

nr **14**

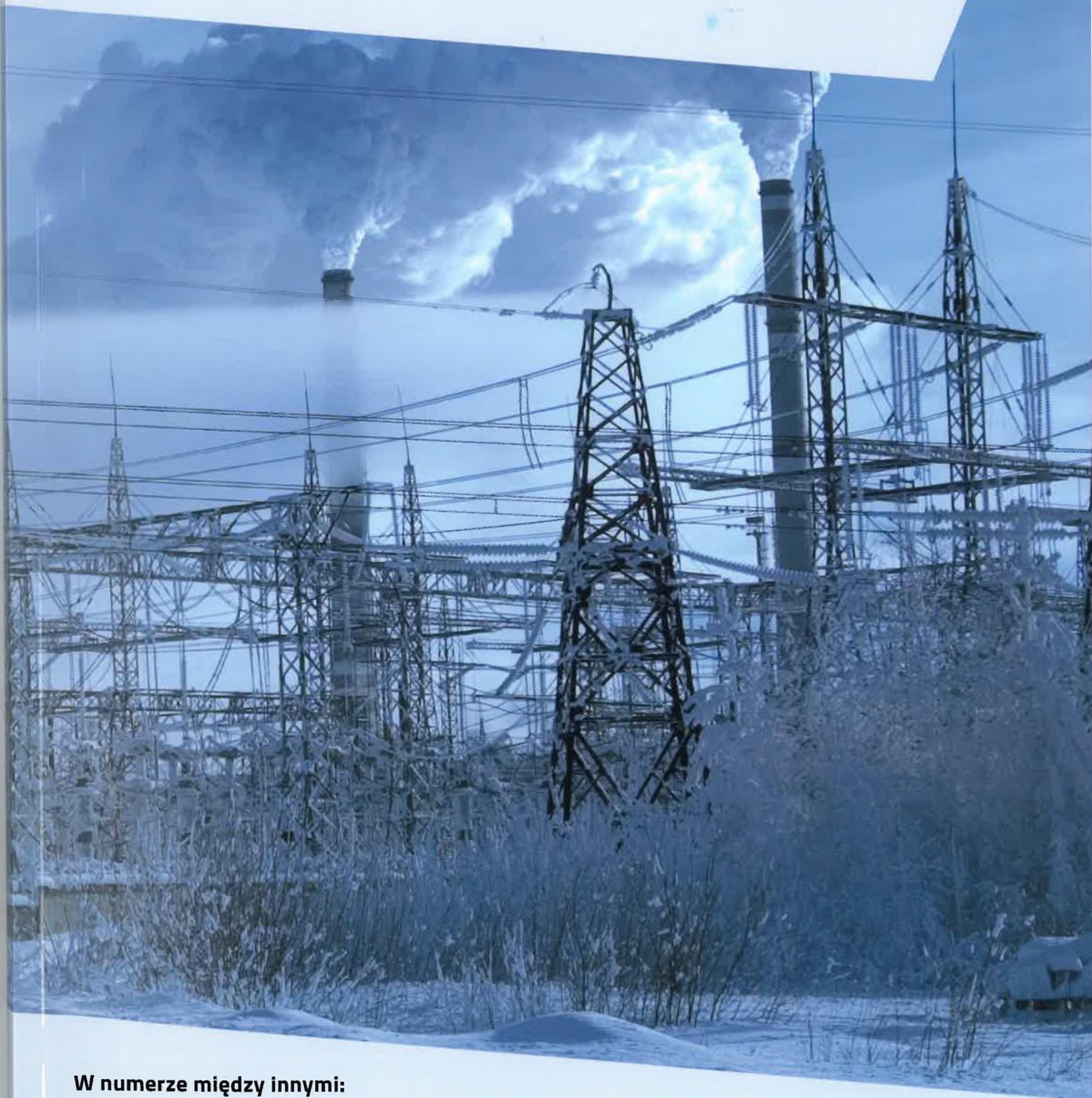
[4/2018]

ISSN 2450-1956

CENA **50 zł**

# DORADCA

## restrukturyzacyjny



### **W numerze między innymi:**

*Mirosław Mozdzeń, Joanna Juszczyk-Posiła* – Podwójna odpowiedzialność członków upadłych SKOK-ów

*Witold Missala, Łukasz Wolbach* – Oddzielny plan podziału

*Maciej Geromin, Łukasz Świątek* – Sytuacja prawna obligatariuszy na wypadek ogłoszenia upadłości lub otwarcia restrukturyzacji emitenta

## POMOC PUBLICZNA W PRZYPADKU PRZYGOTOWANEJ LIKWIDACJI

Przygotowana likwidacja może być atrakcyjnym narzędziem restrukturyzacyjnym pozwalającym zachować przedsiębiorstwo upadającego, skrócić czas oczekiwania wierzycieli na zaspokojenie, a także chronić inwestora przed odpowiedzialnością za zobowiązania upadłego. Tym niemniej w niektórych przypadkach nabywca przedsiębiorstwa, zorganizowanej części przedsiębiorstwa lub składników majątkowych upadłego powinien rozważyć ryzyko przejęcia niedozwolonej pomocy publicznej. Wydaje się, że mechanizmy określone w Prawie upadłościowym dość skutecznie zabezpieczają przed ziszczeniem się tego ryzyka.

