

Tomasz Targosz

Art. 7 k.s.h. – czy rzeczywiście załączek regulacji prawa holdingowego?

Wprowadzenie

Kodeks spółek handlowych wprowadza do polskiego prawa spółek regulacje dotyczące tzw. holdingów¹, czyli struktur, u podstaw których leży powstanie powiązań kapitałowych między spółkami, w sposób tworzący między powiązаныmi spółkami relację zwierzchnictwa – podporządkowania. Podmiot zwany dominującym² (lub spółką matką) uzyskuje wtedy decydujący wpływ na spółki zależne (spółki córki), będący zazwyczaj rezultatem wykorzystania praw wynikających z posiadanych udziałów lub akcji³. Chociaż struktura taka bardzo często z ekonomicznego punktu widzenia prezentuje się jako jedna całość⁴, ale w kategoriach prawnych poszczególne spółki zachowują swoją odrębność. Prowadzić to może do wielu komplikacji, gdyż czysto „formalne” podejście wydawać się będzie w wielu sytuacjach nie tylko nieadekwatne do rzeczywistości gospodarczej, ale także niesłuszne, a nawet nieefektywne ekono-

¹ W prawie anglosaskim zwanych jednak grupami spółek (*groups of companies, corporate groups*). W systemach germańskich używa się nazwy koncern (*der Konzern*).

² Jest to określenie ustawowe, pojęcie spółki dominującej określa bowiem art. 4 § 1 pkt 4 k.s.h.

³ Artykuł 4 § 1 pkt 4 k.s.h. wskazuje jednak na inne możliwe sposoby powstania takiej relacji.

⁴ Zob. A. Berle, *The Theory of Enterprise Entity*, 47 Colum. L. Rev. (1947).

micznie⁵. Największym zagrożeniem związanym z funkcjonowaniem holdingów jest niebezpieczeństwo naruszenia interesów dwóch grup podmiotów: wierzycieli spółki zależnej i współników mniejszościowych takiej spółki⁶. Zagrożenie to jest rezultatem powszechnej w holdingach praktyki zarządzania poszczególnymi komponentami grupy z korzyścią dla całości, nawet kosztem interesów części składowych. Nie trzeba dodawać, że wierzyciele takiej części składowej (czyli spółki córki), jak również jej współnicy mniejszościowi, nie mają powodu troszczyć się o dobro holdingu. Mają oni swoje własne interesy, co więcej, interesy jak najbardziej zasługujące na ochronę. Dostrzegając powyższy problem, doktryna i orzecznictwo wielu państw wypracowały pewne instrumenty, których zadaniem jest ochrona wspomnianej kategorii podmiotów. Jeżeli chodzi o akcjonariuszy mniejszościowych, przykładem może być wykształcone w prawie amerykańskim pojęcie *fiduciary duties*, czyli obowiązków powierniczych, obciążających zarządzających spółką wobec wszystkich współników. Dla ochrony wierzycieli rozwinięto zaś koncepcję „pomijania osobowości prawnej” (*disregarding the legal entity*), najczęściej znaną pod pojęciem „przekłuwania welonu korporacyjnego” (*piercing the corporate veil*)⁷. W prawie niemieckim odpowiednikiem tych konstrukcji jest tzw. *Durchgriff*⁸. Konstrukcja niemiecka jest przy tym

⁵ To ostatnie zagadnienie jest przedmiotem badań autorów, stosujących metody tzw. ekonomicznej analizy prawa; zob. np. R. Posner, *The Rights of Creditors of Affiliated Corporations*, U. Chi. L. Rev. 43 (1976).

⁶ A. Szumański, *Ograniczona regulacja prawa holdingowego (prawa grup spółek) w kodeksie spółek handlowych*, PiP 2001, s. 20-21, tenże, [w:] S. Sołtysiński, A. Szajkowski, J. Szaja, A. Szumański, *Kodeks spółek handlowych, I. Komentarz do art. 1-150*, Warszawa 2001, s. 89-90.

⁷ Na temat amerykańskiego prawa w dziedzinie grup spółek zob. zwłaszcza P.I. Blumberg, *The Law of Corporate Groups: Substantive Law*, Boston-Toronto 1987; P.I. Blumberg, *The Law of Corporate Groups: Procedural Problems in the Law of Parent and Subsidiary Corporations*, Boston-Toronto 1983; P.I. Blumberg, *The Law of Corporate Groups, Bankruptcy Law*, Boston-Toronto 1985 oraz skrótove omówienie tegoż autora pt. *Amerikanisches Konzernrecht*, ZGR 1991, nr 2. Co do prawa angielskiego zob. P.L. Davies, *Gower's Principles of Modern Company Law*, London 1997, s. 148-177.

⁸ Na temat tej konstrukcji w ujęciu teoretycznym i jej związków z istotą osobowości prawnej zob. zwłaszcza W. Flume, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. Bd. I. Zweiter Teil. Die juristische Person*, Berlin-Heidelberg-New York-Tokyo 1983, s. 63-94; R. Serick, *Rechtsform und Realität juristischer Personen*, Tübingen 1980; W. Müller-Freienfels, *Zur Lehre vom sogenannten Durchgriff bei juristischen Personen*, AcP 156

zdecydowanie lepiej uzasadniona teoretycznie, niż to ma miejsce w prawie amerykańskim. Ponadto wyraźniej zarysowana została cezura na przypadku pominięcia osobowości prawnej (ewentualnie tylko reguły ustanawiającej brak odpowiedzialności wspólników spółki kapitałowej za jej zobowiązania) oraz na przypadki odpowiedzialności wspólnika wynikające z ogólnych zasad prawa, zwłaszcza z tytułu odpowiedzialności za własne czyny niedozwolone. Na gruncie prawa amerykańskiego, jak i niemieckiego nie ograniczono się bowiem do kontrowersyjnych prób przebicia zasłony osobowości prawnej, lecz starano się także znaleźć alternatywne sposoby zwalczania nadużyć przywileju ograniczenia odpowiedzialności wspólników⁹. Zagadnienia te były dotychczas w literaturze polskiej jedynie

1957, s. 522 i nast.; J. Wilhelm, *Rechtsform und Haftung bei der juristischen Person*, Köln-Berlin-Bonn-München 1981; E. Rehbinde, *Konzernaußenrecht und allgemeines Privatrecht*, Berlin-Zürich 1969. Dla ogólnej orientacji w tym zagadnieniu wystarczyć mogą znacznie mniej obszerne opracowania; zob. np. D. Reuter, [w:] *Münchener Kommentar BGB Allgemeiner Teil*, München 1993, s. 294-306; H. Coing, *Zum Problem des sogenannten Durchgriffs bei juristischen Personen*, NJW 1977, nr 40, s. 1793 i nast.; K. Schmidt, *Gesellschaftsrecht*, Köln-Berlin-Bonn-München 1997, s. 224-254. Konstrukcja *Durchgriff'u* stosowana jest także w prawie szwajcarskim; zob. D. Kehl, *Der sogenannte Durchgriff – eine zivilistische Studie zur Natur der juristischen Person*, Zürich 1991; przegląd orzecznictwa szwajcarskiego znaleźć można w H. Hovagemyan, *Transparence et Réalité Économique des Sociétés: Durchgriff*, Lausanne 1994. Jeśli zaś chodzi o niemieckojęzyczne publikacje poświęcone specyfice „pomijania osobowości prawnej” w przypadku koncernów oprócz przytoczonej wyżej książki E. Rehbindera wskazać można zawierający uzasadnienie ekonomiczne artykuł M. Lehmann, *Das Privileg der beschränkten Haftung und der Durchgriff im Gesellschafts- und Konzernrecht*, ZGR 3/86. W prawie szwajcarskim na ten temat np. R. v. Büren, *Schweizerisches Privatrecht VIII /6 Der Konzern*, Basel 1997, s. 169-191 oraz M. Dennler, *Durchgriff im Konzern*, Zürich 1984. Specyfikę koncernów międzynarodowych uwzględni K. Hofstetter, *Sachgerechte Haftungsregeln für multinationale Konzerne*, Tübingen 1995. Wreszcie porównanie rozwiązań niemieckich i amerykańskich przedstawia C. Altling, *Piercing the Corporate Veil in American and German Law – Liability of Individuals and Entities: A Comparative View*, Tulsa J. Comp. & Int'l L. Vol. 2, 1995, s. 190 i nast.

⁹ Używam terminu „ograniczona odpowiedzialność”, należy jednak pamiętać, że choć powszechnie stosowany, stanowi on swego rodzaju skrót myślowy, ponieważ wspólnik spółki kapitałowej w ogóle nie odpowiada za jej zobowiązania. Odpowiedzialność ponosi tylko spółka, a uszczerbek majątkowy wspólnika polegać może jedynie na utracie wniesionego do spółki wkładu, co nie jest jednak odpowiedzialnością w prawnym tego słowa znaczeniu. Co się natomiast tyczy wspomnianych alternatywnych wobec „pomijania osobowości prawnej” prób pociągnięcia wspólnika do odpowiedzialności za zobowiązania

sygnalizowane i z pewnością zasługują na obszerną prezentację (a przynajmniej przytoczenie ważniejszych pozycji literatury zagranicznej). Nie one są jednak przedmiotem niniejszych rozważań.

