

STUDI A EKONOMICZNE

AKADEMIA
EKONOMICZNA
im. Karola Adamieckiego
w Katowicach



55
ZESZYTY NAUKOWE

**RESTRUKTURYZACJA
SPÓŁEK HANDLOWYCH.
ZAGADNIENIA EKONOMICZNE
I PRAWNE**

ZESZYTY NAUKOWE

AKADEMII EKONOMICZNEJ IM. KAROLA ADAMIECKIEGO

„Studia Ekonomiczne”

**RESTRUKTURYZACJA
SPÓŁEK HANDLOWYCH.
ZAGADNIENIA EKONOMICZNE
I PRAWNE**



Katowice 2009

Sygn. W 118296

Komitet Redakcyjny

Krystyna Lisiecka (przewodnicząca), Anna Lebda-Wyborna (sekretarz),
Halina Henzel, Marian Sołtysik, Janusz Wywiał, Anna Kostur,
Maria Michałowska, Grażyna Musiał, Irena Pyka, Stanisław Stanek,
Stanisław Swadźba, Teresa Żabińska

Redaktorzy naukowci

Jan Wojtyła
Antoni Witosz



Recenzent
Jerzy Jacyszyn

Redaktor

Patrycja Keller

© Copyright by Wydawnictwo Akademii Ekonomicznej
w Katowicach 2009

ISBN 978-83-7246-538-2

Wydawnictwo Akademii Ekonomicznej
im. Karola Adamieckiego w Katowicach

ul. 1 Maja 50, 40-287 Katowice, tel. 032 257-76-35, fax 032 257-76-43
www.ae.katowice.pl, e-mail: wydawnictwo@ae.katowice.pl

D244-30/09

SPIS TREŚCI

WSTĘP.....	7
Antoni Witosz: DYLEMATY ZWIĄZANE ZE ZMIANĄ UKŁADU ZAWARTEGO W POSTĘPOWANIU UPADŁOŚCIOWYM W KONTEKŚCIE ŁĄCZENIA SIĘ SPÓŁEK I PODZIAŁU SPÓŁKI ..	9
Summary	27
Halina Buk: RESTRUKTURYZACJA SPÓŁKI AKCYJNEJ POPRZECZ WYKUP AKCJI NA PODSTAWIE ZADŁUŻENIA.....	29
Summary	47
Ewa Janik: CZYNNOŚCI WŁAŚCICIELSKIE W PROCESIE PRZEKSZTAŁCANIA SPÓŁEK HANDLOWYCH	49
Summary	68
Radosław Pacud: PRACOWNICZY PROGRAM EMERYTALNY W WARUNKACH RESTRUKTURYZACJI PRZEDSIĘBIORSTW	69
Summary	88
Dorota Benduch: DETERMINANTY PRAWNE TRANSGRANICZNYCH POŁĄCZEŃ SPÓŁEK KAPITAŁOWYCH	89
Summary	111
Borys Budka: ZMIANA KWALIFIKACJI PRACOWNICZYCH JAKO METODA RESTRUKTURYZACJI ZATRUDNIENIA	113
Summary	127
Dariusz Michta: UTWORZENIE EUROPEJSKIEJ SPÓŁKI AKCYJNEJ – FUZJA TRANSGRANICZNA	129
Summary	148
Łukasz Robaszkiewicz: PRAWO PODMIOTOWE Z ARTYKUŁU 583 KSH..	149
Summary	157

WSTĘP

Restrukturyzacja, choć w praktyce coraz częściej stosowana, co jest spowodowane określonymi zdarzeniami gospodarczo-finansowymi, od strony teoretycznej nie została dobrze rozpoznana. Ponadto wiele ważnych kwestii również w praktyce nie jest do końca jasnych i budzi wątpliwości.

Kolejny, trzeci już zeszyt stara się wskazywać nowe problemy i próbuje je rozstrzygnąć, wypełniając „lukę” w doktrynie prawa handlowego i nauk ekonomicznych. W coraz większym zakresie dotyczą one bowiem kwestii leżących na pograniczu konstrukcji prawnych oraz ekonomicznych, tak w wymiarze teoretycznoprawnym, jak i praktycznym. W wielu sytuacjach Autorzy stawiają wniośki *de lege ferenda*, ponieważ nowelizacja kodeksu spółek handlowych jest konieczna.

Jan Wojtyła

Antoni Witosz

DYLEMATY ZWIĄZANE ZE ZMIANĄ UKŁADU ZAWARTEGO W POSTĘPOWANIU UPADŁOŚCIOWYM W KONTEKŚCIE ŁĄCZENIA SIĘ SPÓŁEK I PODZIAŁU SPÓŁKI

Prawo upadłościowe i naprawcze¹, aczkolwiek obowiązuje od kilku lat, doczekało się szeregu opracowań, w których wskazuje się na jego braki o dość różnorodnym charakterze. Wiele z nich ujawniło się także podczas stosowania tego prawa i dlatego trwają prace nad jego nowelizacją. Nie znaczy to jednak, że istniejące projekty zmian w pełni odnoszą się i czynią zadość zgłaszanym postulatami.

Przedstawione opracowanie dotyczy, w swej istocie, kwestii o szalenie praktycznym znaczeniu, jaką jest zmiana układu. Wydaje się bowiem, że ustawodawca trafnie i słusznie wprowadzając instytucję zmiany układu w obowiązujący porządek prawny, zupełnie pominął (albo nie zauważył) w konstrukcji przepisu art. 298 PrUpN czynniki, które będą prowadzić (w praktyce odnotowano kilka takich przypadków) do trudnych do rozstrzygnięcia wątpliwości. Opracowanie to jest zwróceniem uwagi na ten problem w kontekście prac nowelizacyjnych.

1. Znaczenie pojęcia „zmiana układu” w art. 298 PrUpN

Uregulowana w przepisie art. 298 PrUpN instytucja zmiany układu² jest instytucją, której wprowadzenie do obowiązującego porządku prawnego należy ocenić jako rozstrzygnięcie trafne, bo zapewniające realność wykonania układu

¹ Ustawa z dnia 28 lutego 2003 r. (Dz.U. nr 60, poz. 535 z późn. zm.).

² Nie chodzi tu jednak o zmiany propozycji układowych, które są dopuszczalne w trakcie postępowania upadłościowego z możliwością zawarcia układu oraz na zgromadzeniu wierzycieli (por. art. 283 ust. 3 PrUpN), a także w przypadku propozycji układu naprawczego (por. art. 508 PrUpN).

z uwagi na wymienione w tym przepisie okoliczności. Zgodnie z jego treścią, jeżeli po zatwierdzeniu układu nastąpiła nadzwyczajna zmiana stosunków gospodarczych, która w sposób istotny wpływa na trwałe wzrost lub zmniejszenie dochodu z przedsiębiorstwa upadłego, upadły oraz każdy z wierzycieli może wystąpić o zmianę układu.

Instytucja zmiany układu pozwala więc reagować jego stronom, gdy wykonywanie układu w zatwierdzonej postaci czyni go zbyt uciążliwym dla dłużnika w porównaniu do sytuacji, w której był zawierany, albo gdy jego wykonywanie w zatwierdzonej postaci uprzywilejowuje dłużnika przy niezmienionej pozycji wierzycieli wskutek zaistnienia zdarzeń gospodarczych wskazanych w tym przepisie. Inną zaś kwestią jest, czy obecna regulacja instytucji zmiany układu jest wystarczająca i na tyle precyzyjna, by jej stosowanie nie rodziło nadmiernych wątpliwości.

Nowość tej instytucji zdecydowała, jak się wydaje, że redakcja słowna przepisu art. 298 PrUpN jest nader lapidarna i charakteryzuje się wysoką nieostrością użytych pojęć. Te dwa czynniki muszą wywoływać konieczność jego analizy wobec pojawiających się w doktrynie prawa upadłościowego³ i w praktyce jego stosowania trudności w rozumieniu tego przepisu, co powoduje, że identyczne stany faktyczne są diametralnie różnie rozstrzygane przez sądy. Problem ten dotyczy nie tylko kwestii natury prawnej, lecz także natury faktograficznej, tj. zjawisk z zakresu nauk ekonomicznych.

Ustawodawca, dopuszczając możliwość zmiany układu, określił zarazem, w sposób nie pozwalający na rozszerzającą interpretację, przesłanki jego dokonania i przeprowadzenia. Zgodnie z przepisem art. 301 PrUpN inne zmiany układu niż określone w art. 298-300 tego prawa są niedopuszczalne. Oznacza to, że wykluczona jest zmiana układu oparta na innych przesłankach, a także inny tryb przeprowadzenia zmiany układu niż uregulowany w wyliczonych przepisach, nawet gdyby celowa i uzasadniona gospodarczo była procedura zmiany układu.

Zakreślona jednak przepisem art. 298 PrUpN zasadnicza przesłanka zmiany układu jest tak ogólna, że nie pozwala na wyciągnięcie zdecydowanego wniosku w zakresie odpowiedzi na pytanie, czy przepisem art. 298 tego prawa można objąć każdy układ bez względu na jego treść, czy też tylko układ o pewnym rodzaju propozycji układowych, które weszły w jego treść. Jest to zagadnienie o tyle istotne, że w odróżnieniu od art. 20 Prawa o postępowaniu układo-

³ Por. A. Witosz, *Klauzula rebus sic stantibus w prawie upadłościowym i naprawczym*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2006, nr 1, s. 33 i nn. oraz tenże, *Układ i jego zmiana w postępowaniu upadłościowym z możliwością zawarcia układu*, [w:] *Instytucje prawa upadłościowego i naprawczego* – 1, red. A. Witosz, UŚ, Katowice 2006, s. 135 i nn.

wym⁴, nowe prawo upadłościowe i naprawcze nie zawiera enumeratywnego wyliczenia propozycji układowych, ale tylko wyliczenie przykładowe (por. art. 270 ust. 1 PrUpN)⁵. Poza propozycjami wyliczonymi w art. 270 ust. 1 PrUpN, które są jedynie przykładowym wyliczeniem propozycji restrukturyzacji zobowiązań upadłego, w szeregu innych przepisów tej ustawy ustawodawca wylicza wprost także inne propozycje układowe. Jednakże ta poszerzona lista propozycji układowych musi być traktowana w dalszym ciągu jako ich przykładowe wyliczenie. Przepisami, w których ustawodawca zawarł takie propozycje, są: art. 271, 275-277, 284 i 294 PrUpN. Pomijając propozycję z art. 271, której treścią jest tzw. układ likwidacyjny, przeprowadzany według przepisów o likwidacji masy upadłości, oraz art. 277 PrUpN, stanowiący w istocie rozbudowę propozycji restrukturyzacji zobowiązań, o których mowa w art. 270 ust. 1 pkt 5, pozostałe artykuły polegają na: przejęciu majątku upadłego przez wierzycieli za wzajemnymi dopłatami na rzecz tych spośród nich, którzy nie uczestniczą w przejęciu (por. art. 275 PrUpN); spłacie wierzytelności z zysku przedsiębiorstwa upadłego (por. art. 276 PrUpN); nieodwołalnym pełnomocnictwem udzielonym przez upadłego obejmującemu prowadzenie jego przedsiębiorstwa w całości lub części (por. art. 284 PrUpN); ustanowieniu zarządu przymusowego na czas wykonania układu (art. 294 ust. 2 PrUpN). Nie daje się jednak wykluczyć, że w praktyce nie pojawiają się jeszcze inne propozycje w tym zakresie⁶ albo jedynie modyfikacje propozycji wymienionych przez ustawodawcę we wskazanych przepisach prawa upadłościowego i naprawczego, np. przejęcie majątku (przedsiębiorstwa) przez jednego tylko z wierzycieli z wyrównaniem dla pozostałych.

Podnieść jednak nadto należy, że zgodnie z przepisem art. 270 ust. 2 PrUpN propozycje układowe mogą wskazywać jeden lub więcej sposobów restrukturyzacji. Może więc nastąpić skumulowanie dwóch lub kilku propozycji stanowiących restrukturyzację zobowiązań z art. 270 ust. 1 PrUpN i innych, wyliczonych przez ustawodawcę we wskazanych przepisach lub wskazanych przez upoważnionych w tym zakresie przepisami prawa uczestników, w toku postępowania upadłościowego z możliwością zawarcia układu, które nie posiadają swego wyrazu normatywnego.

W doktrynie wypowiedziano pogląd, że możliwość zmiany układu istnieje tylko wtedy, gdy upadły po zatwierdzeniu układu jest nadal właścicielem przed-

⁴ Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 24 października 1934 r. (Dz.U. nr 93, poz. 836 z późn. zm.).

⁵ Przepis ten, wyliczając w poszczególnych punktach propozycje układowe, zaznacza, że „mogą one obejmować w szczególności”.

⁶ Por. np. propozycje w tym zakresie w: A. Witosz, Restrukturyzacja spółek handlowych jako propozycje układowe w upadłości z możliwością zawarcia układu spółek handlowych, „Prawo Spółek” 2003, nr 11, s. 2 i nn., oraz tenże, Przekształcenie spółki osobowej w spółkę kapitałową wraz z konwersją wierzytelności na udziały lub akcje jako propozycja układowa, „Prawo Spółek” 2004, nr 7-8, s. 30 i nn.

siębiorstwa⁷. W tak określonej linii demarkacyjnej instytucja zmiany układu może objąć swoim zakresem każdą z możliwych propozycji układowych poza propozycją układu likwidacyjnego, przez który art. 271 PrUpN rozumie także przejęcie majątku upadłego przez wierzycieli. Pogląd ten należy uznać, co do zasady, za trafny. Tam bowiem, gdzie nie zostały w wyniku układu przeprowadzone zmiany własnościowe, jest możliwa zmiana każdej propozycji. Taki wniosek *prima facie* wydaje się być uzasadniony. Nie posiada bowiem w tym zakresie, jak się wydaje, żadnego znaczenia kwestia, czy upadły posiada w trakcie wykonywania układu zarząd majątkiem, czy jest go przez ten okres pozbawiony.

Redakcja przepisu art. 298 PrUpN i kontekst pojęcia „zmiana” zdają się sugerować, że przez zmianę układu należy rozumieć jedynie zmianę przyjętych w układzie propozycji układowych, które sąd zatwierdził postanowieniem, a zakres proponowanych zmian miałby stanowić tylko modyfikację przyjętych już propozycji układowych. Wydaje się jednak, że takie rozumienie znaczenia pojęcia „zmiana”, choć uzasadnione lingwistycznie, mogłoby w znacznym zakresie ograniczać zainteresowanie tą instytucją, a zarazem w tym ujęciu nie dawałaby ona wierzycielom i dłużnikom możliwości takiego nowego ukształtowania postanowień układu, który byłby adekwatny do nadzwyczajnej zmiany stosunków gospodarczych.

Wychodząc z założenia, że decydująca w tym zakresie dla rozumienia każdego z przepisów prawa upadłościowego i naprawczego winna być dyrektywa interpretacyjna zawarta w art. 2 tego prawa, to takie rozumienie pojęcia „zmiana” należy, jak się wydaje, uznać za nietrafne. Przyjąć należy, że zmiana propozycji układowych może następować nie tylko na zmianie już przyjętych i zatwierdzonych w układzie propozycji na korzystniejsze lub mniej korzystne w stosunku do przyjętych w układzie, lecz mogą być nimi całkowicie nowe propozycje układowe, których nie zawierał układ przed jego zmianą. W istocie więc w powyższym toku rozumowania może dojść do zawarcia całkowicie nowego w swej treści układu i także będzie to zmieniony jedynie układ, nie zaś układ nowy, choć taki wniosek może płynąć z analizy jego treści. Wydaje się, że owy pogląd należy uznać za trafny i założony przez ustawodawcę. Wniosek ten wynika, jak się wydaje, z celu, dla którego ustawodawca dopuścił instytucję zmiany układu⁸.

⁷ Por. F. Zedler w: A. Jakubecki, F. Zedler, Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarze, Zakamycza, Kraków 2003, s. 749 oraz tenże w: A. Jakubecki, F. Zedler, Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz, Wydanie II, Wolters Kluwer, Warszawa 2006, s. 838.

⁸ Jest nim maksymalne zaspokojenie wierzycieli, nie zaś wyłącznie korzyści dla dłużnika, który mógł swoim działaniem doprowadzić do stanu niewypłacalności. Niewykluczone jest więc, że zmianie ulegnie tylko zmniejszenie sumy długów lub ilość rat i nastąpi przyjęcie całkowicie nowej propozycji w postaci przejęcia majątku przez wierzycieli, a także przyjęcia, poprzez zmianę, układu likwidacyjnego. Katalog możliwości jest tak rozległy, jak rozległy jest katalog propozycji układowych wobec jego przykładowego wyliczenia w ustawie.

Nie posiada także znaczenia w zakresie zmiany dotychczasowego układu wielkość czy granice dokonywanych zmian. Układ przyjęty wskutek zmiany dotychczasowego, czy precyzyjniej – zmiany jego treści, winien bowiem w swoim założeniu nie tylko prowadzić do zaspokojenia wierzycieli w najwyższym stopniu, ale też, choć tu już następuje limitacja racjonalnymi względami (por. art. 2), winien zmierzać do zachowania dotychczasowego przedsiębiorstwa dłużnika.

Rozważenia wymaga jednak w związku z tym inna jeszcze, mogąca pojawić się ewentualność, jaką byłby powrót do zakresu i wielkości wierzytelności sprzed dnia przyjęcia oraz zatwierdzenia układu. Także i w tym względzie redakcja słowna przepisu art. 298 PrUpN zdaje się przyjmować, że nie powinno ulegać wątpliwości, iż przez zmianę układu nie należy rozumieć rezygnacji ze wszystkich postanowień zatwierdzonego układu, czyli doprowadzenia do sytuacji sprzed dnia jego przyjęcia i zatwierdzenia. Wydaje się jednak, że za trafny należy uznać wniosek przeciwny, ponieważ powrót, wskutek zmiany układu do stanu sprzed wszczęcia postępowania upadłościowego, powinien być uznany za jego zmianę. Zasadniczo jednak taka sytuacja nie daje się jednoznacznie zawrzeć w formule zmiana układu. Wskazać jednak należy, dla wsparcia poglądu odmiennego, że prawo upadłościowe i naprawcze nie zna instytucji uchylenia układu przez wierzycieli. W swej istocie powrót do stanu sprzed zawarcia układu należałoby uznać za jego uchYLENIE przez wierzycieli upadłego. Wydaje się natomiast, że instytucja uchylenia układu przez wierzycieli nie jest w ogóle dopuszczalna na gruncie prawa upadłościowego i naprawczego, także drogą wykładni prawa. Przesłanki uchylenia układu zostały bowiem w sposób precyzyjny i enumeratywny wyliczone w art. 302 ust. 1 i 2 PrUpN. Uchylić układ może jedynie sąd swoim postanowieniem, a zabieg przeciwny należałoby uznać za zabieg *contra legem*. Z tych też powodów należy dopuścić, że zmiana układu poprzez uchYLENIE jego treści i powrót, w zakresie wierzytelności przysługujących wierzycielom, do stanu sprzed zatwierdzenia układu, jest także zmianą układu w rozumieniu art. 298 PrUpN.

Ustawodawca nie określa żadnej granicy czasowej, do której albo od której może nastąpić wszczęcie procedury mającej na celu zmianę układu bądź sama zmiana układu. Nie daje się więc wykluczyć sytuacji, że zostanie ona przeprowadzona w niewielkim czasie pozostającym do zakończenia wykonania układu lub gdy postanowienia układu zostały już wykonane, ale nie zostało jeszcze wydane przez sąd postanowienie o wykonaniu układu. Brak bowiem w prawie upadłościowym i naprawczym jakichkolwiek przesłanek przemawiających przeciwko takiemu stwierdzeniu. Inną rzeczą jest racjonalność skorzystania z takiej ewentualności przez dłużnika albo wierzycieli.

Chwilą końcową układu jest uprawomocnienie się postanowienia sądu o jego wykonaniu, które sąd ten wydaje po faktycznym wykonaniu lub po wyegzekwowaniu należności stwierdzonych układem (por. art. 297 PrUpN). Nie posiada bowiem, jak się wydaje, znaczenia w tym przypadku kwestia, czy układ jest wykonywany dobrowolnie, czy poprzez wyegzekwowanie obowiązków nałożonych na dłużnika układem.

2. Łączenie się upadłej spółki z układem jako nadzwyczajna zmiana stosunków gospodarczych

Merytoryczną przesłanką pozwalającą na wszczęcie procedury mającej na celu zmianę postanowień zatwierdzonego układu jest „nadzwyczajna zmiana stosunków gospodarczych”. Użyta przez ustawodawcę formuła posługuje się pojęciami o wysoce niedookreślonym znaczeniu, odnoszącymi się do sfery faktów gospodarczych. Użycie pojęcia „nadzwyczajna zmiana” zdaje się sugerować, że chodzi tylko o zmiany, których uczestnicy postępowania upadłościowego nie są w stanie przewidzieć nawet przy dołożeniu najwyższej staranności w momencie zawierania układu. W takim jednak rozumieniu nadzwyczajnej zmiany, nawet koniunktura lub dekoniunktura nie mogłyby być objęte wskazaną formułą, w istotę gospodarki wolnorynkowej wpisane są bowiem fazy rozwoju gospodarczego przy niemożliwości w miarę precyzyjnego określenia czasu ich wystąpienia, intensywności wzrostu lub spadku oraz ich krótkotrwałego czy długotrwałego charakteru, choćby mogły one posiadać albo posiadały istotny lub nieistotny wpływ na trwały wzrost czy zmniejszenie dochodu z przedsiębiorstwa upadłego (por. art. 298 PrUpN *in fine*). Ustalenia w tym zakresie w naukach ekonomicznych są aż nadto przekonujące. Nie wydaje się jednak by takie rozumienie omawianej formuły miało zastosowanie w instytucji zmiany układu.

„Nadzwyczajna zmiana stosunków gospodarczych” w ujęciu przyjętym w art. 298 PrUpN przyjmuje także, że formułą tą można objąć jedynie takie zdarzenia gospodarcze, które następują poza osobą dłużnika w tym znaczeniu, że nie posiada on wpływu na zachodzące zdarzenia gospodarcze i nie jest motorem ich wszczynania. Takie zdaje się też być stanowisko części doktryny⁹, zdaniem której tym nadzwyczajnym zdarzeniem, który spowoduje powstanie możliwości zmiany układu, jest zmiana koniunktury gospodarczej o globalnym, krajowym, ale i lokalnym charakterze. Powyższy pogląd zakłada, że dłużnik nie posiada żadnego wpływu na zaistniałe tendencje gospodarcze, które przekładają się na prowadzenie jego działalności poprzez wzrost lub zmniejszenie się dochodu jego

⁹ A. Jakubecki w: A. Jakubecki, F. Zedler, Prawo upadłościowe..., op. cit., s. 749.

przedsiębiorstwa. W tym ujęciu owa nadzwyczajna zmiana musi zachodzić w skali określonego terytorium (region, kraj itp.) oraz dotyczyć innych jeszcze przedsiębiorców (skala makro). W poglądzie tym zdaje się tkwić założenie, że nie mogą być subsumowane pod przepis art. 298 PrUpN sytuacje, gdy ta nadzwyczajna zmiana stosunków gospodarczych występuje jedynie u dłużnika, choć założenie takie zdaje się nie posiadać żadnego normatywnego oparcia w powoływanym przepisie lub innych przepisach prawa upadłościowego i naprawczego. Nadzwyczajna zmiana w przepisie art. 298 tego prawa *expressis verbis* jest odnoszona jedynie do istotnego wpływu na trwały wzrost lub zmniejszenie dochodu z przedsiębiorstwa upadłego.

Uzasadnione na gruncie dość lapidarnego przepisu art. 298 PrUpN może więc być przyjęcie poglądu, że w tak rozumianej formule dają się zmieścić także zdarzenia, chociaż możliwość taka jawi się lub zachodzi dopiero po zawarciu układu, na które wpływ posiada sam dłużnik¹⁰, i które doprowadzą do nadzwyczajnej zmiany stosunków gospodarczych w skali mikro (w przedsiębiorstwie dłużnika i tylko w przedsiębiorstwie dłużnika) przy niezmienionych stosunkach gospodarczych w skali makro. Przepis art. 298 PrUpN nie precyzuje bowiem czy nadzwyczajna zmiana stosunków gospodarczych to zmiana, która winna dotyczyć wszystkich przedsiębiorców danej branży w rejonie, kraju itp., czy też chodzi o taką nadzwyczajną zmianę, która jest udziałem jedynie dłużnika z układem.

Przykładem, gdy z taką nadzwyczajną zmianą możemy mieć do czynienia, jest połączenie się dłużnika-spółki handlowej zawartym i wykonywanym układem z inną spółką lub zawiązanie przez nią wspólnie z innymi spółkami nowej spółki kapitałowej. Wynikiem tego połączenia może być wzrost dochodu nie tylko spółki przejmującej lub nowo zawiązanej jako całość, ale i przejętego przedsiębiorstwa (majątku) spółki-dłużnika z układem.

Zgodnie bowiem z art. 495 § 1 ksh, przez okres wskazany w tym przepisie przedsiębiorstwa łączących się spółek (ich majątek – wg ksh) winny być zarządzane odrębnie przez spółkę przejmującą lub nowo zawiązaną. W okresie odrębnego zarządzania takim majątkiem spółki z układem przez spółkę przejmującą lub nowo zawiązaną wierzycielom służy pierwszeństwo zaspokojenia się z majątku swej pierwotnej dłużniczki, przed wierzycielami pozostałych łączących się spółek (por. art. 496 § 1 ksh). Trwały wzrost dochodu z przedsiębiorstwa (odrębnie zarządzanego majątku) może być skutkiem np.: innej metody zarządzania, stosowanej przez spółkę przejmującą lub nowo zawiązaną; zmiany profilu działania; włączenia na skutek przejęcia w sieć dystrybucyjną, którą po-

¹⁰ Może to być każdy z procesów restrukturyzacyjnych dopuszczony i uregulowany przepisami kodeksu spółek handlowych w tytule IV tego kodeksu.

siadała spółka przejmująca itp. Chodzi więc o przypadki tzw. przyjaznego przejęcia w wyniku zgodnych działań spółek uczestniczących w łączeniu się (por. art. 491 ksh)¹¹.

Odrębny zarząd majątkiem spółki przejętej, którym w omawianej sytuacji jest przedsiębiorstwo spółki z układem, winien być prowadzony aż do dnia zaspokojenia lub zabezpieczenia wierzycieli, których wierzytelności powstały przed dniem połączenia. Bez wątpienia takimi wierzytelnościami będą wierzytelności objęte zawartym układem. Oznacza to, że przez okres, na który zawarto układ, czy precyzyjniej, w którym układ ma być wykonywany, spółka przejmująca lub nowo zawiązana winna prowadzić odrębny zarząd tym majątkiem.

O ile wskazany wyżej przypadek można uznać za graniczny, lecz dający się z powodzeniem zmieścić w formule „nadzwyczajna zmiana stosunków gospodarczych” i zasadnie dowodzić, że także w tych sytuacjach dopuszczalna jest zmiana układu na podstawie przepisu art. 298 PrUpN, to sytuacja może ulec dalszemu jeszcze skomplikowaniu, gdy nadzwyczajna zmiana stosunków gospodarczych będzie stanowić wynik kumulacji przypadków obiektywnych i subiektywnych. Wydaje się więc, iż formuła zawarta w art. 298 PrUpN jest na tyle nieostra, że winna zostać doprecyzowana i to zabiegiem natury legislacyjnej. Kształtowanie się bowiem praktyki może być niejednolite (na co wskazuje, nieliczna co prawda, praktyka), zaś nadanie jej jednoznacznego rozumienia przez orzecznictwo – rozciągnięte w czasie, co nie służy pewności obrotu gospodarczego.

Ponad wszelką wątpliwość nie wydaje się jednak możliwe zaliczenie do nadzwyczajnej zmiany stosunków gospodarczych przypadków, gdy po zatwierdzeniu układu dłużnik-spółka kapitałowa pozyska inwestora strategicznego. Zdarzenie to pociąga za sobą zawsze podwyższenie kapitału zakładowego spółki, najczęściej także daje jej nowe możliwości rozwoju z zasady o trwałym charakterze. Patrząc od strony praktycznej, pozyskanie inwestora strategicznego w tym przypadku jest wynikiem właśnie analizy przez tegoż inwestora treści układu, która może z jego punktu widzenia dawać dobrą perspektywę rozwoju spółki. Objęcie więc takiej zmiany sytuacji gospodarczej upadłej spółki z układem pojęciem „nadzwyczajna zmiana stosunków gospodarczych” wykluczałoby jakiegokolwiek angażowanie się potencjalnego inwestora strategicznego w daną spółkę z układem, przynajmniej do wydania przez sąd postanowienia o wykonaniu układu.

¹¹ Nie daje się jednak także zasadnie wyłączyć zaproponowanego rozumienia tej formuły w sytuacji, gdy spółka-dłużnik z układem zostaje przejęta w sposób wrogi i w wyniku tego wrogiego przejęcia następuje nadzwyczajna zmiana stosunków gospodarczych w postaci trwałego wzrostu dochodu przedsiębiorstwa-dłużnika z układem. Spółka przejęta zachowuje osobowość prawną, zmienia się jedynie skład wspólników lub akcjonariuszy.

Do przypadków, które nie dają się objąć formułą z art. 298 PrUpN, należy zaliczyć także przypadki przekształcenia się spółek osobowych z zawartym układem w spółkę kapitałową i późniejsze jej dokapitalizowanie przez inwestora strategicznego.

Wydaje się, że te elementy w zdecydowanej większości przypadków daje się przewidzieć w strategicznych planach rozwoju spółki i mogą stanowić po stronie dłużnika (upadłego) przesłankę uzasadniającą proponowane przez niego propozycje układowe w trakcie postępowania upadłościowego z możliwością zawarcia układu.

W sposób nie pozwalający na rozbieżności interpretacyjne należałoby więc w analizowanym przepisie wyraźnie wskazać, jaką nadzwyczajną zmianę stosunków gospodarczych ustawodawca przyjmuje w tym przepisie. Przyjęcie bowiem, że zakresem tego sformułowania mogą być objęte inne, choć nadzwyczajne sytuacje zmiany stosunków gospodarczych, skutkujące zmianą stosunków gospodarczych w danej spółce, może w efekcie budzić obawy wobec wszczynania procesów łączeniowych (choć nie daje się tu wykluczyć takich sytuacji także w przypadku podziału spółki z układem z uwagi na groźbę wszczynania procedury mającej na celu zmianę układu). Jak bowiem pokazuje praktyka gospodarcza, „oddłużona” w wyniku zawartego układu spółka dość często łączy się przez przejęcie jej przez inną, gdzie właśnie owo „oddłużenie” jest w zdecydowanej większości przypadków przyczyną sprawczą łączenia się. W takich zaś wypadkach, gdyby uznać, że trwały wzrost dochodu przedsiębiorstwa, będący skutkiem połączenia, mieści się w przesłance „nadzwyczajna zmiana”, powstaną trudności interpretacyjne na styku prawo upadłościowe i naprawcze a kodeks spółek handlowych. Jednak, co bardziej istotne, trudności te wystąpią i występują także przy przedstawionym w pierwszej kolejności rozumieniu nadzwyczajnej zmiany stosunków gospodarczych.

Po dniu połączenia spółka przejmująca lub spółka nowo zawiązana wstępuje we wszystkie prawa i obowiązki spółki przejmowanej albo spółek łączących się przez zawiązanie nowej spółki (sukcesja uniwersalna – por. art. 494 § 1 ksh).

Z prawnego punktu widzenia wykonawcą układu pod dniu połączenia jest przejmująca albo nowo zawiązana spółka kapitałowa. Aczkolwiek przepis art. 495 ksh nakłada na te spółki, wobec zaistnienia warunków określonych w tym przepisie, obowiązek oddzielnego zarządzania majątkami każdej ze spółek uczestniczących w połączeniu, a wierzycielom każdej spółki służy pierwszeństwo zaspokojenia z majątku swojej pierwotnej dłużniczki, czyli z owego odrębnego majątku (por. art. 496 ksh), to może się w efekcie okazać, że wskutek połączenia nie zostaną zrealizowane cele, jakie spółki uczestniczące w łączeniu się

sobie obrały wchodząc w ten proces restrukturyzacyjny. Ustalenia, jakie zostały bowiem przyjęte w due diligence, który był podstawą uzgodnionego planu połączenia, muszą się zmienić nieraz w sposób istotny, jeżeli dojdzie do wszczęcia procedury zmieniającej układ oraz przyjęcia, a także zatwierdzenia zmienionego układu po dniu połączenia. Wzrost „obciążeń” wskutek zmiany układu musi doprowadzić do skorygowania przyjętych poprzez połączenie się założeń i celów sukcesora, ale także zmiana układu poprzez zmniejszenie „obciążeń” musi powodować taką korektę w drugą stronę.

Zakładając, że przepis art. 298 PrUpN swoim zakresem obejmuje także nadzwyczajne zmiany stosunków gospodarczych będące skutkiem połączenia, powstaje istotna kwestia o dopuszczalny zakres zmian treści układu (propozycji układowych) przez wierzycieli, ale także przez dłużnika, gdy zmiana taka będzie następować po dniu połączenia. Nie jest bowiem jednoznaczne, czy zmiany te mogą pójść równie daleko jak zmiany układu w przypadku, gdy spółka z układem nie wchodzi w proces łączenia się.

Wydaje się, że w takiej sytuacji prawnej część propozycji układowych nie może wchodzić w rachubę przy zmianie układu. Nie daje się bowiem przyjąć jako możliwą do zaakceptowania sytuacji, w której zmiana układu miałaby polegać na przejęciu przez jednego lub kilku wierzycieli majątku (w tym przypadku musiałby to być jedynie odrębnie zarządzany majątek przejętej spółki z układem) z ewentualnymi dopłatami na rzecz pewnych wierzycieli. Oznaczałoby to w istocie konieczność przeprowadzenia wydzielenia ze spółki przejmującej lub nowo związanej majątku stanowiącego majątek spółki przejętej z układem lub łączącej się przez zawiązanie nowej, co byłoby zniweczeniem dokonanego procesu połączenia. Po wtóre zaś nie jest jasne, w jaki sposób owa procedura miała by nastąpić. Nie wiadomo bowiem, czy spółka, która przejęła inną spółkę z układem, winna dokonać podziału przez wydzielenie (por. art. 529 § 1 pkt 4 ksh). Podział i wydzielenie w regulacji kodeksu spółek handlowych zakładają dobro wolność wejścia w jeden z tych procesów. Przy założeniu, że sąd zatwierdzi układ z taką propozycją układową, podział lub wydzielenie stanowiłyby narzucony postanowieniem sądu proces restrukturyzacyjny. Wniosek taki pojawia się, brakuje bowiem w prawie innej procedury, która mogłaby mieć zastosowanie w tym przypadku.

O wiele większe trudności na styku tych dwóch aktów prawnych w tym zakresie pojawiają się, gdy spółka-dłużnik z układem zostanie podzielona albo nastąpi tzw. podział przez wydzielenie (por. art. 528 § 1 pkt 4 ksh). Zawarcie bowiem układu powoduje odzyskanie przez spółkę pełnego zakresu zdolności. Brakuje zaś jakichkolwiek argumentów natury prawnej przekonujących do tego, że spółka z układem nie posiada zdolności działowej do dnia wykonania układu.

W powyższym jednak przypadku odmiennie w stosunku do połączenia będą wyglądać inne kwestie. W drodze częściowej (częstkowej) sukcesji uniwersalnej, z jaką mamy do czynienia w instytucji podziału w kodeksie spółek handlowych¹², wykonawcą układu może być lub będzie więcej niż jedna tylko spółka-sukcesor. Kwestia ta będzie uzależniona wyłącznie od treści uzgodnionego lub sporządzonego planu podziału i skutków w tym zakresie określonych w art. 531 § 3 ksh. Zakres częściowej sukcesji zgodnie z przepisem art. 531 § 1 ksh jest ustalany w uzgodnionym lub sporządzonym (por. przepis art. 533 § 2 ksh) planie podziału lub wydzielenia. To w planie podziału zostają wskazane prawa i obowiązki spółki dzielonej, które przechodzą na spółki uczestniczące w podziale spółki kapitałowej. Zastrzeżenie z art. 531 § 3 ksh jest bowiem o tyle istotne, że plan podziału zostaje uzgodniony pomiędzy spółką dzieloną i spółkami uczestniczącymi w podziale (ale – por. art. 533 § 2 ksh – w sytuacji, gdy podział następuje przez zawiązanie nowych spółek, plan podziału sporządza spółka dzielona) na określony dzień, po którym spółka dzielona, w tym przypadku z układem, nadal jest podmiotem prawa i prowadzi działalność gospodarczą. W zakresie przejęcia praw i obowiązków po tej dacie, czyli „nieprzypisanych w planie podziału”, udział w nich spółek przejmujących lub nowo zawiązanych przyjmuje postać współwłasności w częściach ułamkowych i udział w tej współwłasności jest proporcjonalny do wartości aktywów netto przypadających każdej z tych spółek w planie podziału.

Przyjąć więc trzeba, że podmiotami legitymowanymi w zakresie zmiany układu będą wszystkie spółki uczestniczące w podziale lub wydzieleniu jako spółki przejmujące lub nowo zawiązane. W tym zaś zakresie pojawi się problem, czy zmiana układu dłużnika z wierzycielami, która w swej istocie oznacza zmianę układu dla każdej z tych spółek z osobna, musi być zmianą tylko tego pierwotnego układu, czy zmiana taka może lub musi przybrać treść w postaci odmiennych propozycji układowych w zależności od faktu, której ze spółek określona część i zmiana układu dotyczy. W praktyce oznaczać to będzie przyjęcie i zawarcie kilku układów. Wobec braku jakiegokolwiek regulacji w tym względzie nic nie stoi na przeszkodzie, by poszczególne układy różniły się między sobą, i to nieraz bardzo, w porównaniu do treści układu zmienianego. Ponadto, w stosunku do części spółek uczestniczących w podziale, zmiana układu mogłaby obejmować dopuszczalność podnoszenia wszystkich propozycji układowych, a przejęcie spółki nowo zawiązanej w wyniku podziału w porównaniu do innych

¹² Por. A. Szumański w: S. Sołtyśński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja, Komentarz do kodeksu spółek handlowych, t. IV, Warszawa 2005, s. 637, a także A. Witosz, Restrukturyzacja spółek handlowych, Bydgoszcz-Katowice 2005, s. 208 i nn. oraz szerzej: tenże, Częściowa sukcesja uniwersalna w podziale spółek kapitałowych i jej konsekwencje, „Prawo Spółek” 2006, nr 5, s. 2-10.

już nie, np. gdy spółką uczestniczącą w podziale jest uprzednio już istniejąca spółka, jako spółka przejmująca. W odniesieniu do drugiej z zasygnalizowanych możliwości należałoby przyjąć za trafne takie ustalenia, jak w przypadku zmiany układu w przypadku sytuacji spółki z układem.

Z teoretycznego punktu widzenia każdą z zasygnalizowanych sytuacji daje się przeprowadzić w ramach obowiązującego stanu prawnego. Jednakże, co należy podkreślić, w praktyce działania te dokonywane będą na „żywych organizmach” gospodarczych, co może zrodzić przeróżne, nieraz niemożliwe do przewidzenia trudności. Nie sposób określić, czy trudności te dadzą się rozwiązać i usunąć, czy też może się to okazać niemożliwe w obecnie obowiązującym stanie prawnym oraz winna nastąpić ingerencja legislacyjna ustawodawcy. Ważniejsze jest jednak to, że potrzebna i konieczna instytucja zmiany układu w istocie swej może być przyczyną unikania wszczynania każdego z procesów restrukturyzacyjnych spółek handlowych przed zakończeniem wykonania układu (por. art. 297 PrUpN). Taka zaś ewentualność, czy raczej pływająca z przedstawionych rozważań wniosek, z gospodarczego punktu widzenia musi być oceniona krytycznie.

3. Jednokrotność czy wielokrotność zmian układu

„Nadzwyczajna zmiana stosunków gospodarczych” winna wpływać w sposób istotny na trwały wzrost lub zmniejszenie dochodu z przedsiębiorstwa upadłego. Przepis ten odwołuje się więc do zjawiska o ekonomicznym charakterze¹³. W istocie oznacza to, że wystąpienie z wnioskiem o zmianę układu po-

¹³ Nader niefortunne z legislacyjnego, ale w efekcie i z prawnego punktu widzenia, jest użyty przez ustawodawcę w treści art. 298 PrUpN termin „trwały wzrost lub zmniejszenie”. Ubocznie tylko wskazać należy, że użycie przez ustawodawcę funktora „lub” jest niepoprawne z logicznego punktu widzenia. Winna w tym przypadku mieć zastosowanie alternatywa rozłączna. Może bowiem wystąpić wzrost albo zmniejszenie, natomiast użycie funktora „lub” zakłada, że może wystąpić także jednocześnie wzrost i zmniejszenie. Przepis ten, wprowadzając w jego treść tenże termin, nie wskazuje żadnej przesłanki, ale także nie pozwala drogą jego interpretacji ustalić do czego trwałość tę należy odnieść lub odnosić. Możliwe są w tym zakresie różne interpretacje. Można bowiem przyjąć, że trwałość ta ma na uwadze bliżej nie określony, ale trwający zawsze wzrost lub zmniejszenie dochodu z przedsiębiorstwa upadłego. Terminem takim nie posługują się jednak nauki ekonomiczne. Wzrost posiadać może w naukach ekonomicznych krótkookresowy, średniookresowy albo długookresowy charakter, których czas trwania jest zasadniczo jednoznacznie rozumiany. Wobec niemożliwości skorzystania z ustaleń nauk ekonomicznych należy określić znaczenie trwałego wzrostu z punktu widzenia tylko zmiany układu. Nie pozbawione uzasadnienia może być przyjęcie poglądu, że trwałość ta obejmuje okres owego wzrostu lub zmniejszenia w okresie do wykonania układu, który kończy postanowienie sądu (por. art. 297 ust. 2 PrUpN). Jednak takie rozumienie tego terminu nie oznacza, że wzrost, choć przewidywany i określony jako trwały, będzie musiał trwać przez cały okres wykonywania układu. Typowym przykładem może być przemysł przetwórczy (spożywczy), gdzie cykle wzrostu są stosunkowo krótkie. W przypadku zawarcia więc układu na okres 5 lat, mogą zmienić się nieraz kilka razy tendencje w tym sektorze działalności gospodarczej. Uznanie jako trafnej, przedstawionej możliwości stoi w wyraźnej sprzeczności z uznawanymi, bez wyjątków, poglądami o okresowości określonych tendencji gospodarczych. Uznanie takiego rozumienia pojęcia „trwały wzrost lub zmniejszenie” właściwie wykluczałoby możliwość skorzystania z instytucji zmiany układu. Takiej bowiem pewności w życiu gospodarczym nie ma.

winno być przedmiotem opinii biegłych z zakresu nauk ekonomicznych¹⁴. Zagadnienie jest tym bardziej istotne, że zdaniem części doktryny prawa upadłościowego i naprawczego¹⁵, zmiana układu może być dokonana tylko raz. Argument uzasadniający ten pogląd jest wywodzony z przepisu art. 301 w zw. z art. 298 PrUpN. Decydujące znaczenie, zgodnie z tym poglądem, posiada użyta przez ustawodawcę liczba pojedyncza – „nadzwyczajna zmiana stosunków gospodarczych”, nie zaś – „nadzwyczajne zmiany stosunków gospodarczych”. Wydaje się, że pogląd ten nie może zasługiwać na aprobatę nie tylko z tego powodu, że zasada w legislacji mówi, iż liczba pojedyncza to także liczba mnoga, chyba że co innego wynika z wyraźnego brzmienia przepisu prawa. Odmienny zamił ustawodawcy przyjąłby bowiem bez wątpienia wprost wyraz w przepisie prawa¹⁶, poprzez wskazanie na jednokrotność takiego zabiegu. Także cel gospodarczy, jaki został przez ustawodawcę związany z tym przepisem, przemawia przeciwko jednokrotności zmiany układu i raczej każe opowiedzieć się za dopuszczalnością zmiany układu bez limitowania ilościowego tej możliwości.

Opowiadając się przeciwko temu pogładowi należy podnieść, że przepisy prawa upadłościowego i naprawczego nie limitują przecież czasu, na jaki układ może być zawarty (np. przepis art. 270 ust. 1 pkt 1 tego prawa stanowi o odroczeniu wykonania zobowiązań, nie zakreślając terminu ad quem, podobnie gdy chodzi o rozłożenie spłaty długów na raty). Skoro pojęcie „trwałości wzrostu lub zmniejszenia” nie jest pojęciem o precyzyjnie dającej się ustalić treści¹⁷, nie można wykluczyć sytuacji, w której w początkowym okresie wykonywania układu skutek dekonstrukcji, wykonanie go zgodnie z jego treścią staje się niemożliwe. Wówczas o zmianę układu wystąpi dłużnik. Ponowny zaś wzrost, także o trwałym charakterze, dochodu z przedsiębiorstwa upadłego winien dawać takie prawo wierzycielom, albo odwrotnie. W przeciwnym bowiem razie, czyli przy przyjęciu trafności poglądu o jednorazowości zmiany układu, zmiana układu na korzystniejszy dla wierzycieli, wobec wystąpienia po tym fakecie dekonstrukcji, musi prowadzić do niewykonania układu i do wydania przez sąd postanowienia o jego uchyleniu (por. art. 302 ust. 1 PrUpN) oraz do zmiany

¹⁴ Powstaje jednak w tym zakresie problem, czy do postępowania w przedmiocie zmiany układu może być stosowany także przepis art. 31 PrUpN, który dopuszcza możliwość skorzystania przez sąd z opinii biegłego. Przepis art. 299 ust. 2 PrUpN wylicza w sposób pełny zakres odesłania. Wydaje się, że mimo tego wypadnie przyjąć, iż do rozpatrywania przez sąd wniosku w przedmiocie wszczęcia postępowania mającego na celu zmianę układu, będą stosowane, lecz odpowiednio, przepisy tytułu II części pierwszej regulujące postępowanie w przedmiocie ogłoszenia upadłości, które mają zastosowanie w odniesieniu obydwu regulowanych przepisami prawa upadłościowego i naprawczego rodzajów upadłości.

¹⁵ Por. A. Jakubecki w: A. Jakubecki, F. Zedler, Prawo upadłościowe i naprawcze..., op. cit., s. 748.

¹⁶ Techniki tej używa także ustawodawca w innych przepisach prawa upadłościowego i naprawczego, w których wprost wskazuje, gdy zamiarem jest jedynność jakiejś czynności, np. art. 283 ust. 4 i art. 494 ust. 4, lub gdy dopuszcza możliwość ponawiania pewnych czynności, np. art. 512 ust. 1.

¹⁷ Wypada tu odesłać do literatury z zakresu teorii wzrostu gospodarczego.

z urzędu postanowienia o ogłoszeniu upadłości z możliwością zawarcia układu na postanowienie o ogłoszeniu upadłości obejmującej likwidację majątku upadłego (por. art. 304 PrUpN). W konsekwencji przyjęcie poglądu o jednokrotności zmiany układu stanowiłoby w istocie nadmierne ryzyko w korzystaniu z tej instytucji, zarazem musi on też być uznany za sprzeczny z dyrektywą interpretacyjną z art. 2 PrUpN. Stwierdzić należy, że w jakimś zakresie ewentualna trafność takiego rozumienia przepisu art. 298 PrUpN będzie stanowić barierę przed korzystaniem z prawa do zmiany układu. Jednakże należy wskazać, że wystąpienie z takim żądaniem jest przez sąd weryfikowane. Instytucja zmiany układu nie zakłada bowiem automatyzmu wszczęcia procedury zmiany układu, gdy tylko wniosek taki zostaje złożony przez uprawniony podmiot. Sąd wydaje w tym zakresie postanowienie (por. art. 299 ust. 1 PrUpN), do którego stosuje się przepisy działów I-III tytułu VI prawa upadłościowego i naprawczego, czyli przepisy o układzie. Ustawodawca nie odsyła do odpowiedniego stosowania tych przepisów (co czyni w innych przepisach odsyłających – o czym niżej), lecz nakazuje ich stosowanie wprost, czyli z wyłączeniem jakichkolwiek ich modyfikacji albo wyłączenia stosowania niektórych z nich¹⁸.

W tym jednak zakresie należy podnieść wątpliwość. Z odesłania z art. 299 ust. 2 PrUpN wynika, że powinien być wprost stosowany przepis art. 280 ust. 1 tego prawa, który określa wyliczone enumeratywnie elementy uzasadnienia propozycji układowych. W istocie elementy uzasadnienia odnoszą się jedynie do przedsiębiorstwa upadłego i nie wynika z nich żadne odniesienie do nadzwyczajnej zmiany stosunków gospodarczych oraz innych przesłanek z art. 298 PrUpN. Jeżeli już mają być elementy z szerszego zakresu, to tylko takie, które mają określać pozycję prawną przedsiębiorstwa upadłego (por. pkt 2 i 4 wskazanego przepisu art. 280 ust. 1).

Sprzeczność interesów upadłego wykonującego układ i wierzycieli układu powoduje, że w sposób daleko bardziej pełny winna być regulowana kwestia treści wniosku o zmianę układu. Wydaje się bowiem, że chociaż wykonywanie układu jest etapem dochodzenia przez wierzycieli upadłościowych swoich wierzytelności, a po stronie upadłego stanowi także ochronę jego praw, to odesłanie z art. 299 ust. 2 PrUpN nie zapewnia sądowi należytych podstaw faktycznych do rozpoznania wniosku. Odesłanie powinno zatem zostać uzupełnione o odesłanie także do przepisów części pierwszej. Wskazać bowiem należy, że przepisy działów I-III tytułu o układzie regulują jedynie pewien etap postępowania upadłościowego z możliwością zawarcia układu. Zakres przepisów pomieszczonych

¹⁸ Por. J. Nowacki, „Odpowiednie” stosowanie przepisów prawa, „Państwo i Prawo” 1964, nr 3, s. 367 i nn. W innych bowiem przepisach odsyłających ustawodawca wyraźnie stanowi o odpowiednim stosowaniu, co pozwala przyjąć (o ile uznać, że mamy do czynienia z racjonalnym ustawodawcą), iż zakłada określone skutki prawne wynikające z użytych pojęć (por. np. art. 48; 493 PrUpN).

w tych działach nie reguluje kwestii postępowania w sprawie rozpoznania wniosku, możliwości zasięgnięcia opinii biegłego, kosztów itp. Wydaje się, że kwestia ta winna być uregulowana poprzez odesłanie do stosowania przepisów tej części w takim zakresie, w jakim jest to potrzebne, dla należytego przeprowadzenia postępowania mającego na celu przyjęcie zmienionego układu i jego zatwierdzenie przez sąd. Powinno to być jednak stosowanie odpowiednie.

Z drugiej zaś strony, odesłanie do stosowania wprost przepisów art. 267-297 PrUpN, jest odesłaniem zbyt szerokim w stosunku do kwestii, które mogą wystąpić w procedurze przyjęcia i zatwierdzenia zmienionego układu. Pewne z nich nie będą mogły w ogóle mieć zastosowania. Formułę zawartą w art. 299 ust. 2 PrUpN należałoby więc akceptować, gdyby odesłanie było odesłaniem do odpowiedniego stosowania. Przepisami, które bez wątpienia nie będą mogły być stosowane w odniesieniu do zmiany układu, są: art. 268, art. 272-273, art. 281 ust. 1 zd. 1, 283 ust. 1 i 2, 286, 289 PrUpN.

Tytułem przykładu należy dokonać analizy art. 286 i 289 PrUpN, które dotyczą w istocie tej samej kwestii, by wykazać bezprzedmiotowość ich stosowania do zmiany układu.

Pierwszy z nich zobowiązuje sąd do zmiany postanowienia o ogłoszeniu upadłości z możliwością zawarcia układu na postanowienie o ogłoszeniu upadłości obejmującej likwidację majątku upadłego, jeżeli nie doszło do zawarcia (przyjęcia przez wierzycieli) układu. Konsekwencją stosowania wprost przepisu art. 286 PrUpN jest sytuacja, że nie tylko nieprzyjęcie układu pogarszającego sytuację prawną wierzycieli, ale i nieprzyjęcie zmienionego układu polepszającego ich sytuację (co może mieć miejsce) obliguje sąd do ogłoszenia upadłości likwidacyjnej. Identyczna sytuacja musi wystąpić także wówczas, gdy uprawnieni się postanowienie sądu odmawiające zatwierdzenia zmienionego układu (por. art. 289 PrUpN). Absurdu takiego rozwiązania nie trzeba uzasadniać, zwłaszcza gdy układ zmieniający miał polepszać sytuację prawną wierzycieli. Brak przyjęcia układu lub uprawnomocnienie się postanowienia sądu o odmowie zatwierdzenia układu w takiej sytuacji winien powodować to, że układem obowiązującym pozostaje układ już zatwierdzony i wykonywany przez upadłego. Można się natomiast zastanawiać, czy rozwiązania wskazanego wyżej nie należałoby uznać za zasadne w przypadku mającego nastąpić pogorszenia pozycji prawnej wierzycieli w wyniku zmiany układu. Wydaje się jednak, że wprowadzenie w tym wypadku automatyzmu nie jest wskazane, albowiem niezawarcie układu albo uprawnomocnienie się postanowienia odmawiającego zatwierdzenia zmienionego układu powoduje, że „stary” układ zachowuje nadal moc obowiązującą. Jego zaś niewykonywanie i tylko jego niewykonywanie uprawnia podmioty wskazane w art. 302 ust. 1 PrUpN do złożenia wniosku o jego uchylenie.

Część kwestii regulowanych przepisami działu I-III pomieszczonymi w tytule regulującym układ winna zostać doprecyzowana, nie odpowiada bowiem specyfice zmiany układu i postępowania w tym przedmiocie. Z kilku rysujących się w powyższym zakresie wątpliwości należy wskazać na kwestię nadzorca sądowego w postępowaniu mającym na celu zmianę układu.

Nie może ulegać wątpliwości, że to nie sąd będzie zwoływał wierzycieli i dokonywał ich podziału na poszczególne kategorie interesów, także nie on będzie zwoływał zgromadzenie grup interesów wierzycieli ani przysyłał propozycji układowych w postępowaniu o zmianę układu. Konsekwencją stosowania wprost przepisów działu I-III jest więc obowiązek powołania przez sąd, w postanowieniu wszczynającym postępowanie w przedmiocie zmiany układu, nadzorca sądowego. Rodzi się więc pytanie o jego pozycję prawną i rolę, jaką w tym postępowaniu powinien pełnić. Wydaje się bowiem, że nie mogą mieć w tym zakresie zastosowania przepisy o pozbawieniu spółki z układem zarządu własnego. Nie może więc zostać powołany zarządca (por. art. 76 ust. 1 zd. 1 PrUpN), nie mogą mieć także zastosowania niektóre z kompetencji nadzorca sądowego wyliczone w prawie upadłościowym i naprawczym (por. art. 180 PrUpN).

Należy przyjąć, że od dnia wydania postanowienia o wszczęciu zmiany układu, dotychczasowy układ posiada swoją moc obowiązującą. Spółka z takim układem zachowuje swoje prawa do swego majątku w takim zakresie, w jakim to wynika z zatwierdzonego układu. Zgodnie bowiem z treścią art. 181 PrUpN nadzorca sądowy pełni swoje obowiązki do czasu prawomocnego zatwierdzenia układu (co jest regułą) albo do zakończenia postępowania w inny sposób, jeżeli postanowienie sądu nie stanowi inaczej. Uprawnomocnienie się postanowienia zatwierdzającego układ obliguje sąd do wydania postanowienia o zakończeniu postępowania upadłościowego (por. art. 293 ust. 1 PrUpN). Prawnym jego skutkiem jest odzyskanie przez upadłego prawa władania i zarządzania swoim majątkiem w takim zakresie, w jakim wynika to z treści układu (por. art. 293 ust. 2 PrUpN).

Wszczęcie postępowania mającego na celu zmianę układu nie może więc stanowić podstawy do naruszania praw wynikających z wcześniejszego prawomocnego postanowienia sądu.

