

Leszek Michalczyk*

Fuzje i przejęcia przedsiębiorstw w wybranych segmentach polskiego prawa gospodarczego

1. Wprowadzenie

Celem artykułu jest analiza aspektów prawnych związanych z fuzjami i przejęciami przedsiębiorstw. Kwestie te omawia się na podstawie przepisów polskiego prawa gospodarczego. W tym aspekcie uwzględniono poniższe ustawy:

1. ustawę o ochronie konkurencji i konsumentów [12],
2. ordynację podatkową [16],
3. ustawę o zasadach ewidencji i identyfikacji podatników i płatników NIP [17],
4. ustawę o podatku dochodowym od osób prawnych [13],
5. ustawę o podatku od towarów i usług [14].

Analizę przeprowadza się zgodnie z założeniami koncepcji „relacyjności” systemów prawnych w danym kraju**.

Łączenie się podmiotów gospodarczych wzbudza też duże zainteresowanie kręgów biznesu i pracowników zatrudnionych nie tylko w łączących się przedsiębiorstwach. W wypadku niektórych przedsiębiorstw może ono również interesować szersze grono osób.

Zakres i sposób połączeń, a także ich odniesienia prawne, są o tyle istotniejsze, o ile dotyczą podmiotów współpracujących z większą liczbą kontrahentów. Jest to widoczne zwłaszcza na przykładzie banków.

* Uniwersytet Jagielloński, Wydział Zarządzania i Komunikacji Społecznej, Katedra Zarządzania Operacyjnego i Marketingu

** Na gruncie polskim to np. [9], [10].

2. Teoretyczno-prawne ujęcia ekonomicznych procedur fuzji i przejęć w polskiej gospodarce

Łączenie się podmiotów gospodarczych dotyczy w Polsce co najmniej stu kilkudziesięciu przypadków rocznie*.

Ekonomiczne motywy łączenia się przedsiębiorstw obejmują z reguły co najmniej jeden z poniższych czynników:

- uzyskanie (lub wzmocnienie) efektu synergii,
- wzrost efektu finansowego.

W pierwszym wypadku mamy do czynienia zarówno z lepszym wykorzystaniem istniejących zasobów (kapitałów w ich klasycznym rozróżnieniu), a więc i zwiększeniem rentowności (w modelu tzw. synergii ofensywnej), jak i zwiększaniem udziału na rynku globalnym przez ekspansję na kolejne rynki lokalne lub przejęcia konkurentów w celu dokonania likwidacji ich działalności (w modelu tzw. synergii defensywnej).

Efekty finansowe uzyskuje się przez realizację strategii definiowanych jako ekspansje: pionowa, pozioma lub zdywersyfikowana. Ekspansja pionowa obejmuje działania związane z przejmowaniem kontrahentów działających w innych segmentach tej samej branży – bardzo częstym przypadkiem jest przejmowanie firm produkcyjnych przez firmy handlowe mające w ofercie produkty firmy przejmowanej lub na odwrót. Ekspansja pozioma to przejmowanie konkurencji funkcjonującej w tym samym segmencie rynku**. Dywersyfikacja następuje wtedy, gdy przejmowane są przedsiębiorstwa z różnych segmentów, a niekiedy nawet różnych branż.

Szczegółowe intencje podmiotu przejmującego lub podmiotów tworzących nową spółkę mogą być za każdym razem różne, mieszczą się one jednak z reguły w jednym z powyżej ujętych schematów. Literatura przedmiotu [np.: 1, 2, 3] wskazuje, że obejmują one zazwyczaj:

- dążenie do wzrostu pozycji rynkowej przejmującego lub nowo zawiązanego podmiotu,
- dywersyfikację produktową,
- dywersyfikację rynkową,
- zapewnienie płynności „logistyki obrotu gospodarczego” (źródeł dostaw i kanałów dystrybucji),

* Por. dane Dun & Bradstreet – np. dla roku 2008 (273 przypadki), 2009 (157 przypadków) [20].

** Najbardziej spektakularnymi połączeniami w ostatnich latach były połączenia banków (KB-PBI, BIG-Bank Gdański, Pekao-BPH) czy Vistuli i Wólczanki czy też Asseco Poland i Prokom.

- maksymalizację zjawisk ekonomii skali zwłaszcza w zakresie zarządzania kosztami,
- wykorzystanie ustawowej możliwości tworzenia tzw. podatkowej grupy kapitałowej.

Regulacje prawne związane z fuzjami i przejęciami, mające swe odniesienie do zarządzania przedsiębiorstwem, uwzględniają:

- zasady organizacji poprzednich i nowych podmiotów gospodarczych [11],
- wpływ na rynek nowo powstałego podmiotu oraz prawa antymonopolowego [12],
- sposoby definiowania rozliczeń księgowych poprzednich i nowych podmiotów [15],
- analizę kwestii związanych z sukcesją generalną i jej przeniesieniem na grunt ustawodawstwa podatkowego w powiązaniu z ustawodawstwem bilansowym [13, 14, 16, 17].

