

Izabela Gębala

Cywilnoprawny charakter umowy, której przedmiotem jest przekazywanie zysku w świetle regulacji art. 7 § 1 kodeksu spółek handlowych

Rozwój współczesnej gospodarki prowadzi do zgrupowania interesów podmiotów prowadzących działalność gospodarczą. Jest to związane z faktem, że skoncentrowani przedsiębiorcy są w stanie ponieść duże koszty związane z wprowadzeniem nowych technologii oraz kosztów zarządzania. Ubocznym wynikiem koncentracji przedsiębiorców jest uzyskanie pozycji pełnego lub większościowego monopolu na rynku¹. Takie zgrupowanie przedsiębiorców służy np. zapewnieniu sobie większego rynku zbytu, poprawy jakości świadczonych usług, osiągnięcia możliwie najniższych kosztów wytwarzania lub minimalizowania kosztów transakcyjnych, stworzenia warunków do skutecznej kontroli i elastyczności w zarządzaniu czy też wykorzystania przywilejów podatkowych².

Pewność obrotu rodzi potrzebę wprowadzenia mechanizmów prawnych obejmujących problematykę powiązań gospodarczych między przedsiębiorcami.

Pojęcie koncentracji jest zarówno pojęciem ekonomicznym, jak i pojęciem prawnym wyrosłym na tle prawnej regulacji³. Zgrupowanie przedsiębiorców może przybierać różne formy, stąd pojawiają się rozmaite

¹ S. Włodzka, *Prawo koncernowe*, Kraków 2003, s. 13.

² J. Toborek-Mazur, *Holding w aspekcie prawnym, bilansowym i podatkowym* Kraków 2005, s. 66-67.

³ S. Włodzka, *Prawo...*, s. 15.

terminy na ich oznaczenie, np. koncern, holding, grupa kapitałowa, kartel, konsorcjum. Terminologia pojęć koncern i holding nie jest jednolita, w doktrynie występują rozbieżne stanowiska w tym zakresie⁴.

Koncentracja gospodarcza w typie zgrupowania spółek unormowana jest w kodeksie spółek handlowych. Jego przepisy nie posługują się jednak osobną nazwą (ustawodawca nie skorzystał z żadnego z powołanych wyżej pojęć koncernu i holdingu), wskazują natomiast jako ich podstawę wydzielenie relacji „podmiot dominujący – podmiot zależny” (art. 4 § 1 pkt 4 k.s.h.) lub „stosunek dominacji” (zwłaszcza art. 6 § 1 k.s.h.). Sama nazwa zgrupowanie przedsiębiorców (spółek) została sformułowana przez doktrynę.

Ustawodawca, regulując w kodeksie spółek handlowych szczątkowo⁵ kwestię powiązań gospodarczych i określając wynikające z relacji: dominacja – zależność obowiązki rejestrowe, wskazał w art. 7 § 1 k.s.h.

⁴ S. Włodzka, *Strategiczne umowy. Pojęcie holdingu w prawie polskim*, [w:] *Księga pamiątkowa ku czci prof. L. Steckiego*, Toruń 1997, s. 400 i nast.; A. Szumański, *Regulacja prawna holdingu w polskim i europejskim prawie spółek (zagadnienia pojęciowe)*, Przegląd Prawa Handlowego 1996, nr 8, s. 1 i nast., s. 197 i nast.; D. Fuchs, *Tworzenie i funkcjonowanie akcyjnych grup kapitałowych*, Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego 1996, nr 11, s. 2 i nast.; J. Jacyszyn, *Spółka spółek*, Rejent 1993, nr 6, s. 27 i nast.; A. Karolak, *Instytucja holdingu*, Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego 2001, nr 2; A. Opalski, *Koncern w niemieckim prawie spółek*, Przegląd Prawa Handlowego 1998, nr 2, s. 17 i nast.; tenże, *Koncern w polskim prawie spółek – porównanie z prawem niemieckim*, Przegląd Prawa Handlowego 1998, nr 7, s. 20 i nast.; S. Sołtyśński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja, *Zgrupowanie spółek. Zarys problematyki prawnej*, Kwartalnik Prawa Prywatnego 1993, nr 3, s. 223 i nast.; L. Stecki, *Holding*, Toruń 1999; A. Susz-Kramarska, *Koncern jako źródło zagrożenia egzystencji spółki zależnej*, Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego 1997, nr 1, s. 7 i nast.; S. Włodzka *Strategiczne umowy...*, s. 491 i nast. za T. Siemiątkowski, R. Potrześcz, *Komentarz do kodeksu spółek handlowych. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością*, Warszawa 2001, s. 58-59, a ponadto T. Leipert, *Istota koncernu a art. 4 § 1 pkt f k.s.h.*, Przegląd Prawa Handlowego 2006, nr 2, s. 52-53; T. Saranowicz, *Regulacja prawna holdingu w k.s.h.*, Radca Prawny 2003, nr 6, s. 78 i nast.; M. Wojtyczek, *Dopuszczalność zawierania tzw. umów holdingowych w świetle przepisów kodeksu spółek handlowych*, Prawo Spółek 2002, nr 5, s. 27 i nast.

