

Piotr Wąż

Czy potrzebne nam prawo koncernowe?¹ Niemiecka praktyka a polska rzeczywistość

Wprowadzenie

Główną przesłanką powstania niniejszej publikacji są względy natury praktycznej, wynikające z faktu niewielkiego, jak dotychczas, zainteresowania przedstawicieli polskiej doktryny prawa poruszaną w jej treści problematyką. Zagadnienia związane z funkcjonowaniem w obrocie koncernu oraz wynikające z tego faktu relacje zachodzące wewnątrz jego struktury, mające bezpośrednie przełożenie na sytuację prawną spółki zależnej, stanowią ciągle nie do końca zgłębioną dziedzinę w dorobku rodzimego piśmiennictwa prawniczego. Wśród tego rodzaju literatury nie ma nazbyt wielu opracowań poświęconych całościowemu spojrzeniu na przedmiotową materię.

W odróżnieniu od literatury prawniczej więcej uwagi poświęcono omawianym zagadnieniom w polskiej literaturze ekonomicznej. Jednakże opracowania ekonomiczne, odnoszące się do instytucji koncernu, z oczywi-

¹ Problem dotyczący nazewnictwa omawianej instytucji jest bardzo złożony, a szczegółowe rozważania w temacie wzajemnych relacji zachodzących pomiędzy pojęciami „koncern” i „holding” oraz zagadnienie przenikania się wspólnych im elementów wykraczają poza ramy tematyczne niniejszego opracowania. Na jego potrzeby przyjmuję konwencję nazewniczą, zgodnie z którą pojęcie „koncern” będzie tożsame z pojęciem „holding”, mając jednak świadomość, że jest to konwencja nieco uproszczona.

stych względów nie koncentrują się na prawnych aspektach natury stosunków łączących podmioty wchodzące w skład koncernu.

W tak przedstawiającym się stanie faktycznym zasadnie można więc stwierdzić, że poruszana problematyka została zaledwie dostrzeżona przez polską doktrynę prawniczą². Mając na uwadze praktyczną doniosłość poruszanych zagadnień, można uznać, że jest to stan częstokroć niewystarczający do przeprowadzenia w pełni rzetelnych analiz instytucji koncernu oraz zachodzących w jego ramach mechanizmów.

Sytuacja ta jest w pewnym sensie konsekwencją merytorycznego zakresu polskich aktów prawnych, odnoszących się do przedmiotowego zagadnienia. Kodeks spółek handlowych, który wśród tychże aktów – ze względu na przedmiot regulacji – posiada najlepsze „predyspozycje” ku temu, aby stać się podstawowym źródłem prawa koncernowego dla spółek handlowych, zawiera jedynie fragmentaryczną regulację omawianej problematyki (głównie art. 4-7 k.s.h.). Natomiast część szczególnie III Księgi Kodeksu cywilnego, która jest odpowiednim miejscem do zamieszczenia regulacji prawnej dotyczącej elementów umowy koncernowej, nie zawiera żadnych przepisów w tym zakresie. Sporadyczne wątki normatywne dotyczące grup kapitałowych można poza tym odnaleźć jeszcze w paru innych ustawach (np. ustawie o rachunkowości³, ustawie o podatku dochodowym od osób prawnych⁴). Jednakże te ostatnie regulują wyłącznie kwestie związane z powinnościami wynikającymi z faktu prowadzenia działalności, m.in. przez grupę spółek, na niwie stanowiącej zakres przedmiotowy konkretnej ustawy. Nie odnoszą się natomiast do samej istoty koncernu.

U podstaw takiego stanu rzeczy legły w pewnej mierze względy związane z tendencjami panującymi dotychczas w polskiej praktyce gospodarczej. Rozpatrując poruszaną tematykę, należy mieć na uwadze, że będąca w stanie ciągłych przemian polska gospodarka w głównej mierze jest kształtowana

² Podobnie S. Włodzka, *Prawo umów w obrocie gospodarczym*, Warszawa 2001, s. 329.

³ Ustawa z 29 września 1994 r. o rachunkowości (tekst jedn.: Dz.U. z 2002 r. Nr 76, poz. 694 z późn. zm.).

⁴ Ustawa z 15 lutego 1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych (tekst jedn.: Dz.U. z 2000 r. Nr 54, poz. 654 z późn. zm.).

przez praktykę funkcjonujących na jej rynku przedsiębiorstw. Mimo wyraźnych tendencji wzrostu zainteresowania problematyką koncernów na przestrzeni ostatniego dwudziestolecia, krajowa praktyka gospodarcza nie może poszczycić się na tym polu ugruntowanymi tradycjami. Rodzime koncerny powstają najczęściej w drodze tzw. „ścieżki restrukturyzacyjnej”, polegającej na reorganizacji dużych zakładów państwowych poprzez wydzielenie poszczególnych jednostek, a następnie ich przekształcenie w samodzielne spółki. Działania tego typu służą głównie uzdrowieniu kondycji finansowej i uzyskaniu rentowności. Nie są natomiast, w swym podstawowym założeniu, przejawem koncentracji kapitałowej, która jest immanentnym elementem zamysłu tworzenia klasycznego koncernu. Ścieżka restrukturyzacyjna pozbawiona jest także cechy ekspansji kapitałowej, z którą związane są z reguły bardzo duże nakłady finansowe. Większość polskich przedsiębiorstw boryka się z ogromnymi problemami ekonomicznymi, spychającymi je niejednokrotnie na krawędź egzystencji gospodarczej. Trudno w takich warunkach oczekiwać z ich strony kroków zmierzających do zmian organizacyjnych, zwłaszcza jeżeli pociąga to na wstępie potrzebę dużych inwestycji finansowych. Mimo to we współczesnych realiach gospodarczych naszego kraju coraz częściej zaczyna dochodzić do konsolidacji pojedynczych przedsiębiorstw, mających na celu współdziałanie w zorganizowanej grupie gospodarczej „na prawach” koncernu. Obecnie równie częstym jak „metoda restrukturyzacyjna” sposobem tworzenia koncernów w Polsce są przedsięwzięcia z udziałem obcego kapitału. Zachodnie koncerny, realizując politykę pozyskiwania nowych rynków zbytu, przejmują kontrolę nad rodzimymi przedsiębiorstwami prowadzącymi działalność w wymaganej branży.