Tylko nieliczni ustawodawcy zdecydowali się na ustawowe regulacje prawa holdingowego. Niewątpliwe pierwszeństwo dzierży w tej materii prawo niemieckie, w którym tzw. prawo koncernowe znalazło się w ustawie o spółce akcyjnej z 1965 r. (§ 15-22 i § 291-328 *Aktiengesetz*)¹⁰. Ustawodawca polski nie zdecydował się na takie rozwiązanie, motywując to m.in. niejednoznacznością oceną funkcjonowania regulacji niemieckiej¹¹. Problemy wynikające ze specyfiki holdingów nie zostały jednak przez k.s.h. zupełnie pominięte, lecz znalazły wyraz w treści konkretnych przepisów. Jako najważniejsze należałoby uznać określenie w art. 4 § 1 pkt 4 pojęcie spółki dominującej, nałożenie na spółki szeregu obowiązków informacyjnych związanych ze stosunkiem dominacji – zależności oraz rozciągnięcie zakresu zastosowania niektórych przepisów odnoszących się do danej spółki na spółki od niej zależne lub w stosunku do niej

spółki, to polegają one głównie na wykorzystaniu możliwości, które daje reżim deliktowy. Odpowiedzialność wspólnika dominującego w oparciu o delikt uzyskuje się m.in. poprzez zastosowanie konstrukcji odpowiedzialności za osoby trzecie dzięki przepisom podobnym do art. 430 czy 474 polskiego k.c. (w takim kierunku na gruncie prawa polskiego A. Karolak, *Prawne mechanizmy ochrony spółki córki oraz jej wierzycieli w strukturze holdingowej*, Prawo Spółek 2001, nr 5, s. 8). Innym sposobem są próby uznania spółki matki za organ (lub członka organu) spółki córki, prowadzące do konstruowania, jak w doktrynie szwajcarskiej, pojęcia tzw. organu faktycznego (zob. A. Meier-Hayoz, P. Forstmoser, *Schweizerisches Gesellschaftsrecht*, Bern 1998, s. 569). Chodzi tu oczywiście o to, by odpowiedzialność spółki matki uzasadnić tzw. winą organu. Także tę możliwość rozważa A. Karolak, jw., s. 9, uznając ją za niedopuszczalną z tego powodu, że osoba prawna nie może być członkiem organu spółki kapitałowej. W tym miejscu wystarczy jedynie wskazać, że pozytywna odpowiedź na pytanie o dopuszczalność zastosowania tej konstrukcji w prawie polskim nie zależy tylko od stwierdzenia, czy osoba prawna może być członkiem organu. Jeżeli bowiem **ta sama osoba fizyczna** byłaby członkiem organu zarówno spółki matki, jak i spółki córki i swym działaniem wyrządzała szkodę wierzycielom tej ostatniej w celu przysporzenia korzyści spółce dominującej, można by uznać, że w takim razie działała ona jako członek organu spółki matki, przez co spółka ta odpowiadałaby za szkodę zgodnie z treścią art. 416 k.c.

¹⁰ O niemieckim prawie koncernowym zob. zwłaszcza V. Emmerich, J. Sonnenschein, *Konzernrecht*, München 1997; por. też A. Opalski, *Koncern w niemieckim prawie spółek*, PPH 1998, nr 2.

¹¹ A. Szumański, *Ograniczona...*, s. 23; tenże, [w:] *Kodeks...*, s. 88.

dominujące¹². Jednym z przejawów tej tendencji jest także art. 7 k.s.h., dotyczący tzw. umów holdingowych. Twierdzi się nawet, że artykuł ten uznać można za szczytkową regulację prawa holdingowego¹³. Dokładniejsza lektura tego przepisu prowadzi do wniosku, że jego interpretacja może być znacznie trudniejsza, niż mogłoby się wydawać, a sygnalizowane komplikacje mogą wynikać nie tylko z nadmiaru regulacji (jak się utrzymuje w odniesieniu do prawa niemieckiego), ale z wręcz przeciwnego podejścia. Zanim jednak przejdę do właściwej analizy treści art. 7 k.s.h., kilka zdań warto poświęcić umowom holdingowym i ich dopuszczalności w prawie polskim.

Umowy holdingowe (koncernowe)

Umowy holdingowe są w prawie polskim umowami nienazwanymi, ponieważ ani k.s.h., ani jakikolwiek inny akt prawny nie zawiera postanowień określających ich przedmiotowo istotne cechy¹⁴. Zadanie to spoczywa zatem na doktrynie i orzecznictwie, przy wykorzystaniu istniejącej praktyki kontraktowej. Jak dotąd umowy holdingowe nie są na tyle często zawierane, aby móc określić je mianem umów empirycznych w takim znaczeniu, w jakim używano tego terminu np. w stosunku do umowy leasingu przed wprowadzeniem jej do kodeksu cywilnego. Dlatego zapewne, żeby określić treść takich umów sięga się zazwyczaj pomocniczo do literatury i ustawodawstwa zagranicznego, zwłaszcza zaś do rozwiązań niemieckich. Nie kwestionując zasadności skorzystania z obcych doświadczeń¹⁵, wypada zauważyć, że podejście takie wymaga jednak znacznej ostrożności, zważywszy, że w prawie niemieckim umowy koncernowe mają, jak wspomniano, szczegółową regulację ustawową, w której, co więcej, sprecyzowano wiele daleko idących obowiązków, obciążających spółkę dominującą. Do postanowień przedmiotowo istot-

¹² *Ibidem.*

¹³ *Ibidem.*

¹⁴ A. Szumański, *Ograniczona...*, s. 29, t e n ż e, [w:] *Kodeks...*, jw., s. 93 i nast.

¹⁵ Zwłaszcza, że pojęcia, jakimi posługuje się art. 7 k.s.h., tzn. umowa przewidująca zarządzanie i umowa przewidująca odprowadzanie zysku przez spółkę zależną, nawiązują do dwóch podstawowych typów umów znanych prawu niemieckiemu, tj. *Beherrschungsvertrag* i *Gewinnabführungsvertrag*.

nych należy dla przykładu gwarancja prawa do dywidendy akcjonariuszy mniejszościowych (§ 304 ust. 1 zd. 2 AktG)¹⁶. Ponadto ustawa wyraźnie przewiduje w § 302 obowiązek wyrównania każdego ujemnego wyniku finansowego w bilansie spółki zależnej na koniec roku obrachunkowego, i to niezależnie od tego, czy strata została spowodowana działaniami kierowniczymi spółki matki¹⁷. Nie trzeba dodawać, że na gruncie polskiego prawa brak podstaw do uznania powyższych rozwiązań za *essentialia negotii* umowy dotyczącej zarządzania spółką zależną. Podobnie rzecz się ma z umowami o odprowadzanie zysku. W konsekwencji trudno dokładnie określić, jakie elementy musi zawierać umowa między podmiotami powiązаныmi kapitałowo, aby uznać ją za umowę holdingową. Stanu tego nie można z pewnością uznać za pożądany, gdyż właśnie na gruncie art. 7 k.s.h. klasyfikacja konkretnej umowy jako podlegającej tej regulacji pociąga za sobą określone skutki prawne.

Ponieważ art. 7 k.s.h. wymienia tylko dwa rodzaje umów, można ograniczyć się do próby analizy umów dotyczących zarządzania spółką zależną i umów o odprowadzanie zysku; jedynie bowiem takie umowy będą umowami holdingowymi w rozumieniu k.s.h. Wydaje się, że jeżeli chodzi o pierwszą z tych umów, odpowiedź kryje się w określeniu co rozumiemy przez zarządzanie. Pojęciem zarządu obejmuje się sferę wewnętrzną, czyli podejmowanie decyzji oraz zewnętrzną, czyli, inaczej mówiąc, reprezentację spółki. Z punktu widzenia umowy przewidującej zarządzanie spółką zależną przez spółkę dominującą chodzić będzie, moim zdaniem, o sferę decyzyjną¹⁸, co prowadzi do wniosku, że skutkiem takiej umowy musi być podejmowanie decyzji dotyczących funkcjonowania spółki córki przez spółkę dominującą i obowiązek tej ostatniej zastosowania się do takich poleceń. Określenie powyższe nie rozstrzyga natomiast, w jaki prawnie skuteczny sposób skutek taki zostanie osiągnięty.

Umowa przewidująca odprowadzanie zysków jest pozornie łatwa do zdefiniowania. Zgodnie z nazwą, powinna to być umowa, z której wynika obowiązek spółki córki przeniesienia zysku na spółkę matkę. Umowa taka

¹⁶ Zob. J. Warchoń, *Umowy koncernowe w prawie niemieckim (I)*, PPH 2001, nr 9, s. 37-38, A. Opalski, jw., s. 21.

¹⁷ A. Opalski, jw., s. 22.

¹⁸ Tak M. Wojtyczek, *Umowy holdingowe*, (praca magisterska niepublikowana), s. 38.

musi niewątpliwie określać za jaki okres przekazywany jest zysk, a także czy odprowadzeniu podlega cały zysk, czy tylko jego część (a jeśli tak, to jaka?). Odprowadzanie zysków można jednak rozumieć także szerzej, tzn. jako przerzucanie części kosztów spółki dominującej na spółkę zależną¹⁹. W tym drugim znaczeniu umowy takie mogłyby obejmować umowy transferowe, za pomocą których zysk odprowadzany jest np. w ten sposób, że spółka córka nabywa określone świadczenia od spółki matki po cenie znacznie wyższej niż rynkowa²⁰. Do koniecznych postanowień zarówno umów przewidujących zarządzanie spółką zależną, jak i umów przewidujących odprowadzanie zysku nie należy obowiązek naprawienia szkody wynikającej z naruszenia zobowiązania przez spółkę matkę ani wobec spółki córki, ani wobec jej wierzycieli²¹, co wyraźnie wynika z art. 7 § 2.

Umowy holdingowe w świetle art. 7 ks.h. Założenia regulacji

Art. 7 k.s.h. oparty jest na założeniu, że oba wymienione w nim rodzaje umów holdingowych zawierane mogą być na zasadzie swobody umów²², w związku z czym nie jest konieczne, aby kodeks zawierał jakieś postanowienia dotyczące ich dopuszczalności. Brak bliższej regulacji był zresztą wynikiem świadomego wyboru polskiego ustawodawcy, który nie zamierzał za przykładem niemieckim dokonać kodyfikacji prawa holdingowego (koncernowego). Artykuł 7 k.s.h. ma więc ograniczony zakres, który sprowadza się po pierwsze, do nałożenia na strony wymienionych w nim umów obowiązku zgłoszenia do akt rejestrowych spółki zależnej postanowień, określających odpowiedzialność spółki dominującej wobec spółki

¹⁹ Tak A. Szumański, [w:] *Kodeks...*, jw., s. 94.

²⁰ Zagadnienie to zyskało ostatnio znaczenie na gruncie prawa podatkowego i cieszy się sporym zainteresowaniem Ministerstwa Finansów, które zamierza nawet zorganizować odpowiednie służby w celu walki z tym zjawiskiem.