### UWAGI OGÓLNE

Praktyka wskazuje na rosnące zainteresowanie przedsiębiorców korzystaniem z instytucji przygotowanej likwidacji w rozumieniu art. 56a i następne ustawy z 28 lutego 2003 r. – Prawo upadłościowe<sup>4</sup> (nazywany również z języka angielskiego pre-pack). Wprowadzenie tej instytucji do Prawa upadłościowego inspirowane było analogicznymi rozwiązaniami istniejącymi w krajach anglosaskich – idea przygotowanej likwidacji łączy w sobie elementy restrukturyzacyjne z elementami charakterystycznymi dla upadłości likwidacyjnej.

Przedsiębiorca, który decyduje się na przygotowaną likwidację, składa do sądu wniosek o ogłoszenie upadłości, załączając do niego wniosek o zatwierdzenie warunków sprzedaży przedsiębiorstwa lub jego zorganizowanej części, lub składników majątkowych stanowiących znaczną część przedsiębiorstwa. Na tym etapie wnioskodawca

powinien mieć już porozumienie z inwestorem zainteresowanym nabyciem przedsiębiorstwa lub zorganizowanej części przedsiębiorstwa, we wniosku należy bowiem wskazać co najmniej dane nabywcy i cenę sprzedaży.

Do wniosku o zatwierdzenie warunków sprzedaży dołącza się opis i oszacowanie sporządzone przez osobę z listy biegłych sądowych. Rozpoznając wniosek – w celu kontroli prawidłowości dokonanego oszacowania – w niektórych przypadkach sąd przeprowadza dodatkowy dowód z opinii biegłego. Sąd zatwierdza warunki sprzedaży, jeśli uwzględni wniosek o ogłoszenie upadłości, określając co najmniej cenę i nabywcę mienia. Nie później niż w terminie 30 dni od uprawomocnienia się postanowienia o zatwierdzeniu warunków sprzedaży syndyk zawiera umowę sprzedaży na warunkach określonych w postanowieniu. Wniosek o zatwierdzenie warunków sprzedaży może przewidywać wydanie przedsiębiorstwa nabywcy z dniem ogłoszenia upadłości dłużnika (za zapłatą ceny sprzedaży do depozytu).

Zawarcie umowy sprzedaży może nastąpić wyłącznie po wpłaceniu przez nabywcę pełnej ceny lub po wydaniu syndykowi ceny złożonej wcześniej do depozytu. Następnie, po uprawomoczeniu się postanowienia, cena sprzedaży przekazywana jest syndykowi, który dokonuje podziału funduszy w oparciu o listę wierzytelności i plan podziału.

### ZALETY PRZYGOTOWANEJ LIKWIDACJI

Przygotowana likwidacja jest stosunkowo szybką procedurą pozwalającą uniknąć długotrwałego procesu wyceny i likwidacji majątku przez syndyka. Pozwala na osiągnięcie ceny korzystnej z punktu widzenia wierzycieli, a przy tym przybliża moment uzyskania przez nich zaspokojenia.

<sup>1</sup> Doradca podatkowy w Kancelarii KKLW Kurzyński Łyszcz Wierzbicki.

<sup>2</sup> Adwokat w Kancelarii KKLW Kurzyński Łyszcz Wierzbicki. Ekspert z zakresu prawa upadłościowego i pomocy publicznej.

<sup>3</sup> Adwokat w Kancelarii KKLW Kurzyński Łyszcz Wierzbicki ([www.kklw.pl](http://www.kklw.pl)), doradca restrukturyzacyjny, członek INSOL Europe, przewodniczący sekcji PUIR przy ORA w Warszawie.

<sup>4</sup> Dz. U. 2003, nr 60, poz. 535 ze zm.

Jest też optymalnym rozwiązaniem w sytuacjach, gdy nabyciem majątku upadającej spółki zainteresowany jest konkretny inwestor. Przygotowana likwidacja pozwala skrócić lub wręcz wyeliminować okres, w którym przedsiębiorstwo funkcjonuje w warunkach upadłości pod zarządem syndyka – możliwe jest w miarę płynne przejście mienia z rąk do rąk.

Bardzo istotne jest ponadto, że nabycie następuje w stanie wolnym od obciążeń. Wszelkie zobowiązania przedsiębiorstwa „pozostają” w upadającej spółce i podlegają zaspokojeniu przez syndyka masy upadłości z puli środków uzyskanych ze sprzedaży przedsiębiorstwa. Wygasają także obciążenia ustanowione na sprzedanym majątku.

Tym niemniej także w ramach procedury przygotowanej likwidacji istnieje ryzyko przedłużania się postępowania w przedmiocie wniosku upadłościowego. (w szczególności z uwagi na czas potrzebny na sporządzenie opinii przez biegłego), co grozi chociażby utratą wartości majątku. Wierzyciele, jakkolwiek nie muszą oczekiwać na zakończenie długotrwałej likwidacji majątku, są potencjalnie narażeni na przedłużenie procedur prowadzących do podziału środków przez syndyka, w szczególności gdy na upadłym ciąży wiele wierzytelności spornych i spodziewana jest znaczna liczba sprzeciwów wobec listy wierzytelności.

Z kolei z punktu widzenia inwestora problemem może być konieczność dokonania wpłaty całości ceny sprzedaży na rachunek sądu. Zapłata ceny sprzedaży nie może nastąpić w transzach, niemożliwe jest także jej dokonanie w inny sposób niż gotówką.

