

Robert Stefanicki

Transgraniczne łączenie się spółek kapitałowych w świetle Dyrektywy Nr 2005/56 WE¹

Wprowadzenie

Istotnym elementem procesu tworzenia jednolitego rynku jest wyeliminowanie z niego barier handlowych, a także reorganizacja struktury produkcji w wymiarze wspólnotowym. Zakłada się, że dzięki temu istniejące przedsiębiorstwa z różnych państw członkowskich otrzymają możliwość zwiększenia swojego potencjału gospodarczego przez łączenie się spółek, z zastrzeżeniem poszanowania reguł konkurencji.

Z zapisów w Białej Księdze Komisji Europejskiej w sprawie utworzenia Wspólnego Rynku z 1985 r. wynika, że kwestie dotyczące dopełnienia procesu tworzenia rynku wewnętrznego, wyeliminowania na nim barier handlowych, dyskryminacji i nieuzasadnionych ograniczeń swobodnego przepływu przedsiębiorczości, kapitału i usług² powinny być realizowane zarówno w drodze zbliżania reguł krajowych funkcjonowania różnych struktur formalnoprawnych, jak i tworzenia podmiotów o charakterze ponadnarodowym. Na uwagę zasługuje Komunikat Komisji z dnia 21 maja 2003 roku dla Rady i Parlamentu Europejskiego „Modernizacja prawa

¹ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 października 2005 r. w sprawie transgranicznego łączenia się spółek kapitałowych, Dz.Urz. UE L 310/1 z 25.11.2005 (dalej: dyrektywa).

² Zob. V. E d w a r d s, *The European company – essential tool or eviscerated dream?*, Common Market Law Review 2003, nr 2, s. 443 i nast.

spółek oraz polepszenie Corporate Governance UE – plan działania³, który jako jeden z priorytetów wymieniał wydanie dyrektywy o transgranicznym łączeniu się spółek kapitałowych⁴, regulacji minimalnej umożliwiającej państwom członkowskim uregulowanie określonych instytucji prawa spółek w sposób umożliwiający uwzględnienie pewnych standardów krajowych oraz stworzenie im warunków do konkutowania w przestrzeni transgranicznej⁵. W preambule dyrektywy 2005/56 wskazuje się, że spółki kapitałowe napotykały bariery natury prawnej i administracyjnej utrudniające im współpracę i procesy konsolidacji. Dyrektywa zakłada łączenie spółek kapitałowych w celu rozwoju przedsiębiorczości⁶ oraz swobodnego przepływu kapitału. Za priorytet przyjmuje się funkcjonowanie bez zakłóceń jednolitego wewnętrznego rynku Wspólnoty⁷. Akty wspólnotowe, w których na plan pierwszy wysuwa się priorytet jednolitego rynku i rozwoju na nim konkurencji, mają bezpośrednią podstawę w przepisach Traktatu Założycielskiego⁸. Przedmiotowa dyrektywa została wydana w oparciu o art. 44 TWE, który stanowi szczególną podstawę harmonizacji i koordynacji prawa spółek⁹. Umocowanie do

³ COM (2003) 284.

⁴ Zob. też Komunikat Komisji do Rady, Parlamentu Europejskiego, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów z dnia 14 marca 2006 r., COM (2006) 117; F. Drinhausen, A. Keinath, *Die grenzüberschreitende Verschmelzung inländischer Gesellschaften nach Erlass der Richtlinie zur grenzüberschreitenden Verschmelzung von Kapitalgesellschaften in Europa*, *Recht der Internationalen Wirtschaft* 2006, nr 2, s. 81 i nast.

⁵ Szerzej J. Napierała, *Dyrektywy jako instrument integracji prawa spółek*, [w:] *Instytucje prawne dyrektywy kapitałowej*, pod red. M. Cejmera, J. Napierały, T. Sójki, t. I, Kraków 2004, s. 72 i nast.; zob. też wnioski końcowe Adwokata Generalnego z dnia 7 lipca 2005 roku w sprawie C-411/03 i uwagi na tle tego orzeczenia K. Oplustil, M. Spyrar, *Transgraniczne przekształcenia spółek kapitałowych w świetle orzecznictwa ETS oraz dyrektywy 2005/56/WE*, *Europejski Przegląd Sądowy* 2006, nr 3, s. 52-58.

⁶ Zob. J. Napierała, *Transgraniczna fuzja spółek – na przykładzie wyroku Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w sprawie Sevic Systems*, PPH 2006, nr 5, s. 22.

⁷ Zob. szerzej P. Piniór, *Łączenie, podział i przekształcanie spółek*, [w:] *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, pod red. J. Strzępki, Warszawa 2003, s. 1364.

⁸ Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską – tzw. Traktat Rzymski z 1957 r. obecnie w postaci przyjętej Traktatem z Amsterdamu zmieniającym Traktat o Unii Europejskiej, Dz.U. z 2004 r. Nr 90, poz. 864.

⁹ J. Napierała, *Dyrektywy jako instrument...*, s. 82 i nast.; Ch. Kersting, *Corporate choice of law – a comparison of the United States and European systems and a proposal for a European directive*, 28 *Brooklyn Journal of International Law* 2002, s. 51-52.

korzystania przez organy Wspólnoty ze środków integracji krajowego prawa spółek ograniczone jest – z wyjątkiem działań, które należą do wyłącznej jej kompetencji¹⁰ – przez zasadę subsydiarności i proporcjonalności. Bezpośrednio do zasady pomocniczości, którą wyraża art. 5 Traktatu, nawiązuje pkt 15 preambuły omawianej dyrektywy. Wymieniona zasada jest obecnie jedną z podstawowych reguł wspólnotowych¹¹ i podstawą wykładni, zgodnej z prawem europejskim.

W myśl wyrażonej w tym przepisie zasady proporcjonalności, ustawodawca wspólnotowy wydaje przepisy, które są niezbędne do realizacji celów traktatowych¹² i za pomocą których można osiągnąć *effet utile*¹³. Dyrektywy należą do wtórnych aktów prawa wspólnotowego, które są kierowane do państw członkowskich w celu ich wykonania przez obowiązkową i terminową implementację¹⁴.

Zakres regulacji

Niniejszą dyrektywę stosuje się do łączenia spółek kapitałowych utworzonych zgodnie z prawem państwa członkowskiego, mających siedzibę

¹⁰ Do tych kompetencji należy regulacja korporacji międzynarodowych, a wśród nich spółki europejskiej (SE).

