

Rozdział 1. Istota i pojęcie transgranicznego łączenia się spółek kapitałowych

1.1. Motywy regulacji transgranicznego łączenia się spółek

Transgraniczne łączenie się spółek jest obecnie jedną z powszechniejszych form tzw. bezpośrednich inwestycji zagranicznych (ang. *foreign direct investment*)¹. Spółki coraz częściej chcą uzyskać silniejszą pozycję nie tylko na rynku krajowym, ale również na rynku międzynarodowym. W tym celu dochodzi do operacji o charakterze inwestycyjno-kapitałowym, których skutkiem jest przejęcie kontroli nad istniejącym podmiotem, wzmocnienie pozycji rynkowej istniejącego podmiotu lub utworzenie zupełnie nowego podmiotu dzięki zainwestowanemu kapitałowi już istniejących podmiotów. Za główną przyczynę ekspansji spółek na rynki zagraniczne należy uznać przede wszystkim względy ekonomiczne. Na skutek łączenia się spółek tworzone są stabilniejsze gospodarczo podmioty, które uzyskują często szerszy dostęp do rynku². Jako inne przyczyny, dla których dokonywane są transgraniczne łączenia się spółek, można wskazać: możliwość konsolidacji w ramach jednej branży, możliwość szerszej ekspansji eksportowej, ochronę własnej pozycji na rynku międzynarodowym, uzyskanie niższych jednostkowych kosztów pracy bądź po prostu przejęcie kontroli nad strategiczną spółką. Bez względu na przyczynę, transgraniczne łączenie się spółek handlowych jest silnie związane ze swobodą przedsiębiorczości. Rozpatrując transgraniczne łączenie się spółek w kontekście wewnątrzwspólnotowym, należy podkreślić, że jest ono ściśle związane z ogól-

¹ Więcej na ten temat zob.: S. Ferencíková, w: S. Ferencíková a kol., *Medzinárodná expanzia firiem, stratégie, partnerstvá a ľudské zdroje*, Bratysława 2013, s. 18 i n.

² Zob. P. Piniór, w: J.A. Strzępka (red.), *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 1190.

nymi zasadami dotyczącymi funkcjonowania wewnętrznego rynku UE w tym z zasadą swobody przedsiębiorczości (zakładania przedsiębiorstw).

Swoboda przedsiębiorczości (zakładania przedsiębiorstw) stanowi obok swobody przepływu towarów, swobody przemieszczania się pracowników, swobody świadczenia usług oraz swobody przepływu kapitału, jedną z fundamentalnych swobód wspólnotowych uregulowanych w Traktacie o Funkcjonowaniu UE. Pomimo że swoboda przedsiębiorczości nie została wymieniona wprost w przepisie art. 26 ust. 2 TFUE pośród czterech głównych swobód wspólnotowych, jest ona niewątpliwie istotnym elementem rynku wewnętrznego UE. Świadczy o tym fakt, że regulację swobody przedsiębiorczości przewidziano bezpośrednio w tytule IV rozdziale 2 TFUE. Problematykę tę regulują przede wszystkim przepisy art. 49–55 TFUE. Stosownie do przepisu art. 49 TFUE swoboda przedsiębiorczości obejmuje podejmowanie i wykonywanie działalności prowadzonej na własny rachunek, jak również zakładanie i zarządzanie przedsiębiorstwami, a zwłaszcza spółkami w rozumieniu przepisu art. 54 TFUE, na warunkach określonych dla własnych obywateli przez ustawodawstwo państwa przyjmującego.

Ze względu na lakoniczność przepisów tytułu IV rozdziału 2 TFUE swoboda przedsiębiorczości jest stale doprecyzowywana przez orzecznictwo TSUE³. Nie ulega jednakże wątpliwości, że przedmiotowy zakres swobody przedsiębiorczości będzie obejmował czynności prawne i faktyczne związane z utworzeniem, utrzymaniem i kierowaniem bądź to prawnie samodzielną formą organizacyjną przedsiębiorstwa, bądź to prawnie niesamodzielną formą organizacyjną przedsiębiorstwa (np. oddziałem) lub spółką zależną⁴. Ponadto w piśmiennictwie wyróżnia się także pierwotną oraz wtórną swobodę przedsię-

³ Zob. m.in.: wyr. TSUE z 12.6.2014 r., *Inspecteur van de Belastingdienst/Noord/kantoor Groningen v. SCA Group Holding BV i in.*, C-39/13, Legalis; wyr. TSUE z 21.2.2013 r., postępowanie wszczęte przez A Oy, C-123/11, Legalis; wyr. TSUE z 6.9.2012 r., *DI. VI. Finanziaria di Diego della Valle & C. SapA v. Administration des contributions en matiere d'impôts*, C-380/11, Legalis; wyr. TSUE z 10.3.2009 r., *Hartlauer Handelsgesellschaft mbH v. Wiener Landesregierung i Oberösterreichische Landesregierung*, Legalis; wyr. TSUE z 16.12.2008 r., *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt*, C-210/06, Legalis; wyr. TSUE z 30.11.1995 r., *Reinhard Gebhard v. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, C-55/94, Zb.Orz. 1995, s. I-4165; wyr. TSUE z 25.7.1991 r., *Factortame II*, C-221/89, Zb.Orz. 1991, s. I-3905, pkt 20.

⁴ Por. J. Maliszewska-Nienartowicz, Swoboda prowadzenia działalności gospodarczej na terenie Unii Europejskiej – wybrane zagadnienia, PrSp 2005, Nr 7–8, s. 23; E. Skibińska, M. Żuk, A. Lankamer-Prasolek, Transgraniczne łączenie się spółek, s. 4.

biorczości⁵. Przy czym pierwotna swoboda przedsiębiorczości polega na przeniesieniu do innego państwa członkowskiego zakładu głównego (głównej działalności), natomiast wtórna swoboda przedsiębiorczości oznacza podjęcie dodatkowej działalności w innym państwie członkowskim.

