

ZARZĄDZANIE RYZYKIEM PRAWNYM W RELACJACH Z KONTRAHENTAMI

Michał Kaczmarek

ZARZĄDZANIE RYZYKIEM PRAWNYM W RELACJACH Z KONTRAHENTAMI

Michał Kaczmarek

Zamów książkę w księgarni internetowej

proinfo.pl
księgarnia internetowa

Stan prawny na 20 maja 2024 r.

Recenzent
Prof. dr hab. Ewa Gruza

Wydawca
Grzegorz Jarecki

Redaktor prowadzący
Joanna Cybulska

Opracowanie redakcyjne
Agnieszka Witczak

Projekt okładek serii
Wojtek Janikowski, Przemek Dębowski

Wszystkie przykłady umieszczone w niniejszej publikacji są fikcyjne,
a wszelkie podobieństwo z rzeczywistymi stanami faktycznymi
jest wyłącznie przypadkowe.


prawoLubni

Ta książka jest wspólnym dziełem twórcy i wydawcy. Prosimy, byś przestrzegał przysługujących
im praw. Książkę możesz udostępnić osobom bliskim lub osobiście znanym, ale nie publikuj
jej w internecie. Jeśli cytujesz fragmenty, nie zmieniaj ich treści i koniecznie zaznacz,
czyje to dzieło. A jeśli musisz skopiować część, rób to jedynie na użytek osobisty.

Szanujemy prawo i własność
Więcej na www.legalnakultura.pl
Polska Izba Książki

© Copyright by Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o., 2024

Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o.
Dział Praw Autorskich
01-208 Warszawa, ul. Przyokopowa 33
tel. +48 728 313 462
e-mail: PL-ksiazki@wolterskluwer.com

księgarnia internetowa www.profinfo.pl

SPIS TREŚCI

Wykaz skrótów	7
Wstęp	9
Rozdział 1	
Ryzyko prawne w relacjach z kontrahentami na tle regulacji krajowych	15
1.1. Wprowadzenie.....	15
1.2. Swoboda działalności gospodarczej i jej ograniczenia w prawodawstwie krajowym.....	15
1.3. Prawo przedsiębiorców	18
1.4. Ustawa o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych.....	20
1.5. Kodeks karny oraz Kodeks karny skarbowy	26
1.6. Ustawa o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu	33
1.7. Kodeks cywilny.....	39
1.8. Kodeks spółek handlowych.....	45
1.9. Prawo farmaceutyczne	48
1.10. Prawo zamówień publicznych.....	57
1.11. Wybrane regulacje podatkowe.....	60
Rozdział 2	
Ryzyko prawne w relacjach z kontrahentami na tle regulacji o zasięgu międzynarodowym.....	65
2.1. Wprowadzenie.....	65
2.2. Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) w USA.....	66
2.3. Financial Action Task Force (FATF).....	73

2.4. UK Economic Crime and Corporate Transparency Act 2023	78
2.5. OIG Guidelines 2023	84

Rozdział 3

Uniwersalna propozycja modelu zarządzania ryzykiem

prawnym w relacjach z kontrahentami	93
3.1. Wprowadzenie	93
3.2. Decyzje ludzkie a konflikt interesów	98
3.3. Kontekst staranności w rozważaniach nad ryzykiem prawnym	99
3.4. Trójkąt Cresseya	107
3.5. Ryzyko prawne kontrahenta w badaniach ACFE i Thomson Reuters	111
3.6. Model trzech linii obrony	116
3.7. Cykl zarządzania ryzykiem prawnym w modelu cyklu zarządzania ryzykiem nadużyć	122
3.8. Proces mapowania ryzyka regulacyjnego	130

Bibliografia	139
---------------------------	-----

Załącznik	147
------------------------	-----

WSTĘP

Zarządzanie ryzykiem stanowi jedno z kluczowych wyzwań każdego przedsiębiorstwa funkcjonującego na rynku. Prowadzenie działalności gospodarczej wiąże się bowiem w sposób nierozłączny z jego podejmowaniem. Już starożytni Rzymianie wskazywali, że korzyść przypada temu, kto podejmuje ryzyko (łac. *commodum eius esse debet, cuius est periculum*) i zasada ta stała się elementem „DNA” prowadzenia współczesnej działalności gospodarczej.