¹¹ Zob. na temat znaczenia tej zasady w przyszłej konstytucji europejskiej S. D u d z i k, *Zasada pomocniczości w przyszłej konstytucji europejskiej*, PiP 2004, z. 3, s. 51 i nast. i przedstawione przez autora piśmiennictwo; E. P o p ł a w s k a, *Zasada subsydiarności w Traktatach z Maastricht i Amsterdamu*, Warszawa 2000, s. 112 i nast. Zgodnie z tym przepisem, państwa członkowskie mają podejmować wszelkie właściwe środki o charakterze ogólnym i specjalnym w celu realizacji zobowiązań wynikających z Traktatu albo działań podejmowanych przez instytucje wspólnotowe. Wymieniony przepis powołuje się jako podstawę obowiązku wykładni zgodnej z prawem wspólnotowym.

¹² Rozporządzenie Rady UE z dnia 8 października 2001 r. w sprawie statutu spółki europejskiej i dyrektywa Rady z dnia 8 października 2001 r. uzupełniająca statut spółki europejskiej w odniesieniu do uczestnictwa pracowników zostały wydane na podstawie art. 308 TWE (który jest przepisem wyjątkowym), ponieważ dla ochrony pracowników brak było bezpośredniej podstawy tworzenia prawa w Traktacie Założycielskim. Rada musiała stoczyć bój o tę podstawę z Komisją i Parlamentem. Niewiele brakowało, aby Parlament zaskarżył przedmiotowe rozporządzenie; szerzej: J. N a p i e r a ł a, *Dyrektywy jako instrument...*, s. 79 i nast.

¹³ Na temat granic harmonizacji zob. zwłaszcza J. N a p i e r a ł a, *Dyrektywy jako instrument...*, s. 69 i nast.

¹⁴ Transpozycja niniejszej dyrektywy do krajowego porządku powinna być dokonana do 15 grudnia 2007 r.

statutową, zarząd główny lub główny zakład na terenie Wspólnoty, pod warunkiem, że przynajmniej dwie z nich podlegają prawu różnych państw członkowskich (art. 1). W transgranicznym łączeniu, objętym komentowanym aktem, mogą brać udział tylko spółki kapitałowe. Dla uzyskania jednolitości stosowania prawa europejskiego dyrektywa zawiera podstawowe definicje, a ponadto, zwłaszcza przy wprowadzaniu ograniczeń swobody przedsiębiorczości zgodnie z upoważnieniem ustawodawcy europejskiego, nakazuje poszukiwać uzasadnień w orzecznictwie ETS (zob. pkt 3 preambuły). Dzięki aktywności Trybunału, jego prointegracyjnej wykładni prawa europejskiego i zasadom ukształtowanym w jego orzecznictwie możemy mówić o autonomii prawa wspólnotowego. W świetle art. 2 ust. 1a komentowanej dyrektywy jej przepisy dotyczą spółki określonej w art. 1 dyrektywy Rady z dnia 9 marca 1968 r. w sprawie koordynacji gwarancji (spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, spółka akcyjna, spółka komandytowo-akcyjna)¹⁵ lub w rozumieniu ust. 1b komentowanej dyrektywy oznaczają spółkę kapitałową posiadającą osobowość prawną i wydzielony majątek, którym wyłącznie odpowiada za swoje zobowiązania, i zgodnie z właściwym dla niej prawem krajowym spełnia warunki określone Pierwszą Dyrektywą, dotyczące zapewnienia ochrony interesów wspólników i osób trzecich¹⁶. Z zakresu stosowania dyrektywy wyłączone zostały połączenia transgraniczne, w których uczestniczy spółka mająca za cel zbiorowe inwestowanie kapitału pozyskiwanego w drodze publicznej, działająca na zasadzie dywersyfikacji ryzyka, a której jednostki uczestnictwa są na żądanie ich posiadaczy odkupywane lub umarżane z aktywów¹⁷.

¹⁵ Jakie są wymagane w państwach członkowskich w rozumieniu art. 58 akapit drugi Traktatu w celu uzyskania ich równoważności w całej Wspólnocie dla zapewnienia ochrony interesów wspólników i osób trzecich, Dz.Urz. L 65 z 14.03.1968; zob. zmiany w dyrektywie wprowadzone Aktem Przystąpienia z 2003 r., Dz.Urz. L 236 z 23.09.2003.

¹⁶ J. Frąckowiak, *Znaczenie regulacji przyjętej w ramach Unii Europejskiej dla polskiego prawa na przykładzie pierwszej i jedenastej dyrektywy*, [w:] *Wspólnoty europejskie*, pod red. J. Kolasy 1995 r., s. 135 i nast.

¹⁷ Natomiast swobodzie państw członkowskich pozostawiono kwestię uczestnictwa spółdzielni w procedurze połączenia.

Klasyczne postacie połączenia

Przedmiotowym aktem objęte są sposoby połączenia znane przepisom kodeksu spółek handlowych¹⁸. Zgodnie z dyrektywą, łączenie może nastąpić przez przejęcie, gdy jedna lub kilka spółek w chwili rozwiązania bez przeprowadzenia postępowania likwidacyjnego przenosi wszystkie swoje aktywa i pasywa na inną istniejącą spółkę w zamian za wydanie wspólnikom spółki (spółek) przejmowanych papierów wartościowych, udziałów lub akcji spółki przejmującej¹⁹. Może ono nastąpić również w drodze zawiązania nowej spółki. Ta postać łączenia ma miejsce, gdy dwie lub więcej spółek w chwili rozwiązania przenosi wszystkie swoje aktywa i pasywa na nową spółkę, w zamian za wydanie wspólnikom papierów wartościowych, udziałów lub akcji nowo zawiązanej spółki²⁰. Podobnie jak ma to miejsce przy przejęciu, odbywa się ono bez przeprowadzenia postępowania likwidacyjnego.

W przypadku połączenia transgranicznego przez przejęcie dokonywane przez spółkę, która posiada wszystkie udziały lub akcje i inne papiery wartościowe przynajmniej prawo głosu na zgromadzeniach wspólników spółki albo spółek przejmowanych, procedura jest uproszczona na mocy art. 15 dyrektywy²¹.

Połączenia transgraniczne spółek kapitałowych są w zasadzie możliwe między typami spółek, na których łączenie zezwala prawo krajowe danego

¹⁸ Zob. art. 492 k.s.h. oraz uwagi do projektu tego przepisu K. Pałka-Bartoszek, *Łączenie się spółek kapitałowych w projekcie ustawy – Prawo spółek handlowych a Trzecia Dyrektywa Rady Wspólnoty Europejskiej dotycząca łączenia się spółek akcyjnych*, Rejent 1999, nr 9, s. 185 i nast. oraz uwagi na tle tego typu przekształcenia w SE: K. Bielska, *Tworzenie spółki europejskiej – fuzja transgraniczna*, PPH 2004, nr 12, s. 27 i nast.; S. Ebert, *The European company on the level playing field of the community*, 14 *European Business Law Review* 2003, s. 190 i nast.

¹⁹ Jeżeli ma to zastosowanie, dopuszczalna jest dopłata w gotówce nieprzekraczająca 10% wartości nominalnej lub w przypadku braku wartości nominalnej, wartości księgowej tych papierów, udziałów lub akcji.

