

**RESTRUKTURYZACJA
SPÓŁEK HANDLOWYCH**

ZAGADNIENIA EKONOMICZNE I PRAWNE

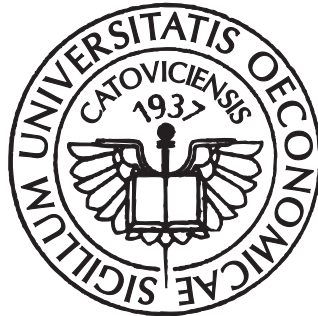
Studia Ekonomiczne

**ZESZYTY NAUKOWE
WYDZIAŁOWE
UNIwersYTETU EKONOMICZNEGO
W KATOWICACH**

RESTRUKTURYZACJA SPÓŁEK HANDLOWYCH

ZAGADNIENIA EKONOMICZNE I PRAWNE

Redaktorzy naukowi
Antoni Witosz
Jan Wojtyła



Katowice 2012

Komitet Redakcyjny

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

Komitet Redakcyjny Wydziału Finansów i Ubezpieczeń

Halina Buk (redaktor naczelny), Anna Kuzior (sekretarz),
Anna Kostur, Gabriela Łukasik, Artur Walasik

Rada Programowa

Lorenzo Fattorini, Mario Glowik, Miloš Král, Bronisław Micherda,
Zdeněk Mikoláš, Marian Noga, Gwo-Hsiung Tzenga

Recenzent

Jerzy Jacyszyn

Redaktor

Magdalena Bulanda

Skład

Krzysztof Staboń

© Copyright by Wydawnictwo Uniwersytetu Ekonomicznego w Katowicach 2012

ISBN 978-83-7246-799-7

ISSN 2083-8611

Wszelkie prawa zastrzeżone. Każda reprodukcja lub adaptacja całości
bądź części niniejszej publikacji, niezależnie od zastosowanej
techniki reprodukcji, wymaga pisemnej zgody Wydawcy

WYDAWNICTWO UNIWERSYTETU EKONOMICZNEGO W KATOWICACH

ul. 1 Maja 50, 40-287 Katowice, tel. 32 257-76-30, fax 32 257-76-43
www.ue.katowice.pl, e-mail: wydawnictwo@ue.katowice.pl

SPIS TREŚCI

WSTĘP	7
Antoni Witosz: LIKWIDACJA SPÓŁEK W KODEKSIE SPÓŁEK HANDLOWYCH. ZAKRES REGULACJI – STAGNACJA CZY STAN OPTYMALNY?.....	9
Summary	16
Marzena Czarniecka: SYSTEM OCHRONY ODBIORCÓW WRAZ Z FUNKCJONOWANIE PRZEDSIĘBIORCÓW ENERGETYCZNYCH I EWENTUALNA POTRZEBA RESTRUKTURYZACJI	19
Summary	29
Ewa Janik: <i>DUE DILIGENCE</i> W RESTRUKTURYZACJI SPÓŁKI	31
Summary	41
Aleksander Witosz: CHARAKTER PRAWNY POŁĄCZENIA PRZEZ PRZEJĘCIE WIELU SPÓŁEK	43
Summary	58
Aleksandra Lubicz-Posochowska: MATERIALNOPRAWNE PRZESŁANKI UKŁADU W POSTĘPOWANIU UPADŁOWYM Z MOŻLIWOŚCIĄ ZAWARCIA UKŁADU	61
Summary	78
Dorota Benduch: DELIMITACJA ZDOLNOŚCI POŁĄCZENIOWEJ SPÓŁEK PRAWA HANDLOWEGO	79
Summary	102
Andrzej Pokora: KILKA UWAG W KWESTII UPADŁOWEJ SANACYJNEJ BANKU	105
Summary	115
Dariusz Michta: INTERES SPÓŁKI A INTERES AKCJONARIUSZY	117
Summary	128

WSTĘP

Problematyka łączenia, podziału i przekształcenia przedsiębiorców, przede wszystkim za spółek handlowych, w praktyce wywołuje do daleko idące w tym względzie zmiany, które wynikają z odmiennego podejścia do teoretycznych modeli konstrukcyjnych tych instytucji prawnych. Niniejszy zeszyt jest zbiorem, opracowanym, dla których w zdecydowanej większości podstawą były owe problemy praktyczne.

Autorzy, wychodząc z zastanych praktycznych rozstrzygnięć, podjęli próby ich ujęcia w odmiennej interpretacji, która posiada swoje uzasadnienie w obowiązuującym stanie prawnym. W wielu przypadkach dążyli do ustalenia luk występujących w przepisach prawa. Brak regulacji w niektórych kwestiach powoduje, że stosowanie prawa wykazuje daleko idące rozbieżności.

Studia te zawierają jedynie niektóre z tych kwestii, które zdaniem Autorów winny być sygnalizowane w pierwszej kolejności. Opracowania te mogą być lub zawierają wnioski *de lege ferenda*. Praktyka pokazuje bowiem, że prawo powinno być stymulatorem określonych rozwiązań praktycznych, nie zaś instrumentem, który petryfikuje instytucje, choć ich zastosowanie w praktyce nie zawsze odpowiada potrzebom praktyki obrotu.

Jan Wojtyła
Antoni Witosz

LIKWIDACJA SPÓŁEK W KODEKSIE SPÓŁEK HANDLOWYCH. ZAKRES REGULACJI – STAGNACJA CZY STAN OPTYMALNY?

Ustawodawca kodeksu spółek handlowych¹, chociaż w pracach legislacyjnych oparł się na zasadzie kontynuacji rozwi za przyj tych w kodeksie handlowym², dokonał jednak daleko id cych zmian w ród wielu instytucji prawa spółek, które w sposób nieraz diametralny zmieniaj konstrukcje przyj te w kodeksie handlowym, b d zawarł w nim te instytucje, które nie były przedmiotem regulacji poprzedniej albo były regulowane szcz tkowo.

W tym kontekście nale y zastanowi si , a tym samym przeprowadzi analiz regulacji likwidacji³ spółek w kodeksie spółek handlowych.

Kodeks spółek handlowych zachował wła ciwie w sposób niezmienny systematyczny układ obowij cy w tym zakresie w kodeksie handlowym. Instytucja likwidacji posiadała odr bn regulacj w odniesieniu do spółki jawnej (por. art. 122-140 k.h.) z odpowiednim zastosowaniem do spółki komandytowej (por. art. 144 k.h.), odr bnie za w odniesieniu do spółki z ograniczon odpowiedzialno ci (por. art. 264-279 k.h.) oraz spółki akcyjnej (por. art. 445-462 k.h.).

W kodeksie spółek handlowych regulacja likwidacji w odniesieniu do spółki jawnej stanowi odr bn jednostk systematyczn tego aktu prawnego (por. rozdz. 5 działu I, tj. art. 67-85 k.s.h.), za w odniesieniu do spółki partnerskiej i komandytowej przyj to zasad odpowiedniego stosowania przepisów o likwidacji spółki jawnej (por. art. 98 oraz art. 103 k.s.h.). Odr bne jednostki systematyczne wyst puj w kodeksie spółek handlowych w zakresie likwidacji poszczególnych typów spółek kapitałowych (por. rozdz. 6 działu I tytułu III, tj. art. 272-290; oraz rozdz. 7 działu II, tytułu III, tj. art. 461-478 k.s.h.), z tym e nadto do

¹ Ustawa z dnia 15 wrze nia 2000 r. (Dz.U. Nr 94, poz. 1037 z pó n. zm.).

² Rozporz dzenie Prezydenta RP z dnia 27 czerwca 1934 r. (Nr 57, poz. 502 z pó n. zm.).

³ Likwidacja w kodeksie spółek handlowych to czynno ci, jakie s konieczne w przedziale zawieraj cym si od zaj cia przyczyny rozwi zania spółki, po chwil wykre lenia spółki z rejestru. Likwidacj nale y odró nia od czynno ci likwidacyjnych, których ustawowa definicja zawarta jest w stosownych przepisach ks. (por. art. 282 § 1 zd. 1 oraz art. 468 § 1 zd. 1), ale tak e w art. 77 § 1, który jest identyczny w swej tre ci, jak wskazane dwa przepisy pomieszczone w obydwu typach spółek kapitałowych, cho brakuje wskazania ustawodawcy, e jest to definicja ustawowa.

likwidacji spółki komandytowo-akcyjnej stosowane są odpowiednio przepisy o likwidacji spółki akcyjnej (por. art. 150 § 1 k.s.h.) z do znacznym ich niestosowaniem, gdy chodzi o likwidatorów tej spółki (por. art. 150 § 2 k.s.h.).

Regulacja nowa, nieznan kodeksowi handlowemu, jest jedynie regulacja likwidacji spółek kapitałowych w organizacji z ich systematycznym rozbiem na obydwa rodzaje tych spółek. Kodeks spółek handlowych reguluje likwidację takich spółek poza wskazanymi jednostkami systematycznymi. Czyni to w ramach przepisów o powstaniu spółki (por. art. 170 i 326 w ramach rozdz. 1 odnośnie do obydwu tych typów spółek kapitałowych), co z legislacyjnego punktu widzenia należy uznać za zabieg uzasadniony.

Problem nie tkwi jednak w usystematyzowaniu tych przepisów, jako że właściwie jest ono przejście wprost z poprzedniej regulacji, choć wydaje się, że tak nie jest w tym zakresie można wskazać inne, bardziej racjonalne rozwiązania⁴. Problem tkwi jednak głębiej, z jednej bowiem strony, w treści tych regulacji, a po wtóre w tym, że zmiana konstrukcji prawnej spółek osobowych poprzez przyznanie im charakteru ustawowego podmiotu prawa/ułomnej osobowości prawnej nie została uwzględniona w regulacji fazy likwidacyjnej tych spółek. Zagadnienie sprowadza się do pytania, czy przyjęte zasady konstrukcyjne w tym zakresie nie powinny oddziaływać także na fazę likwidacyjną spółek osobowych i uzasadniałoby, jeżeli nie we wszystkich, to przynajmniej w pewnych kwestiach, z regulacją, jak w tym zakresie przyjęto dla spółek kapitałowych.

Dokonując zestawienia poszczególnych przepisów stanowiących materię „likwidacji” w spółkach kapitałowych, nieodparcie nasuwa się wniosek, że jest ona taka sama, jedynie poza odmiennym usytuowaniem niektórych jej elementów. Twierdzenie to jest prawdziwe także w zakresie użytej w poszczególnych przepisach terminologii, poza kilkoma przypadkami, które to odmiennie terminologicznie nie wprowadzają żadnych zmian merytorycznych.

W zakresie materii stanowiącej przedmiot regulacji w ramach rozdziałów odpowiednio 6 i 7 dla spółki z o.o. i spółki akcyjnej jest to materia dająca się uszeregować w siedem grup przepisów, choć powiązanych ze sobą, to pomieszczonych niekoniecznie w sposób następujący po sobie w obydwu tych typach spółek.

Pierwsza z nich to przepisy regulujące otwarcie likwidacji. Należy do nich zaliczyć przepisy art. 274; 277 k.s.h. dla spółki z o.o., oraz art. 461 i 464 tego kodeksu dla spółki akcyjnej. Grupa druga to wskazanie podstawy prawnej funkcjonowania spółki w likwidacji, jeżeli brakuje szczególnej regulacji we wskaza-

⁴ Por. w tym zakresie A. Witosz: *Likwidacja spółek handlowych w kodeksie spółek handlowych. Stan obecny a stan poprzedni*. W: *Księga pamiątkowa ku czci Profesora E. Gniewka*. (w druku).

nych rozdziałach. Przepisy tej grupy to art. 275 i 462 k.s.h. Grupa trzecia stanowi przepisy regulujące pozycje prawne likwidatorów. Należą do nich przepisy art. 276, 280, 283, 284 k.s.h. dla spółki z o.o. oraz przepisy art. 463, 466, 469, 470 k.s.h. dla spółki akcyjnej. Grupa czwarta obejmuje przepisy dotyczące wierzycieli likwidowanej spółki. W tej grupie przepisami takimi są art. 279, 285, 286, 287 k.s.h. dla spółki z o.o., zaś dla spółki akcyjnej art. 465, 473, 474, 475 k.s.h. oraz przepisy art. 471 i 472 tego kodeksu, których zawarcie w spółce z o.o. byłoby bezprzedmiotowe. Grupa piąta należy do szeroko rozumianej czynności likwidacyjnej. Są to przepisy art. 281, 282, 288 k.s.h. w spółce z o.o. oraz art. 467, 468, 476 k.s.h. w spółce akcyjnej. Przepisy grupy szóstej obejmują etap ukończenia postępowania likwidacyjnego, czyli art. 272, 289 i 290 k.s.h. dla spółki z o.o. oraz art. 477 i 478 k.s.h. dla spółki akcyjnej. Do grupy siódmej należą przepisy regulujące cofnięcie (uchylenie) likwidacji. W tej grupie to art. 273 i 278 oraz 460 kodeksu spółek handlowych.

Wskazane siedem grup przepisów, które regulują likwidację spółek kapitałowych posiada swoje odbicie w przepisach regulujących spółki osobowe, choć w niepełnym stopniu. Pewne jednak spośród nich są nieznanne w regulacji likwidacji spółek osobowych; należy wskazać te, które posiadają istotne znaczenie, i dokonać ich oceny poprzez pryzmat tematu opracowania.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że przepisy art. 67-85 k.s.h. regulujące likwidację spółki jawnej (i poprzez odpowiednie stosowanie likwidację spółki partnerskiej i komandytowej) nie regulują kwestii chwili otwarcia likwidacji. Przedmiotem regulacji w ramach wskazanych przepisów jest jedynie kwestia zgłoszenia likwidacji do sądu rejestrowego oraz elementów, jakie w zgłoszeniu powinny być zawarte (por. art. 74 § 1 k.s.h.), która to kwestia jest i to identycznie regulowana także w odniesieniu do spółek kapitałowych. W przypadku spółek osobowych na likwidatorów został nałożony obowiązek zgłoszenia otwarcia likwidacji, aczkolwiek kwestia w jakiej chwili mamy do czynienia z otwarciem pozostaje poza zakresem zainteresowania ustawodawcy. Kwestia ta rzutuje i będzie rzutować na ewentualny problem oceny należytego wykonania przez likwidatorów spółki osobowej tego obowiązku. Nie jest to więc jedynie problem techniczno-prawny.

Chwila otwarcia likwidacji jest bezpośrednią pochodną przyczyn rozwiązania spółki, i to każdego typu spółki z osobną. Znaczenia nie może tu posiadać rodzaj (kapitałowy lub osobowy) lub typ spółki, mimo iż katalog przyczyn rozwiązania spółki w odniesieniu do spółek osobowych i spółek kapitałowych wykazuje daleko idące różnice (por. przykładowo art. 58 z art. 270 k.s.h.) w liczbie przesłanek, których zaistnienie rodzi przyczynę ich rozwiązania. Jednak w każdym z tych katalogów sprowadzają się one do trzech grup zdarzeń, które tylko

w odniesieniu do spółek kapitałowych zostały wskazane wprost, w przepisie prawa, przez ustawodawcę jako chwila rozwinięcia spółki. Zgodnie bowiem z przepisem art. 274 § 1 i art. 461 § 1 k.s.h. są to: uprawomocnienie się orzeczenia o rozwinięciu spółki przez sąd; powzięcia przez zgromadzenie wspólników albo walne zgromadzenie uchwały o rozwinięciu spółki; zaistnienie innej przyczyny rozwinięcia spółki.

Przyczyny rozwinięcia spółek osobowych wyliczone w art. 58 dla spółki jawnej i komandytowej oraz w art. 98 k.s.h. dla spółki partnerskiej, a także w art. 148 § 1 k.s.h., dają się tak łatwo sklasyfikować w wyliczonych wyżej zdarzeniach stanowiących chwile otwarcia likwidacji spółki kapitałowej⁵. Jedynie bardziej pojemna będzie ostatnia z wyliczonych kategorii, jednak to nie zmienia faktu, że są one takie same.

Należy więc postulować uwzględnienie tej okoliczności poprzez zamieszczenie analogicznego przepisu w odniesieniu do spółek osobowych. Uniknie się bowiem w tym zakresie daleko idących rozbieżności interpretacyjnych, w tak praktycznym aspekcie likwidacji jakim jest pociągnięcie do odpowiedzialności likwidatorów za nieterminowe wypełnienie swoich obowiązków.

Kwestia kolejna, która może rodzić wątpliwość co do zasadności pominięcia jej w regulacji odnoszącej się do spółek osobowych, jest kwestia możliwości cofnięcia skutków rozwinięcia, gdy likwidacja trwa, a nadto likwidatorzy dokonali już tzw. czynności likwidacyjnych (por. art. 282 § 1 i 468 § 1 k.s.h.⁶).

Zgodnie z przepisami art. 273 oraz art. 460 k.s.h. w odniesieniu do spółek kapitałowych do dnia złożenia wniosku o wykreślenie spółki z rejestru można

⁵ Należy jedynie wskazać, że w przypadku spółek handlowych za przyczynę rozwinięcia spółki ustawodawca uznaje „ogłoszenie upadłości spółki”. Przyczyna ta nie może zostać sklasyfikowana jako zdarzenie określone „uprawomocnienie się orzeczenia sądu”, lecz jako inna przyczyna jej rozwinięcia. Konieczność takiego ujęcia, o ile nie uznaje się sprzeczności pomiędzy kodeksem spółek handlowych a prawem upadłościowym i naprawczym, jest determinowana okolicznością, że zgodnie z art. 58 ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. Prawo upadłościowe i naprawcze (Dz.U. Nr 60, poz. 535 z późn. zm) data wydania postanowienia o ogłoszeniu upadłości jest datą upadłości. Prawomocność postanowienia nie jest w tym przypadku przesłanką konieczną. Z datą upadłości majątek upadłego staje się masy upadłości (Por. art. 61 Pr.Up.N.), zaś syndyk wchodzi w tożsamość z masy upadłości (Por. art. 62 Pr.Up.N./ i niezwłocznie dokonuje czynności przewidziane tym prawem w tym likwidacji masy upadłości (Por. art. 173 Pr.Up.N.). Wstrzymanie się z likwidacją masy upadłości do czasu uprawomocnienia się postanowienia o ogłoszeniu upadłości może mieć miejsce tylko w przypadku uregulowanym w art. 309 Pr.Up.N.

⁶ Niezrozumiałe jest z jakiego powodu identyczne czynności wyliczone we wskazanych przepisach dotyczących spółek kapitałowych ustawodawca uznał za definicję czynności likwidacyjnych, za brakujące takiego uznania w art. 77 § 1 k.s.h., poza jedynie odwróceniem „interesów spółki” na „interesy beneficjentów spółki”. Bliżej na temat czynności likwidacyjnych por. A.Witosz: *Likwidacja i czynności likwidacyjne*. „Przeegląd Prawa Handlowego” 2010, nr 5.

zapobiec jej rozwi zaniu⁷. W spółce z o.o. konieczna jest jednomy lna uchwała wszystkich wspólników, natomiast w przypadku spółki akcyjnej wymagana jest uchwała walnego zgromadzenia, która musi by powzi ta wi kszo ci głosów, wymagana dla zmiany statutu, oddanych w obecno ci akcjonariuszy reprezentuj cych co najmniej połow kapitału zakładowego.

Przepisy k.s.h. w odniesieniu do spółek osobowych nie reguluj takiej mo liwo ci. Je eli wi c uzna , e niedopuszczenie takiej mo liwo ci jest zamierzonym zabiegiem ustawodawcy, to powstaje pytanie o przyczyny, dla których ustawodawca tak uregulował t kwestie .

Zawarte w k.s.h. przepisy art. 59 i 64 reguluj bowiem inne kwestie, i tylko w pewnym zakresie posiadaj one punkty styeczne z instytucj cofni cia rozwi zania spółki kapitałowej.

Zgodnie bowiem z przepisem art. 59 zgoda wszystkich wspólników w sytuacji, gdy mimo powstania przyczyny rozwi zania spółki przewidzianych w umowie, spółka ta prowadzi swoj działalno , nie mo e by traktowana jako cofni cie przyczyny rozwi zania spółki, lecz jako wył czenie umownego postanowienia w tym zakresie, tj. okre lonej w umowie przyczyny jej rozwi zania. adne inne czynno ci, jak powołanie likwidatorów, zgłoszenie do rejestru dnia otwarcia likwidacji i podj cie czynno ci likwidacyjnych, nie nast puj w tym przypadku.

Podobnie gdy chodzi o regulacj zawart w przepisie art. 64 k.s.h.; zgodnie z nim, gdy zaistniała przyczyna rozwi zania spółki w postaci mierci wspólnika lub ogłoszenia jego upadło ci, a tak e pomimo wypowiedzenia umowy spółki przez wspólnika lub jego wierzyciela, spółka b dzie trwa nadal pomi dzy pozostałymi wspólnikami, je eli umowa spółki o takiej mo liwo ci wprost stanowi lub pozostali wspólnicy niezwłocznie tak postanowi . Tak e i w tym przypadku regulacj t nale y potraktowa jako ubezskutecznienie przyczyny rozwi zania spółki, zapobiegaj c tylko konieczno ci wszczynania procedury likwidacyjnej, nie za jako cofni cie skutków rozwi zania.

Analiza tych przepisów prowadzi do jednoznacznego wniosku, e w przypadku gdy likwidatorzy spółki osobowej zostali powołani⁸, to likwidacji „nie mo na cofn ”, a likwidatorzy musz przeprowadzi wszystkie ci ce na nich obowi zki i z chwil ich wykonania winni zło y wniosek do s du rejestrowego o wykre lenie spółki z rejestru.

⁷ Z wyj tkiem przypadku, gdy likwidacja obydwu typów spółek kapitałowych nast puje na mocy prawomocnego orzeczenia s du, przy czym w odniesieniu do spółki z ograniczon odpowiedzialno ci tylko wtedy, gdy nast puje to na podstawie art. 21 k.s.h., a ponadto w tej e spółce mo liwo taka została równie wył czona, w przypadku gdy z daniem rozwi zania spółki wyst pił nieb d cy wspólnikiem członek organu spółki lub organ, o którym mowa w art. 271 pkt 2 k.s.h.

⁸ Likwidacja nie jest konieczna w spółce osobowej, bowiem wspólnicy mog uzgodni inny sposób zako czenia działalno ci spółki. To nie oznacza cofni cia likwidacji, lecz tak e jej zlikwidowanie, w inny sposób ni likwidacja regulowana przepisami k.s.h. czyli przy niestosowaniu przepisów art. 68-85.

Spółki osobowe mogłyby obecnie podmiotami praw, w tym prawa własności nieruchomości i posiadają one te swoje zobowiązania oraz zdolność do prowadzenia działalności pod własnym, a nie wspólnym firmem. Dopuszczalna jest także substytucja podmiotowa poprzez możliwość przeniesienia ogółu praw i obowiązków przez wspólnika na inną osobę, gdy umowa spółki tak stanowi. Rola wspólników w obecnej konstrukcji spółki osobowej, w jakim zakresie zostaje więc także sprowadzona do roli dawców kapitału dla spółki, choć bez wątpienia o innym nieco charakterze aniżeli w spółkach kapitałowych.

Cofnięcie rozwiązania spółki w trakcie likwidacji spółki kapitałowej nie zostało uzależnione od konieczności zaistnienia jakichś szczególnych warunków. Znaczenia nie posiada także czas, skoro może to nastąpić w każdej chwili, jednak przed dniem złożenia wniosku o wykreślenie spółki z rejestru, to brak jakichś szczególnych elementów lub przesłanek, które tkwiłyby w spółce osobowej, a które w sposób niedający się usunąć cofnięcie czyniłoby niedopuszczalnym.

Przyczyny, dla których wspólnicy mogliby ze swego prawa skorzystać mogłyby tak natury obiektywnej (najczęściej gospodarczej), jak i subiektywnej. Takie z tego punktu widzenia nie daje się ustalić niczego, co miałyby przemawiać za obecną regulacją tej kwestii.

Spółki kapitałowe, których prowadzenie spraw i ich reprezentowanie jest kompetencją zarządu tych osób prawnych, zawierają w swej regulacji przepisy regulujące staranność, jakiej członkowie zarządu winni dokładać w wykonywaniu swego ustawowego obowiązku. Zgodnie bowiem z przepisami art. 293 § 2 oraz art. 483 § 2 k.s.h. winna to być staranność wynikająca z zawodowego charakteru swojej działalności. Staranność wspólników pozostających przedstawicielami ustawowymi spółek osobowych nie jest przedmiotem regulacji. Powstaje więc kwestia skorzystania z przepisu art. 2 k.s.h. i odesłanie do kodeksu cywilnego. Zagadnienie miernika staranności zawsze budzi wątpliwość, z uwagi na fakt, że art. 2 k.s.h. nakazuje stosować przepisy kodeksu cywilnego w sposób odpowiedni. Odwołując się do okoliczności, że spółki osobowe w konstrukcji kodeksu spółek handlowych posiadają własne prawa (nie wspólne wspólników), dla których wykonywania została im przyznana przez ustawodawcę zdolność prawna, obowiązujące rozwiązanie pozostawiające poza zakresem uregulowania staranność wspólników prowadzących sprawy spółki, musi budzić zastrzeżenia.

Zagadnienie to w sposób identyczny zostało przeniesione na fazę likwidacyjną spółek handlowych.

Wskazane przepisy art. 293 § 2 i art. 483 § 2 k.s.h. nakładają także na likwidatorów spółek kapitałowych staranność identyczną w zakresie określenia jej miernika, jak staranność członków zarządu spółki, bez względu na fakt, czy likwidatorami będą członkowie ostatniego zarządu, czy osoby trzecie⁹.

W odniesieniu do spółek osobowych brak wskazania miernika staranności likwidatorów również musi skłaniać do skorzystania jedynie z normy odsyłającej z art. 2 k.s.h. Rozwiązanie takie nie może być uznane w obecnej konstrukcji tych spółek za zadowalające i pewne oraz jednoznaczne z punktu widzenia pojęcia likwidatorów do odpowiedzialności odszkodowawczej z tytułu nienależytego przeprowadzonej likwidacji.

Wydaje się więc za uzasadnione proponowanie rozwiązania, które w istocie będzie stanowiło zrównanie w zakresie miernika staranności w prowadzeniu spraw i reprezentowaniu spółek członków zarządu spółek kapitałowych oraz wspólników prowadzących sprawy spółek osobowych i likwidatorów obydwu tych rodzajów spółek. Propozycja ta w żaden sposób nie koliduje z żadnym z prezentowanych w doktrynie poglądów co do charakteru prawnego wspólników prowadzących sprawy spółek osobowych, nie tylko tego przeważającego, określającego ich jako przedstawicieli ustawowych spółki.

Konsekwencją tego założenia powinna być zmiana przepisu art. 70 § 1 k.s.h. poprzez zmianę, w istocie odwrócenie, zawartej w niej zasady. Zgodnie bowiem z tym przepisem likwidatorami są wszyscy wspólnicy, chyba że ich jednomyślną uchwałą ustanowieni zostaną likwidatorami niektórzy spośród nich lub osoby trzecie, na zasadę, że likwidatorami są wspólnicy prowadzący sprawy spółki, chyba że uchwałą wspólników stanowi będzie inaczej¹⁰.

Rozwiązanie proponowane wydaje się współgrać o wiele bardziej racjonalnie z praktyką, gdzie zasadą jest, że jedynie niektórzy ze wspólników prowadzą sprawy spółki. Proponowane rozwiązanie w żaden sposób nie stwarza zagrożenia dla tych spośród wspólników, którzy spraw spółki nie prowadzą. Należy bowiem wskazać, że w fazie likwidacji obowiązują nadal postanowienia umowy oraz przepisy kodeksu spółek handlowych. Zgodnie zaś z art. 38 § 2 k.s.h., każdy wspólnik (w tym także wspólnik nieprowadzący spraw spółki) posiada prawo do osobistego zasięgnięcia informacji o stanie majątku spółki i interesów spółki oraz przeglądania ksiąg i dokumentów. W każdym razie, gdyby kwestia ta miała wywoływać wątpliwość, redakcja tego przepisu może te kwestie dopre-

⁹ Możliwość taka może wynikać także z samej umowy spółki z o.o., jak z uchwały wspólników (Por. art. 276 § 1 k.s.h.), albo statutu i uchwały walnego zgromadzenia w spółki akcyjnej (Por. art. 463 § 1 k.s.h.) jak i z postanowienia sądu w obydwu przypadkach (Por. art. 276 § 3 i art. 463 § 2 k.s.h.).

¹⁰ Bliżej i szerzej na temat tej propozycji por. A. Witosz: *Likwidatorzy spółek osobowych*. „Prawo Spółek” (w druku).

cyzowa w sposób niepozostawiający wątpliwości co do ich obowiązku w fazie likwidacyjnej spółki osobowej.

Wskazane, przykładowe, choć kluczowe, zagadnienia zdają się prowadzić w sposób uprawniony do postawienia następujących wniosków.

W pierwszej kolejności wydaje się, że utrzymywanie dotychczasowej systematyki przepisów o likwidacji nie posiada żadnego uzasadnienia. Daleko idące podobieństwo konstrukcyjne osób prawnych i ustawowych podmiotów prawa (ułamnych osób prawnych) uprawnia do postawienia postulatu uregulowania likwidacji¹¹ spółek wspólnymi przepisami. Tytuł IV kodeksu spółek handlowych wydaje się w tym zakresie najodpowiedniejszy dla pomieszczenia w nim przepisów o likwidacji.

Po drugie, uzasadnione jest przyjęcie zasady zwierzania w spółkach osobowych funkcji likwidatora wspólnikiem prowadzącym sprawę takiej spółki z ewentualnie mocniejszym uregulowaniem kompetencji kontrolnych ze strony wspólników nieposiadających prawa prowadzenia spraw spółki nad likwidatorami, chociaż i obecny art. 38 § 2 k.s.h. zdaje się spełniać swój rolę.

Po trzecie, w sytuacji gdy spółki osobowe należą do kategorii przedsiębiorców, prowadzenie spraw spółki, ale także czynności likwidacyjne w przypadku gdy likwidatorami są wspólnicy prowadzący sprawę tej spółki, to wspólnicy prowadzący sprawę spółki i likwidatorzy powinni zostać objęci podwójnym miernikiem staranności, identycznym jak w spółkach kapitałowych w odniesieniu do członków zarządu oraz likwidatorów tych spółek.

WINDING-UP IN THE CODE OF COMMERCIAL COMPANIES. SCOPE OF REGULATION – STAGNATION OR OPTIMAL CONDITIONS?

Summary

In the literature on commercial law debate continues on the Commercial Companies Code. The issue boils down to the question whether the regulation in force may be considered exhaustive and optimally regulates situations that may arise in practice, or whether there has been stagnation, and a number of practical questions remain without normative answer, and even determine their way of interpretation of the provisions of the Commercial Companies Code, raises more doubts than a clear and universally accepted decisions.

Such problems arise also on the ground of the liquidation of commercial companies. The current regulation does not take into account the fact that capital companies and partnerships

¹¹ Regulacja przyczyn rozwoju poszczególnych typów spółek powinna być regulowana w sposób dotychczas przyjmowany. W tym bowiem zakresie wprowadzenie „ujednoczenia” nie jest możliwe.

in the majority of components are identical. Adjusting the liquidation of these two types of companies seem not to notice.

The development is intended, in their intention to demonstrate this fact and an indication of a structural "skeleton" for the liquidation of all commercial companies and suggest its location in the scheme of the Commercial Companies Code.

Marzena Czarnecka

SYSTEM OCHRONY ODBIORCÓW WRA LIWYCH A FUNKCJONOWANIE PRZEDSI BIORCÓW ENERGETYCZNYCH I EWENTUALNA POTRZEBA RESTRUKTURYZACJI

W obecnie obowi zuj cym stanie prawnym brakuje przepisów reguluj cych zagadnienia dotycz ce ochrony odbiorcy wra liwego. Zgodnie z ustaw Prawo energetyczne została uregulowana jedynie zasada wypowiedzenia umowy o dostarczanie energii elektrycznej, a tym samym odł czanie odbiorcy od sieci oraz kwestia instalowania przedpłatowych układów pomiarowo-rozliczeniowych dla odbiorców, którzy zalegali z zapłat za energii elektryczn b d gaz.

Wprowadzenie koncepcji odbiorcy wra liwego, a tym samym obowi zek pa stwowy w zakresie rozwi zania problemu tzw. ubóstwa energetycznego wynika z zapisów dyrektywy 2009/72/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 13 lipca 2009 r. dotycz cej wspólnych zasad rynku wewn trznego energii elektrycznej i uchylaj cej dyrektyw 2003/54/WE oraz 2009/73/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 13 lipca 2009 r. dotycz cej wspólnych zasad rynku wewn trznego gazu ziemnego i uchylaj cej dyrektyw 2003/55/WE. Zgodnie z Komunikatem Komisji WE do Rady i Parlamentu Europejskiego – „perspektywy rynku wewn trznego energii elektrycznej i gazu” stwierdzono, e „(...) w dzisiejszym otoczeniu gospodarczym i społecznym ludzie nie mog y bez energii. Energia elektryczna ma podstawowe znaczenie dla ycia obywateli. Zmiany wprowadzane na europejskim rynku energii musz w pełni chroni prawa obywateli do zaspokojenia podstawowych potrzeb po rozs dnych łatwo i jasno porównywalnych cenach”¹. W Europejskiej Karcie Praw Odbiorców Energii przewiduje si , e energia elektryczna i gaz ziemny s dostarczane odbiorcom odpłatnie, jednak odł czanie dostarczania energii powinno by zasadniczo traktowane jako niepo dane rozwi zanie w przypadku powstania zaległ ci. Zadaniem pa stw członkowskich jest przyj cie i opublikowanie definicji odbiorców wra liwych w trudnej sytuacji, która b dzie stosowana przez przedsi biorstwa energetyczne bez konieczno ci składania odpowiednich wniosków w trudnych

¹ Pkt. 2.6.2 KOM (2006) 841, wersja ostateczna: Bruksela 10 stycznia 2007 r.

sytuacjach². Europejscy odbiorcy energii elektrycznej i gazu o szczególnych potrzebach spowodowanych jakkolwiek niesprawnościami znajdującymi się w trudnej sytuacji finansowej powinni korzystać z niezbędnych usług energetycznych dla zachowania zdrowia fizycznego i psychicznego oraz dobrego samopoczucia po rozsądnych cenach lub w razie konieczności bezpłatnie³.

Wobec powyższych okoliczności rodzą się podstawowe pytania, co oznacza pojęcie odbiorcy wrażliwego i jak należy definiować ubóstwo energetyczne. Po zdefiniowaniu tych pojęć kluczowe znaczenie ma implementowanie zapisów dyrektyw do polskiego prawa energetycznego, a tym samym opracowanie koncepcji pomocy odbiorcom wrażliwym. Oczywiście pozostaje fakt, że może się to odbyć poprzez wprowadzenie odrębnych świadczeń w systemie zabezpieczenia społecznego, a może w formie bonifikat przyznanych tymże odbiorcom, połączonych z systemem rekompensat dla przedsiębiorców energetycznych udzielających tych rekompensat.

Ubóstwo energetyczne

Pojęcie „ubóstwa energetycznego” w Polsce jest określeniem nowym, niezdefiniowanym i niebadanym. W Wielkiej Brytanii wypracowano definicję „ubóstwa energetycznego” (ang. *fuel poverty*) – w sytuacji ubóstwa energetycznego znajduje się gospodarstwo domowe, które na utrzymanie dostatecznego poziomu ogrzewania musi przeznaczyć więcej niż 10% swojego dochodu⁴. Rodzi się wątpliwość na temat kryteriów określających np. „dostateczny poziom ogrzewania”. Przyjato zatem, że temperatura dla pomieszczeń głównych powinna wynosić 21°C, a dla innych zajmowanych pomieszczeń – 18°C⁵.

Zdecydowano, że definicję tę zostaną objęte wydatki na energię wykorzystywaną także na cele inne niż grzewcze, takie jak: podgrzanie wody, oświetlenie, gotowanie, stosowanie urządzeń⁶. Biorąc pod uwagę definicję „dochodu gospodarstwa domowego”, można mówić o definicji ubóstwa energetycznego w szerszym lub węższym wymiarze (dwie metody stosowane do oszacowania dochodu), w zależności od tego, jakie źródła dochodu zostaną zaliczone do dochodu wyznaczającego granicę ubóstwa energetycznego. Czy koszty, które nie są pokrywane bezpośrednio przez gospodarstwa domowe, a np. przez opiekę

² Program pomocy odbiorcom wrażliwym społecznie na rynku energii elektrycznej i gazu oraz propozycje zmian legislacyjnych niezbędnych do wdrożenia programu. Raport końcowy. Biuletyn URE 2008, nr 4, s. 4, 5.

³ COM (2007) 386 final, Bruksela, 5 lipca 2007 r. Annex 1, pkt A ppkt 6 i pkt H i lit. B pkt 1-3; [http://ec.europa.eu/energy_policy/consumers.doc/2007_07_05comm386_en.pdf](http://ec.europa.eu/energy_policy/consumers/doc/2007_07_05comm386_en.pdf); dokument w konsultacji.

⁴ The UK Fuel Poverty Strategy. 6th Annual Progress Report 2008. Fuel Poverty Statistics Annex, s. 40.

⁵ Fuel Poverty in England: *The Government's Plan for Action*, 2004, Defra, s. 39-40, www.defra.gov.uk.

⁶ The UK Fuel Poverty..., op. cit., s. 40.

społeczny, mają być zaliczone do „dochodu”? Dlatego też mówi się o definicji ubóstwa energetycznego w węższym znaczeniu, wówczas gdy „dochód” nie obejmuje zasiłków; w szerszym znaczeniu, definicja obejmuje także zasiłki⁷. Dalej, dlaczego przyjęto granicę 10% jako kolejny wskaźnik potrzebny do ustalenia sytuacji ubóstwa energetycznego? Wskaźnik taki był stosowany już w Badaniach nad Wydatkami Rodzinnymi w 1988 r. i postanowiono go utrzymać jako punkt odniesienia także w definicji ubóstwa energetycznego⁸. W przeciwieństwie do przytoczonej oficjalnej, „sztywnej” definicji ubóstwa energetycznego można tak samo podać inną definicję tego zjawiska. Można na przykład powiedzieć, że gdziekolwiek napotka się gospodarstwo domowe, w którym: jest po prostu zimno i panuje wilgoć; nie ma systemu centralnego ogrzewania lub jest zepsuty, a nie ma pieniędzy na jego naprawę; domownicy cierpią na choroby wywołane przebywaniem w niedogranych pomieszczeniach – to wówczas ma się do czynienia z ubóstwem energetycznym⁹.

W Wielkiej Brytanii został przyjęty następujący modelowy wskaźnik ubóstwa energetycznego:

$$\text{wskaźnik ubóstwa energetycznego} = \frac{\text{koszty paliw (zużycie} \times \text{cena)}}{\text{dochód}}^{10}$$

W sytuacji ubóstwa energetycznego znajduje się gospodarstwo domowe wówczas, gdy wskaźnik jest większy od 0,1. Podstawowym założeniem tego modelu jest zapewnienie gospodarstwu domowemu właściwego poziomu ogrzewania oraz spełnienie innych potrzeb. Przyjęto zatem, że model ten opiera się na następujących czynnikach: wielkość domu/mieszkania, a także przyjęto, że przeciętne gospodarstwo domowe przeznaczają ok. 55% energii na cele grzewcze, 30% – na cele oświetlenia i urządzenia domowe, ok. 10% – na podgrzanie wody. Ceny energii są ustalane przez przedsiębiorstwa energetyczne. Oczywiście można tutaj spierać się co do konkurencyjności na rynku energii, biorąc pod uwagę czynniki takie jak odpowiednia liczba uczestników, pozycja przedsiębiorstwa określona udziałem w rynku, bariery wejścia i wyjścia z rynku, homogeniczność handlowa towarów i usług, przejrzystość struktury i zasad funkcjonowania, równość praw i zasad dostępu uczestników do informacji rynkowej, kontrola i nadzór zabezpieczające przed kartelizacją (złotym) rynków dostępu do wysoko wydajnych technologii¹¹. Jednakże w ocenie autorki rynek

⁷ First Annual Report 2002/3 – Fuel Advisory Group’s (for England), s. 22; *A Ready Reckoner Looking at the Effect of Fuel Poverty of Various Price and Income Changes*, [www.dti.gov.uk/energy/consumers/fuel poverty](http://www.dti.gov.uk/energy/consumers/fuel%20poverty).

⁸ The UK Fuel Poverty Strategy, November 2001, s. 108, www.dti.gov.uk.

⁹ Allan Asher, Chief Executive, energywatch. Speech to Newham Fuel Poverty Seminar, 24 lutego 2006 r., www.energywatch.gov.uk.

¹⁰ I. Figaszewska: *Ubóstwo energetyczne – co to jest?* Biuletyn URE 2009, nr 5, s. 4-5.

¹¹ Report UOKiK: *Directions of Development Competition and Customer Protection in Polish Energy Sector 2010*. Warszawa 2010, www.uokik.gov.pl.

w całości, obejmując również odbiorców odbierających energię i gaz dla potrzeb gospodarstw domowych, stał się konkurencyjny. Nie można na sobie bowiem wyobrazić, że rynek jest konkurencyjny dla małych i średnich przedsiębiorców i dla innych większych podmiotów, a nie jest konkurencyjny dla konsumentów. Prawdą jednak jest, iż ETS potwierdził uprawnienie do zatwierdzania taryf przez organy regulacyjne w swoim orzeczeniu¹², jasno jednak określając, że państwo członkowskie może utrzymać procedurę zatwierdzania taryf, jeżeli służy ona realizacji ogólnego interesu gospodarczego polegającego na utrzymaniu cen dostawy gazu ziemnego do odbiorców końcowych na rozsdnym poziomie, zważywszy na fakt, że na państwach członkowskich ciąży obowiązek godzenia ze sobą – przy uwzględnieniu sytuacji sektora gazu ziemnego – celów w postaci liberalizacji oraz niezbędnej ochrony odbiorcy końcowego, do których to celów zmierza dyrektywa 2003/55, a obecnie 2009/71; oraz jeżeli ogranicza prawo do swobodnego ustalania cen dostawy gazu ziemnego po dniu 1 lipca 2007 r. jedynie w zakresie niezbędnym do osiągnięcia wskazanego celu leżącego w ogólnym interesie gospodarczym. W konsekwencji ograniczenie to – czyli zatwierdzanie taryf, może obowiązywać tylko w ograniczonym okresie. Ustalona w ten sposób cena jest jasno określona, przejrzysta, pozbawiona cech dyskryminacji, weryfikowalna oraz zapewnia uniżnym przedsiębiorcom gazowniczym równy dostęp do odbiorców krajowych.

