

PRACE NAUKOWE

Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu

RESEARCH PAPERS

of Wrocław University of Economics

Nr 372

Przedsiębiorca w społecznej gospodarce rynkowej

Redaktorzy naukowi
Tadeusz Kocowski
Jan Gola



Wydawnictwo Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu
Wrocław 2014

Redakcja wydawnicza: Elżbieta Kożuchowska, Barbara Majewska

Redakcja techniczna: Barbara Łopusiewicz

Korekta: Barbara Cibis

Łamanie: Barbara Szłapka

Projekt okładki: Beata Dębska

Publikacja jest dostępna w Internecie na stronach:

www.ibuk.pl, www.ebscohost.com,

w Dolnośląskiej Bibliotece Cyfrowej www.dbc.wroc.pl,

The Central and Eastern European Online Library www.ceeol.com,

a także w adnotowanej bibliografii zagadnień ekonomicznych BazEkon

http://kangur.uek.krakow.pl/bazy_ae/bazekon/nowy/index.php

Informacje o naborze artykułów i zasadach recenzowania

znajdują się na stronie internetowej Wydawnictwa

www.wydawnictwo.ue.wroc.pl

Kopiowanie i powielanie w jakiegokolwiek formie

wymaga pisemnej zgody Wydawcy

© Copyright by Uniwersytet Ekonomiczny we Wrocławiu

Wrocław 2014

ISSN 1899-3192

ISBN 978-83-7695-470-7

Wersja pierwotna: publikacja drukowana

Druk i oprawa:

EXPOL, P. Rybiński, J. Dąbek, sp.j.

ul. Brzeska 4, 87-800 Włocławek

Spis treści

Przedmowa Rektora Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu.....	9
Przedmowa Dziekana Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego	11
Słowo wstępne	15
Sebastian Bobowski: Uwarunkowania prawne społecznej odpowiedzialności biznesu w Indiach w kontekście wyzwań XXI wieku	17
Andrzej Borkowski: Specjalna strefa ekonomiczna jako instrument realizacji regionalnej pomocy publicznej w gospodarce rynkowej.....	30
Ewa Chmielarzyk: Działalność gospodarcza o charakterze zależnym (wtórnym) prowadzona w ramach przedmiotu działalności spółki zagranicznej	48
Agnieszka Chrisidu-Budnik, Jerzy Korczak: <i>Crowdsourcing</i> – aktywizacja społeczności lokalnej do wspólnego działania.....	60
Waldemar Dotkuś: Rachunkowość jako dyscyplina naukowa oraz jej służebna rola, jaką pełni w życiu gospodarczym.....	73
Bogusława Drelich-Skulska: Zmiana uwarunkowań prawnych działalności przedsiębiorców w Polsce w procesie akcesji do Unii Europejskiej na przykładzie ułatwień w unijnym systemie celnym	82
Józef Frąckowiak: Rola nowelizacji prawa w społecznej gospodarce rynkowej na przykładzie prawa spółek	92
Jan Gola: Obowiązek użyteczności publicznej a działalność przedsiębiorcy sektora lotniczego w społecznej gospodarce rynkowej	101
Maciej Guziński: Zamówienia publiczne jako instrument gospodarki rynkowej	113
Beata Hałakuć, Artur Łysoń: Samodzielny publiczny zakład opieki zdrowotnej a status przedsiębiorcy i komercyjne udzielanie świadczeń zdrowotnych	126
Krzysztof Horubski: Nieuczciwość praktyki rynkowej w świetle ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym	135
Krzysztof Jajuga: Rynek finansowy – standardy etyczne i regulacje prawne	150
Karol Kiczka: Europeizacja społecznej gospodarki rynkowej w Polsce	160
Leon Kieres: Społeczna gospodarka rynkowa w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego	180
Tadeusz Kocowski: Gmina jako przedsiębiorca w społecznej gospodarce rynkowej	193
Emilia Kuczma: Ochrona danych osobowych przez przedsiębiorcę	210
Paweł Kuczma: Konstytucyjne ujęcie wolności działalności gospodarczej ...	225
Zbigniew Luty: Profesjonalne relacje prawa i rachunkowości	238

Karolina Łagowska: Regulowana działalność gospodarcza a poszerzanie sfery wolności działalności gospodarczej.....	247
Andrzej Matysiak: Atrofia czy ewolucja społecznej gospodarki rynkowej...	257
Piotr Ochman: Karnoprawna ochrona reglamentacji działalności na rynku finansowym na przykładzie sektora bankowego.....	270
Katarzyna Poroś: Reprezentowanie przedsiębiorcy w sposób łączny – prokura łączna a reprezentacja łączna mieszana (wybrane zagadnienia)	285
Monika Przybylska: Administracyjnoprawna ochrona przedsiębiorcy w zakresie wykonywania praw własności przemysłowej.....	301
Michał Raduła: Gminny podmiot leczniczy w formie spółki kapitałowej a gospodarka komunalna	314
Piotr Soroka: Koncesja na prowadzenie kasyna gry jako ograniczenie wolności gospodarczej.....	327
Ewa Stańczyk-Hugiet: Koewolucja i kooperacja. Podążając za kontekstem .	342
Michał Stępień: Nowe rozporządzenie Bruksela I z punktu widzenia przedsiębiorców.....	356
Zdzisław Szalbierz, Joanna Kott: Regulacje instytucjonalne w sektorach infrastrukturalnych.....	367
Tomasz M. Szczurowski: Informacje poufne spółki w ramach inwestorskiego badania due diligence	376
Andrzej Śmieja: Odpowiedzialność za szkody wyrządzone przez ruch przedsiębiorstwa (art. 435 k.c.)	390
Magdalena Wilejczyk: Zakaz nadużywania praw podmiotowych w społecznej gospodarce rynkowej na przykładzie prawa rzeczowego.....	403
Bartosz Ziemblicki: Zagrożenia umowy pośrednictwa w obrocie nieruchomościami z punktu widzenia pośrednika – wybrane zagadnienia	414

Summaries

Sebastian Bobowski: Legal determinants of corporate social responsibility in India in the context of challenges of the XXI century.....	29
Andrzej Borkowski: Special economic zone as an instrument of regional aid implementation in market economy	47
Ewa Chmielarczyk: Secondary (ancillary) business activity conducted as part of a foreign company's business.....	59
Agnieszka Chrisidu-Budnik, Jerzy Korczak: Crowdsourcing – activation of local community to joint action.....	72
Waldemar Dotkuś: Accounting as a scientific discipline and its ancillary role within the economic life	81
Bogusława Drelich-Skulska: Changes in the legal environment of business in Poland following the EU accession – a case study of new customs and trade facilitations resulting from the Community Customs Code	91

