

**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 Czarnicka: SYSTEM OCHRONY ODBIORCÓW WRAŻLIWYCH A 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 UPADŁOŚCIOWYM Z MOŻLIWOŚCIĄ ZAWARCIA UKŁADU .....	61
Summary .....	78
Dorota Benduch: DELIMITACJA ZDOLNOŚCI POŁĄCZENIOWEJ SPÓŁEK PRAWA HANDLOWEGO .....	79
Summary .....	102
Andrzej Pokora: KILKA UWAG W KWESTII UPADŁOŚCI SANACYJNEJ BANKU .....	105
Summary .....	115
Dariusz Michta: INTERES SPÓŁKI A INTERES AKCJONARIUSZY .....	117
Summary .....	128



## WSTĘP

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

Autorzy, wychodząc z zastanych praktycznych rozstrzygnięć, podjęli próbę ich ujęcia w odmiennej interpretacji, która posiada swoje uzasadnienie w obowiązującym stanie prawnym. W wielu przypadkach daje się ustalić luki występujące w przepisach prawa. Brak regulacji ważnych kwestii 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 kończą 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 handlowych<sup>1</sup>, chociaż w pracach legislacyjnych oparł się na zasadzie kontynuacji rozwiązań przyjętych w kodeksie handlowym<sup>2</sup>, dokonał jednak daleko idących zmian wśród wielu instytucji prawa spółek, które w sposób nieraz diametralny zmieniają konstrukcje przyjęte w kodeksie handlowym, bądź zawarł w nim te instytucje, które nie były przedmiotem regulacji poprzedniej albo były regulowane szczątkowo.

W tym kontekście należy zastanowić się, a tym samym przeprowadzić analizę regulacji likwidacji<sup>3</sup> spółek w kodeksie spółek handlowych.

Kodeks spółek handlowych zachował właściwie w sposób niezmienny systematyczny układ obowiązujący w tym zakresie w kodeksie handlowym. Instytucja likwidacji posiadała odrębną regulację w odniesieniu do spółki jawnej (por. art. 122-140 k.h.) z odpowiednim zastosowaniem do spółki komandytowej (por. art. 144 k.h.), odrębnie zaś w odniesieniu do spółki z ograniczoną odpowiedzialnością (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 odrębną jednostkę systematyczną tego aktu prawnego (por. rozdz. 5 działu I, tj. art. 67-85 k.s.h.), zaś w odniesieniu do spółki partnerskiej i komandytowej przyjęto zasadę odpowiedniego stosowania przepisów o likwidacji spółki jawnej (por. art. 98 oraz art. 103 k.s.h.). Odrębne jednostki systematyczne występują 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 że nadto do likwidacji

---

<sup>1</sup> Ustawa z dnia 15 września 2000 r. (Dz.U. Nr 94, poz. 1037 z późn. zm.).

<sup>2</sup> Rozporządzenie Prezydenta RP z dnia 27 czerwca 1934 r. (Nr 57, poz. 502 z późn. zm.).

<sup>3</sup> Likwidacja w kodeksie spółek handlowych to czynności, jakie są konieczne w przedziale zawierającym się od zajścia przyczyny rozwiązania spółki, po chwilę wykreślenia spółki z rejestru. Likwidację należy odróżniać od czynności likwidacyjnych, których ustawowa definicja zawarta jest w stosownych przepisach ks. (por. art. 282 § 1 zd. 1 oraz art. 468 § 1 zd. 1), ale także w art. 77 § 1, który jest identyczny w swej treści, jak wskazane dwa przepisy pomieszczone w obydwu typach spółek kapitałowych, choć brakuje wskazania ustawodawcy, że jest to definicja ustawowa.

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

Regulacją nową, nieznaną 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 przejęte wprost z poprzedniej regulacji, choć wydaje się, że także w tym zakresie można wskazać inne, bardziej racjonalne rozwiązania<sup>4</sup>. 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 uzasadniać zbieżność, jeśli nie we wszystkich, to przynajmniej w pewnych kwestiach, z regulacją, jaką 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 odmienności terminologiczne 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-

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

nych rozdziałach. Przepisy tej grupy to art. 275 i 462 k.s.h. Grupę trzecią stanowią przepisy regulujące pozycję prawną 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. Grupą piątą należy objąć szeroko rozumiane czynności likwidacyjne. 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 należy zaliczyć 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 osobna. 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 rozwiązania spółki. Zgodnie bowiem z przepisem art. 274 § 1 i art. 461 § 1 k.s.h. są to: uprawomocnienie się orzeczenia o rozwiązaniu spółki przez sąd; powzięcia przez zgromadzenie wspólników albo walne zgromadzenie uchwały o rozwiązaniu spółki; zaistnienie innej przyczyny rozwiązania spółki.

Przyczyny rozwiązania 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 także sklasyfikować w wyliczonych wyżej zdarzeniach stanowiących chwilę otwarcia likwidacji spółki kapitałowej<sup>5</sup>. Jedyne 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 nienależyte wypełnienie swoich obowiązków.

Kwestią kolejną, która może rodzić wątpliwości co do zasadności pominięcia jej w regulacji odnoszącej się do spółek osobowych, jest kwestia możliwości cofnięcia skutków rozwiązania, gdy likwidacja trwa, a nadto likwidatorzy dokonali już tzw. czynności likwidacyjnych (por. art. 282 § 1 i 468 § 1 k.s.h.<sup>6</sup>).

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

<sup>5</sup> Należy jedynie wskazać, że w każdej ze spółek handlowych za przyczynę rozwiązania spółki ustawodawca uznaje „ogłoszenie upadłości spółki”. Przyczyna ta nie może zostać sklasyfikowana jako zdarzenie określone „uprawomocnienie się orzeczenia sądu”, lecz jako inna przyczyna jej rozwiązania. Konieczność takiego ujęcia, o ile nie uznać 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 masą upadłości (Por. art. 61 Pr.Up.N.), zaś syndyk wchodzi w tę masę w dniu ogłoszenia upadłości (Por. art. 62 Pr.Up.N./ i niezwłocznie dokonuje czynności przewidziane tym prawem w tym likwidację masy upadłości (Por. art. 173 Pr.Up.N.). Wstrzymanie się z likwidacją masy upadłości do czasu uprawomocnienia się postanowieniu o ogłoszeniu upadłości może mieć miejsce tylko w przypadku uregulowanym w art. 309 Pr.Up.N.

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

zapobiec jej rozwiązaniu<sup>7</sup>. W spółce z o.o. konieczna jest jednomyślna uchwała wszystkich wspólników, natomiast w przypadku spółki akcyjnej wymagana jest uchwała walnego zgromadzenia, która musi być powzięta większością głosów, wymaganą dla zmiany statutu, oddanych w obecności akcjonariuszy reprezentujących co najmniej połowę kapitału zakładowego.

Przepisy k.s.h. w odniesieniu do spółek osobowych nie regulują takiej możliwości. Jeżeli więc uznać, że niedopuszczenie takiej możliwości jest zamierzonym zabiegiem ustawodawcy, to powstaje pytanie o przyczyny, dla których ustawodawca tak uregulował tę kwestię.

Zawarte w k.s.h. przepisy art. 59 i 64 regulują bowiem inne kwestie, i tylko w pewnym zakresie posiadają one punkty styeczne z instytucją cofnięcia rozwiązania spółki kapitałowej.

Zgodnie bowiem z przepisem art. 59 zgoda wszystkich wspólników w sytuacji, gdy mimo powstania przyczyny rozwiązania spółki przewidzianych w umowie, spółka ta prowadzi swoją działalność, nie może być traktowana jako cofnięcie przyczyny rozwiązania spółki, lecz jako wyłączenie umownego postanowienia w tym zakresie, tj. określonej w umowie przyczyny jej rozwiązania. Żadne inne czynności, jak powołanie likwidatorów, zgłoszenie do rejestru dnia otwarcia likwidacji i podjęcie czynności likwidacyjnych, nie następują w tym przypadku.

Podobnie gdy chodzi o regulację zawartą w przepisie art. 64 k.s.h.; zgodnie z nim, gdy zaistniała przyczyna rozwiązania spółki w postaci śmierci wspólnika lub ogłoszenia jego upadłości, a także pomimo wypowiedzenia umowy spółki przez wspólnika lub jego wierzyciela, spółka będzie trwać nadal pomiędzy pozostałymi wspólnikami, jeżeli umowa spółki o takiej możliwości wprost stanowi lub pozostali wspólnicy niezwłocznie tak postanowią. Także i w tym przypadku regulację tę należy potraktować jako ubezskutecznienie przyczyny rozwiązania spółki, zapobiegając tylko konieczności wszczęcia procedury likwidacyjnej, nie zaś jako cofnięcie skutków rozwiązania.

Analiza tych przepisów prowadzi do jednoznacznego wniosku, że w przypadku gdy likwidatorzy spółki osobowej zostali powołani<sup>8</sup>, to likwidacji „nie można cofnąć”, a likwidatorzy muszą przeprowadzić wszystkie ciężące na nich obowiązki i z chwilą ich wykonania winni złożyć wniosek do sądu rejestrowego o wykreślenie spółki z rejestru.

<sup>7</sup> Z wyjątkiem przypadku, gdy likwidacja obydwu typów spółek kapitałowych następuje na mocy prawomocnego orzeczenia sądu, przy czym w odniesieniu do spółki z ograniczoną odpowiedzialnością tylko wtedy, gdy następuje to na podstawie art. 21 k.s.h., a ponadto w tejże spółce możliwość taka została również wyłączona, w przypadku gdy z żądaniem rozwiązania spółki wystąpił niebędący wspólnikiem członek organu spółki lub organ, o którym mowa w art. 271 pkt 2 k.s.h.

<sup>8</sup> Likwidacja nie jest konieczna w spółce osobowej, bowiem wspólnicy mogą uzgodnić inny sposób zakończenia działalności spółki. To nie oznacza cofnięcia likwidacji, lecz także jej zlikwidowanie, w inny sposób niż likwidacja regulowana przepisami k.s.h. czyli przy niestosowaniu przepisów art. 68-85.

Spółki osobowe mogą być obecnie podmiotami praw, w tym prawa własności nieruchomości i posiadają one też swoje zobowiązania oraz zdolność sądową. Prowadzą działalność pod własną, a nie wspólną firmą. 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 jakimś zakresie zostaje więc także sprowadzona do roli dawców kapitału dla spółki, choć bez wątplenia 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 możliwość cofnięcia czyniłyby niedopuszczalną.

Przyczyny, dla których wspólnicy mogliby ze swego prawa skorzystać mogą być tak natury obiektywnej (najczęściej gospodarczej), jak i subiektywnej. Także 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. Powstałe więc kwestia skorzystania z przepisu art. 2 k.s.h. i odesłanie do kodeksu cywilnego. Zagadnienie miernika staranności zawsze budzić będzie jednak wątpliwości, 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 trzecie<sup>9</sup>.

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 pociągnięcia likwidatorów do odpowiedzialności odszkodowawczej z tytułu nienależycie 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 prawnych 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 stanowić będzie inaczej<sup>10</sup>.

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 zaś razie, gdyby kwestia ta miała wywoływać wątpliwości, redakcja tego przepisu może te kwestie dopre-

<sup>9</sup> Możliwość taka może wynikać tak 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.).

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

cyzować w sposób niepozostawiający wątpliwości co do ich obowiązywania 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 likwidacji<sup>11</sup> 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 związania w spółkach osobowych funkcji likwidatora ze współnikiem prowadzącym sprawę takiej spółki z ewentualnie mocniejszym uregulowaniem kompetencji kontrolnych ze strony współników nieposiadających prawa prowadzenia spraw spółki nad likwidatorami, chociaż i obecny art. 38 § 2 k.s.h. zdaje się spełniać swoją rolę.

Po trzecie, w sytuacji gdy spółki osobowe należą do kategorii przedsiębiorców, prowadzenie spraw spółki, ale także czynności likwidacyjne w przypadku gdy likwidatorami są współnicy prowadzący sprawę tej spółki, to współnicy prowadzący sprawę spółki i likwidatorzy powinni zostać objęci podwyższonym 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

---

<sup>11</sup> Regulacja przyczyn rozwiązania 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 WRAŻLIWYCH A FUNKCJONOWANIE PRZEDSIĘBIORCÓW ENERGETYCZNYCH I EWENTUALNA POTRZEBA RESTRUKTURYZACJI**

---

W obecnie obowiązującym stanie prawnym brakuje przepisów regulujących zagadnienia dotyczące ochrony odbiorcy wrażliwego. Zgodnie z ustawą Prawo energetyczne została uregulowana jedynie zasada wypowiedzenia umowy o dostarczanie energii elektrycznej, a tym samym odłączanie odbiorcy od sieci oraz kwestia instalowania przedpłatowych układów pomiarowo-rozliczeniowych dla odbiorców, którzy zalegali z zapłatą za energię elektryczną bądź gaz.

Wprowadzenie koncepcji odbiorcy wrażliwego, a tym samym obowiązek państwowy w zakresie rozwiązania problemu tzw. ubóstwa energetycznego wynika z zapisów dyrektywy 2009/72/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 13 lipca 2009 r. dotyczącej wspólnych zasad rynku wewnętrznego energii elektrycznej i uchylającej dyrektywę 2003/54/WE oraz 2009/73/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 13 lipca 2009 r. dotyczącej wspólnych zasad rynku wewnętrznego gazu ziemnego i uchylającej dyrektywę 2003/55/WE. Zgodnie z Komunikatem Komisji WE do Rady i Parlamentu Europejskiego – „perspektywy rynku wewnętrznego energii elektrycznej i gazu” stwierdzono, że „(...) w dzisiejszym otoczeniu gospodarczym i społecznym ludzie nie mogą żyć bez energii. Energia elektryczna ma podstawowe znaczenie dla życia obywateli. Zmiany wprowadzane na europejskim rynku energii muszą w pełni chronić prawa obywateli do zaspokojenia podstawowych potrzeb po rozsądnych łątno i jasno porównywalnych cenach”<sup>1</sup>. W Europejskiej Karcie Praw Odbiorców Energii przewiduje się, że energia elektryczna i gaz ziemny są dostarczane odbiorcom odpłatnie, jednak odłączanie dostarczania energii powinno być zasadniczo traktowane jako niepożądane rozwiązanie w przypadku powstania zaległości. Zadaniem państw członkowskich jest przyjęcie i opublikowanie definicji odbiorców wrażliwych w trudnej sytuacji, która będzie stosowana przez przedsiębiorstwa energetyczne bez konieczności składania odpowiednich wniosków w trudnych

---

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

sytuacjach<sup>2</sup>. Europejscy odbiorcy energii elektrycznej i gazu o szczególnych potrzebach spowodowanych jakkolwiek niesprawnością bądź znajdujący 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 bezpłatnie<sup>3</sup>.

Wobec powyższych okoliczności rodzą się podstawowe pytania, co oznacza pojęcie odbiorca wrażliwy 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. Oczywisty 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 dochodu<sup>4</sup>. Rodzi się wątpliwość na temat kryteriów określających np. „dostateczny poziom ogrzewania”. Przyjęto zatem, że temperatura dla pomieszczeń głównych powinna wynosić 21° C, a dla innych zajmowanych pomieszczeń – 18° C<sup>5</sup>.

Zdecydowano, że definicją tą zostaną objęte wydatki na energię wykorzystywaną także na cele inne niż grzewcze, takie jak: podgrzanie wody, oświetlenie, gotowanie, stosowanie urządzeń<sup>6</sup>. 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

<sup>2</sup> 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.

<sup>3</sup> COM (2007) 386 final, Bruksela, 5 lipca 2007 r. Annex 1, pkt A ppkt 6 i pkt H i lit. B pakt 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.

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

<sup>5</sup> Fuel Poverty in England: *The Government's Plan for Action*, 2004, Defra, s. 39-40, [www.defra.gov.uk](http://www.defra.gov.uk).

<sup>6</sup> The UK Fuel Poverty..., op. cit., s. 40.

społeczną, 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, definicją tą objęte są zasiłki<sup>7</sup>. 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 energetycznego<sup>8</sup>. W przeciwieństwie do przytoczonej oficjalnej, „sztywnej” definicji ubóstwa energetycznego można także podać inną definicję tego zjawiska. Można przecież 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 energetycznym<sup>9</sup>.

W Wielkiej Brytanii został przyjęty następujący modelowy wskaźnik ubóstwa energetycznego:

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

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: wielkości 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 towaru bądź usługi, przejrzystość struktury i zasad funkcjonowania, równość praw i zasad dostępności uczestników do informacji rynkowej, kontrola i nadzór zabezpieczające przed kartelizacją (zmową) rynkową dostęp do wysoko wydajnych technologii<sup>11</sup>. Jednakże w ocenie autorki rynek

<sup>7</sup> 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).

<sup>8</sup> The UK Fuel Poverty Strategy, November 2001, s. 108, [www.dti.gov.uk](http://www.dti.gov.uk).

<sup>9</sup> Allan Asher, Chief Executive, energywatch. Speech to Newham Fuel Poverty Seminar, 24 lutego 2006 r., [www.energywatch.gov.uk](http://www.energywatch.gov.uk).

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

<sup>11</sup> Report UOKiK: *Directions of Development Competition and Customer Protection in Polish Energy Sector 2010*. Warszawa 2010, [www.uokik.gov.pl](http://www.uokik.gov.pl).

w całości, obejmując również odbiorców odbierających energię i gaz dla potrzeb gospodarstw domowych, stał się konkurencyjny. Nie można 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 orzeczeniu<sup>12</sup>, 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 rozsądnym 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 jeśli 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 unijnym 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. Jeśli chodzi o niedyskryminacyjny charakter omawianych zobowiązań, zadaniem Prezesa URE będzie takie określanie cen, aby nie było zarzutów działań dyskryminacyjnych. Tak będzie zawsze, gdy tego rodzaju interwencja Prezesa URE będzie prowadziła w rzeczywistości do przerzucenia ciężaru 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 rozsądnym 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

<sup>12</sup> 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 Autorità per l'energia elettrica e il gas z dnia 20 kwietnia 2010 r. Sprawa C-265/08.

zrealizowane poprzez wdrożenie tzw. konkurencji pośredniej (porównawczej), gdy analogiczna działalność jest wykonywana przez na tyle dużą liczbę przedsiębiorstw, by można było wdrożyć narzędzia oceny statystycznej<sup>13</sup>. 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 śmiało 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 określane jako „brak możliwości utrzymania ogrzewania na odpowiednim poziomie za uczciwą cenę”. 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. Wskaźnikami, które określają gospodarstwo domowe w sytuacji ubóstwa energetycznego są: brak możliwości opłacenia rachunku za energię, przebywanie w wilgoci, wstrzymanie dostaw energii, samo odłączenie się 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 uczciwą cenę. 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

---

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

- od uciążliwości warunków pogodowych. Permanentne zimno i wilgoć 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, prowadzący do społecznego wykluczenia, izolacji oraz mają negatywny wpływ na samoocenę.
  3. Degradacji budynków, do której może się bardzo szybko przyczynić wilgoć 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 mogą 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 założeniach<sup>14</sup> pomocy wskazano podstawowe możliwości pomocy odbiorcom wrażliwym:

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

---

<sup>14</sup> Założenia do aktów prawnych wprowadzających system ochrony odbiorcy wrażliwego energii elektrycznej, [www.mg.gov.pl](http://www.mg.gov.pl).



- 3) stworzenie rozwiązania mieszczącego się w krajowym systemie zabezpieczenia społecznego:
  - a) odrębne świadczenie w systemie zabezpieczenia społecznego polegające na przyznaniu zasiłku celowego,
  - b) rozwiązanie polegające na przyznaniu odbiorcom wrażliwym dodatku energetycznego do zasiłku stałego i zasiłku okresowego,
  - c) bonifikata dla odbiorców wrażliwych połączona z system rekompensat dla przedsiębiorstw energetycznych, polegających na odliczaniu tych rekompensat od należności podatkowych odprowadzanych przez te przedsiębiorstwa na rzecz Skarbu Państwa,
  - d) przyznanie odbiorcy wrażliwemu 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 wrażliwym w płatności za energię elektryczną oraz rekompensata przedsiębiorstwom energetycznym przyznanej pomocy poprzez transfer środków finansowych dokonywanych przez ośrodki pomocy społecznej.

### **Bonifikata dla odbiorców wrażliwych – analiza proponowanych rozwiązań**

Powyższe rozwiązanie wymaga zaangażowania ośrodków pomocy społecznej do wydawania zaświadczeń osobom uprawnionym do otrzymywania zasiłków stałych lub okresowych. Odbiorcą wrażliwym 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 wrażliwych. Przyznanie pomocy w ramach tego rozwiązania będzie dotyczyło pewnego limitu średniorocznego zużycia energii elektrycznej. System bonifikat zostanie dopełniony przez rozwiązanie dotyczące obowiązku instalowania liczników przedpłatowych. W przypadku zwłoki z zapłatą za energię elektryczną przez odbiorcę wrażliwego będzie mu obligatoryjnie instalowany licznik przedpłatowy na koszt przedsiębiorstwa ener-

getycznego. Przesłanki instalowania licznika przedpłatowego będą tożsame z przesłankami wstrzymania dostarczania energii elektrycznej w przypadku, o którym mowa w art. 6 ust. 3a ustawy Prawo energetyczne. Odbiorcy zakwalifikowanemu jako odbiorca wrażliwy, zamiast wstrzymania dostarczania energii elektrycznej, zostanie obligatoryjnie zainstalowany licznik przedpłaty. System rekompensat, którym miałyby być objęte przedsiębiorstwa energetyczne zajmujące się obrotem i dystrybucją energii elektrycznej do odbiorcy końcowego, miałyby polegać na refundacji przez budżet państwa kosztów ponoszonych przez przedsiębiorstwa energetyczne z tytułu bonifikat przyznanych odbiorcom wrażliwym. Przedsiębiorstwu energetycznemu, które wystawiło rachunek za energię elektryczną z bonifikatą na podstawie wystawionego przez ośrodek pomocy społecznej zaświadczenia, przysługiwałaby rekompensata od Skarbu Państwa. Jednakże, zamiast realizowania przelewu na rzecz przedsiębiorstwa energetycznego, proponuje się umożliwienie temu przedsiębiorstwu dokonywania potrąceń z należnościami, jakie wniósłby na rzecz Skarbu Państwa. Proponuje się umożliwienie dokonywania potrąceń z należnościami odprowadzanymi z tytułu podatku VAT i/albo CIT – podatku dochodowego od osób prawnych. Potrącona kwota ma być równa sumie udzielonych bonifikat. Wprowadzenie 30-proc. bonifikaty dla odbiorców wrażliwych oraz zrekompensowanie przedsiębiorstwu energetycznemu wystawienia rachunku uwzględniającego przyznaną bonifikatę z budżetu państwa nie będzie stanowiło pomocy publicznej ze względu na fakt, iż środki finansowe z tytułu wprowadzenia systemu ochrony odbiorców wrażliwych nie trafią do przedsiębiorstwa energetycznego i nie będą wsparciem dla tego podmiotu. Przedsiębiorstwom tym, w zamian za wypełnianie obowiązków związanych z ochroną odbiorców wrażliwych, zostanie wypłacona rekompensata finansowa, o której mowa w dyrektywie 2009/72/WE, a nie pomoc publiczna; rekompensata ta będzie nie będzie wyższa niż suma udzielonych bonifikat.

W celu uproszczenia procedury proponuje się nałożenie na przedsiębiorstwo energetyczne obowiązku załączania do wniosku o potrącenie oświadczenia, że przedkładane do potrącenia wierzytelności wobec Skarbu Państwa z tytułu rekompensat są wzajemne, bezsporne i wymagalne. Oświadczenie to zawierałoby także wykaz odbiorców wrażliwych, uprawnionych do bonifikat oraz sposób wyliczenia i kwotę rekompensaty od Skarbu Państwa z tego tytułu. Zaproponowane rozwiązanie zdaniem Ministerstwa mogłoby funkcjonować na podstawie już istniejącego systemu pomocy społecznej i nie wygenerowałoby dodatkowych kosztów związanych z obsługą tego rozwiązania. Przy założeniu wzrostu cen energii elektrycznej o ok. 7% zaproponowana koncepcja ochrony odbiorcy wrażliwego nie spowodowałaby zmniejszenia przychodów<sup>15</sup>.

<sup>15</sup> Założenia do aktów prawnych wprowadzających system ochrony odbiorcy wrażliwego energii elektrycznej. Opracowany przez MG, dostępny na [www.mg.gov.pl](http://www.mg.gov.pl).

Oczywiście przedstawione powyżej rozwiązania w ramach założeń do aktów prawnych wprowadzających system ochrony odbiorcy wrażliwego zawierają ponadto krytykę rozwiązań przedstawionych w pozostałych wariantach. Opiera się ona przede wszystkim na skomplikowanych procedurach oraz bardzo kosztownych rozwiązaniach z punktu widzenia Skarbu Państwa, bądź też niektóre rozwiązania są rekomendowane jako uzupełniające z uwagi na brak kontroli – CSR.

Autorka ma jednak kilka uwag do przedstawionego rozwiązania punktu widzenia przedsiębiorstwa energetycznego. Prezentowane rozwiązanie wskazuje co prawda jakie obowiązki ciążyą na poszczególnych przedsiębiorstwach, ale nie wskazuje jak właściwie rozwiązanie to ma funkcjonować. Od 1 lipca 2007 r. przedsiębiorstwa energetyczne w Polsce zajmujące się obsługą odbiorców zostały podzielone na dwa rodzaje: przedsiębiorstwa zajmujące się sprzedażą energii elektrycznej oraz przedsiębiorstwa świadczące usługi dystrybucyjne. Z uwagi na ten podział wszystkie te przedsiębiorstwa będą zmuszone do zmiany systemów w zakresie obsługi odbiorców wrażliwych. Obecnie w Polsce ponad 90% odbiorców pobierających energię w gospodarstwach domowych ma zawartą umowę kompleksową<sup>16</sup>, gdzie stronami są odbiorca oraz przedsiębiorstwo zajmujące się sprzedażą, które zapewnia świadczenie usług dystrybucji przez spółki dystrybucyjne. Przede wszystkim zastanawiająca jest koncepcja licznika przedpłatowego – w chwili obecnej przedsiębiorstwo energetyczne może zainstalować przedpłatowy układ pomiarowo-rozliczeniowy, jeżeli odbiorca:

- 1) co najmniej dwukrotnie w ciągu kolejnych 12 miesięcy zwlekał z zapłatą za pobrane paliwo gazowe, energię elektryczną lub ciepło albo świadczone usługi przez okres co najmniej jednego miesiąca;
- 2) nie ma tytułu prawnego do nieruchomości, obiektu lub lokalu, do którego są dostarczane paliwa gazowe, energia elektryczna lub ciepło;
- 3) użytkuje nieruchomość, obiekt lub lokal w sposób uniemożliwiający cykliczne sprawdzanie stanu układu pomiarowo-rozliczeniowego.