Poruszana w niniejszym artykule analiza uwarunkowań prawnych odwołuje się do zasady „trójrelacyjności” segmentów prawa H. Litwińczuka*. W analizowanym w niniejszym artykule aspekcie można wskazać na relacje współzależności z dominacją ustawy *Kodeks spółek handlowych* [11] oraz ustawy o rachunkowości [15] nad rozwiązaniami zdefiniowanymi w:

1. ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów [12],
2. ordynacji podatkowej [16],
3. ustawie o zasadach ewidencji i identyfikacji podatników i płatników NIP [17],
4. ustawie o podatku dochodowym od osób prawnych [13],
5. ustawie o podatku od towarów i usług [14],

Jedynie pewne elementy realizowane w ramach prawa bilansowego świadczyć mogą o autonomii tych dwóch segmentów polskiego ustawodawstwa [15], [11].

Niemniej „analiza księgową” odnosi się do tych elementów, których wystąpienie przewidziano w art. 492 par. 1 oraz art. 494 [11].

W zakresie poruszanych w niniejszym artykule zagadnień uwzględniono również rozwiązania MSR (Międzynarodowego Standardu Rachunkowości) nr 22 oraz wskazania MSSF (Międzynarodowego Standardu Sprawozdawczości Finansowej) nr 3.

* Analiza H. Litwińczuka odnoszona jest co prawda do relacji prawo bilansowe–prawo podatkowe, jednak można ją uwzględnić również w wypadku relacji innych segmentów prawa [9]. Podobna analiza znajduje się też w [10]. H. Litwińczuk wyodrębnia relacje: 1. autonomiczną, w której różne segmenty prawa stanowią odrębne systemy, 2. zgodności regulacji, zakładającą wspólny system rozwiązań dwóch różnych systemów prawa, 3. współzależności, gdzie systemy te funkcjonują jako współzależne.

3. Następstwo prawne w świetle *Kodeksu spółek handlowych*, ustaw podatku dochodowego oraz VAT

Ustawodawca przewidział i enumeratywnie zdefiniował dwa sposoby łączenia się przedsiębiorstw. W świetle art. 492 par. 1 [11] możliwe są połączenia* typu:

- *per incorporationem* – jest ono związane z przejęciem całości majątku spółki przejmowanej przez spółkę przejmującą w zamian za wydanie udziałów lub akcji przez spółkę przejmującą na rzecz udziałowców (wspólników) spółki przejmowanej;
- *per unionem* – dotyczy zawiązania nowej spółki, na którą przechodzi majątek wszystkich łączących się spółek w zamian za udziały (akcje) nowej spółki przydzielane proporcjonalnie do wniesionego do nowo tworzonego podmiotu majątku.

Oba powyższe sposoby łączenia się podmiotów gospodarczych mają charakter równoważny [11]. Przy czym zakłada się możliwość łączeń:

- spółek kapitałowych między sobą (art. 4 par. 1 pkt. 2 [11]),
- spółek osobowych między sobą – wyłącznie: *per unionem* (art. 4 par. 1 pkt. 1 [11]),
- spółek osobowych z kapitałowymi.

Jednocześnie wysunięto zastrzeżenie, że wskutek połączenia działalność kontynuować musi spółka kapitałowa. W przeciwieństwie do wcześniejszych uregulowań prawnych „poprzednika” *Kodeksu spółek handlowych* (*Kodeksu handlowego*) nie wymaga się uzyskania zgodności form prawnych łączących się podmiotów przed dokonaniem połączenia**.

W ramach zakresu prawnych zobowiązań podmiotów obowiązuje zasada sukcesji uniwersalnej (cywilnoprawnej). Określono ją w art. 494 par. 1 [11]. W myśl tego przepisu podmiot przejmujący lub nowo stanowiący nabywa wszelkie prawa i zobowiązania podmiotów rozwiązywanych (wykreślonych z rejestrów podmiotów gospodarczych – KSR). Zasada ta została w art. 494 par. 2 i 5 oraz art. 618 [11], a także art. 93 [16] w związku z art. 608 [11], uzupełniona zasadą sukcesji administracyjnej. W myśl tejsze na podmiot przejmujący lub nowo powsta-

* Podobnie do kwestii łączenia przedsiębiorstw podchodził też *Kodeks handlowy* z 1934 r. (obowiązujący do końca 2000 r.).

** Tym też różni się od podejścia zgodnego z obowiązującymi przepisami prawa bilansowego, stwierdzającego m.in., że ujęcia księgowe w podmiotach łączących się muszą być zawsze „dopasowane”, ponieważ efektem koncentracji jest podmiot podlegający ustawie (spółka kapitałowa) [15].

ły przechodzą wszelkie zezwolenia, koncesje i ulgi podmiotów przejmowanych lub likwidowanych, chyba że odnośne ustawy bądź decyzje stanowią inaczej* (art. 93, 94, 97 [16]).

Ordynacja podatkowa przewidziała występowanie podmiotu zdefiniowanego jako następcą prawną. Definicja następcy prawnego zastosowana w rozdz. 14 [16] ma charakter pośredni. Enumeratywnie wymieniono tam przypadki, które skutkują powstaniem następstwa prawnego. Przy czym jedynie ujęcie w ordynacji podatkowej skutkuje powstaniem następstwa prawnego na gruncie prawa podatkowego, nawet jeśli inne przepisy powodują powstanie sukcesji uniwersalnej.