Józef Frąckowiak: The role of law amendment in social market economy on the example of company law	100
Jan Gola: Public Service Obligations vs. an activity of an entrepreneur of aviation sector in social market economy.....	112
Maciej Guziński: Public procurement as an instrument of market economy .	125
Beata Hałakuć, Artur Łysoń: Independent public health care facilities vs. entrepreneurial status and commercial provision of health care services...	133
Krzysztof Horubski: Unfair market practices in the light of act on prevention of unfair market practices	149
Krzysztof Jajuga: Financial market – ethical standards and legal regulations	159
Karol Kiczka: Europeanization of social market economy in Poland	179
Leon Kieres: Social market economy in the judicial decision of the Constitutional Tribunal.....	192
Tadeusz Kocowski: Municipality as an entrepreneur in social market economy	209
Emilia Kuczma: Protection of personal data by an entrepreneur.....	224
Paweł Kuczma: Constitutional perspective of freedom of business activity...	237
Zbigniew Luty: Professional relationships of law and accounting	246
Karolina Łagowska: Regulated economic activity vs. an expansion of the sphere of economic activity freedom.....	256
Andrzej Matysiak: Atrophy or evolution of social market economy?	269
Piotr Ochman: Penal and legal protection of activity rationing on the financial market on the example of banking sector	284
Katarzyna Poroś: Representation of an entrepreneur in a joint way – joint commercial proxy vs. mixed joint representation (chosen aspects)	300
Monika Przybylska: Administrative and legal protection of entrepreneur in the scope of industrial property rights exercising.....	313
Michał Raduła: District medical subject in a form of limited liability company vs. municipal economy	326
Piotr Soroka: Casino concession as a restriction of economic freedom	341
Ewa Stańczyk-Hugiet: Coevolution and cooperation. Following the context.	355
Michał Stępień: New Brussels I Regulation from entrepreneurs' perspective	366
Zdzisław Szalbierz, Joanna Kott: Institutional regulations in infrastructure sectors	375
Tomasz M. Szczurowski: Confidential information of a company during due diligence examination conducted by a potential investor.....	389
Andrzej Śmieja: Liability for damages resulting from company movement, under art. 435 of Polish Civil Code	402
Magdalena Wilejczyk: Prohibition of the abuse of subject rights in the social market economy on the example of the property law.....	412
Bartosz Ziemblicki: Threats of a real estate brokerage agreement from the point of view of a real estate broker – selected issues.....	424

Tomasz M. Szczurowski

Uniwersytet Ekonomiczny we Wrocławiu

INFORMACJE POUFNE SPÓŁKI W RAMACH INWESTORSKIEGO BADANIA DUE DILIGENCE

Streszczenie: Artykuł poświęcony jest roli badania due diligence w procesie dokonywania inwestycji w spółkę z punktu widzenia konieczności uzyskania przez inwestora dostępu do informacji poufnych o spółce. Omówiono w nim dopuszczalność ujawnienia takich informacji przez zarządzających spółką osobie trzeciej, jaką jest inwestor, sposobu zabezpieczenia tajemnicy przedsiębiorstwa spółki oraz zasady odpowiedzialności za ujawnienie takiej tajemnicy niezgodnie z obowiązującym prawem.

Słowa kluczowe: informacje poufne, tajemnica przedsiębiorstwa, badanie due diligence, umowa inwestycyjna, umowa o zachowaniu poufności, odpowiedzialność zarządu spółki.

DOI: 10.15611/pn.2014.372.29

1. Badanie due diligence

Przedsiębiorca działający w warunkach społecznej gospodarki rynkowej to niejednokrotnie także przedsiębiorca pozyskujący czy udzielający finansowania. Nie zawsze jest to finansowanie dłużne. Może przybrać także formę finansowania udziałowego, poprzez które – w zamian za udzielenie finansowania – inwestor uzyskuje określone prawa udziałowe w ramach podmiotu finansowanego. Do kohabitacji udziałowej może dojść także na skutek włączenia kolejnego podmiotu do dotychczasowego grona władarzy przedsiębiorstwa, na uzgodnionych przez strony zasadach, za wynagrodzenie płatne na rzecz dotychczasowych właścicieli. Gra rynkowa skutkuje wreszcie także przejęciami już istniejących podmiotów czy też połączeniami działających przedsiębiorców. W każdej z tych sytuacji przedmiot inwestycji w postaci „żywego organizmu gospodarczego” (najczęściej spółki) funkcjonuje w momencie transakcji w rzeczywistości gospodarczej, w której prowadzenie jego działalności wiąże się z określonym stopniem ryzyka. Jego rozmiar ma zaś niebagatelne znaczenie dla możliwości ustalenia racjonalności inwestycji z punktu widzenia inwestora oraz jej wartości – w interesie inwestora leży więc możliwie precyzyjne zidentyfikowanie tego rozmiaru. Jednym z instrumentów służących identyfikacji i szacowaniu wspomnianego ryzyka jest tzw. badanie due diligence prowadzone w odniesieniu do podmiotu, który na skutek transakcji ma zostać oddany pod kontrolę czy

współkontrolę inwestora. Przy czym umożliwienie przeprowadzenia takiego badania wiąże się z udostępnieniem inwestorowi szeregu informacji o przedsiębiorstwie, będących niejednokrotnie informacjami poufnymi, nierzadko o charakterze tajemnicy przedsiębiorstwa. Stąd też zarówno udostępnianie takich informacji, jak i korzystanie z nich może wiązać się z określonymi konsekwencjami prawnymi – w tym w szczególności z ryzykiem odpowiedzialności – zarówno po stronie osób podejmujących decyzję o ich udostępnieniu, jak i po stronie podmiotu wykorzystującego pozyskane informacje.

Z uwagi na jego cel i rolę, badanie due diligence jest procesem w praktyce właściwie nieodłącznie związanym z transakcjami, w ramach których inwestor angażuje się w spółkę bądź przejmuje spółkę lub jej przedsiębiorstwo. Aczkolwiek słusznie zauważa się, że badanie due diligence stosowane może być (i faktycznie jest) także w ramach przygotowania do nabycia innych składników majątkowych¹. Niemniej w niniejszym artykule ograniczę rozważania właśnie do tych wypadków, gdy badanie due diligence przeprowadza się w spółkach w związku z planowaną transakcją przejęcia lub wejścia inwestora do spółki. Z uwagi na zgodność takiego założenia z dominującą praktyką rynkową przyjmę również, że przedmiotem badania jest spółka kapitałowa, której zarząd niekoniecznie musi składać się z ekonomicznych właścicieli w postaci udziałowców lub akcjonariuszy.