Konsekwentnie należy przyjąć, że to nadzorca sądowy po otrzymaniu propozycji układowych dokonuje jedynie ewentualnej weryfikacji grup interesów wierzycieli, ale na podstawie listy wierzycieli i wierzytelności, tak jak głosowali na zgromadzeniu, na którym doszło do przyjęcia już zatwierdzonego układu (por. art. 300 ust. 1 PrUpN).

Postępowanie mające na celu zmianę układu z tej właśnie przyczyny, że nie jest w jego trakcie sporządzana lista wierzytelności będzie z zasady postępowaniem stosunkowo krótkim. Brak obowiązku sporządzenia listy wierzytelności przez nadzorcę sądowego powoduje, że bezprzedmiotowy staje się kolejny jego obowiązek w postaci sporządzenia sprawozdania finansowego na dzień poprzedzający ogłoszenie upadłości (por. art. 180 ust. 1 PrUpN), takiego charakteru nie posiada bowiem sytuacja uprawniająca do wnioskowania o zmianę układu. W istocie nie do końca jest także jasne, na czym miałby polegać zasadniczy obowiązek nadzorcy sądowego w postaci czynności nadzorczych. Te wyliczone w art. 180 ust. 2 PrUpN nie wchodzi w rachubę, ponieważ stanowiłyby naruszenie prawomocnego postanowienia sądu o zatwierdzeniu układu.

W tym stanie rzeczy wiedza nadzorcy sądowego o upadłym w postępowaniu o zmianę układu lub precyzyjniej o jego przedsiębiorstwie, będzie znikoma. Ta wiedza jednak powodowała, że ustawodawca w art. 283 ust. 1 PrUpN nałożył na nadzorcę sądowego obowiązek złożenia na zgromadzeniu wierzycieli sprawozdania, w którym ocenia on stan przedsiębiorstwa oraz opiniuje możliwość wykonania propozycji układowych. Wydaje się, że zwłaszcza ten ostatni obowiązek, mając na uwadze rzetelność opinii, nie jest możliwy do wykonania przez nadzorcę sądowego w postępowaniu o zmianę układu.

Z drugiej zaś strony należy podnieść, że pod dniem zatwierdzenia układu spółka, poprzez odzyskanie pełnej swobody prowadzenia działalności, zaciąga nowe zobowiązania. Stąd okoliczność uzyskania przez spółkę trwałego wzrostu dochodu z przedsiębiorstwa upadłego musi być oceniana przez pryzmat zaspokajania tych wierzycieli, których wierzytelności powstały po dniu zatwierdzenia układu, czyli tych, którzy nie weszli i nie wchodzi w układ. Nie jest więc wykluczona sytuacja, w której zmiana układu, dokonana na podstawie obecnie obowiązującej regulacji, może doprowadzić do tego, że zaistnieje przesłanka upadłości z uwagi na niewypłacalność tych właśnie zobowiązań, które posiada wobec wierzycieli nie obejmowanych przez układ. Sytuacja ta nie posiada zaś żadnego wyrazu w przepisach prawa upadłościowego i naprawczego o zmianie układu, choć wydaje się być konieczne jej uwzględnienie, skoro postępowanie upadłościowe z możliwością zawarcia układu w swym założeniu ma nie tylko umożliwić dalsze istnienie upadłego poprzez ułożenie się z wierzycielami, lecz także takie funkcjonowanie na przyszłość, które pozwoli zaspokajać wierzycieli, których wierzytelności powstały po tej dacie.

Podsumowanie

Ustawodawca prawa upadłościowego i naprawczego, dopuszczając i regulując instytucję zmiany układu, w sposób nieprecyzyjny ustalił właściwie każdą z przesłanek, jakie zostały wskazane w przepisie art. 298. Nie dotyczy to bowiem jedynie kwestii, czy nadzwyczajna zmiana była spowodowana czynnikami gospodarczymi o charakterze obiektywnym, których wystąpienie w chwili przyjęcia układu jest niemożliwe, ale co nie mniej ważne, czy ów trwały wzrost lub zmniejszenie się dochodu z przedsiębiorstwa upadłego posiada zastosowanie także w sytuacjach, gdy ujawnił się on wskutek zabiegów o charakterze restrukturyzacyjnym. W zdecydowanej większości będą to sytuacje łączenia się spółki z układem bez względu na jeden z dwóch sposobów łączenia się, jaki dopuszcza kodeks spółek handlowych. Nie daje się jednak wykluczyć, że sytuacje takie mogą powstać w przypadku podziału spółki z układem albo jej przekształcenia w inny typ spółki.

Ustawodawca prawa upadłościowego i naprawczego w redakcji przepisu art. 298 nie uwzględnił opisanych sytuacji. Powstał więc obszar nieregulowany, który w praktyce występuje. Zaistniała „luka” w prawie jest wypełniana zabiegami interpretacyjnymi. Przedstawione wyżej uwagi wskazują, że interpretacja ta może pójść w różnych kierunkach, nieraz diametralnie różnych, co bez wątpienia musi posiadać ujemny wpływ na stosowanie prawa, zaś dla adresatów stanowi także brak pewności i bezpieczeństwa prawnego.

Wydaje się, że dotychczasowe doświadczenia i wypowiedziane w doktrynie poglądy powinny być wystarczającym uzasadnieniem dla podjęcia przez ustawodawcę zabiegów o legislacyjny charakter, który uczyniłby art. 298 PrUpN przepisem, precyzyjnie wskazującym tak przesłanki uzasadniające zmianę układu, jak i sytuacje, które będą uprawniać do wszczynania procedury zmiany układu, albo wyłączające prawo do jej wszczynania.

Ingerencji ustawodawczej wymaga także precyzyjne wskazanie, z jakim odesłaniem mamy do czynienia w art. 299 PrUpN. Ustawodawca prawa upadłościowego i naprawczego, jeżeli założyć jego racjonalność, w pewnych przepisach odsyłających używa pojęcia „odpowiednie stosowanie przepisów” jednego zakresu odniesienia do drugiego (por. np. art. 4; art. 35; 493 tego prawa) w innych zaś nakazuje stosowanie wskazanych przepisów prawa (por. np. art. 37 ust. 2, art. 40 ust. 4). Przyjąć więc należy, że w przypadku odpowiedniego stosowania trzeba dopuścić także modyfikację przepisów, do których następuje odesłanie lub ich niestosowanie, a w przypadku stosowania, przepisy te muszą być stosowane wprost. Art. 299 PrUpN, nakazując stosowanie (wprost) wskazanych

grup przepisów, prowadzi do powstania absurdalnych sytuacji, które bez wątpienia nie były zamiarem ustawodawcy. Zarazem zakres przepisów, do których następuje odesłanie, jest zbyt wąski dla należytego przeprowadzenia postępowania zmieniającego układ.

Przebudowie musi także ulec pozycja prawna nadzorcy sądowego w postępowaniu o zmianę układu. Obecna regulacja w tym zakresie jest nie tylko niepotrzebna, lecz czyni niemożliwymi do wykonania wynikające z niej obowiązki. W innych zaś kwestiach występują luki, których wypełnienie drogą interpretacji wydaje się tyleż niemożliwe, co zawsze prowadzące do odmienności w tej interpretacji.

PROBLEMS CONNECTED WITH THE CHANGE OF THE INSOLVENCY PLAN IN THE FRAMES OF MERGER AND DIVISION OF A COMPANY

Summary

Bankruptcy and rehabilitation law due to art. 298 has introduced an institution of alternation of the accepted insolvency plan. However, conditions which allow to introduce such procedure are imprecise and of general nature which causes many doubts in doctrine.

The article comprises one doubt of important nature relating to the possible creditors' claim to alter an insolvency plan in case when insolvent company after given insolvency plan had joined another company. Such situation may fulfill condition stipulated in art. 298 of bankruptcy and rehabilitation law described as "permanent growth of profit gained from enterprise". Nevertheless, statement assessing that art. 298 of bankruptcy and rehabilitation law covers also with its regulation the growth of profit which is a consequence of insolvent company's restructuring which may in obvious way cause that companies with concluded insolvency plan will avoid merger procedure.

The author tries to indicate possible implications which arises in this field and forms *de lege ferenda* conclusions.

Halina Buk

RESTRUKTURYZACJA SPÓŁKI AKCYJNEJ POPRZECZ WYKUP AKCJI NA PODSTAWIE ZADŁUŻENIA

Wstęp

Od czasów wielkiego światowego kryzysu gospodarczego, a więc lat trzydziestych XX w., niemal stałym już tematem badawczym teorii ekonomii jest poszukiwanie odpowiedzi na przyczyny licznych upadłości jednostek gospodarczych w tym czasie. Powstało zapotrzebowanie na metody szybkiej diagnozy sytuacji ekonomiczno-finansowej, które bazują na małej liczbie parametrów, wskazujących na ewentualne zagrożenie sytuacją kryzysową. Tego rodzaju potrzeby stały się przyczyną powstania swoistych modeli prognozujących bankructwa i upadłości przedsiębiorstw, tzw. systemów wczesnego ostrzegania. W tym przedmiocie zarówno zagraniczna, jak i polska literatura dostarczają wiele rozwiązań o wysokim stopniu praktycznej użyteczności. Systemy te nie dostarczają jednakże wskazówek, w jaki sposób należy poprawić kondycję ekonomiczno-finansową jednostki gospodarczej, lecz są tylko wstępnym narzędziem analitycznym, które powinno być wzmocnione całym procesem monitorowania sytuacji ekonomiczno-finansowej jednostki.

W przypadku rzeczywistego wystąpienia sytuacji kryzysowej spółki akcyjnej lub zbliżającego się zagrożenia finansowego, najważniejsze jest powzięcie realnych działań naprawczych w celu ochrony interesów wierzycieli, a przede wszystkim ochrony kapitału właścicielskiego. Pożądane są zwłaszcza działania naprawcze wyprzedzające w czasie ewentualne uruchomienie procedury likwidacyjnej czy upadłościowej spółki. Tego typu pozytywne działania określa się mianem restrukturyzacji finansowej. Skutkują one zmianą struktury kapitałów oraz struktury własnościowej spółki.

Celem niniejszego opracowania jest przedstawienie możliwych form restrukturyzacji finansowej spółki akcyjnej na podstawie zadłużenia, ich konsekwencji w istotnej zmianie struktury kapitałów oraz wpływu na wartość dla akcjonariuszy. Zostaną jednocześnie uwzględnione podstawy prawne dla dokonania tego rodzaju restrukturyzacji w spółkach, które wybrały polski system prawny.

1. Przesłanki oraz uwarunkowania prawne restrukturyzacji spółki akcyjnej na podstawie zadłużenia

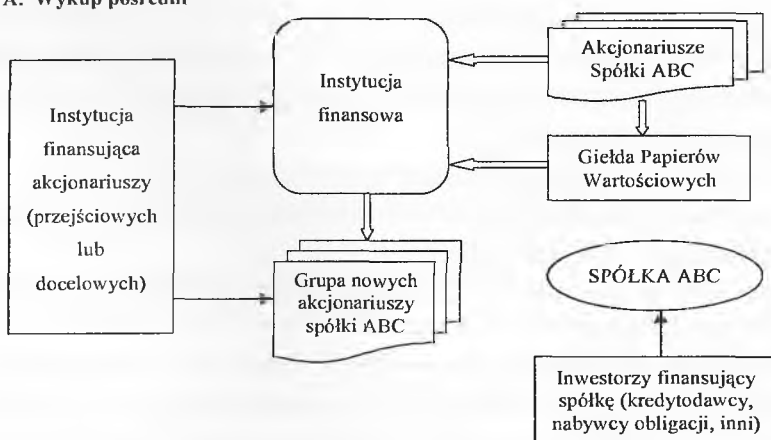
Przeprowadzenie restrukturyzacji spółki akcyjnej na podstawie zadłużenia stało się modne w Stanach Zjednoczonych w latach osiemdziesiątych ubiegłego wieku, a w kolejnych latach także i w Europie, zwłaszcza w Wielkiej Brytanii. Popularności tego rodzaju restrukturyzacji sprzyjają, oprócz oczekiwanych korzyści ekonomicznych, obowiązujące w tych krajach przepisy prawa. Okazało się, że przy realizowaniu programów naprawczych na podstawie postępowania upadłościowego popełnia się wiele błędów, przedstawiane dla celów układowych plany finansowe są zbyt optymistyczne i ostatecznie właściciele nie uzyskują korzyści z tytułu posiadanych akcji, często ma też miejsce niedoszacowanie wartości majątku oraz dokonuje się zbycia firmy inwestorowi zewnętrznemu po zaniżonej wartości. Tymczasem w wielu przypadkach dotychczas słabo zarządzaną spółkę akcyjną można uzdrowić, o ile znajdzie się grupa menedżerów czy pracowników znających bardzo dobrze firmę bądź sektor, w którym firma działa, ryzykujących finansowe zaangażowanie się w spółkę i mających jednocześnie odpowiednie zdolności menedżerskie.

Celem restrukturyzacji na podstawie zadłużenia jest przede wszystkim zabezpieczenie interesów właścicieli, a docelowo zwiększenie wartości dla akcjonariuszy poprzez istotne zmiany w poziomie zadłużenia. Zważywszy, że z reguły źródłem finansowania restrukturyzacji finansowej spółki są kapitały obce, a więc ulega zmianie wartość i struktura zadłużenia, transakcje tego typu określa się jako nabycie lewarowane, nabycie ze wspomaganie finansowym czy wykup wspomagany – w skrócie tzw. LBO (ang. *leveraged buyouts*). Najpowszechniejszymi formami realizacji restrukturyzacji finansowej są:

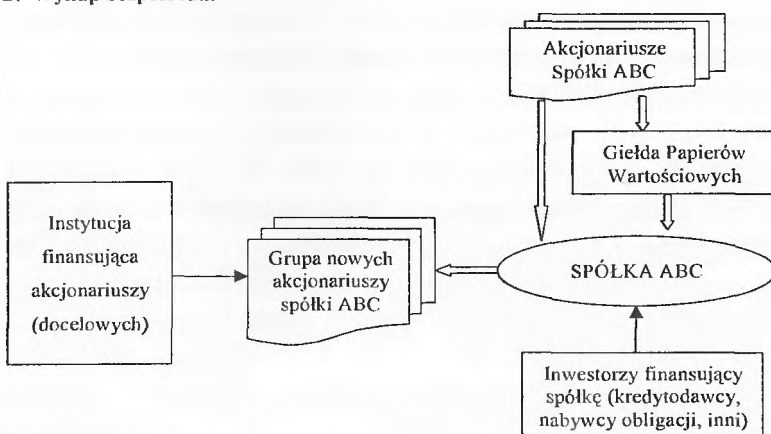
1. Rekapitalizacja spółki oparta na długu, czyli zamiana akcji na dług.
2. Konwersja długu na akcje.
3. Wykup akcji przez zarząd spółki działający samodzielnie lub wspólnie z firmą inwestycyjną – w skrócie tzw. LMBO (ang. *leveraged management buy-outs*).

Najczęściej do przeprowadzenia tego rodzaju operacji jest angażowana krajowa lub zagraniczna instytucja finansowa (bank inwestycyjny lub prywatny fundusz inwestycyjny), która de facto w pierwszym etapie udziela kredytów lub pożyczek na wykup akcji konkretnym osobom (menedżerom lub pracownikom spółki) albo nabywa spółkę, by po jej wzmocnieniu dłużnym kapitałem (zaciągnięciu kredytów, emisji obligacji) zbyć ją nowym właścicielom. Generalnie więc przejęcie spółki jest finansowane długiem, a tylko w części z własnych środków nowych właścicieli (przejściowych lub docelowych). Proces wykupu akcji przedstawiono na rysunku 1.

A. Wykup pośredni



B. Wykup bezpośredni



Legenda:

- Obieg środków finansowych
- Obieg akcji spółki ABC

Rys. 1. Wykup akcji z wykorzystaniem zadłużenia

Kluczową kwestią dla skutecznej restrukturyzacji finansowej na podstawie zadłużenia jest operacja zmiany właścicielstwa akcji, zwłaszcza w przypadku rozproszonego akcjonariatu. Należy bowiem najpierw doprowadzić do przejęcia odpowiedniej części własnych akcji przez spółkę lub przez instytucję finansową, aby to spółka lub ta instytucja finansowa zdecydowała o zbyciu akcji na rzecz takiej grupy przyszłych właścicieli, którzy w dłuższej perspektywie czasu doprowadzą do zwiększenia wartości spółki i korzyści dla wszystkich akcjonariuszy. Nowi przejściowo lub docelowo akcjonariusze będą na tyle wiarygodnymi stronami spółki dla rynku kapitałowego, że pozyska ona po odpowiednim koszcie dodatkowe kapitały obce, by zwiększyć swoją efektywność operacyjną oraz wartość dla wszystkich akcjonariuszy.

Zakończoną sukcesem transakcję LBO w interesie wszystkich zainteresowanych, a więc dotychczasowych i nowych akcjonariuszy oraz wierzycieli, charakteryzują następujące cechy:

- doprowadzenie do względnie szybkiej spłaty wierzycieli,
- odzyskanie przez akcjonariuszy zainwestowanych środków i uzyskanie znaczących korzyści finansowych,
- niewystąpienie zachwiania kondycji ekonomicznej przejętej spółki wywołujące reakcje społeczne¹.

Podstawowym aktem prawnym regulującym funkcjonowanie spółek akcyjnych jest kodeks spółek handlowych². Obowiązujące w Polsce przepisy do września 2008 r. nie były sprzyjające dla przeprowadzenia restrukturyzacji na podstawie zadłużenia, mając na względzie zwłaszcza takie potencjalne czynności z tym związane, jak: nabycie przez spółkę własnych akcji, finansowanie przez spółkę nabycia emitowanych przez nią akcji, umarzanie akcji, obniżenie kapitału zakładowego. Jednakże podjęto oraz sfinalizowano zawansowane prace nad liberalizacją tych przepisów. Doprowadzono do odpowiednich zmian w kodeksie spółek handlowych³, które wynikają z konieczności implementacji dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2006/68/WE z dnia 6 września 2006 r. zmieniającą dyrektywę Rady 77/91/EWG w sprawie tworzenia spółek akcyjnych i utrzymywania oraz zmian wysokości ich kapitału (Dz.Urz. UE L. 264/32 z dnia 25 września 2006 r.). Wprowadzenie w życie nowych regulacji prawnych w Polsce uzasadnia się ewolucją postrzegania w Unii Europejskiej kapitału zakładowego jako instrumentu ochrony wierzycieli. Tradycyjne postrzeganie kapitału zakładowego poprzez przypisanie mu tylko funkcji gwaran-

¹ E.I. Altman, E. Hotchkiss, Trudności finansowe a upadłość firm, CeDeWu, Warszawa 2007, s. 115-116.

² Ustawa z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych (Dz.U. z 2000 r., nr 94 poz. 1037).

³ Por. Ustawa z dnia 13 czerwca 2008 r. o zmianie ustawy – Kodeks spółek handlowych (Dz.U. z 2008, nr 118, poz. 747). Ta regulacja weszła w życie od 13 września 2008 r.

cyjnej, a więc chroniącej wierzycieli przed niewypłacalnością spółek, jest od kilku lat krytykowane. Z punktu widzenia kryteriów ekonomicznych (makro czy mikro) równie ważne jest zapewnienie ochrony interesów wspólników spółek oraz osób trzecich pozostających w relacjach ze spółkami.

Realizacja pośredniego wykupu akcji spółki stosującej polski system prawny, w celu dalszej odsprzedaży konkretnej grupie osób, a więc z wykorzystaniem pośrednictwa instytucji finansowej w obecnym stanie prawnym, jest możliwa, ale zaledwie kilka tego rodzaju transakcji dokonano w Polsce. Wszystkie jednak były przeprowadzone za pośrednictwem inwestorów zagranicznych, tj. funduszy typu „private equity”. Pierwszą transakcją typu LBO był wykup telewizji kablowej Aster City w 2003 r. przez konsorcjum pod przywództwem brytyjskiej firmy private equity Hicks Muse. Kredytu udzieliły wówczas banki zagraniczne, w tym Europejski Bank Odbudowy i Rozwoju. Na początku 2006 r. telewizję Aster przejął nowy właściciel w ramach transakcji lewarowanej, fundusz Mid Europe Partners, za kwotę 1,6 mld zł. Kolejne dokonane transakcje lewarowane dotyczyły wykupu akcji m.in. takich spółek, jak Agros Nova, Kruk, Nomi, Opoczno, Zelmer, Zakłady Przemysłu Owocowo-Warzywnego „Dwikozy”⁴. Zagraniczne fundusze inwestycyjne dokonujące lewarowanych wykupów akcji są popularne w wielu krajach, zwłaszcza że przeprowadzane transakcje nie mają charakteru tzw. wrogiego przejęcia. Nowy właściciel w przejętej spółce w szybkim tempie przeprowadza restrukturyzację operacyjną, efektywniej zarządza kapitałem obrotowym, upraszcza strukturę organizacyjną spółki, zbywa majątek nieprodukcyjny, uzależnia wynagrodzenie kadry zarządzającej od osiągniętych efektów ekonomicznych spółki, doprowadza do obniżenia kosztów i ostatecznie do wzrostu wartości spółki. Efektywna restrukturyzacja spółki pozwala nie tylko na spłatę zaciągniętych długów na wykup akcji spółki, ale i na odsprzedaż akcji z dużym zyskiem.

Bezpośredni wykup akcji od spółki przez docelowych przyszłych właścicieli, a zwłaszcza przez kadrę menedżerską czy pracowników spółki, przy obecnym stanie prawa spółek handlowych jest bardzo ograniczony. Zgodnie z aktualnie obowiązującą treścią art. 362 § 1 ksh spółka nie może nabywać wyemitowanych przez nią akcji (akcje własne), nie może też obejmować własnych akcji (art. 366 § 1). Zakaz ten nie dotyczy:

- 1) nabycia akcji w celu zapobieżenia bezpośrednio zagrażającej spółce poważnej szkodzie,
- 2) nabycia akcji, które mają być zaoferowane do nabycia pracownikom lub osobom, które były zatrudnione w spółce lub spółce z nią powiązanej przez

⁴ Zob. <http://www.moneymarket.pl> (01.05.2008).

okres co najmniej trzech lat. Gdyby taka sytuacja miała miejsce, akcje nabyte należy zaoferować pracownikom lub innym wskazanym w tym przepisie osobom najpóźniej z upływem roku od dnia ich nabycia przez spółkę (art. 363 § 3),

- 2a) spółki publicznej nabywającej akcje w celu wypełnienia zobowiązań wynikających z instrumentów dłużnych zamiennych na akcje,
- 3) nabycia akcji w drodze sukcesji uniwersalnej,
- 4) instytucji finansowej, która nabywa za wynagrodzeniem w pełni pokryte akcje na cudzy rachunek celem ich dalszej odsprzedaży,
- 5) nabycia akcji w celu ich umorzenia,
- 6) nabycia w pełni pokrytych akcji w drodze egzekucji celem zaspokojenia roszczeń spółki, których nie można zaspokoić w inny sposób z majątku akcjonariusza,
- 7) nabycia w pełni pokrytych akcji nieodpłatnie,
- 8) nabycia na podstawie i w granicach upoważnienia udzielonego przez walne zgromadzenie; upoważnienie powinno określać warunki nabycia, w tym maksymalną liczbę akcji do nabycia, okres upoważnienia, który nie może przekraczać pięciu lat, oraz maksymalną i minimalną wysokość zapłaty za nabywane akcje, jeżeli nabycie następuje odpłatnie⁵,
- 9) nabycia akcji w innych przypadkach przewidzianych w ustawie.

Przy czym § 2 stanowi, że w przypadkach określonych w § 1 pkt 1, 2 i 8, nabycie akcji własnych przez spółkę jest dozwolone tylko wtedy, gdy zostały spełnione łącznie następujące warunki:

- 1) nabyte akcje zostały w pełni pokryte,
- 2) łączna wartość nominalna nabytych akcji nie przekracza 20% kapitału zakładowego spółki, uwzględniając w tym również wartość nominalną pozostałych akcji własnych, które nie zostały przez spółkę zbyte⁶,
- 3) łączna cena nabycia akcji własnych, powiększona o koszty ich nabycia, nie jest wyższa od kapitału rezerwowego, utworzonego w tym celu z kwoty, która zgodnie z art. 348 § 1 może być przeznaczona do podziału.

Zgodnie z art. 363 § 4 ksh, akcje nabyte z naruszeniem przepisów art. 362 § 1 lub § 2 powinny być zbyte w terminie roku od dnia ich nabycia przez spółkę. W pozostałych przypadkach ta część akcji własnych spółki, która przekracza

⁵ Do dnia 13 września 2008 r. brzmienie tego punktu było następujące: „[...] instytucji finansowej, która nabywa akcje na własny rachunek celem ich dalszej odsprzedaży w granicach upoważnienia udzielonego przez walne zgromadzenie na okres nie dłuższy niż jeden rok; jednakże instytucja finansowa nie może posiadać akcji własnych nabytych na tej podstawie o łącznej wartości nominalnej przekraczającej 5% kapitału zakładowego”.

⁶ Do dnia 13 września 2008 r. brzmienie tego punktu było następujące: „[...] łączna wartość nominalna nabytych akcji nie przekracza 10% kapitału zakładowego spółki, uwzględniając w tym również wartość nominalną pozostałych akcji własnych, które nie zostały przez spółkę zbyte”.

10% kapitału zakładowego, powinna być zbyta w terminie dwóch lat od dnia nabycia akcji. Kolejny § 5 stanowi, że jeżeli akcje własne nie zostały zbyte w powyższych terminach, zarząd dokona ich niezwłocznego umorzenia bez zwoływania walnego zgromadzenia.

Przywołana uprzednio dyrektywa Parlamentu Europejskiego wskazuje na bardziej elastyczne rozwiązania w zakresie nabywania przez spółkę akcji własnych, pozwalające na aktywny udział spółki w dokonywaniu zmian w strukturze akcjonariuszy, kierując się przede wszystkim ich interesami. Podkreśla się zwłaszcza możliwość szybkiego reagowania na zmieniającą się sytuację na rynku kapitałowym, wpływającą na cenę akcji spółek. W razie zaburzenia równowagi między popytem a podażą, spółka dzięki nabywaniu własnych akcji może przyczynić się do stabilizacji kursu giełdowego akcji w okresie nierównowagi, zapobiegając wahaniom kursów akcji o charakterze spekulacyjnym. Ponadto, w praktyce zarządzania spółkami na świecie coraz większego znaczenia nabierają różnego rodzaju opcje menedżerskie i pracownicze. Spółka mająca w portfelu własne akcje, może za ich pomocą wdrożyć programy motywacyjne dla osób kluczowych dla działalności spółki, bardziej związać ważnych menedżerów i pracowników. Dowiedziono już, że nieporównywalnie bardziej wydajnie się pracuje, gdy występuje dodatkowa motywacja związana z własnością i sprawowaniem chociażby częściowej kontroli nad przedsiębiorstwem. Okazuje się, że zarządzanie spółką za określonym wynagrodzeniem (nawet bardzo wysokim) przez wynajętego agenta, nie zawsze zapewnia zwiększenie wartości akcjonariuszy, czego dowodem są chociażby gigantyczne upadłości wielkich koncernów w ostatnich kilku latach.

Teoria ekonomii od dziesiątków lat zajmuje się racjonalnością mikroekonomiczną, której, jak pokazują doświadczenia praktyczne, nie da się osiągnąć bez przedsiębiorczości zinstytucjonalizowanych organizmów gospodarczych mających zindywidualizowanego, a nie zbiorowego właściciela. Inaczej rozwiązuje się problemy trafności decyzji gospodarczych poprzez „głosowanie” własnym pieniądzem na rynku, a inaczej przy pomocy kartki wyborczej bez ryzyka materialnego. Szlagierem instytucjonalnym gospodarki amerykańskiej w ostatnich trzydziestu latach jest Pracownicza Własność Akcyjna – ESOP (ang. *Employee Stock Ownership Plan*). Credo pomysłodawcy tego systemu, Luisa Kelso, jest następujące: Likwidację wyzysku można osiągnąć nie przez likwidację prywatnej własności i zastąpienie jej państwową, a poprzez upowszechnienie własności prywatnej i uczynienie z pracownika realnego właściciela kapitału. Tego rodzaju programy wdrożyło w USA w 2002 r. ponad 11000 spółek i objęto nimi ponad 8,5 mln pracowników⁷. Instytucję ESOP wprowadziły już Wielka Bryta-

⁷ [Http://www.nceo.org](http://www.nceo.org) (01.05.2008).

nia, Francja oraz wiele innych krajów. Istota ESOP polega na tym, że pracownicy nie kupują akcji za własną gotówkę, tylko udostępnianie są im akcje sfinansowane z wypracowanego kapitału spółki. Ma to też ogromny pozytywny efekt społeczny, a więc i makroekonomiczny, gdyż przyczynia się do spłaszczenia wyjątkowo dużych rozpiętości majątkowych.

Dokonana nowelizacja prawa spółek handlowych w zakresie nabywania akcji własnych dotyczy m.in. dwóch istotnych kwestii. Po pierwsze, zmieniono brzmienie art. 362 w § 1 pkt 8 w duchu całkowitego rozszerzenia podmiotów uprawnionych do nabywania akcji własnych, a więc nie będzie ograniczenia tylko do instytucji finansowej, zniesiono też wskazanie celu nabycia akcji, tym samym nie będzie też obowiązku zbycia akcji własnych. Po drugie, dokonano zmiany brzmienia art. 362 w § 2 pkt 2 polegającej na zwiększeniu górnej granicy łącznej wartości nominalnej nabytych akcji do 20% kapitału zakładowego spółki, aczkolwiek dyrektywa unijna nie określa górnego limitu.

Kolejnym niezwykle ważnym czynnikiem restrukturyzacji z wykorzystaniem zadłużenia jest możliwość finansowania przez spółkę emitowanych przez nią akcji, co sprzyja dokonaniu zmian w strukturze akcjonariuszy. Dotychczas obowiązujące w tej materii polskie przepisy były zachowawcze i nieelastyczne, gdyż zakazywały pomocy finansowej (ang. *financial assistance*). Takie też były rozwiązania unijne do czasu przyjęcia w 2006 r. stosownych dyrektyw. Mianowicie, treść art. 345 ksh obowiązująca do września 2008 r. była następująca:

- „§ 1. Spółka nie może udzielać pożyczek, zabezpieczeń, zaliczkowych wypłat, jak również w jakiegokolwiek innej formie bezpośrednio lub pośrednio finansować nabycie lub objęcie emitowanych przez nią akcji.
- § 2. Przepisu § 1 nie stosuje się do świadczeń dokonywanych w ramach zwykłej działalności instytucji finansowych, jak również do świadczeń dokonywanych na rzecz pracowników spółki lub spółki z nią powiązanej, a podejmowanych w celu ułatwienia nabycia lub objęcia emitowanych przez spółkę akcji, o ile uprzednio utworzono w tym celu kapitał rezerwowy z kwoty, która zgodnie z art. 348 § 1 może być przeznaczona do podziału”.

Dokonano radykalnej zmiany treści tego artykułu, w związku z czym przytoczono go poniżej:

- „art. 345. § 1. Spółka może, bezpośrednio lub pośrednio, finansować nabycie lub objęcie emitowanych przez nią akcji w szczególności przez udzielenie pożyczki, dokonanie zaliczkowej wypłaty ustanowienie zabezpieczenia.
- § 2. Finansowanie następuje na warunkach rynkowych, w szczególności w odniesieniu do odsetek otrzymywanych przez spółkę oraz zabezpieczeń ustanowionych na rzecz spółki z tytułu udzielonych

- pożyczek lub wypłaconych zaliczek, a także po zbadaniu wypłacalności dłużnika.
- § 3. Jeżeli spółka finansuje nabycie lub objęcie emitowanych przez nią akcji, nabycie bądź objęcie następuje w zamian za godziwą cenę.
- § 4. Spółka może finansować nabycie lub objęcie emitowanych przez nią akcji, o ile uprzednio utworzyła na ten cel kapitał rezerwowy z kwoty, która zgodnie z art. 348 § 1 może być przeznaczona do podziału.
- § 5. Finansowanie przez spółkę nabycia lub objęcia emitowanych przez nią akcji następuje na podstawie i w granicach określonych w uprzednio podjętej uchwale walnego zgromadzenia. Przepisu art. 17 § 2 nie stosuje się.
- § 6. Podstawą uchwały walnego zgromadzenia w sprawie finansowania jest pisemne sprawozdanie zarządu określające:
- 1) przyczyny lub cel finansowania,
 - 2) interes spółki w finansowaniu,
 - 3) warunki finansowania, w tym w zakresie zabezpieczenia interesów spółki,
 - 4) wpływ finansowania na ryzyko w zakresie płynności finansowej i wypłacalności spółki,
 - 5) cenę nabycia lub objęcia akcji spółki z uzasadnieniem, że jest to cena godziwa.
- § 7. Zarząd składa sprawozdanie do sądu rejestrowego i ogłasza je.
- § 8. Przepisów § 2, 3, 5-7 nie stosuje się do świadczeń spełnianych w ramach zwykłej działalności instytucji finansowych, jak również do świadczeń spełnianych na rzecz pracowników spółki lub spółki z nią powiązanej, których celem jest ułatwienie nabycia lub objęcia emitowanych przez spółkę akcji”.

Zatem według nowych przepisów spółka akcyjna za zgodą walnego zgromadzenia będzie mogła finansować nabycie emitowanych przez nią akcji na warunkach rynkowych, a źródłem tego finansowania może być tylko nadwyżka bilansowa formalnie przeznaczona na ten cel. Nie spowoduje to więc uszczuplenia kapitału zakładowego ani innych funduszy chronionych przed podziałem na rzecz akcjonariuszy.

Aktualnie w Polsce obserwuje się coraz większą aktywność różnych funduszy inwestycyjnych specjalizujących się w wyszukiwaniu i zakupie spółek niepublicznych, a wymagających restrukturyzacji. Uzyskują one wysoką stopę zwrotu na tego rodzaju inwestycjach. Fundusze aktywów niepublicznych (za-

mnknięte bądź otwarte) wypełniają lukę na polskim rynku finansowym, organizują kredyty bankowe dla stron realizowanych transakcji, emitują specjalne certyfikaty notowane na Giełdzie Papierów Wartościowych.

2. Kapitał własny spółki źródłem finansowania wykupu akcji oraz finansowania ich emisji bądź nabycia

Uatrakcyjnienie dokonywania inwestycji w spółki akcyjne w wyniku liberalizacji prawa nabywania własnych akcji bądź finansowania nabycia emitowanych akcji nie spowoduje uszczerbku dla sytuacji wierzycieli i akcjonariuszy. Mianowicie, tego rodzaju inwestycje spółki mogą być finansowane wyłącznie z wypracowanej nadwyżki bilansowej, aczkolwiek kodeks spółek handlowych mówi o tym pośrednio.

W odniesieniu do nabycia własnych akcji, z treści art. 362 § 2 pkt 3 wynika, że źródłem finansowania jest kapitał rezerwowy utworzony w tym właśnie celu. Koresponduje z tym wskazane obecne brzmienie art. 363 § 6 co do ujęcia akcji własnych w bilansie: „Akcje własne należy umieścić w bilansie w osobnej pozycji kapitału własnego w wartości ujemnej. Równocześnie należy zmniejszyć kapitał rezerwowy na akcje własne utworzony zgodnie z art. 362 § 2 pkt 3 i odpowiednio zwiększyć kapitał bądź kapitały z których został on utworzony”. Takie rozwiązanie jest logiczne i właściwe. Bardzo dobrze się stało, że ostatecznie nie przyjęto proponowanej w czasie procesu legislacyjnego treści tego punktu, oznaczającej, że odpowiednio do zmniejszenia kapitału rezerwowego należy zwiększyć kapitał zapasowy. O ile zmniejszenie kapitału rezerwowego wskutek dokonania wykupu akcji jest oczywiste, to wątpliwości budziłoby równoczesne zwiększenie kapitału zapasowego. Powyższe rozwiązanie byłoby restrykcyjne i nie znajdujące uzasadnienia w zasadach ogólnych dysponowania kapitałami własnymi. Gdyby bowiem miała miejsce taka sytuacja, że kapitał zapasowy byłby niższy od 1/3 kapitału zakładowego, to akcjonariusze byłiby pozbawieni możliwości otrzymania wyższych dywidend. Powyższy argument, jak i niespójność tego rozwiązania z II dyrektywą unijną, wzięto pod uwagę w dokonanej zmianie kodeksu spółek handlowych. Zatem wykorzystany kapitał rezerwowy ma „wrócić” do tego kapitału bądź kapitałów, które były jego pierwotnym źródłem. Może to więc być kapitał zapasowy, ale również podzielony zysk netto w latach ubiegłych, który to zysk akcjonariusze będą mogli podzielić ponownie. W wyniku takiego rozwiązania kapitał własny nie zostanie uszczuplony, gdyż występuje ze znakiem ujemnym pozycja „udziały (akcje) własne” i przy podzia-

le zysku na dywidendy ten fakt odpowiednio się uwzględnia. Poniżej przedstawiono przykład bilansowego ujęcia operacji wykupu akcji własnych przy jednym i drugim rozwiązaniu.

Przykład 1

Spółka akcyjna ALFA o kapitale zakładowym 15000 zł, obejmującym 1500 sztuk akcji o wartości nominalnej 10 zł, dokonała wykupu 300 sztuk akcji w cenie nabycia 20 zł każda. W okresach poprzednich w wyniku podziału zysku netto, zgodnie ze statutem utworzyła na tego rodzaju wydatki kapitał rezerwowy w łącznej wartości 7000 zł.

Z poniższych bilansów sporządzonych przed i po wykupie własnych akcji wynika, że operacja ta spowoduje zmniejszenie kapitału własnego o łączną wartość nabytych akcji w cenach nabycia. W grupie kapitałów własnych w pozycji „Udziały (akcje) własne” wykazane zostaną ze znakiem ujemnym wykupione akcje własne według cen nabycia, gdyż tak nakazuje art. 28 ust. 1 pkt 9a ustawy o rachunkowości. Kwota wydatków na akcje własne o 6000 zł pomniejszy kapitał rezerwowy i odpowiednio zwiększy kapitał zapasowy (według obowiązujących regulacji) lub zysk z lat ubiegłych (według planowanych zmian regulacji). Równolegle aktywa obrotowe (środki pieniężne) zostaną pomniejszone o 6000 zł.

Tabela 1

Bilans spółki ALFA przed wykupem akcji (w zł)

AKTYWA		PASYWA	
A. Aktywa trwałe	16 000	A. Kapitał własny	22 000
		I. Kapitał podstawowy	15 000
		II. Akcje własne	–
		III. Kapitał zapasowy	–
		IV. Pozostałe kapitały rezerwowe	7 000
		V. Zysk (strata) z lat ubiegłych	–
B. Aktywa obrotowe	14 000	B. Zobowiązania	8 000
Aktywa razem	30 000	Pasywa razem	30 000

Tabela 2

Bilans spółki ALFA po wykupie akcji – według obowiązujących regulacji ksh (w zł)

AKTYWA		PASYWA	
A. Aktywa trwałe	16 000	A. Kapitał własny	16 000
		I. Kapitał podstawowy	15 000
		II. Udziały (akcje) własne	–6 000
		III. Kapitał zapasowy	6 000
		IV. Pozostałe kapitały rezerwowe	1 000
		V. Zysk (strata) z lat ubiegłych	–
B. Aktywa obrotowe	8 000	B. Zobowiązania	8 000
Aktywa razem	24 000	Pasywa razem	24 000

Tabela 3

Bilans spółki ALFA po wykupie akcji – według planowanych zmian ksh (w zł)

AKTYWA		PASywa	
A. Aktywa trwałe	16 000	A. Kapitał własny	16 000
		I. Kapitał podstawowy	15 000
		II. Udziały (akcje) własne	-6 000
		III. Kapitał zapasowy	–
		IV. Pozostałe kapitały rezerwowe	1 000
		V. Zysk (strata) z lat ubiegłych	6 000
B. Aktywa obrotowe	8 000	B. Zobowiązania	8 000
Aktywa razem	24 000	Pasywa razem	24 000

Analogiczne rozwiązanie ma miejsce w przypadkach ustanowienia zastawu na akcjach własnych spółki (art. 362 § 4 ksh) oraz nabycia akcji własnych spółki dominującej przez spółkę lub spółdzielnię zależną (art. 362 § 4 ksh).

Jeżeli chodzi o finansowanie nabycia lub objęcia emitowanych przez spółkę akcji, to źródłem tego finansowania będzie mogła być tylko nadwyżka finansowa, która podlega podziałowi między akcjonariuszy, o ile spółka uprzednio utworzyła na ten cel kapitał rezerwowy. Jednakże, jak wynika z treści art. 345 § 5, oprócz tego formalnego wymogu niezbędna będzie wszechstronna informacja na temat wpływu tego finansowania na interes spółki i ryzyko finansowe. Należy zauważyć, że w dokonanej nowelizacji kodeksu spółek handlowych w tej kwestii nie podano żadnego szczególnego rozwiązania co do ujęcia w bilansie całej operacji finansowania, w tym na okoliczność zwrotu przez finansowanego na przykład udzielonej mu przez spółkę pożyczki czy odzyskania jakiegokolwiek postaci ustanowionego finansowego zabezpieczenia. Zatem, należy tę operację ująć w bilansie, jak w przypadku każdego innego tytułu inwestycji finansowej. Zobrazowano to na przykładzie 2.

Przykład 2

Spółka akcyjna BETA o kapitale zakładowym 20000 zł, obejmującym 2000 sztuk akcji serii „A” o wartości nominalnej 10 zł, planuje wyemitować 500 sztuk akcji serii „B” o wartości nominalnej 10 zł i cenie emisyjnej 15 zł każda. Zamierza skierować ofertę emisyjną do swojego kontrahenta spółki GAMMA i udzielić jej na nabycie emitowanych akcji pożyczkę pieniężną do spłaty za 3 lata. W okresach poprzednich w wyniku podziału zysku netto, zgodnie ze statutem utworzyła na tego rodzaju wydatki kapitał rezerwowy w łącznej wartości 10000 zł. Odzwierciedlenie w bilansie dokonanych operacji gospodarczych w spółce BETA przedstawiono poniżej.

Tabela 4

Bilans spółki BETA przed emisją akcji serii „B” (w zł)

AKTYWA		PASywa	
A. Aktywa trwałe	26 000	A. Kapitał własny	30 000
I. Rzeczowe aktywa trwałe	26 000	I. Kapitał podstawowy	20 000
II. Inwestycje długoterminowe (w tym: udzielone pożyczki)	–	II. Należne wpłaty na kapitał podstawowy	–
		III. Kapitał zapasowy	–
		IV. Pozostałe kapitały rezerwowe	10 000
B. Aktywa obrotowe	16 000	B. Zobowiązania	12 000
I. Zapasy	7 000		
II. Inwestycje krótkoterminowe (w tym: aktywa pieniężne)	9 000		
Aktywa razem	42 000	Pasywa razem	42 000

Tabela 5

Bilans spółki BETA przed emisją akcji serii „B” i po udzieleniu pożyczki pieniężnej
spółce GAMMA (w zł)

AKTYWA		PASywa	
A. Aktywa trwałe	33 500	A. Kapitał własny	30 000
I. Rzeczowe aktywa trwałe	26 000	I. Kapitał podstawowy	20 000
II. Inwestycje długoterminowe (w tym: udzielone pożyczki)	7 500	II. Należne wpłaty na kapitał podstawowy	–
		III. Kapitał zapasowy	–
		IV. Pozostałe kapitały rezerwowe	10 000
B. Aktywa obrotowe	8 500	B. Zobowiązania	12 000
I. Zapasy	7 000		
II. Inwestycje krótkoterminowe (w tym: aktywa pieniężne)	1 500		
Aktywa razem	42 000	Pasywa razem	42 000

Tabela 6

Bilans spółki BETA po emisji akcji serii „B” i przed pokryciem akcji przez spółkę
GAMMA (w zł)

AKTYWA		PASywa	
A. Aktywa trwałe	33 500	A. Kapitał własny	30 000
I. Rzeczowe aktywa trwałe	26 000	I. Kapitał podstawowy	25 000
II. Inwestycje długoterminowe (w tym: udzielone pożyczki)	7 500	II. Należne wpłaty na kapitał podstawowy	–7 500
		III. Kapitał zapasowy	2 500
		IV. Pozostałe kapitały rezerwowe	10 000
B. Aktywa obrotowe	8 500	B. Zobowiązania	12 000
I. Zapasy	7 000		
II. Inwestycje krótkoterminowe (w tym: aktywa pieniężne)	1 500		
Aktywa razem	42 000	Pasywa razem	42 000

Tabela 7

Bilans spółki BETA po emisji akcji serii „B” i pokryciu akcji przez spółkę GAMMA (w zł)

AKTYWA		PASywa	
A. Aktywa trwałe	33 500	A. Kapitał własny	37 500
I. Rzeczowe aktywa trwałe	26 000	I. Kapitał podstawowy	25 000
II. Inwestycje długoterminowe (w tym: udzielone pożyczki)	7 500	II. Należne wpłaty na kapitał podstawowy	–
		III. Kapitał zapasowy	2 500
		IV. Pozostałe kapitały rezerwowe	10 000
B. Aktywa obrotowe	16 000	B. Zobowiązania	12 000
I. Zapasy	7 000		
II. Inwestycje krótkoterminowe (w tym: aktywa pieniężne)	9 000		
Aktywa razem	49 500	Pasywa razem	49 500

Z powyższego wynika, że finansowanie nabycia emitowanych akcji z kapitału rezerwowego nie wpływa na ogólną sumę bilansową, zmienia się tylko struktura aktywów. Kapitał rezerwowy utworzony na tego rodzaju wydatki nie ulega zmianom przez cały okres tego finansowania. W tym przykładzie ma miejsce emisja akcji z tzw. *agio*, co znalazło wyraz w zwiększeniu kapitału zapasowego. Nadto, przejściowo akcje nowej emisji nie zostały pokryte, co odzwierciedlono w kapitale własnym ze znakiem ujemnym w pozycji „Należne wpłaty na kapitał podstawowy”.

W związku z powyższym przykładem nasuwają się jednak pewne uwagi i wątpliwości. Mianowicie, znowelizowany kodeks spółek handlowych w materii finansowania nabycia bądź objęcia emitowanych akcji nie określa, czy po dacie użycia na ten cel kapitału rezerwowego (tak naprawdę tylko formalnego bilansowego) można go ponownie wykorzystać na podobne cele, mimo że finansowany nie dokonał zwrotu środków finansowych (jak w tym przykładzie, pożyczka jest do zwrotu po trzech latach). Przy tego rodzaju operacjach bowiem wartość bilansowa utworzonego kapitału rezerwowego nie zmienia się. Ponadto nie jest jasne, czy po dokonaniu spłaty długu finansowanej z utworzonego na ten cel kapitału rezerwowego można dokonać podziału tej części kapitału rezerwowego na inne kapitały bądź na dywidendy dla akcjonariuszy. Byłoby to logiczne rozwiązanie, gdyż we wcześniejszych okresach dotychczasowi akcjonariusze zrezygnowali z wyższych dywidend na rzecz wsparcia finansowego przyszłych akcjonariuszy spółki.

3. Wpływ restrukturyzacji z wykorzystaniem zadłużenia na wartość dla akcjonariuszy

Rekapitalizacja spółki na podstawie zadłużenia, polegająca na zamianie akcji na dług, na przykład wskutek zaciągnięcia kredytu pod zastaw własnych akcji, skutkuje zwiększeniem wartości zadłużenia oraz udziału tego zadłużenia w łącznej wartości kapitału własnego i zobowiązań spółki. Pierwsza ocena takiej operacji mogłaby wskazywać na jej nieekonomiczność czy nieracjonalne zachowanie, gdyż w miarę wzrostu zadłużenia wzrasta także prawdopodobieństwo upadłości. Niekoniecznie jednak musi się sprawdzić taki czarny scenariusz. Wręcz odwrotnie, taka restrukturyzacja może wpłynąć na wzrost wartości spółki i korzyści dla akcjonariuszy. Przedstawiono to na poniższym przykładzie.

Przykład 3

Spółka akcyjna OMEGA zaciągnęła kredyt bankowy pod zastaw na własne akcje o wartości 4000 zł. Na ten cel utworzyła wcześniej kapitał rezerwowy o tejże wartości. Kształtowanie się odpowiednich wielkości rocznych w okresie przed i po restrukturyzacji finansowej przedstawiono poniżej.

Tabela 8

Bilans spółki OMEGA przed restrukturyzacją (w zł)

AKTYWA		PASYWA	
A. Aktywa trwałe	32 000	A. Kapitał własny	30 000
		I. Kapitał podstawowy	20 000
		II. Kapitał rezerwowy	4 000
		III. Zysk netto	6 000
B. Aktywa obrotowe	8 000	B. Zobowiązania	10 000
I. Zapasy	8 000	I. Zobowiązania z tytułu dostaw	10 000
II. Środki pieniężne	–	II. Kredyty bankowe	–
Aktywa razem	40 000	Pasywa razem	40 000

Do ustalenia efektów restrukturyzacji finansowej przyjęto następujące założenia:

1. Roczne oprocentowanie zaciągniętego kredytu bankowego wynosi 10%, a więc stosowne odsetki wyniosą 400 zł.
2. Stopa podatku dochodowego wynosi 19%.
3. Spółka uzyska rentowność operacyjną zaangażowanych aktywów (kapitałów) co najmniej na takim poziomie, jak w okresie przed restrukturyzacją.

Rentowność operacyjną zaangażowanych aktywów wyraża relacja zysku operacyjnego do wartości aktywów. Za zysk operacyjny uważa się zysk ze sprzedaży produktów i towarów, czyli tzw. EBIT (ang. *earnings before interest and taxes* – zysk przed zapłatą odsetek i opodatkowaniem). Przedstawia to wzór:

$$ROA = \frac{EBIT}{ZA}$$

gdzie:

ROA – rentowność operacyjna zaangażowanych aktywów,

EBIT – zysk operacyjny,

ZA – zaangażowane aktywa.

W niniejszym przykładzie nie podano szczegółowych danych o strukturze wyniku zysku netto, w związku z czym do wielkości zysku operacyjnego należy dojść następująco:

$$EBIT = \frac{ZN}{1-p} + O$$

gdzie:

ZN – zysk netto,

O – kwota odsetek od kapitałów dłużnych,

p – stopa podatku dochodowego.

Zatem wartość EBIT w okresie przed restrukturyzacją wynosiła 7407 zł (6000:0,81), zaś ROA – rentowność jednostki aktywów 0,185 zł/zł (7407:40000). Po zaciągnięciu kredytu i wzroście wartości zaangażowanych aktywów wartość EBIT powinna wynieść 8140 zł (44000*0,185). Na tej podstawie, po przekształceniu poprzedniego wzoru można ustalić kwotę rocznego zysku w okresie po restrukturyzacji, a więc:

$$ZN = (EBIT - O) * (1 - p)$$

Obliczony zysk netto po restrukturyzacji wyniesie 6269 zł [(8140-400)*(1-p)]. Na tej podstawie można już sporządzić bilans dla okresu po restrukturyzacji.

Tabela 9

Bilans spółki OMEGA po restrukturyzacji (w zł)

AKTYWA		PASYWA	
A. Aktywa trwałe	32 000	A. Kapitał własny	30 269
		I. Kapitał podstawowy	20 000
		II. Kapitał rezerwowy	4 000
		III. Zysk netto	6 269
B. Aktywa obrotowe	12 269	B. Zobowiązania	14 000
I. Zapasy	8 000	I. Zobowiązania z tytułu dostaw	10 000
II. Środki pieniężne	4 269	II. Kredyty bankowe	4 000
Aktywa razem	44 269	Pasywa razem	44 269

Wykazane w aktywach środki pieniężne w kwocie 4269 jest to suma środków z zaciągniętego kredytu w kwocie 4000 zł oraz przyrostu czystej nadwyżki finansowej w kwocie 269 zł, będącej różnicą pomiędzy zyskiem netto w roku po restrukturyzacji a zyskiem netto w roku przed restrukturyzacją (6269-6000).

W tabeli 10 zestawiono podstawowe wskaźniki charakteryzujące sytuację finansową spółki oraz korzyści dla akcjonariuszy po restrukturyzacji wskutek zadłużenia pod zastaw akcji.

Tabela 10

Mierniki finansowe przed i po restrukturyzacji spółki na podstawie zadłużenia

Lp.	Wyszczególnienie	Jedn. miary	Przed restrukturyzacją	Po restrukturyzacji	Zmiana
1	Zysk ze sprzedaży (EBIT)	zł	7 407	8 140	733
2	Zysk netto	zł	6 000	6 269	269
3	Wartość kapitału własnego	zł	30 000	30 269	269
4	Udział kapitału obcego w kapitałach ogółem	%	25,0	31,6	6,6
5	Rentowność netto kapitału akcyjnego (zysk netto/kapitał akcyjny)	zł/zł	0,300	0,313	0,013
6	Rentowność kapitału własnego (zysk netto/kapitał własny)	zł/zł	0,200	0,207	0,007
7	Rentowność netto kapitałów ogółem (zysk netto/kapitały ogółem)	zł/zł	0,150	0,142	-0,008
8	Stopień dźwigni finansowej	%	1,000	1,052	0,052

Z przedstawionych obliczeń wynika, że restrukturyzacja finansowa wprowadzić pogorszyła strukturę kapitałów, ale generalnie była korzystna zarówno dla spółki, jak i dla akcjonariuszy. Efekty ekonomiczne uzyskane z zaciągniętych kredytów były na tyle wysokie, że pozwoliły nie tylko na spłatę odsetek, ale jeszcze uzyskano czystą nadwyżkę finansową w postaci większej kwoty zysku niż w roku przed restrukturyzacją. Ponieważ spółka uzyskała większy zysk aniżeli przy zastosowaniu wyłącznie kapitału własnego, wystąpił dodatni (pozytywny) efekt dźwigni finansowej. Efekt ten jest wzmocniony wskutek tego, że koszty odsetek są kosztem podatkowym, a więc zmniejszają kwotę podatku dochodowego. Jest to tzw. efekt tarczy (osłony) podatkowej. W przykładzie efekt ten wynosi 76 zł ($400 \cdot 0,19$). Stopień dźwigni finansowej można ustalić na wiele sposobów. Jeden z nich wyraża następujący wzór:

$$DFL = \frac{EBIT}{EBIT - \text{Odsetki}}$$

Wskaźnik ten wskazuje, o ile procent wzrośnie rentowność kapitału własnego, jeśli zysk operacyjny (zysk przed spłatą odsetek i opodatkowaniem) wzrośnie o 1%. W przypadku spółki OMEGA oznacza to, że wzrost zysku operacyjnego o 1% powoduje wzrost rentowności kapitału własnego o 1,052%.

Pozytywne efekty zastosowania kapitału obcego do finansowania przedsiębiorstwa można uzyskiwać przy spełnieniu pewnych warunków:

1. Realizowana działalność gospodarcza musi zapewnić pokrycie wydatków związanych z kapitałem obcym.
2. Koszt pozyskania kapitału obcego musi być niższy od stopy zwrotu kapitału.
3. Stopa zwrotu kapitału zrekompensuje ryzyko finansowe podejmowane przez kapitałodawców.

Generalnie przedsiębiorstwo może korzystać z kapitału obcego w takich rozmiarach, które nie spowodują zachwiania jego sytuacji finansowej. Dopuszczenie więc przez prawo zadłużania się spółek pod zastaw akcji z pewnością może przyczynić się do większego wykorzystywania istniejących nadwyżek pieniężnych na rynku kapitałowo-pięniężnym oraz obniżenia kosztów zewnętrznego finansowania. Akcje spółki zadłużającej się są bardzo dobrym zabezpieczeniem ekonomicznym. Spółka korzystająca z takiej opcji finansowania w zasadzie nie powinna mieć problemów ze spłatą długu, gdyż dla celów zastawu musi przecież utworzyć wcześniej kapitał rezerwowy. Oczywiście ważne przy tym jest pokrycie tego kapitału w aktywach.