W świetle powyższych uwag transgraniczne łączenie się spółek wydaje się być interesującym sposobem korzystania z tej swobody. Pomimo iż uprawnienie dla dokonania transgranicznego połączenia wypływa bezpośrednio z przepisów art. 49–55 TFUE (d. art. 43–48 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską), to w przypadku braku w krajowym ustawodawstwie państwa członkowskiego jakichkolwiek przepisów szczegółowych dotyczących nie tylko łączenia się transgranicznego, ale również krajowego – połączenia na poziomie transgranicznym byłyby znacząco utrudnione. Ponadto, niejednolite ustawodawstwa krajowe państw członkowskich w zakresie łączenia się spółek wymusiły na ustawodawcy europejskim dokonanie pewnych rozwiązań tej problematyki już na poziomie wspólnotowym. Fundament dla unormowania w krajowym porządku prawnym instytucji łączenia się spółek uprzednio stanowiły przede wszystkim przepisy Trzeciej dyrektywy Rady 78/855/EWG z 9.10.1978 r. dotyczącej łączenia się spółek akcyjnych⁶, przepisy ujednoliconej dyrektywy PE i Rady 2011/35/UE z 5.4.2011 r. dotyczącej łączenia się spółek akcyjnych⁷ oraz – dla transgranicznego łączenia się spółek – przepisy Dziesiątej dyrektywy w sprawie transgranicznego łączenia się spółek kapitałowych, jak również przepisy dyrektywy PE i Rady Nr 2009/109/WE z 16.9.2009 r.⁸ Obecnie problematyka przewidziana w przepisach powołanych dyrektyw została uregulowana przez ustawodawcę europejskiego bezpośrednio w przepisach dyrektywy 2017/1132/UE w sprawie niektórych aspektów prawa spółek. Tym samym materia prawa spółek na poziomie wspólnotowym znalazła się praktycznie w jednym akcie prawnym. Na marginesie należy także podkreślić, że

⁵ Więcej na ten temat zob. A. Opalski, A.W. Wiśniewski, w: A. Opalski (red.), *Kodeks spółek handlowych*, t. IV, Łączenie, podział, przekształcanie spółek. Przepisy karne, Komentarz, Warszawa 2016, s. 59–60; M. Szydło, *Transgraniczne łączenie się spółek kapitałowych na rynku wewnętrznym w Unii Europejskiej*, Rej. 2006, Nr 12, s. 102 i n.; J. Napierała, w: S. Sołtysiński (red.), *System Prawa Prywatnego*, t. 17A, *Prawo spółek kapitałowych*, Warszawa 2010, s. 60–61.

⁶ Trzecia dyrektywa Rady Nr 78/855/EWG z 9.10.1978 r. (Dz.Urz. UE L z 1978 r., Nr 295, s. 36).

⁷ Dyrektywa PE i Rady Nr 2011/35/UE z 5.4.2011 r. (Dz.Urz. UE L z 2011 r., Nr 110, s. 1).

⁸ Dyrektywa PE i Rady Nr 2009/109/WE zmieniająca dyrektywy Rady 77/91/EWG, 78/855/EWG i 82/891/EWG oraz dyrektywę 2005/56/WE z 16.9.2009 r. w odniesieniu do wymogów dotyczących sprawozdawczości i dokumentacji w przypadku połączeń i podziałów (Dz.Urz. UE L z 2009 r., Nr 259, s. 14).

konieczność dostosowania przepisów dotyczących łączenia się spółek z przepisami prawa UE wynika bezpośrednio z Układów Stowarzyszeniowych zawieranych z poszczególnymi państwami członkowskimi⁹.

Główne motywy prawnego uregulowania przez prawo europejskie problematyki transgranicznego łączenia się spółek zostały wskazane wprost w preambule dyrektywy 2017/1132/UE¹⁰. Uregulowanie to ma w swym zamyśle ułatwić przede wszystkim procedurę dokonywania połączeń spółek kapitałowych mających swoje siedziby w co najmniej dwóch państwach członkowskich. Ponadto regulacja ma na celu wprowadzenie pewnych standardów ochrony wierzycieli oraz współników łączących się spółek, jak również zapewnienie ochrony praw pracowników w drodze umożliwienia im uczestnictwa w komisjach organu nadzorczego oraz zagwarantowania możliwości konsultacji bądź informowania pracowników o planowanym połączeniu. W dalszej kolejności należy podkreślić, że przepisy te mają stanowić gwarancję dla wskazanych grup podmiotów, że zobowiązania łączących się spółek będą zaspokojone bądź przynajmniej zabezpieczone. Łączenie się prowadzi bowiem do przesunięcia majątkowego pomiędzy różnymi podmiotami (spółkami, spółdzielniami itd.) w zakresie nie tylko pasywów, ale również aktywów. Niewątpliwie istotnym celem przepisów o transgranicznym łączeniu się spółek kapitałowych zawartych w dyrektywie 2017/1132/UE jest też zakończenie tworzenia i umożliwienie funkcjonowania jednolitego rynku wspólnotowego.

1.2. Transgraniczne łączenie się spółek kapitałowych w przepisach dyrektywy 2017/1132/UE

1.2.1. Pojęcie i sposoby transgranicznych połączeń

Przepisy dyrektywy 2017/1132/UE dotyczące transgranicznego łączenia się spółek znajdują zastosowanie do łączenia się spółek kapitałowych, utworzo-

⁹ Układ Stowarzyszeniowy między Wspólnotami Europejskimi i ich państwami członkowskimi w przypadku: Polski został sporządzony i podpisany w Brukseli 16.12.1991 r. (Dz.U. z 1994 r. Nr 11, poz. 38), Republiki Czeskiej został podpisany w Luksemburgu 4.10.1993 r. (Předpis 7/1995 Sb.), Słowacji został podpisany w Luksemburgu 4.10.1993 r. (Oznámenie č. 158/1997 Z. z.). Należy zaznaczyć, że pierwszy Układ Stowarzyszeniowy między Wspólnotami Europejskimi i ich państwami członkowskimi a Czechosłowacką Republiką Federacyjną został sporządzony jeszcze w 16.12.1991 r. w Brukseli, jednakże z uwagi na rozpad Czechosłowacji nie wszedł w życie.