## ROZSZERZONA WINDYKACJA POMOCY PUBLICZNEJ

Nie można także wykluczyć sytuacji, w której przed złożeniem wniosku upadłościowego upadły uzyskał korzyść stanowiącą pomoc publiczną (np.: instytucja państwowa udostępniła upadłemu nieruchomości za czynsz niższy od rynkowego). Pojawia się zatem pytanie, czy inwestor nabywający mienie w ramach procedury przygotowanej likwidacji powinien brać pod uwagę ryzyko konieczności zwrotu takiej korzyści.

Pamiętać bowiem trzeba, iż Komisja Europejska (KE) w komunikacie „Zapewnienie skutecznego wykonania decyzji Komisji nakazujących państwom członkowskim odzyskanie pomocy przyznanej bezprawnie i niezgodnej ze wspólnym rynkiem” (2007/C 272/05) przypominała, że zgodnie z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE) pomoc przyznana bezprawnie

musi zostać odzyskana od przedsiębiorstw, które z niej rzeczywiście skorzystały<sup>5</sup>. Rozszerzenie obowiązku zwrotu pomocy publicznej na podmioty inne niż pierwotny beneficjent zostało umożliwione przez TSUE jako wyjątek od zasady odpowiedzialności osobistej za naruszenie reguł konkurencji<sup>6</sup>. Chodzi bowiem o uniknięcie sytuacji, w której z powodu przeniesienia majątku, restrukturyzacji lub innych zmian prawnych czy organizacyjnych pierwotny beneficjent przestaje istnieć, a jeśli wciąż istnieje, to nie ma możliwości dokonania zwrotu pomocy z powodu braku środków, co w konsekwencji prowadzi do sytuacji, w której żaden podmiot nie ponosi odpowiedzialności za zaistniałe naruszenia. Zostało to potwierdzone przez trybunał w wyroku z 1 lipca 2009 r. w sprawie T-291/06 Operator ARP sp. z o.o. przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich. Z uzasadnienia tego orzeczenia wynika, że „termin *beneficjent* nie oznacza jedynie pierwotnego beneficjenta pomocy, ale w stosownym przypadku każde przedsiębiorstwo, któremu zostały przekazane składniki majątku w celu doprowadzenia do bezskuteczności postanowień nakazu jej zwrotu”. A nadto „poszerzenie kręgu podmiotów zobowiązanych do zwrotu pomocy jest uzasadnione tylko w przypadku, gdy przekazanie aktywów może spowodować obejście skutków nakazu zwrotu pomocy, a zwłaszcza wtedy, gdy wskutek odkupienia aktywów pierwotny beneficjent pozostaje jak pusty dzban, z którego nie można uzyskać zwrotu pomocy przyznanej bezprawnie. Ponadto to poszerzenie może być uzasadnione faktem, że nabywca aktywów zachowuje rzeczywistą przewagę konkurencyjną związaną z korzystaniem z pomocy”.

Ważne zatem, aby pamiętać, że rozszerzenie obowiązku zwrotu pomocy nienależnej na inny podmiot jest możliwe wyłącznie wtedy, gdy pierwotny beneficjent nie ma możliwości dokonania tego zwrotu, czy to z powodu likwidacji, czy zbycia większości lub wszystkich aktywów.

Należy jednocześnie wskazać, że nadrzędnym celem wydawanych przez Komisję decyzji w sprawie zwrotu pomocy publicznej niezgodnej ze wspólnym rynkiem nie jest odzyskanie środków finansowych, ale przywrócenie zasad uczciwej konkurencji. Można wyobrazić sobie sytuację, w której pierwotny beneficjent zwraca przyznaną mu wcześniej pomoc publiczną, natomiast nabywca jego aktywów nadal zachowuje przewagę nad konkurentami, bowiem to właśnie z tymi aktywami nierozłącznie zwią-

<sup>5</sup> Wyrok z 21 marca 1988 r. w sprawie C-303/88 Republika Włoch przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich pkt 57; wyrok z 29 kwietnia 2004 r. w sprawie C-277/00 Republika Federalna Niemiec przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich (Sprawa SMI).

<sup>6</sup> Wyrok z 8 lipca 1999 r. w sprawie C-49/92 P Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Anic Partecipazioni SpA.

zana była uzyskana pomoc. W takiej sytuacji pomimo odzyskania pomocy zasady konkurencji pozostawałyby wciąż naruszone. Z uwagi na możliwość występowania m.in. takich przypadków Komisja i TSUE opracowały mechanizm, który zmierza do najbardziej efektywnego osiągnięcia celu, jakim jest ustanie naruszeń konkurencji.

## ZASADA CIĄGŁOŚCI GOSPODARCZEJ

W przypadku gdy pierwotny beneficjent pomocy przestał istnieć, czy to z powodu upadłości, czy zbycia majątku lub funkcjonuje jako „pusty dzban”, Komisja musi dokonać oceny, czy nienależna pomoc powinna zostać zwrócona przez inny podmiot, a jeśli tak, to również określić tożsamość tego podmiotu<sup>7</sup>.

Co istotne, w pierwszej kolejności zawsze następuje stwierdzenie niezgodności otrzymanej pomocy z rynkiem wewnętrznym, a dopiero kolejnym krokiem jest badanie, czy przejęte aktywa beneficjenta obejmują korzystanie z tejże nienależnej pomocy, a tym samym, czy w analizowanej sprawie mamy do czynienia z ciągłością gospodarczą między beneficjentem pierwotnym a jego następcą bądź następcami<sup>8</sup>.