⁵ A. Szumański, *Ograniczona regulacja prawa holdingowego (prawa grup spółek) w kodeksie spółek handlowych*, Państwo i Prawo 2001, nr 3, s. 23; R. Szczęsny, *Konieczność zatwierdzania umowy holdingowej przez akcjonariuszy spółek handlowych*, Przegląd Prawa Handlowego 2005, nr 5, s. 54; A. Karolak, *Prawne mechanizmy ochrony spółki córki oraz jej wierzycieli w strukturze holdingowej*, Prawo Spółek 2001, nr 5, s. 3; M. Poźniak-Niedzielska, *Funkcjonowanie spółki dominującej w świetle przepi-*

dwa rodzaje umów, które mogą być przez takie powiązane podmioty zawierane, tj. umowę przewidującą zarządzanie spółką zależną oraz umowę przewidującą przekazywanie zysku przez taką spółkę⁶.

Mając powyższe na uwadze, wydaje się uzasadnione zawieranie tego rodzaju umów w formie aktu notarialnego. Należy bowiem zwrócić uwagę na to, iż dokonanie czynności przed notariuszem – z racji tego, że w zakresie swoich uprawnień działa on jako osoba zaufania publicznego⁷, – powoduje, iż dokument będący urzeczywistnieniem tych czynności ma moc urzędową⁸. Zgodnie zaś z dyspozycją art. 244 § 1 k.p.c. dokumenty urzędowe, sporządzone w przepisanej formie przez powołane do tego organy państwowe w zakresie ich działania, stanowią dowód tego, co zostało w nich urzędowo zaświadczone. Jak słusznie akcentuje się w doktrynie, notariusz jest powołany do dokonywania czynności, którym strony są zobowiązane lub pragną nadać formę notarialną. Innymi słowy, notariusz sporządza akt notarialny, jeżeli wymaga tego przepis prawa lub taka jest wola stron⁹. Skoro w odniesieniu do spółek kapitałowych wymagana jest forma aktu notarialnego dla uchwał o połączeniu spółek metodą *per incorporationem* oraz dla uchwały spółek łączących się metodą *per unionem*¹⁰, to tym bardziej wydaje się uzasadnione, żeby umowa będąca konsekwencją powstania powiązań pomiędzy spółkami (relacja spółka matka – spółka córka) została zawarta w tej formie, mimo braku prawnego obowiązku w tej materii.

sów k.s.h., Przegląd Prawa Handlowego 2002, nr 10, s. 6. Jednocześnie, jak wynika z uzasadnienia do projektu zmian w kodeksie spółek handlowych z dnia 12 grudnia 2003 r. (druk sejmowy z 2003 r., nr 1666 pkt 7, s. 32), sam ustawodawca w odniesieniu do art. 7 k.s.h. postuluje się pojęciem „tzw. mała regulacja prawa concernowego”.

⁶ Zob. S. Włodzka, *Prawo...*, s. 35; S. Sołtysiński, *Zgrupowania spółek...*, s. 223 i nast.; S. Sołtysiński, *Prawo handlowe. Spółki handlowe. Umowy gospodarcze*, red. A. Koch, J. Napierała, Kraków 2002, s. 15 i nast.; A. Szumanski, *Ograniczona regulacja...*, s. 20 i nast.

⁷ Zob. art. 2 § 2 ustawy z dnia 14 lutego 1991 r. – Prawo o notariacie (Dz.U. z 2002 r. Nr 42, poz. 369 z późn. zm.).

⁸ Zob. art. 2 § 1 ww. ustawy.

⁹ E. Gniewek, *O uniwersalnej zasadzie przestrzegania prawa przez notariusza*, [w:] *II Kongres Notariuszy Rzeczypospolitej Polskiej. Referaty i opracowania*, red. A. Oleszko, R. Szytk, Poznań-Kluczbork 1999, s. 45-46.

¹⁰ J. Frąckowiak, *Znaczenie formy notarialnej w polskim prawie spółek na tle prawa Unii Europejskiej*, Rejent 1998, nr 4, s. 13.

Interesująca z punktu widzenia dalszych rozważań jest umowa przewidująca przekazywanie zysku przez spółkę zależną. W przeciwieństwie bowiem do umowy przewidującej zarządzanie spółką zależną, gdzie spółka dominująca jest głównym świadczeniodawcą, rodzi ona co do zasady wyłącznie zobowiązanie po stronie spółki zależnej¹¹. Jest to także specyficzne zobowiązanie, albowiem polega na przekazywaniu zysku, a więc transferu środków pieniężnych „wypracowanych” przez spółkę zależną, do osiągnięcia którego taka spółka została stworzona.