K. Kocemba i in. definiują badanie due diligence w jego aspekcie prawnym jako „proces i wynik badania dotyczący stanu prawnego przedmiotu zamierzonej transakcji”. Posługują się przy tym – jak sami twierdzą za zwyczajem praktyki – nazwą „due diligence”². Uważam ją z niewłaściwą z uwagi na to, że omawiane działanie polega na przeprowadzeniu kontroli dotyczącej szeroko rozumianej prawidłowości istniejącej sytuacji prawnej przedmiotu transakcji (prawidłowości dotychczasowego działania spółki w aspekcie prawnym) w zakresie istotnym dla interesów nabywcy. Stąd uważam, że nazwa „badanie due diligence” zdecydowanie trafniej oddaje istotę przedmiotowego procesu. Pozwala też na jednoznaczne rozróżnienie procesu audytu i jego efektu przyjmującego najczęściej postać raportu z badania due diligence, co może wpłynąć wyłącznie pozytywnie na klarowność dyskursu prowadzonego z użyciem diskutowanego pojęcia.

Celem badania due diligence jest w każdym wypadku oznaczenie, jakie ryzyka dla inwestora wiążą się z dokonaniem inwestycji, czyli – typowo – z nabyciem praw do spółki będącej przedmiotem transakcji w jej aktualnym stanie. Raport opisuje zazwyczaj także konsekwencje ewentualnej aktualizacji poszczególnych ryzyk, a niekiedy zawiera również ocenę prawdopodobieństwa takiej aktualizacji. Inwestor na jego podstawie może oczekiwać od spółki podjęcia czynności naprawczych, zdyskontować ryzyko w cenie lub ograniczyć zakres transakcji albo nawet odstąpić od zamiaru jej dokonania.

¹ Tak K. Kocemba i in., *Due diligence*, Warszawa 2011, s. 13.

² Tamże, s. 14.

Badanie due diligence z punktu widzenia prawnego obejmuje szereg obszarów związanych zarówno z organizacją, jak i z działalnością operacyjną spółki czy środkami wykorzystywanymi do prowadzenia tej działalności. W literaturze przedmiotu jako podstawowe dziedziny takiego audytu prawnego wskazuje się: sprawy korporacyjne, nieruchomości, prawa na dobrach niematerialnych, sprawy związane z finansowaniem działalności spółki, sprawy pracownicze, sprawy z zakresu ochrony środowiska, umowy handlowe i inne, kwestie związane z ochroną konkurencji, postępowania sądowe i pozasądowe oraz stan roszczeń, a także sprawy koncesji, zezwoleń i innych decyzji administracyjnych mających znaczenie dla prowadzonej działalności³. Podkreślić jednakże należy, że audyt prawny jest tylko częścią badania due diligence prowadzonego w spółce będącej przedmiotem zainteresowania inwestora. Najczęściej oprócz niego przeprowadzane jest także badanie obejmujące prawidłowość funkcjonowania spółki z punktu widzenia finansowego, w tym rachunkowego i podatkowego. Audyt może obejmować również i inne obszary, zależne od specyfiki danej transakcji oraz celów planowanych do zrealizowania przez inwestora z jej pomocą. Przykładowo, gdy celem przejęcia spółki produkującej materiały budowlane przez inwestora branżowego jest integracja oferty produktowej przejmowanego z własną, do przeprowadzenia operacji konieczne może okazać się badanie obejmujące kwestie technologiczne tak, aby zawczasu wykryć ewentualne ryzyka związane np. z recepturami stosowanymi w spółce przejmowanej i organizacją opartego na nich procesu technologicznego.

2. Ujawnienie informacji o spółce

W wyniku badania due diligence inwestor nabywa (a przynajmniej powinien nabyć) taki zakres wiedzy o audytowanej spółce, który umożliwia mu odpowiedź na pytanie, czy za pomocą inwestycji właśnie w tę spółkę może osiągnąć swoje cele gospodarcze oraz jaka kwota inwestycji w konkretnych okolicznościach transakcji, w tym ujawnionych badaniem, zapewni jej opłacalność. Przy czym może być tak, że odpowiedź na wyżej postawione pytanie będzie negatywna i do transakcji nie dojdzie. Wówczas w sposób najbardziej jaskrawy ujawnia się rozdzwiek pomiędzy sytuacją pożądaną przez strony (w chwili rozpoczęcia kontaktów) w postaci zakończenia negocjacji sukcesem, potwierdzonym zawarciem umowy czy pakietu umów objętych rokowaniami, a sytuacją rzeczywistą, w której spółka oraz jej ekonomiczni właściciele zostają z niczym, a inwestor – z uzyskaną nieodpłatnie dodatkową wiedzą na temat okoliczności dotyczących spółki, ujawnionych m.in. w toku badania due diligence. Wiedza ta niejednokrotnie nadal ma dla inwestora znaczenie gospodarcze,

³ Tak P. Ciećwierz i I. Zielińska-Barłózek, w: *Ryzyka prawne w transakcjach fuzji i przejęć*, red. I. Zielińska-Barłózek i P. Ciećwierz, Warszawa 2013, s. 29 i n.

już choćby z uwagi na to, że dotyczy spółki, która z określonych względów znalazła się w sferze jego zainteresowań. Istotne znaczenie w takim wypadku ma w szczególności ustalenie, czy zarząd spółki udostępnił informację niedoszłemu inwestorowi w sposób uprawniony oraz w jakim zakresie inwestorowi wolno posłużyć się informacjami uzyskanymi w toku badania due diligence i jakim sankcjom będzie podlegał, gdyby przekroczył zakres przysługującego mu upoważnienia.

Rzecz jasna negocjacje – także te dotyczące umowy inwestycyjnej – w żadnym wypadku nie muszą doprowadzić do zawarcia umowy, a sam fakt jej niezawarcia w związku z niezgodnieniem wszystkich elementów transakcji nie może być podstawą odpowiedzialności którejkolwiek ze stron. Odpowiedzialności niedozłego inwestora można by dochodzić jedynie wówczas, gdyby prowadził on rokowania z naruszeniem dobrych obyczajów, w szczególności bez rzeczywistego zamiaru zawarcia negocjowanej umowy (art. 72 § 2 k.c.). Jednakże i w takim wypadku odszkodowanie ograniczałoby się wyłącznie do tzw. ujemnego interesu umownego, obejmującego w tym wypadku wszystko to, co strona miałaby, gdyby nie prowadziła – bezcelowych w kontekście nielojalnego zachowania partnera – negocjacji⁴. Regulacja ta w żadnym wypadku nie zabezpiecza jednak interesów spółki związanych z samym ujawnieniem niedoszłemu inwestorowi informacji poufnych. Ich zabezpieczenie wymaga:

1. kontroli nad faktycznym przebiegiem procesu ujawniania informacji w toku negocjacji inwestycji oraz
2. ograniczenia swobody posługiwania się nimi przez partnera, który wszedł w ich posiadania w związku z negocjacjami, a także
3. ustanowienia skutecznych narzędzi egzekucji obowiązków i ograniczeń nałożonych na inwestora w związku z udostępnieniem mu informacji o spółce (w praktyce obowiązek jest wszakże wart tylko tyle, ile konsekwencje jego niedochowania).