Po raz pierwszy koncepcja ciągłości gospodarczej została opisana w wyroku TSUE z 8 maja 2003 r. w sprawach połączonych C-328/99 i C-399/00 Republika Włoska i SIM 2 Multimedia SpA przeciwko Komisji (Sprawa Seleco). Trybunał orzekł wówczas, iż „nie można a priori pozbawić przedsiębiorstwa znajdującego się w trudnej sytuacji ekonomicznej możliwości podjęcia działań w celu jego rewitalizacji, ze względu na wymogi dotyczące odzyskania pomocy państwa niezgodnej ze wspólnym rynkiem. (...). W celu zapobieżenia dalszemu zakłócaniu skuteczności decyzji, jak również dalszemu zakłócaniu konkurencji Komisja może być zmuszona żądać, aby zwrot nie był ograniczony do pierwotnego przedsiębiorstwa, lecz został rozszerzony na przedsiębiorstwo, które kontynuuje działalność pierwotnego beneficjenta, wykorzystując przekazane środki produkcji, w przypadku gdy pewne elementy transakcji wskazują na ciągłość gospodarczą między tymi dwoma przedsiębiorstwami. Elementy badane przez Komisję obejmują zakres zbywanych aktywów (aktywa i pasywa, ciągłość siły roboczej, aktywa powiązane itp.), cenę sprzedaży, tożsamość wspólników lub właścicieli nabywcy i pierwotnego beneficjenta, moment, w którym

dokonano przeniesienia aktywów (po rozpoczęciu oceny wstępnej, po przeprowadzeniu formalnego postępowania wyjaśniającego lub po wydaniu decyzji końcowej), i wreszcie logikę ekonomiczną transakcji”.

Przy czym, jak podkreśla się w orzecznictwie, Komisja nie ma obowiązku uwzględnienia wszystkich wymienionych okoliczności, a jedynie może je uwzględnić<sup>9</sup>.

W sprawach będących dotychczas przedmiotem badania Komisji i Trybunału pierwszym i najistotniejszym elementem transakcji między pierwotnym beneficjentem pomocy publicznej a nabywcą jego aktywów, który był poddawany szczegółowej analizie, jest cena sprzedaży i zasady jej ustalenia.

W myśl wielu orzeczeń TSUE<sup>10</sup> przekazanie nienależnej korzyści następuje wówczas, gdy aktywa pierwotnego beneficjenta pomocy, w celu ominięcia obowiązku zwrotu pomocy, zostają przeniesione na osobę trzecią po cenie niższej od ich wartości rynkowej; wówczas TSUE uznaje, że nakaz windykacji może zostać rozciągnięty na taką osobę trzecią (na przykład decyzja KE w sprawie Seleco, gdzie Komisja stwierdziła, że rozszczenie o zwrot pomocy musiało być rozszerzone na wyodrębnioną jednostkę beneficjenta).

Na podstawie decyzji Komisji i orzeczeń TSUE można stwierdzić, że z ceną rynkową mamy do czynienia, w szczególności gdy:

- a) rozszczenia w odniesieniu do odzyskania spornej pomocy zostały wpisane na listę wierzytelności (gdy pierwotny beneficjent znajduje się w stanie upadłości)<sup>11</sup>;
- b) nabywca przedsiębiorstwa został wyłoniony w wyniku otwartego, przejrzystego i bezwarunkowego przetargu<sup>12</sup> (procedura sprzedaży może być uznana za wystarczająco otwartą i przejrzystą, na przykład gdy transakcję poprzedziły bezowocne próby sprzedania całego przedsiębiorstwa podmiotom trzecim, nawet gdy ostatecznie aktywa nabył podmiot powiązany)<sup>13</sup>;
- c) cena sprzedaży ustalona została w wyniku niezależnej ekspertyzy, o ile podmiot ustalający cenę wziął

<sup>9</sup> Wyrok z 28 marca 2012 r. w sprawie T-123/09 Ryanair Ltd v Komisja Europejska (Sprawa Alitalia).

<sup>10</sup> Przykładowo wyrok w sprawie Seleco, wyrok w sprawie Olympic Airways.

<sup>11</sup> Wyrok z 7 marca 2018 r. w sprawie C-127/16 P SNCF Mobilités przeciwko Komisji Europejskiej (Sprawa SNCF); wyrok z 24 października 2013 r. Land Burgenland i in./Komisja, C 214/12 P, C 215/12 P i C 223/12 P; Wyrok z 29 kwietnia 2004 r. w sprawie C-277/00 Republika Federalna Niemiec przeciwko Komisji oraz wyrok TSUE z 13 listopada 2008 r. w sprawie C-214/07 Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Francuskiej.

<sup>12</sup> Ibidem.

<sup>13</sup> Wyrok z 19 października 2005 r. w sprawie T-324/00 CDA Datenträger Albrechts GmbH przeciwko Komisji.

<sup>7</sup> Wyrok TSUE z 13 września 2010 r. w sprawach połączonych T-415/05, T-416/05 oraz T-423/05 Republika Grecka (T-415/05), Olympiakes Aerogrammes AE (T-416/05) i Olympiaki Aeroporia Ypiresies AE (T-423/05) przeciwko Komisji Europejskiej (Sprawa Olympic Airways).

<sup>8</sup> Opinia rzecznika generalnego P. Mengozzi w sprawie C-33/14 P Mory i in. przeciwko Komisji (Sprawa Mory).

pod uwagę ryzyko konieczności zwrotu otrzymanej pomocy publicznej i uwzględnić je w cenie<sup>14</sup>;

- d) sprzedaż dokonywana jest w ramach procedury likwidacyjnej prowadzonej przez sąd<sup>15</sup>.