²¹ Jeżeli chodzi o umowy dotyczące odprowadzenia zysku, rzeczywiście stroną zobowiązana jest w tym przypadku spółka córka, nie wiem jednak, czy można twierdzić (tak A. Szumański, [w:] *Kodeks...*, s. 96; tenże, *Ograniczona...*, s. 31), że w takiej sytuacji nigdy nie może dojść do odpowiedzialności spółki matki za naruszenie umowy, skoro to ona jest uprawnioną. Nie jest bowiem wykluczone, że umowa taka przewiduje także jakieś obowiązki wzajemne spółki matki. Chyba nawet powinna, bo w braku w prawie polskim regulacji ustawowych umowa ograniczająca się tylko do transferu zysków nie przynosiłaby spółce zależnej najmniejszych korzyści.

²² A. Szumański, [w:] *Kodeks...*, s. 93; tenże, *Ograniczona...*, s. 29.

córki z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania oraz określających zakres odpowiedzialności spółki matki wobec wierzycieli spółki córki, przy czym zgłoszeniu podlega także okoliczność, że umowa odpowiedzialności spółki dominującej nie reguluje albo ją wyłącza (art. 7 § 1 i 2 k.s.h.), po drugie zaś do wskazania skutków niedopełnienia obowiązku zgłoszeniowego w terminie trzech tygodni od zawarcia umowy, którym skutkiem jest nieważność postanowień ograniczających albo wyłączających odpowiedzialność spółki dominującej wobec spółki zależnej lub jej wierzycieli (art. 7 § 3). Nienazwany charakter umów przewidujących zarządzanie spółką zależną czy odprowadzanie zysków ma przy tym podkreślać zastosowana przez ustawodawcę terminologia. W kodeksie nie użyto bowiem sformułowania **umowy o...**, lecz **umowy przewidujące** zarządzanie lub odprowadzanie zysków²³. Podejście takie wskazuje chyba na nadmiar ostrożności ustawodawcy. Różnice pomiędzy umowami nienazwanymi a nazwanymi sprowadzają się nie tyle do warstwy językowej, a więc nie polegają na nieco odmiennym oznaczeniu przedmiotu umowy, ale na tym, czy *essentialia negotii* danej umowy objęte są przepisami ustawy, choćby dyspozytywnymi²⁴. Zresztą taki sposób określania umów nienazwanych wcale nie jest przyjęty w polskiej doktrynie. Umowa leasingu (przed jej wprowadzeniem do k.c.) nie była przecież nazywana „umową przewidującą oddanie rzeczy w leasing”; podobnie najpowszechniejszy rodzaj umów nienazwanych, tzn. umowy o świadczenie usług, do których na podstawie art. 750 k.c. stosuje się odpowiednio przepisy o zleceniu, nie jest nazywany „umowami przewidującymi świadczenie usług”²⁵. Wykładnia językowa sformułowań „umowa przewidująca” zamiast „umowa o” wydaje się prowadzić ponadto do efektów, wcale przez ustawodawcę nie zamierzonych. Użyte wyrażenie mogłoby bowiem sugerować, że o uznaniu umowy za holdingową decyduje nie tyle jej treść, co skutek jaki wywiera. Na przykład, za umowę „przewidującą odprowadzanie zysku” uznać można byłoby umowę transferową (zob. wyżej), bo mimo że nie zawiera ona postanowień, z których

²³ A. Szumański, [w:] *Kodeks...*, s. 94; tenże, *Ograniczona...*, s. 29.

²⁴ W. Czachórski, *Zobowiązania*, Warszawa 1998, s. 106; Z. Radwański, J. Panowicz-Lipska, *Zobowiązania – część szczegółowa*, Warszawa 1996, s. 36-37.

²⁵ Por. W. Czachórski, *iw.*, s. 349; Z. Radwański, J. Panowicz-Lipska, *iw.*, s. 148-149.

wynikałby obowiązek przekazanie zysku, to taki będzie rezultat jej wykonania. Nie oznacza to oczywiście, że tą drogą należy rozszerzyć zakres zastosowania art. 7 k.s.h. także na umowy między podmiotem dominującym a zależnym, nie zawierające tzw. celu holdingowego (jak np. umowa leasingu, franchisingu, licencji). Z drugiej strony uważam za zbyt daleko idący pogląd, zgodnie z którym inne umowy nigdy nie doprowadzą do zastosowania art. 7 k.s.h., nawet jeśli zawierają klauzule zbliżone do przejęcia zarządzania przedsiębiorstwem drugiej strony²⁶, gdyż przepis ten ma charakter wyjątkowy, a wyjątków nie interpretuje się rozszerzająco. Wypada zauważyć, że art. 7 k.s.h. nie określa treści umów przewidujących zarządzanie spółką zależną lub odprowadzanie zysku przez taką spółkę, poza tym, że umowy takie nie muszą regulować zagadnień związanych z odpowiedzialnością spółki matki wobec spółki córki czy jej wierzycieli. Ze względu na konsekwencje niewykonania obowiązku zgłoszenia trudno pozytywnie ocenić regulację, z której nie wynika jednoznacznie, co jest objęte przedmiotem zgłoszenia. Jednocześnie stan ten nie ułatwia niewątpliwie właściwej oceny relacji reguła – wyjątek. Skoro zatem ustawodawca użył pewnego terminu, nie definiując go, co najmniej równie uprawniony jawi się inny sposób rozumienia tego przepisu, bazujący na interpretacji funkcjonalnej. W omawianym przypadku nie powinno się więc ignorować faktu że art. 7 chronić ma interesy wspólników mniejszościowych spółki zależnej, a także interesy jej wierzycieli. Ochronie tej nie służyłoby z pewnością usunięcie z zakresu zastosowania tego przepisu umów, które zawierane są z myślą o osiągnięciu celu umów holdingowych, wszakże bez narażania się na wynikające z k.s.h. obowiązki. W skrajnych przypadkach umowy takie zmierzałyby zresztą do obejścia ustawy²⁷.

W pewnym sensie za wykładnią, zwracającą uwagę na faktyczny skutek zawartej umowy przemawia (być może również wbrew intencjom prawodawcy) sama ustawa. Kodeks spółek handlowych definiuje przecież w art. 4 § 1 pkt 4 pojęcie spółki dominującej (co automatycznie

²⁶ A. Szumański, [w:] *Kodeks...*, s. 89; tenże, *Ograniczona...*, s. 24.

²⁷ Nawet wtedy korzystniejszej jest jednak, z punktu widzenia interesów wspólników mniejszościowych spółki zależnej i jej wierzycieli, zamiast stwierdzać nieważność takiej umowy, uznać ją za umowę holdingową w rozumieniu art. 7 k.s.h.

określa spółkę zależną), wymieniając różne przejawy relacji powodujących powstanie stosunku dominacji – zależności; do wystąpienia tego stosunku wystarczy stwierdzenie choć jednej z nich²⁸. Pod literą f czytamy, że spółką dominującą jest spółka „wywierająca decydujący wpływ na działalność spółki kapitałowej zależnej lub spółdzielni zależnej, **w szczególności na podstawie umów określonych w art. 7**” (podkreślenie moje). Nie jest zatem tak, że umowy holdingowe, o których mowa w tym artykule, muszą być zawierane przez spółkę dominującą i zależną, żeby w ogóle mogły być uznane za umowy holdingowe, jak bowiem wynika z art. 4 § 1 pkt 4 lit. f) stosunek dominacji – zależności wypływać może dopiero z takich umów. Innymi słowy, umowy przewidujące zarządzanie spółką zależną lub przekazywanie zysku mogą być także zawierane przez spółki nie spełniające warunków przewidzianych pod pozostałymi literami art. 4 § 1 pkt 4 k.s.h., a mimo to podlegać będą regulacji zawartej w art. 7 k.s.h.²⁹ Sformułowanie „umowa przewidująca przejęcie zarządzania spółką zależną przez spółkę dominującą” tak naprawdę jest mylące, gdyż w istocie może tu chodzić także o umowę, zgodnie z którą jedna spółka przejmuje zarządzanie inną spółką, w następstwie czego powstaje między nimi stosunek dominacji – zależności, co teoretycznie nie wymaga nawet istnienia między tymi podmiotami powiązań kapitałowych. Inaczej bowiem art. 4 § 1 pkt 4 lit. f k.s.h. nie miałby sensu.

Na koniec tej krótkiej charakterystyki umów holdingowych w świetle art. 7 k.s.h. wypada zauważyć, że ustawa nie przewiduje dla ważności takich umów wymogu formy szczególnej. Prowadzi to do wniosku, że nie jest całkiem wykluczone przyjęcie ich zawarcia w sposób dorozumiany. Miałyby to miejsce np. wówczas, gdyby spółka zależna regularnie

²⁸ A. Szumański, [w:] *Kodeks...*, s. 49; tenże, *Ograniczona...*, s. 25.

²⁹ A. Szumański (*Kodeks...*, s. 51; tenże, *Ograniczona...*, s. 26-27) proponuje zaważającą wykładnię art. 4 §1 pkt 4 lit.f k.s.h., jednak autorowi chodzi o to, aby pod pojęciem decydującego wpływu rozumieć tylko wpływ wynikający z umów strukturalnych, czyli właśnie umów holdingowych. Jednak, skoro ustawa używa wyrażenia „w szczególności”, nie ma powodu, również zgadzając się ze zdaniem A. Szumańskiego, kwestionować fakt, że stosunek dominacji – zależności powstać też może na skutek umów prowadzących do analogicznego rezultatu, co wymienione w art. 7, tyle że inaczej nazywających się. Będą to bowiem również umowy „strukturalne” (cudzysłów użyty został celowo, gdyż, jak postaram się wykazać, umowy o skutkach *stricte* strukturalnych są w prawie polskim niedopuszczalne).

odprowadzała zysk do spółki dominującej lub gdyby spółka zależna *de facto* zarządzana była przez spółkę matkę, z okoliczności zaś wynikałaby zgoda obu zainteresowanych podmiotów na taki stan rzeczy. Nie trzeba dodawać, iż nie byłby wtedy wykonany obowiązek zgłoszenia, z konsekwencjami przewidzianymi w art. 7 § 3³⁰. Jest to jednak raczej ewentualność jedynie teoretyczna, ze względu na ogromne trudności dowodowe, jakie napotkałby każdy, chcący wykazać konkludentne zawarcie umowy holdingowej. Wystarczy jako przykład podać kwestię czasu zawarcia umowy.