Zakończenie

Rozwiązania prawne w zakresie instytucji kapitału zakładowego powinny być bardziej elastyczne w kierunku wzmacniania efektywności i konkurencyjności spółek oraz dopuszczać każde rozwiązanie „ratujące” spółkę przed ewentualną upadłością czy likwidacją, o ile oczywiście nie naruszonoby interesu wierzycieli. Można tylko żałować, że dopiero wiążący kraje członkowskie Traktat Unii Europejskiej zainspirował Polskę do implementacji bardziej elastycznych regulacji w obszarze stosunków własnościowych (należało to uczynić do 15 kwietnia 2008 r.), a nie uczyniono tego już kilka lat wcześniej. Z pewnością niejedna spółka już upadła, choć mając realną szansę na generowanie nadwyżki środków pieniężnych pod dobrym kierownictwem, uniknęłaby tego procesu. Dotyczy to między innymi spółek, w których Skarb Państwa jest dominującym lub jedynym udziałowcem. Każde z przedsiębiorstw utworzone przez inne nieprywatne jednostki gospodarcze lub z przewagą udziałów przedsiębiorstw nieprywatnych jest faktycznie przedsiębiorstwem państwowym, niezależnie od jego statusu formal-

nego (czy jest to spółka kapitałowa czy przedsiębiorstwo państwowe). Zachowanie ekonomiczne takiego przedsiębiorstwa zależy bowiem w dużej mierze od ekonomicznej orientacji udziałowców, wyrażanej chociażby w oczekiwanych kompetencjach członków rad nadzorczych, kompetencjach mianowanych członków zarządów, stosowanej polityce podziału zysku netto.

Polska powinna bardzo szybko wdrażać konkurencyjne rozwiązania w zakresie prawa spółek w stosunku do praw spółek innych państw członkowskich, gdyż przedsiębiorcy z Unii Europejskiej mają możliwość wyboru systemu prawnego, któremu podlegają zawiązywane przez nich spółki. Jest to zupełnie *novum*, by zawiązać spółkę zgodnie z prawem jednego państwa członkowskiego i prowadzić za jej pośrednictwem działalność w innym państwie. Wdrożenie nowych regulacji prawnych w zakresie wykupu własnych akcji oraz finansowania przez spółki emitowanych akcji pozwoli na zwiększenie konkurencyjności polskiej gospodarki i przedsiębiorczości, a także rozwój niepublicznego rynku kapitałowego. Spółki akcyjne będą miały większą szansę rozwoju, zwiększy się ich zdolność kredytowa. Będą też miały wpływ na strukturę akcjonariusz, w wyniku czego można przeciwdziałać wrogim przejęciom. Nie do przecenienia jest też stworzenie prawnych warunków dla uwłaszczenia kadry menedżerskiej i pracowników.

COMMERCIAL COMPANIES RESTRUCTURING BY STOCK REPURCHASE ON THE DEBT BASE

Summary

The aim of this article is to present the possible forms of commercial company financial restructuring with debt using. The key issues such restructuring is stock repurchase by preference shareholders, as management or private equity. With these investors there is a possibility to increase the benefits for all shareholders (old and new) in a long term.

Obligatory Polish commercial law isn't friendly to promote realisation of these forms of restructuring. But new act in this subject is prepared and we hope that it influences beneficially on the global economic and social situation in Poland. The main new regulation consists of repurchasing own shares by company and financing other investors who want to purchase shares from the new issue of stocks.

Ewa Janik

CZYNNOŚCI WŁAŚCICIELSKIE W PROCESIE PRZEKSZTAŁCANIA SPÓŁEK HANDLOWYCH¹

Wprowadzenie

Przekształcenia spółek handlowych zostały uregulowane w ramach Kodeksu spółek handlowych². Ustawodawca docenił istotną rolę instytucji przekształcenia spółek i uregulował ją w przepisach działu III tytułu IV Kodeksu spółek handlowych zatytułowanym „Przekształcenia spółek”, obejmującym przepisy art. 551-584 ksh. Do przekształcenia spółek odnoszą się dwie grupy przepisów: przepisy ogólne (art. 551-570 ksh) oraz przepisy szczególne (art. 571-584 ksh). W konsekwencji do danej konfiguracji spółek stosuje się przepisy ogólne i właściwą grupę przepisów szczególnych. Przepisy ogólne regulują wspólne zasady wszelkich konfiguracji przekształcenia. W przepisach szczególnych zawarte są przepisy indywidualizujące postępowanie przekształceniowe w zależności od poszczególnych grup konfiguracji przekształcenia, np. spółki osobowe w spółki kapitałowe (art. 571-574 ksh), spółki kapitałowe w spółki osobowe (art. 575-576 ksh), spółki kapitałowe w spółki kapitałowe (art. 577-580 ksh) oraz spółki osobowe w spółki osobowe (art. 581-584 ksh). W aktualnym stanie prawnym ustawodawca daje możliwość przekształcenia wszystkich typów spółek handlowych.

Ustawodawca polski, a także orzecznictwo i literatura poruszając zagadnienia przekształcenia spółek posługują się pojęciem przekształcenia w wąskim tego słowa znaczeniu. W znaczeniu sensu stricto przekształceniem jest taka

¹ Artykuł jest fragmentem rozprawy doktorskiej obronionej w 2006 r. na Akademii Ekonomicznej w Katowicach.

² Ustawa z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych (dalej ksh) (Dz.U. z 2000 r., nr 94, poz. 1037 z późn. zm.).

zmiana strukturalna podmiotu prawnego, która została nazwana przez prawodawcę przekształceniem oraz której procedura została odrębnie uregulowana w akcie prawnym bez konieczności rozwiązania i likwidacji tegoż podmiotu³.

Wydaje się, że de lege lata przekształcenia, całościowo już uregulowane, może być wyróżnione w sposób formalny, czyli w znaczeniu, które jest wprost definiowane w akcie prawnym jako przekształcenia. W procesie przekształcenia spółki brakuje okresu przejściowego, który mógłby mieć wpływ na byt prawny spółki. W wyniku przekształcenia zostaje zachowana ciągłość prawna przekształcanego podmiotu niezależnie od faktu, jaką konfigurację typów spółek obejmie przekształcenie

Większości doktryny, między innymi M. Allerhand, J. Jacyszyn, W. Wiśniewski, I. Weiss, A. Witosz⁴, wyraża taki sam pogląd, iż przekształcenie spółki handlowej opiera się na zasadzie tożsamości podmiotu przekształcanego i przekształconego. Pogląd ten różnie jest nazywany – zasadą tożsamości, ciągłości czy kontynuacji⁵.

1. Istota wyodrębnienia faz procedury przekształcenia spółek handlowych⁶

Procedura przekształcenia spółek zgodnie z Kodeksem spółek handlowych wymaga szeregu określonych czynności niezbędnych do realizacji prze-

³ Przekształcenia spółek (sensu stricto) polegają na modyfikacji typologicznej spółki i zmianie tylko jej typu. Wskazać należy, że pojęcie „typ spółki” jest pojęciem normatywnym. Zgodnie z treścią przepisu art. 563 pkt 1 ksh, w uchwale o przekształceniu winien być określony co najmniej typ spółki, w jaki zostaje przekształcona. Z tego można wnioskować, że to nie jest zmiana formy prawnej prowadzenia działalności danego podmiotu prawa. Działalność jest dalej prowadzona w formie spółki, lecz w innym jej typie. W literaturze przedmiotu przekształcenie traktuje się jako zmianę formy działalności spółki, co jest zabiegiem niepoprawnym z normatywnego punktu widzenia. Zob. A. Witosz, *Restrukturyzacja spółek handlowych*, Branta, Bydgoszcz-Katowice 2005, s. 30-31.

⁴ Autorzy podkreślają, iż przekształcenie nie jest założeniem nowej spółki oraz rozwiązaniem dotychczasowej, zachodzi bowiem ciągłość między „nową” a „dawną” spółką i tylko forma ustroju jest inna. Tak: M. Allerhand, *Kodeks handlowy. Komentarz*, Studio Sto, Bielsko-Biała 1998; J. Jacyszyn, K. Wręczycka, *Transformacja spółek osobowych. Przekształcenie spółki cywilnej w spółkę prawa handlowego. Porównanie spółek osobowych*, Librata, Bielsko-Biała 2001, s. 193 i n.; A. Witosz, *Przekształcenia spółek w kodeksie spółek handlowych*, Bydgoszcz-Katowice 2001, s. 5; A.W. Wiśniewski, *Prawo o spółkach. Podręcznik praktyczny*, Tom III: *Spółka akcyjna*, Warszawa 1994, s. 231.

⁵ Założeniem Kodeksu spółek handlowych było oparcie się na zasadzie kontynuacji. Zasadę tę wyraża przepis art. 553 § 1 ksh, stanowiący, iż spółce przekształconej „przysługują” wszystkie prawa i obowiązki spółki przekształcającej. Przepisy Kodeksu spółek handlowych dotyczące przekształcenia, odmiennie niż ma to miejsce w przypadku łączenia oraz podziału spółek, nie ustanawiają następstwa prawnego ogółu praw i obowiązków spółki przekształcającej. Niewątpliwie nie jest wyartykułowaniem istnienia sukcesji treści przepisu art. 553 § 1 i 2 ksh, na co wskazuje stwierdzenie, iż spółce przekształconej „przysługują” prawa i obowiązki spółki przekształcającej, nie zaś, że „wstępuje” ona w te prawa i obowiązki. Por. także Wyrok z dnia 7 grudnia 2005 r. NSA w Warszawie (II FSK 6/2005). Szerzej na temat następstwa prawnego w przekształcaniu spółek handlowych: E. Janik, *Następstwo prawne w przekształcaniu spółek handlowych*, [w:] *Restrukturyzacja spółek handlowych. Zagadnienia ekonomiczne i prawne*, red. J. Wojtyła i A. Witosz, „Studia Ekonomiczne”, Z. 49, AE, Katowice 2008, s. 89-108.

⁶ Procedura przekształcenia spółek handlowych rozumiana jako poszczególne etapy przekształcenia.

kształcenia, które w końcowym efekcie doprowadzą do zmiany formy prawnej spółki z jednego jej typu w inny. Przekształcenie spółek nie następuje *uno actu*, nie jest czynnością jednorazową, lecz określonym ciągiem czynności pozostających ze sobą w pewnym związku.

Są to czynności o różnym charakterze⁷, obejmują między innymi czynności przygotowawcze polegające na określeniu celów, korzyści, jakie niesie przekształcenie w zależności od typu spółki przekształcanej (faza przygotowawcza *sensu largo*)⁸, a także przygotowanie planu przekształcenia wraz z wymaganymi załącznikami, poddanie go weryfikacji biegłych rewidentów oraz zawiadomienie wspólników (akcjonariuszy) o zamiarze przekształcenia (faza przygotowawcza *sensu stricto*).

Następnie są to czynności decyzyjne, które polegają w szczególności na powzięciu uchwały o przekształceniu spółki, powołaniu członków organów spółki przekształcanej (spółka kapitałowa) lub określeniu wspólników prowadzących sprawę tej spółki i ją reprezentujących (spółka osobowa). Ponadto konieczne jest zawarcie umowy lub podpisanie statutu spółki przekształcanej. Ostatnią czynnością o charakterze formalnym jest rejestracja i ogłoszenie przekształcenia, z którym to momentem następuje zakończenie czynności postępowania przekształceniowego.

Wszystkie te czynności pozostają ze sobą w określonym związku, tworząc ciąg czynności faktycznych i prawnych rozumianych jako układ, w którym powiązane są one ze sobą w kolejności następstwa⁹.

Ciąg czynności prawnych zmierza do realizacji założonego celu, a poszczególne ogniwa pozostają ze sobą w związku:

- czasowym,
- przyczynowym,
- prawnym¹⁰.

⁷ Rozwiązania przyjęte w tym zakresie przez Kodeks spółek handlowych, a regulujące postępowanie związane z przekształcaniem spółek handlowych w sposób wspólny „modelowy” dla wszystkich możliwych konfiguracji są nawiązaniem przez ustawodawcę do postanowień Trzeciej Dyrektywy Rady Wspólnot Europejskich nr 78/855/EWG z dnia 9 października 1978 r. o łączeniu spółek akcyjnych (OJ L295 z dnia 20 października 1978 r., s. 36).

⁸ Na przekształcenie *sensu largo* składają się czynności faktyczne i prawne niezbędne do tego, aby doszło do przekształcenia *sensu stricto*.

⁹ Szerzej I. Weiss, Ciągi czynności prawnych w procesach budowlanych (cz. I), „Monitor Prawniczy” 1999, nr 5, s. 155; I Weiss, Ciągi czynności prawnych w procesach budowlanych (cz. II), „Monitor Prawniczy” 1995, nr 6, s. 185.

¹⁰ Poszczególne czynności przekształcenia są powiązane związkiem czasowym, który oznacza, iż przebiegają po sobie w określonej kolejności czasowej. Z kolei związek przyczynowy powoduje, że poprzednie ogniwo stanowi przyczynę ogniwa kolejnego, które jest jego skutkiem. Związek prawny polega na tym, że przepisy prawa określają kolejność poszczególnych ogniw w danym ciągu oraz przesłanki ich zastosowania, uzależniając możliwość zastosowania określonego ogniwa od uprzedniej realizacji innych ogniw, która podlega określonej ocenie. Por. I. Weiss, Ciągi czynności prawnych... (cz. I), op.cit., s. 155 i n.

Przechodzenie przez poszczególne czynności procesu przekształcenia nie może być pozostawione swobodzie samej spółki. Wtedy bowiem kryterium ich stosowania stałoby się kryterium o charakterze pragmatycznym dla danej spółki w konkretnym przypadku przekształcenia, a zasada niewyrządzenia tym procesem szkody spółce, wspólnikom (akcjonariuszom) oraz osobom trzecim nie byłaby do końca przestrzegana.

W procesie przekształcenia spółek wyróżnia się: fazę przygotowawczą¹¹ sensu largo i sensu stricto¹², fazę podejmowania uchwał oraz fazę rejestracji i ogłaszania, którym odpowiada faza menedżerska, właścicielska¹³ oraz sądowa¹⁴.

Natomiast w obrębie poszczególnych faz: menedżerskiej, właścicielskiej i sądowej¹⁵, zawarte są poszczególne czynności, które muszą być dokonane, aby nastąpiło przekształcenie spółki¹⁶.

Zatem faza menedżerska obejmuje czynności przygotowawcze polegające na sporządzeniu planu przekształcenia wraz z załącznikami (art. 557-558 ksh), poddaniu planu badaniu biegłych rewidentów (art. 559 ksh) oraz zawiadomieniu wspólników o zamiarze przekształcenia (art. 560 ksh). Faza ta nie jest jednak tak dominująca, jak w przypadku połączenia i podziału spółek. Charakterystyczne jest, że przy przekształceniu aktywniejsza jest rola wspólników, w przeciwieństwie do podziału i połączenia.

¹¹ Pojęcie faza przygotowawcza nie jest pojęciem normatywnym. Jest ono wyrazem dążeń doktryny do usystematyzowania dla celów badawczych wspólnych instytucji prawnych poprzedzających podjęcie stosownych w tym zakresie uchwał przez wspólników albo zgromadzenie wspólników bądź walne zgromadzenie. Por. A. Witosz, *Restrukturyzacja spółek handlowych*, Branta, Bydgoszcz-Katowice 2005, s. 78-79.

¹² Fazę przygotowawczą sensu stricto i sensu largo trafnie rozróżnił A. Witosz. Zob. A. Witosz, *Przekształcenia spółek w kodeksie...*, op.cit., s. 24. Czynności przygotowawcze stanowią pierwszą i zarazem najobszerniejszą pod względem liczby przeprowadzanych czynności faktycznych i prawnych fazę przekształcenia. Faza tych czynności nie oznacza jednak od początku działań związanych z przekształceniem spółki, które w praktyce mają miejsce przed podjęciem czynności przygotowawczych w rozumieniu kodeksowym. Czynności przygotowawcze, które prowadzą do przekształcenia spółki, możemy podzielić na czynności pozakodeksowe i kodeksowe. Czynności pozakodeksowe (sensu largo) mają miejsce wówczas, gdy stawia się pytanie, kto i kiedy może „zrobić pierwszy krok” w proces przekształcenia spółek lub jaka jest celowość przekształcenia. Będą to czynności o charakterze inicjującym proces przekształcenia, jak i czynności o charakterze faktycznym oraz prawnym, których końcowym wynikiem będzie sporządzenie planu przekształcenia.

¹³ Nazwa ta ma oznaczać podjęcie decyzji przez wspólników (akcjonariuszy) spółki, lecz z prawnego punktu widzenia, nie są oni właścicielami spółki, gdyż ta zawsze jest podmiotem prawa. Nazwa faza właścicielska jest skrótem myślowym, wywodzącym się z nauk ekonomicznych, które niekiedy określają wspólników jako (ekonomicznych) właścicieli spółki. Por. A. Szumański, *Łączenie się spółek w świetle Kodeksu spółek handlowych*, „Prawo Spółek” 2001, nr 3, s. 13; Ł. Gasiński, J. Modrzejewski, *Natura stosunku korporacyjnego spółki akcyjnej*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2000, nr 8, s. 2.

¹⁴ Faza sądowa jest także zwana fazą autoryzacji przez organy państwa. Por. W. Pyziół, A. Szumański, I. Weiss, *Prawo spółek*, Branta, Bydgoszcz 2006, s. 891.

¹⁵ Nazwy faz mają ewidentnie „hasłowy” charakter, ułatwiają jednak znacznie prostsze podzielenie procedury na wyraźnie wyróżnione części oraz przybliżają ich charakter. Główną rolą podziału na fazy jest ułatwienie analizy poszczególnych czynności wymaganych przez Kodeks spółek handlowych.

¹⁶ Należy zwrócić uwagę, że wyróżnienie trzech faz oraz zestawu czynności, które się na nie składają, było wyraźnym ukształtowaniem procedury przekształcenia na podobieństwo procedury łączenia i podziału spółek handlowych, wzorowanych z kolei na ustawodawstwie UE.

Druga faza, będąca przedmiotem niniejszego artykułu, obejmuje podjęcie przez wspólników uchwał o przekształceniu oraz złożenie oświadczeń o uczestnictwie wspólników w spółce przekształconej (art. 564-565 ksh). W związku z podejmowaniem uchwał przez wspólników fazę tę określa się jako właścicielską. Konieczne jest w niej powołanie członków organów spółki przekształconej lub określenie wspólników prowadzących sprawę spółki i reprezentujących ją, zawarcie umowy spółki lub podpisanie statutu spółki.

Ostatnim etapem jest rejestracja, tj. wpis spółki przekształconej i wykreślenie przekształcanej (art. 569 ksh – faza sądowa) oraz ogłoszenie przekształcenia spółki.

Procedura przekształcenia obejmuje wszystkie możliwe konfiguracje typów spółek. Niemniej jednak w każdej z nich występują pewne charakterystyczne rozwiązania, uzasadnione specyfiką danego przekształcenia, np. podejmowanie uchwał.

2. Podejmowanie uchwały w procesie przekształcenia spółki

Jedną z ważniejszych czynności w procesie przekształcenia spółek jest podjęcie uchwały o przekształceniu. Bezpośrednio przed powzięciem uchwały w sprawie przekształcenia spółki zarząd w spółkach kapitałowych albo wspólnicy prowadzący sprawę spółki w spółkach osobowych powinni ustnie przedstawić istotne elementy treści planu przekształcenia i opinii biegłego rewidenta. Głównym celem przedstawienia w/w elementów jest przypomnienie raz jeszcze, już po upływie czasu od przeglądania dokumentów, podstawowych zasad przyjmowanych w związku z przekształceniem. Wydaje się, iż celowe byłoby umieszczenie przepisu art. 561 § 2 ksh w innym miejscu, np. w art. 562 § 2 ksh, ponieważ łączy się już z fazą właścicielską procesu przekształcenia.

Przekształcenie spółki wymaga powzięcia uchwały (art. 562 § 1 ksh), przy czym – sposób podjęcia uchwały będzie zależał od typu spółki przekształcanej i przekształconej: w przypadku przekształcenia spółki osobowej – przez wspólników na posiedzeniu, w przypadku przekształcenia spółki kapitałowej – przez zgromadzenie wspólników lub walne zgromadzenie¹⁷.

Sposób powzięcia uchwały określony jest w związku z przepisem art. 562 § 1 KSH w treści:

¹⁷ Por. R. Pabis, Przekształcenie spółek handlowych w świetle nowych regulacji (cz. II), „Prawo Spółek” 2002, nr 7-8, s. 50.

- art. 571 KSH odnośnie przekształcenia spółki osobowej w spółkę kapitałową,
- art. 575 KSH odnośnie przekształcenia spółki kapitałowej w spółkę osobową,
- art. 577 KSH § 1 pkt 1 KSH odnośnie przekształcenia spółki kapitałowej w inną spółkę kapitałową,
- art. 581 KSH odnośnie przekształcenia spółki osobowej w inną spółkę osobową.

Warunkiem powzięcia uchwały, która pozwoli na przekształcenie spółki jawnej albo spółki partnerskiej, jest opowiedzenie się za przekształceniem wszystkich wspólników. Prawo głosu w tym zakresie przysługuje każdemu wspólnikowi, partnerowi bez względu na zakres praw, jakie posiada w spółce przekształcanej. W spółce partnerskiej dotyczy to także sytuacji, gdy prowadzenie jej spraw powierzono zarządowi spółki.

Zasada jednomyślności zachodzi w przypadku przekształcenia spółki jawnej lub partnerskiej w inną spółkę osobową albo spółkę kapitałową. W spółce komandytowej i komandytowo-akcyjnej (mimo że obydwie są spółkami osobowymi) kodeks wprowadził rozróżnienie, które występuje w zależności od typu spółki przekształcanej (osobowej czy kapitałowej). Przepis art. 571 ksh, który dotyczy przekształcenia spółki komandytowej i komandytowo-akcyjnej w spółkę osobową, należy uznać za *lex specialis* w stosunku do przepisu art. 121 § 2 ksh oraz do przepisu art. 414 w związku z przepisem art. 126 § 1 pkt 2 ksh. W sprawach przekraczających zakres zwykłych czynności spółki komandytowej, na gruncie przepisów o spółce jawnej, potrzebna jest jednomyślność wszystkich wspólników nawet tych, którzy zostali wyłączeni od prowadzenia spraw spółki (art. 43 ksh), chyba że umowa spółki komandytowej stanowi inaczej.

Jeżeli umowa spółki komandytowej nie przewiduje surowszych warunków, przepis art. 571 KSH ustanawia bezwzględnie wiążący obowiązek jednomyślności wszystkich komplementariuszy i wymóg, co najmniej 2/3 sumy komandytowej po stronie komandytariuszy. Przez sumę komandytową należy rozumieć sumę sum komandytowych, czyli sumę, która podlega wpisowi do rejestru (por. art. 110 § 1 pkt 5 ksh oraz art. 38 pkt 6 lit. d U.KRS¹⁸). Kodeks spółek handlowych stanowi, iż suma komandytowa stanowi cyfrowo określoną kwotę pieniężną wyrażoną w pieniądzu (np. złotych), która wyznacza górną granicę odpowiedzialności osobistej komandytariusza za zobowiązania spółki wobec jej wierzycieli. Nie stanowi żadnej konkretnej wartości wnoszonej do majątku spółki¹⁹. Suma ta może być dla każdego komandytariusza różna. Przez sumę komandytową rozumie się sumę poszczególnego komandytariusza, którą określa się

¹⁸ Ustawa z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym (Dz.U. z 2001 r., nr 17, poz. 209 – j.t.).

¹⁹ Por. A. Kidyba, *Prawo handlowe*, Zakamycze, Warszawa 2007, s. 294.

w umowie spółki, zaś w rejestrze przedsiębiorców ujawnia się sumarycznie sumę komandytową wszystkich komandytariuszy²⁰. Jak wskazuje J. Lic, korzystniejsze byłoby określenie „wysokość sum komandytowych”²¹.

Zgodnie z treścią przepisu art. 571 ksh chodzi o sumę komandytową ujawnioną w rejestrze przedsiębiorców. Rozwiązanie powyższe oznacza, iż założona wielkość 2/3 nie zakłada większości komandytariuszy danej spółki komandytowej. Pomimo, że liczebnie większość komandytariuszy będzie głosowało przeciwko uchwale przekształceniowej, to wobec osiągnięcia co najmniej większości 2/3 sumy komandytowej uchwała o przekształceniu będzie skuteczna. Wynika to z faktu, iż konstrukcja spółki komandytowej nie zakłada równości sumy komandytowej dla każdego z komandytariuszy.

Z treści przepisu art. 414 ksh wynika, że uchwały (walnego zgromadzenia) zapadają bezwzględną większością głosów, chyba że przepisy działu „spółka akcyjna” lub statut regulują te kwestie inaczej. Przepis art. 571 ksh ustawiania więc automatycznie warunki jedynie dla przekształcenia spółki komandytowo-akcyjnej w spółkę kapitałową.

W głosowaniu walnego zgromadzenia nad uchwałą o przekształceniu spółki komandytowo-akcyjnej w spółkę kapitałową biorą udział także komplementariusze posiadający akcje tej spółki (por art. 132 § 1 w zw. z art. 142 § 4 ksh). Nie mogą jedynie brać udziału przy podejmowaniu uchwał o powołaniu albo odwołaniu członków rady nadzorczej – są pozbawieni prawa głosu z akcji. Wykluczona jest również możliwość udzielenia komplementariuszom pełnomocnictwa przez akcjonariuszy nie będących komplementariuszami do głosowania w powyższych sprawach.

Natomiast w przypadku przekształcenia spółki komandytowej i spółki komandytowo-akcyjnej w inną spółkę osobową zgodnie z treścią przepisu art. 581 ksh podjęcie uchwały następuje, jeżeli wypowiedzą się wszyscy wspólnicy (także akcjonariusze) „za”. Nie ma tu znaczenia charakter uprawnień i ciężenie obowiązków²². W przypadku przekształcania spółki komandytowej lub komandytowo-akcyjnej np. w spółkę jawną, zwiększy się zakres odpowiedzialności za zobowiązania wobec wierzycieli tych spółek i dlatego wszyscy wspólnicy (akcjonariusze) muszą wyrazić na to zgodę. Komandytariusze i akcjonariusze będą

²⁰ Wpis do rejestru sumy komandytowej ma charakter konstytutywny. Dotyczy to również rejestrowania zmian tej sumy. Szerzej: J. Szwaia, w: S. Soltysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaia, Kodeks spółek handlowych. Komentarz (t. II), Warszawa 2004, s. 567

²¹ Por. J. Lic, Pojęcie sumy komandytowej w kodeksie spółek handlowych, „Przegląd Prawa Handlowego” 2002, nr 2, s. 36.

²² Por. A. Witosz, w: J.A. Strzępka, W. Popiołek, A. Witosz, E. Zielińska, P. Pinior, Kodeks spółek handlowych. Komentarz. Orzecznictwo, C.H. Beck, Warszawa 2003, s. 1270-1271.

ponosić odpowiedzialność bez ograniczenia, całym swoim majątkiem solidarnie z innymi współnikami i spółką, ale w sposób subsydiarny.

Przekształcenie spółki kapitałowej w spółkę osobową wymaga podjęcia uchwały większością, co najmniej 2/3 kapitału zakładowego, jaki spółka kapitałowa posiada wpisany do rejestru na dzień podjęcia uchwały o przekształceniu spółki.

Uchwała o przekształceniu spółki kapitałowej w inną spółkę kapitałową musi zapaść, gdy opowiedzieli się za nią wspólnicy (akcjonariusze), którzy reprezentują co najmniej 50% kapitału zakładowego, a uchwała została podjęta większością 3/4 głosów. W tym przypadku została przyjęta zasada powiązania głosów z kapitałem zakładowym (w art. 575 ksh mowa jest tylko o kapitale). W związku z tym obowiązują tu wszelkie uprzywilejowania dotyczące głosu przyjęte w spółkach. Aby uniknąć sytuacji, w której głosy uprzywilejowane i tak mogą zdecydować o przekształceniu, jest wprowadzone drugie kryterium – kapitałowe. Nie chodzi w tej sytuacji o quorum niezbędne do podjęcia uchwały, ale aby za uchwałą opowiedzieli się wspólnicy reprezentujący co najmniej 50% kapitału zakładowego. Umowa lub statut może wprowadzić surowsze wymagania dotyczące podejmowania uchwał²³.

Bez względu na typ spółki przekształcanej czy przekształconej uchwała musi być zawsze zaprotokołowana przez notariusza (art. 562 § 2 ksh). Wydaje się, że lepszym określeniem byłoby przyjęcie, że protokół wraz z uchwałą o przekształceniu spółki powinien mieć taką formę. Zgodnie z treścią przepisu art. 104 ustawy Prawo o notariacie²⁴ notariusz spisuje protokoły walnych zgromadzeń w formie aktu notarialnego. Uchwała powinna być zawarta w protokole ze zgromadzenia sporządzonym przez notariusza²⁵, a protokół sporządza się w formie aktu notarialnego.

W spółce jawnej, partnerskiej czy komandytowej protokół podpisują wszyscy wspólnicy; w spółce komandytowo-akcyjnej, akcyjnej i z ograniczoną odpowiedzialnością – tylko przewodniczący zgromadzenia, o ile statut (umowa) spółki nie stanowi inaczej. Forma aktu notarialnego nie jest wymagana dla umowy spółki przekształcanej, jeżeli przepisy Kodeksu spółek handlowych takiej formy nie przewidują.

²³ P. Piątek, Przekształcenie spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w spółkę akcyjną, „Monitor Prawniczy” 2008, nr 1, s. 51 i n.

²⁴ Ustawa z dnia 14 lutego 1991 r. Prawo o notariacie (Dz.U. z 2002 r., nr 42, poz. 369 – j.t.).

²⁵ Notariusz nie jest zobowiązany do badania treści uchwał protokołowanych. Powinien jednak ocenić je z punktu widzenia formalnego, a przede wszystkim, czy były objęte porządkiem obrad i nie naruszają rażąco pozytywnych norm prawnych. Por. R. Szytk, Czynności notarialne w Kodeksie spółek handlowych. Kodeks spółek handlowych. Studia i materiały, Poznań-Kluczbork 2001, s. 745.

Sposoby zwoływania zebrania wspólników w spółce komandytowo-akcyjnej lub w pozostałych spółkach osobowych stanowią albo treść umowy (statutu), albo mogą być ukształtowane przez zwyczaj w danej spółce. Istotne jest, aby w spółkach osobowych był dowód należytego zawiadomienia.

Obecnie istnieją trzy równorzędne sposoby zawiadamiania o zgromadzeniu wspólników: listem poleconym, przesyłką nadaną pocztą kurierską oraz pocztą elektroniczną (pod pewnymi warunkami)²⁶. Zasady zwoływania wiążą się z zamiarem, ze strony spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, zachowania równości szans dla wszystkich wspólników (art. 20 ksh)²⁷.

W spółce akcyjnej zwoływanie walnych zgromadzeń jest uzależnione od liczby wspólników czy rodzaju akcji. Ze względu na szeroki krąg akcjonariuszy walne zgromadzenie zwołuje się przez ogłoszenie w Monitorze Sądowym i Gospodarczym²⁸ oraz ewentualnie, jeżeli statut tak stanowi, w inny sposób, np. przez radio, telewizję lub czasopismach. W sytuacji, gdy wszystkie akcje wyemitowane są akcjami imiennymi, możliwa jest inna forma zawiadomienia (list polecony, poczta kurierska lub inny sposób).

Na tle treści przepisów art. 428 i 429 ksh wyróżnia się dwa tryby udzielania informacji przed powzięciem uchwały przez spółkę. Pierwszy z nich nakłada na zarząd spółki albo wspólników prowadzących sprawę spółki obowiązek udzielania informacji podczas zebrania wspólników albo zgromadzenia wspólników bądź walnego zgromadzenia (jeżeli jest to uzasadnione dla oceny sprawy objętej porządkiem obrad, czyli przekształcenia się spółki). Drugi z uregulowanych trybów zezwala na udzielenie informacji poza zebraniem wspólników albo

²⁶ Wspólnik uprzednio wyraził na to zgodę; zgoda musi mieć formę pisemną; powinien być podany przez wspólnika adres, na który zawiadomienie powinno być wysłane. Adres powinien być podany przez wspólnika w treści dokumentu zawierającego wyrażenie zgody bądź w odrębnym dokumencie. Por. A. Herbert w: *Prawo spółek 2007/2008*, red. B. Wawrzyńczak-Jędryka, Dom Wydawniczy ABC, Warszawa 2007, s. 797 i n.

²⁷ Szerzej D. Wajda, *Zawiadomienie o zgromadzeniu wspólników*, „Prawo Spółek” 2008, nr 4, s. 16 i n.

²⁸ Przy spółkach o zmiennym stanie akcjonariatu, kiedy dotarcie bezpośrednie do wszystkich akcjonariuszy jest niemożliwe, ustawa przyjmuje fikcję, że zamieszczenie ogłoszenia w tej sprawie w publikatorze urzędowym, jakim jest Monitor Sądowy i Gospodarczy, spełnia wymóg powiadomienia wszystkich zainteresowanych, każdemu z nich bowiem stwarza jednakowe możliwości pozyskania informacji. Jeszcze surowsze wymagania ciążyą na spółkach publicznych, ponieważ informacja o walnym zgromadzeniu musi zostać upowszechniona nie tylko z racji przejrzystości stosunków korporacyjnych, ale nadto z uwagi na obowiązek realizacji dyrektywy transparentności rynku regulowanego. Dlatego też, poza wymienionym już art. 402 § 1 ksh, spółki publiczne podlegają dodatkowym obowiązkom informacyjnym w związku ze zwołaniem walnego zgromadzenia. Obowiązki te wyraża § 45 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 21 marca 2005 r. w sprawie informacji bieżących i okresowych przekazywanych przez emitentów papierów wartościowych, stosownie do którego spółka publiczna musi przekazać w formie raportu bieżącego na: a) 22 dni przed odbyciem walnego zgromadzenia takich informacji, jak data, godzina i miejsce odbycia walnego zgromadzenia, szczegółowy porządek jego obrad oraz data, miejsce i godzina, do której należy składać imienne świadectwa depozytowe lub zaświadczenia o złożeniu akcji w depozycie, zaś w przypadku zamierzonej zmiany statutu, dotychczas obowiązujące jego postanowienia i treść propozycji lub treść tekstu jednolitego wraz z wyliczeniem jego nowych lub zmienionych postanowień; b) 8 dni przed odbyciem walnego zgromadzenia – treść projektów uchwał oraz załączników do tych projektów, które mają być przedmiotem obrad walnego zgromadzenia. Por. A. Kidyba, M. Michalski, *Spółka akcyjna*, Oficyna Wolters Kluwer Business, Warszawa 2008, s. 455 i n.

zgromadzeniem wspólników bądź walnym zgromadzeniem, czyli w szerszym zakresie aniżeli określony został dla pierwszego trybu. Wspólnik albo akcjonariusz może w tym trybie żądać informacji dotyczących spółki (w ogóle). Prawo do informacji jest prawem mniejszości (indywidualnym), niezależnym od reprezentowanego kapitału zakładowego.

W pierwszym trybie wspólnik albo akcjonariusz winien przedstawić zarządowi lub wspólnikom prowadzącym sprawy spółki żądanie udzielenia informacji. Żądanie takie może złożyć albo przed zebraniem wspólników, zgromadzenia wspólników bądź walnego zgromadzenia, albo w trakcie jego trwania. Niemniej jednak wspólnik albo akcjonariusz winien wskazać zakres spraw, których żądanie informacji dotyczy tak, aby możliwa była ocena, czy udzielenie informacji jest uzasadnione dla oceny sprawy objętej porządkiem obrad. Sądzić należy, że będą to konkretne pytania dotyczące kwestii związanych ze skutkami, jakie dla spółki albo wspólników bądź akcjonariuszy pociągnie za sobą przekształcenie.

Udzielenie odpowiedzi winno nastąpić w trakcie danego zebrania wspólników albo zgromadzenia wspólników bądź walnego zgromadzenia. Kodeks spółek handlowych zezwala, o ile zachodzi „uzasadniony przypadek”, przedstawić te informacje później. Oznacza to w istocie przerwę w obradach albo odroczenie zebrania wspólników czy posiedzenia zgromadzenia wspólników lub walnego zgromadzenia. Mając na uwadze szybkość procesu przekształceniowego, takim uzasadnionym przypadkiem może być tylko konieczność zebrania przez zarząd albo wspólników prowadzących sprawy spółki odpowiednich informacji bądź dodatkowe zbadanie dokumentów spółki itp. Uzasadnione byłoby także ustalenie, czy nie zachodzą przesłanki usprawiedliwiające odmowę udzielenia informacji. Zarząd spółki albo wspólnicy prowadzący sprawy spółki powinni odmówić udzielenia informacji, gdy ich udzielenie mogłoby wyrządzić szkodę spółce, lub jeżeli mogłoby to narazić któregośkolwiek członka zarządu albo wspólnika prowadzącego sprawy spółki na poniesienie odpowiedzialności karnej, cywilnoprawnej lub administracyjnej (np. naruszenie tajemnicy państwowej albo handlowej kontrahenta).

Drugi tryb udzielenia informacji wspólnikom albo akcjonariuszom został uregulowany w treści przepisu art. 428 § 4 ksh. Czas udzielenia tych informacji jest dowolny. Wspólnik lub akcjonariusz może wystąpić z takim żądaniem nawet po zapoznaniu się z planem przekształcenia i opinią biegłego rewidenta.

Określony w treści przepisu art. 429 ksh tryb odwołania wspólnika albo akcjonariusza dotyczy jedynie sytuacji, w której zarząd albo wspólnicy prowadzący sprawy spółki odmówili udzielenia informacji podczas obrad zebrania wspólników albo zgromadzenia wspólników bądź walnego zgromadzenia, na którym rozpatrywana była sprawa powzięcia uchwały o przekształceniu. Wspólnik albo akcjona-

riusz mogą skorzystać z sądowej ochrony prawa do informacji w każdej z przesłanek opisanych w przepisie art. 429 § 2 ksh, jak i niedotrzymania terminu z przepisu art. 429 § 3 ksh. Wniosek powinno się złożyć w terminie 7 dni od zakończenia walnego zgromadzenia, na którym odmówiono udzielenia informacji. Sąd nie jest jednak związany wnioskiem akcjonariusza czy grupy akcjonariuszy. Decyzja może obowiązywać do przedstawienia informacji już na piśmie, a nie ustnie.

Niezależnie od wymogów dotyczących głosowania uchwała o przekształceniu spółki powinna zawierać, co najmniej (art. 563 ksh)²⁹:

1. Typ spółki, w jaki spółka zostaje przekształcona³⁰.
2. Wysokość kapitału zakładowego w przypadku przekształcenia w spółkę akcyjną lub z ograniczoną odpowiedzialnością, wysokość sumy komandytowej w przypadku przekształcenia w spółkę komandytową albo wartość nominalna akcji w przypadku przekształcenia w spółkę komandytowo-akcyjną³¹.
3. Wysokość kwoty przeznaczonej na wypłaty dla wspólników nieuczestniczących w spółce przekształcanej, która nie może przekraczać 10% wartości bilansowej majątku spółki³².
4. Zakres praw przyznanych osobiście wspólnikom uczestniczącym w spółce przekształcanej, jeżeli przyznanie takich praw jest przewidziane³³.
5. Nazwiska i imiona członków zarządu spółki przekształcanej, w przypadku przekształcenia w spółkę kapitałową, albo nazwiska i imiona wspólników prowadzących sprawę spółki i mających reprezentować spółkę przekształconą, w przypadku przekształcenia w spółkę osobową³⁴.
6. Zgodę na brzmienie umowy albo statutu spółki przekształcanej.

²⁹ Uchwała może obejmować jeszcze inne elementy składowe. Nie jest ona jednak identyczna dla każdej możliwej konfiguracji przekształcenia. W projekcie może ulec zmianie firma spółki, przedmiot działalności, wysokość kapitału zakładowego itd. Wymienione w punkcie 4 elementy zależą od pierwotnego przyznania praw. Pamiętać należy, że plan przekształcenia i dokumenty stanowiące jego załączniki powstają w czasie wyprzedzającym pewne zdarzenie istotne dla procesu przekształcenia.

³⁰ Spółką przekształconą może być każda handlowa spółka osobowa: jawna, partnerska, komandytowa, komandytowo-akcyjna i kapitałowa (z o.o. i akcyjna), natomiast nie może być nią spółka cywilna (art. 551 § 2 ksh a contrario).

³¹ W razie przekształcenia spółki kapitałowej w inny typ takiej spółki, nie ma obowiązku tzw. kapitalizacji rezerw, a więc określenia kapitału zakładowego spółki przekształcanej na poziomie ustalonej wartości bilansowej aktywów netto spółki przekształcanej, w sposób odbiegający od dotychczasowej wysokości kapitału zakładowego spółki przekształcanej. Szerzej T. Kurnicki, Pokrycie kapitału zakładowego przy przekształcaniu spółki z o.o. w spółkę akcyjną, „Prawo Spółek” 2008, nr 4, s. 8 i n.

³² Uchwała przekształceniowa, która przewiduje wypłatę ponad 10% wartości bilansowej majątku, stanowi nieuzasadnione świadczenie i godzi w interes spółki przekształcanej, a jednocześnie jest sprzeczna z art. 563 pkt 3 ksh. Wynika z tego, że może być zaskarżona zarówno powództwem o uchylenie uchwały (art. 422 ksh), jak i powództwem o stwierdzenie jej nieważności (art. 425 ksh). W razie dokonania wypłaty ponad 10% wartości bilansowej majątku spółki wspólnikom nieuczestniczącym w przekształceniu, osoby działające za spółkę przekształconą, za zawyżoną wypłatę ponoszą odpowiedzialność odszkodowawczą na podstawie art. 568 § 1 ksh.

³³ Przykładowo można tu wskazać powoływanie i odwoływanie organów, otrzymanie świadczeń od spółki itd.

³⁴ Na tym etapie konieczne jest już ustalenie składu zarządu *in concreto*, tj. ze wskazaniem konkretnych osób. Nie należy wskazywać w uchwale członków rady nadzorczej, ewentualnie komisji rewizyjnej w spółce z o.o., chyba że wolą wspólników rozszerza się treść uchwały. Artykuł 563 ksh wymienia tylko składniki minimalne.

Jeżeli w uchwale o przekształceniu wolą wspólników dokona się jednocześnie czynności związanych z utworzeniem spółki i zostaną złożone oświadczenia o przystąpieniu do spółki, można przyjąć, że uchwała taka zastępuje umowę (statut) spółki, powołuje się w niej organy i reguluje sprawy związane ze stosunkami majątkowymi. Objęcie uchwałą wszystkich wymaganych prawem czynności faktycznych i prawnych, określonych w przepisach o tworzeniu spółki i przepisach art. 562-563 ksh, powoduje, iż można uznać, że spełnione są warunki do uznania uchwały za akt obejmujący wszystkie niezbędne składniki potrzebne do zgłoszenia do rejestru³⁵.

Z takim poglądem słusznie nie zgadza się A. Witosz³⁶, ponieważ z treści przepisu art. 558 § 2 pkt 2 ksh jednoznacznie wynika, że umowa (projekt) jest odrębnym aktem w stosunku do uchwały. Podstawą prawną przekształconej spółki, poza przepisami Kodeksu spółek handlowych, winna być także umowa (statut). Może zaistnieć sytuacja, iż elementy uchwały mogą się pokryć z elementami umowy (statutu) i w związku z tym mogłyby powstać problemy interpretacyjne, czy dany element jest treścią umowy (statutu), czy innym nieobligatoryjnym elementem uchwały o przekształceniu.

3. Prawo wyjścia wspólników ze spółki przekształcanej

Po przygotowaniu dokumentacji wymaganej przez przepis art. 556 ksh do podjęcia uchwały o przekształceniu, kolejnym ważnym krokiem jest złożenie oświadczeń przez wspólników o zamiarze uczestniczenia w spółce przekształcanej. Kodeks spółek handlowych w sposób czytelny odróżnia akt powzięcia uchwały o przekształceniu od aktu indywidualnego oświadczenia uczestnictwa w spółce poszczególnego wspólnika albo akcjonariusza spółki przekształcanej. Oświadczenie poszczególnego wspólnika nie musi być zgodne z głosem oddanym przy powzięciu uchwały. Ustawodawca zezwolił, iż można być za przekształceniem spółki, ale nie zostać wspólnikiem albo akcjonariuszem spółki przekształcanej. W niektórych przypadkach może także wystąpić sytuacja odwrotna.

Jeżeli na zgromadzeniu zostaną złożone oświadczenia wspólników albo akcjonariuszy, będzie można uznać podjętą uchwałę za akt wystarczający do złożenia wniosku o wpis do rejestru. Należy sądzić, że tak będzie w większości przypadków przekształcenia. Zwiększy to pewność skuteczności przekształcenia z uwagi na zapis o maksymalnej 10% wartości bilansowej majątku spółki, która

³⁵ Por. A. Kidyba, Kodeks spółek handlowych, Komentarz. Tom II, Zakamycze, Warszawa 2004. s. 1113

³⁶ Szerzej: A. Witosz, Łączenie, podział i przekształcanie spółek handlowych, Branta, Kraków 2007, s. 275.

może być przeznaczana na wypłaty dla wspólników albo akcjonariuszy nieuczestniczących w spółce przekształconej. Uważa się, że nie nastąpi naruszenie prawa, jeżeli zrobi się to przed tym dniem. W powyższych przypadkach złożenie takiego oświadczenia następuje z woli samego wspólnika albo akcjonariusza. Wezwanie ze strony spółki nie musi nastąpić.

W przypadku, gdy po powzięciu uchwały brakuje indywidualnych oświadczeń wspólników lub akcjonariuszy o przystąpieniu do nowej spółki, zarząd spółki albo wspólnicy prowadzący sprawy spółki mają obowiązek wezwania do złożenia takiego oświadczenia w terminie jednego miesiąca od dnia powzięcia uchwały o przekształceniu. Dzień powzięcia uchwały jest początkowym momentem do obliczania tego terminu. Ustawodawca wyszedł z założenia, że okres „niepewności”, co do składu wspólników albo akcjonariuszy spółki przekształconej nie może trwać zbyt długo.

Treść tego oświadczenia winna wskazywać, jako warunek jego ważności, jednoznacznie wolę przystąpienia do spółki. Nie stanowi ono jednak przedmiotu badania przez sąd jako element wniosku o wpis przekształcenia do rejestru. Oświadczenia wymagają formy pisemnej pod rygorem nieważności. Celem tak rygorystycznej sankcji jest bezpieczeństwo obrotu w procesie przekształcenia.

Z treści złożonych oświadczeń wynikają dwie istotne dla skutecznego przekształcenia spółki informacje: informacja o liczbie wspólników nie akceptujących przekształcenia i tym samym nie uczestniczących w przekształceniu oraz informacja o określonej procentowo części majątku bilansowego, którą reprezentują wspólnicy nie uczestniczący w przekształceniu. Uchwała o przekształceniu wywoła zamierzony skutek w postaci przekształcenia spółki, jeżeli oświadczenia negatywne i niezłożone pochodzą od wspólników albo akcjonariuszy reprezentujących najwyżej 10% majątku spółki. Wspólnicy albo akcjonariusze, którzy złożyli oświadczenia w wymaganej formie i terminie, będą wspólnikami albo akcjonariuszami uczestniczącymi w przekształceniu w znaczeniu przepisu art. 553 § 3 ksh, a z dniem przekształcenia stają się wspólnikami albo akcjonariuszami spółki przekształconej³⁷.

Wspólnikiem, który nie przystąpił do spółki jest nie tylko ten, który złożył spółce negatywne oświadczenie woli, lecz także wspólnik, który nie złożył żadnego oświadczenia woli w terminie jednego miesiąca od dnia powzięcia uchwały, pomimo wezwania go przez spółkę w sposób przewidziany dla zawiadomienia³⁸.

³⁷ Por. J. Jacyszyn, S. Krześ, E. Marszałkowska-Krześ, Kodeks spółek handlowych. Komentarz. Orzecznictwo, Librata, Warszawa 2001, s. 641.

³⁸ Por. A. Witosz, Charakter prawny prawa wspólnika lub akcjonariusza do nieuczestniczenia w spółce przekształconej, „Prawo Spółek” 2005, nr 4, s. 5-6.

Warunkiem pojawienia się takiego następstwa jest wezwanie wspólnika albo akcjonariusza do oświadczenia w tym zakresie. Z treści takiego wezwania winno jednoznacznie wynikać, że dotyczy ono tego oświadczenia. Jeżeli jednak zarząd nie wezwie wspólników albo wezwie w sposób inny niż jest stosowany w danej spółce dla zawiadomień, należy wtedy w tym zakresie stosować przepisy Kodeksu postępowania cywilnego.

Zgodnie z treścią przepisu art. 565 § 1, wspólnikowi albo akcjonariuszowi, który nie złożył oświadczenia o uczestnictwie w spółce przekształconej bądź złożył oświadczenie negatywne, przysługuje roszczenie o wypłatę kwoty odpowiadającej wartości jego udziałów albo akcji w spółce przekształconej, zgodnie ze sprawozdaniem finansowym sporządzonym dla celów przekształcenia. Ponieważ wycenę majątku przeprowadza się według wartości bilansowej, kwota wypłaty może być nieatrakcyjna dla wspólnika w przypadku spółki, której wartość rynkowa jest wyższa od wartości bilansowej. Ma to między innymi na celu zniechęcenie wspólników do nieuczestniczenia w przekształconej spółce. Spółka nie ma obowiązku wypłacenia należnej wspólnikowi albo akcjonariuszowi wartości jego udziałów lub akcji, jeżeli formalnie roszczenie takie nie zostało zgłoszone.

Ustawodawca określił także termin, w którym należąca wspólnikowi albo akcjonariuszowi kwota winna być wypłacona. Terminem początkowym jest dzień przekształcenia, nie zaś dzień powzięcia decyzji o przekształceniu. Dniem przekształcenia jest zgodnie z treścią przepisu art. 552 ksh dzień wpisu spółki przekształconej do rejestru, który jest dniem jednoczesnego wykreślenia z rejestru przez sąd rejestrowy spółki przekształconej. Nie oznacza to jednak, że spółka nie może dokonać wypłaty przed dniem przekształcenia. Termin ten jest bowiem jedynie początkiem biegu terminu, w którym wypłata taka musi być dokonana i dotyczy tych wypłat, o które zostały zgłoszone roszczenia przed dniem przekształcenia. Wydaje się także, że wypłata przed dniem przekształcenia nie jest możliwa. Po jego upływie wspólnik albo akcjonariusz nabędzie prawa do odsetek i ewentualnego roszczenia odszkodowawczego za szkodę spowodowaną przez opóźnienie w zapłacie³⁹.

Wspólnicy czy akcjonariusze, którzy nie wyrazili zgody na uczestnictwo w spółce przekształconej albo którzy zamierzają pozostać w spółce, mogą wnieść zastrzeżenia co do rzetelności wyceny udziałów i akcji. Przepis art. 566 ksh uprawnia wspólnika czy akcjonariusza do zgłoszenia żądania ponownej wyceny wartości bilansowej jego udziałów albo akcji. Wycena ta jednak powin-

³⁹ Szerzej: M. Kuźnik, Prawo wspólnika (akcjonariusza) do nieuczestnictwa w spółce przekształconej, [w:] Restrukturyzacja spółek handlowych. Zagadnienia ekonomiczne i prawne, red. J. Wojtyła i A. Witosz, „Studia Ekonomiczne”, Z. 45, AE, Katowice 2007, s. 127 i n.

na zostać dokonana na ten sam dzień, który był dniem ustalenia wartości bilansowej przyjętego planu przekształcenia i przedmiotem badania przez biegłego rewidenta. Nie może to być inny dzień, nastąpiłoby bowiem ustalenie wartości udziałów albo akcji na podstawie innych wielkości i mogłoby to zadziałać na niekorzyść pozostałych wspólników albo akcjonariuszy.

Jeżeli spółka nie uwzględni żądania ponownej wyceny wartości bilansowej udziałów albo akcji, czyli w sytuacji, gdy powtórna wycena nie zostałaby wykonana w ogóle w przepisany terminie lub powtórna wycena zostałaby wykonana z naruszeniem prawa, wspólnikom albo akcjonariuszom przysługuje wniesienie powództwa. Wniesienie powództwa nie jest przeszkodą w zarejestrowaniu przekształcenia spółki⁴⁰; niezadowolony wspólnik (akcjonariusz) może dochodzić w inny sposób swoich praw (art. 566 ksh), ale nie kosztem innych wspólników (akcjonariuszy), którzy chcą przekształcenia. Nieco inaczej interpretują to prawo A. Witosz i S. Krześ. Ich zdaniem powództwo przysługuje jedynie wtedy, gdy spółka nie uzna wartości udziałów wspólnika wnoszącego zastrzeżenie w wysokości przez niego wskazanej (lub z nim wynegocjowanej) lub gdy powtórna wycena nie zostałaby wykonana w ogóle w przepisany terminie.

Jeżeli spółka zareaguje na żądanie, tj. dokona ponownej wyceny, wspólnik albo akcjonariusz kwestionujący nie ma prawa żądania kolejny raz weryfikacji, a także nie ma prawa zwrócenia się do sądu z powództwem o ustalenie wartości udziałów (akcji).

4. Uchylenie albo stwierdzenie nieważności uchwały o przekształceniu

W przepisie art. 567 § 1 ksh ustawodawca wprowadził możliwość zaskarżenia uchwały przekształceniowej zarówno w przypadku spółek osobowych, jak i spółek kapitałowych. Wspólnicy tych spółek mają do dyspozycji dwa powództwa: powództwo o stwierdzenie nieważności uchwały z ustawą albo powództwo o uchylenie uchwały⁴¹. Problemem jest brak regulacji w tym zakresie albo to, że powództwa wykazują różnice. Ustawodawca przyjął, że do uchylenia uchwały o przekształceniu stosuje się odpowiednio przepisy art. 422-427 ksh, czyli przepisy dotyczące zaskarżania uchwał walnego zgromadzenia spółki akcyjnej.

⁴⁰ Chociaż w trybie zabezpieczenia sąd może jednak wstrzymać rejestrację przekształcenia.

⁴¹ Szerzej: A. Gierat, Zaskarżanie uchwał walnych zgromadzeń spółek kapitałowych w przepisach kodeksu spółek handlowych, „Przegląd Sądowy” 2001, nr 11-12, s. 127 i n.

Zastosowanie przepisów o zaskarżaniu uchwał walnego zgromadzenia w spółce akcyjnej w stosunku do spółek osobowych winno być stosowane albo wprost, albo z odpowiednią modyfikacją, a niektóre z nich mogą nie mieć zastosowania. Głównym problemem spółek osobowych, jest to, że co do zasady nie posiadają organów. Dlatego nie może mieć do nich zastosowania przepis uprawniający organ spółki albo poszczególnych członków tych organów do wystąpienia z powództwem o uchylenie uchwały o przekształceniu albo stwierdzenie jej nieważności z ustawą.

Prawo do wytoczenia powództwa o uchylenie uchwały albo stwierdzenie jej nieważności przysługuje w spółce akcyjnej zgodnie z treści przepisu art. 422 § 2:

- zarządowi, radzie nadzorczej oraz poszczególnym członkom tych organów,
- akcjonariuszowi, który głosował przeciwko uchwale, a po jej powzięciu żądał zaprotokołowania sprzeciwu; wymóg głosowania nie dotyczy akcjonariusza akcji niemej,
- akcjonariuszowi bezzasadnie niedopuszczonemu do udziału w walnym zgromadzeniu,
- akcjonariuszom, którzy nie byli obecni na walnym zgromadzeniu, jedynie w przypadku wadliwego zwołania walnego zgromadzenia lub też powzięcia uchwały w sprawie nieobjętej porządkiem obrad.

W przypadku powzięcia uchwały przekształceniowej przez wspólników spółki jawnej albo partnerskiej obowiązuje jednomyślność. Jeżeli wspólnik uzna, iż uchwała przekształceniowa ma na celu jego pokrzywdzenie, głosuje przeciw przekształceniu i uchwała nie zostaje powzięta. W związku z powyższym występuje brak przedmiotu skarżenia.

