

Piotr Wąż

Systematyka i istota różnych postaci koncernu

Uwagi wstępne

Cechą charakterystyczną gospodarki zachodnioeuropejskiej jest dążenie do konsolidacji kapitałowej przedsiębiorstw. Przejawem tego trendu jest występowanie w obrocie zintegrowanych zgrupowań podmiotów gospodarczych o cechach korporacyjnych, których dobitnym przykładem są koncerny. Jak zauważa S. Sołtysiński: „W ciągu ostatniego półwiecza jesteśmy świadkami eksplozji nowych form współpracy gospodarczej między różnorodnymi podmiotami gospodarczymi, które przybierają najczęściej postać zgrupowań spółek”¹. S. Włodyka stwierdza natomiast, że taka różnorodność form organizacyjnych i prawna nieokreśloność sprawia, że każda próba ich systematyki daje tylko przybliżony obraz². Uwzględniając tak kształtującą się naturę omawianej problematyki, przy dokonywaniu typologii funkcjonujących w obrocie struktur koncernowych najważniejszym zadaniem będzie możliwie jak najpełniejsze oddanie istoty łączących konkretne podmioty powiązań. Natomiast kwestia priorytetów i kryteriów prezentowanych strategii systematyki tychże zgrupowań jest już sprawą przyjętej konwencji metodologicznej.

¹ S. Sołtysiński, *Zgrupowania spółek. Zarys problematyki prawnej*, Kwartalnik Prawa Prywatnego 1993, nr 3, s. 223.

² S. Włodyka, *Prawo spółek*, Wydawnictwo Instytutu Prawa Spółek i Inwestycji Zagranicznych, Kraków 1996, s. 100.

Na gruncie prawa koncernów najczęstszym sposobem klasyfikacji jest podział koncernów na koncerny poziome i koncerny pionowe. Można by rzec, że jest to podstawowe rozróżnienie, przyjmowane przez większość przedstawicieli doktryny jako punkt wyjścia do rozważań na temat wewnętrznej struktury tej instytucji³.

W koncernie poziomym nie występuje wewnętrzny stosunek podporządkowania poszczególnych uczestników zgrupowania określonego podmiotowi. W strukturze koncernu poziomego żadnemu podmiotowi nie przysługują kompetencje w zakresie wywierania decydującego wpływu na strategię gospodarczą podmiotów w nim zgrupowanych. Uczestnicy tak ukształtowanego zgrupowania są wewnątrz równouprawnieni i względem siebie prawnie równorzędni. Wspólnie powołują ośrodek kierowniczy, którego zadaniem jest koordynacja działań koncernu jako całości. Działania ośrodka nie posiadają cech władztwa kierowniczego, a on sam nie posiada z reguły odrębnej od podmiotów zgrupowania podmiotowości. Chociaż czasem zdarza się, że może on funkcjonować w postaci spółki kapitałowej⁴. Wówczas najczęściej określa się go mianem spółki wiodącej.

Jednym z elementów stanowiących o specyfice koncernu jest stosunek dominacji-zależności zachodzący pomiędzy podmiotem dominującym

³ W polskiej doktrynie prawa przedstawicielem nieco odmiennego punktu widzenia w tym zakresie jest S. Włodyka. Autor ten rozróżnia w ramach pojęcia koncern *sensu largo*: koncerny faktyczne oraz koncerny formalne. Pierwsze z nich określa mianem holdingów, drugie zaś – zgodnie z powszechnie przyjętym w piśmiennictwie stanowiskiem – nazywa koncernami umownymi. Dalszego podziału dokonuje natomiast jedynie w ramach koncernów formalnych, wyróżniając koncerny pionowe i poziome. S. Włodyka dokonuje zatem odwrócenia szczebli klasyfikacji w stosunku do przedstawionego powyżej podziału. W mojej opinii jest to jednak jedynie pewnego rodzaju zabieg metodologiczny, wymuszony przyjętą przez autora definicją pojęcia „holding”. S. W ł o d y k a, *Prawo koncernowe*, Kraków 2003, s. 42 i nast.