²⁰ Zasady ewentualnej dopłaty nieprzekraczającej 10% wartości nominalnej lub księgowej są podobne jak wyżej.

²¹ Formalności uproszczone stosuje się także w wypadku połączenia transgranicznego przez przejęcie dokonywanego przez spółkę, która posiada 90% lub więcej, ale nie wszystkie udziały lub akcje i inne papiery wartościowe przynajmniej prawo głosu na zgromadzeniach wspólników spółki lub spółek przejmowanych.

państwa członkowskiego. Odstępstwo od zasady swobody przedsiębiorczości i swobody przepływu kapitału musi mieć wystarczające usprawiedliwienie i raczej nie powinno mieć charakteru generalnego²². Podobnie jak pozostawiono kwestie możliwych ograniczeń krajowemu ustawodawcy przy regulacji spółki europejskiej²³, również komentowana dyrektywa pozwala władzom krajowym na zgłoszenie sprzeciwu wobec danego połączenia ze względu na interes publiczny, jeżeli taka możliwość wynika z krajowych przepisów szczególnych²⁴. Na uwagę zasługują przede wszystkim punkty 3 i 10 preambuły dyrektywy. Pierwszy z wymienionych wskazuje, że wzmiankowane wyżej ograniczenia mogą być usprawiedliwione nadrzędnymi wymogami dobra publicznego, jednak muszą to być środki niezbędne i proporcjonalne do założonego celu²⁵. Na możliwość wskazanego w preambule uchylecia wskazuje wprost art. 4 ust. 1b dyrektywy. W odniesieniu do spółki europejskiej kwestie te reguluje art. 19 ust. 1 ustawy z dnia 4 marca 2005 r. o Europejskim Zgrupowaniu Interesów Gospodarczych i Spółce Europejskiej²⁶. Stanowi on, że jeżeli spółka uczestnicząca w połączeniu w celu założenia spółki europejskiej (dalej: SE), która ma mieć siedzibę statutową w innym państwie, jest instytucją finansową z siedzibą statutową na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, to o zamiarze połączenia zawiadamia właściwy organ nadzoru najpóźniej w dniu ogłoszenia planu połączenia²⁷. Zgodnie z ust. 2 wymie-

²² Tak też przyjął ETS w sprawie *Sevic Systems*, C-411/03, http://curia.eu.int/en/content/juris/index_form.htm. (15.04.2006 r.). W ocenie Trybunału Luksemburskiego odmowa wpisu do rejestru handlowego transgranicznej fuzji w drodze przejęcia spółki zagranicznej przez spółkę niemiecką stanowi ograniczenie swobody przedsiębiorczości.

²³ Europejska spółka akcyjna wprowadzona została Rozporządzeniem Rady UE z dnia 8 października 2001 r. w sprawie statutu spółki europejskiej (Nr 2157/2001, OJ L 294 z 10.11.2001, polskie tłumaczenie K. Oplustil, *Europejska Spółka Akcyjna. Teksty aktów prawnych z omówieniem*, red. K. Oplustil, Warszawa 2002, s. 183) oraz dyrektywą Rady z dnia 8 października 2001 r., uzupełniającą statut spółki europejskiej w odniesieniu do uczestnictwa pracowników (Nr 2001/86/WE, OJ L 294 z 10.11.2001).

²⁴ Zob. szerzej A. Szumański, [w:] S. Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwała, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, t. IV, Warszawa 2004, s. 183.

²⁵ Zob. w kwestii usprawiedliwionych ograniczeń swobody przedsiębiorczości J. Napierała, *Transgraniczna fuzja spółek...*, s. 25.

²⁶ Dz.U. Nr 62, poz. 551, dalej cytowana jako ustawa.

²⁷ Przy interpretacji pojęcia interes publiczny (ogólny) należy mieć na uwadze nie tylko okoliczności konkretnego przypadku, ale i linię orzecznictwa Europejskiego Try-

nionego przepisu, organ nadzoru może zgłosić w ciągu dwóch miesięcy sprzeciw wobec połączenia, w drodze decyzji administracyjnej. Ustawodawca przy implementacji dyrektywy będzie mógł wprowadzić podobne warunki dopuszczalności tworzenia spółki kapitałowej transgranicznej z siedzibą nowej spółki za granicą²⁸.

Legislator krajowy został uprawniony na mocy art. 4 ust. 2 dyrektywy do wprowadzenia także w ramach transpozycji przedmiotowego aktu przepisów chroniących wierzycieli i wspólników oraz pracowników. Zgodnie z treścią art. 4 ust. 2 zd. 2, państwo członkowskie może w przypadku spółek uczestniczących w połączeniu transgranicznym i podlegających prawu tego państwa członkowskiego przyjąć odpowiednie przepisy w celu zapewnienia właściwej ochrony wspólnikom mniejszościowym, którzy zgłosili sprzeciw wobec omawianego połączenia spółek kapitałowych. Zbliżony charakter posiada upoważnienie z art. 24 ust. 2 rozporządzenia o spółce europejskiej, uprawniające krajowego legislatora

banuła Sprawiedliwości w Luksemburgu, ponieważ jest to jedyny organ uprawniony do interpretacji prawa wspólnotowego. Wyznaczniki dobra publicznego muszą być każdorazowo na potrzeby indywidualnego przypadku konkretyzowane, a użyte środki konieczne i proporcjonalne do chronionego celu. Takie reguły ustalił ETS w swoim bogatym orzecznictwie. Nadużywanie klauzuli spowodowałoby odwrócenie proporcji między koniecznymi ograniczeniami (wyjątek) a zasadą kreującą swobodę przedsiębiorczości i wolności świadczenia usług oraz przepływu kapitału; zob. szerzej D. F u c h s, *Dobro powszechne (ogólne) jako wyznacznik ewolucji wspólnotowego prawa ubezpieczeń gospodarczych*, [w:] *Prawo gospodarcze Wspólnoty Europejskiej na progu XXI wieku*, pod red. C. Mika, Toruń 2002, s. 71-94; Z. B r o d e c k i, S. M a j k o w s k a, *Kilka uwag o europejskim prawie ubezpieczeń*, [w:] *Prawo gospodarcze Wspólnoty Europejskiej na progu XXI wieku*, pod red. C. Mika, Toruń 2002, s. 60 i nast.