Podsumowując, zdaniem autorki nadmierna ingerencja państwa w regulowanie cen nie powoduje w dalszej perspektywie czasu podwyższenia ochrony odbiorców. Oczywiście jest, co zostało potwierdzone w orzeczeniu ETS, iż regulacja cen dotyczy przede wszystkim odbiorców w gospodarstwach domowych. Jeżeli chodzi o niedyskryminacyjny charakter omawianych zobowiązań, zadaniem Prezesa URE będzie takie określenie cen, aby nie było zarzutów działań dyskryminacyjnych. Tak będzie zawsze, gdy tego rodzaju interwencja Prezesa URE będzie prowadziła w rzeczywistości do przetrucenia cięaru finansowego przede wszystkim na przedsiębiorców. Oczywiście regulowanie cen poprzez zatwierdzanie taryf przez Prezesa URE ma służyć realizacji ogólnego interesu gospodarczego polegającego na utrzymaniu cen do odbiorców końcowych na rozsdnym poziomie, zważywszy na fakt, że na państwach członkowskich UE ciąży obowiązek godzenia ze sobą celów w postaci liberalizacji oraz niezbędnej ochrony odbiorcy końcowego, do których to celów zmierzają dyrektywy. Rolą Regulatora w obszarze monopolu naturalnego jest zatem stworzenie surogatu rynku konkurencyjnego. Pod warunkiem rozdzielenia działalności regulowanej od działalności realizowanej na rynku konkurencyjnym zadanie to może zostać

¹² Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (Wielka Izba) Federutility, Assogas, Libarna Gas SpA, Collino Commercio SpA, Sadori Gas Srl, Egea Commerciale Srl i E.On Vendita Srl przeciwko Autorit per l'energia elettrica e il gas z dnia 20 kwietnia 2010 r. Sprawa C-265/08.

zrealizowane poprzez wdrożenie tzw. konkurencji porównawczej), gdy analogiczna działalność jest wykonywana przez na tyle duży liczb przedsiębiorstw, by można było wdrożyć narzędzia oceny statystycznej¹³. Prezes URE zgodnie z prawem analizuje i weryfikuje koszty na podstawie sprawozdań finansowych i planów rzeczowo-finansowych przedsiębiorstw energetycznych, biorąc pod uwagę tworzenie warunków do konkurencji i promocji efektywności wykonywanej działalności gospodarczej, a w szczególności stosując metody porównawcze oceny efektywności przedsiębiorstw energetycznych wykonujących w zbliżonych warunkach działalność gospodarczą tego samego rodzaju. Można więc stwierdzić, iż rynek ten jest bardziej konkurencyjny niż to się powszechnie przyjmuje.

Szacuje się, że w Europie jest od 50 do 125 milionów mieszkańców dotkniętych ubóstwem energetycznym. Przewiduje się, że liczby te mogą rosnąć wraz ze wzrastającymi cenami energii. Na poziomie UE powołano w 2007 r. współfinansowany przez Komisję Europejską osobny projekt European Fuel Poverty and Energy Efficiency Project – EPEE. EPEE zaproponował definicję „ubóstwa energetycznego”, zgodnie z którą powinno być ono określone jako „brak możliwości utrzymania ogrzewania na odpowiednim poziomie za uczciwych cen”. W sytuacji ubóstwa energetycznego mogą znaleźć się osoby: z niskim dochodem, objęte pomocą społeczną, pracujące na pół etatu, zadłużone, starsze, niepełnosprawne, samotnie wychowujące dzieci. Zjawisko to może dotyczyć zarówno rodzin, jak i osób indywidualnych. Wskaznikami, które określają gospodarstwo domowe w sytuacji ubóstwa energetycznego są: brak możliwości opłacenia rachunku za energię, przebywanie w wilgoci, wstrzymanie dostaw energii, samo odłączenie od sieci, zadłużenie wobec dostawcy energii, negatywny wpływ na zdrowie warunków mieszkaniowych, związanych z niedogrzaaniem, choroba, gospodarstwo o niskim poborze energii. EPEE rekomenduje wprowadzenie w UE jasnej definicji ubóstwa energetycznego, w której jest ono rozumiane jako trudności gospodarstwa domowego, a czasem nawet brak możliwości ogrzania swojego mieszkania na odpowiednim poziomie za uczciwych cen. Państwa członkowskie powinny rozpoznać sytuację i dostosować wspólną definicję UE do swoich własnych, narodowych warunków.

Ubóstwo energetyczne prowadzi do:

1. Negatywnego wpływu na zdrowie fizyczne, co dotyka głównie odbiorców wrażliwych społecznie, takich jak: dzieci, osoby starsze i osoby przewlekle chore. Jedynie w Wielkiej Brytanii prowadzi się statystyki dotyczące tego problemu; każdego roku umiera tam od 25 000 do 40 000 osób, w zależności

¹³ T. Kowalak: *Quo vadis, sektorze?* Biuletyn Urzędu Regulacji Energetyki, 2 stycznia 2002, nr 1, 2, s. 39.

- od uciążliwych warunków pogodowych. Permanentne zimno i wilgość mogą prowadzić do problemów układu oddechowego, takich jak astma czy bronchit.
2. Negatywnego wpływu na zdrowie psychiczne. Osoby, które znalazły się w sytuacji ubóstwa energetycznego są podatne na problemy związane ze zdrowiem psychicznym. Złe warunki mieszkaniowe mogą wywołać stan niepokoju, prowadzić do społecznego wykluczenia, izolacji oraz mają negatywny wpływ na samoocenę.
 3. Degradacji budynków, do której może się bardzo szybko przyczynić wilgość w mieszkaniach. Niewłaściwa izolacja okien, ścian czy drzwi powoduje wzrost strat ciepła. Im bardziej pogarszają się warunki mieszkaniowe, tym trudniej jest utrzymać temperaturę na właściwym poziomie i zatrzymać proces zawilgocenia.
 4. Nadmiernego zadłużenia. Gospodarstwa domowe o niskich dochodach nie są w stanie opłacać rachunków za energię elektryczną, co prowadzi do zadłużenia. Konieczność opłacania wysokich rachunków za energię prowadzi do zmniejszenia się dochodów, jakie mogłyby być przeznaczone na inne podstawowe artykuły, takie jak żywność czy transport.
 5. Zwiększenia emisji dwutlenku węgla. Niski standard energetyczny budynku prowadzi do wzrostu zużycia energii niezbędnej do jego ogrzania, co przyczynia się do wzrostu emisji dwutlenku węgla.

Wobec powyższych okoliczności rodzi się pytanie, jak walczyć z ubóstwem energetycznym? Aby to osiągnąć, powinny być stworzone odpowiednie ramy prawne oparte przede wszystkim na założeniach dyrektyw europejskich. W Polsce zostały opracowane założenia do aktów prawnych wprowadzających system ochrony odbiorcy wrażliwego energii elektrycznej, nie ma jednak nawet założeń w zakresie ochrony odbiorców wrażliwych gazu.

Założenia koncepcji pomocy odbiorcom wrażliwym i wpływ na funkcjonowanie przedsiębiorstw energetycznych

W założeniach¹⁴ pomocy wskazano podstawowe możliwości pomocy odbiorcom wrażliwym:

- 1) administracyjne wprowadzenie specjalnie skonstruowanej taryfy socjalnej (rodzinnej),
- 2) świadczenie pomocy przez przedsiębiorstwa energetyczne w ramach ich programów pomocowych (tzw. zasada odpowiedzialności społecznej biznesu, ang. *Corporate Social Responsibility – CSR*),

¹⁴ Założenia do aktów prawnych wprowadzających system ochrony odbiorcy wrażliwego energii elektrycznej, www.mg.gov.pl.

- 3) stworzenie rozwiązania mieszczącego się w krajowym systemie zabezpieczenia społecznego:
 - a) odbieranie świadczenia w systemie zabezpieczenia społecznego polegające na przyznaniu zasiłku celowego,
 - b) rozwiązanie polegające na przyznaniu odbiorcom wra liwym dodatku energetycznego do zasiłku stałego i zasiłku okresowego,
 - c) bonifikata dla odbiorców wra liwych połączona z systemem rekompensat dla przedsiębiorstw energetycznych, polegających na odliczaniu tych rekompensat od należności podatkowych odprowadzanych przez te przedsiębiorstwa na rzecz Skarbu Państwa,
 - d) przyznanie odbiorcy wra liwemu zryczałtowanej bonifikaty połączonej z systemem rekompensat dla przedsiębiorstw energetycznych.

Koncepcje przedłożone Radzie Ministrów:

WARIANT 1 – wprowadzenie zryczałtowanej bonifikaty w płatności za energię elektryczną oraz system rekompensat dla przedsiębiorstw energetycznych, oparty na dotacjach przedmiotowych dla tych przedsiębiorstw.

WARIANT 2 – przyznanie ryczałtu energetycznego odbiorcom wra liwym w płatności za energię elektryczną oraz rekompensata przedsiębiorstwom energetycznym przyznanej pomocy poprzez transfer środków finansowych dokonywanych przez ośrodek pomocy społecznej.

Bonifikata dla odbiorców wra liwych – analiza proponowanych rozwiązań

Powyższe rozwiązanie wymaga zaangażowania ośrodków pomocy społecznej do wydawania świadczeń osobom uprawnionym do otrzymywania zasiłków stałych lub okresowych. Odbiorcą wra liwym byłby odbiorca energii elektrycznej w gospodarstwie domowym, uprawniony do otrzymywania zasiłku stałego lub zasiłku okresowego na podstawie ustawy z dnia 12 marca 2004 r. o pomocy społecznej (Dz.U. z 2009 r., Nr 175, poz. 1362, z późn. zm.), posiadający zawartą umowę z przedsiębiorstwem energetycznym zajmującym się sprzedażą energii elektrycznej oraz zamieszkujący w miejscu dostarczania energii. System bonifikat miałby na celu obniżenie o ok. 30% wydatków na energię elektryczną, ponoszonych przez odbiorców wra liwych. Przyznanie pomocy w ramach tego rozwiązania będzie dotyczyło pewnego limitu rocznego zużycia energii elektrycznej. System bonifikat zostanie dopełniony przez rozwiązanie dotyczące obowiązków instalowania liczników przedpłatowych. W przypadku zwłoki z zapłatą za energię elektryczną przez odbiorcę wra liwego będzie mu obligatoryjnie instalowany licznik przedpłatowy na koszt przedsiębiorstwa ener-

getycznego. Przesłanki instalowania licznika przedpłatowego b d to same z przesłankami wstrzymania dostarczania energii elektrycznej w przypadku, o którym mowa w art. 6 ust. 3a ustawy Prawo energetyczne. Odbiorcy zakwalifikowanemu jako odbiorca wra liwy, zamiast wstrzymania dostarczania energii elektrycznej, zostanie obligatoryjnie zainstalowany licznik przedpłaty. System rekompensat, którym miałyby by obj te przedsi biorstwa energetyczne zajmuj ce si obrotem i dystrybucj energii elektrycznej do odbiorcy ko cowego, miałyby polega na refundacji przez bud et pa stwa kosztów ponoszonych przez przedsi biorstwa energetyczne z tytułu bonifikat przyznanych odbiorcom wra liwym. Przedsi biorstwu energetycznemu, które wystawiło rachunek za energii elektryczn z bonifikat na podstawie wystawionego przez o rodek pomocy społecznej za wiadczenia, przysługiwałaby rekompensata od Skarbu Pa stwa. Jednak e, zamiast realizowania przelewu na rzecz przedsi biorstwa energetycznego, proponuje si umo liwienie temu przedsi biorstwu dokonywania potr ce z nale no ciami, jakie wniósłby na rzecz Skarbu Pa stwa. Proponuje si umo liwienie dokonywania potr ce z nale no ciami odprowadzanymi z tytułu podatku VAT i/albo CIT – podatku dochodowego od osób prawnych. Potr cona kwota ma by równa sumie udzielonych bonifikat. Wprowadzenie 30-proc. bonifikaty dla odbiorców wra liwych oraz zrekompensowanie przedsi biorstwu energetycznemu wystawienia rachunku uwzgl dniaj cego przyznan bonifikat z bud etu pa stwa nie b dzie stanowiło pomocy publicznej ze wzgl du na fakt, i rodki finansowe z tytułu wprowadzenia systemu ochrony odbiorców wra liwych nie trafi do przedsi biorstwa energetycznego i nie b d wsparciem dla tego podmiotu. Przedsi biorstwom tym, w zamian za wypełnianie obowi zków zwi zanych z ochron odbiorców wra liwych, zostanie wypłacona rekompensata finansowa, o której mowa w dyrektywie 2009/72/WE, a nie pomoc publiczna; rekompensata ta b dzie nie b dzie wy sza ni suma udzielonych bonifikat.

W celu uproszczenia procedury proponuje si nało enie na przedsi biorstwo energetyczne obowi zku zał czania do wniosku o potr cenie o wiadczenia, e przedkładane do potr cenia wierzytelno ci wobec Skarbu Pa stwa z tytułu rekompensat s wzajemne, bezsporne i wymagalne. O wiadczenie to zawierałoby tak e wykaz odbiorców wra liwych, uprawnionych do bonifikat oraz sposób wyliczenia i kwot rekompensaty od Skarbu Pa stwa z tego tytułu. Zaproponowane rozwi zanie zdaniem Ministerstwa mogłoby funkcjonowa na podstawie ju istniej cego systemu pomocy społecznej i nie wygenerowałoby dodatkowych kosztów zwi zanych z obsług tego rozwi zania. Przy zało eniu wzrostu cen energii elektrycznej o ok. 7% zaproponowana koncepcja ochrony odbiorcy wra liwego nie spowodowałaby zmniejszenia przychodów¹⁵.

¹⁵ Zało enia do aktów prawnych wprowadzaj cych system ochrony odbiorcy wra liwego energii elektrycznej. Opracowany przez MG, dost pny na www.mg.gov.pl.

Oczywi cie przedstawione powy ej rowi zania w ramach zało e do aktów prawnych wprowadzaj cych system ochrony odbiorcy wra liwego zawieraj ponadto krytyk rozwi za przedstawionych w pozostałych wariantach. Opiera si ona przede wszystkim na skomplikowanych procedurach oraz bardzo kosztownych rozwi zaniach z punktu widzenia Skarbu Pa stwa, b d te niektóre rozwi zania s rekomendowane jako uzupełniaj ce z uwagi na brak kontroli – CSR.

Autorka ma jednak kilka uwag do przedstawionego rozwi zania punktu widzenia przedsi biorstwa energetycznego. Prezentowane rozwi zanie wskazuje co prawda jakie obowi zki ci na poszczególnych przedsi biorstwach, ale nie wskazuje jak wła ciwie rozwi zanie to ma funkcjonowa . Od 1 lipca 2007 r. przedsi biorstwa energetyczne w Polsce zajmuj ce si obsług odbiorców zostały podzielone na dwa rodzaje: przedsi biorstwa zajmuj ce si sprzeda energii elektrycznej oraz przedsi biorstwa wiadz ce usługi dystrybucyjne. Z uwagi na ten podział wszystkie te przedsi biorstwa b d zmuszone do zmiany systemów w zakresie obsługi odbiorców wra liwych. Obecnie w Polsce ponad 90% odbiorców pobieraj cych energi w gospodarstwach domowych ma zawart umow kompleksow ¹⁶, gdzie stronami s odbiorca oraz przedsi biorstwo zajmuj ce si sprzeda , które zapewnia wiadczenie usług dystrybucji przez spółki dystrybucyjne. Przede wszystkim zastanawiaj ca jest koncepcja licznika przedpłatowego – w chwili obecnej przedsi biorstwo energetyczne mo e zainstalowa przedpłatowy układ pomiarowo-rozliczeniowy, je eli odbiorca:

- 1) co najmniej dwukrotnie w ci gu kolejnych 12 miesi cy zwlekał z zapłat za pobrane paliwo gazowe, energi elektryczn lub ciepło albo wiadczone usługi przez okres co najmniej jednego miesi ca;
- 2) nie ma tytułu prawnego do nieruchomości, obiektu lub lokalu, do którego s dostarczane paliwa gazowe, energia elektryczna lub ciepło;
- 3) u ytkuje nieruchomo , obiekt lub lokal w sposób uniemo liwiaj cy cykliczne sprawdzanie stanu układu pomiarowo-rozliczeniowego.

Koszty zainstalowania układu pomiarowo-rozliczeniowego ponosi przedsi biorstwo energetyczne. W razie braku zgody odbiorcy na zainstalowanie przedpłatowego układu pomiarowo-rozliczeniowego, przedsi biorstwo energetyczne mo e wstrzyma dostarczanie energii elektrycznej lub rozwi za umow sprzedaży¹⁷.

Koszty zainstalowania powy szego licznika le po stronie przedsi biorstwa dystrybucyjnego, bowiem zgodnie z §13 rozporz dzenia wykonawczego¹⁸ pod-

¹⁶ Szerzej: M. Czarnecka, T. Ogłódek: *Prawo energetyczne z komentarzem*. C.H. Beck, 2009.

¹⁷ Art. 6 ustawy Prawo energetyczne z dnia 10 kwietnia 1997 r. (Dz.U. Nr 54, poz. 348) tekst jednolity z dnia 16 maja 2006 r. (Dz.U. Nr 89, poz. 625) wraz z pó n. zm.

¹⁸ Rozporz dzenie Ministra Gospodarki w sprawie szczegółowych warunków funkcjonowania systemu elektroenergetycznego z dnia 4 maja 2007 r. (Dz.U. Nr 93, poz. 623 z pó n. zm.).

miotem, który jest zobowiązany do zainstalowania układu pomiarowo-rozliczeniowego, jest spółka dystrybucyjna. Koszt zainstalowania wskazanego licznika jest co najmniej dwukrotnie wyższy niż eli standardowego układu pomiarowo-rozliczeniowego, ponadto obecnie toczą się zintensyfikowane prace w celu wprowadzenia inteligentnych liczników (ang. *smart metering*), które będą posiadały funkcjonalność monitorowania zużycia energii „online”, co oznacza, że liczniki o charakterze przedpłatowym zostaną wycofane z rynku. Wydaje się, że wówczas pozostanie jedynie rozwiązanie rekompensaty dla przedsiębiorstw sprzedających. Nie wybiegajmy jednak w przyszłość, aktualnie przedsiębiorstwa dystrybucyjne są zobowiązane zgodnie z art. 47 ustawy Prawo energetyczne do zatwierdzania taryf, a tym samym uprawnione do zaliczania do kosztów uzasadnionych zakupu układów pomiarowo-rozliczeniowych. Oznacza to, że w rzeczywistości koszt obsługi odbiorcy wrażliwego zostanie przeniesiony na pozostałych odbiorców energii elektrycznej, a nie zrekompensowany przez podatków. Podobnie będzie z kosztami obsługi zmian systemów celem identyfikacji wrażliwych odbiorców.

Drugą kwestią wskazanego rozwiązania odnosi się do przedsiębiorstw sprzedających i systemu rekompensat. Podobnie jak w wypadku przedsiębiorstw dystrybucyjnych, rodzi to wiele kontrowersji. Przede wszystkim kwestia pokrycia kosztów zmiany systemów w zakresie obsługi odbiorców (systemy informatyczne, księgowość, archiwizacja danych), które nie będą już pokrywane przez Skarbowy Państwa, gdy w ww. założeniach mowa jest jedynie o pokryciu kosztów wystawienia rachunku. Wobec powyższego również koszty te zostaną pokryte przez pozostałych odbiorców, bowiem kwoty te zostaną inkorporowane w cenę energii elektrycznej. Trudno również nie podważyć systemu potracenia z podatkami, ponieważ wyrażnie wspomina się o możliwości potracenia jedynie w przypadku gdy wierzytelności te muszą być wzajemne, bezsporne i wymagalne. Oczywiście nie ma na jedynie wspomnienie, iż potracenie ustawowe zgodnie z art. 498 Kodeksu cywilnego¹⁹ nie zakłada bezsporności wierzytelności, a jedynie ich zaskarżalności. Wobec powyższego powstaje więc pytanie, kto będzie określał, iż wskazane wierzytelności mają charakter bezsporny przede wszystkim w zakresie pokrycia kosztu wystawienia rachunków? Kto będzie podmiotem uprawnionym do weryfikacji prawdziwości za wiadczeń o otrzymywaniu zasiłku stałego będącego okresowego na mocy ustawy o pomocy społecznej, aby skutecznie dokonać potracenia podatku. Trudno byłoby ponadto nie skomentować czasu dokonywania potracenia i wprowadzenia stosownych procedur w tym zakresie.

¹⁹ „Gdy dwie osoby są jednocześnie względem siebie dłużnikami i wierzycielami, każda z nich może potracić swój wierzytelność z wierzytelnością drugiej strony, jeżeli przedmiotem obu wierzytelności są pieniądze lub rzeczy tej samej jakości oznaczone tylko co do gatunku, a obie wierzytelności są wymagalne i mogą być dochodzone przed sądem lub przed innym organem państwowym”.

Wobec tych okoliczności wydaje się, iż powyższe rozwiązanie nie jest dobre, a w szczególności powoduje zwolnienie obowiązku wsparcia odbiorcy wrażliwego ze Skarbu Państwa na prywatnych przedsiębiorców energetycznych. Oczywiście można łatwo sobie wyobrazić możliwości pokrywania takich kosztów przez duże podmioty, takie jak PGE, ale pozostają na rynku małe przedsiębiorstwa energetyczne zajmujące się dostarczaniem energii do kilkuset odbiorców, dla których wskazane obciążenie finansowe może okazać się duże. Kolejną kwestią budzącą powątpiewanie jest brak założeń systemowych dotyczących wsparcia odbiorców wrażliwych w zakresie zużycia gazu, chociaż tego typu rekomendacje znajdują się w zapisach dyrektywy 2009/73/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 13 lipca 2009 r. dotyczącej wspólnych zasad rynku wewnętrznego gazu ziemnego oraz uchylającej dyrektywę 2003/55/WE.

Pozostaje więc możliwość, że ustawodawca uzupełni luki oraz nieprawidłowości zaproponowanych rozwiązań i poprawi zaproponowane założenia w samym tekście zmienianych ustaw.

THE PROTECTION OF VULNERABLE CUSTOMERS AND THE FUNCTIONING OF THE ENERGY BUSINESS AND POSSIBILITY OF NEED TO RESTRUCTURISATION

Summary

In today's economic and social environment, people can not live without energy. Electricity is essential for the life of citizens. The changes taking place in the European energy market must fully protect the rights of citizens to meet basic needs at reasonable easily and clearly comparable prices. The European Charter on the Rights of Energy is expected that electricity and gas are supplied to customers with cool consideration, however, disconnecting power supply should generally be regarded as undesirable solution in case of arrears. For Member States to adopt and publish a definition of vulnerable customers in a difficult situation with special needs due to any disability or in a difficult financial situation should benefit from essential energy services to maintain physical and mental health and wellbeing at reasonable prices or free of charge if necessary. A matter of serious doubt is the lack of system policies to support vulnerable customers in the gas consumption, although such recommendations are under Directive 2009/73/EC of the European Parliament and the Council of 13 July 2009 concerning common rules for the internal market in natural gas and repealing Directive 2003/55/EC.

DUE DILIGENCE W RESTRUKTURYZACJI SPÓŁKI

Wprowadzenie

Restrukturyzacja spółki wymaga przeprowadzenia kompleksowej analizy sytuacji prawnej, ekonomicznej, finansowej oraz otoczenia podmiotu, w której jest prowadzona działalność. Analiza ta będzie przebiegała w zależności od potrzeb poszczególnych spółek uczestniczących w wybranym procesie restrukturyzacji, tj. połączenia, podziału lub przekształcenia. Czynności przygotowawcze w fazie merytorycznej restrukturyzacji spółki mają przede wszystkim charakter czynności faktycznych oraz prawnych, określonych w przepisach Kodeksu spółek handlowych. W praktyce gospodarczej czynności przygotowawcze *sensu stricto* poprzedzane są tzw. badaniem *due diligence*, którego nadrzdnym celem jest przygotowanie się spółki do podjęcia decyzji o celowości restrukturyzacji, tj. o połączeniu, podziale lub przekształceniu.

Istota restrukturyzacji spółek handlowych

Spór dopuszczalnych w myśl przepisów obowiązujących w Polsce form organizacyjno-prawnych szczególnie rolę w aktualnej sytuacji społeczno-gospodarczej odgrywa spółka handlowa. Ustawa z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych¹ stanowi prawo ustrojowe spółek handlowych. Ustawa reguluje wyłącznie zagadnienia tworzenia, organizacji, zasad funkcjonowania, rozwoju oraz transformacji spółek prawa handlowego. Zawiera zatem przepisy regulujące stadia aktywności podmiotu (od powstania do rozwiązania lub transformacji), a także wskazuje w jaki sposób ukształtować działalność spółki z punktu widzenia jej organizacji i podejmowanych czynności (funkcjonowania)².

Ustawodawca w Kodeksie spółek handlowych wskazuje, iż nikt nie musi wybrać jednego typu spółki prowadzenia działalności gospodarczej „raz na zawsze”.

¹ Ustawa z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych (dalej k.s.h.) (Dz.U. Nr 94, poz. 1037 z późn. zm.).

² J.A. Strzalka, W. Popiołek, A. Witosz, E. Zielińska: *Kodeks spółek handlowych. Komentarz z orzecznictwem*. C.H. Beck, Warszawa 2001, s. 15 i n.

Na ró nych etapach działalno ci lub ze wzgl du na rodzaj tej działalno ci przydatne mog si okaza ró ne typy spółek. Temu zamysłowi ustawodawcy ma słu y instytucja transformacji spółki, która została uregulowana w IV tytule Kodeksu spółek handlowych zatytułowanym 1 czenie, podział i przekształcenie spółek.

Poj cie transformacji zgodnie z Kodeksem spółek handlowych jest u ywane jako kategoria zbiorcza (*sensu largo*), oznaczaj ca – co do podmiotów prawa – 1 - czenie, dzielenie³ oraz przekształcenia.

Dotychczas doktryna zaproponowała nast puj ce terminy na t zbiorcz kategorii transformacji:

- restrukturyzacja przedsi biorstwa spółki⁴,
- przemiany ustrojowe⁵,
- przekształcenia podmiotów prawa (*sensu largo*)⁶,
- transformacje podmiotowo-przedmiotowe spółek osobowych i kapitałowych⁷,
- reorganizacja prawna spółek handlowych⁸,
- restrukturyzacja spółek handlowych⁹.

Wydaje si , e najlepsz propozycj jest termin zaproponowany przez Anto-niego Witosza „restrukturyzacja spółek handlowych” i w dalszej cz ci opracowa-

³ W przypadku poł czenia lub podziału wyst puje zmniejszenie lub zwi kszenie liczby podmio-tów w obrocie gospodarczym (zmiany ilo ciowe), natomiast przekształcenia *sensu stricto* polegaj na zmianach jakie zachodz w obr bie samej struktury wewn trznej przekształconego podmiotu (zmiany jako ciowe).

⁴ Por. Uzasadnienie rz dowego projektu ustawy – Kodeks spółek handlowych, druk sejmowy nr 1687, s. 51.

⁵ Por. A. Szajkowski: *Refleksje nad nowym Kodeksem spółek handlowych*. „Przeł d Ustawodaw-stwa Gospodarczego” 2001, nr 1, s. 1.

⁶ Wprowadzenie jednego terminu w dwóch ró nych znaczeniach nie jest uzasadnione metodolo-gicznie ani j zykowo, tym bardziej, e zakres poj ciowy jednego terminu (przekształcenia *sensu stricto*), zawiera si w zakresie poj ciowym drugiego terminu (przekształcenia *sensu largo*), co mo e tak e prowadzi do problemów przy takim u ywaniu omawianego zwrotu.

⁷ J. Jacyszyn: *Projekt ustawy – Prawo spółek handlowych (ogólna charakterystyka)*. „Rejent” 1999, nr 1, s. 52.

⁸ Por. G. Mi : *Przekształcanie spółek handlowych*. C.H. Beck, Warszawa 2005, s. 14. Wydaje si , i jest to termin nietrafiony, gdy przez reorganizacj rozumie si zmian struktur organizacyj-nych i (lub) procesów w nich przebiegaj cych w celu podwy szenia stopnia ich zorganizowania. Reorganizacja ma charakter „lecniczy” i nie powinna prowadzi do rozbudowania struktur or-ganizacyjnych, lecz do usuwania ró nych defektów i niedoci gni oraz rozwi zywania pro-blemów, które wyst piłyby w przyszło ci.

⁹ Szerzej A. Witosz: *Restrukturyzacja spółek handlowych*. OW Branta, Bydgoszcz-Katowice 2005, s. 10-11; A. Witosz: *Wierzyciel a procesy restrukturyzacyjne spółek handlowych*. OW Branta, Byd-goszcz-Katowice 2006, s. 9 i n.; A. Witosz: *Wspólnik i akcjonariusz w procesach restrukturyza-cyjnych spółek handlowych*. OW Branta, Bydgoszcz-Katowice 2005.

nia b dzie on u ywany jako nazwa kategorii zbiorczej, obejmuj cej poł czenie¹⁰, podział¹¹ i przekształcenia¹² spółek handlowych.

Przyj ta przez ustawodawc metoda regulacji procesów restrukturyzacyjnych w Kodeksie spółek handlowych¹³ jest w swej istocie realizacj postulat u przejrzysto ci i zwi zło ci regulacji, a nadto zapewniania łatwo ci posługiwania si nim. W praktyce gospodarczej procesy restrukturyzacje słu spełnianiu ró -

¹⁰ Zakres podmiotowy poł czenia spółek obejmuje jednorodne spółki handlowe (kapitałowe i osobowe) oraz niejednorodne typy spółek kapitałowych (spółka z ograniczon odpowiedzialno ci i spółka akcyjna), spółki osobowe (przy czym ta forma poł czenia jest mo liwa tylko przez zawi zanie nowej spółki kapitałowej), a tak e spółki kapitałowe ze spółkami osobowymi (z tym e spółk przejmuj c mo e by tylko spółka kapitałowa). Tytuł IV, Dział I, art. 491-527 ksh. Szerzej E. Skibi ska, M. uk, A. Lankamer-Prasolek: *Transgraniczne ł czenie si spółek kapitałowych. Komentarz*. C.H. Beck, Warszawa 2008, s. 26 i n.; A. Witosz: *Ł czenie, podział i przekształcenie spółek handlowych*. Wolters Kluwer, Warszawa 2010, s. 23 i n.

¹¹ Regulacja dotycz ca podziału została zawarta w Dziale II, Tytuł IV, art. 528-550 k.s.h. W prawie polskim pod poj ciem podziału rozumie si dokonanie takiej restrukturyzacji podmiotowej, w wyniku której cao lub cz majtku dotychczas istniej cej spółki zostaje przejt przez inne spółki lub inn spółk . Podział podobnie jak ł czenie jest operacj na majtku spółki, w wyniku której zostaje dokonane daleko id ce przeobra enie natury podmiotowej. W przypadku zwykłego podziału (1. Przez przeniesienie majtku całego majtku spółki dzielonej na inne spółki w zamian za udziały lub akcje spółki przejmuj cej, które obejmuj wspólnicy spółki dzielonej, tzw. podział przez przejt cie; 2. Przez zawi zanie nowych spółek, na które przechodzi majtek spółki dzielonej w zamian za udziały lub akcje nowych spółek, tzw. podział przez zawi zanie nowych spółek; 3. Przez przeniesienie całego majtku spółki dzielonej na istniej c i na nowo zawi zan spółk lub spółki, tzw. podział przez przejt cie i zawi zanie nowej spółki) polega na ustaniu bytu prawnego spółki dzielonej i przejtciu jej majtku przez co najmniej dwie spółki przejmuj ce lub nowo zawi zane. Przy podziale przez wydzielenie spółka dzielona istnieje nadal, ale wyodr bniona cz jej majtku zostaje przejt przez spółk przejmuj c lub nowo zawi zan . Szerzej P. Piniór: *Podział spółek kapitałowych w prawie polskim i niemieckim*. C.H. Beck, Warszawa 2003, s. 23 i n.; Szerzej M. Litwi ska-Werner. W: *Prawo spółek handlowych*. Tom 17B. Red. S. Sołtysi ski. C.H. Beck, Warszawa 2010, s. 982 i n.; A. Kidyba: *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*. Tom II. Wolters Kluwer, Warszawa 2010, s. 1100 i n.

¹² Ustawodawca docenił istotn rol instytucji przekształcenia spółek i uregulował j w przepisach Działu III Tytułu IV k.s.h. zatytułowanym „Przekształcenia spółek”, obejmuj cym przepisy art. 551-584 k.s.h. Do przekształcenia spółek odnosz si dwie grupy przepisów: przepisy ogólne (art. 551-570 k.s.h.) oraz przepisy szczególne (art. 571-584 k.s.h.). W konsekwencji do danej konfiguracji spółek stosuje si przepisy ogólne i wła ciw grup przepisów szczególnych. Przepisy ogólne reguluj wspólne zasady wszelkich konfiguracji przekształcenia. W przepisach szczególnych zawarte s przepisy indywidualizuj ce post powanie przekształceniowe w zale no ci od poszczególnych grup konfiguracji przekształcenia, np.: spółki osobowe w spółki kapitałowe (art. 571-574 k.s.h.), spółki kapitałowe w spółki osobowe (art. 575-576 k.s.h.), spółki kapitałowe w spółki kapitałowe (art. 577-580 k.s.h.) oraz spółki osobowe w spółki osobowe (art. 581-584 k.s.h.). Szerzej E. Janik: *Przekształcenia spółek handlowych. Uwarunkowania ekonomiczne i prawne*. Wydawnictwo AE, Katowice 2010, s. 16 i n.

¹³ Przyj ta metoda regulacji procesów restrukturyzacji na gruncie Kodeksu spółek handlowych tylko w minimalnym zakresie przyj łta rozwi zania zawarte w Kodeksie handlowym; znalazły si zaledwie cztery regulacje z nieobowi zuj cego ju Kodeksu handlowego. Aktualna regulacja jest w zasadniczej cz ci nowa, która spełnia w tym zakresie wymogi praktyki gospodarczej, a tak e wymagania harmonizacji prawa z Uni Europejsk .

nych d e przedsi biorców, ale opieraj si jednak na konstrukcji wykazuj cej daleko id c zbie no , co powoduje, e wiele elementów powtarza si w regulacji ka dej z tych instytucji.

Cech wspóln procesów restrukturyzacyjnych jest utrata bytu prawnego co najmniej jednej ze spółek uczestnicz cych w przypadku poł czenia si i podziału, albo utrata dotychczasowego typu przez spółk przy przekształceniu¹⁴.

Procedura restrukturyzacji spółek

Procedura ł czenia, podziału czy przekształcenia spółek zgodnie z Kodeksem spółek handlowych wymaga wielu okre lonych czynno ci niezb dnych do realizacji restrukturyzacji. Procedura ta nie nast puje *uno actu*, nie jest czynno ci jednorazow , lecz okre lonym ci giem czynno ci pozostaj cych ze sob w pewnym zwi zku. S to czynno ci o ró nym charakterze¹⁵, obejmuj m.in. czynno ci przygotowawcze polegaj ce na okre leniu celów, korzy ci, jakie niesie ł czenie, podział czy przekształcenie (faza przygotowawcza *sensu largo*), a tak e przygotowanie planu ł czenia, podziału czy przekształcenia wraz z wymaganymi zał cznikami, poddanie go weryfikacji biegłych oraz zawiadomienie wspólników (akcjonariuszy) o zamiarze restrukturyzacji (faza przygotowawcza *sensu stricto*). Faza ta okre lona mianem mened erskiej nie jest jednak tak dominuj ca jak w przypadku poł czenia i podziału spółek. Charakterystyczne jest, e przy przekształceniu aktywniejsza jest rola wspólników, w przeciwie stwie do poł czenia i podziału.

Nast pnie s to czynno ci decyzyjne, które polegaj w szczególno ci na powzi ciu uchwały o ł czeniu, podziale czy przekształceniu spółki, powołaniu członków organów spółki. Ponadto konieczne jest zawarcie umowy lub podpisanie statutu spółki. Ustawodawca d ył do tego, aby regulacja procesów restrukturyzacyjnych zapewniała jawno w stosunkach wewn trznych dokonywanych czynno ci w ka dej z faz.

Ostatni czynno ci o charakterze formalnym jest rejestracja i ogłoszenie restrukturyzacji, z którym to momentem nast puje zako czenie czynno ci post powania restrukturyzacyjnego.

Wszystkie te czynno ci pozostaj ze sob w okre lonym zwi zku, tworz c ci g czynno ci faktycznych i prawnych rozumianych jako układ, w którym s

¹⁴ A. Witosz: *Ł czenie, podział...*, op. cit., s. 23 i n.

¹⁵ Rozwi zania przyj te w tym zakresie przez Kodeks spółek handlowych, a reguluj ce post powanie zwi zane z restrukturyzacji spółek handlowych w sposób wspólny „modelowy” jest nawi zaniem przez ustawodawc do postanowie Trzeciej Dyrektywy Rady Wspólnot Europejskich nr 78/855/EWG z dnia 9 pa dziernika 1978 r. o ł czeniu spółek akcyjnych (OJ L295 z dnia 20 pa dziernika 1978 r., s. 36).

one powi zane ze sob w kolejno ci nast pstwa¹⁶. Ci g czynno ci prawnych zmierza do realizacji zało onego celu, a poszczególne ogniwa pozostaj ze sob w zwi zku czasowym, przyczynowym i prawnym.

W procesie ł czenia, podziału czy przekształcenia spółek zgodnie dzieli si procedur na trzy zasadnicze fazy: faz przygotowawcz *sensu largo i sensu stricto*¹⁷, faz podejmowania uchwał, faz rejestracji i ogłaszania, którym odpowiada faza mened erska, wła cicielska (decyzyjna) oraz s dowia (autoryzacji)¹⁸.

Poszczególne fazy w ramach restrukturyzacji spółek, tj. ł czenia, podziału oraz przekształcenia, wskazuj daleko id c zbie no , co jest umotywowane identyczno ci celów, jakie ustawodawca miał zamiar uzyska . Natomiast w obr bie poszczególnych faz: mened erskiej, wła cielskiej i s dowej¹⁹, s zawarte poszczególne czynno ci, które musz by dokonane, aby nast piła restrukturyzacja spółki²⁰ (rys. 1).

Czynno ci przygotowawcze stanowi pierwsz i zarazem najobszerniejsz pod wzgl dem liczby przeprowadzanych czynno ci faktycznych oraz prawnych faz restrukturyzacji. Faza tych czynno ci nie oznacza jednak od pocz tku działa zwi zanych z restrukturyzacji spółki, które w praktyce wystepuj przed podj cciem czynno ci przygotowawczych w rozumieniu kodeksowym, które prowadz do restrukturyzacji; mo na je podzieli na czynno ci pozakodeksowe i kodeksowe.

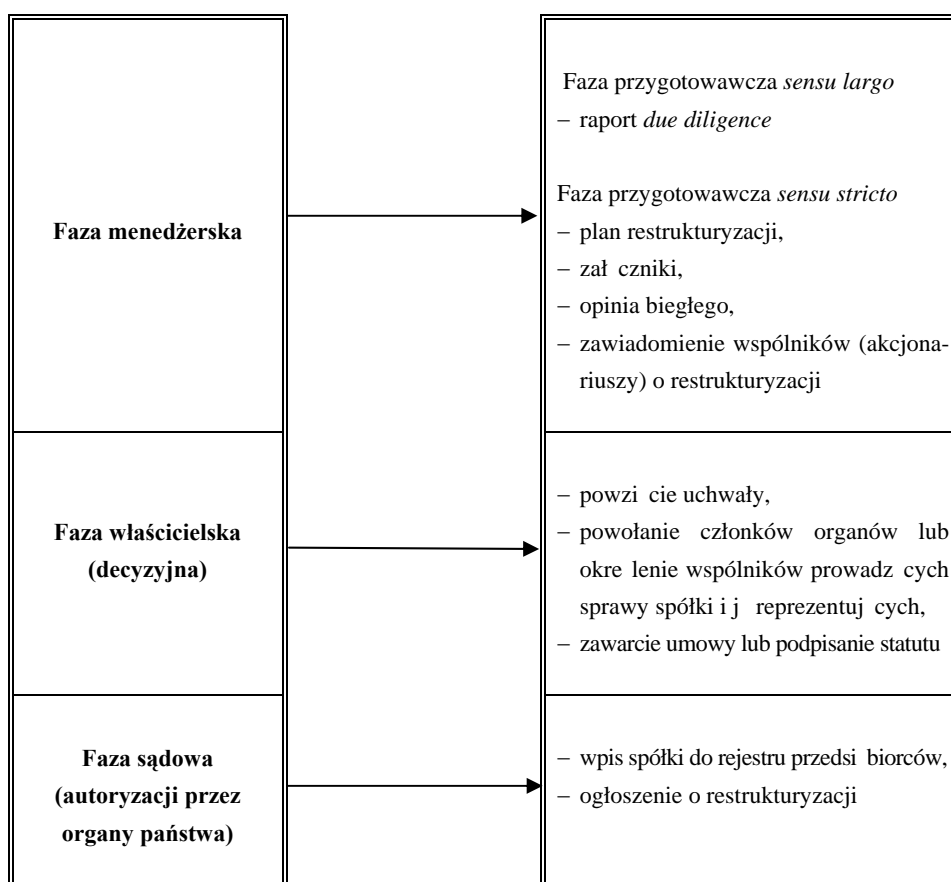
¹⁶ Szerzej I. Weiss: *Ci gi czynno ci prawnych w procesach budowlanych (cz. I i II)*. „Monitor Prawniczy”, nr 5/1999, s. 155 oraz nr 6/1995, s. 185.

¹⁷ Faz przygotowawcz *sensu stricto i sensu largo* trafnie rozró nił A. Witosz. Zob. A. Witosz: *Przekształcenia spółek w kodeksie spółek handlowych*. OW Branta, Bydgoszcz-Katowice 2001, s. 24.

¹⁸ S one wyodr bnione w literaturze z uwagi na to w czyjej gestii pozostaje podejmowanie określonych decyzji lub realizowanie innych uprawnie na danym etapie restrukturyzacji. Szerzej M. Litwi ska-Werner. W: *Prawo spółek...*, op. cit., s. 1085 i n., A. Witosz: *Ł czenie, podział...*, op. cit., s. 75 i n.

¹⁹ Nazwy faz maj ewidentnie „hasłowy” charakter, ułatwiaj jednak podzielenie procedury na wyra nie wyró nione cz ci oraz przybli aj ich charakter. Główn rol podziału na fazy jest ułatwienie analizy poszczególnych czynno ci wymaganych przez Kodeks spółek handlowych.

²⁰ Naley zwróci uwag , e wyró nienie trzech faz oraz zestawu czynno ci, które si na nie składaj było wyra nym ukształtowaniem procedury przekształcenia na podobie stwo procedury ł czenia i podziału spółek handlowych, wzorowanych z kolei na ustawodawstwie Unii Europejskiej.



Rys. 1. Czynności restrukturyzacji spółek w poszczególnych fazach

Czynności przygotowawcze pozakodeksowe (*sensu largo*) występują wówczas, gdy stawia się pytanie kto i kiedy może „zrobić pierwszy krok” w procesie restrukturyzacji spółek lub jaka jest ich celowość, tj. likwidacja, podziału lub przekształcania spółki. Będzie to czynności o charakterze inicjującym zarówno proces restrukturyzacji, jak i czynności o charakterze faktycznym oraz prawnym, których konkretnym wynikiem będzie sporządzenie planu likwidacji, podziału lub przekształcania spółki lub zakończenie na tym etapie planowanej restrukturyzacji²¹.

²¹ W przypadku podziału lub likwidacji może wystąpić ryzyko przechwycenia danych albo tajemnic handlowych jednej spółki przez drugą. Dlatego też konieczne staje się zawarcie umów zabezpieczonych w klauzule poufności i odpowiedzialności za ich niedotrzymanie. Rola i waga *due diligence* jest więc odmienna w zależności od rodzaju procesu restrukturyzacji i sposobu jego przeprowadzenia. Szerzej D. Benduch: *Umowy o doradztwo prawno-finansowe w fazie przygotowawczej likwidacji spółek handlowych*. W: *Umowy gospodarcze. Zagadnienia wybrane*. Red. J. Gospodarek. SGH, Warszawa 2010, s. 144 i n.

Przygotowanie planu poź czenia, podziału czy przekształcenia²² jest poprzedzone szeregiem działań w ramach spółki. W sytuacji gdy zarząd spółki jako organ mened erski nie b dzie zło ony ze współników albo akcjonariuszy spółki (wynaj ci mened erowie), nie podejmie działań z własnej inicjatywy. Zapoczątkowanie procesu restrukturyzacji b dzie pochodziło w danej spółce od współników lub akcjonariuszy (dawcy kapitału), którzy b d rozwa ali cel restrukturyzacji spółki, kieruj c si pozytywnymi efektami takiego procesu.

Na tym etapie współnicy lub akcjonariusze mog podj szereg działań analitycznych, które powinny da odpowied na pytanie, czy celowa jest restrukturyzacja spółki i jakie b d jej konsekwencje w praktyce gospodarczej. Do tych działań zalicza si przygotowanie tzw. raportu *due diligence*.