⁴ S. Włodyka, opierając się na przedstawionej powyżej metodzie klasyfikacji koncernów, wśród koncernów formalnych (umownych) wyróżnia zatem koncerny poziome i pionowe. Pierwsze z nich określa mianem zrzeszeń przedsiębiorców. Natomiast do umownych koncernów pionowych zalicza koncerny funkcjonujące w oparciu o tzw. „umowy przedsiębiorstw” (niem. *Unternehmensverträge*), czyli umowę o decydującym kierownictwie oraz umowę o odprowadzanie zysków. S. W ł o d y k a, *Prawo koncernowe...*, s. 88 i nast.

a jednostką zależną. Ideą przyświecającą tworzeniu normatywnych regulacji koncernowych jest założenie, że w naturę dominacji wpisane są tendencje zmierzające do nadużywania posiadanej pozycji. Rolę antidotum na ten stan rzeczy ma odgrywać zunifikowane prawo koncernowe. W niemieckim porządku prawnym regulacja tego typu znalazła miejsce w ustawie o spółce akcyjnej⁵ (dalej: AktG). Zawarte w AktG unormowania odnoszące się do instytucji koncernu (§ 15-22 oraz § 291-328 AktG) stanowią swoisty ewenement legislacyjny w skali światowej. Praktycznie w żadnym ze współcześnie obowiązujących porządków prawnych nie spotkamy równie szczegółowych unormowań w zakresie tej problematyki. Z tego też względu rozwiązania koncernowe przyjęte przez AktG są wręcz idealnym punktem odniesienia do wszelkich rozważań dotyczących wzajemnych relacji podmiotów wchodzących w skład struktury koncernowej – również w zakresie systematyki koncernów.

W celu usystematyzowania zdarzeń stanowiących podstawy dominacji, w literaturze tematu wprowadza się kryterium źródeł powstania stosunku dominacji-zależności. Wśród tychże źródeł wyróżnia się powiązania o charakterze kapitałowym, osobowym i majątkowym.

Powiązania o charakterze kapitałowym stanowią najdonioślejsze źródło stosunku dominacji-zależności. Są one wynikiem zaistnienia uczestnictwa kapitałowego podmiotu dominującego w podmiocie zależnym. Uczestnictwo to powstaje na skutek objęcia w posiadanie udziału w kapitale podmiotu zależnego. Kluczowym warunkiem efektywnego oddziaływania na podmiot zależny jest fakt posiadania udziału w kapitale tegoż podmiotu, w skali dającej możliwość decydującego wpływania na jego sferę decyzyjną („pakiet kontrolny”).

Następnym, obok uzyskania pakietu kontrolnego, sposobem powstania stosunku dominacji-zależności są powiązania natury personalnej. Powiązania te mogą być zarówno następstwem realizowania przez podmiot dominujący tzw. uprawnień właścicielskich, jak również mogą stanowić samodzielne, niezależne od więzi kapitałowej, źródło stosunku dominacji-zależności.

⁵ Niemiecka ustawa o spółce akcyjnej (niem. *Aktiengesetz*) z dnia 6 września 1965 r. (BGBl. I S. 1089, BGBl. III 4121-1).

Natomiast stosunek dominacji-zależności wynikający z powiązań majątkowych może być następstwem różnych zdarzeń, zarówno o podłożu gospodarczym, handlowym, jak i cywilnoprawnym (np. zmiany organizacyjne związane z prywatyzacją przedsiębiorstw państwowych, prowadzenie działalności gospodarczej opartej na korzystaniu z praw bądź rzeczy należących do osób trzecich).

Z uwagi na brak stosunku dominacji-zależności, jako jednego z elementów charakteryzujących typową więź korporacyjną zachodzącą pomiędzy uczestnikami koncernu, koncern poziomy nie będzie przedmiotem dalszych rozważań, których zamysłem jest analiza zmieniającej się sytuacji spółki zależnej, ze szczególnym uwzględnieniem weryfikacji jej celów gospodarczych po „wejściu” do zintegrowanej grupy omawianych podmiotów.

Stosunek dominacji-zależności występuje natomiast w całej rozciągłości w koncernie pionowym. W ramach tego koncernu, ze względu na kryterium formy występujących powiązań wewnętrznych, wyróżnić można:

- a) koncerny umowne (formalne),
- b) koncerny faktyczne (nieformalne),
- c) koncerny mieszane.

Koncern umowny

Koncern umowy opiera swoje istnienie o formalne porozumienie pomiędzy jego uczestnikami. Ścisłej rzecz ujmując, chodzi o porozumienie pomiędzy podmiotem dominującym a podmiotem zależnym. Właśnie ta forma koncernu stanowi główny przedmiot zainteresowania niemieckiego prawa koncernowego. Analizując poszczególne przepisy AktG, można zauważyć, że niemiecki ustawodawca faworyzuje tę odmianę koncernu. Z jej powstaniem łączy się możliwość uzyskania przez zgrupowane w nim podmioty, jak również sam koncern ujmowany jako zgrupowanie podmiotów gospodarczych, szeregu korzyści zarówno w zakresie prawa spółek, jak i na płaszczyźnie prawa podatkowego⁶.

⁶ A. Opalski, *Koncern w niemieckim prawie spółek*, Przegląd Prawa Handlowego 1998, nr 2, s. 18.