²⁸ Obecnie toczą się spory państw członkowskich z instytucjami wspólnotowymi o granice swobody władz krajowych w zakresie wstrzymywania fuzji transgranicznej spółek, zob. w szerszym kontekście stanowiska m. in. rządów: polskiego w sprawie włoski bank UniCredito SpA – Pekao SA i BPH, hiszpańskiego w zakresie przejęcia grupy energetycznej Endesa przez niemiecki E.ON AG, niemieckiego w sprawie Volkswagenwerk GmbH z wyrokiem ETS w związku ze skargą wniesioną w dniu 4 marca 2005 r. przez Komisję Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Federalnej Niemiec, Dz.Urz. C 143 z 11.06.2005; zob. również wyroki ETS dotyczące swobody przepływu kapitału (art. 56-60 Traktatu) w aspekcie kontroli nad przedsiębiorcami i ograniczeń wynikających z funkcjonowania „złotych akcji”: Komisja przeciwko Francji, C-483/99, ECR 2002, s. I-4781, Komisja przeciwko Hiszpanii, C-463/00, ECR 2003, s. I-4581, Komisja przeciwko Zjednoczonemu Królestwu, C-98/01, ECR 2003, str. I-4641

do wydania lub utrzymania przepisów służących ochronie akcjonariuszy mniejszościowych, którzy zgłosili sprzeciw w kwestii połączenia. Ustawodawca krajowy skorzystał z tego upoważnienia. Artykuł 17 ustawy – Prawo o publicznym obrocie papierami wartościowymi, wydanej dla jego wykonania²⁹, stanowi, że akcjonariusze, którzy głosowali przeciwko uchwale o połączeniu mogą żądać wykupu swoich akcji, zgłaszając pisemne żądanie w terminie 10 dni od podjęcia uchwały. Akcjonariusze spółki publicznej składają w tym celu imienne świadectwa depozytowe wystawione zgodnie z przepisami. W uzasadnieniu projektu ustawy wskazano m.in., że ochrona ta podyktowana jest zmianą sytuacji prawnej wspólnika, który nabył akcje spółki w zaufaniu, iż jego prawa i obowiązki określać będzie prawo polskie. Ponadto dodatkowe trudności dla akcjonariusza mogą wynikać z konieczności uczestnictwa w walnym zgromadzeniu oraz dochodzenia swoich praw przed sądami miejsca nowej siedziby spółki. Komentowany przepis dyrektywy umożliwia zapewnienie właściwej ochrony wspólnikom mniejszościowym, którzy zgłosili sprzeciw wobec połączenia transgranicznego³⁰. Jeżeli jednak prawo państwa członkowskiego, któremu podlega łącząca się spółka, przewiduje procedurę ustalenia odszkodowania dla wspólników mniejszościowych, niewstrzymującą wpisu połączenia transgranicznego do rejestru, to stosuje się ją tylko w wypadku, gdy inne łączące się spółki wyrażą akceptację³¹.

Faza czynności przygotowawczych łączenia się spółek

Wymieniona faza stanowi pierwszy i najobszerniejszy etap postępowania zmierzającego do połączenia spółek kapitałowych przez przejęcie lub w drodze zawiązania nowej spółki. W jej ramach konieczne jest sporządzenie planu połączenia spółek. W piśmiennictwie prezentowany jest pogląd³², że jedną z istotnych modyfikacji modelu prawnego połą-

²⁹ Rozporządzenia wspólnotowe należą do wtórnych aktów WE, które stosuje się w porządku krajowym wprost, z wyjątkiem przepisów, które zezwalają na wprowadzenie krajowych regulacji.

³⁰ J. Napierała, *Europejskie prawo spółek*, Warszawa 2006, s. 80; zob. również uwagi na tle Trzeciej Dyrektywy K.E. Sorensen, M. Neville, *Corporate migration in the European Union*, 6 Columbia Journal of European Law 2000, s. 202-203.

³¹ Zob. art. 10 ust. 3.

³² M. Rodzyńkiewicz, *Łączenie się spółek. Komentarz*, Warszawa 2003, s. 108.

czenia spółek w kodeksie spółek handlowych jest przeniesienie punktu ciężkości tej transakcji z uchwał połączeniowych na etapy przeddecyzyjne, które obejmują plan połączenia i załączniki do niego. Wymieniony plan poprzedzają przeważnie czynności przygotowawcze, faktyczne, pozakodeksowe³³, określane jako *due diligence*, obejmujące wybór kontrahenta, zwykle konsultacje, ustalenie strategii itd.³⁴ Ich treść oraz charakter wynika z ukształtowanej praktyki i przekłada się w jakimś stopniu na charakter planu łączenia się spółek. Z formalnoprawnego punktu widzenia dopiero plan jest pierwszą czynnością prawną, konieczną przy transgranicznym łączeniu się spółek kapitałowych.

W literaturze przedmiotu zróżnicowane są poglądy na temat charakteru planu połączenia³⁵. Przeważa stanowisko, że należy kwalifikować go jako czynność faktyczną³⁶, chociaż niektórzy autorzy traktują ten plan jako umowę³⁷ lub inną czynność prawną³⁸. Niewątpliwie nieusprawiedliwiony brak kontynuacji procedury połączeniowej powinien rodzić skutki prawne³⁹, ale kwestia ta wymaga regulacji chociażby przez klauzule słusznościowe. Plan połączenia jest obligatoryjny. Postępowanie łączeniowe ma charakter materialnoprawny, zaś użycie w języku prawniczym terminu

³³ Zdaniem M. Rodzynkiewicza, *Kilka uwag o planie połączenia spółek w kodeksie spółek handlowych*, *Radca Prawny* 2001, nr 4, s. 56 i nast. pozostają one umowami nienazwanymi, zawieranymi przez zarządy łączących się spółek w ramach swobody kontraktowania.

³⁴ Zob. szerzej J. Bartczak, *Wybrane zagadnienia dotyczące przesłanek połączenia spółek kapitałowych przez przejęcie*, *PPH* 2005, nr 8, s. 26 i nast.; A. Szumański, [w:] S. Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwałaj, *Kodeks spółek handlowych...*, s. 304.

³⁵ J. Napierała, *Europejskie prawo spółek...*, s. 81 określa plan połączenia jako jedną z instytucji procedury połączeniowej.

³⁶ A. Kidyba, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, t. IV, Warszawa 2005, s. 959; A. Szumański, *Łączenie się spółek w świetle kodeksu spółek handlowych*, *Prawo Spółek* 2001, nr 3, s. 20. Zdaniem A. Witosza, *Charakter prawny, funkcje i rola planów restrukturyzacyjnych spółek handlowych*, *PPH* 2004, nr 8, s. 36, mamy tu doczynienia z deklaracją intencji, która stanie się ważnym elementem konstruowania odpowiedzialności w wypadku odstąpienia od podejmowania dalszych czynności mieszczących się w procedurze połączenia.

³⁷ M. Borkowski, *Łączenie się spółek akcyjnych*, Warszawa 2001, s. 32 i nast.

³⁸ M. Rodzynkiewicz, *Kilka uwag...*, s. 56.

