

**Prawne zabezpieczenie zwrotności
nieprawidłowo wydatkowanych
publicznych środków wspólnotowych.**

**Postępowanie w sprawie odzyskiwania
nieprawidłowo wydatkowanych
publicznych środków wspólnotowych.**

Aleksander Mleczo*

* mgr inż. Z-ca Dyrektora Biura Międzynarodowych Relacji Skarbowych w Ministerstwie Finansów, Przewodniczący Międzyresortowej Grupy Roboczej do spraw zapobiegania nieprawidłowościom w zakresie wykorzystania funduszy unijnych. Wieloletni główny rewident banku i dyrektor w bankowych departamentach kredytów trudnych oraz organizator firm windykacyjnych działających w ramach bankowych grup kapitałowych.

Spis treści.

<u>Temat</u>	<u>strona</u>
1. streszczenie kierownicze	3
2. definicje	5
3. wprowadzenie	7
4. przeciwdziałanie nieprawidłowościom	11
5. prawne zabezpieczenie zwrotności	13
6. zabezpieczenia osobiste	15
7. zabezpieczenia rzeczowe	20
8. dla jednostek budżetowych	32
9. dla państwowych osób prawnych	33
10. dla osób prawnych (<i>pozostałych</i>)	34
11. dla osób fizycznych	35
12. dla niektórych instytucji pożytku publicznego	35
13. windykacja nieprawidłowo wydatkowanych środków	37
14. typologia	38
15. procedura cywilna	38
16. dobrowolna spłata	39
17. outsourcing	41
18. warunki skutecznej windykacji	43
19. uregulowania prawne	43
20. regulacje umowne	43
21. rozpoznanie	44
22. komunikacja, kooperacja, koordynacja	45
23. postępowanie wobec jednostek budżetowych	46
24. podsumowanie	47
25. źródła	50

Streszczenie kierownicze:

Przedmiotem opracowania jest próba zdefiniowania skali zagrożeń dla finansów publicznych, których zaistnienie należy przewidywać w związku z absorpcją pomocy unijnej, stanowiącej przepływy publicznych środków wspólnotowych, jak również wskazanie możliwości minimalizacji tych zagrożeń oraz ich negatywnych skutków finansowych dla budżetu Państwa.

W opracowaniu wykorzystano dane z sektora finansowego, głównie bankowego ilustrujące dynamikę kształtowania się tzw. nieregularnych aktywów kredytowych, zwłaszcza skierowanych do windykacji, dokonując uproszczonej ekstrapolacji na przewidywaną pulę środków angażowanych w fundusze strukturalne, Fundusz Spójności oraz dopłaty bezpośrednie.

Wykorzystano również doświadczenia starych Krajów Członkowskich Unii Europejskiej i dane zawarte w raportach Europejskiego Urzędu do spraw Zwalczenia Oszustw OLAF

Wprowadzono do opracowania pojęcie „ryzyka operacyjnego” stosowane w praktyce bankowej – zwłaszcza od wejścia w życie bazylijskiej „nowej umowy kapitałowej” – na określenie zagrożeń związanych z czynnikiem ludzkim (np. niedbalstwo, niekompetencja, świadome działanie przestępcze) i błędami systemu (procedury udzielania pomocy, monitorowania i kontroli, windykacji).

Wyekstrapolowano, że nawet przyjmując ostrożnościowe parametry dla oceny ryzyka operacyjnego, należy przyjąć że udział środków wymagających odzyskania w związku z ich nieprawidłowym wykorzystaniem, w stosunku do ogółu zaabsorbowanych publicznych środków wspólnotowych przekroczy 15 %. Skonstatowano, że przy takim poziomie należności kwalifikujących się do windykacji, ich saldo za obecny i najbliższy okres budżetowy Unii (2004 – 2013) przekroczy saldo kredytów objętych procedurą windykacyjną w całym sektorze bankowym w Polsce.

W opracowaniu wskazano możliwości redukcji tych zagrożeń oraz zwiększenia szans skutecznego odzyskiwania nieprawidłowo wydatkowanych środków w razie potrzeby takich działań.

Wskazano optymalny tryb postępowania windykacyjnego, taktykę i metody działań windykacyjnych, skutki społeczne w przypadku ich niepowodzenia, a także słabe i silne strony proponowanych działań.

Prawne zabezpieczenia zwrotności i metodologię ich ustanawiania, a także postępowania windykacyjnego opisano w taki sposób, aby można było stosować te rozwiązania generalnie w relacjach „wierzyciel – dłużnik”, a nie tylko instytucja „zarządzająca – beneficjent” i dotyczy np. relacji „odbiorca-

dostawca”. Oczywiście w takiej sytuacji, kwestia oceny zagrożeń dokonywana jest we własnym zakresie przez potencjalnego wierzyciela.

W tekście mają miejsca powtórzenia niektórych myśli. Nie jest to przejaw niedbalstwa lecz świadomy wybór. Autorowi chodziło o to, aby poszczególne rozdziały były jak najbardziej użyteczne do stosowania, aby ewentualny czytelnik, mający zamiar skorzystać z tego poradnika np. w procesie windykacji nie musiał wracać do początku, lecz ograniczył swoje zainteresowanie do właściwego rozdziału.

Przedstawione oceny i interpretacje nie stanowią oficjalnego stanowiska Ministerstwa Finansów, są jedynie opinią wyrażoną przez osobę, która szereg lat zajmowała się zarządzaniem kredytami trudnymi w bankach, procesami restrukturyzacyjnymi i windykacją bezpośrednią.

Definicje

1. beneficjent - osoba fizyczna, osoba prawna lub jednostka organizacyjna nie posiadająca osobowości prawnej, korzystająca z publicznych środków wspólnotowych i publicznych środków krajowych na podstawie umowy o dofinansowanie projektu albo decyzji, o której mowa w art. 11 ust. 7 ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o Narodowym Planie Rozwoju (*Dz.U. z 2004 r. nr 116, poz. 1206*),
2. dłużnik – beneficjent który w związku z nieprawidłowym wydatkowaniem publicznych środków wspólnotowych został wezwany przez wierzyciela lub działającą w jego imieniu osobę do zwrotu tych środków. Dłużnikiem w rozumieniu dokumentu jest też każda inna osoba zobowiązana na podstawie właściwej umowy do uczestniczenia w zaspokojeniu finansowych roszczeń wierzyciela,
3. instytucja płatnicza - minister właściwy do spraw finansów publicznych,
4. instytucja pośrednicząca - instytucja, do której instytucja zarządzająca deleguje część funkcji związanych z zarządzaniem, kontrolą i monitorowaniem programu operacyjnego albo strategii wykorzystania Funduszu Spójności, odnoszącą się do priorytetu operacyjnego, działania albo projektu,
5. instytucja zarządzająca - właściwy minister albo inny organ administracji publicznej, odpowiedzialny za przygotowanie i nadzorowanie realizacji programu operacyjnego albo za przygotowanie i nadzorowanie realizacji strategii wykorzystania Funduszu Spójności, albo Podstaw Wsparcia Wspólnoty, o których mowa w przepisach Unii Europejskiej ustanawiających Fundusz Spójności i ustanawiających przepisy ogólne w sprawie funduszy strukturalnych,
6. instytucja wdrażająca - podmiot publiczny lub prywatny, odpowiedzialny za realizację działania w ramach programu operacyjnego na podstawie umowy z instytucją zarządzającą,
7. projekt - przedsięwzięcie realizowane w ramach działania, będące przedmiotem umowy o dofinansowanie projektu między beneficjentem a instytucją zarządzającą, instytucją wdrażającą albo działającą w imieniu instytucji zarządzającej instytucją pośredniczącą, albo decyzji, o której mowa w art. 11 ust. 7 ustawy o Narodowym Planie Rozwoju, lub współfinansowane ze środków pochodzących z Funduszu Spójności,
8. publiczne środki krajowe - środki finansowe pochodzące z budżetu państwa oraz państwowych funduszy celowych, środki budżetów jednostek samorządu terytorialnego, środki innych jednostek sektora finansów

publicznych, a także inne środki jednostek oraz form organizacyjno-prawnych sektora finansów publicznych,

9. publiczne środki wspólnotowe - środki finansowe pochodzące z budżetu Wspólnot Europejskich, a w szczególności z funduszy strukturalnych, o których mowa w przepisach Unii Europejskiej w sprawie Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, w sprawie Europejskiego Funduszu Społecznego, w sprawie wsparcia rozwoju obszarów wiejskich z Europejskiego Funduszu Orientacji i Gwarancji Rolnej (*EFOiGR*) oraz zmieniających i uchylających niektóre rozporządzenia, rozporządzeniu w sprawie Instrumentu Finansowego Wspierania Rybołówstwa oraz rozporządzeniu ustanawiającym Fundusz Spójności, ujęte w załączniku do ustawy budżetowej, służące realizacji Narodowego Planu Rozwoju,
10. porozumienie – umowa cywilno - prawna zawarta pomiędzy instytucjami opisanymi w punktach 2 do 5, przekazująca prawa i obowiązki związane z gospodarowaniem publicznymi środkami wspólnotowymi,
11. umowa o dofinansowanie projektu - umowa cywilno - prawna między beneficjentem, a instytucją zarządzającą, instytucją wdrażającą albo działającą w imieniu instytucji zarządzającej instytucją pośredniczącą,
12. prawne zabezpieczenie zwrotności – środki prawne przewidziane przepisami Kodeksu cywilnego oraz innych ustaw, ustanawiane przez jedną stronę umowy bądź porozumienia, na rzecz drugiej strony celem zapewnienia spłaty zobowiązania (*w tym przyszłego*),
13. wierzyciel – instytucja zarządzająca lub inna zobowiązana ustawą do reprezentowania interesów budżetu Państwa w procesie odzyskiwania nieprawidłowo wydatkowanych publicznych środków wspólnotowych. Wierzycielem jest również osoba uprawniona wiążącym dokumentem np. umową cywilno prawną, do występowania z roszczeniem finansowym wobec dłużnika,
14. windykacja – ogół działań faktycznych i prawnych zmierzających do zaspokojenia roszczeń jednej ze stron umowy, w tym procedura ugodowa, egzekucja w trybie sądowym i administracyjnym z wcześniej ustanowionych prawnych zabezpieczeń zwrotności.

I. Wprowadzenie (skala zagrożeń – próba oceny):

Doświadczenia wszystkich Krajów Członkowskich Unii Europejskiej niosą dla Państw nowo przyjętych do Wspólnoty naukę, że strumieniom pieniędzy jakie w ramach unijnych programów pomocowych napływają do poszczególnych krajów, zawsze towarzyszą mniej lub bardziej udane próby niezgodnego z prawem, uszczknięcia części tych środków.

Również dane Komisji Europejskiej, Europejskiego Biura do Spraw Zwalczenia Oszustw OLAF, świadczą o ogromnej skali działań zmierzających do zagarnięcia publicznych środków wspólnotowych.

Nieomal powszechnie znane są informacje, że w obszarze Wspólnej Polityki Rolnej udokumentowano nieprawidłowe wydatkowanie ponad 3,1 mld.€, z czego skutecznie odzyskano zaledwie 17 %, beneficjenci włoscy w ramach wykorzystywania dopłat bezpośrednich do upraw drzew oliwnych wyłudziili ponad 550 mln.€, niektóre landy niemieckie przyznają się do ujawnienia średniorocznie wydatków ze środków unijnych poniesionych niezgodnie z przepisami i wymagających windykacji na kwotę 13 % salda wydatkowanego ogółem.

Prawidłowość zagospodarowania publicznych środków wspólnotowych w poszczególnych Krajach Członkowskich jest gwarantowana przez budżet danego Państwa. Oznacza to, że kwoty nieprawidłowo wydatkowane powinny być odzyskane od beneficjenta, wraz z odsetkami za czas dysponowania przez niego tymi środkami i przeznaczone na cele mieszczące się w zakresie programów operacyjnych powołanych na podstawie wcześniej wynegocjowanych z Komisją Europejską Podstaw Wsparcia Wspólnoty.

W przypadku nieodzyskania tych środków Państwo winno zwrócić ich równowartość do budżetu Unii (*oczywiście są pewne, dość ograniczone możliwości umorzenia, Unia może partycypować w kosztach niektórych działań prawnoprocesowych, może też jednak obniżyć kwotę swojej pomocy planowanej na kolejny okres budżetowy*).

Oznacza to, że finanse publiczne tak naprawdę tracą co najmniej dwa razy. Po pierwsze wpłacając obowiązującą składkę do Unii obniżają poziom budżetu, po drugie musząc zwracać równowartość nieodzyskanych środków dokonują tego obniżenia po raz kolejny. W skrajnych przypadkach obok tej kwoty głównej, strata finansów publicznych pogłębianą jest naliczonymi odsetkami, karami jak również poniesionymi kosztami obsługi tych wydatków.

Warto też przywołać elementy swego rachunku ciągnionego.

Po pierwsze, jeżeli nieprawidłowo dokonane wydatki spowodują obniżenie współfinansowania środkami unijnymi, a beneficjent nie pozyska środków z innych źródeł, przez co nie zrealizuje projektu, istnieje prawie pewność, że strona

unijna uzna cały projekt za niekwalifikowalny i zażąda zwrotu środków już wcześniej wypłaconych.

Po drugie, w okresie pięciu lat od wydania certyfikatu zamknięcia pomocy przez Biuro do spraw Certyfikacji i Poświadczeń Środków z Unii Europejskiej Ministerstwa Finansów, właściwe służby unijne mogą sprawdzić, czy cel określony w umowie o współfinansowaniu został zrealizowany i jest on aktualny (*np. czy ilość miejsc pracy jakie beneficjent zorganizował z pomocy unijnej jest utrzymana, zrealizowana inwestycja funkcjonuje i służy założonemu celowi biznesowemu etc.*), a jeżeli nie zakwestionować cały projekt i zażądać zwrotu środków.

W obydwu przypadkach, które oczywiście nie wyczerpują listy możliwych sytuacji to budżet Państwa, gwarantuje zwrot nieprawidłowo wydatkowanych środków pomocowych. Wymusza to utrzymanie adekwatnej do sytuacji kontroli istnienia „dobra materialnego”, którego powstanie zostało sfinansowane publicznymi środkami wspólnotowymi (*follow up*).

Zachodzi pytanie, jakiej skali w warunkach Polski może być zjawisko nieprawidłowo wydatkowanych środków wspólnotowych, zwłaszcza przez tych beneficjentów, którzy z powodów ekonomicznych (*brak zdolności do spłaty*) lub przestępczych (*od początku działali z zamiarem wyłudzenia*), będą musieli być objęci procedurą windykacyjną ze strony instytucji zarządzających.

Przydatne w tym względzie mogą być doświadczenia banków, w tym wprowadzenie do słownika pojęć, którymi operować winny instytucje uczestniczące w dystrybucji publicznych środków wspólnotowych, wprowadzonego wydaną przez Bazylejski Komitet d/s Nadzoru Bankowego¹ „nową umową kapitałową”² pojęcia ryzyka operacyjnego.

Ryzykiem operacyjnym nazywa się wszystkie ryzyka związane z czynnikiem ludzkim. A więc niedbalstwo, nieuwaga, niekompetencja, brak informacji wynikający z błędnych procedur, niewłaściwie zaprojektowane systemy, jak również celowe działania; fałszowanie dokumentów, korupcja, wyłudzenie, oszustwo etc. wszystkie te sytuacje mieszczą się w granicach ryzyka operacyjnego.

¹ Komitet utworzony w 1975 r. przez prezesów banków centralnych, krajów Grupy G-10. W jego skład wchodzi wyżsi przedstawiciele władz nadzoru bankowego i banków centralnych z Belgii, Francji, Holandii, Japonii, Kanady, Luksemburga, Niemiec, Stanów Zjednoczonych, Szwajcarii, Szwecji, Włoch i Zjednoczonego Królestwa. Komitet obraduje zwykle w Banku Rozrachunków Międzynarodowych /BIS/ w Bazylei, gdzie mieści się jego stały sekretariat.

² będzie obligować wszystkie banki chcące uczestniczyć w międzynarodowym obrocie od 2006 r.

Zważywszy, że ryzyko operacyjne jest - na etapie przyjmowania wniosków o dofinansowanie projektów - czynnikiem niemierzalnym, zawierając porozumienia oraz umowy o cywilno – prawne o dofinansowanie projektu bądź wydając decyzje o trybie przekazywaniu publicznych środków wspólnotowych lub krajowych, należy tworzyć taki stan prawny, który będzie użyteczny i efektywny również wówczas, kiedy te środki będzie trzeba odzyskiwać. Innymi słowy, celem minimalizowania skutków ryzyka należy tworzyć warunki skutecznej windykacji, poprzez w szczególności uzyskanie od beneficjenta zrzeczenia się części praw do ochrony danych osobowych, ustanowienia realnych zabezpieczeń, a także zgody na przenoszenie tych praw na osoby trzecie.

Nowa umowa kapitałowa opiera się na trzech filarach, jakimi są: minimalne wymogi kapitałowe, proces badania nadzorczego oraz efektywne stosowanie dyscypliny rynkowej.

Kwestia wyliczania wymogu kapitałowego nie ma zastosowania do procesu absorpcji środków unijnych, a jedynie może pozostawać w zainteresowaniu banków kredytujących prefinansowanie, stąd też nie będzie w dalszej części artykułu omawiana (*wymagałoby to odrębnego opracowania z uwagi na stopień komplikacji tematu*).

Znakomicie jednak w system absorpcji środków wpisuje się pojęcie badania nadzorczego rozumianego jako badanie przeprowadzane przez instytucje zewnętrzne oraz dyscyplina rynkowa rozumiana jako dostępność danych i transparentność procesu przydzielania oraz rozliczania, w tym kwalifikowania środków publicznych.

