

Warszawa, dnia [•] r.

Pan [•]

PORADA PRAWNA

I. STAN FAKTYCZNY:

Pan [•] jest posiadaczem akcji spółki [•] z siedzibą w [•], która podlega na mocy ustawy z dnia 7 września 2007 r. o zasadach nabywania od Skarbu Państwa akcji w procesie konsolidacji spółek sektora energetycznego (Dz. U. Nr 191, poz. 1367) (dalej „Ustawa”), procesowi konsolidacji, gdzie spółką konsolidującą jest [•] z siedzibą w [•]. Zgodnie z Ustawą prowadzony jest proces zamiany akcji spółki konsolidowanej [•] na akcje spółki konsolidującej [•]. Pomimo, że jest to celem Pana [•], Pan [•] nie złożył do dnia dzisiejszego oświadczenia o zamiarze dokonania zamiany wszystkich posiadanych akcji o którym mowa w art. 5 ust. 1 Ustawy, przy czym jak twierdzi, należy do kategorii uprawnionych akcjonariuszy (a konkretnie do kategorii pozostałych akcjonariuszy spółki konsolidowanej). Zdaniem [•] i [•] termin składania powyższych oświadczeń upłynął 12 maja 2009 r. Pan [•] ma wątpliwości, czy dla zrealizowania przez niego zamierzonego celu w postaci skorzystania z zamiany akcji może mieć znaczenie nowelizacja Ustawy, dokonana ustawą z dnia 19 grudnia 2008 r. o zmianie ustawy o komercjalizacji i prywatyzacji oraz ustawy o zasadach nabywania od Skarbu Państwa akcji w procesie konsolidacji spółek sektora elektroenergetycznego (dalej „Ustawa Nowelizująca”). Pan [•] ma także wątpliwości, czy dla jego sytuacji może mieć znaczenie znowelizowanie art. 5 ust. 1 Ustawy poprzez wprowadzenie zapisu o następującej treści: „Przepis art. 38c ustawy z dnia 30 sierpnia 1996 o komercjalizacji i prywatyzacji stosuje się odpowiednio”.

Niniejsza przykładowa Porada Prawna ma charakter wyłącznie informacyjny i jest przedmiotem praw autorskich M. Szulikowski i Partnerzy Kancelarii Prawnej.

II. PYTANIA:

1. Czy istnieje jeszcze możliwość złożenia wiążącego oświadczenia o zamiarze skorzystania z prawa do zamiany akcji na mocy Ustawy, pomimo że jak twierdzi [•] i [•], termin na złożenie takich oświadczeń upłynął z dniem 12 maja 2009 r.?
2. Czy na możliwość złożenia wiążącego oświadczenia o zamiarze skorzystania z prawa do zamiany akcji ma wpływ dodanie do art. 5 ust. 1 Ustawy zdania o treści: „Przepis art. 38c ustawy z dnia 30 sierpnia 1996 o komercjalizacji i prywatyzacji stosuje się odpowiednio”?
3. Czy istnieją inne rozwiązania prawne obligujące [•] lub [•] do odkupu akcji [•]? W jaki sposób ustalana jest cena takiego odkupu?
4. Czy istnieją inne rozwiązania mogące mieć zastosowanie w powyższym stanie faktycznym?

III. ODPOWIEDZI:

Ad. 1

Zgodnie z art. 5 ust. 1 i 2 ustawy, warunkiem skorzystania z prawa zamiany akcji [•] na akcje [•] jest złożenie stosownego oświadczenia, które zgodnie z art. 5 ust. 2 w związku z art. 4 ust. 2 ustawy, powinno zostać złożone w terminie 3 miesięcy po upływie 6 miesięcy od dnia wejścia w życie ustawy. W przedmiotowym przypadku termin na składanie ww. oświadczeń upłynął zatem pierwotnie w dniu 19 sierpnia 2008 r. (w terminie 3 miesięcy po upływie 6 miesięcy od dnia wejścia w życie ustawy, która weszła w życie 18 listopada 2007 r.).