³⁹ Zob. A. Witosz, *Charakter prawny...*, s. 36; por. A. Szumański, *Łączenie się spółek...*, s. 13.

postępowanie ma na celu zwiększenie czytelności właściwych przepisów⁴⁰. Postępowanie modelowe jest tu wzorowane na postanowieniach Trzeciej Dyrektywy. Wymieniony akt dotyczy łączenia spółek akcyjnych, a przedmiotowe rozważania transgranicznego łączenia spółek kapitałowych obejmują swym zakresem również spółki z o.o. Ponieważ przepisy kodeksu spółek handlowych obejmują różne konfiguracje podmiotowe przy łączeniu się spółek, większość postanowień jest adekwatna do omawianych w tym materiale rozwiązań.

Kwestie wspólnego planu połączenia transgranicznego reguluje art. 5 dyrektywy. Zgodnie z jego brzmieniem, organy zarządzające lub administrujące każdej z łączących się spółek sporządzają wspólny plan połączenia transgranicznego⁴¹. Normodawca wspólnotowy, wskazując na organy zarządzające lub administrujące, odwołał się tym samym do dwóch podstawowych systemów zarządzania spółką, a mianowicie: systemu dualistycznego i monistycznego⁴². Nie jest jasne na tle stosowania art. 498 k.s.h., czy plan powinni podpisać wszyscy członkowie zarządu, czy wystarczające jest zachowanie „kodeksowych zasad reprezentacji”⁴³.

⁴⁰ A. Szumański, [w:] S. Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja, *Kodeks spółek handlowych...*, s. 303.

⁴¹ Zob. uwagi na tle art. 498 k.s.h. W. Jędrzych, *Jak należy uzgodnić plan połączenia spółek?*, Prawo Bankowe 2001, nr 7-8, s. 139 i nast.

⁴² W krajach członkowskich występują dwie podstawowe konstrukcje zarządzania spółką, określone jako system monistyczny i dualistyczny. Pierwszy z wymienionych modeli, opierający się na konstrukcji jednolitego organu zarządzająco-kontrolującego, wywodzi się z systemu *common law*. Nie miał on przed wprowadzeniem ustawy z dnia 4 marca 2005 r. o Europejskim Zgrupowaniu Interesów Gospodarczych i Spółce Europejskiej odpowiednika w prawie polskim. W literaturze przedmiotu podkreśla się, że brak jest przekonujących danych empirycznych przemawiających za większą efektywnością mierzoną np. wartością spółek, odpornością na upadek, lepszą zdolnością szybszego wykrywania i przeciwdziałania zagrożeniom dla przedsiębiorstwa spółki, któregoś z tych systemów w zakresie zarządzania i nadzoru. Sama możliwość wyboru między modelem monistycznym a dualistycznym przez założycieli SE postrzegana jest w piśmiennictwie jako zaleta tej międzynarodowej spółki. Względy pragmatyczne, a zwłaszcza konieczność przyciągnięcia inwestorów z państw o systemie monistycznym przemawiały za wprowadzeniem do prawa polskiego jako alternatywnego dla systemu dualistycznego tego modelu w odniesieniu do spółek akcyjnych. Omawiana ustawa wprowadza ten system tylko na potrzeby tworzenia SE.

⁴³ Za tą drugą opcją opowiadają się W. Jędrzych, *Jak należy...*, s. 139; R. Kwasiński, *Faza menedżerska łączenia spółek kapitałowych*, Radca Prawny 2003, nr 1, s. 38.

W porównaniu z regulacją planu połączenia spółek krajowych⁴⁴, rozwiązanie zawarte w dyrektywie jest przejrzyste, ponieważ jednoznacznie wskazuje na organ sporządzający plan połączenia. Wspólny plan połączenia transgranicznego zawiera co najmniej zestaw informacji szczegółowych, wymienionych w art. 5 komentowanej dyrektywy. Minimalna, obligatoryjna treść takiego planu nie pozbawia możliwości umieszczenia w nim także innych, dodatkowych elementów, które uzgodnią między sobą uczestniczące w postępowaniu łączeniowym spółki⁴⁵.

Obligatoryjny wymóg ogłoszenia planu połączenia

W celu ochrony interesów osób trzecich plan sporządzony dla każdej z łączących się spółek zostaje ujawniony we właściwym rejestrze publicznym (dzienniku urzędowym)⁴⁶. Zasada jawności jest konsekwentnie respektowana w prawie wspólnotowym, służy bezpieczeństwu obrotu⁴⁷ i w tym zakresie harmonizacja prawa jest najdalej posunięta⁴⁸. Niezależnie od wymogów wynikających z prawa krajowego, ogłoszenie o łączeniu się spółek powinno zawierać następujące informacje szczegółowe, określone art. 6 dyrektywy:

- 1) typ, firmę i siedzibę statutową każdej z łączących się spółek,
- 2) rejestr, w którym dla każdej z nich zostały złożone dokumenty, a także numer wpisu do tego rejestru,
- 3) wskazanie dla każdej warunków wykonywania praw wierzycieli i wspólników mniejszościowych łączących się spółek oraz adres, pod

⁴⁴ A. Witosz, *Tak zwane prawo weta w spółce akcyjnej a procesy restrukturyzacyjne spółek handlowych*, Prawo Spółek 2003, nr 3, s. 2 i nast.

⁴⁵ Zob. pkt 4 preambuły dyrektywy. Podobne rozwiązanie zawarte jest w art. 499 § 1 k.s.h.

⁴⁶ Zob. pkt 5 preambuły dyrektywy.

⁴⁷ Ujawnienie treści planu połączenia gwarantuje art. 505 § 1 pkt 1 w związku z art. 504 § 2 pkt 2 k.s.h., w świetle którego wspólnicy lub akcjonariusze mogą przeglądać plan połączenia obok innych dokumentów związanych z procedurą połączeniową co najmniej na miesiąc przed planowanym terminem uchwały o połączeniu A. Szumański, [w:] S. Soltys iński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja, *Kodeks spółek handlowych...*, s. 303.

⁴⁸ T. Drygala, *Ewolucja, stan obecny i perspektywy rozwoju europejskiego prawa spółek*, [w:] *Instytucje prawne dyrektywy kapitałowej*, pod red. M. Cejmera, J. Napierały, T. Sójki, t. I, Kraków 2004, s. 22, 24 i 27.

którym można uzyskać pełne i bezpłatne informacje na temat tych warunków.

Postanowienia dyrektywy statuują wymóg, że ogłoszenie powinno ukazać się co najmniej na miesiąc przed datą zgromadzenia wspólników, na którym ma zostać podjęta uchwała o połączeniu. Artykuł 500 § 2 k.s.h. podaje termin sześciu tygodni.