Dopuszczalność umów holdingowych w prawie polskim

Dopuszczalność zawierania umów przewidujących zarządzanie przez spółkę dominującą spółką zależną lub odprowadzanie zysku przez tę ostatnią budziła przez wejściem w życie k.s.h. szereg wątpliwości³¹. Mogłoby się wydawać, że w obecnym stanie prawnym art. 7 przesądził jednoznacznie odpowiedź pozytywną na zadane pytanie, byłoby to jednak zbyt uproszczenie. Przede wszystkim k.s.h. wyszedł z założenia, że umowy holdingowe mieszczą się w zakresie swobody umów (art. 353¹ k.c.), dlatego art. 7 k.s.h. nie stanowi podstawy prawnej ich zawierania. Teoretycznie zatem gdyby umowy te miały okazać się niedopuszczalne ze względu na sprzeczność z przepisami bezwzględnie obowiązującymi, sam art. 7 nie decydowałby jeszcze o ich dopuszczalności. Taka wykładnia byłaby jednak nie w pełni racjonalna, gdyż pozbawiałaby go treści normatywnej. Chciałbym w tym miejscu zaznaczyć, że choć należy, ilekroć to możliwe, unikać takiej konsekwencji, interpretując jakikolwiek przepis obowiązującego prawa, mogą zdarzyć się sytuacje, w których pragnienie nadania mu sensu oznaczać by musiało konflikt z podstawowymi zasadami porządku prawnego³². Uważam, że wówczas błąd ustawodawcy nie jest wystarczającym usprawiedliwieniem i lepiej „podać się”, skazując przepis na rolę martwej regulacji. Żeby jednak móc wyciągać takie wnioski w stosunku

³⁰ O tym, jakie będą to konsekwencje, zob. niżej.

³¹ Przeciw np. A. O p a l s k i, *Koncern w polskim prawie spółek – porównanie z prawem niemieckim*, PPH 1998, nr 7, s. 21.

³² Nie chodzi mi w tym miejscu o przepisy, których treść jest wystarczająco jasna, lecz o takie, których językowa, systemowa czy funkcjonalna wykładnia prowadzi do wniosku, że przepisu nie da się zastosować, chyba że złamiemy podstawowe zasady prawa.

do art. 7 k.s.h., należy najpierw zbadać argumenty przemawiające przeciw dopuszczalności zawierania umów przewidujących zarządzanie przez spółkę dominującą spółką zależną lub odprowadzanie zysku.

Zasadniczym argumentem przemawiającym przeciwko dopuszczalności umów, w wyniku których ma nastąpić przejście zarządzania spółką córką przez spółkę matkę, był jeszcze za rządów k.h. bezwzględnie obowiązujący charakter przepisów dotyczących struktury i kompetencji organów spółki³³, a także zasada *numerus clausus* posiadających osobowość prawną pomiotów, co oznacza, że chcąc powołać do życia osobę prawną (czy szerzej podmiot obdarzony podmiotowością prawną) wybierać można jedynie z „katalogu” oferowanego przez ustawę, wszelkie zaś modyfikacje ustawowych typów ograniczone są przez przepisy *iuris cogentis*. Po wejściu w życie k.s.h. nie nastąpiły w tej materii żadne zmiany³⁴ poza tą, że art. 7 kodeksu wyraźnie wymienia umowę przewidującą zarządzanie spółką zależną. Lakoniczność tej regulacji nie pozwala jednak z pewnością przyjąć, że umowy takie mogłyby w prawie polskim wywoływać tak daleko idące skutki, ze zmianami strukturalnymi włącznie, jak np. w prawie niemieckim³⁵; wymagałoby to bowiem jednoznacznej wypowiedzi ustawodawcy³⁶. Uznać zatem należy, że umowy przewidujące zarządzanie spółką zależną przez spółkę dominującą muszą „zadowolić się” wywołaniem skutków jedynie obligacyjnych. Innymi słowy, będzie to polegać na zobowiązaniu się spółki zależnej do wykonywania poleceń spółki dominującej³⁷. Tak samo należy traktować „kompetencje” wszelkich „organów” holdingu, jak rada czy zarząd. Obowiązek zastosowania się do ich zaleceń ma wyłącznie charakter zwykłego zobowiązania umownego³⁸. Mimo to konsekwencje dla spółki córki mogą być

³³ A. Opalski, *Koncern w polskim prawie spółek*, s. 21.

³⁴ Zob. np. art. 304 § 3 k.s.h.

³⁵ Tak M. Wojtyczek, jw., s. 35.

³⁶ Przykład takiego zezwolenia zawiera ustawa z dnia 30 kwietnia 1993 r. o narodowych funduszach inwestycyjnych, która w art. 21-24 przewiduje możliwość zawarcia umowy o zarządzanie między funduszem a firmą zarządzającą, w wyniku czego następuje zawieszenie kompetencji zarządu funduszu (fundusz jest spółką akcyjną).

³⁷ W sferze reprezentacji kompetencje spółki zarządzającej wynikać mogą z udzielonego pełnomocnictwa.

³⁸ M. Wojtyczek, jw., s. 39 i nast.

poważne, np. wtedy gdy w umowie zastrzeżono karę umowną. Zauważyć zaś trzeba, że zawarcie takiej umowy nie jest przez k.s.h. obwarowane żadnymi szczególnymi warunkami, jak choćby wymogiem zgody walnego zgromadzenia, który wcale nie musiałby być tylko formalnością. Jak bowiem wynika, o czym był już mowa, z art. 4 § 1 lit. f, umowy holdingowe mogą teoretycznie być zawierane także przez podmioty, w których powiązania kapitałowe wcale nie dają spółce matce decydującego głosu w sprawach spółki zależnej.

Wątpliwości dotyczące dopuszczalności umów przewidujących odprowadzanie zysku przez spółkę zależną koncentrują się przede wszystkim na zgodności z przepisami przyznającymi walnemu zgromadzeniu prawo do decydowania o podziale zysku³⁹. Proponowane wyjście jest następujące⁴⁰: zysk, podlegający odprowadzeniu nie może być kwalifikowany jako dywidenda, jest to bowiem wartość świadczenia, które winna jest spółka zależna spółce dominującej na podstawie umowy. Po wykonaniu zobowiązania nie ma już zatem żadnego „czystego zysku”, będącego przedmiotem uchwały walnego zgromadzenia (zgromadzenia wspólników) i nie następuje naruszenie bezwzględnie obowiązujących przepisów k.s.h. Nawet gdyby zaś uznać ów zysk za dywidendę, jego przekazanie spółce matce również nie naruszałoby art. 395 § 2 pkt 2 i 231 § 1 pkt 2 k.s.h, ponieważ umowa ma skutek jedynie pomiędzy stronami i nie rzuca na kompetencje organów spółki. Moim zdaniem, argumentacja powyższa nie jest w pełni przekonująca. Nie uwzględnia ona zupełnie interesów wspólników mniejszościowych, co jest sprzeczne z międzynarodowymi tendencjami rozwoju prawa spółek. Przypomnieć trzeba po raz kolejny, że zawarcie umowy przewidującej odprowadzanie zysku nie wymaga zgody walnego zgromadzenia. Jeśli dodamy do tego płynący z porównania art. 4 § 1 pkt 4 lit. f oraz art. 7 k.s.h wniosek, zgodnie z którym do zawarcia umów holdingowych nie jest nawet konieczne powiązanie kapitałowe między spółkami, powstaje poważne zagrożenie

³⁹ Artykuł 395 § 2 pkt 2 i 231 § 1 pkt 2 k.s.h. Artykuł 231 § 1 pkt 2 k.s.h przewiduje możliwość wyłączenia tych spraw pod kompetencji wspólników, w przypadku spółki akcyjnej nie jest to dopuszczalne. Należy jednak wspomnieć, że przed wojną wyrażany był także pogląd, (T. Dziurzyński, Z. Fenichel, M. Honzatkó, *Kodeks handlowy. Komentarz*, Kraków 1936, s. 592) zgodnie z którym decyzja dotycząca zysku w S.A. może być podjęta poza walnym zgromadzeniem (a więc przez zarząd).

⁴⁰ M. Wojtyczek, jw., s. 41 i nast.

naruszenia interesów wspólników i to nie tylko mniejszościowych. Nie są bezsporne także wskazane wyżej argumenty czysto jurydyczne. Uznanie, że po odprowadzeniu zysku na podstawie umowy holdingowej nie ma już po prostu zysku, o którym mogłoby decydować zgromadzenie wspólników, nie uwzględnia co jest przedmiotem takiej umowy, a ma być nim przecież właśnie zysk⁴¹! Umowa musi też określać okres, za jaki zysk ma być przekazywany spółce dominującej, którym zapewne będzie najczęściej ostatni rok obrotowy. Gdybyśmy teraz powiedzieli, że np. w przeddzień walnego zgromadzenia zarząd może zawrzeć umowę przewidującą transfer zysku do innej spółki, w związku z czym zgromadzenie nie będzie już miało czego dzielić, przepisy art. 395 § 2 pkt 2 i 231 § 1 pkt 2 k.s.h. pozbawione byłyby norma tywnej treści. O zysku decydowałby bowiem zawsze zarząd. Nie można też, moim zdaniem, stwierdzić, że nie naruszono bezwzględnie obowiązujących przepisów k.s.h., ponieważ formalnie walne zgromadzenie jest władne podjąć stosowną uchwałę. Gdyby w takiej sytuacji walne zgromadzenie powzięło uchwałę ignorującą zobowiązanie spółki wynikające z umowy przewidującej odprowadzenie zysku, spółka nie wykonałaby swojego zobowiązania i odpowiadałaby za szkodę poniesioną przez spółkę, do której zysk miał być przekazany. Szkada ta jest wyjątkowo łatwa do ustalenia – jej wysokość równa się wysokości zysku. W efekcie umowa zawarta bez zgody walnego zgromadzenia jest klasycznym przypadkiem obejścia ustawy, a więc nieważna (art. 58 k.c.).