¹⁰ Upřednio te motywy były określone w preambule Dziesiątej dyrektywy.

nych zgodnie z prawem państwa członkowskiego i mających siedzibę statutową, zarząd główny lub główny zakład na terenie wspólnoty, pod warunkiem że przynajmniej dwie z nich podlegają prawu różnych państw członkowskich. Należy jednakże zaznaczyć, że transgraniczne łączenie się spółek będzie dopuszczalne tylko między takimi typami spółek handlowych, których łączenie przewiduje ustawodawstwo krajowe danego państwa członkowskiego¹¹.

Dla zachowania jednolitości terminologicznej, ustawodawca europejski w art. 119 pkt 1 dyrektywy 2017/1132/UE posłużył się przede wszystkim odesłaniem do Załącznika II, który wskazuje formy spółek, o których jest mowa w poszczególnych przepisach tejże dyrektywy¹². W świetle wspomnianego przepisu spółką kapitałową jest spółka mająca formę wskazaną w Załączniku II do dyrektywy, lub spółka kapitałowa z kapitałem udziałowym lub akcyjnym posiadająca osobowość prawną i wydzielony majątek, którym wyłącznie odpowiada za swoje zobowiązania, oraz która zgodnie z właściwym dla niej prawem krajowym podlega warunkom dotyczącym gwarancji określonych w tytule I rozdziale II sekcji 2 oraz w tytule I rozdziale III sekcji 1 dyrektywy w celu zapewnienia ochrony interesów wspólników i osób trzecich¹³.

W myśl użytej przez ustawodawcę europejskiego definicji spółki kapitałowej za cechy charakterystyczne tego typu spółek należy uznać:

- 1) posiadanie osobowości prawnej przez spółkę;
- 2) posiadanie wydzielonego majątku, którym spółka wyłącznie odpowiada za swoje zobowiązania;
- 3) podleganie na podstawie przepisów krajowych przepisom dyrektywy w sprawie koordynacji gwarancji dla zapewnienia ochrony interesów zarówno wspólników, jak i osób;

¹¹ Zob. P. Pinior, Transgraniczne łączenie się spółek, PPH 2007, Nr 9, s. 5; P. Stavínková, Přehrániční fúze, Právní rozhledy 2005, Nr 16, s. 595.

¹² W przypadku Dziesiątej dyrektywy ustawodawca europejski posługiwał się definicją spółki kapitałowej zaczerpniętą bezpośrednio z nieobowiązującej już Pierwszej dyrektywy Rady Nr 68/151/EWG z 9.3.1968 (Dz.Urz. UE L z 1968 r., Nr 65, s. 6).

¹³ Tym samym za spółkę kapitałową na potrzeby dyrektywy 2017/1132/UE w odniesieniu do prawa polskiego, przepisy będą się odnosić do: spółki akcyjnej, spółki z ograniczoną odpowiedzialnością oraz spółki komandytowo-akcyjnej. Natomiast w przypadku ustawodawstwa czeskiego przepisy te znajdują odniesienie do transgranicznego łączenia się spółek, w których uczestniczą spółka akcyjna bądź spółka z o.o., w przypadku ustawodawstwa słowackiego będą to również spółka akcyjna bądź spółka z o.o.

- 4) obowiązek utworzenia własnego kapitału/funduszu (zakładowego, subskrybowanego, udziałowego itp.)¹⁴.

Jak zauważa się w literaturze¹⁵ w świetle tak ujętych cech spółki kapitałowej pod definicję „spółki kapitałowej” może również podpadać forma prawna spółdzielni. Z uwagi na tę możliwość, ustawodawca europejski przewidział wprost w przepisach dyrektywy 2017/1132/UE, że państwa członkowskie mogą postanowić o niestosowaniu jej przepisów regulujących połączenia transgraniczne do połączeń, w których uczestniczy spółdzielnia, także w przypadku, gdyby była ona objęta definicją „spółki kapitałowej” określonej w art. 119 pkt 1 dyrektywy 2017/1132/UE.

Należy podkreślić, że „posiadanie wydzielonego majątku” – zgodnie z polskim brzmieniem dyrektywy 2017/1132/UE¹⁶ – oznaczać będzie własny, oddzielny od majątku udziałowców (wspólników, akcjonariuszy, członków spółdzielni), majątek spółki bądź spółdzielni, z którego mogą zostać zaspokojeni wierzyciele tejże spółki bądź spółdzielni. Z uwagi bowiem na immanentną cechę osób prawnych, tj. zdolność do czynności prawnych, to podmiot będący osobą prawną będzie wyłącznym podmiotem odpowiedzialnym za zaciągnięte zobowiązania.

Przepisy o transgranicznym łączeniu się spółek kapitałowych zawarte w dyrektywie 2017/1132/UE, mimo pewnych odmienności, zasadniczo korzystają z definicji łączenia się spółek (fuzji spółek)¹⁷ przewidzianych jeszcze w art. 3

¹⁴ Należy podkreślić, że pojęcia kapitału udziałowego bądź akcyjnego użyte w polskiej wersji językowej dyrektywy nie oddają w pełni terminologicznej złożoności pojęcia użytego przez ustawodawcę europejskiego. W wersji anglojęzycznej dyrektywy użyto bowiem określenia *share capital*, niemieckiej *Gesellschaftskapital*, francuskiej *capital social*, czeskiej *základní kapitál*, słowackiej *základné imanie*. Z uwagi na zakres przedmiotowy pracy należy podkreślić, że czeskie pojęcie *základní kapitál* znajduje zastosowanie do spółek: komandytowej, z ograniczoną odpowiedzialnością oraz akcyjnej (§ 58 czeskiego KC) oraz do spółdzielni (§ 223 czeskiego KC). Słowackie pojęcie *základné imanie* odnosi się zarówno do spółki z o.o., jak i do spółki akcyjnej (§ 58 ust. 2 słowackiego KH) oraz do spółdzielni (zob. § 223 ust. 3 słowackiego KH).