Narastająca na przestrzeni ostatnich lat intensywność występowania omawianej instytucji w praktyce nie przekłada się jednak na zdecydowane działania legislacyjne polskiego ustawodawcy, który na omawianym polu prezentuje postawę swobodnego minimalizmu normatywnego. Nieodpartym staje się bowiem wrażenie, że ustawodawca ten nie zamierza tworzyć prawa niejako „na zapas”, powstrzymując się z ewentualną ingerencją legislacyjną do momentu, gdy samokształtująca się praktyka koncernowa będzie już na tyle dojrzała, aby „ubrać” ją w odpowiednie normy prawne. Do tego czasu wystarczającą ma okazać się aktualnie obowiązująca, fragmentaryczna regulacja kodeksowa. Na obronę obecnego stanu rzeczy

podnosi się m.in. argument, według którego polski ustawodawca nie nawiązał do wzorca niemieckiego, mając na względzie, że pełna regulacja prawa koncernowego w Niemczech tylko skomplikowała istniejącą w tej materii praktykę, ze względu na wyłonienie się nowych, dotychczas nie znanych problemów prawnych⁵.

Czy jednak jest to zasadna argumentacja? Czy można uznać, że omawiana regulacja kodeksowa jest skutecznym „strażnikiem” interesu wspólników (akcjonariuszy) mniejszościowych oraz wierzycieli spółek zależnych?

Jako odpowiedź na tak postawione pytanie stawiam tezę, że system polskiego prawa obecnie nie zawiera wymaganych unormowań prawa koncernowego w zakresie niezbędnym dla zapewnienia należytej ochrony spółce zależnej, jej wspólnikom mniejszościowym, a także wierzycielom tejże spółki. Przesłanki, którymi kierowali się legislatorzy przy tworzeniu polskiej regulacji prawa koncernowego w obecnym jej kształcie, jakiegokolwiek by nie były, nie uwzględniły w pełni potrzeb współczesnej praktyki gospodarczej.

Po przystąpieniu Polski do Unii Europejskiej omawiany problem nabiera szczególnego znaczenia. Obok zagadnień związanych z ochroną wspomnianych grup interesu, na uwagę zasługują również aspekty z zakresu strategii gospodarczej. Oto bowiem większość polskich przedsiębiorców będzie zmuszona do prowadzenia działalności na rynkach wymagających sporej elastyczności organizacyjnej. Sprostanie zmieniającym się warunkom koniunkturalnym przychodzi z większą łatwością zorganizowanym grupom gospodarczym. Koncerny, mając „w swych szeregach” podmioty o częstokroć różnej specyfice działalności, łatwiej przystosowują się do wymogów stawianych przez konkurencję. Zdobywając konkretny rynek, podejmują działania za pośrednictwem tego spośród zgrupowanych podmiotów, który w zastałych uwarunkowaniach może zapewnić adekwatny do koniunktury asortyment świadczeń czy też działań pozwalających na skuteczną konkurencję. Tak zorganizowana forma prowadzenia działalności gospodarczej nie jest czymś nowym w światowej praktyce gospodarczej. Pomijając w tym miejscu rozważania natury

⁵ A. Szumański, [w:] S. Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szawała, *Kodeks spółek handlowych*, t. I: *Komentarz do artykułów 1-150*, Warszawa 2001, s. 88.

historycznej, wystarczy tylko dla przykładu wspomnieć, że właściwie cała gospodarka Niemiec zorganizowana jest na bazie koncernów.

Niemiecka regulacja koncernowa

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. Uzasadnieniem dla tworzenia szczegółowych unormowań odnoszących się do wzajemnych relacji pomiędzy podmiotami tworzącymi zintegrowane grupy kapitałowe jest potrzeba ustanowienia prawnych mechanizmów ochronnych, zabezpieczających uczestników obrotu gospodarczego przed negatywnymi następstwami funkcjonowania koncernów.

Jednym z elementów stanowiących o istocie koncernu jest stosunek dominacji-zależności zachodzący pomiędzy podmiotem dominującym a jednostką zależną. Ideą przyświecającą tworzeniu normatywnych regulacji koncernowych jest założenie, że w naturę dominacji wpisane są tendencje zmierzające do nadużywania przez spółkę dominującą posiadanej w strukturze koncernu pozycji. Rolę antidotum na ten stan rzeczy ma odgrywać zunifikowane prawo koncernowe.

Zawarta w niemieckiej ustawie o spółce akcyjnej⁶ (dalej: AktG) regulacja prawna, odnosząca się do instytucji koncernu (§ 15-22 oraz § 291-328 AktG), stanowi swoisty ewenement legislacyjny w skali światowej. Praktycznie w żadnym ze współcześnie obowiązujących porządków prawnych nie spotkamy równie szczegółowych unormowań w zakresie tej problematyki. Niemieckim pierwowzorem „zainspirowane” zostały również stosowne regulacje takich państw, jak: Austria, Portugalia, Brazylia, Chile, Chorwacja czy Słowenia. W swej treści są one częstokroć dosłownym powieleniem odpowiednich unormowań AktG. Niemieckie wzorce koncernowe nie są również obojętne twórcom nowo kształtującego się europejskiego prawa spółek.