Warto podkreślić, iż orzecznictwo Komisji i TSUE od czasu wydania pierwszego orzeczenia precyzującego koncepcję ciągłości gospodarczej nie było jednostajne i ewoluowało w kierunku korzystnym dla następców pierwotnych beneficjentów. W sprawie *Alitalia* TSUE potwierdził stanowisko Komisji, zgodnie z którym „na nabywcę aktywów grupy *Alitalia* nie mogła zostać przeniesiona żadna nienależna korzyść, ponieważ zrobiono wszystko, by zapewnić, aby aktywa zostały sprzedane po cenie nie niższej niż cena rynkowa”. Zdaniem instytucji europejskich w omawianej sprawie wystarczyło więc wykazanie należytej staranności w zapewnieniu, by zbycie aktywów odbyło się po cenie nie niższej niż cena rynkowa. Niektórzy przedstawiciele doktryny twierdzą nawet, iż Trybunał wprowadził tym samym domniemanie braku ciągłości gospodarczej w przypadku zbycia aktywów pierwotnego beneficjenta po cenie odpowiadającej wartości rynkowej<sup>16</sup>.

Odnosząc się do pozostałych elementów branych pod uwagę przez Komisję przy badaniu ciągłości gospodarczej, należy wskazać, że zgodnie z dotychczasowym orzecznictwem ryzyko uznania, iż pomiędzy pierwotnym beneficjentem a jego następcą doszło do przeniesienia pomocy publicznej jest zminimalizowane, gdy:

- a) przenoszone są jedynie aktywa, bez zobowiązań pierwotnego beneficjenta<sup>17</sup>, a jeżeli przenoszone są również pasywa – dodanie zobowiązania do zwrotu pomocy publicznej do pasywów przedsiębiorstwa znajdującego się w stanie likwidacji<sup>18</sup>;
- b) dochodzi do sprzedaży udziałów, nie zaś do sprzedaży aktywów podmiotu będącego beneficjentem pomocy<sup>19</sup>;
- c) przenoszona jest tylko część aktywów pierwotnego beneficjenta, które wykorzystywane są w prowadzonej przez jego następcę działalności<sup>20</sup>;
- d) zbycie następuje na rzecz podmiotu niepowiązanego z pierwotnym beneficjentem (utworzenie przez beneficjenta pomocy spółki zależnej i przeniesienie

<sup>14</sup> Wyrok w sprawie *Seleco*.

<sup>15</sup> Wyrok w sprawie *SMI*.

<sup>16</sup> Pittie M. (2013), *Recovery of Unlawful State Aid and Insolvency Rules: in Need of Greater Flexibility? How to assess the risk of being held liable for reimbursement in case of acquisition of assets from an insolvent beneficiary?* gclc\_-\_recovery\_of\_the\_aid\_-\_need\_for\_flexibility\_-\_pittie.pdf.

<sup>17</sup> Wyrok w sprawie *SNCF*.

<sup>18</sup> Wyrok w sprawie *SMI*.

<sup>19</sup> Wyrok w sprawie *Seleco*.

<sup>20</sup> Wyrok z 13 czerwca 2013 r. w sprawie C-287/12 P *Ryanair Ltd* przeciwko Komisji Europejskiej

do niej aktywów Komisja uznaje na potrzeby badania ciągłości gospodarczej jako wyłącznie zmianę nazwy beneficjenta<sup>21</sup>.

Podsumowując, cena sprzedaży przedsiębiorstwa pierwotnego beneficjenta powinna uwzględniać fakt, że podmiot ten otrzymał pomoc publiczną niezgodną ze wspólnym rynkiem. Dlatego wierzytelność o zwrot pomocy powinna zostać wpisana na listę wierzytelności, jeśli beneficjent jest w stanie likwidacji, a decyzja o zwrocie pomocy została już wydana, natomiast poza procedurą likwidacyjną sprzedaż powinna odbywać się na warunkach rynkowych, najlepiej w ramach otwartego przetargu, lub powinna zostać ustalona przez niezależny podmiot i uwzględniać ryzyko konieczności zwrotu pomocy, jeśli istnieją ku temu przesłanki.

Należy mieć także na uwadze, że w przypadku braku stwierdzenia więzi gospodarczej między pierwotnym beneficjentem a nabywcą jego aktywów niezgodna z wspólnym rynkiem pomoc przyznana pierwszemu z przedsiębiorców nie może być odzyskana od drugiego tylko z tego powodu, że odniósł on z niej pośrednią korzyść<sup>22</sup>.