¹⁵ Zob. R. Pala, I. Palová, A. Leontiev, *Cezhraničné fúzie*, Praga 2010, s. 14 i n.; P. Pinior, *Transgraniczne łączenie*, s. 5.

¹⁶ W czeskiej wersji tekstu dyrektywy 2017/1132/UE znalazło się bowiem sformułowanie *disponuje samostatným majetkem* (pol. dysponuje niezależnym/oddzielnym majątkiem), natomiast w słowackiej wersji tekstu tej dyrektywy użyto określenia *disponuje osobitným majetkom* (pol. dysponuje oddzielnym majątkiem).

¹⁷ Dla potrzeb niniejszego opracowania pojęcie fuzji spółek będzie używane zamiennie z pojęciem łączenia się spółek i traktowane jako jego ekwiwalent. Pojęcia te niosą bowiem ze sobą ten sam ciężar terminologiczny, a jedyna różnica leży tutaj w pochodzeniu obu słów. Słowo „łączenie” stanowi jedynie polski odpowiednik łacińskiego słowa *fusio*. Więcej w tej kwestii zob. M. Żaba,

ust. 1 oraz art. 4 ust. 1 Trzeciej dyrektywy. Należy podkreślić, że przepisy dyrektywy 2017/1132/UE w części dotyczącej transgranicznego łączenia się spółek zasadniczo posługują się pojęciem „połączenie/łączenie się spółek”. Natomiast przepisy Trzeciej dyrektywy wykorzystywały wprost pojęcia „łączenie przez przejęcie” oraz „łączenie przez zawiązanie nowej spółki”.

Ustawodawca europejski przewidział w art. 119 pkt 2 dyrektywy 2017/1132/UE trzy sposoby łączenia się spółek. W świetle tego przepisu łączenie się spółek może zostać dokonane w drodze czynności, w której:

- 1) jedna lub kilka spółek w chwili rozwiązania bez przeprowadzenia postępowania likwidacyjnego przenosi wszystkie swoje aktywa i pasywa na inną istniejącą spółkę – spółkę przejmującą – w zamian za wydanie wspólnikom spółki lub spółek przejmowanych papierów wartościowych lub udziałów lub akcji spółki przejmującej oraz, jeżeli ma to zastosowanie, dopłatę w gotówce nieprzekraczającą 10% wartości nominalnej lub, w przypadku braku wartości nominalnej, wartości księgowej tych papierów wartościowych lub udziałów lub akcji (łączenie się spółek przez przejęcie);
- 2) dwie lub więcej spółek w chwili rozwiązania bez przeprowadzania postępowania likwidacyjnego przenosi wszystkie swoje aktywa i pasywa na zawiązaną przez nie spółkę – nowo zawiązaną spółkę – w zamian za wydanie własnym wspólnikom papierów wartościowych lub udziałów lub akcji nowo zawiązanej spółki oraz, jeżeli ma to zastosowanie, dopłatę w gotówce nieprzekraczającą 10% wartości nominalnej lub, w przypadku braku wartości nominalnej, wartości księgowej tych papierów wartościowych lub udziałów lub akcji (łączenie się spółek przez zawiązanie nowej spółki);
- 3) w chwili rozwiązania bez przeprowadzania postępowania likwidacyjnego spółka przenosi wszystkie swoje aktywa i pasywa na spółkę posiadającą wszystkie papiery wartościowe lub udziały lub akcje tej spółki (łączenie się spółek przez przejęcie, w którym spółka dominująca przejmując swoją spółkę zależną).

Należy zaznaczyć, że trzeci ze wskazanych wyżej sposobów transgranicznego łączenia się spółek stanowi z punktu widzenia formalnoprawnego odmianę łączenia się spółek kapitałowych przez przejęcie.

Transgraniczne łączenie się spółek kapitałowych w słowackim Kodeksie handlowym (problemy wybrane), MPH 2013, Nr 6, s. 34.

Warte odnotowania jest, że przepisy Trzeciej dyrektywy rozciągały swoje zastosowanie wyłącznie na spółki akcyjne, natomiast przepisy Dziesiątej dyrektywy odnosiły się już do wszystkich typów spółek kapitałowych. Obecnie przepisy dyrektywy 2017/1132/UE mogą w niektórych państwach członkowskich dotyczyć również łączenia się spółek komandytowo-akcyjnych oraz, jak to zostało uprzednio wspomniane, spółdzielni.

Przepisów dyrektywy nie stosuje się natomiast do transgranicznego łączenia się spółek kapitałowych, w których uczestniczy spółka:

- 1) której celem jest zbiorowe inwestowanie kapitału pozyskanego w drodze publicznej i która działa na zasadzie dywersyfikacji ryzyka oraz
- 2) której jednostki uczestnictwa są na żądanie ich posiadaczy odkupywane lub umarzane bezpośrednio lub pośrednio z aktywów tej spółki.

Tym samym z zakresu podmiotowego transgranicznego łączenia się spółek w świetle przepisów dyrektywy 2017/1132/UE zostały wyłączone fundusze inwestycyjne¹⁸.

1.2.2. Procedura transgranicznego łączenia się spółek kapitałowych

Nie ulega wątpliwości, że w przypadku procedury transgranicznego łączenia się spółek kapitałowych dochodzi do jednoczesnego zastosowania co najmniej dwóch odmiennych krajowych porządków prawnych. Procedura połączeniowa jest zasadniczo uruchamiana równolegle w każdym z państw członkowskich i składa się z kilku etapów. Z tego też powodu dyrektywa 2017/1132/UE reguluje sposób, który ma zagwarantować zsynchronizowanie różnych porządków prawnych, w takim stopniu, który w pierwszej kolejności umożliwi, a w drugiej kolejności usprawni przebieg samej procedury.