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

Współcześni przedstawiciele doktryny nie są całkowicie zgodni co do generalnej oceny niemieckich rozwiązań z zakresu prawa koncernowego. Pomimo to można pokusić się o stwierdzenie, że przeważającą jest opinia, według której postanowienia AktG, w części dotyczącej prawa koncernowego, stanowią bardzo udaną regulację prawną. Większość spośród tych rozwiązań ocenia się niemalże jako wzorcowe. Stąd też raz po raz, w większym czy mniejszym stopniu, są one recypowane przez różne porządki prawne na całym świecie. Oczywiście, jak każda niemal regulacja prawna, również i ta posiada swoje wady. Niemniej jednak, na chwilę obecną jest ona najlepszym przykładem źródła prawa koncernowego w skali międzynarodowej.

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.

W prawie niemieckim, w odróżnieniu od koncernu spółki akcyjnej, funkcjonowanie koncernu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością nie znajduje oparcia w akcie rangi ustawy. Niemiecka ustawa o spółce z ograniczoną odpowiedzialnością⁷ (dalej: GmbHGes) nie zawiera analogicznych do ustawy o spółce akcyjnej regulacji prawnych, odnoszących się do instytucji koncernu. Niezbędnym było zatem stworzenie w środowisku spółek z o.o. adekwatnych mechanizmów ochronnych dla zależnych spółek tego typu, ich współników mniejszościowych oraz wierzycieli tychże spółek. Praktyka odpowiedniego stosowania postanowień AktG w zakresie prawa koncernowego względem spółek z o.o. jest wynikiem wypracowania przez doktrynę i orzecznictwo właściwych niemieckiemu prawu spółek analogii. I tak przyjmuje się, że do spółek z o.o. znajduje zastosowanie ogólna część ustawy o spółce akcyjnej (§ 15-19)⁸, zawierająca m.in. definicję:

- podmiotów powiązanych (§ 15 AktG),

⁷ Niemiecka ustawa o spółce z ograniczoną odpowiedzialnością (niem. *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung*) z dnia 20 kwietnia 1892 r. (RGBl. S. 477, BGBl. III 4123-1).

⁸ A. Opalski, *Koncern w niemieckim prawie spółek*, Przegląd Prawa Handlowego 1998, nr 2, s. 18.

- przedsiębiorstw znajdujących się w posiadaniu większościowym i przedsiębiorstw mających udział większościowy (§ 16 AktG),
- przedsiębiorstw zależnych i panujących (§ 17 AktG),
- koncernu i przedsiębiorstw koncernu (§ 18 AktG) oraz
- przedsiębiorstw posiadających wzajemne udziały (§ 19 AktG).

Doktryna i orzecznictwo starają się jednak również wykorzystywać w odpowiedni sposób inne jeszcze unormowania ustawy o spółce akcyjnej. Jednym z kluczowych wyroków, który zapoczątkował praktykę odpowiedniego posiłkowania się regulacją ustawy o spółkach akcyjnych w zakresie koncernów z udziałem spółek z o.o., jest orzeczenie niemieckiego Sądu Najwyższego w sprawie Die „Supermarkt” - Entscheidung⁹, w którym stwierdzono, że do spółki z o.o. mają zastosowanie znane w prawie o spółkach akcyjnych warunki umów o cesji uprawnień władczych oraz o odprowadzaniu zysku.

W § 291 i 292 AktG został ustanowiony katalog ustawowych umów o prowadzenie przedsiębiorstwa. Na podstawie tej regulacji można dokonać następującego podziału umów koncernowych:

- 1) umowy w sprawie utworzenia koncernu poziomego,
- 2) umowy w sprawie utworzenia koncernu pionowego, w ramach których można wyróżnić:
 - a) umowę o decydującym kierownictwie (niem. *Beherrschungsvertrag*),
 - b) umowę o odprowadzanie zysków (niem. *Gewinnabführungsvertrag*),
 - umowę o odprowadzenie całego zysku,
 - umowę o częściowe odprowadzenie zysku,
 - umowę o wspólnotę zysku¹⁰.

W prawie niemieckim zarówno umowa o decydującym kierownictwie, jak i umowa o odprowadzanie zysku stanowią typ umów nazwanych. Ustawa o spółce akcyjnej określa *essentialia negoti* każdej z nich. W praktyce zawarcie umowy o decydującym kierownictwie jest najpowszechniejszym sposobem zawiązania koncernu umownego. Niezbędnym

⁹ Wyrok niemieckiego Sądu Najwyższego z dnia 24 października 1988 r. (BGH NJW 1989, 295, DB 1988, 2623 ünd GmbHR 1998, 389).

¹⁰ S. Włodzka, *Prawo koncernowe*, Kraków 2003, s. 83.

elementem treści tej umowy jest formalne wykreowanie stosunku dominacji-zależności poprzez wskazanie podmiotu dominującego i zależnego (§ 291 ust. 2 AktG). Możliwość wywierania wpływu na jednostkę zależną, jako jeden z kluczowych elementów charakteryzujących koncernowy stosunek dominacji-zależności, zyskuje z tą chwilą podstawę formalno-prawną. Najbardziej typowym przejawem tego uprawnienia jest prawo do wydawania wiążących wskazówek (niem. *Weisungen*) zarządowi spółki zależnej (§ 308 AktG). Przy zachowaniu odpowiednich warunkowań wskazówki te mogą mieć nawet negatywny charakter. Z uprawnieniem tym związana jest odpowiedzialność ustawowych przedstawicieli podmiotu dominującego z tytułu szkody wyrządzonej spółce zależnej na skutek niezachowania wymaganej ustawą staranności przy wydawaniu wskazówek (§ 309 ust. 1 i 2 AktG), a także skorelowana z tą odpowiedzialnością solidarna odpowiedzialność członków zarządu i rady nadzorczej spółki zależnej w przypadkach, w których członkowie tych organów działali z naruszeniem własnych obowiązków. Do przedmiotowo istotnych elementów umowy o decydującym kierownictwie można zaliczyć również określenie zasad odpowiedniego wyrównania (§ 304 AktG) oraz odszkodowania (§ 305 AktG).