W praktyce powództwo o uchylenie uchwały przekształceniowej może wystąpić jedynie w spółce komandytowej i spółce komandytowo-akcyjnej, tylko w nich może bowiem wystąpić niejednomyślność przy powzięciu uchwały o przekształceniu. W tych dwóch typach spółek wystarczy, jeżeli oprócz wszystkich komplementariuszy⁴² za przekształceniem wypowiedzą się komandytariusze bądź akcjonariusze reprezentujący co najmniej 2/3 sumy komandytowej lub kapitału zakładowego, chyba że umowa (statut) przewiduje warunki surowsze.

W powołanych przypadkach ustawodawca związał skuteczność podejmowanych czynności nie z osobą wspólnika (komandytariusza albo akcjonariusza), lecz z sumą sum komandytowych, czyli sumą komandytową, która jest ujawniona w rejestrze. W przypadku spółki komandytowej może wystąpić sytuacja, w której komandytariusze reprezentujący zakresloną przepisami większość

⁴² W przypadku komplementariuszy obowiązuje zasada: jeden głos i pełna jednomyślność w grupie wspólników.

sumy sum komandytowych przegłosują pozostałych komandytariuszy, których łączna suma komandytowa nie przekracza 1/3 sumy sum komandytowych. W tej sytuacji komandytariusz może uchwałę przekształceniową ocenić jako powziętą w celu jego pokrzywdzenia.

Ze sformułowania przepisu art. 422 § 1 ksh i logicznych reguł wykładni wynika, że uprawniony podmiot może dochodzić uchylecia uchwały, jeżeli wystąpi jedna z następujących możliwych sytuacji:

- uchwała jest sprzeczna ze statutem (umową) i godzi w interes spółki, np. statut przewiduje surowsze warunki powzięcia uchwały o przekształceniu, zaś ustalając ważność uchwały, oceny dokonano jedynie na podstawie przepisów ksh,
- uchwała jest sprzeczna ze statutem (umową) i ma na celu pokrzywdzenie akcjonariusza (wspólnika),
- uchwała jest sprzeczna ze statutem (umową), godzi w interes spółki i ma na celu pokrzywdzenie akcjonariusza (wspólnika),
- uchwała jest sprzeczna z dobrym obyczajem i godzi w interes spółki, np: jest trudna do sformułowania z teoretycznego punktu widzenia, w praktyce nie będzie mogła być stosowana,
- uchwała jest sprzeczna z dobrymi obyczajami i ma na celu pokrzywdzenie akcjonariusza (wspólnika),
- uchwała jest sprzeczna z dobrym obyczajami, godzi w interes spółki i ma na celu pokrzywdzenie akcjonariusza (wspólnika)⁴³.

Przesłanka pokrzywdzenia wspólnika albo akcjonariusza wymaga rozważenia z punktu widzenia treści przepisu art. 551-570 ksh⁴⁴. Zgodnie z przepisem art. 567 § 2 ksh zaskarżenie uchwały nie może nastąpić w przypadku, gdyby pokrzywdzenie wspólnika albo akcjonariusza miało przybierać postać krzywdzącej wspólnika albo akcjonariusza wyceny jego udziałów lub akcji. Takim pokrzywdzeniem mogłoby być jedynie zwiększenie jego obowiązków albo pomniejszenie uprawnień w spółce przekształconej.

Nierzetelna wycena wartości udziałów albo akcji nie może być jedyną przyczyną wystąpienia z powództwem. Nierzetelność wyceny może być jednak podniesiona, jeżeli obok niej pokrzywdzenie przyjmie inne jeszcze przejawy, np. niekorzystny zakres praw przyznanych osobiście wspólnikom albo akcjonariuszom w spółce przekształconej w porównaniu z takimi prawami posiadanymi w spółce przekształcanej. Wyrok uchylający uchwałę ma charakter konstytutywny i działa również *ex tunc*.

⁴³ Por. J.A. Strzępka, W. Popiołek, A. Witosz, E. Zielińska, P. Pinior, op. cit., s. 1014.

⁴⁴ Konieczne jest kumulatywne spełnienie co najmniej dwóch przesłanek. Por. C. Podsiadlik, Instrumenty stabilizacji pozycji członków spółki kapitałowej, „Prawo Spółek” 2002, nr 9, s. 13.

Uchwały sprzeczne z przepisem ustawy nie tylko Kodeksu spółek handlowych, ale z wszelkimi przepisami rangi ustawowej – są nieważne z mocy prawa⁴⁵ (art. 58 kc). Powództwo przyznane wspólnikom jest szczególnym rodzajem powództwa o ustalenie. Wyrok stwierdzający nieważność ma charakter deklaratoryjny⁴⁶, czyli należy przyjąć, że uchwała była nieważna od chwili jej podjęcia. Przez sprzeczność uchwały z ustawą nie należy rozumieć jedynie sprzeczności sensu stricto, tj. sprzeczności treści uchwały o przekształceniu z ustawą, lecz także naruszenie bezwzględnie obowiązujących przepisów o charakterze proceduralnym (np.: art. 559-561 ksh).

Powództwo o uchylenie uchwały albo stwierdzenie jej nieważności należy wnieść przeciwko tej spółce, która w dniu wytoczenia powództwa jest wpisana do rejestru przedsiębiorców. Może to być spółka przekształcana albo już spółka przekształcona; jest to bowiem ta sama spółka, lecz o zmienionym typie.

Przepis art. 567 § 3 ustala szczególny termin do wniesienia powództwa o uchylenie uchwały albo stwierdzenie jej nieważności. Przy wnoszeniu powództwa nie obowiązuje termin przepisu art. 424 § 1 i art. 425 § 2 i 3 ksh, ani art. 251 i 252 § 3 ksh; termin powództwa został skrócony do 1 miesiąca od dnia otrzymania wiadomości o uchwale, nie później niż 3 miesiące od dnia powzięcia uchwały⁴⁷. Ustawodawcy chodziło zapewne o maksymalnie skrócenie okresu niepewności, jaki zawsze jest związany z dość długim terminem przedawnienia.

Zgodnie z treścią przepisu art. 426 ksh w sporze o uchylenie uchwały albo stwierdzenie nieważności uchwały walnego zgromadzenia, pozwaną spółkę reprezentuje zarząd, jeżeli na mocy uchwały nie został ustanowiony pełnomocnik. Gdyby się zdarzyło, że zarząd nie może działać za spółkę (tzn. istnieje, ale nie może podejmować czynności) oraz nie zostałby powołany pełnomocnik walnego zgromadzenia, sąd wyznacza kuratora. Treść tego przepisu bez modyfikacji można stosować do spółki z ograniczoną odpowiedzialnością albo spółki partnerskiej posiadającej zarząd; w odniesieniu do spółek osobowych przepis ten nie może mieć zastosowania, ponieważ wyznaczenie kuratora jest możliwe jedynie dla osób prawnych. W spółce osobowej każdy wspólnik, co do zasady, ma prawo reprezentować spółkę (art. 29 § 1 i 2 ksh), chyba że umowa, prawomocne orzeczenie sądu albo przepis ustawy prawo to wyłącza lub ogranicza.

Prawomocny wyrok sądu uchylający uchwałę ma moc obowiązującą w stosunkach pomiędzy spółką a wszystkimi wspólnikami albo akcjonariuszami; zaś w spółkach kapitałowych (a częściowo w spółce partnerskiej i w spółce ko-

⁴⁵ Por. P. Pinior, w: J.A. Strzępka, W. Popiołek, H. Urbańczyk, E. Zielińska, P. Pinior, op. cit., s. 1512.

⁴⁶ Nie tworzy nowego stanu prawnego, lecz ustala stan istniejący i wyciąga z niego pewne konsekwencje prawne. Por. A. Wolter, *Prawo cywilne. Część ogólna*, PWN, Warszawa 1955, s. 134.

⁴⁷ Por. A. Witosz, *Restrukturyzacja spółek handlowych...*, op.cit., s. 193-194.

mandytowo-akcyjnej)), także między spółką a członkami organów spółki. Oznacza to, że uchylona uchwała nie rodzi żadnych skutków prawnych w stosunkach wewnątrzspółkowych. Wyrok uchylający uchwałę posiada moc wsteczną.

Kodeks spółek handlowych przewiduje wyjątek (por. art. 427 § 2 ksh) w odniesieniu do czynności prawnych dokonanych z osobami trzecimi, jeżeli osoby te działały w dobrej wierze, a ważność dokonanej przez czynności spółki z osobą trzecią wynikała. Wydaje się, że przepis ten w żaden sposób nie może znaleźć zastosowania w przypadku uchylenia uchwały o przekształceniu. Uchwała o przekształceniu wywołuje jedynie skutki wewnątrzspółkowe. Inną kwestią jest ewentualna szkoda, która może zostać wyrządzona osobom trzecim całym tokiem postępowania przekształceniowego.

Rozpoznanie powództwa o uchylenie uchwały o przekształceniu prowadzi sąd rejestrowy. W przypadku wniesienia bezzasadnego powództwa do sądu, na wniosek pozwanej spółki, sąd może zasądzić od powoda kwotę do dziesięciokrotnej wysokości kosztów sądowych oraz wynagrodzenia jednego adwokata lub radcy prawnego. Nie wyłącza to dochodzenia odszkodowania na zasadach ogólnych (art. 423 § 2 ksh).

Podsumowanie

W świetle powyższego należy skonstatować, iż w fazie właścicielskiej zdecydowaną większość czynności podejmują wspólnicy (akcjonariusze)⁴⁸. Uchwała przekształceniowa dekretuje dojście do skutku przekształcenia w tym znaczeniu, że brak wymaganej większości głosów za przekształceniem, jak również uchylenie bądź stwierdzenie nieważności tej uchwały przez sąd w wyniku jej zaskarżenia powoduje, że przekształcenie nie dochodzi do skutku.

Tym samym uchwała przekształceniowa jest konieczną przesłanką dokonania transformacji, stanowiąc ostatni etap restrukturyzacji. Kolejne czynności związane z przekształceniem, a mianowicie zawarcie umowy spółki czy dokonanie zmian w rejestrze należy kwalifikować jedynie jako konsekwencje podjętej wcześniej uchwały, której skutki są „odczuwalne” na zewnątrz⁴⁹.

⁴⁸ Aktywna rola wspólników w przeciwieństwie do pasywnej przy połączeniu i podziale jest charakterystyczna dla przekształcenia spółki.

⁴⁹ Faza sądowa (autoryzacji).

OWNERSHIP ACTIVITIES IN THE COMPANIES' TRANSFORMATION PROCESS

Summary

Polish legislator introducing the crucial regulations for the companies transformation institution has assumed that the choice of one or the other type of a company as an economic activity conduct should provide the participants of the economic and legal turnover with direct benefits. Transformation is of use to adjust the type of the company to the scope of undertaking, capital engagement, scale of employment, reduction of the partner's influence on current management of the company or exclusion of the controlled partners' rights in the framework of running the economic activity. The criterion of a reasonable, effective, and appropriate organizational and legal form of the company should constitute the indicator of the commercial company choice through which entrepreneurs would be able to execute their activities in market economy.

Ownership activities (decisive ones) are particularly based on adoption of a resolution by the owners concerning the transformation and making declarations on the partners' participation in the transformed company. It is necessary to appoint members of the transformed company bodies or denominate partners who run company matters and who represent it in the ownership phase. Moreover, it is necessary to conclude company agreement or sign the statutes.

Radosław Pacud

PRACOWNICZY PROGRAM EMERYTALNY W WARUNKACH RESTRUKTURYZACJI PRZEDSIĘBIORSTW

Uwagi wstępne

Pracownicze programy emerytalne (w skrócie: PPE) uzupełniają system obowiązkowego ubezpieczenia emerytalnego. Nie są one jednak częścią systemu ubezpieczeń społecznych, choć niewątpliwie należą do dziedziny prawa emerytalnego, która wykracza poza tradycyjne ramy prawa ubezpieczeń społecznych. PPE zwykle zalicza się do dobrowolnych ubezpieczeń osobowych (gospodarczych), choć analiza konkretnych stosunków prawnych tworzących PPE wskazuje na ich odrębność od prawa ubezpieczeniowego i jak się wydaje, również prawa pracy. Przewodnią cechą organizacji filaru trzeciego ubezpieczeń emerytalnych jest brak przymusu partycypacji. Dobrowolność oznacza zatem zarówno swobodę pracodawcy w decydowaniu o uruchomieniu programu, jak i swobodę pracownika przy decydowaniu się o przystąpieniu do programu emerytalnego.

Trudno w prawie polskim znaleźć definicję legalną, określającą co to jest pracowniczy program emerytalny. Za miarodajną należy zatem uznać definicję z art. 6 Dyrektywy 2003/41/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 3 czerwca 2003 r. w sprawie działalności instytucji pracowniczych programów emerytalnych oraz nadzoru nad takimi instytucjami, w której przyjęto, że program emerytalny oznacza umowę, porozumienie, umowę powierniczą lub reguły określające, które świadczenia emerytalne są przyznawane i na jakich warunkach. Co ciekawe, definicja świadczenia emerytalnego z PPE jest tu znacznie szersza od tego, co zwykle rozumie się pod pojęciem emerytury. W art. 6 pkt. d Dyrektywy przyjmuje się, że oprócz tradycyjnej formuły świadczenia pieniężnego przekazywanego w formie dożywotnich wypłat, dopuszczalna jest wypłata

w okresie emerytalnym jako ryczałt albo w razie śmierci, niepełnosprawności, zaprzestania zatrudnienia bądź w formie zapomóg czy usług w razie choroby, ubóstwa lub śmierci. Tym samym świadczenie emerytalne z PPE przyjmuje potencjalnie szersze funkcje socjalne aniżeli emerytura.

Cele, jakie ma zrealizować program emerytalny, są możliwe do realizacji tylko w warunkach prawnego zabezpieczenia ciągłości organizacji zabezpieczenia emerytalnego w przedsiębiorstwie. Zgromadzenie środków na dodatkową emeryturę jest bowiem procesem długotrwałym, wymagającym stabilnej oraz wytrwałej współpracy pracownika i pracodawcy. Wybór tematu artykułu jest związany z potencjalnymi zagrożeniami dla trwałości programu emerytalnego w przedsiębiorstwie, który podlega procesom restrukturyzacji prawnej lub gospodarczej. W artykule zostaną w szczególności omówione prawne konsekwencje takich procesów, które dotyczą zarówno przedsiębiorstwa, jak i uczestników pracowniczych programów emerytalnych.

1. Konstrukcja prawna pracowniczego programu emerytalnego

Pracownicze programy emerytalne powstały w Polsce w ramach koncepcji trójfilarowego systemu ubezpieczeń emerytalnych na podstawie ustawy z 22 sierpnia 1997 r. o pracowniczych programach emerytalnych (zwana dalej: ustawa o ppm)¹, która została zrekonstruowana ustawą z dnia 20 kwietnia 2004 r. o tej samej nazwie². Organizowanie dodatkowych ubezpieczeń emerytalnych na podstawie struktur przedsiębiorstw nie jest zjawiskiem nowym. Od lat znane są tzw. zakładowe ubezpieczenia emerytalne, które w niektórych krajach europejskich mają charakter obowiązkowy, a przez to są zaliczane do tzw. drugiego, a nie trzeciego filara ubezpieczeń emerytalnych, jak to się uartało w Polsce³. Przyjęty system dobrowolnego oszczędzania w ramach umów zawieranych przez pracodawcę z instytucją finansową jest rozwinięciem wcześniejszej praktyki ubezpieczeń grupowych na życie. W literaturze określa się je jako metodę objęcia ochroną ubezpieczeniową grupy osób na bazie jednej umowy, po to, by grupa ubezpieczonych mogła korzystać z lepszej pozycji negocjacyjnej z ubezpieczycielem⁴, któremu oferuje się wysoki przypis składki bez większych kosz-

¹ Tekst jednolity Dz.U. z 2001, nr 60, poz. 623 z późn. zm.

² Dz.U. z 2004, nr 116, poz. 1207 z późn. zm.

³ Istnieją kraje, w których udział w programach emerytalnych jest obowiązkowy. Wtedy to odpowiedniki PPE zalicza się do systemów zabezpieczenia społecznego zgodnie z art. 3 Dyrektywy 2003/41/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 3 czerwca 2003 r.

⁴ Por. K. Łyskawa, Grupowe ubezpieczenia na życie we współczesnym systemie zabezpieczenia emerytalnego, [w:] Studia z ubezpieczeń gospodarczych i społecznych, red. T. Sangowski, AE, Poznań, 2000, s. 214.

tów akwizycji i kosztów administracyjnych. Grupowe ubezpieczenia na życie były przekształcane w pracownicze programy emerytalne ze względu na zmianę sposobu kwalifikacji wydatków w prawie podatkowym i ustanie obowiązku składkowego w prawie ubezpieczeń społecznych odnośnie podstawy prawnej, która jest podstawą wyliczenia składki pracodawcy do PPE. Ustawa o ppem połączyła kategorie kosztów uzyskania przychodów jedynie z wydatkami w ramach PPE, a nie w ramach grupowych ubezpieczeń na życie⁵, co przesądziło o zatarciu egzystencji tych ostatnich.

Ustawa o ppem lokalizuje działalność przedsiębiorstwa w ramach PPE jako swoistą działalność pracodawcy; nie posługuje się pojęciami przedsiębiorstwa, ograniczając uczestników PPE jedynie do stron stosunków prawa pracy. To przywiązanie do koncepcji pracowniczego ubezpieczenia emerytalnego jest przyczyną wykluczenia uczestnictwa osób stale współpracujących z przedsiębiorstwem, do których zalicza się agentów, zleceniobiorców, samozatrudnionych. Takie unormowanie jest przedmiotem krytyki w literaturze⁶. Jest to chyba jedynie pewna konwencja przyjęta przez ustawodawcę, którą można udoskonalić zmieniając „pracownicze programy emerytalne” na „zakładowe programy emerytalne” lub „programy emerytalne przedsiębiorstw”. Warto zwrócić uwagę, że Dyrektywa 2003/41/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 3 czerwca 2003 r. posługuje się w art. 6 pojęciem instytucji finansującej, za którą uznaje się każde przedsiębiorstwo lub inny podmiot pełniący funkcje pracodawcy lub osoby prowadzącej działalność na własny rachunek. Tym samym Dyrektywa nie posługuje się pojęciem pracodawcy, ale instytucji finansowej charakteryzowanej przez pryzmat przedsiębiorstwa, a uczestnikiem programu zgodnie ze słowniczkiem z art. 6 Dyrektywy jest osoba, której działalność zawodowa uprawnia ją do programu, a nie pracownik.

Organizacja PPE zależy od inicjatywy przedsiębiorstwa. Pracownicze programy emerytalne mogą być oferowane przez pracodawcę, który jest stroną umowy zakładowej, lub łącznie, co najmniej przez dwóch pracodawców, którzy stanowią stronę umowy międzyzakładowej. Istnienie programów emerytalnych jest zatem pochodną do występujących w przedsiębiorstwie stosunków pracy. Od 2004 r. zniesiono wymagania dotyczące pracodawcy, z jednym wyjątkiem, że prawo uczestnictwa w programie emerytalnym powinna mieć przynajmniej

⁵ Art. 56 ustawy o ppem przewiduje, że pracodawcy prowadzący w dniu wejścia w życie ustawy grupowe ubezpieczenia na życie związane z funduszem inwestycyjnym lub inną formą grupowego gromadzenia środków na cele emerytalne dla swoich pracowników, tracą prawo do odliczania poniesionych wydatków od podstawy wymiaru składki na ubezpieczenie społeczne wynikające z odrębnych przepisów, jeżeli w terminie do 31 grudnia 2004 r. nie złożyli wniosku o wpis programu do rejestru programów.

⁶ I. Sierocka, Strony zakładowej umowy emerytalnej, „PiZS” 2003, nr 1, s. 22.

połowa załogi zatrudnionej 3 miesiące lub więcej, gdy tak stanowi umowa⁷. Pracodawcy, w celu zaoferowania pracownikom programu emerytalnego dwu lub więcej przedsiębiorstw, muszą zawierać umowy o wspólnym międzyzakładowym programie emerytalnym. Przed 1 czerwca 2004 r. ustalali oni formę pracowniczego programu wraz z warunkami, które zaoferują w zakładowych umowach emerytalnych, a obecnie dokonuje tego reprezentacja pracodawców wraz z reprezentacją pracowników.

Tworzenie programów emerytalnych w przedsiębiorstwach zostało poddane ustawowym formom prawnym, które w sposób bezwzględnie obowiązujący, regulują czynności prawne wymagane do utworzenia i prowadzenia „programu emerytalnego”. Co więcej, zakładowa umowa emerytalna nie może przewidywać żadnych innych warunków uczestnictwa pracowników w programie, poza tymi określonymi ustawą. Jednakże na zasadzie swobody umów prawa cywilnego i prawa pracy można tworzyć inne grupowe ubezpieczenia emerytalne⁸, ale z tym zastrzeżeniem, że nie będą one korzystać z przywilejów dotyczących zaliczania wydatków do kosztów uzyskania przychodów, jak również prawa wyłączenia z podstawy obowiązkowych składek na ubezpieczenie społeczne miesięcznej kwoty przypisanej do rachunku uczestnika PPE. Jest to kwota wymierna, w wielkości nie przekraczającej 7% jego wynagrodzenia (art. 24 ust. 5 ustawy o ppem), a nie można wykluczyć, że w przyszłości zostanie ona zwiększona celem pobudzenia przedsiębiorstw do tworzenia PPE.

Uczestnikami pracowniczych programów emerytalnych mogą być de lege lata nie tylko pracownicy, ale też w pewnym sensie również pracodawcy. Tę drugą grupę tworzą osoby fizyczne prowadzące działalność gospodarczą na własny rachunek, wspólnicy spółek cywilnych, jawnych oraz komplementariusze spółki komandytowej, o ile te osoby lub spółki prowadzą programy emerytalne dla swoich pracowników, przewidując jednocześnie ich uczestnictwo. Osoba zatrudniona u kilku pracodawców prowadzących programy emerytalne może w tym samym czasie uczestniczyć w więcej niż jednym programie emerytalnym.

⁷ Prawo do uczestnictwa w pracowniczym programie emerytalnym przysługuje pracownikowi, który jest zatrudniony u danego pracodawcy nie krócej niż 3 miesiące, chyba że zakładowa umowa emerytalna stanowi inaczej. We wcześniejszych regulacjach, każdy z pracodawców powinien prowadzić działalność gospodarczą co najmniej przez rok i posiadać minimum 3 pracowników, chyba że jest to spółka powstała w wyniku przekształceń własnościowych przedsiębiorstw państwowych.

⁸ M. Brett (Świat finansów, Biblioteka Menedżera i Bankowca, Warszawa 1993, s. 224) wskazuje na różne warianty współpracy przedsiębiorstwa z instytucją ubezpieczeń na życie. Może to być ubezpieczony system emerytalny (*insured scheme*). Firma ubezpieczeniowa podaje corocznie wysokość składki, jaką ma płacić pracodawca, aby można było otrzymać określoną emeryturę. Może to także polegać na lokowaniu składki w zarządzanym funduszu (*managed fund*) firmy ubezpieczeniowej. System emerytalny danego pracodawcy otrzymuje określoną liczbę jednostek w funduszu, proporcjonalnie do wniesionego wkładu, a wartość jednostki zależy od wyników finansowych funduszu. Może to wreszcie polegać na tym, że firma ubezpieczeniowa występuje w roli menedżera inwestycji (*investment manager*), który zarządza aktywami funduszu emerytalnego w całkowitym oderwaniu od własnych kapitałów. Usługę tę wykonuje bank, firma powiernicza.

Rodzaj pracowniczego programu emerytalnego jest wybierany przez pracodawców, którzy mogą skorzystać z czterech alternatywnych form prawnych. Podstawowym elementem programu emerytalnego jest umowa zakładowa, która nie tylko wskazuje na rodzaj programu, ale także szereg ważnych warunków dotyczących jego funkcjonowania, a zwłaszcza zobowiązań pracodawcy i instytucji finansowej przyjmującej składki.

Po pierwsze, pracodawca może założyć albo zakupić akcje pracowniczego towarzystwa emerytalnego, po to, by prowadzony przez to towarzystwo pracownicz fundusz emerytalny zbierał składki na zasadzie podobnej do OFE. Przykładem utworzenia spółki zależnej działającej wyłącznie w zakresie zarządzania funduszem emerytalnym jest Pracownicze Towarzystwo Emerytalne TP S.A.⁹. Jest to spółka akcyjna, której kapitał minimalny wynosi 500 tys. zł i jest w całości objęty przez TP S.A.¹⁰. Spółka ta samodzielnie zarządza funduszem, choć możliwe jest powierzenie zarządzania aktywami funduszu wyspecjalizowanej firmie zarządzającej (tzw. *asset management*). Akcjonariusze towarzystwa nie posiadają prawa do udziału w zysku rocznym. Członków Towarzystwa powołuje i odwołuje rada nadzorcza, przy czym członków pierwszego zarządu powołali założyciele (TP S.A.) – na okres jednego roku. W skład rady nadzorczej wchodzi co najmniej w połowie osoby wybrane przez członków pracowniczego funduszu spośród siebie¹¹. Obowiązki względem uczestników programów emerytalnych, szczególnie w zakresie ewidencji składek i informowania o stanie środków, Pracowniczy Fundusz Emerytalny TP S.A. wykonuje przy pomocy osób trzecich, takich jak agent transferowy¹².

⁹ Na podstawie Uchwały Zarządu TP S.A. z 19 września 2000 r. w sprawie utworzenia spółki akcyjnej PTE TP S.A., doszło do podpisania umowy pomiędzy Zarządem TP S.A. a organizacjami związkowymi działającymi w TP S.A. o wspólnym międzyzakładowym programie emerytalnym (02.10.2000). Następnie wystąpiono z wnioskiem do UNFE (obecnie KNF) o wydanie zezwolenia na utworzenie Pracowniczego Towarzystwa Emerytalnego TP S.A. (06.10.2000), uzyskując to pozwolenie (16.02.2001), po czym możliwy był wpis PTE TP S.A. do Krajowego Rejestru Sądowego (02.04.2001). Spółka akcyjna musiała następnie wystąpić z wnioskiem o wydanie zezwolenia na utworzenie pracowniczego funduszu emerytalnego (system podwójnych zezwoleń), a po jego otrzymaniu dokonano wpisu do sądowego rejestru Funduszy Emerytalnych (12.07.2001). Dopiero wtedy jest możliwa rejestracja programu emerytalnego w formie lokowania środków w pracowniczym funduszu emerytalnym

¹⁰ Ustawa nie określa wymagań odnośnie do minimalnej wartości kapitału akcyjnego niezbędnego do powstania takiego towarzystwa. Stosuje się zatem przepisy ogólne dotyczące spółek akcyjnych.

¹¹ W TP S.A. wybory członków rady nadzorczej reprezentujących pracowników odbyły się w lutym 2002 r. Kandydaci musieli być członkami Funduszu oraz zebrać 100 głosów poparcia, co umożliwiło rejestrację. Każdy głosujący – oczywiście członek funduszu – mógł oddać pięć głosów, tyle bowiem było miejsc dla reprezentantów załogi w radzie nadzorczej.

¹² Głównym zadaniem agenta transferowego jest prowadzenie Rejestru Członków Funduszu, w ramach którego każdy członek posiada indywidualny rachunek, na którym Agent zapisuje dane o wszystkich wpłaconych składkach, wypłatach transferowych czy przekazanych do Funduszu akcjach pracowniczych. Umożliwia to w każdym czasie ustalenie wartości zgromadzonych w programie przez każdego uczestnika środków. Raz na 12 miesięcy Agent wysyła do każdego uczestnika informacje o wartości zgromadzonych środków, wynikach działalności lokacyjnej, a ponadto na każde pisemne żądanie członka Funduszu udziela mu także informacji o bieżącym stanie jego rachunku.

Po drugie, pracodawca może zawrzeć umowy o wnoszenie przez pracodawcę składek pracowników do funduszu inwestycyjnego. Wybierając ten rodzaj programu umowy mogą być zawierane przez pracodawcę z różnymi funduszami inwestycyjnymi zarządzanymi przez to samo towarzystwo funduszy inwestycyjnych, po to, by pracownicy mogli wybrać lub zmieniać mniej albo bardziej dynamiczne metody inwestowania, a nawet dzielić składkę pomiędzy fundusze inwestycyjne różnego rodzaju (art. 6 ust. 2 ustawy o ppm).

Po trzecie, pracodawca może zawrzeć z zakładem ubezpieczeń umowy grupowego ubezpieczenia na życie pracowników z funduszem inwestycyjnym. Obecnie nie rozróżnia się umów zawieranych z towarzystwem ubezpieczeń na życie w formie spółki akcyjnej i w formie towarzystwa ubezpieczeń wzajemnych. Zważywszy, że na podstawie umowy zakładowej pracownicy nie mogą zostać członkami TUV, to możliwość korzystania z kapitałowych ubezpieczeń na życie w TUV-ach jest ograniczona ilościowo przez art. 44 ust. 2 ustawy z dnia 22 maja 2003 r. o działalności ubezpieczeniowej. Wybór formy ubezpieczeniowej jest związany z zastosowaniem PPE nie tylko jako formy dodatkowego zabezpieczenia emerytalnego, ale również uzupełniającej ochrony ubezpieczeniowej na życie. Niemniej jednak ta pierwsza funkcja ma znaczenie dominujące, ponieważ 85% każdorazowej składki podstawowej musi być przeznaczona na ubezpieczeniowy fundusz kapitałowy (art. 6 ust. 9 pkt. 2 ustawy o ppm).

Czwartą formą prowadzenia PPE jest zarządzanie zagraniczne, dodane ustawą z dnia 1 lipca 2005 r., co jest konsekwencją utworzenia jednolitego rynku finansowego w UE. Forma taka ma znaczenia przede wszystkim dla przedsiębiorstw międzynarodowych, działających przynajmniej na dwóch rynkach krajowych. Zgodnie z art. 20 Dyrektywy 2003/41/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 3 czerwca 2003 r. w ustalono, że Państwa członkowskie zezwalają przedsiębiorcom znajdującym się na ich terytorium na finansowanie instytucji pracowniczych programów emerytalnych osobom uprawnionym w innych krajach członkowskich. Zarządzanie zagraniczne programem emerytalnym otwiera również możliwości korzystania z bardziej agresywnych i zdywersyfikowanych metod inwestowania, które są niezgodne z prawem krajowym.

Uczestnictwo w pracowniczym programie emerytalnym jest związane z określonymi korzyściami. Oprócz wymienionego wcześniejszego ograniczenia obowiązkowej składki na ubezpieczenie emerytalne oraz ograniczenia barier natury podatkowej należy zwrócić uwagę na ochronę aktywów PPE przed ryzykiem upadłościowym. Pracowniczy Fundusz Emerytalny w ogóle nie posiada zdolności upadłościowej, a gdy zawarto umowę ubezpieczenia, przewidującą lokowanie 100% środków w jednostkach uczestnictwa funduszu, to w razie upa-

dłości zakładu ubezpieczeń lub towarzystwa ubezpieczeń jednostki te nie wchodzi do masy upadłości, a środki zgromadzone przy użyciu takiej formy lokaty, o ile nie nastąpi wypłata transferowa, są wypłacane uczestnikom programu emerytalnego¹³. Zastosowanie takich regulacji pozostaje w zgodzie ze wspomnianą Dyrektywą 2003/41/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 3 czerwca 2003 r., która w ust. 18 Preambuly stanowi, że: „[...] w przypadku upadłości instytucji finansującej, uczestnik staje w obliczu ryzyka utraty zarówno miejsca pracy, jak i swoich nabytych praw emerytalnych. Stwarza to konieczność zapewnienia wyraźnego podziału między tym przedsiębiorstwem a tą instytucją oraz ustanowienia minimalnych norm ostrożnościowych w celu ochrony uczestników”. W przypadku, gdy uczestnik pracowniczego programu emerytalnego przestał spełniać jego warunki, a w szczególności, gdy ustało jego zatrudnienie u pracodawcy prowadzącego program emerytalny, do czasu wypłaty lub wypłaty transferowej, środki pozostają na jego rachunku.

Konstrukcja prawna PPE opiera się na umowach zawieranych przez pracodawcę z instytucją finansową (art. 17 ustawy o ppem), umowie zakładowej lub międzyzakładowej zawieranej pomiędzy pracodawcą a reprezentacją pracowników (art. 11 ust. 2 ustawy o ppem) lub reprezentacją pracodawców i reprezentacją pracowników (art. 15 ustawy o ppem) oraz na pracowniczej umowie emerytalnej zawieranej w sposób dorozumiany przez dobrowolne przystąpienie pracownika do pracowniczego programu emerytalnego. Istnienie tej ostatniej nie jest określone w przepisach, wprost określała ją tylko wcześniejsza wersja art. 16 ustawy o ppem¹⁴. Wyróżnianie pracowniczej umowy emerytalnej jest możliwe, jeżeli uznać, że PPE zawiera indywidualne oferty pracodawcy, które zostają przyjęte w deklaracji o przystąpieniu, a treść umowy zostaje potwierdzona oświadczeniem o potwierdzeniu przystąpienia do programu (wskazanie zarządzającego programem, numeru rachunku, na który trzeba dokonać wpłaty transferowanej z IKE itd.)¹⁵. Powstaje pytanie, dlaczego ustawodawca zrezygnował z pojęcia pracowniczej umowy emerytalnej? Być może wynika to z tego, że emerytura zakładowa nie jest wypłacana przez pracodawcę.

¹³ Jednostki uczestnictwa nie mogą być przedmiotem postępowania układowego prowadzonego w stosunku do zakładu ubezpieczeń lub towarzystwa ubezpieczeń, jak również egzekucji skierowanej przeciwko nim.

¹⁴ Art. 16 poprzedniej wersji ustawy o ppem (Dz U. z 2001, nr 60, poz. 623) przewidywał, że pracownicza umowa emerytalna jest sporządzana w formie pisemnej i zawiera: oznaczenie stron umowy, informacje zgodne z deklaracją, plan emerytalny. Obecnie przygotowanie pracowniczej umowy emerytalnej jest prostsze, gdyż jest związane z przyjęciem deklaracji o przystąpieniu wprost lub z upływem okresu 1 miesiąca. Do 1 czerwca 2004 r. przyjmowano, że do zawarcia umowy dochodzi z chwilą wydania uczestnikowi podpisanej przez pracodawcę umowy, nie później jednak niż z upływem terminu przewidzianego do zwrotu deklaracji.

¹⁵ Złożenie deklaracji ma to znaczenie, że uczestnik, za pośrednictwem pracodawcy, składa oświadczenia woli w sprawach objętych pracowniczym programem emerytalnym, dotyczące ubezpieczenia, uczestnictwa w funduszu inwestycyjnym bądź członkostwa w pracowniczym funduszu emerytalnym zakładowi ubezpieczeń, funduszowi inwestycyjnemu lub pracowniczemu funduszowi emerytalnemu albo zarządzającemu zagranicznemu.

Wszystkie wyżej wymienione umowy obowiązują od dnia rejestracji programu (art. 21 ust. 1 ustawy o ppem). W przypadku, gdy pracodawca przystępuje do istniejącego programu międzyzakładowego, tworzy się umowy o przystąpieniu do umowy międzyzakładowej oraz umowy o przystąpieniu pracodawcy do umowy zawartej przez reprezentację pracodawców z instytucją finansową (art. 32 ustawy o ppem).

2. PPE w działaniach restrukturyzacji gospodarczej

W literaturze prawa gospodarczego odróżnia się przekształcenia gospodarcze od przekształceń prawnych¹⁶, co również pozwala odróżnić restrukturyzację gospodarczą od restrukturyzacji prawnej. Przekształcenia prawne dotyczą wyłącznie spółek prawa handlowego i dotyczą procedury zmian formy prawnej przez podmiot, który kontynuuje swoją działalność gospodarczą¹⁷. Procesy te wraz procedurami łączenia i dzielenia spółek prawa handlowego można określić mianem restrukturyzacji prawnych. Z kolei przekształcenia gospodarcze dotyczą szerszych zmian. Można przyjąć, że pociągają za sobą likwidację lub kontynuację działalności podmiotu przekształcanego i powstanie nowego, który przejmując całość lub część majątku oraz funkcji ekonomicznych podmiotu przekształcanego¹⁸. Z kolei, restrukturyzacja gospodarcza jawi się jako szersze pojęcie obejmujące nie tylko przekształcenia gospodarcze przedsiębiorstw, ale również zmiany struktury oraz ekonomiki przedsiębiorstwa, zarówno w sferze finansów, organizacji czy też rodzaju działalności i sposobu działania na rynkach.

Zagadnienia restrukturyzacji gospodarczej i prawnej oddziałują na istnienie programów emerytalnych, jeżeli zostały wcześniej zorganizowane w przedsiębiorstwie. Ze względu na charakter prawny PPE, przeprowadzanie zmian w warunkach, kiedy przedsiębiorstwo posiada PPE, obejmuje zagadnienia natury finansowej, pracowniczej oraz prawnoemerytalnej. Istniejące programy emerytalne tworzą stałe zobowiązania pracodawcy, stanowiąc źródło jego odpowie-

¹⁶ A. Witosz, Przekształcenia spółek w kodeksie spółek handlowych, Oficyna Branta, Bydgoszcz-Katowice 2001, s. 10.

¹⁷ W praktyce przekształcenia prawne polegają na zmianie jednego typu spółki osobowej w inny typ spółki osobowej albo kapitałowej lub odwrotnie, jednego typu spółki kapitałowej w inny typ spółki osobowej.

¹⁸ A. Witosz zalicza do przekształceń w znaczeniu gospodarczym: a) zbycie przedsiębiorstwa spółki innej spółce, która zostaje specjalnie w tym celu założona przez wspólników spółki-zbywcy, w następstwie zaś likwidowana jest spółka-zbywca, b) założenie przez spółkę pierwotną spółki docelowej, do której wnoszone jest przedsiębiorstwo spółki pierwotnej będącej jedynym wspólnikiem spółki docelowej, następnie zaś likwidacja spółki pierwotnej, c) założenie przez wspólników spółki pierwotnej spółki docelowej, do której są wnoszone udziały wspólników, jakie posiadają oni w spółce pierwotnej, w ten sposób spółka docelowa staje się wyłącznym wspólnikiem spółki pierwotnej, następnie likwidacji ulega spółka pierwotna. Zob. Tenże, Łączenie, podział i przekształcanie spółek handlowych, Branta, Warszawa 2007, s. 240.

działności cywilnoprawnej w razie niewykonania tychże zobowiązań. Istota PPE polega na tym, że składkę podstawową finansuje pracodawca, a składkę dodatkową – uczestnik jako kwotę jednolitą dla wszystkich pracowników lub kwotę procentową. Tym samym istnienie PPE posiada swój wymiar finansowy dla przedsiębiorstwa. Wysokość składki podstawowej określa się procentowo od wynagrodzenia uczestnika w wysokości do 7% jego wynagrodzenia. Pracodawca jest obowiązany do terminowego i prawidłowego naliczania składek podstawowych, natomiast względem składek dodatkowych jest też zobowiązany do ich potrącania z wynagrodzeń. Tym samym, istnienie PPE jest związane z jednej strony z zagadnieniami wynagrodzenia pracowniczego, a z drugiej strony z prawami o charakterze emerytalnym, polegającymi na otrzymywaniu od pracodawcy świadczenia pieniężnego, które nie jest przeznaczone na cele bieżące pracownika, ale na jego cele emerytalne. Cechą charakterystyczną składki pracodawcy w PPE jest to, że stanowi ona przede wszystkim o potencjalnej emeryturze, ale również o potencjalnym wynagrodzeniu, gdyż pracownik może zdecydować się wypłacić te składki, jak własne dobrowolne oszczędności, tyle że z pomniejszeniem o 30% ich wysokości. Naliczone i ewentualnie potrącone składki są następnie odprowadzane na indywidualne rachunki uczestników, prowadzone przez podmiot zarządzający środkami. Istnienie tychże rachunków wyznacza perspektywę emerytalną pracowników, gdyż na podstawie wpłaconych składek nabywają uprawnienia tymczasowe, określające prawa do przyszłych emerytur (ekspektatywy emerytalne), które narastają w trakcie wpłacania kolejnych składek¹⁹. Nabywanie ekspektatyw emerytalnych może zostać jednak wstrzymywane, ograniczone albo przerwane w trakcie następujących procesów restrukturyzacji gospodarczej.

2.1. Sprzedaż (dzierżawa) przedsiębiorstwa – przeniesienie PPE

Sprzedaż przedsiębiorstwa lub zorganizowanej części przedsiębiorstwa może być dokonywana z różnych przyczyn ekonomicznych²⁰. Czasem wynika z chęci uzyskania wymiernego ekwiwalentu pieniężnego za przedsiębiorstwo, które przedstawia dużą wartość, a czasem z chęci uzyskania jakiegokolwiek ekwiwalentu, gdy przedsiębiorstwo przedstawia coraz mniejszą wartość. Sytuację prawną nabywcy przedsiębiorstwa reguluje art. 7 ust. 4 ustawy o ppem, który

¹⁹ Zob. R. Pacud, *Oczekiwanie prawne na emeryturę dożywotnią*, Branta, Bydgoszcz-Katowice 2006, s. 90-94.

²⁰ Znaczenie przedsiębiorstwa oraz skutki prawne zbycia przedsiębiorstwa przedstawia E. Norek (*Przedsiębiorstwo w obrocie gospodarczym*, LexisNexis, Warszawa 2007, s. 27-38, 127-212.) oraz M. Wilejczyk (*Zbycie przedsiębiorstwa*, Uniwersytet Wrocławski, Wrocław 2001, s. 1-310).

przyjmuje, że w przypadku nabycia zakładu pracy w całości lub jego zorganizowanej części, nowy pracodawca wchodzi w prawa i obowiązki dotychczasowego pracodawcy, wynikające z umowy zakładowej. W doktrynie uznaje się ten przepis za *ius cogens*, którego celem jest zapobieżenie likwidacji PPE²¹. Oznacza to, że istniejący PPE jest ważnym elementem zbywanego przedsiębiorstwa, które z jednej strony zmniejsza wartość przedsiębiorstwa ze względu na długoterminowe zobowiązania finansowe, których ograniczenie lub eliminacja po przeniesieniu PPE wymaga zastosowania procedury uzgodnieniowej, a z drugiej strony jest to element zespalający załogę przedsiębiorstwa i podnoszący wartość zasobów ludzkich, które przechodzą do nabywcy na podstawie art. 23¹ kodeksu pracy. Skutkiem nabycia przedsiębiorstwa prowadzącego PPE jest zatem przeniesienie PPE do nowego pracodawcy. W sytuacji odwrotnej, gdy PPE jest prowadzony przez spółkę nabywającą inne przedsiębiorstwo, które zostaje włączone do macierzystego, to pracownicy mogą złożyć deklaracje o przystąpieniu do PPE na istniejących warunkach. Możliwa jest także sytuacja, że w obu przedsiębiorstwach był prowadzony przed transakcją PPE. Wtedy to, nawet gdyby przedsiębiorstwa uległy konfuzji składników majątkowych i niemajątkowych, pracodawca może do 3 lat prowadzić dwa odrębne programy emerytalne, które po tym okresie powinien ujednolicić (art. 7 ust. 1 ustawy o ppem).

Przejęcie zakładu pracy może nastąpić nie tylko na podstawie umowy sprzedaży, ale także umowy dzierżawy lub użyczenia przedsiębiorstwa²². Takiej sytuacji odnośnie programu emerytalnego nie przewiduje ustawa o ppem. A fortiori należałoby jednak zastosować wyżej wymieniony przepis również w razie innego rodzaju przejścia przedsiębiorstwa na inny podmiot. Zastosowanie normy prawnej inferowanej z art. 7 ust. 4 jest uzasadnione więc względami logicznymi – skoro przeniesienie programu emerytalnego następuje w razie sprzedaży, to tym bardziej powinno się dokonać w razie dzierżawy, która może zostać wypowiedziana, a przedsiębiorstwo powrócić do wydzierżawiającego.

Zgodnie z art. 40 ust. 2 ustawy o ppem, likwidacja programu następuje dopiero w przypadku likwidacji albo upadłości pracodawcy. W sytuacji takiej często ma miejsce wymuszona sprzedaż przedsiębiorstwa, która jest ratunkiem nie tylko dla załogi, ale także dla programu emerytalnego. Sprzedaż działającego przedsiębiorstwa jest możliwa zarówno przed samą likwidacją w ramach zbycia majątku spółki, jak również w ramach czynności wykonywanych przez syndyka masy upadłościowej (art. 311 ustawy z dnia 28 lutego 2008 r. prawo upadło-

²¹ A. Kopeć, M. Wojewódka, *Pracownicze programy emerytalne. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2005, s. 64.

²² Zob. J. Widło, *Dzierżawa i użytkowanie przedsiębiorstwa*, „Nowy Przegląd Notarialny” 2003, nr 3, s. 76-97; E. Norek, op. cit., s. 218-244.

ściowe i naprawcze²³), a wtedy program również nie może podlegać likwidacji, ale przeniesieniu do nowego przedsiębiorstwa. Przepis art. 7 ust. 4 ustawy o ppem nie rozróżnia zwykłego nabycia przedsiębiorstwa od nabycia przedsiębiorstwa w ramach procedury upadłościowej. PPE ulega zatem likwidacji, gdy dochodzi do upadłości spółki i zbycia majątku przez syndyka, ale nie w przypadku zbycia zakładu pracy w całości lub zorganizowanej części.

2.2. Zawieszenie PPE z powodu sytuacji finansowej

Restrukturyzacja przedsiębiorstwa może być spowodowana problemami o naturze finansowej. W takiej sytuacji konieczne jest ograniczenie nie tylko funduszu płac, ale także zobowiązań pracodawcy w ramach PPE. Na podstawie art. 38 ustawy o ppem pracodawca może jednostronnie, bez konsultacji z pracownikami zawiesić odprowadzanie składek podstawowych lub czasowo ograniczyć wysokość naliczanej składki podstawowej, o czym powinien poinformować zainteresowanych. Jednostronne zawieszenie może być dokonane bez wskazywania przyczyn ekonomicznych. Okres zawieszenia stanowi właściwie przygotowanie do restrukturyzacji finansowej, ponieważ trwa on tylko do 3 miesięcy, ewentualnie do 6 miesięcy, gdy tak stanowi umowa zakładowa. Skutkiem jednostronnego zawieszenia PPE pracodawca nie jest zwolniony z zobowiązań składkowych, tylko z obowiązku odprowadzania składek, które powinien na bieżąco naliczać. Dlatego też w piśmiennictwie zwraca się uwagę, że po okresie zawieszenia, konieczne jest ich odprowadzenie²⁴, co sprowadza czynność jednostronnego zawieszenia jedynie do zwolnienia z odpowiedzialności za nieterminowe przekazywania składek. W trakcie okresu zawieszenia, o którym mowa w ust. 2 lub 3 art. 38 ustawy, pracodawca winien wystąpić do reprezentacji pracowników z propozycją dłuższego terminowego lub bezterminowego zawieszenia programu oraz uzasadnić to sytuacją finansową. Jeżeli przekona on reprezentację związkową, że zawieszenie jest uzasadnione, to z upływem czasu jednostronnego zawieszenia, zawiera się porozumienie o zawieszeniu naliczania i odprowadzania składek podstawowych lub o czasowym ograniczeniu wysokości składek podstawowych. Porozumienie to jest przekazywane organowi nadzoru (Komisja Nadzoru Finansowego). Porozumienie z reprezentacją pracowników o zawieszeniu PPE nie może przewidywać dłuższej przerwy w naliczaniu i odprowadzeniu składek niż 24 miesiące w okresie 48 kolejnych miesięcy kalendarzowych. Co ciekawe, możliwe jest ponowne zawarcie kolejnego porozumienia, gdyby dalsze naliczanie i odprowadzanie składek podstawowych spowodowało

²³ Dz.U. z 2003, nr 60, poz. 535 z późn. zm.

²⁴ Ibid., s. 156.

konieczność ogłoszenia upadłości²⁵. Wtedy to na mocy art. 39 ust. 2 ustawy o ppem organowi nadzoru przedstawia się dokumenty uzasadniające zaistnienie warunków do ogłoszenia upadłości, co wskazuje na intensyfikację czynności nadzorczych polegających na kontroli formalnej lub też merytorycznej. Biorąc pod uwagę możliwości zawieszenia PPE, dogodną formą umowy zakładowej pozostaje dla pracowników umowa z zakładem ubezpieczeniowym. W okresie zawieszenia płatności składek jest on obowiązany do udzielenia ochrony ubezpieczeniowej przez minimum 45 dni (art. 6 ust. 10 ustawy o ppem) bez możliwości potrącenia kosztów ochrony ubezpieczeniowej z aktywów ubezpieczeniowego funduszu kapitałowego. Okres udzielania ochrony bezskładkowej może być przedłużony w umowie z ubezpieczycielem aż do 12 miesięcy, co stanowi dodatkową korzyść dla uczestników PPE.

2.3. Zmiana zobowiązań składkowych przedsiębiorstwa

Restrukturyzacje gospodarcze przedsiębiorstw prowadzących PPE mogą się koncentrować na zobowiązaniach finansowych przedsiębiorstwa tworzącego PPE. Także potrzeby restrukturyzacji samego przedsiębiorstwa w celu poprawy jego sprawności mogą polegać na zawieszeniu, ograniczeniu lub likwidacji zobowiązań pracodawców w ramach PPE. Zgodnie z art. 21 ust. 2 ustawy o ppem zmiana dokonuje się w trybie właściwym dla zawarcia umowy zakładowej. W ten sposób można przyjąć, że pracodawca przedstawia ofertę zmian zawierającą: projekt nowej zakładowej umowy emerytalnej z dokonany wybór jednej z form pracowniczego programu emerytalnego, warunki ustalone wspólnie z funduszem inwestycyjnym, zakładem albo towarzystwem ubezpieczeń (umowa przedwstępna) bądź projekt zmian do statutu towarzystwa i statutu pracowniczego funduszu emerytalnego. Projekt ten powinien zostać przyjęty przez stronę pracowniczą. Zgodnie z ustawą reprezentację pracowników tworzą wszystkie zakładowe organizacje związkowe działające u danego pracodawcy, a jeżeli u pracodawcy nie działa zakładowa organizacja związkowa, pracodawca zawiera umowę zakładową z reprezentacją pracowników, wyłonioną w trybie przyjętym u danego pracodawcy. Biorąc pod uwagę realia negocjacji PPE, z których jedna organizacja związkowa będzie zadowolona, a inna nie, ustawodawca stwarza możliwość ograniczenia reprezentacji pracowniczej tylko do reprezentatywnych organizacji związkowych w rozumieniu art. 241^{25a} Kodeksu pracy. Podstawą ograniczenia reprezentacji pracowniczej jest bezskuteczny upływ 2 miesięcy od przedstawienia oferty zmiany programu emerytalnego.

²⁵ Dokładnie rzecz ujmując, chodzi o konieczność złożenia wniosku, o którym mowa w art. 21 ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. Prawo upadłościowe i naprawcze.

Warto zwrócić uwagę, że zmiany zobowiązań składkowych powinny być takie same dla wszystkich pracowników. Zasada równości ma także zastosowanie do zmian warunków ubezpieczenia. W literaturze zwraca się uwagę, że umowa ubezpieczenia nie może przewidywać podziału uczestników PPE na grupy, w których obowiązują zróżnicowane sumy ubezpieczenia lub zakresy ochrony ubezpieczeniowej²⁶.

2.4. Likwidacja PPE

Odprowadzanie składek podstawowych lub następcze ograniczenie ich wysokości może być przedmiotem dalszej restrukturyzacji. Czasami konieczna będzie likwidacja programu, która prowadzi do wygaśnięcia zobowiązań pracodawcy w trybie art. 40 ust. 2 ustawy o ppem. Rozwiązanie PPE jest możliwe jednak za zgodą reprezentacji pracowników. Przyjęcie takiego rozwiązania ustawowego jest związane z pewną formą zabezpieczenia ich ekspektatyw emerytalnych, których nabywanie zostało powiązane z potencjałem przedsiębiorstwa, a nie tylko możliwościami własnymi gospodarstwa domowego. W czasach ograniczenia państwowej gwarancji w zakresie wysokości emerytur, zorganizowanie PPE jest związane z ustaleniem pewnej gwarancji przez pracodawcę, z której nie można się wycofywać w sposób dowolny. Dlatego też podjęcie przez pracodawcę decyzji o likwidacji programu jest skuteczne pod warunkiem zawarcia przez pracodawcę porozumienia w sprawie rozwiązania umowy zakładowej. Ustawodawstwo jest zatem tak skonstruowane, że chroni pracowników nabywających emerytury zakładowe tak, aby wszelkie restrukturyzacje nie dokonywały się najpierw kosztem ich uprawnień emerytalnych. Zaskakujące jednak jest to, że łatwiej będzie przeprowadzić tzw. zwolnienia grupowe lub rozwiązać umowy o pracę na czas nieokreślony, aniżeli rozwiązać program emerytalny. Ustawodawca przewiduje możliwość wypowiedzenia programu z zachowaniem 12-miesięcznego okresu wypowiedzenia, ale dopiero wtedy, gdy reprezentacja pracownicza podjęła wcześniej zgodę na jego zawieszenie. Wydaje się, że ustawa powinna być w tym miejscu bardziej elastyczna i zezwolić na wypowiedzenie programu emerytalnego, podobnie jak typowego układu zbiorowego prawa pracy. W praktyce tak sztywne regulacje rozwiązań PPE mogą z jednej strony zniechęcać pracodawców do ich tworzenia, a z drugiej zmuszać do celowego ograniczania zatrudnienia po to, aby zbliżyć się do warunków likwidacji programu emerytalnego.

²⁶ A. Kopeć, M. Wojewódka, op. cit., s. 61.

Analizując podstawy likwidacji programu, należy wspomnieć, że może to nastąpić przez działania faktyczne pracodawcy, skutkujące zejściem przyczyn ustawowych. Na zagadnienie te zwraca się uwagę jako na potencjalny skutek uboczny silnej ochrony prawnej programu emerytalnego. W takich kategoriach najprostszym sposobem restrukturyzacji PPE, skutkującej wygaśnięciem zobowiązań pracodawcy, jest oddziaływanie na pracowników, aby ci składali wnioski o dokonanie wypłaty transferowej, a ewentualnie też wypłaty do majątku osobistego. Wtedy to zachodzi przesłanka z art. 40 ust. 2 ustawy o ppem, która upoważnia do likwidacji PPE w razie spadku wartości środków zgromadzonych w programie poniżej kwoty ustalonej w umowie zakładowej. Pomija się w tym miejscu prawną ocenę tych działań, które mogą mieścić się w kategoriach mobbingu (art. 94³ § 2 kp). Innym podobnym sposobem jest celowa restrukturyzacja zatrudnienia. Jeżeli w przedsiębiorstwie nie pozostają w zatrudnieniu pracownicy będący uczestnikami programu, to podlega on likwidacji. Oznacza to, że gdy pracownicy zrezygnują z PPE albo z pracowniczej formy zatrudnienia, to PPE podlega likwidacji. Ten ostatni przypadek potwierdza istnienie poważnej luki aksjologicznej, która swoją drogą dowodzi, że PPE nie powinno być organizowane tylko dla pracowników, ale dla wszystkich zatrudnionych w przedsiębiorstwie, w tym samozatrudnionych. Przyjmując takie rozwiązanie *de lege ferenda*, w przedsiębiorstwie byłyby ograniczone możliwości likwidacji programu emerytalnego, a cele Dyrektywy 2003/41/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 3 czerwca 2003 r. zostałyby pełniej zrealizowane.

Likwidację PPE należy łączyć niezmiennie także z likwidacją przedsiębiorstwa pracodawcy albo instytucji finansowej, która zarządza środkami emerytalnymi na podstawie umowy z pracodawcą. Decyzję o likwidacji pracowniczego programu emerytalnego pracodawca przesyła uczestnikom z podaniem terminu, od którego zaprzestaje naliczania i poboru składek, oraz przyczyn likwidacji ze wskazaniem czynności, które podjął zgodnie z postanowieniami tej ustawy, a ewentualnie też ustawy o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych. Czasami likwidacja jest wymuszana procesami dekonstrukcji, kiedy to pracownicy wypowiadają udział w programie albo dokonują masowo wypłat transferowych do własnych IKE, przez co następuje spadek wartości środków wniesionych w ramach programu, poniżej kwoty ustalonej w umowie z instytucją finansową zarządzającą programem.