Niniejsza przykładowa Porada Prawna ma charakter wyłącznie informacyjny i jest przedmiotem praw autorskich M. Szulikowski i Partnerzy Kancelarii Prawnej.

Po tym terminie zresztą, [•] zgodnie §14 Rozporządzenia Ministra Skarbu Państwa z dnia 19 lutego 2008 r. w sprawie sposobu określenia liczby akcji spółki konsolidującej podlegających zamianie i trybu dokonywania zamiany akcji lub prawa do akcji spółki konsolidowanej na akcje spółki konsolidującej (dalej „**Rozporządzenie**”), sporządziła listę uprawnionych osób, które złożyły stosowne oświadczenia dotyczące zamiany.

Jednakże w dniu 12 lutego 2009 r. weszła w życie Ustawa Nowelizująca. Zawiera ona niezwykle niejasny art. 5 ust. 1 pkt 2) Ustawy Nowelizującej, dotyczący spółek konsolidowanych, w których prawo do nieodpłatnego nabycia akcji spółki konsolidowanej powstało przed dniem wejścia w życie Ustawy Nowelizującej. Założyliśmy, że przepis ten ma zastosowanie do [•], to znaczy, że w spółce tej prawo do nieodpłatnego nabycia akcji (nie mylić z samym prawem zamiany) powstało przed 12 lutego 2009 r., bowiem z kontekstu informacji przekazanych przez Pana [•] wynika, że nabył on akcje [•] od uprawnionego pracownika przed wejściem w życie nowelizacji, co zaś oznacza, że ten uprawniony pracownik musiał nabyć prawo do nieodpłatnego nabycia akcji [•] przed wejściem w życie Ustawy Nowelizującej.

Zgodnie zatem z art. 5 ust. 1 pkt 2) Ustawy Nowelizującej *„bieg terminu, o którym mowa w art. 4 ust. 2 oraz art. 5 ust. 2 ustawy z dnia 7 września 2007 r. o zasadach nabywania od Skarbu Państwa akcji w procesie konsolidacji spółek sektora elektroenergetycznego, rozpoczyna się w dniu wejścia w życie niniejszej ustawy”*. Niejasność powyższego przepisu polega na tym, że zarówno art. 4 ust. 2 Ustawy, jak i art. 5 ust. 2 Ustawy do których przepis ten się odwołuje, wskazują na wiele różnych terminów i trudno zorientować się, o które terminy właściwie chodziło ustawodawcy.

Posługując się jednak regułą wykładni zakładającą racjonalność ustawodawcy, należy przyjąć, że w przedmiotowym przypadku chodziło o rozpoczęcie z dniem wejścia w życie Ustawy Nowelizującej (12 lutego 2009 r.) ponownie biegu trzymiesięcznego terminu na złożenie oświadczeń o zamiarze skorzystania z prawa zamiany akcji [•] na akcje [•],

Niniejsza przykładowa Porada Prawna ma charakter wyłącznie informacyjny i jest przedmiotem praw autorskich M. Szulikowski i Partnerzy Kancelarii Prawnej.

o którym mowa w art. 4 ust. 2 Ustawy, stosowanym odpowiednio na podstawie art. 5 ust. 2 Ustawy. Oznacza to, że zgodnie z założeniami przyjętymi przez [●] w wezwaniu sporządzonym na podstawie §12 Rozporządzenia, termin na składanie oświadczeń o zamiarze skorzystania z prawa zamiany akcji [●] na akcje [●] upłynął dnia 12 maja 2009 r. i nie ma już możliwości skutecznego złożenia takiego oświadczenia.