W system monitorowania i kontroli publicznych środków wspólnotowych, zaangażowane są wszystkie instytucje biorące udział w ich dystrybucji w tym. Instytucje wdrażające, pośredniczące, zarządzające, agencje płatnicze, instytucja płatnicza, ale również organa kontroli skarbowej, celnej, służby kontrolne Ministra Rolnictwa i Rozwoju Wsi (*w zakresie swoich właściwości*), komórki audytorskie i zewnętrzne firmy audytorskie. W zakresie swoich kompetencji działania kontrolne realizuje Najwyższa Izba Kontroli, a pewien ich rodzaj mieści się w obszarze rozpoznania podejmowanego przez organy ścigania i bezpieczeństwa wewnętrznego.

Ich działania obliczone są na ujawnianie nieprawidłowości jednostkowych skutkujących podważeniem prawidłowości wydatku współfinansowanego środkami unijnymi, ale co równie ważne wyprowadzaniem na tej podstawie wniosków co do prawidłowości systemu i przyjętych procedur.

Pomimo systemu, który wydaje się być relatywnie szczelnym – jego realną skuteczność potwierdzi praktyka - należy w procesie planowania zabezpieczeń, przyjąć założenia ostrożnościowe, przewidując wyższe ryzyko niż wynikałoby to z prostej ekstrapolacji. W tym celu zasadnym jest odwołanie się do wyników

finansowych i parametrów ryzyka jakie raportuje polski sektor bankowy. Warto w tym miejscu zastosować wskaźniki sprzed nowelizacji przepisów dot. tworzenia rezerw na zrównoważenie ryzyka kredytowego (*tj. ubiegłorocznych*), jako że bardziej precyzyjnie oddawały one obraz rzeczywistości (*natomiast ich skutki finansowe dla wyników banków były nie do końca adekwatne do zagrożenia, stąd m.in. dokonane zmiany*).

Według oficjalnych informacji aktywa kredytowe sektora przekraczają kwotę 500 mld. zł.

Udział kredytów nieregularnych dedykowanych przedsiębiorcom oscylował wokół 24 %, z czego ca' 13 % kwalifikowało się do windykacji.

Taka struktura jakościowa portfela kredytowego powstała mimo stosowania w sektorze bankowym wysrubowanych rygorów ostrożnościowych, badania zdolności kredytowej i płatniczej klientów przed udzieleniem kredytu, monitorowaniem kredytobiorcy w okresie spłaty należności oraz ustanowienia prawnych zabezpieczeń zwrotności.

Uprawnionym więc jest przewidywanie, że nieprawidłowo wydatkowana kwota, wymagająca windykacji nie będzie mniejsza niż 13 % (*jest to zbieżne z doświadczeniami niemieckimi, zebranymi w daleko bardziej zdyscyplinowanym społeczeństwie, z utrwalonymi normami biznesowymi, restrykcyjnym i co ważniejsze skutecznym porządkiem prawnym*) i raczej nie wyższa niż 25 %.

Uprawnione jest chyba również przewidywanie, że ok. 50 % takich kwot będzie windykowana w drodze potrącenia z kolejnych rat współfinansowania (*z planowanej przyszłej dotacji budżetowej w przypadku jednostek budżetowych*).

Niestety nie można wykluczyć, że w procesie implementacji unijnych środków finansowych w Polsce, uaktywni się szara strefa celem uzyskania korzyści, w tym w drodze działań przestępczych (*np. korupcji*). Doświadczenia zebrane w toku absorpcji funduszy przedakcesyjnych, ale również informacje dotyczące niektórych wniosków o współfinansowanie czynią to założenie bardzo realnym. Przeprowadzenie - z zamiarem wyłudzenia maksymalnej ilości środków finansowych - wniosku o współfinansowanie, przez proces akceptacyjny, da wnioskodawcy znakomity instrument do stosowania przy ubieganiu się o kredyty bankowe, jak też refundowanie ponoszonych wydatków ze środków pomocowych. Ten segment nieprawidłowości w wydatkowaniu publicznych środków wspólnotowych jest szczególnie niebezpieczny dla finansów publicznych, bowiem należy przewidywać, że sprawca wyłudzeń z góry opracował i wprowadzi w życie plan zabezpieczenia się przed działaniami tak procesowymi (*karnymi*) jak i windykacyjnymi (*np. wyprowadzając majątek poza sferę skutecznego regresu*).

Z bardzo dużym marginesem niepewności przyjmuje się, że kwota środków unijnych przewidywana do windykacji będzie wynosiła ca' 10 %, lecz z uwagi

na to że Państwo partycypuje w finansowaniu wkładu własnego beneficjentów (*pożyczki na prefinansowanie, poręczenia etc.*) warto ten udział powiększyć do 15 % ogółem zaangażowanych środków.

Oznacza to, że w przypadku maksymalnego wykorzystania przewidywanego limitu pomocy na okres 2004 – 2006 tj. 19,3 mld.€ i 2006 –2013 tj. 70 mld.€, do windykacji może być skierowana kwota ca' 13 mld.€ co jest porównywalne z wielkością windykowanych aktywów kredytowych w całym sektorze bankowym zatrudniającym armię wyszkolonych w tym kierunku pracowników merytorycznych i prawników.

Strategicznym, a w sytuacji polskiej mizerii budżetowej, wręcz żywotnym interesem finansów publicznych jest więc:

1. przeciwdziałanie niosącym negatywne skutki finansowe dla budżetu Kraju, nieprawidłowościom w zakresie wykorzystywania funduszy unijnych przez beneficjentów,
2. budowa możliwości prawnych i faktycznych, w tym ekonomicznych odzyskiwania nieprawidłowo wydatkowanych środków,
3. skuteczne i szybkie odzyskiwanie nieprawidłowo wydatkowanych publicznych środków wspólnotowych.

II. Przeciwdziałanie nieprawidłowościom:

Przeciwdziałanie nieprawidłowościom obejmuje w swoim głównym nurcie bardzo szerokie zapoznanie zainteresowanych stron z obowiązującymi przepisami i interpretacjami oraz zaprojektowanie przejrzystych, jednoznacznych i wydolnych procesów badania wiarygodności potencjalnych beneficjentów jak też przedstawianych przez nich projektów biznesowych,

Istotnym elementem przeciwdziałania nieprawidłowościom, jest przekonanie potencjalnych beneficjentów o szczelności systemu kontroli i konsekwencjach prawnych oraz finansowych w przypadku naruszenia obowiązujących przepisów, a zwłaszcza w przypadku nadużycia zaufania, fałszowania dokumentów, korupcji i innych zdarzeń wypełniających przesłanki popełnienia przestępstwa.

Szerokie informowanie o tych kwestiach, ujawnianie przez środki masowego przekazu z własnej inicjatywy przypadków nieprawidłowości, w tym przestępstw stanowią element prewencji ogólnej, mający również wymiar edukacyjny.

Korzystną z punktu widzenia finansów publicznych okoliczność stanowi decyzja ustawodawcy, zobowiązująca beneficjentów niezależnie od posiadanych przez nich zasobów finansowych, do korzystania z dźwigni kredytowej.

Dzięki takiemu rozwiązaniu, weryfikacja rzetelności beneficjentów i ich wiarygodności biznesowej przebiegać może trzema torami.

Pierwszy to badanie zbieżności składanego wniosku o współfinansowanie z celami programu operacyjnego oraz techniczno ekonomicznej racjonalności projektu proponowanego do współfinansowania – obowiązek ten należy do Instytucji Zarządzającej.

Drugi to badanie zdolności kredytowej, a szerzej sytuacji prawno – finansowej beneficjenta, ubiegającego się o kredyt na prefinansowanie wydatków.

Trzecie to kontrola branżowa, celna i skarbowa prowadzona według właściwości odpowiednich służb i organów.

Niezależnie od zinstytucjonalizowanych kanałów wcale nie marginalną rolę mogą odegrać narzędzia kontroli społecznej, w tym powiadomienia o ujawnionych nieprawidłowościach, komunikaty środków masowego przekazu i inne. Komisja Europejska przywiązuje do tego rodzaju informacji znaczną uwagę, mniej kierując się prawdopodobnie korzyściami finansowymi z takich działań (*wskazaniem realnych nieprawidłowości*) bardziej pobudzaniem aktywności obywatelskiej i przekazywaniem osobom potencjalnie zainteresowanym dokonaniem np. wyłudzenia, czytelnego sygnału mówiącego, że informacje anonimowe, donosy są traktowane równorzędnie, jak są zawiadomienia formalne. Temu celowi służyło zresztą uruchomienie z dniem akcesji numeru telefonu odbierającego w języku polskim zgłoszenia obywatelskie o nieprawidłowościach, bez opłat telefonicznych (*free phone*), osiągalnego z dowolnego miejsca Europy.

Wielkość strumieni pieniężnych przepływających w ramach funduszy pomocowych w aspekcie potencjalnych skutków finansowych ewentualnych nieprawidłowości, w tym działań przestępczych, nakazuje szczególną staranność w weryfikacji zdarzeń gospodarczych współfinansowanych przez Unię, celem potwierdzenia, czy dany wydatek i jego prawna podstawa kwalifikują się do refundacji z publicznych środków wspólnotowych.

Instytucje uczestniczące w rozdziale środków unijnych, wypracowały wspólnie system raportowania o nieprawidłowościach, zapewniający odpowiednio szybkie ich ujawnianie i przekazywanie zainteresowanym stronom, a w konsekwencji Komisji Europejskiej.

Istotnym tu słowem jest „wspólnie”, jako, że informacja o istnieniu takiego systemu, uwzględnionych w nim źródłach informacji oraz ewentualnych reakcjach uprawnionych stron na ujawnione nieprawidłowości, stanowi również element prewencji – oczywiście ważniejsze w tej kwestii jest zapewnienie możliwości szybkiej reakcji obliczonej na maksymalizację skuteczności działań windykacyjnych, w przypadku konieczności ich podjęcia.

Obszar przeciwdziałania, zamykany jest uwzględnieniem w umowach cywilno – prawnych o współfinansowanie projektów zawartych pomiędzy beneficjentami, a instytucjami zarządzającymi, zapisów ustanawiających prawne zabezpieczenie zwrotności nieprawidłowo wydatkowanych publicznych środków krajowych i wspólnotowych, a także umożliwiających skuteczną windykację w tym poprzez cesję wierzytelności na osobę trzecią.

W zależności od statusu prawnego beneficjenta – jako potencjalnego dłużnika objętego windykacją, przewidywać należy zróżnicowanie trybu postępowania tak na etapie ustanawiania zabezpieczeń, jak również na etapie odzyskiwania roszczonych kwot.

III. Prawne zabezpieczenie zwrotności:

Zważywszy, że unijne środki finansowe przekazywane są na podstawie umów cywilno – prawnych³, należy wprowadzić zabezpieczenie wykonania tych umów (*w aspekcie prawidłowości gospodarowania środkami, co jest równoważne w tych relacjach z możliwością odzyskania środków wydanych niewłaściwie*) wykorzystując wszystkie instrumenty przewidziane prawem cywilnym.

Oczywiście preferować należy takie instrumenty, które upraszczają tryb postępowania sądowego i skracają do niezbędnego minimum procedury windykacyjne, a nawet tam gdzie to jest możliwe, ograniczają postępowanie do nakazowego.

W związku z tym zasadnym jest opisanie różnych instrumentów prawnych stosowanych w charakterze zabezpieczeń zwrotności środków finansowych, tak, aby instytucje zmuszone do podjęcia windykacji, mogły wybrać instrument adekwatny do sytuacji finansowej danego beneficjenta, składników majątkowych pozostających jego własnością bądź własnością członków statutowych władz jak też płynności składników majątkowych powstałych dzięki środkom unijnym.

³ z wyłączeniem środków przekazywanych na podstawie decyzji o których mowa w : ustawie o Narodowym Planie Rozwoju - art. 11 ust. 7. – „W przypadku, kiedy instytucja zarządzająca albo instytucja pośrednicząca jest jednocześnie beneficjentem, podstawą dofinansowania projektu jest decyzja podjęta odpowiednio przez właściwego ministra, jeśli pełni funkcję instytucji zarządzającej albo instytucji pośredniczącej, albo przez wojewodę jeśli pełni funkcję instytucji pośredniczącej”; oraz w ustawie o finansach publicznych - art. 3 ust. 3 pkt. 3) środki Europejskiego Funduszu Orientacji i Gwarancji Rolnych "Sekcja Gwarancji".

W ustanawianiu prawnych zabezpieczeń zwrotności należy skorzystać z dorobku intelektualnego instytucji finansowych, na co dzień korzystających z tych zabezpieczeń.

Nie należy ulegać złudzeniom związanym ze skalą zaangażowanych środków. Kierowanie się argumentem, że nie ma sensu dokonywać zabezpieczenia na niewielką w relacji do wartości projektu kwotę (*np. na składnikach majątkowych wartych 10 tys. zł. w sytuacji kiedy zaangażowano w projekt 10 mln €*) jest błędem. Nawet relatywnie niewielkie wartościowo zabezpieczenia mogą mieć znaczenie, jako że:

- a) Polska będzie zobowiązana wykazać wobec instytucji unijnych, że dołożyła należytej staranności w zabezpieczeniu otrzymanych środków,
- b) Konieczne jest planowanie działań gwarantujących właściwą realizację umowy np. przez wykonawcę czy podwykonawcę,
- c) Istnieje potrzeba zachowania przez beneficjenta - osobę prawną szczególnej ostrożności i kontroli działalności reprezentujących ją osób fizycznych, (*przedstawiona jest perspektywa alternatywy, jaką jest uszczerbek na jej majątku*),
- d) Stanowią czynnik psychologiczny, który podnosi poziom bezpieczeństwa środków publicznych (*poprzez osobistą odpowiedzialność danej osoby i odpowiedzialność własnym majątkiem*).

Niektóre publiczne środki wspólnotowe przekazywane są w drodze decyzji administracyjnej, stąd wydający decyzję rozstrzyga kwestie ewentualnego zabezpieczenia zwrotności środków. Kieruje się w tym względzie dwoma istotnymi warunkami:

- a) w większości przypadków wypłata środków następuje jednorazowo, stąd nie ma możliwości wstrzymania kolejnych wypłat na poczet skwitowania wydatków dokonanych nieprawidłowo,
- b) egzekucja środków przekazanych na mocy decyzji następuje w trybie administracyjnym (*odrębna decyzja, organem egzekucyjnym jest naczelnik urzędu skarbowego*).

Należy poczynić w tym miejscu istotne zastrzeżenie; mimo iż ustawa uprawnia do prowadzenia egzekucji w trybie administracyjnym, jednak z racji tej, że każda decyzja może być przedmiotem całego wachlarza postępowań sądowych (*odwoławcze, kasacyjne etc.*), przywilej szybkości w stosunku do egzekucji sądowej, może okazać się niemożliwy do zrealizowania. Nieskuteczną będzie egzekucja wobec tych składników majątku, które wcześniej obciążono ograniczonymi prawami rzeczowymi (*zastaw, hipoteka etc.*) na rzecz innej osoby – liczy się kolejność wpisów. Tym samym już na etapie wydawania decyzji o pomocy, dopłatach zasadnym jest zadbanie o zabezpieczenie zwrotności środków nieprawidłowo wydatkowanych przez beneficjenta.

Poniżej opisano nieomal pełny wachlarz możliwych zabezpieczeń zwrotności. Możliwym jest, że prawnicy puryści (*i nie jest to określenie pejoratywne, jako, że prawnik z definicji musi niezwykle poważnie traktować normy prawne*), skrytykują sposób przedstawienia tych zabezpieczeń. W zamyśle autora było jednak przystępne opisanie narzędzi, jakimi może posługiwać się strona umowy dla zabezpieczenia swoich przyszłych, niekiedy warunkowych wierzytelności. Nic nie stoi na przeszkodzie, aby beneficjent wyegzekwował od wykonawców poszczególnych segmentów projektu - współfinansowanego środkami publicznymi, zabezpieczenia zgodnego z umową wykonania przez nich tych segmentów, a następnie przeniósł te zabezpieczenia (*zwyczajną cesją*) na instytucję zarządzającą. Niewątpliwie poprawia to sytuację prawną każdej wierzycielskiej strony operacji. Oczywiście na zakończenie tego rozdziału przedstawione zostaną rekomendacje zabezpieczeń właściwych do ustanowienia w zależności od formy prawnej beneficjenta.

Generalnie prawne zabezpieczenia zwrotności dzieli się na osobiste i rzeczowe. Zabezpieczenie osobiste charakteryzuje się tym, że ustanawiająca je strona umowy odpowiada całym swoim majątkiem za dotrzymanie jej postanowień. Z tego wynika, że skuteczność takich zabezpieczeń jest zależna od sytuacji ekonomiczno-finansowej osoby, która go udziela, stąd ważna jest prawidłowa ocena tej sytuacji przez wierzyciela.

Wierzyciel (*w przypadku funduszy unijnych, głównie instytucja zarządzająca*), aby zaakceptować daną formę zabezpieczenia, musi dysponować wiedzą na granicy pewności, że faktycznie istnieje wtórne źródło spłaty należności.

Zabezpieczenie rzeczowe ustanawia się na konkretnym składniku majątku potencjalnego bądź faktycznego dłużnika (*w przypadku funduszy unijnych beneficjenta*). Ustanawianie tego rodzaju zabezpieczeń wynika wprost z prawa każdego właściciela rzeczy do swobodnego nią dysponowania. Każda rzecz posiadająca wartość może stać się zabezpieczeniem zwrotności. Ich postać jest ograniczona jedynie polityką przyjętą w procedurach ustanowionych przez wierzycielską stronę umowy (*instytucję zarządzającą*). Oczywiście wnioskujący o współfinansowanie (*beneficjent*), może nie przyjąć zaproponowanych warunków, ryzykując odmowę otrzymania środków.