Zakres badania **due diligence** w restrukturyzowanej spółce

Poj cie *due diligence*²³ nale y do terminologii powszechnie stosowanej w przypadku transakcji typu fuzji i przeję (Mergers&Acquisition, dalej M&A) w odniesieniu do nabywania spółek oraz znacznych pakietów praw udziałowych. Dosłownie przetłumaczony termin *due diligence* oznacza „z nale yt staranno ci ”²⁴. *Due diligence* pochodzi z prawa angielskiego i wywodzi si z umów sprzeda y, w których nabywca działa wył cznie na własne ryzyko. W zwi zku z tym nabywaj cy musi wcze niej zbada rzecz z „nale yt staranno ci ”, aby unikn negatywnych skutków prawnych.

Trudno w dzisiejszych czasach nabywa maj tek spółki lub prawa udziałowe bez uprzedniego przeprowadzenia *due diligence*. Według prawa niemieckiego przeprowadzenie transakcji nabycia spółki bez uzyskania informacji na temat partnera i przedmiotu transakcji bez uprzedniego przeprowadzenia *due diligence* uwa a si za naruszenie obowi zku starannego działania przez zarząd²⁵. Celem transakcji M&A jest z reguły osi gni cie wzrostu warto ci spółki, co z kolei wymaga solidnego przygotowania podstawowej strategii oraz konsekwentnego przeprowadzania transakcji.

²² Plan nie wyst pi w ka dym przypadku, por. art. 553 § 2, art. 572 i 582, art. 498 i 517 k.s.h.

²³ Szerzej J. Widło: *Rozporz dzanie przedsi biorstwem*. C.H. Beck, Kraków 2002, s. 297.; S. Włodyka: *Due diligence review w prawie polskim*. „Przeł d Ustawodawstwa Gospodarczego” 1999, nr 9, s. 10 i n.; R.L. Kwa nicki, P. Pietrzak: *Transakcje M&A*. „Monitor Prawniczy” 2002, nr 5, s. 205 i n.; W. Fołtyn: *Analiza due diligence w integracji przedsi biorstw*. Poltext, Warszawa 2005, s. 26 i n.

²⁴ Por. O. Gadiesh, R. Buchanan, M. Daniell, Ch. Ormiston: *The Leadership Testing Ground*. „Journal of Business Strategy” 2002, nr 3-4, s. 14-15.

²⁵ Por. W. Fr ckowiak: *Fuzje i przeję cia przedsi biorstw*. PWE, Warszawa 2008, s. 172-174.; R. Lewandowski: *Obowi zek zachowania tajemnicy zarz du spółki akcyjnej i prawa akcjonariusza do informacji odno nie badania due diligence*. „Przeł d Prawa Handlowego” 2004, nr 7, s. 29.

Due diligence przy pól czeniach oraz podziałach mo e by przeprowadzone przed główn transakcj²⁶ – tzw. uprzednie (przedtransakcyjne), lub po głównej transakcji – tzw. nast pcze (potransakcyjne). W procesie przekształcenia spółek wspólników (akcjonariuszy) b dzie interesowa raport *quasi due diligence*²⁷ przed podj cciem decyzji o przekształceniu, co nie oznacza, e po przekształceniu nie mo na sporz dzi ponownego raportu o skutkach przekształcenia. *Due diligence* uprzednie wyst puje przed dokonaniem głównej transakcji w przedmiocie spółki. Dokonywane jest w sytuacji, gdy jeszcze nie ma pewno ci, czy transakcja w przedmiocie spółki dojdzie do skutku. Zachodzi w zwi zku z tym ogromne ryzyko, e mimo niedoj cia transakcji do skutku, tajemnice spółki zostan przechwycone przez kontrahenta tej transakcji²⁸.

Aby unikn powy szej sytuacji, przekłada si czasem *due diligence* na czas po doj ciu transakcji do skutku. Do umowy rozporz dzaj cej przedsi biorstwem lub udziałem w spółce wprowadza si zastrze enie, i ocena transakcji ma charakter warunkowy i b dzie potwierdzona pó niejsz *due diligence*. Takie rozwi zanie daje mo liwo unikni cia problemów, jakie przy *due diligence* uprzedniej powstaj (mog dotyczy uprawnie osoby trzeciej, strony transakcji w przedmiocie przedsi biorstwa lub udziału w spółce czy dania udost pnienia jej informacji o przedsi biorstwie lub spółce)²⁹. W przypadku przekształcenia spółek raczej nie wyst pi problem ujawnienia tajemnicy, poniewa spółka przekształcana zmienia tylko form prawn spółki w ramach dowolnego typu. Wszystkie czynno ci przygotowawcze przekształcenia w ramach raportu *quasi due diligence* nie zostaj ujawniane innym podmiotom.

Naley wskaza , e w literaturze przedmiotu podkre la si , i w toku procedury przekształcenia zakres działa i opracowa okrelonych zbiorczo jako *quasi due diligence* jest ubo szy w stosunku do procesu pól czenia i podziału³⁰, gdy z uwagi na charakter przekształcenia nie jest celowe przeprowadzenie analizy prawno-maj tkowej czy finansowej spółki przekształcanej. A. Szuma ski wskazuje, e powołane czynno ci s zb dne z uwagi na skutki obowi zywania zasady kontynuacji³¹. Trudno zgodzi si z tym pogl dem w kontek cie rozwa-

²⁶ Szerzej S. Włodyka: *Strategiczne umowy przedsi biorców*. C.H. Beck, Warszawa 2000, s. 62.

²⁷ W przypadku przekształcenia spółek mo na posługiwa si „uproszczonym” *due diligence*, czyli tzw. *quasi due diligence*, poniewa jest to termin zarezerwowany głównie dla transakcji nabywania i zbywania przedsi biorstwa, a przekształcenie spółek to nie zmiana formy prawnej w wyniku nabycia lub zbycia spółki, ale kontynuacja bytu prawnego spółki.

²⁸ Por. *Prawo umów w obrocie gospodarczym*. Tom 5. Red. S. Włodyka. C.H. Beck, Warszawa 2001, s. 447.

²⁹ Por. S. Włodyka: *Strategiczne umowy...*, op. cit., s. 64.

³⁰ Opracowanie tzw. raportów *due diligence* jest jedn z wa niejszych przesłan przy ł czeniu i podziale spółki. Szerzej P. Piniór: *Prawo spółek 2007/2008*. Red. A. Kidyba. ABC, Warszawa 2008, s. 1026.

³¹ Por. S. Sołtyski, A. Szajkowski, A. Szuma ski, J. Szwaja: *Kodeks spółek handlowych*. Tom I. C.H. Beck, Warszawa 2006, s. 1050.

a A. Witosza, gdy jak wskazuje autor, wynik badania *quasi due diligence* nie tylko posiada wpływ na przystąpienie do kolejnego etapu (czyli sporządzenia albo uzgadniania planu jako zasadniczej przesłanki celowo i gospodarczej zasadno ci procesu przekształcenia), lecz znajduje wyraz w treści samego planu (por. 558 § 1 pkt 1 oraz art. 558 § 2 pkt 3-4)³².

Due diligence jest wykonywane w interesie podmiotu trzeciego, b d czego stron transakcji dotyczącej przedsięwzięcia lub udziałów w spółce. Możliwe, że na siebie wyobrazi, i dokona tego sam podmiot. Jest to jednak mało prawdopodobne, gdy nie dysponuje on zawsze odpowiednimi i koniecznymi w tym przypadku wiedzą. Dlatego podmiot zainteresowany zleca z reguły wykonanie *due diligence* odpowiedniemu rzeczoznawcy. Przy przekształceniu spółek *quasi due diligence* może zostać powierzone do wykonania wspólnikom lub zarządowi spółki albo, jeżeli spółka posiada wolne środki finansowe do przeprowadzenia, może zaangażować podmiot doradczy, w którym b d odpowiedni specjalista. Zakres i szczegółowość badania *due diligence* przy łączeniu, podziale oraz przekształceniu zależy od celów wyznaczonych przez spółkę.

Wyróżnia się pięć podstawowych rodzajów czy też obszarów analizy *due diligence*³³:

- *due diligence* prawne,
- *due diligence* podatkowe³⁴,
- *due diligence* finansowe³⁵,
- *due diligence* operacyjno-zarządcze,
- *due diligence* zasobów ludzkich,
- *due diligence* z zakresu ochrony środowiska – tzw. audyt środowiskowy³⁶.

Rodzaj przeprowadzonego badania *due diligence* przy restrukturyzacji b d jest determinowany przedmiotem działalności spółki. W przypadku restrukturyzacji spółek wchodzi w grę *due diligence* prawne, podatkowe oraz finansowe. Ponieważ badane obszary z różnych rodzajów *due diligence* często się pokrywają, uzyskane wyniki poszczególnych *due diligence* mają wpływ na wyniki in-

³² Stosunek treści zawarty w raporcie *quasi due diligence* i planie przekształcenia może na określić jako stosunek krzyżowania się. Jest, więc pole wspólne i pola nieprzystające do siebie. Por. A. Witosz: *Restrukturyzacja spółek handlowych...*, op. cit., s. 106-107.

³³ Szerzej Z. Jara: *Fuzje i przejęcia*. „Monitor Prawniczy” 2002, nr 23, s. 1 i n.; W. Fołtyn: *Analiza due diligence...*, op. cit., s. 40-58.

³⁴ Szerzej W. Maruchin, K. Jeżewicz, M. Stofa: *Aspekty podatkowe transakcji M&A*. „Monitor Prawniczy” 2002, nr 23, s. 41 i n.

³⁵ Typowy raport *due diligence* finansowy zawiera następujące kwestie: historię badanej spółki, opis realizowanej strategii, opis rynku, system zakupu, proces produkcji, nieruchomości, politykę rachunkowości, procedury kontrolne, budżetowanie, analizy sprawozdań finansowych, analizy prognoz finansowych.

³⁶ Audyt środowiskowy to analiza wpływu działalności spółki na otaczające środowisko naturalne.

nych badań; np. *due diligence* prawne będzie czy si z *due diligence* podatkowym. Aby uniknąć podwójnej pracy i nie obciążać wspólników czy zarządców, będzie zmniejszanie honoraria dla podmiotu doradczego, należy ci le określić zarówno termin, jak i zakres poszczególnych *due diligence*.

Due diligence prawne może pomóc przede wszystkim spółce, która będzie chciała dokonać łączenia, podziału czy przekształcenia w kompleksowym sprawdzeniu prawnych aspektów takiej restrukturyzacji. W raporcie *due diligence* prawnym można przedstawić nową strukturę prawną w zależności od typu spółki, uwarunkowania wewnątrznych i zewnętrznych spółki, oraz stosunków z zakresu prawa cywilnego, prawa pracy czy też prawa administracyjnego.

Due diligence prawne koncentruje się na tych obszarach działalności spółki, w których ryzyko wystąpienia wad jest szczególnie wysokie lub w przypadku wystąpienia wad, które mogłyby wystąpić w spółce połączonej, podzielonej lub przekształconej. Rzetelna ocena pozycji prawnej spółki może wpłynąć w znaczącym zakresie na szacunek wartości analizowanego przedsięwzięcia.

Due diligence podatkowe to przede wszystkim wskazanie na możliwość zmniejszenia obciążeń podatkowych w wyniku restrukturyzacji. Obok *due diligence* prawnego i podatkowego najczęściej przeprowadzane jest *due diligence* finansowe, do którego zalicza się badanie stosunków finansowych, jego rachunkowość (metody wyceny) i planów rozwoju połączonej, podzielonej oraz przekształconej spółki oraz zdolność generowania zysku po restrukturyzacji czy konstruowanie prognoz na przyszłość. Warto zaznaczyć, iż *due diligence* finansowe koncentruje się na przyszłości podmiotu, a analiza danych historycznych jest dokonywana z punktu widzenia ich przydatności do rozwiązania, które mogą zostać wykorzystane w przyszłości. Istotą badania jest więc, aby analizowane dane finansowe były rzetelne i wyczerpujące, co pozwoli na weryfikację przyjętych założeń i strategii działania.

Przeprowadzenie badania *quasi due diligence* prawnego, podatkowego czy finansowego jest wystarczające przy przekształcaniu spółki, natomiast z punktu widzenia łączenia czy podziału może nie dostarczać pełnego obrazu działalności przedsięwzięcia. Temu celowi ma służyć także *due diligence* operacyjno-zarządcze³⁷, skupiające się na ocenie aspektów związanych ze sposobem zarządzania spółką, a także *due diligence* zasobów ludzkich oraz tzw. audyt środowiskowy.

³⁷ Termin „operacyjne” odnosi się do podstawowych celów gospodarczych, jakie badana spółka sobie stawia, czyli osiągnięcia zysku, rozwoju czy zabezpieczenie już osiągniętych korzyści ekonomicznych przez wybrany proces restrukturyzacji. Z kolei termin „zarządcze” jest odnoszony do procesów i osób tworzących i kierujących systemem zarządzania w spółce. Szerzej M. Fołtyń: *Analiza due diligence...*, op. cit., s. 50 i n.

Kwestia roli i miejsca pracowników i ich czy dzielących się spółek jest coraz bardziej doceniana. Specjaliści z zakresu zarządzania zasobami ludzkimi czy stosujący w roli doradców już po dokonaniu transakcji, czyli na tzw. etapie potransakcyjnym. Doradcy czy stosujący się „strachakami”, którzy mają załagodzić konflikt powstały w trakcie restrukturyzacji pracowników. Z perspektywy do wiadomości przedsiębiorców należy podkreślić, iż *due diligence* zarządzania zasobami ludzkimi powinno być przeprowadzane równocześnie nie na etapie negocjacji przed zawarciem transakcji połączenia lub podziału. Restrukturyzacja spółek związana jest z okresem podwyższonego stresu dla pracowników; w okresie niepewności o przyszłe zatrudnienie efektywność pracy zwykle ulega obniżeniu. Nie można pominąć faktu, iż czy połączenia lub podziały są przeprowadzane w tajemnicy.

Wyniki z przeprowadzania badania, np. stymulatory i bariery sukcesu restrukturyzacji mogą zostać przedstawione w postaci raportu *due diligence*. Raport *due diligence* może wskazywać na istniejące ryzyko dokonania restrukturyzacji spółki, niecodziennych zdarzeń faktycznych i prawnych (np. zmiana przepisów prawnych).

Podsumowanie

Podsumowując, należy wskazać, iż celem raportu *due diligence* to przede wszystkim identyfikacja obszarów ryzyka, które mogą być wyłączone lub zminimalizowane przez odpowiednie decyzje wspólników czy zarząd spółki restrukturyzowanej. Oprócz identyfikacji barier raport *due diligence* może przedstawiać czynniki, które będą sprzyjać podjęciu decyzji o restrukturyzacji. Wyniki czynności poznawczych fazy menedżerskiej zadecydują, czy poszczególne spółki rozpoczynając sporządzenie planu połączenia, podziału lub przekształcenia, czy zakończone podjęte w tym zakresie kroki (gdzie uzyskane na tym etapie przed transakcyjnym dane i informacje uczynią zamierzony proces restrukturyzacji zbudowanym, niekoniecznym albo dalece ryzykownym w dłuższym horyzoncie czasowym).

Dokonanie wszechstronnej analizy *due diligence* przed planowaniem restrukturyzacji pozwoli odkryć fakty, które są skrywane lub nie dają się zauważyć przy ogólnym spojrzeniu na zjawiska.

DUE DILIGENCE IN THE COURSE OF THE COMPANY RESTRUCTURIZATION

Summary

Before instituting the decision on restructurization the company should collect and make a penetrating analysis of the information concerning expediency of this procedure referring to economic, legal, organizational, as well as social and cultural situation. As-

sembled information which appear in the shape of the due diligence report should answer the restructurization planning staff's key question whether the process of merger, division or transformation of the company will allow to acquire expected profits and appoint potential impediments.

CHARAKTER PRAWNY POŁĄCZENIA PRZEZ PRZEJĘCIE WIELU SPÓŁEK

Wprowadzenie

Przepisy regulujące zagadnienia restrukturyzacji¹ spółek handlowych mają duży charakter norm technicznych opisujących kolejne etapy procedury połączenia, podziału lub przekształcenia. Towarzyszą im rzecz jasna normy ustalające materialnoprawne skutki tych procesów. Dotyczy to zmian zarówno w sferze majątkowej (zasady: sukcesji uniwersalnej przy połączeniu, sukcesji uniwersalnej częściowej przy podziale i kontynuacji przy przekształceniu), jak i osobowej (zmiany członkostwa w przypadku połączenia lub podziału, możliwość nieuczestniczenia w przekształceniu). Należy do tego dodać zmiany w zakresie podmiotowości prawnej (rozwiązanie spółek bez postępowania likwidacyjnego w przypadku połączenia i podziału, ale ciągłość bytu prawnego spółki przekształcanej), przy czym i te powyższe najbardziej ogólne obserwacje nie są w pełni precyzyjne. Przypadek podziału przez wydzielenie wykracza poza wyżej zakreślone reguły ustania bytu prawnego spółki dzielonej i wygaśnięcia członkostwa w niej. Powyższe uwagi pozwalają zasygnalizować skomplikowany obraz praktycznych aspektów procesów restrukturyzacyjnych. Taki charakter regulacji nie sprzyja przejrzystości w konstrukcjach teoretycznoprawnych opisujących istotę połączenia, podziału lub przekształcenia. Wydaje się zatem, że inkorporacja wielu spółek w ramach jednego postępowania jest przypadkiem szczególnie trudnym.

Kodeks spółek handlowych zna dwa typy połączenia spółek. Pierwszym jest połączenie przez zawiązanie nowej spółki (fuzja²). W wyniku tego procesu dwie lub większa ilość spółek traci z dniem połączenia swoje byty prawne, a osobowo uzyskuje nowy podmiot. Drugim jest połączenie przez prze-

¹ Takie zbiorcze określenie połączenia, podziału i przekształcenia proponuje A. Witosz w: *Łączenie, podział i przekształcanie spółek handlowych*. Wyd. II. Wolters Kluwer, Warszawa 2010, s. 13-14.

² Jak zauważa A. Szumowski (w: S. Sołtyski, A. Szajkowski, A. Szumowski, J. Szwaja: *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*. T. IV. C.H. Beck, Warszawa 2004, s. 206) właściwszy byłby termin „fuzja sensu stricto” z uwagi na biznesowe znaczenie słowa fuzja odnoszące się do obu typów połączeń. Szeroko o kwestiach terminologicznych wypowiada się A. Witosz w: *Łączenie, podział...*, op. cit., s. 71-74).

jęcie (inkorporacja). Proces ten charakteryzuje się tym, że nie powstaje w następstwie jego przeprowadzenia nowy podmiot prawa, lecz majątek spółki przejmowanej przenoszony jest na spółkę przejmującą. Równoległe z przesunięciami majątkowymi następuje rozszerzenie składu osobowego spółki przejmującej, jako że jej współnikami stają się dotychczasowi członkowie spółki przejmowanej.

W przepisach definiujących wyżej wskazane sposoby łączenia spółek (art. 492 §1 k.s.h.) ustawodawca – w odniesieniu do połączenia przez przejęcie – posługuje się liczbą pojedynczą. Wskazano, że cały majątek spółki inkorporowanej jest przenoszony na spółkę inkorporującą (inną spółkę już istniejącą) w zamian za udziały lub akcje tej spółki, wydawane dotychczasowym współnikom spółki przejmowanej. W ujęciu definicyjnym inkorporacja stanowi (literalnie) dwustronną relację pomiędzy zainteresowanymi spółkami, z których jedna kończy swój żywot jako podmiot prawa, a druga najczęściej dokonuje podwyższenia kapitału, by nowo emitowane udziały lub akcje wydać w zamian za uzyskany majątek spółki przejmowanej. Dla porządku rzeczy należy zaznaczyć, że art. 515 §1 k.s.h. wprowadza możliwość przejęcia bez podwyższenia kapitału zakładowego.

Przy tej metodzie legislacyjnej, jak jest posługiwanie się liczbą pojedynczą, nie można na jednak przypisać znaczenia nakazu ograniczenia procedur łączeniowych do wyłącznie jednej spółki przejmującej i jednej spółki przejmowanej. Założenie racjonalnego ustawodawcy nie pozwala na akceptację takiego rygoru. Konieczność przeprowadzania odrębnych postępowań w odniesieniu do kolejnych spółek przejmowanych prowadziłyby do niedającego się uzasadnić skomplikowania przedsięwzięcia. Procedury restrukturyzacyjne same z natury rzeczy długotrwałe i dalsze ich wydłużenie graniczyłyby z absurdem, zwłaszcza w przypadku łączenia spółek powiązanych ze sobą kapitałowo lub osobowo. Charakterystyczne jest, że nowelizacja Kodeksu spółek handlowych³ wprowadziła dodatkowe instrumenty zmierzające do skrócenia procedur w tych wypadkach, w których ściśle trzymanie się formalnych ram nie jest uzasadnione potrzebą ochrony interesów zainteresowanych osób. W szczególności można wskazać na wprowadzenie wyjątków od konieczności badania planów przez biegłego rewidenta (por. art. 503¹ i 538¹ k.s.h.). Należy podkreślić, że art. 491 §3 k.s.h. w sposób wyczerpujący wymienia przypadki wykluczające możliwość łączenia spółek. Brakuje tu oczywiście przejęcia wielu spółek w jednym postępowaniu, a zasada *exceptiones non sunt extendendae* znajdzie tu zastosowanie.

Integracja kilku połączeń przez przejęcie w ramach jednej procedury ma swoje korzystne skutki nie tylko w postaci zwiększenia efektywności przedsięwzięcia i skrócenia czasu restrukturyzacji. Metoda taka pozwala na ograniczenie

³ Ustawa z dnia 5 grudnia 2008 r. o zmianie ustawy – Kodeks spółek handlowych oraz ustawy o obrocie instrumentami finansowymi (Dz.U.09.13.69).

kosztów związanych z przygotowaniem, przeprowadzeniem i rejestracją połączenia. Jednoczesne przejście wielu spółek prowadzi do koncentracji gospodarczego wydatku ku tych zmian. Skumulowane w czasie, jednorazowe powiększenie majątku spółki inkorporującej o majątek wielu spółek inkorporowanych pogłębia pozytywne rezultaty tego przedsięwzięcia. Dotyczy to także natychmiastowego zwiększenia udziału w rynku i oddziaływania na konsumentów, kontrahentów i konkurentów.

Zarys procedury łączeniowej

Podstawą dla przeprowadzenia połączenia przez przejście wielu spółek jest uzgodnienie dokonywane pomiędzy zainteresowanymi podmiotami na podstawie art. 498 k.s.h. Jego rezultatem będzie sporządzenie planów przekształcenia. Plan jest pierwszym czynnym elementem w procedurze inkorporacji, aczkolwiek stanowi on rezultat wcześniejszych działań podejmowanych przez spółki rozważające możliwość połączenia. Te pierwsze kroki nie mają znaczenia prawnego na gruncie procedury łączeniowej (choć mogą tworzyć zobowiązania pomiędzy stronami, np. co do sposobu prowadzenia dalszych negocjacji), mogą jednak być przybiera formą formalnych dokumentów. W przypadku inkorporacji wielu spółek dobre praktyki mogą być wstępnie porozumienia zawierane bilateralnie pomiędzy spółkami przejmującymi i poszczególnymi spółkami przejmowanymi. Ich brzmienie musi być następnie wprowadzone do ostatecznego planu przekształcenia, zgodnie z wymogami co do jego treści, zawartymi w art. 499 k.s.h.⁴

Inkorporacja wielu spółek wymaga również sporządzenia jednego, bo uzgodnionego planu połączenia⁵. W płaszczyźnie faktycznej będzie to jednak szereg dokumentów, z których każdy będzie przedkładany wspólnikom danej spółki i składany odrębnie we właściwym sądzie rejestrowym (art. 500 §1 k.s.h.). Treść wszystkich tych dokumentów musi być identyczna. Uchwały zarządów poszczególnych spółek muszą przyjmować to samo w brzmieniu plany połączenia. Tylko w takim wypadku można przyjąć, że spełnił się warunek uzgodnienia.

Plany połączenia spółek podlegają zgłoszeniu do sądów rejestrowych spółek uczestniczących w postępowaniu i następnie ogłoszeniu, co musi nastąpić nie później niż na miesiąc przed planowanym dniem powzięcia uchwały łączeniowej. Termin należy obliczać według pierwszej uchwały, jaka ma być głosowana. Ich podejmowanie w poszczególnych spółkach nie musi bowiem nastąpić w tym samym dniu. Plan podlega następnie badaniu przez biegłego w zakresie

⁴ W odniesieniu do przejmowania spółek osobowych należy zastosować art. 518 k.s.h. Dla uproszczenia niniejsze opracowanie skupia się na przejściu spółek kapitałowych.

⁵ Por. A. Szumowski w: S. Sołtyski et al.: Op. cit., s. 310.

poprawno ci i rzetelno ci. Biegłego wyznacza s d rejestrowy wła ciwy dla spółki inkorporuj cej, lecz wniosek musi by wspólnym o wiadczeniem wszystkich spółek uczestnicz cych w poł czeniu⁶. Je li jednak e wszyscy wspólnicy ka dej z ł cz cych si spółek wyrazili na to zgod , opinia biegłego jest zb dna (art. 503¹ k.s.h.). Kolejne przypadki uproszczonej procedury ł czeniowej przewiduje art. 516 §1, §6 i §7 k.s.h.

Dalszy element procedury jest realizowany samodzielnie w poszczególnych ł cz cych si spółkach. Zarz dy wszystkich podmiotów sporz dzaj pisemne sprawozdania uzasadniaj ce poł czenie ze wskazaniem zarówno na podstawy prawne, jak i ekonomiczne (art. 501 k.s.h.). Szczególnej uwagi wymaga stosunek wymiany udziałów lub akcji, który pozostaje kluczowy dla wspólników (akcjonariuszy) spółek inkorporowanych. Według ustawodawcy sprawozdania maj wskazywa na szczególne trudno ci zwi zane z wycen udziałów lub akcji, je li takowe si pojawiły. Sprawozdanie jest sporz dzane z punktu widzenia konkretnej spółki, a jego tre powinna by adresowana do jej wspólników (akcjonariuszy). Tym samym mo na przyj , e jego tre nie b dzie musiała by ujawniona innym przejmowanym spółkom.

Zwie czeniem procedury b dzie przyj cie w poszczególnych spółkach uczestnicz cych w poł czeniu stosownych uchwał i zgłoszenie inkorporacji do rejestru przez zarz d ka dej z ł cz cych si osób prawnych ze wskazaniem, czy dana spółka wyst puje w roli przejmuj cej, czy przejmowanej.

Problem teoretyczny i problem praktyczny

Powy sze rozwa ania mo na podsumowa w ten sposób, e w du ej mierze procedury inkorporacyjne przebiegaj w poszczególnych spółkach samodzielnie, jednak e ich podstaw jest uzgodniony wspólnie plan poł czenia. Jego tre musi by to sama dla wszystkich spółek, dlatego obejmuje on nie tylko dane dotycz ce bilateralnego stosunku przej cia, ale równie informacje o innych spółkach przejmowanych. Obserwacja ta jest podstaw teoretycznego problemu przyj tego za meritum niniejszego opracowania. Jaki jest charakter prawny poł czenia przez przej cie wielu spółek? Czy nale y rozpatrywa go w kategoriach dwustronnych relacji pomi dzy spółk przejmowan i przejmuj c , czy te procedura ta stanowi wielostronny stosunek prawny (umow) obejmuj cy w nierozwalny sposób wszystkie spółki przejmowane i spółk przejmuj c ?

Odpowied na powy sze pytania ma oczywi cie swój wymiar doktrynalny. Analiza b dzie sprowadza si do okre lenia, czy plan przekształcenia ma cha-

⁶ Szerzej o formalnej stronie wniosku o wyznaczenie biegłego wypowiada si A. Kidyba w: *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, wyd. III, Zakamycze 2005, s. 969.

rakter zbliżony do umowy wielostronnej, czy też jest jedynie dokumentem formalnym, stworzonym na potrzeby procedury łączeniowej, a relacje prawne w jej obrębie mają wyłącznie charakter dwustronny oparty bezpośrednio na przepisach prawa. W sytuacji, w której inkorporacja przebiega jak zaplanowano, rozstrzygnięcie tego zagadnienia nie będzie istotne dla spółek uczestniczących w restrukturyzacji. Przedstawiona teoretyczna wątpliwość zyska jednak nowy wymiar w momencie, w którym przeprowadzenie połączenia w zaplanowanym kręgu podmiotów okaże się niemożliwe. W szczególności kwestia ta (problem praktyczny) dotyczy sytuacji, w której jedna ze spółek przejmowanych nie przyjęła uchwały łączeniowej albo uchwała ta została skutecznie zaskarżona. Czy możliwe jest zakończenie procedury rejestracji łączącego połączenia obejmującego jedynie niektóre ze spółek przejmowanych, czy też taki stan faktyczny oznacza upadek całego przedsięwzięcia, sąd powinien odmówić rejestracji połączenia łączącego, a pozostałe spółki stanowią w obliczu konieczności powtórzenia wszystkich czynności inkorporacyjnych w odpowiednio zmodyfikowanym składzie osobowym?

Uchwały łączeniowe jako umowa

Prawo polskie zna konstrukcję umowy wielostronnej. Jej istota polega na złożeniu wielu oświadczeń woli, które łącznie dopiero składają się na czynność prawną. Z natury rzeczy każda umowa ma charakter wielostronny – by doszła do skutku, wymaga się co najmniej dwóch oświadczeń woli. Nie ma jednak górnych granic określających liczebność stron umowy. Klasycznym przykładem pozostają umowy spółek handlowych, w szczególności spółek osobowych, które muszą być podpisane przez co najmniej dwa podmioty, przy czym najczęściej liczebność współników jest wysza. Wszystkie oświadczenia woli składające się na umowę wielostronną muszą być ze sobą w pełni zgodne, co stanowi podstawowe rozgraniczenie definicyjne pomiędzy konstrukcjami umowy i uchwały.

W przypadku inkorporacji podniesiono w doktrynie⁷, że uchwały poszczególnych uczestniczących w procesie spółek tworzą w swej istocie umowę łączeniową. W tym ujęciu uchwały kolejnych spółek stanowiłyby o oświadczeniach woli tych podmiotów, które zawierają pomiędzy nimi wielostronny stosunek prawny. Powyższe stanowisko o umownym charakterze połączenia (problem teoretyczny) zdaje się sprzyjać koncepcji integralności procesu łączenia (problem praktyczny), który może zakończyć się powodzeniem jedynie w razie utrzymania niezmiennego składu łączących się spółek w toku całej procedury. A. Szuma-

⁷ A. Szumański w: S. Sołtysiński et al.: Op. cit., s. 392-393 i powołana tam literatura.

ski – zwolennik przywołanej teorii – stwierdza ponadto⁸, że działania spółki, które staną na przeszkodzie rejestracji połączenia (takie jak wadliwe podjęcie uchwały, niezłożenie wniosku do rejestru przedsiębiorców) należy rozpatrywać pod kątem odpowiedzialności *ex contractu* na podstawie art. 471 k.c.

Wyżej przywołany też o zawarciu wielostronnej umowy w drodze przyjęcia uchwał łączących poddawanych w wątpliwość⁹. Należy w tym miejscu zwrócić uwagę na techniczno-prawny aspekt procedury w kontekście uznania umownego charakteru inkorporacji. A. Szumański stwierdził, że „(...) zgodne uchwały łączące organów właścicielskich tworzą *sui generis* umowy łączące pomiędzy spółkami”¹⁰. Jednakże aby stwierdzić nawiązanie relacji prawnych pomiędzy jednostkami organizacyjnymi, musi dojść do aktu reprezentacji. Tylko za sprawą owego wykonawczego względem prowadzenia spraw spółki działania, ukierunkowanego na osobę kontrahenta, może być wyrażona prawnie skuteczna wola danego podmiotu.

Tymczasem ani zgromadzenie wspólników, ani walne zgromadzenie akcjonariuszy nie są organami uprawnionymi do reprezentowania spółki. Z kolei sama istota uchwały do pewnego stopnia klęczy się z pojęciem reprezentacji. Można wskazać, że to wewnątrzspółkowe zarządzanie realizuje się zwykle za pomocą uchwał (por. art. 208 §4 i 371 k.s.h.), podczas gdy reprezentacja wymaga – gdy nie jest jednoosobowa – zgodnego współdziałania uprawnionych osób (por. art. 205 §1 i 373 §1 k.s.h.). O wiadczenie woli musi być jednolite w swojej treści, tymczasem istota uchwały opiera się na dopuszczalnych różnicach zdań pomiędzy osobami głosującymi. Uchwała stanowi zbiór oświadczeń głosujących, którego rezultatem jest czynność konwencjonalna¹¹, względem której jedynie wyjątkowo i odpowiednio można stosować przepisy o czynnościach prawnych.

Można oczywiście podnieść, że nie w każdej sprawie to zarząd uprawniony jest do reprezentacji. Warto jednak zauważyć, że w tych przypadkach, gdzie wchodzi w grę reprezentacja spółki przez zgromadzenie wspólników (walne zgromadzenie akcjonariuszy), przewidziana jest jedynie możliwość wyznaczenia uchwałą pełnomocnika do dokonania aktu reprezentacji, np. w art. 210 §1 i 379 §1 k.s.h. Na etapie tworzenia spółki akcyjnej założyciele co prawda mogą działać kolegiально bez potrzeby ustanawiania pełnomocnika, jednakże musi dojść do zgodnego działania wszystkich założycieli (art. 323 §2 k.s.h.).

⁸ Ibid., s. 392.

⁹ Czyni to, choć bez szerszej argumentacji, A. Witosz (w: *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*. Red. W. Pyziół, Warszawa 2008, s. 1044).

¹⁰ A. Szumański w: S. Sołtysiński et al.: *Op. cit.*, s. 392.

¹¹ J. Fręckowiak: *Uchwały zgromadzeń wspólników spółek kapitałowych sprzeczne z ustawą*. PPH 2007/11, s. 7 i n.

Teoria organów osoby prawnej opiera się na przyjęciu fikcji, zgodnie z którą o wiadczenia osób prawidłowo powołanych w skład organu i wykonujących swe funkcje uważa się za o wiadczenie woli osoby prawnej. Zgromadzenie wspólników (walne zgromadzenie akcjonariuszy) jest organem spółki, lecz przywołana teoria opiera się na założeniu, że to osoby fizyczne¹² mogą dokonywać działań faktycznych i dlatego o wiadczenie woli osoby prawnej w płaszczyźnie faktycznej musi pochodzić od osób fizycznych – członków organu. Przypisanie uchwał organu właściwości charakteru o wiadczenia woli spółki nie przystaje do założenia teorii organów osoby prawnej.

Nie można uznać za wystarczający argument¹³, że uchwała jest o wiadczeniem woli spółki, bo jej celem staje się wywołanie skutku prawnego. W wielu przypadkach celem uchwały organu właściwości charakteru jest bowiem właściwie osiągnięcie skutku prawnego, co nie zmienia faktu, że potrzebny jest odrębny akt reprezentacji, realizowany zasadniczo przez zarząd. Przykładowo, uchwała wyrażająca zgodę na sprzedaż przedsiębiorstwa (art. 228 pkt 3, 393 pkt 3 k.s.h.) zmierza do osiągnięcia skutku prawnego, ponieważ bez tego elementu o wiadczenie zarządu byłoby nieważne. Uchwała taka nie stanowi jednak o wiadczenia woli spółki.

W konsekwencji trudno jest przyjąć, by to uchwały podejmowane przez organy właściwości charakteru poszczególnych spółek byłyby aktami reprezentacji zawierającymi w swej treści o wiadczenia woli spółek tworzące umowę o połączenie. Niewątpliwie podjęcie uchwał jest warunkiem *sine qua non* inkorporacji, lecz to nie oznacza, że w następstwie tych zdarzeń dochodzi do nawiązania pomiędzy spółkami uczestniczącymi w połączeniu stosunku prawnego o charakterze umownym.

Wydaje się, że odpowiedniejsze jest uznanie uchwały zgromadzenia wspólników (walnego zgromadzenia akcjonariuszy) za akt wewnętrzny spółki, który stanowi wyraz akceptacji dla działań zarządu przygotowującego formalnie stron połączenia. Uchwała stanowi wyraz woli wspólników lub akcjonariuszy¹⁴, jednak w odniesieniu do przygotowanego przez zarząd planu połączenia nie jest sama w sobie o wiadczeniem woli spółki. Jest zgodą właściwości charakteru spółki na połączenie, a nie o wiadczeniem osoby prawnej. Kreuje zobowiązanie dla zarządu do przeprowadzenia dalszej części postępowania połączeniowego¹⁵, a dopiero

¹² Por. S. Dmowski w: S. Dmowski, S. Rudnicki: *Komentarz do Kodeksu cywilnego. Księga pierwsza. Część ogólna*, Warszawa 2011, s. 163.

¹³ A. Szumański w: S. Sołtyński et al.: *Op. cit.*, s. 392.

¹⁴ Por. S. Krzeż w: J. Jacyszyn, S. Krzeż, E. Marszałkowska-Krzeż: *Kodeks spółek handlowych. Komentarz. Orzecznictwo*, Warszawa 2001, s. 598, który pisze, że uchwała „(...) powinna zawierać jednoznaczne o wiadczenie wspólników (akcjonariuszy), że woli ich [podkreślenie własne – A.J.W.] jest połączenie spółek”.

¹⁵ A. Witosz: *Kodeks spółek handlowych...*, *op. cit.*, s. 1044.

w następnym dopełnieniu wszelkich wymogów tej procedury nastąpi pojęcie z mocy prawa. Uchwała nie może więc prowadzić do nawiązania stosunku umownego pomiędzy tymi spółkami. Z uwagi na formalny kształt uchwały zgodą wspólników (akcjonariuszy) na osiągnięcie skutków pojęcia jest oczywiście oceniana w odniesieniu do ich zbiorowości, a nie poszczególnych osób.

Pozostaje wreszcie kwestia odpowiedzialności. A. Szumański¹⁶, opowiadając się za teorią umowy, szuka jej podstawy w art. 471 k.c., pisząc o odpowiedzialności *ex contractu* „na wypadek niedojścia pojęcia do skutku”. O ile w przypadku niezłożenia wniosku o wpis pojęcia do rejestru zastrzeżenie brak, o tyle trudno zaakceptować tak młodo w sytuacji, gdy akcjonariusz mniejszościowy zaskarżył uchwałę pojęciową, co doprowadziło do upadku procesu pojęcia. Nie sposób obciążyć spółki odpowiedzialnością za skorzystanie przez wspólnika (akcjonariusza) ze swojego prawa. A przecież – przyjmując teorię umowy – kontrakt zostaje zawarty z chwilą podjęcia uchwały pojęciowej i to nie pod warunkiem, że nie zostaną one zaskarżone. Uchwały organów właścicielskich w spółkach kapitałowych wywierają pełne skutki prawne a do momentu ich uchylecia lub stwierdzenia nieważności. Przy tym teoria umowy nie jest niezbędna dla ustalenia odpowiedzialności odszkodowawczej, jej podstawą bowiem szukać w art. 415 k.c.

Plany pojęcia jako umowa

Odmawiając uchwałom pojęciowym charakteru kreujących umowę o wiadczenie woli, dla ewentualnego uzasadnienia tezy o umownym charakterze pojęcia przez przyjęcie, można próbować odnieść się do planów pojęcia przygotowywanych przez zarządy poszczególnych spółek. Plan jest bowiem aktem organu zarządzającego, uprawnionego do reprezentacji spółki. Poprzez fakt negocjacji z innymi podmiotami co do kształtu inkorporacji można próbować stworzyć tezę, że plan ma charakter o wiadczenia woli wymaganego do nawiązania relacji umownych pomiędzy tymi spółkami¹⁷.

Przyjęcie przez zarządy poszczególnych spółek planów pojęcia nie musi pokrywać się w czasie. Nie jest jednak niczym niezwykłym stopniowe uzyskiwanie o wiadczenie woli stron stosunku prawnego. Z uwagi na wymóg zgody zgromadzenia wspólników lub walnego zgromadzenia akcjonariuszy samo przyjęcie planów nie wywołuje jeszcze skutku prawnego – do tego potrzebna jest akceptująca uchwała organu właścicielskiego, a przy tym nawet po podjęciu uchwały skutek tak zawiązanej umowy pojęciowej pozostaje zawieszony a

¹⁶ A. Szumański w: S. Sołtysiński et al.: Op. cit., s. 392.

¹⁷ M. Borkowski: *Łczenie się spółek akcyjnych*, Warszawa 2002, s. 32-33.

do chwili wpisania poł czenia do rejestru przedsi biorców¹⁸. W wy ej zarysowanej koncepcji uchwała poł czeniowa nie stanowi o wiadczenia woli spółki, cho jest niezb dna dla skuteczno ci takiego o wiadczenia uj tego w tre ci planu poł czenia. W momencie gdy plan poł czenia b d cy aktem reprezentacji spółki zostanie dopełniony uchwał zgromadzenia wspólników lub walnego zgromadzenia akcjonariuszy, dochodziłoby do nawi zania pomi dzy spółkami uczestnicz cymi w poł czeniu relacji prawnej o charakterze umownym.

Wy ej wykrystalizowana teza opiera si na uznaniu planów przygotowawczych przez zarz dy poszczególnych podmiotów za ich o wiadczenia woli. Takie zało enie kłóci si jednak z istot planu poł czenia. Kluczowym argumentem przemawiaj cym przeciwko teorii umowy jest obserwacja, e plany poł czenia maj znaczenie wewn trzspółkowe. Uzgodnienie nie przybiera formy odr bnego porozumienia pomi dzy ł cz cymi si spółkami¹⁹, lecz nast puje w drodze uchwał poszczególnych zarz dów, które przyjmuj jednolity w tre ci plan poł czenia. Mo e by wi c uznane za prowadzenie spraw spółki, lecz nie za akt reprezentacji. Jakkolwiek plany podlegaj uzgodnieniu pomi dzy zainteresowanymi spółkami, to nie ulega w tpliwo ci, e ich adresatem s wspólnicy (akcjonariusze) konkretnej spółki przejmowanej i spółki przejmuj cej. Ci wi c, którzy maj otrzyma udziały (akcje) w spółce przejmuj cej i ci, których pozycja w niej ulegnie zmianie na skutek poszerzenia składu osobowego.

Charakterystyczne jest, e ka da spółka sporz dza swój plan poł czenia (nie jest on dokumentem podpisanym przez wszystkie zarz dy) i samodzielnie zgłasza go do s du rejestrowego. Przepis art. 500 §1 k.s.h. mówi o zgłoszeniu do „s du rejestrowego ł cz cych si spółek”, co – literalnie odczytane – mogłoby sugerowa , e ustawodawca wprowadził szczegól n wla ciwo jednego s du dla całego procesu ł czenia si spółek. Stanowisko doktryny²⁰ nie pozostawia w tpliwo ci, e ka da ze spółek dokonuje zgłoszenia do s du rejestrowego wla ciwego ze wzgl du na swój siedzib . Taka wykładnia pozostaje przy tym w systemowej zgodzie z art. 507 §1 k.s.h. i zgłoszeniem uchwał poł czeniowych do rejestrów wla ciwych dla poszczególnych spółek.

Równie tre planu poł czenia przeczy tezie o wielostronnym, umownym charakterze inkorporacji wielu spółek. Doszukiwanie si umowy o poł czenie zakłada istnienie wielostronnych relacji prawnych pomi dzy spółkami uczestnicz cymi w post powaniu. Tymczasem informacje umieszczone w planie s ukierunkowane na bilateralne stosunki pomi dzy spółk przejmuj c i przejmowan . O ile wymienia si wszystkie spółki uczestnicz ce w poł czeniu (art. 499

¹⁸ Z t chwil (dzie poł czenia) nast puj jego skutki prawne – art. 493 §2 k.s.h.