W orzecznictwie sądów krajowych od lat utrwalone jest stanowisko, że **istotą działalności gospodarczej jest jej prowadzenie w sposób ciągły i zorganizowany, na własny rachunek i ryzyko przedsiębiorcy¹**, a ponadto, że **każda działalność gospodarcza związana jest z ryzykiem niepowodzenia i ryzyko to ponoszą wszyscy uczestnicy tej działalności, w tym również pokrzywdzeni działaniem przedsiębiorcy²**, natomiast **nieudana w sensie finansowym działalność gospodarcza czy też fragment tej działalności (konkretna czynność) nie może skutkować wprost konsekwencjami prawnokarnymi dla jej uczestników³**.

Jednym z obszarów ryzyka prowadzenia działalności gospodarczej jest również ryzyko prawne w relacjach z kontrahentem.

¹ Wyrok SN z 11.02.2021 r., II USKP 21/21, LEX nr 3119631.

² Wyrok SN z 2.04.1996 r., V KKN 4/96, LEX nr 25598.

³ Wyrok SN z 22.08.2002 r., IV KKN 614/99, LEX nr 56083.

Na potrzeby niniejszej publikacji **przez kontrahenta rozumieć będziemy klienta, dostawcę, podwykonawcę lub partnera biznesowego**, na przykład w ramach przedsięwzięć *joint venture*.

Konsekwencje zmaterializowania się ryzyka prawnego w relacji z kontrahentem mogą mieć **wymiar finansowy** w postaci szkody wyrządzonej naszemu przedsiębiorstwu albo szkody wyrządzonej przez nas kontrahentowi.

Przykład:

Działając jako wytwórca leków na zlecenie, nie wytworzymy zakontraktowanej partii leków z powodu nieotrzymania substancji czynnej, a związku z tym sami nie dostarczymy zakontraktowanego przez naszego odbiorcę produktu na czas i będziemy zobowiązani do zapłaty na jego rzecz na przykład kary umownej. Nasz odbiorca z kolei nie wywiąże się z zapewnienia dostępności leku objętego refundacją na terytorium RP i narazi się na ryzyko niedotrzymania zobowiązań objętych decyzją refundacyjną, ze wszystkimi tego konsekwencjami^{4,5}.

⁴ Art. 36z ust. 1 ustawy z 6.09.2001 r. – Prawo farmaceutyczne (Dz.U. z 2024 r. poz. 686) stanowi, że podmiot odpowiedzialny oraz przedsiębiorcy zajmujący się obrotem hurtowym produktami leczniczymi są obowiązani zapewnić, w celu zabezpieczenia pacjentów, nieprzerwane zaspokajanie zapotrzebowania podmiotów uprawnionych do obrotu detalicznego produktami leczniczymi i przedsiębiorców zajmujących się obrotem hurtowym produktami leczniczymi w ilości odpowiadającej potrzebom pacjentów.

⁵ Art. 11 ust. 2 pkt 9 ustawy z 12.05.2011 r. o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 826 ze zm.) stanowi, że decyzja administracyjna o objęciu refundacją zawiera między innymi zobowiązanie do dostarczenia wielkości dostaw w ujęciu rocznym, z uwzględnieniem podziału na poszczególne miesiące. Z kolei art. 34 ust. 1 ww. ustawy stanowi, że w przypadku gdy zobowiązanie to w zakresie dotyczącym rocznej wielkości dostaw lub ciągłości dostaw nie zostanie dotrzymane i nastąpi niezaspokojenie potrzeb świadczeniobiorców, wnioskodawca, który otrzymał decyzję administracyjną o objęciu refundacją, jest obowiązany do zwrotu do NFZ kwoty stanowiącej iloczyn liczby niedostarczonych jednostkowych opakowań leku, środka spożywczego specjalnego przeznaczenia żywieniowego albo jednostkowych wyrobów medycznych i ich urzędowej ceny zbytu netto, chyba że niewykonanie tego zobowiązania jest następstwem działania siły wyższej albo potrzeby świadczeniobiorców zostały zaspokojone przez jego odpowiednik.