Pomimo iż z dotychczasowego orzecznictwa Komisji i TSUE wynikało, że to cena sprzedaży jest decydującym kryterium oceny, czy mamy do czynienia z ciągłością gospodarczą między beneficjentem pomocy a jego następcą – w sprawie T-121/15 *Fortischem* przeciwko Komisji (Sprawa *Fortischem*), w której jeszcze nie zapadł wyrok – zarzuca się Komisji, że „próbuje stworzyć nowe, bardziej restryktywne orzecznictwo, zgodnie z którym zakres transakcji powinien być decydującym kryterium, podczas gdy cena sprzedaży ma być co najwyżej – jeżeli w ogóle – dodatkowym kryterium”. W tej sprawie Komisja za decydujący o istnieniu ciągłości gospodarczej uznała fakt, że sprzedaż obejmowała wszystkie aktywa i część zobowiązań pierwotnego beneficjenta, tj. NCHZ, zakres działalności nabywcy, tj. *Fortischem*, pozostał taki sam jak zakres działalności NCHZ, do nabywcy przeniesiona została większość pracowników NCHZ, zarząd również się nie zmienił, porównywalne były także kwoty przychodów pierwotnego beneficjenta i nabywcy jego aktywów. Ponadto, zdaniem KE za istnieniem ciągłości gospodarczej przemawiała ekonomiczna logika operacji, bowiem nabyte przez *Fortischem* aktywa wykorzystywane były w ten sam sposób, w jaki wykorzystywał je pierwotny

<sup>21</sup> Decyzja Komisji (UE) 2015/1826 z 15 października 2014 r. w sprawie pomocy państwa nr SA.33797 – (2013/C) (ex 2013/NN) (ex 2011/CP) wdrożonej przez Słowację na rzecz NCHZ; Decyzja Komisji (UE) 2017/501 z 12 czerwca 2015 r. w sprawie taryf naliczanych przez rumuńskie przedsiębiorstwo *Hidroelectrica* na rzecz S.C. *ArcelorMittal Galati*, S.C. i in. SA.33623 (2012/C), SA.33624 (2012/C), SA.33451 (2012/C) i SA.33581 (2012/C).

<sup>22</sup> Wyrok w sprawie *Olympic Airways*.

beneficjent. Omawiana sprawa jest o tyle interesująca, że sprzedaż aktywów odbywała się w ramach postępowania upadłościowego pod kontrolą sędziego-komisarza. Jeżeli TSUE przyzna rację Komisji, wyrok w sprawie Fortischem być może będzie oznaczał odwrócenie trendu korzystnego dla następców beneficjentów pierwotnych, który dotychczas dominował w orzecznictwie Trybunału.

## DECYZJE W SPRAWIE ISTNIENIA CIĄGŁOŚCI GOSPODARCZEJ

Jak wskazano, o istnieniu ciągłości gospodarczej zawsze w pierwszej kolejności rozstrzyga Komisja. Przesłanki i zasady badania, czy istnieje między podmiotami więź gospodarcza, nie zostały określone w prawie wspólnotowym. Analiza wydanych decyzji prowadzi jednak do wniosku, że wypracowane zostały w tym zakresie dwa rozwiązania<sup>23</sup>.

Pierwsze polega na weryfikacji, czy mamy do czynienia z ciągłością gospodarczą w ramach procedur badania zgodności przyznanej pomocy publicznej z art. 107 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE)<sup>24</sup>. W ten sposób KE procedowała m.in. w sprawach: Seleo<sup>25</sup>, Olympic Airways<sup>26</sup>, Airport Handling<sup>27</sup>, Alitalia<sup>28</sup>.

Z praktyki decyzyjnej Komisji wynika, że możliwe jest również badanie istnienia więzi gospodarczej poza formalną procedurą dochodzenia i wydanie w tym zakresie decyzji *sui generis*. Takie rozwiązanie zostało przyjęte w sprawach: Val Saint-Lambert<sup>29</sup>, Sernam<sup>30</sup>, Larko<sup>31</sup>, SNCM<sup>32</sup>. Ten rodzaj decyzji wydawany był w przypadku, gdy badanie istnienia ciągłości gospodarczej było konieczne już po zakończeniu formalnej procedury dochodzenia (wyjątek stanowi tu sprawa Larko, gdzie KE

mogła dokonać badania ciągłości gospodarczej jeszcze w ramach formalnej procedury dochodzenia, jednak nie zrobiła tego).

Należy wskazać, że różnica między wymienionymi rozwiązaniami proceduralnymi może okazać się niezwykle istotna dla podmiotu nabywającego aktywa pierwotnego beneficjenta pomocy publicznej z tego względu, że w przypadku badania ciągłości gospodarczej poza formalną procedurą dochodzenia nie będą obowiązywały przewidziane w Rozporządzeniu Rady (UE) 2015/1589 z 13 lipca 2015 r. ustanawiające szczegółowe zasady stosowania art. 108 TFUE zasady postępowania, w szczególności Komisja nie jest obowiązana umożliwić stronom zainteresowanym przedstawienie swoich uwag. Jest to więc istotny element ryzyka dla podmiotu nabywającego aktywa pierwotnego beneficjenta pomocy.

Należy dodać, że w związku ze wskazanymi wątpliwościami proceduralnymi decyzje *sui generis* były kwestionowane przed TSUE. Trybunał przyznawał jednak rację Komisji, twierdząc, tak jak w sprawie Mory (dotyczącej decyzji Komisji w sprawie Sernam), że nie jest konieczne wszczęcie formalnej procedury dochodzenia w celu badania ciągłości gospodarczej, bowiem „decyzja powinna zostać uznana za decyzję związaną z decyzją Sernam 3 i uzupełniającą wobec niej w zakresie, w jakim wyjaśnia ona zakres decyzji Sernam co do statusu beneficjenta omawianej pomocy, a zatem co do statusu podmiotu zobowiązanego do zwrotu tej pomocy, w następstwie zaistnienia zdarzenia, które miało miejsce po wydaniu tej decyzji, a mianowicie w niniejszym wypadku nabycia przez osobę trzecią części aktywów pierwotnego beneficjenta omawianej pomocy”. Warto jednak podkreślić, że w wydanych do tej pory decyzjach *sui generis* Komisja stwierdzała brak istnienia ciągłości gospodarczej między pierwotnym beneficjentem pomocy a jego następcą, zaś decyzje te były kwestionowane przez konkurentów tychże podmiotów.