Następstwo prawne jest traktowane w sposób połowiczny. Przewiduje się obowiązek przejęcia wszystkich zobowiązań przy ograniczeniu praw we wzmiankowanym zakresie. Przy czym przyjmuje się tu pośrednie ujęcie definicyjne stosowane w ustawodawstwie podatkowym, które definiuje jako zobowiązania nie tylko podatki *sensu stricto*, lecz również należności na rzecz odpowiednich organów wynikające z pełnienia przez podmiot funkcji płatnika czy inkasenta, ale także spadkobiercy (na podstawie art. 30 [16]).

W analizowanym w niniejszym artykule zakresie istniała od momentu wejścia w życie ordynacji podatkowej dyskusja w kręgach prawników co do zakresu odpowiedzialności za zobowiązania poprzednika łączących się podmiotów. W tej konstrukcji zwracano uwagę na fakt, że wykluczenie takiej odpowiedzialności rodzić może działania patologiczne polegające na tym, że przed połączeniem dwóch (lub więcej) przedsiębiorstw jedno z nich (posiadające zobowiązania podatkowe, płatnika lub inkasenta) przekształca się w inny podmiot (np. ze sp. z o.o. w s.a.), a następnie dopiero dochodzi do połączenia. Dyskusyjna była kwestia odpowiedzialności za wspomniane zobowiązania (w tym wypadku: sp. z o.o.) realizowane przez podmiot funkcjonujący (lub nowo powstały) w wyniku połączenia. Obecnie należy jednak przyjąć zasadę, że zobowiązania te są przejmowane również przez nowo powstały (lub przejmujący) podmiot**.

W zakresie podatku od towarów i usług następcą prawną połączonych przedsiębiorstw wchodzi we wszystkie prawa i obowiązki poprzednika(-ów). Stosują się więc do niego zapisy art. 86 ust. 13 i art. 87 ust. 1 [14]. W przypadku gdy do działań gospodarczych wykonanych (i sprzedanych) przez poprzedników wystawiona zostanie po dokonaniu przekształcenia faktura VAT – odbiorcą (adresatem) musi być następcą prawną lub wymagane jest wystawienie noty korygującej.

* Na przykład przepisy art. 7 ust. 3 i 4 [13] wykluczają z możliwości przejęcia np. stratę podatkową którejkolwiek z podmiotów likwidowanych.

** Jeszcze więcej kontrowersji wzbudzać mogą ujęcia dotyczące zobowiązań podatkowych wynikających z następstwa prawnego po podmiocie podlegającym podziałowi – głównie na podstawie art. 93 par. 1, 2, 3 [16]. Nie są one jednak tematem niniejszego artykułu.

Zastosowanie art. 12 ust. 1 [17] definiuje obowiązki zgłoszenia:

- aktualizacji danych w wypadku podmiotu przejmującego oraz wykreślenia z ewidencji podmiotu przejmowanego,
- nadania nowego NIP nowo założonemu podmiotowi i wykreślenia z ewidencji podmiotów zlikwidowanych*.

W przeciwieństwie do „ustawy watowskiej” prawo z zakresu podatku dochodowego nie akceptuje w pełni sukcesji generalnej następcy prawnego. Art. 7 ust. 3 pkt 4 [13] wykluczył możliwość ustalania bieżącej podstawy do opodatkowania podatkiem dochodowym następcy prawnego z uwzględnieniem ewentualnych strat podatkowych poprzedników. Jest to działanie ewidentnie zmierzające do ograniczania wykorzystania rozwiązań przepisów *Kodeksu spółek handlowych* w celu unikania lub zmniejszania wysokości zobowiązań podatkowych. Niemniej ta logika ustawodawcy została zakwestionowana nadrzędnym (bo zawierającym definicję straty podatkowej i roku podatkowego) zapisem art. 7 ust. 2 i art. 8 [13]. Warunkiem *sine qua non* pojawienia się straty podatkowej jest zamknięcie roku podatkowego. Wynika to z zapisów art. 7 ust. 2 [13]. Biorąc pod uwagę art. 8 ust. 6 [13] w nawiązaniu do art. 12 ust. 2 pkt 4 i 5 [15] pojawia się kategoria, która jeszcze nie jest stratą podatkową, ale może być co najwyżej uznana za stratę bilansową działalności bieżącej powiązaną z nadwyżką kosztów podatkowych nad przychodami podatkowymi. Ma tu więc znaczenie sposób połączenia przedsiębiorstw. Jeśli dochodzi do likwidacji działalności poprzedników i zawiązania nowego podmiotu – zastosowanie będzie miał art. 12 ust. 2 pkt 5 [15], a więc nastąpi zamknięcie okresu sprawozdawczego równoczesne z zamknięciem ksiąg rachunkowych. Jest to też równoznaczne z zakończeniem roku podatkowego. Jeśli jednak zastosowana zostanie metoda łączenia udziałów, to na podstawie art. 12 ust. 3 pkt 2 [15] nie ma obowiązku zamknięcia ksiąg, nie ma więc straty podatkowej, a jedynie występuje nadwyżka kosztów podatkowych, których „wartość” może być przejęta przez podmiot przejmujący. W tym zakresie przychody i koszty podatkowe przejmowanego muszą być połączone odpowiednio z przychodami i kosztami podatkowymi przejmującego, by istniała możliwość ich rozliczenia. Również jeśli z powyższych „księgowych działań matematycznych” wynikłaby strata podatkowa – jest ona stratą podatkową następcy prawnego**.