W zależności od przyjętej klasyfikacji czynności niezbędnych dla dokonania transgranicznego łączenia się spółek, samą procedurę możemy podzielić na kilka faz. Ze względu na klasyfikację czynności dokonywanych przez poszczególne organy spółek uczestniczących w połączeniu oraz organy państwowe można wyróżnić trzy bądź cztery fazy. Jest to klasyfikacja przyjmowana powszechnie w polskim piśmiennictwie prawniczym i znajduje odnie-

¹⁸ Zob. R. Pala, I. Palová, A. Leontiev, Cezhraničné fúzie, s. 16; P. Pinior, Transgraniczne łączenie, s. 6.

sienie nie tylko do transgranicznego łączenia się spółek kapitałowych, ale również do krajowego łączenia się spółek¹⁹.

W świetle tej klasyfikacji – postępowanie dotyczące transgranicznego łączenia się spółek wymaga:

- 1) czynności przygotowawczych, które są dokonywane przez zarządy spółek lub organy administrujące (tzw. faza menedżerska);
- 2) podjęcia uchwały o połączeniu przez wspólników (akcjonariuszy) spółek łączących się (tzw. faza właścicielska);
- 3) kontroli połączenia przez uprawnione do tego na podstawie ustawowej kompetencji podmioty (sądy rejestrowe, notariuszy itd.) – tzw. faza kontrolna;
- 4) rejestracji i ogłoszenia o połączeniu (tzw. faza rejestracyjna).

Niektórzy autorzy ujmują zbiorczo dwie ostatnie fazy, tj. fazę kontrolną i rejestracyjną²⁰. Moim zdaniem takie ujęcie nie jest w pełni właściwe. O ile bowiem na gruncie polskiego ustawodawstwa czynności kontrolne i rejestracyjne wykonuje ten sam organ (tj. sąd rejestrowy), o tyle krajowe porządki prawne innych państw członkowskich kompetencję kontrolną bądź rejestracyjną mogą przyznawać zupełnie innym organom. Taka sytuacja ma miejsce m.in. w ustawodawstwie czeskim oraz słowackim, gdzie czynności kontrolne dotyczące połączenia wykonuje notariusz, a czynności rejestracyjne – sąd rejestrowy²¹. Z tego właśnie powodu należy wyraźnie rozgraniczyć fazę kontrolną od fazy rejestracyjnej.

Czynności przygotowawcze polegają na przygotowaniu i uzgodnieniu procedury połączenia. Obejmują one przede wszystkim sporządzenie planu połączenia, poddaniu go badaniu przez biegłych oraz sporządzeniu sprawozdania uzasadniającego przeprowadzenie procedury połączeniowej.

¹⁹ Zob. m.in. A. Szumański, w: W. Pyziół, A. Szumański, I. Weiss, *Prawo spółek*, Warszawa 2014, s. 1070–1081; P. Piniór, w: J.A. Strzępka (red.), *Kodeks*, s. 1189; P. Piniór, *Transgraniczne łączenie*, s. 6; M. Bogajewska, R.L. Kwaśnicki, *Implementacja dyrektywy w sprawie transgranicznego łączenia się spółek kapitałowych*, *Prawo i Podatki Unii Europejskiej* 2008, Nr 5, s. 14–17.

²⁰ Zob. P. Piniór, w: J.A. Strzępka (red.), *Kodeks*, s. 1189; M. Bogajewska, R.L. Kwaśnicki, *Implementacja dyrektywy*, s. 17. Ponadto w polskim piśmiennictwie faza kontrolna i rejestracyjna są też określane zbiorczo jako tzw. faza autoryzacji połączenia – zob. A. Witosz, w: S. Sołtyśiński (red.), *System Prawa Prywatnego*, t. 17B, *Prawo spółek kapitałowych*, 2010, s. 938 i n.; A. Szumański, w: W. Pyziół, A. Szumański, I. Weiss, *Prawo spółek*, s. 1079; odmienny pogląd został zaprezentowany w opracowaniu: P. Piniór, *Transgraniczne łączenie*, s. 6, w którym autor wskazał wyraźnie cztery fazy połączenia transgranicznego.

²¹ Zob. m.in. R. Pala, I. Palová, A. Leontiev, *Cezhraničné fúzie*, s. 128–138 oraz T. Dvořák, *Přeměny obchodních korporací*, Praga 2015, s. 326–328.

Stosownie do przepisu art. 122 dyrektywy 2017/1132/UE obowiązek sporządzenia planu połączenia transgranicznego spoczywa na organach zarządzających bądź administrujących każdej z łączących się spółek. Wspólny plan połączenia transgranicznego powinien zawierać następujące informacje:

- 1) typ, firmę i siedzibę statutową łączących się spółek, jak również typ, firmę i siedzibę statutową proponowane dla spółki powstającej w wyniku połączenia transgranicznego;
- 2) stosunek wymiany papierów wartościowych lub udziałów lub akcji spółki i wysokość ewentualnych dopłat w gotówce;
- 3) warunki dotyczące przyznania papierów wartościowych lub udziałów lub akcji spółki powstającej w wyniku połączenia transgranicznego;
- 4) prawdopodobne skutki połączenia transgranicznego dla zatrudnienia;
- 5) dzień, od którego papiery wartościowe lub udziały lub akcje spółki uprawniają ich posiadaczy do uczestnictwa w zysku, a także wszelkie szczególne warunki odnoszące się do tego uprawnienia;
- 6) dzień, od którego czynności łączących się spółek będą uważane, dla celów rachunkowości, za czynności dokonane na rachunek spółki powstającej w wyniku połączenia transgranicznego;
- 7) prawa przyznane przez spółkę powstającą w wyniku połączenia transgranicznego wspólnikom uprzywilejowanym lub posiadaczom papierów wartościowych innych niż udziały lub akcje spółki lub dotyczące ich proponowane środki;
- 8) szczególne korzyści przyznane biegłym badającym plan połączenia transgranicznego lub członkom organów administrujących, zarządzających, nadzorczych lub kontrolnych łączących się spółek;
- 9) umowę lub statut spółki powstającej w wyniku połączenia transgranicznego;
- 10) zasady udziału pracowników w ustaleniu ich praw uczestnictwa w spółce powstającej w wyniku połączenia transgranicznego;
- 11) informacje na temat wyceny aktywów i pasywów przenoszonych na spółkę powstającą w wyniku połączenia transgranicznego;
- 12) dzień zamknięcia bilansów uczestniczących w połączeniu spółek, wykorzystanych dla ustalenia warunków połączenia transgranicznego.