Mając to na uwadze, należy monitorować orzecznictwo TSUE pod kątem spraw, w których stwierdzone byłoby istnienie ciągłości gospodarczej, bo te będą najistotniejsze dla nabywców aktywów beneficjentów pierwotnych, mogą bowiem poważnie zwiększać ryzyko związane z dokonywanymi przez nich transakcjami.

## PROCEDURA ODZYSKANIA NIENALEŻNEJ POMOCY

Zgodnie z orzecznictwem TSUE „w decyzji stwierdzającej niezgodność pomocy ze wspólnym rynkiem nakładającej obowiązek jej zwrotu Komisja nie musi wyjaśniać, w jakim

<sup>23</sup> Pappas A. (2017), *State aid and the principle of economic continuity: the consistency of the notion and the effective protection of the competitors and the buyers*.

<sup>24</sup> Badanie wstępne i formalna procedura dochodzenia, o których mowa w Rozporządzeniu Rady (UE) 2015/1589 z 13 lipca 2015 r. ustanawiającym szczegółowe zasady stosowania art. 108 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej.

<sup>25</sup> Decyzja Komisji 2000/536/WE z 2 czerwca 1999 r. w sprawie pomocy państwa przyznanej Seleo SpA przez Włochy.

<sup>26</sup> Decyzja Komisji 2003/372/WE z 11 grudnia 2002 r. dotycząca pomocy przyznanej przez Republikę Grecką na rzecz Olympic Airways.

<sup>27</sup> Decyzja Komisji C(2014) 4537 final z 9 lipca 2014 r. w sprawie utworzenia spółki Airport Handling SpA przez spółkę SEA SpA.

<sup>28</sup> Decyzja Komisji 2009/155/WE z 12 listopada 2008 r. w sprawie pożyczki w kwocie 300 mln euro udzielonej przez Włochy spółce Alitalia.

<sup>29</sup> Decyzja Komisji (UE) 2015/1825 z 31 lipca 2014 r. w sprawie niezgodzonej pomocy państwa SA.34791 (2013/C) (ex 2012/NN) – Belgia – Pomoc na ratowanie Val Saint-Lambert S.A.

<sup>30</sup> Decyzja Komisji z 9 marca 2012 r. w sprawie pomocy państwa nr SA.12522 (C 37/08) – Francja – Zastosowanie decyzji Sernam 2.

<sup>31</sup> Decyzja Komisji z 27 marca 2014 r. SG-Greffa(2014) D/4621/28/03/2014] dotycząca sprzedaży niektórych aktywów spółki akcyjnej „Geniki Metallēftiki kai Metallourgiki Anonimi Eteria NEA LARKO” [NOWE LARKO], nr SA.37954 (2013/N).

<sup>32</sup> Decyzja Komisji z 2 maja 2013 r. w sprawie pomocy państwa SA.22843 (2012/C) (ex 2012/NN) wdrożonej przez Republikę Francuską na rzecz Société Nationale Corse Méditerranée i Compagnie Méridionale de Navigation.

stopniu przedsiębiorstwo będące beneficjentem pomocy skorzystało z kwoty danej pomocy. To zadaniem państwa członkowskiego jest określenie kwoty, jaka musi być zwrócona przez każde z przedsiębiorstw podczas odzyskiwania pomocy. Wystarczy, by decyzja Komisji zawierała dane umożliwiające jej adresatowi samodzielne określenie, bez nadmiernych trudności, tej kwoty. W przypadku nieprzewidzianych trudności to państwo może poddać swe problemy ocenie Komisji, a Komisja i państwo członkowskie powinny współpracować w dobrej wierze, zgodnie z obowiązkiem lojalnej współpracy ustanowionym w art. 10 WE, w celu przezwyciężenia tych trudności w pełnym przestrzeganiu postanowień traktatowych, zwłaszcza tych dotyczących pomocy państwa<sup>33</sup>.

Zasady odzyskiwania nienależnej pomocy podsumowane zostały w Komunikacie KE w sprawie egzekwowania prawa dotyczącego pomocy państwa przez sądy krajowe (2009/C 85/01). Przede wszystkim to na sądach krajowych spoczywa obowiązek nakazania zwrotu pełnej kwoty niezgodnej z prawem pomocy na podstawie krajowych przepisów proceduralnych. Sąd krajowy musi określić dokładną kwotę udzielonej pomocy i to, jaka kwota podlega zwrotowi, w tym celu może zwrócić się o pomoc Komisji. Nienależnie otrzymaną pomoc beneficjent obowiązany jest zwrócić z odsetkami liczonymi od dnia pozostawienia pomocy do jego dyspozycji do dnia skutecznego odzyskania pomocy. Należy mieć również na uwadze, że podmioty trzecie, w szczególności konkurenci beneficjenta, mogą wystąpić na podstawie przepisów krajowych z roszczeniem o odszkodowanie z tytułu poniesionych strat w związku z udzieleniem pomocy niezgodnej ze wspólnym rynkiem. Roszczenia te mogą być skierowane zarówno przeciwko organowi przyznającemu pomoc publiczną, jak i beneficjentowi<sup>34</sup>.