Plan połączenia spółek podlega badaniu przez biegłego w zakresie poprawności i rzetelności, z wyjątkiem tych podmiotów, w przypadku których przejmującym jest spółka dominująca i posiadająca min. 90% udziałów (akcji) w podmiocie przejmowanym (art. 516 par. 5 i 6 [11]). Jako biegłego z reguły sąd wyznacza

* Z wyjątkiem sytuacji, gdy likwidacji podlega działalność gospodarza osoby fizycznej prowadzona pod NIP-em tej osoby. Oczywiście w takim wypadku NIP pozostaje aktywny.

** Analogicznie wypowiadają się organy skarbowe we wzmiankowanym zakresie [np.: 5, 6].

biegłego rewidenta księgowego (w nawiązaniu do art. 498 i 502 [11]). Art. 511 [11] definiuje minimalną zawartość dokumentacyjną planu połączenia. Dokumentacja przedstawiana biegłemu przez podmioty uczestniczące w działaniu prawnym obejmuje też elementy wyszczególnione w art. 499 par. 2 i 3 oraz art. 501 [11].

Sukcesja uniwersalna ma jednak ograniczenia formalno-ewidencyjne. *Kodeks spółek handlowych* narzucił na podmiot przejmujący lub nowo zawiązany obowiązek oddzielnego zarządzania majątkiem każdej z połączonych spółek do dnia, w którym nastąpi pełne uregulowanie bądź zabezpieczenie wierzycieli. Druga z uwzględnionych tu kategorii oznacza jednak, że istnieje możliwość pisemnego uzgodnienia z wierzycielem przejęcia zobowiązania przez nowo powstały podmiot lub podmiot przejmujący.

Na uwagę zasługuje art. 501 [11] stawiający jako wymóg wykazanie uzasadnienia połączenia. Z reguły jako uzasadnienie wskazywane są czynniki: ekonomiczne, prawne, parytety wymiany udziałów względnie akcji. Wymóg ten jest zasadny w stosunku do połączeń podmiotów dotychczas niepowiązanych. W wypadku przeprowadzania operacji wśród podmiotów dotychczasowych grup kapitałowych wydaje się zbędny, można bowiem założyć, że decyzja przejęcia wynika z realizacji zaleceń podmiotu dominującego. Przepisy w tym aspekcie wykazują pewną niekonsekwencję wynikającą z jednej strony z zapisów art. 516 par. 5 i 6 [11], a z drugiej art. 506 [11]. Ponadto powoduje to też pojawienie się zbędnej, jedynie formalnej dokumentacji papierowej. Połączenie jest w tym wypadku realizowane jako element strategii działań gospodarczych podmiotu przejmującego i nie może być podstawą ocen działalności zarządu podmiotu przejmowanego. Można by nawet zaryzykować tezę, że próba takiego uzasadnienia winna być uznana za działanie na szkodę spółki przez zarząd nią kierujący. Zarząd winien dbać o interesy zarządzanego przez siebie podmiotu, a jego likwidacja z całą pewnością nie może być uznana za realizację tego celu.

W wyniku połączenia spółek z reguły powstaje nowa lub rozwija się istniejąca struktura wielooddziałowa (wielozakładowa, filialna itp.).

4. Koncentracja przedsiębiorstw jako element zainteresowania ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów

Państwowe regulacje antymonopolowe stanowią element polityki państwa zorientowanej na odgrywanie aktywnej roli w gospodarce. W. Springer [19, s. 49–51] zwrócił uwagę na fakt dwoistości, niepozbawionej wewnętrznej sprzeczności,

zjawisk autonomicznych prywatnego biznesu. Konkurencja na rynku z jednej strony jest właśnie konsekwencją autonomicznych relacji między poszczególnymi przedsiębiorstwami, z drugiej natomiast autonomia ta umożliwia zawieranie aliansów i porozumień między przedsiębiorstwami, których efektem może być wpływanie na rynek.

Na świecie stosowane są dwa modele ustawodawstwa antymonopolowego. Są to:

- model kontroli realizowany przez system sądowiczy (występuje w dwóch wersjach):
 1. amerykańskiej – związanej z egzekwowaniem w ramach prawa karnego,
 2. szwajcarskiej – powiązanej z prawem cywilnym;
- model kontroli realizowany przez administrację państwową – jest typowy dla państw UE [7, s. 19 i n.].

Obecny, zdefiniowany przede wszystkim w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów z 2007 r., system stosowany w Polsce nawiązuje do systemu unijnego.

Obowiązująca od 15 grudnia 2000 r. ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów* została zastąpiona analogiczną ustawą w 2007 r. Powodem takich działań były m.in. procedury implementujące rozwiązania unijne do polskiego systemu prawnego. W zakresie analizowanym w niniejszym artykule obejmowały one przede wszystkim procedury wynikające z *Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2006/2004/WE z dn. 27 października 2004 r.***, przy czym nowa ustawa zachowała większość rozwiązań ujętych w poprzedniej***.