Pewnym naturalnym zabezpieczeniem pracowników przed likwidacją PPE jest międzyzakładowy program emerytalny, który rozkłada ryzyko niepowodzeń gospodarczych przedsiębiorstwa na większą ilość przedsiębiorstw lub nawet całą branżę. W programie takim bowiem pracodawcy mogą się zobowią-

zać, że w przypadku upadłości jednego z nich, likwidacji czy zbycia składników przedsiębiorstwa, pozostali będą nadal prowadzić program emerytalny dla pracowników przedsiębiorstwa dotychczas objętego programem, o ile nowy pracodawca przejmujący miejsce po zlikwidowanym przedsiębiorstwie do tego programu przystąpi. Nawet bez takich postanowień należy uznać, że pracownicy dzięki umowie międzyzakładowej będą wiedzieć, do jakiego przedsiębiorstwa zwrócić się z ofertą zatrudnienia, po to, aby utrzymać możliwość powiększania dodatkowych wkładów emerytalnych. De lege lata nie jest możliwe, aby pracownicy, z którymi rozwiązano umowy o pracę z powodu likwidacji przedsiębiorstwa pracodawcy, mogli mieć przez pewien czas opłacane składki u innych pracodawców zrzeszonych w międzyzakładowym PPE. Teoretycznie takie rozwiązanie jest możliwe i pożądane. Przypominałoby to wtedy odmianę ubezpieczenia wzajemnego²⁷.

3. Kontynuacja PPE w przypadkach restrukturyzacji prawnej

3.1. Łączenie ze spółką prowadzącą PPE

W ustawie o ppem znajdujemy szczerbkie regulacje dotyczące restrukturyzacji prawnych. Artykuł 7 § 1 ustawy o ppem mówi wprost o połączeniach pracodawców prowadzących programy emerytalne. W ust. 4 tego przepisu przewiduje się także odpowiednie jego zastosowanie, jeżeli program jest prowadzony przez jednego z łączących się pracodawców. Tym samym można przyjąć, że w razie połączenia spółek prawa handlowego, będzie dochodzić do przeniesienia programu emerytalnego do nowo zawiązanej spółki lub spółki przejmującej, albo do prowadzenia dwóch programów emerytalnych, gdyby obie łączące się spółki miały własne programy emerytalne. Prowadzenie dwóch programów emerytalnych jest jednak przejściowe, gdyż jak już wspomniałem, w ciągu 3 lat od połączenia powinno dojść do zmiany umowy z instytucją finansową, tak aby w spółce istniał jeden program emerytalny. Dopiero na tym etapie konieczne są uzgodnienia z reprezentacją pracowników. Proces ten można nazwać konsolidacją programów emerytalnych. Podstawą prawną konsolidacji programów emerytalnych jest przede wszystkim art. 494 § 1 i § 2 ksh, który przewiduje przejście z dniem połączenia wszystkich praw i obowiązków spółki przejmowanej albo spółek łączących się przez zawiązanie nowej spółki.

²⁷ Warto zwrócić uwagę, że zgodnie z nieobowiązującym art. 10 ustawy o ppem, pracodawcy związani umową wspólnego międzyzakładowego programu emerytalnego mogli bez wcześniejszego porozumienia, na wniosek innego pracodawcy akceptującego warunki umowy i programu zgodzić się na jego przystąpienie do umowy i objąć programem, o ile pracodawca we właściwym trybie przyjmie warunki programu.

Rzecz jasna konsolidacja programów emerytalnych jest związana z procedurą łączenia spółek prawa handlowego i podlega ograniczeniom, jakie stanowi to prawo spółek. Przykładowo nie będzie możliwa konsolidacja programów emerytalnych, gdy jeden z pracodawców jest już w likwidacji i rozpoczął sprzedaż majątku. Także gdyby program prowadziły dwie spółki osobowe, to utworzenie jednego programu emerytalnego jest możliwe wtedy, gdy te spółki łączą się w spółkę kapitałową (art. 491 § 2 i § 3 ksh).

Z punktu widzenia wymagań prawa emerytalnego konsolidacja programów emerytalnych powinna być ważnym elementem planu połączenia spółek, mimo że treść art. 499 ksh nie przewiduje obowiązku włączenia tej sprawy do planu przekształcenia. Przepis ten nie określa jednak czynności w sposób enumeratywny. Wydaje się jednak, że plan połączenia, uwzględniający zmiany w umowie zakładowej, powinien być złożony w Komisji Nadzoru Finansowego na podstawie art. 34 ust. 4 ustawy o ppem. Przepis ten statuuje konieczność zgłoszenia wszelkich zmian we wpisie do rejestru programów, który obejmuje dane pracodawcy, tj. łączącej się spółki. Zmiana programu emerytalnego uwzględniająca nowego pracodawcę wchodzi bowiem w życie dopiero z dniem wpisu do rejestru programu, przez co bez wcześniejszego wpisu do rejestru nie będzie można prawidłowo zmienić umowy z instytucją finansową oraz terminowo naliczać i potrącać składek. Sytuacja ta pozostaje bardzo słabo uregulowana. Przykładowo ustawodawstwo emerytalne nie odnosi się do przewidywanych czy też projektowanych zmian w umowie zakładowej.

Możliwa jest także sytuacja, że każda ze spółek podlegających łączeniu będzie posiadać własną spółkę zależną – pracownicze towarzystwo emerytalne prowadzone w formie spółki akcyjnej. Wtedy to w ramach konsolidacji PPE powinno dokonać się połączenie towarzystw emerytalnych oraz utworzenie jednego towarzystwa, które przejmie fundusze emerytalne. Alternatywą do takiego działania pozostaje przeprowadzenie likwidacji jednego z towarzystw, ewentualnie sprzedanie akcji towarzystwa emerytalnego.

3.2. Podział spółki prowadzącej PPE

Przepis art. 7 ustawy o ppem stanowi jedną z możliwych podstaw prawnych do regulacji sytuacji programu emerytalnego w warunkach podziału spółki kapitałowej, która prowadziła program. Przepis ten należy stosować do podziałów spółek prowadzących PPE, mimo że jego treść nie odnosi się wprost do sytuacji podziału pracodawcy czy też podziału spółki prowadzącej program emerytalny. W trakcie podziału spółek dochodzi jednak do pewnego nabycia zorganizowanej części zakładu pracy albo całego zakładu pracy, a taka operacja

jest już unormowana przez wspomniany przepis. Problem w tym, że restrukturyzacje przez podział, których przedmiotem są całe zakłady pracy albo ich zorganizowane części, nie muszą zachodzić w każdym konkretnym przypadku. Plan podziału może przewidywać podział majątku, a nie podział całych zorganizowanych części przedsiębiorstwa. Ponadto istnieje tu także problem wykładni, którą należy przeprowadzić na tle systemowym oraz celowościowym prawa gospodarczego i prawa emerytalnego. Chodzi o to, czy przekazanie majątku do spółki przejmującej może być charakteryzowane jako nabycie przedsiębiorstwa lub zorganizowanej części? Trudno na to pytanie odpowiedzieć jednoznacznie, choć należy mieć na uwadze, że odpowiedź negatywna uniemożliwi przeniesienie PPE ze spółki dzielonej do spółki przejmującej lub nowo zawiązanej. Wtedy to konieczna będzie likwidacja PPE w spółce dzielonej i ponowna rejestracja w spółce nowo zawiązanej lub zawarcie międzyzakładowego programu emerytalnego. Ze względów prakseologicznych procedura taka wydaje się być już zbędna z tego powodu, że art. 531 ksh nadaje się do uregulowania statusu prawnego programu emerytalnego. Przepis ten przyjmuje, że spółki przejmujące lub spółki nowo zawiązane wstępują z dniem podziału bądź z dniem wydzielenia w prawa i obowiązki spółki dzielonej, na podstawie planu podziału. Tym samym w zakresie praw i obowiązków związanych z PPE będzie dochodzić do ich przejścia na spółkę przejmującą na zasadzie sukcesji²⁸. Zgadzając się zatem na przeniesienie praw i obowiązków PPE do spółki przejmującej lub nowo zawiązanej na podstawie art. 7 ustawy o ppem w związku z art. 531 ksh konieczne będzie uzyskanie zgody reprezentacji pracowniczej na plan podziału. Nie chodzi tu o sytuację zmiany strony umowy zakładowej, która ma dotyczyć danych pracodawcy, ale o możliwości korzystania z programów emerytalnych przez pracowników. Niezależnie od kontrowersji związanych z możliwością zastosowania art. 7 ustawy o ppem do podziału spółek należy z góry wykluczyć ewentualność przejścia praw i obowiązków wynikających z PPE na rzecz więcej niż jednej spółki przejmującej. Plan podziału musiałby zatem z góry zakładać, że program emerytalny w całości zostanie przeniesiony do jednej spółki, co nie wyklucza możliwości zawarcia porozumienia z pracownikami, na podstawie którego wspólnicy drugiej lub trzeciej spółki przejmującej majątek zobowiążą się do utworzenia planu emerytalnego dla załogi przechodzącej do tych spółek na zasadzie art. 23¹ kp albo po uprzednim rozwiązaniu umowy o pracę w spółce dzielonej na zasadzie porozumienia stron.

²⁸ Zob. A. Witosz: *Przekształcenia spółek...*, op. cit., s. 20.

3.3. Przekształcenia spółki prowadzącej PPE

Międzynarodowe standardy prawa spółek wymagają takich regulacji prawnych, aby w razie zmian w spółce, ochronie podlegały również interesy osób trzecich, które są związane z działaniem spółki²⁹. W grupie interesów osób trzecich bardzo wysoko plasują się interesy pracowników, w tym uczestników programów emerytalnych. Wśród wszystkich przekształceń prawnych przedsiębiorstw ryzyko naruszenia interesów uczestników jest najmniejsze przy zmianie form organizacyjnych spółek handlowych bez zmiany podmiotu. Przepisy przewidują nawet w określonych przypadkach osobistą odpowiedzialność wspólników za zobowiązanie powstałe przed dniem przekształcenia (tj. przekształcenia spółek osobowych)³⁰.

Na podstawie art. 553 § 1 ksh spółce przekształconej przysługują wszystkie prawa i obowiązki spółki przekształcanej. Wskazane w § 2 tegoż przepisu wyliczenie, jakie rodzaje uprawnień przechodzą z mocy prawa na spółkę przekształcaną, ma charakter przykładowy. Nie powinno budzić wątpliwości, że wstąpienie we wszystkie prawa i obowiązki obejmuje również wstąpienie w prawa i obowiązki pracodawcy prowadzącego program emerytalny. Kodeks spółek handlowych posługuje się egzemplifikacją w art. 553 § 2 ksh, wskazując, że spółce przekształconej przysługują również prawa o charakterze publicznym (zezwolenia, koncesje, decyzje). Zabieg taki można wyjaśnić tym, że jest to akt prawny należący do prawa prywatnego, który deklarując zasadę ciągłości (kontynuacji) za pomocą legis generalis, nie mógłby odnosić się do praw publicznych, gdyby nie posłużył się konstrukcją legis specialis. Zastosowanie zasady ciągłości nawet dla praw publicznych pozwala wykluczyć – ze względu na argumentację a fortiori – wątpliwości związane z brakiem wyraźnego wskazania pracowniczych programów emerytalnych w art. 553 ksh jako podstawy prawnej do pozostawiania spółki przekształconej (pracodawcy) w tym samym zespole praw i obowiązków. Wydaje się, że norma z art. 553 ksh co do zasady ogranicza potrzeby zawierania nowych umów tworzących program emerytalny, choć konieczne będzie składanie informacji o zmianie danych zarówno do Komisji Nadzoru Finansowego, jak i Zakładu Ubezpieczeń Społecznych, po to, aby pracodawca w sposób skuteczny wykonał zobowiązania składkowe z programu emerytalnego.

²⁹ A. Szumański, Zasady nadzoru korporacyjnego OECD (corporate governance), „PPH” 2000, nr 5, s. 70.

³⁰ Zob. A. Stępień, Przekształcenia spółek handlowych, C.H. Beck, Warszawa 2006, s. 172 i n.

Zakończenie

Na podstawie przeprowadzonej analizy skutków restrukturyzacji przedsiębiorstw prowadzących program emerytalny (bytu tego programu oraz uprawnień stron umowy zakładowej) można pokusić się o kilka wniosków natury ogólnej:

1. Pracodawcy są zobowiązani do zapewnienia obsługi środków zgromadzonych na rachunkach pracowników przedsiębiorstwa dotychczas objętego programem i zarządu nimi, do czasu ich wypłaty, wypłaty transferowej bądź zwrotu. De lege lata stabilność umowy zakładowej jest większa niż układów zbiorowych pracy czy też samych miejsc pracy. Zobowiązania pracodawcy zasadniczo nie ulegają zmianie bez zgody reprezentacji pracowników. Udział pracowników jest mniejszy w trakcie łączeń spółek i przekształceń prawnych, w których nie dochodzi do zmiany zakresu zobowiązań emerytalnych pracodawcy. Wyjątkiem jest podział przedsiębiorstwa (spółki kapitałowej) prowadzącego PPE, który wymaga udziału reprezentacji pracowników, nawet gdy całość załogi uczestniczącej w programie przechodzi do jednej ze spółek ze względu na to, że słabsza spółka może utracić realne możliwości realizacji zobowiązań programu emerytalnego. Procesy restrukturyzacji gospodarczej, a w szczególności te prowadzące do likwidacji programu, mogą być bardziej niekorzystne dla pracowników, gdyż tracą oni w części lub całości możliwości dodatkowego finansowego wsparcia przez zakład pracy, który nie płaci już składki podstawowej z własnych środków.
2. Obowiązujące przepisy ustawy o pracowniczych programach emerytalnych nie zawierają pełnej regulacji prawnej programów w warunkach restrukturyzacji gospodarczej przedsiębiorstw. Ustalenie obowiązujących w tym zakresie norm prawnych wymaga odniesienia się do przepisów regulujących działalność przedsiębiorstw. Takie przepisy odnajdujemy przede wszystkim na gruncie przekształceń, łączenia i podziałów spółek prawa handlowego.
3. Co do zasady wszystkie dopuszczalne restrukturyzacje prawne prowadzą do utrzymania programu emerytalnego i to odpowiada regułom znanym z prawa spółek. Zaliczana do przekształceń gospodarczych sprzedaż przedsiębiorstwa charakteryzuje się brakiem sukcesji administracyjno-prawnych, jednakże akurat na gruncie prawa emerytalnego sprawa ta została uregulowana w sposób pozwalający na przeniesienie programu emerytalnego, który posiada również swój wymiar administracyjno-prawny.
4. Prawny byt programu emerytalnego w warunkach podziału lub połączenia przedsiębiorstw jest związany z przechodzeniem praw i obowiązków praco-

dawcy prowadzącego PPE do spółek łączących się lub jednej ze spółek wydzielanych. Istota PPE uniemożliwia przeniesienia go do dwóch lub więcej spółek, powstających wskutek dzielenia spółki prowadzącej PPE. Inaczej w zakresie przekształceń prawnych jednego rodzaju spółki w inny rodzaj spółki prawa handlowego. Wtedy przekształcona spółka pozostaje w prawach i obowiązkach pracodawcy prowadzącego pracowniczy program emerytalny. Przeniesienie programu emerytalnego na zasadzie ciągłości prawnej lub zasadzie sukcesji prawnej nie zwalnia jednak z konieczności dokonania zgłoszenia zmian do Komisji Nadzoru Finansowego.

EMPLOYEES' PENSION PROGRAM IN THE PROCESS OF ENTERPRISE' S RESTRUCTURING

Summary

Employees' Pension Programs (abbreviation: EPP) may be offered by one employer or in cooperation by at least two employers acting according to the Bill of law of April 20, 2004. Enterprise pension agreement is concluded between employer (employers) and representation of employees. In such pension programs employers and workers pay pension contribution in order to collect financial means for additional pension. It is a long-standing process which requires stable cooperation between the representation of the employees and the employer which is endangered in circumstances of the economic and legal restructuring of the enterprises. Even in such conditions enterprises pension agreement can not be unilaterally changed by the employer. In the article it is discussed how an enterprise having employees' pension program faces restructuring in relation to: a sale of enterprise, a suspension of EPP caused by difficult financial state of enterprise, a limitation of financial commitment of employer within EPP, and liquidation of EPP. Then the duration of the pension program has been analyzed in case of law restructuring (conversion, merger or division of commercial companies that commenced pension program).

Dorota Benduch

DETERMINANTY PRAWNE TRANSGRANICZNYCH POŁĄCZEŃ SPÓŁEK KAPITAŁOWYCH

Wprowadzenie

We współczesnych gospodarkach rynkowych krajów rozwiniętych obserwuje się coraz to większą mobilizację przedsiębiorców do kompleksowego wykorzystania istniejącego na rynku potencjału dla realnej poprawy ich konkurencyjności. Dodatkowo, organizacja jednolitego rynku w ramach Unii Europejskiej – wynikająca bezpośrednio z postanowień Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską (dalej: TWE) – korzystnie wpływa na realizację przez zorganizowane na terenie wspólnego rynku wewnętrznego spółki kapitałowe ich strategii wzrostu zewnętrznego. W skali międzynarodowej takie działanie może w praktyce życia gospodarczego przyjmować postać fuzji transgranicznych¹, ponadnarodowych przejęć kontroli² czy też odmiennej od wskazanych form – koncentracji kapitału w skali globalnej.

Łączenie się spółek kapitałowych zarówno w skali narodowej, jak i na poziomie transgranicznym stanowi jedną z form trwałej współpracy między aktualnymi lub potencjalnymi konkurentami oraz kooperantami, którzy na pewnym

¹ Należy zauważyć, iż *fuzja* (ang. *merger*) jest terminem powszechnie używanym w języku naturalnym, nigdy jednak nie był i nie jest terminem ustawowym ani w polskim systemie prawa, ani też w systemie prawa europejskiego. Pojęciem normatywnym w odniesieniu do tego terminu jest *łączenie się spółek*, regulowane m.in. przepisami Ustawy z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych (dalej ksh) (Dz.U. z 2000 r., nr 94, poz. 1037 ze zm.). Podobnie, termin *fuzja transgraniczna* (ang. *cross-border merger*), choć powszechnie został uznany w piśmiennictwie, w języku prawnym jego ustawowym odpowiednikiem jest termin *połączenia transgraniczne*. W poniższym opracowaniu pojęcia: *fuzja*, *połączenie* są stosowane zamiennie.

² Termin *przejęcie kontroli* (ang. *acquisition of control*) jest używany jako kategoria oznaczająca nabycie lub objęcie przez spółkę odpowiednio wysokiej liczby udziałów lub akcji w drodze wrogiego lub przyjaznego wykuwu, którego konsekwencją jest przejęcie kontroli nad spółką, a nie wymiana całego lub części majątku za należne prawa udziałowe. Termin ten można także stosować zamiennie z pojęciem *akwizycja*. Zob. P. Sobolewski, *Koncentracje przedsiębiorców we wspólnotowym prawie konkurencji*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2007, 6, s. 28.

etapie swojego rozwoju podejmują decyzję o wspólnym poprowadzeniu tej czy innej działalności gospodarczej, integrując w tym celu posiadane zasoby i umiejętności. Dodatkowo – jak słusznie podkreśla A. Witosz³ – łączenie się spółek jest przyjaznym procesem restrukturyzacyjnym, gdyż jego istotą jest brak przymusowego działania, który zapewnia wspólnikom lub akcjonariuszom łączących się spółek co najmniej równoważne prawa w spółce przejmującej lub nowo utworzonej. Innymi słowy, połączeniem jest taka czynność prawna, z której zapłatą za przejęty lub scalony majątek nie są pieniądze, lecz prawa udziałowe przydzielane wspólnikom lub akcjonariuszom spółek tracącym podmiotowość prawną w wyniku łączenia⁴.

Należy wskazać, iż połączenie transgraniczne spółek kapitałowych jeszcze do niedawna było możliwe jedynie na podstawie przepisów krajów, w których znajdowały się siedziby uczestniczących w połączeniu przedsiębiorców. Jednak tego typu sytuacje rodziły w praktyce wiele problemów zarówno natury prawnej, jak i ekonomicznej. Powstawało wówczas wiele kolizji przepisów zawartych w odmiennych systemach prawnych, a także występowały trudności w zakresie międzynarodowego prawa prywatnego⁵. Dodatkowo, fuzje ponadnarodowe – choć bardzo kosztowne i czasochłonne – z uwagi na duże prawdopodobieństwo wystąpienia zbyt wielu rozbieżności formalno-organizacyjnych, rzadko przynosiły ich inicjatorom realne korzyści.

Niniejsze opracowanie koncentruje się przede wszystkim na praktycznych kwestiach dokonywania fuzji transgranicznych. W tym celu zostanie podjęta próba identyfikacji podstawowych determinant prawnych przeprowadzania fuzji transgranicznych⁶, a także krytyczna ocena obowiązujących ram prawnych w zakresie transgranicznych połączeń spółek kapitałowych wyznaczonych w Dyrektywie nr 2005/56/WE oraz w Kodeksie spółek handlowych. Istotną kwestię stanowi próba znalezienia odpowiedzi na pytanie, czy uregulowane

³ Zob. A. Witosz, Zasady zachowania praw równoważnych osób o poszczególnych uprawnieniach w łączeniu się i podziale spółek kapitałowych, „Prawo Spółek” 2005, nr 1, s. 3.

⁴ Tak A. Witosz w: J.A. Strzępka, E. Zielińska, W. Popiołek, A. Witosz, Kodeks spółek handlowych. Komentarz. Orzecznictwo, red. J.A. Strzępka, C.H. Beck, Warszawa 2001, s. 1136. Szerzej o procesie łączenia się spółek piszą: J. Jacyszyn, S. Krześ, E. Marszałkowska-Krześ, Kodeks Spółek Handlowych. Komentarz. Orzecznictwo, C.H. Beck, Warszawa 2001; J. Strzępka, P. Pinior, W. Popiołek, H. Urbańczyk, Kodeks Spółek Handlowych. Komentarz. Orzecznictwo, C.H. Beck, Warszawa 2003; S. Soltysieński, A. Szajkowski, J. Szwaja, A. Szumański, Kodeks Spółek Handlowych. Komentarz, t. 4, C.H. Beck, Warszawa 2003; A. Witosz, Łączenie się i podział spółek w Kodeksie spółek handlowych, Branta, Bydgoszcz-Katowice 2002, s. 15-16; A. Kidyba, A. Witosz, Łączenie, podział i przekształcanie spółek handlowych, Branta, Warszawa 2007, s. 25-26.

⁵ Por. P. Pinior, Transgraniczne łączenie się spółek, „Przegląd Prawa Handlowego” 2007, nr 9, s. 4.

⁶ Podkreślenia wymaga fakt, iż pojęcie *determinanty prawne* nie jest znane zarówno w języku prawnym, jak i prawniczym. Jest to termin, który przyjął się przede wszystkim w literaturze ekonomicznej w celu identyfikacji czynników oddziałujących na dane zjawisko z różnym nasileniem. Zob. np. W. Janasz, K. Kozioł, Determinanty działalności innowacyjnej przedsiębiorstw, PWE, Warszawa 2007. W niniejszym artykule autorka stosuje takie nazewnictwo wymiennie z *uwarunkowaniami prawnymi*, które w zakresie transgranicznych połączeń spółek kapitałowych będą określać wpływ oraz skuteczność rozwiązań legislacyjnych na aktywność przedsiębiorców w podejmowaniu ponadnarodowych czynności integracyjnych.

przez ustawodawcę zagadnienia w zakresie połączeń transgranicznych wprowadzają dodatkowe uwarunkowania, mogące utrudnić – a tym samym zniechęcić przedsiębiorców do działania – procedurę połączenia spółek kapitałowych mających siedzibę statutową w różnych państwach członkowskich Unii Europejskiej.

1. Identyfikacja determinant prawnych transgranicznego połączenia spółek kapitałowych

Wydaje się, iż jednym z najważniejszych warunków tworzenia transgranicznych spółek kapitałowych jest występujący w różnych systemach prawa państw członkowskich UE poziom ich konkurencyjności. Dzięki przyjętym przez ustawodawcę rozwiązaniom przedsiębiorcy unijni mogą wybierać najdogodniejszy dla prowadzenia tej czy innej działalności gospodarczej system prawa. W związku z tym zupełnie nowego znaczenia nabiera pojęcie „konkurencji między przedsiębiorcami”, która nie ogranicza się jedynie do rywalizacji gospodarczej, lecz wchodzi także na teren rywalizacji narodowych systemów prawa. Oznacza to, iż o miejscu prowadzenia działalności gospodarczej również decydować powinno przyjazne prawo spółek, prawo umów gospodarczych czy też prawo podatkowe⁷.

Dodatkowo, w odniesieniu do transgranicznych połączeń spółek kapitałowych można zdefiniować i takie determinanty prawne, które w zależności od sytuacji są bądź to barierami, bądź też stymulatorami. Katalog tych najważniejszych zaprezentowano w tabeli 1.

Tabela 1

Prawne determinanty transgranicznych połączeń spółek kapitałowych w państwach członkowskich UE

BARIERY I STYMULATORY TRANSGRANICZNYCH POŁĄCZEŃ SPOŁEK KAPITAŁOWYCH
– Stabilność systemu prawa wspólnotowego wyznaczającego zakres regulacji w poszczególnych państwach członkowskich UE
– Znajomość i czytelność przepisów prawa krajowego i wspólnotowego w zakresie podejmowania czynności integracyjnych, a także przewidzianych w prawie skutków
– Jasność oraz łatwość przeprowadzenia określonych w prawie krajowym państw członkowskich UE i wspólnotowym czynności procedury połączenia transgranicznego
– Zakres i zdolność prawna w podejmowaniu czynności integracyjnych przez spółki kapitałowe w poszczególnych państwach członkowskich UE
– Równość prawna podmiotów uczestniczących w połączeniu transgranicznym
– Poziom ochrony prawnej wierzycieli i współników mniejszościowych w dochodzeniu swoich praw
– Poziom ochrony prawnej pracowników spółek uczestniczących w połączeniu transgranicznym
– Poziom ochrony prawnej i instytucjonalnej przed tworzeniem monopolu na wspólnym rynku UE
– Atrakcyjność rozwiązań legislacyjnych w poszczególnych państwach członkowskich UE w związku z podejmowaniem i prowadzeniem działalności gospodarczej w formie spółek kapitałowych
– Uregulowana w prawie polityka wspierania przedsiębiorczości w poszczególnych państwach członkowskich UE

⁷ Szerzej na temat konkurencji systemów prawa: M. Szydło, Konkurencja regulacyjna w prawie spółek, Warszawa 2008.

Problemem ustawodawcy jest więc – zarówno na szczeblu krajowym, jak i europejskim – zaprojektowanie, promowanie oraz wdrażanie takich rozwiązań prawnych, aby swoim zasięgiem objęły możliwie jak największą grupę adresatów i aby instytucja „połączenia transgranicznego” nie odnosiła się tylko do nielicznych podmiotów prawa. Należy wziąć pod rozwagę również to, iż taka aktywność przedsiębiorców wpływa bardzo korzystnie na pożądaną w każdym państwie poziom wzrostu gospodarczego.

Podstawy prawne transgranicznych połączeń spółek kapitałowych znajdują się obecnie w prawie europejskim zarówno w źródłach prawa wtórnego, jak i pierwotnego. Koncepcja połączeń ponadnarodowych w prawie wtórnym UE znalazła po raz pierwszy akceptację w Rozporządzeniu Rady Unii Europejskiej z 8 października 2001 r. w sprawie statutu europejskiej spółki akcyjnej (Dyrektywa nr 2001/2157/WE)⁸. Krytycznie należy odnieść się do zawartego w rozporządzeniu SE zakresu regulacji, gdyż ustawodawca unijny nadaje zdolność utworzenia Europejskiej Spółki Akcyjnej w drodze tzw. fuzji transgranicznej wyłącznie spółkom akcyjnym, powstałym zgodnie z prawem państwa członkowskiego, nie dając tym samym możliwości przystąpienia do procesu połączenia transgranicznego innym spółkom kapitałowym⁹. Szersze podejście do łączenia się spółek kapitałowych z różnych państw członkowskich prezentuje natomiast ustawodawca w Dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady Europy z 26 października 2005 r. w sprawie transgranicznego łączenia się spółek kapitałowych (Dyrektywa nr 2005/56/WE¹⁰), której ostateczny termin implementacji do prawa narodowego państw członkowskich minął z dniem 15 grudnia 2007 r. Na płaszczyźnie prawa pierwotnego UE, w przedmiocie transgranicznych połączeń zajął głos Europejski Trybunał Sprawiedliwości, który w wyroku z 13 grudnia 2005 r. w sprawie SEVIC System¹¹ uznał, że przepisy krajowe utrudniające spółkom takie połączenie są niezgodne z gwarantowaną przez TWE swobodą prowadzenia działalności gospodarczej¹².

⁸ Rozporządzenie Rady Unii Europejskiej z 8 października 2001 r. w sprawie statutu europejskiej spółki akcyjnej (dalej: rozporządzenie SE) (Dz.Urz. UE z 2001 r., nr L 294/1).

⁹ Szerzej na ten temat: K. Bilewska, Tworzenie spółki europejskiej – fuzja transgraniczna, „Przegląd Prawa Handlowego” 2004, nr 12, s. 27 i n.; M. Gładysz, Fuzja transgraniczna spółek akcyjnych jako sposób utworzenia Spółki Europejskiej, „Radca Prawny” 2005, nr 3, s. 59 i n.; J. Jacyszyn, Spółki europejskie, „Podatki i Prawo Gospodarcze Unii Europejskiej” 1999, nr 1, s. 40 i n.; K. Opustil, Europejska spółka akcyjna i jej wpływ na polskie prawo spółek, „Rejent” 2004, nr 3-4, s. 180 i n.

¹⁰ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady Europy z 26 października 2005 r. w sprawie transgranicznego łączenia się spółek kapitałowych (dalej: dyrektywa transgraniczna) (Dz.Urz. UE z 2005 r., nr L 310/1).

¹¹ Zob. Dz.Urz. z 2003 r., nr C 289.

¹² Odwołując się do wyroku ETS w sprawie SEVIC, należałoby podkreślić, iż wyrok ogranicza się do przepisów państwowych ograniczających połączenie się spółek, w jakim spółka państwa, gdzie obowiązują owe przepisy, łączy się ze spółką zagraniczną i siedziba powstałej w ten sposób spółki pozostaje nadal w tym państwie. Por. J. Napierała, Transgraniczna fuzja spółek – na przykładzie wyroku Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w sprawie Sevic Systems, „Przegląd Prawa Handlowego” 2006, nr 5, s. 21 i n.; B. Makowicz, Transgraniczne połączenie spółek kapitałowych (dyrektywa nr 2005/56/WE i wyrok ETS w sprawie SEVIC) – analiza prawa wspólnotowego, „Monitor Prawniczy” 2006, nr 16, s. 869.

Implementacja dyrektywy transgranicznej do polskiego systemu prawa została przeprowadzona w drodze nowelizacji przepisów Kodeksu spółek handlowych ustawą z dnia 25 kwietnia 2008 r. o zmianie ustawy – Kodeks spółek handlowych¹³. Ustawodawca, do regulacji dotyczących łączenia się spółek w Dziale I (Łączenie się spółek) Tytułu IV (Łączenie, podział i przekształcenie spółek), dołączył w Kodeksie spółek handlowych regulacje dotyczące transgranicznego połączenia spółek kapitałowych i spółki komandytowo-akcyjnej. Z uwagi na szczególnie charakter transgranicznego łączenia spółek kapitałowych, przepisy dotyczące takiego rodzaju łączenia zostały zamieszczone w odrębnym rozdziale 2¹, zatytułowanym „Transgraniczne łączenie się spółek kapitałowych i spółki komandytowo-akcyjnej”, który następnie podzielono na dwie jednostki: oddział 1 – „Transgraniczne łączenie się spółek kapitałowych” i oddział 2 – „Transgraniczne łączenie się spółki komandytowo-akcyjnej”. Należy jednak podkreślić, iż wprowadzenie do nowego rozdziału 2¹ nazewnictwa przyjętego przez ustawodawcę unijnego w dyrektywie transgranicznej można uznać za zabieg świadomy oraz celowy, utrwalona bowiem i jednoznacznie rozumiana w orzecznictwie, doktrynie prawa spółek, a także w praktyce obrotu gospodarczego nazwa nie powinna, chociażby w stosowaniu prawa, stwarzać zbyt wielu problemów interpretacyjnych¹⁴.

2. Konstrukcja prawna fuzji transgranicznych w świetle Dyrektywy nr 2005/56 WE

W dniu 15 grudnia 2005 r. weszła w życie uchwalona przez Parlament Europejski oraz Radę Dyrektywa z dnia 26 października 2005 r. w sprawie transgranicznego łączenia się spółek kapitałowych (Dyrektywa nr 2005/56/WE). Dyrektywa ta stanowi instrument harmonizacji przepisów prawa narodowego państw członkowskich. Innymi słowy ustawodawca europejski zobligował państwa członkowskie do implementacji w przepisach prawa krajowego, służącej realizacji celu dyrektywy¹⁵.

¹³ Zob. Dz.U. z 2008 r., nr 86, poz. 524.

¹⁴ Por. Uzasadnienie projektu do Ustawy z dnia 18 marca 2008 r. o zmianie ustawy – Kodeks spółek handlowych, Sejm RP VI kadencji, nr druku: 68; LEX.

¹⁵ Zgodnie z dyspozycją art. 249 ust. 3 TWE, dyrektywa wiąże każde państwo członkowskie, do którego jest adresowana. Innymi słowy, dyrektywa może być skierowana zarówno do wszystkich, jak i do wybranych państw członkowskich. Dlatego też uzasadnione jest w tym miejscu pytanie, czy adresatem analizowanej dyrektywy jest także Polska. W odpowiedzi należy zaznaczyć, iż zgodnie z regulacją art. 21, dyrektywą transgraniczną objęte zostały wszystkie państwa członkowskie, w tym Polska.

Dyrektywa transgraniczna wiąże każde państwo członkowskie w zakresie celu, który powinien zostać osiągnięty. Oznacza to, iż każde z państw członkowskich posiada swobodę w wyborze form i metod prowadzących do osiągnięcia statutowych celów dyrektywy. Należy wskazać, iż podstawowym celem Dyrektywy nr 2005/56/WE jest ułatwienie transgranicznego połączenia różnych typów spółek kapitałowych podlegających prawu różnych państw członkowskich na podstawie i w granicach przepisów prawa krajowego. Można więc przyjąć, że celem dyrektywy jest wprowadzenie bezpieczeństwa prawnego w zakresie fuzji ponadnarodowych, poprzez uproszczenie procedury połączenia spółek kapitałowych pochodzących z różnych państw członkowskich oraz ograniczenie dotychczasowych barier ekonomicznych. Ponadto, przepisy prawa krajowego nie powinny wprowadzać ograniczeń swobody przedsiębiorczości lub swobodnego przepływu kapitału w przypadku połączeń transgranicznych. W wyjątkowych sytuacjach takie ograniczenia mogą być uzasadnione jedynie orzecznictwem Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości oraz wymogami dobra ogólnego, jeżeli są one jednocześnie niezbędne i proporcjonalne do osiągnięcia tego rodzaju wymogów nadrzędnych.

Jak podkreśla B. Makowicz, dyrektywa transgraniczna oparta została na regule subsydiarności, dzięki której możliwe jest zastosowanie przepisu pomocniczego w sytuacji, gdy regulacja przepisu zasadniczego jest ograniczona¹⁶. Dyrektywa transgraniczna zawiera niewątpliwie bardzo przejrzystą konstrukcję w formie regulacji ramowej, odnosząc się w wielu przypadkach do właściwych regulacji państwowych (zob. art. 4 ust. 1 lit. a-b)¹⁷.

Dodatkowo, regulacje zawarte w dyrektywie transgranicznej realizują kilka podstawowych zasad ukazujących istotę przyjętych przez ustawodawcę europejskiego rozwiązań prawnych. W tabeli 2 przedstawiono siedem podstawowych zasad wyznaczających kierunek implementacji Dyrektywy nr 2005/56/WE do prawa krajowego państw członkowskich oraz ich ogólną charakterystykę.

¹⁶ B. Makowicz, op.cit, s. 870.

¹⁷ Zob. szerzej: W. Bayer, J. Schmidt, Die neue Richtlinie über die grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, „Neue Juristische Wochenschrift“ 2006, Heft 7, s. 402 i n.

Tabela 2

Ogólna charakterystyka zasad wyznaczających kierunek implementacji Dyrektywy nr 2005/56/WE do prawa krajowego państwa członkowskiego UE

ZASADA	CHARAKTERYSTYKA OGÓLNA
1	2
Zastosowanie do transgranicznego połączenia prawa właściwego dla każdej z łączących się spółek	1. W art. 4 ust. 1. lit. b zd. 1 dyrektywy transgranicznej ustawodawca wskazuje, iż spółka uczestnicząca w połączeniu transgranicznym powinna spełniać wymagania wynikające z przepisów właściwego dla niej prawa krajowego. 2. Przepisy dyrektywy transgranicznej zawierają zarówno normę prawa kolizyjnego (tj. fuzje transgraniczne zostają przyporządkowane do zakresu statutu personalnego każdej z łączących się spółek, niezależnie od tego, czy systemy prawa prywatnego międzynarodowego państw członkowskich stosują łącznik siedziby, łącznik inkorporacji czy też inne rozwiązania określające prawo właściwe dla spółki uczestniczącej w połączeniu ponadnarodowym), jak i normę prawa materialnego (tj. do łączenia transgranicznego stosuje się reguły wypracowane dla połączeń krajowych, z modyfikacjami wynikającymi z dyrektywy). 3. Zabieg zastosowania tej zasady przez ustawodawcę unijnego rozstrzyga z jednej strony o celowości implementacji dyrektywy w kodeksie spółek handlowych, a nie w ustawie szczególnej, z drugiej zaś determinuje generalne poddanie połączeń transgranicznych reżimowi łącheń krajowych spółek kapitałowych. 4. Warunkiem dopuszczalności transgranicznego łączenia się spółek jest spełnienie przez spółkę uczestniczącą w transgranicznym połączeniu wymogów prawa właściwego ze względu na jej statut personalny (prawa państwa członkowskiego, któremu podlega uczestnicząca spółka w transgranicznym łączeniu) dotyczącego: procesu podejmowania decyzji w odniesieniu do połączenia ze spółką innego państwa członkowskiego, ochrony wierzycieli, obligatariuszy, osób uprawnionych z papierów wartościowych, udziałowców lub akcjonariuszy, uwzględniającej transgraniczny charakter łączenia; standard tej ochrony nie może być niższy przy łączeniach krajowych. 5. W ramach tej zasady mieści się wymóg, aby przepisy państwa członkowskiego pozwalające władzom krajowym na zgłoszenie sprzeciwu wobec danego połączenia krajowego ze względu na interes publiczny były stosowane także do połączenia transgranicznego, w przypadku gdy przynajmniej jedna z uczestniczących spółek podlega prawu tego państwa członkowskiego (zob. art. 4 ust. 1 lit. b zd. 2 dyrektywy)
Dodatkowa ochrona udziałowców mniejszościowych i innych grup osób	1. Państwa członkowskie mogą przyjąć przepisy służące zapewnieniu podwyższonego standardu ochrony wspólników mniejszościowych, którzy zgłosili sprzeciw wobec połączenia transgranicznego (zob. art. 4 ust. 2 zd. 2 dyrektywy), a także innych grup osób, takich jak: wierzyciele, obligatariusze, osoby uprawnione do papierów wartościowych, pracownicy w innym zakresie niż uczestnictwo pracowników w spółce powstającej w wyniku połączenia transgranicznego zgodnie z art. 16 dyrektywy. 2. Państwa członkowskie mają pełną swobodę w zakresie oceny, czy transgraniczne łączenie spółek uzasadnia podwyższenie standardu ochrony udziałowców mniejszościowych i innych wymienionych grup osób w stosunku do obowiązującej ochrony przy łączeniu krajowym. 3. Ochrona wspólników mniejszościowych należy do zakresu statusu personalnego każdej z łączących się spółek (instrumenty ochrony ex ante należą do norm prawa kolizyjnego)

cd. tabeli 2

1	2
Minimalny standard połączeń transgranicznych	1. Przepisy państw członkowskich regulujące transgraniczne łączenie spółek kapitałowych powinny zawierać pewien minimalny standard wspólnych regulacji, które należy przenieść do krajowych rozwiązań prawnych wprost z postanowień dyrektywy transgranicznej. 2. Realizacja tej zasady może ograniczyć lub wykluczyć swobodę państwa członkowskiego w zakresie sposobu implementacji niektórych dyspozycji dyrektywy transgranicznej do krajowych porządków prawnych. 3. Zasada obejmuje takie zagadnienia, jak: wymagane elementy wspólnego planu połączenia transgranicznego, zasady dotyczące ogłoszenia o wspólnym planie połączenia transgranicznego, wymóg sporządzenia i udostępniania określonej treści sprawozdania organu zarządzającego lub administrującego każdej z łączących się spółek, wymóg sporządzania i udostępniania określonej treści pisemnej opinii niezależnego biegłego na temat transgranicznego łączenia dla każdej z łączących się spółek oraz warunki dostąpienia od sporządzenia od takiej opinii, wymóg zatwierdzenia wspólnego planu połączenia transgranicznego przez zgromadzenie udziałowców każdej z łączących się spółek oraz warunki odstąpienia od uzyskania takiego zatwierdzenia
Jawność procedury połączenia transgranicznego	1. Mając na celu ochronę interesów wspólników i osób trzecich dla każdej z łączących się spółek kapitałowych należy we właściwym rejestrze publicznym każdego z państw członkowskich, w których znajdują się siedziby spółek, ujawnić zarówno wspólny plan połączenia transgranicznego, jak i ukończenie połączenia transgranicznego
Autonomiczna kontrola wewnętrzna legalności połączenia transgranicznego	1. Każde państwo członkowskie ma prawo i obowiązek dokonać kontroli legalności połączenia transgranicznego pod kątem spełnienia przez spółkę uczestniczącą w połączeniu transgranicznym wymogów przepisów wewnętrznych państwa członkowskiego, którego prawu podlega ta spółka, dotyczących łączenia ze spółką podlegającą prawu innego państwa członkowskiego. 2. Zasada ta jest funkcjonalnie powiązana z zasadą zgodności transgranicznego łączenia z prawem wewnętrznym każdej z łączących się spółek, ponieważ ma ona gwarantować realizację zgodności transgranicznego łączenia z prawem wewnętrznym spółki uczestniczącej w połączeniu transgranicznym i stanowi przesłankę realizacji pozostałych zasad połączenia transgranicznego
Zastosowanie prawa właściwego dla spółki powstającej w wyniku połączenia transgranicznego do ukończenia połączenia	1. Kontrola legalności ukończenia procedury połączenia transgranicznego prowadząca do skutecznego połączenia transgranicznego jest poddana prawu tego państwa członkowskiego, któremu podlega spółka powstająca w wyniku łączenia. 2. W ramach tej zasady dochodzi do powtórnej kontroli legalności połączenia transgranicznego pod kątem spełnienia przez każdą ze spółek uczestniczących w połączeniu transgranicznym wymogów przepisów wewnętrznych państwa członkowskiego, którego prawu podlega ta spółka, dotyczących łączenia ze spółką podlegającą prawu innego państwa członkowskiego (kontrola w przypadku spółki uczestniczącej w transgranicznym łączeniu, która traci byt prawny w wyniku transgranicznego łączenia, ogranicza się do zbadania od strony formalnej zaświadczenia wydanego przez właściwy organ wyznaczony przez państwo członkowskie, któremu prawu podlegała ta spółka, o spełnieniu przez nią wymogów jej prawa wewnętrznego dotyczących transgranicznego łączenia). 3. Dyrektywa nie zezwala na podważanie treści wydanego zaświadczenia, ponieważ stanowiłoby to naruszenie zasady autonomiczności kontroli wewnętrznej legalności transgranicznego łączenia, a w konsekwencji suwerenności poszczególnych porządków prawnych. 4. W ramach tej zasady dochodzi do wskazania prawa spółki powstającej jako właściwego dla określenia daty skutecznego połączenia, czyli dnia połączenia transgranicznego z zastrzeżeniem, że data ta nie może być wcześniejsza niż zakończenie kontroli legalności połączenia

cd. tabeli 2

1	2
Obligatoryjne uczestnictwo przedstawicieli pracowników w organach spółki przejmującej lub nowo zawiązanej	1. Merytoryczna odrębność operacji transgranicznego łączenia w stosunku do fuzji krajowej polega na obligatoryjnej regulacji chroniącej pracowników, zapewniającej prawo uczestnictwa ich przedstawicieli w organach spółki zgodnie z art. 16 dyrektywy transgranicznej. 2. W myśl tej zasady, należy zagwarantować pracownikom zachowanie praw dotychczas posiadanych w państwie siedziby spółki uczestniczącej w połączeniu w zakresie zwolnień grupowych, odnoszących się do ochrony praw pracowniczych w przypadku przejęcia przedsiębiorstw, zakładów lub części przedsiębiorstw lub zakładów, ustanawiających ogólne ramowe warunki informowania czy przeprowadzania konsultacji z pracownikami we Wspólnocie Europejskiej oraz w sprawie trybu informowania i konsultowania się z pracownikami w przedsiębiorstwach lub w grupach przedsiębiorstw o zasięgu wspólnotowym. 3. Na warunkach określonych w dyrektywie, należy także zagwarantować pracownikom prawo do uczestnictwa w zarządzaniu spółką. 4. System uczestnictwa pracowników w spółce przejmującej lub nowo zawiązanej, zgodnie z dyrektywą transgraniczną, powinien, jeżeli nie ma zastosowania reguła ogólna art. 16 ust. 1 dyrektywy, zostać wypracowany w drodze negocjacji między przedstawicielami pracowników wszystkich spółek uczestniczących w łączeniu transgranicznym spółek kapitałowych a przedstawicielami władz tych spółek. Jeżeli przedstawicielom władz i pracownikom spółek nie uda się ustalić modelu współdecydowania w drodze negocjacji, to zastosowanie znajdują reguły standardowe. W pewnym uproszczeniu można przyjąć, że w takich wypadkach do zaangażowania pracowników znajduje zastosowanie ten model współdecydowania, który przyznawał im największe prawa w organach spółki

* Należy podkreślić, iż dyrektywa transgraniczna nie ma zastosowania do ochrony wspólników mniejszościowych ex post po dokonaniu połączenia transgranicznego. Skutkują wówczas przepisy prawa krajowego spółki połączonej ze względu na jej siedzibę. Por. M. Romanowski, Transgraniczne łączenie spółek. Ochrona wspólników mniejszościowych, „Gazeta Prawna” z dnia 13.11.2007, 220.

Źródło: Opracowanie własne na podstawie uzasadnienia projektu do Ustawy z dnia 18 marca 2008 r. o zmianie ustawy – Kodeks spółek handlowych, Sejm RP VI kadencji, nr druku: 68.

Podkreślenia wymaga bowiem fakt, iż zaprezentowane powyżej zasady transgranicznego łączenia się spółek kapitałowych zostały oparte na założeniach Trzeciej Dyrektywy Rady Europy z dnia 9 października 1978 r. w sprawie połączenia spółek akcyjnych (Dyrektywa nr 78/855/EWG)¹⁸. Jak wskazuje R. Stefanicki, głównym problemem, w obliczu którego stanął ustawodawca europejski, było wypracowanie zasad uczestnictwa w zarządzaniu spółką, gdyż przepisy krajowe państw członkowskich, w których zasady te istnieją, są bardzo różnorodne, zaś w części państw członkowskich regulacje w tym zakresie są szczątkowe¹⁹. Osobiście skłaniam się do poglądu popierającego ujednolicenie w państwach członkowskich wszystkich zasad uczestnictwa w spółce połączonej, w tym również reguł zarządzania spółką.

¹⁸ Trzeciej Dyrektywy Rady Europy z dnia 9 października 1978 r. w sprawie połączenia spółek akcyjnych (dalej: dyrektywa 3.) (Dz.Urz. WE z 1978 r., nr L 265/36).

¹⁹ Por. R. Stefanicki, Transgraniczne łączenie się spółek kapitałowych w świetle dyrektywy nr 2005/56, „Rejent” 2006, nr 5, s. 146-164.

Dyrektywa transgraniczna podlega zastosowaniu z ograniczeniem zarówno pod względem podmiotowym, jak i przedmiotowym.

Zgodnie z art. 1 te same dyrektywy, zdolność łączenia się posiadają spółki kapitałowe²⁰, utworzone zgodnie z prawem państwa członkowskiego i mające siedzibę statutową, zarząd główny lub główny zakład na terenie Wspólnoty, pod warunkiem, że co najmniej dwie z nich podlegają prawu różnych państw członkowskich. Połączenia transgraniczne są więc dopuszczalne jedynie między tymi typami spółek, dla których połączenie zezwala prawo krajowe danego państwa członkowskiego (zob. art. 4 ust. 1 lit. a)²¹.

Przepisy dyrektywy transgranicznej, zgodnie z art. 2 pkt 2 lit. a-b, przewidują dwie możliwe formy połączenia transgranicznego, tj. połączenie przez przejęcie oraz połączenie przez zawiązanie nowej spółki²². Podczas połączenia transgranicznego przez przejęcie przynajmniej jedna ze spółek przyłączanych posiada siedzibę statutową w innym państwie członkowskim niż siedziba spółki przyłączanej, a spółki przyłączane przenoszą w wyniku łączenia wszystkie swoje aktywa i pasywa na spółkę przejmującą, w zamian za wydanie wspólnikom spółki/spółek przejmowanych papierów wartościowych lub udziałów/akcji spółki przejmującej. W wyniku połączenia transgranicznego przez zawiązanie nowej spółki, w którym uczestniczą co najmniej dwie spółki posiadające siedzibę statutową w dwóch różnych państwach członkowskich, dochodzi do rozwiązania uczestniczących w połączeniu spółek kapitałowych bez przeprowadzenia postępowania likwidacyjnego, natomiast wszystkie aktywa i pasywa łączących się spółek przechodzą na spółkę nowo zawiązaną za wydanie własnym wspólnikom papierów wartościowych lub udziałów/akcji nowo zawiązanej spółki kapitałowej.

²⁰ Należy zauważyć, iż spółką kapitałową, w rozumieniu dyrektywy, jest spółka posiadająca osobowość prawną i wydzielony majątek, którym wyłącznie odpowiada za swoje zobowiązania oraz która, zgodnie z właściwym dla niej prawem krajowym, podlega warunkom dotyczącym gwarancji – określonych w Pierwszej Dyrektywie Rady Europy z dnia 9 marca 1968 r. w sprawie koordynacji gwarancji, jakie są wymagane w państwach członkowskich od spółek w rozumieniu art. 58, akapit drugi Traktatu, w celu uzyskania ich równoważności w całej Wspólnocie, dla zapewnienia ochrony interesów zarówno wspólników, jak i osób trzecich (dalej: Dyrektywa nr 68/151/EWG; Dz.Urz. WE z 1968 r., nr L 65/151) – dla zapewnienia ochrony interesów wspólników i osób trzecich.

²¹ Przepisy dyrektywy transgranicznej nie będą więc stosowane do połączeń ponadnarodowych, w których przynajmniej jedna ze spółek zbiorowo inwestuje kapitał pozyskany w drodze publicznej, działa na zasadzie dywersyfikacji ryzyka lub której jednostki uczestnictwa są na żądanie ich posiadaczy odkupywane bądź umarzane bezpośrednio (pośrednio) z aktywów tej spółki. Por. P. Pinior, op. cit., s. 5-6.

²² P. Pinior wyróżnia trzy formy połączenia transgranicznego, tj. połączenia przez przejęcie, połączenia przez zawiązanie nowej spółki oraz połączenie spółki dominującej ze swoją jednoosobową spółką zależną. Należy zauważyć, iż trzecia ze wskazanych form połączenia stanowi odmianę połączenia przez przejęcie, na skutek którego spółka zależna przenosi wszystkie swoje aktywa i pasywa na spółkę dominującą, posiadającą wszystkie papiery wartościowe lub udziały/akcje tej spółki bez przeprowadzenia wymiany papierów wartościowych lub udziałów/akcji spółki przejmowanej za papiery wartościowe lub udziały/akcje spółki przejmującej. Dodatkowo, dyrektywa transgraniczna przewiduje dla takiego połączenia szereg uproszczeń określonych w przepisie art. 15. W przypadku przejęcia przez spółkę macierzystą spółki/spółek córek, w sytuacji gdy spółka macierzysta posiada co najmniej 90% udziałów/akcji w spółce przyłączanej, stosuje się tzw. postępowanie uproszczone. Por. P. Pinior, op. cit., s. 6.

Podkreślenia wymaga bowiem to, że w Dyrektywie nr 2005/56/WE została ustalona w konstrukcji numerycznej procedura transgranicznego połączenia spółek kapitałowych (zob. art. 5-15). Ustawodawca zwraca szczególną uwagę na sześć podstawowych elementów, jakie powinno zawierać postępowanie połączeniowe, a mianowicie:

1. Sporządzenie wspólnego planu połączenia transgranicznego, jego ogłoszenie i kontrolę (zob. art. 5-6 i 8).
2. Sporządzenie sprawozdania z połączenia (zob. art. 7).
3. Zatwierdzenie przez wspólników połączenia w formie uchwały (zob. art. 9).
4. Dokonanie kontroli zgodności połączenia z prawem narodowym państw członkowskich (zob. art. 10-11).
5. Wpis połączenia do rejestru (zob. art. 13).
6. Określenie skutków połączenia (zob. art. 12, 14, 17).

Podstawą ponadnarodowego połączenia spółek kapitałowych jest jego plan, który powinien być sporządzony przez organy zarządzające lub administrujące każdej ze spółek w formie pisemnej²³. Plan połączenia powinien zawierać m.in.:

- wskazanie typu, formy i siedziby spółek podlegających połączeniu,
- stosunek wymiany papierów wartościowych lub udziałów, lub akcji spółki,
- wysokość ewentualnych dopłat w gotówce,
- warunki przyznania udziałów/akcji wspólnikom spółki nowo utworzonej,
- skutki połączenia dla zatrudnienia,
- dzień, od którego papiery wartościowe lub udziały/akcje spółek uprawniają ich posiadaczy do uczestnictwa w zysku,
- wskazanie dnia, który dla celów rachunkowości ma stanowić dzień połączenia,
- prawa przyznawane wspólnikom w powstającej spółce,
- umowę lub statut spółki powstającej w wyniku połączenia,
- dzień zamknięcia bilansów spółek uczestniczących w połączeniu.

Zgodnie z art. 6 ust. 1 dyrektywy transgranicznej, plan połączenia podlega ogłoszeniu zgodnie z prawem krajowym każdego państwa członkowskiego, jednak ogłoszenie nie może nastąpić później niż co najmniej miesiąc przed zgromadzeniem wspólników, na którym ma zostać podjęta uchwała o połącze-

²³ Dyrektywa transgraniczna zawiera w art. 5 pkt 2 lit. a)-l) konkretne przesłanki, które powinny się znaleźć w treści planu połączenia. Ich odzwierciedleniem są regulacje zawarte w art. 5 dyrektywy 3. Novum stanowią lit. k-l), dotyczące zamieszczenia informacji na temat: wyceny aktywów i pasywów oraz dnia zamknięcia bilansów. Słusznie W. Bajer i J. Schmidt zwrócili uwagę, iż informacje zawarte w lit. k-l) są bardzo interesujące dla udziałowców (akcjonariuszy) łączących się spółek, a ich ujawnienie nie stanowi dodatkowych trudności. Wszystko więc przemawia za tym, by informacje te znalazły się w przyszłości w planach odnoszących się do połączeń narodowych. Por. W. Bajer, J. Schmidt, op. cit., s. 402.

niu. Dyrektywa ponadto w art. 6 ust. 2 wskazuje na szczegółowe informacje dotyczące łączących się spółek, które muszą zostać opublikowane w krajowym dzienniku urzędowym państwa członkowskiego. Ogłoszony plan, zgodnie z art. 8 dyrektywy, podlega kontroli polegającej na sporządzeniu opinii przez niezależnego biegłego²⁴.

