1 May 2017 ("the 2017 Terms"). The update to the 2012 Terms is aimed at achieving efficiency and cost effectiveness in arbitration proceedings. They take on board suggested revisions received from the two Supporting Members' Liaison Committees as well as from users of LMAA arbitration.

In considering revisions, the committee responsible was guided by the following overriding principles:

- a) The LMAA Terms provide for a "light touch" approach, which should be maintained.
- b) "If it isn't broke, don't fix it". The committee took a cautious approach to changing rules which have generally operated satisfactorily in practice.
- c) However, the LMAA said it could not be complacent about its procedures in seeking to achieve efficiency and cost effectiveness.

Accordingly, the revisions clarify a number of existing rules and make incremental improvements to others, rather than being substantial or wholesale amendments.

Now that the 2017 Terms are in force, this note sets out some of the key revisions. It does not seek to address all changes. For that, please see the LMAA's Explanatory Note and other links at the following address:

<http://www.lmaa.london/terms2012.aspx>

Main Terms

THE ARBITRAL TRIBUNAL

The 2017 Terms now contain a procedure for when a party defaults on the appointment of an arbitrator.

- Paragraph 10 provides expressly that where each of the parties is to appoint an arbitrator, and one defaults, section 17 of the Arbitration Act 1996 ("the Act") applies. This enables the other party to appoint their arbitrator as sole arbitrator, by giving notice. The default position under the Act applied under the 2012 Terms in the absence of agreement to a different procedure, but this has now been clarified.
- Paragraph 11 of the 2017 Terms provides a new procedure in circumstances where the parties are to agree a sole arbitrator, and no agreement is reached within 14 days. Either party can request the President of the LMAA to make the appointment. It is at the President's discretion as to who is appointed, and the requesting party should not suggest any particular arbitrator, although they can advise whether any particular expertise is required.

POWERS OF THE TRIBUNAL

The 2012 Terms enabled arbitrators to order that arbitrations which appear to raise common issues of fact or law, be heard concurrently. The committee considered but rejected a mechanism for consolidation of arbitration proceedings in such cases. Instead the 2017 Terms provide at paragraph 16(b)(i) that, in concurrent hearings, the Tribunal may direct that time limits for service of submissions may be abbreviated/modified, in the interests of saving costs or minimising delay, or otherwise enhancing efficiency. This express reference clarifies the 2012 Terms which already provided a catch-all provision, enabling tribunals to give such directions in concurrent proceedings as the interests of fairness, economy and expedition may require.

1st SCHEDULE – TRIBUNAL'S FEES

The 2012 Terms provided that a tribunal is entitled to reasonable security for its estimated costs. The 2017 Terms clarify certain aspects of the procedure surrounding the request for, and provision of, the tribunal's security for costs, as follows:

- A tribunal is entitled to request security whenever it considers it appropriate to do so, and may stipulate when such security is to be provided.
- The "long stop" date for provision of security (no later than 21 days before the start of an oral hearing) is maintained, but it is clarified that the tribunal can stipulate an earlier date for the provision of security.
- The tribunal shall advise the parties of its total estimated costs no later than 28 days before the security is due to be in place.
- The default position is that the claimant or party requesting an oral hearing provides security but the tribunal now has a discretion to order that security should be provided in whole or in part by another party.
- A tribunal is entitled to suspend work pending provision of security.
- Failure to provide security as ordered/directed, enables the tribunal to make a peremptory order which if not complied with, empowers the tribunal to dismiss the claim.

2nd SCHEDULE – ARBITRATION PROCEEDINGS

Parties are encouraged to "avoid an unnecessary proliferation of submissions" at paragraph 5, which provides that rejoinder submissions can now only be served with the tribunal's permission. A party will need to apply to the Tribunal, explaining why such further submissions are necessary. Under paragraph 11(b), parties will usually have 21 days following exchange of LMAA Questionnaires to agree future procedural directions, or to make submissions regarding such directions, after which the tribunal will step in.