Objęcie koncentracji przedsiębiorstw zainteresowaniem polskiego prawodawstwa antymonopolowego wynika z możliwego wpływania na rynek przez wzrost udziału w nim przez reorganizowaną lub nowo powstałą spółkę. Takie podejście, z punktu widzenia celu łączenia podmiotów gospodarczych, jest zgodne z logiką, niemniej nie musi oznaczać negatywnych konsekwencji dla potencjalnych klientów przedsiębiorstw. Ponadto, wprowadzając zapis art. 13 ust. 1, ustawodawca podjął działania zmierzające do wykluczenia powstawania ewentualnych absurdów w procedurze obowiązku zgłoszenia prezesowi urzędu zamiaru koncentracji przedsiębiorstw [8, s. 1]. Niemniej jeśli uznano by za celową

* Tekst jednolity: Dz. U. z 2005 r. Nr 244, poz. 2088.

** Dz. Urz. UE, L 364 z 9.12.2004, s. 1 i n. Por. również: treść pierwszego czytania rządowego projektu ordynacji podatkowej (druk 1110) – sprawozdawca: prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów Cezary Banasiński – 5 kadencja, 29 posiedzenie, 3 dzień (7.12.2006).

*** Zwracano m.in. uwagę na brak celowości nowego procedowania ustawowego, w sytuacji gdy można było ująć zmiany w postaci nowelizacji. Nowelizacja istniejących przepisów wymaga krótszej drogi legislacyjnej niż wprowadzenie nowego przepisu. Zwracano uwagę na poprzednią obszerną nowelizację ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z 2004 [21].

analizę wpływu na rynek (cel ordynacji podatkowej), to ustalanie jakichkolwiek sztywnych granic kwotowych* przy równoczesnym braku analizy uwarunkowań branży (segmentu rynku), w której działa przedsiębiorstwo, jest pozbawione racjonalności. Ponadto przedsiębiorstwa mogą prowadzić wielotorową działalność mieszczącą się w różnych segmentach rynku. Powoduje to, że nawet minimalny wpływ na dany segment rynku (wejście na inne segmenty rynku) musi być zgłaszany do prezesa Urzędu.

W porównaniu jednak do poprzedniej ustawy, na jednej płaszczyźnie ujmującej obrót krajowy i międzynarodowy, prawo antymonopolowe z 2007 r. jest bez wątplenia postępowym (choć niewystarczającym) w zakresie racjonalności oddziaływania na zachowania i działania obywateli na terenie naszego kraju.

Niepozbawione mankamentów są zapisy art. 13 ust. 2 [12], gdzie na podstawie domniemania braku wpływu na rynek wykluczono z obowiązku ujawniania prezesowi urzędu np. przejęcia przez osobę prawną mniejszościowych udziałów (akcji) w innej osobie prawnej. Nie uwzględniono tu możliwości objęcia mniejszościowych udziałów przez podmioty powiązane, jeśli podmiotem dominującym jest spółka zagraniczna.

Ta luka oraz wcześniejsze zapisy dotyczące „kwot granicznych” mogą zostać wykorzystane również w ramach procedur wymiany handlowej wykorzystującej tzw. transakcje trójstronne** przy zastrzeżeniu odrębnych polskich przepisów związanych z cenami transferowymi. W tym aspekcie wpływ zdefiniowanej wielkości obrotów nie musi być odpowiedni do realizacji artykułowanych celów ustawodawcy. Jej mniejszy próg krajowy może zostać stosunkowo łatwo „prze-transferowany” na większy zagraniczny. W tym aspekcie ustawa wymaga więc nowelizacji. Wydaje się, że ujęcie problemu w poprzedniej wersji ustawy nie było więc bezzasadne, aczkolwiek nieoparte na głębszej analizie wpływu na rynek

* Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów określiła je na poziomie 50 mln euro w obrocie krajowym lub 1 mld euro w obrocie międzynarodowym z zastrzeżeniem zapisu art. 14 wzmiankowanej ustawy. Notabene: wprowadzając art. 14, ustawodawca błędnie założył, że przejmującym musi być zawsze przedsiębiorstwo większe (tu: o większej wartości obrotów) od przejmowanego. Nie uwzględniono np. możliwości dokapitalizowania mniejszego podmiotu przez udziałowców „tuż przed” (a więc bez równoczesnego wprowadzenia nowych środków do operacyjnego obrotu handlowego podmiotu przejmującego) momentem regulowania należności za przejmowany podmiot. Ponadto praktyka polskiej prywatyzacji wskazuje, że niekiedy przejmowany był większym podmiotem od przejmującego – np. działania tarnowskiej firmy Solid SA, która (w tym samym okresie trzyletnim – poprzednia wersja ustawy) przejęła prywatne przedsiębiorstwo w Dębnie k. Brzeska oraz państwowe firmy w Bochni i Dębicy. Jest to też sprzeczne z logiką koncentracji jako celu działań gospodarczych. Wynika z niej, że zawsze ma powstać jakaś „wartość dodana”. Wycofanie się więc z ujęcia stosowanego w poprzedniej wersji ustawy jest nielogiczne jako nierealizujące zakładanego celu ustawodawcy.