Ujawnianie informacji poufnych w sposób kontrolowany pozostaje domeną regulacji umownej oraz faktycznego sposobu organizacji negocjacji i badania due diligence przyjętego przez strony w ramach danego procesu przygotowania do inwestycji – żadna obowiązująca regulacja prawna nie ustanawia reguł, które wyznaczałyby pozytywnie sposób postępowania w tym zakresie. Pamiętać jednakże należy zarówno o regułach cywilnoprawnych zakazujących naruszania tajemnicy przedsiębiorstwa oraz nieuprawnionego posłużenia się informacją poufną, jak i o prawno-karnych unormowaniach ustanawiających w szczególności odpowiedzialność zarządu spółki za działanie na jej szkodę. Wyznaczają one granicę swobody negocjacyjnej także w zakresie wiążącym się z ujawnianiem potencjalnemu inwestorowi w toku rokowań oraz dalszym wykorzystaniem określonych informacji o spółce, mających znaczenie dla jej powodzenia rynkowego.

⁴ Por. Z. Radwański, w: *Prawo cywilne – część ogólna. System prawa prywatnego*, t. 2, red. Z. Radwański, Warszawa 2008, § 30, pkt I, 5.

3. Tajemnica przedsiębiorstwa spółki

Każdy przedsiębiorca podlega ochronie w zakresie swoich interesów związanych z utrzymaniem poufności informacji niejawnych, mających znaczenie dla jego pozycji rynkowej. Wynika ona z ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji⁵, która stanowi, że „czynem nieuczciwej konkurencji jest przekazanie, ujawnienie lub wykorzystanie cudzych informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa albo ich nabycie od osoby nieuprawnionej, jeżeli zagraża lub narusza interes przedsiębiorcy” (art. 11, ust. 1). Przy czym tajemnicę przedsiębiorstwa przedmiotowa ustawa definiuje jako „nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności” (art. 11, ust. 3). Tajemnica przedsiębiorstwa należy zatem do niematerialnych składników przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 55¹ Kodeksu cywilnego⁶, a włączenie określonej informacji w jej zakres zależy od trzech czynników:

- niejawności informacji w sferze publicznej;
- posiadania przez informację wartości gospodarczej;
- podjęcia przez podmiot, do którego przedsiębiorstwa informacja należy, działań zmierzających do zachowania jej poufności.

Zgodzić należy się przy tym z A. Michalakiem⁷, że w celu prawidłowej interpretacji omawianej regulacji należy stosować pomocniczo także unormowania art. 39 Porozumienia w sprawie Handlowych Aspektów Praw Własności Intelektualnej (dalej: TRIPS)⁸. W świetle art. 39 ust. 2 TRIPS z niejawnością w informacji w sferze publicznej będziemy mieli więc do czynienia, gdy „jako całość lub w szczególnym zestawie i zespole ich elementów nie są ogólnie znane lub łatwo dostępne dla osób z kręgów, które normalnie zajmują się tym rodzajem informacji”. Nie wystarczy zatem ogólna niedostępność informacji, jeśli informacja jest dostępna dla specjalisty w danej dziedzinie⁹. Nie jest jednak konieczne, aby informacja była bezwzględnie niedostępna – wystarczy, że dostęp do niej nie będzie łatwy dla takiego specjalisty. Nie skutkuje „publicznym ujawnieniem” także udostępnienie informacji przez przedsiębiorcę osobom trzecim, nawet szerokiemu ich kręgowi. Jednakże pod tym warun-

⁵ Ustawa z dnia 16.04.1993 r. (Dz.U. z 1993, nr 47, poz. 211 ze zm.).

⁶ Ustawa z dnia 13.04.1964 r. (Dz.U. z 1964, nr 16, poz. 93 ze zm.) – dalej: k.c.

⁷ P. Jaros, *Pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa na podstawie art. 11 ZNKU*, cz. I, „Edukacja Prawnicza” 2012, nr 12, s. 41.

⁸ Jest ono załącznikiem do Porozumienia Ustanawiającego Światową Organizację Handlu. Polska przystąpiła do niego w roku 2000 (Dz.Urz. WE L 336/214 z 23.12.1994 r.).

⁹ Na przykład przez rekonstrukcję informacji o procesie produkcyjnym z kształtu towaru wprowadzonego do obrotu przez dysponenta informacji. Można powiedzieć, że informacja została udostępniona wraz z towarem i choć mimo to jest faktycznie niedostępna dla szerokiej publiczności, to jest dostępna dla specjalisty w danej dziedzinie, będącego w stanie przeprowadzić skuteczny *reverse engineering*, wykorzystując egzemplarz towaru.

kiem, że będzie na nich ciążyć w związku z ich udostępnieniem umowy lub ustawowemu¹⁰ obowiązek nieujawniania uzyskanej informacji¹¹. Zatem sam fakt dobrowolnego dopuszczenia inwestora i jego doradców do informacji o spółce w toku badania due diligence i upoważnienie ich do przetwarzania tych informacji na potrzeby przygotowania do transakcji w żadnym wypadku nie wyklucza udostępnionych w taki sposób informacji poza nawias tajemnicy przedsiębiorstwa spółki podlegającej badaniu.

Natomiast do podjęcia działań zmierzających do zachowania poufności dojdzie wtedy, gdy zostaną one poddane przez uprawnionego „rozsądnym, w danych okolicznościach, działaniom dla utrzymania ich poufności”. M. Uliasz uznaje za wystarczające w tym zakresie złożenie przez uprawnionego oświadczenia o poufności informacji lub odebranie od odbiorcy informacji zobowiązania do zachowania ich poufności¹². Przychylam się do tego stanowiska. W kontekście prowadzonego w spółce inwestorskiego badania due diligence uważam zatem, że wyraźna deklaracja badanej spółki, wskazująca, że określone informacje traktuje jako poufne i nieprzeznaczone do ujawniania czy wykorzystania przez inne podmioty, jest wystarczająca, aby spełnić omawianą przesłankę włączenia ich w skład tajemnicy przedsiębiorstwa. Sam fakt „fizycznego” zabezpieczenia informacji przed ujawnieniem może mieć natomiast znaczenie decydujące w sytuacji, w której żadne wyraźne oświadczenie dotyczące poufności danej informacji nie zostałyby złożone. Wówczas istnienie faktycznego zabezpieczenia, ograniczającego powszechność dostępu do informacji, można uznać za niezbędne do zakwalifikowania jej jako tajemnicy przedsiębiorstwa (z punktu widzenia osób, którym oświadczenie uprawnionego o uznaniu informacji za poufną nie zostało złożone). Gdyby rzeczony zabezpieczenia nie istniały i nie musiały zostać przekroczone przez osobą uzyskującą dostęp do informacji, mogłaby ona nie mieć świadomości co do woli uprawnionego włączenia danej informacji w skład tajemnicy przedsiębiorstwa uprawnionego. A przecież w każdym wypadku wola uprawnionego jest z jednej strony niezbędna do tego, aby włączyć informację w skład tajemnicy przedsiębiorstwa, a z drugiej – wystarczająca, aby ją z tego zakresu wykluczyć¹³. W procesie badania due diligence spółki ma to znaczenie w szczególności z uwagi na to, że inwestor angażuje weń zazwyczaj wielu doradców różnych specjalności, nienależących do struktury organizacyjnej inwestora, a zatem niebędących automatycznie adresatami oświadczeń kierowanych do inwestora.