Należy jednak wspomnieć, że z uwagi na niejasność art. 5 ust. 1 pkt 2) Ustawy Nowelizującej, teoretycznie możliwa jest także odmienna niż wyżej przytoczona wykładnia, zgodnie z którą za termin o którym mowa w tym przepisie można byłoby uznać sześciomiesięczny termin od dnia wejścia w życie ustawy o którym mowa w art. 5 ust. 2 Ustawy, i przyjąć, że chodzi tu o wejście w życie Ustawy Nowelizującej (nie zaś Ustawy – nowelizowanej), a w konsekwencji przyjąć, że dopiero od upływu tego terminu rozpoczyna się trzymiesięczny termin na składanie oświadczeń o zamiarze skorzystania z prawa do zamiany akcji, o którym mowa w art. 4 ust. 2 Ustawy, stosowanym odpowiednio. Powyższe oznaczałoby, że termin na składanie oświadczeń dotyczących zamiany akcji [●] na akcje [●] upływa dopiero 12 listopada 2009 r. Jednakże takiej wykładni po pierwsze można byłoby zarzucić, że ściśle językowo rzecz ujmując, użyte w art. 5 ust. 1 pkt 2) Ustawy Nowelizującej słowo „termin”, odnoszące się do art. 5 ust. 2 Ustawy, w tym ostatnim przepisie, zostało użyte w stosunku do terminu na złożenie oświadczenia dotyczącego zamiany, który jest określony dopiero przez art. 4 ust. 2 Ustawy stosowany odpowiednio (zatem chodzi tu o trzymiesięczny termin od wejścia w życie Ustawy Nowelizującej - 12 lutego 2008, nie zaś o sześciomiesięczny okres o którym również mowa w tym przepisie). Po drugie zaś, powyższej wykładni można byłoby zarzucić sprzeczność logiczną, gdyż Ustawa Nowelizująca sama nakazując liczyć termin od wejścia w życie „niniejszej ustawy”, czyli Ustawy Nowelizującej, nie może być raczej rozumiana jako odsyłająca do części art. 5 ust. 2 Ustawy nakazującego niejako „po raz drugi” liczyć sześciomiesięczny termin od wejścia w życie ustawy.

Dodatkowo ta część przepisu musi być raczej rozumiana jako odnosząca się do wejścia w życie Ustawy (nowelizowanej), która weszła w życie już 18 listopada 2008 r., nie zaś do wejścia w życie Ustawy Nowelizującej (która weszła w życie 12 lutego 2009 r.). Powyższe sprzeczności nie dają się usunąć, co przesądza o konieczności wykluczenia posłużenia się taką wykładnią, choć byłaby on korzystniejsza dla Pana [•].

Pomimo zatem istnienia wyżej opisanych niejasności przepisów, z uwagi na powyższe sprzeczności, jedyną dającą się utrzymać racjonalną wykładnią art. 5 ust. 1 pkt 1) Ustawy Nowelizującej, może być w ocenie Kancelarii tylko wykładnia przyjęta przez [•], zgodnie z którą termin na złożenie oświadczeń dotyczących zamiany akcji upłynął już 12 maja 2009 r. Próba forsowania odmiennej, wyżej opisanej, korzystniejszej wykładni, byłaby obarczona dużym ryzykiem zakwestionowania jej np. przez sąd w ewentualnym sporze.

Ad. 2

Dla przedmiotowej sprawy nie ma znaczenia nowelizacja samej treści art. 5 ust. 1 Ustawy, dokonana Ustawą Nowelizującą, poprzez dodanie w tym przepisie zdania o odpowiednim stosowaniu art. 38c ustawy z dnia 30 sierpnia 1996 r. o komercjalizacji i prywatyzacji, przedmiotowy przepis dotyczy bowiem kwestii dziedziczenia prawa do nieodpłatnego nabycia akcji, co nie wchodzi w ogóle w zakres omawianego problemu prawnego.