W świetle przepisów dyrektywy wspólny plan połączenia transgranicznego podlega ogłoszeniu dla każdej z łączących się spółek. Ogłoszenie powinno być dokonane w sposób przewidziany w prawie krajowym państwa członkowskiego właściwym dla spółki uczestniczącej w transgranicznym połączeniu na co najmniej jeden miesiąc przed datą zgromadzenia wspólników, na któ-

rym ma zostać podjęta uchwała o połączeniu. Ponadto, przepisy dyrektywy przewidują obowiązek wskazania dla każdej z łączących się spółek warunków wykonywania praw wierzycieli i wspólników mniejszościowych łączących się spółek oraz adres, pod którym można bezpłatnie uzyskać pełne informacje na temat tych warunków.

W dalszej kolejności organ zarządzający bądź administrujący łączącej się spółki powinien sporządzić sprawozdanie, w którym wyjaśni i uzasadni prawne i ekonomiczne aspekty połączenia transgranicznego oraz przedstawi skutki połączenia transgranicznego dla wspólników, wierzycieli i pracowników. Wspomniane sprawozdanie należy udostępnić wspólnikom i przedstawicielom pracowników lub pracownikom nie później niż jeden miesiąc przed datą zgromadzenia wspólników, na którym wspólnicy łączących się spółek będą podejmować uchwałę o połączeniu.

Następnie dla każdej ze spółek biorących udział w transgranicznym połączeniu sporządzana jest opinia niezależnego biegłego. Opinia jest przeznaczona dla wspólników (akcjonariuszy) i musi zostać udostępniana nie później niż jeden miesiąc przed datą zgromadzenia wspólników (walnego zgromadzenia), na którym wspólnicy łączących się spółek będą podejmować uchwałę o połączeniu. Badanie wspólnego planu połączenia transgranicznego i sporządzenie pisemnej opinii może zostać dokonane przez jednego bądź kilku niezależnych biegłych, którzy zostali powołani lub zatwierdzeni w tym celu na wspólny wniosek tych spółek przez organ sądowy lub administracyjny w państwie członkowskim jednej z łączących się spółek albo spółki powstającej w drodze transgranicznego połączenia. Opinia biegłych powinna:

- 1) wskazywać metodę lub metody wykorzystane do ustalenia proponowanego stosunku wymiany akcji;
- 2) stwierdzać, czy taka metoda lub metody są adekwatne do przypadku transgranicznego łączenia się spółek;
- 3) wskazywać wartość osiągniętą przy zastosowaniu takiej metody oraz przedstawiać opinię dotyczącą przyjętego rozwiązania.

Przepisy dyrektywy 2017/1132/UE w odniesieniu do transgranicznych połączeń przewidują możliwość odstąpienia od wymogu sporządzania opinii biegłego, w przypadku gdy wszyscy wspólnicy każdej ze spółek biorących udział w połączeniu wyrazili na to zgodę.

Kolejną fazą w procedurze transgranicznego łączenia się spółek jest już tzw. faza właścicielska. Na tym etapie, po zapoznaniu się ze wspomnianymi sprawozdaniami, zgromadzenie wspólników (walne zgromadzenie) każdej z łączących się spółek podejmuje uchwałę o zatwierdzeniu wspólnego planu

połączenia transgranicznego. Przepisy dyrektywy 2017/1132/UE nie przewidują jednakże w odniesieniu do transgranicznego łączenia się spółek wymogów co do quorum oraz większości głosów. Kwestia ta została pozostawiona swobodzie ustawodawcy krajowego²².

Należy zaznaczyć, że zgromadzenie wspólników (walne zgromadzenie) każdej z łączących się spółek może zastrzec sobie prawo do uzależnienia połączenia od wyraźnego zatwierdzenia przez nie warunków uczestnictwa pracowników w spółce powstającej w wyniku połączenia transgranicznego. Ustawodawca europejski wprowadził ponadto możliwość uproszczenia procedury połączeniowej, w przypadku gdy istnieje możliwość podjęcia uchwały w sprawie transgranicznego połączenia przez przejęcie. W odniesieniu do połączenia przez przejęcie bowiem, jeżeli ustawodawca krajowy tak postanowi, połączenie nie będzie wymagać zatwierdzenia przez zgromadzenie wspólników (walne zgromadzenie) spółki przejmującej, gdy co najmniej na miesiąc przed terminem zgromadzenia wspólników (walnego zgromadzenia), na którym podejmowana jest uchwała o połączeniu, nastąpi ogłoszenie o połączeniu i udostępnienie wspólnikom spółki przejmującej dokumentów dotyczących transgranicznego połączenia. Trzeba jednakże podkreślić, że wspólnicy reprezentujący określoną część w kapitale zakładowym powinni mieć zagwarantowane prawo żądania zwołania zgromadzenia w celu podjęcia uchwały o transgranicznym połączeniu. Zgodnie z art. 125 ust. 3 w zw. z art. 94 lit. c dyrektywy 2017/1132/UE ta część w kapitale zakładowym nie może być wyższa niż 5% kapitału zakładowego spółki przejmującej.

