

Rozdział I. Zagadnienia wprowadzające

§ 1. Zagadnienia pojęciowe

I. Wprowadzenie

Analiza prawnych instrumentów zarządzania zgrupowaniem spółek wymaga w pierwszej kolejności dookreślenia kilku kwestii o charakterze terminologicznym. W dziedzinie, której jest poświęcona niniejsza praca, dyskusja naukowa dotyczy bowiem nie tylko konkretnych rozwiązań przyjmowanych przez ustawodawcę czy postulowanych do wprowadzenia w przyszłości, lecz również (a niekiedy wręcz przede wszystkim) jej zakresu przedmiotowego i siatki pojęciowej używanej na potrzeby prac studyjnych prowadzonych nad nią. W wielu przypadkach odmienności definicji przyjmowanych przez różnych autorów dotyczą pojęć zupełnie podstawowych dla omawianej tematyki, takich jak chociażby „koncern” czy „holding”. Dyskurs naukowy jest zaś znacznie utrudniony, jeżeli brakuje fundamentalnej płaszczyzny komunikacji, jaką stanowi konsens co do desygnatów pojęć używanych w nauce.

W związku z obszernością wypowiedzi dotyczących kwestii pojęciowych w prawie grup spółek wyczerpujące omówienie wszystkich wątków poruszanych w literaturze znacznie wykracza poza zakres niniejszej pracy. Z tych przyczyn w niniejszym paragrafie zostaną przedstawione jedynie kwestie węzłowe, mające kluczowe znaczenie dla dalszej analizy poświęconej instrumentom zarządzania zgrupowaniami spółek. Na te potrzeby rozbudowane uwagi zostaną poświęcone przede wszystkim delimitacji zakresu pojęcia „zgrupowanie spółek” („grupa spółek”) wobec innych pojęć używanych w doktrynie (np. pojęcia „holding” – por. § 1 pkt II niniejszego rozdziału). Pewnych uwag wymaga również dookreślenie, czym są tytułowe prawne instrumenty zarządzania, co pozwoli na sprecyzowanie granic zakresu przedmiotowego niniejszej pracy (por. § 1 pkt III niniejszego rozdziału).

II. Delimitacja pojęcia „zgrupowanie spółek”

Współczesne życie gospodarcze, w wymiarze tak polskim, jak i europejskim i globalnym, jest zdominowane przez różne formy prowadzenia działalności gospodarczej, w którym jednak zdecydowany prym wiedzie wykorzystywanie formy prawnej spółki kapitałowej. W ciągu ostatnich dekad można zaobserwować zjawisko stopniowego odchodzenia od modelu wykorzystywania pojedynczej (autonomicznej) spółki w tym celu na rzecz tworzenia się zespołów takich spółek, co coraz częściej jest już postrzegane jako **standardowa forma aktywności biznesowej**, szczególnie w przypadku działalności na wielką skalę lub w wymiarze transgranicznym¹. Rzeczywisty kształt omawianego fenomenu ma jednak charakter wybitnie zróżnicowany, co nietrudno zaobserwować w praktyce – struktury złożone z pasywnego funduszu *private equity* (w formie spółki kapitałowej), ograniczającego się do wyboru menedżerów spółki zależnej i oczekującego wyłącznie wygenerowania przez nią zysku, trudno uznać za podobne do relacji między silnie zintegrowanymi spółkami dominującą i zależną, razem funkcjonującymi w obrocie tak w obszarze operacyjnym (np. gdy jedna odpowiada za produkcję, a druga za dystrybucję), jak i wspierającym (np. razem uczestniczą w procesie pozyskiwania zewnętrznego finansowania). Dopiero w tym drugim modelu uprawnione są rozważania dotyczące aktywnego zarządzania zespołem spółek. Dokonanie kategoryzacji rodzajów i intensywności powiązań między spółkami jest więc konieczne dla prawidłowego wyznaczenia, jaki związek spółek stanowi „zgrupowanie spółek” i równocześnie przedmiot dalszych rozważań zawartych w niniejszej pracy.

W pierwszej kolejności, jako pojęcie o szerszym zakresie zastosowania, omówienia wymaga **kontrola formalna (potencjalna, pasywna, statyczna)**. Stan ten należy rozumieć jako relację między dwiema spółkami, w której jedna spółka ma możliwość wywierania wpływu na decyzje podejmowane przez drugą spółkę, tak na poziomie formalnego uprawnienia (np. w drodze uchwał zgromadzenia w związku z uprawnieniem do istotnej większości gło-

¹ Por. Raport Grupy Refleksji, s. 59; komentarz do rozdziału 15 EMCA, s. 371; *M. Lutter*, Konzernrecht: Schutzrecht oder Organisationsrecht?, s. 105; *Ch. Teichmann*, Europäisches Konzernrecht, s. 185; *idem*, Towards a European Framework for Cross-Border Group Management, s. 150; *P.-H. Conac*, Director's Duties in Groups of Companies, s. 195; *U. Tombari*, Diritto dei gruppi di imprese, s. 1; *F. Chiappetta*, *U. Tombari*, Perspectives on Group Corporate Governance and European Company Law, s. 274; *L. Beck*, Macht und die Berücksichtigung von Machtverhältnissen im Konzern, s. 301 i 303; *H. Jagoda*, *B. Haus*, Holding. Organizacja i funkcjonowanie, s. 12–13; *Z. Kreft*, Holding. Grupa kapitałowa, s. 12 i 25.