Do zawarcia umowy koncernowej dochodzi pomiędzy spółką dominującą i spółką zależną. Spółka dominująca z reguły już przy podpisywaniu tej umowy występuje w charakterze akcjonariusza większościowego (posiadacza większościowego udziału) spółki zależnej. Legitymizacja pozycji dominującej ma więc tutaj niejako walor deklaratoryjny czy też bardziej następczy, stanowiący konsekwencję ukształtowanych uprzednio relacji, najczęściej o charakterze kapitałowym.

Zasadniczą konsekwencją zawarcia umowy koncernowej jest formalna konkretyzacja wzajemnych praw i obowiązków podmiotów powiązanych ze sobą w wyniku odpowiednio ukierunkowanej integracji kapitałowej. Postanowienia umów koncernowych artykułują i utrwalają swoistą więź pomiędzy jej stronami. W swym merytorycznym kształcie wykraczają one poza dziedzinę regulacji typowej dla umów o charakterze cywilnoprawnym. Koncentrują się bardziej na sferze organizacyjnej, kładąc nacisk na unormowanie aspektów wynikających z korporacyjnej natury kształtowanego stosunku prawnego. Nie mamy tutaj do czynienia ze stosunkiem o cechach „czysto” obligacyjnych czy też cechach podpadających wyłącznie pod unormowania tradycyjnego prawa spółek.

W doktrynie przyjmuje się, że umowy koncernowe są rodzajem porozumień gospodarczych, zbliżonych charakterem do umów założycielskich. Z tą jednak różnicą, że o ile umowy założycielskie tworzą ustrój nowo kształtującej się struktury, o tyle umowy koncernowe zmieniają ukształtowany już ustrój⁷. Zawarcie umowy koncernowej rodzi daleko idące następstwa w sferze ustroju podmiotu zależnego. W głównej mierze dochodzi do rewizji pierwotnego celu działalności jednostki koncernowej. Nowym motorem działań staje się obiektywnie z założenia pojmowany interes koncernu. Dotychczasowe kierunki działalności zostają podporządkowane strategii całego zgrupowania. Zmianie ulega również pozycja organów zarządzających jednostką podporządkowaną. Tracą one samodzielność decyzyjną z chwilą powstania stosunku zależności, przy zachowaniu prawnej odrębności. Wreszcie, zmianie ulega także – a może nawet przede wszystkim – sytuacja wspólników spółki zależnej, uzyskujących z chwilą powstania koncernu status wspólników mniejszościowych.

⁷ S. Włodzka, *Prawo umów w obrocie gospodarczym*, Warszawa 2001, s. 335.

Jeszcze jedna cecha umów koncernowych zbliża je do umów założycielskich, a mianowicie fakt, że zawarcie tych pierwszych kreuje twór organizacyjny, jakim jest koncern. Tym samym umowa koncernowa stanowi akt erekcyjny koncernu.

Umowy koncernowe mają charakter konsensualny i zobowiązujący, ciągły i długotrwały. W związku z tym, że stronami tych umów jest wyłącznie podmiot dominujący i podmiot zależny – mają one charakter dwustronny, w odróżnieniu od typowych umów założycielskich, które zawierane są pomiędzy wieloma podmiotami.

Najczęściej spotykaną umową koncernową jest umowa o decydującym kierownictwie (niem.; *Beherrschungsvertrag*)⁸. Istotą tej umowy jest scedowanie przez zarząd spółki zależnej na rzecz podmiotu dominującego ogółu swych uprawnień zarządczych. Akt ten ma walor swoistej delegacji kompetencji, a jego następstwem jest powstanie stosunku podporządkowania. Niezbędnym warunkiem powstania koncernu umownego jest wskazanie w treści umowy, który z podmiotów ją zawierających zajmie w koncernie pozycję dominującą. Brak stosownych postanowień w tym zakresie zagrożony jest sankcją prawnej bezskuteczności umowy. Stosownie do regulacji zawartej w § 18 w zw. z § 291 ust. 1 i 2 AktG, pomimo zawarcia umowy o przekazanie kierownictwa, nie dochodzi do powstania koncernu umownego, jeżeli przedsiębiorstwa względem siebie niezależne, poddając się w drodze tejsze umowy jednolitemu kierownictwu, nie określają jednocześnie warunku, zgodnie z którym jedno z nich będzie zależne od drugiego.

W praktyce bardzo często dochodzi do zawarcia, obok umowy o decydującym kierownictwie, także umowy o odprowadzanie zysku (niem.: *Gewinnabführungsvertrag*). Nie wyklucza się jednak zawarcia tylko umowy o odprowadzanie zysku bez jednoczesnego zawarcia umowy o decydującym kierownictwie.