### **CZY PRZYGOTOWANA LIKWIDACJA MOŻE ZAKOŃCZYĆ SIĘ „PRZEJĘCIEM” OBOWIĄZKU ZWROTU POMOCY?**

Jakkolwiek w ramach przygotowanej likwidacji nabycie następuje co do zasady w stanie czystym, wydaje się, że nie można całkowicie pominąć ryzyka obarczenia nabywcy obowiązkiem zwrotu niedozwolonej korzyści. Ewentualna decyzja Komisji Europejskiej uznająca pomoc za niedozwoloną ma charakter deklaratoryjny – stwierdza jedynie niezgodność określonego transferu majątkowego z prawem UE. Nawet jeśli przed nabyciem w ramach przygotowanej likwidacji nie została wydana decyzja dotycząca pomocy publicznej, to stan niezgodności z pra-

wem już istnieje, a zatem istnieje także zobowiązanie do zwrotu korzyści, które może zostać stwierdzone (a nie wykreowane) przez KE.

Zgodnie z przytoczonym orzecznictwem TSUE i KE, aby nie dopuścić do transferu korzyści, konieczne jest co najmniej zapewnienie, by aktywa (w ramach których funkcjonuje wcześniej otrzymana korzyść) były zbywane po cenie rynkowej ustalonej:

- a) albo w drodze otwartego, bezwarunkowego i przejrzystego postępowania,
- b) albo poprzez postępowanie sądowe przeznaczone dla niewypłacalnych spółek,
- c) albo w drodze niezależnej zewnętrznej ekspertyzy.

W konsekwencji uważamy, iż prawidłowo przeprowadzona procedura przygotowanej likwidacji powinna minimalizować ryzyko „przejęcia” przez nabywcę mienia upadłej firmy obowiązku zwrotu niedozwolonej pomocy publicznej. Przemawiają za tym okoliczności takie jak:

- a) sprzedaż w trybie przygotowanej likwidacji przez syndyka następuje w ramach postępowania upadłościowego, pod nadzorem sędziego-komisarza i na podstawie zgody sądu upadłościowego (wyrażonej w postaci postanowienia o zatwierdzeniu warunków sprzedaży) – w konsekwencji jest to taka sama sprzedaż w ramach postępowania upadłościowego jak tysiące innych przypadków zbycia mienia upadłej spółki przez syndyka;
- b) rynkowość transakcji w ramach przygotowanej likwidacji jest przedmiotem kontroli zarówno biegłego sądowego, jak i (jakkolwiek w ograniczonym zakresie) tymczasowego nadzorca sądowego i sądu upadłościowego;
- c) większość decyzji KE i wyroków TSUE, gdzie uznano, iż doszło do transferu korzyści wynikającej z pomocy publicznej, dotyczyło, w naszej ocenie, transakcji na zasadach cywilnoprawnych, nie zaś transakcji w postępowaniu upadłościowym.

Jednakże warto pamiętać, iż na chwilę obecną brak jest orzecznictwa KE, które dotyczyłoby *expressis verbis* polskich przepisów o przygotowanej likwidacji. Ponadto kontrola rynkowości sprzedaży w tym trybie w praktyce bywa czasami ograniczona – wnioskodawca przedstawia bowiem wraz z wnioskiem opis i oszacowanie przygotowane przez biegłego z listy biegłych sądowych dowolnie przez siebie wybranego, a sąd może dopuścić „dodatkową” opinię biegłego jedynie w przypadku, gdy sprzedaż miałaby nastąpić na rzecz podmiotów powiązanych z upadłym (wskazanych w art. 128 Prawa upadłościowego).

<sup>33</sup> Wyrok w sprawie Olympic Airways.

<sup>34</sup> Wyrok z 11 lipca 1996 r. w sprawie C-39/94 Syndicat français de l'Express international (SFEI) i inni przeciwko La Poste i inni.

Nie wiemy zatem, czy nie zdarzą się przypadki, gdzie KE dopatrzy się jednak zbycia aktywów upadłej firmy po zaniżonej cenie i rozciągnięciu obowiązku zwrotu na nabywcę aktywów (np. w przypadku nadużycia w zakresie oszacowania).

Należy także mieć na uwadze, że istotny może się okazać wyrok w sprawie Fortischem, gdzie Komisja nakazała zwrot nienależnej pomocy od podmiotu trzeciego, pomimo zbycia aktywów w ramach procedury likwidacyjnej prowadzonej pod kontrolą sędziego-komisarza, a oparła się na zakresie transakcji i temu wskaźnikowi poświęciła najwięcej uwagi. Jeżeli TSUE odrzuci skargę Fortischem, naszym zdaniem konieczna będzie bardziej szczegółowa analiza warunków sprzedaży aktywów

w ramach przygotowanej likwidacji, z uwzględnieniem pozostałych wskaźników branżowych pod uwagę przez Komisję, czyli w szczególności zakresu i ekonomicznej logiki transakcji.

Jednakże w prawidłowo przeprowadzonej procedurze przygotowanej likwidacji na chwilę obecną ryzyko nakazania zwrotu pomocy przez nabywcę likwidowanego przedsiębiorstwa jest nieduże, stąd przygotowana likwidacja wydaje się być dobrym rozwiązaniem dla firm obciążonych obowiązkiem zwrotu niedozwolonej pomocy publicznej (praktyka wskazuje bowiem, że firmy takie mają bardzo duże trudności, by w inny sposób zachować ciągłość swojego działania).