Niewątpliwie umowa o przekazywaniu zysku przez spółkę zależną spółce dominującej jest umową cywilnoprawną. Przesądza o tym treść art. 2 k.s.h., który stanowi, że w sprawach nieuregulowanych w tej ustawie stosuje się przepisy kodeksu cywilnego ze wskazaniem, iż jeżeli wymaga tego właściwość (natura) stosunku prawnego spółki handlowej, to przepisy kodeksu cywilnego stosuje się odpowiednio. Przepis ten jest wyrazem koncepcji jedności prawa cywilnego¹². Zasada ta ma swoje odzwierciedlenie w treści art. 1 k.c. poprzez wskazanie zakresu zastosowania tego aktu prawnego do wszelkich stosunków cywilnoprawnych, a więc zawieranych nie tylko w obrocie powszechnym, ale także w obrocie profesjonalnym (między przedsiębiorcami). Jednocześnie u podstaw opracowania projektu kodeksu spółek handlowych, a następnie uchwalenia tej ustawy¹³, leżało dostosowanie jego treści do obowiązującej w polskim prawie prywatnym zasady monizmu prawa cywilnego¹⁴.

¹¹ Oczywiście może zostać zawarty kontrakt pomiędzy spółką dominującą i zależną, w którym spółka dominująca – niejako w charakterze ekwiwalentu otrzymanego zysku od spółki zależnej – będzie na jej rzecz świadczyć, np. poprzez dostarczenie jej wiedzy technologicznej *know-how*.

¹² J. Okolski, W. Opalski, *Znaczenie prawa handlowego w świetle koncepcji jedności prawa cywilnego*, Przegląd Prawa Handlowego 1992, nr 1, s. 1.

¹³ W dniu 15 września 2000 r. i w konsekwencji wejścia w życie tego aktu prawnego z dniem 1 stycznia 2001 r., Dz.U. z 2000 r. Nr 94, poz. 1037 z późn. zm.

¹⁴ Podczas prac Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego nad opracowaniem kodeksu spółek handlowych zwracano uwagę nie tylko na przyjętą koncepcję jedności prawa cywilnego, ale także na trudności związane z wytyczeniem zakresu prawa obligacyjnego, swoistego osobno dla prawa cywilnego i prawa handlowego, jako przykład podając konieczność wyodrębnienia bliźniaczych typów umów nazwanych. S. Sołtysiński, A. Szajkowski, J. Szwaja, *Założenia reformy prawa spółek handlowych*, Prawo Spółek 1997, nr 6, s. 2-3.

W literaturze przedmiotu wskazuje się, że ustawodawca, opierając się na zasadzie swobody kontraktowania wynikającej z art. 353¹ k.c., nie przesądził o wykreowaniu nowych typów umów, nakazując jedynie obowiązek zgłaszania do rejestru spółki zależnej wyciągu z nich w zakresie odpowiedzialności spółki dominującej za szkodę wyrządzoną spółce zależnej oraz odpowiedzialności spółki dominującej w stosunku do wierzycieli spółki zależnej¹⁵.

W przepisie tym mowa jest bowiem o umowach przewidujących zarządzanie spółką zależną oraz przewidujących przekazywanie zysku przez spółkę zależną, nie zaś o kontraktach o zarządzanie spółką zależną lub o przekazywanie zysku przez taką spółkę¹⁶. Oznacza to więc, że oceny prawnej tych umów należy dokonywać przez pryzmat przepisów kodeksu cywilnego traktujących o zobowiązaniach¹⁷.

Wydaje się, że mogą tu mieć zastosowanie regulacje dotyczące zobowiązań w ogólności, skoro umowy te nie są także stypizowane w kodeksie cywilnym, a co przemawia za włączeniem ich do grupy tzw. umów nienazwanych.

Konsekwencją takiego stanu rzeczy jest to, że kontrahenci, zawierając tego rodzaju umowę, mogą dowolnie kształtować jej treść. Jedynym zaś ograniczeniem tej swobody jest konieczność rozstrzygnięcia przez strony o odpowiedzialności kontraktowej spółki dominującej za szkody mogące wystąpić z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy oraz o odpowiedzialności spółki dominującej za zobowiązania spółki zależnej. Nie oznacza to jednak, że wspomniane klauzule regulujące skutki prawne przejęcia zarządzania lub przekazywania zysku stanowią *essentialia negotii* tych umów, gdyż przemawia za tym treść § 2 przepisu art. 7 k.s.h., normującego obowiązek ujawnienia w rejestrze okoliczności, że umowa koncernowa w ogóle nie reguluje lub wyłącza odpowiedzialność spółki

¹⁵ T. Siemiątkowski, R. Potrześcz, *Komentarz do kodeksu spółek handlowych...*, s. 59 i nast., za M. Poźniak-Niedzielska, *Funkcjonowanie spółki dominującej w świetle przepisów k.s.h.*, Przegląd Prawa Handlowego 2002, nr 10, s. 6; podobnie A. Karolak, *Prawne mechanizmy...*, s. 11; A. Szumański, *Ograniczona regulacja...*, s. 29.