¹⁹ A. Szuma ski w: S. Sołtysi ski et al.: Op. cit., s. 310.

²⁰ A. Witosz: *Kodeks spółek handlowych...*, op. cit., s. 1034-1035; A. Kidyba w: *Ibid.*, s. 968.

§1 pkt 1 k.s.h.), o tyle dalsze elementy skupiaj się na dwustronnie dokonującej się inkorporacji. Taki charakter ma przede wszystkim stosunek wymiany udziałów lub akcji spółki przejmowanej na udziały lub akcje spółki przejmującej. Parytet ten jest wypadkową wzajemnego stosunku majątków spółki inkorporującej i inkorporowanej. Jako że każda z wielu spółek przejmowanych będzie zwykle w różnej sytuacji ekonomicznej, wskaźniki wymiany będą różne w odniesieniu do każdego kolejnego podmiotu. Jest niemal pewne, że ustalenie jednego wspólnego parytetu, który pozwalałoby na integralne spojrzenie na przebieg wielu spółek, jest niemożliwe.

Podobnie bilateralne cechy charakteryzują zasady przyznania udziałów i akcji w spółce przejmującej, co jest następstwem powyższego wskaźnika wymiany. Gdy spółka inkorporująca jest spółką akcyjną, praktyka zmierza w kierunku tworzenia odrębnych emisji nowych akcji dla wspólników (akcjonariuszy) kolejnych spółek przejmowanych. Taka metoda ma wiążące uzasadnienie, gdy ma być zastosowany art. 515 k.s.h., czyli gdy spółka inkorporująca posiada udziały lub akcje spółki inkorporowanej lub własne akcje z przeznaczeniem na obsługę połączenia. Kontynuując, określenie dnia dywidendy także realizuje się na płaszczyźnie nie spółki przejmującej – spółki przejmowanej. Ewentualne przyznanie przez spółkę przejmującą szczególnych uprawnień również ma charakter dwustronny. To samo dotyczy szczególnych korzyści dla członków władz i innych osób.

Wyżej wskazane istotne elementy planu połączenia przybiorą swój kształt w następstwie dwustronnych relacji pomiędzy spółką przejmującą i przejmowaną. Będzie konsekwencją wzajemnego układu sił pomiędzy tymi dwoma podmiotami, nawet jeżeli negocjacje były prowadzone w szerszym gronie, równoległe z wieloma spółkami inkorporowanymi. W ostatecznym rozrachunku wymienione parametry połączenia będą musiały zostać zaakceptowane przez zarząd spółki przejmującej z uwagi na atrakcyjność inkorporacji konkretnej spółki, a nie całej ich grupy. Z kolei zarząd spółki przejmowanej będzie musiał rozstrzygnąć, czy określone warunki inkorporacji są zadowalające i to niezależnie od tego, jakie zostały ustalone z innymi uczestnikami postępowania. Tej samej oceny będą musieli dokonać wspólnicy lub akcjonariusze obu spółek. Jest oczywiste, że mogą oni wypowiedzieć się jedynie w swoim imieniu i wyrazić zgodę jedynie na połączenie spółki, w której pozostają wspólnikami lub akcjonariuszami. Nie mogą odnosić się do przebiegu innej spółki w ramach tej samej procedury. Nie mogą akceptować lub nie akceptować parytetu wymiany w obcych im podmiotach. Jakikolwiek wpływ działa członków jednej osoby prawnej na członków innej musiałby mieć swój podstaw w wyraźnym przepisie prawa, a obecnie ci takiego nie sposób stwierdzić.

Nie można na zaprzeczyć, że dane dotyczące innych spółek przejmowanych będą przedmiotem zainteresowania zarówno zarządu, jak i wspólników (akcjonariuszy) każdej spółki przejmowanej. Organ zarządzający będzie w toku uzgadniania zasad połączenia kształtował swoje stanowisko negocjacyjne także w zależności od kierunku ustaleń czynionych z innymi spółkami. Poszczególni wspólnicy mogą uzależnić swoją decyzję co do sposobu głosowania od tego, jak warunki dla nich przewidziane mają się do zasad wymiany udziałów lub akcji w pozostałych podmiotach.

Nie zmienia to jednak oceny relacji pomiędzy spółkami uczestniczącymi w połączeniu przez przejście jako dwustronnych. Warunki uzgodnione względem pozostałych spółek inkorporowanych mają swoją wagę, lecz tylko informacyjną. Dane te, zawarte w planie połączenia, mają zapewnić przejrzystość procedury i umożliwić podjęcie wiadomej decyzji przez wspólników (akcjonariuszy) spółki przejmowanej. Takie znaczenie nie ulega najmniejszej wątpliwości. Jednakże to za mało, by na tej podstawie dopatrywać się w inkorporacji wielu spółek umowy wielostronnej.

Aby przypisać taki charakter omawianej procedurze, konieczne byłoby stwierdzenie prawnego charakteru relacji pomiędzy spółkami przejmowanymi. Dotychczasowe ustalenia pozwalają jedynie na uznanie znaczenia informacyjnego i ekonomicznego (uproszczenie procedury) integracji w ramach jednego postępowania przejścia wielu spółek. Treść planu połączenia, a więc kluczowe elementy inkorporacji, wskazuje jednoznacznie na to, że prawne konsekwencje przejścia zostały zogniskowane na relacjach dwustronnych.

Przejście spółek jako skutek *ex lege* procedury restrukturyzacyjnej

Każdy plan połączenia, choć uzgodniony z innymi podmiotami zainteresowanymi, ma znaczenie wewnętrznie spółkowe. Plany połączenia nie kreują umowy łączącej członków zarządu i wspólników. Ich rolą jest zaprezentowanie możliwości połączenia na określonych zasadach wspólnikom lub akcjonariuszom poszczególnych spółek. Ci, w drodze uchwały, mogą zdecydować o przeprowadzeniu restrukturyzacji lub odrzuceniu tego pomysłu. Wyrażą oni własną wolę o skutkach prawnych, które z mocy prawa będą realizowały się w dwustronnych relacjach między

²¹ Za takim stanowiskiem opowiada się większość doktryny. Por. w szczególności wypowiedzi A. Szumskiego (w: S. Sołtyski et al.: Op. cit., s. 306-307), który przedstawia liczne, odmienne od prezentowanych w niniejszym opracowaniu, argumenty przeciwko uznaniu planów za umowy. Patrz także: S. Krzeski: Ibid., s. 591; A. Kidyba w: Ibid., s. 957; M. Rodzyńkiewicz: *Łączenie się spółek. Komentarz*, Warszawa 2002, s. 93-94.

dzy spółk przejmuj c a przejmowan (jej wspólnikami lub akcjonariuszami). Tak e tu nie sposób uzna istnienia umowy pomi dzy ł cz cymi si spółkami. Równie zbiorcze uj cie planów i uchwał²² nie stanowi satysfakcjonuj cej podstawy dla przyj cia, e na którymkolwiek etapie procedury inkorporacji wielu spółek dochodzi do zawarcia wielostronnej umowy²³.

Nie mo na odrzuci teorii umowy wielostronnej bez zaproponowania alternatywnego spojrzenia na charakter prawny poł czenia przez przej cie wielu spółek. W uproszczeniu procedura ta sprowadza si do emisji nowych udziałów (akcji) przez spółk przejmuj c , które b d obj te przez wspólników (akcjonariuszy) spółki przejmowanej i „opłacone” jej maj tkiem (art. 492 §1 k.s.h.)²⁴. W tym schemacie nie pojawia si relacja prawna, której mo na by przypisa cechy umowy pomi dzy spółkami. Spółka przejmowana ulegnie rozwi zaniu bez przeprowadzania post powania likwidacyjnego z dniem poł czenia i jest ona – jako podmiot prawa – *de facto* irrelevantna dla inkorporacji. W istocie rzeczy dochodzi bowiem do zmiany umowy (statutu) spółki przejmuj cej – w postaci uchwały zgromadzenia wspólników lub walnego zgromadzenia akcjonariuszy – oraz do nawi zania relacji członkowskich pomi dzy spółk przejmuj c i wspólnikami (akcjonariuszami) spółek przejmowanych.

Osoby te z mocy prawa staj si wspólnikami (akcjonariuszami) spółki przejmuj cej. Obecno art. 494 §4 k.s.h. znosi konieczno podpisywania umów o obj cie akcji lub umów o przyst pieniu do spółki z ograniczon odpowiedzialno ci , co znacz co ułatwia przeprowadzenie procedury²⁵. Oznacza to, e nie wyst puje etap zawarcia umowy pomi dzy spółk przejmuj c a wspólnikami (akcjonariuszami) spółki przejmuj cej. Osoby te *ex lege* staj si stronami umowy spółki z ograniczon odpowiedzialno ci lub akcjonariuszami²⁶. Formaln tego podstaw s zdarzenia prawne w postaci uchwał ł czeniowych w obu spółkach.

W tak zakre lonej konstrukcji brakuje uzasadnienia dla poszukiwania umowy ł cz cej wszystkie spółki przejmowane ze spółk przejmuj c . Byty prawne tych pierwszych ustaj , a tym samym naturalne jest, e relacje prawne b d nawi zywały si nie pomi dzy ko cz cym swoje istnienie podmiotem, lecz jego wspólnikami (akcjonariuszami) a osob prawn , której nowymi członkami si stan . Uchwały ł czeniowe nie stanowi o wiadcze woli spółek, które zmierza-

²² Por. A. Kidyba w: *Kodeks spółek handlowych...*, op. cit., s. 958.

²³ A. Szuma ski (w: S. Sołtysi ski: Op. cit., s. 306-307) odrzuca tak koncepcj z uwagi na brak wyra nego przepisu, odpowiednika art. 63 §1 k.c.

²⁴ Nie jest to aport. Tak: Ibid., s. 208. Jednak udziały (akcje) stanowi ekwiwalent za przej ty maj tek spółki przejmowanej w miejsce pieni dzy. Tak: A. Kidyba w: *Kodeks spółek handlowych...*, op. cit., s. 935.

²⁵ A. Szuma ski w: S. Sołtysi ski et al., Op. cit., s. 208.

²⁶ Ibid., s. 259.

j do wywołania skutku prawnego w postaci zawarcia umowy, jakiej konsekwencji będzie poł czenie²⁷. Słone o wiadczeniach wspólników (akcjonariuszy) zgadzających się na wystąpienie z mocy ustawy skutków poł czenia w momencie dopełnienia formalnych warunków procedury.

Należy także dodać, że zgodnie z art. 497 §1 k.s.h. do ł czenia się spółek przez przejęcie stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące powstania spółki przejmującej. Wydaje się, że odesłanie to należy odczytać jako dodatkowy argument przeciwko teorii umowy pomiędzy spółkami. Ustawodawca kształtuje konstrukcję poł czenia spółek w kierunku tworzenia podmiotu prawa (czy – w przypadku przejęcia – w kierunku poszerzenia składu osobowego spółki przejmującej). Takie założenie kładzie nacisk na relacje prawne pomiędzy wspólnikami (akcjonariuszami) spółki przejmowanej i spółki przejmującej. Ponownie brakuje uzasadnienia i potrzeby budowania relacji prawnych na płaszczyźnie spółki inkorporowanej i inkorporującej.

Przepis art. 494 k.s.h. formułuje zasadę sukcesji uniwersalnej spółki przejmującej po spółkach przejmowanych. Charakterystyczne jest, że to bezwzględnie obowiązujący przepis prawa w sposób globalny przesądza o skutkach poł czenia, zarówno majątkowych (§1 i §2), jak i osobowych (§4). Ustawodawca nie stwierdził, że inkorporacja następuje na zasadach określonych w uzgodnionych planach poł czenia, lecz oparł się na konstrukcji skutków prawnych powstających *ex lege* w następie dopełnienia formalnych warunków procedury ł czeniowej.

Należy się również zastanowić, jaki sens miałyby umowa między wszystkimi ł czycymi się spółkami. A. Szumański rozumie ją jako obligację do dokonania rozpoczęcia tej procedury poł czeniowej, wskazując na ewentualną odpowiedzialność odszkodowawczą za niezgłoszenie wniosku do sądu rejestrowego²⁸. Nie ulega wątpliwości, że takie rozumienie relacji zobowiązań pomiędzy spółkami nie pozwala na przyjęcie teorii, zgodnie z którą cała instytucja poł czenia przez przejęcie stanowi wielostronną umowę. Wydaje się, że poszukiwanie więzów zobowiązań mogłoby ograniczyć się wyłącznie do swojej umowy o dopełnienie formalnych wymogów procedury. Jednakże samo poł czenie następuje z mocy prawa, wskutek dopełnienia owych wymogów i nie jest następstwem stosunku umownego pomiędzy ł czycymi się spółkami.

Reasumując, spółki (zarządy) uzgadniają warunki poł czenia, które przedstawiają swoim wspólnikom (akcjonariuszom). Brakuje tu oświadczenia woli zmierzającego do wywołania określonych skutków prawnych pomiędzy spółkami – plany mają charakter informacyjny i są skierowane do właściwych decydentów, czyli wspólników (akcjonariuszy). Następnie, w poszczególnych spół-

²⁷ W tym kierunku rozumuje A. Szumański (w: *Ibid.*, s. 392).

²⁸ *Ibid.*

kach s głosowane uchwały. Nie sposób dopatrzeć się umowy między spółkami, w sytuacji gdy to wspólnicy (akcjonariusze) decydują z jednej strony o zmianie umowy (statutu) spółki przejmującej i poszerzeniu jej składu osobowego, a z drugiej o ustaniu bytu prawnego spółki przejmowanej i objęciu udziałów (akcji) w spółce przejmującej. Zgodnie podjęte uchwały stanowią zdarzenie prawne, które – po zważeniu formalnych wymogów procedury w postaci rejestracji – wywołuje skutki prawne połączania z mocy ustawy. Zasada szczególnej sukcesji uniwersalnej – o konsekwencjach zarówno majątkowych, jak i osobowych – wprowadzona w art. 494 k.s.h. zdaje się wyłączać zarówno potrzebę, jak i możliwość doszukiwania się w inkorporacji więzi umownych. Wprowadzenie podstawy dla skutków prawnych połączania w postaci umowy jest zbędne, jeżeli ich źródłem jest przepis prawa.

Połączenie przez przejęcie wielu spółek jako wiązka stosunków dwustronnych

Odrzucenie teorii umowy otwiera drogę do inkorporacji wielu spółek jako formalnej i technicznie uzasadnionej wiązki dwustronnych relacji prawnych pomiędzy spółką przejmującą i przejmowaną (jej wspólnikami lub akcjonariuszami). Treść planu połączenia nie pozostawia wątpliwości, że jego istotne elementy odnoszą się do bilateralnych konsekwencji prawnych na linii spółka przejmująca – wspólnicy (akcjonariusze) spółki przejmowanej. Przepisy prawa takie operują na tej płaszczyźnie. Zasada sukcesji uniwersalnej działa w odniesieniu do każdej spółki inkorporowanej z osobna.

Ewentualny argument z art. 506 §1 k.s.h. wydaje się bezzasadny. Przywołany przepis stanowi, że „(...) połączenie się spółek wymaga uchwały zgromadzenia wspólników lub walnego zgromadzenia każdej z łączących się spółek”. Czytany samodzielnie, w oderwaniu od systematyki regulacji Kodeksu spółek handlowych, mógłby stać się podstawą dla obrony integralności połączenia, które może dojść do skutku jedynie w niezmienionym względem planów połączenia składzie osobowym. Należy jednak pamiętać, że cytowana norma odnosi się do obu sposobów połączenia. Przy jego należytej wykładni niedopuszczalne jest pominięcie tego kluczowego elementu, a interpretacja art. 506 §1 k.s.h. w oderwaniu od przepisu definiującego rodzaj połączenia musi prowadzić do błędnych rezultatów. Jak już wyżej wskazywano, art. 492 §1 pkt 1 k.s.h. ujmuje inkorporację w kategoriach bilateralnych: majątek spółki przejmowanej (liczba pojedyncza) jest przenoszony na spółkę przejmującą (liczba pojedyncza). Z kolei fuzja została przedstawiona jako stosunek wielostronny: na nową spółkę przechodzi majątek wszystkich łączących się spółek (liczba mnoga).

W tym kontekście, a nie sposób go pominąć z uwagi na wagę art. 492 §1 k.s.h., który definiuje oba tryby połącznienia, art. 506 §1 k.s.h. nie stanowi argumentu za integralnością połączenia przez przejęcie wielu spółek. Właściwa wykładnia, dokonywana z uwzględnieniem różnic pomiędzy sposobami połączenia wskazuje, że wymóg uchwały w każdej z tych spółek dotyczy w przypadku inkorporacji jedynie pary spółka przejmująca – spółka przejmowana. Relacje prawne w ramach inkorporacji zawierają się do stosunków dwustronnych i w tej perspektywie należy oceniać warunek z art. 506 §1 k.s.h. Nie dojdzie do połączenia, jeżeli wspólnicy (akcjonariusze) spółki przejmującej nie zgodzą się na przejęcie całości majątku spółki przejmowanej w zamian za udziały i akcje, na co z kolei muszą się zgodzić także wspólnicy (akcjonariusze) spółki przejmowanej. Zasady połączenia są zatem – jak to wyżej dowiedziono – istotne jedynie w płaszczyźnie dwustronnych relacji pomiędzy tymi osobami prawnymi (ich członkami). Jedynie w odniesieniu do zawiania nowej spółki wymóg uchwały w każdej z tych spółek może na – zgodnie z brzmieniem art. 492 §1 pkt 2 k.s.h. – odnosić do wszystkich spółek uczestniczących w postępowaniu.

W konsekwencji dotychczasowych rozważań i po odrzuceniu ewentualnego kontrargumentu w postaci art. 506 §1 k.s.h., można przyjąć, że połączenie przez przejęcie wielu spółek jedynie z technicznego punktu widzenia stanowi jedną procedurę. W płaszczyźnie prawnej to wiązka dwustronnych relacji przejęcia zachodzących pomiędzy spółką inkorporującą i kolejnymi spółkami inkorporowanymi. W efekcie nie ma uzasadnienia teza, że połączenie może dojść do skutku wyłącznie w pełnym składzie spółek, które uczestniczyły w uzgodnieniu planu połączenia. Byłoby to uzasadnione jedynie w przypadku, gdyby w planach połączenia lub uchwałach połączeniowych wyraźnie zaznaczono, że wola spółek (ich wspólników lub akcjonariuszy) jest ścisłe zachowanie składu osobowego i dokonanie połączenia jedynie z uwzględnieniem wszystkich podmiotów objętych fazą przygotowawczą.

Jeżeli więc z dowolnych przyczyn i w dowolnym momencie okaże się, że jedna lub kilka spółek przejmowanych nie doprowadzi procedury do końca, postępowanie może i powinno być kontynuowane w odniesieniu do pozostałych. Jedynie udział spółki inkorporującej jest niezbędny dla zaistnienia dwustronnych relacji prawnych przejęcia. Zbędna jest przy tym modyfikacja planów połączenia lub uchwał połączeniowych – zawarte w nich treści odniesienia do wszystkich spółek inkorporowanych mają wyłącznie techniczne znaczenie. Natomiast taka zmiana najpewniej będzie się wiązała z koniecznością odpowiedniego zmodyfikowania ostatecznej wysokości kapitału zakładowego spółki przejmującej. Nie powinno to stanowić problemu, zważywszy na fakt, że i tak zasadne w przypadku połączenia jest wykorzystanie konstrukcji widełkowego określenia wysokości

podwyższenia. Gdyby jednak instytucja ta nie była zastosowana, konieczne byłoby podjęcie uchwały przez zgromadzenie wspólników (walne zgromadzenie akcjonariuszy) spółki inkorporującej, dostosowujące wysokość kapitału zakładowego.

Kodeks postępowania cywilnego pozwala na takie podjęcie do polowania także na etapie rejestracji. Postępowanie w odniesieniu do spółki przejmowanej, w której przeprowadzona procedura okazała się wadliwa lub w której doszło do zaskarżenia uchwały poleniowej, może zostać wyłączone do odrębnego rozpoznania i zawieszona do czasu rozstrzygnięcia istniejącego sporu. W pozostałym zakresie postępowanie rejestrowe może być kontynuowane, nie ma bowiem przeszkód dla odmowy rejestracji zmian wynikających z pozostałych dwustronnych stosunków poleniowych.

Podsumowanie

Powyższa analiza prowadzi do wniosku, że doszukiwanie się w procedurze poleniowej przez polenie wielu spółek wielostronnej umowy między innymi si podmiotami, nie ma uzasadnienia; przynajmniej jeżeli chodzi o umowę w rozumieniu podstawy prawnej skutków inkorporacji. Wiązów obligacyjnych można doszukiwać się jedynie w związku do umów o prowadzenie negocjacji lub o dopełnienie technicznych wymogów procedury. Konstrukcja planów poleniowych i uchwał poleniowych nie daje natomiast podstaw dla przyjęcia teorii wielostronnej umowy tworzącej polenie. Co więcej, brakuje potrzeby kreowania tego typu rozwiązań w sytuacji, gdy byłyby prawne spółki przejmowanych ustanowione z mocy prawa z dniem poleniowej, a relacje prawne w przypadku tej procedury nawiązują się w istocie rzeczy pomiędzy spółkami przejmującymi i wspólnikami (akcjonariuszami) spółek przejmowanych. Inkorporacja jest skutkiem *ex lege* przeprowadzenia przez spółki (ich wspólników i akcjonariuszy) technicznego postępowania poleniowego. Polenie realizuje się przy tym w płaszczyźnie nie dwustronnych stosunków prawnych, a inkorporacja wielu spółek ma znaczenie jedynie techniczne i nie oznacza konieczności dochowania integralności podmiotowej procedury.

THE LEGAL CHARACTER OF THE ACQUISITION OF MULTIPLE COMPANIES

Summary

The acquisition of multiple companies during one process is a method of minimizing both time and the cost of the venture. However, since it is complicated and technical, there is some controversy about the legal character of this proceeding (a theoretical problem). The doctrine presents a theory as to whether an acquisition is a consequence

of a contract binding all of the companies involved. Such a contract is made either by the directors agreeing upon the plan of acquisition or by passing resolutions at shareholders meetings. This article refutes this conception and gives argumentation for understanding both plans of acquisition and resolutions as simply technical elements of proceedings, but that conducting them is a formal condition that brings, under the law itself, legal consequences into existence. The theoretical discussion leads to a commentary on the practical problems which epitomize one question: whether the acquisition of multiple companies can only happen while maintaining integrity (all of the companies involved must be acquired). This paper argues for accepting the possibility of registering a partial acquisition in court when proceedings cannot be concluded in a case in which some companies that were supposed to be acquired have not passed resolutions agreeing to the acquisition.

Aleksandra Lubicz-Posochowska

MATERIALNOPRAWNE PRZESŁANKI UKŁADU W POST POWANIU UPADŁO CIOWYM Z MO LIWO CI ZAWARCIA UKŁADU

Wprowadzenie

Celem artykułu jest skatalogowanie przesłanek materialnoprawnych układu w post powaniu upadło ciowym z mo liwo ci zawarcia układu. W zwi zku z faktem, i to wła nie spełnienie przesłanek materialnoprawnych układu (czyli konkretyzacji oraz realizacji norm Prawa upadło ciowego i naprawczego) warunkuje osi gni cie celu, dla którego post powanie zostało podj te – stały si one przedmiotem niniejszej pracy, aby w sposób mo liwie najpełniejszy poruszy ich tematyk oraz przewidzie mo liw skuteczno wszcz tego post powania.

Podział przesłanek na materialnoprawne i formalnoprawne

Post powanie upadło ciowe, tak jak ka de post powanie cywilne, składa si z wielu czynno ci procesowych podmiotów bior cych udział w post powaniu. Post powanie to musi odpowiada warunkom okre lonym przez prawo, by mogło by wszcz te i przeprowadzone zgodnie z prawem oraz mogło osi gn cel w konkretnym wypadku. Zagadnienie zasi gu prawnego post powania cywilnego, a wi c zasi gu jego funkcji ochronnej wyst powało w nauce prawa od dawna. Ju w literaturze justynia skiej glosatorzy rozró niali zarzuty procesowe dylatoryjne od zarzutów materialnych dylatoryjnych. W procesie rzymskim, w pierwszym stadium przedmiotem badania były przesłanki procesowe, w drugim za – sporny stosunek prawno-materialny. W prawie kanonicznym i w starym prawie germa skim równie nale ało zbada przesłanki procesowe przed przyst pieniem do badania samej sprawy (zarzuty wstrzymuj ce – łac. *exceptiones litis ingressum imperdimentes*). Podobna sytuacja wyst powała w procesie roma skim. Gruntowniej zaj ła si tym nauka bur uazyjna, nawi zuj c do rozró nienia w procesie rzymskim zarzutów, które mogły by podnoszone w stadium *in iure* i w stadium *in iudico*. Naley przy tym zaznaczy , e w zasadzie we wszystkich post powaniach cywilnych przed przyst pieniem do badania istoty, a wi c zasadno ci dania powoda udzielenia mu ochrony prawnej, bada-

no najpierw dopuszczalno samego post powania. St d wynikało rozró nienie negatywnego zakoczenia post powania z przyczyn formalnych (*absolutio ab instantia*), od negatywnego merytorycznego rozstrzygni cia sporu (*absolutio ab actione*)¹. Uznanie potrzeby ustalania prawnych granic dopuszczalno ci przeprowadzenia post powania cywilnego wyra nie wiadczy o u wiadomieniu sobie od dawna faktu, e mo liwo realizacji funkcji tego post powania ma pewne granice, niezale nie od tych zakre lonych przez prawo materialne dla skutków w sferze stosunków prawnych mi dzy stronami danego post powania. Zagadnienie dopuszczalno ci konkretnego post powania cywilnego wyst piło ze szczególn jaskrawo ci w połowie ubiegłego wieku, kiedy to po raz pierwszy w nauce prawa zauwa ono, e post powanie cywilne to nie tylko sprawa zainteresowanego podmiotu, ale równie zjawisko społeczne. Pojawiło si to zwłaszcza w ewolucji teorii o tzw. Prawie skargi, a w szczególno ci w jej abstrakcyjnym uj ciu.

Wtedy wyst pił O. Bülow ze sw słynn teori procesu cywilnego jako stosunku prawnego i jego przesłanek (1868 r.)². Poj cie przesłanek zaakceptowane przez doktryn do dnia dzisiejszego stanowi jedno z centralnych zagadnie teorii post powania – ju nie tylko cywilnego. Prawo upadło ciowe uznawane jest powszechnie za cz systemu prawa cywilnego, co przes dza wniossek, e do wykładni materialnych norm prawa upadło ciowego nale y stosowa bezpo rednio zasady i normy prawa cywilnego, za w sferze procesowej ustawodawca nakazał w art. 35 Prawa upadło ciowego i naprawczego³ stosowa w post powaniu upadło ciowym odpowiednio przepisy KPC. W zwi zku z „odpowiednim” stosowaniem prawa post powania cywilnego wydaje si uzasadnione, wzorem nauki post powania cywilnego, wyró nienie w ród przepisów post powania w przedmiocie ogłoszenia upadło ci tych, których spełnienie b dzie warunkowa wydaniem odpowiedniego orzeczenia przez s d. Dlatego, aby okre li jakie warunki musz by spełnione w post powaniu upadło ciowym, nazywa si je przesłankami. Oskar Bülow, nawizuj c do procesu rzymskiego, wysun ł postulat, aby termin „zarzuty procesowe” (*prozesshindernden Einreden*) zast pił poj cie „przesłanki procesowe” (*Processvoraussetzungen*); wi zał on poj cie przesłanek procesowych z istot procesu cywilnego b d cego według niego szczególnym stosunkiem prawnym. Z biegiem czasu doszło do pewnego oddzielenia problematyki przesłanek procesowych od koncepcji stosunku prawnego. Samo poj cie przesłanek było do nauki prawa wprowadzone i opracowane przez B. Windscheida przy wyja nieniu poj cia stosunku prawnego cywilnego,

¹ W. Berutowicz: *Post powanie cywilne w zarysie*. PWN, Warszawa 1978, s. 85.

² W pracy *Lehre von Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen*, Giessen 1868.

³ Dz.U. 2003 r. Nr 60, poz. 535 z pó n. zm. Ustawa z dnia 28 lutego 2003 roku Prawo upadło ciowe i naprawcze.

który przeciwstawił pojęciu warunku pojęcie przesłanek. Uważał, że warunek oznacza złozenie o wiadczenia woli przy niepewności faktu, od którego zależą skutki o wiadczenia, natomiast przesłanka oznacza przyjęcie faktu za rzeczywistość, a więc założenie jego istnienia i dlatego skutki prawne składanego o wiadczenia nie są od niego uzależnione. W tym właśnie znaczeniu, istnienia i nieistnienia określonych faktów, koniecznych dla powstania i istnienia stosunku prawnoprocesowego, a więc dopuszczalności wszczęcia i przeprowadzenia procesu cywilnego użył Bülow pojęciem przesłanek procesowych (*Prozessvoraussetzungen*).

Koncepcja Bülowa miała podstawowe znaczenie dla nauki postępowania cywilnego i karnego, ale podlegała daleko idącym przekształceniom i uzupełnieniom. Wielu autorów przyjęło koncepcję Bülowa i traktowało przesłanki procesowe jako warunki zawieszenia stosunku procesowego. Najbardziej charakterystyczne w tym względzie były poglądy G. Chiovendy. Widział on w procesie po pierwsze kompleks czynności zmierzających do urzeczywistnienia konkretnej normy prawnej, a po drugie kompleks praw i obowiązków, czyli procesowy stosunek prawny. Do tych praw i obowiązków należało według Chiovendy przede wszystkim prawo stron do rozstrzygnięcia merytorycznego i odpowiadający temu prawu obowiązek sędzi dokonywania takiego rozstrzygnięcia. Aby obowiązek ten, a zatem i cały stosunek procesowy mógł powstać, konieczne były według Chiovendy poza wytoczeniem powództwa pewne warunki, które określał jako przesłanki procesowe⁴.

Krytyczne stanowisko w stosunku do poglądów Bülowa reprezentował R. Pollak, według którego w procesie nowoczesnym nie można tak bezwzględnie oddzielić badania przesłanek od badania meritum, jak to się dzieje w procesie według teorii O. Bülowa⁵. Podobnie krytyczne stanowisko zajęł A. Schöнке, który przez przesłanki rozumiał warunki, w zależności od których mogło nastąpić postępowanie co do meritum i merytoryczne rozstrzygnięcie. Jego zdaniem o przesłankach mówi się wtedy, gdy od nich zależy postępowanie merytoryczne oraz gdy chodzi o procesowe wymagania warunkujące skuteczność czynności procesowych⁶.

Dalszy etap w historii konstrukcji przesłanek procesowych tworzyły koncepcje, które zdecydowanie odrywały te przesłanki od pojęcia stosunku procesowego. L. Rosenberg uznawał przesłanki procesowe za przedmiot procesu, a więc uznawał je za przedmiot badania i rozstrzygnięcia w procesie⁷. Zdaniem Rosenberga przesłanki procesowe stanowią okoliczności, od których zależy, czy zmierzające do

⁴ G. Chiovenda: *Instituzioni di ditto processuale civile*. 6 przedr. II wyd. t. I, Napoli 1957, s. 48.

⁵ R. Pollak: *System des österreichischen Zivilprozessrechts*. Wiedeń 1906, s. 1.

⁶ A. Schöнке: *Lehrbuch des Zivilprozessrechts*. Kehlruhe 1956, s. 64.

⁷ L. Rosenberg: *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*. wyd. VII, München-Berlin 1956, s. 6.

merytorycznego rozstrzygnięcia post powanie jako takie w całości jest dopuszczalne. Rosenberg dzielił całość zagadnienia związanych z powództwem na zagadnienia dotyczące dopuszczalności powództwa (*Zulässigkeit der Klage*) i zagadnienia dotyczące zasadności powództwa (*Begründetheit der Klage*). Do przesłanek dopuszczalności powództwa zaliczał on obok okoliczności tradycyjnie zwanych przesłankami procesowymi, takich jak: zdolność dowodowa, zdolność procesowa, właściwość sądu, zawilość sporu i inne⁸, również także okoliczności, jak: interes prawny, legitymacja procesowa, wymagalność wiadczenia⁹. W przypadku braku którejkolwiek z dodatnich albo przy istnieniu którejkolwiek z ujemnych przesłanek dopuszczalności powództwa, roszczenie zostaje „oddalone” – umorzone lub odrzucone tzw. wyrokiem procesowym, natomiast w razie bezzasadności powództwa zostaje ono „oddalone” wyrokiem merytorycznym. Rosenberg zaliczał wszystkie wyżej wymienione przesłanki do przesłanek procesowych, uważając te normy za przynależne do prawa procesowego.

Jeszcze inaczej podchodził do pojęcia przesłanek procesowych Z. Resich, dla którego były to okoliczności przewidziane przez prawo procesowe, od których istnienia lub nieistnienia była uzależniona prawidłowość dokonania czynności procesowej, prawidłowość post powania, a w pewnych wypadkach – ważność post powania.

Teoria Goldschmidta dała początek badaniom nad normami materialnego, które były według Goldschmidta normami prawa cywilno-jurysdykcyjnego (*materielles Ziviljustizrecht*)¹⁰. Teoria ta opierała się na koncepcji tzw. roszczenia o ochronę prawną (*Rechtsschutzanspruch*) stworzonej przez Wachę i rozbudowanej przez Hellwiga i innych. Roszczenie to było odmianą prawa skargi (*Klagerecht*) miało służyć jednostce wobec państwa i zmierzało do uzyskania korzystnego wyroku (konkretne prawo skargi)¹¹. Materialne prawo cywilno-jurysdykcyjne regulowało według Goldschmidta tzw. przesłanki ochrony prawnej, wyodrębniając je jako po prostu prawo cywilnym i prawem procesowym, a zaliczając je do prawa materialnego¹². Przesłankami tymi były dla Goldschmidta: określony stan faktyczny, zdolność tego stanu do udzielenia mu ochrony prawnej oraz potrzeba (interes) tej ochrony.

Drogę Goldschmidta poszedł w literaturze polskiej Trammer, który określił normy materialnego prawa cywilno-jurysdykcyjnego jako „czyste” normy prawa

⁸ L. Rosenberg: Op. cit. s. 410-411.

⁹ Ibid., s.384, 388, 422.

¹⁰ J. Goldschmidt: *Materielles Justizrecht, Festgabe für Hübler, Berlin 1905*, s. 87.

¹¹ K. Hellwig: *System des deutschen Zivilprozessrechts*. Leipzig 1912, s. 291.

¹² W. Broniewicz: *Normy, przesłanki i zarzuty w procesie cywilnym*. Studia Prawno-Ekonomiczne, Łódź 1969, s. 68.

maturalnego¹³. Zdaniem Trammera na tle k.p.c. nale aoby nazywa przesłanki procesowe „formalnymi wymaganiami, od których zaistnienia zale y dopuszczalno wyrokowania”. H. Trammer wyja nił, e stara teoria traktowała przesłanki procesowe tylko jako zarzuty procesowe, nie bior c pod uwag tego, e mog by one w pewnych wypadkach uwzgl dniane z urz du. Do tej samej grupy pogl dów nale y zaliczy pogl d reprezentowany w nauce polskiej przez Jodłowskiego i Siedleckiego¹⁴. Autorzy ci uznawali za przesłanki procesowe okoliczno ci, których istnienie lub nieistnienie decydowało o mo liwo ci rozpoznania w okre lonym post powaniu danej sprawy przez s d. Jodłowski rozró - niał jednak, obok przesłanek procesowych, równie przesłanki tzw. materialne.

Podobnie uwa ał Siedlecki, który jednak bardzo słabo zaznaczał odr bno owych norm¹⁵. Przesłanki materialne maj by okoliczno ciami, które w wietle prawa materialnego stanowi materialno-prawne warunki poszukiwania ochrony prawnej na drodze s dowej. J. Jodłowski uwa ał, ze dopuszczalno wszcz cia post powania cywilnego i rozstrzygni cia przez s d powszechny sprawy w tym post powaniu jest uwarunkowana przez pewne zało enia, które polegaj na istnieniu lub nieistnieniu wymaganych przez prawo okoliczno ci. Zało enia te nazywa przesłankami procesowymi. Jego zdaniem przesłanki procesowe w ogólnym znaczeniu oznaczaj okoliczno ci, których istnienie lub nieistnienie decyduje o mo liwo ci rozpoznania w okre lonym post powaniu danej sprawy przez dany s d. W. Siedlecki obejmował poj ciami przesłanek procesowych ró nego rodzaju warunki czy wymogi okre lone przez prawo, które mo na nazwa przesłankami, warunkuj ce zgodno z prawem i skuteczno całego aktu procesu cywilnego, ale równie warunki wa no ci i prawidłowo ci procesu cywilnego jako aktu prawnego zło onego. W ten sposób poj ciami przesłanek procesowych zostały obj te nie tylko okoliczno ci, od których zale y dopuszczalno procesu w danej sprawie, a których brak prowadzi do odrzucenia powództwa lub umorzenia post powania, ale tak e inne uchybienia procesowe, które ustawa sankcjonuje niewa no ci post powania. Przesłankami miały by równie okoliczno ci, które w wietle prawa materialnego stanowiły materialno-prawne warunki poszukiwania ochrony prawnej na drodze s dowej¹⁶. Następnie Siedlecki przeprowadził szereg podziałów przesłanek. Rozpocz ł od zasadniczego podziału na przesłanki procesowe (zwane tak e formalnymi) oraz na przesłanki merytoryczne (zwane tak e materialnymi). Pierwsze zdaniem W. Siedleckiego – „(...) warun-

¹³ H. Trammer: *O wła ciwe miejsce dla czystych norm materialnego prawa cywilno-jurysdykcyjnego*. „Przegl d Notarialny” 1949, nr 1-2, s. 23.

¹⁴ L. Jodłowski, W. Siedlecki: *Post powanie cywilne*. Warszawa 1958, s. 25.

¹⁵ W. Siedlecki: *Podstawy rewizji cywilnej*. Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1959, s. 124.

¹⁶ L. Jodłowski, W. Siedlecki: *Op. cit.*, s. 76.

kuj dokonanie aktu procesu cywilnego zgodnie z prawem procesowym, a więc warunkują prawidłowość procesu cywilnego, drugie warunkują skuteczność aktu procesu cywilnego, a więc warunkują osiągnięcie celu, dla którego w konkretnym wypadku akt ten został podjęty. Pierwsze warunkują więc prawidłowy tok postępowania procesowego, drugie – osiągnięcie jego celu w konkretnym wypadku, a przeto odnoszą się do przedmiotu tego postępowania”¹⁷. Tutaj Siedlecki nawiązywał w swoich poglądach do nauki włoskiej i francuskiej, w których pojawił się pogląd, że poza kwestiami dotyczącymi postępowania i kwestiami dotyczącymi istoty sprawy są jeszcze inne zaliczane do kwestii merytorycznych *sensu largo*.

Triada kategorii Redentiego wyróżniała obok przesłanek procesowych w tradycyjnym sensie – *di rito*, drugie – warunki prawa do powództwa – *di merito*, oraz kwestie *tertii generis*, do których Redenti włączył przede wszystkim legitymację procesową¹⁸. Taka konstrukcja odpowiadała poglądowi wyrażonemu przez Bettiego, według którego należy, o ile chodzi o powództwo – rozróżnić trzy kategorie cech: wań, dopuszczalność, zasadność¹⁹. Przedstawiona koncepcja Redentiego zyskała wyjątkowy oddźwięk w nauce włoskiej i wywarła istotny wpływ na wykształcenie się nowych poglądów na istotę legitymacji i prawa powództwa²⁰. Przy tego rodzaju ujęciu, jakie reprezentuje Redenti, dobitnie sformuowanym przez Bettiego, *questioni di rito*, czyli przesłanki wań powództwa były regulowane przez normy procesowe, przesłanki zasadności powództwa – przez normy materialne, natomiast *questioni tertii generis*, czyli przesłanki dopuszczalności powództwa były regulowane przez normy trzeciej kategorii. Należy zaznaczyć, że w późniejszym okresie twórczości Redenti wycofał się z trójpodziału przesłanek, rozróżniając w procesie *questioni di rito* i *questioni di merito*. Redenti zaliczył *questioni tertii generis* do tych ostatnich, z tym że dzielił je na *questiones di merito sensu stricto* i *questioni di merito sensu largo*. Obok przedstawionych ujęć, w których rozpatrywane normy były z prawem materialnym, czy z prawem procesowym, istniało zapatrywanie, w myśl którego normy te miały stanowić zupełnie samodzielne kategorie. W pewnym stopniu zapatrywaniu temu dawała wyraz teoria Goldschmidta, zaliczając ostatecznie omawiane normy do norm prawa materialnego, co znalazło wyraz w samym określeniu tych norm *materielles Ziviljustizrecht*²¹.

¹⁷ Z. Resich: *Przesłanki procesowe*. Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1966, s. 45.

¹⁸ E. Redenti: *Dritto processuale civile*. 21-22. Należy zaznaczyć, że do wyodrębnienia kwestii tertii Redenti doszedł, badając legitymację procesową, a w szczególności legitymację kolektywną przy współudziale koniecznym. Por. E. Redenti: *Il giudizio civile con plurimità di parti*, Milano 1911, s. 297-298.

¹⁹ A. Betti: *Dritto processuale civile*. Wyd. 2, Roma 1936, s. 111.

²⁰ Ibid.

²¹ Normy materialne prawa cywilnego.

Sprzeciwu z jakimi spotkała się teoria Redentiego siew tpliwie wynikiem tego, że ustawodawstwo włoskie, podobnie jak niemieckie i polskie, nie zawierało i nie zawiera wyraźnych postanowień, z których można by wyprowadzić wnioski co do istnienia trzech kategorii norm. Można jednak spotkać ustawodawstwo, na którego tle dochodzi do wyraźnego wyodrębnienia 3 kategorii norm; ustawodawstwem tym jest ustawodawstwo francuskie. Do 1935 r. wyróżniano na tle procesu francuskiego dwa rodzaje zarzutów, a mianowicie *defenses au fond*, dotyczące istoty sprawy, i *exceptions*, dotyczące postępowania. Dokonana w 1935 r. nowelizacja art. 192 francuskiego k.p.c. wprowadziła trzecią kategorię zarzutów dotyczących wańności postępowania (*exceptions de nul lite*), zarzutów dotyczących istoty sporu (*defenses au fond*) i zarzutów odnoszących się do dopuszczalności powództwa (*fins de non-recevoir*)²². Doktryna francuska konsekwentnie przyjmuje występowanie trzech kategorii norm prawnych, a więc norm regulujących wańność postępowania, norm regulujących dopuszczalność powództwa i norm regulujących kwestię zasadności powództwa. Według poglądów doktryny francuskiej do przesłanek dopuszczalności powództwa należą: interes prawny, legitymacja procesowa, powaga rzeczy osądzonej, sprzeczność roszczenia z ustawami i dobrymi obyczajami, upływ terminu przedawnienia²³.

Poczynione dotychczas uwagi na podstawie ewolucji pojęcia przesłanek na gruncie procesu cywilnego pozwalają na stwierdzenie, że w prawie polskim mamy do czynienia z dwiema kategoriami norm pomimo istnienia tych twierdzeń przeciwnych²⁴: normami prawa procesowego i normami prawa materialnego. Znajduje to bezpośrednie odzwierciedlenie w rozróżnieniu przesłanek na dwie kategorie: przesłanek formalnych związanych z prawem procesowym i przesłanek materialnych związanych z prawem materialnym. W związku z powyższym, aby zrozumieć przynależność owych przesłanek, należy uprzednio wyjaśnić stosunek zachodzący pomiędzy prawem materialnym i prawem procesowym, a szczególnie ustalić granice między tymi dwoma rodzajami prawa. Po pierwsze, należy odpowiedzieć sobie na pytanie, jakie prawo jest prawem materialnym, a jakie prawem procesowym. Charakterystyczne jest to, że ani w ustawodawstwie cywilnym, ani w poświęconej mu doktrynie nie określa się prawa cywilnego jako prawa materialnego. Dopiero ustawodawstwo cywilnoprosesowe, a w ślad za nim zajmująca się tym ustawodawstwem doktryna wprowadziła pojęcie prawa materialnego, przeciwstawiając to prawo prawu procesowemu. Prawem materialnym

²² W. Broniewicz: *Normy, przesłanki...*, op. cit., s. 71.