Koszty zainstalowania układu pomiarowo-rozliczeniowego ponosi przedsiębiorstwo energetyczne. W razie braku zgody odbiorcy na zainstalowanie przedpłatowego układu pomiarowo-rozliczeniowego, przedsiębiorstwo energetyczne może wstrzymać dostarczanie energii elektrycznej lub rozwiązać umowę sprzedaży<sup>17</sup>.

Koszty zainstalowania powyższego licznika leżą po stronie przedsiębiorstwa dystrybucyjnego, bowiem zgodnie z §13 rozporządzenia wykonawczego<sup>18</sup> pod-

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

<sup>17</sup> 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 późn. zm.

<sup>18</sup> Rozporządzenie Ministra Gospodarki w sprawie szczegółowych warunków funkcjonowania systemu elektroenergetycznego z dnia 4 maja 2007 r. (Dz.U. Nr 93, poz. 623 z późn. zm.).

miotem, który jest zobowiązany do zainstalowania układu pomiarowo-rozliczeniowego, jest spółka dystrybucyjna. Koszt zainstalowania wskazanego licznika jest co najmniej dwukrotnie wyższy aniżeli 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 sprzedażowych. Nie wybiegając 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, iż w rzeczywistości koszt obsługi odbiorcy wrażliwego zostanie przeniesiony na pozostałych odbiorców energii elektrycznej, a nie zrekompensowany przez podatkę. Podobnie będzie z kosztami obsługi zmianą systemów celem identyfikacji ww. odbiorców wrażliwych.

Druga część wskazanego rozwiązania odnosi się do przedsiębiorstw sprzedaży i systemu rekompensat. Podobnie jak w wypadku przedsiębiorstw dystrybucyjnych, rodzi on wiele kontrowersji. Przede wszystkim kwestia pokrycia kosztów zmiany systemów w zakresie obsługi odbiorców (systemy informatyczne, księgowe, archiwizacja danych), które nie będą już pokrywane przez Skarb Państwa, gdyż 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 cenie energii elektrycznej. Trudno również nie podważyć systemu potrąceń z podatkami, ponieważ wyraźnie wspomina się o możliwości potrącenia jedynie w przypadku gdy wierzytelności te muszą być wzajemne, bezsporne i wymagalne. Oczywiście można jedynie wspomnieć, iż potrącenie ustawowe zgodnie z art. 498 Kodeksu cywilnego<sup>19</sup> nie zakłada bezsporności wierzytelności, a jedynie ich zaskarżalność. 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 zaświadczeń o otrzymywaniu zasiłku stałego bądź okresowego na mocy ustawy o pomocy społecznej, aby skutecznie dokonać potrącenia podatku. Trudno byłoby ponadto nie skomentować czasu dokonywania potrąceń i wprowadzenia stosownych procedur w tym zakresie.

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

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 z łatwością wyobrazić sobie możliwość 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 za duże. Kolejną kwestią budzącą poważne wątpliwości 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 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 menedżerskiej 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 nadrzędnym celem jest przygotowanie się spółki do podjęcia decyzji o celowości restrukturyzacji, tj. o połączeniu, podziale lub przekształceniu.

### **Istota restrukturyzacji spółek handlowych**

Spośród dopuszczalnych w myśl przepisów obowiązujących w Polsce form organizacyjno-prawnych szczególną rolę w aktualnej sytuacji społeczno-gospodarczej odgrywa spółka handlowa. Ustawa z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych<sup>1</sup> stanowi prawo ustrojowe spółek handlowych. Ustawa reguluje wyłącznie zagadnienia tworzenia, organizacji, zasad funkcjonowania, rozwiązywania 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)<sup>2</sup>.

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

---

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

<sup>2</sup> J.A. Strzépka, W. Popiołek, A. Witosz, E. Zielińska: *Kodeks spółek handlowych. Komentarz z orzecnictwem*. C.H. Beck, Warszawa 2001, s. 15 i n.

Na różnych etapach działalności lub ze względu na rodzaj tej działalności przydatne mogą się okazać różne typy spółek. Temu zamysłowi ustawodawcy ma służyć instytucja transformacji spółki, która została uregulowana w IV tytule Kodeksu spółek handlowych z tytułowanymi łącznie, podział i przekształcenie spółek.

Pojęcie transformacji zgodnie z Kodeksem spółek handlowych jest używane jako kategoria zbiorcza (*sensu largo*), oznaczająca – co do podmiotów prawa – łącznie, dzielenie<sup>3</sup> oraz przekształcenia.

Dotychczas doktryna zaproponowała następujące terminy na tę zbiorczą kategorię transformacji:

- restrukturyzacja przedsiębiorstwa spółki<sup>4</sup>,
- przemiany ustrojowe<sup>5</sup>,
- przekształcenia podmiotów prawa (*sensu largo*)<sup>6</sup>,
- transformacje podmiotowo-przedmiotowe spółek osobowych i kapitałowych<sup>7</sup>,
- reorganizacja prawna spółek handlowych<sup>8</sup>,
- restrukturyzacja spółek handlowych<sup>9</sup>.

Wydaje się, że najlepszą propozycją jest termin zaproponowany przez Antonego Witosza „restrukturyzacja spółek handlowych” i w dalszej części opracowa-

<sup>3</sup> W przypadku połączenia lub podziału występuje zmniejszenie lub zwiększenie liczby podmiotów w obrocie gospodarczym (zmiany ilościowe), natomiast przekształcenia *sensu stricto* polegają na zmianach jakie zachodzą w obrębie samej struktury wewnętrznej przekształconego podmiotu (zmiany jakościowe).

<sup>4</sup> Por. Uzasadnienie rządowego projektu ustawy – Kodeks spółek handlowych, druk sejmowy nr 1687, s. 51.

<sup>5</sup> Por. A. Szajkowski: *Refleksje nad nowym Kodeksem spółek handlowych*. „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2001, nr 1, s. 1.

<sup>6</sup> Wprowadzenie jednego terminu w dwóch różnych znaczeniach nie jest uzasadnione metodologicznie ani językowo, tym bardziej, że zakres pojęciowy jednego terminu (przekształcenia *sensu stricto*), zawiera się w zakresie pojęciowym drugiego terminu (przekształcenia *sensu largo*), co może także prowadzić do problemów przy takim używaniu omawianego zwrotu.

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

<sup>8</sup> Por. G. Miś: *Przekształcanie spółek handlowych*. C.H. Beck, Warszawa 2005, s. 14. Wydaje się, iż jest to termin nietrafiony, gdyż przez reorganizację rozumie się zmianę struktur organizacyjnych i (lub) procesów w nich przebiegających w celu podwyższenia stopnia ich zorganizowania. Reorganizacja ma charakter „lecniczy” i nie powinna prowadzić do rozbudowania struktur organizacyjnych, lecz do usuwania różnych defektów i niedociągnięć oraz rozwiązywania problemów, które wystąpiłyby w przyszłości.

<sup>9</sup> Szerzej A. Witosz: *Restrukturyzacja spółek handlowych*. OW Branta, Bydgoszcz-Katowice 2005, s. 10-11; A. Witosz: *Wierzyciel a procesy restrukturyzacyjne spółek handlowych*. OW Branta, Bydgoszcz-Katowice 2006, s. 9 i n.; A. Witosz: *Wspólnik i akcjonariusz w procesach restrukturyzacyjnych spółek handlowych*. OW Branta, Bydgoszcz-Katowice 2005.



nia będzie on używany jako nazwa kategorii zbiorczej, obejmującej połączenie<sup>10</sup>, podział<sup>11</sup> i przekształcenia<sup>12</sup> spółek handlowych.

Przyjęta przez ustawodawcę metoda regulacji procesów restrukturyzacyjnych w Kodeksie spółek handlowych<sup>13</sup> jest w swej istocie realizacją postulatów przejrzystości i zwięzłości regulacji, a nadto zapewniania łatwości posługiwania się nim. W praktyce gospodarczej procesy restrukturyzacji służą spełnianiu róż-

<sup>10</sup> Zakres podmiotowy połączenia spółek obejmuje jednorodne spółki handlowe (kapitałowe i osobowe) oraz niejednorodne typy spółek kapitałowych (spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i spółka akcyjna), spółki osobowe (przy czym ta forma połączenia jest możliwa tylko przez zawiązanie nowej spółki kapitałowej), a także spółki kapitałowe ze spółkami osobowymi (z tym że spółką przejmującą może być tylko spółka kapitałowa). Tytuł IV, Dział I, art. 491-527 ksh. Szerzej E. Skibińska, M. Żuk, A. Lankamer-Prasolek: *Transgraniczne łączenie się spółek kapitałowych. Komentarz*. C.H. Beck, Warszawa 2008, s. 26 i n.; A. Witosz: *Łączenie, podział i przekształcenie spółek handlowych*. Wolters Kluwer, Warszawa 2010, s. 23 i n.

<sup>11</sup> Regulacja dotycząca podziału została zawarta w Dziale II, Tytuł IV, art. 528-550 k.s.h. W prawie polskim pod pojęciem podziału rozumie się dokonanie takiej restrukturyzacji podmiotowej, w wyniku której całość lub część majątku dotychczas istniejącej spółki zostaje przejęta przez inne spółki lub inną spółkę. Podział podobnie jak łączenie jest operacją na majątku spółki, w wyniku której zostaje dokonane daleko idące przeobrażenie natury podmiotowej. W przypadku zwykłego podziału (1. Przez przeniesienie majątku całego majątku spółki dzielonej na inne spółki w zamian za udziały lub akcje spółki przejmującej, które obejmują wspólnicy spółki dzielonej, tzw. podział przez przejęcie; 2. Przez zawiązanie nowych spółek, na które przechodzi majątek spółki dzielonej w zamian za udziały lub akcje nowych spółek, tzw. podział przez zawiązanie nowych spółek; 3. Przez przeniesienie całego majątku spółki dzielonej na istniejącą i na nowo zawiązaną spółkę lub spółki, tzw. podział przez przejęcie i zawiązanie nowej spółki) polega na ustaniu bytu prawnego spółki dzielonej i przejęciu jej majątku przez co najmniej dwie spółki przejmujące lub nowo zawiązane. Przy podziale przez wydzielenie spółka dzielona istnieje nadal, ale wyodrębniona część jej majątku zostaje przejęta przez spółkę przejmującą lub nowo zawiązaną. Szerzej P. Piniór: *Podział spółek kapitałowych w prawie polskim i niemieckim*. C.H. Beck, Warszawa 2003, s. 23 i n.; Szerzej M. Litwińska-Werner. W: *Prawo spółek handlowych*. Tom 17B. Red. S. Sołtysiński. 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.

<sup>12</sup> Ustawodawca docenił istotną rolę instytucji przekształcenia spółek i uregulował ją w przepisach Działu III Tytułu IV k.s.h. zatytułowanym „Przekształcenia spółek”, obejmującym przepisy art. 551-584 k.s.h. Do przekształcenia spółek odnoszą się 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 się przepisy ogólne i właściwą grupę przepisów szczególnych. Przepisy ogólne regulują wspólne zasady wszelkich konfiguracji przekształcenia. W przepisach szczególnych zawarte są przepisy indywidualizujące postępowanie przekształceniowe w zależności od poszczególnych grup konfiguracji przekształcenia, np.: spółki osobowe w spółki kapitałowe (art. 571-574 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.

<sup>13</sup> Przyjęta metoda regulacji procesów restrukturyzacji na gruncie Kodeksu spółek handlowych tylko w minimalnym zakresie przyjęła rozwiązania zawarte w Kodeksie handlowym; znalazły się zaledwie cztery regulacje z nieobowiązującego już Kodeksu handlowego. Aktualna regulacja jest w zasadniczej części nowa, która spełnia w tym zakresie wymogi praktyki gospodarczej, a także wymagania harmonizacji prawa z Unią Europejską.

nych dążeń przedsiębiorców, ale opierają się jednak na konstrukcji wykazującej daleko idącą zbieżność, co powoduje, że wiele elementów powtarza się w regulacji każdej z tych instytucji.

Cechą wspólną procesów restrukturyzacyjnych jest utrata bytu prawnego co najmniej jednej ze spółek uczestniczących w przypadku połączenia się i podziału, albo utrata dotychczasowego typu przez spółkę przy przekształceniu<sup>14</sup>.

## Procedura restrukturyzacji spółek

Procedura łączenia, podziału czy przekształcenia spółek zgodnie z Kodeksem spółek handlowych wymaga wielu określonych czynności niezbędnych do realizacji restrukturyzacji. Procedura ta nie następuje *uno actu*, nie jest czynnością jednorazową, lecz określonym ciągiem czynności pozostających ze sobą w pewnym związku. Są to czynności o różnym charakterze<sup>15</sup>, obejmują m.in. czynności przygotowawcze polegające na określeniu celów, korzyści, jakie niesie łączenie, podział czy przekształcenie (faza przygotowawcza *sensu largo*), a także przygotowanie planu łączenia, podziału czy przekształcenia wraz z wymaganymi załącznikami, poddanie go weryfikacji biegłych oraz zawiadomienie wspólników (akcjonariuszy) o zamiarze restrukturyzacji (faza przygotowawcza *sensu stricto*). Faza ta określona mianem menedżerskiej nie jest jednak tak dominująca jak w przypadku połączenia i podziału spółek. Charakterystyczne jest, że przy przekształceniu aktywniejsza jest rola wspólników, w przeciwieństwie do połączenia i podziału.

Następnie są to czynności decyzyjne, które polegają w szczególności na powzięciu uchwały o łączeniu, podziale czy przekształceniu spółki, powołaniu członków organów spółki. Ponadto konieczne jest zawarcie umowy lub podpisanie statutu spółki. Ustawodawca dążył do tego, aby regulacja procesów restrukturyzacyjnych zapewniała jawność w stosunkach wewnętrznych dokonywanych czynności w każdej z faz.

Ostatnią czynnością o charakterze formalnym jest rejestracja i ogłoszenie restrukturyzacji, z którym to momentem następuje zakończenie czynności postępowania restrukturyzacyjnego.

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

<sup>14</sup> A. Witosz: *Łączenie, podział...*, op. cit., s. 23 i n.

<sup>15</sup> Rozwiązania przyjęte w tym zakresie przez Kodeks spółek handlowych, a regulujące postępowanie związane z restrukturyzacją spółek handlowych w sposób wspólny „modelowy” jest nawiązaniem przez ustawodawcę do postanowień Trzeciej Dyrektywy Rady Wspólnot Europejskich nr 78/855/EWG z dnia 9 października 1978 r. o łączeniu spółek akcyjnych (OJ L295 z dnia 20 października 1978 r., s. 36).

one powiązane ze sobą w kolejności następstwa<sup>16</sup>. Ciąg czynności prawnych zmierza do realizacji założonego celu, a poszczególne ogniwa pozostają ze sobą w związku czasowym, przyczynowym i prawnym.

W procesie łączenia, podziału czy przekształcenia spółek zgodnie dzieli się procedurę na trzy zasadnicze fazy: fazę przygotowawczą *sensu largo i sensu stricto*<sup>17</sup>, fazę podejmowania uchwał, fazę rejestracji i ogłaszania, którym odpowiada faza menedżerska, właścicielska (decyzyjna) oraz sądowa (autoryzacji)<sup>18</sup>.

Poszczególne fazy w ramach restrukturyzacji spółek, tj. łączenia, podziału oraz przekształcenia, wskazują daleko idącą zbieżność, co jest umotywowane identycznością celów, jakie ustawodawca miał zamiar uzyskać. Natomiast w obrębie poszczególnych faz: menedżerskiej, właścicielskiej i sądowej<sup>19</sup>, są zawarte poszczególne czynności, które muszą być dokonane, aby nastąpiła restrukturyzacja spółki<sup>20</sup> (rys. 1).

Czynności przygotowawcze stanowią pierwszą i zarazem najobszerniejszą pod względem liczby przeprowadzanych czynności faktycznych oraz prawnych fazę restrukturyzacji. Faza tych czynności nie oznacza jednak od początku działań związanych z restrukturyzacją spółki, które w praktyce występują przed podjęciem czynności przygotowawczych w rozumieniu kodeksowym, które prowadzą do restrukturyzacji; można je podzielić na czynności pozakodeksowe i kodeksowe.

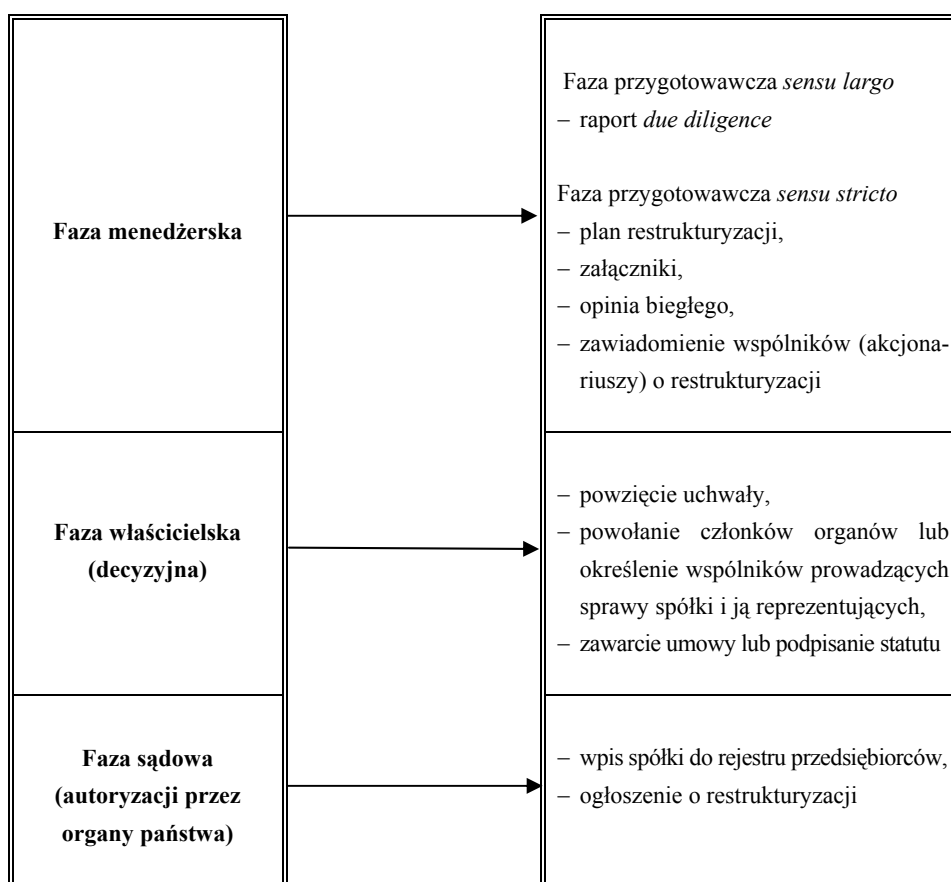
<sup>16</sup> Szerzej I. Weiss: *Ciągi czynności prawnych w procesach budowlanych (cz. I i II)*. „Monitor Prawniczy”, nr 5/1999, s. 155 oraz nr 6/1995, s. 185.

<sup>17</sup> Fazę przygotowawczą *sensu stricto i sensu largo* trafnie rozróżnił A. Witosz. Zob. A. Witosz: *Przekształcenia spółek w kodeksie spółek handlowych*. OW Branta, Bydgoszcz-Katowice 2001, s. 24.

<sup>18</sup> Są one wyodrębnione w literaturze z uwagi na to w czyjej gestii pozostaje podejmowanie określonych decyzji lub realizowanie innych uprawnień na danym etapie restrukturyzacji. Szerzej M. Litwińska-Werner. W: *Prawo spółek...*, op. cit., s. 1085 i n., A. Witosz: *Łączenie, podział...*, op. cit., s. 75 i n.

<sup>19</sup> Nazwy faz mają ewidentnie „hasłowy” charakter, ułatwiają jednak podzielenie procedury na wyraźnie wyróżnione części oraz przybliżają ich charakter. Główną rolą podziału na fazy jest ułatwienie analizy poszczególnych czynności wymaganych przez Kodeks spółek handlowych.

<sup>20</sup> Należy zwrócić uwagę, że wyróżnienie trzech faz oraz zestawu czynności, które się na nie składają było wyraźnym ukształtowaniem procedury przekształcenia na podobieństwo procedury łączenia i podziału spółek handlowych, wzorowanych z kolei na ustawodawstwie 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 proces restrukturyzacji spółek lub jaka jest ich celowość, tj. łączenia, podziału lub przekształcania spółki. Będą to czynności o charakterze inicjującym zarówno proces restrukturyzacji, jak i czynności o charakterze faktycznym oraz prawnym, których końcowym wynikiem będzie sporządzenie planu łączenia, podziału bądź przekształcania spółki lub zakończenie na tym etapie planowanej restrukturyzacji<sup>21</sup>.

<sup>21</sup> W przypadku połączenia lub podziału może wystąpić ryzyko przechwycenia danych albo tajemnic handlowych jednej spółki przez drugą. Dlatego też konieczne staje się zawarcie umów zaopatrzonej 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 łączenia się spółek handlowych*. W: *Umowy gospodarcze. Zagadnienia wybrane*. Red. J. Gospodarek. SGH, Warszawa 2010, s. 144 i n.

Przygotowanie planu połączenia, podziału czy przekształcenia<sup>22</sup> jest poprzedzone szeregiem działań w ramach spółki. W sytuacji gdy zarząd spółki jako organ menedżerski nie będzie złożony ze wspólników albo akcjonariuszy spółki (wynajęci menedżerowie), nie podejmie działań z własnej inicjatywy. Zapoczątkowanie procesu restrukturyzacji będzie pochodziło w danej spółce od wspólników lub akcjonariuszy (dawcy kapitału), którzy będą rozważali cel restrukturyzacji spółki, kierując się pozytywnymi efektami takiego procesu.

Na tym etapie wspólnicy lub akcjonariusze mogą podjąć szereg działań analitycznych, które powinny dać odpowiedź na pytanie, czy celowa jest restrukturyzacja spółki i jakie będą jej konsekwencje w praktyce gospodarczej. Do tych działań zalicza się przygotowanie tzw. raportu *due diligence*.

### Zakres badania *due diligence* w restrukturyzowanej spółce

Pojęcie *due diligence*<sup>23</sup> należy do terminologii powszechnie stosowanej w przypadku transakcji typu fuzji i przejęć (Mergers&Acquisition, dalej M&A) w odniesieniu do nabywania spółek oraz znacznych pakietów praw udziałowych. Dosłownie przetłumaczony termin *due diligence* oznacza „z należytą starannością”<sup>24</sup>. *Due diligence* pochodzi z prawa angielskiego i wywodzi się z umów sprzedaży, w których nabywca działa wyłącznie na własne ryzyko. W związku z tym nabywający musi wcześniej zbadać rzecz z „należytą starannością”, aby uniknąć negatywnych skutków prawnych.

Trudno w dzisiejszych czasach nabywać majątek 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* uważa się za naruszenie obowiązku starannego działania przez zarząd<sup>25</sup>. Celem transakcji M&A jest z reguły osiągnięcie wzrostu wartości spółki, co z kolei wymaga solidnego przygotowania podstawowej strategii oraz konsekwentnego przeprowadzania transakcji.

<sup>22</sup> Plan nie wystąpi w każdym przypadku, por. art. 553 § 2, art. 572 i 582, art. 498 i 517 k.s.h.

<sup>23</sup> Szerzej J. Widło: *Rozporządzanie przedsiębiorstwem*. C.H. Beck, Kraków 2002, s. 297.; S. Włodyka: *Due diligence review w prawie polskim*. „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 1999, nr 9, s. 10 i n.; R.L. Kwaśnicki, P. Pietrzak: *Transakcje M&A*. „Monitor Prawniczy” 2002, nr 5, s. 205 i n.; W. Fołtyn: *Analiza due diligence w integracji przedsiębiorstw*. Poltext, Warszawa 2005, s. 26 i n.

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

<sup>25</sup> Por. W. Frąckowiak: *Fuzje i przejęcia przedsiębiorstw*. PWE, Warszawa 2008, s. 172-174.; R. Lewandowski: *Obowiązek zachowania tajemnicy zarządu spółki akcyjnej i prawa akcjonariusza do informacji odnośnie badania due diligence*. „Przegląd Prawa Handlowego” 2004, nr 7, s. 29.

*Due diligence* przy połączeniach oraz podziałach może być przeprowadzone przed główną transakcją<sup>26</sup> – tzw. uprzednie (przedtransakcyjne), lub po głównej transakcji – tzw. następcze (potransakcyjne). W procesie przekształcenia spółek wspólników (akcjonariuszy) będzie interesować raport *quasi due diligence*<sup>27</sup> przed podjęciem decyzji o przekształceniu, co nie oznacza, że po przekształceniu nie można sporządzić ponownego raportu o skutkach przekształcenia. *Due diligence* uprzednie występuje przed dokonaniem głównej transakcji w przedmiocie spółki. Dokonywane jest w sytuacji, gdy jeszcze nie ma pewności, czy transakcja w przedmiocie spółki dojdzie do skutku. Zachodzi w związku z tym ogromne ryzyko, że mimo niedojścia transakcji do skutku, tajemnice spółki zostaną przechwycone przez kontrahenta tej transakcji<sup>28</sup>.

Aby uniknąć powyższej sytuacji, przekłada się czasem *due diligence* na czas po dojdźciu transakcji do skutku. Do umowy rozporządzającej przedsiębiorstwem lub udziałem w spółce wprowadza się zastrzeżenie, iż ocena transakcji ma charakter warunkowy i będzie potwierdzona późniejszą *due diligence*. Takie rozwiązanie daje możliwość uniknięcia problemów, jakie przy *due diligence* uprzedniej powstają (mogą dotyczyć uprawnień osoby trzeciej, strony transakcji w przedmiocie przedsiębiorstwa lub udziału w spółce czy żądania udostępnienia jej informacji o przedsiębiorstwie lub spółce)<sup>29</sup>. W przypadku przekształcenia spółek raczej nie wystąpi problem ujawnienia tajemnicy, ponieważ spółka przekształcana zmienia tylko formę prawną spółki w ramach dowolnego typu. Wszystkie czynności przygotowawcze przekształcenia w ramach raportu *quasi due diligence* nie zostają ujawniane innym podmiotom.