** Operacje handlowe, w których fakturowanie odbywa się via podmiot pośredniczący. W zakresie analizy ustawy pośrednikiem może być podmiot niepowiązany lub powiązany udziałami (akcjami) mniejszościowymi.

w zakresie ochrony jego konkurencyjności. Czy jednak przepisy, które weszły w życie w 2007 r., fakt ten zmieniły? Pytanie to pozostaje otwarte.

Biorąc pod uwagę zmienność i fluktuację na rynku, za logiczny uznać można zapis art. 21 [12] definiujący okres życia decyzji prezesa urzędu. Skrócono ją w porównaniu z poprzednią ustawą z trzech do dwóch lat, definiując jako początek jej trwania moment podjęcia decyzji dopuszczającej koncentrację. Trzeci rok pozostawiono jako fakultatywny do decyzji prezesa, wymagający jednak przeprowadzenia dodatkowej (bieżącej) analizy skutków koncentracji. Można tylko podjąć dyskusję, czy okres 2-letni nie jest i tak zbyt długi.

5. Ujęcie łączenia się przedsiębiorstw w świetle ustawy o rachunkowości i MSR 22

MSSF nr 3 definiuje połączenie przedsiębiorstw jako złączenie każdych kilku jednostek gospodarczych w jedną jednostkę sprawozdawczą. Nieco inne podejście jest wyrażane w standardzie amerykańskim APB (*Accounting Principles Board*) nr 16 oraz SFAS nr 141. W tych dokumentach wymogiem koniecznym do uznania za połączenie przedsiębiorstw jest brak wcześniejszego powiązania osób prawnych prowadzących przedsiębiorstwa. To rozróżnienie jest o tyle istotne, że znajduje również miejsce w polskich segmentach prawa gospodarczego.

W polskim ustawodawstwie pominięto możliwość rozróżnienia werbalnego określeń „połączenie” i „przyłączenie”. W powyżej wskazanym zakresie pierwsze mogłoby dotyczyć definicji wyrażonej w APB, drugie – w MSSF. „Przyłączenie” jest też terminem szerszym znaczeniowo od „połączenia”. W drugim wypadku może dotyczyć wyłącznie całości przedsiębiorstw, w pierwszym – również ich wydzielonych części.

Różnice znaczeniowe w segmentach polskiego prawa gospodarczego sięgają jednak znacznie głębiej. Polska ustawa bilansowa definiuje połączenie przedsiębiorstw analogicznie do ujęcia stosowanego w MSR/MSSF i US GAAP. Według niej jest ono tożsame z połączeniem każdej prowadzonej działalności, z kolei według *Kodeksu spółek handlowych* jest to połączenie podmiotów gospodarczych, którego efektem musi być nowa spółka kapitałowa lub w którym podmiotem przejmującym jest spółka kapitałowa.

Art. 499 par. 2 pkt 3 [11] zobligował podmiot przejmowany bądź podmioty likwidowane do ustalenia wartości majątku na dzień dokonania procedury. Zapis ten wydaje się jednak zbędny ze względu na całość księgowego opisu procedury przejęcia. Przydatność tych danych jest nieistotna w zakresie ustalania czy to parytetów wymiany (lub inaczej określonej ceny przejęcia) akcji (udziałów) między podmiotami, czy też podstawy do księgowego rozliczenia całości operacji.

Rozdział 4a znowelizowanej w 2000 r. ustawy o rachunkowości wyszczególnia dwie możliwe metody rozliczenia połączeń podmiotów gospodarczych i dotyczy podmiotów ujętych w tytule IV tejże ustawy. Są nimi:

- metoda nabycia (art. 44b [15]),
- metoda łączenia udziałów (art. 44c [15]).

O braku spójności polskiego prawa w tym zakresie świadczy jednak fakt, że przyjęte metody nie mają powiązania (wzajemnie lub jedna z drugiej z siebie nie wynikają) ze sposobami prawnego rozliczenia połączeń spółek (w: art. 492 par. 1 [11]): *per unionem* lub *per incorporationem*. W przypadku obydwu z tych ujęć może być stosowana dowolna metoda rozliczeń księgowych. Z tym że dobór metody księgowej jest determinowany przesłankami i warunkami towarzyszącymi konkretnemu połączeniu [4]. Zapisy polskiego prawa bilansowego pomijają elementy wywodzone z rozwiązań przyjętych w polskim prawie handlowym (*Kodeksie spółek handlowych*).