²³ Cuhe, Vincent: Op. cit., s. 17; R. Gassin: *La qualite pour agir en justice*. Draguignan 1955, s. 192.

²⁴ W. Broniewicz: *Normy, przesłanki...*, op. cit., s. 72, według którego mamy do czynienia z normami prawa materialnego, normami prawa procesowego i wreszcie z normami stanowiącymi usytuowanie na pograniczu prawa materialnego i procesowego.

jest z punktu widzenia procesu prawo, o którym orzeka sąd, rozpatrując sprawę, co do istoty, tj. rozstrzygając o przedmiocie procesu, prawem za procesowym – prawo, które reguluje sposób wszczęcia i przebieg procesu²⁵. Warto zaznaczyć, że rozróżnienie prawa materialnego i prawa procesowego przebiega w innej płaszczyźnie niż rozróżnienie prawa materialnego cywilnego i prawa procesowego cywilnego. To drugie rozróżnienie przebiega w ramach systemu prawa, w którym prawo cywilne i prawo procesowe cywilne są odrębnymi gałęziami prawa²⁶. Natomiast ani prawo materialne, ani prawo procesowe są gałęziami prawa. Są one tylko pewnymi rodzajami prawa, określonymi za pomocą kryteriów odmiennych od tych, które decydują o podziale systemu prawa na poszczególne gałęzie. Normy prawa procesowego warunkują właściwy tok postępowania procesowego, normy prawa materialnego – osiągnięcie jego celu w konkretnym wypadku, a przez to odnoszą się do przedmiotu tego postępowania. Nauka procesu cywilnego z dużym zainteresowaniem zajmowała się zagadnieniem przedmiotu procesu. Droga rozwojowa biegła od poglądów, w myśl których przedmiotem procesu miało być naruszone albo zagrożone prawo podmiotowe, czy też roszczenie materialnoprawne powoda, poprzez konstrukcję uważającą za przedmiot procesu tzw. roszczenie ochronne do zapatrywania, traktujących jako przedmiot procesu tzw. roszczenie procesowe²⁷. W nauce polskiej niewątpliwie dominuje określenie przedmiotu procesu jako roszczenia procesowego, ale zachodzi również konieczność do rozumienia tego pojęcia. W szczególności można tu rozróżnić kilka poglądów – nawiązujących do roszczenia o udzielenie ochrony prawnej²⁸ poglądów nawiązujących do sytuacji materialnoprawnej²⁹ (roszczenia materialnoprawnego lub interesu materialnoprawnego), prawa lub stosunku prawnego³⁰, dalej podglądów nawiązujących do konkretyzacji normy prawnej³¹. Również w orzecznictwie sądowym przyjęło się określenie roszczenia procesowego na oznaczenie przedmiotu procesu cywilnego, o czym widać uzasadnienia Sądu Najwyższego³². Jak dotąd nie doszło do uzgodnienia stano-

²⁵ W. Broniewicz: *Normy, przesłanki...*, op. cit., s. 75.

²⁶ J. Wróblewski: *Zagadnienia teorii wykładni prawa ludowego*. Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1959, s. 321.

²⁷ H. Trammer: *Następstwa bezprzedmiotowość procesu cywilnego*. Polska Akademia Umiejętności, Kraków 1950, s. 1.

²⁸ M. Waligórski: *Proces cywilny*. T.I, Warszawa 1947, s. 370.

²⁹ H. Trammer: Op. cit., s. 12; S. Włodyka: *Powództwo prokuratora w polskim procesie cywilnym*. Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1957, s. 24.

³⁰ Z. Resich: *Poznanie prawdy w procesie cywilnym*. Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1958, s. 129.

³¹ W. Siedlecki: *Zasady wyrokowania w procesie cywilnym*. Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1957, s. 33; W. Broniewicz: *Przyczyny oddalenia powództwa PiP 1964*. nr 5, s. 833; T. Rowiński: *Zrzeczenie się roszczenia w procesie cywilnym NP*. 1965, nr 7-8, s. 822.

³² SN z 4 X 1966 II RP 122/66, OSN nr 12 poz. 219.

wisk co do istoty tego roszczenia. Wszcz cie procesu cywilnego nast puje przez wytoczenie powództwa. Wspólny dla wi kszo ci stanowisk jest pogl d, zgodnie z którym roszczenie procesowe stanowi to, z czym powód wyst puje do s du, a zasadniczym jego składnikiem jest twierdzenie powoda o prawie (roszczeniu materialno-prawnym, interesie prawnym)³³. Roszczenie to mo na by zdefiniowa , jako twierdzenie powoda o istnieniu albo nieistnieniu okre lonej normy prawnej, przedstawione s dowi w celu uzyskania wi cego ustalenia istnienia lub nieistnienia³⁴. Ustosunkowanie si przez s d do roszczenia procesowego, tj. dokonanie oceny tego roszczenia pod wzgl dem zasadno ci i danie wyrazu tej ocenie przez uwzgl dnienie albo oddalenie powództwa, stanowi rozstrzygni cie o roszczeniu procesowym, tj. o przedmiocie procesu.

Podsumowuj c, prawo materialne jest prawem, na podstawie którego s d orzeka o zasadno ci lub bezzasadno ci powództwa na podstawie istniecej normy prawnej, prawo procesowe jest prawem gwarantuj cym prawidłowy tok post powania.

W zwi zku z powy szym przesłanki formalne warunkuj , jak ju wcze niej wspomniano, wszcz cie post powania i przeprowadzenie go zgodnie z prawem procedury od której istnienia lub nieistnienia uzale nione jest prawidłowe dokonanie czynno ci procesowej, a wi c wa no i prawidłowo post powania w wietle obowi zuj cego prawa procesowego. Przesłanki materialne za warunkuj skuteczno tego post powania w konkretnym wypadku jako warunki poszukiwania ochrony na drodze s dowej, przez co konkretyzacja i realizacja normy prawnej. Odpowiada to rozró nieniu w post powaniu upadło ciowym kwestii zwi zanych z samym post powaniem i kwestii zwi zanych z przedmiotem post powania. Nast pstwem braku przesłanki materialnej jest w zasadzie oddalenie przez s d dania wniosku. W razie braku przesłanki materialnej, koniecznej w danym wypadku, s d orzeka o istocie sprawy, ale rozstrzygni cie ma charakter negatywny w stosunku do wniosku podmiotu prawnego, z którego inicjatywy post powanie zostało wszcz te. Nast pstwa braku przesłanek procesowych mog by ró ne, ale co do zasady nie skutkuj oddaleniem wniosku. Przesłanka procesowa dotyczy samego post powania, w zwi zku z tym s d w razie braku tej przesłanki orzeka tylko o post powaniu, a nie wydaje w ad-

³³ M. Waligórski: *Kumulacja roszcze w procesie Polski*, Proces Cywilny nr 18-20/1937, s. 550; W. Berutowicz: *Zasada dyspozycyjno ci w post powaniu cywilnym*. Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1957; . Stalew: *Sila na presadento neszto w gra danskija proces*. Sofia 1959, s. 150; W.J. Habscheid: *Der Streitgegenstand im Zivilprozess Und In Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit*. Bielefeld 1956. s. 221; W. Henkel: *Parteilehre und Streitgegenstand imn Zivillprozess*. Heilderberg 1961, s. 19; G. Franchi: *La litispendenza Padova*. 1963, s. 13.

³⁴ W. Broniewicz: *Przyczyny oddalenia...*, op.cit. s. 78.

wych, ponoszących odpowiedzialność za zobowiązania spółki bez ograniczenia całym swoim majątkiem oraz wspólników spółki partnerskiej. Już to znaczenie przesądza o tym, że zdolność upadłościowa jest przyznana z tytułu członkostwa w jednej z takich spółek, a nie własnej działalności gospodarczej. Po drugie, wyklucza to jakikolwiek automatyzm w ogłaszaniu upadłości wspólników, na ich wniosek lub wniosek wierzyciela, jeżeli niewypłacalność zachodzi po stronie spółki, a wspólnicy dobrowolnie nie uregulowali jej zadłużenia. Sąd bada zatem odrębnie, czy każdy ze wspólników jest niewypłacalny w kontekście posiadanego majątku, odrębnie od spółki majątku. Subsydiarna ich odpowiedzialność obciąża bowiem każdego ze wspólników do zapłaty długu, bez konieczności wszczęcia egzekucji syndikalnej⁴³.

Drugim materialnoprawnym przesłanką do ogłoszenia upadłości wspólnej dla upadłości likwidacyjnej bądź układowej jest tzw. podstawa ogłoszenia upadłości. Na gruncie obowiązującego art. 10 Pr.Up.N. podstawą ogłoszenia upadłości jest niewypłacalność dłużnika. Jednak art. 11 Pr.Up.N. uznaje za niewypłacalnych tych przedsiębiorców, którzy nie wykonują swoich wymagalnych zobowiązań. Ponadto wg art. 11 ust. 2 Pr.Up.N. osoby prawne lub jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej, którym ustawa przyznaje zdolność prawną, uznaje się za niewypłacalne także wtedy, gdy ich zobowiązania przekroczy wartość ich majątku, nawet wówczas, gdy na bieżąco te zobowiązania wykonują. Na gruncie uchylonego Pr.U. istniały dwie niezależne od siebie podstawy ogłoszenia upadłości. W odróżnieniu od aktualnego Pr.Up.N. przyjmowano, że podstawą ogłoszenia upadłości było po pierwsze zaprzestanie płacenia długów, a w stosunku do osób prawnych, sytuacja gdy ich majątek nie wystarczał na zaspokojenie długów. Na gruncie postpowania układowego przedsiębiorca, który zaprzestał płacenia długów lub przewidywał ich zaprzestanie w najbliższej przyszłości, mógł wycofać się z otwarcia postpowania celem zawarcia układu z wierzycielami. Ta sytuacja mogła być też podstawą ogłoszenia upadłości. Na podstawie art. 2 Pr.U. zaprzestanie płacenia ograniczało się tylko do trwałego niewykonywania zobowiązań pieniężnych. Krótkotrwałe wstrzymanie płacenia długów, zaistniałe wskutek przejściowych trudności, dawało jedynie asumpt do zażalenia, jeżeli dłużnik w najbliższej przyszłości nie będzie w stanie zaspokoić swoich wierzycieli. W przedwojennej doktrynie prawa upadłościowego podkreślano, że zaprzestanie płacenia długów jest jednym z symptomów trwałej niemożności spłaty swych zobowiązań pieniężnych, czyli niewy-

⁴³ J. Bról: *Podstawowe kierunki zmian w postpowaniu upadłościowym*. „Przebieg Prawa Handlowego” 2003, nr 8, s. 9.

płacalno ci⁴⁴. Pod tym poj ciem nale ało rozumie taki stan majtku dłu nika, przy którym bez wzgl du na przyczyn , jaka go wywołała, nie był on w stanie wypełnia swoich zobowi za pieni nych⁴⁵. W tym kontekcie zaprzestanie płacenia długów było tylko stanem faktycznym, którego zaistnienie mo e, ale nie musi, wskazywa stan niewypłacalno ci. W zwi zku z tym ustawodawca z okresu mi dzywojennego uznał, e wystarczaj c podstaw ogłoszenia upadło ci powinno by ju zaprzestanie płacenia długów, a nie niewypłacalno , która stanowi cech odnosz c si do całego majtku dłu nika. Takie rozwi zanie umo liwiało szybkie ogłaszanie upadło ci. W ten sposób s d nie musiał bada całokształtu okoliczno ci składaj cych si na stan majtku dłu nika, w szczególno ci jego trwałej niemo no ci sprostania zobowi zaniom pieni nym, ale ograniczał si jedynie do ustalenia samego faktu zaprzestania płacenia długów.

Kolejn materialnoprawn przesłank jest legitymacja do wszcz cia post powania upadło ciowego, w tym post powania z mo liwo ci zawarcia układu, traktuj c j jak w procesie cywilnym legitymacj procesow . W przeciwie stwie do zdolno ci s dowej i zdolno ci procesowej, legitymacja nie jest adn kwalifikacj prawn jakiego podmiotu, ale jego szczególnym uprawnieniem, wynikaj cym z okre lonej sytuacji materialnoprawnej⁴⁶. Ustawodawca w sposób odmienny w stosunku do dotychczasowego stanu prawnego, uregulował legitymacje do zło enia wniosku o wszcz cie post powania upadło ciowego, w tym post powania z mo liwo ci zawarcia układu. O ile zgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadło ci likwidacyjnej w prawie upadło ciowym było rozwi zane w sposób podobny do aktualnego, o tyle zgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadło ci z mo liwo ci zawarcia układu zostało rozwi zane w sposób zupełnie inny. Układ mógł by zawarty tylko na wniosek dłu nika albo jego ustawowego zast pcy, a wi c tak e ustanowionego kuratora. Układ nie mógł doj do skutku na wniosek wierzycieli, chocia mieliby oni interes w utrzymaniu przedsi biorstwa⁴⁷. O ile zgłoszenie wniosku przez wierzyciela jest na gruncie Pr.Ukł. wył cznie jego prawem, o tyle dłu nik jest zobowi zany do zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadło ci w terminie 2 tygodni pod gro b odpowiedzialno ci za szkod wyrz dzon wskutek niezło enia wniosku w terminie. W obowi zuj cym stanie prawnym wszcz cie post powania upadło ciowego z mo liwo ci zawarcia układu mo e nast pi nawet wbrew woli dłu nika, gdy mimo za alenia s d drugiej instancji nie podzieli argumentów dłu nika o odrzuceniu wniosku. Legitymacj tak posiada w obecnym stanie prawnym nie tylko dłu nik, ale tak e wierzyciel dłu nika.

⁴⁴ M. Allerhand: *Uzasadnienie projektu prawa upadło ciowego*, Warszawa 1935, s. 15.

⁴⁵ O. Buber: *Polskie prawo upadło ciowe*. Wydawnictwo Stowarzyszenie Przedstawicieli Handlowych w Warszawie, Warszawa 1936, s. 20.

⁴⁶ *Ibid.*, s. 13.

⁴⁷ M. Allerhand: *Prawo upadło ciowe. Komentarz*. Park, Bielsko Biała 1991, s. 390.

Ponadto sąd może z urzędu lub na wniosek zmienić postanowienie o ogłoszeniu upadłości obejmującej likwidację majątku upadłego na postanowienie o ogłoszeniu upadłości z moratorium zawarcia układu, jeżeli podstawy przeprowadzenia takiego postępowania ujawniły się dopiero w toku postępowania (art. 16 Pr.Up.N.). Z inicjatyw zmiany mogą wystąpić uczestnicy postępowania upadłościowego, np. sam upadły, rada wierzycieli, jak również zmiany takiej może dokonać sąd z własnej inicjatywy.

Postępowanie upadłościowe, jak już wcześniej zauważono, może toczyć się w dwóch trybach: z moratorium zawarcia układu albo przez likwidację majątku dłużnika. Ogłoszenie upadłości z moratorium zawarcia układu jest uzależnione od spełnienia dodatkowych dwóch materialnoprawnych przesłanek zawarcia układu: dodatniej i ujemnej.

Jeżeli zostanie uprawdopodobnione, że w drodze układu wierzyciele zostaną zaspokojeni w wyższym stopniu niż zostaliby zaspokojeni po przeprowadzeniu postępowania upadłościowego obejmującego likwidację majątku dłużnika, ogłasza się upadłość dłużnika z moratorium zawarcia układu – jest to tzw. pozytywna przesłanka ogłoszenia upadłości z moratorium zawarcia układu. Nawet gdyby według obiektywnych ocen korzystniejsze dla wierzycieli byłoby ogłoszenie upadłości układowej, nie prowadzi się postępowania w tym trybie, gdy z uwagi na dotychczasowe zachowanie dłużnika nie ma pewności, że układ będzie wykonany, jest to tzw. negatywna przesłanka ogłoszenia upadłości z moratorium zawarcia układu. Chodzi tu o zachowanie dłużnika zarówno w czasie, jak i przed złożeniem wniosku o upadłość. Prawo upadłościowe i naprawcze ustanawia w zakresie ogłoszenia upadłości z moratorium zawarcia układu przesłanki bardzo elastyczne, które pociągają za sobą daleko idące uznaniowo. W tym zakresie należy brać pod uwagę art. 14 i 16 Pr.Up.N., według których jeżeli zostanie uprawdopodobnione, że w drodze układu wierzyciele zostaną zaspokojeni w wyższym stopniu niż w upadłości obejmującej likwidację majątku, sąd ogłasza upadłość dłużnika z moratorium zawarcia układu. Zgodnie z art. 1 Pr.Ukł. o otwarcie układu mógł się ubiegać jedynie prezes biura, który zaprzestał płatności dłużników wskutek wyjątkowych i niezależnych od niego okoliczności lub przewidywał zaprzestanie ich płatności w najbliższej przyszłości. Na gruncie prawa upadłościowego z 1934 r. upadły mógłby dopuszczony do zawarcia układu, gdy zapewnione było zaspokojenie wierzycieli uprzywilejowanych i wierzycieli masy upadłości, chyba że zgodził się na zawarcie układu. Przyczyną wszczęcia postępowania upadłościowego nie miały już w tym przypadku żadnego znaczenia, dlatego też art. 14 ust. 2 ustanawia zasadę, że gdy z uwagi na zachowanie dłużnika nie ma pewności, że układ będzie wykonany, sąd nie ogłosi upadłości z moratorium zawarcia układu. Podobnie w myśl art. 173 ustawa

zezwała na zawarcie układu tylko temu upadłemu, który dawał gwarancję, a b dzie dalej prowadził przedsi biorstwo. Wobec tego prawo upadło ciowe nie dopuszczało do układu upadłego, który si ukrywał, bo fakt ten przemawiał za tym, e upadły dopu cił si nieprawidłowo ci.

Materialnoprawn przesłank zawarcia układu w post powaniu upadło ciowym z mo liwo ci zawarcia układu jest również legitymacja do zło enia propozycji układowych. Zgodnie z art. 19 § 1 Pr.Ukł. i art. 175 § 1 Pr.Up. jedynie dłu nik był uprawniony do wyst powania z propozycjami układowymi. Wierzyciele posiadali wprawdzie prawo zgłaszania zmian lub uzupełniania propozycji układowych na zgromadzeniu wierzycieli, lecz mogły one by jedynie przedmiotem obrad i głosowania, je eli dłu nik wyraził na nie zgod (art. 55 §1 Pr.Ukł. i art. 185 § 1 i 2 Pr.Up.). Dłu nik mógł cofn albo zmieni propozycje układowe a do momentu głosowania przez wierzycieli. Prawo upadło ciowe i naprawcze dokonało w tym zakresie wielu istotnych zmian, bowiem w obo wi zyj cym stanie prawnym nie tylko dłu nik, ale i wierzyciel mog wyst pi z wnioskiem o wszcz cie post powania upadło ciowego, a co z tym zwi zane nie tylko dłu nik, ale i wierzyciel mo e wyst pi z propozycjami układowymi. Rozwi zanie to stanowi wyra ne przełamanie dotychczasowej konstrukcji układu. Propozycje układowe powinny by zło one wraz z wnioskiem o ogłoszenie upadło ci, je eli wniosek dotyczy ogłoszenia upadło ci z mo liwo ci zawarcia układu i składa go dłu nik. Propozycje te stanowi integraln cz post powania, które ma doprowadzi do zawarcia układu⁴⁸. W sytuacji gdy w post powaniu w przedmiocie ogłoszenia upadło ci upadły nie zło ył propozycji układowych, a s d ogłosił upadło z mo liwo ci zawarcia układu, upadły jest zobowi zany zło y propozycje układowe w terminie miesi ca – wyj tkowo trzech miesi cy – art. 267 ust. 2. Propozycje układowe mog zło y ponadto: wierzyciel, gdy wyst pił z wnioskiem o wszcz cie upadło ci z mo liwo ci zawarcia układu (lecz pod warunkiem e zło ył uprzednio wst pne propozycje układowe), a tak e nadzorca s dowy albo zarz dca, ale dopiero wówczas, gdy upadły nie zło y propozycji układowych (chodzi o sytuacje, gdy upadły nie zło y propozycji wraz z wnioskiem o wszcz cie post powania upadło ciowego z mo liwo ci zawarcia układu b d w terminie miesi ca od dnia ogłoszenia upadło ci postanowieniem s du upadło ciowego wyj tkowo trzech miesi cy – art. 267 ust. 2.) Wówczas prawo do zgłoszenia propozycji układowych przechodzi na wierzycieli, nadzorc s dowego albo zarz dc , upadły zostaje za tego uprawnienia pozbawiony. Wierzyciel natomiast wraz z wnioskiem o ogłoszenie upadło ci składa jedynie wst pne propozycje układowe. Ponadto legitymowany jest

⁴⁸ A. Jakubecki, F. Zedler: Op. cit., s. 765.

tak e wierzyciel, ale tylko wtedy, gdy wcze niej zło ył wst pne propozycje układowe. W razie niezgłoszenia propozycji układowych ani przez dłu nika, ani te przez nadzorc s dowego czy zarz dc , ani te przez wierzyciela, dalsze prowadzenie post powania upadło ciowego z mo liwo ci zawarcia układu jest niemo liwe, poniewa nie b dzie sprecyzowanego przedmiotu układu. Uzasadnia to zmian postanowienia o ogłoszenie upadło ci z mo liwo ci zawarcia układu na postanowienie o ogłoszeniu upadło ci obejmuj cej likwidacj maj tku upadłego⁴⁹. S d w post powaniu w przedmiocie ogłoszenia upadło ci mo e jednak ogłosi upadło z mo liwo ci zawarcia układu tak e wtedy, gdy o to nie wnoszono we wniosku o ogłoszenie upadło ci(art.15 Pr.Up.N.).Przepis umo liwia w takiej sytuacji przedstawienie propozycji układowych w post powaniu prowadzonym po ogłoszeniu upadło ci.

Propozycje układowe stanowi centralny przedmiot post powania upadło ciowego z mo liwo ci zawarcia układu. Zawarcie układu nast puje przez wypowiedzenie si za układem wi kszo ci wierzycieli z ka dej z list wierzycieli obejmuj cych kategorie interesów wierzycieli maj cych ł cznie nie mniej ni dwie trzecie ogólnej sumy wierzytelno ci, które uprawniaj do uczestnictwa w głosowaniu. Wi ce znaczenie ma zatem zgoda wi kszo ci, która obowi zuje tak e mniejszo , i to stanowi istot układu. Poniewa mo liwe jest, e wi kszo b dzie działała na szkod mniejszo ci, potrzebna jest decyzja s du wyraona w postaci orzeczenia; układ zatem obowi zuje, je eli zatwierdzi go s d. Warunki, którym powinny odpowiada propozycje układowe, znajduj bezpo rednie odzwierciedlenie w negatywnych materialnoprawnych przesłankach zatwierdzenia układu przez s d. Obligatoryjne przyczyny odmowy zatwierdzenia układu s zwi zane bezpo rednio z propozycjami układowymi, wpływaj c na tre owych propozycji układowych. S d jest obowi zany odmówi zatwierdzenia układu, je li zajdzie którakolwiek z negatywnych przesłanek zatwierdzenia układu, takich jak: naruszenie układu przez prawo, oczywisto braku wykonania układu. Z kolei w sytuacji ra co-krzywdz cego traktowania wierzycieli głosuj cych przeciw układowi s d mo e odmówi zatwierdzenia układu. Naruszenie układu przez prawo nie oznacza wył cznie naruszenia ustawy Prawo upadło ciowe i naprawcze, lecz nale y przez to poj cie rozumie cały system prawa, cho w zdecydowanej wi kszo ci b dzie chodziło o Prawo upadło ciowe i naprawcze. W ustawodawstwie przedwojennym materialnoprawne obligatoryjne przesłankami odmowy zatwierdzenia układu były to same na gruncie zarówno Prawa układowego, jak i Prawa upadło ciowego. Na gruncie art. 64 Pr.Ukł. i art. 190 Pr.Up. negatywnymi, obligatoryjnymi przesłankami zatwierdzenia ukła-

⁴⁹ Ibid., s. 767.

du były: niedopuszczalność układu, oraz sprzeciwianie się układowi dobrem obyczajom lub porządkowi publicznemu. Niedopuszczalność układu zachodziła wówczas, gdy dłużnik nie odpowiadał warunkom art. 1 i 2 Pr.Ukł., ale również wówczas, gdy układ zawierał postanowienia naruszające bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa, odnoszące się do treści układu i to bez względu na to, czy postanowienia tego rodzaju zawarte były w propozycjach układowych już od początku, czy też weszły do niego dopiero później. Układ sprzeciwiał się dobrem obyczajom, jeżeli jego treść wykraczała przeciw uznanym w społeczeństwie zasadom moralnym lub przyjątej w obrocie uczciwości. Za sprzeciwianie się porządkowi publicznemu uważano układ, którego treść była niezgodna z zasadami istniejącego w państwie ustroju społecznego, państwowego lub ekonomicznego⁵⁰. Z kolei fakultatywne przesłanki odmowy zatwierdzenia układu różniły się od siebie na gruncie Prawa układowego i Prawa upadłościowego. Zgodnie z art. 65 Pr.Ukł. sąd mógł odmówić zatwierdzenia układu, jeżeli warunki układu były zbyt krzywdzące dla wierzycieli, którzy głosowali przeciw układowi. Z kolei zgodnie z art. 191 Pr.Up. sąd mógł odmówić zatwierdzenia układu z tej samej przyczyny jedynie w przypadku złożenia zarzutów choćby jednego z wierzycieli, którzy głosowali przeciw układowi, podobnie jak to wygląda w obecnym stanie prawnym. Ponadto Prawo układowe przewidywało jeszcze jedną negatywną przesłankę zatwierdzenia układu, której nie zawierało ówczesne Prawo upadłościowe. Jeżeli dłużnik po otwarciu postępowania układowego dopuścił się w zarządaniu lub rozporządaniu swoim majątkiem czynów wyrządzających wierzytelom szkody, sąd mógł odmówić zatwierdzenia układu. Zarządanie poszkodowanych wierzycieli, aby zatwierdzenia układu odmówiono, nie wystarczyło i tylko od uznania sądu zależało zastosowanie tej sankcji⁵¹.

Podsumowanie

W związku z faktem, iż to właśnie nie przesłanki materialnoprawne upadłości i układu decydują o istocie postępowania w przedmiocie wniosku o ogłoszenie upadłości z możliwością zawarcia układu, to właśnie nie ich spełnienie pozwoli doprowadzić do realizacji naczelnego celu postępowania upadłościowego jakim jest możliwie najpełniejsze zaspokojenie wierzycieli upadłego dłużnika. To właśnie nie spełnienie przesłanek materialnoprawnych upadłości w postępowaniu upadłościowym z możliwością zawarcia układu, przesłanek materialnoprawnych zawarcia i zatwierdzenia układu, powoduje zastosowanie norm Prawa upadłościowego

⁵⁰ K. Korzonek: Op. cit., s. 137.

⁵¹ Ibid., s. 137.

DELIMITACJA ZDOLNO CI POŁ CZENIOWEJ SPÓŁEK PRAWA HANDLOWEGO

Wprowadzenie

W obecnych gospodarkach rynkowych obserwuje się coraz większą mobilizację przedsiębiorców do kompleksowego wykorzystania istniejącego w rynku potencjału, przede wszystkim dla poprawy ich konkurencyjności¹. Takie mobilizacje stwarza realizacja przez podmioty zarządzające spółkami prawa handlowego tzw. strategii wzrostu zewnętrznego, która w praktyce może przyjąć formę połączenia przedsiębiorców.

Łączenie się spółek handlowych stanowi jedną z form trwałej współpracy pomiędzy aktualnymi lub potencjalnymi konkurentami oraz kooperantami, którzy na pewnym etapie swojego rozwoju podejmują decyzję o wspólnym prowadzeniu działalności gospodarczej², integrując w tym celu posiadane zasoby i umiejętności. Jednocześnie nie ten rodzaj integracji stanowi przyjazny proces restrukturyzacji prawnej, którego istotą jest brak przymusowego działania oraz zapewnienie właścicielom i uczestnikom tych podmiotów co najmniej równowagi praw uczestnictwa³. Innymi słowy, połączeniem jest taka czynność prawna, w której zapłać za przejęty lub scalony majątek nie są pieniądze, lecz prawa udziałowe (tj. udziały/akcje) przyznawane właścicielom tych spółek, które tracą w procesie restrukturyzacji swój byt prawny.

¹ Pojęcie „konkurencja” pochodzi od łacińskiego „concurrere”, co oznacza: zbiegać się razem, spieszyć się, zderzać. Szerzej na ten temat: T.M. Knypl: *Zwalczanie nieuczciwej konkurencji w Polsce i w Europie*. WSKS, Sopot 1994, s. 5-7. Innymi słowy, konkurencja to rywalizacja bądź współzawodniczenie między dwoma (lub większą liczbą) mniej lub bardziej dorównującymi sobie rywalami.

² Pojęcie działalności gospodarczej zostało zdefiniowane w art. 2 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej, zgodnie z którym: „(...) jest (nie) zarobkowa działalność wytwórcza, budowlana, handlowa, usługowa oraz poszukiwanie, rozpoznawanie i wydobywanie kopalin ze złóż, a także działalność zawodowa, wykonywana w sposób zorganizowany i ciągły”. Jak podkreślił SN w postanowieniu z dnia 17 grudnia 1997 r., I CZ 167/97: „Działalność gospodarcza określa profesjonalne, stałe, odpłatne i odpowiadające wymogom racjonalnego gospodarowania uczestniczenie w obrocie gospodarczym”. Por. A. Helin, A. Bernaziuk, R. Kowalski: *Kapitały własne w świetle prawa handlowego, bilansowego i podatkowego w różnych formach działalności gospodarczej*. Difin, Warszawa 2006, s. 17.

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

Rozważania zawarte w niniejszym opracowaniu nawiązują bezpośrednio do istoty procesów integracji podmiotowej spółek handlowych. Stosowane przede wszystkim wyznaczaniu granic zdolności połączonych spółek w świetle obowiązujących ram prawnych oraz dookreśleniu typów i modeli fuzji spółek, w zależności od stopnia powiązań kapitałowych integrujących się podmiotów, które są możliwe do zastosowania zarówno w skali krajowej, jak i ponadnarodowej.

Pojęcie i istota fuzji przedsiębiorców *sensu largo*

Podjęcie rozważań nad problematyką połączeń przedsiębiorców wymaga wyjaśnienia dwóch podstawowych terminów występujących w języku ogólnym, tj. fuzji oraz przejęcia, a także dokonania pewnej systematyki pojęć funkcjonujących w języku prawnym i prawniczym, jak również w języku praktyków gospodarczych. Jest to szczególnie istotne dla przejrzystości opracowania, zwłaszcza na fakt, że wiele terminów określających transakcje połączenia ma charakter interdyscyplinarny z pogranicza prawa, finansów, rachunkowości czy nauki o zarządzaniu. Rozpiętość tematyczna, występująca w literaturze tendująca do określenia danego zdarzenia w kilku pojęciach (i to nieraz zamiennie), a także uwyślanie tego samego terminu do innych punktów odniesienia może w konsekwencji prowadzić do poważnych problemów semantycznych.

W literaturze ekonomicznej, głównie anglojęzycznej, brakuje jednoznacznej terminologii dla określenia różnych form połączeń przedsiębiorców. Najczęściej spotyka się określenia „fuzje” oraz „przejęcia” lub stosowanie ogólnego terminu „fuzje i przejęcia” (ang. *Mergers&Acquisitions* – M&A), które przez różnych autorów zostały definiowane w odmienny sposób⁴. Taka niecisłość przyczyniła się w konsekwencji do powstania zarówno w literaturze ekonomicznej, jak i doktrynie prawniczej wielu definicji oraz sposobów interpretacji tych pojęć.

W językoznawstwie terminem „fuzja” określa się „(...) połączenie, zjednoczenie się (...) przedsiębiorstw handlowych”⁵. Pojęcie to stanowi synonim zwrotu „połączenie”, odpowiednika nazwy „łączenie się”, które oznacza „(...) scalanie, spojenie, złączenie się dwóch (lub więcej) pewnych odrębnych całości, zespolenie w jedno, w jedną całość, zsumowanie, trwałe zmieszanie”⁶. Okre-

⁴ Zob. G. Bannock, R. Baxter, E. Davis: *The Penguin Dictionary of Economics*. Penguin Reference, London 1992, s. 283 i 416; H. Johnson: *Fuzje i przejęcia. Narzędzia podejmowania decyzji strategicznych*. K.E. Liber, Warszawa 2000, s. 11.

⁵ Por. *Słownik wyrazów obcych*. PWN, Warszawa 1993, s. 235; Por. *Słownik wyrazów obcych i zwrotów obcojęzycznych*. Red. W. Kopaliński. Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2003, s. 86.

⁶ *Słownik języka polskiego*. Red. M. Szymczak. T. II. PWN, Warszawa 1992, s. 124.

leniem przeciwnym do terminu „fuzja” jest tzw. transfuzja⁷, czyli wyprowadzenie z jednego i wprowadzenie do innego układu.

Terminem „fuzja” cz sto okre la si poł czenie, podczas którego co najmniej jeden z ł cz cych si podmiotów zaprzestaje prowadzenia odr bnej działalności. Ponadto, poł czenie jest dobrowolne, a uczestnicz ce podmioty mog (ale nie musz) posiada zbli on wielko ; nie ma tak e wi kszego znaczenia to, e przynajmniej jeden z ł cz cych si podmiotów przestaje formalnie istnieje .

Termin „ł czenie si ” wyst puje obecnie zarówno w j zyku prawnym, jak i prawniczym. Ustawodawca polski wprowadził m.in. do Kodeksu spółek handlowych⁸ oraz znowelizowanej Ustawy o rachunkowo ci⁹ definicje poj cia, w których – bez wzgl du na wyodr bnion metod poł czenia – ł czenie si oznacza „(...) przeniesienie całego majtku w zamian za udziały lub akcje oraz ustanie bytu prawnego przynajmniej jednego z uczestników ł czenia si , co jest ujawnione wpisem do rejestru”¹⁰. W u.rach., zgodnie z definicj zawart w k.s.h., poł czenie spółek zostało zdefiniowane po rednio poprzez okre lenie metody rozliczania poł czenia, tj. metod nabycia lub metod ł czenia udziałów¹¹. Odmienny sposób definiowania terminu „poł czenie” został zaproponowany w Mi dzynarodowych Standardach Rachunkowo ci (MSR) oraz ich nast pcy – Mi dzynarodowych Standardach Sprawozdawczo ci Finansowej (MSSF). Zgodnie z MSR 22 oraz MSSF 3 „(...) jest to poł czenie odr bnych przedsi biorstw w jeden podmiot gospodarczy; rezultatem tego procesu jest zjednoczone przedsi biorstwo lub przedsi biorstwo sprawuj ce kontrol nad aktywami netto i działalno ci innego przedsi biorstwa”¹². W wietle tych definicji poł czenie mo e wyst pi równie na płaszczy nie gospodarczej (kapitałowej) z zachowaniem odr bno ci prawnej ł cz cych si podmiotów, czyli w przypadku przej cia kapitałowego. Naley wskaza , i definicja polskiego ustawodawcy jest wi c zgodna z jego znaczeniem etymologicznym, zakładaj - cym trwałe scalanie odr bnych organizmów, tj. podmiotów prawa.

Termin „fuzja”, powszechnie u ywany w j zyku ogólnym, nigdy nie był i nie jest terminem ustawowym. W doktrynie prawniczej mo na natomiast roz-

⁷ Poj cie „transfuzja” w doktrynie prawa została definiowana jako „(...) tworzenie odr bnej spółki (spółki-córki) z dotychczasowego oddziału spółki, a cało udziałów lub akcji obejmuje spółka (spółka-matka), do której majtek oddziału nale ał”. Zob. A. Szajkowski, M. Tarska: *Prawo spółek handlowych*. C.H. Beck, Warszawa 2005, s. 779.

⁸ Ustawa z dnia 15 wrze nia 2000 r. Kodeks spółek handlowych (Dz.U. Nr 94, poz. 1037 ze zm.), dalej: k.s.h.

⁹ Ustawa o rachunkowo ci z 29.9.1994 r. (tekst jedn. Dz.U. 2002, Nr 76, poz. 694 ze zm.), dalej: u.rach.

¹⁰ Zob. A. Witosz: *Ł czenie si i podział spółek handlowych*. OW Branta, Bydgoszcz-Katowice 2002, s. 15.

¹¹ Por. D. Belok, M. Strojek: *Poł czenia spółek – ich wpływ na rachunkowo finansow*. SKWP, Warszawa 2001, s. 7.

¹² *Mi dzynarodowe Standardy Sprawozdawczo ci Finansowej 2007*. T.I. I A S B, Warszawa 2007, s. 209.

ró ni wiele odmiennych – niekiedy kontrowersyjnych – prób określenia tego terminu dla przyjętych przez ustawodawcę sposobów łączenia się spółek, tj.: połączenia przez przejęcie (tzw. połączenie *per incorporationem*) oraz połączenia przez zawieszenie nowej spółki (tzw. połączenie *per unionem*)¹³. Według niektórych autorów fuzja może na nazwę takie połączenie, podczas którego dwie (lub więcej) spółki scalają się i tworzą nową spółkę kapitałową¹⁴. Jednak w doktrynie prawniczej terminologia ta nie znalazła jednolitego zastosowania¹⁵. Ponadto, uwyśniewa się myślenie tego stwierdzenia, iż fuzja jest pojęciem szerokim, natomiast fuzja *sensu stricto* to przejęcie kontroli¹⁶. Jako przeciwstawne uwyśniewane są także pojęcia „fuzja” albo „łączenie się”, gdzie przez pojęcie „fuzja” rozumie się łączenie się przez utworzenie nowej spółki kapitałowej, natomiast „łączenie się” – łączenie się przez przejęcie¹⁷. Uprzeważającej części przedstawicieli doktryny prawniczej termin „fuzja” jest uwyśniewany na określenie każdego z wymienionych przez ustawodawcę sposobów połączenia. Należy podkreślić, iż pojęcie to – nawet w bardzo szerokim rozumieniu – nie odnosi się bezpośrednio do operacji wymiany udziałów lub akcji dwóch (lub większej liczby) spółek o tym samym przedmiocie działalności w taki sposób, że ulega podwyższeniu ich kapitał zakładowy, następnie powstałe wskutek podwyższenia tego kapitału udziały bądź akcje są obejmowane przez uczestników drugiej spółki, co w efekcie prowadzi do jednoczesnego dysponowania przez wspólników obu spółek udziałami w obu spółkach, które utworzyły nowe udziały¹⁸.

W literaturze ekonomicznej, odmiennie niż w doktrynie prawniczej, zakresy pojęciowe terminów „fuzja”, „łączenie się” oraz „przejęcie” wzajemnie się nie pokrywają. Co więcej, są one odmiennie rozumiane i interpretowane przez różnych przedstawicieli nauki.

Według niektórych autorów, termin „fuzja” jest definiowany jako specyficzny rodzaj przejęcia. Zdaniem A. Helina i K. Zordej „(...) fuzja (czyli połączenie) ma miejsce wtedy, gdy łączą się identyczne lub porównywalnej wielkości podmioty, które w połączonym przedsiębiorstwie oba występują z wagą 50%, a akcjonariusze łączących się spółek otrzymali po 50% głosów na walnym zgromadzeniu połączonych spółek (...) Fuzja jest więc specjalnym przypadkiem

¹³ Zob. art. 492 § 1 k.s.h.

¹⁴ Zob. I. Weiss: *Łączenie spółek kapitałowych*. (cz. I). PPH 1993, nr 6, s. 7-8; S. Włodyka: *Prawo spółek*. Wydawnictwo Instytutu Prawa Spółek i Inwestycji Zagranicznych, Kraków 1991, s. 95 i 154.

¹⁵ Zob. M. Allerhand: *Kodeks handlowy. Komentarz*. Wydawnictwo Park, Bielsko-Biała 1996, s. 520; K. Kruczałak: *Prawo handlowe. Zarys wykładu*. LexisNexis, Warszawa 2006, s. 169; R. Sasiak: *Fuzje i przejęcia spółek publicznych*. Zakamycze, Kraków 2000, s. 23.

¹⁶ Zob. W. Pyzioł, A. Szumowski, I. Weiss: *Prawo spółek*. OW Branta, Bydgoszcz-Kraków 2002, s. 13.

¹⁷ Por. A. Witosz: *Łączenie, podział i przekształcenie spółek handlowych*. Red. A. Kidyba. T. IV. C.H. Beck, Warszawa 2007, s. 72.

¹⁸ Por. M. Allerhand: *Op.cit.*, s. 690.

przejścia”¹⁹. Podobny pogląd prezentuje P.J. Szczepankowski, twierdząc, że „(...) fuzja zachodzi wtedy, gdy dwa (lub więcej) przedsiębiorstwa, początkowo autonomiczne, w wyniku umowy łączą się tworząc nową spółkę. Cech fuzji jest zasadniczo zgodne, dobrowolne działanie partnerów, czysto podobnej wielkości. Może ona przebiegać na dwa sposoby. (...) Zdarza się, że połączenie firm ma początkowo charakter przejścia, aby w konsekwencji doprowadzić do pełnej integracji i zakończyć fuzję”²⁰. Mówi o połączeniach, w wyniku których następuje scalenie się podmiotów w jedną całość, uwywają wówczas terminu „konsolidacja”²¹.

Zgodnie z wytycznymi Standardów Sprawozdawczości Finansowej nr 6 „Fuzje i przejścia”, aby zakwalifikować daną transakcję jako fuzję, muszą być spełnione przynajmniej cztery warunki²²: żadne z przedsiębiorstw nie może być stroną przejmującą lub przejmowaną, wszystkie strony transakcji muszą uczestniczyć w strukturach kierowniczych podmiotu połączonych, łączący się przedsiębiorcy muszą być relatywnie równi co do wielkości oraz przywileje nabyte w efekcie połączenia zależą przede wszystkim od wysokości udziału w kapitale zakładowym nowej jednostki.

Reprezentowany jest również pogląd odmienny, w którym „fuzja” jest rozumiana jako połączenie się dwóch (lub więcej) spółek przez zjednoczenie oraz przez przejście. Według J. Penc, termin „fuzja” oznacza „(...) połączenie dwóch przedsiębiorstw lub nabycie (przejście) jednego przedsiębiorstwa przez drugie, w rezultacie czego powstaje zupełnie nowa firma, która może pozostać przy dotychczasowej nazwie jednego z nich lub przybrać zupełnie nową nazwę”²³. Podobnie A. Niewiadoma twierdzi, że „(...) fuzja (...) (to) sytuacja, gdy jedna firma jest przejmowana (wchłaniana) przez drugą. Pierwsza z łączonych jednostek może być wówczas rozwiązana albo oba podmioty gospodarcze ulegają likwidacji, a wskutek ich połączenia powstaje nowa firma przejmująca aktywa i pasywa jednostek połączonych”²⁴. Natomiast H. Johnson wskazuje, że „(...) fuzja jest to połączenie w jeden organizm dwóch lub większej liczby podmiotów na zasadzie połączenia kapitałów, wykupu gotówkowego akcji jednej z firm lub

¹⁹ Zob. A. Helin, K. Zorde: *Fuzje i przejścia przedsiębiorstw*. Fundacja Rozwoju Rachunkowości w Polsce, Warszawa 1998, s. 5.

²⁰ Zob. P.J. Szczepankowski: *Fuzje i przejścia*. Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2000, s. 53.