Podsumowując, uznać należy, że w prawie polskim dopuszczalność zawierania umów holdingowych jest ograniczona. Umowy przewidujące przejęcie zarządzania spółką zależną mogą wywołać jedynie wskazane wyżej skutki obligacyjne, natomiast umowy przewidujące odprowadzenie zysku mogą być w klasycznej postaci zawierane jedynie, gdy spółką zobowiązaną będzie spółka z o.o., a umowa spółki wyłącza spod kompetencji zgromadzenia wspólników powzięcie uchwały o podziale zysku (art. 231 § 2 pkt 2 w zw. z art. 191 § 2 k.s.h.). W spółce akcyjnej zawarcie takiej umowy może nastąpić tylko za zgodą walnego zgromadzenia, wyrażoną pod postacią uchwały⁴². Nie podejmuję w tym miejscu pro-

⁴¹ Do odprowadzenia dochodzi zatem kiedy spółka wypracuje zysk, w przeciwnym wypadku nie byłoby czego odprowadzać.

⁴² Zgoda taka musiałaby być wyrażana chyba co rok.

blemu umów transferowych, które wymagają z pewnością odrębnego opracowania, uwzględniającego również regulacje publicznoprawne. Wydaje się jednak, że nie jest wykluczone uznanie tych umów za umowy przewidujące przekazywanie zysku w rozumieniu art. 7 k.s.h.

Zagadnienia związane z odpowiedzialnością spółki dominującej za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy wobec spółki zależnej

Dotychczasowe uwagi, chociaż, jak się wydaje, konieczne, z punktu widzenia interpretacji art. 7 k.s.h. nie dotyczyły w zasadzie właściwego przedmiotu regulacji tego przepisu. Można powiedzieć, że artykuł 7 składa się z dwu części: § 1 i 2 określają obowiązek i treść zgłoszenia do akt rejestrowych spółki zależnej, zaś w § 3 uregulowane zostały skutki niewypełnienia obowiązku⁴³ w terminie 3 tygodni od zawarcia umowy (nieważność postanowień ograniczających albo wyłączających odpowiedzialność spółki dominującej wobec spółki zależnej lub jej wierzycieli). W przepisie tym potraktowano łącznie umowy przewidujące zarządzanie spółką zależną i umowy przewidujące przekazywanie zysku przez taką spółkę⁴⁴. Niestety, łącznie potraktowano również zagadnienie zakresu odpowiedzialności spółki matki za szkodę wyrządzoną spółce zależnej z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania oraz zagadnienie odpowiedzialności spółki dominującej wobec wierzycieli spółki zależnej. Mając na uwadze, że art. 7 k.s.h. nie definiuje ani tym bardziej nie reguluje szczegółowo umów holdingowych, w tym ich treści, jeżeli chodzi o odpowiedzialność spółki matki względem spółki córki lub jej wierzycieli⁴⁵, trzeba to uznać za poważny błąd, gdyż mamy do czynienia

⁴³ W § 3 określono też, kto ma zgłoszenia dokonać.

⁴⁴ Ewentualne różnice wynikać mogą z istoty takich umów, a ściślej umów dotyczących przekazywania zysku, w których stroną zobowiązaną jest spółka córka, uważa się więc za bezprzedmiotowy obowiązek zgłaszania do akt rejestrowych spółki zależnej postanowień umownych na temat odpowiedzialności spółki matki za nienależyte wykonanie zobowiązania, skoro zobowiązanie takie naruszyć może tylko spółka zależna (zob. przypis 21); por. A. S z u m a Ń s k i, *Kodeks...*, s. 96; t e n ż e, *Ograniczona...*, jw., s. 31.

⁴⁵ Z tego przepisu wyraźnie wynika, że postanowienia takie wcale nie muszą się w umowach holdingowych znaleźć, oczywiste jest więc, że odpowiedzialnością cywilną rządzą w tych przypadkach reguły ogólne.

z całkiem odmiennymi sytuacjami. Żeby uniknąć niepotrzebnych komplikacji postaram się rozpatrzyć wszystkie warianty odpowiedzialności, jakie wynikać mogą z umów holdingowych, po kolei, najpierw w stosunku do odpowiedzialności spółki dominującej wobec spółki córki, a następnie wobec wierzycieli tej ostatniej. Z art. 7 k.s.h. wypływa wspólny wniosek w odniesieniu do obu „rodzajów” odpowiedzialności (tzn. wobec spółki zależnej i jej wierzycieli), a mianowicie, że umowa holdingowa może odpowiedzialność taką na spółkę matkę nałożyć, ograniczyć, wyłączyć lub jej w ogóle nie uregulować. W braku wyraźnych postanowień umownych odpowiedzialność oparta jest **zawsze** na zasadach ogólnych, art. 7 k.s.h. nie tworzy bowiem żadnej podstawy odpowiedzialności w umowach holdingowych, co więcej, jednoznacznie przesądza (art. 7 § 2), że kwestie te nie należą do elementów przedmiotowo istotnych zarówno umowy przewidującej przejęcie zarządzania spółką zależną przez spółkę dominującą, jak i umów przewidujących przekazywanie zysku przez taką spółkę.

Odpowiedzialność spółki matki wobec spółki córki ma chronić interesy wspólników mniejszościowych, pośrednio jednak chroni ona także interesy wierzycieli. Oczywiście trudno się spodziewać, żeby zarząd spółki zależnej pozywał spółkę matkę, skoro najczęściej jest przez nią kontrolowany, ale brak sądowego dochodzenia roszczeń nie znaczy, że roszczenie takie nie powstaje. Tak więc wierzyciele spółki córki mogą zająć i zrealizować przysługujące jej wobec spółki matki roszczenia odszkodowawcze w toku postępowania egzekucyjnego lub upadłościowego⁴⁶. Jest to zresztą z punktu widzenia wierzycieli (nie wspólników mniejszościowych!) rozsądne, dopóki bowiem majątek spółki zależnej wystarcza na ich zaspokojenie, nie ma powodu domagać się świadczenia od spółki dominującej

Przejdźmy zatem do zagadnienia odpowiedzialności spółki matki wobec spółki córki z tytułu szkody wyrządzonej tej ostatniej przez niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy przewidującej zarządzanie spółką zależną⁴⁷. Umowa taka, będąca w prawie polskim umową nienazwaną,

⁴⁶ W tym ostatnim przypadku roszczenia zrealizowane zostaną przez syndyka, ale naturalnie z korzyścią dla wierzycieli.

⁴⁷ Zob. przypis 43, jeżeli chodzi o umowy przewidujące odprowadzanie zysku.

podlega bez najmniejszych wątpliwości regułom rządzącym wykonaniem zobowiązań i skutkom ich niewykonania. Za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania ponosi się w prawie polskim odpowiedzialność na podstawie art. 471 k.c. i nie ma tu najmniejszego znaczenia specyfika umów holdingowych, mogąca rzeczywiście powodować problemy w stosowaniu prawa, zwłaszcza przy ustalaniu winy (dowodzeniu wadliwego zarządzania). Nie ma więc sensu nakładanie odpowiedzialności na spółkę matkę, gdyż ponosi ją ona z ustawy, chyba że w umowie następuje rozszerzenie odpowiedzialności także na szkodę wynikłą z niezawinionego naruszenia zobowiązania przez podmiot dominujący (473 § 1 k.c.). Umowa taka może natomiast odpowiedzialności spółki matki ograniczyć lub wyłączyć. Wyłączenie nie jest jednak dopuszczalne w całej rozciągłości. Zgodnie z art. 473 § 2 k.c., **nieważne jest** zastrzeżenie, że dłużnik nie będzie odpowiedzialny za szkodę, którą może wyrządzić wierzycielowi umyślnie⁴⁸. Jeżeli natomiast umowa holdingowa nie reguluje odpowiedzialności spółki dominującej, wynika ona z art. 471 k.c.⁴⁹

Odpowiedzialność, o której mowa w art. 7 k.s.h., jest odpowiedzialnością za nienależyte wykonanie (lub niewykonanie) zobowiązania wynikającego z **konkretnej umowy holdingowej**. Zatem, jeśli nawet spółka matka wyrządzi spółce zależnej szkodę przy wykonywaniu zarządzania tą ostatnią, ale szkoda ta nie będzie wynikiem naruszenia wiążącej strony umowy, to choćby w działaniu spółki matki dopatrzeć się można było

⁴⁸ Według K. Kruczałaka, [w:] *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, red. K. Kruczałak, Warszawa 2001, s. 35, art. 7 k.s.h. jest przepisem szczególnym w stosunku do art. 473 k.c. Wydaje się jednak, że pogląd taki musiałby mieć wyraźne oparcie w treści przepisu, tymczasem w art. 7 k.s.h. nie ma niczego, czego nie dałoby się pogodzić z zasadami wyrażonymi w art. 473 k.c. Obowiązek zgłoszenia do akt rejestrowych wyciągu z umowy holdingowej, w części dotyczącej zakresu odpowiedzialności spółki matki, można wytłumaczyć całkowicie zadowalająco właśnie na gruncie art. 473 k.c., ponieważ zakres ten może obejmować normalną odpowiedzialność wymagającą wykazania winy oraz zastrzeżoną odpowiedzialność z §1 tego przepisu. Gdyby zaś rzeczywiście art. 473 nie znajdował w tym przypadku zastosowania, jedyną istotną konsekwencją takiej wykładni byłyby możliwości wyłączenia odpowiedzialności spółki dominującej za szkodę wyrządzoną spółce zależnej umyślnie. Pamiętajając, że celem art. 7 jest ochrona współników mniejszościowych i wierzycieli spółki córki, nie byłoby to chyba wskazane.

⁴⁹ W tym sensie informowanie, że spółka matka odpowiada za naruszenie umowy holdingowej ma raczej sens tylko w odniesieniu do zakresu takiej odpowiedzialności; por. A. Szumański, *Kodeks...*, s. 96-97; t e n ż e, *Ograniczona...*, s. 32.

zawinienia, zastosowanie art. 7 k.s.h. nie wchodzi w grę. Można się natomiast zastanawiać nad odpowiedzialnością deliktową w oparciu o art. 415 k.c.