Natomiast przez umowę o przejęcie zysku spółka zależna zobowiązuje się do przekazania swojego zysku podmiotowi dominującemu (§ 291 ust. 1 AktG). Z faktem zawarcia tej umowy sprzężony jest obowiązek przejęcia przez spółkę dominującą całości strat bilansowych spółki zależnej (§ 302 AktG). Do przedmiotowo istotnych elementów umowy o przejęcie zysku należą postanowienia dotyczące zakresu i sposobu odprowadzania zysku, a także postanowienia odnoszące się do zasad odpowiedniego wyrównania oraz odszkodowania. Wśród *essentialia negotii* omawianego typu umowy koncernowej należy również wskazać na obowiązek określenia najwyższej kwoty odprowadzanego zysku. Umowa o odprowadzanie zysku rodzi również szczególne konsekwencje w dziedzinie prawa podatkowego. Stanowi bowiem podstawę do uzyskania przez koncern tzw. statusu jedności podatkowej (niem. *Organschaft*)¹¹.

Niemiecka ustawa o spółce akcyjnej w sposób szczegółowy reguluje proces tworzenia koncernu umownego w oparciu o każdą z omawianych

¹¹ Szerzej A. Opalski, *Koncern w niemieckim...*, s. 20.

umów. Przebiega on przez trzy etapy: przygotowawczy, zatwierdzający i rejestracyjny. Ustawa ta reguluje także kwestie proceduralne związane ze zmianą, wypowiedzeniem, rozwiązaniem i ustaniem umowy koncernowej (§ 293-298 AktG).

Zawarcie umowy koncernowej i spełnienie wymogu jej rejestracji legalizuje całkowitą integrację koncernu, stanowiąc jednocześnie akt inkorporacji spółki zależnej do struktury koncernowej. Fakt ten pociąga za sobą zmianę kierunków polityki gospodarczej spółki zależnej. Przekazanie uprawnień władczych na rzecz podmiotu dominującego stwarza niebezpieczeństwo nienależytego rozporządzenia majątkiem spółki zależnej. W związku z tym, obok problemu ochrony interesu samej spółki zależnej, pojawia się także problem zabezpieczenia interesu prawnego jej wierzycieli, których wierzytelność zabezpieczona jest tym właśnie majątkiem.

Zamysł stworzenia odpowiednich mechanizmów ochronnych w omawianym zakresie przyświecał niemieckiemu ustawodawcy przy tworzeniu przepisów § 300-303 AktG. Przewidują one cztery podstawowe obowiązki spoczywające na podmiocie dominującym:

- a) obowiązek utworzenia ustawowego funduszu rezerwowego (§ 300 AktG),
- b) zakaz przekraczania najwyższej kwoty odprowadzanego zysku (§ 301 AktG),
- c) obowiązek przejęcia strat spółki zależnej (§ 302 AktG),
- d) obowiązek zabezpieczenia interesów wierzycieli spółki zależnej (§ 303 AktG).

Fundusz rezerwowy służy stworzeniu rezerw finansowych, zabezpieczających pokrycie ewentualnych strat powstałych w okresie funkcjonowania spółki zależnej w strukturze koncernowej. Jego istnienie ma przeciwdziałać „drenażowi” majątku spółki zależnej, dokonywanego bez uprzedniego zabezpieczenia jej zobowiązań.

Zgodnie z treścią § 301 AktG, bez względu na to, jakie podjęto postanowienia dotyczące obliczania zysku przeznaczonego do odprowadzenia, na rzecz koncernu może zostać odprowadzony zysk spółki zależnej, stanowiący co najwyżej nadwyżkę roczną, powstałą bez odprowadzania zysku, pomniejszoną o przejęcie strat z poprzedniego roku i o kwotę, jaką należy wnieść na rzecz funduszu rezerwowego.

Spółka dominująca jest również zobowiązana do wyrównywania ujemnego wyniku finansowego, wykazanego w bilansie spółki zależnej na koniec każdego roku obrotowego, w całym okresie obowiązywania umowy koncernowej. Obowiązek ten istnieje niezależnie od tego, czy pomiędzy faktem zaistnienia niedoboru a działaniem spółki dominującej istnieje związek przyczynowy, czy też związku takiego nie ma. Spółka dominująca nie może się więc uchylić od jego wypełnienia, wykazując brak swojej winy.

W związku z tym, że obowiązek przejęcia strat wygasa z chwilą ustania umowy koncernowej – powstaje potrzeba zabezpieczenia finansowego spółki zależnej i jej wierzycieli w odpowiednim okresie następującym bezpośrednio po tym wydarzeniu. Dlatego też, zgodnie z treścią § 303 AktG, podmiot dominujący zobowiązany jest do zabezpieczenia roszczeń wierzycieli spółki zależnej, powstałych w okresie, obowiązywania umowy koncernu i podniesionych w ciągu 6 miesięcy od momentu ogłoszenia w rejestrze handlowym wpisu o ustaniu umowy koncernowej.

W następstwie zmian kierunku polityki gospodarczej spółki zależnej, wynikających z faktu wejścia do struktury koncernu, rewizji podlegają jej dotychczasowe relacje wewnętrzne. Wspólnicy mniejszościowi mogą nie być zainteresowani dalszym pozostawianiem w spółce, w nowo ukształtowanym układzie organizacyjnym. Natomiast ci spośród wspólników, którzy mimo wszystko zamierzają pozostać w spółce zależnej po jej przystąpieniu do koncernu, mają wszelkie podstawy ku temu, aby odczuwać zagrożenie ze strony podmiotu dominującego, posiadającego większościowy pakiet akcji (większościowy udział).