Należy wskazać, że w literaturze przedmiotu podkreśla się, iż w toku procedury przekształcenia zakres działań i opracowań określonych zbiorczo jako *quasi due diligence* jest uboższy w stosunku do procesu połączenia i podziału<sup>30</sup>, gdyż z uwagi na charakter przekształcenia nie jest celowe przeprowadzenie analizy prawno-majątkowej czy finansowej spółki przekształcanej. A. Szumański wskazuje, że powołane czynności są zbędne z uwagi na skutki obowiązywania zasady kontynuacji<sup>31</sup>. Trudno zgodzić się z tym poglądem w kontekście rozwa-

<sup>26</sup> Szerzej S. Włodyka: *Strategiczne umowy przedsiębiorców*. C.H. Beck, Warszawa 2000, s. 62.

<sup>27</sup> W przypadku przekształcenia spółek można posługiwać się „uproszczonym” *due diligence*, czyli tzw. *quasi due diligence*, ponieważ jest to termin zarezerwowany głównie dla transakcji nabywania i zbywania przedsiębiorstwa, a przekształcenie spółek to nie zmiana formy prawnej w wyniku nabycia lub zbycia spółki, ale kontynuacja bytu prawnego spółki.

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

<sup>29</sup> Por. S. Włodyka: *Strategiczne umowy...*, op. cit., s. 64.

<sup>30</sup> Opracowanie tzw. raportów *due diligence* jest jedną z ważniejszych przesłanek przy łączeniu i podziale spółki. Szerzej P. Piniór: *Prawo spółek 2007/2008*. Red. A. Kidyba. ABC, Warszawa 2008, s. 1026.

<sup>31</sup> Por. S. Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja: *Kodeks spółek handlowych*. Tom I. C.H. Beck, Warszawa 2006, s. 1050.

zań A. Witosza, gdyż jak wskazuje autor, wynik badania *quasi due diligence* nie tylko posiada wpływ na przystąpienie do kolejnego etapu (czyli sporządzania albo uzgadniania planu jako zasadniczej przesłanki celowości i gospodarczej zasadności procesu przekształcenia), lecz znajduje wyraz w treści samego planu (por. 558 § 1 pkt 1 oraz art. 558 § 2 pkt 3-4)<sup>32</sup>.

*Due diligence* jest wykonywane w interesie podmiotu trzeciego, będącego stroną transakcji dotyczącej przedsiębiorstwa lub udziałów w spółce. Można sobie wyobrazić, iż dokona tego sam podmiot. Jest to jednak mało prawdopodobne, gdyż nie dysponuje on zawsze odpowiednią i konieczną 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, można zaangażować podmiot doradczy, w którym będą odpowiedni specjaliści. 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*<sup>33</sup>:

- *due diligence* prawne,
- *due diligence* podatkowe<sup>34</sup>,
- *due diligence* finansowe<sup>35</sup>,
- *due diligence* operacyjno-zarządcze,
- *due diligence* zasobów ludzkich,
- *due diligence* z zakresu ochrony środowiska – tzw. audyt środowiskowy<sup>36</sup>.

Rodzaj przeprowadzonego badania *due diligence* przy restrukturyzacji będzie determinowany przedmiotem działalności spółki. W przypadku restrukturyzacji spółek ważne będzie *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-

<sup>32</sup> Stosunek treści zawarty w raporcie *quasi due diligence* i planie przekształcenia można 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.

<sup>33</sup> 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.

<sup>34</sup> Szerzej W. Maruchin, K. Jeśkiewicz, M. Stofla: *Aspekty podatkowe transakcji M&A*. „Monitor Prawniczy” 2002, nr 23, s. 41 i n.

<sup>35</sup> 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, analizę sprawozdań finansowych, analizę prognoz finansowych.

<sup>36</sup> Audyt środowiskowy to analiza wpływu działalności spółki na otaczające środowisko naturalne.

nych badań; np. *due diligence* prawne będzie łączyć się z *due diligence* podatkowym. Aby uniknąć podwójnej pracy i nie obciążać wspólników czy zarząd, bądź też zmniejszyć honoraria dla podmiotu doradczego, należy ściśle 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, uwarunkowań wewnętrznych 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 znacznym zakresie na szacunek wartości analizowanego przedsiębiorcy.

*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 rachunkowości (metod 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 rozwiązań, 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 przedsiębiorcy. Temu celowi ma służyć także *due diligence* operacyjno-zarządcze<sup>37</sup>, skupiające się na ocenie aspektów związanych ze sposobem zarządzania spółką, a także *due diligence* zasobów ludzkich oraz tzw. audyt środowiskowy.

---

<sup>37</sup> Termin „operacyjne” odnosi się do podstawowych celów gospodarczych, jakie badana spółka sobie stawia, czyli osiągnięcie 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. Fołtyn: *Analiza due diligence...*, op. cit., s. 50 i n.



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

Wyniki z przeprowadzania badania, np. stymulatory i bariery służące 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 cel raportu *due diligence* to przede wszystkim identyfikacja obszarów ryzyka, które może 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 rozpoczną sporządzanie planu połączenia, podziału lub przekształcenia, czy zakończą one podjęte w tym zakresie kroki (gdyż uzyskane na tym etapie przed transakcyjnym dane i informacje uczynią zamierzony proces restrukturyzacji zbędnym, niekoniecznym albo dalece ryzykownym w dłuższym horyzoncie czasowym).

Dokonanie wszechstronnej analizy *due diligence* przed planowaną restrukturyzacją 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.

**Aleksander Witosz**

## **CHARAKTER PRAWNY POŁĄCZENIA PRZEZ PRZEJĘCIE WIELU SPÓŁEK**

---

### **Wprowadzenie**

Przepisy regulujące zagadnienia restrukturyzacji<sup>1</sup> spółek handlowych mają w dużej części 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 łączeniu, 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 łączenia 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 określone 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 zaś, że inkorporacja wielu spółek w ramach jednego postępowania jest przypadkiem szczególnie trudnym.

Kodeks spółek handlowych zna dwa typy łączenia się spółek. Pierwszym jest łączenie przez zawiązanie nowej spółki (fuzja<sup>2</sup>). W wyniku tego procesu dwie lub większa ilość łączących się spółek traci z dniem połączenia swoje byty prawne, a osobowość uzyskuje nowy podmiot. Drugim jest łączenie przez prze-

---

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

<sup>2</sup> Jak zauważa A. Szumański (w: S. Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, 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. Równolegle z przesunięciami majątkowymi następuje rozszerzenie składu osobowego spółki przejmującej, jako że jej wspólnikami stają się dotychczasowi członkowie spółki przejmowanej.

W przepisie definiującym wyżej wskazane sposoby łączenia się 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 wspólnikom 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 podwyższania kapitału zakładowego.

Przyjętej metodzie legislacyjnej, jaką jest posługiwanie się liczbą pojedynczą, nie można jednak przypisać znaczenia nakazu ograniczania 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 są z natury rzeczy długotrwałe i dalsze ich wydłużanie graniczyłoby z absurdem, zwłaszcza w przypadku łączenia się spółek powiązanych ze sobą kapitałowo lub osobowo. Charakterystyczne jest, że nowelizacja Kodeksu spółek handlowych<sup>3</sup> 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. 503<sup>1</sup> i 538<sup>1</sup> k.s.h.). Należy podkreślić, że art. 491 §3 k.s.h. w sposób wyczerpujący wymienia przypadki wykluczające możliwość łączenia się 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

<sup>3</sup> 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 przejęcie wielu spółek prowadzi do koncentracji gospodarczego wydzwiku tych zmian. Skumulowane w czasie, jednorazowe powiększenie majątku spółki inkorporującej o majątki wielu spółek inkorporowanych pogłębia pozytywne rezultaty tego przedsięwzięcia. Dotyczy to także natychmiastowego zwiększenia się udziału w rynku i oddziaływania na konsumentów, kontrahentów i konkurentów.

### Zarys procedury łączeniowej

Podstawą dla przeprowadzenia połączenia przez przejęcie wielu spółek jest uzgodnienie dokonywane pomiędzy zainteresowanymi podmiotami na podstawie art. 498 k.s.h. Jego rezultatem będzie sporządzenie planów przekształcenia. Plan jest pierwszą czynnością 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 jednakże przybierać postać formalnych dokumentów. W przypadku inkorporacji wielu spółek dobrą praktyką mogą być wstępne porozumienia zawierane bilateralnie pomiędzy spółką przejmującą 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.<sup>4</sup>

Inkorporacja wielu spółek wymaga więc sporządzenia jednego, bo uzgodnionego planu połączenia<sup>5</sup>. 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 tożsame 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 następować w tym samym dniu. Plan podlega następnie badaniu przez biegłego w zakresie

<sup>4</sup> W odniesieniu do przejmowania spółek osobowych należy zastosować art. 518 k.s.h. Dla uproszczenia niniejsze opracowanie skupia się na przejęciu spółek kapitałowych.

<sup>5</sup> Por. A. Szumański w: S. Sołtysiński et al.: Op. cit., s. 310.

poprawności i rzetelności. Biegłego wyznacza sąd rejestrowy właściwy dla spółki inkorporującej, lecz wniosek musi być wspólnym oświadczeniem wszystkich spółek uczestniczących w połączeniu<sup>6</sup>. Jeśli jednakże wszyscy wspólnicy każdej z łączących się spółek wyrazili na to zgodę, opinia biegłego jest zbędna (art. 503<sup>1</sup> k.s.h.). Kolejne przypadki uproszczonej procedury łączeniowej przewiduje art. 516 §1, §6 i §7 k.s.h.

Dalszy element procedury jest realizowany samodzielnie w poszczególnych łączących się spółkach. Zarządy wszystkich podmiotów sporządzają pisemne sprawozdania uzasadniające połączenie 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 mają wskazywać na szczególne trudności związane z wyceną udziałów lub akcji, jeśli takowe się pojawiły. Sprawozdanie jest sporządzane z punktu widzenia konkretnej spółki, a jego treść powinna być adresowana do jej wspólników (akcjonariuszy). Tym samym można przyjąć, że jego treść nie będzie musiała być ujawniona innym przejmowanym spółkom.

Zwieńczeniem procedury będzie przyjęcie w poszczególnych spółkach uczestniczących w połączeniu stosownych uchwał i zgłoszenie inkorporacji do rejestru przez zarząd każdej z łączących się osób prawnych ze wskazaniem, czy dana spółka występuje w roli przejmującej, czy przejmowanej.

## Problem teoretyczny i problem praktyczny

Powyższe rozważania można podsumować w ten sposób, że w dużej mierze procedury inkorporacyjne przebiegają w poszczególnych spółkach samodzielnie, jednakże ich podstawą jest uzgodniony wspólnie plan połączenia. Jego treść musi być tożsama dla wszystkich spółek, dlatego obejmuje on nie tylko dane dotyczące bilateralnego stosunku przejęcia, ale również informacje o innych spółkach przejmowanych. Obserwacja ta jest podstawą teoretycznego problemu przyjętego za meritum niniejszego opracowania. Jaki jest charakter prawny połączenia przez przejęcie wielu spółek? Czy należy rozpatrywać go w kategoriach dwustronnych relacji pomiędzy spółką przejmowaną i przejmującą, czy też procedura ta stanowi wielostronny stosunek prawny (umowę) obejmujący w nierozwalny sposób wszystkie spółki przejmowane i spółkę przejmującą?

Odpowiedź na powyższe pytania ma oczywiście swój wymiar doktrynalny. Analiza będzie sprowadzać się do określenia, czy plan przekształcenia ma cha-

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

rakter zbliżony do umowy wielostronnej, czy też jest jedynie dokumentem formalnym, tworzonym na potrzeby procedury łączeniowej, a relacje prawne w jej obrębie mają wyłącznie dwustronne oblicze oparte 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 rejestracją częściowego połączenia obejmującego jedynie niektóre ze spółek przejmowanych, czy też taki stan faktyczny oznacza upadek całego przedsięwzięcia, sąd powinien odmówić rejestracji połączenia częściowego, a pozostałe spółki staną 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 wyższa. 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 doktrynie<sup>7</sup>, że uchwały poszczególnych uczestniczących w procesie spółek tworzą w swej istocie umowę łączeniową. W tym ujęciu uchwały kolejnych spółek stanowiłyby oświadczenia woli tych podmiotów, które zawiązują 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. Szumań-

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

ski – zwolennik przywołanej teorii – stwierdza ponadto<sup>8</sup>, 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 przywołaną tezę o zawarciu wielostronnej umowy w drodze przyjęcia uchwał łączeniowych można poddać w wątpliwość<sup>9</sup>. Należy w tym miejscu zwrócić uwagę na techniczno-prawny aspekt procedury w kontekście uznania umownego charakteru inkorporacji. A. Szumański stwierdził, że „(...) zgodne uchwały łączeniowe organów właścicielskich tworzą *sui generis* umowę łączeniową pomiędzy spółkami”<sup>10</sup>. 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 kłóci 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.). Oświadczenie woli musi być jednolite w swej treści, tymczasem istota uchwały opiera się na dopuszczalnych różnicach zdań pomiędzy osobami głosującymi. Uchwała stanowi zbiór oświadczeń głosujących, którego rezultat stanowi czynność konwencjonalna<sup>11</sup>, 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 tych przypadkach, gdzie w grę wchodzi 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 kolegialnie bez potrzeby ustanawiania pełnomocnika, jednakże musi dojść do zgodnego działania wszystkich założycieli (art. 323 §2 k.s.h).

<sup>8</sup> Ibid., s. 392.

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

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

<sup>11</sup> J. Frąckowiak: *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 oświadczenia osób prawidłowo powołanych w skład organu i wykonujących swe funkcje uważa się za oświadczenie woli osoby prawnej. Zgromadzenie wspólników (walne zgromadzenie akcjonariuszy) jest organem spółki, lecz przywołana teoria opiera się na założeniu, że to osoby fizyczne<sup>12</sup> mogą dokonywać działań faktycznych i dlatego oświadczenie woli osoby prawnej w płaszczyźnie faktycznej musi pochodzić od osób fizycznych – członków organu. Przypisanie uchwał organu właścicielskiego charakteru oświadczenia woli spółki nie przystaje do założeń teorii organów osoby prawnej.

Nie można uznać za wystarczający argumentu<sup>13</sup>, że uchwała jest oświadczeniem woli spółki, bo jej celem staje się wywołanie skutku prawnego. W wielu przypadkach celem uchwały organu właścicielskiego jest bowiem właśnie 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 oświadczenie zarządu byłoby nieważne. Uchwała taka nie stanowi jednak oświadczenia woli spółki.

W konsekwencji trudno jest przyjąć, by to uchwały podejmowane przez organy właścicielskie poszczególnych spółek łączących się były aktami reprezentacji zawierającymi w swej treści oświadczenia 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 formalną stronę połączenia. Uchwała stanowi wyraz woli wspólników lub akcjonariuszy<sup>14</sup>, jednak w odniesieniu do przygotowanego przez zarząd planu połączenia nie jest sama w sobie oświadczeniem woli spółki. Jest zgodą właścicieli spółki na połączenie, a nie oświadczeniem osoby prawnej. Kreuje zobowiązanie dla zarządu do przeprowadzenia dalszej części postępowania łączeniowego<sup>15</sup>, a dopiero

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

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

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

<sup>15</sup> A. Witosz: *Kodeks spółek handlowych...*, *op. cit.*, s. 1044.

w następstwie dopełnienia wszelkich wymogów tej procedury nastąpi połączenie z mocy prawa. Uchwała nie może więc prowadzić do nawiązania stosunku umownego pomiędzy łączącymi się spółkami. Z uwagi na formalną szatę uchwały zgoda wspólników (akcjonariuszy) na osiągnięcie skutków połączenia jest oczywiście oceniana w odniesieniu do ich zbiorowości, a nie poszczególnych osób.

Pozostaje wreszcie kwestia odpowiedzialności. A. Szumański<sup>16</sup>, opowiadając się za teorią umowy, szuka jej podstawy w art. 471 k.c., pisząc o odpowiedzialności *ex contractu* „na wypadek niedojścia połączenia do skutku”. O ile w przypadku niezłożenia wniosku o wpis połączenia do rejestru zastrzeżeń brak, o tyle trudno zaakceptować taką możliwość w sytuacji, gdy akcjonariusz mniejszościowy zaskarżył uchwałę połączeniową, co doprowadziło do upadku procesu łączenia. Nie sposób obciążać spółki odpowiedzialnością za skorzystanie przez wspólnika (akcjonariusza) ze swojego prawa. A przecież – przyjmując teorię umowy – kontrakt zostaje zawarty z chwilą podjęcia uchwał łączeniowych i to nie pod warunkiem, że nie zostaną one zaskarżone. Uchwały organów właścicielskich w spółkach kapitałowych wywierają pełnię skutków prawnych aż do momentu ich uchylenia lub stwierdzenia nieważności. Przy tym teoria umowy nie jest niezbędna dla ustalenia odpowiedzialności odszkodowawczej, jej podstaw można bowiem szukać w art. 415 k.c.

## Plany połączenia jako umowa

Odmawiając uchwałom połączeniowym charakteru kreujących umowę oświadczeń woli, dla ewentualnego uzasadnienia tezy o umownym charakterze połączenia przez przejęcie, można próbować odnieść się do planów połączenia 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 oświadczenia woli wymaganego do nawiązania relacji umownych pomiędzy łączącymi się spółkami<sup>17</sup>.

Przyjęcie przez zarządy poszczególnych spółek planów połączenia nie musi pokrywać się w czasie. Nie jest jednak niczym niezwykłym stopniowe uzyskiwanie oświadczeń 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 połączeniowej pozostaje zawieszony aż

<sup>16</sup> A. Szumański w: S. Sołtysiński et al.: Op. cit., s. 392.

<sup>17</sup> M. Borkowski: *Łączenie się spółek akcyjnych*, Warszawa 2002, s. 32-33.

do chwili wpisania połączenia do rejestru przedsiębiorców<sup>18</sup>. W wyżej zarysowanej koncepcji uchwała połączeniowa nie stanowi oświadczenia woli spółki, choć jest niezbędna dla skuteczności takiego oświadczenia ujętego w treści planu połączenia. W momencie gdy plan połączenia będący aktem reprezentacji spółki zostanie dopełniony uchwałą zgromadzenia wspólników lub walnego zgromadzenia akcjonariuszy, dochodziłoby do nawiązania pomiędzy spółkami uczestniczącymi w połączeniu relacji prawnej o charakterze umownym.

Wyżej wykrystalizowana teza opiera się na uznaniu planów przygotowawczych przez zarządy poszczególnych podmiotów za ich oświadczenia woli. Takie założenie kłóci się jednak z istotą planu połączenia. Kluczowym argumentem przemawiającym przeciwko teorii umowy jest obserwacja, że plany połączenia mają znaczenie wewnątrzspółkowe. Uzgodnienie nie przybiera formy odrębnego porozumienia pomiędzy łączącymi się spółkami<sup>19</sup>, lecz następuje w drodze uchwał poszczególnych zarządów, które przyjmują jednolity w treści plan połączenia. Może być więc uznane za prowadzenie spraw spółki, lecz nie za akt reprezentacji. Jakkolwiek plany podlegają uzgodnieniu pomiędzy zainteresowanymi spółkami, to nie ulega wątpliwości, że ich adresatem są wspólnicy (akcjonariusze) konkretnej spółki przejmowanej i spółki przejmującej. Ci więc, którzy mają otrzymać udziały (akcje) w spółce przejmującej i ci, których pozycja w niej ulegnie zmianie na skutek poszerzenia składu osobowego.

Charakterystyczne jest, że każda spółka sporządza swój plan połączenia (nie jest on dokumentem podpisanym przez wszystkie zarządy) i samodzielnie zgłasza go do sądu rejestrowego. Przepis art. 500 §1 k.s.h. mówi o zgłoszeniu do „sądu rejestrowego łączących się spółek”, co – literalnie odczytane – mogłoby sugerować, że ustawodawca wprowadził szczególną właściwość jednego sądu dla całego procesu łączenia się spółek. Stanowisko doktryny<sup>20</sup> nie pozostawia wątpliwości, że każda ze spółek dokonuje zgłoszenia do sądu rejestrowego właściwego ze względu na swoją siedzibę. Taka wykładnia pozostaje przy tym w systemowej zgodzie z art. 507 §1 k.s.h. i zgłoszeniem uchwał połączeniowych do rejestrów właściwych dla poszczególnych spółek.

Również treść planu połączenia przeczy tezie o wielostronnym, umownym charakterze inkorporacji wielu spółek. Doszukiwanie się umowy o połączenie zakłada istnienie wielostronnych relacji prawnych pomiędzy spółkami uczestniczącymi w postępowaniu. Tymczasem informacje umieszczone w planie są ukierunkowane na bilateralne stosunki pomiędzy spółką przejmującą i przejmowaną. O ile wymienia się wszystkie spółki uczestniczące w połączeniu (art. 499

<sup>18</sup> Z tą chwilą (dzień połączenia) następują jego skutki prawne – art. 493 §2 k.s.h.

<sup>19</sup> A. Szumański w: S. Sołtysiński et al.: Op. cit., s. 310.

<sup>20</sup> 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 skupiają 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 pozwalałby na integralne spojrzenie na przejęcie wielu spółek, jest niemożliwe.

Podobnie bilateralne cechy charakteryzują zasady przyznania udziałów i akcji w spółce przejmującej, co jest następstwem powyższego wskaźnika wymiany. Gdy spółką inkorporującą jest spółka akcyjna, praktyka zmierza w kierunku tworzenia odrębnych emisji nowych akcji dla wspólników (akcjonariuszy) kolejnych spółek przejmowanych. Taka metoda ma większe 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 spółka przejmująca – spółka przejmowana. 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. Będą konsekwencją wzajemnego układu sił pomiędzy tymi dwoma podmiotami, nawet jeśli 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 przejęcia innej spółki w ramach tej samej procedury. Nie mogą akceptować lub nie akceptować parytetu wymiany w obcych im podmiotach. Jakikolwiek wpływ działań członków jednej osoby prawnej na członków innej musiałby mieć swoją podstawę w wyraźnym przepisie prawa, a obecności takiego nie sposób stwierdzić.

Nie można 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 uzależniać 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 przejęcie 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 świadomej 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 przejęcia wielu spółek. Treść planu połączenia, a więc kluczowe elementy inkorporacji, wskazuje jednoznacznie na to, że prawne konsekwencje przejęcia zostały zogniskowane na relacjach dwustronnych.

### **Przejęcie spółek jako skutek *ex lege* procedury restrukturyzacyjnej**

Każdy plan połączenia, choć uzgodniony z innymi podmiotami zainteresowanymi, ma znaczenie wewnętrzzspółkowe. Plany połączenia nie kreują umowy łączeniowej<sup>21</sup>. 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. Wyrażają oni własną wolę osiągnięcia skutków prawnych, które z mocy prawa będą realizowały się w dwustronnych relacjach mię-

---

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

dzy spółką przejmującą a przejmowaną (jej wspólnikami lub akcjonariuszami). Także tu nie sposób uznać istnienia umowy pomiędzy łączącymi się spółkami. Również zbiorcze ujęcie planów i uchwał<sup>22</sup> nie stanowi satysfakcjonującej podstawy dla przyjęcia, że na którymkolwiek etapie procedury inkorporacji wielu spółek dochodzi do zawarcia wielostronnej umowy<sup>23</sup>.

Nie można odrzucić teorii umowy wielostronnej bez zaproponowania alternatywnego spojrzenia na charakter prawny połączenia przez przejęcie wielu spółek. W uproszczeniu procedura ta sprowadza się do emisji nowych udziałów (akcji) przez spółkę przejmującą, które będą objęte przez wspólników (akcjonariuszy) spółki przejmowanej i „opłacone” jej majątkiem (art. 492 §1 k.s.h.)<sup>24</sup>. W tym schemacie nie pojawia się relacja prawna, której można by przypisać cechy umowy pomiędzy spółkami. Spółka przejmowana ulegnie rozwiązaniu bez przeprowadzania postępowania likwidacyjnego z dniem połączenia i jest ona – jako podmiot prawa – *de facto* irrelevantna dla inkorporacji. W istocie rzeczy dochodzi bowiem do zmiany umowy (statutu) spółki przejmującej – w postaci uchwały zgromadzenia wspólników lub walnego zgromadzenia akcjonariuszy – oraz do nawiązania relacji członkowskich pomiędzy spółką przejmującą i wspólnikami (akcjonariuszami) spółek przejmowanych.

Osoby te z mocy prawa stają się wspólnikami (akcjonariuszami) spółki przejmującej. Obecność art. 494 §4 k.s.h. znosi konieczność podpisywania umów o objęcie akcji lub umów o przystąpieniu do spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, co znacząco ułatwia przeprowadzenie procedury<sup>25</sup>. Oznacza to, że nie występuje etap zawarcia umowy pomiędzy spółką przejmującą a wspólnikami (akcjonariuszami) spółki przejmującej. Osoby te *ex lege* stają się stronami umowy spółki z ograniczoną odpowiedzialnością lub akcjonariuszami<sup>26</sup>. Formalną tego podstawą są zdarzenia prawne w postaci uchwał łączeniowych w obu spółkach.

W tak określonej konstrukcji brakuje uzasadnienia dla poszukiwania umowy łączącej wszystkie spółki przejmowane ze spółką przejmującą. Byty prawne tych pierwszych ustają, a tym samym naturalne jest, że relacje prawne będą nawiązywały się nie pomiędzy kończącym swoje istnienie podmiotem, lecz jego wspólnikami (akcjonariuszami) a osobą prawną, której nowymi członkami się staną. Uchwały łączeniowe nie stanowią oświadczeń woli spółek, które zmierza-

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

<sup>23</sup> A. Szumański (w: S. Sołtysiński: Op. cit., s. 306-307) odrzuca taką koncepcję z uwagi na brak wyraźnego przepisu, odpowiednika art. 63 §1 k.c.