⁸ W polskiej literaturze tematu można spotkać różne sposoby tłumaczenia niemieckiego określenia „Beherrschungsvertrag”. Mówi się mianowicie o „umowie o przejęciu kierownictwa”; „umowie o przekazaniu kierownictwa”, „umowie ustanawiającej pozycję dominującą”, „umowie o decydującym kierownictwie”, czy „umowie o objęciu dominacją”. Na potrzeby niniejszego opracowania, jako wiążący w tym zakresie przyjmuję zwrot „umowa o decydującym kierownictwie”.

Umowy koncernowe występują zarówno w koncernach pionowych formalnych, jak i w koncernach poziomych⁹.

Obok umów tworzących koncern, w praktyce występuje szczególnie rodzaj umowy zawieranej pomiędzy uczestnikami koncernu. Określa się ją mianem umowy ogólnej, generalnej, bazowej czy też ramowej. Swym zakresem unormowania obejmuje ona tematykę odnoszącą się do zasad współpracy wewnątrzkoncernowej. Z uwagi na przedmiot regulacji umowa ta ma walor swego rodzaju „konstytucji koncernu”. Jest aktem odrębnym od umów tworzących koncern. Treść tego typu umowy jest niejednokrotnie pomocna przy wyznaczaniu skali wpływu jednostki wiodącej na podległe jej podmioty w koncernie. Przedmiotowa umowa może bowiem konkretyzować zakres i formę stosunku dominacji-zależności. Zawarcie koncernowej umowy ramowej nie jest jednak warunkiem *sine qua non* powstania koncernu. Na uzasadnienie potrzeby zawierania tych umów podnosi się w doktrynie argument wskazujący, że ich brak znacznie potęguje prawdopodobieństwo konfliktów pomiędzy poszczególnymi uczestnikami koncernu. Konflikt wewnątrz koncernu relatywnie rzutuje na spadek efektywności całej struktury, zakłócając jej działalność. O prawnej doniosłości przedmiotowej umowy względem wewnętrznych stosunków koncernowych może świadczyć fakt, że w praktyce zawiera się je na bardzo długie okresy obowiązywania z dodatkowym zastosowaniem klauzul milczącego przedłużenia¹⁰.

W celu przykładowego zobrazowania przybliżonej materii, do której odnosić się mogą postanowienia koncernowych umów ramowych, najczęściej wskazuje się następujące obszary regulacji:

- a) określenie granic i podstawowych zasad współpracy wewnątrzkoncernowej,
- b) ustanowienie zakazu wewnętrznej konkurencji,
- c) wprowadzenie wymogu dbałości o dobre imię koncernu jako całości i związanych z tym zasad *public relations*,
- d) stworzenie procedur mających przeciwdziałać niepożądanym tendencjom odśrodkowym,

⁹ S. Włodzka, *Prawo umów...*, s. 325.

¹⁰ Z. Kubot, *Struktury holdingowe*, Zielona Góra 1993, s. 81.

e) wprowadzenie zapisu na sąd polubowny w przypadku sporów wewnętrznych oraz nadanie priorytetu zasadzie mediacyjnego załatwiania konfliktów,

f) wyznaczenie zakresu spraw stanowiących wyłączną, dyskrecyjną kompetencję spółki dominującej,

g) upoważnienie jednostek koncernowych do wzajemnego korzystania ze składników majątkowych i potencjału organizacyjno-materiałowego¹¹.

Ramowa umowa koncernowa stanowić może zatem bardzo przydatne narzędzie służące wypracowaniu czytelnych reguł wewnątrzkoncernowych. To z kolei ma przełożenie na poczucie bezpieczeństwa i pewności jednostek zależnych, stanowiąc realizację postulatu przewidywalności wewnętrznego procesu decyzyjnego.

Koncern faktyczny

W odróżnieniu od koncernu umownego, istnienie koncernu faktycznego nie jest stwierdzone żadnym oficjalnym aktem w sformalizowanej postaci. Stanowi on związek gospodarczy oparty jedynie na rzeczywistych powiązaniach o charakterze kapitałowym, majątkowym lub osobowym, które spółce dominującej stwarzają możliwość wywierania decydującego wpływu na zgrupowane w nim podmioty.