Paragraph 13 sets out an obligation for the parties and the tribunal to actively consider ways to make the arbitration proceedings as cost effective and efficient as possible.

In considering costs, a tribunal can take into account unreasonable or inefficient conduct, including failure to comply with the Checklist (paragraph 19(b)). A tribunal can also take into account Without Prejudice offers and the cost estimates provided in LMAA Questionnaires. It is also expressly stated that the CPR Part 36 regime does not apply to LMAA proceedings. This was always the case, but not always fully appreciated by users.

3rd SCHEDULE – LMAA QUESTIONNAIRE

The substance of the Questionnaire remains the same, but greater detail is required, with the focus on cost effectiveness and efficiency. For example, the estimated costs must be broken down in far greater detail than in the 2012 Terms, where it was common merely to provide a global costs estimate figure.

4th SCHEDULE – CHECKLIST

The Checklist contains important guidance on the efficient conduct of arbitrations, including in respect of matters such as the preparation of hearing bundles and witness statements. This has not, until now, formed part of the LMAA Terms at all. It is now incorporated because the guidance is often not followed. As mentioned above, compliance with it will now be a factor in assessing costs.

Small Claims Procedure (SCP)

The SCP applies to claims by agreement only. Under the 2012 Terms, if the parties' agreement referred to a monetary limit, it was clear that this was the principal sum. Under the 2017 Terms,

if no monetary limit is referred to in the agreement, the default position is that it shall refer to claims which do not exceed USD 100,000 (applicable separately to claims and counterclaims).

Intermediate Claims Procedure (ICP)

The ICP applies to claims by agreement only, usually for claims in the region of USD 100,000 to USD 400,000. Minor amendments have been made, with a focus of bringing the ICP in line with the 2017 Terms, or alternatively with the SCP.

Comment

The revisions to the 2017 Terms, SCP and ICP should have the desired result in terms of bringing about improvements to efficiency and cost effectiveness. There is an emphasis on compliance with procedure, preventing delays and focusing on costs from the outset. This is underlined by the tribunal's new power to take into account unreasonable or inefficient conduct, when considering costs.



Author:
Nick Austin



Author:
Catherine Baddeley

The implications of the “OCEAN VICTORY” case

On 10 May 2017, the Supreme Court delivered its judgment on the much anticipated appeal of the "OCEAN VICTORY" case (Gard Marine and Energy Limited v China National Chartering Company Limited and another 2017) .

The anticipation was warranted as the Court grappled with three key issues of English shipping law. Whilst none of the Court's findings may have been surprising following the Court of Appeal's judgment, one in particular has far reaching consequences and potentially severe financial implications for Owners and their insurers.

Facts

The events giving rise to this case occurred in October 2006 when the "OCEAN VICTORY" ran aground, and later broke apart, whilst attempting to leave the port of Kashima, Japan, in a gale. The vessel was on a ten year bareboat charter, on Barecon 89 as amended, from Ocean Victory Maritime (Owners) to Ocean Line Holdings (Charterers), which were a related company. Charterers chartered the vessel to China National Chartering Corp. (Time Charterers) on time charter, and Time Charterers sub-chartered to Daiichi (Voyage Charterers) on a time charter trip. Each charterparty contained a safe port warranty.

Insurers' losses resulting from the incident exceeded US \$137 million in total, which included the value of the vessel, loss of earnings, salvage costs and wreck removal costs.

Gard, Owners'/Charterers' insurers, claimed these sums against Time Charterers, who claimed against Voyage Charterers, arguing that Kashima was unsafe as the casualty had been caused by a combination of severe northerly gales and a swell caused by long waves, both of which were known to be problems at the port.

Key Issues

The key issues, and those which the parties agreed the Supreme Court should decide, were:

1. Was there a breach of the safe port undertaking in the charterparties?
2. Did the co-insurance regime in clause 12 of the Barecon 89 form, prevent a claim from being brought for losses resulting from breach of the safe port warranty? This turned out to be the most contentious question for the Supreme Court and the aspect which would have the most far-reaching consequences.
3. Were Voyage Charterers entitled to limit their liabilities for loss of the vessel under the 1976 Limitation Convention/Merchant Shipping Act 1995?