<sup>24</sup> Nie jest to aport. Tak: Ibid., s. 208. Jednak udziały (akcje) stanowią ekwiwalent za przejęty majątek spółki przejmowanej w miejsce pieniędzy. Tak: A. Kidyba w: *Kodeks spółek handlowych...*, op. cit., s. 935.

<sup>25</sup> A. Szumański w: S. Sołtysiński et al., Op. cit., s. 208.

<sup>26</sup> Ibid., s. 259.

ją do wywołania skutku prawnego w postaci zawarcia umowy, jakiej konsekwencją będzie połączenie<sup>27</sup>. Są one oświadczeniami wspólników (akcjonariuszy) zgadzających się na wystąpienie z mocy ustawy skutków połączenia w momencie dopełnienia formalnych warunków procedury.

Należy także dodać, że zgodnie z art. 497 §1 k.s.h. do łączenia 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 połączenia 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 spółką przejmującą. 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 połączenia, zarówno majątkowych (§1 i §2), jak i osobowych (§4). Ustawodawca nie stwierdził, że inkorporacja następuje na zasadach określonych w uzgodnionych planach połączenia, lecz oparł się na konstrukcji skutków prawnych powstających *ex lege* w następstwie dopełnienia formalnych warunków procedury łączeniowej.

Należy się również zastanowić jaki sens miałyby umowa między wszystkimi łączącymi się spółkami. A. Szumański rozumie ją jako obligację do dokończenia rozpoczętej procedury łączeniowej, wskazując na ewentualną odpowiedzialność odszkodowawczą za niezgłoszenie wniosku do sądu rejestrowego<sup>28</sup>. Nie ulega wątpliwości, że takie wąskie rozumienie relacji zobowiązaniowych pomiędzy spółkami nie pozwala na przyjęcie teorii, zgodnie z którą cała instytucja połączenia przez przejęcie stanowi wielostronną umowę. Wydaje się, że poszukiwanie więzów zobowiązaniowych mogłoby ograniczać się wyłącznie do swistej umowy o dopełnienie formalnych wymogów procedury. Jednakże samo połączenie następuje z mocy prawa, wskutek dopełnienia owych wymogów i nie jest następstwem stosunku umownego pomiędzy łączącymi się spółkami.

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

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

<sup>28</sup> *Ibid.*

kach są 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 zwieńczeniu formalnych wymogów procedury w postaci rejestracji – wywołuje skutki prawne połączenia 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 połączenia w postaci umowy jest zbędne, jeśli 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 także 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 „(...) łączenie 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 rodzaje 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 połączenia, 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 łączących się spółek dotyczy w przypadku inkorporacji jedynie pary spółka przejmująca – spółka przejmowana. Relacje prawne w ramach inkorporacji zawężają się do stosunków dwustronnych i w tej perspektywie należy oceniać warunek z art. 506 §1 k.s.h. Nie dojdzie do połączenia, jeśli 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 zaś – jak to wyżej dowiedziono – istotne jedynie w płaszczyźnie dwustronnych relacji pomiędzy tymi osobami prawnymi (ich członkami). Jedynie w odniesieniu do zawiązania nowej spółki wymóg uchwały w każdej łączącej się spółce można – 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 wolą spółek (ich wspólników lub akcjonariuszy) jest ściśle zachowanie składu osobowego i dokonanie połączenia jedynie z uwzględnieniem wszystkich podmiotów objętych fazą przygotowawczą.

Jeśli 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 łączeniowych – zawarte w ich treści odniesienia do wszystkich spółek inkorporowanych mają wyłącznie techniczne znaczenie. Natomiast taka zmiana najpewniej będzie się wiązać 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 będzie podjęcie uchwały przez zgromadzenie wspólników (walne zgromadzenie akcjonariuszy) spółki inkorporującej, dostosowujące wysokość kapitału zakładowego.

Kodeks postępowania cywilnego pozwala na takie podejście do połączenia także na etapie rejestracji. Postępowanie w odniesieniu do spółki przejmowanej, w której przeprowadzona procedura okazała się wadliwa lub w której doszło do zaskarżenia uchwały połączeniowej, 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 przejęcia.

## Podsumowanie

Powyższa analiza prowadzi do wniosku, że doszukiwanie się w procedurze połączenia przez przejęcie wielu spółek wielostronnej umowy między łączącymi się podmiotami, nie ma uzasadnienia; przynajmniej jeśli chodzi o umowę w rozumieniu podstawy prawnej skutków inkorporacji. Węzłów obligacyjnych można doszukiwać się jedynie w zawężeniu do umów o prowadzenie negocjacji lub o dopełnienie technicznych wymogów procedury. Konstrukcja planów połączenia i uchwał łączeniowych nie daje natomiast podstaw dla przyjęcia teorii wielostronnej umowy tworzącej połączenie. Co więcej, brakuje potrzeby kreowania tego typu rozwiązania w sytuacji, gdy byty prawne spółek przejmowanych ustana z mocy prawa z dniem połączenia, a relacje prawne w przypadku tej procedury nawiązują się w istocie rzeczy pomiędzy spółką przejmującą i wspólnikami (akcjonariuszami) spółek przejmowanych. Inkorporacja jest skutkiem *ex lege* przeprowadzenia przez spółki (ich wspólników i akcjonariuszy) technicznego postępowania łączeniowego. Przejęcie realizuje się przy tym w płaszczyźnie 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 POSTĘPOWANIU UPADŁOŚCIOWYM Z MOŻLIWOŚCIĄ ZAWARCIA UKŁADU**

---

### **Wprowadzenie**

Celem artykułu jest skatalogowanie przesłanek materialnoprawnych układu w postępowaniu upadłościowym z możliwością zawarcia układu. W związku z faktem, iż to właśnie spełnienie przesłanek materialnoprawnych układu (czyli konkretyzacji oraz realizacji norm Prawa upadłościowego i naprawczego) warunkuje osiągnięcie celu, dla którego postępowanie zostało podjęte – stały się one przedmiotem niniejszej pracy, aby w sposób możliwie najpełniejszy poruszyć ich tematykę oraz przewidzieć możliwą skuteczność wszczętego postępowania.

### **Podział przesłanek na materialnoprawne i formalnoprawne**

Postępowanie upadłościowe, tak jak każde postępowanie cywilne, składa się z wielu czynności procesowych podmiotów biorących udział w postępowaniu. Postępowanie to musi odpowiadać warunkom określonym przez prawo, by mogło być wszczęte i przeprowadzone zgodnie z prawem oraz mogło osiągnąć cel w konkretnym wypadku. Zagadnienie zasięgu prawnego postępowania cywilnego, a więc zasięgu jego funkcji ochronnej występowało w nauce prawa od dawna. Już w literaturze justyniańskiej glosatorzy rozróżniali zarzuty procesowe dylatoryjne od zarzutów materialnych dylatoryjnych. W procesie rzymskim, w pierwszym stadium przedmiotem badania były przesłanki procesowe, w drugim zaś – sporny stosunek prawno-materialny. W prawie kanonicznym i w starym prawie germańskim również należało zbadać przesłanki procesowe przed przystąpieniem do badania samej sprawy (zarzuty wstrzymujące – łac. *exceptiones litis ingressum imperdimentes*). Podobna sytuacja występowała w procesie romańskim. Gruntowniej zajęła się tym nauka burżuazyjna, nawiązując do rozróżnienia w procesie rzymskim zarzutów, które mogły być podnoszone w stadium *in iure* i w stadium *in iudico*. Należy przy tym zaznaczyć, że w zasadzie we wszystkich postępowaniach cywilnych przed przystąpieniem do badania istoty, a więc zasadności żądania powoda udzielenia mu ochrony prawnej, bada-

no najpierw dopuszczalność samego postępowania. Stąd wynikało rozróżnienie negatywnego zakończenia postępowania z przyczyn formalnych (*absolutio ab instantia*), od negatywnego merytorycznego rozstrzygnięcia sporu (*absolutio ab actione*)<sup>1</sup>. Uznanie potrzeby ustalania prawnych granic dopuszczalności przeprowadzenia postępowania cywilnego wyraźnie świadczy o uświadomieniu sobie od dawna faktu, że możliwość realizacji funkcji tego postępowania ma pewne granice, niezależnie od tych zakreślonych przez prawo materialne dla skutków w sferze stosunków prawnych między stronami danego postępowania. Zagadnienie dopuszczalności konkretnego postępowania cywilnego wystąpiło ze szczególną jaskrawością w połowie ubiegłego wieku, kiedy to po raz pierwszy w nauce prawa zauważono, że postępowanie cywilne to nie tylko sprawa zainteresowanego podmiotu, ale również zjawisko społeczne. Pojawiło się to zwłaszcza w ewolucji teorii o tzw. Prawie skargi, a w szczególności w jej abstrakcyjnym ujęciu.

Wtedy wystąpił O. Bülow ze swą słynną teorią procesu cywilnego jako stosunku prawnego i jego przesłanek (1868 r.)<sup>2</sup>. Pojęcie przesłanek zaakceptowane przez doktrynę do dnia dzisiejszego stanowi jedno z centralnych zagadnień teorii postępowania – już nie tylko cywilnego. Prawo upadłościowe uznawane jest powszechnie za część systemu prawa cywilnego, co przesądza wniosek, że do wykładni materialnych norm prawa upadłościowego należy stosować bezpośrednio zasady i normy prawa cywilnego, zaś w sferze procesowej ustawodawca nakazał w art. 35 Prawa upadłościowego i naprawczego<sup>3</sup> stosować w postępowaniu upadłościowym odpowiednio przepisy KPC. W związku z „odpowiednim” stosowaniem prawa postępowania cywilnego wydaje się uzasadnione, wzorem nauki postępowania cywilnego, wyróżnienie wśród przepisów postępowania w przedmiocie ogłoszenia upadłości tych, których spełnienie będzie warunkować wydaniem odpowiedniego orzeczenia przez sąd. Dlatego, aby określić jakie warunki muszą być spełnione w postępowaniu upadłościowym, nazywa się je przesłankami. Oskar Bülow, nawiązując do procesu rzymskiego, wysunął postulat, aby termin „zarzuty procesowe” (*prozesshindernden Einreden*) zastąpić pojęciem „przesłanki procesowe” (*Processvoraussetzungen*); wiązał on pojęcie przesłanek procesowych z istotą procesu cywilnego będącego według niego szczególnym stosunkiem prawnym. Z biegiem czasu doszło do pewnego oddzielenia problematyki przesłanek procesowych od koncepcji stosunku prawnego. Samo pojęcie przesłanek było do nauki prawa wprowadzone i opracowane przez B. Windscheida przy wyjaśnieniu pojęcia stosunku prawnego cywilnego,

<sup>1</sup> W. Berutowicz: *Postępowanie cywilne w zarysie*. PWN, Warszawa 1978, s. 85.

<sup>2</sup> W pracy *Lehre von Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen*, Giessen 1868.

<sup>3</sup> Dz.U. 2003 r. Nr 60, poz. 535 z późn. zm. Ustawa z dnia 28 lutego 2003 roku Prawo upadłościowe i naprawcze.

który przeciwstawił pojęciu warunku pojęcie przesłanek. Uważał, że warunek oznacza złożenie oświadczenia woli przy niepewności faktu, od którego zależne są skutki oświadczenia, natomiast przesłanka oznacza przyjęcie faktu za rzeczywistość, a więc założenie jego istnienia i dlatego skutki prawne składanego oświadczenia 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 pojęcia 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 zawiązania stosunku procesowego. Najbardziej charakterystyczne w tym względzie były poglądy G. Chioventy. 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 Chioventy przede wszystkim prawo stron do rozstrzygnięcia merytorycznego i odpowiadający temu prawu obowiązek sądu dokonania takiego rozstrzygnięcia. Ażeby obowiązek ten, a zatem i cały stosunek procesowy mógł powstać, konieczne były według Chioventy poza wytoczeniem powództwa pewne warunki, które określał jako przesłanki procesowe<sup>4</sup>.

Krytyczne stanowisko w stosunku do poglądów Bülowa reprezentował R. Pollak, według którego w procesie nowoczesnym nie można tak bezwzględnie oddzielać badania przesłanek od badania meritum, jak to się dzieje w procesie według teorii O. Bülowa<sup>5</sup>. Podobnie krytyczne stanowisko zajął A. Schönke, 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 procesowych<sup>6</sup>.

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 ściślej uznawał je za przedmiot badania i rozstrzygnięcia w procesie<sup>7</sup>. Zdaniem Rosenberga przesłanki procesowe stanowią okoliczności, od których zależy, czy zmierzające do

<sup>4</sup> G. Chioventa: *Instituzioni di ditto processuale civile*. 6 przedr. II wyd. t. I, Napoli 1957, s. 48.

<sup>5</sup> R. Pollak: *System des österreichischen Zivilprozessrechts*. Wiedeń 1906, s. 1.

<sup>6</sup> A. Schönke: *Lehrbuch des Zivilprozessrechts*. Kalsruhe 1956, s. 64.

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

merytorycznego rozstrzygnięcia postępowanie jako takie w całości jest dopuszczalne. Rosenberg dzielił całość zagadnień 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 sądowa, zdolność procesowa, właściwość sądu, zawilość sporu i inne<sup>8</sup>, również takie okoliczności, jak: interes prawny, legitymacja procesowa, wymagalność świadczenia<sup>9</sup>. 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 postępowania, a w pewnych wypadkach – ważność postępowania.

Teoria Goldschmidta dała początek badaniom nad normami materialnego, które były według Goldschmidta normami prawa cywilno-jurysdykcyjnego (*materielles Ziviljustizrecht*)<sup>10</sup>. Teoria ta opierała się na koncepcji tzw. roszczenia o ochronę prawną (*Rechtsschutzanspruch*) stworzonej przez Wacha i rozbudowanej przez Hellwiga i innych. Roszczenie to będące odmianą prawa skargi (*Klagerecht*) miało służyć jednostce wobec państwa i zmierzało do uzyskania korzystnego wyroku (konkretne prawo skargi)<sup>11</sup>. Materialne prawo cywilno-jurysdykcyjne regulowało według Goldschmidta tzw. przesłanki ochrony prawnej, wyodrębniając je jako pośrednie między prawem cywilnym i prawem procesowym, a zaliczając je do prawa materialnego<sup>12</sup>. Przesłankami tymi były dla Goldschmidta: określony stan faktyczny, zdolność tego stanu do udzielenia mu ochrony prawnej oraz potrzeba (interes) tej ochrony.

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

<sup>8</sup> L. Rosenberg: Op. cit. s. 410-411.

<sup>9</sup> Ibid., s.384, 388, 422.

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

<sup>11</sup> K. Hellwig: *System des deutschen Zivilprozessrechts*. Leipzig 1912, s. 291.

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



maturalnego<sup>13</sup>. Zdaniem Trammera na tle k.p.c. należałoby nazywać przesłanki procesowe „formalnymi wymaganiami, od których zaistnienia zależy dopuszczalność wyrokowania”. H. Trammer wyjaśnił, że stara teoria traktowała przesłanki procesowe tylko jako zarzuty procesowe, nie biorąc pod uwagę tego, że mogą być one w pewnych wypadkach uwzględniane z urzędu. Do tej samej grupy poglądów należy zaliczyć pogląd reprezentowany w nauce polskiej przez Jodłowskiego i Siedleckiego<sup>14</sup>. Autorzy ci uznawali za przesłanki procesowe okoliczności, których istnienie lub nieistnienie decydowało o możliwości rozpoznania w określonym postępowaniu danej sprawy przez sąd. Jodłowski rozróżniał jednak, obok przesłanek procesowych, również przesłanki tzw. materialne.

Podobnie uważał Siedlecki, który jednak bardzo słabo zaznaczał odrębność owych norm<sup>15</sup>. Przesłanki materialne mają być okolicznościami, które w świetle prawa materialnego stanowią materialno-prawne warunki poszukiwania ochrony prawnej na drodze sądowej. J. Jodłowski uważał, że dopuszczalność wszczęcia postępowania cywilnego i rozstrzygnięcia przez sąd powszechny sprawy w tym postępowaniu jest uwarunkowana przez pewne założenia, które polegają na istnieniu lub nieistnieniu wymaganych przez prawo okoliczności. Założenia te nazywa przesłankami procesowymi. Jego zdaniem przesłanki procesowe w ogólnym znaczeniu oznaczają okoliczności, których istnienie lub nieistnienie decyduje o możliwości rozpoznania w określonym postępowaniu danej sprawy przez dany sąd. W. Siedlecki obejmował pojęciem przesłanek procesowych różnego rodzaju warunki czy wymogi określone przez prawo, które można nazwać przesłankami, warunkujące zgodność z prawem i skuteczność całego aktu procesu cywilnego, ale również warunki ważności i prawidłowości procesu cywilnego jako aktu prawnego złożonego. W ten sposób pojęciem przesłanek procesowych zostały objęte nie tylko okoliczności, od których zależy dopuszczalność procesu w danej sprawie, a których brak prowadzi do odrzucenia powództwa lub umorzenia postępowania, ale także inne uchybienia procesowe, które ustawa sankcjonuje nieważnością postępowania. Przesłankami miały być również okoliczności, które w świetle prawa materialnego stanowiły materialno-prawne warunki poszukiwania ochrony prawnej na drodze sądowej<sup>16</sup>. Następnie Siedlecki przeprowadził szereg podziałów przesłanek. Rozpoczął od zasadniczego podziału na przesłanki procesowe (zwane także formalnymi) oraz na przesłanki merytoryczne (zwane także materialnymi). Pierwsze zdaniem W. Siedleckiego – „(...) warun-

<sup>13</sup> H. Trammer: *O właściwe miejsce dla czystych norm materialnego prawa cywilno-jurysdykcyjnego*. „Przegląd Notarialny” 1949, nr 1-2, s. 23.

<sup>14</sup> L. Jodłowski, W. Siedlecki: *Postępowanie cywilne*. Warszawa 1958, s. 25.

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

<sup>16</sup> L. Jodłowski, W. Siedlecki: *Op. cit.*, s. 76.

kują dokonanie aktu procesu cywilnego zgodnie z prawem procesowym, a więc warunkują ważność i 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”<sup>17</sup>. 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 kwestię *tertii generis*, do których Redenti włączał przede wszystkim legitymację procesową<sup>18</sup>. Taka konstrukcja odpowiadała pogładowi wyrażonemu przez Bettiego, według którego należy, o ile chodzi o powództwo – rozróżnić trzy kategorie cech: ważność, dopuszczalność, zasadność<sup>19</sup>. Przedstawiona koncepcja Redentiego zyskała żywy oddźwięk w nauce włoskiej i wywarła istotny wpływ na wykształcenie się nowych poglądów na istotę legitymacji i prawa powództwa<sup>20</sup>. Przy tego rodzaju ujęciu, jakie reprezentuje Redenti, dobitnie sformuowanym przez Bettiego, *questioni di rito*, czyli przesłanki ważności 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, wiążących rozpatrywane normy czy z prawem materialnym, czy z prawem procesowym, istniało zapatrywanie, w myśl którego normy te miały stanowić zupełnie samodzielną kategorię. 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*<sup>21</sup>.

<sup>17</sup> Z. Resich: *Przesłanki procesowe*. Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1966, s. 45.

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

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

<sup>20</sup> Ibid.

<sup>21</sup> Normy materialne prawa cywilnego.

Sprzeciwu z jakimi spotkała się teoria Redentiego są niewątpliwie 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 ważności postępowania (*exceptions de nul lite*), zarzutów dotyczących istoty sporu (*defenses au fond*) i zarzutów odnoszących się do dopuszczalności powództwa (*fins de non-recevoir*)<sup>22</sup>. Doktryna francuska konsekwentnie przyjmuje występowanie trzech kategorii norm prawnych, a więc norm regulujących ważność 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 ustawą i dobrymi obyczajami, wpływ terminu przedawnienia<sup>23</sup>.

Poczynione dotąd 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 istniejących twierdzeń przeciwnych<sup>24</sup>: 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 szczególności 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 cywilnoprocesowe, a w ślad za nim zajmująca się tym ustawodawstwem doktryna wprowadziła pojęcie prawa materialnego, przeciwstawiając to prawo prawu procesowemu. Prawem materialnym

<sup>22</sup> W. Broniewicz: *Normy, przesłanki...*, op. cit., s. 71.

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

<sup>24</sup> 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 zaś procesowym – prawo, które reguluje sposób wszczęcia i przebieg procesu<sup>25</sup>. 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 prawa<sup>26</sup>. Natomiast ani prawo materialne, ani prawo procesowe nie 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 więc prawidłowy 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 uważające za przedmiot procesu tzw. roszczenie ochronne do zapatrywań, traktujących jako przedmiot procesu tzw. roszczenie procesowe<sup>27</sup>. W nauce polskiej niewątpliwie dominuje określenie przedmiotu procesu jako roszczenia procesowego, ale zachodzą różnice co do rozumienia tego pojęcia. W szczególności można tu rozróżnić kilka poglądów – nawiązujący do roszczenia o udzielenie ochrony prawnej<sup>28</sup> pogląd nawiązujący do sytuacji materialnoprawnej<sup>29</sup> (roszczenia materialnoprawnego lub interesu materialnoprawnego), prawa lub stosunku prawnego<sup>30</sup>, dalej podgląd nawiązujący do konkretyzacji normy prawnej<sup>31</sup>. Również w orzecznictwie sądowym przyjęło się określenie roszczenia procesowego na oznaczenie przedmiotu procesu cywilnego, o czym świadczą uzasadnienia Sądu Najwyższego<sup>32</sup>. Jak dotąd nie doszło do uzgodnienia stano-

<sup>25</sup> W. Broniewicz: *Normy, przesłanki...*, op. cit., s. 75.

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

<sup>27</sup> H. Trammer: *Następcza bezprzedmiotowość procesu cywilnego*. Polska Akademia Umiejętności, Kraków 1950, s. 1.

<sup>28</sup> M. Waligórski: *Proces cywilny*. T.I, Warszawa 1947, s. 370.

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

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

<sup>31</sup> 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.

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

wisk co do istoty tego roszczenia. Wszczęcie procesu cywilnego następuje przez wytoczenie powództwa. Wspólny dla większości stanowisk jest pogląd, zgodnie z którym roszczenie procesowe stanowi to, z czym powód występuje do sądu, a zasadniczym jego składnikiem jest twierdzenie powoda o prawie (roszczeniu materialno-prawnym, interesie prawnym)<sup>33</sup>. Roszczenie to można by zdefiniować, jako twierdzenie powoda o istnieniu albo nieistnieniu określonej normy prawnej, przedstawione sądowi w celu uzyskania wiążącego ustalenia istnienia lub nieistnienia<sup>34</sup>. Ustosunkowanie się przez sąd do roszczenia procesowego, tj. dokonanie oceny tego roszczenia pod względem zasadności i danie wyrazu tej ocenie przez uwzględnienie albo oddalenie powództwa, stanowi rozstrzygnięcie o roszczeniu procesowym, tj. o przedmiocie procesu.

Podsumowując, prawo materialne jest prawem, na podstawie którego sąd orzeka o zasadności lub bezzasadności powództwa na podstawie istniejącej normy prawnej, prawo procesowe jest prawem gwarantującym prawidłowy tok postępowania.

W związku z powyższym przesłanki formalne warunkują, jak już wcześniej wspomniano, wszczęcie postępowania i przeprowadzenie go zgodnie z prawem procedury od której istnienia lub nieistnienia uzależnione jest prawidłowe dokonanie czynności procesowej, a więc ważność i prawidłowość postępowania w świetle obowiązującego prawa procesowego. Przesłanki materialne zaś warunkują skuteczność tego postępowania w konkretnym wypadku jako warunki poszukiwania ochrony na drodze sądowej, przez co konkretyzację i realizację normy prawnej. Odpowiada to rozróżnieniu w postępowaniu upadłościowym kwestii związanych z samym postępowaniem i kwestii związanych z przedmiotem postępowania. Następstwem braku przesłanki materialnej jest w zasadzie oddalenie przez sąd żądania wniosku. W razie braku przesłanki materialnej, koniecznej w danym wypadku, sąd orzeka o istocie sprawy, ale rozstrzygnięcie ma charakter negatywny w stosunku do wniosku podmiotu prawnego, z którego inicjatywy postępowanie zostało wszczęte. Następstwa braku przesłanek procesowych mogą być różne, ale co do zasady nie skutkują oddaleniem wniosku. Przesłanka procesowa dotyczy samego postępowania, w związku z tym sąd w razie braku tej przesłanki orzeka tylko o postępowaniu, a nie wydaje w żąd-

<sup>33</sup> M. Waligórski: *Kumulacja roszczeń w procesie Polski*, Proces Cywilny nr 18-20/1937, s. 550; W. Berutowicz: *Zasada dyspozycyjności w postępowaniu cywilnym*. Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1957; Ž. Stalew: *Sila na presadento nesztow graždanskija 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.

<sup>34</sup> W. Broniewicz: *Przyczyny oddalenia...*, op.cit. s. 78.

nym razie rozstrzygnięcia co do istoty sprawy<sup>35</sup>. Powyższa praca będzie konkretyzować się wokół przesłanek materialnoprawnych upadłości układowej, a więc tych, które traktują o podstawach prawnomaterialnych układu w postępowaniu upadłościowym<sup>36</sup>. Wniesienie uzasadnionego powództwa oznacza wniesienie powództwa mającego uzasadnioną podstawę prawną materialną, co skutkować będzie ogłoszeniem upadłości z możliwością zawarcia układu, zawarciem i zatwierdzeniem przez urzeczywistnienie i realizację norm Prawa upadłościowego i naprawczego.

### **Rodzaje materialnoprawnych przesłanek układu w postępowaniu upadłościowym z możliwością zawarcia układu**

W związku z zastosowaniem na gruncie Prawa upadłościowego i naprawczego<sup>37</sup> nowych rozwiązań, w obrębie których mamy w Polsce do czynienia z jednym postępowaniem upadłościowym zmierzającym do zawarcia układu lub do likwidacji majątku upadłego, materialnoprawne przesłanki układu w postępowaniu upadłościowym z możliwością zawarcia układu będą, podobnie jak w ustawodawstwie niemieckim, składały się z materialnoprawnych przesłanek ogłoszenia upadłości, w tym upadłości z możliwością zawarcia układu, i z materialnoprawnych przesłanek zawarcia oraz zatwierdzenia układu, które to pozwolą na restrukturyzację zobowiązań upadłego w drodze zawarcia i zatwierdzenia układu przez sąd.