Niemiecka ustawa o spółce akcyjnej stara się wychodzić naprzeciw temu problemowi wprowadzając dwie instytucje zabezpieczające interesy wspólników mniejszościowych, tj.:

- a) „odpowiednie wyrównanie” (§ 304 AktG) oraz
- b) „odpowiednie odszkodowanie” (§ 305 AktG).

Stosownie do powyższego, akcjonariusze mniejszościowi, którzy zdecydowali się pozostać w spółce zależnej w charakterze wspólnika, mają prawo do uzyskania „odpowiedniego wyrównania”. Natomiast akcjonariusze podejmujący decyzję o opuszczeniu spółki zależnej mogą zażądać od spółki dominującej „odpowiedniego odszkodowania”.

Dotychczas przedstawione unormowania znajdują bezpośrednie zastosowanie do koncernów umownych, czyli tego rodzaju zgrupowań go-

spodarczych, które swoje istnienie opierają na formalnym porozumieniu zawartym pomiędzy jego uczestnikami. Ścisłej rzecz ujmując, chodzi tutaj o porozumienie pomiędzy podmiotem dominującym a podmiotem zależnym.

W odróżnieniu od koncernu umownego, istnienie koncernu faktycznego nie jest stwierdzone żadnym oficjalnym aktem w postaci umowy. Ten typ koncernu stanowi związek gospodarczy oparty jedynie na rzeczywistych powiązaniach, najczęściej o charakterze kapitałowym, stwarzających możliwość wywierania nacisku przez spółkę dominującą na zgrupowane w nim podmioty.

Pomimo że problem zapewnienia osobom trzecim należytej ochrony w warunkach koncernu faktycznego uważany był zawsze za jedną z najtrudniejszych i najbardziej kontrowersyjnych kwestii w prawie koncernowym – niemiecki ustawodawca podjął próbę normatywnego uregulowania koniecznych elementów tej ochrony. Wśród tych elementów należy wyróżnić:

a) zakaz działania na szkodę spółki zależnej, wyrażony przez określenie granic dopuszczalnego wpływu (§ 311 AktG),

b) obowiązek zrekompensowania negatywnych skutków wydania niekorzystnych poleceń i wynikająca z niego odpowiedzialność przedsiębiorstwa panującego i jego przedstawicieli (§ 317 AktG),

c) instytucję sprawozdania o stosunkach z przedsiębiorstwem powiązany, w ramach której można wskazać:

– obowiązek sporządzenia sprawozdania przez zarząd spółki zależnej i wynikająca z niego odpowiedzialność członków zarządu tej spółki (§ 312 AktG i § 318 ust. 1 AktG),

– obowiązek kontrolny członków rady nadzorczej i płynąca z niego odpowiedzialność tych członków (§ 314 AktG i § 318 ust. 2 AktG),

– kontrolę sprawozdania przez rewidenta do spraw sprawozdań rocznych (§ 313 AktG),

– kontrolę szczególną sprawozdania, zainicjowaną przez akcjonariusza spółki zależnej (§ 315 AktG).

Niedoskonałości regulacji ustawowej, odnoszącej się do ochrony grup interesów w koncernie faktycznym, sprawiają, że w doktrynie mocno akcentowana jest potrzeba posiłkowania się pozaustawowymi konstrukcjami prawnymi, do których należą:

a) obowiązek lojalności wspólników wobec spółki (niem. *Treuepflicht*) oraz

b) odpowiedzialność wspólników spółki kapitałowej (tu: spółki dominującej) za jej zobowiązania, w oparciu o koncepcję przebiccia (niem. *Durchgriff*).

Chociaż obie te instytucje odnoszą się do kwestii odpowiedzialności wspólnika, to różnica pomiędzy nimi jest istotna. Obowiązek lojalności stanowi podstawę ewentualnych roszczeń w ramach odpowiedzialności „wewnętrznej” wspólnika spółki zależnej, które mogą być dochodzone przez samą spółkę lub jej wspólników. Natomiast odpowiedzialność wspólnika na zasadzie przebiccia stanowi wyraz odpowiedzialności „zewewnętrznej” tego wspólnika bezpośrednio wobec wierzycieli spółki zależnej.

Obowiązek lojalności nie znajduje oparcia w konkretnych unormowaniach ustawowych. Jako instytucja prawa koncernowego wypracowany został przez niemiecką doktrynę i orzecznictwo niemieckiego Sądu Najwyższego. Jego istota zawiera się w założeniu, zgodnie z którym działania sprzeczne z pierwotnym celem spółki są niedozwolone. Pierwotnie założony cel spółki, dla urzeczywistnienia którego została ona powołana do życia, stanowi wyznacznik gospodarczej poprawności podejmowanych w jej ramach działań. Każdy wspólnik obowiązany jest do powstrzymania się od czynienia użytku z przysługujących mu uprawnień korporacyjnych, jeżeli w efekcie ich urzeczywistnienia po stronie spółki bądź innych wspólników powstałby uszczerbek nieznajdujący uzasadnienia z punktu widzenia zasad słuszności. Dotyczy to w szczególności wspólnika większościowego. Fundamentalnym orzeczeniem, które utrwaliło obowiązek lojalności wśród kanonów niemieckiego prawa koncernowego, był wyrok Sądu Najwyższego w tzw. „sprawie ITT”¹². Zgodnie z jego sentencją udziałowiec większościowy nie może wykorzystywać swojej pozycji i związanych z nią uprawnień do wpływania na zarząd spółki zależnej w celu działania na niekorzyść udziałowców mniejszościowych. Szkada powstała w wyniku nadużycia pozycji dominującej w tym przypadku pociąga za sobą odpowiedzialność wobec wspólników mniejszo-

¹² Wyrok niemieckiego Sądu Najwyższego z dnia 5 czerwca 1976 r. (AZ II ZR 23/74, BGHZ 65, S. 15 ff = NJW 1976, S. 191 ff)

ściowych w oparciu o normę § 43 GmbHGes (niezachowanie staranności dobrego i sumiennego kupca).