²¹ Według W. Frckowiaka „(...) połączenie albo zespolenie dwóch (lub więcej) przedsiębiorstw, przy czym łączone jednostki ulegają likwidacji (wypisowi z rejestru), a zamiast nich powstaje nowa firma i nowy podmiot prawny nazywana jest konsolidacją”. Podobne podejście prezentuje literatura angielskojęzyczna. Zob. W. Frckowiak w: *Fuzje i przejścia przedsiębiorstw*. Red. W. Frckowiak. PWE, Warszawa 1998, s. 18; Por. G. Bannock, R. Baxter, E. Davis: *Op. cit.*, s. 283.

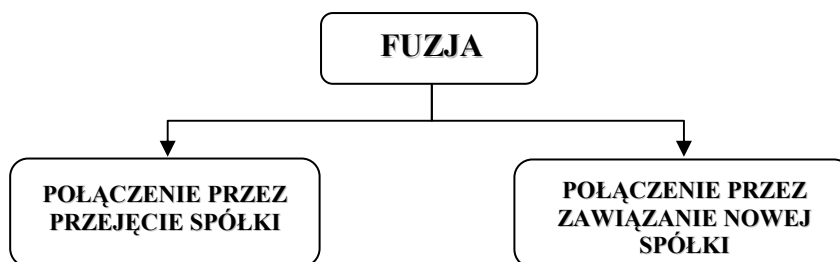
²² Por. *A Dictionary of Finance and Banking*. Oxford University Press, New York 1997, s. 220.

²³ Zob. J. Penc: *Leksykon biznesu*. Placet, Warszawa 1997, s. 135.

²⁴ A. Niewiadoma: *Angielsko-polski leksykon rachunkowości*. Centrum Kreowania Liderów, Skiernewice 2000, s. 28-29.

kombinacji powyższych działań²⁵. W przypadku fuzji spółki łączą się ze sobą, dzieląc się swoimi zasobami dla osiągnięcia wspólnych celów, natomiast wspólnicy, udziałowcy lub akcjonariusze łączących się podmiotów często pozostają współnikami lub akcjonariuszami nowo powstałego podmiotu²⁶.

W powiązaniu z terminem „fuzja” występuje także termin „konsolidacja”, najczęściej wykorzystywany do określenia połączeń, w wyniku których swojej działalność koordynują wszystkie łączące się podmioty, a ich działalność kontynuowana jest przez jednostkę nowo zawiązaną. Uznaje się takie rozwiązanie, mimo że przyjęcie, że konsolidacja jest szczególnym rodzajem fuzji, w wyniku której powstaje nowy podmiot²⁷. Obecnie jednak termin „konsolidacja” jest używany w literaturze tylko do określenia procesu wynikającego z rachunków i dotyczącego sporządzenia sprawozdania finansowego jednostek powiązanych kapitałowo, ale będących osobnymi podmiotami. Niestety, zamiennie z „konsolidacją” w tym znaczeniu występuje również termin „przejście”, co powoduje, że pod często używanym zwrotem „fuzje i przejścia” należy rozumieć nie tylko faktyczne połączenia przedsiębiorców, ale również innego rodzaju aliansy zawierane pomiędzy przedsiębiorstwami, a w szczególności nabycie większościowego pakietu akcji lub udziałów, pozwalającego na sprawowanie kontroli nad spółką. Konsolidacja spółek w odniesieniu do praktycznych aspektów funkcjonowania przedsiębiorców oznacza celowe, wiadome łączenie się przedsiębiorców na płaszczyźnie techniczno-organizacyjnej lub ekonomicznej, celem poszukiwania wspólnych możliwości wzrostu zewnętrznego²⁸.



Rys. 1. Typy fuzji

²⁵ Zob. H. Johnson: Op. cit., s. 17. Podobne stanowisko przyjmuje J. Odeck twierząc, iż „(...) fuzja jest procesem, podczas którego dwie lub większa liczba spółek trwale się łączy w jeden podmiot dla poprawy swojej pozycji konkurencyjnej” Zob. J. Odeck: *The Effect of Mergers on Efficiency and Productivity of Public Transport Services*. Transportation Research Part A 42, 2008, 696-708.

²⁶ Por. S. Sudarsanam: *Fuzje i przejścia*. WIG-Press, Warszawa 1998, s. 1.

²⁷ Zob. E.W. Maruszewska: *Połączenia spółek. Prawo. Rachunkowość. Podatki*. Difin, Warszawa 2008, s. 14.

²⁸ Por. C. Muszyński: *Restrukturyzacja konsolidacja globalizacja przedsiębiorstwa. Do wiadomości i perspektywy polskiej transformacji*. PWE, Warszawa 2003, s. 199.

Podsumowuj c dotychczasowe rozwa ania, nale y stwierdzi , i termin „fuzja” – rozumiany jako poŁ czenie przedsi biorców – oznacza jedn z form trwaŁej wspÓlpracy mi dzy aktualnymi i potencjalnymi konkurentami oraz dostawcami, producentami oraz odbiorcami, którzy zdecydowali si wspÓlnie prowadzi swoj działalno na rynku, integruj c swoje zasoby i umiej tno ci. Fuzja polega wi c na poŁ czeniu si co najmniej dwóch partnerów o porÓwnywalnym potencjale ekonomicznym. W wyniku takiego działania z dwóch lub wi kszej liczby przedsi biorców powstaje jeden, zarz dzaj cy poŁ czonymi przedsi biorstwami, natomiast przyŁ - czone podmioty zostaj rozwi zane w trybie uproszczonym (bez przeprowadzenia post powania likwidacyjnego) i trac byt prawny.

W bardzo bliskim s siedztwie poŁ cze przedsi biorców wyst puj transakcje polegaj ce na przej ciach kapitaŁowych. Termin „przej cie kontroli” (ang. *acquisition of control*) oznacza przede wszystkim działania prawne prowadz ce do uzyskania faktycznego wpŁywu na przedsi biorc lub przedsi biorstwa w znaczeniu przedmiotowym, przeprowadzone inaczej ni przez Ł czenie spółek.

W doktrynie prawniczej nazwa „przej cie” jest u ywana równoległe w dwóch znaczeniach. Po pierwsze, jako jedna z form Ł czenia si spółek, regulowana przepisami k.s.h. i po drugie, jako nabycie tzw. kontrolnego pakietu akcji lub udziałów²⁹.

W pierwszym znaczeniu ustawodawca przypisaŁ termin „przej cie” do poŁ czenia w sposób regulowany przepisem art. 492 § 1 pkt 1 k.s.h. WÓwczas jedna ze spółek kapitaŁowych inkorporuje caŁy maj tek innej osobowej lub kapitaŁowej spółki (lub spółek) handlowej za udziaŁy lub akcje, które spółka przejmowana otrzymuje z podwy szonego kapitaŁu zakŁadowego. Paradoksalnie, tak okre lona metoda poŁ czenia w niektórych róŁdŁach jest przypisywana do definicji „fuzji prawnej”³⁰.

Zdecydowana wi kszo przedstawicieli doktryny prawniczej, i nie tylko, skŁania si do stosowania tego terminu w drugim z przyjmowanych znacze . WedŁug A. Witosza, przej cie „(...) polega na nabyciu udziałów albo akcji odpowiednio wysokiej ich liczby jednej spółki przez drug (mo e to by nabycie nawet wszystkich 100% udziałów albo akcji), która powoduje przej cie kontroli na skutek owego nabycia nad okre lon spółk z ograniczon odpowiedzialno-

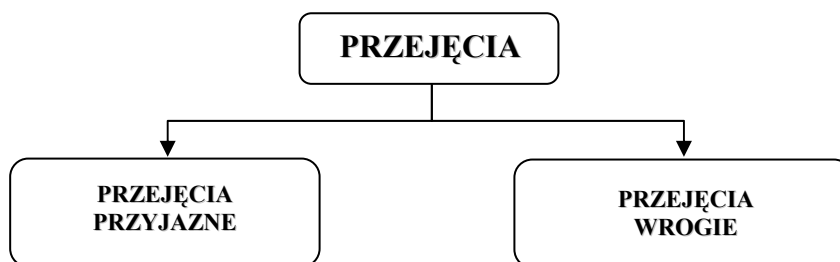
²⁹ W praktyce mo na spotka si z innym nazewnictwem typów przej . Zdaniem R.L. Kwackiego przej cie mo na podzieli na: przej cie przedsi biorcy (ang. *share deal*), gdzie nast puje obj - cie udziałów lub akcji spółki, któr si b dzie kontrolowa , oraz przej cie majtku spółki (ang. *asset deal*). Zob. R.L. Kwacki, P. Pietrzak: *Transakcje M&A*. Cz. I, MoP 2002, nr 5, s. 206.

³⁰ Zob. R. Sasiak: *Op. cit.*, s. 24.

ci lub spółk akcyjn³¹. Termin ten nale y stosowa zamiennie z poj ciem „akwizycja”³².

Podobnie w literaturze ekonomicznej termin „przej cie” definiuje si jako „(...) transfer kontroli, czyli przeniesienie kontroli nad działalno ci gospodar- cz przedsi biorstwa z jednej grupy inwestorów (lub jednego inwestora) do in- nej (lub innego). Mo e to nast pić m.in. przez: zakup akcji (udziałów), zakup majtku (aktywów), prywatyzacj spółki publicznej albo wspólne przedsi wzi- cie”³³. Przejciem b dzie wi c nabycie lub obj cie udziałów lub akcji w spółce w drodze przyjaznego lub wrogiego działania (ang. *hostie and friendly takeover*, niem. *feindliche und freundliche Übernahme*)³⁴. B dzie ono transakcj gwaran- tuj c jednemu z podmiotów wi ksz samodzielno . W efekcie przejmowana spółka nie traci ani majtku, ani osobowo ci prawnej, co nie znajduje wyrazu w rejestrze spółki³⁵.

Nale y jednak zaznaczy , i termin „przej cie”, ujmuj cy proces polegaj cy na obj ciu kontroli nad spółk kapitałów wskutek nabycia (obj cia) odpowied- nio wysokiej liczby udziałów lub akcji, jest przedmiotem zainteresowania przede wszystkim prawa antymonopolowego oraz prawa o publicznym obrocie papierami warto ciowymi. Przej cia w takim znaczeniu nie stanowi wi c przedmiotu rozwa a na temat ł czenia si spółek handlowych.



Rys. 2. Typy przejęć

³¹ Zob. A. Witosz: *Ł czenie, podział...*, op. cit., s. 16.

³² Zob. P. Sobolewski: *Koncentracje przedsi biorców we wspólnotowym prawie konkurencji*. PPH 2007, nr 6, s. 28.

³³ Zob. P.J. Szczepankowski: Op. cit., s. 56; W. Fr ckowiak: *Fuzje i przejęcia przedsi biorstw...*, op. cit., s. 21.

³⁴ Na temat wrogiego i przyjaznego przejęć pisze m.in.: C. Podsiadlik: *Wrogie przejęcie spółki*. LexisNexis, Warszawa 2003, s. 21 i n.

³⁵ Nale y podkre li , i w przypadku przejęć spółki w takim rozumieniu nie ma zastosowania zasada sukcesji uniwersalnej, równie w sytuacji gdy dochodzi do nabycia 100% udziałów lub akcji.

„Ł czenie si spółek” jest poj cciem stosowanym do procesu polegaj cego na przeniesieniu całego maj tku spółki (spółek) uczestnicz cej w integracji, tj. maj tku spółki przejmowanej na spółk przejmuj c lub przeniesienie wszystkich maj tków ł cz cych si spółek na jedn nowo utworzon spółk poŁ czon za udziały lub akcje. Takie dziaŁanie mo e przybra form – zgodnie z regulacjami k.s.h. – poŁ czenia przez przej cie (dalej: inkorporacja lub przej cie prawne) b d poŁ czenia przez utworzenie nowej spółki (dalej: zjednoczenie lub fuzja *sensu stricto*). Zatem termin „fuzja *sensu largo*” odnosi si do zbiorczej kategorii ł czenia si przedsi biorców w trybie przej cia prawnego, natomiast fuzja *sensu stricto*, co dowodzi konieczno ci przyj cia szerszego rozumienia tego poj cia.

Zdolno ł czenia si spółek w wietle przepisów Kodeksu spółek handlowych

Kodeks spółek handlowych, w porównaniu z wcze niejszymi regulacjami Kodeksu handlowego, wprowadził zupełnie odmienne zasady na płaszczy nie ł czenia si spółek handlowych. Wydaje si , i w konstrukcji przyj tej przez ustawodawc , w k.s.h. zakres ł czenia jest szeroki, jednak z logicznego punktu widzenia mo liwo ci nie zostały wyczerpane. W wietle regulacji kodeksowych zakres podmiotów mog cych uczestniczy w poŁ czeniu krajowym jest stosunkowo szeroki, poniewa zdolno ł czenia si posiadaj wszystkie typy spółek handlowych – zarówno spółki kapitałowe, jak i spółki osobowe³⁶. Wydaje si , e taka regulacja prawna jest wynikiem wzrostu liczby i znaczenia osobowych spółek handlowych we współczesnej gospodarce rynkowej, zwłaszcza po wprowadzeniu przez ustawodawc w k.s.h. definicji przedsi biorstwa wi kszych rozmiarów (por. art. 26 § 3 k.s.h.)³⁷. Dodatkowo od dnia 20 czerwca 2008 r.

³⁶ Posiadanie osobowo ci prawnej nie jest w obecnym stanie prawnym podstawowym warunkiem posiadania przez spółk zdolno ci ł czeniowej. Istotne jest, aby spółka podlegała obowi zkowi wpisu do rejestru przedsi biorców zgodnie z regulacjami ustawy z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze S dowym. Dlatego te ani spółka cywilna, ani przedsi biorca prowadz cy indywidualn dziaŁalno gospodarcz nie mog bra udziału w procesie ł czenia si . Por. A. Witosz w: *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, Red. W. Pyziół. Wyd.1. LexisNexis, Warszawa 2008, s. 1008.

³⁷ Po wej cciu w ycie przepisów k.s.h., przedsi biorcy prowadz cy dziaŁalno w formie spółki cywilnej, której obroty w jednym roku przekroczyły równowarto w złotych 400 tys. euro, tzn. prowadziły dziaŁalno w wi kszym zakresie miały obowi zek przekształci si w 2001 r. w spółki prawa handlowego. Ponadto ustawodawca w k.s.h. dopuszcza przekształcenie spółki cywilnej w spółk jawn w uproszczonym trybie zgłoszenia spółki do rejestru przez wszystkich współników, a je eli przychody netto spółki w ka dym z dwóch ostatnich lat obrotowych osi gaj warto powoduj c zgodnie z przepisami u.rach. obowi zek prowadzenia ksi g rachunkowych. Zob. szerzej: J. Jacyszyn, K. Wr czycka: *Transformacja spółek osobowych. Przekształcenie spółki cywilnej w spółk prawa handlowego. Porównanie spółek osobowych*. Studio

obowi zuj przepisy krajowe o transgranicznym łczeniu si spółek handlowych, które nadały zdolno łczenia si na terenie Unii Europejskiej lub pa stw strony umowy o Europejskim Obszarze Gospodarczym krajowym spółkom kapitałowym oraz spółce komandytowo-akcyjnej.

Kodeks spółek handlowych nie zawarł w swej tre ci definicji legalnej spółki prawa handlowego. W przepisie art. 3 k.s.h. ustawodawca odniósł si jedynie do poj cia umowy spółki handlowej: „(...) przez umow spółki handlowej wspólnicy albo akcjonariusze zobowi zuj si d y do osi gni cia wspólnego celu przez wniesienie wkładów oraz, je eli umowa albo statut spółki tak stanowi, przez współdziałanie w inny okre lony sposób”. Naley zaznaczy , e ka da spółka handlowa jest przedsi biorc w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalno ci gospodarczej. W odniesieniu do art. 4 § 1 u.s.d.g. przedsi biorc jest wi c ka da spółka handlowa, która wykonuje we własnym imieniu działalno gospodarcz .

Na gruncie k.c. i k.h. funkcjonowało do ko ca 2000 r. pi typów spółek, tj. cywilna, jawna, komandytowa, z ograniczon odpowiedzialno ci i akcyjna. Trzy pierwsze były wówczas zaliczane w doktrynie prawniczej do kategorii spółek osobowych, natomiast dwie ostatnie – do spółek kapitałowych³⁸. W obecnym systemie prawa okre lenia „spółka osobowa” i „spółka kapitałowa” maj charakter normatywny. Dodatkowo, wyliczenie poszczególnych typów spółek na gruncie k.s.h. ma charakter enumeratywny i podkre la zasad *numerus clausus* spółek handlowych. Oznacza to, i podmioty prawa, które zdecyduj si na prowadzenie działalno ci w formie spółki, s zobowi zane do dokonania wyboru typu spółki przewidzianego w obowi zuj cych przepisach prawa. Ustawodawca tym samym nie zezwala na tworzenie nowych, pozanormatywnych form spółek³⁹.

Kodeks spółek handlowych reguluje zagadnienia w odniesieniu do sze ciu głównych typów spółek jawnej (zob. art. 22 k.s.h.), partnerskiej (zob. art. 86 k.s.h.), komandytowej (zob. art. 102 k.s.h.), komandytowo-akcyjnej (zob. art. 125 k.s.h.), z ograniczon odpowiedzialno ci (zob. art. 151 k.s.h.) oraz akcyjnej (zob. art. 301 k.s.h.)⁴⁰. Ustawodawca rozszerza poj cie spółki handlowej do

Sto, Bielsko-Biała 2001; J. Lic: *Przekształcanie spółek a zasada kontynuacji w prawie podatkowym*. „Zeszyty Naukowe AE w Krakowie” 2006, nr 725, s. 5 i n.

³⁸ Zob np. M. Litwi ska: *Typologia spółek w Kodeksie spółek handlowych*. PUG 2001, Nr 2 (632), s. 2.

³⁹ Poza wszelkimi aktami prawnymi, form prowadzenia działalno ci gospodarczej jest tzw. spółka cicha. Jak twierdz niektórzy przedstawiciele doktryny prawniczej, jej ukryty charakter prawny nie pozwala na jej wł czenie w kr g legalnych uczestników obrotu prawnego i gospodarczego, co nie oznacza, e spółka cicha nie jest znana w praktyce gospodarczej krajów członkowskich UE. Zob. K. Załucki: *Spółka cicha w wybranych europejskich systemach prawnych i w prawie polskim*. „Rejent” 2004, nr 7, s. 31 i n.

⁴⁰ Naley zauwa y , i przepisy k.s.h. nie maj zastosowania do tych konstrukcji umownych, które mo na wykreowa na podstawie przepisów k.c., czyli do spółki cywilnej oraz spółki cichej. Por. A. Kidyba: *Dwie drogi spółki cywilnej*. MoP 2001, nr 20, s. 1117

ponadnarodowej jednostki organizacyjnej, czyli spółki europejskiej z siedzibą w Polsce⁴¹. Ponadto w ramach konstrukcji wybranych typów spółek ustawodawca wyraźnie przewidział możliwość tworzenia jej formy atypowej czy hybrydalnej.

Na podstawie uregulowań k.s.h. dotyczących nazwanych typów spółek wyróżniają się dalsze szczegółowe formy spółek, do których można zaliczyć: spółki jednoosobowe, spółki publiczne, spółki dominujące, spółki powołane czy spółki kapitałowe w organizacji⁴². W przepisie art. 611 k.s.h. zostały przedstawione spółki handlowe szczególnego typu, tzw. spółki resortowe⁴³, do których zastosowanie mają przepisy szczególne, regulujące ich ustrój oraz funkcjonowanie. Należą do nich: narodowe fundusze inwestycyjne, spółki prowadzące działalność bankową, spółki prowadzące giełdy albo rynki pozagiełdowe, spółki prowadzące domy maklerskie, Krajowy Depozyt Papierów Wartościowych S.A., spółki prowadzące działalność ubezpieczeniową, towarzystwa funduszy inwestycyjnych, towarzystwa emerytalne, spółki publiczne radiofonii i telewizji, spółki powstałe w wyniku komercjalizacji i prywatyzacji przedsiębiorstw państwowych i inne spółki handlowe uregulowane w odrębnych ustawach.

Ustawowa typologia nie oznacza jednak, że nie można wprowadzać modyfikacji w ramach normatywnie określonych reguł funkcjonowania, na których opiera się dany typ spółki. Dopuszczalne jest bowiem tworzenie w granicach typu różnych rodzajów spółki. Taka modyfikacja może być wynikiem działania ustawodawcy, który wprowadzając podtyp spółki, odpowiada na potrzeby praktyki gospodarczej. Dopuszczalne jest także tworzenie tzw. typów faktycznych, czyli form nieprzewidzianych w przepisach jako odrębny typ, lecz mieszczących się w ustawowej typologii spółek. Obowiązuje w związku z powyższym zasada, i elastyczne regulacje prawne dają możliwość tworzenia typów faktycznych.

W praktyce istnieje możliwość kreowania spółek hybrydalnych⁴⁴ oraz spółek atypowych⁴⁵. Hybrydalność oznacza bowiem wprowadzenie nowych rozwiązań prawnych deformujących istniejące konstrukcje, które były niemożliwe bez wyrażenia normy prawnej (np. zarząd w spółce partnerskiej czy udział akcjonariuszy w spółce komandytowo-akcyjnej). Chodzi przede wszystkim o wprowadzenie

⁴¹ Zob. ustawa z 4 marca 2005 r. o europejskim zgrupowaniu gospodarczym i spółce europejskiej.

⁴² Od chwili zawarcia umowy spółki w przypadku spółki z o.o. i akcyjnej mamy do czynienia z formami ustrojowymi spółki. Jest to spółka w organizacji, która przejdzie w pełną formę spółki właściwej po wpisaniu do rejestru. Dla spółek osobowych umowa spółki nie kreuje podmiotu prawa, ale form ustrojowych tzw. przedspółki. Zob. D. Ulikowska: *Spółka jawna przed wpisem do KRS*. PPH 2004, nr 11, s. 35 i n.

⁴³ A. Kidyba: *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, t. II. Zakamycze, Kraków 2007, s. 875.

⁴⁴ Tak: A. Szumowski: *Hybrydalne typy spółek*. PPH 2000, nr 6, s. 12 i n.

⁴⁵ Tak A. Kidyba: *Atypowe spółki handlowe. Uwagi de lege lata i de lege ferenda*. Zakamycze, Kraków 2001, s. 11 i n.; T. Bieniek: *Utworzenie spółki komandytowo-akcyjnej*. „Prawo Spółek” 2001, nr 12, s. 25.

elementów konstrukcyjnych charakterystycznych dla spółek osobowych do spółek kapitałowych (np. art. 354, 428 k.s.h.) i odwrotnie. Atypowo oznacza natomiast wykorzystanie przepisów prawa do tworzenia konstrukcji bezpo-
rednio niemieszczących się w określonym, klasycznym modelu spółki. Takie działania nie narusza jednak zasady *numerus clausus* spółek prawa handlowego (np. spółka kapitałowa w organizacji).

Powstanie każdego typu spółki handlowej wiąże się ze zmianą zasad odpowiedzialności właścicieli spółki. W spółkach osobowych, zamiast odpowiedzialności indywidualnej każdego ze współników jako odrębnego podmiotu za własne zobowiązania pojawia się odpowiedzialność solidarna za zobowiązania zaciągane w ramach łącznego spółek stosunku prawnego. Odpowiedzialność ta – w myśl regulacji k.s.h. – ma charakter subsydiarny, tzn. powstaje dopiero wtedy, gdy nie jest możliwe zaspokojenie wierzyciela z majątku stanowionego przez bazę ekonomiczną prowadzonej działalności⁴⁶. Należy zwrócić uwagę, że o ile w spółkach jawnych i komandytowych majątek jest wydzielony, o tyle majątkowa struktura spółki komandytowo-akcyjnej jest zdecydowanie bardziej skomplikowana. Bowiem obok majątku powstającego z wkładów współników będących komplementariuszami, czyli współników odpowiadających bez ograniczenia za zobowiązania spółki, pojawia się majątek obejmujący kapitał zakładowy pochodzący z wkładów akcjonariuszy. W spółce komandytowo-akcyjnej współnicy będący akcjonariuszami stanowią element kapitałowy i, na zasadach podobnych jak współnicy w spółce z o.o. lub akcjonariusze w spółce akcyjnej, nie ponoszą odpowiedzialności za zobowiązania spółki⁴⁷.

Szczególną uwagę należy zwrócić na realizację zasady odpowiedzialności właścicieli spółek kapitałowych jeszcze przed wpisaniem spółki do rejestru przedsiębiorców, tj. Krajowego Rejestru Sądowego. Mamy wówczas formę tzw. spółki kapitałowej w organizacji. Ta konstrukcja prawna odnosi się wyłącznie do spółek kapitałowych, które zawarły umowę spółki z o.o. (zob. art. 161 § 1 k.s.h.) lub zawiązały spółkę akcyjną (zob. art. 323 § 2 k.s.h.) i znajdują się w fazie rejestracji spółki. Spółka kapitałowa w organizacji nie jest odrębnym typem spółki handlowej, lecz stanowi przejściową formę funkcjonowania spółki kapitałowej, wprowadzoną w celu uproszczenia procedury jej tworzenia, przede wszystkim w zakresie nabywania praw i obowiązków w momencie jej rejestracji. Dopiero w momencie rejestracji następuje przekształcenie formy stadialnej,

⁴⁶ Zob. D. Bucior: *Konstrukcja odpowiedzialności współników za zobowiązania handlowej spółki osobowej*. „Prawo Spółek” 2002, nr 6, s. 9; A.J. Witosz: *Subsydiarna odpowiedzialność współników spółek osobowych*. „Prawo Spółek” 2006, nr 12, s. 8 i n.; Idem: *Odpowiedzialność współników spółek osobowych. Przypadki szczególne*. Wyd. 1. LexisNexis, Warszawa 2008, s. 23 i n.

⁴⁷ Zob. szerzej: R. Lewandowski: *Polska koncepcja legislacyjna spółki komandytowo-akcyjnej*. Wolters Kluwer, Warszawa 2007, s. 104 i n.

jak jest spółka kapitałowa w organizacji, w kolejn form stadialn – tzw. do-celow – jak jest spółka z ograniczon odpowiedzialno ci lub spółka akcyjna.

Problematyka odpowiedzialno ci wła cicieli za zobowi zania spółki pozo-staje w ciłym zwi zku z zagadnieniem zmian w płaszczy nie maj tkowej. Powstanie spółki skutkuje wyodr bnieniem maj tku, który w sensie formalnym i materialnym nie nale y do maj tków wła cicieli spółek. Dotyczy to wszystkich typów spółek handlowych. W sensie prawnym jest to maj tek wydzielony, o czym wiadczy: nienaruszalno maj tku przez czas trwania spółki rozumiana jako zakaz jego podziału pomi dzy wspólników (zob. art. 863 § 2 k.c.), zasada surogacji oraz niedost pno maj tku dla wierzycieli wspólników. W spółkach kapitałowych linia demarkacyjna pomi dzy maj tkami wspólników i maj tkiem spółki jest zdecydowanie bardziej wyra na. Wyznacza j nadanie osobowo ci prawnej. Jej skutkiem jest wykreowanie maj tku b d czego w sensie prawnym maj tkiem spółki. O odr bno ci maj tku spółki wiadczy, poza ogóln konstrukcj osobowo ci prawnej, tak e: nienaruszalno maj tku spółki w cz ci co najmniej tej, jaka jest niezbdna do zbilansowania kapitału zakładowego, poł czona z zasad zakazu zwrotu wspólnikom dokonanych wkładów w kapitał zakładowy, zasada surogacji oraz niedost pno maj tku spółki dla wierzycieli wspólników. Sytuacja przedstawia si podobnie jak w spółkach osobowych. „Nienaruszalno ” okrelonej cz ci maj tku spółki, rozumiana jako zakaz rozporz dze na rzecz wspólników, nie oznacza, e spółka nie mo e dysponowa składnikami swojego maj tku. Jest oczywiste, e maj tek ten podlega licznym mutacjom, w tym tak e dyspozycjom na podstawie czynno ci prawnych. Poza konstrukcj spółki jako osoby prawnej zmiany te limituj tak e reguły rachunkowo ci wła-ciwe dla danego typu spółki. W k.s.h. zostaje zachowana zasadnicza struktura maj tkowa wszystkich typów spółek. W spółkach osobowych mamy do czynienia z maj tkiem spółki, (art. 28 k.s.h.). Poj cie to nabiera znaczenia wobec zmiany w koncepcji spółki – elementem konstytutywnym ka dego stosunku spółki staje si obowi zek wniesienia wkładów, wynika to bowiem z definicji spółki handlowej zawartej w art. 3 k.s.h.

Struktura maj tkowa spółek kapitałowych w organizacji jest znacznie bardziej skomplikowana. W okresie przed rejestracj spółka mo e nabywa we własnym imieniu prawa (tzw. zdolno prawna) i zaci ga zobowi zania (tzw. zdolno do czynno ci prawnych), a tak e posiada zdolno s dow . Ju na tym etapie funkcjonowania przyszłej spółki kapitałowej nast puje wyodr bnienie maj tku, który ma w przyszło ci sta si maj tkiem osoby prawnej. Jego charakter prawny jest jednak, w przeciwie stwie do spółek osobowych, uwarunkowany teleologicznie, tzn. celem spółki kapitałowej w organizacji nie jest „byt sam w sobie”, lecz przygotowanie do istnienia spółki kapitałowej. W spółkach kapi-

tałowych istnieje ciśle powiązanie pomiędzy strukturą majątkową a funkcją kapitału zakładowego. Kodeks spółek handlowych utrzymuje linię demarkacyjną pomiędzy majątkami wspólników a majątkiem spółki, przede wszystkim w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością.

Ostatnim czynnikiem determinującym zasadę *numerus clausus* spółek jest, wiążąc się z powstaniem spółki, zmiana w sferze zarządzania⁴⁸. Dążenie do realizacji wspólnego celu, który w spółkach kapitałowych staje się celem spółki jako odrębnego podmiotu, implikuje konieczność określenia reguł organizacyjnych spółki. Muszą one obejmować sferę wewnętrzną i zewnętrzną funkcjonowania spółki. W spółkach osobowych zostaną wyróżnione prowadzenie spraw (odnoszone do relacji wewnętrznej pomiędzy wspólnikami) oraz reprezentacja (dotycząca stosunków z wierzycielami). W spółkach kapitałowych mamy także do czynienia ze stosunkami wewnątrz spółki oraz reprezentacją, która podobnie jak w spółkach osobowych, odnosi się do występowania spółki na zewnątrz wobec osób trzecich, w tym także wspólników, jeżeli wchodzi oni w określony stosunek prawny ze spółką.

Z uwagi na fakt, że powstanie spółki wiąże się ze zmianami w zarządzaniu, informacje niezbędne do ochrony sytuacji prawnej osób trzecich muszą znaleźć odzwierciedlenie w rejestrze, oczywiście pod warunkiem, że dany typ spółki podlega wpisowi do rejestru. Jednym z najistotniejszych elementów objętych treścią wpisu jest określenie sposobu reprezentacji, mające wpływ na ważność czynności dokonywanych przez spółkę.

Omówione powyżej trzy wyznaczniki konstrukcyjne spółek handlowych wskazują więc, że ich powstanie oddziałuje zarówno na sytuację prawną właścicieli spółek (wspólników, akcjonariuszy), przede wszystkim w płaszczyźnie majątkowej, jak również na ich wierzycieli osobistych oraz osoby trzecie, wchodzące w stosunki prawne ze spółką. W spółkach osobowych udział wspólnika w spółce nie zostaje zmaterializowany w sposób pozwalający na jego wykreowanie jako aktywu majątkowego. Wynika to z jego niezbywalności. Wartość majątkową natomiast uprawnienia składające się na udział, tj. prawo do zysku, odsetek czy części majątku spółki po likwidacji. W spółkach kapitałowych prawa udziałowe – dzięki swej zbywalności – uzyskują samoistną wartość w majątku wspólnika.

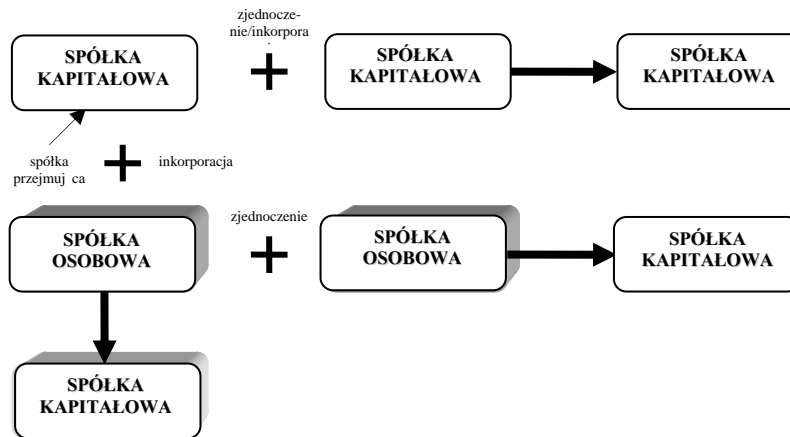
Na gruncie obowiązujących przepisów prawa spółki handlowe mogą się tworzyć następującymi sposobami:

- spółki kapitałowe w każdej konfiguracji, tzn. w sposób jednorodny lub spółka z o.o. ze spółką akcyjną i *vice versa*, gdzie powstaje inna kapitałowa spółka

⁴⁸ Zob. J. Jacyszyn w: *Encyklopedia prawa*. Red. U. Kalina-Prasznica. C.H. Beck, Warszawa 2004, s. 488; M. Litwińska: *Op. cit.*, s. 6.

ka handlowa; spółki mog ły si ę czy w trybie regulowanym przepisami art. 492 § 1 pkt 1 i 2 k.s.h.;

- wszystkie spółki osobowe ze wszystkimi spółkami kapitałowymi, z zastrzeżeniem, i w przypadku ł czenia regulowanego przepisem art. 492 § 1 pkt 2 k.s.h. now spółk mo e by tylko spółka kapitałowa, natomiast podczas po ł czenia opisanego w przepisie art. 492 § 1 pkt 1 k.s.h. spółk przejmuj c mo e by tylko spółka kapitałowa.



Rys. 3. Zakres zdolno ci ł czenia si spółek

ródło. Na podstawie Kodeksu spółek handlowych.

Dodatkowo w § 1¹ przepisu art. 491 k.s.h. ustawodawca okre lił bezpo rednio zakres po ł czenia transgranicznego, który podlega zasadom ogólnym dotyczym po ł cze krajowych spółek handlowych (zob. art. 491-497 k.s.h.) i do którego stosuje si przepisy rozdziału 2 dotycz ce go po ł cze krajowych spółek kapitałowych (zob. art. 498-516 k.s.h.). Zdolno ł czeniow ustawodawca przyznał zarówno spółkom kapitałowymi, tj. spółce z ograniczon odpowiedzialno ci oraz spółce akcyjnej, jak równie spółce komandytowo-akcyjnej⁴⁹. Jak podkre la R.L Kwa nicki, zdolno ł czeniow posiada równie spółka europej-

⁴⁹ W niektórych systemach prawnych pa stw członkowskich (np. w prawie niemieckim) spółka komandytowo-akcyjna posiada osobowo prawn , a tym samym jest zaliczana do grupy spółek kapitałowych. W polskim porz dku prawnym ustawodawca przyznał spółce komandytowo-akcyjnej status spółki osobowej, która ł cz c si z inn spółk kapitałow , zawsze przyjmuje status spółki przejmowanej (szerzej na temat istoty spółki komandytowo-akcyjnej pisze m.in.: A. Kidyba: *Kodeks...*, op. cit., s. 460-465; J. Jacyszyn: *Istota i charakter prawny spółki komandytowo-akcyjnej*. (cz. I). „Rejent” 2004, nr 12, s. 51 i n.; Idem: *Istota i charakter...*, op. cit. (cz. II). „Rejent” 2005, nr 1, s. 74 i n.; Idem: *Istota i charakter...*, op. cit. (cz. III). „Rejent” 2005, nr 2, s. 88 i n.

ska mająca siedzibę w Polsce, gdy spełnia ona kryteria wymienione w art. 2 pkt 1 lit. b dyrektywy transgranicznej⁵⁰. Zgodnie z art. 516² k.s.h. w polu czeniu 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 dani ich posiadaczy odkupywane albo umarżane bezpośrednio lub pośrednio z aktywów tej spółki (np. fundusze inwestycyjne).

Należy podkreślić, iż ustawodawca wprowadził w obowiązującym systemie prawa wiele ograniczeń dotyczących łączenia się z udziałem spółek osobowych, podkreślając tym samym odmienną konstrukcję prawną od spółek kapitałowych.

Za najistotniejszy z tych ograniczeń można uznać regulację art. 491 § 2 k.s.h., który statuuje zasadę, iż spółki osobowe mogą się łączyć tylko przez zawiązanie nowej spółki kapitałowej. Zdaniem A. Witosza przyjęte rozwiązanie jest prawdopodobnie wynikiem ostrożności ustawodawcy i może zostać zmienione drogą ewentualnej noweli k.s.h.⁵¹. Taki stan prawny można argumentować przede wszystkim tym, iż ustawodawca posiadał dobrą intencję na stworzenie dużych i silnych organizmów gospodarczych w formie spółek kapitałowych. Z punktu widzenia samych wspólników tych spółek, jak i zabezpieczenia interesów wierzycieli takie podejście jest racjonalne, jednak praktyka pokazuje, iż spółki osobowe chcą się ze sobą tworzyć spółki osobowe, np. łącząc dwie spółki partnerskie, wspólnicy mogliby działać w formie spółki partnerskiej bez konieczności tworzenia spółki z o.o. Ponadto, tworzenie nowej spółki kapitałowej przez wspólników łączonych spółek osobowych wymusza na nich dostosowanie się do formalno-prawnych wymogów tworzenia i prowadzenia innego rodzaju spółki. Za dopuszczalność, a nawet konieczność łączenia się spółek osobowych w spółki osobowe wypowiedzi się m.in. M. Aślanowicz⁵².

Zgodnie z dyspozycją art. 491 § 2 k.s.h. osobowa spółka handlowa nie może być tzw. spółką przejmującą, a może być przejmowana przez spółkę kapitałową. Wynikające z tego wynika z faktu, iż spółka osobowa jest oparta na osobistej woli wspólników w danej spółce. Dopuszczenie wobec tego możliwości pełnienia przez spółkę osobową funkcji spółki przejmującej mogłoby zachwiać układem osobowym w spółce przejmującej, gdzie zasadą jest równość praw wspólników spółki osobowej, bez względu na wielkość wniesionego wkładu, w której

⁵⁰ 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 przedsięwzięcia w prawie polskim*. „Rejent” 2008, nr 7-8.

⁵¹ Por. A. Witosz: *Restrukturyzacja spółek handlowych*. OW Branta, Bydgoszcz-Katowice 2005, s. 33.

⁵² M. Aślanowicz: *Z problematyki przekształcenia, łączenia oraz podziału osobowych spółek handlowych*. PPH 2000, nr 8, s. 32.

wyłom mo e uczyni jedynie umowa spółki osobowej. Aczkolwiek za dopuszczalno ci zdolno ci spółki osobowej do bycia spółk przejmuj c albo spółk nowo zawi zan , mo liwy jest argument, e ł czenie si przez przej cie mogłoby nast - powa jedynie w drodze jednomy lnej uchwały wspólników ł cz ych si spółek, to odrzucenie tej mo liwo ci jest przyj tym wyborem ustawodawcy.

Zbyt ogólnym byłoby stwierdzenie, i zdolno ł czeniow posiadaj wszystkie spółki handlowe, poniewa zabiegu tego nie zawsze mog dokona spółki handlowe w ka dej fazie swojego funkcjonowania. Dodatkowo nale y zada pytanie, czy zdolno prawn posiadaj tak e formy atypowe oraz hybrydalne spółek handlowych. Odpowied nie jest w ka dym rozpatrywanym przypadku jednoznaczna.

Zdolno ł czenia si posiadaj spółki jednoosobowe, o ile s spółkami kapitałowymi. Nie ma bowiem adnych ogranicze formalnych na ł czenie si jednoosobowej spółki kapitałowej z inn spółk kapitałow w trybach okre lonych w przepisach art. 492 § 1 pkt 1 i 2 k.s.h., nawet gdy wspólnikiem lub akcjonariuszem w tych jednoosobowych spółkach jest ta sama osoba⁵³. Wył czy jednak nale y zdolno ł czeniow w stosunku do funkcjonowania jednoosobowej spółki partnerskiej (art. 96 § 2 k.s.h.). Ta konstrukcja prawna z mocy prawa jest działalno ci zmierzaj c do jej rozwi zania, a nie do podejmowania decyzji strategicznych.

W doktrynie prawa trwa nieustaj ca dyskusja na temat zdolno ci ł czeniowej spółek kapitałowych w organizacji. Wydaje si , e najbardziej przekonuj cy głos w dyskusji zaj ł A. Witosz. Zdaniem autora ł czenie si spółek kapitałowych w organizacji mo e by przeprowadzane w stadium organizacyjnym procesu ł czenia, tj. w fazie przygotowawczej i decyzyjnej, jednak w dniu poł czenia spółka powinna posiada wpis do rejestru przedsi biorców⁵⁴. Nale y podkre li , i spółki kapitałowe w organizacji posiadaj wyra nie zakre lony przez ustawodawc byt, tj. do momentu wpisu. Poza czasem trwania spółki kapitałowe w organizacji s wi c podmiotami o takim samym zakresie zdolno ci prawnej i zdolno ci do czynno ci prawnych, jak spółki osobowe, lecz w wietle art. 4 § 1 pkt 1 k.s.h. spółkami osobowymi nie s .

W Kodeksie spółek handlowych ustawodawca wykluczył mo liwo ł czenia si spółek handlowych w przypadku, gdy wyst pi zmiana zasad wykonywania uprawnie wla cicielskich i celu, dla którego dana spółka została powołana. Sytuacja taka wyst puje wi c wtedy, kiedy zostanie ogłoszona upadło spółki lub jej likwidacja.

⁵³ Zob. A. Witosz: *Restrukturyzacja...*, op. cit, s. 34 i n.

⁵⁴ Zob. Idem: *Zdolno ł czeniowa i podziałowa spółek w organizacji*. „Prawo Spółek” 2003, nr 10, s. 2-8.

Uzasadnione może być przyjęcie poglądu, że zdolność połączenia spółki z zawartym i wykonywanym układem zgodnie z regulacją ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. Prawo upadłościowe i naprawcze. Wówczas połączenie dłużnika (spółki handlowej) z inną spółką lub zawiązanie wspólnie z innymi spółkami innej spółki kapitałowej może przyczynić się do zmiany postanowień zatwierdzonego układu. Wynikiem tej integracji, jak wskazuje A. Witosz, może być wzrost dochodu nie tylko spółki przejmującej lub nowo zawiązanej jako całość, ale także przez tego majątku spółki-dłużnika z układem, który przez okres wskazany w art. 495 § 1 k.s.h. musi być zarządzane odrębnie przez spółkę połączoną⁵⁵. Okres odrębnego zarządzania majątku spółki z układem powinien trwać nie dłużej niż czas obowiązywania układu.

Zgodnie z art. 491 § 3 k.s.h. nie może być spółka w likwidacji, która rozpoczęła podział majątku lub w przypadku innego sposobu zakończenia działalności spółki określonego przepisem art. 67 § 1 k.s.h. (również rozpoczęcia podziału majątku). Podział majątku jest możliwy dopiero w sytuacji, gdy zaspokojono lub zabezpieczono wierzycieli, upłynniono majątek⁵⁶. Podobna sytuacja występuje, gdy w stosunku do spółki – zgodnie z art. 52 p.u.i.n. – wydano postanowienie o ogłoszeniu upadłości. Podział majątku pomiędzy wierzycieli spółek może zostać dokonany dopiero po sztywno określonych właściwych przepisami prawa datach (por. art. 286 § 1 i art. 474 § 1). W odniesieniu do spółek osobowych w likwidacji brakuje takich terminów. W tej sytuacji decyduje o tym fakcie rozpoczęcia podziału majątku⁵⁷.