Brak w Prawie upadłościowym i naprawczym jakiegokolwiek dyferencjacji, z jaką mieliśmy do czynienia w poprzednio obowiązującym stanie prawnym, powoduje, że przesłanki ogłoszenia upadłości stają się bezpośrednio przesłankami upadłości z możliwością zawarcia układu. Gdy chodzi o przesłanki materialnoprawne ogłoszenia upadłości, należy do nich zaliczyć: zdolność upadłościową, podstawę ogłoszenia upadłości, czyli niewypłacalność, oraz legitymację do wszczęcia postępowania upadłościowego, w tym postępowania z możliwością zawarcia układu.

Jako pierwszej przyjrzymy się zdolności upadłościowej. Wiele systemów prawnych przyjmuje jako zasadę, iż wobec każdego podmiotu prawnego może być prowadzone postępowanie upadłościowe. Polski system opiera się na innej zasadzie – ograniczającej krąg podmiotów, wobec których postępowanie upa-

<sup>35</sup> K. Michalak: *Materialnoprawne i formalnoprawne przesłanki ogłoszenia upadłości spółek handlowych*. Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego, nr 1 2006, s. 11.

<sup>36</sup> W. Siedlecki, Z. Świeboda: *Postępowanie cywilne. Zarys wykładu*, Warszawa 1998, s. 22 i n.

<sup>37</sup> Dz.U. z 2009, nr 175, poz. 1361 z późn. zm.; Ustawa z 28 lutego 2003 roku – Prawo upadłościowe i naprawcze.

dłościowe może być prowadzone. W związku z ustawowym określeniem podmiotów, które mogą być ogłoszone upadłymi, w nauce i praktyce prawniczej używa się pojęcia zdolności upadłościowej. Termin ten nie jest terminem ustawowym, lecz pochodzi z języka prawniczego. Zdolnością upadłościową określa się przymiot prawny jakiegoś podmiotu, który umożliwia ogłoszenie jego upadłości<sup>38</sup>. Wielu autorów zalicza zdolność upadłościową do przesłanek formalnoprawnych ogłoszenia upadłości, jednakże brak zdolności upadłościowej zawsze prowadzi do oddalenia wniosku o ogłoszenie upadłości, a nie do jego odrzucenia czy zwrotu, co bezpośrednio przesądza o zaliczeniu zdolności upadłościowej do materialnoprawnych przesłanek ogłoszenia upadłości. Zgodnie z art. 1 § 1 Pr.U.<sup>39</sup> zdolność upadłościową ma podmiot gospodarczy, który zaprzestał płacenia długów. Prawo upadłościowe i naprawcze tylko w niewielkim stopniu modyfikuje w stosunku do dotychczasowego podmiotowy zakres stosowania ustawy. Zasadą jest, że zdolność upadłościową mają przede wszystkim „przedsiębiorcy”. Zawarta w art. 5 ust. 2 ustawy definicja przedsiębiorcy wskazuje na jej daleko idące podobieństwo do definicji zawartej w art. 4 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej<sup>40</sup> oraz art. 43<sup>1</sup> k.c.<sup>41</sup> Nowum tej definicji oraz definicji z art. 43<sup>1</sup> k.c. sprowadza się do podkreślenia, że przedsiębiorcą jest nie tylko prowadzący działalność gospodarczą, ale także działalność zaliczoną do wolnych zawodów. Zdolność upadłościową mają więc zwłaszcza osoby wykonujące wolne zawody wymienione w art. 88 k.s.h.<sup>42</sup>, bez względu na formę, w jakiej działalność gospodarcza jest prowadzona. Przedsiębiorcą jest także fundacja, stowarzyszenie i inne organizacje społeczne prowadzące działalność gospodarczą ubocznie obok statutowej. Podkreślenia wymaga, że ustawodawca odstąpił w Prawie upadłościowym i naprawczym od zasady wyrażonej w art. 6 Pr.U., że ogłoszenie upadłości – funkcjonujących wówczas w myśl kodeksu handlowego spółki jawnej i spółki komandytowej – nie pociąga za sobą ogłoszenia upadłości wspólników. Odstąpienie od tej zasady w nowym prawie upadłościowym i naprawczym nie oznacza, że został wprowadzony automat polegający na ogłoszeniu upadłości wspólników wraz z ogłoszeniem jej wobec spółki. Przepis art. 5 ust. 3 Pr.Up.N. rozciąga jedynie przepisy ustawy na wspólników osobowych spółek handlo-

<sup>38</sup> A. Jakubecki, F. Zedler: *Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz*. Zakamycze, Kraków 2006, s. 33.

<sup>39</sup> Dz.U. z 1934 r., nr 93, poz. 835, Rozporządzenie Prezydenta RP z dnia 24 października 1934 – Prawo upadłościowe.

<sup>40</sup> Dz.U. z 2004 r., nr 173, poz. 1807 z późn. zm.; Ustawa z dnia 2 lipca 2004 roku „O swobodzie działalności gospodarczej”.

<sup>41</sup> Dz.U. z 2003 r., nr 49, poz. 408 z późn. zm.; Ustawa z dnia 14 lutego 2003 roku O zmianie ustawy Kodeks Cywilny oraz niektórych innych ustaw.

<sup>42</sup> Dz.U. z 2000 r., nr 94, poz. 1037, z późn. zm.; Ustawa z dnia 15 września 2000 roku, Kodeks spółek handlowych.

wych, ponoszących odpowiedzialność za zobowiązania spółki bez ograniczenia całym swoim majątkiem oraz wspólników spółki partnerskiej. Już to zróżnicowanie 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, odrębnego od spółki majątku. Subsydiarna ich odpowiedzialność obliгуje bowiem każdego ze wspólników do zapłaty długu, bez konieczności wszczęcia egzekucji syngularnej<sup>43</sup>.

Drugą materialnoprawną przesłanką do ogłoszenia upadłości wspólną 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 przekroczą wartość ich majątku, nawet wówczas, gdy na bieżące 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 postępowania układowego przedsiębiorca, który zaprzestał płacenia długów lub przewidywał ich zaprzestanie w najbliższej przyszłości, mógł żądać otwarcia postępowania 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 założenia, że 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 sprostania swym zobowiązaniom pieniężnym, czyli niewy-

---

<sup>43</sup> J. Broł: *Podstawowe kierunki zmian w postępowaniu upadłościowym*. „Przegląd Prawa Handlowego” 2003, nr 8, s. 9.



płacalności<sup>44</sup>. Pod tym pojęciem należało rozumieć taki stan majątku dłużnika, przy którym bez względu na przyczynę, jaka go wywołała, nie był on w stanie wypełniać swoich zobowiązań pieniężnych<sup>45</sup>. W tym kontekście zaprzestanie płacenia długów było tylko stanem faktycznym, którego zaistnienie może, ale nie musi, wskazywać stan niewypłacalności. W związku z tym ustawodawca z okresu międzywojennego uznał, że wystarczającą podstawą ogłoszenia upadłości powinno być już zaprzestanie płacenia długów, a nie niewypłacalność, która stanowi cechę odnoszącą się do całego majątku dłużnika. Takie rozwiązanie umożliwiałoby szybkie ogłaszanie upadłości. W ten sposób sąd nie musiał badać całokształtu okoliczności składających się na stan majątku dłużnika, w szczególności jego trwałej niemożności sprostania zobowiązaniom pieniężnym, ale ograniczał się jedynie do ustalenia samego faktu zaprzestania płacenia długów.

Kolejną materialnoprawną przesłanką jest legitymacja do wszczęcia postępowania upadłościowego, w tym postępowania z możliwością zawarcia układu, traktując ją jak w procesie cywilnym legitymację procesową. W przeciwieństwie do zdolności sądowej i zdolności procesowej, legitymacja nie jest żadną kwalifikacją prawną jakiegoś podmiotu, ale jego szczególnym uprawnieniem, wynikającym z określonej sytuacji materialnoprawnej<sup>46</sup>. Ustawodawca w sposób odmienny w stosunku do dotychczasowego stanu prawnego, uregulował legitymacje do złożenia wniosku o wszczęcie postępowania upadłościowego, w tym postępowania z możliwością zawarcia układu. O ile zgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości likwidacyjnej w prawie upadłościowym było rozwiązane w sposób podobny do aktualnego, o tyle zgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości z możliwością zawarcia układu zostało rozwiązane w sposób zupełnie inny. Układ mógł być zawarty tylko na wniosek dłużnika albo jego ustawowego zastępcy, a więc także ustanowionego kuratora. Układ nie mógł dojść do skutku na wniosek wierzycieli, chociaż mieliby oni interes w utrzymaniu przedsiębiorstwa<sup>47</sup>. O ile zgłoszenie wniosku przez wierzyciela jest na gruncie Pr.Ukł. wyłącznie jego prawem, o tyle dłużnik jest zobowiązany do zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości w terminie 2 tygodni pod groźbą odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną wskutek niezłożenia wniosku w terminie. W obowiązującym stanie prawnym wszczęcie postępowania upadłościowego z możliwością zawarcia układu może nastąpić nawet wbrew woli dłużnika, gdy mimo zażalenia sąd drugiej instancji nie podzieli argumentów dłużnika o odrzuceniu wniosku. Legitymację taką posiada w obecnym stanie prawnym nie tylko dłużnik, ale także wierzyciel dłużnika.

<sup>44</sup> M. Allerhand: *Uzasadnienie projektu prawa upadłościowego*, Warszawa 1935, s. 15.

<sup>45</sup> O. Buber: *Polskie prawo upadłościowe*. Wydawnictwo Stowarzyszenie Przedstawicieli Handlowych w Warszawie, Warszawa 1936, s. 20.

<sup>46</sup> *Ibid.*, s. 13.

<sup>47</sup> M. Allerhand: *Prawo upadłościowe. 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 możliwością zawarcia układu, jeżeli podstawy przeprowadzenia takiego postępowania ujawniły się dopiero w toku postępowania (art. 16 Pr.Up.N.). Z inicjatywą 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 możliwością zawarcia układu albo przez likwidację majątku dłużnika. Ogłoszenie upadłości z możliwością 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 możliwością zawarcia układu – jest to tzw. pozytywna przesłanka ogłoszenia upadłości z możliwością 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 możliwością 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 możliwością zawarcia układu przesłanki bardzo elastyczne, które pociągają za sobą daleko idącą uznaniowość. 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 możliwością zawarcia układu. Zgodnie z art. 1 Pr.Ukł. o otwarcie układu mógł się ubiegać jedynie przedsiębiorca, który zaprzestał płacenia długów wskutek wyjątkowych i niezależnych od niego okoliczności lub przewidywał zaprzestanie ich płacenia w najbliższej przyszłości. Na gruncie prawa upadłościowego z 1934 r. upadły mógł być dopuszczony do zawarcia układu, gdy zapewnione było zaspokojenie wierzycieli uprzywilejowanych i wierzycieli masy upadłości, chyba że zgodził się na zawarcie układu. Przyczyny 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, iż układ będzie wykonany, sąd nie ogłosi upadłości z możliwością zawarcia układu. Podobnie w myśl art. 173 ustawa

zezwała na zawarcie układu tylko temu upadłemu, który dawał gwarancję, że będzie dalej prowadził przedsiębiorstwo. Wobec tego prawo upadłościowe nie dopuszczało do układu upadłego, który się ukrywał, bo fakt ten przemawiał za tym, że upadły dopuścił się nieprawidłowości.

Materialnoprawną przesłanką zawarcia układu w postępowaniu upadłościowym z możliwością zawarcia układu jest również legitymacja do złożenia propozycji układowych. Zgodnie z art. 19 § 1 Pr.Ukł. i art. 175 § 1 Pr.Up. jedynie dłużnik był uprawniony do występowania z propozycjami układowymi. Wierzyciele posiadali wprawdzie prawo zgłaszania zmian lub uzupełniania propozycji układowych na zgromadzeniu wierzycieli, lecz mogły one być jedynie przedmiotem obrad i głosowania, jeżeli dłużnik wyraził na nie zgodę (art. 55 §1 Pr.Ukł. i art. 185 § 1 i 2 Pr.Up.). Dłużnik mógł cofnąć albo zmienić propozycje układowe aż do momentu głosowania przez wierzycieli. Prawo upadłościowe i naprawcze dokonało w tym zakresie wielu istotnych zmian, bowiem w obowiązującym stanie prawnym nie tylko dłużnik, ale i wierzyciel mogą wystąpić z wnioskiem o wszczęcie postępowania upadłościowego, a co z tym związane nie tylko dłużnik, ale i wierzyciel może wystąpić z propozycjami układowymi. Rozwiązanie to stanowi wyraźne przełamanie dotychczasowej konstrukcji układu. Propozycje układowe powinny być złożone wraz z wnioskiem o ogłoszenie upadłości, jeżeli wniosek dotyczy ogłoszenia upadłości z możliwością zawarcia układu i składa go dłużnik. Propozycje te stanowią integralną część postępowania, które ma doprowadzić do zawarcia układu<sup>48</sup>. W sytuacji gdy w postępowaniu w przedmiocie ogłoszenia upadłości upadły nie złożył propozycji układowych, a sąd ogłosił upadłość z możliwością zawarcia układu, upadły jest zobowiązany złożyć propozycje układowe w terminie miesiąca – wyjątkowo trzech miesięcy – art. 267 ust. 2. Propozycje układowe mogą złożyć ponadto: wierzyciel, gdy wystąpił z wnioskiem o wszczęcie upadłości z możliwością zawarcia układu (lecz pod warunkiem że złożył uprzednio wstępne propozycje układowe), a także nadzorca sądowy albo zarządca, ale dopiero wówczas, gdy upadły nie złożył propozycji układowych (chodzi o sytuacje, gdy upadły nie złożył propozycji wraz z wnioskiem o wszczęcie postępowania upadłościowego z możliwością zawarcia układu bądź w terminie miesiąca od dnia ogłoszenia upadłości postanowieniem sądu upadłościowego wyjątkowo trzech miesięcy – art. 267 ust. 2.) Wówczas prawo do zgłoszenia propozycji układowych przechodzi na wierzycieli, nadzorcę sądowego albo zarządcę, upadły zostaje zaś tego uprawnienia pozbawiony. Wierzyciel natomiast wraz z wnioskiem o ogłoszenie upadłości składa jedynie wstępne propozycje układowe. Ponadto legitymowany jest

<sup>48</sup> A. Jakubecki, F. Zedler: Op. cit., s. 765.

także wierzyciel, ale tylko wtedy, gdy wcześniej złożył wstępne propozycje układowe. W razie niezgłoszenia propozycji układowych ani przez dłużnika, ani też przez nadzorcę sądowego czy zarządcę, ani też przez wierzyciela, dalsze prowadzenie postępowania upadłościowego z możliwością zawarcia układu jest niemożliwe, ponieważ nie będzie sprecyzowanego przedmiotu układu. Uzasadnia to zmianę postanowienia o ogłoszenie upadłości z możliwością zawarcia układu na postanowienie o ogłoszeniu upadłości obejmującej likwidację majątku upadłego<sup>49</sup>. Sąd w postępowaniu w przedmiocie ogłoszenia upadłości może jednak ogłosić upadłość z możliwością zawarcia układu także wtedy, gdy o to nie wnoszono we wniosku o ogłoszenie upadłości (art. 15 Pr.Up.N.). Przepis umożliwia w takiej sytuacji przedstawienie propozycji układowych w postępowaniu prowadzonym po ogłoszeniu upadłości.

Propozycje układowe stanowią centralny przedmiot postępowania upadłościowego z możliwością zawarcia układu. Zawarcie układu następuje przez opowiedzenie się za układem większości wierzycieli z każdej z list wierzycieli obejmujących kategorie interesów wierzycieli mających łącznie nie mniej niż dwie trzecie ogólnej sumy wierzytelności, które uprawniają do uczestnictwa w głosowaniu. Wiążące znaczenie ma zatem zgoda większości, która obowiązuje także mniejszość, i to stanowi istotę układu. Ponieważ możliwe jest, że większość będzie działała na szkodę mniejszości, potrzebna jest decyzja sądu wyrażona w postaci orzeczenia; układ zatem obowiązuje, jeżeli zatwierdzi go sąd. Warunki, którym powinny odpowiadać propozycje układowe, znajdują bezpośrednie odzwierciedlenie w negatywnych materialnoprawnych przesłankach zatwierdzenia układu przez sąd. Obligatoryjne przyczyny odmowy zatwierdzenia układu są związane bezpośrednio z propozycjami układowymi, wpływając na treść owych propozycji układowych. Sąd jest obowiązany odmówić zatwierdzenia układu, jeśli zajdzie którakolwiek z negatywnych przesłanek zatwierdzenia układu, takich jak: naruszenie układu przez prawo, oczywistość braku wykonania układu. Z kolei w sytuacji rażąco-krzywdzącego traktowania wierzycieli głosujących przeciw układowi sąd może odmówić zatwierdzenia układu. Naruszenie układu przez prawo nie oznacza wyłącznie naruszenia ustawy Prawo upadłościowe i naprawcze, lecz należy przez to pojęcie rozumieć cały system prawa, choć w zdecydowanej większości będzie chodziło o Prawo upadłościowe i naprawcze. W ustawodawstwie przedwojennym materialnoprawne obligatoryjne przesłankami odmowy zatwierdzenia układu były tożsame na gruncie zarówno Prawa układowego, jak i Prawa upadłościowego. Na gruncie art. 64 Pr.Ukł. i art. 190 Pr.Up. negatywnymi, obligatoryjnymi przesłankami zatwierdzenia ukła-

---

<sup>49</sup> 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 uznany w społeczeństwie zasadom moralnym lub przyjętej w obrocie uczciwości. Za sprzeciwiający się porządkowi publicznemu uważano układ, którego treść była niezgodna z zasadami istniejącego w państwie ustroju społecznego, państwowego lub ekonomicznego<sup>50</sup>. 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, jeśli 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 zarządzaniu lub rozporządzaniu swoim majątkiem czynów wyrządzających wierzycielom szkodę, sąd mógł odmówić zatwierdzenia układu. Żądanie poszkodowanych wierzycieli, aby zatwierdzenia układu odmówiono, nie wiązało sądu i tylko od uznania sądu zależało zastosowanie tej sankcji<sup>51</sup>.

## Podsumowanie

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

---

<sup>50</sup> K. Korzonek: Op. cit., s. 137.

<sup>51</sup> Ibid., s. 137.

i naprawczego, a tym samym pozwoli na urzeczywistnienie celu postępowania jakim jest niewątpliwie możliwie najpełniejsze zaspokojenie wierzycieli.

## **SUBSTANTIVE LAW CONDITIONS OF THE ARRANGEMENT IN BANKRUPTCY OPEN TO AN ARRANGEMENT PROCEEDINGS**

### **Summary**

This study purpose is to catalogue and present the substantive law conditions of the arrangement in bankruptcy open to an arrangement proceedings. Because of the fact that accomplishment of the said proceedings purpose demands the substantive law conditions fulfillment (that means substantiation and realization of the Bankruptcy and Rehabilitation Law provisions), these conditions have become the topic of the present work. It makes possible to deal with the subject matter of the said conditions and to predict possible efficiency of initiated proceedings.

**Dorota Benduch**

## **DELIMITACJA ZDOLNOŚCI POŁĄCZENIOWEJ 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 konkurencyjności<sup>1</sup>. Taką możliwość stwarza realizacja przez podmioty zarządzające spółkami prawa handlowego tzw. strategii wzrostu zewnętrznego, która w praktyce może przyjmować postać połączeń 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 gospodarczej<sup>2</sup>, integrując w tym celu posiadane zasoby i umiejętności. Jednocześnie ten rodzaj integracji stanowi przyjazny proces restrukturyzacji prawnej, którego istotą jest brak przymusowego działania oraz zapewnienie właścicielom łączących się podmiotów co najmniej równoważnych praw uczestnictwa<sup>3</sup>. Innymi słowy, połączeniem jest taka czynność prawna, w której zapłatą 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.

---

<sup>1</sup> Pojęcie „konkurencja” pochodzi od łacińskiego „concurrere”, co oznacza: zbiegać się razem, śpieszyć 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 współzawodnictwo między dwoma (lub większą liczbą) mniej lub bardziej dorównującymi sobie rywalami.

<sup>2</sup> Pojęcie działalności gospodarczej zostało zdefiniowane w art. 2 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej, zgodnie z którym: „(...) jest (nią) 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.

<sup>3</sup> Por. A. Witosz: *Zasady zachowania praw równoważnych 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. Służą one przede wszystkim wyznaczaniu granic zdolności połączeniowej 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, zważywszy na fakt, że wiele terminów określających transakcje połączeń ma charakter interdyscyplinarny z pogranicza prawa, finansów, rachunkowości czy nauki o zarządzaniu. Rozpiętość tematyczna, występująca w literaturze tendencka do określania danego zdarzenia w kilku pojęciach (i to nieraz zamiennie), a także używanie 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 sposób<sup>4</sup>. Taka nieścisłość 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”<sup>5</sup>. Pojęcie to stanowi synonim zwrotu „połączenie”, odpowiednika nazwy „łączenie się”, które oznacza „(...) scalanie, spojenie, złączenie się dwóch (lub więcej) pewnych odrębnych całości, zespolenie w jedność, w jedną całość, zsumowanie, trwałe zmieszanie”<sup>6</sup>. Okre-

<sup>4</sup> 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.

<sup>5</sup> 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.

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



śleniem przeciwnym do terminu „fuzja” jest tzw. transfuzja<sup>7</sup>, czyli wyprowadzenie z jednego i wprowadzenie do innego układu.

Terminem „fuzja” często określa się połączenie, podczas którego co najmniej jeden z łączących się podmiotów zaprzestaje prowadzenia odrębnej działalności. Ponadto, połączenie jest dobrowolne, a uczestniczące podmioty mogą (ale nie muszą) posiadać zbliżoną wielkość; nie ma także większego znaczenia to, że przynajmniej jeden z łączących się podmiotów przestaje formalnie istnieć.

Termin „łączenie się” występuje obecnie zarówno w języku prawnym, jak i prawniczym. Ustawodawca polski wprowadził m.in. do Kodeksu spółek handlowych<sup>8</sup> oraz znowelizowanej Ustawy o rachunkowości<sup>9</sup> definicje pojęcia, w których – bez względu na wyodrębnioną metodę połączenia – łączenie się oznacza „(...) przeniesienie całego majątku w zamian za udziały lub akcje oraz ustanie bytu prawnego przynajmniej jednego z uczestników łączenia się, co jest ujawnione wpisem do rejestru”<sup>10</sup>. W u.rach., zgodnie z definicją zawartą w k.s.h., połączenie spółek zostało zdefiniowane pośrednio poprzez określenie metody rozliczania połączenia, tj. metodę nabycia lub metodę łączenia udziałów<sup>11</sup>. Odmienny sposób definiowania terminu „połączenie” został zaproponowany w Międzynarodowych Standardach Rachunkowości (MSR) oraz ich następcy – Międzynarodowych Standardach Sprawozdawczości Finansowej (MSSF). Zgodnie z MSR 22 oraz MSSF 3 „(...) jest to połączenie odrębnych przedsiębiorstw w jeden podmiot gospodarczy; rezultatem tego procesu jest zjednoczone przedsiębiorstwo lub przedsiębiorstwo sprawujące kontrolę nad aktywami netto i działalnością innego przedsiębiorstwa”<sup>12</sup>. W świetle tych definicji połączenie może wystąpić również na płaszczyźnie gospodarczej (kapitałowej) z zachowaniem odrębności prawnej łączących się podmiotów, czyli w przypadku przejęcia kapitałowego. Należy wskazać, iż definicja polskiego ustawodawcy jest więc zgodna z jego znaczeniem etymologicznym, zakładającym trwale scalanie odrębnych organizmów, tj. podmiotów prawa.

Termin „fuzja”, powszechnie używany w języku ogólnym, nigdy nie był i nie jest terminem ustawowym. W doktrynie prawniczej można natomiast roz-

<sup>7</sup> Pojęcie „transfuzja” w doktrynie prawa została definiowana jako „(...) tworzenie odrębnej spółki (spółki-córki) z dotychczasowego oddziału spółki, a całość udziałów lub akcji obejmuje spółka (spółka-matka), do której majątek oddziału należał”. Zob. A. Szajkowski, M. Tarska: *Prawo spółek handlowych*. C.H. Beck, Warszawa 2005, s. 779.

<sup>8</sup> Ustawa z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych (Dz.U. Nr 94, poz. 1037 ze zm.), dalej: k.s.h.

<sup>9</sup> Ustawa o rachunkowości z 29.9.1994 r. (tekst jedn. Dz.U. 2002, Nr 76, poz. 694 ze zm.), dalej: u.rach.

<sup>10</sup> Zob. A. Witosz: *Łączenie się i podział spółek handlowych*. OW Branta, Bydgoszcz-Katowice 2002, s. 15.

<sup>11</sup> Por. D. Belok, M. Strojek: *Połączenia spółek – ich wpływ na rachunkowość finansową*. SKWP, Warszawa 2001, s. 7.

<sup>12</sup> *Międzynarodowe Standardy Sprawozdawczości Finansowej 2007*. T.I. I A S B, Warszawa 2007, s. 209.

różnić 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 zawiązanie nowej spółki (tzw. połączenie *per unionem*)<sup>13</sup>. Według niektórych autorów fuzją można nazwać takie połączenie, podczas którego dwie (lub więcej) spółki scalają się i tworzą nową spółkę kapitałową<sup>14</sup>. Jednak w doktrynie prawniczej terminologia ta nie znalazła jednolitego zastosowania<sup>15</sup>. Ponadto, używa się mylącego stwierdzenia, iż fuzja jest pojęciem szerokim, natomiast fuzja *sensu stricto* to przejęcie kontroli<sup>16</sup>. Jako przeciwstawne używane 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 przejęcie<sup>17</sup>. U przeważającej części przedstawicieli doktryny prawniczej termin „fuzja” jest używany na określenie każdej z wymienionych przez ustawodawcę sposobów połączeń. 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 udziały<sup>18</sup>.

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. Helin i K. Zorde „(...) 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 połączonej spółki (...) Fuzja jest więc specjalnym przypadkiem

<sup>13</sup> Zob. art. 492 § 1 k.s.h.

<sup>14</sup> 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.

<sup>15</sup> 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.

<sup>16</sup> Zob. W. Pyzioł, A. Szumański, I. Weiss: *Prawo spółek*. OW Branta, Bydgoszcz-Kraków 2002, s. 13.