Ad. 3

Zgodnie z art. 418 ¹ ustawy z dnia 15 września 2000 r. kodeks spółek handlowych (Dz. U. Nr 94 poz. 1037) (dalej „ksh”), możliwy jest przymusowy odkup akcji od akcjonariuszy, co mogłoby mieć zastosowanie w przedmiotowym przypadku, o ile zostaną spełnione następujące warunki:

Niniejsza przykładowa Porada Prawna ma charakter wyłącznie informacyjny i jest przedmiotem praw autorskich M. Szulikowski i Partnerzy Kancelarii Prawnej.

- wniosek o umieszczenie sprawy przymusowego odkupu w porządku obrad najbliższego po złożeniu wniosku walnego zgromadzenia [●], musiałby być złożony przez akcjonariusza lub akcjonariuszy reprezentujących nie więcej niż 5 % kapitału zakładowego,
- wniosek musiałby dotyczyć odkupienia akcji przez nie więcej niż pięciu akcjonariuszy reprezentujących łącznie nie mniej niż 95 % kapitału zakładowego, z których każdy posiada nie mniej niż 5 % kapitału zakładowego,
- na walnym zgromadzeniu musi zostać podjęta uchwała w przedmiocie opisanym powyżej, wówczas akcjonariusze większościowi będą zobowiązani do odkupu akcji od akcjonariuszy mniejszościowych, zgodnie z uchwałą,
- jeśli uchwała o której mowa powyżej nie zostanie podjęta, to sama spółka [●] będzie zobowiązana do nabycia akcji akcjonariuszy mniejszościowych, w celu ich umorzenia, w terminie trzech miesięcy od dnia walnego zgromadzenia, na którym miała być podjęta uchwała o przymusowym odkupie, ale nie została ona podjęta.

Cena odkupu, zarówno gdy dokonują go akcjonariusze większościowi zobowiązani do tego uchwałą, jak i gdy dokonuje go sama spółka, jest ustalana w ten sposób, że cena taka jest równa wartości przypadających na akcję aktywów netto, wykazanych w sprawozdaniu finansowym za ostatni rok obrotowy, pomniejszonych o kwotę przeznaczoną do podziału między akcjonariuszy. W przypadku gdy akcjonariusz kwestionuje tak ustaloną cenę, ma on prawo zwrócić się do sądu rejestrowego o wyznaczenie biegłego rewidenta w celu ustalenia ceny rynkowej akcji, a w jej braku, tzw. godziwej ceny odkupu. Wymaga zatem biznesowej oceny, czy w danym przypadku opłaca się poprzestać na cenie opartej o aktywa netto spółki, czy dążyć do ustalenia ceny rynkowej akcji, bądź w przypadku małej płynności akcji niepozwalającej ustalić ceny rynkowej, dążyć do ustalenia tzw. ceny godziwej, przez biegłego rewidenta.

Niniejsza przykładowa Porada Prawna ma charakter wyłącznie informacyjny i jest przedmiotem praw autorskich M. Szulikowski i Partnerzy Kancelarii Prawnej.

Zwracamy przy tym uwagę, że powyższe rozwiązanie nie może być zastosowane w spółkach publicznych (jednak jak rozumiemy, [•] nie jest spółką publiczną i nie jest planowane uzyskanie przez nią takiego statusu – w przypadku zamiaru skorzystania z ww. rozwiązania, kwestia ta wymaga potwierdzenia).

Ad. 4

Rozwiązanie opisane w punkcie Ad. 3 powyżej wydaje się rozwiązaniem optymalnym w przedmiotowym przypadku, o ile zajdą opisane powyżej przesłanki skorzystania z możliwości wnioskowania o przymusowy odkup akcji.

W przypadku pytań, bądź wątpliwości pozostajemy do Pana dyspozycji.

Z poważaniem,

Zespół Szulikowski Online

Niniejsza przykładowa Porada Prawna ma charakter wyłącznie informacyjny i jest przedmiotem praw autorskich M. Szulikowski i Partnerzy Kancelarii Prawnej.