Natomiast jeśli idzie o gospodarczą wartość informacji związanej z przedsiębiorstwem, to należy przychylić się do poglądu B. Giesen, zgodnie z którym tajemnicę przedsiębiorstwa podlegającą prawnej ochronie należy tu rozumieć szeroko i jest nią w związku z tym „każda informacja, która ma znaczenie dla pozycji jej

¹⁰ B. Giesen, *Ochrona tajemnicy przedsiębiorstwa na gruncie art. 11 ZNKU*, SPP 2013, nr 2, s. 12.

¹¹ Zob. np. wyrok Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z dnia 6.03.2003 r. w sprawie VIII GC 153/02, LEX nr 522312.

¹² M. Uliasz, *Przestępstwo naruszenia tajemnicy przedsiębiorstwa*, MoP 2001, nr 22.

¹³ Zob. P. Bogdalski, *Tajemnica przedsiębiorstwa – zagadnienia konstrukcyjne*, MoP 1997, nr 6. Por. też wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6.06.2003 r. w sprawie IV CKN 211/01, LEX nr 585877.

dysponenta w życiu gospodarczym, a więc taka, której posiadanie stwarza możliwość bądź to uzyskania przewagi na konkurentem, bądź przynajmniej pogorszenia jego ogólnej pozycji na rynku”¹⁴. Zgodzić należy się również, że nie jest istotna intensywność tego znaczenia – waga informacji dla biznesu dysponenta tajemnicy¹⁵.

4. Informacje ujawniane w toku negocjacji jako poufne

Investorskie badanie due diligence jest w praktyce elementem toczącego się procesu negocjacji warunków, na jakich miałyby dojść do zaangażowania inwestora w badaną spółkę. Wszelkie zaś informacje uzyskane przez uczestnika rokowań o partnerze w toku negocjacji podlegają ochronie na mocy przepisów art. 72¹ Kodeksu cywilnego, bez względu na ich charakter (a więc i bez względu na to, czy należą do zbioru tajemnic przedsiębiorstwa). Aczkolwiek w każdym wypadku wyłącznie pod warunkiem, że zostały przekazane drugiej stronie negocjacji z zastrzeżeniem poufności. Aktualizacja omawianej ochrony wymaga więc zidentyfikowania informacji jako poufnej przez samą spółkę, będącą przedmiotem potencjalnej inwestycji, oraz zakomunikowania drugiej stronie woli utrzymania jej poufności¹⁶. Tak skonstruowane przesłanki ochrony mocno ograniczają jej przydatność w praktyce. Prowadzenie negocjacji w sposób uwzględniający jej założenia powodowałoby bowiem, że strona udostępniająca informacje potencjalnemu kontrahentowi musiałaby przy udostępnieniu każdej z nich pamiętać o tym, aby wyraźnie zastrzec jej poufność. Brak takiego zastrzeżenia skutkowałby zaś wyłączeniem informacji ze zbioru informacji poufnych, podlegających ochronie kodeksowej. Mankament ten jest szczególnie dotkliwy właśnie w odniesieniu do badania due diligence, podczas którego potencjalny inwestor uzyskuje w krótkim okresie dostęp do wielkiej liczby informacji przekazywanych w różnych formach: od zdigitalizowanych dokumentów w wirtualnym data roomie, przez informacje elektroniczne i pisemne, wgląd do dokumentów papierowych, po rozmowy z personelem spółki i członkami jej zarządu oraz oględziny stanu faktycznego aktywów spółki czy procesów technologicznych w działaniu. Uwaga ta może zresztą dotyczyć z powodzeniem całego procesu negocjacji warunków inwestycji, które niejednokrotnie przybierają w praktyce okresowo bardzo dynamiczny charakter. W takich okolicznościach naprawdę nietrudno o przeoczenie konieczności dokonania kolejnego zastrzeżenia poufności kolejnej informacji, ujawnianej akurat w danym momencie po raz pierwszy.

Należy pamiętać również, że bez umownej ingerencji w model kodeksowy ochrony informacji poufnych, negocjujący mogą rozprzestrzeniać informacje poufne drugiej stronie co najwyżej w ramach swoich organizacji, a i to – jak się wydaje

¹⁴ B. Giesen, wyd. cyt., s. 11.

¹⁵ P. Bogdalski, wyd. cyt..

¹⁶ Tak też A. Michalak, *Nowelizacja Kodeksu cywilnego. Ochrona tajemnic handlowych w trakcie negocjacji*, MoP 2003, nr 13.

– w rozmiarze uzasadnionym celem w postaci potrzeby wykonania czynności przygotowawczych, niezbędnych do podjęcia decyzji o zawarciu lub odmowie zawarcia negocjowanej umowy¹⁷. W żadnym wypadku ujawnienie informacji poufnych nie może natomiast nastąpić na rzecz zewnętrznych doradców, których wykorzystanie po obu stronach w procesie negocjowania zaangażowania inwestora w spółkę jest przecież w praktyce powszechne.

5. Środki ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa i informacji poufnych

Zarówno ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jak i Kodeks cywilny przewidują dla podlegającego ochronie prawnej dysponenta tajemnicy przedsiębiorstwa lub informacji poufnych dwa uprawnienia aktualizujące się w sytuacji ich ujawnienia, przekazania lub wykorzystania wbrew obowiązkowi. Są to: roszczenie o naprawienie szkody oraz roszczenie o wydanie uzyskanych przez naruszcyciela korzyści. Przepisy art. 18 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przyznają ponadto dysponentowi informacji uprawnienie do żądania od naruszcyciela zaniechania niedozwolonych działań, usunięcia ich skutków oraz złożenia jednokrotnego lub wielokrotnego oświadczenia woli w odpowiedniej treści i formie. Przy czym możliwość wystąpienia z trzema ostatnimi roszczeniami nie jest zależna od wystąpienia jakiegokolwiek skutku majątkowego naruszenia czy to w postaci szkody, czy uzyskania korzyści przez naruszcyciela¹⁸. Odpowiedzialność na gruncie przepisów o ochronie uczciwej konkurencji nie jest również zależna od winy naruszcyciela¹⁹, różniąc się w tym zakresie od zasad odpowiedzialności cywilnoprawnej, opartej typowo – zarówno w swej formie kontraktowej, jak i deliktowej – na zasadzie winy (art. 415 k.c. oraz art. 471 w zw. z art. 472 i 355 k.c.). Ponadto dla dochodzenia odpowiedzialności na gruncie przepisów kodeksowych wystarczy samo naruszenie obowiązku nieujawniania i niewykorzystywania informacji poufnych, podczas gdy naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa będzie czynem niedozwolonym w razie wykazania, że spowodowało naruszenie lub zagrożenia interesu przedsiębiorcy²⁰.