Jednym z głównych czynników decydujących o atrakcyjności prowadzenia działalności gospodarczej w formie spółki kapitałowej jest zasada braku osobistej odpowiedzialności wspólników (akcjonariuszy) za jej zobowiązania. Wierzytelności kontrahentów spółki zabezpieczone są jej majątkiem. To z niego będzie prowadzona ewentualna egzekucja, gdy w przypadku zakończenia działalności przez spółkę niezaspokojone pozostaną roszczenia jej wierzycieli. Wspólnik ryzykuje zatem co najwyżej utratą swego udziału ucieleśnionego w substracie majątkowym spółki. Zasadę nieodpowiedzialności osobistej wspólnika spółki kapitałowej za jej zobowiązania można więc uznać za bardzo komfortowe rozwiązanie z punktu widzenia tychże wspólników. Z drugiej jednak strony należy pamiętać o tym, że zasada ta kreuje stan stwarzający możliwość unikania negatywnych konsekwencji własnych działań, co w następstwie może prowadzić do szeregu nadużyć ze szkodą dla osób trzecich. Na zagrożenia tego typu szczególnie narażeni są wspólnicy mniejszościowi spółek zależnych uczestniczących w koncernie i wierzyciele tychże spółek. Z tej też przyczyny w doktrynie podnoszone są głosy, ażeby w pewnych przypadkach, w ramach koncernu, dopuścić możliwość odstąpienia od omawianej zasady. Odstępstwo to pozwoliłoby na pociągnięcie do odpowiedzialności wspólnika większościowego spółki zależnej, którym najczęściej jest sam podmiot dominujący w koncernie. Oczywiście dotyczy to wyłącznie przypadków, w których szkoda została spowodowana przez zawinione działanie tego podmiotu. Na uzasadnienie omawianej tezy przywołuje się najczęściej argumenty oparte na bliżej niezdefiniowanych zasadach słuszności i sprawiedliwości. Osiągnięciu wymaganych w tym zakresie celów służyć ma wspomniana koncepcja tzw. przebicia. Zasadność stosowania tej koncepcji wzbudza liczne kontrowersje. Pomimo to, niemiecki Sąd Najwyższy, a w ślad za nim przedstawiciele niemieckiej doktryny, nie odrzucają w sposób kategoriyczny przedmiotowej koncepcji, dostrzegając potrzebę jej zastosowania w ściśle określonych, wyjątkowych przypadkach¹³.

¹³ Szerzej na ten temat O. Szejner, *Odpowiedzialność przebijająca i przesłanki jej stosowania w niemieckim prawie handlowym*, Palestra 1997, nr 9-107, s. 126-127.

Przedstawiony problem sięga jednak jeszcze dalej. Wątpliwości wzbudza bowiem także kwestia podstaw prawnych, na jakich ma się opierać wierzyciel dochodzący swych roszczeń od współnika większościowego. Niemieckie sądy, rozstrzygając sprawy w tym zakresie, z reguły skłaniają się ku stosowaniu zasady odpowiedzialności deliktowej. Takie podejście nie budziłoby zastrzeżeń, gdyby nie definicja deliktu przyjęta w niemieckim kodeksie cywilnym (§ 823 i 826 BGB)¹⁴, zgodnie z którą odpowiedzialność za delikt ponosi sprawca, któremu można przypisać jedynie winę umyślną. „Niemiecki delikt” nie obejmuje zatem winy nieumyślnej, przez co w omawianej sytuacji nie wchodzi w grę postawienie współnikowi większościowemu zarzutu niedbalstwa. Na ten mankament zwracają również uwagę przeciwnicy konstrukcji „przebicia”¹⁵.

Pomimo krytyki, z jaką spotyka się koncepcja przebicia, jej zamysł został przyjęty w Projekcie Dziewiątej Dyrektywy Rady Wspólnot Europejskich (art. 29 projektu).

Oddziaływanie ze strony podmiotu dominującego w ramach koncernu faktycznego niejednokrotnie przyjmuje postać trwałego, silnie zintensyfikowanego wpływu na sferę decyzyjną spółki zależnej. Wpływ ten niejednokrotnie przybiera na sile do tego stopnia, że powstały w tych warunkach układ można odnieść do sytuacji, w której zawarto umowę o decydującym kierownictwie. Dochodzi wówczas do wykształcenia się kwalifikowanej postaci koncernu faktycznego. Zgodnie z przeważającym w doktrynie poglądem, o kwalifikowanej formie koncernu faktycznego decyduje fakt istnienia stanu charakteryzującego się w sposób ewidentny „bardzo intensywnym kierownictwem i poważną ingerencją” w sferę działalności spółki. W praktyce jednak w wielu przypadkach bardzo trudno będzie ustalić, czy w danej sytuacji mamy już do czynienia z kwalifikowaną postacią koncernu, czy też jest to ciągle jego postać zwykła.

W niemieckim piśmiennictwie prawniczym dość szeroko reprezentowany jest pogląd, że fakt powstania kwalifikowanej postaci koncernu faktycznego pociąga za sobą określone następstwa i obowiązki po stronie podmiotu dominującego. Przyjmuje się, że ich zakres należy wyznaczyć

¹⁴ Niemiecki kodeks cywilny (niem. *Bürgerliches Gesetzbuch*) z dnia 18 sierpnia 1896 r. (RGBl. S. 477, BGBl. III 4123-1).