Prawne i ekonomiczne aspekty połączenia transgranicznego

Procedurę zatwierdzania planu połączenia przez zgromadzenie wspólników poprzedza sporządzenie sprawozdania organu zarządzającego lub administrującego, które zawiera podstawowe aspekty połączenia transgranicznego, a więc, z jednej strony, prawne i ekonomiczne uzasadnienie połączenia, a z drugiej, przewidywalne skutki połączenia transgranicznego dla wspólników, wierzycieli i pracowników. Przyczyny leżące u podstaw łączenia się spółek mają głównie charakter ekonomiczny⁴⁹. Ma ono umożliwić tworzenie stabilniejszych gospodarczo podmiotów, sprzyjać szerszemu uczestniczeniu w wymianie, czyli pozwalać na optymalne korzystanie z dobrodziejstw wewnętrznego rynku bez przeszkód natury prawnej i organizacyjnej, stąd uzasadnienie powinno zawierać racje gospodarcze przemawiające za takimi zmianami⁵⁰. Niniejsza procedura ma także służyć przeciwdziałaniu postępowaniom łączeniowym mającym charakter obejścia prawa. ETS poświęca wiele uwagi tej problematyce. W orzeczeniu w sprawie Centros wskazał, że nie stanowi nadużycia prawa przeniesienie lub założenie spółki zgodnie z liberalnym porządkiem prawnym jednego z państw członkowskich i jednoczesne utworzenie oddziału tej spółki w innym⁵¹. Sprawozdanie udostępnia się wspólnikom i przedstawicielom pracowników (lub samym pracownikom) najpóźniej na miesiąc przed

⁴⁹ Na ekonomiczne funkcje łączenia spółek wskazywała już tradycyjna doktryna; T. Dziurzyński, Z. Feniichel, M. Honzatkó, *Komentarz do kodeksu handlowego*, Łódź 1992, s. 312.

⁵⁰ A. Piniór, *Łączenie, podział...*, s. 1364.

⁵¹ Zob. uwagi do tego wyroku W. Klyta, *Wpływ orzeczenia ETS w sprawie Inspire Art z 30 września 2003 r. a europejskie prawo spółek*, [w:] *Rozprawy prawnicze. Księga pamiątkowa profesora M. Pazdana*, red. L. Ogiegło, W. Popiołek, M. Szpunar, Kraków 2005, s. 638 i nast.; Z. Jara, J. Schlichte, *Grenzenlose Mobilität für polnische Gesellschaften nach Inspire Art?*, *Recht der Internationalen Wirtschaft* 2006, nr 2, s. 106 i nast.; Ch. Kersting, *Corporate choice of law...*, s. 39 i nast.

datą zgromadzenia zatwierdzającego wspólny plan połączenia. Takie rozwiązanie pozwala na ustosunkowanie się przedstawicieli pracowników do planu połączenia i dołączenie ich opinii do sprawozdania.

Opinia niezależnego biegłego

Warunkiem skuteczności połączenia transgranicznego jest także opinia niezależnego biegłego lub biegłych. Dyrektywa dopuszcza powołanie biegłych działających na rzecz wszystkich łączących się spółek i sporządzenie jednej wspólnej opinii. W tym celu każde państwo członkowskie wyznacza sąd, notariusza lub inny organ właściwy według prawa krajowego do kontroli zgodności połączenia transgranicznego z prawem w odniesieniu do tej części procedury, która dotyczy ukończenia połączenia.

Opinia biegłego powinna zawierać co najmniej takie informacje, jakie wymagane są przy łączeniu się spółek krajowych. Badanie dotyczy poprawności i rzetelności sporządzenia planu i ma charakter czysto rachunkowy⁵². W tym zakresie przepisy kodeksu spółek handlowych są zgodne z wymogami art. 10 ust. 2 trzeciej dyrektywy. Opinia niezależnego biegłego powinna być udostępniona wspólnikom co najmniej na miesiąc przed uchwałą walnego zgromadzenia, zatwierdzającego plan połączenia. Od omawianego wymogu art. 8 ust. 4 dyrektywy wprowadza wyjątek. Opinia biegłego (biegłych) nie jest wymagana, gdy wszyscy wspólnicy biorący udział w połączeniu wyrazili na nie zgodę.

Uchwała o zatwierdzeniu wspólnego planu połączenia

Uchwała zgromadzenia wspólników (walnego zgromadzenia) jest fazą decyzyjną, właścicielską, sankcjonującą połączenie spółek⁵³. Uchwałę poprzedza nie tylko sprawozdanie organu zarządzającego lub administru-

⁵² K. Kruczałak, [w:] J. Frąckowiak, A. Kidyba, K. Kruczałak, W. Opalski, W. Popiołek, W. Pyziół, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, pod red. K. Kruczałaka, Warszawa 2001, s. 793. W kwestii zasad odpowiedzialności biegłego przy badaniu sprawozdania finansowego spółki zob. J. Frąckowiak, [w:] J. Frąckowiak, A. Kidyba, K. Kruczałak, W. Opalski, W. Popiołek, W. Pyziół, *Kodeks spółek handlowych...*, s. 775.

⁵³ Uwagi na tle art. 506 k.s.h.; J. Bartczak, *Wybrane zagadnienia...*, s. 30; A. Piniór, *Łączenie, podział...*, s. 1363.

jącego, ale również opinia niezależnego biegłego. Zgromadzenie wspólników każdej z łączących się spółek może zastrzec sobie prawo uzależnienia skuteczności połączenia od wyraźnego zatwierdzenia przez nie warunków uczestnictwa pracowników w spółce powstającej w wyniku połączenia transgranicznego, ale tylko wtedy, gdy warunki ich uczestnictwa były uregulowane w spółce przed przystąpieniem jej do procedury połączeniowej. Na tle stosowania art. 506 k.s.h. kwestią sporną pozostaje, czy wspólnicy w trakcie podejmowania takiej uchwały mogą zmienić treść planu połączenia. Opowiadający się za możliwością wprowadzenia takich zmian uzasadniają swoje stanowisko tym, że opinia biegłego lub własne ustalenia mogą przesądzać o konieczności wprowadzenia pewnych zmian⁵⁴. Przeważa jednak stanowisko odrzucające taką możliwość⁵⁵. Jeżeli plan połączenia nie uzyska akceptacji zgromadzenia wspólników, konieczne będzie powtórzenie całej procedury połączeniowej, gdyż przepisy nie przewidują zmian w dokumencie⁵⁶. Dyrektywa nie określa wymaganej większości i kworum przy zatwierdzaniu wspólnego planu połączenia, zatem w rachubę wchodzi przepisy krajowe.

Skuteczność połączenia transgranicznego

Artykuł 12 dyrektywy stanowi, że prawo państwa członkowskiego, którego jurysdykcji podlega spółka powstająca w wyniku połączenia transgranicznego, określa datę, z którą takie połączenie staje się skuteczne. Może ono stać się skuteczne dopiero po przeprowadzeniu ostatecznej kontroli zgodności połączenia transgranicznego z prawem⁵⁷. Przy kontroli należy uwzględnić kwestie dopełnienia identycznych warunków połączenia we wszystkich spółkach, w tym w odniesieniu do uczestnictwa pracowników, zgodnie z wymogami art. 16 dyrektywy. Połączenie następuje z dniem wpisania spółki do właściwego rejestru według siedziby spółki

⁵⁴ A. Szumański, *Łączenie się spółek...*, s. 22.