¹⁷ Tamże.

¹⁸ Por. wyrok sądu apelacyjnego w Poznaniu z dnia 11.10.2005 r., w sprawie I ACa 230/05.

¹⁹ Por. J. Szwaja, A. Tischner, *Odpowiedzialność cywilnoprawna za czyny nieuczciwej konkurencji*, SPP 2009, nr 2, s. 45. Wyjątek stanowi sankcyjna regulacja art. 18 ust. 1 pkt 6 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, która możliwość zasądzenia odpowiedniej sumy pieniężnej na określony cel społeczny związany ze wspieraniem kultury polskiej lub ochroną dziedzictwa narodowego uzależnia od tego, czy czyn nieuczciwej konkurencji był zawiniony.

²⁰ Wydaje się jednak, że nie ma to istotnego praktycznego znaczenia, ponieważ zupełnie incydentalnie może dojść do sytuacji, w której wykorzystanie lub ujawnienie (przekazanie) tajemnicy przedsiębiorstwa nie będzie stanowiło co najmniej zagrożenia dla jego interesów.

Przepis art. 23 statuuje ponadto odpowiedzialność karną za niektóre zawinione naruszenia tajemnicy przedsiębiorstwa, tj. w sytuacji, w której doszło do wykorzystania lub ujawnienia tej informacji ze skutkiem w postaci poważnej szkody po stronie legitymowanego dysponenta informacji. Podkreśla się przy tym, że materialnym skutkiem omawianego przestępstwa może być zarówno szkoda majątkowa, jak i niemajątkowa²¹.

6. Odpowiedzialność zarządu

O udostępnieniu inwestorowi danych o spółce w ramach badania due diligence decyduje zarząd spółki. Oczywistym celem zarządu jest działanie zgodnie z interesem spółki, której jest organem²²; a także zgodnie z prawem i wiążącymi go aktami wewnętrznymi spółki, w szczególności statutem. Jako że – jak ustalono powyżej – udostępnienie informacji o spółce potencjalnemu inwestorowi jest zdarzeniem ze swojej istoty ryzykownym dla spółki, nie może być i nie jest poddane nieograniczonej swobodzie decyzyjnej jej zarządu.

W literaturze zwraca się uwagę na to, że również członków zarządu obejmuje obowiązek nienaruszania tajemnicy przedsiębiorstwa spółki, statuowany przez ustawę o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji²³. Wydaje się jednak, że będzie to teza prawdziwa o tyle, o ile poszczególni członkowie zarządu – w okresie bycia piastunem organu – chcieliby wykraść, ujawnić, wykorzystać itp. tajemnicę spółki, której sprawę prowadzą, działając we własnym imieniu. Natomiast w sytuacji, w której informacje potencjalnemu inwestorowi udostępnia spółka, na podstawie decyzji zarządu jako organu spółki, a nie danej osoby pełniącej funkcję członka tego organu, ujawniającym czy przekazującym informację jest sam dysponent tej informacji, tj. spółka, który *per se* nie może naruszyć swoich własnych interesów. Teza ta pozostaje również w zgodzie z teorią organu osoby prawnej, zgodnie z którą działania czy zaniechania organu osoby prawnej należy poczytywać bezpośrednio za działania lub zaniechania tej osoby²⁴.

Każdy członek zarządu ponosi jednak odpowiedzialność odszkodowawczą wobec spółki za swoje działanie niezgodne z prawem lub statutem spółki, wynikającą

²¹ M. Uliasz, wyd. cyt.

²² Zob. np. uzasadnienie wyroku Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 13.02.2012 r. (I A Ka 356/12; LEX nr 1299045), w którym sąd stwierdził, że wynika z samego faktu powołania do pełnienia funkcji i nie wymaga żadnego dodatkowego uzasadnienia.

²³ Tak D. Benduch, *Obowiązek dochowania tajemnicy przez członków zarządu a badanie due diligence w procesie łączenia spółek kapitałowych*, [w:] *Odpowiedzialność cywilnoprawna w obrocie gospodarczym*, red. A. Śmieja, Wrocław 2011, s. 15.

²⁴ M. Gutowski, *Sankcja wobec czynności prawnej dokonanej przez „falszywy organ” osoby prawnej*, PPH 2008, nr 3, s. 46.

z Kodeksu spółek handlowych²⁵ (art. 293 oraz art. 483 k.s.h.). Przy czym działanie w celu realizacji najlepszych interesów spółki jest prawnym obowiązkiem każdego członka zarządu bez względu na podstawę powołania oraz kwestię odpłatności czy nieodpłatności wykonywanej funkcji²⁶. Regulacja kodeksowa przewiduje ponadto w tej sytuacji domniemanie winy członka zarządu, ustanawiając jednocześnie podwyższony miernik wymaganej od niego staranności – właściwej dla wykonywania pełnionej funkcji w sposób zawodowy. Podkreślenia wymaga przy tym, że z roszczeniem odszkodowawczym nie musi wystąpić sama poszkodowana spółka. Może to zrobić w jej imieniu dowolny akcjonariusz, co zwiększa prawdopodobieństwo faktycznego podniesienia takiego roszczenia (art. 295 oraz 486 k.s.h.).

Członkowie zarządu ponoszą również odpowiedzialność prawnokarną w razie dopuszczenia się przestępstwa nadużycia zaufania w obrocie gospodarczym (art. 296 Kodeksu karnego²⁷). Mimo kilku podtypów tego przestępstwa w każdym wypadku przesłanką odpowiedzialności jest w jego wypadku niedopełnienie obowiązków lub nadużycie uprawnienia przez osobę zobowiązaną do zajmowania się sprawami majątkowymi i działalnością gospodarczą spółki. Przy czym przez nadużycie uprawnienia należy rozumieć nie tylko przekroczenie uprawnień, ale także „te sytuacje, w których zachowanie się sprawcy należy do zakresu przyznanych mu kompetencji, lecz w danym konkretnym wypadku nie istniały podstawy do jego podjęcia, nie miało ono dostatecznego uzasadnienia”²⁸. Co ważne, omawiany występki może być popełniony również nieumyślnie (art. 296 § 4 k.k.), czemu nadaje się zwyczajową nazwę niegospodarności. Wystarczy zatem, aby członek zarządu nie dochował należytej staranności właściwej profesjonalistom przy ocenie ryzyka gospodarczego związanego z podejmowanym w toku negocjacji decyzjami o ujawnieniu inwestorowi określonych informacji o spółce i to podejmowanymi w granicach rzeczywiście przysługujących mu kompetencji decyzyjnych, aby naraził się na omawianą odpowiedzialność. Pewnym złagodzeniem ostrości represji karnej w tym zakresie jest fakt, że przedmiotowe przestępstwo wystąpi, o ile skutkiem zachowania sprawcy będzie szkoda majątkowa dla spółki o znacznych rozmiarach. Niemniej, biorąc pod uwagę, że szkodą znacznego rozmiaru będzie już szkoda powyżej 200 000 zł (art. 115 § 5 i 7 k.k.), granica ta będzie dość łatwa do przekroczenia w relacjach związanych z projektami inwestycyjnymi w spółki.