sów na zgromadzeniu), jak i z uwagi na jej faktyczną rolę dla funkcjonowania tej spółki (np. z powodu dysponowania większością głosów na zgromadzeniu wystarczającą do podjęcia dowolnej decyzji co do obsady zarządu lub rady nadzorczej tej spółki), w takim stopniu, który istotnie determinuje kierunki działalności tej spółki. Zazwyczaj stan ten jest definiowany poprzez odwołanie do szeregu wskaźników, opisujących pozycję spółki kontrolującej w spółce kontrolowanej (np. większość kapitałowa, prawo powoływania większości członków zarządu) czy też innego typu powiązań (np. występowania tzw. unii personalnych), których spełnienie (najczęściej przynajmniej jednego z nich) tworzy relację kontroli potencjalnej.

Opisana perspektywa znajduje zastosowanie przede wszystkim w **konstrukcjach o charakterze prewencyjnym**, starających się zapobiec ewentualnemu wykorzystaniu struktury zależności do niepożądanych przez ustawodawcę (uznanych za patologiczne) celów, ujmując w hipotezie przepisu również „przedpole” korzystania przez spółkę dominującą ze swoich możliwości oddziaływania na spółkę zależną². Widać to wyraźnie w przypadku wielu przepisów Kodeksu spółek handlowych, w których dana regulacja o walorze ochronnym (przede wszystkim dla wspólników albo akcjonariuszy mniejszościowych lub wierzycieli spółki) została „rozciągnięta” również na kontekst relacji danej spółki z innymi spółkami. Taki charakter noszą regulacje z zakresu chociażby nabywania udziałów albo akcji własnych (art. 200 § 1 zd. 2 i art. 362 § 4 KSH) czy zakazu łączenia stanowisk (art. 214 § 3 i art. 387 § 3 KSH), które odwołują się do przyjętej w Kodeksie spółek handlowych definicji dominacji-zależności (art. 4 § 1 pkt 4 KSH). Definicja ta, poza przesłanką z lit. f, która dotyczy rzeczywistego wywierania wpływu na spółkę zależną³, obejmuje

² Por. A. Opalski, w: A. Opalski (red.), Kodeks spółek handlowych, t. 3A, s. 121; A. Szumański, w: S. Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja (red.), Kodeks spółek handlowych, t. 1, s. 91; *idem*, Ograniczona regulacja prawa holdingowego, s. 27; G. Nita-Jagielski, Koncepcja podmiotu prawnego według kodeksu prawa koncernowego, s. 194–195; M. Ruciński, Stosunek dominacji i zależności, s. 26. Jak zauważa M. Olechowski, Interes spółki kapitałowej, s. 669, ta funkcja przesądza o tym, że jest to minimalny standard regulacyjny w przypadku normowania stanów faktycznych z udziałem zespołów powiązanych spółek. Por. obszernie rozważania dotyczące zastosowania pojęcia zależności (*Abhängigkeit*) w prawie niemieckim: W. Bayer, w: W. Goette, M. Habersack, S. Kalss (red.), Münchener Kommentar zum AktG, t. 1, s. 405–406.

³ Charakter prawny przesłanki z lit. f jest sporny, jednak należy przychylić się do poglądu o oderwaniu tej okoliczności od istnienia relacji umownej i jej samodzielności. Por. A. Opalski, w: A. Opalski (red.), Kodeks spółek handlowych, t. 3A, s. 123 i 131–132; T. Siemiątkowski, R. Potrzeszcz, w: T. Siemiątkowski, R. Potrzeszcz (red.), Kodeks spółek handlowych, t. 1, s. 57 i 59–60; W. Popiołek, w: W. Pyziół (red.), Kodeks spółek handlowych, s. 19; G. Suliński, w: J. Bieniał, M. Bieniał, G. Nita-Jagielski, K. Oplustil, R. Pabis, A. Rachwał, M. Spyra, G. Suliński, M. Tofel, R. Zawłocki,