Brak formalnie obowiązującego i w przewidzianym prawem trybie należycie zarejestrowanego porozumienia, które w sposób jawny wobec wszystkich uczestników obrotu gospodarczego określałoby wzajemne relacje zachodzące pomiędzy powiązаныmi podmiotami, nie pozwala na kontrolowanie tego zjawiska w stopniu, można by rzec, co najmniej zadawalającym. Struktura organizacyjna oparta na nieformalnych powiązaniach jest swego rodzaju odstępstwem od przyjętej w praktyce gospodarczej zasady jawności i pewności obrotu. Brak możliwości formalnej weryfikacji przedmiotowych powiązań rzutuje na sferę świadomości uczestników obrotu. Stan niepewności wynikający z całkowitego braku niezbędnej, sformalizowanej informacji o rzeczywistej skali omawianych więzi, przy jednoczesnej świadomości faktycznego ich występowania, w sposób nieodparty ugruntowuje przeświadczenie o potencjalnej moż-

¹¹ A. Karolak, *Stosunki wewnątrzholdingowe*, Prawo Spółek 2001, nr 6, s. 18.

liwości zagrożenia i nadużyć ze strony tak skonstruowanego układu organizacyjnego.

Przyjęte na gruncie koncernów umownych prawne mechanizmy ochronne i reguły odpowiedzialności – w swej wzorcowej postaci – nie mają bezpośredniego zastosowania do koncernów faktycznych. Niejednokrotnie nawet zastosowanie w tym zakresie odpowiednich analogii z regulacją odnoszącą się do koncernów umownych również nie odnosi pożądanego skutku. Interes prawny akcjonariusza (wspólnika) spółki zależnej, posiadającej status jednostki koncernu formalnego, jest znacznie bardziej narażony na uszczerbek aniżeli analogiczny interes akcjonariusza (wspólnika) spółki zależnej w koncernie umownym. „Odseparowany” od uczestnictwa w procesie decyzyjnym, mniejszościowy akcjonariusz (wspólnik) zależnej spółki koncernu faktycznego zostaje praktycznie pozbawiony jakiegokolwiek wpływu na jego przebieg, zwłaszcza jeżeli jego uczestnictwo kapitałowe nie przejawia się szczególną aktywnością. Tego typu akcjonariusz (wspólnik) nie zawsze jest w stanie dostrzec potencjalne zagrożenia, jakie niesie ze sobą funkcjonowanie jego macierzystej spółki w ramach koncernu faktycznego. Najczęściej może nawet nie być świadomy faktu występowania nieformalnych więzi kapitałowych, które wpływają na losy „jego” spółki.

Z drugiej zaś strony, odformalizowana postać wewnętrznych stosunków panujących w koncernie faktycznym sprawia, że pozycja podmiotu dominującego zyskuje tutaj wyjątkowe znaczenie strategiczne. Niezwiązany jakimkolwiek obostrzeniem umownym, pozornie pozostając częstokroć poza sferą bieżącej działalności spółki zależnej, podmiot dominujący, „w białych rękawiczkach” może realizować poszczególne etapy zamierzonej polityki, nie zawsze zgodnej z celami spółki zależnej. Stan ten może prowadzić w rezultacie do pokrzywdzenia uzasadnionych interesów pozostałych wspólników spółki zależnej oraz jej wierzycieli.

Mając na uwadze owe zagrożenia, niezbędnym staje się podjęcie działań zmierzających do stworzenia instrumentów prawnych, które mogłyby przeciwdziałać negatywnym skutkom funkcjonowania koncernów faktycznych w obrocie. W świetle tak przedstawiającego się problemu, w celu ściślejszego powiązania spółki dominującej i jej przedstawicieli z następstwami zainicjowanych przez nich decyzji spółki zależnej, kluczowym zadaniem jest wypracowanie odpowiednich mechanizmów pozwalających

na ukształtowanie standardów ochrony w koncernie faktycznym co najmniej na poziomie przewidzianym dla koncernów umownych. Na gruncie niemieckiej praktyki potrzebom tym stara się wychodzić naprzeciw prawo koncernowe, wspierane przez judykaturę i doktrynę.

Ochrona współników mniejszościowych oraz wierzycieli spółki zależnej należącej do struktury koncernu faktycznego przybiera szczególną postać, będącą wyrazem uwzględnienia specyfiki omawianej konstrukcji organizacyjnej. Z ochroną tą sprzężony jest problem odpowiedzialności uczestników koncernu faktycznego. Na gruncie prawa niemieckiego stosowną regulację w tym zakresie zawiera § 311-318 AktG.