Organy zarządzające/administrujące każdej z łączących się spółek są zobowiązane do przygotowania dla wspólników sprawozdania, które wyjaśnia i uzasadnia prawne oraz ekonomiczne aspekty połączenia transgranicznego, a także wyjaśnia skutki połączenia dla wspólników, wierzycieli i pracowników²⁵. Sprawozdanie powinno być udostępnione jednak nie tylko wspólnikom, ale również przedstawicielom pracowników (albo samym pracownikom) przynajmniej miesiąc przed planowanym terminem zgromadzenia wspólników, na którym będzie podejmowana decyzja o połączeniu spółek.

Plan połączenia zgodnie z przepisem art. 8 dyrektywy transgranicznej podlega badaniu zakończonemu sporządzeniem opinii przez niezależnego biegłego. Następnie jest ona przekazywana wspólnikom przynajmniej na miesiąc przed datą zgromadzenia wspólników. Łączące się spółki mają dowolność w decydowaniu, czy dla każdej ze spółek z osobna będzie przygotowana opinia niezależnego biegłego, czy zostanie sporządzona jedna opinia przeznaczona dla wszystkich wspólników. Dyrektywa wskazuje ponadto, że o ile wszyscy wspólnicy każdej ze spółek biorących udział w połączeniu wyrażą na to zgodę, badanie planu połączenia oraz sporządzenie opinii z badania przez niezależnych biegłych nie jest konieczne.

Po zapoznaniu się ze wszystkimi sprawozdaniami organu zarządzającego oraz niezależnych biegłych, zgromadzenie wspólników każdej z łączących się spółek podejmuje uchwałę o zatwierdzeniu planu transgranicznego połączenia spółek. Zgromadzenie wspólników może zastrzec sobie prawo do uzależnienia połączenia od wyraźnego zatwierdzenia przez nie warunków uczestnictwa pracowników w spółce powstającej w wyniku połączenia transgranicznego.

Badanie zgodności połączenia transgranicznego z prawem jest przeprowadzane przez wyznaczone przez ustawodawcę podczas wdrażania dyrektywy instytucje kontrolne (np. sądy). Sposób kontroli odbywa się dwuetapowo. W pierwszej kolejności w państwie siedziby każdej z łączących się spółek, gdzie

²⁴ Kontrola sporządzonego i ogłoszonego planu połączenia może być pominięta w sytuacji, gdy wszyscy wspólnicy łączących się spółek wyrażą na to zgodę. W przeciwnym razie podlega on badaniu przeprowadzonemu przez biegłego, dla każdej ze spółek wspólnie lub osobno. Por. B. Makowicz, *op.cit.*, s. 874.

²⁵ Zauważyć należy, iż ustawodawca unijny w dyrektywie transgranicznej po raz kolejny przyjął nowatorskie rozwiązanie dotyczące głównych punktów sprawozdania, w porównaniu z regulacjami dotyczącymi połączeń krajowych, które z pewnością służą większej ochronie wierzycieli, a przede wszystkim pracowników spółki.

jest przeprowadzane badanie zachowania obowiązujących je narodowych przesłanek proceduralnych, po czym w przypadku pozytywnych rezultatów wystawia się odpowiednie zaświadczenie, potwierdzające ostatecznie należyte dopełnienie czynności i formalności poprzedzających połączenie. Poświadczenie to jest wymagane do przeprowadzenia kontroli w drugim etapie, podczas którego w państwie siedziby spółki przejmującej bądź spółki nowo powołanej następuje kontrola pod względem właściwego przeprowadzenia połączenia spółek lub powołania nowej spółki²⁶.

Wpisanie połączenia transgranicznego do rejestru oraz podanie do wiadomości informacji o połączeniu spółek odbywa się zgodnie z prawem państwa członkowskiego każdej ze spółek-uczestniczek połączenia. Nowym rozwiązaniem, w odniesieniu do dotychczasowych regulacji prawa europejskiego, jest art. 13 pkt 2 dyrektywy, ustalający obowiązek instytucji kontrolnej państwa przeznaczenia połączonych spółek do powiadomienia instytucji kontrolnych w państwach łączących się spółek o skuteczności połączenia transgranicznego. Powiadomienie to stanowi także niezbędne kryterium do wykreślenia spółek przyłączonych lub spółek łączących się przez utworzenie nowej spółki z ich rejestrów macierzystych.

Datę, z którą połączenie transgraniczne staje się skuteczne, określa – zgodnie z art. 12 dyrektywy transgranicznej – prawo państwa członkowskiego, któremu jurysdykcji podlega powstała w ten sposób spółka. Od dnia połączenia transgranicznego następują skutki prawne połączenia, uregulowane w art. 14 ust. 1 i 2 lit. a-c dyrektywy, w postaci przeniesienia ogółu praw i obowiązków (tzw. sukcesja uniwersalna), nabycia i ustania członkostwa oraz utraty bytu prawnego spółek przejmowanych albo łączących się. Dodatkowo, istniejące w dniu połączenia prawa i obowiązki łączących się spółek, wynikające z umów o pracę lub stosunków zatrudnienia, przechodzą na skutek tego połączenia na powstającą w jego wyniku spółkę w dacie, w której stało się ono skuteczne, tj. z dniem połączenia. Podczas omawiania skutków połączenia należy również podkreślić bardzo duże znaczenie art. 17 dyrektywy, przewidującego, że połączenie, które jest skuteczne, zgodnie z art. 12 dyrektywy, nie może zostać unieważnione²⁷. Rozwiązanie to ma na celu przede wszystkim ochronę współników łączących się spółek oraz ich kontrahentów przed komplikacjami, które mogłyby być następstwem anulowania operacji transgranicznego połączenia.

Z dniem połączenia transgranicznego wspólnicy spółki przejmowanej lub spółek łączących się stają się nowymi współnikami spółki przejmującej lub nowo zawiązanej. Takie sformułowanie nie dotyczy jednak przypadku przejęcia

²⁶ Należy zwrócić uwagę, że kontrola w pierwszym etapie przebiega zgodnie z obowiązującym prawem narodowym każdej z łączących się spółek, natomiast w drugim – zgodnie z regulacjami prawa spółki przejmującej lub nowo powstałej. Por. B. Makowicz, op. cit., s. 877.

²⁷ Por. R. Stefanicki, op. cit., s. 146.

przez spółkę dominującą swej jednoosobowej spółki zależnej. Zarówno wspólnikom spółki przejmowanej, jak i wspólnikom spółek łączących się przez zawiązanie nowej spółki kapitałowej wydaje się udziały/akcje spółki przejmującej lub spółki nowo utworzonej na podstawie parytetu wymiany określonego i zamieszczonego w planie połączenia transgranicznego²⁸. Jak słusznie zauważa P. Pinior, ustalanie parytetu wymiany, a także zamiana udziałów lub akcji spółki przejmowanej lub spółek łączących się przez zawiązanie nowej spółki na udziały lub akcje spółki przejmującej lub nowo utworzonej nie jest dokonywana, gdy udziały lub akcje są w posiadaniu spółki przejmującej albo osoby działającej we własnym imieniu, ale na rachunek tej spółki (kiedy spółka przejmująca jest wspólnikiem lub akcjonariuszem spółki przejmowanej), oraz spółki przejmowanej albo osoby działającej we własnym imieniu, ale na rachunek tej spółki (kiedy spółka przejmowana była w posiadaniu własnych udziałów lub akcji)²⁹.

Na skutek połączenia transgranicznego z dniem połączenia spółki przejmowane lub spółki łączące się ulegają rozwiązaniu bez przeprowadzenia postępowania likwidacyjnego³⁰.

Konkludując, należy przypomnieć, iż celem dyrektywy transgranicznej jest wprowadzenie do krajowych systemów prawa spółek regulacji umożliwiających ponadnarodowe łączenie się spółek kapitałowych w ramach wspólnego rynku Unii Europejskiej. Transgraniczne łączenie stanowi jeden ze sposobów korzystania ze swobody przedsiębiorczości i jest dopuszczalne wyłącznie między typami spółek kapitałowych, na których łączenie zezwala prawo krajowe.

Przeprowadzona analiza uzasadnia więc wniosek, iż ingerencja przepisów Dyrektywy nr 2005/56/WE w przepisy krajowe o łączeniu się spółek ogranicza się do transgranicznego łączenia spółek w zakresie niezbędnym do ustanowienia wspólnego minimalnego standardu procedury łączenia i wynikających stąd konsekwencji. Dyrektywa transgraniczna wydaje się tworzyć dość korzystną metodę reorganizacji przedsiębiorstw, szczególnie dla małych i średnich podmiotów chcących w drodze zjednania swoich potencjałów wejść na rynek wewnętrzny. Warto jednak zauważyć, iż ustawodawca unijny nie uregulował w dyrektywie możliwości dokonania transgranicznych połączeń spółek osobowych.

²⁸ Szerzej na ten temat: D. Szubielska, M. Kozaczuk, Łączenie się spółek handlowych. Aspekty prawne i podatkowe, KiK, Warszawa 2001, s. 35-36; D. Benduch, Sposoby ustalania parytetu wymiany udziałów lub akcji w połączeniu spółek kapitałowych, [w:] Restrukturyzacja spółek handlowych. Zagadnienia ekonomiczne i prawne, red. J. Wojtyła i A. Witosz, „Studia Ekonomiczne”, Z. 49, AE, Katowice 2008, s. 9-23.

²⁹ P. Pinior, op.cit., s. 5-6.

³⁰ Takie postępowanie stanowi odstępstwo od ogólnie przyjętej zasady, iż rozwiązanie spółki handlowej, w tym spółki kapitałowej, odbywa się poprzez jej likwidację. Zob. J. Jacyszyn w: Encyklopedia prawa, red. U. Kalina-Prasznica, C.H. Beck, Warszawa 2004, s. 349.

3. Wprowadzenie fuzji transgranicznych do Kodeksu spółek handlowych

Swoboda państw członkowskich, w tym także Polski, do regulacji transgranicznego połączenia spółek kapitałowych została ograniczona zasadą przedsiębiorczości i swobodnego przepływu kapitału, której znaczenie podkreślają ogólnie zarysowane cele Dyrektywy w sprawie transgranicznego łączenia się spółek kapitałowych.

Należy wskazać, iż od dnia 20 czerwca 2008 r. zaczęły obowiązywać przepisy krajowe o transgranicznym łączeniu się spółek kapitałowych i spółek komandytowo-akcyjnych, które mają siedziby statutowe, zarządy główne lub główne zakłady na terenie Unii Europejskiej lub państwa, które jest stroną umowy o Europejskim Obszarze Gospodarczym. Pełna implementacja Dyrektywy nr 2005/56/WE do polskiego porządku prawnego nastąpiła w drodze włączenia przepisów w sprawie połączenia transgranicznego spółek kapitałowych do przepisów Kodeksu spółek handlowych. Za uregulowaniem problematyki transgranicznego połączenia spółek w ksh przemawiały takie argumenty, jak:

- pozostałe dyrektywy składające się na tzw. europejskie prawo spółek zostały implementowane wprost do przepisów ksh,
- wyłączenie z ksh regulacji w sprawie transgranicznego połączenia spółek kapitałowych mogłoby prowadzić do dekodyfikacji prawa spółek handlowych, a następnie do rekodyfikacji prawa prywatnego, co z pewnością nie sprzyja zachowaniu spójności polskiego prawa spółek i funkcjonalności jego stosowania,
- wynikający z przepisów dyrektywy bezpośredni obowiązek regulacji transgranicznego połączenia spółek kapitałowych w przepisach krajowych systemów prawa spółek o łączeniu,
- ułatwienie w stosowaniu i korzystaniu z przepisów o transgranicznym łączeniu się spółek,
- uregulowanie transgranicznego połączenia spółek kapitałowych w ksh ułatwia przeprowadzenie czynności interpretacyjnych,
- niepowtarzanie tych samych regulacji w odrębnych aktach prawnych dotyczących połączeń krajowych oraz połączeń transgranicznych,
- uregulowanie połączenia transgranicznego w ksh sprzyja przejrzystości wszystkich przepisów w sprawie połączenia spółek handlowych³¹.

³¹ Zob. Uzasadnienie projektu do Ustawy z dnia 18 marca 2008 r. o zmianie ustawy – Kodeks spółek handlowych, op.cit.

Mając na uwadze powyższe argumenty należy poprzeć stanowisko ustawodawcy, który opowiedział się za pełną integracją dyrektyw dotyczących prawa spółek – w tym dyrektywy transgranicznej – z Kodeksem spółek handlowych. Taki zabieg z pewnością złagodzi negatywny w moim odczuciu zwyczaj tworzenia ustaw okołokodeksowych dotyczących zagadnień uregulowanych w ksh.

Zakres podmiotowy zdolności do transgranicznego łączenia jest tożsamy w stosunku do zakresu przewidzianego w Dyrektywie nr 2005/56/WE. Punktem odniesienia w krajowym prawie spółek dla połączeń transgranicznych jest regulacja obowiązująca do połączeń krajowych spółek kapitałowych (zob. art. 491 ksh). W § 1¹ przepisu art. 491 ksh ustawodawca określił bezpośrednio zakres podmiotowy połączenia transgranicznego. Zdolność łączeniową ustawodawca przyznał zarówno krajowym spółkom kapitałowym, tj. spółce z ograniczoną odpowiedzialnością oraz spółce akcyjnej, jak również spółce komandytowo-akcyjnej³². Jak słusznie podkreśla R.L. Kwaśnicki, zdolność łączeniową posiada również spółka europejska mająca siedzibę w Polsce, gdyż spełnia ona kryteria wymienione w art. 2 pkt 1 lit. b dyrektywy transgranicznej³³. Zgodnie z art. 516² ksh w połączeniu transgranicznym nie może natomiast uczestniczyć zagraniczna spółdzielnia (choćby spełniała kryteria spółki zagranicznej) oraz spółka, której celem jest zbiorowe inwestowanie kapitału pozyskanego w drodze emisji publicznej, działająca na zasadzie dywersyfikacji ryzyka oraz której jednostki uczestnictwa są na żądanie ich posiadaczy odkupywane lub umarzane bezpośrednio lub pośrednio z aktywów tej spółki (np. fundusze inwestycyjne).

Wobec zarysowanej koncepcji normatywnej, przyjętej przez ustawodawcę europejskiego i zakładającej poddanie łączenia transgranicznego reżimowi łączeń krajowych z modyfikacjami wynikającymi z Dyrektywy nr 2005/56/WE, zasadniczym elementem regulacji łączenia transgranicznego w prawie polskim jest systemowe odesłanie do przepisów o łączeniach spółek krajowych. Po

³² Należy zauważyć, iż w niektórych systemach prawnych państw członkowskich (np. w prawie niemieckim) spółka komandytowo-akcyjna posiada osobowość prawną, a tym samym jest zaliczana do grupy spółek kapitałowych. W polskim porządku prawnym ustawodawca przyznał spółce komandytowo-akcyjnej status spółki osobowej, która łącząc się z inną spółką kapitałową zawsze przyjmuje status spółki przejmowanej (szerzej na temat istoty spółki komandytowo-akcyjnej pisze m.in.: A. Kidyba, Kodeks spółek handlowych. Komentarz. Tom I. Komentarz do art. 1-300 ksh, wydanie V, Zakamycze, Kraków 2007, s. 460-465.) Zgodnie z dyspozycją zawartą w dyrektywie transgranicznej, spółka komandytowo-akcyjna podlega tym samym zasadom w zakresie połączeń transgranicznych, co spółki kapitałowe. Odmienność operacji transgranicznego łączenia z udziałem spółki komandytowo-akcyjnej wyraża się w tym, że może ona występować wyłącznie w roli spółki przejmowanej oraz obowiązują szczególne, właściwe dla tej spółki reguły podejmowania uchwał o połączeniu, ochronie wierzycieli i odpowiedzialności członków organów. Wydaje się, że polski ustawodawca nie był całkowicie zobligowany do implementacji dyrektywy transgranicznej w tym zakresie, choć wykładnia literalna nakazuje w tym miejscu przyjąć odmienne stanowisko.

³³ Zob. R.L. Kwaśnicki, Implementacja dyrektywy w sprawie transgranicznego łączenia się spółek kapitałowych, „Prawo Spółek” 2008, nr 2, s. 12; A. Opalski, Transgraniczne łączenie spółek – nowy sposób koncentracji przedsiębiorstw w prawie polskim, „Rejent” 2008, nr 7-8.

pierwsze, łączenie transgraniczne podlega zasadom ogólnym dotyczącym połączeń krajowych spółek handlowych (zob. art. 491-497 ksh), a po drugie, do łączenia transgranicznego są stosowane przepisy rozdziału 2 dotyczącego połączeń krajowych spółek kapitałowych (zob. art. 498-516 ksh).

Wydaje się, iż dla zachowania większej przejrzystości w procesie łączenia transgranicznego, obligatoryjne elementy treści planu połączenia, wymagane przez art. 5 dyrektywy transgranicznej, zostały zawarte w odrębnym art. 516³⁴ ksh³⁴. Plan połączenia transgranicznego powinien zawierać co najmniej:

1. Typ, firmę i siedzibę statutową łączących się spółek, oznaczenie rejestru i numer wpisu do rejestru każdej z łączących się spółek, sposób łączenia, a w przypadku połączenia przez zawiązanie nowej spółki – również typ, firmę czy siedzibę statutową proponowane dla tej spółki.
2. Stosunek wymiany udziałów lub akcji spółki przejmowanej bądź spółek łączących się przez zawiązanie nowej spółki na udziały lub akcje spółki przejmującej bądź spółki nowo zawiązanej i wysokość ewentualnych dopłat pieniężnych.
3. Stosunek wymiany innych papierów wartościowych spółki przejmowanej bądź spółek łączących się przez zawiązanie nowej spółki na papiery wartościowe spółki przejmującej bądź nowo zawiązanej i wysokość ewentualnych dopłat pieniężnych.
4. Inne prawa przyznane przez spółkę przejmującą bądź spółkę nowo zawiązaną wspólnikom lub uprawnionym z innych papierów wartościowych w spółce przejmowanej bądź w spółkach łączących się przez zawiązanie nowej spółki.
5. Inne warunki dotyczące przyznania udziałów, akcji lub innych papierów wartościowych w spółce przejmującej bądź w spółce nowo zawiązanej.
6. Dzień, od którego udziały albo akcje uprawniają do uczestnictwa w zysku spółki przejmującej bądź spółki nowo zawiązanej, a także inne warunki dotyczące nabycia lub wykonywania tego prawa, jeżeli takie warunki zostały ustanowione.
7. Dzień, od którego inne papiery wartościowe uprawniają do uczestnictwa w zysku spółki przejmującej bądź spółki nowo zawiązanej, a także inne warunki dotyczące nabycia lub wykonywania tego prawa, jeżeli takie warunki zostały ustanowione.

³⁴ Wydaje się, iż ujednolicenie treści planu połączenia dla fuzji krajowych oraz transgranicznych wprowadziłoby dodatkowe wymogi w stosunku do dotychczas istniejącego stanu. Takie rozwiązanie mogłoby wprowadzić pewien chaos w dotychczas obowiązującej procedurze połączeń spółek krajowych.

8. Szczególne korzyści przyznane biegłym badającym plan połączenia lub członkom organów łączących się spółek, jeżeli właściwe przepisy zezwalają na przyznanie szczególnych korzyści.
9. Warunki wykonywania praw wierzycieli i wspólników mniejszościowych każdej z łączących się spółek oraz adres, pod którym można bezpłatnie uzyskać pełne informacje na temat tych warunków.
10. Procedury, według których zostaną określone zasady udziału pracowników w ustaleniu ich praw uczestnictwa w organach spółki przejmującej bądź spółki nowo zawiązanej, zgodnie z odrębnymi przepisami.
11. Prawdopodobny wpływ połączenia na stan zatrudnienia w spółce przejmującej bądź spółce nowo zawiązanej.
12. Dzień, od którego czynności łączących się spółek będą uważane, dla celów rachunkowości, za czynności dokonywane na rachunek spółki przejmującej bądź spółki nowo zawiązanej z uwzględnieniem przepisów ustawy o rachunkowości.
13. Informacje na temat wyceny aktywów i pasywów przenoszonych na spółkę przejmującą bądź spółkę nowo zawiązaną na określony dzień w miesiącu poprzedzającym złożenie wniosku o ogłoszenie planu połączenia.
14. Dzień zamknięcia ksiąg rachunkowych spółek uczestniczących w połączeniu, wykorzystanych do ustalenia warunków połączenia, z uwzględnieniem przepisów ustawy o rachunkowości.
15. Projekt umowy albo statutu spółki przejmującej bądź spółki nowo zawiązanej.

Dodatkowymi elementami, które powinny być umieszczone w planie połączenia transgranicznego, a nie zostały przewidziane art. 499 § 1 ksh, są niewątpliwie:

- skutki połączenia transgranicznego dla zatrudnienia³⁵,
- dzień, od którego czynności łączących się spółek będą uważane za czynności dokonywane na rachunek spółki powstającej w wyniku połączenia transgranicznego do celów rachunkowości,
- informacje na temat procedur, według których zostaną określone zasady udziału pracowników w ustaleniu ich praw uczestnictwa w spółce powstającej w wyniku połączenia transgranicznego (jeżeli jest to możliwe),
- informacje na temat wyceny aktywów i pasywów przenoszonych na spółkę powstającą w wyniku połączenia transgranicznego,
- dzień zamknięcia bilansów uczestniczących w połączeniu spółek, wykorzystanych dla ustalenia warunków połączenia transgranicznego.

³⁵ Biorąc pod uwagę istotę informacji na temat prawdopodobnych skutków połączenia dla zatrudnienia z punktu widzenia wyceny spółki przejmującej lub spółki nowo zawiązanej, co ma szczególne znaczenie dla rynku kapitałowego. Wymóg ten zapewnia także większą przejrzystość procesu łączenia dla udziałowców łączących się spółek oraz dla innych osób, których interesy podlegają ochronie prawnej.

Wydaje się jednak, iż zamieszczenie powyższych informacji w planie połączenia nie stanowi większego utrudnienia, ale logiczną i oczywistą konsekwencję łączenia się spółek. Brak tych elementów w planie połączenia krajowego należy zatem postrzegać jako wadę istniejącej regulacji, a nie jej zaletę.

Ogłoszenie planu połączenia transgranicznego, zgodnie z art. 516⁴ § 1 ksh, jest wymagane odrębnie przez każdą ze spółek uczestniczących w połączeniu, w sposób przewidziany w prawie krajowym każdego państwa członkowskiego. Należy jednak podkreślić, iż ustawodawca dla połączeń transgranicznych w porównaniu z łączeniem krajowym, ustanawia krótszy termin ogłoszenia planu, który wynosi co najmniej jeden miesiąc przed datą zgromadzenia wspólników, na którym ma zostać podjęta uchwała o połączeniu³⁶. Nie można jednak wykluczyć, że w połączeniu transgranicznym będzie brać udział więcej niż jedna spółka krajowa. W takim przypadku – zgodnie z art. 516³ § 2, w zw. z art. 500 § 3 ksh – spółki mogą wspólne ogłosić plan połączenia tak, jak w przypadku łączenia krajowego, co może znacznie zmniejszyć koszty i formalności związane z łączeniem.

Obowiązek sporządzenie przez organ zarządzający (administrujący) każdej z łączących się spółek sprawozdania uzasadniającego połączenie, a także jego obligatoryjna zawartość, wynika wprost z art. 7 dyrektywy transgranicznej, a także art. 501 ksh w zakresie połączeń krajowych (zob. art. 516⁵ § 1-2 ksh). Zgodnie z art. 516⁵ § 3 ksh zarząd jest zobligowany załączyć do sprawozdania opinię przedstawicieli pracowników, jeżeli otrzyma ją w odpowiednim czasie³⁷.

Ustawodawca unijny określił jako zasadę obowiązek zbadania łączenia transgranicznego dla każdej ze spółek i sporządzenie w tym zakresie osobnych opinii, która w polskim porządku prawnym znalazła swój wyraz w art. 516⁶ ksh. Podczas łączenia transgranicznego wydaje się – ze względu na odmienne reżimy prawne, którym podlegają łączące się spółki, że wybór wspólnego biegłego mógłby spowodować wiele problemów. Łączące się spółki mogą jednak powołać wspólnego biegłego, kierując w tym celu wniosek do sądu rejestrowego właściwego dla spółki krajowej albo do organu właściwego dla spółki zagranicznej. Novum w krajowym prawie spółek dotyczącym łączenia transgranicznego jest fakt, iż zgromadzeniu wspólników oraz walnemu zgromadzeniu łączącej się spółki zostało przyznane prawo uzależnienia skuteczności połączenia od zażądania warunków uczestnictwa pracowników w spółce powstającej w wyniku połączenia transgranicznego (zob. art. 516⁸ ksh).

³⁶ Termin ten odpowiada regulacjom przyjętym przez ustawodawcę unijnego w dyrektywie 3 oraz dyrektywie transgranicznej. Nie ma w związku z tym wystarczających przesłanek, aby można było utrzymać sześciotygodniowy termin określony w art. 500 § 2 ksh (przed nowelizacją).

³⁷ Zwrot „w odpowiednim czasie” należy ustalać in concreto zgodnie z wypracowanymi w doktrynie prawa cywilnego zasadami ustalania terminu określanego jako „bez nieuzasadnionej zwłoki”, co jednak nie oznacza „natychmiast”.

Wydaje się, iż jednym z ważniejszych zagadnień wymagających rozstrzygnięcia przez polskiego ustawodawcę jest ochrona interesów wierzycieli i wspólników mniejszościowych polskich spółek uczestniczących w fuzjach transgranicznych, gdyż dyrektywa transgraniczna sama w sobie nie harmonizuje standardu ochrony tych podmiotów, lecz ustanawia regułę kolizyjną, zgodnie z którą problematyka ta należy do zakresu statutu personalnego każdej z łączących się spółek (zob. art. 4 dyrektywy transgranicznej). Problem ten ilustruje następujący przykład. Polska spółka z o.o. łączy się ze spółką niemiecką. W takim przypadku wierzyciele i wspólnicy mniejszościowi spółki polskiej korzystają wyłącznie z instrumentów ochronnych przewidzianych w prawie polskim. Nie będą oni natomiast korzystać z instrumentów ochronnych prawa niemieckiego. Podobnie wierzyciele i wspólnicy mniejszościowi spółki niemieckiej korzystają wyłącznie z instrumentów ochronnych przewidzianych w prawie niemieckim. Nie będą oni natomiast korzystać z instrumentów prawa polskiego. Rozwiązanie to jest konsekwencją jednej z zasad transgranicznych łącheń, według której do transgranicznego łączenia stosuje się prawo właściwe dla każdej z łączących się spółek³⁸.

Przedstawiony powyżej przykład dotyczy instrumentów ochronnych *ex ante*, czyli mających zastosowanie przed dojściem do skutku połączenia (przed tzw. dniem połączenia). Wyłącznie na tym etapie może powstać problem kolizyjnoprawny. Dyrektywa nie odnosi się natomiast do mechanizmów ochronnych *ex post*, a więc mających zastosowanie po połączeniu. Na tym etapie nie powstaje już bowiem dylemat właściwości konkurencyjnych systemów prawnych (innymi słowy, prawo jakiego państwa należy stosować). Spółka powstała w wyniku łączenia podlega z natury wyłącznie prawu jednego państwa właściwego dla spółki przejmującej lub spółki nowo zawiązanej. Jeżeli zatem spółka niemiecka jest spółką przejmującą lub spółka nowo zawiązana będzie spółką niemiecką, wówczas ochrona wspólników mniejszościowych po połączeniu będzie regulowana zgodnie z prawem niemieckim. Prawo polskie nie będzie wówczas stosowane. Podobnie, jeżeli spółka polska jest spółką przejmującą lub spółka nowo zawiązana będzie spółką polską, wówczas ochrona wspólników mniejszościowych po połączeniu będzie regulowana zgodnie z prawem polskim. Prawo niemieckie nie będzie wówczas stosowane. To, czy instrumenty ochrony *ex post* będą obejmowały wyłącznie wspólników mniejszościowych dawnej spółki niemieckiej (jeżeli spółka niemiecka jest spółką przejmującą lub nowo zawiązaną) sprzed połączenia, czy także wspólników dawnej spółki polskiej, będzie zależało

³⁸ Por. M. Romanowski, Łączenie spółek kapitałowych ponad granicami, „Gazeta Prawna” z dnia 30.10.2007, nr 211.

od rozwiązań materialnego prawa niemieckiego. Podobnie to, czy instrumenty ochrony *ex post* będą obejmowały wyłącznie wspólników mniejszościowych dawnej spółki polskiej (jeżeli spółka polska jest spółką przejmującą lub nowo zawiązaną) sprzed połączenia, czy także wspólników dawnej spółki niemieckiej, będzie zależało od rozwiązań materialnego prawa polskiego, czyli regulacji zawartych w Kodeksie spółek handlowych³⁹.

Wbrew głoszonym poglądom, nie ma więc ryzyka wystąpienia kolizji między statutami personalnymi spółek uczestniczących w transgranicznym łączeniu. Jak się wydaje wskazywanie ryzyka takiej kolizji wynika z niedostrzeżenia wyraźnego rozgraniczenia przez dyrektywę transgraniczną ochrony wspólników mniejszościowych *ex ante* i *ex post*. Zrozumienie tego mechanizmu pozwala rozwiązać nieuzasadnione wątpliwości, jakie prawo jest właściwe dla ochrony wspólników mniejszościowych. Dyrektywa nr 2005/56/WE w tym zakresie wprowadziła interesujące i czytelne rozwiązania. Największą przeszkodą praktyczną w ich stosowaniu nie jest zatem brak wyraźnego rozgraniczenia statutów personalnych spółek uczestniczących w łączeniu, ale poprawne zrozumienie zasady wyłącznej właściwości prawa krajowego poszczególnych spółek uczestniczących w łączeniu oraz związanego z nią wyłącznie lokalnego (krajowego) zakresu kompetencji organów właściwych (zazwyczaj sądów) do zażyczenia łączenia odrębnie dla każdej ze spółek uczestniczących w łączeniu.

Do połączenia transgranicznego odpowiednie zastosowanie znajduje art. 493 ksh, w którym to został określony moment skutecznego połączenia, czyli tzw. dzień połączenia. Zgodnie z obowiązującym prawem materialnym, przez dzień połączenia należy rozumieć datę, z którą zostało wpisane połączenie do rejestru spółki przejmującej albo spółki nowo utworzonej w wyniku łączenia. Wydaje się, iż określenie daty skuteczności na potrzeby połączenia transgranicznego w odrębnym przepisie nie jest konieczne. Dodatkowo, w art. 14 dyrektywy transgranicznej zostały wyczerpująco zarysowane skutki prawne połączenia transgranicznego. Należy w związku z tym poprzeć stanowisko ustawodawcy, iż w takiej sytuacji przepis ten nie wymaga odrębnej implementacji do prawa polskiego. Przewidziane w tym zakresie przez ustawodawcę polskiego rozwiązania w obrębie połączeń krajowych, tj. zasada sukcesji uniwersalnej (w tym sukcesji w sferze stosunków pracy), nabycie przez wspólników spółki przejmowanej (spółek łączących się) statusu wspólników spółki przejmującej (spółki nowo utworzonej), zakończenie bytu prawnego spółki przejmowanej (spółek łączących się) bez przeprowadzenia postępowania likwidacyjnego, znajdują bowiem odpowiednie zastosowanie do połączenia transgranicznego (zob. w kolejności art. 492 § 1, 493 § 1, 494 ksh).

³⁹ Por. M. Romanowski, *Transgraniczne łączenie spółek...*, op. cit.

Zgodnie z art. 516¹² § 2 pkt 9 i 10 ksh finalizacja połączenia transgranicznego może zostać wstrzymana aż do momentu wyjaśnienia legalności uchwały połączeniowej. Warunkiem wydania zaświadczenia potwierdzającego spełnienie przesłanek koniecznych do połączenia transgranicznego jest złożenie przez zarząd oświadczenia o niezaskarżeniu uchwały połączeniowej w terminie ustawowym, względnie o ostatecznym rozstrzygnięciu sporu. Sąd rejestrowy ma zatem obowiązek odmówić wydania zaświadczenia, aż do czasu rozstrzygnięcia sporu. Spór co do wadliwości uchwały połączeniowej musi zostać rozstrzygnięty przed finalizacją połączenia. Należy zauważyć, że przedstawienie przez zarząd nieprawdziwej informacji jest zagrożone sankcją karną (zob. art. 587 ksh), co wystarczająco gwarantuje realizację omawianego przepisu. Zarząd ma prawo złożyć oświadczenie dopiero po upływie miesięcznego terminu na zaskarżenie uchwały (zob. art. 509 § 2 ksh), wydłużonego o czas potrzebny na uzyskanie informacji o braku zaskarżenia uchwały. Oświadczenie może jednak zastąpić pisemne zrzeczenie się przez wszystkich uprawnionych prawa zaskarżenia uchwały, co pozwala przyspieszyć procedurę.

Podsumowując, należy zwrócić jeszcze raz uwagę na bariery prawne jakie mogą pojawić się w procesie połączenia transgranicznego, których bezpośrednim następstwem może być wstrzymanie lub unieważnienie całej operacji. Rozstrzygając chociażby spory o zaskarżenie uchwały połączeniowej uczestnicy działają na niekorzyść całego procesu. W konsekwencji podmioty w takiej sytuacji powinny być nastawione na szybką zmianę warunków rynkowych, jak również konieczność powtórzenia niektórych obligatoryjnych elementów całej procedury połączeniowej. Połączenie transgraniczne wymaga więc ścisłej koordynacji czynności obu spółek, natomiast zwłoka może wywołać negatywne konsekwencje natury bilansowej i podatkowej. Okoliczności te są szczególnie aktualne w przypadku polskich spółek, jeżeli uwzględni się długi czas rozstrzygania sporów korporacyjnych przez polskie sądy. Konieczne wydaje się w tej sytuacji wprowadzenie mechanizmu zapobiegającego oczywiście bezzasadnemu zaskarżaniu uchwał.

Wnioski końcowe

Analiza ram prawnych określonych w prawie wspólnotowym i krajowym dla instytucji połączenia transgranicznego spółek kapitałowych pozwoliła na wysunięcie następujących wniosków końcowych.

Po pierwsze, tworzenie transgranicznych spółek kapitałowych w państwach członkowskich jest uwarunkowane przede wszystkim poziomem konkurencyjności krajowych systemów prawa w zakresie prowadzenia tej czy innej działalności gospodarczej.

Po drugie, Dyrektywę nr 2005/56/WE należy zaliczyć do grupy najbardziej spójnych i przemysłanych dyrektyw w obszarze prawa spółek, choć w większości dotyczy materii bardzo skomplikowanej. Reguluje ona zagadnienia, w sposób kompleksowy wyznaczając zasady połączeń transgranicznych.

Po trzecie, implementacja dyrektywy transgranicznej do Kodeksu spółek handlowych, a nie do odrębnego aktu prawnego, zachowuje czytelność przepisów prawa krajowego zarówno w odniesieniu do połączeń krajowych, jak i ponadnarodowych.

Po czwarte, uczestniczące w połączeniu spółki kapitałowe uzyskały większą swobodę prowadzenia działalności gospodarczej na wspólnym rynku UE, co zostało zagwarantowane prawem unijnym.

Na koniec, jako postulat *de lege ferenda*, należałoby podnieść konieczność zmiany w polskim systemie prawa statusu osobowej spółki komandytowo-akcyjnej na spółkę kapitałową, która dzięki takiemu zabiegowi, uzyskałaby równość prawną w procesie transgranicznego połączenia. Dodatkowo, wskazane jest stworzenie w prawie polskim regulacji rozszerzającej zakres Dyrektywy nr 2005/56/WE, która obejmowałaby transgraniczne łączenie się z udziałem wszystkich spółek osobowych, nie ograniczając zdolności połączeniowej jedynie do spółki komandytowo-akcyjnej.

LEGAL DETERMINANTS OF CROSS-BORDER MERGERS OF THE COMPANIES

Summary

Achieving the fundamental goal of the Treaty establishing the European Community (EC Treaty), entrepreneurs are guaranteed such freedoms as: the freedom of establishment and the free movement of goods, people (including employees), capital, and services. In order to meet these expectations, on October 26, 2005 the Directive N° 2005/56/EC – regarding the cross-border merger of the companies – was passed, which since December 15, 2005 has taken effect. According to the Directive, a cross-border merger may be effected through a takeover of the corporate assets by an existing company, or by means of creating an entirely new entity made up of previously separate companies located in different member states. In the Directive the elementary principles and final date of its implementation into each member national law has been determined.

The following article focuses mostly on the practical issues of the cross-border mergers, whose participant was Polish company. Therefore, an effort was taken to identify the fundamental legal determinants of the cross-border mergers as well as the critical appraisal of the obligatory legal framework for the cross border mergers both in Directive N° 2005/56/EC and in Polish Commercial Companies' Code (CCC). The conclusion of this work is that the CCC should be altered. Firstly, companies limited by shares should be the capital companies and possess legal personality. Secondly, Polish legislator should extend merging ability and allow all types of the personal companies for the supranational consolidation.

Borys Budka

ZMIANA KWALIFIKACJI PRACOWNICZYCH JAKO METODA RESTRUKTURYZACJI ZATRUDNIENIA

Uwagi wstępne

Restrukturyzacja zatrudnienia jest powszechnym zjawiskiem występującym w polskiej gospodarce ze szczególnym nasileniem w okresie transformacji ustrojowej w latach dziewięćdziesiątych ubiegłego wieku. Z oczywistych względów zmiany w strukturze zatrudnienia są tylko jednym z elementów szeroko pojmowanej restrukturyzacji przedsiębiorstw, w ramach której są przeprowadzane ekonomiczne procesy naprawcze, obejmujące między innymi restrukturyzację zobowiązań czy też zmianę struktury majątku. Ze względów społecznych w doktrynie prawa pracy podkreśla się konieczność wprowadzania regulacji ochronnych, które miałyby na celu chronić pracownika – stronę słabszą stosunku pracy – przed zbyt daleko idącymi negatywnymi skutkami restrukturyzacji zatrudnienia, które najczęściej przejawiają się utratą miejsca pracy wskutek dokończonych przez pracodawców zwolnień¹.

Powyższe zainteresowanie w piśmiennictwie, a także dorobek judykatury są wynikiem koncentracji polskiego ustawodawcy na łagodzeniu skutków najdalej idącego sposobu restrukturyzacji zatrudnienia, jaką niewątpliwie jest rozwiązanie stosunku pracy, co w konsekwencji może prowadzić do powiększania się zjawiska bezrobocia. Z tego też względu na plan pierwszy wysuwają się regulacje uchwalonej już w roku 1989 ustawy o szczególnych zasadach rozwiązywania z pracownikami stosunków pracy z przyczyn dotyczących zakładu pracy², która została zastąpiona obowiązującą dziś ustawą z dnia 13 marca 2003 r.

¹ Analizy funkcji ochronnej prawa pracy dokonuje obszernie M. Skąpski (Ochronna funkcja prawa pracy w gospodarce rynkowej, Zakamycze, Kraków 2006).

² Tekst jednolity Dz.U. z 2002 r., nr 112, poz. 980 ze zm.

o szczególnych zasadach rozwiązywania z pracownikami stosunków pracy z przyczyn niedotyczących pracowników³.

Wspomniane regulacje są również konsekwencją akcesji Polski do Unii Europejskiej oraz przyjętych przez państwa członkowskie zasad tworzenia wspólnego rynku, czego oczywistym skutkiem są wzmożone procesy gospodarcze, takie jak: łączenie (fuzje) i podział przedsiębiorstw, przejmowanie zakładów pracy lub ich części przez innych pracodawców, zwolnienia masowe (grupowe) oraz upadłości przedsiębiorców niemogących sprostać nowym warunkom ekonomicznym. Ponieważ bezpośrednimi adresatami zdarzeń gospodarczych są pracownicy zatrudnieni w łączonych, dzielonych i przejmowanych przedsiębiorstwach, instytucje wspólnotowe podjęły działania w celu ochrony praw pracowniczych oraz umożliwienia przedstawicielom pracowników uczestniczenia czy też konsultacji przy podejmowaniu niektórych decyzji poprzedzających transformację przedsiębiorstw⁴. Fundamentalne w tym zakresie są:

- dyrektywa Rady 98/59/WE z dnia 20 lipca 1998 r. w sprawie zbliżenia ustawodawstw państw członkowskich odnoszących się do zwolnień grupowych⁵,
- dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2002/74/WE z dnia 23 września 2002 r., zmieniająca dyrektywę Rady nr 80/987/EWG z dnia 20 października 1980 r. w sprawie zbliżania ustawodawstw Państw Członkowskich dotyczących ochrony pracowników na wypadek niewypłacalności pracodawcy⁶,
- dyrektywa Rady 2001/23/WE z dnia 12 marca 2001 r. w sprawie zbliżania ustawodawstw Państw Członkowskich odnoszących się do ochrony praw pracowniczych w przypadku przejęcia przedsiębiorstw, zakładów lub części przedsiębiorstw lub zakładów⁷.

Ze względu na zakres regulacji, jakiego dotyczą wymienione wyżej dyrektywy, niektórzy autorzy wskazują, iż z prawnego punktu widzenia powyższe unormowania można objąć zbiorczym pojęciem „restrukturyzacji zakładu pracy”⁸.

W niniejszym opracowaniu zostaną zasygnalizowane inne możliwości restrukturyzacji zatrudnienia, które sprowadzają się do zmiany (podniesienia) kwalifikacji pracowniczych. Z pewnością są one mniej dotkliwe dla pracowników, a mogą wywołać podobne pozytywne efekty zmierzające do poprawy efektywności prowadzonej przez przedsiębiorcę działalności gospodarczej, w szczególności poprzez adaptację do zmieniających się realiów rynkowych, wzrostu konkurencyjności oraz poprawienia jakości oferowanych produktów czy usług.

³ Dz.U. z 2003 r., nr 90, poz. 844 ze zm.

⁴ A.M. Świątkowski, *Restrukturyzacja zakładu pracy*. Komentarz, Universitas, Kraków 2003, s. 7.

⁵ Dz.Urz. WE L 225 z 12.08.1998.

⁶ Dz.Urz. WE L 270 z 8.10.2002, s. 10; Dz.Urz. UE Polskie wydanie specjalne, rozdz. 5, t. 4, s. 261.

⁷ Dz.Urz. WE L 82 z 22.03.2001.

⁸ Tak m.in. A.M. Świątkowski, op. cit., s. 11.

Wpisują się one również w obserwowany obecnie na polskim rynku pracy brak pracowników o wysokich kwalifikacjach zawodowych, którzy po wejściu naszego kraju do Unii Europejskiej, podjęli zatrudnienie w innych państwach Wspólnoty, w przeważającej części ze względu na lepsze warunki materialne.

1. Pojęcie i sposoby restrukturyzacji zatrudnienia

Restrukturyzacja przedsiębiorstwa jest zazwyczaj definiowana jako ważna zmiana strategii jego działania, prowadząca do odzyskania konkurencyjności i progowej rentowności, gdzie minimalnym oczekiwanym skutkiem jest przywrócenie płynności finansowej. W związku z tym realizowane są działania prowadzące do „odchudzania” przedsiębiorstwa – likwidacji zbędnych zasobów rzeczowych i osobowych, dzięki czemu nadmiernie rozrośnięta struktura przedsiębiorstwa zostaje zmniejszona do rozmiarów uzasadnionych ekonomicznie⁹. Z obserwacji polskiej praktyki gospodarczej wynika, iż najczęstszym sposobem restrukturyzacji personelu jest jego redukcja, zwana w naukach zarządzania – derekrutacją pracowników¹⁰. Na marginesie można zauważyć, że wydaje się niecelowe kreowanie tak eufemistycznych pojęć, gdy w języku prawnym i ekonomicznym wystarczającym oraz powszechnie używanym dla opisu zjawisk związanych ze zwalnianiem pracowników jest pojęcie redukcji zatrudnienia.

Dosyć powszechnie – co nie oznacza, iż prawidłowo – przyjmuje się, iż redukcja zatrudnienia ma być swego rodzaju panaceum na wszystkie zatrudnieniowe i niezatrudnieniowe bolączki przedsiębiorstwa, a wśród korzyści płynących z takiego rozwiązania najczęściej wymienia się: oszczędność z tytułu redukcji personelu zbędnego, poprawę dyscypliny pracy i wzrost nacisku na indywidualną efektywność pracy, obniżkę kosztów administracji personalnej czy wyższą rentowność zastosowania czynnika pracy¹¹.

Należy jednak zauważyć, iż redukcja zatrudnienia pociąga za sobą również skutki negatywne, zwłaszcza gdy skala zwolnień jest duża. Można tu mówić między innymi o utracie korzyści z tytułu wyeliminowania kapitału pracy wytworzonego w przedsiębiorstwie, dużych kosztach finansowych redukcji, negatywnych odczuciach społecznych czy pogorszeniu wizerunku przedsiębiorstwa. Rzadko też pamięta się o tym, że oszczędność kosztowa z tytułu redukcji zatrudnienia jest relatywnie mniejsza od skali tej redukcji i następuje ze sporym odroczeniem w czasie¹².

⁹ D. Tabin, Zarządzanie zasobami ludzkimi w procesie restrukturyzacji polskich przedsiębiorstw, [w:] Społeczne aspekty transformacji systemowej w Polsce, Key Tex, Warszawa 1999, s. 145.

¹⁰ K. Makowski, Restrukturyzacja zatrudnienia, [w:] Zarządzanie pracownikami. Instrumenty polityki personalnej, red. K. Makowski, Poltext, Warszawa 2001, s. 158.

¹¹ Ibid., s. 160.

¹² K. Makowski, Koszt pracy – instrument zarządzania, [w:] Zasoby ludzkie w firmie. Organizacja – kierowanie – ekonomika, red. A. Sajkiewicz, Poltext, Warszawa 2000, s. 105.

Jeżeli restrukturyzacji zatrudnienia poprzez redukcję personelu dokonuje przedsiębiorca (pracodawca) zatrudniający co najmniej 20 pracowników, będzie on objęty przepisami ustawy z dnia 13 marca 2003 r. o szczególnych zasadach rozwiązywania z pracownikami stosunków pracy z przyczyn niedotyczących pracowników, co pociąga za sobą konieczność poniesienia dodatkowych kosztów związanych z obowiązkiem wypłaty zwalnianym pracownikom odszkodowań (odpraw) oraz nakłada na pracodawcę szereg obowiązków związanych z konsultacją sposobu dokonywania zwolnień ze związkami zawodowymi lub reprezentacją pracowników. Wspomniana ustawa znajduje również zastosowanie wobec przedsiębiorców, którzy skutecznie wszczęli postępowanie naprawcze, o którym mowa w ustawie z dnia 28 lutego 2003 r. Prawo upadłościowe i naprawcze¹³. Szczegółowe omówienie tych przepisów wykracza poza ramy niniejszego opracowania¹⁴.

Dodatkowe obowiązki na pracodawców zostały nałożone w ustawie z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy¹⁵. Zgodnie z art. 70 wskazanej ustawy, pracodawca zamierzający zwolnić co najmniej 50 pracowników w okresie 3 miesięcy jest obowiązany uzgodnić z właściwym powiatowym urzędem pracy zakres i formy pomocy dla zwalnianych pracowników, dotyczące w szczególności: pośrednictwa pracy, poradnictwa zawodowego, szkoleń i pomocy w aktywnym poszukiwaniu pracy. Jest to przykład tak zwanych zwolnień monitorowanych. Program skierowany do zwalnianych pracowników jest finansowany lub współfinansowany przez pracodawcę, co oczywiście musi być uwzględnione przy dokonywaniu odpowiednich analiz ekonomicznych procesów restrukturyzacyjnych.

Trafny dobór pracowników stwarza potencjalne warunki efektywnego zatrudnienia, lecz o faktycznym poziomie racjonalnego zatrudnienia będą decydowały w dużym stopniu możliwości wykorzystania predyspozycji i umiejętności pracowników w zmieniających się warunkach gospodarczych¹⁶. W realiach wolnorynkowych na plan pierwszy wysuwają się elementy związane z osiąganiem zysku przez przedsiębiorców, a więc aspekt gospodarczy, oraz z zabezpieczeniem materialnym pracowników – aspekt dochodowy, a na plan dalszy schodzą kwestie społeczne (socjalne) i wychowawcze, związane z szeroko pojmowanym zatrudnieniem. Z tego też względu procesy restrukturyzacji, których celem jest

¹³ Dz.U. z 2003, nr 60, poz. 535 ze zm.

¹⁴ Dokładniej analizy obowiązków pracodawców dokonujących redukcji zatrudnienia w postępowaniu naprawczym dokonuje W. Osowski (Restrukturyzacja zatrudnienia w postępowaniu naprawczym, [w:] Instytucje prawa upadłościowego i naprawczego, red. A. Witosz, Uniwersytet Śląski, Katowice 2006, s. 167 i n.).

¹⁵ Dz.U. z 2004, nr 99, poz. 1001 ze zm.

¹⁶ J. Wotyła, Instrumenty polityki racjonalnego zatrudnienia. Zagadnienia społeczne, ekonomiczne i prawne, AE, Katowice 1986, s. 176.

zwiększenie wydajności lub efektywności prowadzonej działalności gospodarczej przez przedsiębiorców, a co za tym idzie ich zysków, w przeważającej części obejmują zmianę struktury zatrudnienia poprzez redukcję liczby pracowników i sięganie do modnej w ostatnich latach metody outsourcingu¹⁷.

Z oczywistych względów nie jest możliwe wykluczenie a priori wyboru przez pracodawcę wspomnianej wyżej, najdalej idącej formy restrukturyzacji zatrudnienia, jaką jest zredukowanie liczby pracowników. W znacznej części przypadków jest to podyktowane przerostem zatrudnienia i jego nieefektywnością, których korzeni można upatrywać w polityce zatrudnienia występującej w naszym kraju w epoce tzw. realnego socjalizmu, gdy to państwo spełniało rolę największego pracodawcy¹⁸. Procesy związane z komercjalizacją i prywatyzacją przedsiębiorstw państwowych, które zostały rozpoczęte w latach dziewięćdziesiątych ubiegłego stulecia, a kontynuowane są do chwili obecnej, w sposób naturalny wymusiły na pracodawcach zmianę struktury zatrudnienia oraz jego redukcję. Zaznaczyć w tym miejscu należy, iż jeszcze przed zmianami ustrojowymi, wyprzedzając niejako późniejsze procesy gospodarcze, w piśmiennictwie ekonomicznym podnoszono, iż dążenie pracodawcy do ukształtowania optymalnej obsady stanowisk może uzasadniać dokonanie trwałej zmiany stanowiska pracy pracownika, czasowego powierzenia mu innej pracy, jak również rozwiązanie stosunku pracy, jeśli dalsze zatrudnianie pracownika nie będzie znajdować uzasadnienia gospodarczego lub będą istniały możliwości pozyskania na dane stanowisko osoby o wyższej przydatności¹⁹.

Wykazane wcześniej negatywne skutki procesów redukcji zatrudnienia powodują, iż we współczesnej teorii i praktyce zarządzania coraz częściej pojawiają się poglądy, że – przy konieczności zachowania przez przedsiębiorców rygorów przymusu ekonomicznego – redukcje zatrudnienia należy minimalizować przez aktywne wykorzystanie idei wewnętrznego rynku pracy. I nie chodzi w tym przypadku o zamrożenie zatrudnienia ani też utrzymywanie kosztownego zatrudnienia zbędnego, w tym również socjalnego (tzw. bezrobocia wewnątrz zakładu pracy), lecz o taki wariant polityki personalnej, który preferowałby ekonomiczną i społecznie zasadną stabilizację zatrudnienia. Oczywiście nie wyklucza to niezbędnej fluktuacji kadr i możliwości uzyskania racjonalnego stanu zatrudnienia²⁰.

¹⁷ Szerzej na ten temat: M. Trocki, *Outsourcing: metoda restrukturyzacji działalności gospodarczej*, PWE, Warszawa 2001; *Globalizacja usług: outsourcing, offshoring i shared services centers*, red. A. Szymaniak, Wydawnictwo Akademickie i Profesjonalne, Warszawa 2008; M.F. Cook, *Outsourcing funkcji personalnej*, Oficyna Ekonomiczna, Kraków 2003; Ch.L. Gay, J. Essinger, *Outsourcing strategiczny: koncepcje, modele i wdrażanie*, Oficyna Ekonomiczna, Kraków 2002; Ł. Pisarczyk, *Różne formy zatrudnienia*, Dom Wydawniczy ABC, Warszawa 2003; R. McIvor, *The Outsourcing Process: Strategies for Evaluation and Management*, Cambridge Press, Cambridge 2005.

¹⁸ Zob. M. Olędzki: *Polityka zatrudnienia*, PWE, Warszawa 1978.

¹⁹ J. Wojtyła, *op. cit.*, s. 177.

²⁰ K. Makowski: *Restrukturyzacja zatrudnienia...*, *op. cit.*, s. 161 i n.



Decydując, którą z opcji restrukturyzacji zatrudnienia: „twardą” (redukcję) czy „miękką” (zmiany w strukturze bez dokonywania zwolnień), wybrać, pracodawca powinien przeprowadzić dokładny rachunek korzyści i strat. Korzyści z tytułu redukcji zatrudnienia to przede wszystkim:

- obniżka kosztów pracy o płace zwolnionych pracowników,
- oszczędności na pochodnych płac (w szczególności składki na ubezpieczenia społeczne, Fundusz Pracy, Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych),
- redukcja innych kosztów zatrudnienia (np. zaspokajanie społeczno-bytowych i kulturalnych potrzeb pracowników, szkolenia BHP, zakwaterowanie i dojazd pracowników).

Po stronie nakładów należy wymienić koszty wypłacenia odszkodowań (odpraw) zwalnianym pracownikom, ewentualne wydatki na programy outplacementowe oraz straty związane z odpływem kapitału kwalifikacyjnego przedsiębiorstwa, głównie poprzez utratę tzw. renty kwalifikacyjnej z poniesionych nakładów na kształcenie i doskonalenie kwalifikacji zawodowych pracowników²¹.

Jak widać z powyższego, nie tylko czynniki społeczne, ale również, a może przede wszystkim, aspekt ekonomiczny powinien skłaniać przedsiębiorców do rozważenia w procesach restrukturyzacyjnych innych metod aniżeli wyłącznie redukcja zatrudnienia. Poza obszarem tego opracowania znajdują się również kwestie związane z dokładnym obliczaniem kosztów pracy, czy też w tym przypadku – krańcowego kosztu pracy²². Nie jest możliwe również przedstawienie reguł outplacementu, gdyż co do zasady wiąże się on z łagodzeniem skutków redukcji personelu i jest narzędziem wykorzystywanym już po podjęciu decyzji o derekrutacji²³. Tymczasem, jak słusznie podnosi się w piśmiennictwie, z doświadczeń wynikających z przeprowadzanych restrukturyzacji wynika, że najważniejsze dla zapobiegania negatywnym skutkom redukcji zatrudnienia są działania podejmowane wówczas, gdy przedsiębiorstwo istnieje²⁴.

Przytoczone do tej pory argumenty skłaniają do głębszego zbadania możliwości wyboru elastycznych sposobów restrukturyzacji zatrudnienia, w szczególności podjęcia próby dokonania przez przedsiębiorcę rekonwersji zawodowej pracowników. Pod pojęciem rekonwersji zawodowej rozumie się proces mający na celu adaptację pracowników do nowych warunków funkcjonowania przedsiębiorstwa i rynku pracy oraz przywrócenie do aktywności zawodowej (ponow-

²¹ Ibid., s. 165.

²² Zob. K. Makowski, Krańcowy koszt pracy, „Personel” 1997, nr 7-8.

²³ Szeroko problematykę outplacementu omawiają J. Strużyna, E. Madej, B. Stokłosa (Przewodnik po outplacement, Rudzka Agencja Rozwoju „Inwestor”, Ruda Śląska 2000).