Wśród zabezpieczeń osobistych należy wyróżnić:

a) weksel własny z deklaracją wekslową.

Weksel jest to papier wartościowy sporządzony w formie ściśle określonej przez prawo wekslowe, zawierający bezwarunkowe zobowiązanie się jego wystawcy do zapłacenia określonej sumy pieniężnej we wskazanym miejscu i czasie oraz stwarzający bezwarunkową odpowiedzialność osób na nim podpisanych. W celu

zabezpieczenia należności, wierzyciel (*instytucja zarządzająca*) może przyjąć weksel własne in blanco potencjalnego dłużnika (*beneficjenta*), wraz z deklaracją wekslową określającą warunki, kiedy wypełnienie weksla jest dopuszczalne. Atrakcyjność weksla patrząc z pozycji wierzyciela polega na możliwości szybkiego uzyskania tytułu wykonawczego w trybie postępowania nakazowego.

Przyjmowanie weksla własnego jako samoistnej formy zabezpieczenia jest praktycznie niecelowe, chyba, że jest to weksel poręczony lub wystawiony przez podmiot inny niż beneficjent.. Przyjmując weksel (*na zabezpieczenie lub do dalszego obrotu*) wierzyciel musi dokonać bardzo szczegółowej oceny, czy został on wypełniony zgodnie z Prawem wekslowym, jako że każde odstępstwo powoduje nieważność weksla, a także sprawdzić, czy wystawca miał zdolność wekslową⁴.

Poręczenie wekslowe powstaje poprzez umieszczenie na wekslu wyrazu „poręczam” lub równoznacznego i złożenie podpisu, bądź też poprzez samo złożenie podpisu na przedniej stronie weksla (*nie wystarcza złożenie samego podpisu na odwrocie weksla lub na przedłużku*). Zobowiązanie wynikające z udzielenia poręczenia wekslowego jest ważne niezależnie od ważności zobowiązania, które jest poręczane, chyba, że nieważność poręczanego zobowiązania wynika z wady formalnej weksla (*samoistny charakter zobowiązania*).

Zobowiązanie to ma również charakter solidarny, tzn. każdy z dłużników wekslowych odpowiada solidarnie za całą sumę, do wysokości, której poręczył. Przed przyjęciem poręczenia wekslowego konieczne jest sprawdzenie czy sytuacja finansowa poręczyciela może stanowić gwarancję zapłaty.

b) Umowa poręczenia

Jest to umowa nazwana uregulowana art. 876 – 887 k.c., przez którą poręczyciel zobowiązuje się do spłacenia zobowiązania beneficjenta, w przypadku gdy ten nie spłaci go w ustalonym terminie.

⁴ Ustawa z dnia 28 kwietnia 1936 r. - Prawo wekslowe (Dz.U. z 1936 r. Nr 37, poz. 282) nie precyzuje ani tego, kto może być podmiotem praw i obowiązków w zakresie stosunków wekslowych, czyli komu przysługuje zdolność wekslowa, jak też tego, kto jest zdolny, poprzez własne działanie, do nabywania i zaciągania zobowiązań wekslowych, czyli kto posiada zdolność do czynności wekslowych. W tym zakresie art.77 p.w. odsyła do ogólnych przepisów prawa. Tym samym zdolność wekslową należy połączyć z pojęciem zdolności prawnej, a zdolność do czynności wekslowych z pojęciem zdolności do czynności prawnych - te kategorie są uregulowane przepisami Kodeksu cywilnego. Skuteczność czynności należy oceniać w kontekście „zwykłego zarządu mieniem” - art.36 i 37 Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego.

Jeśli beneficjent dokona nieprawidłowej kwalifikacji poniesionych wydatków (*zaliczy je do wydatków finansowanych publicznymi środkami wspólnotowymi*) jest wzywany przez instytucję zarządzającą do zwrotu niezasadnie refundowanych kwot, wraz z ewentualnymi odsetkami. W okresie finansowania projektu, większości przypadków zwrot takiej kwoty nastąpi automatycznie, w drodze potrącenia z kolejnej przysługującej beneficjentowi raty refinansowania. Jednak w przypadkach, gdy pomoc unijna udzielana jest w drodze jednorazowego przelewu, bądź nieprawidłowość zostanie ujawniona w odniesieniu do ostatniej raty refundacji, względnie w okresie po rozliczeniu projektu, a nawet po wydaniu certyfikatu zamknięcia pomocy, windykacja w drodze potrącenia jest niemożliwa. Wówczas wierzyciel (*instytucja zarządzająca bądź działająca w jego imieniu osoba trzecia*) niezwłocznie musi zawiadomić poręczyciela. Powiadomienie powinno nastąpić w formie pisemnej. Nie musi ono być dokonane w formie odrębnego pisma skierowanego do poręczyciela, może nastąpić również poprzez doręczenie poręczycielom odpisu lub kopii pisma skierowanego do beneficjenta zawierającego wezwanie do zapłaty. Należy zwrócić uwagę, że w przypadku, gdy poręczycielem jest osoba fizyczna, będąca w ustawowej wspólności majątkowej małżonków, dla skuteczności ewentualnej windykacji wymagana jest na poręczeniu zgoda współmałżonka. W indywidualnych przypadkach sytuacja może być zróżnicowana i wierzyciel powinien każdorazowo brać pod uwagę konkretne okoliczności. Takim odstępstwem jest np. sytuacja, gdy nie ma wspólności majątkowej (*intercyza*).

Nieważne jest poręczenie „za wszelkie zobowiązania”, jakie dłużnik – tu beneficjent zaciągnął lub zaciągnie, możliwe jest jednakże objęcie jednym poręczeniem nie tylko długu istniejącego w chwili ustanowienia poręczenia, ale też długu przyszłego do wysokości z góry oznaczonej. Poręczenie za dług przyszły może dotyczyć konkretnego zobowiązania związanego np. z planowanym w przyszłości uruchomieniem środków finansowych, a także jako poręczenie ogólne wszelkich zobowiązań, z których wynikające łączne zobowiązanie nie przekroczy określonego poziomu⁵. Z tego opisu wynika, że poręczenie może być użyteczne również w praktyce obrotu publicznymi środkami krajowymi lub unijnymi, jednak zapisy gwarantujące prawidłowość wykonania kontraktu związanego z uruchomianymi środkami muszą przewidywać kwotową wartość przyszłego ewentualnego zobowiązania.

c) Przejęcie długu.⁶

Umowa przejęcia długu powoduje zmianę osoby dłużnika. Wierzyciel po ustaleniu wysokości zobowiązania może podpisać nową umowę w sprawie jego

⁵ art.878 k.c. stanowi, że można poręczyć za dług przyszły do wysokości z góry oznaczonej.

⁶ instytucję przejęcia długu regulują art. 519 – 525 k.c.

splaty. Powstaje nowa sytuacja prawna, w której dotychczasowy dłużnik zostaje z tego długu zwolniony, zaś osoba trzecia przejmująca dług wstępuje w sytuację prawną swego poprzednika, stając się dłużnikiem. Umowa ta może być zawarta pomiędzy wierzycielem (*instytucją zarządzającą*), a osobą trzecią za zgodą dłużnika (*beneficjenta*) lub pomiędzy dłużnikiem (*beneficjentem*), a osobą trzecią za zgodą wierzyciela (*instytucji zarządzającej*).

Każda ze stron umowy o przejęcie długu może wyznaczyć osobie, której zgoda dla skuteczności tej umowy jest wymagana, odpowiedni termin do wyrażenia tej zgody, a bezskuteczny upływ tego terminu jest równoznaczny z odmówieniem zgody.

W zasadzie tę formę zabezpieczenia stosuje się, gdy składniki majątkowe, z którymi związane było zobowiązanie, lub działalność gospodarcza na prowadzenie, której środki zostały wydatkowane, przeszły na osobę trzecią - wchodzącą w obowiązki dłużnika. Możliwe jest też przyjęcie takiego rozwiązania w innych przypadkach, uzasadnionych interesem wierzyciela.

W przypadku obrotu środkami unijnymi nie można wykluczyć, że zmieni się osoba beneficjenta, do której z roszczeniem wystąpi instytucja zarządzająca (*lub inna wskazana jako wierzyciel*), a także, że w trakcie np. inwestycji zmieni się osoba wykonawcy, czy jeszcze częściej podwykonawcy. Stąd już teraz należy przewidzieć *modus operandi* dla takich zdarzeń.

d) Przystąpienie do długu

W wyniku zawarcia tego typu umowy stroną relacji obok instytucji zarządzającej i beneficjenta, staje się osoba trzecia, dotychczas nie uczestnicząca w tym stosunku, która z chwilą przystąpienia do długu ponosi wobec wierzyciela solidarną odpowiedzialność za rozliczenie kontraktu i spłatę zobowiązania wraz z pierwotnym dłużnikiem. Tak jak w przypadku umowy przejęcia długu, tak i tym razem wymagane są zgody strony, których konfiguracje opisano w pkt. c)

e) Przelew wierzytelności i praw

Umową cesji wierzytelności, dłużnik (*beneficjent*) przenosi na wierzyciela (*instytucję zarządzającą*) swoje prawa do określonej należności lub rzeczy.

W czasie czynności sprawdzających, przeprowadzanych przed podjęciem decyzji akceptującej ten rodzaj zabezpieczenia, wierzyciel powinien ustalić, czy cedowana wierzytelność faktycznie istnieje i czy jest niesporna (*czy nie przysługują do niej prawa osób trzecich*), jakie są realne możliwości jej spłaty lub wyegzekwowania, a także czy termin jej płatności nie przypada przed terminem spłaty zobowiązania łączącego instytucję zarządzającą i beneficjenta jako wierzyciela i dłużnika.

Umowa cesji, mająca każdorazowo formę pisemną powinna też zawierać warunek rozwiązujący, zastrzeżenie, iż z chwilą całkowitej spłaty zobowiązania

przelew traci moc. Możliwość takiej klauzuli daje art. 89 i n. k.c.⁷. Z faktem zawarcia umowy cesji powinien być zapoznany dłużnik beneficjenta, jednakże nie przysługuje mu prawo sprzeciwu⁸.

Cesja dotyczy nie tylko środków finansowych, ale również innych praw np. cesja praw z umowy ubezpieczenia, cesja weksła (*indos*), cesja hipoteki (*zgoda na jej dokonanie i sama cesja musi być wyrażona zawsze w formie aktu notarialnego*) etc.

Zatem, jeżeli instytucja wdrażająca w kontrakcie z wykonawcą ustali jakieś zabezpieczenie, może scedować swoje prawa wynikające z tego zabezpieczenia na instytucję zobowiązaną (*bądź uprawnioną w razie outsourcingu*) do prowadzenia windykacji w przypadku nieprawidłowego wydatkowania środków unijnych.

f) Gwarancja, w tym gwarancja bankowa

Jest to pisemne zobowiązanie się banku (*lub innego podmiotu prawa*) do wypłacenia beneficjentowi określonej kwoty pieniężnej, w przypadku, gdy podmiot, na zlecenie, którego gwarancja została wystawiona, nie wypełni świadczenia, do wykonania, którego był zobowiązany. Zobowiązanie wynikające z gwarancji bankowej ma charakter samoistny i nieodwołalny. Jest ono unormowane w art. 391 k.c.

Wystawiający gwarancję (*gwarant*) zawiera w jej treści dokładną datę kiedy utraci ona ważność – należy uważać, aby nie była ona wcześniejsza, czy zbieżna z datą uznawania kwalifikowalności wydatków, bowiem skutecznie zniweluje to wartość gwarancji (*nie będzie możliwości skorzystania z niej*). Przyjmujący gwarancję musi zdawać sobie sprawę z tego, że wszczęcie czynności windykacyjnych wymaga pewnego czasu i nieterminowe wystąpienie o realizację gwarancji może być nieskuteczne.

W związku z dużym – zwłaszcza dla laika – podobieństwem instytucji poręczenia i gwarancji warto przyjrzeć się różnicom. Pozwoliło uniknąć dość nieprzyjemnego niekiedy zaskoczenia

1. udzielający gwarancji nie może podnosić wobec wierzyciela zarzutów, które przysługują dłużnikowi,

⁷ Art. 89 k.c. – „Z zastrzeżeniem wyjątków w ustawie przewidzianych albo wynikających z właściwości czynności prawnej, powstanie lub ustanie skutków czynności prawnej można uzależnić od zdarzenia przyszłego i niepewnego.”

⁸ art.509 k.c. stanowi, że wierzyciel może bez zgody dłużnika przenieść wierzytelność na osobę trzecią, chyba że sprzeciwiałoby się to ustawie, zastrzeżeniu umownemu albo właściwości zobowiązania.

- poręczyciel według prawa cywilnego może podnosić wobec wierzyciela wszystkie zarzuty, jakie przysługują dłużnikowi (*jest solidarnym dłużnikiem*). Ważne z pozycji funduszy poręczeniowych,
2. zakres zobowiązania gwaranta nie jest zdeterminowany zakresem zobowiązania dłużnika. Wysokość zobowiązania gwaranta jest ściśle oznaczona w liście gwarancyjnym (*umowie gwarancyjnej*) i w przypadku różnicy między wysokością tych zobowiązań bank (*inny podmiot*) gwarantujący ponosi odpowiedzialność do wysokości wskazanej w liście gwarancyjnym, zakres zobowiązania poręczyciela jest wyznaczony przez zakres zobowiązania dłużnika, jeśli nie jest ograniczone do konkretnej sumy,
 3. ważność zobowiązania gwaranta nie jest uzależniona od ważności zobowiązania dłużnika, np. jeżeli kontrakt podpisze osoba nieupoważniona, a osoba, w imieniu której umowa została zawarta jej nie potwierdzi - kontrakt staje się nieważny, lecz nie wpływa to na ważność gwarancji, nieważność kontraktu powoduje nieważność poręczenia⁹,
 4. konsumpcja gwarancji nigdy nie może być uzależniona od bezskuteczności uprzedniego dochodzenia przez wierzyciela roszczeń przeciwko dłużnikowi, w umowie poręczenia może być zawarte zastrzeżenie j.w.

Niezależnie od wymienionych powyżej formalnych różnic pomiędzy poręczeniem, a gwarancją, istnieje jedna cecha wspólna: ich skuteczność jest zależna od sytuacji ekonomiczno - finansowej podmiotu udzielającego poręczenia lub wystawiającego gwarancję.

Generalnie do zabezpieczeń rzeczowych należą m.in.:

a) *Blokada środków zgromadzonych na rachunkach*

Wierzyciel może wymagać od dłużnika, aby utrzymywał na rachunku bankowym kwotę odpowiadającą pewnej części przekazanych środków

⁹ za wyjątkiem sytuacji opisanej w art. 877 k.c.- w razie poręczenia za dług osoby, która nie mogła się zobowiązać z powodu braku zdolności do czynności prawnych, poręczyciel powinien spełnić świadczenie jako dłużnik główny, jeżeli w chwili poręczenia o braku zdolności tej osoby wiedział lub z łatwością mógł się o niej dowiedzieć.

finansowych. W przypadku ich niespłacenia będzie miał prawo do pobrania na podstawie stosownego upoważnienia¹⁰ swojej wierzytelności.

Zaletą tego rozwiązania jest łatwość określenia wartości zabezpieczenia i dostępu do jego realizacji.

Z punktu widzenia wierzyciela łatwość ta stanowi również istotną wadę „blokady”, bowiem dotyczy ona wszystkich wierzycieli. Stąd też pierwszą czynnością każdego komornika jest blokada rachunku bankowego dłużnika. Może ona nastąpić w czasie, kiedy wierzyciel nie planuje jeszcze windykacji, stąd musi on pamiętać o zapewnieniu sobie w umowie możliwości kontroli wypłat z rachunku (*upoważnienie dla władz Banku*), aby wartość zabezpieczenia nie została zmniejszona jak też prowadzić monitoring sprawozdań np. F01 i F02 pozwalający bieżąco weryfikować inne zobowiązania dłużnika.

Należy zaznaczyć, że blokada może być ustanowiona na rachunku bankowym nie tylko dłużnika, ale też poręczyciela bądź osoby trzeciej.