Niemiecka ustawa o spółce akcyjnej normuje jedynie niektóre aspekty wynikające z faktu zaistnienia koncernu faktycznego. Kluczowym w tej mierze zagadnieniem jest regulacja związana z odpowiedzialnością uczestników omawianej postaci koncernu. Przez pryzmat problematyki odpowiedzialności rozpatrywane są inne kwestie prawa koncernowego. Mają one jednak ograniczony zakres. Z przyczyn oczywistych nie mogą bowiem odnosić się wprost do praw i obowiązków, które są bezpośrednim następstwem zawarcia umowy koncernowej. Te zaś stanowią trzon ustawowej regulacji dotyczącej stosunków panujących w koncernie umownym. Dlatego też wielką rolę w zakresie wypracowywania odpowiednich konstrukcji prawnych, opartych na analogii stosowania prawa i ugruntowywaniu praktyki dotyczącej zasad funkcjonowania koncernów faktycznych, odegrało orzecznictwo niemieckiego Sądu Najwyższego i poglądy tamtejszej doktryny. Wypracowane w ten sposób zasady opierają się na ogólnych instytucjach niemieckiego prawa cywilnego i prawa spółek, ze szczególnym uwzględnieniem rozwiązań prawnych stosowanych w przypadku koncernów umownych¹².

Jedna z podstawowych zasad wykształconych w „trybie pozaustawowym” stanowi, że jeżeli pomiędzy różnymi przedsiębiorstwami dochodzi do powstania więzi faktycznych, dających jednemu z tych przedsiębiorstw możliwość oddziaływania na drugie z nich w sposób charakterystyczny dla przypadków, w których zawarto umowę koncernową, wówczas przedsiębiorstwo w tym układzie dominujące powinno odpowiadać na

¹² A. Opalski, *Koncern w polskim prawie spółek – porównanie z prawem niemieckim*, Przegląd Prawa Handlowego 1998, nr 7, s. 20.

takich samych zasadach, jak gdyby zawarto umowę o prowadzeniu przedsiębiorstw¹³.

W niemieckiej doktrynie wyróżnia się również kwalifikowaną postać koncernu faktycznego. Postać tę uzyskuje koncern, w którym intensywność oddziaływania ze strony podmiotu dominującego przybiera szczególne rozmiary. O ile w przypadku zwykłego koncernu faktycznego wpływ ten (czy też bardziej poszczególne jego przejawy) są relatywnie łatwe do wyodrębnienia, o tyle przy koncernie kwalifikowanym stopień jego intensywności bywa częstokroć tak duży, że w efekcie może wręcz uniemożliwiać rozgraniczenie sfery decyzyjnej podmiotu dominującego od sfery decyzyjnej podmiotu zależnego. Trudno jest wtedy określić, czy dana decyzja podjęta została w rezultacie zastosowania się do określonej treści polecenia wydanego przez podmiot dominujący, czy też jest przejawem samodzielnej woli zarządu spółki zależnej.

W literaturze tematu podnosi się jednak, że w praktyce uchwycenie subtelnej granicy pomiędzy zwykłą i kwalifikowaną formą koncernu faktycznego będzie niezwykle trudne¹⁴.

Koncern mieszany

W doktrynie prawa koncernowego za utrwalone – jak się wydaje – można uznać stanowisko o możliwości wyróżnienia obok koncernu faktycznego i formalnego jeszcze jednego typu koncernu. Zgodnie z tym założeniem, w praktyce może się zdarzyć, że grupa podmiotów tworzących koncern funkcjonuje w oparciu o podstawy mające charakter zarówno formalny (umowny), jak i faktyczny (nieformalne więzi kapitałowe, osobowe, majątkowe). W sytuacjach takich mamy do czynienia z tzw. koncernem mieszanym. Do jego powstania dochodzi w sytuacji, gdy w ramach istniejącej już struktury koncernowej, ukształtowanej na podstawie bądź to umowy o utworzeniu koncernu (koncern umowny), bądź też na podstawie nieformalnych więzi kapitałowych, osobowych czy majątkowych (koncern faktyczny), zaistnieje drugi element stwarzający

¹³ A. Susz - Kramarska, *Koncern jako źródło zagrożenia egzystencji spółki zależnej*, Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego 1997, nr 1, s. 12.

¹⁴ A. Opalski, *Koncern w niemieckim...*, s. 24.

nowy rodzaj więzi (formalnych bądź nieformalnych – w zależności od tego, jaki rodzaj więzi stanowił pierwotne źródło już istniejącego stosunku dominacji-zależności), które w obrocie gospodarczym mogłyby stanowić samodzielne źródło powstania koncernu.

Możliwe są zatem dwie supozycje opisywanego zdarzenia:

a) w koncernie umownym dochodzi do dodatkowego powstania więzi charakterystycznych dla koncernów formalnych,

b) w koncernie faktycznym dochodzi do zawarcia określonego rodzaju umowy koncernowej¹⁵.