¹⁶ M. Wojtyczek, *Dopuszczalność zawierania tzw. umów holdingowych w świetle przepisów kodeksu spółek handlowych*, Prawo Spółek 2002, nr 5, s. 30.

¹⁷ A. Szumański, *Ograniczona regulacja...*, s. 28.

dominującej za szkodę wyrządzoną spółce zależnej czy względem wierzycieli spółki zależnej. W doktrynie wskazuje się, że gdyby przyjąć odmienne stanowisko, to przepis ten w zakresie jego zastosowania byłby bezprzedmiotowy¹⁸. Należy zgodzić się z poglądem, że *ratio legis* tak sformułowanego przepisu art. 7 k.s.h. stanowi jedynie stworzenie pewnych mechanizmów kontrolnych umów koncernowych pod kątem niebezpieczeństwa wyrządzenia szkody przez spółkę dominującą spółce zależnej lub jej wierzycielom w ramach realizacji umowy¹⁹.

W literaturze przedmiotu do przykładowych postanowień tego rodzaju umowy zalicza się: określenie celów działania struktury holdingowej, wspólnej polityki marketingowej, ustalenie zasad funkcjonowania całej struktury holdingowej, w tym wpływu podmiotu dominującego na działania podmiotów zależnych, wspólną politykę kadrową, tworzenie systemu kontroli realizacji wspólnych celów, a także ustalenie zasad przepływu środków finansowych, udzielania kredytów, wymiany wzajemnych świadczeń²⁰. Ciekawą kwestią poruszaną w doktrynie, która mogłaby zostać uwzględniona w zapisach kontraktu, jest możliwość utworzenia zarządu holdingu, którym zazwyczaj będzie zarząd spółki dominującej lub rada nadzorcza holdingu, w skład której wchodzić będą prezesi zarządów spółek uczestniczących w strukturze²¹.

Przyjmując zatem cywilnoprawny charakter umowy, której przedmiotem jest przekazywanie zysku, należy przywołać definicję umowy, tzn. informację, że stanowi ona czynność prawną dwustronną, czyli taką, w której udział biorą dwie strony. Dwustronny charakter umowy nie oznacza, iż zawsze ta czynność prawna będzie rodziła zobowiązanie po

¹⁸ A. Szumański, *Ograniczona regulacja...*, s. 29-30; podobnie T. Targosz, *Art. 7 k.s.h. – czy rzeczywiście załączek regulacji prawa holdingowego?* Rejent 2003, nr 1, s. 111.

¹⁹ R. Szczęsny, *Konieczność zatwierdzania...*, s. 57.

²⁰ S. Włodzka, *Prawo koncernowe...*, s. 94-96; A. Szumański, [w:] S. Sołtyś iński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, t. I, Warszawa 2001, s. 95-96; M. Wojtyczek, *Dopuszczalność...*, s. 32-33; A. Karolak, *Stosunki wewnątrzholdingowe*, *Prawo Spółek* 2001, nr 6, s. 17-19, za *Kodeks spółek handlowych – komentarz*, red. J. Strzępka, komentarz do art. 7 k.s.h., Warszawa 2005.

²¹ M. Wojtyczek, *Dopuszczalność...*, s. 32-33 za *Kodeks spółek handlowych – komentarz...*

każdej ze stron. Innymi słowy, w dziedzinie zobowiązań umowy mogą mieć charakter jednostronny lub dwustronnie zobowiązujący²².

W świetle powyższego powstaje bowiem pytanie, czy jeżeli przedmiotem tego rodzaju umowy jest świadczenie polegające na przekazywaniu zysku przez spółkę zależną, to oznacza to, że umowa ta zawsze będzie mieć charakter jednostronnie zobowiązujący?

Należy udzielić przeczącej odpowiedzi w tej materii. Skoro bowiem – jak wskazano wyżej – strony kontraktu mogą ułożyć stosunek prawny według własnego uznania, implikuje to przyjęcie, że spółka dominująca i spółka zależna w umowie mogą przewidzieć określone zobowiązanie po stronie podmiotu dominującego jako ekwiwalent świadczenia spółki zależnej polegający na przekazywaniu zysku. Kontrakt taki może być również skonstruowany jako umowa jednostronnie zobowiązująca²³.

W doktrynie wyrażony został pogląd, że umowa o przekazywaniu zysku przez spółkę zależną będzie mieć charakter wyłącznie jednostronnie zobowiązujący, gdyż „w tym przypadku zobowiązanym jest spółka zależna jako ponosząca koszty dominującej, zaś spółka dominująca jest uprawnionym”, co z kolei wiąże się z przyjęciem braku odpowiedzialności spółki dominującej za naruszenie umowy, skoro to ona jest uprawniona²⁴. Pojawiły się także głosy postulujące wprowadzenie do takiej umowy konkretnych obowiązków wzajemnych spółki-matki, skoro umowa ograniczająca się tylko do transferu zysków nie przynosiłaby spółce-córcie żadnych korzyści²⁵. Przyjąć zatem należy, że z punktu widzenia rentowności spółki zależnej wskazane byłoby ujęcie w umowie ekwiwalentu ze strony spółki-matki poprzez np. określenie zobowiązania spółki dominującej do zagwarantowania dostępu do zaawansowanych technologii²⁶.