²⁴ Tak J. Wojtyła, Bezrobocie w procesie restrukturyzacji górnictwa na Śląsku, [w:] Społeczne aspekty bezrobocia. Skutki i przeciwdziałanie, red. M. Seweryński, AE, Katowice 2002.

ne zatrudnienie) pracowników, którzy utracili pracę lub których zwolnienie jest zamierzone w związku z procesami restrukturyzacji. Adaptacja ta może się dokonywać wraz z odpowiednim kształceniem lub bez niego; może mieć charakter zbiorowy czy też indywidualny²⁵.

Celem rekonwersji zawodowej będzie zatem maksymalne uelastycznienie indywidualnego potencjału kwalifikacyjnego pracowników przez rozszerzenie wiedzy zawodowej i umiejętności praktycznych, opanowanie przez nich zadań i zawodów spokrewnionych, wywołanie u pracownika umiejętności ciągłego samokształcenia i doskonalenia zawodowego czy też przełamywanie naturalnych oporów przed zmianami w zakresie przydzielanych pracownikom obowiązków, jak również dokonywanych przegrupowań wewnętrznych i zmian w strukturze organizacyjnej. Na zwiększonej elastyczności pracowników zyskują oni sami – maleje zagrożenie utratą zatrudnienia, jak również pracodawcy – zwiększają się możliwości lepszego wykorzystania potencjału kwalifikacyjnego pracowników i czasu pracy oraz eliminuje się zbędne koszty pracy. Równie istotne wydają się także elementy społeczne: pracodawca umacnia swój wizerunek jako podmiotu odpowiedzialnego za losy swoich pracowników, minimalizując jednocześnie ewentualne prawdopodobieństwo wystąpienia konfliktów społecznych na tle redukcji zatrudnienia i rezygnacji z pracy²⁶.

2. Podnoszenie kwalifikacji pracowników

W poprzedniej części opracowania wskazano ekonomiczne i społeczne zalety, jakie wiążą się z przyjęciem przez przedsiębiorcę elastycznych form restrukturyzacji zatrudnienia, w szczególności rekonwersji zawodowej pracowników. W tym miejscu należy podjąć próbę syntetycznego omówienia wybranych przepisów prawnych, które w polskim porządku prawnym regulują wspomnianą na wstępie materię. Jak bowiem słusznie podnosi się w literaturze, dopiero stworzenie odpowiednich ram formalno-prawnych (norm prawnych) może o ile nie zagwarantować, to przynajmniej zbliżyć do osiągnięcia zamierzonego przez ustawodawcę efektu²⁷.

Pod pojęciem kwalifikacji w języku polskim rozumie się „[...] wykształcenie i uzdolnienia potrzebne do pełnienia jakiejś funkcji lub wykonywania jakiegoś zawodu”²⁸. W naukach pedagogicznych kwalifikacje to „[...] wiązka

²⁵ M.E. Egeman, *Restrukturyzacja i kierowanie zatrudnieniem*, Warszawa 1999, s. 36, cyt. za K. Makowski, *Restrukturyzacja zatrudnienia...*, op. cit., s. 174.

²⁶ Szczegółowo zalety rekonwersji zawodowej omawia K. Makowski (*Restrukturyzacja zatrudnienia...*, op. cit., s. 174 i n.).

²⁷ O dominującym udziale metod prawnego działania w urzeczywistnianiu celów zatrudnienia pisze szeroko J. Wojtyła (*Instrumenty polityki...*, op. cit., s. 52 i n.).

²⁸ Słownik języka polskiego PWN, <http://sjp.pwn.pl>

umiejętności, które są wymagane dla rozwiązania określonych zadań”²⁹. W doktrynie prawa pracy kwalifikacje rozumiane są jako „[...] odpowiedni zasób wiadomości teoretycznych, jak i praktycznych niezbędnych do wykonywania pracy określonego rodzaju bądź do zajmowania określonego stanowiska”³⁰. Obowiązek pracodawcy ułatwiania pracownikom podnoszenia kwalifikacji zawodowych stanowi jedną z podstawowych zasad prawa pracy, która została wyrażona w art. 17 kodeksu pracy³¹. Zdaniem niektórych komentatorów, chodzi tu o podnoszenie kwalifikacji zawodowych, które łączą się z wykonywaną pracą u danego pracodawcy bądź też z pracą, którą dany pracownik ma w przyszłości u niego podjąć³². Z drugiej jednak strony prezentowane są poglądy, iż ścisła wykładnia powołanego artykułu, jest błędna, gdyż pracodawca powinien pomagać pracownikom w podnoszeniu kwalifikacji zawodowych odpowiadających ich upodobaniom³³. Jako argument prezentowanej tu szerokiej wykładni kwalifikacji zawodowych są podnoszone między innymi przyjęte rozwiązania w przepisach wykonawczych do kodeksu pracy³⁴.

W mojej ocenie chodzi o takie kwalifikacje, które łączą się z wykonywaną pracą u danego pracodawcy bądź też z pracą, którą dany pracownik ma w przyszłości u niego podjąć, a nie – jakiegokolwiek kwalifikacje. Pomijając argumentację celowościową, do takich wniosków prowadzi również wykładnia językowa przedmiotowych pojęć. Jeżeli bowiem założymy, iż obowiązkiem pracodawcy jest ułatwianie pracownikowi podnoszenia jakichkolwiek kwalifikacji, *de facto* pomijamy użyte w tym przepisie słowo „zawodowych”, a więc stawiamy znak równości pomiędzy kwalifikacjami a kwalifikacjami zawodowymi. Natomiast przyjmując, że zbiory desygnatów tych pojęć są różne, musimy konsekwentnie dokonywać rozróżnienia pomiędzy kwalifikacjami a kwalifikacjami zawodowymi we wszystkich przepisach, które zawierają powyższe sformułowania. Stawianie znaku równości pomiędzy kwalifikacjami a kwalifikacjami zawodowymi godzi również w ideę tak zwanego racjonalnego ustawodawcy, gdyż zakłada, że pomimo posługiwania się przez prawodawcę różnymi pojęciami, ich rozumienie jest identyczne, a przymiotnik *zawodowe* staje się zbędny.

Należy tu pominąć rozważania dotyczące charakteru prawnego normy wyrażonej w art. 17 kodeksu pracy. Można tylko zaznaczyć, iż w piśmiennictwie powszechnie przyjmuje się, że wyrażona w art. 17 kodeksu pracy zasada obo-

²⁹ G. Grüner, O. Kahl, W. Georg, *Beruf- und arbeitspädagogische Kenntnisse. Kleines berufspädagogisches Lexikon*, Darmstadt 1971, s. 135.

³⁰ M. Barzycka-Banaszczyk, *Kodeks pracy. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2004, s. 229.

³¹ Tekst jednolity Dz.U. z 1998, nr 21 poz. 94 ze zm.

³² W. Sanetra w: J. Iwulski, W. Sanetra, *Kodeks pracy. Komentarz*, Librata, Warszawa 1996, s. 51.

³³ T. Zieliński w: *Kodeks Pracy, Komentarz*, red. L. Florek, Dom Wydawniczy ABC, Warszawa 2005, s. 218.

³⁴ Rozporządzenie Ministra Edukacji Narodowej oraz Ministra Pracy i Polityki Socjalnej z dnia 12 października 1993 r. w sprawie zasad i warunków podnoszenia kwalifikacji zawodowych i kształcenia ogólnego dorosłych (Dz.U., nr 103, poz. 472 ze zm.).

wiązku ułatwiania przez pracodawcę podnoszenia kwalifikacji zawodowych pracowników nie ma charakteru roszczeniowego, nie kreuje bowiem po stronie pracownika prawa podmiotowego³⁵. Podobne stanowisko zajmuje również judykatura³⁶. Tylko nieliczne są głosy, że art. 17 kodeksu pracy nakłada na pracodawcę obowiązek o charakterze bezwzględnym, którego naruszenie powoduje powstanie po stronie pracownika roszczenia względem pracodawcy³⁷. Można również przyjąć, iż przepis tego artykułu został sformułowany nieco na wyrost, brakuje bowiem zasady dotyczącej ewentualnej odpowiedzialności za jego naruszenie w ramach prawa pracy³⁸.

Obowiązek ułatwiania pracownikom podnoszenia kwalifikacji zawodowych został również zaliczony do obowiązków pracodawcy, przykładowo wymienionych w art. 94 kodeksu pracy. Zasady i warunki wykonywania tego obowiązku zostały sprecyzowane w wydanym na podstawie art. 103 kodeksu pracy rozporządzeniu Ministra Edukacji Narodowej oraz Ministra Pracy i Polityki Socjalnej z dnia 12 października 1993 r. w sprawie zasad i warunków podnoszenia kwalifikacji zawodowych i wykształcenia ogólnego dorosłych (dalej rozporządzenie)³⁹. Rozporządzenie to obejmuje zarówno kształcenie w formach szkolnych (np. studia pierwszego stopnia, uzupełniające studia magisterskie), jak również w formach pozaszkolnych (kursy, szkolenia problemowe, seminaria itp.). Uprawnienia kształcących się pracowników, bez względu na formę kształcenia, zależne są od tego, czy podnoszą kwalifikacje zawodowe z własnej inicjatywy, czy też na podstawie skierowania wydanego przez pracodawcę. Rzecz jasna, przepisy rozporządzenia będą miały również zastosowanie w przypadkach, gdy kształcenie pracowników czy też zmiana ich kwalifikacji zawodowych są spowodowane restrukturyzacją zatrudnienia. Jak słusznie podnosi się w literaturze, dbałość o zawodowe kwalifikacje jest w warunkach gospodarki rynkowej sprawą samych zainteresowanych pracowników, którzy powinni przejawiać w tym kierunku inicjatywę⁴⁰.

W pierwszej kolejności należy omówić przypadek, kiedy dokształcanie pracownika następuje na podstawie skierowania wydanego przez pracodawcę. Pracownikowi, który podejmuje naukę w szkole na podstawie skierowania pra-

³⁵ Tak m.in. T. Liszcz, *Prawo Pracy*, LexisNexis, Warszawa 2005, s. 252 i n.; L. Florek, T. Zieliński, *Prawo pracy*, C.H. Beck, Warszawa 2004, s. 155; K. Jaśkowski, E. Maniewska, *Kodeks pracy. Komentarz*, Zakamycze, Kraków 2004, s. 68; J. Wrątny, *Kodeks pracy. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2005, s. 266; M. Wandzel w: *Kodeks pracy. Komentarz*, red. B. Wagner, ODDK, Gdańsk 2007, s. 61; K. Rączka w: *Kodeks pracy. Komentarz*, red. Z. Salwa, LexisNexis, Warszawa 2007, s. 58.

³⁶ Por. np. wyrok SN z 25 kwietnia 2000 r., I PKN 657/99, OSNAPiUS 2001, nr 22, poz. 660.

³⁷ M. Romer, *Prawo pracy. Komentarz*, LexisNexis, Warszawa 2005, <http://www.lexpolonica.pl>

³⁸ Tak J. Jończyk, *Prawo pracy*, Warszawa 1992, s. 56.

³⁹ Dz.U. z 1993, nr 103, poz. 472 ze zm.

⁴⁰ Tak T. Kuczyński w: Z. Kubot, T. Kuczyński, Z. Masternak, H. Szurgacz, *Prawo pracy. Zarys wykładu*, Difin, Warszawa 2005, s. 177.

codawcy, przysługują urlop szkoleniowy i zwolnienia z części dnia pracy. Dodatkowo mogą mu być przyznane inne świadczenia, w szczególności: zwrot kosztów przejazdu, zakwaterowania i wyżywienia, pokrycie kosztów podręczników i innych materiałów szkoleniowych oraz opłat za naukę czy też dodatkowy urlop szkoleniowy (§ 4 rozporządzenia). Z pracownikiem skierowanym na szkolenie pracodawca zawiera umowę określającą wzajemne prawa i obowiązki stron. Pracownik, który otrzymał od pracodawcy świadczenia, o których była mowa wyżej, i w trakcie nauki lub po jej ukończeniu w terminie określonym w umowie, nie dłuższym niż 3 lata rozwiąże stosunek pracy za wypowiedzeniem lub z którym pracodawca rozwiąże stosunek pracy bez wypowiedzenia z jego winy, jest obowiązany do zwrotu kosztów poniesionych na jego naukę w wysokości proporcjonalnej do czasu pracy po ukończeniu nauki lub czasu pracy w czasie nauki, chyba że pracodawca odstąpi od żądania zwrotu kosztów w części lub w całości. Pracownik jest również obowiązany do zwrotu kosztów tych świadczeń w części lub całości, jeżeli bez uzasadnionych przyczyn przerwie naukę w szkole lub jej nie podejmie (§ 6 rozporządzenia). W niektórych przypadkach pracownik będzie zwolniony z obowiązku zwrotu równowartości świadczeń pracodawcy⁴¹.

Jeżeli pracownik podnosi swoje kwalifikacje na podstawie skierowania pracodawcy w formach pozaszkolnych, co do zasady przysługują mu urlop szkoleniowy i zwolnienia z części dnia pracy. Jednakże w tym przypadku świadczenia te mogą mieć charakter fakultatywny, gdyż § 9 rozporządzenia dopuszcza inne uregulowanie tej kwestii, na zasadzie swobody umów, a więc również mniej korzystnie dla pracownika aniżeli czyni to prawodawca. Jest to istotna różnica, która świadczy o tym, że sytuacja pracownika podnoszącego swoje kwalifikacje w formach szkolnych jest zdecydowanie lepsza niż gdy kształci się on w ramach np. kursów, szkoleń czy seminariów⁴². W przypadku doksztalcania w formach pozaszkolnych nie jest również obligatoryjne zawarcie umowy pomiędzy stronami stosunku pracy, jeżeli pracodawca nie uzależnia wydania pracownikowi skierowania od zobowiązania się pracownika do przepracowania określonego czasu po ukończeniu nauki, a w razie niedotrzymania zobowiązania – do zwrotu części lub całości kosztów poniesionych na ten cel przez pracodawcę (§ 9 pkt 2 rozporządzenia).

Z drugim przypadkiem mamy do czynienia, gdy pracownik podejmuje doskonalenie swoich umiejętności i kwalifikacji bez skierowania otrzymanego od pracodawcy. W sytuacji, gdy pobiera on naukę w formach szkolnych, dodatkowe

⁴¹ Szerzej: A.M. Świątkowski, *Polskie prawo pracy*, LexisNexis, Warszawa 2003, s. 130 i n.

⁴² R. Sadlik, *Szkolenia pracowników*, „Monitor Prawa Pracy” 2005, nr 10.

świadczenia przysługują mu wyłącznie wtedy, gdy strony stosunku pracy zawarły stosowne porozumienie. Należy podkreślić, iż zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego z dnia 10 marca 2005 r. do takiego pracownika nie ma zastosowania § 6 pkt 2 rozporządzenia. Sąd Najwyższy dokonując wykładni rozporządzenia w sprawie zasad i warunków podnoszenia kwalifikacji zawodowych i wykształcenia ogólnego dorosłych, stanął na stanowisku, iż umowa o dokształcanie z pracownikiem, który nie posiada skierowania pracodawcy, jest zbliżona do umów o cywilnoprawnym charakterze, a więc jej regulacje mogą być dla pracownika mniej korzystne niż normy rozporządzenia, w szczególności co do zasad zwrotu poniesionych przez pracodawcę kosztów na doskonalenie kwalifikacji pracownika⁴³.

Jeśli chodzi natomiast o pracowników podejmujących naukę w formach pozaszkolnych bez skierowania, może im być udzielony urlop bezpłatny i zwolnienie z części dnia pracy bez zachowania prawa do wynagrodzenia w wymiarze ustalonym na zasadzie porozumienia między pracodawcą i pracownikiem (§ 11 rozporządzenia). Na marginesie należy zauważyć, iż zgodnie z art. 21 ust. 1 pkt 90 ustawy z dnia 26 lipca 1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych, wartość świadczeń przyznanych zgodnie z przedstawionymi wyżej przepisami przez pracodawcę na podnoszenie kwalifikacji zawodowych i wykształcenia ogólnego pracownika, z wyjątkiem wynagrodzeń otrzymywanych za czas urlopu szkoleniowego oraz za czas zwolnień z części dnia pracy, przysługujących pracownikom podejmującym naukę w szkołach lub podnoszącym kwalifikacje zawodowe w formach pozaszkolnych jest wolna od podatku dochodowego od osób fizycznych⁴⁴.

W literaturze wskazuje się, iż prawna kwalifikacja umów o skierowanie pracownika na szkolenie zawodowe jest w judykaturze niejednoznaczna⁴⁵. Należałoby jednak przyjąć, że prawa i obowiązki pracownika oraz pracodawcy dotyczące skierowania na szkolenie są w zasadzie przedmiotem umowy odrębnej od umowy o pracę, chociaż należącej do kategorii zobowiązań prawa pracy, a nie prawa cywilnego. Umowa o skierowanie na szkolenie pozostaje jednak ze stosunkiem pracy w ścisłym związku genetycznym i funkcjonalnym, wobec czego wyniki z niej spory należą procesowo do kręgu spraw z zakresu prawa pracy⁴⁶.

Omawiając regulacje dotyczące podnoszenia kwalifikacji zawodowych, należy zwrócić uwagę na fakt, iż pracodawca musi kierować się czynnikami obiektywnymi przy doborze pracowników, którzy będą objęci szkoleniami.

⁴³ Zob. uzasadnienie uchwały SN z dnia 10 marca 2005, II PZP 2/2005, OSNP 2005, nr 16, poz. 240.

⁴⁴ Tekst jednolity, Dz.U. 2000, nr 14, poz. 176 ze zm.

⁴⁵ Omówienia orzeczeń Sądu Najwyższego w przedmiotowej kwestii dokonuje A. Kijowski w: Kodeks pracy. ..., red. L. Florek, op. cit., s. 671 i n.

⁴⁶ Ibid., op. cit., s. 672.

W procesie ułatwiania podnoszenia kwalifikacji ważną rolę ogrywa bowiem zasada równego traktowania w zatrudnieniu. Ustawodawca w sposób niepozostawiający żadnych wątpliwości przesądził *expressis verbis* w art. 18^{3a} § 1 kodeksu pracy, iż pracownicy powinni być równo traktowani między innymi w zakresie dostępu do szkolenia w celu podnoszenia kwalifikacji zawodowych, w szczególności bez względu na płeć, wiek, niepełnosprawność, rasę, religię, narodowość, przekonania polityczne, przynależność związkową, pochodzenie etniczne, wyznanie, orientację seksualną, a także bez względu na zatrudnienie na czas określony lub nieokreślony albo w pełnym lub w niepełnym wymiarze czasu pracy⁴⁷.

Powyższe regulacje, które mają służyć przeciwdziałaniu dyskryminacji w zatrudnieniu, mogą w praktyce powodować pewne problemy, a czasami wręcz niezrozumienie przez przedsiębiorców dokonujących procesów restrukturyzacyjnych. Często bowiem zdarza się, że pracodawca nie wybiera wyłącznie „twardego” sposobu restrukturyzacji zatrudnienia (czyli redukcji personelu) albo wyłącznie „miękkiego” (czyli zmiany kwalifikacji i struktury organizacyjnej przedsiębiorstwa), ale łączy obie formy, mając na celu kompleksową reorganizację zatrudnienia. Wówczas z punktu widzenia przedsiębiorcy wydaje się być logicznym, że redukcja zatrudnienia powinna objąć osoby zatrudnione w niepełnym wymiarze czasu pracy czy też na podstawie umów terminowych. Natomiast pierwszeństwo w dostępie do szkoleń podnoszących czy też zmieniających kwalifikacje zawodowe mają pracownicy, którzy są zatrudnieni w pełnym wymiarze czasu pracy (pełny etat) oraz na czas nieokreślony. Dla pracodawcy niejako jest oczywiste, iż inwestowanie w takich pracowników będzie bardziej efektywne i szybciej otrzyma on zwrot poniesionych kosztów poprzez ich „odpracowanie” przez pracowników.

Nic bardziej błędnego. Pominięcie przy typowaniu do udziału w szkoleniach podnoszących kwalifikacje zawodowe, które nie ma obiektywnego uzasadnienia, a takim rzecz jasna nie może być rodzaj umowy o pracę łączącej strony albo wymiar czasu pracy, stanowi naruszenie zasady równego traktowania w zatrudnieniu, co wyraźnie zostało określone przez ustawodawcę w art. 18^{3b} § 1 pkt 3 kodeksu pracy. Konsekwencje, jakie może ponieść pracodawca, to konieczność zapłaty zdiskryminowanemu pracownikowi odszkodowania w wysokości co najmniej minimalnego wynagrodzenia za pracę⁴⁸, a więc de facto zwiększenie kosztów restrukturyzacji.

Z punktu widzenia ekonomicznego bardzo istotną rolę odgrywają koszty, jakie strony stosunku pracy muszą ponieść celem podniesienia kwalifikacji zawodowych pracownika. Restrukturyzacja bardzo często obejmuje przedsięwzię-

⁴⁷ Zob. np. M. Wandzel w: Kodeks pracy ..., red. B. Wagner, op. cit., s. 441.

⁴⁸ Materialnoprawną podstawę roszczenia pracownika będzie stanowił art. 18^{3d} kodeksu pracy.

ców, których kondycja finansowa jest nienajlepsza i stanowi jedną z przyczyn wymuszających procesy naprawcze. Z tych względów przedsiębiorcy na tym etapie często z góry odrzucają możliwości rekonwersji zatrudnienia, właśnie z uwagi na konieczność angażowania środków finansowych. Jak wykazano wyżej, sposób przeprowadzenia restrukturyzacji zatrudnienia, w szczególności wybór najdalej idących działań w postaci redukcji zatrudnienia, powinien być dobrze skalkulowany, gdyż koszty związane z tzw. zwolnieniami grupowymi mogą okazać się wyższe aniżeli koszty przekwalifikowania pracowników.

Polski ustawodawca daje pracodawcom możliwość dofinansowania przez Państwo niektórych rodzajów szkoleń dla własnych pracowników. Pracodawcy, którzy zgodnie z dyspozycją art. 67 ustawy o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy utworzyli fundusz szkoleniowy, mogą starać się o zwrot części kosztów poniesionych na przekwalifikowanie pracowników. Na wniosek pracodawcy starosta może refundować z Funduszu Pracy koszty szkolenia specjalistycznego pracowników zagrożonych zwolnieniem z przyczyn dotyczących pracodawcy w wysokości do 50%, nie więcej jednak niż do wysokości przeciętnego wynagrodzenia obowiązującego w dniu zawarcia umowy, na jedną osobę, jeżeli po ukończeniu szkolenia pracownicy ci zostaną zatrudnieni zgodnie z kierunkiem odbytego szkolenia przez tego pracodawcę na innych stanowiskach pracy co najmniej przez okres 12 miesięcy⁴⁹. Instrument ten ma w założeniu zachęcać pracodawców do wyboru „miękkiej” formy restrukturyzacji zatrudnienia.

Podsumowanie

W procesach restrukturyzacji przedsiębiorstw jednym z ważniejszych elementów jest restrukturyzacja zatrudnienia. W zależności od sytuacji ekonomicznej, strategii działania, planów oraz założonych przez przedsiębiorcę celów może ona przejawiać się li tylko w redukcji personelu (w naukach zarządzania zwaną derekrutacją) celem ograniczenia kosztów prowadzonej działalności gospodarczej, w szczególności bezpośrednich i pośrednich kosztów pracy, jak również zmianą kwalifikacji pracowniczych, wymuszonych niejako przez zmiany w strukturze organizacyjnej przedsiębiorstwa (tzw. miękka czy też elastyczna restrukturyzacja).

Przedsiębiorca podejmujący próbę restrukturyzacji swojej działalności powinien dokonać dogłębnej i wnikliwej analizy ekonomicznej, społecznej, finansowej oraz prawnej, celem opracowania najlepszego planu i strategii restrukturyzacji. Jej istotnym elementem będzie wybór form i środków wykorzystanych w celu restrukturyzacji zatrudnienia.

⁴⁹ Por. art. 69 ust. 1 ustawy z dn. 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy, tekst jednolity Dz.U. z 2008, nr 69, poz. 415 ze zm.

Jak wykazano wyżej, przedsiębiorcy dokonujący redukcji zatrudnienia muszą liczyć się ze stosunkowo dużymi kosztami, które będą musieli ponieść. W szczególności będą to koszty odszkodowań (odpraw) dla zwalnianych pracowników, jak również – w przypadkach zwolnień obejmujących większą ilość osób – konieczność zapewnienia dodatkowych świadczeń w ramach tzw. zwolnień monitorowanych. Zwrócono również uwagę na to, iż procesy związane ze zwolnieniami mają negatywny wydźwięk społeczny, co niewątpliwie ma wpływ na budowanie wizerunku danego przedsiębiorcy.

Z tego względu przedsiębiorcy powinni rozważyć inne, elastyczne warianty restrukturyzacji zatrudnienia, w szczególności zmiany organizacyjne wewnątrz przedsiębiorstwa, jak również wspomaganie podnoszenia kwalifikacji zawodowych już zatrudnionych pracowników. Korzyści z tego typu rozwiązań mogą okazać się dużo większe aniżeli korzyści finansowe płynące z obniżenia kosztów pracy poprzez redukcję personelu.

Restrukturyzacja zatrudnienia, która jest pozytywną alternatywą redukcji personalnej, powinna kompleksowo ujmować perspektywy i plany rozwojowe przedsiębiorstwa oraz zmiany na zewnętrznym i wewnętrznym rynku pracy. Winna również prognozować zmianę zawodów, jak również szczegółowo oceniać możliwości zaspokojenia popytu zatrudnieniowego w przedsiębiorstwie w dłuższym okresie. Prawdłowo przeprowadzana restrukturyzacja zatrudnienia stymuluje również wewnętrzną elastyczność i adaptacyjność zasobów pracy, zapobiega nadmiernemu, a więc nieracjonalnemu z punktu widzenia ekonomicznego, zatrudnieniu i marnotrawstwu kwalifikacji, ogranicza skalę zwolnień i ich negatywne skutki. Należy podkreślić z całą mocą, iż niezbędnym warunkiem realizacyjnym restrukturyzacji rozwojowej zatrudnienia jest umiejętnie kształtowana i wykorzystywana rekonwersja zawodowa⁵⁰.

Pracodawcy decydujący się na zmiany kwalifikacji zawodowych pracowników mają do dyspozycji narzędzia prawne, które w należyty sposób są w stanie zabezpieczyć ich słuszny interes, a także ograniczyć ewentualny odpływ pracowników, którzy po podniesieniu swoich kwalifikacji niewątpliwie stają się bardziej atrakcyjni na rynku pracy. Jednym z prawnych sposobów zabezpieczenia interesów pracodawców jest umowa zawierana z pracownikiem podnoszącym swoje kwalifikacje, któremu pracodawca finansuje lub współfinansuje studia, kursy czy też inne szkolenia.

Dodatkowym argumentem przemawiającym za wspomnianymi w opracowaniu elastycznymi („miękkimi”) formami restrukturyzacji zatrudnienia jest również możliwość pomocy finansowej pracodawcom ze strony Państwa, która

⁵⁰ K. Makowski, *Restrukturyzacja zatrudnienia...*, op. cit., s. 177.

została przewidziana w ustawie o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy. Wymienione tu argumenty sprawiają, iż przedsiębiorcy powinni się głęboko zastanowić i być może zmienić często nieco stereotypowe podejście do kwestii restrukturyzacji zatrudnienia.

CHANGE OF THE EMPLOYEES' QUALIFICATIONS AS A METHOD OF EMPLOYMENT RESTRUCTURING

Summary

Employment restructuring is a common phenomenon occurring in Polish economy with its special intensification in the period of the constitutional transformation in the 90s of the last century. Obviously, changes in the employment structure are the only one of the elements of widely comprehended restructuring of enterprises within the framework of restructuring of the obligations or property structure. From social point of view in the doctrine of the labour law some authors underline the necessity of initiation of the protective regulations, which they would aim to protect the employee – the weaker side of the employment relations – against the too far going negative results of restructuring of the employment which most often appears with the loss of the workplace as a consequence of redundancies made by the employers. In this paper I underlined other possibilities of the employment restructuring, moving to the change of the workers' appraisals. Certainly, they are less painful for workers and can call out the similar, affirmative effects pursuing improvements of the effectivity led by an entrepreneur of the economic activity, particularly through the adaptation to the changing market reality, the increase of competitiveness and improvement of the quality of offered products or services. They are also a part of the observed nowadays on the Polish labour market the lack of high qualified workers who after joining the European Union by our country undertook the employment in other member states of EU, mostly due to the better financial conditions.

Dariusz Michta

UTWORZENIE EUROPEJSKIEJ SPÓŁKI AKCYJNEJ – FUZJA TRANSGRANICZNA

Wprowadzenie

Rozporządzenie Rady Unii Europejskiej w sprawie statutu spółki europejskiej z 8 października 2001 r.¹ (dalej: rozporządzenie SE) wymienia pięć sposobów utworzenia Europejskiej Spółki Akcyjnej (Societas Europaea, SE):

- a) połączenie co najmniej dwóch spółek akcyjnych, powstałych zgodnie z prawem państwa członkowskiego, posiadających siedzibę statutową i główny zarząd we Wspólnocie oraz podlegających prawu przynajmniej dwóch różnych państw członkowskich (fuzja transgraniczna);
- b) utworzenie spółki holdingowej w formie spółki europejskiej przez co najmniej dwie spółki akcyjne i/lub spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, które zostały założone zgodnie z prawem państwa członkowskiego, mają siedzibę statutową i główny zarząd na terenie Wspólnoty oraz:
 - podlegają prawu co najmniej dwóch różnych państw członkowskich lub
 - od co najmniej dwóch lat posiadają spółkę zależną, która podlega prawu innego państwa członkowskiego, lub oddział w innym państwie Wspólnoty;
- c) utworzenie spółki zależnej w formie spółki europejskiej przez przynajmniej dwie spółki w rozumieniu drugiego akapitu art. 48 Traktatu WE² oraz inne osoby prawne prawa publicznego i prywatnego, założone zgodnie z prawem państwa członkowskiego, posiadające statutową siedzibę i główny zarząd na terenie Wspólnoty i które – podobnie jak w podpunkcie b) – alternatywnie

¹ Rozporządzenie Rady nr 2157/2001 w sprawie statutu spółki europejskiej (SE) z dnia 8 października 2001 r. (Dz.Urz. WE L 294, poz. 1).

² Traktat mówi o spółkach prawa cywilnego i handlowego.

- podlegają prawu różnych państw członkowskich albo posiadają od co najmniej dwóch lat spółkę zależną, podległą prawu innego państwa członkowskiego lub też oddział usytuowany w innym państwie członkowskim;
- d) przekształcenie w spółkę europejską spółki akcyjnej, utworzonej według prawa jednego z państw członkowskich, która ma siedzibę statutową oraz główny zarząd we Wspólnocie i przynajmniej od dwóch lat posiada spółkę zależną podległą prawu innego państwa Unii;
- e) założenie jednoosobowej spółki zależnej w formie spółki europejskiej przez istniejącą już Europejską Spółkę Akcyjną³.

Wyjątkowo państwo członkowskie może stworzyć warunki prawne do uczestniczenia w tworzeniu SE spółki, której główny zarząd znajduje się poza Unią. Spółka ta musi spełniać łącznie następujące warunki:

- zostać utworzona zgodnie z prawem państwa członkowskiego,
- posiadać statutową siedzibę w tym państwie członkowskim,
- mieć „rzeczywisty i trwały związek z gospodarką jednego z państw członkowskich”.

To ostatnie kryterium zostało zaczerpnięte z dokumentu Rady EWG – Program Ogólny w sprawie zniesienia ograniczeń dotyczących swobody przedsiębiorczości z roku 1962⁴. W doktrynie niemieckiej przeważa pogląd, iż państwo, z którego gospodarką spółka posiada rzeczywisty i trwały związek, musi być identyczne z państwem statutowej siedziby tej spółki⁵. Literalna wykładnia art. 2 ust. 5 nie daje jednak podstaw do takiego ograniczającego twierdzenia. In fine tego przepisu zawarte jest stwierdzenie o rzeczywistym i trwałym związku z gospodarką **jednego** z państw członkowskich. Oznacza to, iż spółka może mieć rzeczywisty i trwały związek z gospodarką innego państwa członkowskiego niż to, w którym ma statutową siedzibę.

W niniejszym artykule chciałbym przyjrzeć się bliżej powstaniu Societas Europaea poprzez połączenie co najmniej dwóch spółek akcyjnych, powstałych zgodnie z prawem państwa członkowskiego, posiadających siedzibę statutową i główny zarząd we Wspólnocie oraz podlegających prawu przynajmniej dwóch różnych państw członkowskich. Połączenie to może nastąpić w drodze:

- przejęcia (per incorporationem), wówczas spółka przejmująca przyjmuje formę SE,
- zawiązania nowej spółki (per unionem) – w tym przypadku spółka europejska będzie nowo powstałą spółką.

³ Art. 3 ust. 2 rozporządzenia SE wskazuje, że możliwość utworzenia takiej jednoosobowej spółki zależnej istnieje także wtedy, gdy prawo państwa członkowskiego, w którym spółka zależna ma mieć swoją siedzibę statutową, wymaga, by spółka akcyjna posiadała więcej niż jednego akcjonariusza.

⁴ Zob. motyw 23 do rozporządzenia SE.

⁵ Ch. Teichmann, Die Einführung der Europäischen Aktiengesellschaft. Grundlagen der Ergänzung des europäischen Statuts durch den deutschen Gesetzgeber, „ZGR“ 2002, 3, s. 413-414.

Warto w tym miejscu zaznaczyć, że w założeniu spółki europejskiej poprzez połączenie może uczestniczyć także istniejąca już inna spółka europejska, która jest uważana w takiej sytuacji za spółkę akcyjną podlegającą prawu państwa członkowskiego, w którym ma swoją siedzibę statutową (art. 3 ust. 1 rozporządzenia SE).

1. Normy prawne właściwe dla połączenia

Porządkując rozproszone zapisy rozporządzenia można wymienić następujące źródła prawa znajdujące zastosowanie do powstania SE w drodze połączenia spółek akcyjnych:

1. Rozporządzenie w sprawie statutu spółki europejskiej, którego przepisom przede wszystkim podlega postępowanie połączeniowe.
2. Przepisy właściwego dla danej spółki akcyjnej prawa państwa członkowskiego, stosowane do łączenia się spółek akcyjnych zgodnie z Trzecią Dyrektywą Rady z 9 października 1978 r. – znajdują one zastosowanie w przypadku spraw nieuregulowanych w sekcji rozporządzenia SE zatytułowanej „Powstanie przez połączenie” lub uregulowanych w tej sekcji tylko częściowo (art. 18 rozporządzenia SE).
3. Przepisy mające zastosowanie do spółek akcyjnych w państwie członkowskim, w którym spółka europejska ma mieć swoją siedzibę statutową, z zastrzeżeniem odmiennych postanowień rozporządzenia (art. 15 rozporządzenia SE).
4. Szczególne przepisy, wydane na podstawie upoważnień istniejących w rozporządzeniu, mające zastosowanie w przypadku utworzenia SE poprzez połączenie spółek akcyjnych (sygnalizując w tym miejscu przykładowo – dopuszczenie przyjęcia przez państwo członkowskie przepisów zapewniających właściwą ochronę akcjonariuszom, którzy sprzeciwili się łączeniu spółek).

Różnice między źródłami prawa wymienionymi w podpunkcie drugim i trzecim widać wyraźnie w przypadku rozbicia postępowania połączeniowego na dwa etapy. Etap pierwszy (poinformowanie akcjonariuszy, podjęcie uchwały o połączeniu przez walne zgromadzenie) dotyczy przygotowawczych czynności dokonywanych wewnątrz każdej z łączących się spółek akcyjnych, zatem podlegających na podstawie art. 18 prawu właściwemu dla każdej z nich. Natomiast drugi etap obejmuje samą realizację połączenia spółek akcyjnych w spółkę europejską, dlatego przepisy właściwe dla spółek akcyjnych państwa członkowskiego, na terytorium którego będzie mieć statutową siedzibę spółka europejska, znajdują zastosowanie na podstawie art. 15 rozporządzenia SE⁶.

⁶ Ch. Teichmann, op. cit., s. 416-417; K. Oplustil, *Europejska Spółka Akcyjna. Teksty aktów prawnych z omówieniem*, Warszawa 2002, s. 49-50.

2. Plan połączenia

Organy administrujące (w przypadku zarządzania spółką według systemu monistycznego) lub zarządzające (w systemie dualistycznym) łączących się spółek sporządzają plan połączenia. W polskiej doktrynie panuje pogląd, że plan połączenia nie wywołuje skutków cywilnoprawnych, nie można go uznać za umowę, w tym także za umowę przedwstępną. Nadanie planowi połączenia charakteru umowy zwiększałoby uprawnienia zarządów łączących się spółek kosztem uprawnień akcjonariuszy⁷.

Rozporządzenie SE nie wskazuje jednoznacznie, czy organy administrujące lub zarządzające spółek podlegających łączeniu przygotowują jeden wspólny plan połączenia, czy każdy organ sporządza odrębny plan dla swojej spółki⁸. Nie ma przeszkód prawnych, by część łączących się spółek przygotowało wspólny plan, a część odrębny dla swojej spółki. Jednakże już na etapie zatwierdzenia planu połączenia przez walne zgromadzenia każdej z łączących się spółek, treść planu połączenia musi być identyczna. Wskazuje na to art. 26 ust. 3 rozporządzenia SE, który przewiduje kontrolę identyczności brzmienia planu połączenia na etapie wyrażenia na niego zgody walnego zgromadzenia. Kontrola ta jest dokonywana przez sąd, notariusza lub inny właściwy organ państwa członkowskiego przyszłej siedziby SE (art. 26 ust. 1).

Artykuł 20 ust. 1 rozporządzenia SE określa minimalną treść planu połączenia. Musi on zawierać przynajmniej następujące informacje:

- firmę i siedzibę statutową każdej z łączących się spółek oraz proponowaną firmę i statutową siedzibę Europejskiej Spółki Akcyjnej,
- stosunek wymiany akcji i wysokość ewentualnych dopłat,
- zasady dotyczące przyznania akcji SE – czyli przykładowo kwestie terminu wydania akcji akcjonariuszom, sposobu ich przydziału,
- termin, od którego akcje posiadane przez SE uprawniają do uczestnictwa w zyskach, a także wszelkie zasady szczególne wpływające na to prawo,
- termin, od którego czynności łączących się spółek będą dla celów rachunkowych traktowane jako czynności podejmowane na rachunek SE,
- prawa przyznane w SE akcjonariuszom posiadającym szczególne uprawnienia w łączących się spółkach oraz posiadaczom papierów wartościowych innych niż akcje lub proponowane działania ich dotyczące,

⁷ Na temat charakteru prawnego planu połączenia zob. A. Witosz, Łączenie się i podział spółek w kodeksie spółek handlowych: omówienia, wzory, przepisy, wskazówki praktyczne, Bydgoszcz-Katowice 2002, s. 49-52.

⁸ W planie połączenia zawarte muszą być informacje dotyczące wszystkich łączących się spółek, dogodniejsze wydaje się zatem wspólne sporządzanie planu połączenia.

- wszelkie szczególne korzyści przyznawane biegłym badającym plan połączenia, członkom organów administrujących, zarządzających, nadzorczych lub kontrolnych spółek podlegających łączeniu,
- statut Europejskiej Spółki Akcyjnej,
- informacje dotyczące postępowania zmierzającego do zawarcia porozumienia w sprawie zaangażowania pracowników zgodnie z dyrektywą uzupełniającą statut spółki europejskiej w odniesieniu do uczestnictwa pracowników z 8 października 2001 r. (dalej dyrektywa SE⁹).

Oczywiście spółki łączące się mogą umieścić w planie połączenia także dodatkowe informacje (art. 20 ust. 2).

Rozporządzenie nie określa formy sporządzenia planu połączenia. W przypadku gdy przepisy państw członkowskich zakładają różną formę sporządzenia planu połączenia, a łączące się spółki zdecydowały się przygotować jeden wspólny plan, wówczas powinny znaleźć zastosowanie przepisy prawa tego państwa członkowskiego, które zakładają najbardziej rygorystyczną formę. Jeżeli w założeniu spółki europejskiej będzie brać udział spółka akcyjna z siedzibą w Polsce, plan połączenia powinien być sporządzony przynajmniej w formie pisemnej (art. 498 ksh przez art. 18 rozporządzenia SE).

Warto także dodać, że polski kodeks spółek handlowych w art. 499 § 2 określa dodatkowe załączniki, które należy obligatoryjnie dołączyć do planu połączenia:

- projekt uchwał o połączeniu spółek,
- projekt zmian umowy lub statutu spółki przejmującej, ewentualnie projekt umowy lub statutu spółki nowo zawiązanej,
- ustalenie wartości majątku spółki przejmowanej bądź spółek łączących się przez utworzenie nowej spółki, na określony dzień w miesiącu, który poprzedza złożenie wniosku o ogłoszenie planu połączenia,
- oświadczenie zawierające dane o stanie księgowym spółki sporządzone dla celów połączenia na określony dzień w miesiącu poprzedzającym złożenie wniosku o ogłoszenie planu połączenia, przy wykorzystaniu tych samych metod i w takim samym układzie jak ostatni bilans roczny.

3. Publikacja informacji o połączeniu

Artykuł 21 rozporządzenia SE obliguje każdą z łączących się spółek do publikacji w dzienniku urzędowym państwa członkowskiego, którego prawu spółka podlega, informacji o połączeniu. W przypadku polskich spółek akcyj-

⁹ Dyrektywa Rady nr 2001/86/WE uzupełniająca statut spółki europejskiej w odniesieniu do uczestnictwa pracowników z dnia 8 października 2001 r. (Dz.Urz. WE L 294, poz. 1).

nych dziennikiem tym jest Monitor Sądowy i Gospodarczy¹⁰. Rozporządzenie nie podaje jednak czasu, w jakim należy dokonać ogłoszenia. Na gruncie polskim może zatem znaleźć zastosowanie art. 500 § 2 ksh, ale tylko w odniesieniu do planu połączenia¹¹. Problematiczne wydaje się stosowanie tego artykułu do określenia czasu ogłoszenia wszystkich informacji, o których mówi art. 21 rozporządzenia SE, gdyż nie pokrywają się one w całości z informacjami zawartymi w planie połączenia¹².

Dane zawarte w ogłoszeniu dotyczą firmy, siedziby statutowej oraz formy prawnej każdej z łączących się spółek, choć informacja o formie prawnej wydaje się niepotrzebna skoro Europejską Spółkę Akcyjną przez połączenie mogą założyć tylko spółki akcyjne. Publikuje się także informacje o proponowanej firmie i statutowej siedzibie spółki europejskiej powstałej w wyniku połączenia. Wreszcie ogłoszenie to powinno zawierać wskazanie zasad wykonywania praw wierzycieli i akcjonariuszy mniejszościowych oraz adres, pod którym można uzyskać bezpłatną i pełną informację na temat tych zasad¹³.

4. Ochrona wierzycieli i akcjonariuszy mniejszościowych

Nawiązując do powyższej informacji, chciałbym w tym miejscu – wyprzedzając nieco rozważania – zaznaczyć, że przepisy prawa państwa członkowskiego dotyczące ochrony interesów wierzycieli łączących się spółek, posiadaczy ich obligacji oraz posiadaczy papierów wartościowych innych niż akcje, z którymi są związane szczególne uprawnienia w łączących się spółkach, właściwe w przypadku łączenia się spółek akcyjnych, stosuje się odpowiednio, mając na uwadze międzynarodowy charakter fuzji, również w trakcie tworzenia spółki europejskiej poprzez połączenie spółek akcyjnych. Państwo członkowskie może także, w stosunku do łączących się spółek, podlegających jego prawu, przyjąć przepisy chroniące akcjonariuszy, którzy wyrazili sprzeciw wobec łączenia się spółek (art. 24 rozporządzenia SE).

¹⁰ Art. 5 ksh wskazuje, iż umowa spółki albo statut może nałożyć także w inny sposób obowiązek ogłoszenia (np. w prasie), które będzie uzupełnieniem ogłoszenia w Monitorze Sądowym i Gospodarczym. A. Kidyba, Kodeks spółek handlowych, Kraków 2004, s. 61.

¹¹ Art. 500 § 2 ksh stwierdza, że plan połączenia należy ogłosić nie później niż na sześć tygodni przed dniem powzięcia pierwszej uchwały walnego zgromadzenia którejkolwiek z łączących się spółek. Przepis tego artykułu stanowi *lex specialis* w stosunku do przepisu art. 5 § 4 ksh.

¹² To samo dotyczy załączników do planu połączenia.

¹³ W przypadku zakładania SE przez polską spółkę akcyjną zastosowanie znajdzie art. 505 ksh, zakładający udostępnienie wspólnikom łączących się spółek planu połączenia, sprawozdań finansowych oraz sprawozdań zarządów z działalności łączących się spółek za trzy ostatnie lata obrotowe wraz z opinią i raportem biegłego rewidenta (jeśli taka opinia lub raport były sporządzane), a także innych dokumentów wskazanych w tym artykule. Tak K. Oplustil, op. cit., s. 51.

W przypadku ochrony wierzycieli polskiej spółki akcyjnej podlegającej łączeniu zastosowanie znajdują art. 495 i 496 ksh. Ten pierwszy nakazuje spółce przejmującej lub nowo zawiązanej do dnia zaspokojenia lub zabezpieczenia wierzycieli, których wierzytelności powstały przed dniem połączenia, zarządzanie oddzielnie majątkiem każdej z połączonych spółek. Zaspokojenie lub zabezpieczenie należy odnosić do wierzytelności, których wierzyciele w terminie sześciu miesięcy od dnia ogłoszenia o połączeniu zażądali na piśmie zapłaty. Za prowadzenie oddzielnego zarządu członkowie organów spółki przejmującej lub nowo utworzonej ponoszą osobistą i solidarną odpowiedzialność¹⁴. Art. 496 ksh przyznaje wierzycielom każdej połączonej spółki, w okresie odrębnego zarządzania ich majątkami, prawo pierwszeństwa zaspokojenia z majątku swojej pierwotnej dłużniczki przed wierzycielami pozostałych łączących się spółek. W przypadku, gdy wierzyciele łączących się spółek, którzy zgłosili swoje roszczenia w terminie sześciu miesięcy od dnia ogłoszenia o połączeniu, uprawdopodobnią, że zaspokojenie ich roszczeń jest zagrożone, mogą żądać ich zabezpieczenia. Zabezpieczenie tych roszczeń należy odnieść do majątku pierwotnej dłużniczki¹⁵. Posiadacze innych uprawnień wobec łączącej się polskiej spółki akcyjnej, a także posiadacze papierów wartościowych innych niż akcje, które przyznają szczególne uprawnienia w łączącej się polskiej spółce akcyjnej, mają w zakresie ich ochrony, w spółce przejmującej lub nowo założonej, prawa przynajmniej równoważne z tymi, które dotychczas im przysługiwały (art. 511 ksh)¹⁶. Natomiast akcjonariuszom, którzy głosowali przeciwko uchwale o połączeniu, prawo żądania wykupu swoich akcji przyznaje art. 17 ustawy o europejskim zgrupowaniu interesów gospodarczych i spółce europejskiej (dalej ustawa EZIG i SE)¹⁷. Akcjonariusze składają spółce pisemne żądanie wykupu wraz z dokumentem uprawniającym do wykonywania praw z akcji w terminie dziesięciu dni od dnia podjęcia uchwały o połączeniu¹⁸. Cenę wykupu akcji ustala się:

- jeżeli akcje są notowane na rynku regulowanym – biorąc pod uwagę przeciętny kurs z ostatnich trzech miesięcy przed podjęciem uchwały o połączeniu albo,

¹⁴ A. Kidyba, op. cit., s. 934-935, A. Szumański w: S. Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja, R. Zawłocki, Kodeks spółek handlowych. Komentarz. Tom IV, Warszawa 2004, s. 276-277.

¹⁵ A. Kidyba, op. cit., s. 937.

¹⁶ Ksh stanowi o prawach „co najmniej równoważnych”, a nie o „takich samych prawach”. M. Rodzyński, Kodeks spółek handlowych. Komentarz, Warszawa 2007, s. 940.

¹⁷ Ustawa o europejskim zgrupowaniu interesów gospodarczych i spółce europejskiej z dnia 4 marca 2005 r. (Dz.U., nr 62, poz. 551).

¹⁸ W przypadku akcjonariuszy spółki publicznej ustawa mówi o złożeniu przez nich także imiennego świadectwa depozytowego wystawionego zgodnie z przepisami Prawa o publicznym obrocie papierami wartościowymi.

- w przypadku nie notowania akcji na rynku regulowanym – cenę wykupu ustala biegły wyznaczony przez sąd rejestrowy; wniosek o wyznaczenie biegłego jest składany przez zarząd w terminie 14 dni od dnia podjęcia uchwały o połączeniu; biegły sporządza szczegółową opinię w dwóch egzemplarzach i składa ją sądowi rejestrowemu; sąd określa wynagrodzenie za pracę biegłego i zatwierdza rachunek jego wydatków.

Ustalona cena zostaje ogłoszona przez zarząd w dzienniku o zasięgu ogólnopolskim w terminie 14 dni od dnia ustalenia. Wykupu akcji dokonuje się za pośrednictwem spółki. Ograniczenia rozporządzania akcjami, które wynikają ze statutu, nie stosuje się do wykupu.

Ustawa EZIG i SE stanowi, że osoby zamierzające wykupić akcje, wpłacają należność równą cenie wszystkich nabywanych akcji (cena wykupu) na rachunek bankowy spółki w terminie trzech tygodni od dnia ogłoszenia ceny wykupu przez spółkę. Od upływu tego terminu spółka ma 14 dni na wypłacenie ceny wykupu akcjonariuszom, którzy złożyli spółce pisemne żądanie wykupu, a także na wydanie nabywcom dokumentów uprawniających do wykonywania praw z akcji. Zasady przydziału akcji nabywcom są określone przez uchwałę zarządu lub rady administrującej. W przypadku wykupu, który obejmuje więcej niż 10% kapitału zakładowego, wymagana jest zgoda rady nadzorczej.

5. Sprawozdanie

Wracając do głównego wątku rozważań – do planu połączenia dodaje się sprawozdanie, które uzasadnia połączenie oraz podaje jego prawne i ekonomiczne podstawy. Rozporządzenie wyraźnie nie nakłada na organy administrujące lub zarządy obowiązku pisemnego sporządzenia sprawozdania. Obowiązek sporządzenia przez zarząd takiego sprawozdania w przypadku polskiej spółki akcyjnej biorącej udział w założeniu spółki europejskiej będzie wynikać z Kodeksu spółek handlowych (art. 501 ksh w zw. z art. 18 rozporządzenia SE). Podanie prawnych podstaw połączenia obejmuje powołanie się na odpowiednie przepisy rozporządzenia w sprawie statutu spółki europejskiej, kodeksu spółek handlowych, a także uchwał walnego zgromadzenia, postanowień umów i statutów. Natomiast do przyczyn ekonomicznych połączenia można zaliczyć: polepszenie jakości usług, obniżenie kosztów działalności gospodarczej, uratowanie spółki mającej problemy finansowe, powiększenie rynków zbytu itp.

Badając relacje plan połączenia-sprawozdanie należy stwierdzić, że sprawozdanie stanowi formę opisową planu połączenia. Plan połączenia zawiera informacje określone w art. 20 rozporządzenia SE, natomiast sprawozdanie zawiera komentarz do tych informacji, przez co plan połączenia staje się klarowniejszy dla akcjonariuszy.

6. Opinie biegłych

Artykuł 22 rozporządzenia SE określa dwie alternatywne możliwości powołania biegłych w celu zbadania planu połączenia i sporządzenia opinii dla akcjonariuszy:

- powołanie przez sądy lub organy administracyjne państw członkowskich biegłych działających na rachunek każdej z łączących się spółek,
- wyznaczenie jednego lub kilku biegłych na wspólny wniosek łączących się spółek przez sąd lub organ administracyjny państwa członkowskiego, którego prawu podlega jedna z łączących się spółek lub podlegać będzie przyszła spółka europejska.

Biegli są uprawnieni do żądania od każdej z łączących się spółek wszelkich danych, jakie uważają oni za niezbędne do wypełnienia swoich funkcji. Na gruncie polskim art. 22 rozporządzenia SE jest uzupełniany przez art. 502 § 2 i 503 ksh. Biegły sporządza szczegółową opinię w terminie określonym przez sąd. Termin ten nie może przekroczyć 2 miesięcy od dnia wyznaczenia biegłego. Przepis nie zamyka możliwości wyznaczenia, po upływie 2 miesięcy kolejnych terminów. Niewykonanie opinii w terminie może powodować odpowiedzialność biegłego (art. 513 ksh). Opinia powinna być sporządzona na piśmie. Koszty pracy biegłego i rachunki jego wydatków, zatwierdzone przez sąd pokrywają spółki uczestniczące w połączeniu¹⁹.

Wydaje się, że łączące się spółki nie mają wpływu na wybór przez sąd lub organ administracyjny konkretnie danej osoby jako biegłego. Możliwości spółki są ograniczone do wniosku o wyznaczenie jednego lub kilku biegłych, ale to sąd lub organ administracyjny wskazuje personalnie biegłego lub biegłych. W przypadku gdyby sąd lub organ administracyjny był zdeterminowany personalnie osobą biegłego, można byłoby poddać w wątpliwość jego niezależność i tym samym opinię przez niego wydaną.

7. Zatwierdzenie planu połączenia

Plan połączenia jest zatwierdzany przez walne zgromadzenie każdej z łączących się spółek (art. 23 ust. 1 rozporządzenia SE). Przepis ten na gruncie polskim uzupełniają odpowiednie artykuły Kodeksu spółek handlowych.

Artykuł 504 ksh przewiduje, iż zarządy łączących się spółek powinny zawiadomić wspólników o zamiarze połączenia się z inną spółką. Zawiadomienie musi nastąpić dwukrotnie, co stanowi wyjątek od zasady pojedynczego zawi-

¹⁹ A. Kidyba, op. cit., s. 961-962.

damiania wspólnika o walnym zgromadzeniu. Odstęp pomiędzy dwoma odrębnymi zawiadomieniami nie może być krótszy niż dwa tygodnie. Warto przy tym zwrócić uwagę, iż kodeks ustala w ten sposób dolną granicę odstępu, nie przyjmuje natomiast jego górnej granicy. Może się zatem zdarzyć sytuacja, że drugie ogłoszenie będzie dokonane na jeden dzień przed datą odbycia walnego zgromadzenia w sprawie połączenia spółek, co będzie prowadzić do wypaczenia istoty przyjętych rozwiązań. Zawiadomienie o zamiarze połączenia powinno zostać wysłane nie później niż na sześć tygodni przed planowanym dniem powzięcia uchwały o połączeniu. Zatem także tutaj występuje termin minimalny. Spory doktrynalne dotyczące zasady liczenia biegu tego sześciotygodniowego terminu (liczenie od pierwszego zawiadomienia czy też od drugiego i tym samym przedłużenie *de facto* tego terminu o dwa tygodnie), należy rozstrzygnąć na korzyść tych opinii, które przyjmują liczenie biegu terminu od daty pierwszego zawiadomienia. Za tym stanowiskiem przemawia przede wszystkim literalna wykładnia tego przepisu²⁰. Niezachowanie sześciotygodniowego terminu, dwutygodniowego odstępu między zawiadomieniami bądź dokonanie tylko jednego zawiadomienia jest przesłanką do wytoczenia powództwa o stwierdzenie nieważności uchwały o połączeniu.

Artykuł 506 ksh wymaga do połączenia się spółek uchwały walnego zgromadzenia każdej z nich, powziętej większością trzech czwartych głosów, reprezentujących co najmniej połowę kapitału zakładowego. Umowa lub statut spółki mogą przewidywać surowsze warunki²¹. Uchwała o połączeniu będzie podjęta, jeżeli ważnie oddane głosy „za” tą uchwałą przekroczą pułap trzech czwartych głosów; głosy „wstrzymujące się” będą liczone tak jak głosy na „nie”.