Zważywszy na swobodę zawierania umów cywilno-prawnych, właściciel rachunku może wprowadzić do ich zapisów warunki ograniczające realizację zabezpieczenia przez wierzyciela np. zastrzegając, że może ono nastąpić po nieskutecznej egzekucji prowadzonej z innych zabezpieczeń lub też, że wygasa po upływie określonego terminu. Tego typu ograniczenia mogą być zawarte w każdej umowie.

b) Zastaw na prawach i rzeczach ruchomych objęty regulacją Kodeksu cywilnego

Przedmiotem zastawu mogą być wszelkie prawa np. wierzytelności pieniężne i niepieniężne, pod warunkiem, że są one zbywalne. Jedną z jego form jest zastaw na papierach wartościowych objęty regulacją Kodeksu cywilnego oraz ustawy z dnia 6 grudnia 1996 r. o zastawie rejestrowym i rejestrze zastawów (*Dz.U. z 1996 r. Nr 149, poz. 703 z późniejszymi zmianami.*). Jeśli są to akcje czy obligacje będące przedmiotem obrotu na giełdzie papierów wartościowych, wówczas aktualna wartość rynkowa takiego zabezpieczenia będzie znana i określona bieżącym kursem. Jeśli nie ma takiego obrotu, wartość można ustalić na podstawie prospektów instytucji emitujących, dla których informację wspomagającą stanowi wartość księgowa, ustalona na podstawie sprawozdań finansowych przedsiębiorstwa. Należy zauważyć, że nadal zachowanie rynku w obrocie papierami wartościowymi należy do trudno przewidywalnych, co utrudnia wycenę (*przy zwłoce czasowej*) i odsprzedaż. Zastaw można ustanowić

¹⁰ art.509 k.c. stanowi: Wierzyciel może bez zgody dłużnika przenieść wierzytelność na osobę trzecią (*w tym przypadku „Odbiorca”, mający rachunek w banku jest wobec tego banku wierzycielem jako deponent środków*).

na prawach beneficjenta, poręczyciela lub osoby trzeciej¹¹. W świetle przepisów Kodeksu cywilnego beneficjent może ustanowić zastaw na rzeczy ruchomej, będącej jego własnością (*zastaw może też ustanowić osoba trzecia*), na mocy którego instytucja zarządzająca będzie mogła dochodzić zaspokojenia z tej rzeczy, bez względu na to czyją własnością się ona stała, z pierwszeństwem przed wierzycielami osobistymi właściciela rzeczy¹². Do zastawu na prawach mają stosuje się odpowiednio przepisy Kodeksu cywilnego o zastawie na rzeczach ruchomych, jednakże do zachowania właściwej formy umowy o ustanowieniu zastawu na prawie wymagana jest forma pisemna z datą pewną. Zgodnie z art. 307 k.c., rzecz obciążona zastawem musi być wydana wierzycielowi lub osobie trzeciej. Zaspokojenie zastawnika następuje według przepisów o sądowym postępowaniu egzekucyjnym¹³.

c) .Zastaw rejestrowy na prawach i rzeczach ruchomych

Do ustanowienia zastawu rejestrowego wystarczająca jest umowa pomiędzy zastawcą i zastawnikiem oraz wpis do właściwego rejestru zastawów, który ma charakter konstytutywny (*prawotwórczy*). Istotą zastawu rejestrowego jest pozostawienie przedmiotu zastawu w posiadaniu zastawcy (*dłużnika*) lub osoby trzeciej wskazanej w umowie zastawniczej. Z uwagi na fakt, iż rejestr zastawów jest jawny i każdy, kto ma interes prawny może żądać wydania odpisów i zaświadczeń z rejestru zapewnia to skuteczną ochronę obrotu gospodarczego.

¹¹ Szczegółowo, kwestie zastawu na prawach są unormowane w art. 327 –335 Kodeksu cywilnego

¹² art.306 k.c. stanowi: W celu zabezpieczenia oznaczonej wierzytelności, można rzecz ruchomą obciążyć prawem, na mocy którego wierzyciel będzie mógł dochodzić zaspokojenia z rzeczy bez względu na to, czyją stała się własnością i z pierwszeństwem przed wierzycielami osobistymi właściciela rzeczy, wyjąwszy tych, którym z mocy ustawy przysługuje pierwszeństwo szczególne.

Wskazać tu należy na sformułowanie - „oznaczonej wierzytelności”. Oznacza to że zastaw ma charakter akcesoryjny do konkretnej należności i z jej wygaśnięciem traci ważność. Jeżeli wierzyciela z dłużnikiem łączy więcej niż jedna należność, a tylko jedna zabezpieczona jest zastawem na określonej rzeczy, to po rozliczeniu tej należności zastaw wygasa i nie jest przeniesiony na pozostałe należności - chyba że zawarta zostanie kolejna umowa zastawu Podkreślić też należy wskazanie „pierwszeństwa szczególnego” tzn. dotyczącego wierzycieli uprzywilejowanych, którym przysługuje pierwszeństwo zaspokajania roszczeń, w tym poprzez przejęcie wszystkich rzeczy - niezależnie czyją są własnością - które znajdują się w miejscu prowadzenia działalności gospodarczej osoby objętej egzekucją.

¹³ art. 312 k.c. stanowi, że zaspokojenie zastawnika z rzeczy obciążonej następuje według przepisów o sądowym postępowaniu egzekucyjnym. A więc wierzyciel musi wytoczyć powództwo, aby uzyskać tytuł egzekucyjny w postaci wyroku zasądzającego. Tytułem może być jednak również akt notarialny w którym dłużnik poddał się rygorom dobrowolnej egzekucji np. w trybie art. 777 kpc..

Ponadto należy zauważyć, iż ustawa z dnia 6 grudnia 1996 r. o zastawie rejestrowym i rejestrze zastawów (*Dz.U. z 1996 r. nr 149, poz. 703 z późniejszymi zmianami*) przewiduje znacznie szerszy katalog sposobów zaspokojenia zastawnika niż te, które są przewidziane dla tzw. zastawu zwykłego, określonego przepisami Kodeksu cywilnego. Poza możliwością zaspokojenia zastawnika w drodze sądowego postępowania egzekucyjnego, w umowie zastawniczej strony mogą przewidzieć możliwość przejęcia przedmiotu zastawu przez zastawnika na własność. Istotną zaletą umów o ustanowienie zastawu rejestrowego jest możliwość umownego wyłączenia prawa zastawcy do zbycia lub obciążenia przedmiotu zastawu przed wygaśnięciem zastawu rejestrowego. W przypadku zastawu zwykłego powyższe zastrzeżenie umowne jest niedopuszczalne.

Zastaw (*zarówno zwykły, jaki i rejestrowy*) może być ustanowiony na maszynach, urządzeniach, zapasach, towarach. O ile często nie ma kłopotu z ustaleniem wartości rynkowej zapasów i maszyn, powstają jednak problemy, gdy są to zapasy produkcji nie zakończonej, lub w sytuacji, gdy trudności finansowe dłużnika (*beneficjenta*) wynikają właśnie z niemożności upłynnienia zapasów.

Wierzyciel (*instytucja zarządzająca*) stosując odpowiednie limity ostrożnościowe sam określa, jakie rzeczy kwalifikują się jako zabezpieczenie należności, z uwagi na możliwości ich upłynnienia.

Zastaw może też dotyczyć ruchomego majątku osobistego. Przy jego wycenie należy pamiętać, że zwykle szybko traci on na wartości, a jego składniki są łatwo zbywalne, stąd ich odszukanie może być utrudnione¹⁴.

W tym miejscu zaznaczyć należy, że zastaw może dotyczyć rzeczy oznaczonych co do tożsamości np. samochodu o konkretnych numerach: rejestracyjnym, podwozia czy silnika (*adnotacja o dokonaniu zastawu wpisane zostaje do dowodu rejestracyjnego*), ale również oznaczonych co do gatunku np. tys. ton zboża.

Kluczowe, więc jest zapewnienie możliwości identyfikacji zastawionych rzeczy i kontroli ich utrzymania przez zastawcę (*w tym ostatnim przypadku wskazanie gatunku, parametrów jakościowych, adresu magazynu zbożowego itp.*).

Uzupełnieniem zastawu jest odpowiednie ubezpieczenie od kradzieży, wypadku i szkód losowych z cesją praw do ubezpieczenia na wierzyciela.

¹⁴ art. 310 k.c. stanowi, że jeżeli w chwili ustanowienia zastawu rzecz jest już obciążona innym prawem rzeczowym (zastawem), wówczas zastaw powstały później ma pierwszeństwo powstałym wcześniej, chyba że zastawnik działał w złej wierze.

d) Przewłaszczenie na zabezpieczenie

Instytucja zarządzająca bądź inna działająca w jej imieniu, w każdej chwili może zawrzeć z właścicielem rzeczy umowę przeniesienia posiadanej własności - zgodnie z zasadą swobody obrotu. Wynika z niej, że beneficjent (*dłużnik*) lub osoba trzecia przenosi na wierzyciela (*tu instytucję zarządzającą*) własność rzeczy ruchomych, takich jak maszyny, urządzenia, surowce, towary, itp. Ponieważ, rzecz przewłaszczona stanowi własność wierzyciela powinno to być odpowiednio zaewidencjonowane zarówno w jego księgach jak i w księgach przewłaszczającego beneficjenta (*dłużnika*).

Rzecz będąca przedmiotem przewłaszczenia powinna być dokładnie określona w umowie, w sposób umożliwiający jej identyfikację. Dłużnik zachowuje przewłaszczone rzeczy w swoim władaniu w charakterze osoby biorącej je w bezpłatne używanie¹⁵.

Umowa przewłaszczenia winna zawierać klauzulę samorozwiązania po rozliczeniu należności (*wykonaniu usługi, dostarczeniu towaru etc.*) i należności pochodnych (*odsetek*).

Przy zabezpieczeniu przez przewłaszczenie celowe jest sporządzenie cesji na wierzyciela praw z polisy ubezpieczenia przewłaszczonych składników majątkowych (*szczególnie istotna przy pojazdach jest cesja praw z Auto Casco*). Należy jednak zwrócić baczną uwagę na treść umów ubezpieczenia i statutu ubezpieczyciela. Niektórzy zawierają w nich szereg klauzul ograniczających warunki cesji zgodnie z art. 823 k.c.¹⁶

e) Hipoteka

Ta forma zabezpieczenia polega na obciążeniu nieruchomości prawem, na mocy, którego instytucja zarządzająca - wierzyciel będzie mógł dochodzić zaspokojenia swoich roszczeń z tej nieruchomości bez względu na to czyją własnością się ona stała i z pierwszeństwem przed wierzycielami osobistymi właściciela nieruchomości. Przedmiotem hipoteki może być także użytkowanie wieczyste. W tym wypadku hipoteka obejmuje również budynki i urządzenia na użytkowanym terenie, stanowiące własność wieczystego użytkownika.

¹⁵do części postanowień umowy przewłaszczenia stosuje się: w przypadku rzeczy oznaczonych co do tożsamości – przepisy regulujące umowę użyczenia (art.710 -719 k.c), a w przypadku, gdy przedmiotem umowy są rzeczy oznaczone tylko co do gatunku - przepisy regulujące umowę przechowania (art. 835 – 845 k.c).

¹⁶ art.823 § 2 k.c. stanowi, że jeżeli nie umówiono się inaczej, umowa ubezpieczenia rzeczy ruchomych rozwiązuje się wskutek przejścia własności rzeczy ubezpieczonej na inną osobę.

Istotne problemy stwarza ustalenie rzeczywistej wartości nieruchomości. Można jej dokonać na podstawie cen płaconych za porównywalne nieruchomości, bądź stosując uznane metody wyceny np. wartości odtworzeniowej (*koszty, jakie należałoby ponieść na odtworzenie takiej samej nieruchomości*); przyjmowanie wartości ubezpieczenia, jak również ewentualne dane pozostające w dyspozycji urzędów skarbowych pełniących funkcje egzekucyjne w trybie administracyjnym.

Nie można jednak bez szerokiego marginesu błędu oszacować wartości rynkowej, przy tak subiektywnych uwarunkowaniach jak np. wcześniej ustanowione dożywocie na rzecz osoby trzeciej, bądź też lokalnego solidaryzmu, normy kulturowej zakazującej współmieszkańcom miejscowości (*np. wsi*) udziału w przetargu nieruchomości stanowiącej własność ich sąsiada, którą wierzyciel zajął za długi.

O pierwszeństwie wierzycieli hipotecznych decyduje kolejność złożenia wniosku o wpis hipoteki, chyba, że z mocy szczególnego przepisu określona hipoteka korzysta z pierwszeństwa niezależnie od terminu dokonania wpisu. Należy podkreślić, iż zgodnie z rękojmą wiary publicznej ksiąg wieczystych prawa ujawnione w księgach wieczystych mają zapewnioną silniejszą ochronę prawną niż prawa niewpisane. Zgodnie z art. 5 ustawy z dnia 6 lipca 1982 r. o księgach wieczystych i hipotece (*Dz.U. z 2001 r. Nr 124, poz. 1361 z późniejszymi zmianami*) w razie niezgodności między stanem prawnym nieruchomości ujawnionym w księdze wieczystej a rzeczywistym stanem prawnym treść księgi rozstrzyga na korzyść tego, kto przez czynność prawną z osobą uprawnioną według treści księgi nabył własność lub inne prawo rzeczowe (*rękojmia wiary publicznej ksiąg wieczystych*).

Hipoteka może być ustanowiona na nieruchomości, do której prawo własności (*użytkowanie wieczyste*) posiada dłużnik, poręczyciel (*zwany często poręczycielem hipotecznym*) lub osoba trzecia. Należy przy tym wskazać na pewne ograniczenia dla prawnej skuteczności hipoteki na własności osób innych niż kredytobiorca. Zgodnie z orzeczeniem Sądu Najwyższego (*sygn. II CRN 12/94 z 16.03.94 r.*) zgoda poręczyciela na obciążenie nieruchomości dla wywołania skutku prawnego musi mieć formę aktu notarialnego. W innym przypadku hipoteka nie jest wiążąca. W sytuacji, gdy nieruchomość stanowi małżeńską wspólność ustawową¹⁷, a kredytobiorca jest jednym ze współmałżonków, również zachodzi wymóg aktu notarialnego.

¹⁷ chodzi tutaj o tzw. zwykły zarząd majątkiem wspólnym. Zgodnie z art. 36 Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, oboje współmałżonkowie są obowiązani współdziałać w zarządzie majątkiem wspólnym. Każdy z nich może ten zarząd wykonywać samodzielnie, ale tylko w granicach zwykłego zarządu. Ustanowienie hipoteki, złożenie weksla stanowi niewątpliwie przekroczenie granic zwykłego zarządu. Zaciągnięcie zobowiązania czy jego poręczenie będzie takim przekroczeniem o ile wynikające z tego tytułu obowiązki w sposób istotny, negatywnie wpłyną na poziom życia rodziny.

Wyróżnia się następujące rodzaje hipotek:

- ✓ „zwykła”, ustanowiona na podstawie umowy zawartej z właścicielem nieruchomości będącym dłużnikiem i wniosku o dokonanie wpisu do ksiąg wieczystych (w przypadku współwłasności, poręczyciela hipotecznego - aktu notarialnego zawierającego stosowne oświadczenie woli). Dot. należności oznaczonej co do wysokości, oprocentowania i warunków spłaty,
- ✓ „kaucyjna”, ustanawiana na podstawie umowy dotycząca wierzytelność o wysokości nieoznaczonej w chwili ustanawiania hipoteki (*limit wykupu wierzytelności w czasie, zobowiązanie przyszłe, rachunek ciągniony*). Szczególnie to zabezpieczenie może mieć zastosowanie w przypadku obrotu środkami unijnymi, jako, że w momencie jego ustanowienia wysokość wierzytelności w przyszłości jest nieznana, bowiem nie można przewidzieć skali nieprawidłowości wymagającej zwrotu środków,
- ✓ „hipoteka na wierzytelności hipotecznej (*subintabulat*)”, której przedmiotem może być wierzytelność zabezpieczona hipoteką. Jej spłata może być dokonana jedynie do rąk wierzyciela, chociażby jego wierzytelność nie była jeszcze wymagalna. Wierzytelność hipoteczna może być także obciążona hipoteką kaucyjną wówczas suma odpowiadająca wysokości hipoteki kaucyjnej powinna być złożona do depozytu sądowego, zanim wierzytelność stała się wymagalna,
- ✓ „przymusowa”, ustanawiana w razie egzekwowania przez wierzyciela, należności z tytułu niespłacenia zobowiązania. Hipoteka wpisana na podstawie tytułu wykonawczego ma charakter hipoteki zwykłej, a wpisana na podstawie nieprawomocnego orzeczenia, tymczasowego zarządzenia lub postanowienia prokuratora ma charakter hipoteki kaucyjnej.

Wnioski o dokonanie wpisu w księgach wieczystych podlegają opłatom określonym w Rozporządzeniu Ministra Sprawiedliwości z dnia 17 grudnia 1996 r. w sprawie określenia wysokości wpisów w sprawach cywilnych (*Dz.U. z 1996 r. Nr 154, poz. 753 z późniejszymi zmianami*).

Najczęściej spotykane formy zabezpieczenia rzeczowego stanowi hipoteka i zastaw oraz cesja praw z ubezpieczenia. Warunki, jakich należy dopełnić dla ich prawnej skuteczności, mają także zastosowanie do pozostałych rodzajów zabezpieczeń rzeczowych, takich jak:

Podkreślić należy zapis art. 37 § 3 KRO, że jednostronna czynność prawna dokonana bez wymaganej zgody współmałżonka jest nieważna. Oznacza to, że dokonana nieważnie jednostronna czynność prawna nie może być konwalidowana, tzn. uczyniona ważną przez ewentualne, późniejsze wyrażenie zgody.

f) kaucja; złożenie w depozycie przez „Odbiorcę”, poręczyciela bądź osobę trzecią (*kaucjodawcę*) odpowiedniej sumy pieniężnej, rzeczy wartościowych np. kosztowności. W przypadku upływu terminu zapadalności wierzyciel informuje kaucjodawcę o przejęciu kaucji (*skwitowaniu zadłużenia, ustanowienia prawa rzeczowego itp.*),

g) ubezpieczenie należności; w celu zabezpieczenia, „Dający” może w umowie o przekazanie środków zastrzec warunek ubezpieczenia kontraktu do wysokości należności u wskazanego ubezpieczyciela („Dający”, *podobnie jak w każdej innej sytuacji ma prawo przyjąć bądź odrzucić zabezpieczenie. Jeżeli uzna, że dla wielkości zaangażowanych środków, standing finansowy ubezpieczyciela proponowanego przez „Odbiorcę” jest niewystarczający, wówczas może zaproponować innego np. zakład z którym stale współpracuje*). Regulacje prawne dotyczące ubezpieczeń kredytów zawarte są w art. 805 - 834 k.c., a ich prawno - finansowe warunki zawierają regulaminy poszczególnych ubezpieczycieli. Zważywszy, że w wydatkowaniu publicznych środków wspólnotowych obowiązują zasady opisane ustawą Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 r. (*Dz.U. z 2004 r. Nr 19, poz. 177 z późniejszymi zmianami*), należy przyjąć takie zabezpieczenie jako jedno ze standardowych.

h) zastaw na statkach morskich (hipoteka morska); stosuje się do statków morskich wpisanych do rejestru okrętowego, zgodnie art. 76 i n. ustawy z dnia 18 września 2001 r. - Kodeks morski (*Dz.U. z 2001 r. Nr 138, poz. 1545 z późniejszymi zmianami*). Do ustanowienia tego zastawu niezbędna jest pisemna umowa stron oraz wpis do rejestru okrętowego. Umowa o ustanowienie hipoteki na statku, zgodnie z art. 84 i n. Kodeksu morskiego może przewidywać przejęcie przez wierzyciela hipotecznego posiadania statku, łącznie z upoważnieniem do jego sprzedaży. Ponadto, na podstawie art. 90 Kodeksu morskiego wierzycielom na zabezpieczenie wierzytelności uprzywilejowanych wymienionych enumeratywnie w art. 91 Kodeksu morskiego służy ustawowe prawo zastawu na statku tzw. „przywilej na statku”.