Kolejną kwestią są różnice definicyjne podmiotu przejmowanego i przejmującego zawarte w obu tych ustawach. Art. 492 par. 1 pkt 1 [11] definiuje spółkę przejmującą jako podmiot, na który przechodzi majątek podmiotu przejmowanego. W ujęciu księgowym pojęcie podmiotu przejmującego implikuje księgową metodę rozliczeń połączenia. Art. 44c ust. 1 [15] enumeratywnie wymienia (w pkt 1–11 wzmiankowanego artykułu) jedenaście cech warunków braku możliwości uznania podmiotu za podmiot przejmujący. Jeśli są one spełnione, stosuje się metodę łączenia udziałów, jeśli ich spełnienie nie jest jednoznaczne – metodę nabycia*. Ze względu na swój charakter ustawodawca zdefiniował więc obie metody jako:

- metodę nabycia – obowiązek,
- metodę łączenia udziałów – przywilej możliwy do realizacji w ściśle określonej sytuacji prawno-gospodarczej, w dużym stopniu umożliwiającej też wykorzystanie wcześniej wymienionych możliwości wynikających z prawa podatkowego, a dotyczących „doliczenia” kosztów podatkowych podmiotu przejmowanego do wyniku podatkowego (deklaracji CIT) podmiotu przejmującego.

Kryteria zawarte w art. 44c ust. 1 [15] nie są precyzyjne. Brak jest też wyjaśnienia ich terminologii w polskiej ustawie bilansowej. Trudności powstają zwłaszcza wtedy, gdy akcjonariuszem (udziałowcem) w obu łączących się podmiotach będzie ta sama osoba prawna w świetle kryterium określającego 20-procentowy próg wielkości posiadanych akcji (udziałów) oraz przy uwzględnieniu

* W większości wypadków fuzje przedsiębiorstw mają charakter przejęć, w związku z czym w księgowych rozliczeniach połączeń przedsiębiorstw dominuje metoda nabycia.

kryterium określającego wymóg braku statutowej (lub jakiegokolwiek innej) możliwości ograniczenia prawa głosu. Wątpliwości wzbudza też fakt relacji wielkości łączących się podmiotów. Z ustawy o rachunkowości nie wynika jednoznacznie, który podmiot ma być większy, by móc stosować tę metodę rozliczeń księgowych.

Ponadto brak jest ścisłego, ustawowego (w prawie bilansowym) zdefiniowania dnia, w którym kryterium wielkości podmiotów ma być brane pod uwagę. Przyjęcie założenia, że winien to być dzień prawnego połączenia jest niezgodne z zasadami logiki prakseologicznej. Wynika to z faktu, że właśnie przed tym dniem należy określić parytet wymiany akcji (udziałów). W tym celu konieczne jest zdefiniowanie wartości łączących się przedsiębiorstw. Ponadto ze względu na „płynność” sytuacji rynkowej, zbyt sztywny limit 10% odchylenia wartości może zostać złamany, co powoduje niewłaściwość (nierzetelność) wartości ustalonych parytetów wymiany. Równocześnie wyklucza się w zastosowaniu metody łączenia udziałów późniejszych dopłat do akcji lub udziałów łączących się podmiotów.

Obok znaczenia podatkowego, z księgowego punktu widzenia metoda łączenia udziałów ma prakseologiczną przewagę nad metodą nabycia. Opiera się ona na koszcie historycznym z ewentualnym zastosowaniem korekt wartości uwzględniających jedną z zasad rachunkowości – zasadę ostrożności. W wypadku metody nabycia dominuje stosowanie wyceny według wartości godziwej. Tymczasem jednym z warunków dopuszczenia zastosowania metody łączenia udziałów jest porównanie wyceny według wartości godziwej – jak wcześniej zauważono, nie ma ona i tak zastosowania w faktycznej procedurze wyceny w zastosowaniu metody łączenia udziałów. Ten przepis wydaje się więc zbędny z punktu widzenia praktycznych prac księgowych związanych z łączeniem podmiotów gospodarczych. Wynika z niego, że w każdym wypadku łączenia podmiotów należy stosować metodę wyceny według wartości godziwej czy to w całej procedurze, czy tylko na samym jej początku. Zasady prakseologii wskazują więc, że bez względu na kolejność ujęcia w przepisach prawa bilansowego – najpierw należy uwzględnić pozostałe warunki, a dopiero na końcu podjąć działania związane z wyceną.

Przykładem szczególnym jest łączenie w ramach już istniejących grup kapitałowych. Obligatoryjnie stosuje się w tym przypadku rozliczanie metodą łączenia udziałów (art. 44c ust. 2 [15]) pod warunkiem, że jednostka dominująca posiada 100% udziałów w jednostce przejmowanej. Przepis ten, określający warunki podmiotowe, jest nadrzędny w stosunku do wymienionych wcześniej jedynastu warunków zastosowania metody łączenia udziałów. Warunkiem koniecznym jest zastosowanie zapisów art. 3 ust. 1 pkt 47 [15] w zakresie definicji spółki dominującej.

Podchodząc więc racjonalnie do problemu związanego z wyborem metody łączenia udziałów, celowe byłoby wcześniejsze wykupienie 100% udziałów w danym podmiocie, a dopiero następnie jego scalenie z podmiotem przejmującym.

Umożliwia to też wykorzystanie wcześniej analizowanych kwestii związanych ze stratą podatkową przedsiębiorstwa przejmowanego przez przedsiębiorstwo przejmujące. Dla podmiotów funkcjonujących w realiach polskiego prawa podatkowego taka operacja mogłaby okazać się korzystna.