Trzecią fazą w świetle powyższego podziału jest tzw. faza kontrolna. Kontrola czynności przebiega dwuetapowo. Pierwszy etap działań kontrolnych odbywa się osobno dla każdej ze spółek łączących się transgranicznie zgodnie z przepisami państwa członkowskiego (tzw. kontrola legalności połączenia), w którym taka spółka ma swoją siedzibę. Drugi etap kontroli obejmuje natomiast zbiorcze badanie całego procesu połączenia. Kontrola ta polega na badaniu zgodności połączenia transgranicznego z prawem w odniesieniu do tej części procedury, która dotyczy ukończenia połączenia transgranicznego w przypadku transgranicznego łączenia przez przejęcie bądź która dotyczy zawiązania nowej spółki w wyniku transgranicznego łączenia, jeżeli spółka powstająca w wyniku połączenia transgranicznego podlegać będzie prawu krajowemu państwa, w którym dokonywany jest drugi etap kontroli. Kontrola

²² Por. uw. do Dziesiątej dyrektywy: M. Bogajewska, R.L. Kwaśnicki, Implementacja dyrektywy, s. 17; P. Pinior, Transgraniczne łączenie, s. 7.

może być dokonywana przez sąd, notariusza bądź inny organ państwowy właściwy do przeprowadzenia kontroli. Krajowe ustawodawstwo państwa członkowskiego, którego jurysdykcji podlega spółka powstająca w wyniku połączenia transgranicznego, określa datę, od której połączenie transgraniczne staje się skuteczne. Należy zaznaczyć, że takie połączenie może stać się skuteczne dopiero po przeprowadzeniu kontroli wspomnianego drugiego etapu połączenia.

Innym sposobem klasyfikowania faz postępowania w sprawie połączenia transgranicznego jest podział czynności na podstawie stosowania właściwego prawa krajowego do procedury połączeniowej. Ta klasyfikacja jest przyjmowana m.in. w słowackiej literaturze prawniczej²³. W świetle takiej systematyki rozróżnić należy dwie fazy:

- 1) fazę początkową (przygotowawczą);
- 2) fazę końcową (finalną)²⁴.

Faza początkowa przebiega na podstawie krajowych porządków prawnych państw członkowskich, które umożliwiają dokonanie transgranicznego połączenia przez spółki stosownie do art. 121 ust. 1 lit. a oraz lit. b dyrektywy 2017/1132/UE. Krajowy porządek prawny państwa członkowskiego wyznacza bowiem pewne warunki i formalności, które musi spełnić spółka uczestnicząca w połączeniu transgranicznym. Chodzi tu nie tylko o przepisy i formalności dotyczące procesu podejmowania decyzji o połączeniu transgranicznym, ale również o przepisy i formalności odnoszące się do ochrony wierzycieli czy pracowników łączących się spółek oraz przepisy chroniące pozycje wspólników, akcjonariuszy bądź posiadaczy papierów wartościowych łączących się spółek.

Należy zauważyć, że właśnie ta pierwsza, początkowa (przygotowawcza) faza będzie przebiegać równocześnie w tylu krajowych porządkach prawnych, ile będzie spółek uczestniczących w transgranicznym łączeniu się, podlegających różnym porządkom prawnym państw członkowskich. Ponadto, trzeba pamiętać, że na tym etapie będzie też dokonywany szereg czynności, które nie mają charakteru czynności prawnych, a służą poddaniu połączenia wielopłaszc-

²³ Zob. R. Pala, I. Palová, A. Leontiev, *Cezhraničné fúzie*, s. 33 i n.

²⁴ Fazy te nie są wprost nazywane w literaturze jako: przygotowawcza i końcowa. Takie nazewnictwo faz jest moim zdaniem wskazane z uwagi na ich charakterystykę. W opracowaniu: R. Pala, I. Palová, A. Leontiev, *Cezhraničné fúzie*, s. 33–34 wskazano jedynie, że pierwsza faza to tzw. *prípravná fáza cezhraničnej fúzie* (pol. przygotowująca faza połączenia transgranicznego), natomiast druga faza to tzw. *fáza, ktorá predstavuje dokončenie operácie cezhraničnej fúzie* (pol. faza, która przedstawia ukończenie operacji transgranicznego połączenia).

czyznowej analizie pod kątem potencjalnych ryzyk i korzyści (*due diligence*)²⁵. Faza początkowa w zasadzie winna się skończyć wydaniem niezwłocznie dla każdej z łączących się spółek zaświadczenia ostatecznie potwierdzającego należyte dopełnienie czynności i formalności poprzedzających połączenie.

Faza końcowa (finalna) transgranicznego łączenia się spółek natomiast podlega już prawu państwa członkowskiego, w którym swoją siedzibę będzie mieć spółka przejmująca bądź nowo zawiązana²⁶. Istotną czynnością, dokonywaną na tym etapie jest kontrola zgodności z prawem dokonanego połączenia transgranicznego²⁷. Kontrola powinna być dokonana przez organ wskazany przez prawo państwa członkowskiego pod kątem zgodności tego połączenia z prawem (tzw. kontrola legalności połączenia) w odniesieniu do tej części procedury, która dotyczy ukończenia połączenia transgranicznego i tam, gdzie to właściwe, zawiązania nowej spółki w wyniku połączenia transgranicznego, jeżeli spółka powstająca w wyniku połączenia transgranicznego podlega jego prawu krajowemu. Organ ten w szczególności musi zaświadczyć, że łączące się spółki zatwierdziły wspólny plan połączenia. Na podstawie sporządzonego w ten sposób zapewnienia (zaświadczenia) właściwy organ państwowy, jakim najczęściej jest sąd rejestrowy, dokonuje następnie wpisu do rejestru wzmianki o połączeniu. Zgodnie z art. 128 ust. 2 dyrektywy 2017/1132/UE, każda z łączących się spółek musi złożyć nie później niż w terminie 6 miesięcy do właściwego organu państwowego (właściwego dla spółki następczyni prawnej) zaświadczenie ostatecznie potwierdzające należyte dopełnienie czynności i formalności poprzedzających połączenie.

²⁵ Zob. M. Bogajewska, R.L. Kwaśnicki, Implementacja dyrektywy, s. 14; A. Helin, K. Zorde, A. Bernaziuk, R. Kowalski, Fuzje i przejęcia spółek kapitałowych. Zagadnienia rachunkowe i podatkowe, Warszawa 2016, s. 34 i n.

²⁶ Spółka przejmująca w przypadku łączenia się przez przejęcie bądź spółka nowo zawiązana w przypadku łączenia się przez zawiązanie nowej spółki.