Wierzyciel uzyskuje w tej sytuacji ustawowe prawo zastawu z pierwszeństwem przed innymi wierzytelnościami, nawet przed zastawem wynikającym z umowy lub orzeczenia sądu. Przywilej ten służy bez względu na dobrą wiarę nabywcy statku, a także zmiany armatora lub właściciela. W odniesieniu do statków nie wpisanych do rejestru okrętowego zastosowanie mają uregulowania dotyczące zastawu rejestrowego. W praktyce zabezpieczenie to może mieć miejsce w odniesieniu do tych podmiotów gospodarczych, które w swoim majątku wykazują jednostki pływające.

Ustanowienie zabezpieczenia.

Po przedłożeniu przez beneficjenta (*potencjalnego dłużnika*) propozycji wtórnych źródeł zabezpieczenia wykonania umowy, tzn. spłaty ewentualnie powstałej należności¹⁸, a więc zabezpieczeń rzeczowych, instytucja zarządzająca (*potencjalny wierzyciel*) powinna dokonać ich identyfikacji. Oznacza to, że powinna sprawdzić prawa własności, realność przedmiotów zabezpieczenia, ich wartość i płynność (*możliwość szybkiego zbycia*).

Gdy przedmiot zabezpieczenia został już zidentyfikowany, wierzyciel zawiera umowę z właścicielem rzeczy, na której ma być ustanowione zabezpieczenie. Umowa ta opisuje przedmiot na tyle szczegółowo, aby można było go odszukać i prawnie przejąć w przypadku nie rozliczenia środków. Umowa także precyzyjnie określa należność zabezpieczoną zastawem i stanowi formalną podstawę, aby wierzyciel mógł przejąć przedmiot zabezpieczenia na własność. Umowa zastawu powinna być pod rygorem nieważności zawarta na piśmie i określać przedmiot zastawu w sposób odpowiadający jego właściwościom. Musi być ona wpisana do rejestru zastawów – zastaw powstaje z chwilą wpisania umowy do rejestru. Natomiast, jak już było wcześniej wskazane w przypadku ustanowienia tzw. zastawu zwykłego do jego ustanowienia niezbędna jest umowa między właścicielem rzeczy a wierzycielem oraz wydanie przedmiotu zastawu wierzycielowi albo osobie trzeciej.

Gdy umowa zabezpieczenia została już zawarta, a środki pieniężne wynikające z umowy o przekazaniu środków zostały postawione do dyspozycji beneficjenta, przedmiot zabezpieczenia zostaje obciążony prawami instytucji zarządzającej wynikającymi z umowy zabezpieczenia; zatem, beneficjent nadal pozostaje właścicielem przedmiotu (*nie dotyczy to przewłaszczenia na zabezpieczenie*), lecz jego prawo własności jest ograniczone prawami instytucji zarządzającej. Przedmiot pozostaje obciążony do chwili rozliczenia zobowiązania określonego w umowie zabezpieczenia.

W przypadku zastawu rejestrowego, a także w przypadku hipoteki, beneficjent (*właściciel*) korzystał będzie nadal z prawa użytkowania danego przedmiotu podczas trwania umowy zabezpieczenia. Dlatego też, gdy rzecz obciążona zastawem określona co do tożsamości będzie znajdowała się u beneficjenta lub u osoby trzeciej, należy zobowiązać zastawcę do jej oznaczenia jako przedmiotu zastawu na rzecz instytucji zarządzającej, w celu uniemożliwienia ustanowienia na tej rzeczy następnego zastawu. W przypadku ustanowienia zastawu na

¹⁸ pierwotnym jest rozliczenie prawidłowości wykorzystanych środków

pojeździe mechanicznym podlegającym rejestracji, zastaw powinien zostać odnotowany w dowodzie rejestracyjnym pojazdu¹⁹.

Instytucje zarządzające są uprawnione do delegowania szeregu swoich kompetencji (*praw i obowiązków*) na inne osoby, w tym instytucje wdrażające i pośredniczące. Przy wyborach projektów mogą być wspomagane opiniami gremiów doradczych, o czy szczegółowo traktuje np. Narodowy Plan Rozwoju. Nie zmienia to faktu, że delegując uprawnienia instytucja ta nadal ponosi odpowiedzialność, również za prawidłowość działań osoby, na którą te uprawnienia przeniosła.

Dodatkowo zachodzi problem masowej ilości projektów np. w Sektorowym Programie Operacyjnym – Restrukturyzacja i modernizacja sektora żywnościowego oraz rozwój obszarów wiejskich przewiduje się finansowanie nawet kilkudziesięciu tysięcy projektów.

Te okoliczności sprawiają, że instytucje zarządzające (*agencje płatnicze*) mogą mieć spore problemy z przeprowadzeniem indywidualnych analiz ryzyka, wyliczania wartości zabezpieczeń, a także podejmowania ewentualnych rozstrzygnięć w sprawie inicjowania procedury windykacyjnej w optymalnym czasie i warunkach.

Sądzić należy, że obawy te są nieuzasadnione, z następujących powodów:

- ✓ indywidualizacja decyzji w odniesieniu do tak masowego produktu jakim są dopłaty bezpośrednie, bądź projekty SPO Restrukturyzacja i modernizacja sektora żywnościowego oraz rozwój obszarów wiejskich, polega nie na odrębnej analizie ryzyka pojedynczego projektu, ale na określeniu warunków brzegowych jakie projekt musi spełniać, aby wniosek o dofinansowanie był zaakceptowany (*tzw. scoring*), jak też pakietu preferowanych zabezpieczeń zwrotności,
- ✓ nie jest konieczne precyzyjne określanie adekwatności wartości prawnych zabezpieczeń zwrotności, zwłaszcza jeżeli przyjmie się, że wszystkie składniki majątkowe powstałe z tytułu angażowania publicznych środków wspólnotowych zostaną obciążone na poczet wykonania umowy o dofinansowaniu projektu, zaraz po ich wprowadzeniu na stan księgowy beneficjenta. Jeżeli założyć – ostrożnościowo, że górną granicę wydatków nieprawidłowych będzie 25 % budżetu projektu to zważywszy, że zgodnie z art. 55 ustawy o Narodowym Planie Rozwoju, zwrotowi podlega tylko kwota wydatków wydatkowanych nieprawidłowo, wystarczającym jest przyjęcie przy zawieraniu umowy o dofinansowaniu wartości zabezpieczeń w wysokości ca' 30 % rocznego budżetu projektu (*tj. mniej niż majątek stanowiący wkład własny*). Nie dotyczy to oczywiście części projektów

¹⁹ Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 14 czerwca 2004 r. w sprawie trybu dokonywania w dowodach rejestracyjnych pojazdów mechanicznych adnotacji o ustanowieniu zastawu rejestrowego (Dz.U. z 2004 r. Nr 145, poz. 1542).

- instytucji społecznych, np. inicjatyw pozarządowych, które praktycznie nie posiadają realnego majątku, gdzie zasadnym jest przyjęcie innej filozofii o której będzie mowa w dalszej części,
- ✓ instytucja zarządzająca nie jest obowiązana do przechowywania wszystkich dokumentów i zarządzania nimi. Właśnie dlatego rekomenduje się wprowadzanie do porozumień i umów zapisów o cesji praw, o odbieraniu na rzecz tej instytucji pewnych oświadczeń i aktów, aby zaistniał pewien stan faktyczny i prawny, który pozwoli instytucji zarządzającej na dotarcie do potrzebnych dokumentów wówczas kiedy będą one przydatne. Do tego czasu mogłyby być one gromadzone przez inne instytucje np. pośredniczące czy wdrażające,
 - ✓ nie jest niezbędne prowadzenie windykacji bezpośrednio przez instytucje zarządzające. Mogą one scedować te prawa na osoby trzecie, ale również na instytucje wdrażającą czy pośredniczącą. Należy jednak bardzo rozważyć zasadność takiej decyzji. Cedowanie prawa np. do inicjowania outsourcingu w teren jest obarczone ryzykiem, że do wyboru firmy windykacyjnej zastosowane zostaną przesłanki subiektywne, wybrane zostaną firmy bez odpowiedniego zaplecza kapitałowego etc. Zasadne jest pozostawienie tej decyzji w kompetencjach instytucji zarządzających, a ewentualne rozstrzygnięcia oprzeć o reguły zamówień publicznych.

Podstawowym zadaniem zabezpieczeń jest zapewnienie możliwości podjęcia działań windykacyjnych w stosunku do każdego z uczestników obrotu, który dopuścił się (*poprzez działanie bądź zaniechanie*) nieprawidłowości niosących skutek finansowy.

Takie założenie pozwala na ograniczanie prawnych zabezpieczeń zwrotności do niezbędnego minimum, na każdym szczeblu przekazywania środków, w zależności od tego jaki status prawny i ekonomiczny ma strona, która te środki odbiera.

Do pakietu podstawowego niewątpliwie należą takie instrumenty jak:

- a) zatrzymanie wypłaty kolejnej transzy środków na poczet pokrycia kwot nieprawidłowo wydatkowanych (*w ten sposób nieprawidłowo wydatkowane kwoty obciążają fundusze własne beneficjenta, a nie fundusze unijne podlegające ochronie*),
- b) weksel własny *in blanco* wystawiony przez beneficjenta poręczony przez członków statutowych władz, które to poręczenie złożone zostało z uwzględnieniem przepisów Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego (*zwykły zarząd majątkiem*) – w przypadku osoby fizycznej (*w tym prowadzącej działalność gospodarczą oraz wspólników spółki osobowej*), weksel własny *in blanco* tej osoby (*osób*),

- c) zapis w postaci aktu notarialnego o dobrowolnym poddaniu się egzekucji w trybie art. 777 § 1 pkt. 4 lub 5²⁰ (*akt ten jest zbędny w relacjach z jednostką budżetową w rozumieniu art. 5 ustawy z dnia 26 listopada 1998 r. o finansach publicznych – z zastrzeżeniem ust. 2*).
- d) cesja zabezpieczeń pobranych przez kolejnych uczestników obrotu (*jeżeli instytucja wdrażająca odbierze np. od beneficjenta oświadczenie o dobrowolnym poddaniu się egzekucji, czy weksle własne, ustanowi zastaw etc. powinna być zobowiązana umową jaką zawarła z instytucją zarządzającą - do zwarcia w aktach ustanawiających te zabezpieczenia ich cesji na rzecz instytucji zarządzającej*).
- e) zobowiązanie strony otrzymującej prawa i obowiązki do zawarcia w porozumieniach klauzul zapewniających cesję praw do wierzytelności i ustanowionych zabezpieczeń, a także zgody na przeniesienie tych praw na osobę trzecią
- f) klauzula prolongacyjna, określająca horyzont czasowy, w którym możliwe jest kwestionowanie wydatków dokonanych przez beneficjenta, tj. datę w której wygasa ewentualne zobowiązanie, a wraz z nim ustanowione zabezpieczenia (*np. jeżeli ustalone jest, że służby unijne mogą kwestionować prawidłowość wydatków przez okres 5 lat od wydania certyfikatu zamknięcia pomocy w danym projekcie, okres prolongacyjny ważności ustanowionych zabezpieczeń należy określić adekwatnie*),

²⁰ Art. 776 k.c - Podstawą egzekucji jest tytuł wykonawczy. Tytułem wykonawczym jest tytuł egzekucyjny zaopatrzony w klauzulę wykonalności. Art.777 § 1 stanowi: tytułami egzekucyjnymi są:

- 1) orzeczenie sądu prawomocne lub podlegające natychmiastowemu wykonaniu, jak również ugoda zawarta przed sądem;
- 2) wyrok sądu polubownego lub ugoda zawarta przed takim sądem;
- 3) inne orzeczenia, ugody i akty, które z mocy ustawy podlegają wykonaniu w drodze egzekucji sądowej;
- 4) akt notarialny, w którym dłużnik poddał się egzekucji i który obejmuje obowiązek zapłaty sumy pieniężnej lub uiszczenia innych rzeczy zamiennych, ilościowo w akcie oznaczonych, albo też obowiązek wydania rzeczy indywidualnie oznaczonej, gdy termin zapłaty, uiszczenia lub wydania jest w akcie wskazany.
- 5) akt notarialny, w którym dłużnik poddał się egzekucji i który obejmuje obowiązek zapłaty sumy pieniężnej do wysokości w akcie wprost określonej albo oznaczonej za pomocą klauzuli waloryzacyjnej, gdy akt określa warunki, które upoważniają wierzyciela do prowadzenia przeciwko dłużnikowi egzekucji na podstawie tego aktu o całość lub część roszczenia, jak również termin, do którego wierzyciel może wystąpić o nadanie temu aktowi klauzuli wykonalności.

§ 2. Oświadczenie dłużnika, o którym mowa w § 1 pkt 4 lub 5, może być złożone także w odrębnym akcie notarialnym.

Zróznicowany status prawny stron – sygnatariuszy umów cywilno-prawnych zawieranych celem przekazu unijnych środków finansowych od instytucji zarządzającej do odbiorcy końcowego, wymaga stosowania różnych rodzajów prawnych zabezpieczeń zwrotności.

Należy się kierować zasadą racjonalności postępowania, to znaczy dbając o interes finansów publicznych, tj. budżetu Państwa jako gwaranta prawidłowości wydatków w relacjach do budżetu Unii Europejskiej dostrzegać, że ustanawianie prawnych zabezpieczeń zwrotności nie może utrudniać ponad miarę działań gospodarczych odbiorcy końcowego.

Zadaniem zabezpieczeń jest podkreślenie potrzeby dochowania przez beneficjenta należytej staranności w działaniach i przestrzegania zasad uczciwego biznesu, umożliwienie skutecznej windykacji w sytuacjach ekstremalnych, ale nie może być nieprzekraczalną zaporą dla realizacji projektu uzasadnionego interesem gospodarczym, czy społecznym.

w umowach, w których dłużnikiem jest jednostka budżetowa

W umowach, w których stroną biorącą jest jednostka budżetowa należy zawrzeć wyłącznie klauzule o charakterze generalnym. Nie ma potrzeby ustanawiania prawnych zabezpieczeń zwrotności, bowiem zgodnie z Kodeksem postępowania cywilnego windykacja prowadzona jest na mocy przepisu o charakterze szczególnym, tj. art. 1060²¹. k.p.c.

W sytuacjach relacji pomiędzy dwoma jednostkami budżetowymi, z których jedna jest beneficjentem – dłużnikiem, nie mają zastosowania przepisy Kodeksu postępowania cywilnego, a ustawa o finansach publicznych – głównie art. 100.

²¹ art. 1060 k.p.c. § 1. Jeżeli dłużnikiem jest Skarb Państwa, wierzyciel - wskazując na tytuł egzekucyjny - wzywa do spełnienia świadczenia bezpośrednio państwową jednostkę organizacyjną, z której działalnością wiąże się to świadczenie; jednostka ta jest obowiązana spełnić niezwłocznie świadczenie stwierdzone tytułem egzekucyjnym.
§ 2. W wypadku gdy tytuł egzekucyjny, obejmujący należność pieniężną, nie zostanie wykonany w ciągu dwóch tygodni od dnia doręczenia wezwania, o którym mowa w § 1, wierzyciel może wystąpić do sądu o nadanie tytułowi egzekucyjnemu klauzuli wykonalności w celu przeprowadzenia egzekucji z rachunku bankowego właściwej państwowej jednostki organizacyjnej dłużnika.
§ 3. W wypadku gdy w terminie, o którym mowa w paragrafie poprzedzającym, nie zostanie wykonany tytuł egzekucyjny obejmujący świadczenie niepieniężne, sąd, na wniosek wierzyciela, wyznacza termin do spełnienia świadczenia kierownikowi właściwej państwowej jednostki organizacyjnej i temu kierownikowi wymierza grzywnę w razie niespełnienia świadczenia w wyznaczonym terminie.

w umowach, w których dłużnikiem jest państwowa osoba prawna,

Odmierna sytuacja występuje w przypadku, kiedy beneficjentem, czyli potencjalnym dłużnikiem jest państwowa osoba prawna. W takich przypadkach należy kierować się dyspozycją art.40 Kodeksu cywilnego²², co oznacza, że zasadnym jest wprowadzenie do umów, obok klauzul o charakterze generalnym, niżej wskazanych prawnych zabezpieczeń zwrotności.

Zaleca się, aby podstawowym rodzajem zabezpieczenia był weksel własny *in blanco* (jako zabezpieczenie o charakterze osobistym), z deklaracją wekslową i deklaracją majątkową przedsiębiorstwa. Za równoważną deklaracji majątkowej przedsiębiorstwa uznać można sprawozdanie F01 i F02 (*bieżąco aktualizowane*), uzupełnione o wykaz ograniczonych praw rzeczowych ustanowionych na rzecz osób trzecich tytułem zabezpieczenia spłaty zobowiązań przedsiębiorstwa.