Niemniej jednak prawnie dopuszczalne jest zawarcie umowy, której przedmiotem jest wyłącznie przekazywanie zysku przez spółkę zależną. Jaki charakter ma zatem świadczenie polegające na przekazywaniu zysku,

²² W. Czachórski, *Zobowiązania zarys wykładu*, Warszawa 1999, s. 129 i 131.

²³ T. Sójka, [w:] *Europejskie prawo spółek*, t. II: *Instytucje prawne dyrektywy kapitałowej część 2*, red. M. Cejmer, J. Napierała i T. Sójka, Kraków 2005, s. 228.

²⁴ A. Szumański, [w:] S. Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja, *Kodeks spółek handlowych...*, s. 96, za T. Sójka, [w:] *Europejskie prawo spółek...*, s. 229.

²⁵ T. Targosz, *Art. 7 k.s.h...*, s. 111.

²⁶ T. Sójka, [w:] *Europejskie prawo spółek...*, s. 229.

w szczególności gdy nie towarzyszy mu żadne świadczenie ze strony podmiotu dominującego? Czy można traktować przekazanie zysku jako świadczenie pieniężne w rozumieniu przepisów prawa cywilnego, skoro zysk jest kategorią prawną egzemplifikującą środki finansowe przedsiębiorcy?

W literaturze przedmiotu wskazuje się, że umowa przewidująca odprowadzanie zysku nie kreuje dla spółki dominującej „typowej” wierzytelności, która staje się wymagalna niezależnie od sytuacji majątkowej spółki zależnej. Powstanie bowiem roszczenia o przekazanie zysku jest uzależnione od określonych zdarzeń w ramach stosunku korporacyjnego, a więc od wykazania w sprawozdaniu finansowym spółki zależnej zysku²⁷.

Zysk jest bowiem pewną kategorią ekonomiczną. Mając na uwadze powyższe, istotne znaczenie ma tu regulacja ustawy z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości (Dz.U. z 1994 r. Nr 21, poz. 591 z późn. zm.), gdzie już w słowniczku ustawodawca posługuje się terminem „zysk” w relacji do terminu „przychód”, wskazując w art. 3 ust. 1 pkt 30, że „przez przychody i zyski rozumie się uprawdopodobnione powstanie w okresie sprawozdawczym korzyści ekonomicznych o wiarygodnie określonej wartości w formie zwiększenia aktywów albo zmniejszenia wartości zobowiązań, które doprowadzą do wzrostu kapitału własnego lub zmniejszenia jego niedoboru w inny sposób niż wniesienie środków przez udziałowców i właścicieli”. Kluczowe znaczenie ma tu pojęcie sprawozdania finansowego jako instrumentarium służącego do ustalenia zysku i jego wysokości. Zgodnie bowiem z art. 45 ust. 2 powołanego wyżej aktu prawnego, sprawozdanie finansowe składa się z kilku części, tj. bilansu, rachunku zysków i strat oraz informacji dodatkowej obejmującej wprowadzenie do sprawozdania finansowego oraz dodatkowych informacji i objaśnień.

Z powyższego wynika zatem, że zysk to pewna wartość wyrażona w pieniądzu, ale czy to z kolei może prowadzić do wniosku, iż mamy tu do czynienia ze zobowiązaniem o charakterze pieniężnym? Raczej tak, mimo że, jak wskazano wyżej, roszczenie o wypłatę zysku nie jest wierzytelnością w klasycznym rozumieniu, skoro dla podmiotu dominu-

²⁷ Tamże, s. 230.

jącego roszczenie to powstanie dopiero z chwilą ziszczenia się określonych zdarzeń polegających na wykazaniu w sprawozdaniu finansowym zysku. Powstanie tej wierzytelności uzależnione jest bowiem od zdarzenia przyszłego i niepewnego. Można więc przyjąć, że świadczenie o przekazywanie zysku ma charakter warunkowy, co oznacza, że w sytuacji, gdy spółka zależna w danym roku obrotowym zysku nie osiągnie, nie powstanie po stronie spółki dominującej roszczenie o wypłatę takiego zysku. Jak zatem, mając na uwadze powyższe rozważania, należy zakwalifikować roszczenie o przekazanie zysku?

Przedmiotem stosunków cywilnoprawnych są rzeczy – przedmioty materialne, zgodnie z dyspozycją art. 45 k.c. Pieniądz zaś jest szczególną odmianą rzeczy. Cechą, która go odróżnia od innych rzeczy jest to, że w zasadzie w obrocie cywilnoprawnym decyduje suma, którą wyraża dana liczba znaków pieniężnych, a nie ich rodzaj²⁸. Przedmiotem zaś świadczenia pieniężnego (w odróżnieniu od świadczeń o charakterze niepieniężnym) jest określona wartość ekonomiczna pod postacią sumy pieniężnej wyrażonej w jednostkach pieniężnych²⁹.