Ponadto od 2011 roku penalizowane jest także samo narażenie spółki na bezpośrednie niebezpieczeństwo znacznej szkody majątkowej wynikłej z niedopełnienia obo-

²⁵ Ustawa z dnia 15.09.2000 r. (Dz.U. 2000, nr 94, poz. 1037 ze zm.) – dalej: k.s.h. Abstrahując od ewentualnej odszkodowawczej odpowiedzialności kontraktowej, która może obciążać członka zarządu także w związku z naruszeniem np. kontraktu menedżerskiego, na podstawie którego pełni swoją funkcję.

²⁶ Zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach w sprawie II AKa 474/11, LEC nr 1171014.

²⁷ Ustawa z dnia 6.06.1997 r. (Dz.U. 1997, nr 88, poz. 553 ze zm.) – dalej: k.k.

²⁸ Tak Sąd Apelacyjny we Wrocławiu w wyroku z dnia 13.02.2013 r. w sprawie II AKa 356/12, Lex nr 1299045.

wiązków lub nadużycia uprawnienia (§ 4). Stypizowanie omawianego występkę jako przestępstwa „narażenia na niebezpieczeństwo” rodzi wielkie ryzyko dla członków zarządu udostępniających potencjalnemu inwestorowi informacje o spółce w toku badania due diligence. Co prawda w tym wypadku konieczne jest umyślne działanie sprawcy, a więc nie tylko świadomość niedopełnienia obowiązku lub nadużycia uprawnienia i skutku w postaci narażenia na niebezpieczeństwo, ale również możliwość przypisania im stanu woli, obejmującego co najmniej godzenie się z tym, że takie zagrożenie, a w efekcie szkoda, rzeczywiście mogą powstać (zamiar ewentualny)²⁹ w odróżnieniu od sytuacji lekkomyślności, będącej postacią winy nieumyślnej, w wypadku której sprawca bezpodstawnie zakłada, że negatywnego efektu uniknie. Niemniej dystynkcja między zamiarem ewentualnym a lekkomyślnością – łatwa do przeprowadzenia na poziomie definicji – w praktyce może nastroczać trudności, zwiększając ryzyko po stronie decydentów spółki. Przestępstwo narażenia spółki na niebezpieczeństwo znacznej szkody ma przy tym charakter wnioskowy (o ile pokrzywdzonym nie jest Skarb Państwa), co zapewnia nieco większy komfort tym zarządom, które rekrutują się z rzeczywistych ekonomicznych właścicieli spółki, sprawujących realną kontrolę nad jej poczynaniami. Niemniej trzeba mieć świadomość, że w razie zrealizowania inwestycji, a następnie w związku z realizowanymi scenariuszami dezinwestycji, struktura spółki i podmioty sprawujące nad nią kontrolę mogą ulec zmianie.

7. Umowa o zachowaniu poufności.

Sposób ujawniania informacji inwestorowi

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania, nie dziwi fakt powszechnego zawierania przez strony prowadzące rokowania dotyczące ewentualnego zaangażowania inwestora w spółkę umów o zachowanie poufności, a niekiedy i dodatkowych porozumień odnoszących się do samego procesu przeprowadzenia badania due diligence lub ewentualnie jednostronnych regulaminów audytu, wskazujących sposób postępowania z informacjami udostępnianymi badającym w trakcie badania.

Umowa o zachowanie poufności – w szczególności taka, która definiuje jako informacje poufne, wszystkie informacje uzyskane przez inwestora w jakiegokolwiek formie, bezpośrednio lub pośrednio, intencjonalnie lub przypadkowo w toku negocjacji lub w związku z ich prowadzeniem, w szczególności w trakcie badania due diligence³⁰ – w pierwszej kolejności zapewni spółce podlegającej badaniu due diligen-

²⁹ Zob. A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2013 – wersja elektroniczna Legalis, komentarz do art. 296 pkt IV, oraz por. wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 12.12.2012 r. w sprawie II AKa 279/12, Lex nr 1254571. Wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 17.07.2013 r. w sprawie II AKa 189/13, Legalis nr 740515.

³⁰ Z określeniem zamkniętego katalogu wyjątków dostosowanego do specyfiki konkretnego procesu negocjacji prowadzonych pomiędzy stronami.

ce spełnienie przesłanki „zastrzeżenia poufności”, wymaganej przez regulację art. 72¹ k.c., a także przesłanki „podjęcia działań w celu zachowania informacji w poufności”, niezbędnej do objęcia jej zakresem tajemnicy przedsiębiorstwa. Po drugie, umożliwi unormowanie udostępniania chronionych informacji spółki doradcom inwestora, które – jak już wspominałem – nie mogłoby mieć miejsca bez takiego dozwolenia. Unormowanie umowne, o którym mowa, może i powinno określać zarówno warunki, jak i zakres przedmiotowy i podmiotowy tego udostępnienia tak, aby ograniczyć ujawnianie poufnych informacji o spółce do niezbędnego minimum, a także – zasady odpowiedzialności inwestora za działania i zaniechania nie tylko własne, ale i jego doradców. Ponadto z uwagi na fakt, że doradcy inwestora nie będą stroną umowy o zachowanie poufności, a zatem nie będą adresatem zawartego w niej oświadczenia spółki określającego zakres informacji poufnych, przydatne z punktu klarowności ich sytuacji wobec tych informacji jako tajemnicy spółki byłoby także odebranie bezpośrednio od nich oświadczenia o świadomości, że w toku negocjacji, w których biorą udział, a w szczególności w toku badania due diligence będą mieli dostęp do informacji o spółce, które ta poczytuje za tajemnicę przedsiębiorstwa i zastrzega ich poufność.

Wydaje się, że doprowadzenie do powyższego stanowi minimum staranności, którego należałoby oczekiwać od zarządu przygotowującego spółkę do badania due diligence przez inwestora. I podstawowy instrument z punktu widzenia dążenia członków zarządu do zapewnienia sobie bezpieczeństwa prawnego w świetle obciążającej ich odpowiedzialności cywilno- i prawnokarnej.