Jako zabezpieczenia uzupełniające rekomenduje się zabezpieczenia rzeczowe w postaci:

- ✓ hipoteki kaucyjnej na nieruchomości, zwłaszcza jeżeli przyznane środki finansowe wykorzystane zostały na podniesienie wartości tej nieruchomości. Zważywszy, że w momencie ustanawiania zabezpieczenia, nieznaną jest wartość należności będącej przedmiotem roszczenia, niewłaściwym byłoby ustanawianie hipoteki zwykłej. Dla ustanowienia hipoteki wymagana jest forma aktu notarialnego oraz wpis do księgi wieczystej. Zaleca się w przypadku ustanowienia hipoteki zobowiązanie dłużnika do ubezpieczenia budynków od zdarzeń losowych np. pożaru i scedowanie prawa do ubezpieczenia na wierzyciela,
- ✓ zastawu rejestrowego na rzeczach zakupionych z publicznych środków wspólnotowych, wraz z cesją prawa do ubezpieczenia (*w przypadku pojazdu do ubezpieczenia AC*).

Korzystnym byłoby wprowadzenie formy zabezpieczenia wspomagającego w postaci zobowiązania beneficjenta do informowania instytucji zarządzającej o

²² art. 40 k.c. § 1 Skarb Państwa nie ponosi odpowiedzialności za zobowiązania państwowych osób prawnych, chyba że przepis odrębny stanowi inaczej. Państwowe osoby prawne nie ponoszą odpowiedzialności za zobowiązania Skarbu Państwa.

§ 2 W razie nieodpłatnego przejęcia, na podstawie obowiązujących ustaw, określonego składnika mienia od państwowej osoby prawnej na rzecz Skarbu Państwa, ten ostatni odpowiada solidarnie z osobą prawną za zobowiązania powstałe w okresie, gdy składnik stanowił własność danej osoby prawnej, do wysokości wartości tego składnika ustalonej według stanu z chwili przejęcia, a według cen z chwili zapłaty.

§ 3 Przepisy § 1 i 2 stosuje się odpowiednio do odpowiedzialności jednostek samorządu terytorialnego i samorządowych osób prawnych

zamiarze zaciągnięcia zobowiązania kredytowego (*bankowego, emisji obligacji, wystawienia weksła itp.*), którego zwrotność zabezpieczana byłaby na majątku obciążonym na rzecz tej instytucji, a także o utracie płynności finansowej, zdolności płatniczej, wszczęciu wobec beneficjenta egzekucji komorniczej, wszczęciu procedury upadłościowej, układowej, naprawczej.

w umowach, w których dłużnikiem jest osoba prawna (inna niż w pkt.2)

W takiej sytuacji obok zapisów opisanych wcześniej rekomenduje się stosowanie:

- ✓ weksli własnych *in blanco* z deklaracją wekslową i majątkową poręczonych przez statutowe władze, tj. członków zarządu spółki lub innego podmiotu. Ostatnia linia orzecznicza Sądu Najwyższego zwiększa margines swobody w rozporządzaniu mieniem, stąd nie jest niezbędne uzyskanie oświadczeń woli współmałżonków poręczycieli na złożenie awalu na wekslu. Należy podkreślić, że deklaracja wekslowa może zawierać treść równoważną „poręczeniu według prawa cywilnego” i tym samym być wykorzystana w dwóch rodzajach postępowania,
- ✓ cesji praw do rachunku bieżącego firmy, opatrzonej stosowną deklaracją przewidującą okoliczności kiedy można z tej cesji skorzystać. Podkreślić należy, że aby cesja taka miała walor użytkowy, winna być potwierdzona przez odpowiednio umocowanych przedstawicieli banku prowadzącego rachunek, lub
- ✓ cesja praw do lokaty złożonej w innym banku niż bank kredytujący (*prowadzący rachunek bieżący*) osobę prawną. Podkreślenia wymaga wskazanie „w innym banku”, bowiem pozwala to na uniknięcie ewentualności dokonania potrącenia z kwoty lokaty należności kredytowej banku w trybie art. 498 (z uwzględnieniem art. 504) Kodeksu cywilnego²³,

²³ art. 498. § 1 k.c. - Gdy dwie osoby są jednocześnie względem siebie dłużnikami i wierzycielami, każda z nich może potrącić swoją wierzytelność z wierzytelności drugiej strony, jeżeli przedmiotem obu wierzytelności są pieniądze lub rzeczy tej samej jakości oznaczone tylko co do gatunku, a obie wierzytelności są wymagalne i mogą być dochodzone przed sądem lub przed innym organem państwowym.

§ 2. Wskutek potrącenia obie wierzytelności umarzają się nawzajem do wysokości wierzytelności niższej.

art. 504 k.c. - Zajęcie wierzytelności przez osobę trzecią wyłącza umorzenie tej wierzytelności przez potrącenie tylko wtedy, gdy dłużnik stał się wierzycielem swego wierzyciela dopiero po dokonaniu zajęcia albo gdy jego wierzytelność stała się wymagalna po tej chwili, a przy tym dopiero później aniżeli wierzytelność zajęta.

- ✓ w przypadku kiedy udziałowcem osoby prawnej jest inny podmiot gospodarczy, należy zmierzać do sytuacji, kiedy zobowiązania tej osoby będą poręczone przez tegoż udziałowca.

W większości przypadków osoba prawna będzie odbiorcą końcowym pomocy, rzadko kiedy instytucją wdrażającą, która przekazywać będzie środki do beneficjenta.

W związku z tym, jeżeli osoba prawna występować będzie jako instytucja wdrażająca, zabezpieczenie obliczone być winno na sytuację, kiedy nastąpiły nieprawidłowości w obszarze np. przetargu, wyboru projektu etc. Wówczas zabezpieczenie zwrotności może ograniczać się do punktów wskazanych wyżej.

W przypadku, kiedy osoba prawna będzie jednocześnie beneficjentem, tj. właścicielem realizowanego projektu bezpośrednio współpracującym w wykonawcami i rozliczającym ich, instytucja wdrażająca (*podpisująca z tą osobą umowę*) winna rozważyć możliwość i celowość uzupełnienia tych zabezpieczeń o inne wcześniej opisane.

w umowach, w których dłużnikiem jest osoba fizyczna

Opisywane umowy dotyczą relacji w których beneficjentem jest osoba fizyczna (*wspólnicy spółki osobowej gdzie w przypadku egzekucji ze wspólnego majątku wspólników spółki cywilnej konieczny jest tytuł egzekucyjny wydany przeciwko wszystkim wspólnikom*).

W tej sytuacji należy stosować pełny, ale adekwatny do możliwości tej osoby, wachlarz prawnych zabezpieczeń zwrotności. Oczywistym jest, że jeżeli osoba ta nie dysponuje majątkiem nieruchomości, niemożliwe będzie ustanowienie hipoteki etc.

W praktyce dążyć należy do ustanowienia zabezpieczeń osobistych w postaci weksla własnego *in blanco* awalowanego przez osobę prawną lub fizyczną i opatrzonego deklaracją wekslową przy czym jako normę ostrożnościową oceniać należy perspektywiczną wartość takiego zabezpieczenia oraz maksymalizować zabezpieczenie o charakterze rzeczowym (*zastaw, hipoteka, lokata, etc.*).

w umowach, w których dłużnikiem jest instytucja nie posiadająca majątku

Może to w zasadzie dotyczyć jedynie beneficjentów, którzy przedstawiają projekty o wysokich celach społecznych (*np. Equal*) jako organizacje pożytku publicznego, instytucje społeczne, inicjatywy pozarządowe, organizacje *non profit* i.p. Ich znaczenie dostrzegł już – w tym przypadku najlepszym określeniem jest – „Sponsor” ustalając bardzo niski, wręcz symboliczny poziom wymaganego wkładu własnego.

Patrząc przez pryzmat posiadanych doświadczeń, nie można niestety wykluczyć w tym obszarze działań przestępczych, stąd kwestia zabezpieczeń musi stać na porządku dziennym.

Można wyodrębnić niewątpliwie dwa segmenty projektów ubiegających się o współfinansowanie.

Jednym są projekty w toku których powstają dobra rzeczowe w postaci dowolnych, ruchomych bądź nieruchomości składników majątkowych.

W drugim powstają dobra niematerialne np. projekt obejmujący cykl szkoleniowy.

Niewątpliwie funkcję czynnika dyscyplinującego w obydwu przypadkach spełnia weksel własny in blanco z deklaracją wekslową na majątku danej instytucji (*nawet przy jego symbolicznym wymiarze*) oraz z wystawienia osób fizycznych odpowiedzialnych za prawidłowość podejmowanych decyzji. Jeżeli są one przeświadczone o sensowności projektu i uczciwości realizatorów nie powinny mieć oporów przed wystawieniem takiego weksla. Ewentualny argument, że takie podejście przenosi całą odpowiedzialność na beneficjenta, a zdejmuje ją z Państwa, jest głęboko niesłuszny. Proporcja zaangażowanych funduszy i wartości zabezpieczeń, niewątpliwie będzie ciążyć na olbrzymią przewagę wielkości tych pierwszych, a więc odpowiedzialność finansowa Państwa pozostaje niewspółmiernie wysoka w stosunku do odpowiedzialności potencjalnego dłużnika.

W przypadku, w którym projekt powoduje wytworzenie dóbr materialnych, zabezpieczenie zwrotności może być ustanawiane w ślad za powstaniem takiego dobra właśnie na nim samym. Np. kupiono samochód, sprzęt do prezentacji multimedialnej (*można go obciążyć zastawem*). Filozofia prawnych zabezpieczeń zwrotności zawiera w sobie jako podstawowe założenie adekwatność: do ryzyka i do wielkości zobowiązania. Skoro projekty finansowane etapami przewidują ratalne uruchamianie publicznych środków wspólnotowych, również zabezpieczenia mogą być ustanawiane w etapach.

Nie od rzeczy jest również korzystanie w tym obszarze z instytucji poręczenia instytucji, funduszy ubezpieczeniowych etc. Zapewne donatorzy instytucji działających na niwie społecznej, z chęcią poręczą pewne nakłady, wiedząc, że w ten sposób ich sponsoring wielokrotnie zostanie pomnożony.

IV. Windykacja nieprawidłowo wydatkowanych środków:

Windykacja jest to ogół działań formalno - prawnych i rzeczywistych zmierzających do odzyskania należności.

Przyjmując taką definicję windykacji, można określić, że na procedurę windykacyjną składa się:

- a) ocena ryzyka powstania należności wymagającej windykacji i w ślad za tym ustalenie w zawieranych umowach adekwatnych zabezpieczeń zwrotności i zapisów pozwalających na podejmowanie skutecznych działań (*np. rzeczenie się części ochrony danych osobowych, zgoda na scedowanie roszczeń i praw etc.*),
- b) określenie momentu wszczęcia windykacji (*taktyka*),
- c) wybór formy windykacji (*taktyka*),
- d) rozpoznanie statusu finansowego, majątku rzeczowego dłużnika (*metodyka*),
- e) koordynacja i kooperacja zainteresowanych podmiotów (*metodyka*),
- f) egzekucja, upadłość i procedura karna jako ostateczny środek odzyskania należności i wyłączenia dłużnika z życia gospodarczego (*metodyka*).

Należy przewidywać, że generalnie umowa w swoich elementach związanych z przyszłą, potencjalną windykacją musi być tak sformułowana, aby te zapisy dotyczyły „wierzytelności przyszłej, a nawet warunkowej”.

W perspektywie czasu dochodzona należność nie będzie zdefiniowana w momencie podpisania umowy, a powstanie dopiero w przyszłości, bowiem powstanie dopiero po przyjęciu, że dany wydatek nie może być zakwalifikowany jako zgodny z umową, a wydatku tego nie znamy w momencie podpisania umowy.

Zawarcie umowy cywilno – prawnej rodzącej zobowiązanie finansowe towarzyszy oszacowanie ryzyka finansowanej operacji gospodarczej opisanej tą umową, a także przewidywanie istnienia ryzyka operacyjnego.

Przy rozpatrywaniu wniosku o dofinansowanie projektu badana jest jego racjonalność oraz zgodność sformułowanych celów z założeniami funduszy pomocowych. Tym samym przyjmuje się, że jeżeli spełnione zostały wszelkie procedury wcześniej ustanowione dla danych programów pomocowych, ryzyko finansowej operacji zostało zdefiniowane i oszacowane, a ustanowione procedury je minimalizują. Kwitując ten temat, należy podnieść, że ocena prawidłowości procedur jest przedmiotem odrębnych postępowań.

1. Typologia

a) Procedura cywilna

Umowy cywilno – prawne rządzą się prawami określonymi w Kodeksie cywilnym i Kodeksie postępowania cywilnego. Determinuje to stan, w którym niemożliwe jest podejmowanie przez stronę umowy działań innych niż przewidziane umową, a sama umowa nie może zawierać zapisów niezgodnych z prawem cywilnym. Jako, że prawo cywilne dopuszcza i uznaje za w pełni zgodne z prawem takie rozwiązania jak zabezpieczenie zwrotności, dowolne rozporządzenie własnymi prawami np. prawem do ochrony danych, a także prawo do zbycia bądź przeniesienia praw nabytych (*cesja*), w interesie publicznym jest wykorzystanie tych możliwości dla zabezpieczenia interesów budżetu Państwa, które się reprezentuje.

Zgodnie z procedurą cywilną możliwość odzyskiwania środków warunkowana jest procedurą sądową, w toku której sąd wydaje tytuł egzekucyjny, który dopiero po opatrzeniu go klauzulą wykonalności może zostać skierowany do komornika celem egzekucji.

Oczywistym jest, że z procedurą taką wiążą się określone koszty, czas procedowania (*od pierwszej instancji do ostatecznego prawomocnego rozstrzygnięcia po postępowaniu kasacyjnym nawet 10 lat*), zagrożenie deprecjacji bądź wyprowadzenia majątku dłużnika (*skarga pauliańska ma swoje ograniczenia*), stąd też już na wstępie, tj. w czasie podpisywania umowy należy przewidzieć możliwości skrócenia takiej procedury.

Do takich możliwości należą w szczególności:

- ✓ gwarancja bankowa,
- ✓ weksle własne *in blanco* z wystawienia dłużnika wraz z deklaracją wekslową opisującą warunki jego wypełnienia. Należy pamiętać, że weksel jest wart tyle, ile wart jest majątek dłużnika pod warunkiem, że dostęp do tego majątku jest nieograniczony np. zapisem o rozdzielności majątkowej. Stąd też pamiętać należy o awalowaniu weksla (*poręczeniu*) przez współmałżonka dłużnika. Należy też pamiętać, aby weksel nie zawierał klauzul ograniczających np. możliwość indosowania (*przeniesienia na inną osobę*). Weksel własny *in blanco* można zbyć, a także nadać mu klauzulę wykonalności w postępowaniu uproszczonym znakomicie skracającym procedurę windykacyjną (*2 tygodnie*),
- ✓ akt notarialny o dobrowolnym poddaniu się egzekucji w trybie art. 777 § 1 pkt. 4 lub 5 k.p.c., który z mocy swojej stanowi tytuł egzekucyjny wymagający nadania jedynie klauzuli natychmiastowej wykonalności,
- ✓ blokada środków na rachunku z pełnomocnictwem do dysponowania tymi środkami,

- ✓ umowa przewłaszczenia rzeczy ruchomych, w przypadku pojazdów najlepiej z wpisem do dowodu rejestracyjnego stosownej adnotacji.

W umowach ustanawiających zabezpieczenie należy przewidywać ich różnicowanie i zwiększanie możliwości egzekucyjnych np. poprzez instytucję poręczeń. Należy jednak również pamiętać, że oczekiwanie 100 % zabezpieczenia jest nierealne, zważywszy na poziom angażowanych kwot oraz niskie prawdopodobieństwo, że całość wydatków dokonanych przez dłużnika będzie niekwalifikowanych²⁴ i trudności w udowodnieniu ewentualnej korupcji przy rozstrzygnięciu przetargu na dane roboty (*co skutkowałoby nieważnością kontraktu*). Tylko w takich wypadkach istniałaby potrzeba windykacji kwoty odpowiadającej budżetowi danego projektu (*wielkości wszystkich wydatków*).

Konieczne jest jednak podkreślenie, że służby unijne bardzo pieczołowicie sprawdzają, czy Państwo wyczerpało wszystkie prawne możliwości w odzyskaniu nieprawidłowo wydatkowanych publicznych środków wspólnotowych. Zaangażowanie to przejawia się nie tylko w deklaracji współfinansowania postępowania procesowego, w tym karnego wszczynanego celem ścigania tych dłużników, co do których istnieje uzasadnione podejrzenie iż dopuścili się oszustwa, a brak majątku wyklucza odzyskanie roszczonych kwot - cel prewencyjny ogólny, ale też np. w uruchomieniu w Brukseli, bezpłatnej i bezpośredniej linii telefonicznej z obsługą w języku polskim do odbioru mniej lub bardziej anonimowych informacji o nieprawidłowościach.

b) dobrowolna spłata

Posiadanie odpowiednich narzędzi w dyspozycji wierzyciela stanowi niekwestionowany argument w negocjowaniu warunków dobrowolnej spłaty zobowiązania. Każdy dłużnik, nie tylko posiadający zobowiązanie nie ze swojej winy (*wypadek losowy, zmiana otoczenia biznesowego, błędne bądź niekompletne założenia danego projektu*), ale też z własnej winy (*malwersacja, wyłudzenie, oszustwo*) tym chętniej rozważa możliwość i dąży do uregulowania

²⁴ ustawa o Narodowym Planie Rozwoju określa w art. 55 ust. 1, iż w przypadku, gdy instytucja zarządzająca lub instytucja pośrednicząca na skutek przeprowadzonej kontroli lub na podstawie informacji uzyskanych od innego organu kontrolującego, stwierdzi nieprawidłowości polegające na wykorzystaniu przez beneficjenta przekazanych środków finansowych, o których mowa w art. 24 ust. 1, niezgodnie z ich przeznaczeniem lub umową o dofinansowanie projektu albo decyzją, o której mowa w art. 11 ust. 7, beneficjent niezwłocznie zwraca tę część środków finansowych, która została wykorzystana niezgodnie z ich przeznaczeniem wraz z odsetkami w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych, naliczonej od dnia przekazania tej części środków. W przypadku, o którym mowa w ust. 1, instytucja zarządzająca lub instytucja pośrednicząca może wstrzymać dalsze finansowanie projektu.

swojego zobowiązania, im silniejsze argumenty ma jego wierzyciel i czym bardziej dolegliwe dla dłużnika będą prawne restrykcje ze strony tego wierzyciela.