Specyfika zysku, jako pewnej wartości ekonomicznej wyrażonej w pieniądzu, pozwala jednak uznać, że roszczenie o wypłatę zysku ma charakter zobowiązania pieniężnego. W literaturze przedmiotu ukuto dla tego świadczenia pojęcie tzw. prawa partycypacyjnego jako tytułu uczestnictwa spółki dominującej w zysku lub podziale majątku spółki zależnej w rozumieniu art. 304 k.s.h.³⁰ Autor tego poglądu kwalifikuje to prawo jako wierzytelność, ale szczególnego rodzaju, z uwagi na to, że pozostaje ona w określony sposób związana ze stosunkiem spółki i w odróżnieniu od typowych praw zobowiązaniowych powstanie i wielkość tego roszczenia jest uzależniona od określonych przychodów, zysku lub wielkości majątku spółki pozostającego do podziału między wierzycieli na wypadek likwidacji spółki³¹.

²⁸ A. Wolter, *Prawo cywilne zarys części ogólnej*, Warszawa 1999, s. 241.

²⁹ W. Czachórski, *Zobowiązania...*, s. 80.

³⁰ T. Sójka, [w:] *Europejskie prawo spółek...*, s. 231.

³¹ S. Sołtysiński, [w:] S. Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szawa, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, t. III, Warszawa 2003, s. 401 i nast., za T. Sójka, [w:] *Europejskie prawo spółek...*, s. 231.

Należy zgodzić się z tym stanowiskiem, jednakże konieczne wydaje się doprecyzowanie charakteru prawnego tej wierzytelności. O ile bowiem roszczenie o przekazywanie zysku jest ściśle związane ze stosunkiem spółki i uzależnione jest od wykazania zysku w sprawozdaniu finansowym spółki zależnej poprzez przedsięwzięcie określonych czynności rachunkowo-księgowych, a następnie przeznaczenie go do podziału wspólników uchwałą zgromadzenia wspólników³², o tyle nadawanie temu roszczeniu przymiotu wierzytelności szczególnego rodzaju bez wskazania, na czym miałyby ono polegać, wydaje się zbyt ogólne. Skoro zaś, jak powołano wyżej, przedmiotem świadczenia o przekazanie zysku są w konsekwencji pieniądze, jako że zysk to pewna ich suma, to świadczenie to ma charakter pieniężny. W sytuacji zatem, gdy spółka zależna osiągnie zysk, a uprzednio strony pozostające w stosunku dominacja – zależność zawarły umowę, której przedmiotem jest przekazywanie zysku, to po stronie podmiotu dominującego powstanie roszczenie o wypłatę zysku rozumianego jako roszczenie o zapłatę (rzeczy w postaci określonej sumy pieniędzy). Przedmiotem umowy bowiem jest przekazanie zysku, co oznacza, że taki zysk musi zostać osiągnięty, a to z kolei oznacza, iż w chwili zawierania kontraktu strony nie mogły przewidzieć, czy zysk powstanie, a jeżeli nawet, to nie mogły przewidzieć, jaką będzie miał wartość ekonomiczną. W tym znaczeniu należałoby przyjąć, że umowa polegająca na przekazywaniu zysku jest umową zobowiązującą, a więc czynnością prawną powodującą powstanie zobowiązania do przeniesienia prawa – przekazania zysku. Przedmiotem takiego kontraktu jest bowiem przekazanie zysku, a więc rzeczy przyszłej, skoro w chwili zawierania umowy nie można przesądzić, czy zysk powstanie, a jeśli zostanie osiągnięty, to w jakiej wysokości. Przesądza to o przyjęciu wyłącznie zobowiązującego charakteru takiej umowy w świetle regulacji przepisów art. 155 § 2 k.c.³³

³² Zob. art. 191 k.s.h. w odniesieniu do spółek z ograniczoną odpowiedzialnością, zaś do spółek akcyjnych ma zastosowanie art. 347 k.s.h. – gdzie dodatkowo przewiduje się konieczność uprzedniego zbadania sprawozdania finansowego przez biegłego rewidenta.

³³ Przepis ten stanowi bowiem, że jeżeli przedmiotem umowy zobowiązującej do przeniesienia własności są rzeczy oznaczone tylko co do gatunku, do przeniesienia własności potrzebne jest przeniesienie posiadania rzeczy. To samo dotyczy przypadku, gdy przedmiotem umowy zobowiązującej do przeniesienia własności są rzeczy przyszłe.