Uważam jednak, że w celu wykazania się przez zarząd należytą dbałością o interesy spółki w toku negocjacji warunków zaangażowania kapitałowego inwestora w spółkę, zarząd powinien także skrupulatnie rozważyć, jakiego rodzaju informacji powinny być ujawnione na danym etapie rokowań, aby można było racjonalnie kontynuować negocjacje, doprecyzowując warunki przyszłej umowy. Oczywiście już na etapie badania due diligence udostępnieniu podlegają zasadniczo wszystkie informacje o spółce. Nie wyklucza to jednak możliwości oznaczenia niektórych kluczowych dla inwestora, a jednocześnie szczególnie wrażliwych dla spółki okoliczności w ten sposób, że inwestor określa pewien minimalny poziom parametru związanego z tymi okolicznościami, który będzie dla niego wystarczający, aby dokonać inwestycji, a spółka składa zapewnienie, że parametr ten na poziomie co najmniej minimalnym spełnia, czego prawdziwość strony czynią warunkiem skuteczności zawieranej umowy inwestycyjnej. W ten sposób inwestor przed zawarciem umowy nie uzyskuje faktycznego dostępu do danych źródłowych spółki w newralgicznym dla niej obszarze, a mimo to może zabezpieczyć swoje interesy. Stąd zarząd spółki powinien wziąć pod uwagę zastosowanie i tego instrumentu, decydując o strategii udostępniania informacji o spółce potencjalnemu inwestorowi.

Istotne znaczenie dla możliwości wylegitymowania się przez zarząd dochowaniem należytej staranności w związku z zezwoleniem na inwestorskie badanie due diligence spółki ma również sposób organizacji jego prowadzenia, tak aby spółka rzeczywiście sprawowała kontrolę nad tym, jakie informacje zostają udostępnione

inwestorowi wraz z kontrolą uprawnień konkretnych osób, które taki dostęp uzyskują, oraz w jaki sposób informacje te są przetwarzane przez te osoby. Zalecić należy także dokumentowanie pytań ze strony inwestora zadawanych w toku audytu oraz udzielonych na nie odpowiedzi spółki.

Spośród zagadnień o dużej doniosłości praktycznej nie sposób pominąć także kwestii narzędzi skutecznego dochodzenia majątkowej odpowiedzialności inwestora za ewentualne sprzeniewierzenie się obowiązkom umownym dotyczącym poufnych informacji spółki. Możliwość dochodzenia odszkodowania na zasadach ogólnych może się tu okazać niewystarczająca, w szczególności ze względu na praktyczną trudność wykazania adekwatnego związku przyczynowego pomiędzy faktem naruszenia obowiązku dochowania poufności a szkodą w konkretnej wysokości poniesioną przez spółkę. Stąd pozytywnie na wzmocnienie praktycznej skuteczności zabezpieczenia interesów spółki wpływa fakt posłużenia się w umowie o zachowaniu poufności karą umowną jako instrumentem odpowiedzialności za niewykonanie zaciągniętego przez inwestora zobowiązania³¹.

8. Podsumowanie

W praktyce właściwie niemożliwe jest wyobrazenie sobie faktycznej realizacji inwestycji udziałowych w spółki bez możliwości przeprowadzenia inwestorskiego badania due diligence. Ich prowadzenie jest zatem i zwyczajem, i gospodarczą koniecznością, uzasadniającą zezwolenie przez zarząd spółki podlegającej badaniu na dostęp przez potencjalnego inwestora do informacji o spółce w innych okolicznościach nieujawnianych podmiotom z otoczenia rynkowego spółki, w tym do tajemnic jej przedsiębiorstwa. Czyniąc to, zarząd powinien jednak zadbać o to, aby spełnić przesłanki aktywujące ochronę prawną takich informacji, wynikającą bezpośrednio z przepisów prawa, a także aby poprzez faktyczną organizację, oznaczenie zakresu i harmonogramu udostępniania ujawniać informacje o spółce tylko w zakresie niezbędnym do skutecznego prowadzenia negocjacji oraz w sposób jak najmniej ryzykowny dla spółki. Powinien zadbać również o to, aby poprzez odebranie stosownych zobowiązań od drugiej strony oraz ustalenie skutecznych środków egzekucji tych zobowiązań zapewnić spółce, po pierwsze – prewencyjne środki nacisku na inwestora skłaniającego go do dochowania zaciągniętych zobowiązań, a po drugie – możliwość efektywnego dochodzenia jego odpowiedzialności w razie, gdyby je naruszył. Tylko w ten sposób zarząd może zabezpieczyć się przed zarzutem zawinięcia, w sytuacji gdy udostępnienie informacji poufnych spółki potencjalnemu inwestorowi *per se* jest i być musi okolicznością narażającą spółkę na niebezpieczeństwo.

³¹ Pamiętać należy przy tym o możliwości zaostżenia przesłanek odpowiedzialności dłużnika – zgodnie z art. 473 § 1 k.c. – aż do granic odpowiedzialności o charakterze gwarancyjnym.

Literatura

- Bogdalski P., *Tajemnica przedsiębiorstwa – zagadnienia konstrukcyjne*, MoP 1997, nr 6.
- Benduch D., *Obowiązek dochowania tajemnicy przez członków zarządu a badanie due diligence w procesie łączenia spółek kapitałowych*, [w:] *Odpowiedzialność cywilnoprawna w obrocie gospodarczym*, red. A. Śmieja, Wrocław 2011.
- Ciećwierz P., Zielińska-Barłózek I., w: *Ryzyka prawne w transakcjach fuzji i przejęć*, red. I. Zielińska-Barłózek i P. Ciećwierz, Warszawa 2013.
- Gutowski M., *Sankcja wobec czynności prawnej dokonanej przez „falszywy organ” osoby prawnej*, PPH 2008, nr 3.
- Grześkowiak A., Wiak K. (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2013.
- Jaros P., *Pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa na podstawie art. 11 ZNKU, cz. I*, „Edukacja Prawnicza” 2012, nr 12.
- Kocemba K. i in., *Due diligence*, Warszawa 2011.
- Michalak A., *Nowelizacja Kodeksu cywilnego. Ochrona tajemnic handlowych w trakcie negocjacji*, MoP 2003, nr 13
- Radawański Z., w: *Prawo cywilne – część ogólna. System prawa prywatnego*, t. 2, red. Z. Radwański, Warszawa 2008, § 30, pkt I, 5.
- Szwaja J., Tischner A., *Odpowiedzialność cywilnoprawna za czyny nieuczciwej konkurencji*, SPP 2009, nr 2.
- Uliasz M., *Przestępstwo naruszenia tajemnicy przedsiębiorstwa*, MoP 2001, nr 22.

CONFIDENTIAL INFORMATION OF A COMPANY DURING DUE DILIGENCE EXAMINATION CONDUCTED BY A POTENTIAL INVESTOR

Summary: The purpose of the article is to describe the meaning of the due diligence examination of a company conducted by a potential investor, from the point of view of the need to obtain confidential information concerning company by an investor. The article describes the permissibility of disclosing such information by the management to third party such as investor, the way of protecting business secrets of a company and liability arising from disclosing certain confidential information in a way that breaches the law.

Keywords: confidential information, business secrets, due diligence examination, investment agreement, nondisclosure agreement, liability of the company’s management.