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

<sup>18</sup> Por. M. Allerhand: *Op.cit.*, s. 690.

przejęcia”<sup>19</sup>. 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. Cechą fuzji jest zasadniczo zgodne, dobrowolne działanie partnerów, często podobnej wielkości. Może ona przebiegać na dwa sposoby. (...) Zdarza się, że połączenie firm ma początkowo charakter przejęcia, aby w konsekwencji doprowadzić do pełnej integracji i zakończyć się fuzją”<sup>20</sup>. Mówiąc o połączeniach, w wyniku których następuje scalenie się podmiotów w jedną całość, używają wówczas terminu „konsolidacja”<sup>21</sup>.

Zgodnie z wytycznymi Standardów Sprawozdawczości Finansowej nr 6 „Fuzje i przejęcia”, aby zakwalifikować daną transakcję jako fuzję, muszą być spełnione przynajmniej cztery warunki<sup>22</sup>: żadne z przedsiębiorstw nie może być stroną przejmującą lub przejmowaną, wszystkie strony transakcji muszą uczestniczyć w strukturach kierowniczych podmiotu połączonego, 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 przejęcie. Według J. Penca, termin „fuzja” oznacza „(...) połączenie dwóch przedsiębiorstw lub nabycie (przejęcie) 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”<sup>23</sup>. 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”<sup>24</sup>. 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

<sup>19</sup> Zob. A. Helin, K. Zorde: *Fuzje i przejęcia przedsiębiorstw*. Fundacja Rozwoju Rachunkowości w Polsce, Warszawa 1998, s. 5.

<sup>20</sup> Zob. P.J. Szczepankowski: *Fuzje i przejęcia*. Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2000, s. 53.

<sup>21</sup> Według W. Frąckowiaka „(...) 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 anglojęzyczna. Zob. W. Frąckowiak w: *Fuzje i przejęcia przedsiębiorstw*. Red. W. Frąckowiak. PWE, Warszawa 1998, s. 18; Por. G. Bannock, R. Baxter, E. Davis: *Op. cit.*, s. 283.

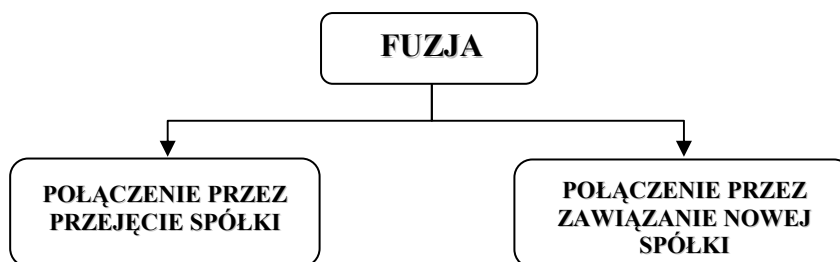
<sup>22</sup> Por. *A Dictionary of Finance and Banking*. Oxford University Press, New York 1997, s. 220.

<sup>23</sup> Zob. J. Penc: *Leksykon biznesu*. Placet, Warszawa 1997, s. 135.

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

kombinacji powyższych działań”<sup>25</sup>. 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 podmiotu<sup>26</sup>.

W powiązaniu z terminem „fuzja” występuje także termin „konsolidacja”, najczęściej wykorzystywany do określenia połączeń, w wyniku których swoją działalność kończą wszystkie łączące się podmioty, a ich działalność kontynuowana jest przez jednostkę nowo zawiązaną. Uznając takie rozważania, można przyjąć, że konsolidacja jest szczególnym rodzajem fuzji, w wyniku której powstaje nowy podmiot<sup>27</sup>. Obecnie jednak termin „konsolidacja” jest używany w literaturze tylko do określenia procesu wynikającego z u.rach. i dotyczącego sporządzania sprawozdania finansowego jednostek powiązanych kapitałowo, ale będących osobnymi podmiotami. Niestety, zamiennie z „konsolidacją” w tym znaczeniu występuje również termin „przejęcie”, co powoduje, że pod często używanym zwrotem „fuzje i przejęcia” należy rozumieć nie tylko faktyczne połączenia przedsiębiorców, ale również innego rodzaju alianse 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, świadome łączenie się przedsiębiorców na płaszczyźnie techniczno-organizacyjnej lub ekonomicznej, celem poszukiwania wspólnych możliwości wzrostu zewnętrznego<sup>28</sup>.



Rys. 1. Typy fuzji

<sup>25</sup> Zob. H. Johnson: Op. cit., s. 17. Podobne stanowisko przyjmuje J. Odeck twierdząc, 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.

<sup>26</sup> Por. S. Sudarsanam: *Fuzje i przejęcia*. WIG-Press, Warszawa 1998, s. 1.

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

<sup>28</sup> Por. C. Muszyński: *Restrukturyzacja konsolidacja globalizacja przedsiębiorstwa. Doświadczenia i perspektywy polskiej transformacji*. PWE, Warszawa 2003, s. 199.

Podsumowując dotychczasowe rozważania, należy stwierdzić, iż termin „fuzja” – rozumiany jako połączenie przedsiębiorców – oznacza jedną z form trwałej współpracy między aktualnymi i potencjalnymi konkurentami oraz dostawcami, producentami oraz odbiorcami, którzy zdecydowali się wspólnie prowadzić swoją działalność na rynku, integrując swoje zasoby i umiejętności. Fuzja polega więc na połączeniu się co najmniej dwóch partnerów o porównywalnym potencjale ekonomicznym. W wyniku takiego działania z dwóch lub większej liczby przedsiębiorców powstaje jeden, zarządzający połączonymi przedsiębiorstwami, natomiast przyłączone podmioty zostają rozwiązane w trybie uproszczonym (bez przeprowadzenia postępowania likwidacyjnego) i tracą byt prawny.

W bardzo bliskim sąsiedztwie połączeń przedsiębiorców występują transakcje polegające na przejęciach kapitałowych. Termin „przejęcie kontroli” (ang. *acquisition of control*) oznacza przede wszystkim działania prawne prowadzące do uzyskania faktycznego wpływu na przedsiębiorcę lub przedsiębiorstwa w znaczeniu przedmiotowym, przeprowadzone inaczej niż przez łączenie spółek.

W doktrynie prawniczej nazwa „przejęcie” jest używana równolegle w dwóch znaczeniach. Po pierwsze, jako jedna z form łączenia się spółek, regulowana przepisami k.s.h. i po drugie, jako nabycie tzw. kontrolnego pakietu akcji lub udziałów<sup>29</sup>.

W pierwszym znaczeniu ustawodawca przypisał termin „przejęcie” do połączenia w sposób regulowany przepisem art. 492 § 1 pkt 1 k.s.h. Wówczas jedna ze spółek kapitałowych inkorporuje cały majątek innej osobowej lub kapitałowej spółki (lub spółek) handlowej za udziały lub akcje, które spółka przejmowana otrzymuje z podwyższonego kapitału zakładowego. Paradoksalnie, tak określona metoda połączenia w niektórych źródłach jest przypisywana do definicji „fuzji prawnej”<sup>30</sup>.

Zdecydowana większość przedstawicieli doktryny prawniczej, i nie tylko, skłania się do stosowania tego terminu w drugim z przyjmowanych znaczeń. Według A. Witosza, przejęcie „(...) polega na nabyciu udziałów albo akcji odpowiednio wysokiej ich liczby jednej spółki przez drugą (może to być nabycie nawet wszystkich 100% udziałów albo akcji), która powoduje przejęcie kontroli na skutek owego nabycia nad określoną spółką z ograniczoną odpowiedzialno-

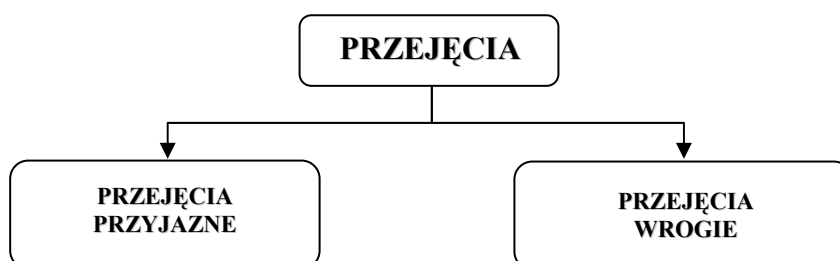
<sup>29</sup> W praktyce można spotkać się z innym nazewnictwem typów przejęć. Zdaniem R.L. Kwaśnickiego przejęcia można podzielić na: przejęcia przedsiębiorcy (ang. *share deal*), gdzie następuje objęcie udziałów lub akcji spółki, którą się będzie kontrolować, oraz przejęcia majątku spółki (ang. *asset deal*). Zob. R.L. Kwaśnicki, P. Pietrzak: *Transakcje M&A*. Cz. I, MoP 2002, nr 5, s. 206.

<sup>30</sup> Zob. R. Sasiak: *Op. cit.*, s. 24.

ścią lub spółką akcyjną<sup>31</sup>. Termin ten należy stosować zamiennie z pojęciem „akwizycja”<sup>32</sup>.

Podobnie w literaturze ekonomicznej termin „przejęcie” definiuje się jako „(...) transfer kontroli, czyli przeniesienie kontroli nad działalnością gospodarczą przedsiębiorstwa z jednej grupy inwestorów (lub jednego inwestora) do innej (lub innego). Może to nastąpić m.in. przez: zakup akcji (udziałów), zakup majątku (aktywów), prywatyzację spółki publicznej albo wspólne przedsięwzięcie”<sup>33</sup>. Przejęciem będzie więc nabycie lub objęcie udziałów lub akcji w spółce w drodze przyjaznego lub wrogiego działania (ang. *hostie and friendly takeover*, niem. *feindliche und freundliche Übernahme*)<sup>34</sup>. Będzie ono transakcją gwarantującą jednemu z podmiotów większą samodzielność. W efekcie przejmowana spółka nie traci ani majątku, ani osobowości prawnej, co nie znajduje wyrazu w rejestrze spółki<sup>35</sup>.

Należy jednak zaznaczyć, iż termin „przejęcie”, ujmujący proces polegający na objęciu kontroli nad spółką kapitałową wskutek nabycia (objęcia) odpowiednio wysokiej liczby udziałów lub akcji, jest przedmiotem zainteresowania przede wszystkim prawa antymonopolowego oraz prawa o publicznym obrocie papierami wartościowymi. Przejęcia w takim znaczeniu nie stanowią więc przedmiotu rozważań na temat łączenia się spółek handlowych.



Rys. 2. Typy przejęć

<sup>31</sup> Zob. A. Witosz: *Łączenie, podział...*, op. cit., s. 16.

<sup>32</sup> Zob. P. Sobolewski: *Koncentracje przedsiębiorców we wspólnotowym prawie konkurencji*. PPH 2007, nr 6, s. 28.

<sup>33</sup> Zob. P.J. Szczepankowski: Op. cit., s. 56; W. Frąckowiak: *Fuzje i przejęcia przedsiębiorstw...*, op. cit., s. 21.

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

<sup>35</sup> Należy podkreślić, iż w przypadku przejęcia spółki w takim rozumieniu nie ma zastosowania zasada sukcesji uniwersalnej, również w sytuacji gdy dochodzi do nabycia 100% udziałów lub akcji.

„Łączenie się spółek” jest pojęciem stosowanym do procesu polegającego na przeniesieniu całego majątku spółki (spółek) uczestniczącej w integracji, tj. majątku spółki przejmowanej na spółkę przejmującą lub przeniesienie wszystkich majątków łączących się spółek na jedną nowo utworzoną spółkę połączoną za udziały lub akcje. Takie działanie może przybrać formę – zgodnie z regulacjami k.s.h. – połączenia przez przejęcie (dalej: inkorporacja lub przejęcie prawne) bądź połączenia przez utworzenie nowej spółki (dalej: zjednoczenie lub fuzja *sensu stricto*). Zatem termin „fuzja *sensu largo*” odnosi się do zbiorczej kategorii łączenia się przedsiębiorców w trybie przejęcia prawnego, natomiast fuzja *sensu stricto* dowodzi konieczności przyjęcia szerszego rozumienia tego pojęcia.

### **Zdolność łączenia się spółek w świetle przepisów Kodeksu spółek handlowych**

Kodeks spółek handlowych, w porównaniu z wcześniejszymi regulacjami Kodeksu handlowego, wprowadził zupełnie odmienne zasady na płaszczyźnie łączenia się spółek handlowych. Wydaje się, iż w konstrukcji przyjętej przez ustawodawcę, w k.s.h. zakres łączenia jest szeroki, jednak z logicznego punktu widzenia możliwości nie zostały wyczerpane. W świetle regulacji kodeksowych zakres podmiotów mogących uczestniczyć w połączeniu krajowym jest stosunkowo szeroki, ponieważ zdolność łączenia się posiadają wszystkie typy spółek handlowych – zarówno spółki kapitałowe, jak i spółki osobowe<sup>36</sup>. Wydaje się, że taka regulacja prawna jest wynikiem wzrostu liczby i znaczenia osobowych spółek handlowych we współczesnej gospodarce rynkowej, zwłaszcza po wprowadzeniu przez ustawodawcę w k.s.h. definicji przedsiębiorstwa większych rozmiarów (por. art. 26 § 3 k.s.h.)<sup>37</sup>. Dodatkowo od dnia 20 czerwca 2008 r.

<sup>36</sup> Posiadanie osobowości prawnej nie jest w obecnym stanie prawnym podstawowym warunkiem posiadania przez spółkę zdolności łączeniowej. Istotne jest, aby spółka podlegała obowiązkowi wpisu do rejestru przedsiębiorców zgodnie z regulacjami ustawy z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym. Dlatego też ani spółka cywilna, ani przedsiębiorca prowadzący indywidualną działalność gospodarczą nie mogą brać udziału w procesie łączenia się. Por. A. Witosz w: *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, Red. W. Pyziół. Wyd. 1. LexisNexis, Warszawa 2008, s. 1008.

<sup>37</sup> Po wejściu w życie przepisów k.s.h., przedsiębiorcy prowadzący działalność w formie spółki cywilnej, której obroty w jednym roku przekroczyły równowartość w złotych 400 tys. euro, tzn. prowadziły działalność w większym zakresie miały obowiązek przekształcić się w 2001 r. w spółki prawa handlowego. Ponadto ustawodawca w k.s.h. dopuszcza przekształcenie spółki cywilnej w spółkę jawną w uproszczonym trybie zgłoszenia spółki do rejestru przez wszystkich współników, a jeżeli przychody netto spółki w każdym z dwóch ostatnich lat obrotowych osiągną wartość powodującą zgodnie z przepisami u.rach. obowiązek prowadzenia ksiąg rachunkowych. Zob. szerzej: J. Jacyszyn, K. Wręczycka: *Transformacja spółek osobowych. Przekształcenie spółki cywilnej w spółkę prawa handlowego. Porównanie spółek osobowych*. Studio

obowiązują przepisy krajowe o transgranicznym łączeniu się spółek handlowych, które nadały zdolność łączenia się na terenie Unii Europejskiej lub państw strony umowy o Europejskim Obszarze Gospodarczym krajowym spółkom kapitałowym oraz spółce komandytowo-akcyjnej.

Kodeks spółek handlowych nie zawarł w swej treści definicji legalnej spółki prawa handlowego. W przepisie art. 3 k.s.h. ustawodawca odniósł się jedynie do pojęcia umowy spółki handlowej: „(...) przez umowę spółki handlowej wspólnicy albo akcjonariusze zobowiązują się dążyć do osiągnięcia wspólnego celu przez wniesienie wkładów oraz, jeżeli umowa albo statut spółki tak stanowi, przez współdziałanie w inny określony sposób”. Należy zaznaczyć, że każda spółka handlowa jest przedsiębiorcą w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej. W odniesieniu do art. 4 § 1 u.s.d.g. przedsiębiorcą jest więc każda spółka handlowa, która wykonuje we własnym imieniu działalność gospodarczą.

Na gruncie k.c. i k.h. funkcjonowało do końca 2000 r. pięć typów spółek, tj. cywilna, jawna, komandytowa, z ograniczoną odpowiedzialnością i akcyjna. Trzy pierwsze były wówczas zaliczane w doktrynie prawniczej do kategorii spółek osobowych, natomiast dwie ostatnie – do spółek kapitałowych<sup>38</sup>. W obecnym systemie prawa określenia „spółka osobowa” i „spółka kapitałowa” mają charakter normatywny. Dodatkowo, wyliczenie poszczególnych typów spółek na gruncie k.s.h. ma charakter enumeratywny i podkreśla zasadę *numerus clausus* spółek handlowych. Oznacza to, iż podmioty prawa, które zdecydują się na prowadzenie działalności w formie spółki, są zobowiązane do dokonania wyboru typu spółki przewidzianego w obowiązujących przepisach prawa. Ustawodawca tym samym nie zezwala na tworzenie nowych, pozanormatywnych form spółek<sup>39</sup>.

Kodeks spółek handlowych reguluje zagadnienia w odniesieniu do sześciu 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 ograniczoną odpowiedzialnością (zob. art. 151 k.s.h.) oraz akcyjnej (zob. art. 301 k.s.h.)<sup>40</sup>. Ustawodawca rozszerza pojęcie 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.

<sup>38</sup> Zob. np. M. Litwińska: *Typologia spółek w Kodeksie spółek handlowych*. PUG 2001, Nr 2 (632), s. 2.

<sup>39</sup> Poza wszelkimi aktami prawnymi, formą prowadzenia działalności gospodarczej jest tzw. spółka cicha. Jak twierdzą niektórzy przedstawiciele doktryny prawniczej, jej ukryty charakter prawny nie pozwala na jej włączenie w krąg legalnych uczestników obrotu prawnego i gospodarczego, co nie oznacza, że 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.

<sup>40</sup> Należy zauważyć, iż przepisy k.s.h. nie mają zastosowania do tych konstrukcji umownych, które można wykreować 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 Polsce<sup>41</sup>. 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 wyróżnia się dalsze szczegółowe formy spółek, do których można zaliczyć: spółki jednoosobowe, spółki publiczne, spółki dominujące, spółki powiązane czy spółki kapitałowe w organizacji<sup>42</sup>. W przepisie art. 611 k.s.h. zostały przedstawione spółki handlowe szczególnego typu, tzw. spółki resortowe<sup>43</sup>, 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, iż elastyczne regulacje prawne dają większą możliwość tworzenia typów faktycznych.

W praktyce istnieje możliwość kreowania spółek hybrydalnych<sup>44</sup> oraz spółek atypowych<sup>45</sup>. Hybrydalność oznacza bowiem wprowadzenie nowych rozwiązań prawnych deformujących istniejące konstrukcje, które były niemożliwe bez wyrażonej normy prawnej (np. zarząd w spółce partnerskiej czy udział akcjonariuszy w spółce komandytowo-akcyjnej). Chodzi przede wszystkim o wprowadzenie

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

<sup>42</sup> Od chwili zawarcia umowy spółki w przypadku spółki z o.o. i akcyjnej mamy do czynienia z formą ustrojową 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 formę ustrojową tzw. przedspółki. Zob. D. Ulikowska: *Spółka jawna przed wpisem do KRS*. PPH 2004, nr 11, s. 35 i n.

<sup>43</sup> Zob. A. Kidyba: *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, t. II. Zakamycze, Kraków 2007, s. 875.

<sup>44</sup> Tak: A. Szumański: *Hybrydalne typy spółek*. PPH 2000, nr 6, s. 12 i n.

<sup>45</sup> 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. Atypowość oznacza natomiast wykorzystanie przepisów prawa do tworzenia konstrukcji bezpośrednio 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 łączącego spółkę 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 stanowiącego bazę ekonomiczną prowadzonej działalności<sup>46</sup>. 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 wspólnicy będący akcjonariuszami stanowią element kapitałowy i, na zasadach podobnych jak wspólnicy w spółce z o.o. lub akcjonariusze w spółce akcyjnej, nie ponoszą odpowiedzialności za zobowiązania spółki<sup>47</sup>.

Szczególne 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,

<sup>46</sup> 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.

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

jaka jest spółka kapitałowa w organizacji, w kolejną formę stadialną – tzw. docelową – jaką jest spółka z ograniczoną odpowiedzialnością lub spółka akcyjna.

Problematyka odpowiedzialności właścicieli za zobowiązania spółki pozostaje w ścisłym związku z zagadnieniem zmian w płaszczyźnie majątkowej. Powstanie spółki skutkuje wyodrębnieniem majątku, który w sensie formalnym i materialnym nie należy do majątków właścicieli spółek. Dotyczy to wszystkich typów spółek handlowych. W sensie prawnym jest to majątek wydzielony, o czym świadczy: nienaruszalność majątku przez czas trwania spółki rozumiana jako zakaz jego podziału pomiędzy wspólników (zob. art. 863 § 2 k.c.), zasada surogacji oraz niedostępność majątku dla wierzycieli wspólników. W spółkach kapitałowych linia demarkacyjna pomiędzy majątkami wspólników i majątkiem spółki jest zdecydowanie bardziej wyraźna. Wyznacza ją nadanie osobowości prawnej. Jej skutkiem jest wykreowanie majątku będącego w sensie prawnym majątkiem spółki. O odrębności majątku spółki świadczy, poza ogólną konstrukcją osobowości prawnej, także: nienaruszalność majątku spółki w części co najmniej tej, jaka jest niezbędna do zbilansowania kapitału zakładowego, połączona z zasadą zakazu zwrotu wspólnikom dokonanych wkładów w kapitał zakładowy, zasada surogacji oraz niedostępność majątku spółki dla wierzycieli wspólników. Sytuacja przedstawia się podobnie jak w spółkach osobowych. „Nienaruszalność” określonej części majątku spółki, rozumiana jako zakaz rozporządzeń na rzecz wspólników, nie oznacza, że spółka nie może dysponować składnikami swojego majątku. Jest oczywiste, że majątek ten podlega licznym mutacjom, w tym także dyspozycjom na podstawie czynności prawnych. Poza konstrukcją spółki jako osoby prawnej zmiany te limitują także reguły rachunkowości właściwe dla danego typu spółki. W k.s.h. zostaje zachowana zasadnicza struktura majątkowa wszystkich typów spółek. W spółkach osobowych mamy do czynienia z majątkiem spółki, (art. 28 k.s.h.). Pojęcie to nabiera znaczenia wobec zmiany w koncepcji spółki – elementem konstytutywnym każdego stosunku spółki staje się obowiązek wniesienia wkładów, wynika to bowiem z definicji spółki handlowej zawartej w art. 3 k.s.h.

Struktura majątkowa spółek kapitałowych w organizacji jest znacznie bardziej skomplikowana. W okresie przed rejestracją spółka może nabywać we własnym imieniu prawa (tzw. zdolność prawna) i zaciągać zobowiązania (tzw. zdolność do czynności prawnych), a także posiada zdolność sądową. Już na tym etapie funkcjonowania przyszłej spółki kapitałowej następuje wyodrębnienie majątku, który ma w przyszłości stać się majątkiem osoby prawnej. Jego charakter prawny jest jednak, w przeciwieństwie do spółek osobowych, uwarunkowany teleologicznie, tzn. celem spółki kapitałowej w organizacji nie jest „być sam w sobie”, lecz przygotowanie do istnienia spółki kapitałowej. W spółkach kapi-

tałowych istnieje ściśle 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, wiążąca się z powstaniem spółki, zmiana w sferze zarządzania<sup>48</sup>. 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 ona w określony stosunek prawny ze spółką.

Z uwagi na fakt, że powstanie spółki łączy 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 mają 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.

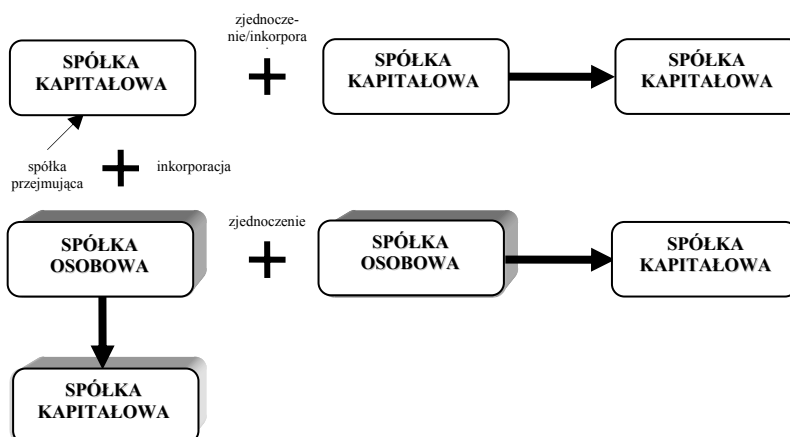
Na gruncie obowiązujących przepisów prawa spółki handlowe mogą się łączyć w następujący sposób:

- 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

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

ka handlowa; spółki mogą się łączyć w trybie regulowanym przepisami art. 492 § 1 pkt 1 i 2 k.s.h.;

- wszystkie spółki osobowe ze wszystkimi spółkami kapitałowymi, z zastrzeżeniem, iż w przypadku łączenia regulowanego przepisem art. 492 § 1 pkt 2 k.s.h. nową spółką może być tylko spółka kapitałowa, natomiast podczas połączenia opisanego w przepisie art. 492 § 1 pkt 1 k.s.h. spółką przejmującą może być tylko spółka kapitałowa.



Rys. 3. Zakres zdolności łączenia się spółek

Źródło. Na podstawie Kodeksu spółek handlowych.