Rozdział 1

RYZIKO PRAWNE W RELACJACH Z KONTRAHENTAMI NA TLE REGULACJI KRAJOWYCH

1.1. Wprowadzenie

W rozdziale 1 dokonamy przeglądu wybranych, w ocenie autora kluczowych, regulacji prawnych stanowiących bazę dla konstruowania środowiska kontroli umożliwiającego zarządzanie ryzykiem prawnym w relacjach z kontrahentami na płaszczyźnie krajowego prawa karnego, administracyjnego oraz cywilnego.

1.2. Swoboda działalności gospodarczej i jej ograniczenia w prawodawstwie krajowym

Podstawową zasadę ustrojową w odniesieniu do prowadzenia działalności gospodarczej w Polsce wprowadza art. 20 Konstytucji RP, stanowiąc, że **społeczna gospodarka rynkowa oparta na wolności działalności gospodarczej**, własności prywatnej oraz solidarności, dialogu i współpracy partnerów społecznych stanowi podstawę ustroju gospodarczego Rzeczypospolitej Polskiej.

Ogólną zasadę swobody działalności gospodarczej uzupełnia art. 22 Konstytucji RP, wskazując, że **ze względu na ważny interes publiczny**

dopuszczalne jest ograniczenie wolności działalności gospodarczej.

Ważny interes publiczny jest klauzulą generalną, jednak w praktyce przepis ten odnosi się do działalności reglamentowanej, wymagającej zezwoleń, wpisu do rejestru działalności regulowanej lub koncesji.

Przykład:

Działalnością reglamentowaną jest chociażby obrót lekami w ramach legalnego łańcucha dystrybucji w roli wytwórcy, podmiotu odpowiedzialnego, hurtowni farmaceutycznej czy apteki ogólnodostępnej.

Podobnie jest z prowadzeniem działalności bankowej w rozumieniu ustawy – Prawo bankowe¹.

Uzyskanie zezwolenia, wpisu do rejestru działalności regulowanej lub koncesji to dopiero początek drogi, ponieważ z prowadzeniem działalności reglamentowanej wiąże się również realizacja wielu obowiązków wynikających z regulujących ją przepisów. Przepisy te wprowadzać mogą również obowiązki odnoszące się do aktów staranności między innymi na etapie nawiązania relacji z kontrahentem.

Ustawą o kluczowym znaczeniu w kontekście ogólnej regulacji zasad prowadzenia działalności gospodarczej jest ustawa z 6.03.2018 r. – Prawo przedsiębiorców².

Artykuł 8 pr. przed. stanowi, że **przedsiębiorca może podejmować wszelkie działania, z wyjątkiem tych, których zakazują przepisy prawa, a ponadto, że może być on obowiązany do określonego zachowania tylko na podstawie przepisów prawa.**

Jednocześnie ta sama ustawa w art. 9 zawiera regulację, zgodnie z którą **przedsiębiorca zobowiązany jest do wykonywania działalności gospodarczej zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji, poszanowania dobrych obyczajów oraz słuszych interesów innych przedsiębiorców i konsumentów, a także do poszanowania oraz ochrony praw i wolności człowieka.**

¹ Ustawa z 29.08.1997 r. – Prawo bankowe (Dz.U. z 2023 r. poz. 2488 ze zm.).

² Dz.U. z 2024 r. poz. 236.

Przepisy Konstytucji RP oraz ustaw wskazują zatem, że **choć swoboda działalności gospodarczej jest zasadą ogólną w odniesieniu do prowadzenia działalności gospodarczej, nie ma ona charakteru absolutnego**. Przepisy prawa zawierają mogą również pewne wskazania kierunkowe w zakresie sposobu jej wykonywania, w odniesieniu do ograniczeń i nakazów wynikających z ustaw szczególnych.