⁵⁵ Zdaniem A. Witosa, *Charakter prawny...*, s. 36 i nast., uchwały nie mogą w żadnym zakresie wprowadzać odstępstw albo zmian w stosunku do treści planu. Treść planu może tylko wejść w całości w treść uchwały przez wyrażoną zgodę właściwego gremium na połączenie. J. Bartczak, *Wybrane zagadnienia...*, s. 30 i przedstawione tam piśmiennictwo.

⁵⁶ K. Palka-Bartoszek, *Łączenie się spółek...*, s. 215.

⁵⁷ Zob. art. 11 dyrektywy oraz pkt 7 preambuły.

przejmującej albo spółki nowo zawiązanej⁵⁸. W świetle art. 493 § 2 k.s.h.⁵⁹ wpis do rejestru skutkuje wykreśleniem spółki przejmowanej albo spółek łączących się przez zawiązanie nowej spółki. Ze względu na transgraniczny charakter łączenia spółek kapitałowych, regulowany niniejszą dyrektywą rejestr właściwy do dokonania wpisu spółki powstającej lub przejmującej niezwłocznie zawiadamia rejestr, w którym każda ze spółek miała obowiązek złożyć swoje dokumenty, że połączenie transgraniczne stało się skuteczne. Dzień połączenia jest więc immanentnie połączony z dniem wykreślenia. Po dniu, w którym połączenie stało się skuteczne w rozumieniu art. 12 dyrektywy, nie może ono zostać unieważnione. Fragment *in fine* pkt 8 preambuły dyrektywy stanowi, że w interesie bezpieczeństwa prawnego nie powinno być możliwe ogłoszenie unieważnienia połączenia transgranicznego po dacie, w której łączenie stało się skuteczne. Identyczną zasadę w odniesieniu do spółki europejskiej statuuje art. 30 rozporządzenia. Ponadto zdanie drugie tego przepisu stanowi, że brak zgodności z prawem łączenia się spółek może być jednym z powodów rozwiązania spółki europejskiej.

Skutki połączenia transgranicznego

Elementami kształtującymi pojęcie łączenia się spółek jako kategorii prawnej są jego podstawowe skutki prawne⁶⁰:

- 1) sukcesja uniwersalna,
- 2) spółka przejęta lub spółki łączące się przez zawiązanie nowej spółki ulegają rozwiązaniu bez uruchomienia procedury likwidacyjnej,
- 3) wspólnicy spółki przejętej lub spółek łączących się stają się wspólnikami spółki przejmowanej lub nowo zawiązanej.

⁵⁸ A. Szumański, [w:] S. Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja, *Kodeks spółek handlowych...*, s. 302 określa tę część procedury fazą autoryzacji połączenia przez uprawnione do tego organy państwowe; zob. W. Klyta, *Wpływ orzeczenia ETS...*, s. 644 i nast.

⁵⁹ Rozwiązanie przyjęte w k.s.h. stanowi *novum* w porównaniu z wcześniejszymi przepisami, ponieważ precyzyjnie określa dzień połączenia. A. Kidyba, *Kodeks spółek handlowych...*, s. 939 i nast.

⁶⁰ Na tle art. 493 i nast. k.s.h. zob. A. Szumański, [w:] S. Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja, *Kodeks spółek handlowych...*, s. 169.

Wymienione skutki połączenia w odniesieniu do transgranicznego łączenia się spółek kapitałowych określa art. 14 dyrektywy. Ustęp 3 tego przepisu każe legislatorowi krajowemu dopełnić szczególnych formalności wynikających z jego wewnętrznego prawa, dotyczących skuteczności przeniesienia określonych składników majątkowych, praw i zobowiązań łączących się spółek w stosunku do osób trzecich.

Z dniem skutecznego połączenia się wszystkie aktywa i pasywa przejmowanej spółki przechodzą na spółkę przejmującą, a w przypadku łączących się spółek na spółkę nowo zawiązaną. Sukcesja o charakterze uniwersalnym w pewnym sensie upraszcza i przyspiesza postępowanie połączeniowe, ponieważ spółka sukcesorka wchodzi z dniem połączenia we wszystkie prawa i obowiązki spółek przejmowanych i łączonych, istniejące w dacie skutecznego połączenia. O ile sukcesja cywilnoprawna ma charakter pełny⁶¹, to administracyjnoprawne następstwa mają charakter ograniczony⁶². Z transgranicznym łączeniem się spółek wiąże się uproszczenia (korzyści) w sferze opodatkowania⁶³.

Regulacja uczestnictwa pracowników

Jedną z głównych przeszkód w kontynuacji prac nad projektem omawianej dyrektywy, a także ustawodawstwa wspólnotowego dotyczącego spółki europejskiej⁶⁴, był brak kompromisu co do uczestnictwa pracowników w spółce powstałej w wyniku połączenia. Przełamanie wieloletniego impasu na omawianej płaszczyźnie otworzyło najpierw drogę do powstania spółki europejskiej, a następnie wydania dyrektywy 2005/56⁶⁵.

⁶¹ Zob. J. Bartczak, *Sukcesja praw i obowiązków cywilnoprawnych jako skutek połączenia spółek kapitałowych przez przejęcie*, Prawo Spółek 2006, nr 2, s. 27 i nast.; M. Borkowski, *Łączenie się spółek...*, s. 128 i nast.

⁶² Szerzej A. Kidyba, *Kodeks spółek handlowych...*, s. 945 i nast.; K. Pałka-Bartoszek, *Łączenie się spółek...*, s. 193 i nast., 215.

⁶³ Zob. szerzej H. Litwińczuk, *Trudne restrukturalizacje*, Gazeta Prawna 2005; K. Oplustil, M. Chudzik, *Podatkowe aspekty tworzenia i funkcjonowania spółki europejskiej (societas europea – SE)*, Prawo Spółek 2005, nr 11, s. 50 i nast.; A. Rainer, *EC tax scene*, 33 Intertax 2005, nr 8/9, s. 406-407.

⁶⁴ K.E. Sorensen, M. Neville, *Corporate migration...*, s. 205-206.

⁶⁵ J. Napierała, *Europejskie prawa spółek...*, s. 79.