Wina umyślna w relacjach holdingowych

Poczynione wyżej zastrzeżenie o nieważności postanowień umownych wyłączających odpowiedzialność dłużnika za szkodę, którą może wyrządzić wierzycielowi umyślnie, wydaje się brzmieć raczej niegroźnie, ale jest tak tylko pozornie. W istocie bowiem w relacjach holdingowych, opartych na umowie przewidującej przejęcie zarządzania spółką zależną przez spółkę dominującą, przyjęcie, że naruszenie zobowiązania przez jedną ze stron nastąpiło z winy umyślnej wcale nie musi być aż tak trudne. W prawie cywilnym utworzył sobie drogę pogląd, żeby przy określaniu pojęcia winy skorzystać z oświadczeń prawa karnego, w którym zagadnieniu temu poświęca się z oczywistych względów wiele uwagi⁵⁰. W konsekwencji za przykładem prawa karnego przyjmuje się, iż umyślność wystąpić może w dwóch postaciach: zamiaru bezpośredniego (*dolus directus*) oraz zamiaru wynikowego (*dolus eventualis*)⁵¹. Istota zamiaru wynikowego budzi w doktrynie prawa karnego szereg wątpliwości, w tym miejscu nie jest jednak konieczne referowanie wszystkich prezentowanych koncepcji⁵². Zamiar wynikowy polega, najogólniej mówiąc, na tym, że sprawca przewidując możliwość popełnienia czynu zabronionego, nie chce go popełnić, ale na popełnienie tego czynu się godzi⁵³. Niekiedy więc trudno także w prawie karnym odgraniczyć umyślność pod postacią *dolus eventualis* od tzw. świadomej nieumyślności. Pomocny okazuje się sto-

⁵⁰ Z. Radwański, *Zobowiązania – część ogólna*, Warszawa 1995, s. 172-173; W. Czachórski, jw., s. 150-151; G. Bieniek, *Komentarz do kodeksu cywilnego*. Księga trzecia. *Zobowiązania*, t. 1, Warszawa 2001, s. 218.

⁵¹ W prawie cywilnym mówi się o winie umyślnej lub nieumyślnej. Na gruncie k.k. z 1997 r. nie jest to jednak właściwe, gdyż umyślność i nieumyślność stanowią znamiona podmiotowe czynu zabronionego, wina zaś, rozumiana zgodnie z teorią normatywną, jest odrębnym elementem struktury przestępstwa, który trzeba odróżnić od podmiotowej strony czynu zabronionego; zob. K. Buchała, A. Zol1, *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 1-116 k.k.*, Kraków 1998, s. 23. Dla prawa cywilnego to słuszne rozróżnienie nie ma aż takiego znaczenia, dobrze jest jednak o nim pamiętać, skoro sięga się przy określaniu pojęcia winy do doktryny prawa karnego.

⁵² Por. A. Zol1, [w:] K. Buchała, A. Zol1, *Kodeks karny*, jw., s. 95 i nast.; K. Buchała, A. Zol1, *Polskie prawo karne*, Warszawa 1997, s. 162 i nast.

⁵³ A. Zol1, [w:] K. Buchała, A. Zol1, *Kodeks karny...*, s. 95.

pień prawdopodobieństwa popełnienia czynu zabronionego czy, powracając na grunt prawa cywilnego, wyrządzenia szkody. Jeśli stopień ten ograniczyć będzie z pewnością, należałoby przyjąć umyślność, jeśli zaś prawdopodobieństwo jest mniejsze – nieumyślność. Trudno oprzeć się wrażeniu, że tak naprawdę różnica między zamiarem wynikowym a świadomą nieumyślnością, której w prawie cywilnym odpowiada w ogólnych zarysach tzw. rażące niedbalstwo, jest bardziej ilościowa niż jakościowa. Należałoby więc uznać, że podmiotowi, który nienależycie wykonuje lub nie wykonuje zobowiązania wynikającego z umowy, można przypisać umyślność, jeżeli miał graniczącą z pewnością świadomość wystąpienia szkody u swojego kontrahenta, nawet gdy szkody tej nie chciał wyrządzić. W przypadku podmiotów tak ściśle ze sobą powiązanych jak spółki, które łączy umowa przekazująca zarządzanie jedną z nich drugiej, spółka matka dość często będzie miała „graniczącą z pewnością świadomość”, że naruszenie zobowiązania wyrządzi spółce córce szkodę. Innymi słowy, naruszenie umowy holdingowej przez spółkę matkę, nawet uzasadnione z punktu widzenia całego holdingu, pociągnie za sobą jej odpowiedzialność wobec spółki córki, gdy spółka matka wiedziała, że spowoduje to szkodę. Skoro bowiem wiedziała, a mimo to nie wypełniła należycie swoich obowiązków, to znaczy, że godziła się na wyrządzenie szkody spółce zależnej, a zatem działała z zamiarem wynikowym. Oczywiście „wiedza”, jak zawsze, kiedy rozpatruje się ją jako element winy, znaczy tyle co „niemożliwość niewiedzy”, sąd nie może bowiem wnikać w umysły osób piastujących funkcje w organach spółki dominującej i ustalać, jaki był ich przebieg myślowy. Jedyne co władny jest zrobić, to zbadać, czy w świetle okoliczności danej sprawy osoby te mogły nie wiedzieć, że naruszając zobowiązanie spowodują szkodę. Nie przeczę, że ustalenie tego będzie niejednokrotnie bardzo trudne, ale jednak przecież nie wykluczone.

Zagadnienia związane z odpowiedzialnością spółki dominującej wobec wierzycieli spółki zależnej

Odpowiedzialność spółki matki wobec wierzycieli spółki zależnej rządzi się zupełnie innymi prawami niż odpowiedzialność względem samej spółki zależnej za szkodę powstałą z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania wynikającego z umowy holdingowej. Artykuł 7 k.s.h. nie może nic w tej materii zmienić, gdyż nie reguluje on w zasadzie tych

umów, a tylko statuuje obowiązek określonej treści zgłoszenia do akt rejestrowych spółki córki oraz wskazuje na konsekwencje niedopełnienia obowiązku w wyznaczonym terminie. Odpowiedzialność spółki matki podlega zatem regułom ogólnym, te zaś są oczywiście diametralnie odmienne w zakresie odpowiedzialności wobec drugiej strony umowy od odpowiedzialności wobec wierzycieli kontrahenta. Na wstępie trzeba jednak ustalić, czy odpowiedzialność spółki matki za zobowiązania spółki córki wobec jej wierzycieli ogranicza się do przypadków, gdy szkoda wierzycieli spółki zależnej jest następstwem niewykonania lub nienależytego wykonania przez podmiot dominujący zobowiązania wynikającego z umowy holdingowej (szkoda wierzycieli byłaby wówczas tzw. szkodą pośrednią, gdyż za bezpośrednio poszkodowanego wypadaloby uznać spółkę zależną⁵⁴), czy też chodzi tu o przyjęcie na siebie przez spółkę dominującą odpowiedzialności za wszelkie (lub tylko niektóre, lecz niekoniecznie mające związek z wykonaniem umów holdingowych) zobowiązania spółki córki⁵⁵. Wydaje

⁵⁴ Na temat tego pojęcia zob. L. S t e c k i, *Problematyka odpowiedzialności za szkodę pośrednią*, [w:] *Problemy kodyfikacji prawa cywilnego, Księga pamiątkowa ku czci prof. Z. Radwańskiego*, Poznań 1990. Trzeba jednak zaznaczyć, że w literaturze polskiej brak zgody co do tego, czy krąg uprawnionych do odszkodowania obejmuje też pośrednio poszkodowanych. Przeciwno dopuszczalności konstrukcji szkody pośredniej np. A. S z p u n a r, *Odpowiedzialność Skarbu Państwa za funkcjonariuszy*, Warszawa 1985, s. 137.

⁵⁵ Problem ten jest niewątpliwie doniosły także z tego względu, że przyjęcie pierwszego wariantu może ograniczyć dalsze rozważania (podobnie jak w punkcie poprzednim) do umów przewidujących przejęcie zarządzania, ponieważ zdaniem niektórych autorów (tak A. S z u m a ń s k i, *Ograniczona...*, s. 31; t e n ż e, [w:] *Kodeks...*, s. 96) w umowach przewidujących przekazywanie zysku spółka matka jest wyłącznie uprawnioną, zatem nie może nie wykonać zobowiązania. Wspominałem już, że pogląd ten może budzić pewne wątpliwości; ze sformułowania „umowa przewidująca przekazywanie zysku” nie wynika bowiem, że postanowienia takiej umowy muszą się ograniczać do nałożenia na spółkę córkę obowiązku odprowadzania zysku, nie jest też do końca przekonujący argument, zgodnie z którym zgłaszanie, że spółka matka odpowie za naruszenie innych postanowień umowy byłoby informowaniem o rzeczach oczywistych (treści art. 471 k.c.), gdyż także informowanie, że spółka matka odpowie za szkodę wyrządzoną naruszeniem głównych postanowień umowy holdingowej jest w tym sensie informowaniem o rzeczach oczywistych. Wydaje się, że zwłaszcza umowa przewidująca przekazywanie zysku powinna zawierać jakieś zobowiązania spółki matki, mające zrekompensować przejęcie zysku spółki córki. Inaczej umowa taka byłaby zawsze bardzo niekorzystna dla podmiotu zależnego. Uzasadnia to również, moim zdaniem, objęcie tych obowiązków spółki matki zakresem regulacji art. 7 k.s.h., ze względu na ich ścisły związek z zasadniczym obowiązkiem spółki zależnej, jakim jest odprowadzenie zysku. Trudno powiedzieć, czy sprzeciwia się temu

się, że redakcja art. 7 k.s.h. zdaje się przemawiać za drugą możliwością, ponieważ w treści § 1 tego przepisu zakres odpowiedzialności wobec wierzycieli nie jest w jakikolwiek sposób powiązany z zakresem odpowiedzialności względem spółki córki – przeciwnie, są one jakby oddzielone spójnikiem „oraz” jako odrębne kategorie.