Dodatkowo przedsiębiorców w realizacji ich zamierzeń gospodarczych obowiązują pewne klauzule generalne, a wśród nich kluczową rolę pełnią potrzeba uczciwości, poszanowania dobrych obyczajów oraz zwracania uwagi na szacunek dla słusznych interesów innych uczestników obrotu gospodarczego.

Kolejne podrozdziały dostarczają tła regulacyjnego w odniesieniu do kluczowych nakazów i zakazów wynikających z najważniejszych aktów prawnych rangi ustawowej regulujących sposób wykonywania działalności gospodarczej, w tym nawiązanie oraz utrzymywanie relacji gospodarczych z kontrahentami.

Niezastosowanie się do tych nakazów i zakazów może skutkować poniesieniem dotkliwej niekiedy odpowiedzialności natury cywilnoprawnej, administracyjnej lub nawet karnej. Ryzyko poniesienia takiej odpowiedzialności stanowi potencjalne zagrożenie towarzyszące nawiązaniu relacji biznesowej z kontrahentem, którego nie możemy ignorować, podejmując taką współpracę. Warto zatem znać te nakazy i zakazy oraz zaadresować je w ramach budowania środowiska kontroli w przedsiębiorstwie.

Odpowiednio zaprojektowane środowisko kontroli pozwala na ograniczenie ryzyka prawnego, o czym więcej w rozdziale 3, który posłuży nam do zaproponowania rozwiązań zarządczych służących prewencji nadużyć w stosowaniu prawa w ramach nawiązywania i utrzymywania relacji z kontrahentami.

1.3. Prawo przedsiębiorców

Jak już wspomniano wyżej, Prawo przedsiębiorców stanowi jeden z podstawowych, poza Konstytucją RP, aktów prawnych regulujących zasady działalności gospodarczej w Polsce. Do zasad tych należą w szczególności:

- 1) **wykonywanie działalności gospodarczej zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji**³, przy czym konkretyzacja zasad uczciwej konkurencji odbywa się często poprzez ocenę konkretnego zachowania w kontekście zakazów wynikających z przepisów szczególnych, takich jak na przykład ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów⁴ czy ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji⁵;
- 2) **swoboda działalności gospodarczej**, tj. przedsiębiorca może podejmować w ramach swojej działalności wszelkie działania, z wyjątkiem tych, których zakazują mu przepisy prawa, przy czym **ograniczenia tej swobody mogą wynikać jedynie z przepisów prawa**⁶; przykładem takich obowiązków może być obowiązek dokonywania rozliczeń pomiędzy przedsiębiorcami z wykorzystaniem rachunku bankowego, jeżeli jednorazowa wartość transakcji, bez względu na liczbę wynikających z niej płatności, przekracza 15 000 złotych lub równowartość tej kwoty⁷;
- 3) fakt, że **organy państwa kierują się w swoich działaniach zasadą zaufania do przedsiębiorcy**, zakładając, że działa on zgodnie z prawem, uczciwie oraz z poszanowaniem dobrych obyczajów. **Wyjątkiem od zasady domniemania działania zgodnie z prawem jest jednak sytuacja, gdy odrębne przepisy wymagają od przedsiębiorcy wykazania określonych faktów**⁸. W tym kontekście warto przywołać przepisy o przeciwdziałaniu praniu

³ Art. 9 pr. przed.

⁴ Ustawa z 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2024 r. poz. 594).

⁵ Ustawa z 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022 r. poz. 1233).

⁶ Art. 8 pr. przed.

⁷ Art. 19 pr. przed.