Konsekwencją takiego stanu rzeczy byłaby – w sytuacji konieczności przymusowego egzekwowania przez spółkę dominującą zysku od spółki zależnej – możliwość domagania się przez nią odsetek za zwłokę. W tym miejscu należy zwrócić uwagę na treść art. 359 § 1 k.c., który określa, że jeżeli obowiązek płacenia odsetek nie wynika z czynności prawnej, należą się one wierzycielowi wtedy, gdy przewiduje to przepis ustawy. W kodeksie cywilnym takim przepisem, dającym podstawę do żądania odsetek, jest art. 481 § 1 k.c. Przewidziany w tym artykule ustawy obowiązek zapłaty odsetek za opóźnienie dotyczy wyłącznie długu pieniężnego. Obojętne jest przy tym, czy suma pieniężna była przedmiotem zobowiązania od początku jego powstania (zobowiązanie *sensu stricte*), czy też stała się tym przedmiotem później³⁴. Spółka zależna zaś popadnie w opóźnienie w sytuacji, gdy osiągnie zysk w rozumieniu art. 191 k.s.h.³⁵ i następnie nie przekaze go spółce dominującej stosownie do postanowień zawartej umowy, której przedmiotem było przekazanie zysku.

Mając na uwadze zysk, jako szczególny rodzaj świadczenia rzutujący na treść umowy koncernowej, której przedmiotem jest świadczenie polegające na przekazywaniu zysku przez spółkę-córkę spółce-matce, jak i fundamentalną zasadę jedności polskiego prawa cywilnego, powstaje pytanie o sens realizacji zasady swobody umów wyrażonej w art. 353¹ k.c.

Z powyższych rozważań wynika bowiem, że nie ma większych wątpliwości co do możliwości, a w zasadzie i konieczności stosowania przepisów kodeksu cywilnego w zakresie realizacji postanowień umowy, której przedmiotem jest przekazywanie zysku. Swoboda umów jest przeciw podstawową zasadą prawa kontraktów w obrocie gospodarczym³⁶.

Jak zatem swoboda umów jest respektowana, skoro zawarcie umowy o przekazywaniu zysku poprzedzone jest powstaniem stosunku dominacja – zależność w rozumieniu art. 4 § 1 k.s.h.? Powiązania tego rodzaju prowadzą bowiem do powstania pewnego konglomeratu faktycznego składającego

³⁴ *Komentarz do kodeksu cywilnego*. Księga trzecia: *Zobowiązania*, t. I, red. G. Bie-niek, Warszawa 2005, s. 577.

³⁵ Przepis ten dotyczy spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, odpowiednio w od-niesieniu do spółki akcyjnej znajduje zastosowanie art. 347 k.s.h.

³⁶ J. R a j s k i, *Prawo o kontraktach w obrocie gospodarczym*, Warszawa 2002, s. 58; podobnie A. O l e j n i c z a k, [w:] *Umowy w obrocie gospodarczym*, red. A. Koch, J. Na-pierała, Kraków 2006, s. 21, a także M. S a f j a n, *Zasada swobody umów (Uwagi wstępne na tle wykładni art. 353¹ k.c.)*, Państwo i Prawo 1993, nr 4, s. 13.

się z co najmniej dwóch niezależnych podmiotów gospodarczych. Relacja: spółka-matka – spółka-córka nie prowadzi przecież do utworzenia nowego podmiotu prawa handlowego. Mimo iż mamy tu do czynienia z dwoma odrębnymi podmiotami, to właśnie powstanie specyficznej więzi między spółkami może zaowocować zawarciem umowy, której przedmiotem jest przekazywanie zysku. Innymi słowy, kontrakt, o którym mowa w art. 7 § 1 k.s.h., jest wynikiem powstałego uprzednio stosunku dominacji – zależności między spółkami³⁷.

Swoboda umów stanowi w istocie swobodę kształtowania treści stosunku zobowiązaniowego³⁸. Strony mogą więc zawrzeć umowę nazwaną, jak i skonstruować zobowiązanie nieodpowiadające żadnemu z ustawowych typów umów, a więc zawrzeć umowę nienazwaną mieszczącą w sobie elementy charakterystyczne dla jakiejś umowy nazwanej obok innych elementów, nietypowych, albo łączącą cechy dwóch lub wielu umów nazwanych³⁹. W świetle powyższych rozważań należy jeszcze raz podkreślić, że umowa, której przedmiotem jest przekazywanie zysku, należy do kategorii umów nienazwanych. Nie sposób bowiem znaleźć, wśród stypizowanych w kodeksie cywilnym kontraktów, umowy, której przedmiotem było świadczenie polegające na przekazywaniu zysku i jednocześnie w kodeksowych uregulowaniach brak podobnej umowy do tej przewidzianej art. 7 k.s.h.