²⁷ Więcej na ten temat zob. K. Oplustil, w: J. Bieniak i in., Kodeks spółek handlowych. Komentarz, Warszawa 2015, s. 1258–1259; R. Pala, I. Palová, A. Leontiev, Cezhraničné fúzie, s. 33–36; P. Pinior, w: J.A. Strzępka (red.), Kodeks, s. 1282; idem, Transgraniczne łączenie, s. 8; E. Skibińska, M. Żuk, A. Lankamer-Prasolek, Transgraniczne łączenie się spółek, s. 66.

1.2.3. Następstwa transgranicznego łączenia się spółek kapitałowych

Od dnia wpisu transgranicznego połączenia do odpowiedniego rejestru prowadzonego przez właściwy organ państwowy następują skutki w postaci:

- 1) przeniesienia na spółkę nowo powstałą ogółu praw i obowiązków spółek łączących się (w przypadku łączenia się spółek przez zawiązanie nowej spółki) bądź przeniesienia na spółkę przejmującą ogółu praw i obowiązków spółek przejmowanych (w przypadku łączenia się spółek przez przejęcie);
- 2) utraty bytu prawnego (rozwiązania) spółek przejmowanych bądź łączących się bez przeprowadzania w stosunku do nich postępowania likwidacyjnego;
- 3) nabycia bądź utraty członkostwa w nowo założonej bądź przejmującej spółce przez wspólników spółki (spółek), które utraciły byt prawny na skutek transgranicznego połączenia.

Należy podkreślić, że w przypadku połączenia transgranicznego przez przejęcie dokonywanego przez spółkę, która posiada wszystkie udziały lub akcje i inne papiery wartościowe przyznające prawo głosu na zgromadzeniach wspólników spółki lub spółek przejmowanych został wyłączony skutek w postaci nabycia członkostwa przez wspólników spółki przejmowanej. Natomiast w przypadku połączenia transgranicznego przez przejęcie dokonywanego przez spółkę, która posiada 90% lub więcej, ale nie wszystkie udziały lub akcje i inne papiery wartościowe przyznające prawo głosu na zgromadzeniach wspólników (walnych zgromadzeniach) spółki lub spółek przejmowanych, opinie niezależnego biegłego lub biegłych oraz dokumenty niezbędne dla przeprowadzenia kontroli są wymagane jedynie w zakresie przewidzianym prawem krajowym właściwym dla spółki przejmującej albo dla spółki przejmowanej.

Zasadniczo z dniem wpisu transgranicznego połączenia do odpowiedniego rejestru wszystkie aktywa oraz pasywa spółki przejmowanej bądź spółek łączących się przechodzą odpowiednio na spółkę przejmującą bądź nowo zawiązaną. Ponadto, jeżeli ustawodawstwo krajowe państwa członkowskiego wymaga w przypadku połączenia transgranicznego spółek dopełnienia szczególnych formalności dla skuteczności przeniesienia określonych składników majątkowych, praw i zobowiązań łączących się spółek w stosunku do osób trzecich, to takie formalności są dokonywane przez spółkę powstającą w wyniku

połączenia transgranicznego. Wypada także zaznaczyć, że prawa i obowiązki spółek uczestniczących w połączeniu transgranicznym, wynikające z umów o pracę lub stosunków zatrudnienia, przechodzą na skutek tego połączenia transgranicznego na powstającą w jego wyniku spółkę w dacie, w której stało się ono skuteczne.

Mimo iż zasada następstwa prawnego spółki przejmującej bądź spółki nowo zawiązanej w przypadku transgranicznego łączenia się spółek została wskazana bezpośrednio w art. 131 dyrektywy 2017/1132/UE, to dyrektywa nie rozstrzyga jednoznacznie momentu dojścia do skutku transgranicznego połączenia, pozostawiając rozstrzygnięcie tej materii w gestii ustawodawstwa krajowego państwa członkowskiego. W przepisach dyrektywy zaznaczono przy tym jedynie, że decydujący jest wtedy jedynie porządek prawny państwa, w którym siedzibę będzie miała spółka sukcesorka.

Od dnia wpisu transgranicznego połączenia do odpowiedniego rejestru wspólnicy spółki przejmowanej bądź spółek łączących się stają się wspólnikami – odpowiednio – spółki przejmującej bądź nowo zawiązanej²⁸. Wspólnikom spółki przejmowanej bądź spółek łączących się przysługują udziały bądź akcje spółki przejmującej lub nowo zawiązanej. Odnotować przy tym należy, że udziały lub akcje w spółce przejmującej nie podlegają zamianie na udziały lub akcje w spółce przejmowanej, w przypadku gdyby były one w posiadaniu: spółki przejmującej bądź osoby działającej we własnym imieniu, ale na rachunek takiej spółki albo spółki przejmowanej bądź osoby działającej we własnym imieniu, ale na rachunek takiej spółki.

Trzeba podkreślić, że zgodnie z art. 134 dyrektywy 2017/1132/UE – po dniu, w którym połączenie transgraniczne stało się skuteczne, nie ma możliwości jego unieważnienia. W związku z tym jakiegokolwiek postępowanie w przedmiocie ważności uchwały połączeniowej musi zostać zakończone jeszcze przed zakończeniem procesu połączenia²⁹. Ponadto, do unieważnienia połączenia nie będzie mogło dojść nawet w przypadku, gdyby okazało się, że zostały w oczywisty sposób naruszone warunki dla wydania zaświadczenia o zgodności połączenia transgranicznego z prawem.

²⁸ Z wyjątkiem połączenia transgranicznego przez przejęcie dokonywanego przez spółkę, która posiada wszystkie udziały lub akcje i inne papiery wartościowe przyznające prawo głosu na zgromadzeniach wspólników spółki lub spółek przejmowanych.

²⁹ Por. *M. Bogajewska, R.L. Kwaśnicki*, Implementacja dyrektywy, s. 17; *P. Pinior*, Transgraniczne łączenie, s. 9; *R. Pala, I. Palová, A. Leontiev*, Cezhraničné fúzie, s. 36.