Modele połączenia spółek handlowych

W obowiązującym stanie prawnym ustawodawca reguluje w sposób jednolity dla wszystkich przedsiębiorców posiadających zdolność łączenia się dwa rodzaje integracji, które odpowiadają ogólnemu terminowi „fuzja *sensu largo*”. Należy jednak zaznaczyć, iż występującej między nimi różnice są tak znaczne, że z całą stanowczością nie można ich ze sobą utożsamiać. Kodeks spółek handlowych – wzorem regulacji zawartych w Trzeciej Dyrektywie Rady Wspólnot Europejskich z dnia 9 października 1978 r. o łączeniu się spółek akcyjnych – w art. 492 § 1 k.s.h. – statuuje, że połączenie spółek handlowych może nastąpić w dwóch trybach, tj. poprzez przejęcie prawne lub fuzję *sensu stricto*.

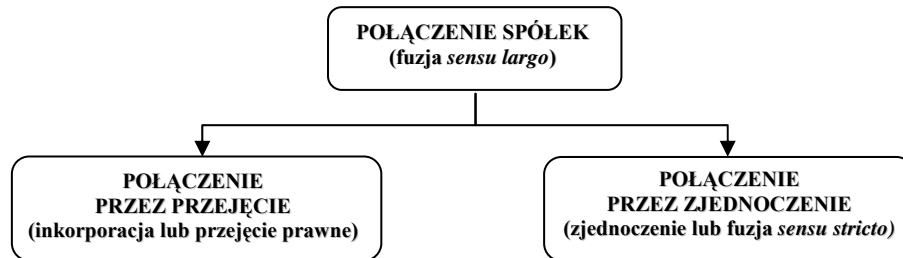
Połączenie przez przejęcie (lub połączenie *per incorporationem*) dotychczas istniejącej spółki – zgodnie z przepisem art. 492 § 1 pkt 1 k.s.h. – polega na

⁵⁵ Zob. Idem: *Spółka w upadłości układowej*. LexisNexis, Warszawa 2008, s. 177.

⁵⁶ Zob. A. Kidyba: *Prawo handlowe...*, op. cit., s. 480.

⁵⁷ Zob. A. Witosz w: *Kodeks spółek handlowych...*, op. cit., s. 1009.

przeniesieniu całego majątku tzw. spółki przejmowanej na tzw. spółkę przejmującą za udziały/akcje, które spółka przejmująca wydaje wspólnikom spółki przejmowanej⁵⁸. W wyniku transakcji przejścia prawnego spółek handlowych spółka przejmowana ulega rozwiązaniu bez przeprowadzenia postępowania likwidacyjnego⁵⁹. Jedynym elementem, który obligatoryjnie podlega zmianie podczas przejścia jest umowa spółki przejmującej w sytuacji, gdy następuje podwyższenie jej kapitału zakładowego.



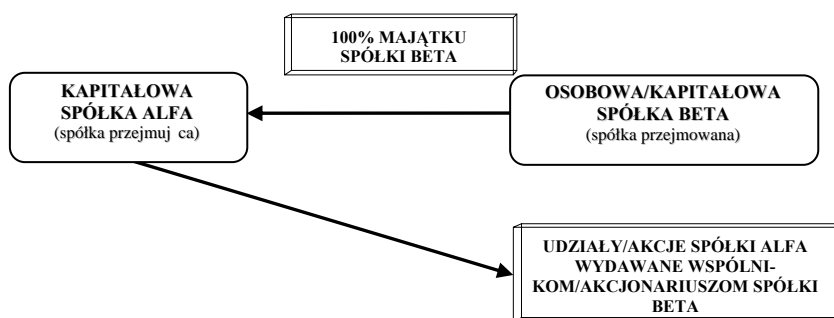
Rys. 4. Sposoby połączenia spółek w Kodeksie spółek handlowych

ródło: Na podstawie Kodeksu spółek handlowych.

Istotą tej czynności prawnej wyjaśnia rys. 5, który przedstawia najbardziej klasyczny model tzw. przejścia prawnego. Zakłada się, że spółka kapitałowa ALFA przejmuje spółkę handlową BETA. Spółki te nie są w żadnym sposób powiązane kapitałowo. Dodatkowo, wspólnicy/akcjonariusze spółki ALFA nie posiadają żadnych praw udziałowych w spółce BETA i *vice versa*. Majątek spółki kapitałowej BETA zostaje przeniesiony na spółkę ALFA, a spółka BETA traci w wyniku połączenia swój byt prawny. Wspólnikami spółki ALFA są po połączeniu zarówno dotychczasowi wspólnicy spółki ALFA, jak i wspólnicy spółki BETA. W tym modelu dochodzi do podwyższenia kapitału zakładowego spółki ALFA oraz wydania dodatkowych udziałów/akcji spółki połączonej ALFA wspólnikom lub akcjonariuszom spółki BETA.

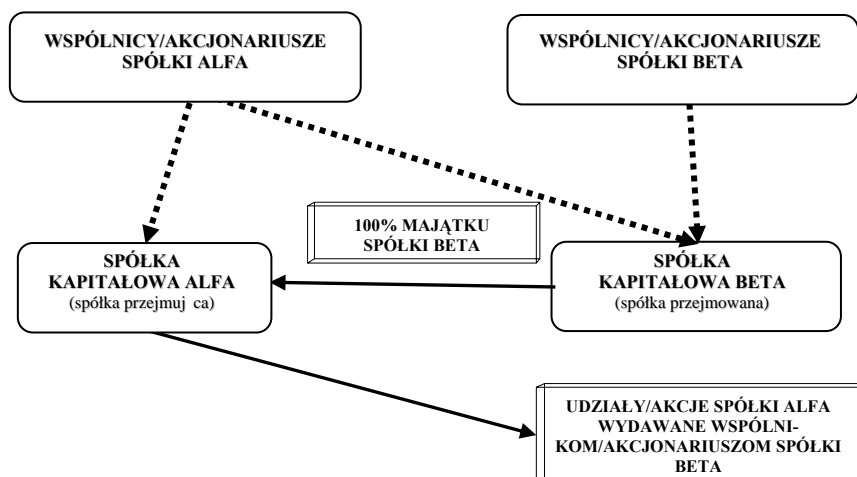
⁵⁸ Jak zauważa m.in. M. Snitko-Pleszko, konsekwencją połączenia się spółek przez przejście jest nie tylko wymiana majątku spółki przejmowanej na udziały lub akcje spółki przejmującej, lecz także występowanie dopłat w gotówce. Jednak instytucja dopłat gotówkowych występuje w okolicznościach, gdy parytet wymiany wykazuje pewne dysproporcje. Por. M. Snitko-Pleszko: *Łączenie się spółek na gruncie Kodeksu Spółek Handlowych z 15.9.2001 r.*, „EP” 2006, nr 4 (79), s. 16 i n.

⁵⁹ Takie postępowanie stanowi odstępstwo od ogólnie przyjętej zasady, iż rozwiązanie spółki handlowej odbywa się poprzez jej likwidację. Zob. J. Jacyszyn w: *Encyklopedia prawa...*, op. cit., s. 349.



Rys. 5. Model I 1 czenia si spółek przez przejęcie

Nieco inaczej przebiega proces połączenia, gdy między tymi spółkami istnieje zależność kapitałowa. Wówczas wspólnicy lub akcjonariusze jednej ze spółek mogą posiadać prawa udziałowe spółki, z której się łączy. Istotnym czynnikiem jest zależność kapitałowa, w których występuje zależność kapitałowa przedstawia rys. 6.

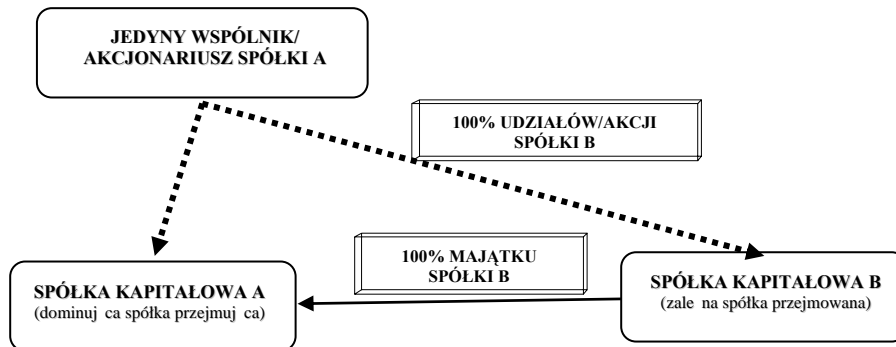


Rys. 6. Model II 1 czenia si spółek przez przejęcie

Inny typowy model połączenia prezentuje sytuację, w której spółka przejmowana jest w całości zależna od spółki przejmującej (spółki dominującej). Omawiany model osiąga się przez wydzielenie spółki BETA ze spółki ALFA (zob. art. 529 § 2 k.s.h.) lub utworzenie spółki BETA poprzez wniesienie przez spółkę ALFA wkładu pieniężnego i niepieniężnego (aportu), albo też systematyczne nabywanie udziałów lub akcji od dotychczasowych właścicieli (tzw. akwizycja). W tym modelu połączenia majątek spółki BETA zostaje przejęty przez spółkę ALFA bez podwyższenia kapitału zakładowego, a spółka BETA

traci byt prawny. W konsekwencji nie wydaje si dodatkowych udziałów lub akcji spółki poł czonej ALFA wla cicielom spółki BETA. Nast puje tutaj unicestwienie udziałów spółki BETA z mocy prawa.

Zdaniem K.G. Szyma skiego mo liwy jest jeszcze przypadek odosobnionego schematu ł czenia si spółek, gdy spółk przejmuj c jest spółka zale na od spółki przejmowanej (tzw. poł czenie odwrotne)⁶⁰. Ten model poł czenia wydaje si bardzo efektywny z proceduralnego punktu widzenia, jednak poci ga za sob wiele w tpliwo ci natury prawno-handlowej, podatkowej czy rachunkowej.



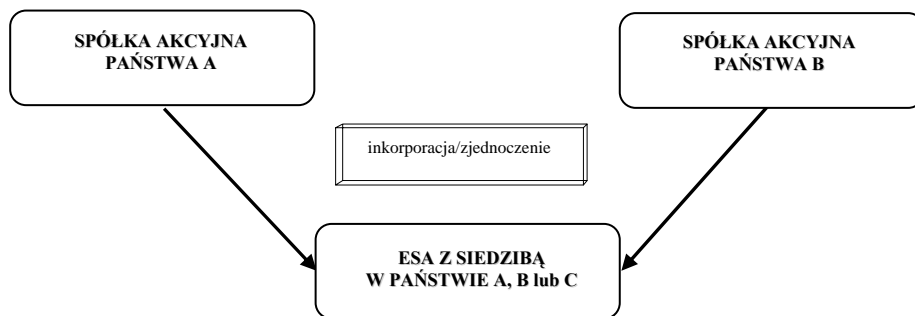
Rys. 7. Model III ł czenia si spółek przez przej cie

W przypadku poł czenia przez zawi zanie nowej spółki kapitałowej (poł czenie *per unionem*) – uregulowanego w przepisie art. 492 § 1 pkt 2 k.s.h. – ł czenie spółek polega na zawi zaniu nowej spółki kapitałowej (w formie spółki z ograniczon odpowiedzialno ci lub spółki akcyjnej), na któr zostaje przeniesiony maj tek dwóch (lub wi cej) ł cz cych si spółek, za udziały/akcje nowo powstałej spółki przyznawane wspólnikom lub akcjonariuszom spółek dotychczasowych. W konsekwencji spółki ł cz ce si ulegaj rozwi zaniu po wpisie do rejestru nowej spółki bez przeprowadzenia post powania likwidacyjnego. Dotychczasowa działalno spółek, które uległy poł czeniu, jest kontynuowana w ramach nowo powstałego podmiotu z now umow spółki oraz z nowo powołanymi władzami (rys. 8).

⁶⁰ Przykładem poł czenia odwrotnego w warunkach polskiej gospodarki rynkowej mo e było przej cie w 2008 r. przez spółk WAKACJE.PL Sp. z o.o. w Gda sku spółki WAGARY Sp. z o.o. w Warszawie. Szerzej na temat tzw. poł czenia odwrotnego (ang. *merger reverse*) pisze K.G. Szyma ski: *Opodatkowanie spółek kapitałowych. Poł czenia, podziały i inne czynno ci restrukturyzacyjne*. Wolters Kluwer, Warszawa 2006, s. 212.



Rys. 9. Model transgranicznego łączenia się spółek



Rys. 10. Model utworzenia Europejskiej Spółki Akcyjnej w wyniku połączenia

Praktyka życia gospodarczego wykształciła wiele dodatkowych sposobów połączenia przedsiębiorców. Połączenia te mogą odbywać się na wielu płaszczyznach działalności podmiotów i cechować się różnym stopniem powiązania przedsiębiorców. Integracja natomiast może być wynikiem wzajemnych ustaleń spółek, jak również – być przeprowadzona wbrew woli samego przedsiębiorcy.

Podsumowanie

Podsumowując podjęte w opracowaniu rozważania, należy wskazać, że w odniesieniu do procesów integracyjnych termin „połączenie” jest pojęciem węższym w stosunku do „koncentracji”, która obejmuje nie tylko trwałe połączenia podmiotów, lecz także luźniejsze związki przedsiębiorców, takie jak m.in. koncerny i holdingi. Dodatkowo, połączenia przedsiębiorców mogą być konsekwencją wcześniejszej przeprowadzonego przejęcia kapitałowego spółek i włączenia ich w grupę kapitałową. Koncentracja w prezentowanym ujęciu zakładamy razem prowadzi do powstania łącznie – bardziej lub mniej trwałej – między innymi – grupy działających już na rynku podmiotami, dotychczas dla siebie obcych.

Różnice pomiędzy fuzją *sensu stricto* a przejęciem prawnym uwidacznia się głównie w tym, że w przypadku przejęcia występuje niewątpliwie ciężej historyczna spółka przejmująca, czego zdecydowanie brakuje w przypadku fuzji. Fakt ten może mieć praktyczne znaczenie w relacji z kontrahentami w obrocie cywilnoprawnym, w szczególności z podmiotami, które finansują działalność spółki. Jak zauważa M. Rodzyńkiewicz, spółka przejmująca może być bez większych trudności, w celu wykazania swego stanu wypłacalności i zdolności kredytowej, przedstawić sprawozdania finansowe i dokumenty opisujące działalność w latach ubiegłych⁶³. Inaczej sytuacja wygląda w przypadku spółek łączących się przez zawieszenie nowej spółki, ponieważ ich sprawozdania finansowe nie będą sprawozdaniami spółki nowo utworzonej. Istotne jest, że połączenie przez przejęcie ma na celu absorpcję „aktywów i pasywów” łączących się podmiotów przez jedną z istniejących już spółek. Przejmująca ona zarówno prawa, klientelę, techniczne i handlowe know-how, jak i wszelkie długi czy inne zobowiązania majątkowe spółek. W sytuacji gdy połączenie następuje przez zawieszenie nowej spółki, wszystkie podmioty ulegają rozwiązaniu, a na nowo powstała spółka przechodzi majątki i długi łączących się spółek. Powstały z połączenia podmiot jest nowy, jednak korzysta on zarówno z wypracowanych przez łączące się spółki środków majątkowych, jak i do wiadomości w zarządzaniu, prowadzeniu przedsiębiorstwa przez menedżerów dotychczasowych spółek, zdobywaniu i utrzymywaniu kontaktów itd.⁶⁴. Nowo utworzona spółka funkcjonuje od razu jako sukcesor uniwersalny połączonych podmiotów.

DELIMITATION OF MERGE CAPACITY IN COMMERCIAL COMPANIES

Summary

Nowadays there is a tendency in the market economy to improve the competitiveness of the companies by different forms of concentration. Such kind of action contributes to implementation of the external growth strategy in enterprises, in which companies' merger constitutes a way of accomplishment of the strategic goals in order to develop the company.

Companies' merger is one of the ways of solid cooperation between actual or potential business partners who decide one day to work together by integrating their assets and skills. In other words, merger is such kind of act in law, which joins assets of two or more companies and their owners (partners in partnerships, shareholders and stockholders in capital companies) receive in return stocks or shares of the joined company.

The following article presents the core of the integration process as well as the capability of the entrepreneurs to complete the merger according to the present Polish Commercial Companies Code. In this paper different ways of merger of companies are also presented taking into consideration the level of capital relations of joining companies.

⁶³ Por. M. Rodzyńkiewicz: *Łączenie się spółek. Komentarz*. LexisNexis, Warszawa 2002, s. 27.

⁶⁴ Por. A. Szajkowski, M. Tarska: *Prawo spółek handlowych*. C.H. Beck, Warszawa 2005, s. 789.

Andrzej Pokora

KILKA UWAG W KWESTII UPADŁO CI SANACYJNEJ BANKU

Wprowadzenie

Z ekonomicznego punktu widzenia sanacja banku służy restrukturyzacji obejmującej jego zadłużenie oraz majątek. Celem takiego postępowania jest utrzymanie przedsiębiorstwa upadłego na rynku, by mogło w dalszym ciągu prowadzić normalną działalność, w szczególności w obszarze witalnych stosunków obligacyjnych.

Z racji roli jaką w strukturze gospodarczej pełnią banki, ustawodawca unormował w stosunku do nich postępowanie upadłościowe w sposób odmienny od zasad ogólnych, mając przede wszystkim na względzie zachowanie bezpieczeństwa, efektywności oraz spójności systemu bankowego, jak również ochronę deponentów upadłego banku. Ustawa z 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe (tekst jedn. Dz.U. z 2002 r. Nr 72, poz. 665 z późn. zm.) stanowi, iż bankiem w rozumieniu tej ustawy jest osoba prawna utworzona zgodnie z przepisami ustawy, działająca na podstawie zezwoleń (na utworzenie banku i na rozpoczęcie działalności), które uprawniają do wykonywania czynności bankowych (enumeratywnie wymienionych w art. 5 ust. 1 i 2 pr.bank.) obciążonych ryzykiem rodki powierzone pod jakimkolwiek tytułem zwrotnym. Jest to zatem podmiot prowadzący w szczególności działalność depozytowo-kredytową.

Przesłanką ogłoszenia upadłości banku określa art. 158 ust. 1 pr.bank. Jest to samodzielna (odrębna) podstawa ogłoszenia upadłości¹. W myśl tego przepisu, jeżeli według bilansu aktywa banku nie wystarczają na zaspokojenie jego zobowiązań, zarząd banku, zarząd komisaryczny lub likwidator powiadamia o tym niezwłocznie Komisję Nadzoru Finansowego, która podejmuje decyzję o zawieszeniu działalności banku (jest to decyzja obligatoryjna i niezaskarżalna), a następnie decyzję o jego przejściu przez inny bank, za zgodą banku przejmującego. W przypadku gdy przejście niewypłacalnego banku nie jest możliwe, zarząd

¹ Z. Wieboda: *Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz*. LexisNexis, Warszawa 2004, s. 488; M. Kopycińska: *Prawo bankowe w zarysie*. Red. E. Fojcik-Mastalska. Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 2004, s. 117.

banku, zarząd komisaryczny lub likwidator niezwłocznie – aby skrócić okres zawieszenia działalności banku – występuje do właściwego sądu okręgowego z wnioskiem o ogłoszenie upadłości, o czym zawiadamia Bankowy Fundusz Gwarancyjny². Chodzi zatem o taką niewypłacalność banku, która będzie nosiła znamiona trwałości i obiektywności. Jednakże tak ujęta przesłanka ogłoszenia upadłości może okazać się zawodna i myląca, a co najmniej niewystarczająca³. Jak słusznie zauważa K. Kohutek⁴, stan niewypłacalności księgowej banku nie zawsze pokrywa się z jego niewypłacalnością w sensie ekonomicznym. Możliwa jest zatem sytuacja, w której księgowo bank jest jeszcze wypłacalny, jednakże według wskaźników ekonomicznych kwalifikuje się do postawienia w stan upadłości. Wskazana w art. 158 ust. 1 pr.bank. podstawa ogłoszenia upadłości nie jest przy tym podstawą wyłączenia. Wobec banku znajdzie także zastosowanie regulacja zawarta w art. 11 pr.up.n.⁵

Podmiotem wyłącznie legitymowanym do zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości banku jest Komisja Nadzoru Finansowego⁶. Wyłącza to możliwość wystąpienia z wnioskiem o ogłoszenie upadłości przez dłużnika, jego wierzycieli czy wreszcie osoby umocowane do reprezentowania banku. Przyznanie tej kompetencji Komisji Nadzoru Finansowego pozostaje w ścisłym związku z rolą, jaką odgrywa Komisja w zakresie ochrony stabilności całego systemu bankowego. Niemniej jednak w związku z tym, Komisja Nadzoru Finansowego nie jest dłużnikiem ani wierzycielem, pewnie w tym miejscu nie pojawi się w trakcie formułowania przez nią przedmiotowego wniosku⁷.

Jakkolwiek przepisy prawa upadłościowego i naprawczego nie wskazują, jaki sąd jest właściwy do ogłoszenia upadłości banku, należy jednak przyjąć – ze względu na brzmienie art. 158 ust. 1 pr.bank., że o ogłoszeniu upadłości banku orzeka właściwy sąd okręgowy w składzie trzech sędziów zawo-

² Należy zwrócić uwagę na to, że z brzmienia art. 158 ust. 1 prawa bankowego wynika, że od uznania Komisji Nadzoru Finansowego zależy to, czy nastąpi przejęcie banku przez inny bank, czy też wystąpi ona z wnioskiem o ogłoszenie upadłości. Słusznie zatem postulują w doktrynie (zob. L. Mazur: *Prawo bankowe. Komentarz*. C.H. Beck, Warszawa 2008, s. 799-800), że przepis art. 158 prawa bankowego powinien obligować KNF do tego, by decyzja o likwidacji banku winna być rezultatem niepowodzenia sanacji banku w inny sposób; M. Bączek w: *Prawo bankowe. Komentarz*. Red. E. Fojcik-Mastalska. LexisNexis, Warszawa 2003, s. 662.

³ Por. St. Gurgul: *Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz*. C.H. Beck, Warszawa 2004, s. 990.

⁴ K. Kohutek w: *Prawo bankowe. Komentarz*. Red. F. Zoll. Zakamycze, Kraków 2005, s. 671.

⁵ Przeciwnie stanowisko zajmuje B. Smykała w: *Prawo bankowe. Komentarz*. C.H. Beck, Warszawa 2005, s. 516.

⁶ Artykuł 426 ust.1 pr.up.i nap. stanowi *lex specialis* w stosunku do art. 20 pr.up.i nap. Por. T. Kohorewicz, *Sprzedaż w całość przedsiwzięcia bankowego*. „Prawo Spółek” 1999, nr 6, s. 30.

⁷ Zob. S. Cieślak: *Stopień sformalizowania postępowania upadłościowego*. Mon.Pr. 2005, nr 11, s. 53.

dowych⁸. Postanowienie o ogłoszeniu upadłości dotyczy podmiotów wymienionych w art. 53 ust. 2 pr.up.n., jak również Prezesowi NBP. Postanowienie to może być zaskarżone wyłącznie przez upadły bank.

Przed orzeczeniem upadłości banku następuje obowiązek wysłuchania podmiotów wskazanych w art. 427 ust.1. pr.up.n.⁹. Granice przedmiotowe tego wysłuchania wyznaczają: podstawy ogłoszenia upadłości oraz kandydatury na syndyka, nadzorcę sądowego, względnie zarządcę. Instytucją wysłuchania odbiega od przesłuchania, rozumianego zgodnie z przepisami Kodeksu postępowania cywilnego. Istotą wysłuchania jest uzyskanie przekonania na podstawie otrzymanych informacji i materiałów co do zasadności wniosku o ogłoszenie upadłości. Wysłuchanie odbywa się – stosownie do okoliczności – przez spisanie protokołu w obecności innych osób zainteresowanych lub gdy inne osoby nie są obecne, bądź przez oświadczenie na piśmie, przy czym sąd lub syndyk-komisarz może zarządzić, aby takie oświadczenie zawierało podpis notarialnie poświadczony. Wysłuchanie odbywa się na posiedzeniu przed sądem lub syndyk-komisarzem. Należy jednak podkreślić, że wysłuchanie prezesa oraz innych członków ostatniego zarządu banku powinno nastąpić w trybie przepisów kodeksu postępowania cywilnego o przesłuchaniu stron, po odebraniu od nich przyrzeczenia (art. 30 ust. 2 pr.up.n.). Gdyby taki sposób wysłuchania był niemożliwy, względnie nadmiernie utrudniony, sąd może zażądać od prezesa oraz innych członków zarządu banku, aby ci złożyli wyjaśnienia na piśmie z podpisem notarialnie poświadczonym, pod rygorem odpowiedzialności karnej za składanie fałszywych zeznań (art. 30 ust. 3 pr.up.n.). Sąd może również odstąpić od wysłuchania ostatniego zarządu banku, gdyby miało to doprowadzić do zwłoki w postępowaniu.

W stosunku do banku sąd w postanowieniu o ogłoszeniu upadłości jako obligatoryjny sposób prowadzenia postępowania upadłościowego wskazuje upadłość z możliwością zawarcia układu¹⁰, przy czym nie stosuje się przepisów o wstępnym zgromadzeniu wierzycieli (art. 44-50 pr.up.n.) oraz przepisów dotyczących zabezpieczenia majątku dłużnika¹¹. Obowiązek ogłoszenia upadłości

⁸ Odmienny pogląd – zob. W. Narczyk, T. Koherewicz: *Agrobank – refleksje po upadłości*. „Biuletyn Bankowy” 1998, nr 12, s. 5.

⁹ Zob. A. Jakubecki w: A. Jakubecki, F. Zedler: *Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz*. Zakamycze, Kraków 2006, s. 1154.

¹⁰ Por. K. Kohutek: *Sanacja banku w bankowych procedurach naprawczych i w postępowaniu upadłościowym*. Wolters Kluwer, Warszawa, s. 547.

¹¹ Jednym ze skutków stanu niewypłacalności banku jest ciążąca na Komisji Nadzoru Finansowego obowiązek obligatoryjnego zawieszenia działalności banku. Z uwagi na to, że w okresie zawieszenia bank nie może regulować swoich zobowiązań, z wyjątkiem tych, związanych z ponoszeniem uzasadnionych kosztów bieżącej działalności i nie może prowadzić działalności

z mo liwo ci zawarcia układu jest konsekwencj specyfiki upadło ci bankowej, która ma jednoznacznie sanacyjny charakter ze wzgl du na konieczno zapewnienia stabilno ci i pewno ci systemu bankowego. Eliminacja z rynku upadłego banku nie mo e prowadzi zatem do zachwiania tego bezpiecze stwa.

Ten rodzaj upadło ci rodzi okre lone skutki. Przede wszystkim ogłoszenie upadło ci banku nie poci ga za sob przekształcenia charakteru i terminu płatno ci wierzytelno ci¹³. Zatem nie nast puje zmiana zobowi za niepieni nych na zobowi zania pieni ne oraz nie staj si wymagalne zobowi zania pieni ne upadłego, których termin płatno ci wiadczenia jeszcze nie nast pił. Upadły bank ani zarz dca nie mog wykonywa zobowi za obj tych układem, przy czym jak si podnosi w literaturze¹⁴, zakaz ten obejmuje równie wiadczenia wynikaj ce z zobowi za niepieni nych. Naruszenie przedmiotowego zakazu powoduje niewa no takiej czynno ci zgodnie z tre ci art. 58 k.c.¹⁵.

Z zakazem wykonywania zobowi za obj tych układem w cisłym zwi zku pozostaje obowi zek zawieszenia post powa zabezpieczaj cych i egzekucyjnych prowadzonych w stosunku do tych wierzytelno ci. Prowadzenie egzekucji przeciwko upadłemu miaoby bez w tpienia niekorzystny wpływ na restrukturyzacji jego zobowi za¹⁶. Zawieszenie to trwa do chwili uprawomocnienia si postanowienia o zatwierdzeniu układu.

Ponadto w czasie prowadzenia post powania upadło ciowego banku zostały ograniczone mo liwo ci potr cenia wzajemnych wierzytelno ci mi dzy upadłym a jego wierzycielami¹⁷.

Naley równie wskaza na ograniczenie prawa wierzycieli upadłego banku do wypowiedzenia umowy najmu lub dzier awy lokalu b d nieruchomo ci, w których prowadzone jest przedsi biorstwo upadłego, a tak e innych kontrak-

bankowej poza windykacj nale no ci oraz realizacj polece przelewu na rachunki organów podatkowych jak równie nie mo e wypłaca rodków pochodz cych z nadwy ki bilansowej ani oprocentowania wkładów, to nale y uzna , e stanowi to wystarczaj cy mechanizm zabezpieczaj cy przed uszczuplaniem przyszłej masy upadło ci. Po zawieszeniu działalno ci banku Komisja Nadzoru Finansowego podejmuje decyzj o przeję ciu banku przez inny bank lub o wy-st pieniu do s du o ogłoszenie upadło ci banku.

¹² S d upadło ciowy nie bada zatem, czy zostały spełnione przesłanki przewidziane w art. 14 pr.up. i nap., uzasadniaj ce takie rozstrzygni cie w przedmiocie sposobu prowadzenia post powania upadło ciowego.

¹³ Zob. P. Zimmerman: *Prawo upadło ciowe i naprawcze. Komentarz*. C.H. Beck, Warszawa 2007, s. 122.

¹⁴ Zob. D. Chrapo ski w: *Prawo upadło ciowe i naprawcze. Komentarz*. Red. A. Witosz. LexisNexis, Warszawa 2010, s. 230; Z. Miczek: *Sytuacja prawna wierzyciela niepieni nego w post powaniu upadło ciowym z mo liwo ci zawarcia układu*. PPH 2005, nr 4, s. 6 i n.

¹⁵ Zob. F. Zedler w: A. Jakubecki, F. Zedler: *Prawo upadło ciowe...*, op. cit., s. 253.

¹⁶ Zob. A. Hrycaj: *Wpływ post powania w przedmiocie ogłoszenia upadło ci na post powanie egzekucyjne*. PPE 2006, nr 7-8, s. 57 i n.

¹⁷ Zob. K. Kohutek w: *Prawo bankowe. Komentarz...*, op. cit., s. 674.

tów, tj. umowy leasingu, ubezpieczenia majątkowego, rachunku bankowego, poręczenia i gwarancji bankowej. Wszystkie te umowy mogłyby wypowiedziane jedynie za zgodą rady wierzycieli, a jeżeli ta nie została powołana lub nie podjęła uchwały w określonym przez sąd terminie, to wówczas zgodę wyraża sąd działo-komisarz. Takie rozwiązanie ma oczywiście wzmocnić szanse na restrukturyzację zobowiązań upadłego banku, tak by ten mógł wrócić do obrotu gospodarczego.

W postanowieniu o ogłoszeniu upadłości banku sąd ustanawia zarządcę jako tego, który obejmuje zarząd mieniem wchodzącym w skład masy upadłości. Zarządcą nie jest przedstawicielem lub pełnomocnikiem ani wierzycieli, ani upadłego dłużnika. Wymienione podmioty nie mogą więc wpływać na wynikający z przepisów ustawy zakres jego obowiązków oraz, co za tym idzie, sposobu wykonywania zarządów. Zarządcą, pomimo tego, zostaje ustanowiony przez sąd upadłościowy, nie spełnia czynności należących do sądu, gdy czynności zarządcy są jego czynnościami, podejmowanymi we własnym imieniu i na podstawie ustawowych uprawnień. W sprawach dotyczących zarządcy zarządcą może być pozywany i być pozywanym. W postępowaniu sądowym działa więc w imieniu własnym. Można więc z nim przymiot tzw. strony zarządcy. Gdy chodzi o status prawny zarządcy, to należy uznać, że zalicza się on do tej samej grupy zastępców po rednich co syndyk masy upadłości. Jest osobą, która sprawuje we własnym imieniu zarząd masy upadłości, stanowi więc mienie upadłego. Ponadto należy wskazać, że w art. 115 § 13 ust 3 k.k. zarządcą został wymieniony jako funkcjonariusz publiczny.

Czynności zarządcze (faktyczne i prawne) sprowadzają się przede wszystkim do ustalenia stanu czynnego i biernego masy upadłości, spisu inwentarza, składania sprawozdań ze swoich czynności wraz ze sprawozdaniem rachunkowym¹⁸, uczestniczenia w zgromadzeniu wierzycieli, a także do ustalenia listy wierzycieli. Spis inwentarza i sprawozdanie finansowe na dzień ogłoszenia upadłości zarządcą jest zobowiązany sporządzić tylko wówczas, gdy nie zostały wcześniej sporządzone.

Skutki ogłoszenia upadłości dla organizacyjnej struktury upadłego banku określa przepis art. 433 pr.up.n. Z dniem wydania postanowienia o ogłoszeniu upadłości banku organy zarządcze oraz nadzorcze banku ulegają rozwiązaniu.

¹⁸ Sprawozdania rachunkowe obejmujące zestawienie przychodów i rozchodów podlegają kontroli sądu działo-komisarza, który jest upoważniony, gdy uzna to za zasadne, do dokonywania w nich koniecznych zmian i sprostowań. Sąd działo-komisarz może również zwrócić je w celu ich uzupełnienia. Dopiero po wszechstronnym zbadaniu sprawozdania przedłożonego sądu działo-komisarzowi zostają przez niego zatwierdzone. Zatwierdzenie sprawozdania następuje w formie postanowienia. Termin składania sprawozdań określa sąd działo-komisarz, nie może on być jednak dłuższy niż trzy miesiące.

Następuje także wygaśnięcie mandatu zarządcy likwidatora oraz uprawnienie ustanowionych w trybie art. 144 ust. 1 pr. bank. kuratora banku nadzorującego wykonanie przez bank programu naprawczego. Oznacza to, że bank, wobec którego ogłoszono upadłość, traci możliwość zarządcy swoim przedsiębiorstwem i to w całym zakresie. Jakkolwiek ulegają rozwinięciu organy zarządcy i nadzorcze banku, to nie ulega oczywiście rozwinięciu walne zgromadzenie, gdy nie jest to organ zarządcy, lecz uchwałodawczy, który w toku postępowania upadłościowego ma określone uprawnienia (złożenie propozycji układowych). Jednocześnie z chwilą ogłoszenia upadłości wygasają uprawnienia do wynagrodzenia członków zarządcy oraz rady nadzorczej. Nie ma tutaj znaczenia tytułu prawnego wypłaty wynagrodzenia. Art. 433 pkt 3 stanowi *lex specialis* wobec art. 129 pr. up.n.¹⁹.

Ponadto z dniem ogłoszenia upadłości z mocy samego prawa ulegają rozwinięciu umowy bankowe wymienione w przywołanym przepisie. Rozwijają się zatem umowy rachunku bankowego, umowy kredytowe i umowy pożyczki jeszcze niewykonane przez upadły bank. Należy przyjąć, że rozwinięciu ulegają także umowy kredytu lub pożyczki częściowo zrealizowane – w takim zakresie, w jakim nie zostały one wykonane przez bank przed dniem ogłoszenia upadłości. Rozwinięcie umów poręczenia, gwarancji i akredytyw następuje wówczas, gdy do dnia ogłoszenia upadłości bank nie otrzymał prowizji z tytułu wykonania tych czynności. Z dniem ogłoszenia upadłości banku ulegają rozwinięciu umowy sejfów bankowych oraz umowy przechowania, z tym jednak zastrzeżeniem, że wydanie przedmiotów i papierów wartościowych powinno nastąpić w terminie uzgodnionym z oddającym na przechowanie. Należy przyjąć, że do tego momentu bank i kontrahenta banku łączy nadal wiążąca umowa.

Potrzeba ustanowienia kuratora jest konsekwencją regulacji zawartej w art. 433 pr. up.n. (rozwinięcie organów zarządczych i nadzorczych). Jak się słusznie podnosi w literaturze²⁰, funkcją tę powinna sprawować ta sama osoba, która sprawowała nadzór nad wykonaniem planu naprawczego w ramach wewnętrznej procedury sanacyjnej banku zagrożonego upadłością. Podstawowym zadaniem kuratora będzie reprezentowanie banku przez podejmowanie wszystkich czynności, które mogłyby w postępowaniu upadłościowym realizować sam upadły, nie wyłączając uprawnienia do złożenia wniosku o zawarcie układu z wierzycielami banku. Ponadto kuratorowi może zostać powierzony także zarządcy upadłości (art. 430 ust. 3 pr. up.n.)²¹. W takim wypadku, jak należy sądzić, znajd

¹⁹ Por. A. Jakubecki w: A. Jakubecki, F. Zedler: *Prawo upadłościowe...*, op. cit., s. 1172.

²⁰ S. Gurgul: Op. cit., s. 995.

²¹ W takim wypadku sąd upadłościowy wyznaczy nadzorcę sądowego.

w stosunku do niego zastosowanie przepisy art. 182-184 pr.up.n., gdy ustanowienie kuratora do reprezentowania banku w post powaniu upadłociowym sił rzeczy wyklucza mo liwo powołania zarz dcy. Wobec kuratora nie mo na stosowa rodków przymusu. Za podejmowane w toku post powania czynno ci przysługuje mu wynagrodzenie. Ponosi on tak e odpowiedzialno za wyrz dzon szkod , na takich samych zasadach, jakie dotycz osoby syndyka.

Podmiotami uprawnionymi do zło enia propozycji układowych (planu określaj cego sposób restrukturyzacji zobowi za upadłego wraz z uzasadnieniem) s akcjonariusze, je eli upadły bank działał w formie spółki akcyjnej, oraz członkowie – w przypadku gdy upadły prowadził działalno jako bank spółdzielczy. Warunkiem dopuszczenia do zawarcia układowych jest jednak to, aby propozycje układowe pochodziły od akcjonariuszy, wzgl dnie członków reprezentuj cych dwie trzecie kapitału zakładowego lub funduszu udziałowego. W wypadku upadłoci banku spółdzielczego mo liwo zło enia propozycji układowych ma równie bank zrzeszaj cy, którego bank spółdzielczy jest akcjonariuszem.

Co do zasady to upadły jest legitymowany do zło enia propozycji układowych, je li s d ogłosił upadło z mo liwo ci zawarcia układowych. W post powaniu upadłociowym wobec banków, co ju wcze niej zostało powiedziane, s d *ex lege* ogłasza upadło z mo liwo ci zawarcia układowych. Jednak e ze wzgl du na to, e z dniem ogłoszenia upadłoci banku ulegaj rozwi zaniu jego organy zarz dzaj ce i nadzorcze (art. 433 pr.up.n.), a ponadto z racji tego, e upadły bank nie jest uprawniony do zło enia wniosku o ogłoszenie swej upadłoci, propozycje układowe mog pochodzi przede wszystkim od zarz dcy, a tak e od kuratora²² ustanowionego przez s d do reprezentowania banku w post powaniu upadłociowym (art. 429 ust. 3 pr.up.n.). Propozycje układowe mo e równie zło y nadzorca s dowy. W literaturze wskazuje si , e funkcjonalna wykładnia art. 267 ust. 4 pr.up.n. skłania do przyj cia tezy, e do grona podmiotów uprawnionych do zło enia propozycji układowych nale y tak e zaliczy wierzycieli upadłego banku²³. Nie mog natomiast tych propozycji składa syndyk oraz rada wierzycieli, oczywi cie w przypadku post powania upadłociowego z mo liwo ci zawarcia układowych. Wszystkie podmioty uprawnione do zło enia propozycji układowych wi e w tym zakresie miesi czny termin, który z wa nych powodów s dzia-komisarz mo e przedłu y do trzech miesi cy.

²² P. Zimmerman: Op. cit., s. 622.

²³ K. Kohutek: *Sanacja banku...*, op. cit., s. 580.

Propozycje układowe powinny wskazywać sposób restrukturyzacji zobowiązań za upadłego oraz zawierać uzasadnienie. Katalog przykładowych²⁴ sposobów restrukturyzacji jest zawarty w art. 270 pr. up. n. Może on być rozszerzony przez składającego o propozycje niewskazane w ustawie²⁵. Natomiast konieczne²⁶ elementy uzasadnienia propozycji układowych określa przepis art. 280 pr. up. n. To właśnie one mają stanowić podstawę do oceny realności wykonania układu²⁷.

Układ obejmuje co do zasady wszystkie wierzytelności powstałe przed dniem ogłoszenia upadłości, a także wierzytelności zależne od warunku, jeżeli warunek ziszczył się w czasie wykonywania układu. Wyjątkiem od tej zasady są wierzytelności²⁸ określone przepisami art. 273 i 85 pr. up. n.

Niezbudnym warunkiem zawarcia układu jest jego przyjęcie przez większość uprawnionych do głosowania wierzycieli upadłego, mających łącznie co najmniej dwie trzecie ogólnej sumy wierzytelności uprawniających do głosowania. Jeżeli natomiast głosowanie nad układem odbywa się w grupach wierzycieli obejmujących poszczególne kategorie interesów, układ będzie przyjęty, gdy za układem wypowie się większość wierzycieli z każdej z list wierzytelności obejmujących kategorie interesów wierzycieli łącznie posiadających wierzytelności o wartości nie mniejszej niż dwie trzecie ogólnej sumy wierzytelności uprawniających do uczestniczenia w głosowaniu (art. 285 ust. 1 pr. up. n.). Od tej reguły ustawodawca przewidział wyjątek określony w art. 285 ust. 2 pr. up. n. Przepis ten dopuszcza możliwość zawarcia układu także wówczas, gdy nie wypowiedziała się za nim jedna z grup wierzycieli.

Jeżeli układ zostanie przez wierzycieli przyjęty, podlega on wtedy zatwierdzeniu przez sąd. Przed wydaniem postanowienia o zatwierdzeniu układu sąd jest zobowiązany do zasięgnięcia opinii Komisji Nadzoru Finansowego. Jakkol-

²⁴ Chodzi w szczególności o odroczenie wykonania zobowiązań, rozłożenie spłaty długów na raty, zmniejszenie sumy długów czy konwersję wierzytelności na udziały lub akcje.

²⁵ Por. A. Witosz w: *Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz*. Red. A. Witosz. LexisNexis, Warszawa 2010, s. 499.

²⁶ Należą do nich: opis stanu przedsiębiorstwa ze szczególnym uwzględnieniem jego sytuacji ekonomiczno-finansowej, prawnej oraz organizacyjnej, analiza sektora rynku, na którym przedsiębiorstwo upadłego działa, z uwzględnieniem pozycji rynkowej konkurencji, metody i źródła finansowania wykonania układu, z uwzględnieniem przewidywanych wpływów i wydatków w czasie wykonywania układu, analiza poziomu i struktury ryzyka, osoby odpowiedzialne za wykonanie układu, ocena alternatywnego sposobu restrukturyzacji zobowiązań, system zabezpieczenia praw i interesów wierzycieli na czas wykonania układu.

²⁷ Zob. F. Zedler w: A. Jakubicki, F. Zedler: *Prawo upadłościowe i naprawcze...*, op. cit., s. 796.

²⁸ Będą to między innymi należności alimentacyjne oraz renty z tytułu odszkodowania za wywołanie choroby, niezdolności do pracy, kalectwa lub śmierci, wierzytelności o wydanie mienia należącego do majątku upadłego, wierzytelności, które za zgodą syndyka-komisarza zostały spłacone i inne.

wiek jej pogląd nie jest wiążący dla organu procesowego, to jednak z uwagi na charakter i umiejscowienie tego organu w systemie bankowym, jego opinia dla sądu powinna być istotna. Przedmiotową opinię należy odróżnić od wysłuchania przedstawiciela Komisji Nadzoru Finansowego, o którym mowa w art. 427 ust.1 pr.up.n.

Po uprawomocnieniu się postanowienia zatwierdzającego układ sąd wydaje postanowienie o zakończeniu postępowania upadłościowego, a upadły odzyskuje prawo do władania i zarządzania swoim majątkiem w takim zakresie, w jakim wynika to z treści układu. Z chwilą uprawomocnienia się postanowienia stwierdzającego wykonanie układu, upadły bank odzyskuje prawo do swobodnego zarządzania majątkiem i rozporządzania jego składnikami. Upadły odzyskuje to prawo w takim zakresie, w jakim ta swoboda nie jest ograniczana innymi przepisami czy też wydanymi wcześniej decyzjami administracyjnymi²⁹.