Dodatkowo w § 1<sup>1</sup> przepisu art. 491 k.s.h. ustawodawca określił bezpośrednio zakres połączenia transgranicznego, który podlega zasadom ogólnym dotyczącym połączeń krajowych spółek handlowych (zob. art. 491-497 k.s.h.) i do którego stosuje się przepisy rozdziału 2 dotyczącego połączeń krajowych spółek kapitałowych (zob. art. 498-516 k.s.h.). Zdolność łączeniową ustawodawca przyznał zarówno spółkom kapitałowym, tj. spółce z ograniczoną odpowiedzialnością oraz spółce akcyjnej, jak również spółce komandytowo-akcyjnej<sup>49</sup>. Jak podkreśla R.L. Kwaśnicki, zdolność łączeniową posiada również spółka europej-

<sup>49</sup> W niektórych systemach prawnych państw członkowskich (np. w prawie niemieckim) spółka komandytowo-akcyjna posiada osobowość prawną, a tym samym jest zaliczana do grupy spółek kapitałowych. W polskim porządku prawnym ustawodawca przyznał spółce komandytowo-akcyjnej status spółki osobowej, która łącząc się z inną spółką kapitałową, zawsze przyjmuje status spółki przejmowanej (szerzej na temat istoty spółki komandytowo-akcyjnej pisze m.in.: A. Kidyba: *Kodeks...*, 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, gdyż spełnia ona kryteria wymienione w art. 2 pkt 1 lit. b dyrektywy transgranicznej<sup>50</sup>. Zgodnie z art. 516<sup>2</sup> k.s.h. w połączeniu transgranicznym nie może natomiast uczestniczyć zagraniczna spółdzielnia (choćby spełniała kryteria spółki zagranicznej) oraz spółka, której celem jest zbiorowe inwestowanie kapitału pozyskanego w drodze emisji publicznej, działająca na zasadzie dywersyfikacji ryzyka oraz której jednostki uczestnictwa są na żądanie ich posiadaczy odkupywane 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 najistotniejszą z tych ograniczeń można uznać regulację art. 491 § 2 k.s.h., który statuuje zasadę, iż spółki osobowe mogą się łączyć między sobą 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.<sup>51</sup>. 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 łączyć się ze sobą tworząc 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 połączonych spółek osobowych wymusza na nich dostosowanie się do formalno-prawnych wymogów tworzenia i prowadzenia innego rodzaju spółki. Za dopuszczalnością, a nawet koniecznością łączenia się spółek osobowych w spółki osobowe wypowiada się m.in. M. Asłanowicz<sup>52</sup>.

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. Wyłączenie takie może wynikać z faktu, iż spółka osobowa jest oparta na osobistej więzi 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

<sup>50</sup> Zob. R.L. Kwaśnicki: *Implementacja dyrektywy w sprawie transgranicznego łączenia się spółek kapitałowych*. „Prawo Spółek” 2008, nr 2, s. 12; A. Opalski: *Transgraniczne łączenie spółek – nowy sposób koncentracji przedsiębiorstw w prawie polskim*. „Rejent” 2008, nr 7-8.

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

<sup>52</sup> M. Asłanowicz: *Z problematyki przekształcenia, łączenia oraz podziału osobowych spółek handlowych*. PPH 2000, nr 8, s. 32.

wyłom może uczynić jedynie umowa spółki osobowej. Aczkolwiek za dopuszczalnością zdolności spółki osobowej do bycia spółką przejmującą albo spółką nowo zawiązaną, możliwy jest argument, że łączenie się przez przejęcie mogłoby następować jedynie w drodze jednomyślnej uchwały wspólników łączących się spółek, to odrzucenie tej możliwości jest przyjętym wyborem ustawodawcy.

Zbyt ogólnym byłoby stwierdzenie, iż zdolność łączeniową posiadają wszystkie spółki handlowe, ponieważ zabiegu tego nie zawsze mogą dokonać spółki handlowe w każdej fazie swojego funkcjonowania. Dodatkowo należy zadać pytanie, czy zdolność prawną posiadają także formy atypowe oraz hybrydalne spółek handlowych. Odpowiedź nie jest w każdym rozpatrywanym przypadku jednoznaczna.

Zdolność łączenia się posiadają spółki jednoosobowe, o ile są spółkami kapitałowymi. Nie ma bowiem żadnych ograniczeń formalnych na łączenie się jednoosobowej spółki kapitałowej z inną spółką kapitałową w trybach określonych w przepisach art. 492 § 1 pkt 1 i 2 k.s.h., nawet gdy wspólnikiem lub akcjonariuszem w tych jednoosobowych spółkach jest ta sama osoba<sup>53</sup>. Wyłączyć jednak należy zdolność łączeniową w stosunku do funkcjonowania jednoosobowej spółki partnerskiej (art. 96 § 2 k.s.h.). Ta konstrukcja prawna z mocy prawa jest działalnością zmierzającą do jej rozwiązania, a nie do podejmowania decyzji strategicznych.

W doktrynie prawa trwa nieustająca dyskusja na temat zdolności łączeniowej spółek kapitałowych w organizacji. Wydaje się, że najbardziej przekonujący głos w dyskusji zajął A. Witosz. Zdaniem autora łączenie się spółek kapitałowych w organizacji może być przeprowadzane w stadium organizacyjnym procesu łączenia, tj. w fazie przygotowawczej i decyzyjnej, jednak w dniu połączenia spółka powinna posiadać wpis do rejestru przedsiębiorców<sup>54</sup>. Należy podkreślić, iż spółki kapitałowe w organizacji posiadają wyraźnie zakreślony przez ustawodawcę byt, tj. do momentu wpisu. Poza czasem trwania spółki kapitałowe w organizacji są więc podmiotami o takim samym zakresie zdolności prawnej i zdolności do czynności prawnych, jak spółki osobowe, lecz w świetle art. 4 § 1 pkt 1 k.s.h. spółkami osobowymi nie są.

W Kodeksie spółek handlowych ustawodawca wykluczył możliwość łączenia się spółek handlowych w przypadku, gdy wystąpi zmiana zasad wykonywania uprawnień właścicielskich i celu, dla którego dana spółka została powołana. Sytuacja taka występuje więc wtedy, kiedy zostanie ogłoszona upadłość spółki lub jej likwidacja.

<sup>53</sup> Zob. A. Witosz: *Restrukturyzacja...*, op. cit, s. 34 i n.

<sup>54</sup> Zob. Idem: *Zdolność łączeniowa i podziałowa spółek w organizacji*. „Prawo Spółek” 2003, nr 10, s. 2-8.

Uzasadnione może być przyjęcie poglądu, że zdolność połączeniową posiadają 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 przejętego majątku spółki-dłużnika z układem, który przez okres wskazany w art. 495 § 1 k.s.h. musi być zarządzane odrębnie przez spółkę połączoną<sup>55</sup>. Okres odrębnego zarządu masą spółki z układem powinien trwać nie dłużej niż czas obowiązywania układu.

Zgodnie z art. 491 § 3 k.s.h. nie może łączyć się spółka w likwidacji, która rozpoczęła podział majątku lub w przypadku innego sposobu zakończenia działalności spółki określonego przepisem art. 67 § 1 k.s.h. (również dzień rozpoczęcia podziału majątku). Podział majątku jest możliwy dopiero w sytuacji, gdy zaspokojono lub zabezpieczono wierzycieli, upłynniono majątek<sup>56</sup>. Podobna sytuacja występuje, gdy w stosunku do spółki – zgodnie z art. 52 p.u.i.n. – wydano postanowienie o ogłoszeniu upadłości. Podział majątku pomiędzy właścicieli spółek może zostać dokonany dopiero po sztywno określonych właściwymi przepisami prawa datach (por. art. 286 § 1 i art. 474 § 1). W odniesieniu do spółek osobowych w likwidacji brakuje takich terminów. W tej sytuacji decydujący będzie fakt rozpoczęcia podziału majątku<sup>57</sup>.

## Modele połączeń 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 występujące między nimi różnice są tak znaczące, 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

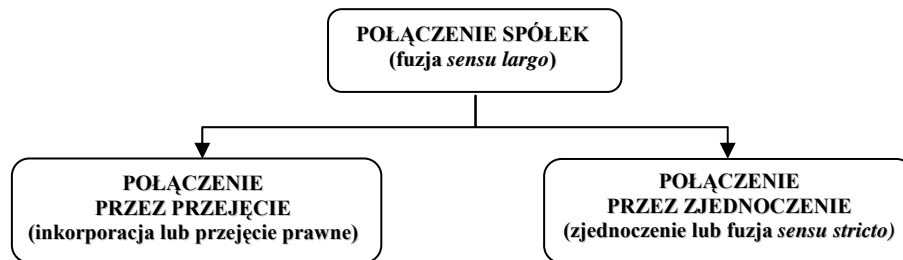
<sup>55</sup> Zob. Idem: *Spółka w upadłości układowej*. LexisNexis, Warszawa 2008, s. 177.

<sup>56</sup> Zob. A. Kidyba: *Prawo handlowe...*, op. cit., s. 480.

<sup>57</sup> 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 przejmowanej<sup>58</sup>. W wyniku transakcji przejęcia prawnego spółek handlowych spółka przejmowana ulega rozwiązaniu bez przeprowadzenia postępowania likwidacyjnego<sup>59</sup>. Jedynym elementem, który obligatoryjnie podlega zmianie podczas przejęcia jest umowa spółki przejmującej w sytuacji, gdy następuje podwyższenie jej kapitału zakładowego.



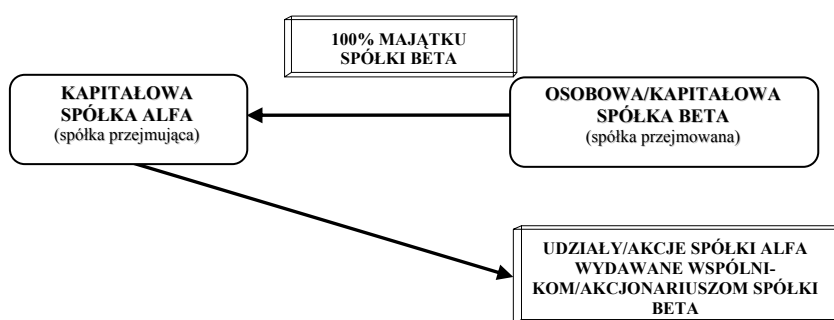
Rys. 4. Sposoby połączeń spółek w Kodeksie spółek handlowych

Źródło: Na podstawie Kodeksu spółek handlowych.

Istotę tej czynności prawnej wyjaśnia rys. 5, który przedstawia najbardziej klasyczny model tzw. przejęcia prawnego. Zakłada się, że spółka kapitałowa ALFA przejmuje spółkę handlową BETA. Spółki te nie są w żaden 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.

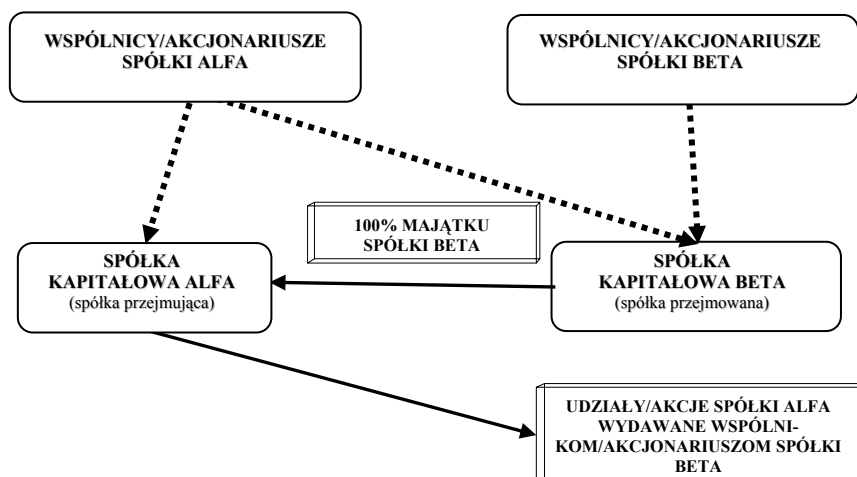
<sup>58</sup> Jak zauważa m.in. M. Snitko-Pleszko, konsekwencją połączenia się spółek przez przejęcie jest nie tylko wymiana majątku spółki przejmowanej na udziały lub akcje spółki przejmującej, lecz także występowanie dopłat w gotówce. Jednak instytucja dopłat gotówkowych występuje w okolicznościach, 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.

<sup>59</sup> 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 łączenia się spółek przez przejęcie

Nieco inaczej przebiega proces połączenia, gdy między łączącymi się spółkami istnieje zależność kapitałowa. Wówczas wspólnicy lub akcjonariusze jednej ze spółek mogą posiadać prawa udziałowe spółki, z którą się łączą. Istotę łączenia się spółek, w których występuje zależność kapitałowa przedstawia rys. 6.

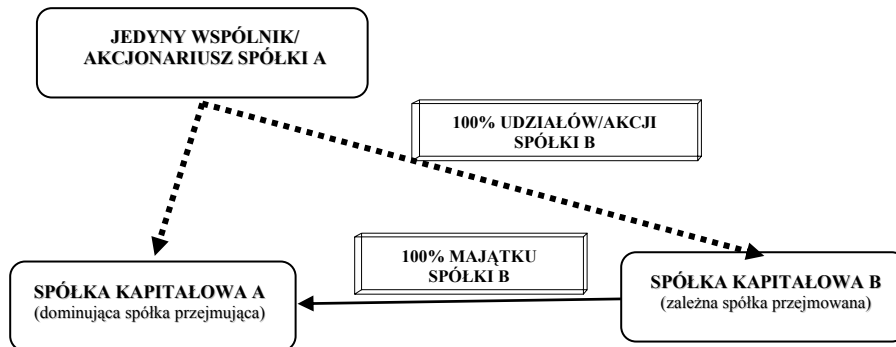


Rys. 6. Model II łączenia się spółek przez przejęcie

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 się dodatkowych udziałów lub akcji spółki połączonej ALFA właścicielom spółki BETA. Następuje tutaj unicestwienie udziałów spółki BETA z mocy prawa.

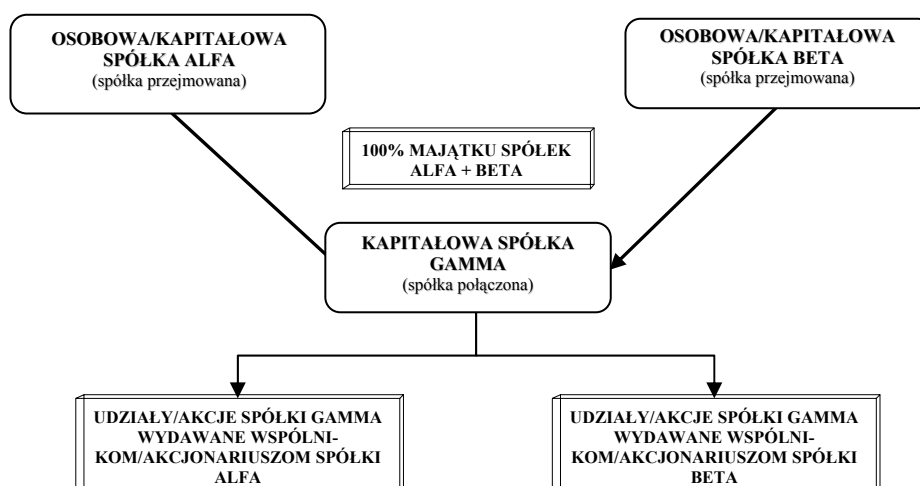
Zdaniem K.G. Szymańskiego możliwy jest jeszcze przypadek odosobnionego schematu łączenia się spółek, gdy spółką przejmującą jest spółka zależna od spółki przejmowanej (tzw. połączenie odwrotne)<sup>60</sup>. Ten model połączenia wydaje się bardzo efektywny z proceduralnego punktu widzenia, jednak pociąga za sobą wiele wątpliwości natury prawno-handlowej, podatkowej czy rachunkowej.



Rys. 7. Model III łączenia się spółek przez przejęcie

W przypadku połączenia przez zawiązanie nowej spółki kapitałowej (połączenie *per unionem*) – uregulowanego w przepisie art. 492 § 1 pkt 2 k.s.h. – łączenie spółek polega na zawiązaniu nowej spółki kapitałowej (w formie spółki z ograniczoną odpowiedzialnością lub spółki akcyjnej), na którą zostaje przeniesiony majątek dwóch (lub więcej) łączących się spółek, za udziały/akcje nowo powstałej spółki przyznawane wspólnikom lub akcjonariuszom spółek dotychczasowych. W konsekwencji spółki łączące się ulegają rozwiązaniu po wpisie do rejestru nowej spółki bez przeprowadzenia postępowania likwidacyjnego. Dotychczasowa działalność spółek, które uległy połączeniu, jest kontynuowana w ramach nowo powstałego podmiotu z nową umową spółki oraz z nowo powołanymi władzami (rys. 8).

<sup>60</sup> Przykładem połączenia odwrotnego w warunkach polskiej gospodarki rynkowej może być przejęcie w 2008 r. przez spółkę WAKACJE.PL Sp. z o.o. w Gdańsku spółki WAGARY Sp. z o.o. w Warszawie. Szerzej na temat tzw. połączenia odwrotnego (ang. *merger reverse*) pisze K.G. Szymański: *Opodatkowanie spółek kapitałowych. Połączenia, podziały i inne czynności restrukturyzacyjne*. Wolters Kluwer, Warszawa 2006, s. 212.



Rys. 8. Model łączenia się spółek przez zjednoczenie

Wybór jednej z przedstawionych powyżej metod połączenia przedsiębiorców oznacza podjęcie procedury rozwiązania dotychczasowych spółek oraz utworzenie nowej spółki – tzw. spółki połączonej – na podstawie aportów pochodzących z całkowitych majątków spółek w sposób prostszy, szybszy i oszczędniejszy niż miałyby się to odbywać poza instytucją łączenia spółek<sup>61</sup>. Z tego powodu stosowanie połączeń w drodze przejęcia lub zjednoczenia majątków spółek jest mocno postulowane zarówno przez przedstawicieli doktryny oraz praktykę życia gospodarczego, z uwagi na spójny charakter regulacji w tym zakresie.

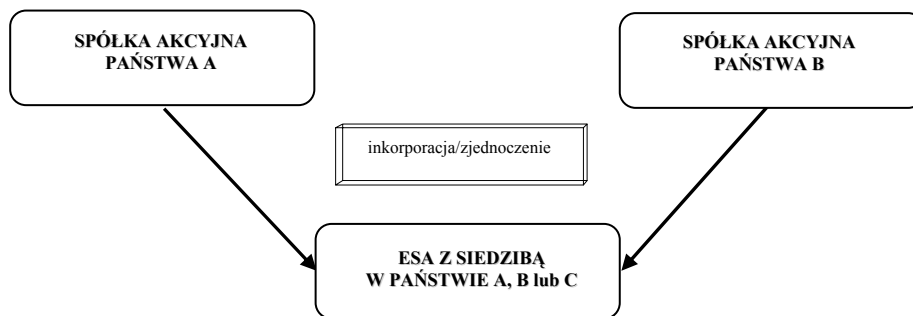
Połączenia spółek w krajach członkowskich UE lub w państwach wchodzących w skład Europejskiego Obszaru Gospodarczego mogą być przeprowadzane nie tylko w poszczególnych państwach, ale także na jednolitym rynku europejskim<sup>62</sup>. Takie działanie może spowodować powstanie spółki połączonej z udziałem właścicieli spółki zagranicznej lub powstania Europejskiej Spółki Akcyjnej (dalej: ESA), której ustrój prawny oraz zasady funkcjonowania określają odrębne regulacje. Możliwości dokonywania połączeń ponadnarodowych przedstawiają poniższe rys. 9 i 10.

<sup>61</sup> Por. T. Raiser: *Recht der Kapitalgesellschaften*. Verlag Vahlen, Monachium 1992, s. 511; A. Szajkowski w: S. Sołtysiński, A. Szajkowski, J. Szwaja: *Kodeks handlowy. Komentarz*. T. II. C.H. Beck, Warszawa 1996, s. 1130-1136.

<sup>62</sup> Jednolity rynek europejski definiowany jest – zgodnie z podpisanym 17 lutego 1986r. w Luksemburgu Jednolitym Aktem Europejskim (JAE), a następnie podpisanym 7 lutego 1992r. w Maastricht Traktatem ustanawiającym Wspólnotę Europejską (TWE) jako „obszar bez granic wewnętrznych, na których zostaje zapewniony swobodny przepływ towarów, osób, usług i kapitału” (JAE, art. 7a oraz TWE, art. 3, pkt 1, lit. C; art. 14, pkt 2.).



Rys. 9. Model transgranicznego łączenia się spółek



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

Praktyka życia gospodarczego wykształciła wiele dodatkowych sposobów połączeń 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 wcześniej przeprowadzonego przejęcia kapitałowego spółek i włączenia ich w grupę kapitałową. Koncentracja w prezentowanym ujęciu za każdym razem prowadzi do powstania łączności – bardziej lub mniej trwałej – między działającymi już na rynku podmiotami, dotychczas dla siebie obcymi.

Różnice pomiędzy fuzją *sensu stricto* a przejęciem prawnym uwidacznia się głównie w tym, że w przypadku przejęcia występuje niewątpliwie ciągłość historyczna spółki przejmującej, 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. Rodzynekiewicz, spółka przejmująca może bez większych trudności, w celu wykazania swego stanu wypłacalności i zdolności kredytowej, przedstawić sprawozdania finansowe i dokumenty opisujące działalność w latach ubiegłych<sup>63</sup>. Inaczej sytuacja wygląda w przypadku spółek łączących się przez zawiązanie 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. Przejmuje ona zarówno prawa, klientelę, techniczne i handlowe know-how, jak i wszelkie długi czy inne obowiązki majątkowe spółek. W sytuacji gdy połączenie następuje przez zawiązanie nowej spółki, wszystkie podmioty ulegają rozwiązaniu, a na nowo powstałą spółkę przechodzą 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 doświadczeń w zarządzaniu, prowadzeniu przedsiębiorstwa przez menedżerów dotychczasowych spółek, zdobywaniu i utrzymywaniu kontaktów itd.<sup>64</sup>. Nowo utworzona spółka funkcjonuje odtąd 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 the external growth strategy in enterprises, in which companies' merger constitutes a way of accomplishment the strategic goals in order to develop the company.

Companies' merger is one of the way 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 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 companies are also presented taking into consideration the level of capital relations of joining companies.

<sup>63</sup> Por. M. Rodzynekiewicz: *Łączenie się spółek. Komentarz*. LexisNexis, Warszawa 2002, s. 27.

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

**Andrzej Pokora**

## **KILKA UWAG W KWESTII UPADŁOŚCI 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 wiążących go stosunków obligacyjnych.

Z racji roli jaką w strukturze gospodarczej państwa 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 ustaw, 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.) obciążających ryzykiem środki powierzone pod jakimkolwiek tytułem zwrotnym. Jest to zatem podmiot prowadzący w szczególności działalność depozytowo-kredytową.

Przesłankę ogłoszenia upadłości banku określa art. 158 ust. 1 pr.bank. Jest to samodzielna (odrębna) podstawa ogłoszenia upadłości<sup>1</sup>. 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 przejęciu przez inny bank, za zgodą banku przejmującego. W przypadku gdy przejęcie niewypłacalnego banku nie jest możliwe, zarząd

---

<sup>1</sup> Z. Świeboda: *Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz*. LexisNexis, Warszawa 2004, s. 488; M. Kopyściański w: *Prawo bankowe w 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 Gwarancyjny<sup>2</sup>. 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 niewystarczająca<sup>3</sup>. Jak słusznie zauważa K. Kohutek<sup>4</sup>, 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 już do postawienia w stan upadłości. Wskazana w art. 158 ust. 1 pr.bank. podstawa ogłoszenia upadłości nie jest przy tym podstawą wyłączną. Wobec banku znajdzie także zastosowanie regulacja zawarta w art. 11 pr.up.n.<sup>5</sup>

Podmiotem wyłącznie legitymowanym do zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości banku jest Komisja Nadzoru Finansowego<sup>6</sup>. Wyłącza to możliwość wystąpienia z żądaniem ogłoszenia 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, że Komisja Nadzoru Finansowego nie jest dłużnikiem ani wierzycielem, pewne wątpliwości mogą pojawić się w trakcie formułowania przez nią przedmiotowego wniosku<sup>7</sup>.

Jakkolwiek przepisy prawa upadłościowego i naprawczego nie wskazują, jaki sąd jest rzeczowo 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-

<sup>2</sup> 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 postuluje się 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. Bączyk w: *Prawo bankowe. Komentarz*. Red. E. Fojcik-Mastalska. LexisNexis, Warszawa 2003, s. 662.

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

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

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

<sup>6</sup> 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 całości przedsiębiorstwa bankowego*. „Prawo Spółek” 1999, nr 6, s. 30.

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



dowych<sup>8</sup>. Postanowienie o ogłoszeniu upadłości doręcza się podmiotom wymienionym 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 na sądzie ciąży obowiązek wysłuchania podmiotów wskazanych w art. 427 ust.1. pr.up.n.<sup>9</sup>. Granice przedmiotowe tego wysłuchania wyznaczają: podstawy ogłoszenia upadłości oraz kandydatury na syndyka, nadzorcę sądowego, względnie zarządcę. Instytucja 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 sędzią-komisarz może zarządzić, aby takie oświadczenie zawierało podpis notarialnie poświadczony. Wysłuchanie odbywa się na posiedzeniu przed sądem lub sędzią-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 układu<sup>10</sup>, przy czym nie stosuje się przepisów o wstępnym zgromadzeniu wierzycieli (art. 44-50 pr.up.n.) oraz przepisów dotyczących zabezpieczenia majątku dłużnika<sup>11</sup>. Obowiązek<sup>12</sup> ogłoszenia upadłości

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

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

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

<sup>11</sup> Jednym ze skutków stanu niewypłacalności banku jest ciężący 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 możliwością zawarcia układu jest konsekwencją specyfiki upadłości bankowej, która ma jednoznacznie sanacyjny charakter ze względu na konieczność zapewnienia stabilności i pewności systemu bankowego. Eliminacja z rynku upadłego banku nie może prowadzić zatem do zachwiania tego bezpieczeństwa.

Ten rodzaj upadłości rodzi określone skutki. Przede wszystkim ogłoszenie upadłości banku nie pociąga za sobą przekształcenia charakteru i terminu płatności wierzytelności<sup>13</sup>. Zatem nie następuje zmiana zobowiązań niepieniężnych na zobowiązania pieniężne oraz nie stają się wymagalne zobowiązania pieniężne upadłego, których termin płatności świadczenia jeszcze nie nastąpił. Upadły bank ani zarządca nie mogą wykonywać zobowiązań objętych układem, przy czym jak się podnosi w literaturze<sup>14</sup>, zakaz ten obejmuje również świadczenia wynikające z zobowiązań niepieniężnych. Naruszenie przedmiotowego zakazu powoduje nieważność takiej czynności zgodnie z treścią art. 58 k.c.<sup>15</sup>.

Z zakazem wykonywania zobowiązań objętych układem w ścisłym związku pozostaje obowiązek zawieszenia postępowań zabezpieczających i egzekucyjnych prowadzonych w stosunku do tych wierzytelności. Prowadzenie egzekucji przeciwko upadłemu miałoby bez wątpienia niekorzystny wpływ na restrukturyzację jego zobowiązań<sup>16</sup>. Zawieszenie to trwa do chwili uprawomocnienia się postanowienia o zatwierdzeniu układu.