Takimi narzędziami są zapisy umów oraz prawne zabezpieczenie zwrotności, a co dodatkowo ważne zapis ustawy z dnia 27 lipca 2002 r. o warunkach dopuszczalności i nadzorowaniu pomocy publicznej dla przedsiębiorców (*Dz.U. z 2002 r. Nr 141, poz. 1177 z późniejszymi zmianami*), która to ustawa pozwala na rozłożenie zobowiązania danego przedsiębiorcy na raty.

Należy pamiętać, że dobrowolna spłata zobowiązania jest najtańszym i najbardziej efektywnym rozwiązaniem sytuacji, w której ujawniono nieprawidłowości w wykorzystaniu środków i Państwo jest zobowiązane do ich odzyskania, mając ewentualnie prawo do ich ponownej redystrybucji. W toku windykacji zabezpieczamy sobie współdziałanie dłużnika w regulowaniu jego zobowiązania, spłatę przy pozostawieniu w gestii wierzyciela wcześniej ustanowionych prawnych zabezpieczeń zwrotności. Jednocześnie, wierzyciel musi współdziałać z dłużnikiem i wykazywać bardzo aktywną postawę, co pozwala odzyskać należne mu środki, a jednocześnie utrzymać przedsiębiorstwo (*dłużnika*) jako rentownego przedsięwzięcia – nie zawsze taka możliwość istnieje przy standardowej egzekucji, kiedy postawa dłużnika jest wroga, komornik nie jest zainteresowany utrzymaniem przedsiębiorstwa, a sama egzekucja często skutkuje upadłością.

Każda sytuacja musi być rozpatrywana indywidualnie (*z uwzględnieniem perspektywy, że beneficjent jeżeli nie rozliczy nieprawidłowości musi się liczyć z zakazem korzystania ze środków publicznych*²⁵), w kontekście możliwości odzyskania środków własnych RP i unijnych, skali nieprawidłowości i związanej z nią skalą odpowiedzialności np. karnej czy karnej skarbowej. Zagrożenie karą z Kodeksu karnego czy Kodeksu karnego skarbowego jest istotnym argumentem pozwalającym osiągnąć właściwą postawę dłużnika. Nie można zapominać, że wszelka odpowiedzialność wyrażana jest w formie maksymalnej i minimalnej.

²⁵ Art. 30 d. ust. 5. ustawy o finansach publicznych - Wykorzystanie środków, o których mowa w art. 3 ust. 3 pkt 1, 2 i 4, w sposób określony w ust. 4 wyklucza prawo otrzymania tych środków przez kolejne 3 lata licząc od dnia stwierdzenia nieprawidłowego wykorzystania tych środków, chyba że obowiązek ich przyznania danemu podmiotowi lub grupie podmiotów wynika z umowy zawartej z dawcą środków, wskazującej bezpośrednio ten podmiot.

ust. 6. Do zwrotu środków, o których mowa w art. 3 ust. 3 pkt 3, stosuje się odrębne przepisy.

W wielu przypadkach można zastosować (*nawet finansowy organ dochodzenia*) instytucję czynnego żalu, w zamian za szybką spłatę zobowiązania.

Zważywszy na te możliwości korzystnym będzie koordynowanie działań z organami dochodzenia, w tym finansowymi oraz bieżąca konsultacja podejmowanych decyzji o wyborze taktyki i metod odzyskania należnych środków z jednostkami obsługi prawnej zainteresowanej instytucji zarządzającej. Należy priorytetowo traktować odzyskanie środków finansowych i wprowadzenie do ewidencji o nieprawidłowościach, danych podmiotu i osób winnych nadużyć, celem ich eliminowania z kolejnych projektów współfinansowanych z funduszy unijnych. W przypadku wątpliwości co do kwalifikacji czynu, tj. niejednoznacznych dowodów na popełnienie przestępstwa, warto zawsze rozważyć zastosowanie „podejścia biznesowego”, co oznacza położenie akcentu na odzyskanie środków finansowych, przed represją karną.

c) *outsourcing*

Instytucje wierzycielskie – instytucja zarządzająca nie może z góry zakładać prowadzenia windykacji wyłącznie siłami własnymi. Może się okazać, że najbardziej efektywnym rozwiązaniem problemu będzie sprzedaż długu i skwitowanie uzyskanymi w ten sposób środkami istniejącego zobowiązania, przekazanie prowadzenia windykacji np. instytucji wdrażającej bądź powierzenie windykacji osobie trzeciej (*outsourcing*).

Najszybszą metodą rozwiązania problemu odzyskania roszczonych kwot, jest ich zbycie osobie trzeciej, wraz z uprawnieniami do naliczania odsetek. Zwykle można wynegocjować jednorazową spłatę kwoty głównej (*kapitału, wartości faktury*) roszczenia, przy scedowaniu wszelkich praw, w tym do naliczania odsetek w wysokości odsetek skarbowych, tj. jak dla zobowiązań podatkowych. Jednocześnie zbywca przekazując swoje prawa w całości bądź części pozbywa się odpowiedzialności za metody i sposób postępowania nabywcy wierzytelności.

Specyfika funduszy pomocowych, nakazuje zachowanie szczególnej uwagi przy zbywaniu wierzytelności z tytułu ich niewłaściwego wykorzystania, zwłaszcza kiedy dłużnikiem może być bezpośrednio bądź pośrednio beneficjent. Należy mieć na względzie, że beneficjent jest podmiotem, do którego adresowana jest pomoc unijna, tym samym w przypadku kiedy w rezultacie windykacji upadnie, bądź przejmie go inny podmiot, nastąpi rażące zakłócenie warunków umowy o przydział środków. Stąd też, decyzja w takim kształcie winna być poprzedzona dogłębną analizą całokształtu sytuacji.

Jest jednak bezsporne, że dla mizernych finansów państwa, sprzedaż wierzytelności, w której dłużnik opiera się roszczeniom instytucji zarządzającej,

co powoduje przewlekłość postępowania, groźbę wyzbycia majątku i w konsekwencji perspektywę obciążenia funduszy pomocowych oraz obowiązek zwrotu adekwatnej kwoty z naszych podatków, będzie najbardziej efektywnym rozwiązaniem.

Poprzez jedną operację nastąpi bowiem zmiana charakteru windykowanych środków z publicznych wspólnotowych, na prywatne nabywcy, stąd regres Unii Europejskiej wobec Rzeczypospolitej Polskiej będzie zniwelowany.

Outsourcing pozwala na prowadzenie skutecznej windykacji bez angażowania własnych sił i środków instytucji zarządzającej. Może być stosowany teoretycznie niemal zawsze (*ograniczeniem jest ustawa o kredycie konsumenckim*) jednak warto uwzględnić w zapisach umowy określającej relacje wierzyciel – dłużnik, taką możliwość. Zapisy winny stanowić, że koszty windykacji podjętej w związku z odmową spłaty zobowiązania przez dłużnika w ustalonych terminach ponosi dłużnik, a warunkowa wierzytelność może być przenoszona na osobę trzecią wraz z towarzyszącymi prawami, tj. ustanowionymi wcześniej zabezpieczeniami.

Outsourcing polega na udzieleniu osobie trzeciej (*nie będącej stroną umowy*) pełnomocnictwa szczególnego do działania w imieniu strony tej umowy – w tym przypadku wierzyciela. Osoba trzecia generalnie działa na ryzyko wierzyciela, który w ograniczonym zakresie, ale odpowiada za zgodność z prawem podejmowanych działań.

Nawet w przypadku zastrzeżenia w umowie z firmą zewnętrzną, że ponosi ona odpowiedzialność za podejmowane przez siebie czynności windykacyjne, nie można wykluczyć negatywnych konsekwencji dla wizerunku publicznego instytucji cedującej swoje prawa²⁶.

Determinuje to konieczność właściwego doboru takiego podmiotu, który gwarantował będzie swoją opinią, potencjałem i standingiem finansowym właściwą i bezpieczną dla zlecającego realizację zadań, a także preferowanie negocjowanie warunków dobrowolnej spłaty zobowiązania, przed rozwiązaniami o charakterze konfliktogennym.

²⁶ zwłaszcza w kontekście ustawy o Narodowym Planie Rozwoju - art. 19 ust.4. - w przypadku przekazania przez instytucję zarządzającą kompetencji, o których mowa w ust. 1 (tj. zarządzanie i monitorowanie priorytetów, działań, projektów, instytucja zarządzająca ponosi pełną odpowiedzialność za skuteczność i prawidłowość zarządzania programem.

Warunki skutecznej windykacji

a) uregulowania prawne

Obowiązujące regulacje prawne nie stanowią przeszkody dla skutecznego dochodzenia przez wierzyciela publicznego swoich roszczeń.

Oczywistym jest, że egzekucja w trybie administracyjnym byłaby prostszym i szybszym sposobem dochodzenia roszczeń niż tryb cywilno-prawny. Należy jednak jednoznacznie skonstatować, że tryb ten (*administracyjny*) jest bardziej niebezpieczny dla wierzyciela niż cywilno – prawny. Łatwość wszczęcia egzekucji spowoduje, że w przypadku niezasadnego podjęcia czynności Skarb Państwa ponosił będzie określone konsekwencje finansowe. Niebezpieczeństwo takie - w przypadku obranej drogi cywilno prawnej - chociaż istnieje, jest oczywiście niższe.

Regulacje przyjęte: Kodeksem cywilnym, Kodeksem postępowania cywilnego, Kodeksem karnym i Kodeksem karnym skarbowym, a także prawem wekslowym i bankowym są wystarczające dla skutecznych działań windykacyjnych, bez sięgania do stosowanych wprost regulacji unijnych.

b) regulacje umowne

Zawierana umowy musi być zgodna z prawem. Naruszenie w umowie cywilno-prawnej norm powszechnie obowiązujących powoduje, że wszelkie czynności o charakterze represyjnym, egzekwującym uprawnienia strony wierzycielskiej mogą być bezskuteczne.

Stąd też, jak wcześniej opisałem, niezbędnym jest zawarcie w umowie jednoznacznych klauzul dających wierzycielowi delegację do skutecznych działań windykacyjnych i informacyjnych, poprzez dobrowolne samoograniczenie się dłużnika.

Ważne może się okazać uwzględnienie w zapisach umowy, obok wcześniej przywołanych warunków elementu informowania wierzyciela, tj. instytucji zarządzającej (*lub innej wskazanej odrębnymi przepisami*) o zaciąganych zobowiązaniach np. bankowych czy gwarancyjnych, poręczeniowych bądź ubezpieczeniowych.

Ustawa z dnia 16 kwietnia 2004 r. o Funduszu Poręczeń Unijnych (*Dz.U. z 2004 r. Nr 121, poz. 1261*), określa zasady udzielania przez Bank Gospodarstwa Krajowego ze środków tego funduszu gwarancji i poręczeń. Obliczona jest ona na kredytowanie podmiotów ubiegających się o współfinansowanie z funduszy unijnych, celem uzyskania wymaganego poziomu wkładu własnego, np. poprzez

emisję akcji czy obligacji. Należy przewidywać, że Bank przed uruchomieniem kredytu bądź ubezpieczenia ustanowi zabezpieczenie zwrotności zaangażowanych środków. W związku z tym niezbędne jest zweryfikowanie zakresu i poziomu obciążenia posiadanych składników majątkowych dłużnika na rzecz Banku, celem określenia poziomu zabezpieczenia interesów finansowych w operacjach związanych z gospodarowaniem środkami unijnymi.

c) rozpoznanie

Skuteczność wszelkich czynności windykacyjnych podejmowanych w stosunku do dłużnika niechętnego dobrowolnej spłacie zobowiązania, w znacznym rozmiarze uzależniona jest od poziomu rozpoznania.

Rozpoznanie musi obejmować obszar majątkowy, tj. stan posiadania dłużnika i tytuł własności do tego majątku. Dokonuje się go na etapie podpisywania umowy o przekazaniu środków finansowych, a w toku jej realizacji do czasu rozliczenia możliwe jest monitorowanie.

Ważne jest, aby w umowie przekazującej środki finansowe zobowiązać beneficjenta do informowania instytucji przekazującej środki finansowe o zamiarze zaciągnięcia lub zaciągnięciu innych zobowiązań finansowych (*głównie bankowych*), emisji papierów dłużnych, w tym zwłaszcza warrantów, a także o radykalnych zmianach w pozycjach bilansowych, zmianach płynności finansowej (*zwłaszcza zagrożeniu tej płynności*), ponoszeniu straty na działalności itp. W przypadku relatywnie długoterminowej współpracy, naturalnym jest zobowiązanie otrzymującego środki finansowe, tj. potencjalnego dłużnika do przekazywania do wiadomości wierzyciela sprawozdań finansowych F01 i F02 oraz potwierdzania faktu dysponowania tymi składnikami majątkowymi, które stanowią przedmiot zabezpieczenia zwrotności (*hipoteka, zastaw, lokata, etc.*).

W razie takiej możliwości celowe jest zabezpieczenie sobie dopływu informacji o potencjalnych kierunkach wyprowadzenia składników majątkowych w aspekcie możliwego wystąpienia ze skargą pauliańską.

W przypadku dojścia do etapu procesu sądowego i ubiegania się o tytuł egzekucyjny, każdorazowo należy występować z żądaniem wyjawienia majątku i porównać jego stan z posiadanym rozpoznanem z okresu podpisywania umowy.

Ewentualne rozbieżności pozwolą na postawienie zarzutu działaniu na szkodę wierzyciela i zagrożenie odpowiedzialnością karną, a tym samym stanowią będą mocny argument w negocjacjach podjętych celem doprowadzenia do dobrowolnej spłaty zobowiązania.

Oczywiście wszystkie te działania niekoniecznie muszą zapewnić skuteczność rozpoznania stanu majątkowego dłużnika, zawsze można jednak zastosować inne, nie aż tak jawne jak wyżej opisane tj. wykorzystać np. firmy detektywistyczne. Nie zmienia to faktu, że zawsze najłatwiej uzyskać informacje o stanie majątkowym przed powstaniem zobowiązania, kiedy przyszły dłużnik ubiega się o warunkową subwencję (*jak przy funduszach pomocowych, gdzie warunkiem jest prawidłowość wykorzystania*), pożyczkę czy kredyt i zapewnia przyszłego wierzyciela o swojej wspaniałej kondycji finansowej umożliwiającej mu wywiązanie się z ewentualnie zawartą umową.

d) komunikacja, kooperacja, koordynacja

Oczywistym jest, że sytuacja, w której wszczynana jest procedura windykacyjna stanowi końcowy etap współpracy pomiędzy instytucją przekazującą środki finansowe, a beneficjentem. Oznacza to, że już wcześniej ujawniono istnienie nieprawidłowości w gospodarowaniu tymi funduszami, były one przedmiotem ustalonej procedury raportowania o nieprawidłowościach.

Generalnie były przedmiotem postępowania sprawdzającego, jakiejś formy dochodzenia administracyjnego, kontroli skarbowej czy postępowania przygotowawczego (*dochodzenia bądź śledztwa*).

W takich okolicznościach niezbędne jest zapewnienie wymiany informacji pomiędzy instytucjami zaangażowanymi w wyjaśnianie sprawy oraz wzajemnej współpracy. Pozwoli to na podejmowanie skoordynowanych działań, podnoszących ich skuteczność i efektywność.

Jeżeli ustala się, że priorytetem z punktu widzenia interesów finansowych Państwa jest odzyskanie niewłaściwie wykorzystanych funduszy, koordynacja działań i współpraca winna zapewnić możliwość przeprowadzenia skutecznej windykacji np. przed aresztowaniem czy skazaniem osób winnych naruszenia prawa (*po zastosowaniu środka zapobiegawczego, bądź skazaniu nie można racjonalnie oczekiwać ze strony obwinionego, oskarżonego czy skazanego współpracy w zaspokojeniu roszczeń wierzyciela*).

Zapewnienie wymiany informacji, kooperacji zainteresowanych instytucji, podejmowania skoordynowanych działań, jako szczególnie ważny obszar funkcjonowania instytucji państwa i prawa zostało określone w Rozporządzeniu Rady Ministrów z 1 lipca 2003 r. ustanawiającego Pełnomocnika Rządu do spraw Zwalczania Nieprawidłowości na Szkodę Interesów Finansowych Rzeczypospolitej Polskiej lub Unii Europejskiej.

e) postępowanie windykacyjne wobec jednostek budżetowych.

Funkcjonuje w obiegu publicznym pogląd, że instytucje zarządzające nie będą prowadziły postępowania windykacyjnego w stosunku do jednostek budżetowych, kierując się zasadą ekonomiki postępowania – każda windykacja skutkowałaby wyprowadzeniem środków finansowych z budżetu (*w przypadku braku windykacji budżet odda środki finansowe do Unii, w przypadku przeprowadzenia tej windykacji wobec dłużnika będącego instytucją budżetową, konieczne będzie dotowanie tej instytucji w przyszłości bowiem zabraknie jej środków*). Procedurę w tym względzie szczegółowo opisuje art. 100 ustawy o finansach publicznych.