Prześledźmy teraz jak umowa holdingowa odnieść się może do odpowiedzialności spółki matki względem wierzycieli spółki zależnej i jakie będą konsekwencje poszczególnych rozwiązań. Podobnie, jak w przypadku umowy przewidującej zarządzanie, istnieją wg art. 7 k.s.h. cztery warianty: nałożenie odpowiedzialności, jej ograniczenie, wyłączenie, wreszcie brak regulacji. Zaczniemy od końca. Jeżeli umowa holdingowa nie reguluje odpowiedzialności spółki matki za zobowiązania spółki córki wobec wierzycieli tej ostatniej, spółka matka żadnej odpowiedzialności nie ponosi, w każdym razie na pewno nie na podstawie umowy holdingowej⁵⁶. Spółki zawierające umowę holdingową są dwoma prawnie odrębnymi podmiotami (inaczej nie mogłyby w ogóle zawrzeć ze sobą umowy), nie ma zaś raczej w doktrynie polskiej sporu, że zawarcie przez A i B jakiejś umowy, a następnie jej niewykonanie przez A nie daje wierzycielom B roszczenia bezpośrednio do A⁵⁷. Byłoby tak tylko w wyjątkowych wypadkach, przy założeniu dopuszczalności szkody pośredniej i uznaniu wierzycieli za pośrednio poszkodowanych, gdyby zachodziło ściślejsze powiązanie między działaniem sprawcy a szkodą pośrednią. Po raz kolejny trzeba bowiem przypomnieć, że art. 7 k.s.h. w kwestii odpowiedzialności spółki matki nie wprowadza żadnych regulacji materialnoprawnych. Nie ma zatem sensu rozważanie wyłączenia lub ograniczenia odpowiedzialności spółki matki wobec wierzycieli, gdyż po prostu nie ma czego ograniczać ani wyłączać. Pozostaje jeszcze przyjęcie na siebie takiej odpowiedzialności w umowie holdingowej przez podmiot dominujący.

wyjątkowy charakter art. 7 (A. S z u m a ń s k i, *Ograniczona...*, s. 32; t e n Ź e [w:] *Kodeks, jw.*, s. 97), o ile bowiem można ten argument zrozumieć, jeżeli chodzi o kwalifikowanie umów między spółkami jako umów holdingowych, to w tym miejscu byłby on chyba w pełni zasadny jedynie w stosunku do ubocznych postanowień umowy, tzn. takich, które nie mają związku z kluczowym dla umowy o odprowadzanie zysku zobowiązaniem spółki córki.

⁵⁶ Zob. przypis 9.

⁵⁷ Mogą oni natomiast doprowadzić do zajęcia przysługującego B roszczenia w toku egzekucji. Podobnie będzie w upadłości.

Istota zastrzeżenia odpowiedzialności wobec wierzycieli i ich prawa do wyegzekwowania takiego zobowiązania

Także ten wariant jest problematyczny, a to z uwagi na brak wypowiedzi ustawodawcy odnośnie do treści i skutków umów holdingowych, z wyjątkiem konsekwencji niezgłoszenia (art. 7 § 3 k.s.h.). Skoro jednak mamy do czynienia z umowami nienazwanymi, musimy ograniczyć się do znanych prawu polskiemu konstrukcji. Odpowiedzialność spółki matki za wszelkie zobowiązania spółki córki wobec wierzycieli tej ostatniej nie rodzi wątpliwości tylko w rozumieniu zobowiązania się spółki dominującej wobec spółki zależnej. Gdyby więc spółka dominująca nie zapłaciła wierzycielowi, spółka córka miałaby do niej roszczenie o wyrównanie strat, jakie poniosła żeby zwolnić się ze zobowiązania. Wierzyciel nie mógłby natomiast bezpośrednio dochodzić swej wierzytelności od spółki dominującej. Prawu polskiemu nie jest bowiem znana konstrukcja, która umożliwiałaby A i B zawarcie umowy przewidującej, że A będzie odpowiadał bezpośrednio wobec wierzycieli B, (a więc osób trzecich), przy czym odpowiedzialność obejmowałaby wszystkie długi B wobec wszystkich jego wierzycieli, w tym także tych nie istniejących jeszcze w chwili zawierania umowy. Z pewnością umowa taka nie odpowiada umowie na rzecz osoby trzeciej (art. 393 k.c.), ponieważ osoba trzecia nie jest tu oznaczona ani nawet oznaczalna. Nie może to być również żaden ze znanych sposobów zabezpieczenia wierzytelności (poręczenie, gwarancja), gdyż nie jest oznaczona ani oznaczalna wierzytelność, która ma być zabezpieczona. W konsekwencji przyjęcie w umowie holdingowej przez spółkę matkę odpowiedzialności za zobowiązania spółki córki dopuszczalne jest tylko jako zobowiązanie się do zapewnienia, że wierzyciele nie będą od spółki córki żądać spełnienia świadczenia. Do odmiennego wniosku mogłoby doprowadzić jedynie przekonanie, że art. 7 § 1 k.s.h. sam jest dostateczną podstawą do prawnie skutecznego zastrzeżenia przez spółkę dominującą, że będzie ona odpowiadać wobec wierzycieli spółki zależnej. Z pewnością jednak omawiany przepis nie czyni tego w sposób wykluczający wszelkie wątpliwości.

Zgłoszenie do akt rejestrowych i skutki niezgłoszenia

Art. 7 § 3 k.s.h. określa prawne skutki niewykonania w terminie trzech tygodni od zawarcia umowy holdingowej obowiązku zgłoszenia posta-

nowień określających zakres odpowiedzialności spółki dominującej za szkodę wyrządzoną spółce zależnej przez niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania oraz zakres odpowiedzialności spółki dominującej wobec wierzycieli spółki zależnej, jak również okoliczności, że umowa odpowiedzialność taką wyłącza lub jej nie reguluje. Jako sankcję przepis przewiduje **nieważność postanowień ograniczających lub wyłączających odpowiedzialność spółki dominującej wobec spółki zależnej lub jej wierzycieli**. Czy jednak sankcja ta jest rzeczywiście daleko idąca? Poniższy przegląd możliwych sytuacji zacznę od kwestii odpowiedzialności wobec spółki córki. Oparty on też będzie na założeniu, że treść sankcji nie budzi z językowego punktu widzenia wątpliwości.

Jeżeli umowa holdingowa przewiduje, że spółka dominująca ponosi odpowiedzialność wobec spółki zależnej i odpowiedzialności tej nie ogranicza, brak zgłoszenia treści umowy do rejestru nie wywołuje żadnych skutków, ponieważ zgodnie z omawianym przepisem stwierdzać można nieważność jedynie postanowień wyłączających lub ograniczających odpowiedzialność, a takich w tym wypadku po prostu nie ma. Podobnie rzecz się ma, gdy umowa w ogóle nie reguluje kwestii odpowiedzialności. Spółka matka odpowiada wtedy w oparciu o art. 471 k.c., a ponieważ nie ma w umowie postanowień dotyczących odpowiedzialności, nie mogą być one nieważne. Jedynie w przypadku wyłączenia lub ograniczenia odpowiedzialności spółki dominującej, sankcja przewidziana w art. 7 § 3 k.s.h. ma sens.

Zdecydowanie więcej problemów przysparza jednak ocena konsekwencji niezgłoszenia okoliczności dotyczących odpowiedzialności spółki matki wobec wierzycieli spółki zależnej. Jeżeli umowa nakłada na spółkę dominującą taką odpowiedzialność, sankcja jest bezprzedmiotowa. Podobnie jest, gdy umowa nie reguluje omawianego zagadnienia – trudno przecież stwierdzać nieważność czegoś, czego nie ma. W takiej sytuacji na ogólnych zasadach spółka matka **nie odpowiada** wobec wierzycieli spółki córki. Co się natomiast dzieje, gdy umowa holdingowa wyłącza lub ogranicza odpowiedzialność? Byłoby to wyłączanie odpowiedzialności, której się nie ponosi. Z nieważności takich postanowień nic więc nie wynika, ponieważ mamy wtedy do czynienia z takim samym stanem, jak gdyby umowa zagadnienia takiej odpowiedzialności w ogóle nie uregulowała.

Można zatem, niestety, stwierdzić, że w przeważającej części art. 7 k.s.h. pozbawiony jest treści normatywnej. Jest to oczywiście konsekwencja, którą trudno zaakceptować, trzeba więc rozważyć, czy przepisów da się „uratować”.

Jedynym chyba na to sposobem byłoby przyjęcie koncepcji domniemania, które wynikać ma z art. 7 § 3 k.s.h. Domniemanie to polega na „istnieniu odpowiedzialności spółki dominującej za szkodę wyrządzoną spółce zależnej albo odpowiedzialności spółki dominującej wobec wierzycieli spółki zależnej nawet w sytuacji, gdy w umowie holdingowej nie wprowadzono postanowień ograniczających odpowiedzialność spółki dominującej wobec spółki zależnej lub jej wierzycieli”⁵⁸. To ostatnie zastrzeżenie wynika stąd, że sankcja z art. 7 § 3 k.s.h. dotyczy także „negatywnych” obowiązków rejestrowych (art. 7 § 2 k.s.h.). Dodać trzeba, iż domniemanie rozpoczyna swe działanie z upływem trzytygodniowego terminu do zgłoszenia wyciągu z umowy holdingowej do akt rejestrowych⁵⁹. Nie jest łatwo zrozumieć proponowaną konstrukcję. Przede wszystkim z samej treści art. 7 § 3 k.s.h. trudno wyprowadzić jakiegokolwiek domniemanie, w jakim znaczeniu konstrukcja ta jest używana w prawie. Artykuł 7 § 3 k.s.h. przewiduje jedynie sankcję za niewykonanie obowiązku rejestrowego i nie daje spółce dominującej możliwości uwolnienia się od niej. Nie jest to więc z pewnością domniemanie wzruszalne, które nadaje się do obalenia jakimś przeciwdowodem. Pozostaje jeszcze domniemanie *iuris ac de iure*, będące w istocie po prostu prawnie określona konsekwencja wystąpienia określonego stanu rzeczy. Abstrahując nawet od tego, że używanie w odniesieniu do takiej konstrukcji nazwy „domniemanie” nic w zasadzie nie daje, wypada stwierdzić, że w § 3 art. 7 k.s.h. brakuje również podstaw do przyjęcia domniemania niewzruszalnego. Przepis ten wyraźnie określa sankcję, a jest nią – jak już wspomniano – nieważność postanowień ograniczających lub wyłączających odpowiedzialność spółki dominującej wobec spółki zależnej bądź jej wierzycieli. Żeby zaś wynikało z niego nałożenie pełnej odpowiedzialności na spółkę dominującą, art. 7 § 3 zd. 2 musiałby mieć inną treść, np. taką:

⁵⁸ A. Szumański, *Ograniczona...*, s. 33-34; tenże [w:] *Kodeks...*, s. 100.