Do tych rozważań należy dodać, iż przepis art. 16 ustawy EZIG i SE stanowi, że w przypadku gdy spółka europejska zakładana przez połączenie ma mieć statutową siedzibę poza granicami Polski, uchwała o połączeniu jest podejmowana w drodze jawnego i imiennego głosowania. W takim przypadku na każdą akcję przypada jeden głos.

Artykuł 23 ust. 2 stwierdza, iż decyzję dotyczącą zaangażowania pracowników w SE podejmuje się zgodnie z dyrektywą Rady uzupełniającą statut spółki europejskiej w odniesieniu do uczestnictwa pracowników. Walne zgromadzenie każdej z łączących się spółek może zastrzec, że rejestracja spółki europejskiej jest uzależniona od wyraźnego zatwierdzenia przez walne zgromadzenie porozumienia w sprawie sposobu uczestnictwa pracowników SE, zawartego w wyni-

²⁰ Bardzo trafnie argumentuje za tym stanowiskiem A. Szumański w: S. Sołtyśński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja, op. cit., s. 376 i 377.

²¹ S. Krześ w: J. Jacyszyn, S. Krześ, E. Marszałkowska-Krześ, Kodeks spółek handlowych. Komentarz. Orzecznictwo, Warszawa 2001, s. 598-599.

ku negocjacji między specjalnym zespołem negocjacyjnym a organami zarządzającymi każdej z łączących się spółek. Wysuwane w doktrynie niemieckiej propozycje zastąpienia w tym przypadku walnego zgromadzenia radą nadzorczą należy ocenić negatywnie jako ograniczenie kompetencji walnego zgromadzenia²². Nie jest trafny argument o poważnym wydłużeniu czasu trwania postępowania połączeniowego, ponieważ zatwierdzenie przez walne zgromadzenie porozumienia w sprawie uczestnictwa pracowników nie jest obligatoryjne. Należy jednak dodać, iż polski Kodeks spółek handlowych dopuszcza możliwość zatwierdzenia takiego porozumienia przez radę nadzorczą. Wymagałoby to jednak zgodnie z art. 384 § 1 ksh wyraźnego rozszerzenia w statucie uprawnień rady nadzorczej o taką właśnie kompetencję.

8. Kontrola legalności połączenia

Kontrolę legalności połączenia reguluje art. 25 rozporządzenia SE. W części postępowania połączeniowego, dotyczącej każdej z łączących się spółek, kontrolę legalności połączenia przeprowadza się zgodnie z prawem właściwym dla połączenia spółek akcyjnych w państwie członkowskim, którego prawu podlega łącząca się spółka. Sąd, notariusz lub inny właściwy organ w każdym państwie członkowskim, którego przepisom podlega łącząca się spółka, wydaje zaświadczenie potwierdzające w sposób nie budzący wątpliwości, że zostały dokonane wszystkie czynności i formalności wymagane przed przeprowadzeniem połączenia.

W przypadku, gdy prawo państwa członkowskiego, któremu podlega łącząca się spółka, przewiduje procedurę kontroli i zmian w odniesieniu do stosunku wymiany akcji lub procedurę ustalenia wysokości spłaty dla akcjonariuszy mniejszościowych, które nie powodują wstrzymania wpisu połączenia do rejestru, procedury te stosuje się wyłącznie wtedy, gdy pozostałe łączące się spółki, znajdujące się w państwach członkowskich, których prawo nie przewiduje takich procedur, wyraźnie zaakceptują w czasie zatwierdzania planu połączenia przez walne zgromadzenie możliwość akcjonariuszy tej łączącej się spółki skorzystania z nich. Sąd, notariusz lub inny właściwy organ może w takich przypadkach wydać zaświadczenie o wykonaniu wszystkich wymaganych czynności i formalności, nawet gdy procedura taka została już wszczęta. Wtedy jednak zaświadczenie musi zawierać wzmiankę o wszczęciu takiej procedury. Orzeczenie wydane w tym postępowaniu jest wiążące dla spółki przejmującej i jej akcjonariuszy.

²² Ch. Teichmann, op. cit., s. 430.

W celu zbadania zgodności z prawem połączenia w części postępowania dotyczącej dokonania połączenia i zawiązania spółki europejskiej, każda z łączących się spółek przedkłada sądowi, notariuszowi lub innemu właściwemu organowi w państwie członkowskim przyszłej siedziby SE zaświadczenie potwierdzające w sposób jednoznaczny wykonanie wszystkich czynności i formalności wymaganych przed przeprowadzeniem połączenia. Zaświadczenie musi być przedłożone w terminie sześciu miesięcy od dnia jego wydania²³. Wraz z zaświadczeniem przedkłada się plan połączenia zatwierdzony przez spółkę. Sąd, notariusz lub inny właściwy organ państwa członkowskiego przyszłej siedziby spółki europejskiej kontroluje przede wszystkim, czy łączące się spółki zatwierdziły plan połączenia w jednakowym brzmieniu oraz czy porozumienie o zaangażowaniu pracowników zostało zawarte zgodnie z dyrektywą SE, a także czy utworzenie Europejskiej Spółki Akcyjnej odpowiada wymaganiom prawa państwa członkowskiego, w którym ma ona mieć swoją siedzibę statutową (art. 26 rozporządzenia SE).

Rozporządzenie SE w art. 68 ust. 2 nakłada na każde państwo członkowskie obowiązek wyznaczenia właściwych organów do wydania i kontroli zaświadczenia, o którym mowa w art. 25 rozporządzenia SE, oraz zawiadomienia o tym Komisji i innych państw członkowskich. Organem właściwym do wydania zaświadczenia dla polskiej spółki akcyjnej biorącej udział w utworzeniu SE, jak również organem właściwym do dokonania kontroli legalności połączenia w części postępowania dotyczącej dokonania połączenia i zawiązania SE jest sąd rejestrowy, właściwy dla polskiej spółki akcyjnej uczestniczącej w utworzeniu SE lub dla miejscowości, w której ma mieć siedzibę statutową Europejska Spółka Akcyjna zakładana w Polsce.

Wniosek o wydanie zaświadczenia nie może być złożony przed upływem miesiąca od dnia powzięcia uchwały walnego zgromadzenia o połączeniu (art. 20 ust. 1 ustawy o EZIG i SE w zw. z art. 509 § 2 ksh). Miesięczny termin przyjął ksh na wytoczenie powództwa o uchylenie albo o stwierdzenie nieważności uchwały. Powództwo może być wytoczone tylko przeciwko spółce przejmującej albo spółce nowo zawiązanej. Nie można zatem kierować powództwa do spółek podlegających wchłonięciu i nie ma w tym przypadku znaczenia oddzielny zarząd majątkiem połączonych spółek²⁴.

Artykuł 20 ust. 2 ustawy EZIG i SE wyszczególnia załączniki, które dodaje się do wniosku o wydanie zaświadczenia skierowanego do sądu rejestrowego:

²³ K. Oplustil, Europejska spółka akcyjna (*Societas Europaea*) i jej wpływ na polskie prawo spółek, „Rejent” 2004, 3-4, s. 194.

²⁴ A. Kidyba, op. cit., s. 981-982.

- dowód ogłoszenia w dzienniku urzędowym państwa członkowskiego danych określonych w art. 21 rozporządzenia SE (pisałem o tym wyżej – chodzi tu m.in. o formę prawną, firmę i statutową siedzibę każdej z łączących się spółek oraz proponowaną firmę i statutową siedzibę SE);
- uchwałę o połączeniu w celu założenia SE, podjętą zgodnie z przepisami ksh oraz zgodnie z art. 16 ustawy EZIG i SE (czyli imiennego i jawnego głosowania nad uchwałą o połączeniu, w przypadku gdy SE ma mieć statutową siedzibę poza granicami Polski);
- dowód wykupu akcji akcjonariuszy spółki, którzy głosowali przeciwko połączeniu i zażądali wykupu;
- oświadczenie członków zarządu w przedmiocie zaskarżenia uchwały o połączeniu; ustawa EZIG i SE przewiduje, iż pomimo wytoczenia powództwa o uchylenie albo stwierdzenie nieważności uchwały o połączeniu, sąd może wydać zaświadczenie, jeśli zostanie uprawdopodobnione, że powództwo to jest oczywiście bezzasadne; jednak w przypadku, gdy po wydaniu zaświadczenia sąd prawomocnym orzeczeniem stwierdzi nieważność uchwały o połączeniu albo ją uchyli, akcjonariusz, który dokonał wpisów na podstawie uchwały uchylonej lub uznanej za nieważną, może dochodzić naprawienia tej szkody od SE niezależnie od winy członków jej organów;
- uchwałę walnego zgromadzenia spółki zatwierdzającą porozumienie o zaangażowaniu pracowników, jeśli takie prawo zatwierdzenia walne zgromadzenie sobie zastrzegło.

W przedmiocie wydania zaświadczenia sąd rejestrowy orzeka postanowieniem. Na postanowienie przysługuje apelacja²⁵.

9. Dopuszczalność sprzeciwu właściwego organu państwa członkowskiego

W tym miejscu chciałbym zwrócić uwagę na zawarte w art. 19 rozporządzenia SE upoważnienie dla państw członkowskich do ustanowienia przepisów, zgodnie z którymi właściwy organ tego państwa członkowskiego może sprzeciwić się uczestniczeniu danej spółki akcyjnej w tworzeniu spółki europejskiej przez połączenie. Wyrażenie sprzeciwu musi nastąpić przed wydaniem przez sąd, notariusza lub inny właściwy organ zaświadczenia, które w sposób jednoznaczny potwierdza wykonanie wszystkich czynności i formalności wymaganych przed przeprowadzeniem połączenia. Rozporządzenie zastrzega, że sprze-

²⁵ Do postępowania stosuje się odpowiednio przepisy kodeksu postępowania cywilnego – postępowanie rejestrowe (art. 694¹-694^{*}).

ciw taki jest dopuszczalny wyłącznie ze względu na interes publiczny. Od sprzeciwu musi przysługiwać możliwość wniesienia środka odwoławczego do sądu.

Polska ustawa EZIG i SE przewiduje dla właściwego organu spółki akcyjnej:

- będącej instytucją finansową z siedzibą statutową na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej i jednocześnie
- uczestniczącej w połączeniu w celu założenia SE, która będzie posiadać statutową siedzibę w innym państwie członkowskim

obowiązek zawiadomienia o zamiarze połączenia właściwy organ nadzoru. Zawiadomienie musi nastąpić najpóźniej w dniu ogłoszenia planu połączenia. W terminie dwóch miesięcy od dnia ogłoszenia planu połączenia, organ nadzoru może wyrazić sprzeciw wobec połączenia. Wyrażenie sprzeciwu następuje w drodze decyzji administracyjnej. Spółce przysługuje skarga do sądu administracyjnego. Przyjęte w art. 19 ustawy EZIG i SE opisane wyżej rozwiązanie należy ocenić pozytywnie. Chociaż wprowadza pewne ograniczenia dla spółek będących instytucjami finansowymi, które zamierzają utworzyć spółkę europejską w drodze fuzji transgranicznej, przyczynia się wydatnie do zwiększenia pewności obrotu tych spółek.

10. Wpis do rejestru

Połączenie spółek i jednocześnie powstanie spółki europejskiej stają się skuteczne z dniem wpisu SE do rejestru (art. 27 rozporządzenia SE). Europejska Spółka Akcyjna z siedzibą w Polsce podlega wpisowi do rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego²⁶.

Rejestracja spółki europejskiej może nastąpić:

- po dopełnieniu wszystkich czynności określonych w art. 25 i 26 rozporządzenia SE (przepisy te analizowałem wyżej) oraz
- po zawarciu porozumienia o zaangażowaniu pracowników²⁷ przez specjalny zespół negocjacyjny oraz właściwe organy spółek uczestniczących w powstaniu SE zgodnie z art. 4 dyrektywy SE albo po podjęciu uchwały przez specjalny zespół negocjacyjny o nierozpoczynaniu negocjacji lub zakończe-

²⁶ M. Gładysz, Fuzja transgraniczna spółek akcyjnych jako sposób utworzenia spółki europejskiej, „Radca Prawny” 2005, 3, s. 65.

²⁷ Zaangażowanie pracowników oznacza jakiegokolwiek postępowanie, poprzez które pracownicy lub ich przedstawiciele mogą mieć wpływ na decyzje, jakie mają być podjęte w ramach spółki. Zaangażowanie pracowników obejmuje najczęściej informowanie, konsultację oraz uczestnictwo. Uczestnictwo oznacza wpływ organu reprezentującego pracowników lub przedstawicieli pracowników na sprawy spółki poprzez: prawo wybierania bądź wyznaczania części członków organu nadzorczego (w systemie dualistycznym) lub administrującego (system monistyczny) spółki, a także prawo rekomendacji bądź sprzeciwu wobec powołania części lub wszystkich członków organu nadzorczego lub administrującego.

niu negocjacji już rozpoczętych oraz o stosowaniu przepisów dotyczących informowania i konsultacji pracowników, obowiązujących w państwach członkowskich, w których spółka europejska zatrudnia pracowników²⁸ albo po upływie terminu przewidzianego dla prowadzenia negocjacji, w ciągu którego nie doszło do zawarcia porozumienia²⁹.

Artykuł 7 ust. 2 pkt. b) dyrektywy SE stwierdza, że w przypadku spółki europejskiej utworzonej w wyniku połączenia, standardowe zasady uczestnictwa pracowników ustalone przez ustawodawstwo państwa członkowskiego rejestracji SE, zgodnie z częścią trzecią załącznika dyrektywy³⁰, stosuje się, jeżeli:

- przed rejestracją SE jedną bądź więcej form uczestnictwa stosowano w jednej lub większej liczbie spółek uczestniczących, obejmujących przynajmniej 25% ogólnej liczby pracowników we wszystkich spółkach uczestniczących, lub
- istniała analogiczna sytuacja jak w poprzednim podpunkcie, z wyjątkiem liczby pracowników – tym razem mniejszej niż 25% ogólnej ich liczby – i jeżeli postanowi tak specjalny zespół negocjacyjny.

Państwa członkowskie mogą przewidzieć, iż w wyżej wymienionych przypadkach przepisów określających standardowe zasady uczestnictwa pracowników w SE (część trzecia załącznika) nie stosuje się. To prawo opcji wprowadzono do dyrektywy SE na żądanie Hiszpanii. Celem takiego rozwiązania ma być zapobieżenie narzucenia zasad uczestnictwa przez mniejszość pracowników większości pracowników przyszłej SE³¹. Jednakże warunkiem zarejestrowania spółki europejskiej w państwie członkowskim, które skorzystało z prawa opcji, jest uprzednie zawarcie porozumienia zgodnie z art. 4 dyrektywy SE, o zaangażowaniu pracowników, które obejmuje ich uczestnictwo, lub stwierdzenie że do chwili rejestracji w żadnej ze spółek przepisy o uczestnictwie pracowników nie obowiązywały (art. 12 ust. 3 rozporządzenia SE).

Artykuł 28 rozporządzenia SE stwierdza, że w przypadku każdej z łączących się spółek przeprowadzenie połączenia podlega ogłoszeniu w taki sposób, w jaki przewiduje to prawo państwa członkowskiego stosownie do dyrektywy 68/151/EWG³². W przypadku, gdy jedną z łączących się spółek będzie polska spół-

²⁸ Art. 3 ust. 6 dyrektywy SE. Większość wymagana w celu podjęcia uchwały przez specjalny zespół negocjacyjny o nierozpoczynaniu negocjacji lub zakończeniu negocjacji już rozpoczętych wynosi dwie trzecie członków, którzy reprezentują co najmniej dwie trzecie pracowników, w tym głosy członków reprezentujących pracowników zatrudnionych w co najmniej dwóch państwach członkowskich.

²⁹ Art. 5 dyrektywy SE stanowi, że negocjacje rozpoczynają się z chwilą utworzenia specjalnego zespołu negocjacyjnego i mogą trwać sześć miesięcy. Specjalny zespół negocjacyjny oraz właściwe organy spółek uczestniczących w powstaniu SE mogą wspólnie zdecydować o przedłużeniu negocjacji – łącznie do jednego roku od momentu utworzenia specjalnego zespołu negocjacyjnego.

³⁰ Zob. art. 7 dyrektywy SE i część trzecią załącznika określającego standardowe zasady uczestnictwa.

³¹ K. Oplustil, op. cit., s. 179.

³² Pierwsza Dyrektywa Rady z dnia 9 marca 1968 r.

ka akcyjna, ogłoszenie o połączeniu zostanie opublikowane w Monitorze Sądowym i Gospodarczym (art. 5 § 3 ksh). W ciągu miesiąca od ogłoszenia w Monitorze Sądowym i Gospodarczym, Centralna Informacja Krajowego Rejestru Sądowego przekazuje Urzędowi Oficjalnych Publikacji Unii Europejskiej następujące dane:

- firmę SE,
- numer, datę i miejsce wpisu SE do rejestru,
- datę i miejsce ogłoszenia oraz tytuł publikatora krajowego,
- statutową siedzibę i rodzaj działalności SE.

Dane te w celach informacyjnych publikuje się w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich³³.

11. Skutki prawne połączenia

Skutki prawne połączenia są zawarte w art. 29 rozporządzenia SE. Założenie Europejskiej Spółki Akcyjnej w drodze połączenia przez przejęcie powoduje z mocy prawa, że równocześnie:

- wszystkie aktywa i pasywa każdej ze spółek przejmowanych przechodzą na spółkę przejmującą,
- akcjonariusze spółki przejmowanej stają się akcjonariuszami spółki przejmującej,
- spółka przejmowana przestaje istnieć,
- spółka przejmująca przejmuje formę SE.

Z kolei połączenie spółek akcyjnych w drodze zawiązania nowej spółki, przybierającej formę prawną SE, wywołuje z mocy prawa występujące jednocześnie następujące skutki:

- ogół aktywów i pasywów łączących się spółek przechodzi na spółkę europejską,
- akcjonariusze łączących się spółek stają się akcjonariuszami SE,
- łączące się spółki przestają istnieć.

Jeżeli, w przypadku łączenia spółek akcyjnych prawo państwa członkowskiego wymaga spełnienia szczególnych formalności dla skutecznego wobec osób trzecich przeniesienia aktywów, praw i zobowiązań łączących się spółek, formalności te nadal obowiązują i muszą zostać spełnione albo przez łączące się spółki, albo przez SE po jej zarejestrowaniu (art. 29 § 3 rozporządzenia SE). Ponadto istniejące w dniu rejestracji Europejskiej Spółki Akcyjnej prawa i obowiązki spółek uczestniczących w połączeniu, które dotyczą warunków zatrudnienia wynikających z prawa krajowego, praktyk i indywidualnych umów o pracę bądź stosunków pracy, przechodzą na SE w momencie jej zarejestrowania (art. 29 § 4 rozporządzenia SE).

³³ K. Bilewska, Tworzenie spółki europejskiej – fuzja transgraniczna, „Przegląd Prawa Handlowego” 2004, 12, s. 31.

W kontekście uczestnictwa w założeniu SE polskiej spółki akcyjnej należy rozpatrzyć przepis art. 494 ksh. Paragraf 1 tego artykułu, który stanowi, że spółka przejmująca albo spółka nowo zawiązana wstępuje z dniem połączenia we wszystkie prawa i obowiązki spółki przejmowanej albo spółek łączących się przez zawiązanie, odpowiada art. 29 rozporządzenia SE. Mamy tutaj do czynienia z sukcesją uniwersalną. Pojęcie „wszystkie prawa i obowiązki” obejmuje:

- prawa i obowiązki na płaszczyźnie materialnoprawnej oraz formalnoprawnej³⁴; spółka przejmująca staje się z dniem połączenia uczestnikiem postępowań sądowych, w których wcześniej brała udział spółka przejmowana; także spółka nowo zawiązana staje się z dniem połączenia uczestnikiem tych postępowań sądowych, w których brały udział łączące się spółki;
- prawa i obowiązki znane oraz nieznanie spółce³⁵;
- prawa i obowiązki wobec osób trzecich (dłużników bądź wierzycieli) oraz wobec akcjonariuszy spółki przejmowanej lub spółki łączącej się przez zawiązanie nowej spółki³⁶.

Bardziej złożona sytuacja występuje przy rozpatrywaniu paragrafu 2 art. 494, który stanowi, że na spółkę przejmującą albo nowo zawiązaną, przechodzą z dniem połączenia w szczególności zezwolenia, koncesje oraz ulgi, które przyznane zostały spółce przejmowanej lub którejkolwiek ze spółek łączących się przez zawiązanie nowej spółki. Dopuszczając sukcesję administracyjno-prawną w przypadku łączenia się spółek, kodeks spółek handlowych wprowadza **wyjątek** od ugruntowanego doktrynalnie zakazu sukcesji administracyjno-prawnej. Określenie „w szczególności zezwolenia, koncesje oraz ulgi” wskazuje na przykładowe wyliczenie aktów administracyjnych, z których wynikają prawa i obowiązki będące przedmiotem sukcesji administracyjno-prawnej³⁷. Sukcesja administracyjno-prawna może być wyłączona lub ograniczona odpowiednimi zapisami ustawy lub decyzji administracyjnej. Ponadto art. 618 ksh stanowi, że przepisy art. 494 § 2 stosuje się do koncesji, zezwoleń oraz ulg przyznanych po dniu wejścia w życie Kodeksu spółek handlowych, czyli po 1 stycznia 2001 r.

W rozporządzeniu SE nie zostało uregulowane przejście uprawnień administracyjno-prawnych. Wydaje się zatem, że w przypadku, gdy Europejska Spółka Akcyjna będzie mieć siedzibę na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej znajduje zastosowanie art. 494 § 2 ksh w zw. z art. 15 rozporządzenia SE³⁸.

³⁴ A. Witosz w: J. Strzępka, W. Popiołek, A. Witosz, E. Zielińska, Kodeks spółek handlowych. Komentarz z orzecznictwem, Warszawa 2001, s. 1142.

³⁵ M. Rodzyńkiewicz, Łączenie się spółek. Komentarz, Warszawa 2003, s. 43.

³⁶ Ponadto sukcesja uniwersalna nie wymaga nigdy zgody wierzycieli łączących się spółek albo przejmowanej spółki. A. Witosz w: J. Strzępka, W. Popiołek, A. Witosz, E. Zielińska, op. cit., s. 1142.

³⁷ Zakresem normy art. 494 § 2 są objęte także np. zgody, pozwolenia i zarządzenia. K. Palka-Bartoszek, Łączenie się spółek kapitałowych w projekcie ustawy. Kodeks spółek handlowych a Trzecia Dyrektywa Rady Wspólnoty Europejskiej dotycząca łączenia się spółek akcyjnych, „Rejent” 1999, 9, s. 197.

³⁸ K. Oplustil, op. cit., s. 59-60.

Artykuł 30 rozporządzenia SE stanowi, iż po zarejestrowaniu SE połączenie spółek akcyjnych nie może zostać uznane za nieważne. Zatem w przypadku spółki europejskiej założonej w wyniku połączenia spółek akcyjnych, która będzie mieć siedzibę w Polsce, nie znajdzie zastosowania art. 21 ksh, który podaje przesłanki rozwiązania przez sąd rejestrowy spółki kapitałowej wpisanej już do rejestru. Jednakże nieprzeprowadzenie kontroli legalności połączenia zgodnie z art. 25 i 26 rozporządzenia SE może stanowić podstawę do rozwiązania spółki europejskiej.

12. Uprozczone postępowanie połączeniowe

Pozostało jeszcze omówienie uproszczonego połączenia spółek akcyjnych w ramach koncernu. Prawodawca europejski decyduje się w pewnych sytuacjach na ułatwienie procedury połączeniowej, z braku racjonalnej potrzeby zastosowania „pełnego” postępowania łączeniowego.

W przypadku, gdy założenie Europejskiej Spółki Akcyjnej odbywa się w drodze połączenia przez przejęcie przez spółkę posiadającą wszystkie akcje i inne papiery wartościowe, które dają prawo głosu na walnym zgromadzeniu innej spółki, art. 31 ust. 1 rozporządzenia SE przewiduje, że **nie** znajdują zastosowania następujące przepisy rozporządzenia:

- art. 20 ust. 1 lit. b), c) i d) – w planie połączenia nie umieszcza się przede wszystkim informacji dotyczących stosunku wymiany akcji i wysokości ewentualnych dopłat, zasad przyznania akcji SE oraz terminu, od którego akcje posiadane przez SE uprawniają do uczestnictwa w zyskach;
- art. 22, określający zasady badania planu połączenia przez biegłych; ponieważ opinia biegłych dotyczy przede wszystkim ustalenia stosunku wymiany akcji łączących się spółek, a w uproszczonym planie połączenia nie zamieszcza się o tym informacji, sporządzenie opinii przez biegłego lub biegłych mija się z celem;
- art. 29 ust. 1 lit. b) stanowiący, że akcjonariusze spółki przejmowanej stają się akcjonariuszami spółki przejmującej.

W sytuacji, gdy spółką przejmującą będzie polska spółka akcyjna, do połączenia nie stosuje się przepisów, które są wymienione w art. 516 § 5 ksh, czyli:

- art. 501-503 ksh dotyczących sporządzenia pisemnego sprawozdania oraz badania przez biegłego planu połączenia i wydania przez niego opinii;
- art. 505 § 1 pkt. 4-5 ksh (dotyczącego przeglądania przez wspólników łączących się spółek sprawozdań zarządów oraz opinii biegłego), co jest logiczną konsekwencją powyższego podpunktu;
- art. 512 i 513 ksh regulujące odpowiedzialność m.in. członków zarządu i biegłych.

Artykuł 31 ust. 2 rozporządzenia SE stanowi, że jeżeli łączenie przez przejęcie jest przeprowadzane przez spółkę, która posiada akcje o łącznej wartości nominalnej nie mniejszej niż 90% kapitału zakładowego, ale nie obejmujące wszystkich akcji i innych papierów wartościowych dających prawo głosu na walnym zgromadzeniu innej spółki, to wówczas:

- sprawozdania organów administrujących i zarządzających,
- opinie jednego lub kilku niezależnych biegłych oraz
- dokumenty niezbędne do przeprowadzenia kontroli

wymagane są tylko w takim zakresie, w jakim przewiduje to prawo krajowe, któremu podlega spółka przejmująca lub przejmowana. Artykuł 516 § 5 ksh nie przewiduje konieczności sporządzania pisemnego sprawozdania oraz wydania opinii biegłych, zatem obowiązki, o których mówi art. 31 ust. 2 rozporządzenia SE powstaną tylko wówczas, gdy przepisy prawa właściwe dla drugiej łączącej się spółki przewidują dopełnienie tych obowiązków także wtedy, gdy spółka przejmująca posiada nie mniej niż 90% akcji spółki przejmowanej.

Zakończenie

Utworzenie Europejskiej Spółki Akcyjnej poprzez połączenie spółek akcyjnych jest procesem złożonym, w toku którego ujawniają się rozbieżności interpretacyjne. Złożoność ta jest dodatkowo potęgowana tym, że podstawy prawne postępowania połączeniowego mają źródła zarówno w regulacjach europejskich, jak i krajowych. Jest to jednak niezbędne, by nadać łączeniu spółek akcyjnych charakter fuzji transgranicznej.

Krytycznie należy ocenić wyłączenie spółek z o.o. z możliwości utworzenia SE przez połączenie. Jest to podyktowane obawami rządów państw członkowskich, które w spółce europejskiej od początku jej tworzenia widziały konkurencyjną formę wobec spółek uregulowanych w prawie krajowym. Jednakże dalsza liberalizacja obrotu gospodarczego w Unii Europejskiej wydaje się nieunikniona. Zwiastunem tego jest Dziesiąta Dyrektywa o fuzjach transgranicznych, dotycząca łączenia się spółek kapitałowych z różnych państw członkowskich³⁹.

³⁹ K. Oplustil, Transgraniczna fuzja spółek w prawie europejskim i polskim [w:] Węzłowe problemy prawa handlowego, VI Ogólnopolski Zjazd Katedr Prawa Handlowego, Szczecin-Międzyzdroje 2007, s. 256-263.

**THE ESTABLISHMENT OF THE EUROPEAN JOINT-STOCK COMPANY.
A STUDY OF A TRANSBORDER MERGER**

Summary

The present article is designed to discuss one way of the establishment of the European Joint – Stock Company by the merger of at least two joint-stock companies. The companies are supposed to have their statutory headquarter and the Main Board in the European Union structures. Besides, the management of the companies is a subject to the law, which is applicable in at least, two different member states. The establishment of the European Joint – Stock Company by the merger of the joint-stock company constitutes a complex process, particularly due to the fact that legal basis of the merging process derive, not only from the European regulations, but also from the domestic rules.

The article discusses one by one the rules of law which are applied in the merging process, merging plan, the publication of information about company, the protection of the creditors and minority shareholders, reports, experts' opinions, the approval of the merging plan, the control over legality of the merging process as well as the admissibility of the raising objections by the body of a member state, entry in the register, legal effects of the merger, and in its turn, the simplified merging process.

Łukasz Robaszkiewicz

PRAWO PODMIOTOWE Z ARTYKUŁU 583 KSH

Ustawą Kodeks spółek handlowych z dnia 15 września 2000 r. rozszerzono w polskim systemie prawnym możliwość przekształcania spółek handlowych. Instytucja ta została uregulowana w Tytule IV Dział III kodeksu spółek handlowych (art. 551-584). Spółka handlowa zgodnie z art. 551 § 1 ksh może być przekształcona w inną spółkę handlową, z pewnymi wyjątkami przewidzianymi w §4, a mianowicie przekształcona nie może być: spółka w likwidacji, spółka, która rozpoczęła podział majątku, ani spółka w upadłości.

Najbardziej interesująca jest regulacja zawarta w art. 583 ksh, która przyznaje spadkobiercy wspólnika spółki jawnej prawo podmiotowe, przyjmujące postać roszczenia. Powyższy przepis poprzez swą treść wprowadził wyjątkowy sposób przekształcenia spółki osobowej. W doktrynie sposób ten jest określany mianem przekształcenia przymusowego¹. Roszczenie to przyznaje spadkobiercy wspólnika spółki jawnej możliwość zgłoszenia żądania do przekształcenia spółki jawnej w spółkę komandytową i przyznania mu statusu komandytariusza. Stosowanie i wykładnia art. 583 kodeksu spółek handlowych w praktyce stwarza sporo problemów.

Przepis art. 583 ksh spełnia dwojaką rolę: po pierwsze chroni interesy spadkobiercy zmarłego wspólnika jawnego poprzez przyznanie mu szczególnego prawa podmiotowego, zaś z drugiej strony chroni interes pozostałych wspólników jawnych².

Regulacja powyższego przepisu nawiązuje do art. 114 kodeksu handlowego (zgodnie z zasadą kontynuacji przy tworzeniu ksh). Artykuł 583 kodeksu spółek handlowych wprowadził jednak elementy nieznane kodeksowi handlo-

¹ A. Witosz, Przekształcenia spółek w kodeksie spółek handlowych, Bydgoszcz-Katowice 2001, s. 67-68.

² A. Szumański w: S. Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja, Kodeks spółek handlowych, tom IV, Warszawa 2004, s. 1227-1228.

wemu. Zwłaszcza dotyczy to rozpoczęcia biegu terminu do zgłoszenia żądania przekształcenia spółki. W kodeksie handlowym termin ten rozpoczyna bieg od momentu uzyskania informacji o otwarciu spadku, zaś ksh wprowadził zasadę, że termin ten zaczyna swój bieg w dniu stwierdzenia nabycia spadku przez spadkobiercę³. Innym novum jest także ewentualne przekształcenie spółki jawnej w spółkę komandytowo-akcyjną i przyznanie spadkobiercy statusu akcjonariusza.

Z roszczeniem z art. 583 ksh o przekształcenie spółki jawnej w spółkę komandytową i przyznaniem statusu komandytariusza może wystąpić spadkobierca współnika spółki jawnej. Pojęcie spadkobiercy regulują przepisy prawa spadkowego, wobec czego z powyższym roszczeniem może wystąpić zarówno spadkobierca ustawowy, jak i spadkobierca testamentowy. W sferze prawa spadkowego takie same skutki co śmierć spadkodawcy wywołuje prawomocne orzeczenie o uznaniu za zmarłego. Dlatego roszczenie z art. 583 ksh przysługuje również spadkobiercy osoby uznanej za zmarłego na mocy prawomocnego orzeczenia sądu. W szczególnych sytuacjach może się zdarzyć, że spadkobiercą ustawowym zostanie gmina lub Skarb Państwa, jeżeli spadkodawca nie miał małżonka i krewnych powołanych do dziedziczenia z ustawy ani nie pozostawił testamentu. W pierwszej kolejności spadek przypada gminie ostatniego miejsca zamieszkania spadkodawcy, a gdy ostatniego miejsca zamieszkania nie da się ustalić lub leżało poza granicami RP, spadek przypada z mocy ustawy Skarbowi Państwa zgodnie z treścią art. 935 kc.

Roszczenie z art. 583 kodeksu spółek handlowych przysługuje także, jak się wydaje, fundacji ustanowionej w trybie art. 927 § 3 kodeksu cywilnego. W myśl powyższego przepisu fundacja ustanowiona przez spadkodawcę może być spadkobiercą, jeżeli zostanie wpisana do rejestru w ciągu dwóch lat od ogłoszenia testamentu. Oświadczenie woli składane przez fundatora o ustanowieniu fundacji powinno być złożone w formie aktu notarialnego, zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o fundacjach⁴. Jednakże powyższa forma nie jest wymagana, jeżeli ustanowienie fundacji następuje w testamencie. Akt fundacyjny zawarty w testamencie jest ważny bez względu na formę, w jakiej testament został sporządzony⁵. Od momentu wpisania do rejestru fundacja może dochodzić od spadkobierców zmarłego wydania jej określonego majątku, który został jej przeznaczony w akcie fundacyjnym.

³ M. Litwińska, Kodeks spółek handlowych. Komentarz, Warszawa 2002, s. 1141.

⁴ Ustawa z dnia 6 kwietnia 1984 r. o fundacjach (Dz.U. 1984, nr 21, poz. 97).

⁵ E. Niezbecka, Status majątku fundacji a zdolność do dziedziczenia fundacji ustanowionej w testamencie, „Rejent” 1992, 12, s. 28.

Fundacja ustanowiona w testamencie, która uzyskała status spadkobiercy, może zgłosić żądanie przekształcenia spółki jawnej w spółkę komandytową i przyznania jej statusu komandytariusza.

Istnieje problem, gdy z żądaniem przekształcenia spółki wystąpił spadkobierca, który następnie został uznany za niegodnego dziedziczenia. Uznanie za niegodnego dziedziczenia jest traktowane zgodnie z art. 928 § 2, tak jakby spadkobierca nie dożył otwarcia spadku. Jeżeli przekształcenie zostało już rozpoczęte lub zakończone, spółka jest uprawniona do tego, aby dochodzić naprawienia szkody od podmiotu, który został uznany za niegodnego dziedziczenia.

Z żądaniem przekształcenia spółki mogą wystąpić spadkobiercy wspólnika spółki jawnej bez względu na to, czy miał on prawo prowadzenia spraw spółki czy w jakikolwiek sposób był takiego prawa pozbawiony.

Dogłębna analiza przepisów kodeksu spółek handlowych prowadzi do wniosku, że nie w każdym przypadku spadkobierca wspólnika spółki jawnej może wystąpić z roszczeniem z art. 583 ksh⁶. Powyższa sytuacja wynika z treści art. 58 pkt 4 ksh, który stanowi, że śmierć wspólnika spółki jawnej jest przesłanką do tego, aby rozwiązać spółkę jawną. Gdy zaistnieją przyczyny wymienione w art. 58 ksh powinno zostać przeprowadzone postępowanie likwidacyjne w celu zakończenia działalności spółki, chyba że wspólnicy uzgodnią inny sposób zakończenia działalności spółki.

Przyjąć zatem trzeba, że spadkobierca wspólnika spółki jawnej może wystąpić z żądaniem przekształcenia spółki jawnej w komandytową tylko wtedy, gdy spółka jawna istnieje nadal pomimo śmierci wspólnika. Taki stan rzeczy może wynikać z postanowienia umieszczonego w umowie spółki o wstąpieniu spadkobierców na miejsce zmarłego wspólnika albo gdy po śmierci wspólnika pozostali wspólnicy niezwłocznie podejmą uchwałę o kontynuowaniu spółki pomiędzy pozostałymi wspólnikami, albo gdy taką sytuację przewidziano w umowie spółki⁷.

Artykuł 583 ksh prowadzi do powstania szczególnego stosunku obligacyjnego, w którym zobowiązana jest spółka jawna, ponieważ z treści artykułu 583 ksh wynika, że spółka powinna uwzględnić żądanie spadkobiercy zmarłego wspólnika. Mamy tu do czynienia z przekształceniem przymusowym⁸. Jednakże wspólnicy spółki jawnej mogą uchylić się od nałożonego na nich obowiązku poprzez podjęcie uchwały o rozwiązaniu spółki. Uchwała ta musi być podjęta przez wszystkich wspólników spółki, także tych wyłączonych od prowadzenia

⁶ A. Stępień, Uprawnienie spadkobiercy zmarłego wspólnika spółki jawnej do żądania przekształcenia, „Prawo Spółek” 2006, 10, s. 19.

⁷ Ibid., s. 20.

⁸ A. Witosz, op. cit., s. 67-68.

spraw spółki, ponieważ jest to uchwała przekraczająca zakres czynności zwykłego zarządu (art. 43 ksh). Jeżeli pomimo wniesienia żądania przekształcenia spółki jawnej w komandytową, wspólnicy spółki jawnej nie uwzględniają tego roszczenia (lub nie podjęli uchwały o rozwiązaniu spółki), to spadkobiercy zmarłego wspólnika spółki jawnej przysługuje prawo do wniesienia pozwu o rozwiązanie spółki jawnej⁹.

Roszczenie spadkobiercy jest ograniczone w dwojaki sposób: przedmiotowo i czasowo. Pierwszego rodzaju ograniczenie jest ograniczeniem przedmiotowym, ponieważ spadkobierca zmarłego wspólnika spółki jawnej może żądać przekształcenia tej spółki w spółkę komandytową i przyznania mu statusu komandytariusza. Roszczenie spadkobiercy jest uważane za uwzględnione również wtedy, gdy pozostali wspólnicy podjęli uchwałę o przekształceniu spółki jawnej w spółkę komandytowo-akcyjną, przyznając temu spadkobiercy status akcjonariusza spółki komandytowo-akcyjnej. Wspólnicy spółki mają prawo wyboru, którą z tych alternatyw zastosować.

Roszczenie spadkobiercy jest ograniczone w ten sposób, że spadkobierca nie może żądać, aby spółka jawna została przekształcona w spółkę innego typu oraz może w spółce komandytowej otrzymać jedynie status inwestora biernego, nieosiągalny jest dla niego status inwestora aktywnego. Przyznanie spadkobiercy statusu akcjonariusza w spółce komandytowo-akcyjnej prowadzi do mniejszego indywidualnego wpływu wspólnika pasywnego na działalność spółki w przeciwieństwie do większego pola manewru, które posiada komandytariusz w spółce komandytowej¹⁰.

Należy uznać, że przyjęte przez ustawodawcę rozwiązanie jest błędne i niewłaściwe. Brakuje bowiem jakichkolwiek przeciwwskazań, aby przyznać spadkobiercy status komplementariusza w spółce komandytowej lub komandytowo-akcyjnej, jeśli wyraziłby taką wolę, a pozostali wspólnicy wyraziliby zgodę. Wydaje się, że powinna istnieć możliwość przekształcenia spółki jawnej również w spółkę partnerską, jeśli spadkobierca wspólnika spółki jawnej posiada prawo do wykonywania wolnego zawodu w chwili śmierci wspólnika i zgłosiłby żądanie takiego przekształcenia.

Drugiego rodzaju ograniczeniem jest ograniczenie czasowe. Ograniczenie czasowe wynika z treści art. 583 § 4 kodeksu spółek handlowych, na mocy którego spadkobierca może zgłosić swoje żądanie w terminie sześciu miesięcy, licząc od dnia stwierdzenia nabycia spadku. Termin ten ma charakter terminu zawitego, jednakże niejednokrotnie może przekroczyć okres jednego roku od

⁹ J. Jacyszyn, S. Krześ, E. Marszałkowska-Krześ, Kodeks spółek handlowych. Komentarz, Warszawa 2001, s. 654.

¹⁰ A. Kidyba, Kodeks spółek handlowych. Komentarz, tom II, Kraków 2002, s.1168.

daty śmierci wspólnika spółki jawnej, zwłaszcza w sytuacji, gdy zaistnieje transmisja z art. 1017 kodeksu cywilnego. Czyli jeżeli przed upływem terminu do złożenia oświadczenia o przyjęciu lub odrzuceniu spadku spadkobierca zmarł, nie złożony taki oświadczenia, oświadczenie o przyjęciu lub odrzuceniu spadku może być złożone przez jego spadkobierców. Jednakże termin do złożenia takiego oświadczenia nie może się skończyć wcześniej aniżeli termin do złożenia oświadczenia co do spadku po zmarłym spadkodawcy.

Wydaje się, że istniejącą regulacją art. 583 § 4 w zakresie ograniczenia czasowego do zgłoszenia przez spadkobiercę swego żądania należy także ocenić jako błędną, ponieważ wprowadzony przez wyżej wymieniony przepis okres do zgłoszenia żądania przez spadkobiercę jest stanowczo zbyt długi. W skrajnych przypadkach może wynieść nawet kilkanaście miesięcy, co jest sytuacją nie do przyjęcia z uwagi na interes spółki i jej pozostałych wspólników.

Dla pewności obrotu prawnego oraz umożliwienia spółce dalszego prowadzenia działalności gospodarczej po śmierci wspólnika należy rozważyć wprowadzenie w tym zakresie nowych środków prawnych pozwalających pozostałym przy życiu wspólnikom uniknąć stanu niepewności.

Zgodnie z regulacją art. 1025 kc, stwierdzenie nabycia spadku następuje na wniosek osoby mającej w tym interes prawny. Wydaje się, że należy rozważyć wprowadzenie możliwości wystąpienia z wnioskiem o stwierdzenie nabycia spadku przez żyjących wspólników spółki jawnej. W tej sytuacji, zgodnie z kodeksem postępowania cywilnego, sąd spadku czuwałby nad nim do czasu objęcia spadku przez spadkobiercę. W razie zaistniałej potrzeby sąd spadku ustanowiłby kuratora zgodnie z art. 666 tego kodeksu.

Należy przyjąć, że zamiast istniejącego sześciomiesięcznego terminu z art. 583 § 4 należałoby wprowadzić termin, który powinien określać ostateczny moment do wystąpienia przez spadkobiercę z żądaniem przekształcenia spółki. Ponadto powinien to być maksymalnie termin 6 miesięcy od dnia dowiedzenia się przez spadkobiercę o śmierci wspólnika, jednakże nie dłużej niż 12 miesięcy od śmierci wspólnika. Takie rozwiązanie pomogłoby uniknąć uciążliwego stanu niepewności co do dalszego istnienia i dalszej działalności spółki jawnej.

Zgodnie z art. 925 kc spadkobierca nabywa spadek z chwilą jego otwarcia. Wobec czego spadkobierca może wystąpić z roszczeniem przekształcenia spółki jawnej w komandytową i przyznanie mu statusu komandytariusza jeszcze przed dniem uprawomocnienia się postanowienia o stwierdzeniu nabycia spadku. Ten stan rzeczy wynika z faktu, iż art. 583 § 4 ksh określił jedynie termin zawity do wystąpienia z roszczeniem przez spadkobiercę. Równocześnie ustawodawca nie wskazał żadnego terminu od kiedy spadkobierca może wystąpić ze swym roszczeniem.

Wobec powyższej sytuacji należy przyjąć, że spadkobierca może realizować swoje uprawnienie od chwili otwarcia spadku. Okres sześciu miesięcy od dnia stwierdzenia nabycia spadku do zgłoszenia żądania przez spadkobiercę jest terminem zawitym, po upływie tego terminu spadkobierca traci możliwość zgłoszenia roszczenia o przekształcenie spółki, ale ciągle przysługuje mu jako spadkobiercy zmarłego wspólnika spółki jawnej prawo do zwrotu wkładu, który przypada spadkobiercy z tej spółki jawnej. Stan ten wynika z treści art. 65 kodeksu spółek handlowych.

Konsekwencją uznania żądania spadkobiercy jest powinność wykonania obowiązków, o których mowa w art. 557-561 ksh.

Trzeba podzielić pogląd, że w procesie przekształcenia spadkobiercy zmarłego wspólnika spółki jawnej nie są wspólnikami¹¹. Spadkobiercy stają się wspólnikami w momencie złożenia oświadczenia o uczestniczeniu w spółce przekształconej. Oświadczenie to musi być złożone w formie pisemnej pod rygorem nieważności. Zgodnie z art. 564 ksh spółka wezwie wspólników do złożenia w terminie miesiąca od dnia powzięcia uchwały o przekształceniu, oświadczeń o uczestnictwie w spółce przekształconej. Nie dotyczy to wspólników, którzy złożyli takie oświadczenia w dniu powzięcia uchwały. Wydaje się, że termin ten ma charakter zawity. Do odbioru oświadczeń składanych spółce oraz doręczeń uprawniony jest każdy wspólnik mający prawo do reprezentacji w spółce osobowej, a także prokurent.

Wydaje się, że spadkobiercę wspólnika spółki jawnej także obowiązuje jednomiesięczny termin na złożenie oświadczenia o uczestnictwie w spółce przekształconej. Brak bowiem uzasadnionych podstaw dla przyjęcia, że termin ten nie wiąże nie-wspólników spółki, w tej szczególnej sytuacji.

Obowiązek sporządzenia planu przekształcenia spółki spoczywa na wszystkich wspólnikach mających prawo prowadzenia spraw spółki. Plan ten musi zostać sporządzony w formie pisemnej i poddany badaniu przez biegłego rewidenta w zakresie rzetelności i poprawności.

Spadkobierca, który nie ma statusu wspólnika w procesie przekształcania, jest pozbawiony uprawnień przysługujących wspólnikom w tym zakresie. Zgodnie z treścią art. 561 ksh wspólnicy mogą przeglądać w lokalu spółki plan przekształcenia oraz opinię sporządzoną przez biegłego rewidenta odnośnie tego planu, a także żądać wydania im bezpłatnie odpisów tych dokumentów. Wspólnicy bezpośrednio przed podjęciem uchwały o przekształceniu spółki jawnej w komandytową lub komandytowo-akcyjną zostają ustnie poinformowani o istotnych elementach planu przekształcenia i opinii biegłego rewidenta. Wyda-

¹¹ A. Witosz, op. cit., s. 68.

je się, iż niesłuszny jest pogląd, że spadkobiercy przysługują uprawnienia informacyjne z art. 561 ksh, ponieważ spadkobierca nie jest obowiązany do złożenia oświadczenia o uczestniczeniu w spółce przekształconej¹². Poprzez przyznanie mu uprawnień informacyjnych z art. 561 ksh w procesie przekształcania przestałby być osobą trzecią, a stałby się uczestnikiem procesu przekształcania.

Argumentem za powyższym poglądem jest fakt, iż możliwość uzyskania przez spadkobiercę pełnej informacji o spółce jawnej mogłaby zostać wykorzystana przez spadkobiercę w celu niezgodnym z interesem pozostałych przy życiu wspólników. Tym sposobem istniałaby możliwość uzyskania przez osoby trzecie tajemnic handlowych spółki jawnej, pełnej informacji o stanie majątkowym spółki, jej wierzytelnościach i zobowiązaniach. Innym argumentem przemawiającym za tym, że pogląd o przyznaniu spadkobiercy uprawnień informacyjnych jest nietrafny, jest fakt, że wspólnicy nie mają wpływu na to, kto zostanie spadkobiercą zmarłego wspólnika spółki jawnej. Wobec czego bardzo łatwo mogłoby dojść do sytuacji niekorzystnej dla pozostałych wspólników spółki jawnej. Zwłaszcza w sytuacji, gdyby spadkobiercą została gmina lub Skarb Państwa, ponieważ wówczas tajemnice handlowe i przemysłowe weszłyby w posiadanie osób trzecich nie będących bezpośrednio wspólnikami spółki jawnej.

W doktrynie przyjęty jest pogląd, że proces przymusowego przekształcania spółki jawnej nie uprawnia do stosowania art. 582 ksh, czyli uproszczeń odnośnie procesu przekształcania spółki¹³.

Odrębnym problemem powiązanim z przekształceniem spółki jest termin, w którym proces przymusowego przekształcenia winien być rozpoczęty. Kodeks spółek handlowych nie zawiera żadnych regulacji odnośnie tej kwestii. Na podstawie zasad ogólnych można wywnioskować, że przymusowe przekształcenie spółki jawnej powinno nastąpić niezwłocznie po złożeniu przez spadkobiercę zmarłego wspólnika żądania przekształcenia spółki jawnej¹⁴.

Ustawa nie określa żadnego końcowego terminu, do którego przymusowe przekształcenie powinno być zakończone. Wydaje się, że w tym zakresie należałoby rozważyć wprowadzenie nowych rozwiązań, ponieważ istniejąca regulacja prawna zawiera w tym zakresie luki, zwłaszcza że pozostali przy życiu wspólnicy spółki jawnej mogą celowo przedłużać proces przekształcania spółki, nie chcąc przekształcenia spółki jawnej w komandytową czy komandytowo-akcyjną lub kierując się innymi względami. Dlatego konieczne jest wprowadzenie przez ustawodawcę końcowego terminu przekształcenia spółki, aby proces ten nie był

¹² A. Szumański w: S. Sołtyński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja, Kodeks spółek handlowych, tom IV, Warszawa 2004, s. 1236.

¹³ A. Witosz, op. cit., s. 67-68; Kidyba, op. cit., s. 1169.

¹⁴ J. Jacyszyn, S. Krześ, E. Marszałkowska-Krześ, op. cit., s. 654.

zbyttnio wydłużony w czasie. Przykładowo mógłby to być zawity termin trzech lub sześciu miesięczny od dnia zgłoszenia przez spadkobiercę żądania przekształcenia, w zależności od wielkości spółki.

Artykuł 583 § 5 uregulował kwestię odpowiedzialności spadkobiercy wspólnika spółki jawnej do momentu uzyskania przez niego statusu komandytariusza w spółce komandytowej lub akcjonariusza w spółce komandytowo-akcyjnej (w spółce przekształconej spadkobierca odpowiada na zasadach ogólnych).

Sytuacja prawna spadkobiercy może kształtować się dwójako: po pierwsze może on odpowiadać za zobowiązania spółki jawnej zgodnie z zasadami prawa spadkowego, jeżeli w terminie sześciu miesięcy od dnia stwierdzenia nabycia spadku uzyska status komandytariusza lub akcjonariusza spółki komandytowo-akcyjnej albo spółka jawna w tym terminie zostanie rozwiązana, po drugie spadkobierca może odpowiadać za zobowiązania spółki jawnej bez ograniczeń, całym swoim majątkiem. Ta możliwość występuje, jeżeli przekształcenie spółki lub jej rozwiązanie nastąpi po upływie sześciu miesięcy od dnia stwierdzenia nabycia spadku. W takiej sytuacji spadkobierca odpowiada całym swoim majątkiem za zobowiązania spółki jawnej. Regulacja art. 583 § 5 ksh wprowadza zasadę, że spadkobierca ponosi odpowiedzialność za wszystkie zobowiązania spółki zaciągnięte do chwili śmierci wspólnika¹⁵. Odpowiedzialność spadkobiercy wspólnika spółki jawnej jest subsydiarna, ponieważ do sytuacji prawnej spadkobiercy ma zastosowanie art. 31 kodeksu spółek handlowych, z którego treści wynika, że wierzyciel spółki może prowadzić egzekucję z majątku wspólnika, jeżeli egzekucja z majątku spółki okaże się bezskuteczna. Spadkobierca wspólnika ponosi solidarną odpowiedzialność z pozostałymi wspólnikami spółki jawnej za zobowiązania spółki.

Wobec powyższej sytuacji korzystnym rozwiązaniem dla spadkobiercy jest ponoszenie odpowiedzialności według prawa spadkowego, ponieważ wówczas znajdują zastosowanie przepisy art. 1030-1034 kc. Do chwili przyjęcia spadku spadkobierca ponosi odpowiedzialność za długi spadkowe tylko ze spadku. Zgodnie z treścią art. 1031 kc, w razie prostego przyjęcia spadku spadkobierca ponosi odpowiedzialność za długi spadkowe bez ograniczenia, natomiast w razie przyjęcia spadku z dobrodziejstwem inwentarza spadkobierca ponosi odpowiedzialność tylko do wartości ustalonego w inwentarzu stanu czynnego spadku. Spadkobierca, żeby uniknąć negatywnych skutków uzyskania statusu wspólnika spółki przekształconej, powinien złożyć oświadczenie o przyjęciu spadku z dobrodziejstwem inwentarza.

¹⁵ A. Stępień, op. cit., s. 24.

Regulacja prawna w zakresie odpowiedzialności spadkobiercy za zobowiązania spółki jest jednak, jak się wydaje, błędna i zawiera sporo luk. Rozsądnym rozwiązaniem byłoby raczej wprowadzenie zasady, że spadkobierca odpowiada jedynie według przepisów prawa spadkowego, jeżeli w przepisany termin zgłosił żądanie przekształcenia. Konieczność uzyskania przez spadkobiercę statusu komandytariusza lub akcjonariusza lub rozwiązanie spółki w terminie sześciomiesięcznym od dnia stwierdzenia nabycia spadku jest błędnym rozwiązaniem, pozostali żyjący wspólnicy spółki jawnej mogą bowiem celowo przedłużać proces przekształcania tak, aby spadkobierca nie odpowiadał według przepisów prawa spadkowego, lecz według odpowiedzialności z art. 31 ksh, co byłoby dla nich korzystniejszym rozwiązaniem.

Analiza problematyki uregulowanej art. 583 w kodeksie spółek handlowych pozwala stwierdzić, że regulacja w tym zakresie jest niejasna, nieczytelna, zawiera luki, budzi wiele problemów i sporów w praktyce.

Regulacja tej instytucji w ksh uległa rozszerzeniu w stosunku do przepisów kodeksu handlowego. Jednakże wiele obecnych rozwiązań nie odpowiada potrzebom praktyki. Należy zwrócić uwagę zwłaszcza na ograniczenie spadkobiercy wspólnika spółki jawnej w postaci możliwości przyznania mu tylko statusu inwestora biernego i brak możliwości przyznania mu statusu inwestora aktywnego. Jest to ograniczenie dyskryminujące spadkobiercę. Reasumując, instytucja ta nie spełnia swojego celu i w sposób niewystarczający chroni interesy spółki, wspólników oraz spadkobierców zmarłego wspólnika. Dlatego też ustawodawca powinien gruntownie zmienić omawianą regulację.

RIGHT LAW ACCORDING TO THE ARTICLE 583 OF THE COMMERCIAL COMPANIES' CODE

Summary

If a heir to a deceased partner of a registered partnership claims to be granted the status of a limited partner, the registered partnership is obliged to grant the status of a limited partner to such a heir unless other living partners adopt a resolution to dissolve the partnership.

The claims made by the heir to the deceased partner of the registered partnership are also taken into consideration if other living partners of the registered partnership adopt a resolution to transform the registered partnership into a limited joint-stock partnership and to grant the heir the status of a limited partner.

The heir is obliged to report the claim within six months of coming into the inheritance, in accordance with Art. 584 § 4 of the Polish Commercial Companies' Code. If the registered partnership takes into consideration claims of the heir to the deceased partner, it is obliged to fulfill conditions provided for in Art. 557-561 of the Polish Commercial Companies' Code. It must be noted that in the process of transforming the partnership heirs to the deceased partner are not partners. Heirs become partners at the moment of making a statement about participation in the transformed partnership. Such a statement must be made in writing because of the clause of nullity.

If within six months of coming into the inheritance the heir is granted the status of the limited partner or the shareholder of the limited joint-stock partnership, or the partnership is dissolved during that period, then he is liable for the partnership liabilities in accordance with the regulations of the law of succession.

Analysis of the issues regulated in Art. 583 of the Polish Commercial Companies' Code makes it possible to state that the regulation is vague, uncommunicative, has loopholes, and raises problems and arguments in practice.