6. Zakończenie

Analizowane w niniejszym artykule problemy stanowią przykład niespójności polskiego prawa gospodarczego. Poszczególne jego segmenty stosują niekiedy odmienne definicje w celu ujęcia identycznego problemu gospodarczego. O ile w ramach poszczególnych aktów prawnych dominuje zasada logiki, o tyle całościowy „segment” prawa w ramach danej jego dziedziny charakteryzuje się brakiem spójności.

Moment ujęcia w księgach rachunkowych podmiotów gospodarczych przeprowadzonej operacji ich scalania z praktycznego punktu widzenia nigdy nie będzie tym samym co dzień połączenia w świetle unormowań *Kodeksu spółek handlowych*. Możliwe 10-procentowe odchylenie przy uznaniu różnic w wartości może być niewykonalne, jeśli łączą się przedsiębiorstwa w branżach narażonych na fluktuacje koniunkturalne. Czy możliwe byłoby więc połączenie przedsiębiorstwa produkującego np. znicze nagrobne z przedsiębiorstwem turystycznym organizującym letni wypoczynek lub produkującym napoje bezalkoholowe? Fazy koniunktury rynkowej dla obu takich podmiotów są różne w trakcie roku.

Kolejnym elementem jest powiązanie zapisów prawa bilansowego z prawem podatkowym w zakresie metod rozliczeń połączenia przedsiębiorstw. Aspekt ten może stymulować patologie gospodarcze. Winą jednak trudno obarczać zapisy prawa podatkowego uznającego w tym miejscu nadrzędność właściwej ustawy „branżowej”. To w tej ostatniej, w tym zakresie, tkwią mankamenty.

W powyższej analizie wskazano, że zapisy zezwalające na stosowanie metody łączenia udziałów w przejęciach w ramach grup kapitałowych powodować mogą chęć zakupu „straty podatkowej”. Ten aspekt winien być również poddany analizie przez ustawodawcę, jeśli faktycznie jego celem jest uniemożliwianie podobnych działań.

Literatura

- [1] Ellis J., Williams D., *Strategia przedsiębiorstwa a analiza finansowa. Pozycja na rynku kapitałowym*, Warszawa 1997.
- [2] Frąckowiak W., *Fuzje i przejęcia przedsiębiorstw*, Warszawa 1998.

- [3] Henlin A., Zorde K., Bernaziuk A., Kowalski R., *Fuzje i przejęcia spółek kapitałowych. Zagadnienia rachunkowe i podatkowe*, Warszawa 2010.
- [4] Ignatowski R., *Łączenie się spółek*, w: *Komentarz do znowelizowanej ustawy o rachunkowości*, Warszawa 2002.
- [5] *Interpretacja II Mazowieckiego US w Warszawie z dn. 13.03.2007 r.* (sygn. akt: 1472/R[16]I/423-6/07/AK).
- [6] *Interpretacja Izby Skarbowej w Warszawie z dn. 27.11.2008* (sygn. akt: IPPB3/423-1372/08-2/AG).
- [7] Janusz R., Skoczny T., *Ustawy antymonopolowe krajów postsocjalistycznych*, Dom Wydawniczy „Elipsa”, Warszawa 1995, s. 19 i n.
- [8] Janowski A., *Zmiany w zgłaszaniu zamiaru koncentracji*, „Gazeta Podatkowa” nr 344, 26.04.2007.
- [9] Litwińczuk H., *Prawo bilansowe*, Warszawa 1995.
- [10] Olechowicz I., *Rachunkowość podatkowa*, Warszawa 2000.
- [11] *Ustawa z dn. 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych* (Dz. U. z 2000 r., Nr 94, poz. 1037 z późn. zm.).
- [12] *Ustawa z dn. 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów* (Dz. U. z 2007 r. Nr 50, poz. 331).
- [13] *Ustawa z dn. 15 lutego 1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych* (Dz. U. z 2000 r. Nr 54, poz. 654 z późn. zm.).
- [14] *Ustawa z dn. 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług* (Dz. U. z 2004 r. Nr 54, poz. 535 z późn. zm.).
- [15] *Ustawa z dn. 29 września 1994 r. o rachunkowości* (Dz. U. z 1994 r. Nr 121, poz. 591, nowelizacja: Dz. U. z 2002 r. Nr 76, poz. 694 z późn. zm.).
- [16] *Ustawa z dn. 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa* (tekst jednolity: Dz. U. z 2005 r. Nr 8, poz. 60 z późn. zm.).
- [17] *Ustawa z dn. 13 października 1995 r. o zasadach ewidencji i identyfikacji podatników i płatników NIP* (Dz. U. z 1995 r. Nr 142, poz. 702, tekst jednolity: Dz. U. z 2004 r. Nr 269 poz. 2681 z późn. zm.).
- [18] Sendrowicz M., *W nowej ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów nie będzie postępowań antymonopolowych*, „Wiadomości Handlowe”, nr 4 (60), 2007.
- [19] Springer W., *Łączenie przedsiębiorstw a regulacja antymonopolowa*, Municipium SA, Warszawa 1993.
- [20] www.dunabradstreet.com (na dzień: 10.08.2011).
- [21] Skoczny T., *Opinia zlecona na potrzeby Biura Analiz Sejmowych*, s. 1 – źródło: www.ip.pacek.name (na dzień: 06.05.2011).