Wątpliwości może budzić jednak to, że przecież spółka-matka z racji bycia podmiotem dominującym w koncernie może niejako wymóc na spółce-córce zawarcie umowy określonej przepisem art. 7 k.s.h.⁴⁰ W doktrynie wyrażono pogląd, że swoboda umów rozciąga się także na ustanawianie powiązań pomiędzy poszczególnymi odrębnymi zobowiązaniami w ramach tzw. związku umów⁴¹. Zjawisko to jest wynikiem

³⁷ Wyjątek stanowi sytuacja, o której mowa w art. 4 § 1 pkt 4 lit. f k.s.h., a więc, gdy zawarcie samej umowy spowoduje powstanie stosunku dominacji i zależności.

³⁸ P. Machnikowski, *Swoboda umów według art. 353¹ k.c. Konstrukcja prawna*, Warszawa 2005, s. 166.

³⁹ Z. Radwański, *Teoria umów*, Warszawa 1977, s. 208, za P. Machnikowski, *Swoboda umów...*, s. 167.

⁴⁰ Zgodnie bowiem z art. 4 § 1 pkt 4 lit. d k.s.h. spółka dominująca to między innymi spółka, której członkowie zarządu lub rady nadzorczej stanowią więcej niż połowę członków zarządu spółki zależnej.

⁴¹ P. Machnikowski, *Swoboda umów...*, s. 174.

prowadzenia operacji gospodarczych realizowanych przy pomocy złożonych stosunków zobowiązaniowych oraz wielu stosunków zobowiązańowych odrębnych, ale powiązanych ze sobą⁴².

Czy jednak powiązanie o charakterze dominacja – zależność może być zakwalifikowane z punktu widzenia powołanego wyżej tzw. związku umów? Konieczne jest w tym miejscu ustalenie, na czym ów związek umów polega. W literaturze przedmiotu przez związek umów rozumie się dwie (lub więcej) umowy odrębne, mające wspólny przedmiot lub cel i z tego względu wywołujące inne skutki prawne niż wywołałyby, gdyby je rozpatrywać oddzielnie⁴³. Wyróżnia się dwa rodzaje związku umów: łańcuch umów, tj. związek obejmujący umowy zawierane sukcesywnie w krótkich odstępach czasu, oraz zespół umów, jako grupa umów o wspólnym celu, zawartych dla realizacji określonego przedsięwzięcia gospodarczego, najczęściej w tym samym czasie, i zgrupowanych wokół jednej osoby centralnej⁴⁴.

Wydaje się, że związek umów do omawianego przypadku powstania stosunku dominacji i zależności, a następnie zawarcia umowy, nie może mieć zastosowania. Jak bowiem wskazano wyżej, relacja ta nie prowadzi do zawarcia określonego stosunku zobowiązaniowego, a jedynie powoduje powstanie pewnych powiązań o charakterze faktycznym między odrębnymi podmiotami prawa handlowego. Z kolei samo powstanie stosunku dominacja – zależność między spółkami nie determinuje zawarcia umowy, której przedmiotem jest przekazywanie zysku przez spółkę zależną w rozumieniu art. 7 k.s.h.

Czy zatem swoboda kontraktowania jest realizowana w odniesieniu do umowy, której przedmiotem jest przekazywanie zysku przez spółkę zależną? Należy twierdząco odpowiedzieć na to pytanie. Wydaje się, że odpowiedzi na to pytanie należy poszukiwać w postanowieniach konstytucyjnych. W doktrynie akcentuje się bowiem, iż wolność prowadzenia działalności gospodarczej wyrażona w art. 20 Konstytucji RP z dnia 2 kwietnia 1997 r.⁴⁵ legła u podstaw sformułowania swobody umów

⁴² A. Olejniczak, *Transakcje w handlu międzynarodowym. Studia cywilnoprawne*, Poznań 1994, s. 123 i nast., za P. Machnikowski, *Swoboda umów...*, s. 119.

⁴³ P. Machnikowski, *Swoboda umów...*, s. 120.

⁴⁴ Tamże, s. 120.

⁴⁵ Dz.U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483.

zobowiązaniowych⁴⁶. Jednym z przejawów wolności działalności gospodarczej jest przecież tworzenie prawnie dopuszczalnych powiązań gospodarczych, w tym relacji dominacja – zależność w rozumieniu art. 4 k.s.h.

Reasumując, umowa przewidująca przekazywanie zysku jest niewątpliwie umową cywilnoprawną. Jednakże fakt, że jest ona zawierana przez podmioty prawa handlowego powiązane ze sobą relacją dominacja – zależność, stosunkiem uregulowanym przez przepisy kodeksu spółek handlowych (zob. art. 4 § 1 k.s.h.) jak i to, iż jej przedmiotem jest świadczenie polegające na przekazywaniu zysku, powoduje konieczność jedynie odpowiedniego stosowania przepisów kodeksu cywilnego do tego typu kontraktu. Odpowiednie stosowanie oznacza szczególne uwzględnienie i rozważenie w okolicznościach konkretnego przypadku wzajemnych powiązań między spółką-matką – spółką-córką.

⁴⁶ P. Machnikowski, [w:] *Kodeks cywilny – komentarz*, red. E. Gniewek, Warszawa 2006, s. 503.