First Instance Decision

At first instance, the Judge found that the casualty was caused by long waves and severe northerly gales, each of which was not uncommon at Kashima. He concluded that the cause was therefore a "characteristic of the port" and not an "abnormal occurrence". Charterers were, therefore, in breach of the safe port undertaking.

He also found that clause 12 of the Barecon 89 form did not preclude a claim by Owners against Charterers, and so the claim could be passed on to Time Charterers.

Owners/their insurers were awarded over US \$137 million at first instance.

Court of Appeal

The Court of Appeal, however, took a very different view, finding that the port of Kashima was safe. The Judge had been wrong in his approach as he had decided that, because the two causes of

the casualty were each common in themselves, he did not need to consider whether they were common in combination, yet it was this combination that had caused the loss. In addition, he had taken an excessively theoretical approach, considering what was theoretically foreseeable rather than looking closely at the history of the port in relation to the actual cause.

In relation to co-insurance, the Court of Appeal found that, even if Kashima had been unsafe, Charterers would not have been liable, as Owners had agreed to look to their insurers and not Charterers to compensate them for their losses. Charterers would, therefore, have had no indemnity claim against Time Charterers.

Owners and their insurers appealed.

Supreme Court

The Supreme Court dealt with the first and third issues easily coming to unanimous decisions on both.

Safe port warranty

The Judges upheld the decision of the Court of Appeal finding that the port was safe, and there had been no breach of the warranty. The first instance Judge had been incorrect to decide that because each cause of the incident (long waves and severe northerly gales) was, in and of itself common, they constituted a characteristic of the port and not an abnormal occurrence. Nor did the Supreme Court agree that the unsafety had to be simply "reasonably foreseeable". The Court held that this was an incorrect test, and shared the view of the Court of Appeal that the correct test, in this case, was to decide whether the coincidence of long waves and severe northerly gales was a characteristic of the port or an abnormal occurrence. They saw no reason to disagree with the Court of Appeal in its finding that the cause was an abnormal occurrence, and said that this term should be given its ordinary meaning, which is something rare and unexpected.

Limitation of liability

The Supreme Court found it equally straightforward to deal with the question of limitation of liability, endorsing the Court of Appeal's decision in the "CMA DJAKARTA" (CMA CGM SA v Classica Shipping Co Ltd 2004), finding that Voyage Charterers would not have been entitled to limit their liability for the loss of the vessel under the 1976 Limitation Convention/Merchant Shipping act 1995.

Co-insurance

The most fascinating aspect of this judgment was how the Judges dealt with the co-insurance issue. The question arose as to whether - assuming there had been a breach of the safe port warranty - Gard, as Charterers' assignee, could claim the insured value of the vessel from Time Charterers, on the basis that Charterers would have been liable to the Owners for breach of the safe port undertaking. This complex question split the Judges who upheld the Court of Appeal's view on the slimmest of majorities 3:2.

Under clause 12, Charterers were responsible for arranging and maintaining insurance approved by the Owners, in their joint names for an agreed value. Charterers were responsible for effecting all repairs (whether covered by the insurance or not). The clause provided for how insurance monies would be dealt with in the case of a total loss.

Lord Toulson, Lord Mance and Lord Hodge were of the view that the provisions of clause 12 of the demise charter precluded a claim between co-insureds so that the Owners could not claim against the Charterers. There was, therefore, no claim against Time Charterers.

The question that arose was whether the parties had intended to create an insurance fund which was the only avenue to be compensated for the relevant loss and damage, i.e. had they created a comprehensive regime for dealing with such losses? Alternatively, did the existence of this insurance fund somehow co-exist with an independent right of action for breach of the terms of the charter which caused the loss?