Ponadto w czasie prowadzenia postępowania upadłościowego banku zostały ograniczone możliwości potrącenia wzajemnych wierzytelności między upadłym a jego wierzycielami<sup>17</sup>.

Należy również wskazać na ograniczenie prawa wierzycieli upadłego banku do wypowiedzenia umowy najmu lub dzierżawy lokalu bądź nieruchomości, w których prowadzone jest przedsiębiorstwo upadłego, a także innych kontrak-

---

bankowej poza windykacją należności oraz realizacją poleceń przelewu na rachunki organów podatkowych jak również nie może wypłacać środków pochodzących z nadwyżki bilansowej ani oprocentowania wkładów, to należy uznać, że stanowi to wystarczający mechanizm zabezpieczający przed uszczuplaniem przyszłej masy upadłości. Po zawieszeniu działalności banku Komisja Nadzoru Finansowego podejmuje decyzję o przejęciu banku przez inny bank lub o wystąpieniu do sądu o ogłoszenie upadłości banku.

<sup>12</sup> Sąd upadłościowy nie bada zatem, czy zostały spełnione przesłanki przewidziane w art. 14 pr.up. i nap., uzasadniające takie rozstrzygnięcie w przedmiocie sposobu prowadzenia postępowania upadłościowego.

<sup>13</sup> Zob. P. Zimmerman: *Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz*. C.H. Beck, Warszawa 2007, s. 122.

<sup>14</sup> Zob. D. Chrapoński w: *Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz*. Red. A. Witosz. LexisNexis, Warszawa 2010, s. 230; Z. Miczek: *Sytuacja prawna wierzyciela niepieniężnego w postępowaniu upadłościowym z możliwością zawarcia układu*. PPH 2005, nr 4, s. 6 i n.

<sup>15</sup> Zob. F. Zedler w: A. Jakubecki, F. Zedler: *Prawo upadłościowe...*, op. cit., s. 253.

<sup>16</sup> Zob. A. Hrycaj: *Wpływ postępowania w przedmiocie ogłoszenia upadłości na postępowanie egzekucyjne*. PPE 2006, nr 7-8, s. 57 i n.

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

tów, tj. umowy leasingu, ubezpieczenia majątkowego, rachunku bankowego, poręczeń i gwarancji bankowej. Wszystkie te umowy mogą być 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 sędzia-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. Zarządca 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 zarządu. Zarządca, pomimo że zostaje ustanowiony przez sąd upadłościowy, nie spełnia czynności należących do sądu, gdyż czynności zarządu są jego czynnościami, podejmowanymi we własnym imieniu i na podstawie ustawowych unormowań. W sprawach dotyczących zarządu zarządca może pozywać i być pozywanym. W postępowaniu sądowym działa więc w imieniu własnym. Można wiązać z nim przymiot tzw. strony z urzędu. Gdy chodzi o status prawny zarządcy, to należy uznać, że zalicza się on do tej samej grupy zastępców pośrednich co syndyk masy upadłości. Jest osobą, która sprawuje we własnym imieniu zarząd masą upadłości, stanowiącą mienie upadłego. Ponadto należy wskazać, że w art. 115 § 13 ust 3 k.k. zarządca 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 rachunkowym<sup>18</sup>, uczestniczenia w zgromadzeniu wierzycieli, a także do ustalenia listy wierzytelności. Spis inwentarza i sprawozdanie finansowe na dzień ogłoszenia upadłości zarządca 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 zarządzające oraz nadzorcze banku ulegają rozwiązaniu.

---

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

Następuje także wygaśnięcie mandatu zarządu komisarycznego, likwidatora oraz uprawnień 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 zarządu swoim przedsiębiorstwem i to w każdym zakresie. Jakkolwiek ulegają rozwiązaniu organy zarządzające i nadzorcze banku, to nie ulega oczywiście rozwiązaniu walne zgromadzenie, gdyż nie jest to organ zarządzający, lecz uchwałodawczy, który w toku postępowania upadłościowego ma określone uprawnienia (złożenie propozycji układowych). Jednocześnie z chwilą ogłoszenia upadłości wygasają uprawnienia do wynagrodzenia członków zarządu oraz rady nadzorczej. Nie ma tutaj znaczenia tytuł prawny wypłaty wynagrodzenia. Art. 433 pkt 3 stanowi *lex specialis* wobec art. 129 pr.up.n.<sup>19</sup>.

Ponadto z dniem ogłoszenia upadłości z mocy samego prawa ulegają rozwiązaniu umowy bankowe wymienione w przywołanym przepisie. Rozwiązują się zatem umowy rachunku bankowego, umowy kredytowe i umowy pożyczki jeszcze niewykonane przez upadły bank. Należy przyjąć, że rozwiązaniu ulegają także umowy kredytu lub pożyczki częściowo zrealizowane – w takim zakresie, w jakim nie zostały one wykonane przez bank przed dniem ogłoszenia upadłości. Rozwiązanie 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 rozwiązaniu umowy sejfów bankowego 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 więź umowna.

Potrzeba ustanowienia kuratora jest konsekwencją regulacji zawartej w art. 433 pr.up.n. (rozwiązanie organów zarządzających i nadzorczych). Jak się słusznie podnosi w literaturze<sup>20</sup>, funkcję 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 uprawnień do złożenia wniosku o zawarcie układu z wierzycielami banku. Ponadto kuratorowi może zostać powierzony także zarząd masą upadłości (art. 430 ust. 3 pr.up.n.)<sup>21</sup>. W takim wypadku, jak należy sądzić, znajdują

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

<sup>20</sup> S. Gurgul: Op. cit., s. 995.

<sup>21</sup> W takim wypadku sąd upadłościowy wyznaczy nadzorcę sądowego.

w stosunku do niego zastosowanie przepisy art. 182-184 pr.up.n., gdyż ustanowienie kuratora do reprezentowania banku w postępowaniu upadłościowym siłą rzeczy wyklucza możliwość powołania zarządcy. Wobec kuratora nie można stosować środków przymusu. Za podejmowane w toku postępowania czynności przysługuje mu wynagrodzenie. Ponosi on także odpowiedzialność za wyrządzoną szkodę, na takich samych zasadach, jakie dotyczą osoby syndyka.

Podmiotami uprawnionymi do złożenia propozycji układowych (planu określającego sposób restrukturyzacji zobowiązań upadłego wraz z uzasadnieniem) są akcjonariusze, jeżeli upadły bank działał w formie spółki akcyjnej, oraz członkowie – w przypadku gdy upadły prowadził działalność jako bank spółdzielczy. Warunkiem dopuszczenia do zawarcia układu jest jednak to, aby propozycje układowe pochodziły od akcjonariuszy, względnie członków reprezentujących dwie trzecie kapitału zakładowego lub funduszu udziałowego. W wypadku upadłości banku spółdzielczego możliwość złożenia propozycji układowych ma również bank zrzeczający, którego bank spółdzielczy jest akcjonariuszem.

Co do zasady to upadły jest legitymowany do złożenia propozycji układowych, jeśli sąd ogłosił upadłość z możliwością zawarcia układu. W postępowaniu upadłościowym wobec banków, co już wcześniej zostało powiedziane, sąd *ex lege* ogłasza upadłość z możliwością zawarcia układu. Jednakże ze względu na to, że z dniem ogłoszenia upadłości banku ulegają rozwiązaniu jego organy zarządzające i nadzorcze (art. 433 pr.up.n.), a ponadto z racji tego, że upadły bank nie jest uprawniony do złożenia wniosku o ogłoszenie swej upadłości, propozycje układowe mogą pochodzić przede wszystkim od zarządcy, a także od kuratora<sup>22</sup> ustanowionego przez sąd do reprezentowania banku w postępowaniu upadłościowym (art. 429 ust. 3 pr.up.n.). Propozycje układowe może również złożyć nadzorca sądowy. W literaturze wskazuje się, że funkcjonalna wykładnia art. 267 ust. 4 pr.up.n. skłania do przyjęcia tezy, że do grona podmiotów uprawnionych do złożenia propozycji układowych należy także wierzycieli upadłego banku<sup>23</sup>. Nie mogą natomiast tych propozycji składać syndyk oraz rada wierzycieli, oczywiście w przypadku postępowania upadłościowego z możliwością zawarcia układu. Wszystkie podmioty uprawnione do złożenia propozycji układowych wiąże w tym zakresie miesięczny termin, który z ważnych powodów sędzia-komisarz może przedłużyć do trzech miesięcy.

<sup>22</sup> P. Zimmerman: Op. cit., s. 622.

<sup>23</sup> K. Kohutek: *Sanacja banku...*, op. cit., s. 580.

Propozycje układowe powinny wskazywać sposób restrukturyzacji zobowiązań upadłego oraz zawierać uzasadnienie. Katalog przykładowych<sup>24</sup> sposobów restrukturyzacji jest zawarty w art. 270 pr.up.n. Może on być rozszerzony przez składającego o propozycje niewskazane w ustawie<sup>25</sup>. Natomiast konieczne<sup>26</sup> elementy uzasadnienia propozycji układowych określa przepis art. 280 pr.up.n. To właśnie one mają stanowić podstawę do oceny realności wykonania układu<sup>27</sup>.

Układ obejmuje co do zasady wszystkie wierzytelności powstałe przed dniem ogłoszenia upadłości, a także wierzytelności zależne od warunku, jeżeli warunek ziścił się w czasie wykonywania układu. Wyjątkiem od tej zasady są wierzytelności<sup>28</sup> określone przepisami art. 273 i 85 pr.up.n.

Niezbędnym 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 obejmującej kategorię interesów wierzycieli łącznie posiadających wierzytelności o wartości nie mniejszej niż dwie trzecie ogólnej sumy wierzytelności uprawniającej 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-

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

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

<sup>26</sup> 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.

<sup>27</sup> Zob. F. Zedler w: A. Jakubecki, F. Zedler: *Prawo upadłościowe i naprawcze...*, op. cit., s. 796.

<sup>28</sup> 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 sędziego-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 administracyjnymi<sup>29</sup>.

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 majątkiem<sup>30</sup>.

Jeżeli nie dojdzie do zawarcia układu<sup>31</sup> 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 wyłączając banku państwowego czy banku spółdzielczego. Stanowi to wyjątek od reguły zawartej w art. 157 pr.up.n. Taką 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 masą upadłości.

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

<sup>30</sup> K. Kohutek: *Sanacja banku...*, op. cit., s. 592,

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

Nabywcą przedsiębiorstwa upadłego banku – co wydaje się uzasadnione – może być tylko inny bank. Nabycie banku w całości przez inny bank będzie formą sanacji przedsiębiorstwa banku *sensu largo*<sup>32</sup>, które z momentem zbycia będzie stanowić integralny element majątku nabywcy<sup>33</sup>. Warunki na jakich ma nastąpić zbycie banku, a także termin do składania ofert określa sędzia-komisarz po wcześniejszej konsultacji z Komisją Nadzoru Finansowego, która wyraża swoją opinię w tym zakresie. Oferty potencjalnych nabywców powinny być kierowane do sędziego-komisarza, który wydaje postanowienie zatwierdzające wybór, a tym samym przyznaje prawo do nabycia przedsiębiorstwa bankowego. Postanowienie sędziego-komisarza wymaga uprzedniego zasięgnięcia opinii Komisji Nadzoru Finansowego.

Nabycie przedsiębiorstwa bankowego w toku procedury upadłościowej następuje w zasadzie w stanie wolnym od obciążeń<sup>34</sup>, 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 przedsiębiorstwa bankowego syndyk ma obowiązek zgłosić bez zwłoki w odpowiednim rejestrze, w którym bank był ujawniony. Znaczenie pojęcia „przedsiębiorstwo bankowe” nie odbiega od tego, jakie pojęciu „przedsiębiorstwo” nadano w art. 551 k.c. i oznacza zorganizowany zespół składników materialnych oraz niematerialnych, za pomocą których możliwe jest w szczególności podejmowanie i realizowanie przedsięwzięć o charakterze bankowym.

Jeśli nie dojdzie do nabycia całego przedsiębiorstwa bankowego, to nastąpi 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 sprzedaży nabywcą może być każdy podmiot, nie zaś wyłącznie inny bank<sup>35</sup>. Sprzedaży poszczególnych składników upadłego banku dokona syndyk po uzyskaniu w tym zakresie zezwolenia sędziego-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 środków gwa-

<sup>32</sup> Zob. M. Bączyk: *Zarys prawa bankowego*. Cz. I. Prawo systemu bankowego, Toruń 2000, s. 157-158; T. Narożny: *Prawo bankowe*. WWSB, Poznań 1998, s. 230.

<sup>33</sup> Zob. K. Kohutek: *Sanacja banku...*, op. cit., s. 599.

<sup>34</sup> Zob. P. Zimmerman: *Prawo upadłościowe...*, op. cit., s. 624.

<sup>35</sup> Por. S. Gurgul: Op. cit., s. 1009; Z. Świeboda: Op. cit., s. 499.



rantowanych, podlegają zaspokojeniu w kategorii pierwszej, bezpośrednio po kosztach postępowania upadłościowego oraz po zaspokojeniu należności za pracę.

Jeżeli wierzytelności i należności od upadłego były zabezpieczone ograniczonymi prawami rzeczowymi, to wówczas do zaspokajania wierzycieli zastosowanie znajdują przepisy zawarte w rozdziale 2 działu II w tytule VIII części pierwszej prawa upadłościowego i naprawczego, a zatem te, które określają kolejność spłacania wierzytelności zabezpieczonych hipoteką, zastawem, zastawem rejestrowym, zastawem skarbowym i hipoteką morską.

## **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 interesów<sup>1</sup>, 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 akcjonariuszy<sup>2</sup>.

Interesy wierzycieli w relacji do interesów spółki oraz akcjonariuszy i interesy akcjonariuszy większościowych *versus* interesy akcjonariuszy mniejszościowych zostały w doktrynie dość szczegółowo i wyczerpująco ukazane<sup>3</sup>. 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 zbieżne, ale nie są tożsame. Interesy spółki często współgrają płynnie z interesami akcjonariuszy, jednakże w obrocie gospodarczym zdarza się, iż interes spółki odrywa się od interesu akcjonariuszy. Naświetlenie uwarunkowań tych rozbieżności jest celem niniejszego artykułu. Wymaga to przedstawienia istoty interesu spółki i interesu akcjonariuszy oraz wzajemnych wieloaspektowych relacji między nimi.

---

<sup>1</sup> Temat interesów prawnych i faktycznych poruszali m.in. T. Rowiński: *Interes prawny w procesie cywilnym i postępowaniu nieprocesowym*. Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1971; H. Groszyk, A. Korybski: *O pojęciu interesu w naukach prawnych (przegląd wybranej problematyki z perspektywy teoretycznoprawnej)*. W: *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.

<sup>2</sup> 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 określane są problemami agencji (*agency problems*). A. Opalski: *Rada nadzorcza w spółce akcyjnej*. C.H. Beck, Warszawa 2006, s. 16-17.

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

## Interes spółki

Kodeks spółek handlowych<sup>4</sup> nie zawiera definicji legalnej interesu spółki, jednakże daje podstawy normatywne do konstrukcji tego pojęcia przez doktrynę i judykaturę. Można je odnaleźć przede wszystkim w dwóch przypisach:

- art. 422 § 1 k.s.h., dającemu określonym podmiotom prawo do wytoczenia powództwa o uchylene 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., przyznający walnemu zgromadzeniu możliwość pozbawienia akcjonariuszy, w interesie spółki, prawa poboru akcji w całości lub w części.

Interes spółki można zdefiniować jako (kategorię zbiorczą) modyfikowalny zbiór celów spółki. Można zaproponować następujące ujęcia 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 dopuszczalnym<sup>5</sup>. Cel spółki należy odróżnić od jej przedmiotu, czyli rodzaju prowadzonej działalności<sup>6</sup>. Otwarte pozostaje zagadnienie, czy interes spółki obejmuje także interes społeczności lokalnej, w otoczeniu której spółka funkcjonuje (interesariuszy). Może się zdarzyć, 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 społeczności lokalnej. Wydaje się, że interes społeczności lokalnej należy brać

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

<sup>5</sup> 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.

<sup>6</sup> Przedmiot działalności oraz cel spółki należy odróżnić od przedsiębiorstwa w znaczeniu art. 55<sup>1</sup> 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 nawiązania do wspomagania tej społeczności. Może mieć to duże znaczenie praktyczne. W przypadku konfliktu interesu spółki z interesem akcjonariuszy, zarząd może argumentować, że interes spółki obejmuje także otoczenie, w którym spółka działa<sup>7</sup>.

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 akcjonariuszy<sup>8</sup>. Akcjonariusze partycypują w ryzyku funkcjonowania spółki i oczekują z tego tytułu gratyfikacji, różnie jednak rozumieją swój interes, czyli przedmiot pożądań i dążeń. Rozumienie to jest uzależnione od pozycji jaką zajmują w spółce<sup>9</sup>.

Drobnym akcjonariuszom zależy przede wszystkim na szybkiej maksymalizacji zysków spółki, swój interes upatrują w szczególności w przysporzeniach majątkowych powodowanych obrotem akcjami, wypłatami dywidend, sprzedażą praw poboru<sup>10</sup>. Tacy akcjonariusze są zainteresowani tym, by możliwość zbycia akcji była jak najszersza<sup>11</sup>.

Akcjonariusz większościowy jest zorientowany na osiągnięcie korzyści długoterminowych oraz uzyskanie realnego wpływu na decyzje strategiczne spółki<sup>12</sup>. Oddziaływanie akcjonariusza na spółkę sprowadza się do oddziaływania na

<sup>7</sup> Zob. rozważania na ten temat J. Okolski, J. Modrzejewski, Ł. Gasiński: Op. cit., s. 25. Przeciwnikiem utożsamiania interesów spółki z interesami interesariuszy jest A. Opalski: *O pojęciu...*, op. cit., s. 18.

<sup>8</sup> A. Szumański w: S. Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja: *Kodeks spółek handlowych. Komentarz. T. III*. Warszawa 2003, s. 571.

<sup>9</sup> Ustalając interes spółki w relacji interesów akcjonariuszy większościowych i mniejszościowych, Trybunał Konstytucyjny w uzasadnieniu wyroku z 21 czerwca 2005 r. podkreślił, iż zasada większości (prymat czynnika kapitałowego nad osobowym) jest fundamentalną zasadą dla nowoczesnego prawa spółek, gdyż stanowi ona gwarancję efektywności spółek kapitałowych, zarazem podnosząc, że przyznanie tak dużej wagi zasadzie rządów większości 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.

<sup>10</sup> A. Malinowski: *Członek zarządu – funkcjonariusz spółki czy powiernik interesów dominującego 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.

<sup>11</sup> Zasadzie zbywalności akcji daje wyraz art. 337 k.s.h. Istotą 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 Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 3.4.2003r., I ACa 432/02, OSA 2004, Nr 9, poz. 28.

<sup>12</sup> A. Malinowski: Op. cit., s. 2.

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

- wyposażenie go w prawa podmiotowe o charakterze korporacyjnym,
- szerokie ukształtowanie kompetencji walnego zgromadzenia, które jest władne do podejmowania kluczowych postanowień w spółce decydujących o kierunku jej działań i dalszym rozwoju<sup>13</sup>.

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 naświetlić interes spółki i interes akcjonariuszy.

Walne zgromadzenie jest najwyższym organem spółki akcyjnej<sup>14</sup>. 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 spółki<sup>15</sup>.

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

<sup>14</sup> 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. Frąckowiak w: J. Frąckowiak, A. Kidyba, K. Kruczałak, 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. Strzępka, P. Piniór, W. Popiołek, E. Zielińska: *Kodeks...*, op. cit., s. 270.

<sup>15</sup> Godzenie w interesy spółki, jako jedną 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. Także 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*)<sup>16</sup>. 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 akcjonariuszy<sup>17</sup>. Takie transfery mogą też występować, gdy walne zgromadzenie podejmie uchwałę, która będzie prowadzić, poprzez niekorzystne dla spółki transakcje, do przepływu składników majątku spółki do majątku osobistego akcjonariuszy, co będzie skutkowało likwidacją lub upadłością spółki przy niewielkim majątku, rażąco 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 wierzycieli<sup>18</sup>. 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 korzyści<sup>19</sup>. Podobnie godzeniem w interes spółki może być podważenie jej wiarygodności poprzez zerwanie więzi z kooperantami i klientami bądź ujawnienie ich tajemnic<sup>20</sup>.

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 zarządu<sup>21</sup>.

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 decyzję w sprawach spółki, członkowie zarządu powinni poddać ocenie – 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-

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

<sup>17</sup> A. Szajkowski, M. Tarska: *Prawo...*, op. cit., s. 715.

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

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

<sup>20</sup> A. Kidyba: *Kodeks spółek handlowych...*, op. cit., s. 663.

<sup>21</sup> 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.

chować lojalność wobec spółki oraz unikać działań mogących prowadzić, kosztem spółki, do realizacji własnych korzyści materialnych<sup>22</sup>.

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. 375<sup>1</sup> k.s.h. nie zabrania jednak wydawania poleceń, które nie miałyby charakteru wiążącego, lecz jedynie instruktażowy, a które mogłyby stanowić podstawę do wykazania braku zawodowej staranności w odniesieniu do członków zarządu, gdy nie wezmą pod uwagę stosownych sugestii<sup>23</sup>.

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 dwojaką odpowiedzialność:

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

<sup>22</sup> 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](http://www.corp-gov.gpw.pl).

<sup>23</sup> A. Kidyba: *Kodeks spółek handlowych...*, op. cit., s. 413; J. Szwaja, R. Kwaśnicki: *W sprawie wykładni nowego art. 375<sup>1</sup>, 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 szkodę 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 dwu tygodni 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 nie obejmować informacji dwojako rodzaju – podanych do wiadomości publicznej oraz udzielonych podczas walnego zgromadzenia.

Zasadność nieudzielania informacji akcjonariusz może poddać kontroli sądu. Kodeks spółek handlowych stanowi, że akcjonariusz, któremu odmówiono ujawnienia żądanej 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 zgromadzeniem<sup>24</sup>.

<sup>24</sup> 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 bezwzględny, nie może być przeniesione bez równoczesnego zbycia akcji. Natomiast prawo do dywidendy ma charakter obligacyjny, podlega cesji, może być przedmiotem potrącenia lub zastawu<sup>25</sup>.

Roszczenie o wypłatę dywidendy powstaje w konkretnym roku i zależy od powzięcia uchwały przez walne zgromadzenie<sup>26</sup>. Możliwe są 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 zysku 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”<sup>27</sup>.

Drobni akcjonariusze są zainteresowani coroczną wypłatą przez spółkę dywidendy, gdyż 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 większościowych, zainteresowanych w osiągnięciu korzyści długoterminowych. Akcjonariusze większościowi, ze względu na wpływ na obsadzanie organów spółki, mogą zresztą otrzymywać wynagrodzenie z tytułu pełnienia funkcji w zarządzie bądź 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.)<sup>28</sup>.

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

<sup>26</sup> 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).

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

<sup>28</sup> B. Skorek: *Op. cit.*, s. 81-82; A. Szajkowski, M. Tarska: *Op. cit.*, s. 715; S. Sołtysiński w: S. Sołtysiński, 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 rozwiązaniu byłaby ochrona praw nabytych, za interes spółki. W doktrynie można spotkać pogląd, iż walne zgromadzenie może po powzięciu uchwały co do podziału zysku, lecz przed jej wykonaniem, uchwalić, że zysku nie wypłaca i przeznacza go na inne cele. Jednakże musi wtedy zachodzić konieczność użycia zysku na cele spółki (przykładowo odbudowa budynków po zdarzeniu losowym, np. pożarze) połączona z brakiem innych funduszy na ten cel i niemożliwością ich zdobycia w inny sposób<sup>29</sup>. Powstaje pytanie, czy w przypadku gdy taka konieczność nie występuje, a spółka potrzebuje kapitał 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, gdyż 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, gdyż mogą otrzymać świadczenie 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 przeznaczała duże kwoty na wykup weksli dłużnych emitowanych przez akcjonariusza większościowego. Wyrok SA w Warszawie 15.05.2007 r., sygn. I ACa 339/07, niepublikowany.

<sup>29</sup> 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)<sup>30</sup>.

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, iż takie następcze wyłączenie prowadziłyby do naruszenia nabytego już prawa poboru, jednak można bronić także odmiennego poglądu, powołując się na interes spółki przemawiający za takim następczym wyłączeniem<sup>31</sup>.

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 ważne 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, iż możliwość 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, iż interes spółki w wyłączeniu prawa poboru musi zostać udowodniony<sup>32</sup>. 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,
- związaniu ze spółką 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 rynku<sup>33</sup>.

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

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

<sup>32</sup> A. Radwan: *Op. cit.*, s. 270-272.

<sup>33</sup> 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 zgromadzeniu<sup>34</sup>,
- zredukowanie przysługującego akcjonariuszom prawa poboru w przypadku kolejnych emisji akcji,
- zmniejszenie wysokości dywidendy wypłacanej akcjonariuszom<sup>35</sup>.

Problematykę relacji pomiędzy interesem spółki a interesem akcjonariuszy, poprzez przyznanie 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 też nabyte przez osoby, które wnoszą do spółki niezbędny dla niej kapitał. Jednocześnie Sąd Apelacyjny uznał, że nie doszło do pokrzywdzenia akcjonariuszy, gdyż uchwała dotknęła wszystkich akcjonariuszy równomiernie, wyłączając ich prawo poboru, a uprzywilejowanie nowego akcjonariusza było podyktowane celami, jakie przed nim stawiano. Uchwały chroniły interes spółki, zapobiegając niebezpieczeństwu jej upadłości<sup>36</sup>.

## Podsumowanie

Interes spółki i interes akcjonariuszy mogą być w wielu przypadkach ze sobą zbieżne, nie są jednak tożsame. Często w praktyce gospodarczej dochodzi do ich rozejścia się. 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,

<sup>34</sup> Skutek ten nie wystąpi, gdy nowo wydane akcje będą akcjami niemymi.

<sup>35</sup> Należy jednak wziąć pod uwagę, że pozyskanie inwestora strategicznego, nowych środków finansowych na inwestycje bądź pożądaných 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.

<sup>36</sup> 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 pojęciowo 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.