W systemie polskiego prawa podobny charakter posiada tzw. „podatkowa grupa kapitałowa”¹⁶, działająca na zasadach wspólnoty zysków w ramach holdingu (koncernu). Również i w tym przypadku istniejące uprzednio powiązania korporacyjne o charakterze kapitałowym, w wyniku zawarcia stosownej umowy, zostają wzmocnione powiązaniem natury formalnej. Utworzenie podatkowej grupy kapitałowej uzależnione będzie od zawarcia umowy, na bazie której powiązane ze sobą kapitałowo spółki prawa handlowego będą mogły skorzystać z przewidzianych w prawie podatkowym ulg i innych udogodnień.

Wprowadzenie do klasyfikacji koncernów pojęcia „koncern mieszany” wymaga jednak przyjęcia pewnej konwencji, będącej swoistym skrótem myślowym. Podział koncernów na koncerny umowne i faktyczne dokonywany jest bowiem zasadniczo w oparciu o kryterium charakteru źródeł więzi łączących jego uczestników. Więzy te mogą mieć natomiast charakter formalny lub nieformalny (faktyczny). W świetle tak przedstawiającego się dychotomicznego podziału, koncern powstaje albo w oparciu o zawartą umowę koncernową, albo też opiera swe istnienie o powiązania nieznajdujące odzwierciedlenia w treści formalnie zawartej umowy.

Klasyczne prawo koncernowe i regulacje normatywne innych dziedzin prawa, odnoszących się do problematyki koncernów, hołdują idei legitymizacji zintegrowanych zgrupowań gospodarczych. Propagowanie jawności powiązań łączących podmioty biorące udział w obrocie gospodarczym służy skutecznieniu realizacji jednego z podstawowych zadań prawa

¹⁵ S. Włodzka, *Prawo koncernowe...*, s. 108.

¹⁶ S. Włodzka, *Prawo umów...*, s. 326.

koncernowego, jakim jest zapewnienie możliwie najszerszej ochrony koncernowym podmiotom zależnym i ich wierzycielom. Formalno-prawnemu zaistnieniu koncernu w obrocie – będącego następstwem zawarcia jednej z możliwych umów koncernowych – towarzyszy jego wejście w środowisko normatywne, sprzyjające zabezpieczeniu prawnie uzasadnionych interesów wspomnianych podmiotów. Z faktem zawarcia umowy koncernowej prawo koncernowe łączy określone obowiązki informacyjne i rejestrowe, z których wypełnieniem dochodzi ostatecznie do formalnego powstania koncernu umownego. Z tą chwilą faktyczne więzi łączące uczestników koncernu znajdują odzwierciedlenie w źródle natury formalnej. Można zatem z przekonaniem bronić tezy, że zintegrowana grupa podmiotów gospodarczych, działających pod przewodnictwem podmiotu posiadającego wewnątrz tej struktury pozycję dominującą, nosi miano koncernu faktycznego jedynie do momentu, w którym wzajemne prawa i obowiązki jej uczestników nie zostaną ujęte w treści formalnego porozumienia. Z chwilą zawarcia umowy określającej zasady funkcjonowania grupy, zwłaszcza zaś kwestie związane z odpowiedzialnością podmiotu dominującego za zobowiązania podmiotów zależnych – powstaje koncern umowny. Dychotomiczny walor omawianej klasyfikacji nie daje bowiem podstaw do wyróżniania form pośrednich pomiędzy koncernami formalnymi a faktycznymi. Zatem w konkretnym przypadku, w praktyce będziemy mieli do czynienia albo z koncernem umownym, albo też – z uwagi na brak formalnych podstaw odnoszących się do kwestii współdziałania w ramach zintegrowanej grupy podmiotów – mówić będziemy o koncernie faktycznym.

Mając na uwadze powyższe, wspomniana konwencja metodologiczna, uzasadniająca wyróżnienie „koncernów mieszanych” jako trzeciego typu koncernów, wymaga pewnego uściślenia. Wychodząc z założenia, że koncern mieszany powstaje na skutek zbiegu omawianych więzi formalnych i faktycznych, możemy wskazać na dwa momenty, w których przedmiotowy zbieg zachodzi. Punktem odniesienia dla każdego z tych momentów będzie data zawarcia umowy koncernowej. W konsekwencji możemy powiedzieć, że więzi te – w relacji do daty zawarcia umowy koncernowej – mogą mieć zarówno charakter pierwotny (istniały przed zawarciem umowy koncernowej i nie zostały objęte jej regulacją), jak i następczy (zostały wykształcone już po zawarciu umowy koncernowej).

Należy zatem z osobna poddać analizie każde z przedstawionych zdarzeń, w wyniku których dochodzi do zaistnienia „mieszanej” struktury koncertowej.