Komentowana dyrektywa w art. 16, dotyczącym uczestnictwa pracowników, odwołuje się przede wszystkim do dyrektywy 2001/86. Ostatni z wymienionych aktów nie jest pierwszym unormowaniem wspólnotowym wyznaczającym ramy dla miejsca pracowników w przedsiębiorstwach, gdyż poprzedziło go utworzenie europejskiej rady zakładowej⁶⁶, z tym że uprawnienia wynikające z nowej dyrektywy (2001/86/WE) idą dalej, ponieważ obejmują prawo wywierania wpływu przez pracowników na decyzje podejmowane przez organy spółki.

Przepisy dyrektywy wydanej łącznie z rozporządzeniem o SE nie pozostawiają wątpliwości co do tego, że pojęcie udziału pracowników nie ogranicza się do udziału w zwykłym zarządzaniu (w tym zakresie nie było zasadniczych sporów w czasie prac nad aktami prawa wspólnotowego), ale odnosi się także do sfery nadzoru i opracowywania strategii rozwoju spółki⁶⁷. Zatem uczestnictwo pracowników oznacza mechanizm obejmujący prawa do informowania, konsultowania i współdecydowania o rozwiązaniach, jakie mogą być podjęte w spółce. Ochrona nabytych praw pracowników w odniesieniu do uczestnictwa w podejmowaniu decyzji przez spółkę jest zasadą podstawową i deklarowanym celem zarówno dyrektywy 2001/86, jak również komentowanego w tym referacie aktu wspólnotowego (art. 16 ust. 1 dyrektywy)⁶⁸, jednakże zasady obowiązujące w państwie członkowskim, w którym ma siedzibę statutową

⁶⁶ Ustawa z dnia 25 kwietnia 2000 r., Dz.U. Nr 62, poz. 555. W drodze tej ustawy dokonano implementacji dyrektywy nr 94/45 z dnia 22 września 1994 r. o utworzeniu Europejskiej Rady Zakładowej. Na temat różnic między regulacjami zob. K. B o r o w i c z, *Zakres praw pracowniczych w spółce europejskiej*, Prawo Przedsiębiorcy 2005, nr 41, s. 28; zob. też ustawę z dnia 7 kwietnia 2006 r. o informowaniu pracowników i przeprowadzaniu z nimi konsultacji (Dz.U. Nr 79, poz. 550) poprzedzoną dyrektywą nr 2002/14 z dnia 11 marca 2002 r. ustanawiającą ogólne ramowe warunki informowania i przeprowadzania konsultacji z pracownikami we Wspólnocie Europejskiej.

⁶⁷ I. H y k a w y, *W poszukiwaniu nowych rozwiązań – koncepcja spółki europejskiej* [w:] *Prawo Wspólnot Europejskich. Prawo spółek*, pod red. M. Safjana, Warszawa 1996, s. 251; zob. również P. S t o r m, *Cross-border Mergers, the Rule of Reason and Employee Participation*, *European Company Law 2006*, nr 3, s. 130 i nast.

⁶⁸ Zob. uwagi na temat tytułowej zasady J. G ó r e c k i, *Zasada locus regit actum a prawo właściwe dla umów*, [w:] *Rozprawy prawnicze...*, s. 97 i nast. Jeżeli przed wszczęciem postępowania połączeniowego zasady uczestnictwa nie były ustalone, ich określenie nie stanowi warunku skuteczności połączenia.

spółka powstająca w wyniku połączenia transgranicznego, dotyczące uczestnictwa pracowników, jeżeli takie istnieją, nie mają zastosowania, w przypadku gdy przynajmniej w jednej ze spółek biorących udział w połączeniu w okresie sześciu miesięcy przed opublikowaniem planu połączenia transgranicznego średnia liczba pracowników przekracza 500 osób i w spółce tej istnieje już system ich uczestnictwa lub w przypadku gdy prawo krajowe, właściwe dla spółki powstającej w wyniku połączenia transgranicznego, nie przewiduje przynajmniej takiego samego poziomu uczestnictwa pracowników, jaki istniał w odpowiednich spółkach biorących udział w połączeniu albo takiego samego uprawnienia do wykonywania praw uczestnictwa dla pracowników zakładu spółki powstającej w wyniku połączenia transgranicznego, które znajdują się w innych państwach członkowskich. Zasadniczo system uczestnictwa pracowników w spółce przejmującej lub nowo zawiązanej powinien, jeżeli nie ma zastosowania reguła ogólna z art. 16 ust. 1, zostać wypracowany w drodze negocjacji między przedstawicielami pracowników wszystkich spółek uczestniczących w łączeniu transgranicznych spółek kapitałowych a przedstawicielami władz tych spółek. Jeżeli przedstawicielom władz i pracowników spółek nie uda się ustalić modelu współdecydowania w drodze negocjacji, to zastosowanie znajdują reguły standardowe. W pewnym uproszczeniu można przyjąć, że w takich wypadkach do zaangażowania pracowników znajduje zastosowanie ten model współdecydowania, który przyznawał im największe prawa w organach spółki.

Zakończenie

Dyrektywa w sprawie transgranicznego łączenia się spółek kapitałowych została wydana w celu ułatwienia takich przekształceń, ułatwienia rozwoju przedsiębiorczości i swobodnego przepływu kapitału na jednolitym rynku Wspólnoty. Postanowienia komentowanego aktu, na co pośrednio wskazuje jego uzasadnienie, powinny po włączeniu ich w drodze prawidłowej implementacji do krajowego porządku stanowić podstawę dla konfiguracji podmiotowych zwłaszcza małych i średnich przedsiębiorstw, niezainteresowanych założeniem SE. Niewątpliwie jednym z najtrudniejszych problemów przy łączeniu transgranicznym, objętym zakresem przedmiotowej dyrektywy, może okazać się złożona procedura

zaangażowania pracowników⁶⁹. Symptomy tych trudności zarysowują się na tle stosowania regulacji dotyczącej SE. Przedmiotowa dyrektywa, preferując ułatwienia w łączeniu się spółek kapitałowych, zwłaszcza podatkowe i proceduralne, jednocześnie wprowadza kilka rozwiązań chroniących bezpieczeństwo obrotu, w tym interesy wierzycieli spółek sektora finansowego oraz interesy wspólników mniejszościowych, co należy ocenić pozytywnie. Dla kształtowania świadomości prawnej adresatów nowego prawa konieczne jest popularyzowanie, z wyprzedzeniem, omawianego aktu, a także orzecznictwa ETS, które ma prointegracyjny charakter.

⁶⁹ Omawiana dyrektywa ma zostać implementowana w porządkach krajowych do 15 grudnia 2007 roku, stąd brak doświadczeń związanych ze stosowaniem jej przepisów. Przedsiębiorcy zainteresowani przystąpieniem do SE uważają wymogi związane z udziałem pracowników za poważne utrudnienie w jej zawieraniu. Proces negocjacyjny może trwać do sześciu miesięcy i być przedłużany. Ponadto różnice standardów zaangażowania pracowników w poszczególnych państwach członkowskich są duże, co powoduje brak równowagi między interesami krajów członkowskich.