The three Judges in the majority were very clearly of the view that this was a comprehensive regime which left no avenue, under the contract, for a claim against a co-insured. One of the criticisms of this analysis is that it leaves the party which has suffered the loss without any avenue for recourse. This was, however, countered by an argument that a claim could have been brought on a different basis, e.g. bailment, which would have fallen outside of the contract and would, therefore, not have been precluded by the co-insurance regime. However, this was not a claim that was pursued by the Claimants in this case. With the benefit of hindsight, this was obviously a mistake, although few would have anticipated the implications of clause 12 when the claim was brought.

The approach taken by the dissenting Judges was particularly interesting. Lord Sumption and Lord Clarke agreed that the co-insureds could not claim against each other in respect of an insured loss. However, having answered this question, Lord Sumption posed a further question: *"... when we say that one co-insured cannot claim damages against another for an insured loss, is that because the liability to pay damages is excluded by the terms of the contract, or is it because as between the co-insureds, the insurer's payment makes good any loss and thereby satisfies any liability to pay damages?"*

His answer was that insurers' payment to Owners makes good Owners' losses, as between insurers, Owners and Charterers, and that this satisfies, but does not exclude, Charterers' liability for the loss of the ship under the charter. Charterers would, therefore, be able to claim against Time Charterers.

Comment

Whilst this discussion may seem academic, it has very real financial consequences for insurers. Whilst part of the argument related to how clause 12 interacted with an amended clause 29 (safe port warranty), other causes of action could arise under the charter which could fall foul of this judgment.

Insurers now face the problem that there are many long term bareboat charters in existence which could be "ticking time bombs" with the potential for significant losses. Owners and insurers would be wise to take a long hard look at the co-insured regimes in their charterparties (and their interaction with other clauses) to avoid situations where insurers are devoid of contractual recourse for losses paid out.

First published in Maritime Risk International, June 2017



Author:
Andrew Rourke

Prawnicy MCLO

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 w 1995 r. Kancelarii odbył staż w kancelariach między innymi: Haight, Gardner Poor & Havens (Nowy Jork) oraz Middleton Potts (Londyn). Był Członek Komisji Prawa Morskiego Polskiej Akademii Nauk przy oddziale PAN w Gdańsku oraz Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Morskiego. Wiceprezes zarządu Polskiego Stowarzyszenia Prawa Morskiego. Autor licznych publikacji z zakresu prawa morskiego. Uczestniczył w pracach prowadzonych m.in. przez: Unię Europejską, International Maritime Organization (IMO), United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) oraz The Baltic and International Maritime Council (BIMCO). Specjalizuje się w prawie morskim a także gospodarczym.

Radcowie prawni/Aplikanci radcowscy/Prawnicy

Szczecin

Piotr Gajlewicz | Radca prawny
p.gajlewicz@czernis.pl

Michał Pilecki | Aplikant
m.pilecki@czernis.pl

Artur Pomorski | Radca prawny
a.pomorski@czernis.pl

Piotr Regulski | Aplikant
p.regulski@czernis.pl

Adam Organiszczak | Radca prawny
a.organiszczak@czernis.pl

Łukasz Radosz | Aplikant
l.radosz@czernis.pl

Aleksander Karandyszowski | Radca prawny
a.karandyszowski@czernis.pl

Piotr Jędrusiak | Aplikant
p.jedrusiak@czernis.pl

Paweł Bilicki | Radca prawny
p.bilicki@czernis.pl

Szymon Romanowicz | Prawnik
s.romanowicz@czernis.pl

Marcin Borowski | Aplikant
m.borowski@czernis.pl

Piotr Porzycki | Doradca podatkowy
p.porzycki@czernis.pl

Marcin Kaszyński | Aplikant
m.kaszyński@czernis.pl

Gdynia
Sebastian Kita | Radca prawny
s.kita@czernis.pl

Adam Gielnik | Aplikant
a.gielnik@czernis.pl

Londyn
Andrzej Czernis | Prawnik
a.czernis@czernis.pl

Maciej Jaśkiewicz | Aplikant
m.jaskiewicz@czernis.pl