Zawarty i wykonany układ stanowi „pełną” sanację banku, która ma nie tylko wymiar ekonomiczny (uratowanie przedsiębiorstwa bankowego), ale także i prawny, gdyż nie dochodzi do rozwiązania banku, a co więcej odzyskuje on prawo zarządzania i dysponowania swoim majątkiem³⁰.

Jeżeli nie dojdzie do zawarcia układu³¹ między upadłym bankiem a jego wierzycielami, następuje kolejna faza postępowania upadłościowego. Zbycie przedsiębiorstwa bankowego w całości jest wyraźnie preferowaną formą likwidacji majątku upadłego banku, przed sprzedażą poszczególnych składników jego majątku. Wcześniej jednak sąd musi zmienić wydane postanowienie o ogłoszeniu upadłości w zakresie określenia sposobu prowadzenia tego postępowania. W postanowieniu tym sposobem prowadzenia upadłości będzie likwidacja majątku banku. Jednocześnie sąd wyznaczy syndyka masy upadłości. Kwestia, kto może nim być w postępowaniu upadłościowym została unormowana w art. 157 pr.up.n. W postępowaniu upadłościowym wobec banków istnieje możliwość powołania na urząd syndyka innego banku, nie wyłącznie banku państwowego czy banku spółdzielczego. Stanowi to wyjątek od reguły zawartej w art. 157 pr.up.n. Tak możliwość przewidywał zresztą także uchylony obecnie art. 160 ust. 3 pr.bank. W praktyce syndykiem upadłego banku był zazwyczaj inny bank. O wyborze określonego banku na funkcję syndyka postanawia ostatecznie sąd, wysłuchuje on jednak najpierw w tym zakresie opinii Komisji Nadzoru Finansowego. Sąd upadłościowy wyznaczy nadzorcę sądowego wyłącznie w przypadku, gdy został powołany kurator do zarządu masy upadłości.

²⁹ Zob. A. Witosz w: *Prawo upadłościowe i naprawcze...*, op. cit., s. 553.

³⁰ K. Kohutek: *Sanacja banku...*, op. cit., s. 592,

³¹ Do zawarcia układu nie dochodzi jeżeli nie zostały złożone propozycje układowe lub zostały złożone po terminie, jak również w wypadku, gdy układ nie został przyjęty przez wierzycieli.

Nabywca przedsięwzięcia upadłego banku – co wydaje się uzasadnione – może być tylko inny bank. Nabycie banku w całości przez inny bank będzie formą sanacji przedsięwzięcia banku *sensu largo*³², które z momentem zbycia będzie stanowiło integralny element majątku nabywcy³³. Warunki na jakich ma nastąpić zbycie banku, a także termin do składania ofert określa sędzią-komisarz powołany wcześniej na konsultacji z Komisją Nadzoru Finansowego, która wyraża swoją opinię w tym zakresie. Oferty potencjalnych nabywców powinny być kierowane do sędzią-komisarza, który wydaje postanowienie zatwierdzające wybór, a tym samym przyznaje prawo do nabycia przedsięwzięcia bankowego. Postanowienie sędzią-komisarza wymaga uprzedniego zasięgnięcia opinii Komisji Nadzoru Finansowego.

Nabycie przedsięwzięcia bankowego w toku procedury upadłościowej następuje w zasadzie w stanie wolnym od obciążeń³⁴, z wyjątkiem zobowiązań z tytułu rachunków bankowych, które przechodzą na nabywcę. Taka konstrukcja jest wyrazem szczególnej ochrony prawnej deponentów rachunków bankowych. Fakt zawarcia umowy sprzedaży przedsięwzięcia bankowego syndyk ma obowiązek zgłosić bez zwłoki w odpowiednim rejestrze, w którym bank był ujawniony. Znaczenie pojęcia „przedsięwzięcie bankowe” nie odbiega od tego, jakie pojęciu „przedsięwzięcie” nadano w art. 551 k.c. i oznacza zorganizowany zespół składników materialnych oraz niematerialnych, za pomocą których możliwe jest w szczególności podejmowanie i realizowanie przedsięwzięcia o charakterze bankowym.

Jeżeli nie dojdzie do nabycia całego przedsięwzięcia bankowego, to następuje kolejny etap postępowania zmierzający do zbycia poszczególnych składników majątkowych upadłego banku. A zatem fakt, iż nie nabyto całego banku, stanowi przesłankę warunkującą zbycie składników jego majątku. W tym trybie sprzedaż nabywca może być każdorazowo podmiotem, nie zaś wyłącznie inny bank³⁵. Sprzedaż poszczególnych składników upadłego banku dokonana syndykiem po uzyskaniu w tym zakresie zezwolenia sędzią-komisarza wydanego w stosunku do poszczególnych składników zbywanego majątku.

Co do zasady zaspokojenie wierzytelności i należności przysługujących od upadłego banku następuje według kolejności określonej w art. 342 pr. up. n. Należności Bankowego Funduszu Gwarancyjnego, jakie powstały z tytułu przekazania syndykowi lub zarządcy masy upadłości kwot na wypłatę rodków gwa-

³² Zob. M. Bczyk: *Zarys prawa bankowego*. Cz. I. Prawo systemu bankowego, Toruń 2000, s. 157-158; T. Narończyk: *Prawo bankowe*. WWSB, Poznań 1998, s. 230.

³³ Zob. K. Kohutek: *Sanacja banku...*, op. cit., s. 599.

³⁴ Zob. P. Zimmerman: *Prawo upadłościowe...*, op. cit., s. 624.

³⁵ Por. S. Gurgul: Op. cit., s. 1009; Z. Wieboda: Op. cit., s. 499.

rantowanych, podlegaj zaspokojeniu w kategorii pierwszej, bezpo rednio po kosztach post powania upadło ciowego oraz po zaspokojeniu nale no ci za prac .

Je eli wierzytelno ci i nale no ci od upadłego były zabezpieczone ograniczonymi prawami rzeczowymi, to wówczas do zaspokajania wierzycieli zastosowanie znajd przepisy zawarte w rozdziale 2 działu II w tytule VIII cz ci pierwszej prawa upadło ciowego i naprawczego, a zatem te, które okre laj kolejno spłacania wierzytelno ci zabezpieczonych hipotek , zastawem, zastawem rejestrowym, zastawem skarbowym i hipotek morski .

A FEW REMARKS ON REORGANIZATIONAL INSOLVENCY OF A BANK

Summary

Bearing in mind the special of banks in the economic structure of a state, the legislator shaped insolvency proceedings relating to banks differently from the general rules of insolvency.

The prerequisite of bank insolvency announcement has been set out in art.158 (1) of the Bank Law. It makes an independent (separate) ground for insolvency announcement. The entity exclusively endowed with the capacity to submit the motion for bank insolvency is the Polish Financial Supervision Authority. The court is obliged to announce insolvency with the possibility of settlement. Settlement proposals should indicate the way of restructuring obligations of the insolvent and contain proper justification. In the decision on the announcement of insolvency the court appoints the administrator and insolvency practitioner who represents the bank, which is necessary, since on the announcement of insolvency all managing and supervising bodies are dissolved. The concluded and implemented settlement with creditors covers a "full" reform of the bank, which is not liquidated as such. Where the settlement cannot be concluded, the next stage of the proceedings takes place, namely sale of the banking enterprise as a whole or its particular components.

INTERES SPÓŁKI A INTERES AKCJONARIUSZY

Wprowadzenie

Można wyróżnić trzy zasadnicze grupy interesów¹, które krzyżują się w spółce akcyjnej oraz podlegają ochronie na gruncie kodeksu spółek handlowych. Są to:

- interesy wierzycieli wobec interesów spółki oraz interesów akcjonariuszy,
- interesy akcjonariuszy większościowych wobec interesów akcjonariuszy mniejszościowych,
- interesy spółki wobec interesów akcjonariuszy².

Interesy wierzycieli w relacji do interesów spółki oraz akcjonariuszy i interesy akcjonariuszy większościowych *versus* interesy akcjonariuszy mniejszościowych zostały w doktrynie dość szczegółowo i wyczerpująco ukazane³. Podstawowa grupa interesów zasadzająca się w relacji spółki i akcjonariuszy nie znalazła jak dotąd szczegółowego omówienia.

Interesy spółki znajdują się w ścisłym związku z interesami akcjonariuszy – mogą być w wielu przypadkach ze sobą związane, ale nie są to same. Interesy spółki często współgrają płynnie z interesami akcjonariuszy, jednakże w obrocie gospodarczym zdarza się, iż interes spółki odrywa się od interesu akcjonariuszy. Na wietlenie uwarunkowań tych rozbieżności jest celem niniejszego artykułu. Wymaga to przedstawienia istoty interesu spółki i interesu akcjonariuszy oraz wzajemnych wieloaspektowych relacji między nimi.

¹ Temat interesów prawnych i faktycznych poruszali m.in. T. Rowiński: *Interes prawny w procesie cywilnym i post powaniu nieprocesowym*. Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1971; H. Groszyk, A. Korybski: *O pojęciu interesu w naukach prawnych (przebieg wybranej problematyki z perspektywy teoretycznoprawnej)*. *Pojęcie interesu w naukach prawnych, prawie stanowionym i orzecznictwie sądowym Polski i Ukrainy*. Wydawnictwo Marii Curie-Skłodowskiej, Lublin 2006, s. 11-26; P. Bryłowski, A. Kidyba: *Kategoria interesu w kodeksie spółek handlowych*. PPH 10/2005, s. 4-11; A. Opalski: *O pojęciu interesu spółki handlowej*. PPH 11/2008, s. 16-23.

² J. Okolski, J. Modrzejewski, Ł. Gasiński: *Zasada równego traktowania akcjonariuszy na gruncie k.s.h.* PPH 10/2002, s. 24. W ekonomicznej analizie prawa konflikty pomiędzy poszczególnymi podmiotami znajdującymi się w relacjach korporacyjnych określone są problemami agencji (*agency problems*). A. Opalski: *Rada nadzorcza w spółce akcyjnej*. C.H. Beck, Warszawa 2006, s. 16-17.

³ Przykładowo S. Sołtysiński: *Przymusowy wykup akcji drobnych akcjonariuszy*. PPH 11/2001; M. Bielecki: *Uprawnienia akcjonariuszy mniejszościowych do udania wykupu/odkupu ich akcji*. MP 23/2005.

Interes spółki

Kodeks spółek handlowych⁴ nie zawiera definicji legalnej interesu spółki, jednak daje podstawy normatywne do konstrukcji tego pojęcia przez doktrynę i judykaturę. Można je odnaleźć przede wszystkim w dwóch przepisach:

- art. 422 § 1 k.s.h., dając temu określonym podmiotom prawo do wytoczenia powództwa o uchylenie uchwały walnego zgromadzenia, która jest sprzeczna ze statutem bądź dobrymi obyczajami i godzi w interes spółki lub ma na celu pokrzywdzenie akcjonariusza,
- art. 433 § 2 k.s.h., przyznając walnemu zgromadzeniu możliwość pozbawienia akcjonariuszy, w interesie spółki, prawa poboru akcji w całości lub w części.

Interes spółki można zdefiniować jako (kategorialnie) modyfikowalny zbiór celów spółki. Można zaproponować następujące ujęcie interesu spółki:

- dynamiczne i statyczne,
- obiektywne i subiektywne,
- ogólne i szczegółowe.

Ujęcie dynamiczne prowadzi do modyfikacji celów spółki wraz ze zmieniającymi się okolicznościami gospodarczymi. Ujęcie statyczne odnosi się do interesu spółki w danym czasie i stanie ekonomicznym.

Ujęcie obiektywne definiuje interes spółki niezależnie od osobistych przekonań poszczególnych podmiotów zaangażowanych w spółkę. Ujęcie subiektywne prezentuje natomiast osobiste przekonania tych podmiotów na to, co stanowi interes spółki, zarówno w ujęciu dynamicznym, jak i statycznym.

Ujęcie ogólne interesu spółki dotyczy przede wszystkim przedmiotu działalności spółki oraz celów, dla których została ona powołana. Spółka akcyjna może być utworzona w każdym celu prawnie dopuszczalnym⁵. Cel spółki należy odróżnić od jej przedmiotu, czyli rodzaju prowadzonej działalności⁶. Otwarte pozostaje zagadnienie, czy interes spółki obejmuje także interes społeczno lokalny, w otoczeniu której spółka funkcjonuje (akcjonariuszy). Można się spodziewać, iż spółka jest największym pracodawcą, dostawcą danin publicznych lub inwestorem w miejscowości, w której prowadzi działalność. W takim przypadku należy uznać, że interes spółki może obejmować także interes społeczno lokalny. Wydaje się, że interes społeczno lokalny należy brać

⁴ Ustawa z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych, Dz.U. Nr 94, poz. 1037 z późn. zm.

⁵ Kodeks spółek handlowych określa cel spółki akcyjnej w sposób pośredni, nie oznaczając jakiegokolwiek konkretnego czy ogólnego celu, przez co należy rozumieć, iż spółka akcyjna może być utworzona w dowolnym celu prawnie dopuszczalnym. Tak samo regulował zagadnienie celu spółki akcyjnej kodeks handlowy.

⁶ Przedmiot działalności oraz cel spółki należy odróżnić od przedsiębiorstwa w znaczeniu art. 55¹ kc. Spółka może posiadać więcej niż jedno przedsiębiorstwo w znaczeniu przedmiotowym.

w takim przypadku pod uwagę również w sytuacji, gdyby w statucie spółki nie było nawet zaniechania do wspomaganie tej społeczno ci. Możliwe jest również znaczenie praktyczne. W przypadku konfliktu interesu spółki z interesem akcjonariuszy, zarząd może argumentować, że interes spółki obejmuje także otoczenie, w którym spółka działa⁷.

Na interes spółki można spojrzeć także w ujęciu szczegółowym, kiedy obejmuje on jeden lub więcej czynników mających indywidualny oraz często niepowtarzalny i niezależny charakter.

Interes akcjonariuszy

Spółka akcyjna jest dla akcjonariuszy⁸. Akcjonariusze partycypują w ryzyku funkcjonowania spółki i oczekują z tego tytułu gratyfikacji, różnie jednak rozumieją swój interes, czyli przedmiot poddania się. Rozumienie to jest uzależnione od pozycji jaką zajmują w spółce⁹.

Drobnym akcjonariuszom zależy przede wszystkim na szybkiej maksymalizacji zysków spółki, swój interes upatrują w szczególności w przysporzeniach majątkowych powodowanych obrotem akcjami, wypłatami dywidend, sprzedaż praw poboru¹⁰. Tacy akcjonariusze są zainteresowani tym, by możliwie zbycia akcji była jak najszersza¹¹.

Akcjonariusz wikszościowy jest zorientowany na osiągnięciu korzyści długoterminowych oraz uzyskanie realnego wpływu na decyzje strategiczne spółki¹². Oddziaływanie akcjonariusza na spółkę sprowadza się do oddziaływania na

⁷ Zob. rozważania na ten temat J. Okolski, J. Modrzejewski, Ł. Gasiński: Op. cit., s. 25. Przeciwnikiem ustalenia interesów spółki z interesami akcjonariuszy jest A. Opalski: *O poj. ciu...*, op. cit., s. 18.

⁸ A. Szumański w: S. Sołtyski, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja: *Kodeks spółek handlowych. Komentarz. T. III*. Warszawa 2003, s. 571.

⁹ Ustalając interes spółki w relacji interesów akcjonariuszy wikszościowych i mniejszościowych, Trybunał Konstytucyjny w uzasadnieniu wyroku z 21 czerwca 2005 r. podkreślił, iż zasada wikszości (prymat czynnika kapitałowego nad osobowym) jest fundamentalną zasadą dla nowoczesnego prawa spółek, gdyż stanowi ona gwarancję efektywności spółek kapitałowych, zarazem podnosić, że przyznanie tak dużej wagi zasadzie rzędów wikszości musi być związane z regułą równego traktowania współników oraz regułą ochrony uzasadnionych interesów akcjonariuszy mniejszościowych. Wyrok TK z 21.06.2005, sygn. P 25/02, OTK ZU A 6/2005, poz. 65.

¹⁰ A. Malinowski: *Członek zarządu – funkcjonariusz spółki czy powiernik interesów dominującej akcji akcjonariusza?*. PS 10/2001 s. 2; B. Binek, P. Heciak, M. Stępniewski, D. Waltz-Komierowska: *Prawa i obowiązki akcjonariuszy spółek publicznych*, Warszawa 2004, s. 161.

¹¹ Zasadzie zbywalności akcji daje wyraz art. 337 k.s.h. Istot zbycia akcji jest przeniesienie praw z akcji przez akcjonariusza na osobę trzecią, która staje się podmiotem praw w niej inkorporowanych. Zasada zbywalności akcji rozciąga się na uprawnienia udziałowe już inkorporowane w dokumencie akcyjnym oraz na ogół uprawnień przysługujących akcjonariuszowi. Por. wyrok S du Apelacyjnego w Białymstoku z 3.4.2003r., I ACa 432/02, OSA 2004, Nr 9, poz. 28.

¹² A. Malinowski: Op. cit., s. 2.

jej organy i kształtowania ich działań. Ustawodawca umożliwia to akcjonariuszowi poprzez:

- wyposa enie go w prawa podmiotowe o charakterze korporacyjnym,
- szerokie ukształtowanie kompetencji walnego zgromadzenia, które jest władne do podejmowania kluczowych postanowie w spółce decydujących o kierunku jej działań i dalszym rozwoju¹³.

Zakres wpływu akcjonariuszy na prowadzenie spraw spółki jest określony przez:

- przepisy ustawy,
- statut spółki.

Interes spółki oraz interes akcjonariuszy w relacjach organów spółki akcyjnej

W spółce akcyjnej istnieje trójpodział kompetencyjny między organami spółki:

- walne zgromadzenie jest organem uchwałodawczym,
- zarząd jest organem wykonawczo-zarządzającym,
- rada nadzorcza jest organem nadzorczym.

Szczególnie pomiędzy walnym zgromadzeniem a zarządem dochodzi do złożonych relacji, na podstawie których można wyodrębnić interes spółki i interes akcjonariuszy.

Walne zgromadzenie jest najwyższym organem spółki akcyjnej¹⁴. W przeciwieństwie do członków zarządu i rady nadzorczej, członków walnego zgromadzenia nie powołuje się, ponieważ *ex lege* są nimi wszyscy akcjonariusze, którzy wezmą udział w walnym zgromadzeniu zwołanym i obradującym zgodnie z przepisami ustaw (przede wszystkim kodeksu spółek handlowych) oraz postanowieniami statutu.

Od uchwał walnego zgromadzenia nie przysługuje odwołanie do innego organu spółki. Natomiast jego uchwały mogą być, na podstawie art. 422 k.s.h., zaskarżone do sądu m.in. z powodu godzenia w interes spółki¹⁵.

¹³ B. Skorek: *Ochrona interesów akcjonariuszy spółki akcyjnej*. Ostoja, Kraków 2002, s. 90.

¹⁴ Kodeks spółek handlowych, podobnie jak kodeks handlowy, nie nazywa walnego zgromadzenia najwyższym lub naczelnym (tak czyni Prawo o spółkach akcyjnych z 1928 roku – art. 49 zd. 1) organem spółki akcyjnej. Jednakże doktryna, zarówno na gruncie k.h., jak i k.s.h., uznaje walne zgromadzenie za najwyższy organ spółki akcyjnej. Zob. J. Frckowiak w: J. Frckowiak, A. Kidyba, K. Kruczalak, W. Opalski, W. Popiołek, W. Pyzioł: *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*. LexisNexis, Warszawa 2001, s. 638; A. Szajkowski, M. Tarska: *Prawo spółek handlowych*. C.H. Beck, Warszawa 2004, s. 686; W. Popiołek w: J. Strzaska, P. Piniór, W. Popiołek, E. Zielińska: *Kodeks...*, op. cit., s. 270.

¹⁵ Godzenie w interesy spółki, jako jeden z przesłanek zaskarżenia uchwały walnego zgromadzenia, znał art. 76 Rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 22 marca 1928 roku Prawo o spółkach akcyjnych, Dz.U. Nr 39, poz. 383 z późn. zm. Takie kodeks handlowy traktuje o tym w art. 414. Rozporządzenie Prezydenta Polski z dnia 27 czerwca 1934 r., Dz.U. Nr 57, poz. 502 z późn. zm.

Godzenie w interesy spółki obejmuje działania powodujące uszczuplenie majątku spółki, ograniczające jej zysk, podcinające pozycję spółki i jej renomę rynkową (ang. *goodwill*)¹⁶. W doktrynie wskazuje się, że godzenie w interesy spółki obejmuje sytuacje powodujące przepływ wartości ekonomicznych z majątku spółki do majątku akcjonariuszy. Może się to realizować poprzez finansowanie przez spółkę wydatków ponoszonych w interesie grup akcjonariuszy¹⁷. Takie transfery mogą występować, gdy walne zgromadzenie podejmie uchwałę, która będzie prowadziła, poprzez niekorzystne dla spółki transakcje, do przepływu składników majątku spółki do majątku osobistego akcjonariuszy, co będzie skutkowało likwidacją lub upadłością spółki przy niewielkim majątku, raco małym w porównaniu do skali prowadzonej przez spółkę działalności. Może się tak zdarzyć w przypadku, gdy akcjonariusze będą dążyć do zmniejszenia majątku spółki w celu uniemożliwienia zaspokojenia się z niego wierzycieli tej spółki. W takiej sytuacji interes spółki będzie się pokrywał z interesem wierzycieli¹⁸. Należy również przychylić się do stwierdzenia, iż godzeniem w interes spółki może być także odwołanie członka zarządu, który działa w sposób efektywny i przynosi spółce korzyści¹⁹. Podobnie godzeniem w interes spółki może być podważenie jej wiarygodności poprzez zerwanie więzi z kooperantami i klientami bądź ujawnienie ich tajemnic²⁰.

Zarząd jest organem, który prowadzi sprawy spółki i ją reprezentuje (art. 368 § 1 k.s.h.). Korzysta on z zasady domniemania kompetencji, która stanowi, iż wszystko co nie zostało zastrzeżone do kompetencji walnego zgromadzenia i rady nadzorczej, należy do kompetencji zarządu²¹.

Zarząd, kierując się interesem spółki, dba o efektywność i przejrzystość systemu zarządzania spółką oraz prowadzenie jej spraw zgodnie z przepisami prawa i zasadami dobrych praktyk (ang. *best practices*). Podejmując decyzje w sprawach spółki, członkowie zarządu powinni poddać ocenę – pod kątem interesu spółki – wszystkie dostępne informacje, opinie i analizy. Realizując transakcje z podmiotami, których interesy wpływają na interes spółki, zarząd zobowiązany jest działać ze szczególną starannością, aby transakcje były dokonywane na warunkach rynkowych. Dodatkowo członek zarządu powinien za-

¹⁶ A. Kidyba: *Kodeks spółek handlowych. Tom II*. Zakamycze, Kraków 2005, s. 663.

¹⁷ A. Szajkowski, M. Tarska: *Prawo...*, op. cit., s. 715.

¹⁸ A. Szumański w: S. Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja: *Kodeks spółek...*, op. cit., s. 542.

¹⁹ S. Koczur: *Legitymacja odwołanych członków zarządu spółki kapitałowej do podważenia uchwały o odwołaniu z pełnionej funkcji*. PPH 10/2004, s. 15.

²⁰ A. Kidyba: *Kodeks spółek handlowych...*, op. cit., s. 663.

²¹ Nie jest zatem celowe umieszczanie w statucie zdania, że zarząd prowadzi sprawy spółki w sprawach, które nie zostały przekazane do kompetencji innych organów spółki, ponieważ wynika to z art. 368 § 1 k.s.h.

chowa lojalność wobec spółki oraz unika działań mogących prowadzić, kosztem spółki, do realizacji własnych korzyści materialnych²².

Pomimo że zarząd jest niezależny od akcjonariuszy, którzy nie mają prawa wydawać poleceń lub wskazówek członkom zarządu w sprawach dotyczących sposobu zarządzania spółką, nie jest on niezależny od walnego zgromadzenia. Zależność ta jest widoczna w szczególności w przypadkach, gdy walne zgromadzenie:

- rozpatruje i zatwierdza sprawozdanie zarządu z działalności spółki (art. 393 pkt. 1 k.s.h.),
- udziela członkom zarządu absolutorium z wykonania przez nich obowiązków (art. 393 pkt.1 k.s.h.),
- odwołuje lub zawiesza w czynnościach członka zarządu (art. 368 § 4 zdanie drugie k.s.h.),
- podejmuje uchwałę o podziale zysku i jego wypłacie w postaci dywidendy (art. 347 k.s.h.), co determinuje podejmowanie przez zarząd określonych przedsięwzięć,
- podejmuje uchwałę o istotnej zmianie przedmiotu działalności spółki (art. 416 § 1 k.s.h.),
- podejmuje uchwałę o zmianie statutu spółki (art. 430 § 1 k.s.h.),
- podejmuje uchwałę w sprawie połączenia spółki, jej podziału bądź przekształcenia (art. 506, 541 oraz 562 k.s.h.).

Walne zgromadzenie oraz rada nadzorcza nie może wydawać zarządowi wiążących poleceń dotyczących prowadzenia spraw spółki. Przepis art. 375¹ k.s.h. nie zabrania jednak wydawania poleceń, które nie miałyby charakteru wiążącego, lecz jedynie instruktażowe, a które mogłyby stanowić podstawę do wykazania braku zawodowej staranności w odniesieniu do członków zarządu, gdy nie weźmą pod uwagę stosownych sugestii²³.

W przypadku konfliktu interesu pomiędzy spółką a akcjonariuszem, członek zarządu powinien opowiedzieć się za interesem spółki. Działanie w interesie akcjonariusza przeciwko spółce, kosztem jej interesu naraża członka zarządu na dwójak odpowiedzialność:

- odszkodowawczą wobec spółki (art. 483 k.s.h.) oraz
- karną (art. 585 § 1 k.s.h.).

²² Zob. dokument *Dobre praktyki w spółkach publicznych 2005* opracowany w październiku 2004 roku przez Komitet Dobrych Praktyk, który obowiązywał od 01.01.2005 do 31.12.2007 r. Od 01.01.2008 r. obowiązuje dokument *Dobre Praktyki Spółek Notowanych na GPW*, www.corp-gov.gpw.pl.

²³ A. Kidyba: *Kodeks spółek handlowych...*, op. cit., s. 413; J. Szwaja, R. Kwaniński: *W sprawie wykładni nowego art. 375¹, a także art. 375, art. 207 oraz art. 219 § 2 k.s.h.* PPH, 8/2004, s. 34.

Prawo do informacji, prawo do dywidendy oraz prawo poboru i jego wyłączenie jako potencjalne obszary rozejścia się interesu spółki i interesu akcjonariuszy

Prawo akcjonariusza do informacji dotyczących spółki, unormowane w art. 428 i 429 k.s.h., jest pewnym kompromisem pomiędzy interesami akcjonariusza, dla którego ważne jest posiadanie wiedzy o sytuacji ekonomicznej spółki, a interesami tej spółki, reprezentowanymi przez zarząd, który musi chronić niektóre informacje (np. o charakterze organizacyjnym, handlowym) przed konkurencją. Zarząd jest zobowiązany podczas obrad walnego zgromadzenia do udzielenia akcjonariuszowi na jego żądanie informacji dotyczących spółki, jeżeli jest to uzasadnione dla oceny sprawy objętej porządkiem obrad. Zarząd powinien odmówić realizacji tego uprawnienia, w przypadku gdy:

- mogłoby to wyrządzić szkody spółce albo spółce z nią powiązanej, bądź spółce lub spółdzielni zależnej,
- mogłoby narazić członka zarządu na poniesienie odpowiedzialności cywilnoprawnej, administracyjnej lub karnej.

W uzasadnionych przypadkach (kiedy zarząd nie wie, czy może udzielić odpowiedzi na zadane pytanie bądź nie jest w stanie udzielić rzetelnej odpowiedzi na walnym zgromadzeniu) zarząd może udzielić akcjonariuszowi informacji na piśmie nie później niż w terminie dwutygodni od dnia zakończenia walnego zgromadzenia.

Zarząd może udzielić akcjonariuszowi informacji dotyczących spółki poza walnym zgromadzeniem. Informacje takie wraz z podaniem daty ich przekazania oraz osoby, której udzielono informacji, powinny zostać ujawnione przez zarząd na piśmie w materiałach przedkładanych najbliższemu walnemu zgromadzeniu. Materiały mogą obejmować informacje dwojakiego rodzaju – podanych do wiadomości publicznej oraz udzielonych podczas walnego zgromadzenia.

Zasadno nieudzielanie informacji akcjonariuszowi może poddać kontroli sądowej. Kodeks spółek handlowych stanowi, że akcjonariusz, któremu odmówiono ujawnienia danej informacji podczas obrad walnego zgromadzenia i który zgłosił sprzeciw do protokołu, może złożyć wniosek do sądu rejestrowego o zobowiązanie zarządu do udzielenia informacji. Wniosek do sądu rejestrowego należy złożyć w terminie tygodnia od zakończenia walnego zgromadzenia, na którym odmówiono udzielenia informacji. Akcjonariusz może złożyć także wniosek o zobowiązanie spółki do ogłoszenia informacji udzielonych innemu akcjonariuszowi poza walnym zgromadzeniem²⁴.

²⁴ Prawo akcjonariusza do informacji realizują także przepisy art. 6 § 4 oraz art. 395 § 4 k.s.h.

Prawo do dywidendy należy odróżnić od prawa do udziału w zyskach spółki. Prawo do udziału w zyskach spółki jest uprawnieniem o charakterze bezwzględnym, nie może być przeniesione bez równoczesnego zbycia akcji. Natomiast prawo do dywidendy ma charakter obligacyjny, podlega cesji, może być przedmiotem potracenia lub zastawu²⁵.

Roszczenie o wypłatę dywidendy powstaje w konkretnym roku i zależy od powzięcia uchwały przez walne zgromadzenie²⁶. Może mieć cztery warianty:

- cały zysk zostaje przeznaczony na wypłatę dla akcjonariuszy,
- cały zysk zostaje przeznaczony na inne cele niż dywidendy,
- część zysku jest przeznaczona na wypłatę dla akcjonariuszy, natomiast pozostała część na inne cele (na fundusze celowe lub kapitały rezerwowe),
- walne zgromadzenie podejmuje decyzję, iż zysk z danego roku nie dzieli i nie przeznaczają go na któryś z funduszy lub kapitałów – w bilansie spółki powstaje wówczas osobna pozycja zawierająca „nie podzielony zysk z lat ubiegłych”²⁷.

Drobni akcjonariusze są zainteresowani coroczną wypłatą przez spółkę dywidendy, gdy zazwyczaj angażują się oni w spółkę w celu osiągnięcia szybkich korzyści majątkowych. Natomiast w interesie spółki jest przeznaczenie zysku na inne niż dywidenda cele, przede wszystkim na długoterminowe inwestycje warunkujące jej rozwój. W tym przypadku interes spółki współgra często z interesem akcjonariuszy wiążącymi, zainteresowanych w osiągnięciu korzyści długoterminowych. Akcjonariusze wiążącymi, ze względu na wpływ na obsadzenie organów spółki, mogą zresztą otrzymywać wynagrodzenie z tytułu pełnienia funkcji w zarządzie lub radzie nadzorczej i tym samym faktycznie partycypować w zysku spółki. Ochronę drobnych akcjonariuszy można realizować dwojako, poprzez:

- określenie w statucie minimalnego procentu zysku, który ma być przeznaczony do podziału między akcjonariuszy,
- skorzystanie przez akcjonariuszy (akcjonariusza) z prawa do zaskarżenia uchwał ze względu na sprzeczność z dobrymi obyczajami lub celowe pokrzywdzenie akcjonariuszy (art. 422 k.s.h.)²⁸.

²⁵ M. Niezgoda: *Prawo do dywidendy w spółce akcyjnej*. Ostoja, Kraków 2003, s. 25-26.

²⁶ Wyrokiem z 18.01.1996 roku Sąd Apelacyjny w Poznaniu stwierdził, że walne zgromadzenie nie może jedną uchwałą pozbawić akcjonariuszy prawa do zysku za kilka lat obrotowych. Walne zgromadzenie powinno corocznie podejmować uchwałę co do przeznaczenia zysku i co do jego rozdziału (wyrok SA w Poznaniu z 18.01.1996 r., I Acr 591/95, OSA 2/1998, poz. 7, s. 49-51).

²⁷ A. Michalik, A. Mikuła: *Prawo akcjonariusza do udziału w zysku w spółce akcyjnej*. PPH, 3/2002, s. 23.

²⁸ B. Skorek: Op. cit., s. 81-82; A. Szajkowski, M. Tarska: Op. cit., s. 715; S. Sołtyski w: S. Sołtyski, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja: *Kodeks spółek...*, op. cit., s. 343; W tym kontekście warto przytoczyć wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 15 maja 2007 r., w któ-

Otwarte pozostaje pytanie, czy raz przyznane uprawnienie do dywidendy może być cofnięte następną uchwałą walnego zgromadzenia. Argumentem przeciw takiemu rozwinięciu byłyby ochrona praw nabytych, za interes spółki. W doktrynie można spotkać poglądy, iż walne zgromadzenie może po powzięciu uchwały co do podziału zysku, lecz przed jej wykonaniem, uchwalić, że zysku nie wypłaca i przeznaczają go na inne cele. Jednakże musi wtedy zachodzić konieczność uzyskania zysku na cele spółki (przykładowo odbudowa budynków po zdarzeniu losowym, np. po pożarze) połączone z brakiem innych funduszy na ten cel i niemożliwością ich zdobycia w inny sposób²⁹. Powstaje pytanie, czy w przypadku gdy taka konieczność nie występuje, a spółka potrzebuje kapitału w innym celu, np. do dokonania bardzo dużej i intratnej transakcji, walne zgromadzenie może cofnąć przyznane już uprawnienie do dywidendy? Na tak postawione pytanie należy odpowiedzieć negatywnie, gdy taka praktyka mogłaby prowadzić do wypaczenia zasad przyznawania tych uprawnień.

Art. 347 § 2 k.s.h. stanowi, iż zysk rozdziela się w stosunku do liczby akcji. Jeżeli akcje nie są pokryte całkowicie, zysk rozdziela się w stosunku do dokonanych wpłat na akcje. Statutowe modyfikacje art. 347 § 2 k.s.h. dopuszcza paragraf 3 tego artykułu, który stanowi, iż statut może przewidywać inny sposób podziału zysku. W interesie spółki byłoby wprowadzenie do statutu postanowienia, że prawo do dywidendy powstaje dopiero z chwilą pełnego pokrycia akcji, co przyczyniłoby się z pewnością do kapitałowego wzmocnienia spółki. Natomiast akcjonariusze są zainteresowani rozdziałem zysku w stosunku do dokonanych wpłat na akcje, gdy mogą otrzymać wiadczenie od spółki także w przypadku, gdy nie pokryli całkowicie akcji.

Prawo poboru ma na celu zagwarantowanie akcjonariuszowi utrzymania przez niego niezmienionej pozycji w spółce w przypadku podwyższenia kapitału zakładowego w drodze emisji nowych akcji. W celu utrzymania dotychczasowej proporcji posiadanych akcji, dotychczasowi akcjonariusze mają prawo pierwszeństwa objęcia nowych akcji w stosunku do liczby akcji już posiadanych (art. 433 § 1 k.s.h.).

Prawo poboru chroni dotychczasowych akcjonariuszy przed tzw. rozwodzeniem udziałowym (redukcją stosunkowego zaangażowania kapitałowego

rym sąd uznał za pokrzywdzenie akcjonariuszy mniejszościowych podjęcie uchwały o wyłączeniu od podziału zysku spółki akcyjnej, w sytuacji gdy spółka znajdowała się w dobrej kondycji finansowej i od czterech lat nie notowała strat, z drugiej zaś przeznaczając duże kwoty na wykup weksli dłużnych emitowanych przez akcjonariusza wiążącego. Wyrok SA w Warszawie 15.05.2007 r., sygn. I ACa 339/07, niepublikowany.

²⁹ S. Sołtysiński w: S. Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja: *Kodeks spółek...*, op. cit., s. 342; M. Allerhand: *Kodeks handlowy. Komentarz*. Tom 3. Park, Bielsko-Biała 1991, s. 67.

w spółce) oraz rozwodnieniem majątkowym (uszczerbkiem majątkowym spowodowanym utratą wartości starych akcji na rzecz akcji nowej emisji)³⁰.

Prawo poboru może być wyłączone. Do pozbawienia akcjonariuszy prawa poboru w całości lub w części może dojść tylko w przypadku gdy przemawia za tym interes spółki. Podobnie jak w przypadku prawa do dywidendy, pojawia się problem dopuszczalności następczego wyłączenia prawa poboru po uchwale walnego zgromadzenia o podwyższeniu kapitału. W doktrynie podnosi się, i takie następcze wyłączenie prowadziłoby do naruszenia nabytego już prawa poboru, jednak można bronić także odmiennego poglądu, powołując się na interes spółki przemawiający za takim następczym wyłączeniem³¹.

W sytuacji wyłączenia prawa poboru może dojść do konfliktu interesów akcjonariuszy, zainteresowanych w utrzymaniu dotychczasowej struktury akcjonariatu, a co za tym idzie swojej pozycji w spółce i interesów spółki, dla której ważną jest zapewnienie długoterminowych celów, które można osiągnąć przede wszystkim poprzez kreowanie korzystnych powiązań handlowych, pozyskanie odpowiednich środków finansowych bądź wkładów niepieniężnych. W doktrynie słusznie zwraca się uwagę, i mimo wyłączenia prawa poboru w interesie spółki nie oznacza generalnego przyznania interesowi spółki pierwszeństwa nad interesem akcjonariuszy, lecz jedynie dopuszczalność prymatu interesu spółki w pewnych sytuacjach. Dodatkowo należy zauważyć, i interes spółki w wyłączeniu prawa poboru musi zostać udowodniony³². Interes spółki można upatrywać w:

- pozyskaniu środków na inwestycje w znacznych ilościach bądź w krótkim czasie,
- pozyskaniu inwestora strategicznego – wiąże się to z uzyskaniem dostępu do bardziej efektywnych metod zarządzania, *know-how*, nowych rynków zbytu, a także z obniżeniem kosztów działalności,
- pozyskaniu wkładów niepieniężnych niezbędnych do dalszego rozwoju – nieruchomości, patentów, wzorów użytkowych, udziałów w innych spółkach,
- zwiększeniu wiarygodności kredytowej,
- kreowaniu i zacieśnianiu kontaktów handlowych,
- zwiększeniu ze spółki jej kadry zarządzającej oraz pracowników, co powoduje zwiększenie stopnia identyfikacji tych osób z działalnością spółki,
- uzyskaniu efektu reklamowego, z czym wiąże się uzyskanie bądź utrwalenie pozytywnego wizerunku na rynku³³.

³⁰ A. Radwan: *Prawo poboru w spółce akcyjnej*. Warszawa 2004, s. 152, 156, 169-170.

³¹ Zob. M. Allerhand: *Op. cit.*, s. 154; S. Sołtyński w: S. Sołtyński, A. Szajkowski, J. Szwaja: *Kodeks handlowy. Tom II*. C.H. Beck, Warszawa 1998, s. 987-988; A. Radwan: *Op. cit.*, s. 289-291.

³² A. Radwan: *Op. cit.*, s. 270-272.

³³ Zob. szerzej P. Grzejszczak: *Prawo poboru akcji*. Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1998, s. 158-165 oraz A. Radwan: *Op. cit.*, s. 299-311.

Wyłączenie prawa poboru może nieść ze sobą następujące skutki dla akcjonariuszy, których pozbawiono realizacji tego prawa:

- zmniejszenie siły głosu akcjonariuszy na walnym zgromadzeniu³⁴,
- zredukowanie przysługującego akcjonariuszom prawa poboru w przypadku kolejnych emisji akcji,
- zmniejszenie wysokości dywidendy wypłacanej akcjonariuszom³⁵.

Problematyką relacji pomiędzy interesem spółki a interesem akcjonariuszy, poprzez pryzmat prawa poboru, podjął Sąd Apelacyjny w Łodzi w orzeczeniu z 7 marca 1994 r., które zachowuje aktualność także na gruncie kodeksu spółek handlowych. Sprawa dotyczyła banku, w którym na skutek znacznego pogorszenia sytuacji ekonomicznej, Prezes Narodowego Banku Polskiego podjął decyzję o ustanowieniu zarządu komisarycznego. Na mocy jego uchwał najpierw obniżono kapitał akcyjny poprzez denominację akcji, następnie kapitał podwyższono, a całą emisję akcji uprzywilejowanych co do głosu skierowano do jednego inwestora – innego banku. Podjęte uchwały pozbawiły dotychczasowych akcjonariuszy prawa poboru i przyznały uprzywilejowaną pozycję jednemu akcjonariuszowi. Sąd Apelacyjny uznał pozbawienie akcjonariuszy prawa poboru nowych uprzywilejowanych akcji i przydzielenie ich osobie trzeciej za uzasadnione, zwłaszcza wtedy, gdy nowe akcje mają być zużyte na spłacenie długów, czy te nabyte przez osoby, które wnoszą do spółki niezobowiązujący dla niej kapitał. Jednocześnie Sąd Apelacyjny uznał, że nie doszło do pokrzywdzenia akcjonariuszy, gdy uchwała dotknęła wszystkich akcjonariuszy równomiernie, wyłączyła ich prawo poboru, a uprzywilejowanie nowego akcjonariusza było podyktowane celami, jakie przed nim stawiano. Uchwały chroniły interes spółki, zapobiegając niebezpieczeństwu jej upadłości³⁶.

Podsumowanie

Interes spółki i interes akcjonariuszy mogą być w wielu przypadkach ze sobą związane, nie są jednak to same. Często w praktyce gospodarczej dochodzi do ich rozbieżności. Przedstawienie wzajemnych relacji pomiędzy interesem spółki i akcjonariuszy jest problematyczne, chociażby z tego powodu, że pojęcia te – pojemne i nieostre – są rozbudowywane przez judykaturę oraz doktrynę na podstawie konkretnych przypadków praktyki rynkowej. W teoretycznym ujęciu,

³⁴ Skutek ten nie wystąpi, gdy nowo wydane akcje będą akcjami niemymi.

³⁵ Należy jednak wziąć pod uwagę, że pozyskanie inwestora strategicznego, nowych środków finansowych na inwestycje będące po danych wkładów niepieniężnych może spowodować polepszenie sytuacji rynkowej spółki i wzrost jej zysku, co może zwiększyć wysokość dywidendy. Zob. szerzej A. Radwan: Op. cit., s. 156-163.

³⁶ Orzeczenie SA w Łodzi z dnia 7.3.1994 r., ACr 21/94, Wok. 1994, Nr 11, s. 54-64.

ani interes spółki, ani interes akcjonariuszy nie mogą być rozumiane wobec siebie jako pojęcia nadrzędne. Są one wartościami zmiennymi w czasie, różnie rozumianymi przez poszczególne podmioty zaangażowane w spółce. Artykuł, który stanowi próbę ujęcia istoty interesów spółki i akcjonariuszy oraz wzajemnych relacji między nimi, jest jednocześnie zaproszeniem do dyskusji nad tymi złożonymi zagadnieniami prawa handlowego.

INTERESTS OF THE COMPANY AND INTERESTS OF SHAREHOLDERS

Summary

Interests of the company stay in close connection with interests of shareholders – interests can be in many cases concurrent however, they are not identical. Interests of the company are often in harmony with interests of shareholders but in economic circulation, company's interest can separate from the shareholders' one. The article describes the essence of company's interest and shareholders' interest (majority and minority shareholders) as well as their mutual relations.