⁸ Art. 10 ust. 1 w zw. z art. 10 ust. 3 pkt 2 pr. przed.

pieniędzy⁹, które nakładają na przedsiębiorcę obowiązane do stosowania tych przepisów szereg obowiązków, a dowód ich spełnienia spoczywa często na przedsiębiorcy (np. uzasadnienie zakwalifikowania określonego klienta do konkretnej grupy ryzyka). Podobnie sytuacja wyglądać może w przypadku przepisów wprowadzających sankcje gospodarcze, jak choćby sankcje związane z agresją Rosji na Ukrainę¹⁰;

- 4) **wykonywanie działalności gospodarczej w dziedzinach mających szczególne znaczenie** ze względu na bezpieczeństwo państwa lub obywateli albo inny ważny interes publiczny, **po uprzednim uzyskaniu koncesji, wpisu do rejestru działalności regulowanej albo zezwolenia**¹¹, na przykład koncesji na prowadzenie kasyna gry udziela minister właściwy do spraw finansów publicznych¹², podjęcie działalności gospodarczej w zakresie prowadzenia hurtowni farmaceutycznej wymaga uzyskania zezwolenia Głównego Inspektora Farmaceutycznego¹³, natomiast działalność pocztowa jest działalnością regulowaną i wymaga wpisu do rejestru operatorów pocztowych¹⁴.

Zwłaszcza w tym ostatnim kontekście wiedza na temat wykonywania przez naszego kontrahenta działalności regulowanej oraz weryfikacja tego faktu w wiarygodnym źródle może mieć niebagatelne znaczenie w sytuacji, gdy przepisy prawa warunkują możliwość nawiązania współpracy z kontrahentem jego obecnością w stosownych rejestrach.

⁹ Ustawa z 1.03.2018 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu (Dz.U. z 2023 r. poz. 1124 ze zm.)

¹⁰ Ustawa z 13.04.2022 r. o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego (Dz.U. z 2024 r. poz. 507).

¹¹ Art. 37 ust. 1 pr. przed.

¹² Art. 32 ust. 1 ustawy z 19.11.2009 r. o grach hazardowych (Dz.U. z 2023 r. poz. 227).

¹³ Art. 74 ust. 1 ustawy z 6.09.2001 r. – Prawo farmaceutyczne (Dz.U. z 2024 r. poz. 686).

¹⁴ Art. 6 ust. 1 ustawy z 23.11.2012 r. – Prawo pocztowe (Dz.U. z 2023 r. poz. 1640 ze zm.).

Zarządzanie ryzykiem prawnym w relacjach biznesowych z kontrahentami stanowi jedno z najważniejszych wyzwań każdego przedsiębiorstwa funkcjonującego na rynku. Konsekwencje podejmowania nadmiernie ryzykownych relacji z kontrahentami mogą bowiem nieść za sobą nie tylko odpowiedzialność prawną, lecz także utratę reputacji oraz mieć wymiar finansowy. W książce m.in.:

- omówiono standardy compliance ograniczające ryzyko prawne w relacji z kontrahentem,
- zaproponowano praktyczny i uniwersalny model podejścia do zarządzania tego rodzaju ryzykiem,
- zaprezentowano listę kontrolną rekomendowanych czynności ograniczających ryzyko prawne.

Książka przeznaczona jest dla pracowników działów prawnych i działów compliance firm (np. zajmujących się logistyką oraz innych, które mają w swoich łańcuchach dostaw podmioty zagraniczne). Zainteresuje również sędziów, adwokatów, radców prawnych i notariuszy.

Uzupełnieniem publikacji jest szkolenie online, prowadzone przez autora, dostępne na stronie: <https://www.profinfo.pl/materialy-dodatkowe>.

Michał Kaczmarski – doktor nauk prawnych, adiunkt w Zakładzie Rachunkowości Informatycznej Kolegium Zarządzania i Finansów Szkoły Głównej Handlowej w Warszawie; adwokat. Przez wiele lat doradzał firmom w opracowywaniu i wdrażaniu rozwiązań w zakresie ograniczenia ryzyka ekspozycji na pranie pieniędzy, sankcji międzynarodowych czy przestępczości „białych kołnierzyków”.

ZAMÓWIENIA:

INFOLINIA: +48 801 044 545

ZAMOWIENIA@WOLTERSKLUWER.PL

WWW.PROFINFO.PL