¹⁵ A. Opalski, *Koncern w polskim prawie spółek – porównanie z prawem niemieckim*, Przegląd Prawa Handlowego 1998, nr 7, s. 28.

analogicznie do sytuacji prawnej podmiotu dominującego w koncernie umownym. Podstawową rolę w tym zakresie odgrywa obowiązek przejęcia strat (analogia z § 302 AktG) oraz odpowiedzialność za utracone korzyści (analogia z § 303 AktG).

Przyjęcie takiego stanowiska stanowi logiczną konsekwencję faktu, że jeżeli podmiot wykonuje władztwo w zakresie i w sposób charakterystyczny dla przypadków, w których zawarto umowę koncernową, wówczas jest zobowiązany zadbać o interesy spółki i osób trzecich w taki sposób, jak gdyby umowa taka była rzeczywiście zawarta.

Ciągle sporna pozostaje kwestia podstaw odpowiedzialności podmiotu dominującego w kwalifikowanym koncernie faktycznym. Orzecznictwo nie wypracowało dotychczas jednolitego stanowiska w tym przedmiocie. Niemiecki Sąd Najwyższy wielokrotnie rozstrzygał w sprawach związanych z tą problematyką, wydając nierzadko skrajne orzeczenia. W doktrynie wyodrębniono dwie możliwe w tym zakresie koncepcje. Pierwsza z nich opiera się na zasadzie winy, natomiast druga – to niezależna od winy, tzw. teoria obiektywnej odpowiedzialności za powstały stan. Dyskusja pomiędzy zwolennikami obu koncepcji nie została jeszcze zakończona¹⁶.

Celem przeprowadzonej analizy regulacji zawartej w AktG było wykazanie potrzeby tworzenia normatywnego wzorca stosunków koncernowych, który byłby pomocny w zakresie kształtowania właściwej praktyki gospodarczej w ramach zintegrowanych grup kapitałowych. Bardzo obszerny zakres przedmiotowy tematyki unormowanej w AktG nie zapobiegł co prawda powstawaniu licznych problemów w praktyce, ale dzięki zawartym w swej treści konstrukcjom prawnym pozwala doktrynie i judykaturze w sposób aktywny kształtować praktykę koncernową. Fakt ten sprawia, że współcześnie obowiązujące niemieckie prawo koncernowe, będące konglomeratem norm ustawowych oraz zasad ukształtowanych przez orzecznictwo i naukę prawa, stanowi zwarty i funkcjonalny system o charakterze uniwersalnym, stanowiący źródło inspiracji prawotwórczej dla porządków prawnych różnych państw na całym świecie.

Jednym z państw, które do swojego ustawodawstwa wprowadziło rozwiązania normatywne wypracowane w niemieckim prawie koncernowym, jest Polska.

¹⁶ Szerzej A. Opalski, *Koncern w niemieckim...*, s. 24.

Polska regulacja koncernowa

W polskim porządku prawnym brak jest zunifikowanego systemu norm, które można byłoby określić mianem prawa koncernowego. Kodeks spółek handlowych zawiera jedynie kilka przepisów, które odnoszą się do tej problematyki. Jest to regulacja zawarta w art. 4-7 k.s.h., którą wraz z grupą tzw. przepisów uszczelniających można uznać za normatywny zaczątek polskiego prawa koncernowego.

Wobec tak przedstawiającego się stanu prawnego, przy rozpatrywaniu wielu aspektów związanych z funkcjonowaniem w obrocie zintegrowanej grupy podmiotów niezbędnym będzie posiłkowanie się odpowiednimi normami prawa cywilnego, prawa spółek oraz wykształconymi i przyjętymi w polskim porządku prawnym zasadami i pozaustawowymi konstrukcjami prawnymi.

W polskim ustawodawstwie brak jest wspólnej dla wszystkich dziedzin prawa definicji koncernu (holdingu). Potrzeba uregulowania sytuacji prawnej grupy kapitałowej o cechach korporacji realizowana jest poprzez zdefiniowanie i unormowanie skutków prawnych jej istnienia wyłącznie dla potrzeb konkretnej ustawy. Nie inaczej jest z regulacją dotyczącą prawa koncernowego zawartą w kodeksie spółek handlowych, który, normując problematykę koncernową, nie posługuje się jednak wprost pojęciem „koncern”. W swej treści odnosi się jedynie do instytucji i stanów faktycznych, które w doktrynie powszechnie uznaje się za elementy prawa koncernowego i jako takie zalicza do zakresu pojęciowego tej problematyki. Można zatem powiedzieć, że kodeks spółek handlowych „mówi” o koncernie nie wprost, lecz poprzez istotne elementy konstrukcji tej instytucji, zawarte w treści jego słowniczka (art. 4 k.s.h.). Chodzi tutaj przede wszystkim o pojęcie spółki dominującej czy spółki powiązanej.

Fragmentaryczność kodeksowej regulacji prawa koncernowego przejawia się nie tylko w ograniczonej ilości norm odnoszących się do tego zagadnienia, ale również w ograniczonym zakresie podmiotowym tychże norm. Generalnie rzecz ujmując, można stwierdzić, że zawarte w kodeksie spółek handlowych normy prawa koncernowego odnoszą się wyłącznie do stosunku dominacji-zależności, w którym w roli podmiotu dominującego występują spółki handlowe, natomiast w roli podmiotu zależnego wyłącznie spółki kapitałowe i spółdzielnie.

Regulacja zawarta w art. 7 k.s.h. stwarza swoiste podwaliny pod system norm polskiego prawa koncernowego. Pomimo to, iż charakter materialnoprawny przedmiotowego przepisu jest kwestionowany, nie sposób nie zauważyć, że nawet tak ukształtowana treść zawartych w nim uregulowań pozwala na wyciągnięcie pewnych wniosków normatywnych, mających istotne znaczenie dla określenia przyszłych kierunków polskiego prawa koncernowego.