⁵⁹ Jw.

„W razie niezgłoszenia okoliczności podlegających ujawnieniu w terminie trzech tygodni od zawarcia umowy, spółka dominująca ponosi odpowiedzialność wobec spółki zależnej za szkodę jej wyrządzoną z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy oraz za zobowiązania spółki zależnej wobec jej wierzycieli.”

Tymczasem sankcja ogranicza się do nieważności postanowień wyłączających lub ograniczających odpowiedzialność spółki matki, co sprawia, że nie ma ona, jak wykazano, znaczenia w stosunku do odpowiedzialności wobec wierzycieli spółki zależnej. To, że art. 7 § 3 nie statuuje żadnego „domniemania” staje się jeszcze bardziej jasne, jeśli przyjrzeć się bliżej, jak wygląda odpowiedzialność spółki matki, gdy strony umowy holdingowej wykonały obowiązek rejestrowy w terminie. Gdyby bowiem przepis ten wprowadzał domniemanie odpowiedzialności spółki matki, musiałyby ono obowiązywać zawsze. W przeciwnym razie mielibyśmy do czynienia wyłącznie z sankcją niewykonania obowiązku, rodzącą „za karę” odpowiedzialność, której inaczej by nie było. Wypada uznać, że treść art. 7 k.s.h. jednoznacznie przemawia za drugą możliwością, ponieważ zgłoszenie określonych w tym przepisie okoliczności z zachowaniem wyznaczonego terminu powoduje odpowiedzialność na zasadach ogólnych, z modyfikacjami wynikającymi z umowy. Innymi słowy, np. nieuregulowanie w umowie holdingowej odpowiedzialności wobec wierzycieli spółki zależnej oznaczać będzie brak tej odpowiedzialności z podanych wyżej powodów, z kolei analogiczne pominięcie zagadnienia odpowiedzialności względem spółki córki za naruszenie umowy, nie będzie miało wpływu na obowiązywanie art. 471 k.c. Skuteczne będzie także w tym drugim przypadku wyłączenie (do granic winy umyślnej) odpowiedzialności spółki dominującej.

Inaczej obowiązek zgłaszania zakresu odpowiedzialności spółki dominującej lub okoliczność, że umowa holdingowa nie reguluje tej kwestii byłby nieracjonalny, bo wykonanie obowiązku nie miałyby wpływu na zakres odpowiedzialności spółki matki. Mogłaby się ona od niej uwolnić tylko wtedy, gdy odpowiedzialność została wyłączona w umowie, a wyciąg z treści tej umowy został zgłoszony do akt rejestrowych spółki córki w terminie. Nie ma zatem podstaw do przyjęcia, że art. 7 § 3 k.s.h. wyraża coś innego niż sankcję za niedopełnienie obowiązków rejestrowych, żeby zaś sankcja wywoływała takie konsekwencje, jakie chce się

jej przypisać, musiałaby być inaczej sformułowana (np. tak, jak zaproponowano wyżej). Inna interpretacja tego przepisu, byłaby wręcz wykładnią *contra legem*⁶⁰. Co więcej, tak istotne skutki prawne⁶¹, polegające na nałożeniu na jakiś podmiot odpowiedzialności cywilnej, także przy użyciu konstrukcji nieznanymi polskiemu prawu, nie powinny być wprowadzane z bardzo wątpliwych „domniemań”, nie znajdujących oparcia w racjonalnej wykładni sformułowań ustawowych. Wypada bowiem zauważyć, że nawet wykładnia funkcjonalna nie jest w stanie nadać art. 7 § 3 k.s.h. znaczenia wymaganego przez koncepcję domniemania. Za pomocą interpretacji celowościowej można (i trzeba) korygować błędy ustawodawcy lub konsekwencje „starzenia się” przepisu i występowania nowych zjawisk społecznych, można też próbować chronić zasługujące na to interesy poprzez szerokie lub wąskie rozumienie określonych wyrażań i zwrotów, nie jest jednak dopuszczalne rozumienie przepisu w sposób wyraźnie sprzeczny z jego brzmieniem. W szczególności nie jest dopuszczalne nakładanie tą drogą na podmioty prawa cywilnego daleko idących obowiązków, choćby wydawały się jak najbardziej słuszne. Uważam na przykład, że odpowiedzialność spółki dominującej, która zarządza spółką zależną lub której przekazywany jest zysk spółki zależnej, wobec wierzycieli takiej spółki byłaby ze wszech miar pożądana i zbytnią ostrożnością jest zasłanianie się fundamentalną zasadą braku odpowiedzialności współnika za zobowiązania spółki. Nie ulega bowiem wątpliwości, że rozwój struktur holdingowych stanowi dla tradycyjnego prawa spółek wyzwanie, któremu trudno sprostać za pomocą dotychczasowych instrumentów⁶². Z drugiej

⁶⁰ Żeby koncepcja domniemania nadawała się do obrony, musiałoby ono wynikać nie z art. 7 § 3 k.s.h., ale z § 1 lub § 2 tego artykułu. Wtedy domniemanie mogłoby być w umowie holdingowej, w braku zaś wyłączenia bądź ograniczenia spółka matka nie tylko odpowiadałaby za szkodę wyrządzoną spółce zależnej niewykonaniem lub nienależnym wykonaniem umowy (to jest oczywiste), lecz również za zobowiązania spółki zależnej wobec wierzycieli tej ostatniej. Przy takiej konstrukcji sankcja wyrażona w art. 7 § 3 byłaby jak najbardziej zrozumiała. Niestety, o czym już była mowa, z § 1 i 2 art. 7 k.s.h. nie sposób wywieść wniosku, że jeżeli strony umowy przewidującej zarządzanie spółką zależną lub odprowadzanie zysku do spółki dominującej nie uregulują kwestii odpowiedzialności spółki matki, ta odpowiada w pełni nie tylko wobec drugiej strony umowy (spółki córki), lecz także wobec jej wierzycieli.

⁶¹ Por. A. Szumański, [w:] *Kodeks...*, s. 100.

⁶² Por. przypisy 8 i 9 co do reakcji zgraniczonych systemów prawnych na to zjawisko.

jednak strony, także najsluszniejsze rozwiązania wymagają oparcia w ustawie, tego zaś w tym przypadku po prostu brak.

Ocena regulacji

W świetle powyższych rozważań ocena art. 7 k.s.h. musi być niestety negatywna. Niewątpliwie największą wadą tego przepisu jest nieudana redakcja i nieuwzględnienie podstawowych zasad polskiego prawa, jak choćby określających odpowiedzialność z tytułu niewykonania zobowiązań (art. 471 k.c.) oraz faktu, że umowa wiąże tylko strony (zagadnienie odpowiedzialności wobec wierzycieli spółki córki) czy, o dziwo, nawet zasady braku odpowiedzialności wspólnika za zobowiązania spółki. Tylko tym tłumaczyć chyba można wspólną regulację konsekwencji niewykonania obowiązku rejestrowego przy tak odmiennych sytuacjach, jak odpowiedzialność spółki dominującej wobec drugiej strony umowy holdingowej i odpowiedzialność spółki dominującej wobec wierzycieli spółki córki.

Budzi wreszcie poważne wątpliwości samo założenie regulacji, zgodnie z którym dopuszczalność zawierania umów holdingowych wynika z zasady wolności umów i nie jest w tym zakresie konieczna nawet najbardziej ograniczona interwencja ustawodawcy. Już przed wejściem w życie k.s.h. sygnalizowano poważne problemy, jakie wynikają z konfrontacji postanowień typowych umów przewidujących zarządzanie spółką zależną przez spółkę dominującą lub umów przewidujących przekazywanie zysku przez spółkę zależną z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa, a mimo to zdecydowano się na przyjęcie wyrażonego w art. 7 k.s.h. rozwiązania. W konsekwencji stosowanie tego przepisu w praktyce⁶³ może spowodować szereg komplikacji, których właśnie starano się uniknąć, nie regulując w ogóle treści umów holdingowych. Zawieranie umów holdingowych przez spółki powiązane kapitałowo wydaje się po prostu „nierozsądne”. Nie przynosząc bowiem istotnych korzyści⁶⁴, narażałoby

⁶³ W tym zakresie, w jakim da się on w ogóle zastosować.

⁶⁴ W Niemczech mimo przywilejów podatkowych (por. A. O p a l s k i, *iw.*, s. 20), jakie dają tzw. koncerty umowne, które stanowią wyraźną mniejszość, spółki (a ściślej spółki matki) wolą bowiem pozostać w tzw. koncercie faktycznym. Wydaje się natomiast, że przeceniane są niekiedy korzyści dla spółki matki, płynące ze wzrostu wiarygodności

je na daleko idącą niepewność wywołanych przez to skutków prawnych. Nieco więc tylko przejasniając, można powiedzieć, że problematyka umów holdingowych przedstawia się na gruncie art. 7 następująco: po pierwsze, nie do końca wiadomo, jakie umowy podpadają pod tą regulację, po drugie, jeżeli nawet podpadają, nie ma jasności co do tego, czy są dopuszczalne i w jakim zakresie, po trzecie, jeżeli nawet są dopuszczalne, nie bardzo wiadomo, jakie są konsekwencje niewykonania obowiązku zgłoszenia do akt rejestrowych spółki córki, przy czym wiele przemawia za tym, że nie są one szczególnie dotkliwe. Obecnie istotniejsze od sankcji przewidzianych w art. 7 § 3, które ze względu na wadliwe ukształtowanie nie powinny odgrywać większej roli, wydają się sankcje przewidziane w ustawie o krajowym rejestrze sądowym. Pozwalają one jednak tylko wymusić spełnienie obowiązku zgłoszenia do akt rejestrowych, nie mają zaś wpływu na ukształtowanie odpowiedzialności cywilnej spółki matki. Wydaje się zatem, że przepis ten należałoby zmienić przy okazji najbliższej nowelizacji k.s.h., gdyby zaś ustawodawca dalej nie chciał się wypowiedzieć bliżej na temat umów holdingowych, być może lepiej byłoby art. 7 w ogóle uchylić.

spółki zależnej, wynikające z zawarcia umowy holdingowej. Gdyby rzeczywiście tak było, umowy takie zawierano by w Niemczech zdecydowanie częściej.