Pogląd ten należy uznać za niesłuszny z kilku powodów. Jeżeli nie zostaną podjęte kroki windykacyjne, a służby Unii Europejskiej stwierdzą nieprawidłowości w rozliczaniu środków postawiony zostanie wniosek, że Państwo nie dopełniło należytej staranności w swoich działaniach. W takiej sytuacji może cofnąć odpowiednią pulę środków, a także obciążyć Polskę odsetkami. Dodatkowo Unia może uznać, że zaniechanie windykacji i pokrycie strat z budżetu stanowi niedozwolone subwencjonowanie, łamie zasady konkurencyjności i może zastosować rozwiązania represyjne.

Windykacja, jest to ogół czynności zmierzających do zaspokojenia uprawnionych roszczeń wierzyciela, a więc w przypadku rozliczania środków pomocowych Unii, jak już wcześniej stwierdzono może polegać na nie uruchomieniu kolejnej transzy środków i wymuszeniu finansowania wydatków niekwalifikowalnych środkami własnymi, obniżeniu przyszłej subwencji (*odpowiednio do wcześniejszych nieprawidłowo poniesionych wydatków*).

W Polsce istnieje równość podmiotów gospodarczych wobec prawa. Każdy podmiot gospodarczy ma majątek. Aby uczestniczył w procesie zamówień publicznych, musi mieć odpowiedni standing finansowy. Można założyć, że na końcu każdego procesu wydatkowania środków będzie konkretny wykonawca, którego benefity z kontraktu w stosunku do wartości całego projektu będą relatywnie niewielkie – stąd waga jaką przykładać należy do ustanawiania prawnych i faktycznych zabezpieczeń zwrotności.

Zachodzi pytanie o windykację podejmowaną nie wobec wykonawców, ale np. wobec instytucji wdrażającej (*beneficjenta*), która zakupuje w drodze przetargu składniki majątkowe bądź usługę²⁷. Należy wyprowadzić następującą konstrukcję myślową: nieprawidłowe wydatkowanie środków może wynikać, w szczególności z:

²⁷ oczywiście jest to przykładowy casus, stanowiący podstawę toku rozumowania.

- ✓ błędu w ocenie ze strony przedstawiciela instytucji wdrażającej, beneficjenta,
- ✓ korupcji przy przetargu,
- ✓ korupcji przy uznawaniu podstaw rozliczenia wydatku,
- ✓ wprowadzenia w błąd przez dostawcę towaru czy usługi.

W przypadku błędu w ocenie zachodzi przypadek uzyskania nienależnych korzyści z uwagi na pozostawanie wierzyciela w błędzie co do stanu faktycznego, co stanowi istotną przesłankę procesu korygowania wysokości wydatku.

W przypadku przestępstwa, dla powodzenia procedury windykacyjnej niezbędne jest wszczęcie postępowania karnego celem udowodnienia osobie fizycznej działania niezgodnego z prawem, aby można było przejść do przepisów regulujących odpowiedzialność podmiotów zbiorowych i podjąć czynności windykacyjne zmierzające do odzyskania środków (*nienależnych korzyści pochodzących z przestępstwa*).

W odniesieniu do działania dostawcy stosować należy zapisy umowy o prawnym zabezpieczeniu zwrotności.

V. Podsumowanie:

Z oczywistych powodów w okresie przedakcesyjnym wszystkie ośrodki opiniotwórcze, a więc partie polityczne, organy władzy publicznej, instytucje i media koncentrowały się na ocenie szans jakie niosą za sobą strumienie pieniędzy przewidywane do zaabsorbowania w polską gospodarkę z tytułu polityki pomocowej Unii Europejskiej. Te szanse są oczywiste i nie wymagają kolejnych komentarzy, jako że w innym trybie, niezależnie od wielkości budżetu nie dałoby się skoncentrować tak dużych środków na wybranych zadaniach, mając niezaspokojone potrzeby i oczekiwania społeczne.

W związku z tym, że szanse zostały już wielokrotnie i na wszystkie strony omówione i opisane, dokument ten koncentruje się na zagrożeniach, które aby się przed nimi zabezpieczyć i je zneutralizować, należy wcześniej zidentyfikować i ocenić.

Nawet jeżeli te zagrożenia nie wystąpią, bądź ich skala będzie mniejsza niż przewidywano, wykonana praca nie jest daremna. Nieważne przecież – co do zasady - czy suma nieprawidłowo wydatkowanych publicznych środków wspólnotowych podlegających windykacji zagraża sytuacją, w której Polska stanie się płatnikiem netto do budżetu Unii, czy będzie musiała zwrócić do tego budżetu kwotę znacznie niższą. Ważne, że w ogóle straci jakiegokolwiek środki

finansowe, jako że zmarnowanie czy to miliona, czy miliarda €, stanowić będzie znaczną dolegliwością dla finansów publicznych i wcale nie będzie równoważne sytuacji w której o taką kwotę Polska otrzymałaby niższą pomoc.

Jedyną sytuacją, w której odpowiedzialność budżetu będzie zniwelowana, tzn. doprowadzimy do stanu, w którym zmarnowanie pomocy będzie równoważne z jej nieotrzymaniem, będzie taka, kiedy po ujawnieniu nieprawidłowo dokonanych wydatków, zmienimy charakter zaangażowanych środków finansowych z publicznych na prywatne.

Taką możliwość daje wyłącznie przejęcie wierzycelności od instytucji zarządzającej przez osobę prywatną, która wejdzie w prawa zaspokojonego wierzyciela. Jeżeli osoba ta, dodatkowo na tej transakcji zrobi dobry biznes, będzie to oznaczać, że *per saldo* przekazane Polsce środki pomocowe utrzymają charakter dźwigni finansowej dla naszej ekonomiki.

Koszty tej sytuacji poniesie beneficjent – co może oczywiście budzić pewne opory natury humanitarnej (*odbieranie warsztatu pracy, dorobku życia etc.*), jednak w zasadzie, z windykacją prowadzoną w tym trybie będziemy mieli do czynienia kiedy beneficjent dopuści się oszustwa, wyłudzenia – po prostu będziemy mieć do czynienia z przestępcą. Bardzo nieprzekonująco brzmią wypowiedzi osób występujących w środkach masowego przekazu, którzy stwierdzili, że np. na gruntach, na które rolnik uzyskał dopłatę zlokalizowany jest parking, czy pole campingowe. Mimo tak oczywistego poświadczenia nieprawdy we wnioskach o dopłatę, kontrolujący wyrażają wątpliwość czy jest to pomyłka czy oszustwo, zastanawiają się nie tylko nad tym czy skierować do prokuratury wnioski o ściganie, do komornika tytuł egzekucyjny, ale nawet czy wystąpić do właściwych organów administracji o wydanie postanowienia w sprawie odmowy udzielania subwencji przez okres 3 lat (*art. 30 d ust. 5 ustawy o finansach publicznych*).

Żeby w ogóle móc planować rozwiązanie problemu skutecznej windykacji, niezbędne jest stworzenie jej, prawnych i faktycznych możliwości.

Dają je odpowiednie zapisy w umowach o współfinansowanie, a zwłaszcza udzielenie *a priori* przez beneficjenta zgody na cesję praw do wierzycelności i ustanowionych prawnych zabezpieczeń zwrotności, samo ustanowienie tych zabezpieczeń, prowadzenie bieżącego monitorowania sytuacji beneficjenta co pozwoli ograniczyć zagrożenie wyprzedzeniem składników majątkowych etc.

Wprowadzenie adekwatnych zapisów do umowy cywilno prawnej, nie stanowi nieuzasadnionej dolegliwości, ani też nadużycia pozycji dominującej. Państwo poprzez swoich przedstawicieli w organach administracji ma obowiązek dbać o swoje (*podatników*) interesy finansowe, a ukształtowany system bankowy już przyzwyczał kredytobiorców (*tu beneficjentów*) do praktyki ustanawiania zabezpieczeń. W końcu ideą prawnych zabezpieczeń zwrotności nie jest ich

wykorzystanie w ogóle, a wyłącznie wówczas, kiedy fundamentalne warunki odnośnej umowy nie są realizowane. Ale co należy mocno podkreślić „adekwatnych”, a więc takich, które nie zniwelują szans na absorbcję środków pomocowych, bowiem będą tak wyśrubowane, że nikt nie będzie miał możliwości korzystania. „Adekwatnych” bowiem inaczej, tak naprawdę środki wspólnotowe zostaną zaadresowane do najbogatszych, nie uruchamiając inicjatywy osób, które mają pomysły, niewielki majątek i energię, a brakuje im jedynie dźwigni finansowej.

Bogata firma, którą stać na produkty bankowe (*kredyty, leasingi*), może emitować akcje czy obligacje, przy wyśrubowanych warunkach otrzyma darmowy zastrzyk pieniądza.

System finansowy – w tym przypadku instytucje zarządzające – jeżeli zdecyduje się na outsourcing, musi wybrać sobie do współpracy w zakresie windykacji, a w szczególności w zakresie zmiany charakteru środków z publicznych na prywatne, odpowiedniego partnera.

Musi on mieć:

- ✓ wiarygodny *image* społeczny, dlatego w opinii autora powinien mieć oparcie w bankach jako instytucjach zaufania publicznego lub w korporacjach adwokackich,
- ✓ odpowiednie zaplecze finansowe. Aby w ogóle myśleć o sekurytyzacji, wykupywaniu wierzytelności, realizowaniu programów naprawczych, przejmowaniu czasowego zarządu firmy beneficjenta, etc. instytucja wybrana za partnera powinna dysponować olbrzymim kapitałem, gwarancjami finansowymi,
- ✓ odpowiednie doświadczenia w prowadzeniu windykacji i współpracy z komornikami i poborcami podatkowymi. Nie można sobie wyobrazić, że partnerem windykacyjnym w tym systemie będzie mała lokalna firma, bez odpowiedniej historii, specjalizująca się dotychczas w odzyskiwaniu relatywnie niewysokich pożyczek od osób fizycznych, wykorzystująca niezbyt wysublimowane metody presji,
- ✓ możliwość kanalizowania roszczeń kierowanych wobec beneficjentów ze strony różnych wierzycieli. Jest prawdopodobnym, że beneficjent będzie zobowiązany wobec różnych podmiotów np. wobec banku z tytułu kredytu, w tym kredytu na prefinansowanie, wobec dostawców z tytułu kredytu kupieckiego, wobec właściwych organów z tytułu obciążeń publiczno – prawnych. Wystarczy więc, że jedna z tych stron podejmie niekontrolowane przez innych działania, zmierzające do zaspokojenia swoich roszczeń i uzyska tytuł wykonawczy, klauzulę wykonalności oraz skieruje stosowny wniosek do komornika, aby zachwiać zdolnością beneficjenta do realizacji projektu współfinansowanego ze środków unijnych i narazić budżet na zagrożenie zwrotem już uruchomionych środków. Konieczne więc jest

- monitorowanie zobowiązań beneficjenta, ich wymagalność i możliwość uregulowania w terminie,
- ✓ odpowiednie zasoby kadrowe, sprawdzone procedury, adekwatny system informatyczny do zarządzania takimi wierzytelnościami i procesem windykacji lub dać gwarancję, że osiągnie zdolność do realizacji zapotrzebowania instytucji zarządzających w odpowiednim czasie.

Sądzić należy, a nawet oczekiwać, że zgodne z prawem i realizowane przez wiarygodne instytucje postępowanie w sprawach o odzyskanie nieprawidłowo wydatkowanych środków publicznych, napotka nie tylko przyzwolenie ale i społeczną akceptację.

Jestem przekonany, że społeczeństwo ustawicznie narażane na demoralizujące informacje o aferach gospodarczych, jest już gotowe do poparcia działań przywracających pewien moralny porządek. Porządek, w którym oszuści pozbawiani są pożytków z przestępstwa, osoby, które ponoszą nieuzasadnione ryzyko gospodarcze nie będą przenosić skutków swoich decyzji na innych podatników itd. – ale prawem symetrii, osoby które ponoszą uzasadnione ryzyko i uczciwie realizują swoje obowiązki nie będą wykluczani z życia gospodarczego arbitralnymi decyzjami laików.

Stąd też zapewne istotnym źródłem danych o nieprawidłowościach będą informacje spontanicznie przekazywane przez przedstawicieli lokalnych społeczności zainteresowanych realizacją jakiegoś projektu inwestycyjnego.

VI, Źródła:

1. Traktat z 29 lipca 1992 r. ustanawiający Wspólnotę Europejską (*OJ nr C 191*),
2. Dyrektywa nr 95/46 (WE) Parlamentu Europejskiego i Rady z 24 października 1995 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w zakresie przetwarzania danych osobowych oraz swobodnego przepływu tych danych,
3. Rozporządzenie Rady (EWG) nr 595/91 z 4 marca 1991 r. dotyczące nieprawidłowości i odzyskiwania kwot niesłusznie wypłaconych w związku z finansowaniem Wspólnej Polityki Rolnej oraz organizacji systemu informacyjnego w tej dziedzinie,
4. Rozporządzenie Komisji (WE) nr 1681/94 z dnia 11 lipca 1994 r. dotyczące nieprawidłowości oraz odzyskiwania kwot wypłaconych nieprawidłowo w związku z finansowaniem polityki strukturalnej i organizacji systemu informacyjnego w tej dziedzinie,
5. Rozporządzenie Komisji (WE) nr 1831/94 z 26 lipca 1994 r. dotyczące nieprawidłowości i zwrotu niesłusznie wypłaconych kwot w ramach

finansowania z Funduszu Spójności oraz organizacji systemu informacyjnego w tej dziedzinie,

6. Rozporządzenie Rady (WE) nr 515/97 z 13 marca 1997 r. w sprawie wzajemnej pomocy administracyjnej między organami administracyjnymi Państw Członkowskich i współpracy między Państwami Członkowskimi, a Komisją w celu zapewnienia prawidłowego stosowania przepisów prawa celnego i rolnego,
7. Rozporządzenie nr 1073/99 Parlamentu Europejskiego i Rady z 25 maja 1999 r. dotyczące dochodzeń prowadzonych przez Europejski Urząd do Spraw Zwalczania Nadużyć Finansowych OLAF,
8. Rozporządzenie (WE) nr 45/2001 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 18 grudnia 2000 r. o ochronie osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych przez instytucje i organy wspólnotowe i o swobodnym przepływie takich danych,
9. Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (*Dz.U. z 2000 r. nr 98 poz. 1071 z późniejszymi zmianami*),
10. Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. kodeks cywilny (*Dz.U. z 1964r. nr 16 poz.93 z późniejszymi zmianami*),
11. Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. kodeks postępowania cywilnego (*Dz.U. z 1964 r. nr 43 poz.296 z późniejszymi zmianami*),
12. Ustawa z dnia 17 czerwca 1966 r. o postępowaniu egzekucyjnym w administracji, (*Dz.U. z 2002 r. nr 110, poz. 968 z późniejszy zmianami*)
13. Ustawa z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (*Dz.U. z 2002 r. nr 7 poz. 58 z późniejszymi zmianami*),
14. Ustawa z dnia 28 września 1991 r. o kontroli skarbowej (*Dz.U. z 2004 r. nr 8 poz.65 z późniejszymi zmianami*),
15. Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (*Dz.U. z 2003 r. nr 153, poz. 1503 z późniejszymi zmianami*)
16. Ustawa z dnia 14 grudnia 1994 r. o Bankowym Funduszu Gwarancyjnym (*Dz.U. z 2000 r. nr 9 poz.131 z późniejszymi zmianami*),
17. Ustawa z dnia 23 grudnia 1994 r. o Najwyższej Izbie Kontroli (*Dz.U. z 2001 r. nr 85 poz. 937 z późniejszymi z mianami*),
18. Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny (*Dz.U. z 1997 r. nr 88 poz.553 z późniejszymi zmianami*),
19. Ustawa z dnia 21 sierpnia 1997 r. Prawo o publicznym obrocie papierami wartościowymi (*Dz.U. z 2002 r. nr 49 poz. 447 z późniejszymi zmianami*),
20. Ustawa z dnia 28 sierpnia 1997 r. o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych (*Dz.U. z 2004 r. nr 159 poz.1667*),
21. Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (*tekst jednolity Dz.U. z 2002 r. nr 72 poz. 665 z późniejszymi zmianami*)
22. Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych (*Dz.U. z 2002 r. nr 101 poz. 926 z późniejszymi zmianami*),

23. Ustawa z 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (*Dz.U. z 1998 r. nr 137 poz. 887 z późniejszymi zmianami*),
24. Ustawa z dnia 26 listopada 1998 r. o finansach publicznych (*Dz.U. z 2003 r. nr 15, poz. 148, z późn. zm.*),
25. Ustawa z dnia 27 lipca 2002 r. Prawo dewizowe (*Dz.U. z 2002 r. nr 141 poz. 1178 z późniejszymi zmianami*),
26. Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (*Dz.U. z 2004 r. nr 19, poz. 177 z późniejszymi zmianami*)
27. Ustawa z dnia 20 kwietnia 2004 r. o Narodowym Planie Rozwoju (*Dz.U. z 2004 r. nr 116, poz. 1206*);
28. Rozporządzenia RM z dnia 14 maja 2002 r. w sprawie szczegółowego zakresu i kierunków działań oraz sposobów realizacji zadań Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa w zakresie gospodarowania środkami pochodzącymi z funduszy Unii Europejskiej (*Dz.U. z 2002 r. nr 102, poz. 928 z późniejszymi zmianami*),