Kodeks spółek handlowych nie dokonuje wyliczenia potencjalnie możliwych do zastosowania w praktyce umów koncernowych, jak czyni to § 291 ust. 1 AktG, wspomina jedynie w sposób bardzo ogólny o dwóch rodzajach tego typu umów:

- „umowie przewidującej zarządzanie spółką zależną” oraz
- „umowie przewidującej przekazywanie zysku przez spółkę zależną”.

Umowy te mają status umów nienazwanych. Sam fakt powołania w treści kodeksu nie stwarza podstaw do uznania ich za umowy nazwane. Kodeks spółek handlowych nie określa bowiem *essentialia negotii* tychże umów, ale ogranicza się jedynie do wzmianki o możliwości uregulowania za ich pośrednictwem zasad odnoszących się do kwestii związanych z odpowiedzialnością spółki dominującej.

Kodeks spółek handlowych nie reguluje procedury zawierania umowy koncernowej. Przewiduje jedynie wymóg uzyskania zgody zgromadzenia wspólników (art. 228 pkt 6 k.s.h.) albo walnego zgromadzenia (art. 393 pkt 7 k.s.h.) na jej zawarcie. W pozostałym zakresie znajdują więc zastosowanie odpowiednie przepisy kodeksu cywilnego.

W moim przekonaniu brak w kodeksie spółek handlowych odpowiednich unormowań odnoszących się do takich kwestii jak wymóg sporządzenia przez zarządy spółki zależnej i dominującej, na etapie przygotowania do zawarcia umowy koncernowej, stosownego sprawozdania, ustalającego zasady rozliczenia się ze wspólnikami mniejszościowymi spółki zależnej (wyrównanie, odszkodowanie), a także kontrola tego sprawozdania przez biegłego rewidenta pod względem poprawności zapisów projektu umowy koncernu, odnoszących się do rozliczeń ze wspólnikami mniejszościowymi, jest stanem niepożądanym i wymagającym pilnej interwencji ustawodawcy.

Jednak mankamenty polskiego prawa koncernowego nie kończą się na braku omawianych procedur rozliczeniowych na etapie tworzenia

koncernu umownego. Pozycję wspólników mniejszościowych i wierzycieli spółki zależnej w polskim koncernie umownym dodatkowo osłabia fakt, że z zawarciem umowy koncernowej prawo polskie nie wiąże żadnego z obowiązków wymienionych w niemieckiej ustawie o spółce akcyjnej, w § 300-303 AktG. Stoję na stanowisku, że brak w polskim porządku prawnym powszechnie obowiązujących przepisów wprowadzających omawiane obowiązki, szczególnie zaś obowiązek przejęcia strat i obowiązek udzielenia zabezpieczenia wierzycielom spółki zależnej, w wielu przypadkach sprzyja naruszaniu interesów wspólników mniejszościowych i wierzycieli spółki zależnej.

Praktycznie jedynym przepisem kodeksu spółek handlowych traktującym w ogóle o zagadnieniach związanych z odpowiedzialnością w ramach koncernu jest art. 7 k.s.h. Jednakże przepisowi temu nie sposób przyznać waloru normy ustanawiającej jakiegokolwiek reguły materialnoprawne. Analiza jego treści skłania do twierdzenia, że ma on walor normy formalnoprawnej, odnoszącej się wyłącznie do kwestii proceduralnych związanych z obowiązkiem rejestracyjnym¹⁷. Przepis ten sankcjonuje fakultatywność obowiązku ujęcia w umowie koncernu postanowień odnoszących się do zasad odpowiedzialności podmiotu dominującego. W świetle art. 7 k.s.h. umowa koncernowa może poruszany aspekt:

- w ogóle przemilczeć;
- wskazać jedynie, że kwestie odpowiedzialności nie stanowią przedmiotu jej regulacji bądź też
- ograniczyć, a nawet zupełnie wyłączyć odpowiedzialność spółki dominującej.

Poza przytoczoną regulacją kodeks spółek handlowych nie normuje szczegółowych kwestii związanych z odpowiedzialnością spółki dominującej czy też jej przedstawicieli w przedmiotowym zakresie, jak czyni to § 309 AktG w ramach koncernu umownego („odpowiedzialność ustawowych przedstawicieli przedsiębiorstwa panującego”) czy § 317 AktG w ramach koncernu faktycznego („odpowiedzialność przedsiębiorstwa panującego i jego ustawowych przedstawicieli”).

Poszukując możliwych do zastosowania rozwiązań, które mogłyby wypełnić tę swoistą lukę prawną, uwzględnić należałoby nie tylko od-

¹⁷ Szerzej S. Włodzka, *Prawo koncernowe...*, s. 110.

powiednie normy i instytucje kodeksu cywilnego (art. 415 i nast. oraz 471 i nast. k.c.) i prawa spółek (np. prawo zaskarżenia uchwały, *actio pro socio*). Słusznym wydaje się być również argument postulujący skorzystanie z doświadczeń zachodniej doktryny w omawianej dziedzinie. Rozważając tego rodzaju ewentualność, w pierwszej kolejności rozpatrzyć należy kwestię zastosowania na gruncie polskiego prawa spółek koncepcji „przebicia” oraz szerszego wykorzystywania koncepcji obowiązku lojalności.

Wprowadzona przez kodeks spółek handlowych regulacja odnosząca się do problematyki koncernowej, pomimo swej fragmentaryczności, stanowi istotny punkt wyjścia zarówno do rozważań doktrynalnych, jak i do prawokształtującej działalności orzecznictwa. Wydaje się, że wpływu obu tych czynników na krystalizację polskich praktyk koncernowych nie sposób przecenić. Niemniej jednak interwencja ustawodawcy mająca na celu wzbogacenie i uszczegółowienie obowiązującej już w przedmiotowej sferze regulacji będzie mimo wszystko wskazana w najbliższym czasie.