A zatem, jak już wspomniano, o koncernie mieszanym mówimy w następującym kontekście sytuacyjnym:

a) w koncernie umownym dochodzi do dodatkowego powstania więzi charakterystycznych dla koncertów formalnych.

Tego typu zdarzenia bardzo często mają miejsce w praktyce. Zawarta umowa koncertowa stanowi częstokroć jedynie początkowy etap wewnątrzkoncertowej ekspansji podmiotu dominującego. Ten ostatni, w celu utrwalenia swojej „hegemonii gospodarczej” nad pozostałymi uczestnikami koncertu i uzyskania skuteczniejszej kontroli nad całą grupą, może podejmować działania przy wykorzystaniu dodatkowych, nieformalnych więzi, których istota nie będzie podlegała postanowieniom zawartej umowy koncertowej. Tego rodzaju zbieg elementów formalnych i faktycznych determinujących politykę koncertu umownego jest w zasadzie nieunikniony. Ma to w szczególności związek z dynamiką procesów zachodzących w obrocie gospodarczym. Może również być efektem zamierzonej strategii ekonomicznej.

Na etapie tworzenia umowy koncertowej nie sposób przewidzieć wszystkich zdarzeń i wynikających z nich następstw, które mogłyby stanowić przedmiot jej regulacji, a które w przyszłości będą miały wpływ na układ sił w koncernie. Strony umowy koncertowej w chwili tworzenia jej postanowień mogą nie mieć świadomości istnienia niektórych powiązań faktycznych. Może również być i tak, że z różnych względów o istnieniu niektórych z nich celowo nie wspominają w jej treści (patrz pkt b).

To wszystko nie zmienia jednak faktu, że w omawianym przypadku będziemy mieli nadal do czynienia z koncernem umownym. Jego charakterystykę można natomiast uzupełnić wskazaniem, że posiada on również elementy właściwe koncertowi faktycznemu;

b) w koncernie faktycznym dochodzi do zawarcia określonego rodzaju umowy koncertowej.

Zgodnie z wcześniej przedstawionym stanowiskiem, w sytuacji takiej powinniśmy już jednak mówić o koncernie formalnym (umownym). Poza zakresem umowy koncertowej mogą wówczas, co prawda, pozostawać pewne kwestie odnoszące się do materii niektórych powiązań faktycz-

nych łączących strony umowy – nie zmieni to jednak faktu, że podstawową cechą legitymującą tego rodzaju zgrupowanie podmiotów będzie właśnie umowa koncernowa. To zaś klasyfikuje owo zgrupowanie w kategorii koncernów umownych.

Z tego punktu widzenia, mówiąc o umowach pomiędzy uczestnikami koncernu faktycznego, których zawarcie miałyby nadawać jego strukturze mieszany (formalno-faktyczny) charakter, nie powinniśmy uwzględniać typowych umów koncernowych (umowy o odprowadzanie zysku, umowy o decydującym kierownictwie), ponieważ ich zawarcie nie pozostaje bez wpływu na dotychczasowy status koncernu faktycznego. Problem jednak w tym, że wówczas koncepcja koncernów mieszanych zasadniczo traci sens. Chyba że staniemy na stanowisku, iż elementem formalnym, który wraz z więzami faktycznymi kształtuje mieszany charakter koncernu, może być umowa niebędąca umową koncernową, np. cywilnoprawna umowa stwarzająca możliwość oddziaływania korporacyjnego (dzierżawa, najem, sprzedaż na raty itp.).

Można również założyć odwrotność sytuacji opisanej w pkt. a. Wtedy to należałoby rozpatrywać przypadek, w którym umowa koncernowa zawierana przez uczestników koncernu faktycznego nie formalizowałaby całokształtu zachodzących między nimi powiązań faktycznych, istniejących w dacie jej finalizowania. Istotne więzi faktyczne, nieobjęte materiały umowy, mogą niejednokrotnie pozostawać w dalszym ciągu samodzielnym narzędziem oddziaływania na podmioty zależne. Czasem nawet narzędziem skuteczniejszym niż uprawnienia przysługujące podmiotowi dominującemu w świetle umowy koncernowej, gdyż niepodlegającym ewentualnym ograniczeniom w jej treści ustanowionym bądź też wynikającym z ustawy. Niemniej jednak konkluzja pozostaje wciąż ta sama: w tym przypadku powinniśmy już mówić o koncernie umownym.

Zaakceptowanie faktu istnienia koncernu mieszanego, przy uwzględnieniu powyżej przedstawionych rozważań, może prowadzić do wniosku, że koncern w czystej postaci umownej, jak również pozbawiony elementów formalnych koncern faktyczny, będą występować w praktyce niezwykle rzadko.