wyłącznie sytuacje, w których istnieje jedynie **zagrożenie wykorzystania swojej pozycji przez spółkę dominującą**, jednak nie musi to przybierać rzeczywistego charakteru⁴. Regulacje „uszczelniające” w prawie spółek są również spotykane w innych systemach prawnych, w podobnych obszarach regulacji jak w prawie polskim. Jako przykład można tu wymienić unormowania dotyczące nabywania akcji własnych, które zarówno w prawie niemieckim (§ 56 ust. 2 w zw. z § 16 ust. 1 i § 17 ust. 1 AktG), jak i włoskim (art. 2359-bis ust. 1 w zw. z art. 2359 KC wło.), rozszerzają stosowne zakazy na spółki podlegające kontroli formalnej ze strony adresata zakazu. Podobne konstrukcje, korzystające z odesłania do definicji przyjmującej perspektywę kontroli formalnej, odnajdujemy również w innych przepisach prywatnoprawnych (por. np. art. 50 ust. 1 pkt 2 *in medio* ObligU w zw. z art. 3 ust. 1 pkt 44 RachU; art. 80 ust. 2 pkt 5 ObligU w zw. z art. 3 ust. 1 pkt 37 RachU; art. 17d ZNKU w zw. z art. 4 pkt 4 OKiKU⁵). Tego typu definicje występują również w regulacjach o charakterze publicznoprawnym (np. w art. 4 pkt 14 OfertaPublU, art. 3 ust. 1 pkt 1 KontrInwU czy art. 49a ust. 4 PrGeolGórn), co służy przede wszystkim wzmocnieniu ochrony interesu publicznego poprzez rozszerzenie spektrum podmiotów, które podlegają obowiązkom administracyjnym. Stosunkowo rzadziej spoty-

Kodeks spółek handlowych, s. 19; A. Opalski, Prawo zgrupowań spółek, s. 237; M. Ruciński, Stosunek dominacji i zależności, s. 26. Odmienne A. Szumański, w: S. Soltysieński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja (red.), Kodeks spółek handlowych. Komentarz, t. 1, s. 94–95; M. Rodzyńkiewicz, Kodeks spółek handlowych, s. 21–22; A. Szumański, w: S. Soltysieński (red.), SPP, t. 17A, s. 801; M. Romanowski, Pojęcie spółki dominującej w kodeksie spółek handlowych, s. 85; P. Błaszczuk, Pojęcie grupy spółek, s. 13; T. Staranowicz, Regulacja prawna holdingu w k.s.h., s. 84; M. Bielecki, Problematyka powiązań, cz. 1, s. 626; *idem*, Problematyka powiązań, cz. 2, s. 698. Jako jedyna spośród przesłanek wymienionych w art. 4 § 1 pkt 4 KSH odwołuje się ona do sfery faktycznego wywierania wpływu, a więc obejmuje sytuację kontroli rzeczywistej. Por. A. Opalski, Prawo zgrupowań spółek, s. 238. W żaden sposób nie wpływa to jednak na charakter całej regulacji art. 4 § 1 pkt 4 KSH, którego pozostałe przesłanki sięgają dużo dalej, na obszar kontroli formalnej. Z zastrzeżeniem spornego rozumienia przesłanki z lit. a (czy odnosi się ona wyłącznie do większości bezwzględnej, czy też obejmuje przypadki większości wynikającej z niepełnej frekwencji współników albo akcjonariuszy na zgromadzeniu) w praktyce lit. f znajduje samodzielne (niepowiązane z innymi przesłankami) zastosowanie zupełnie wyjątkowo. Por. A. Opalski, w: A. Opalski (red.), Kodeks spółek handlowych, t. 3A, s. 133; A. Opalski, Prawo zgrupowań spółek, s. 249.

⁴ Por. A. Opalski, w: A. Opalski (red.), Kodeks spółek handlowych, t. 3A, s. 123; *idem*, Prawo zgrupowań spółek, s. 238; S. Soltysieński, A. Szumański, Shareholder and Creditor Protection in Company Groups under Polish Law, s. 246.

⁵ Przepisy ZNKU co prawda nie zawierają wyraźnego odesłania do wskazanej definicji, jednak zdaniem doktryny jest ona najwłaściwsza do dekodowania użytego w art. 17d ZNKU pojęcia „podmiotu zależnego”. Por. M. Kępiński, J. Kępiński, w: J. Szwaja (red.), Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, s. 758–759.

kane są zabiegi polegające na „połudowaniu” regulacji z uwagi na zaistnienie kryterium kontroli formalnej⁶. Rozbieżne podejścia ujawniły się w zakresie tego, czy status kontroli o charakterze formalnym stanowi wzruszalne domniemanie – takie rozwiązanie jest przyjmowane chociażby w prawie niemieckim (§ 17 ust. 2 AktG), jednak jest obce polskiemu prawu spółek (stan dominacji-zależności z art. 4 § 1 pkt 4 KSH nie może zostać obalony⁷).

Organizacja spółek oparta wyłącznie na relacjach ze sfery potencjalności jest kryterium istotnym dla zapewnienia prawidłowego funkcjonowania wielu mechanizmów ogólnego prawa spółek (co oczywiście nie oznacza, że konkretne rozwiązania nie budzą wątpliwości⁸), jednak jest zdecydowanie **zbyt szerokie** na potrzeby rozważań dotyczących aktywnej roli spółki kontrolującej w działaniach przedsięwziętych przez spółkę kontrolowaną. Kwestie dotyczące zarządzania nie odnoszą się bowiem do takich relacji jak czysta inwestycja kapitałowa (w postaci tak *private placement*, jak i nabywania akcji w obrocie zorganizowanym) czy tzw. unie personalne w organach różnych spółek (występujących niekiedy zupełnie przypadkowo). Terminologicznie na określenie takiego szerszego podejścia odpowiedni wydaje się termin „**holding**” lub „**grupa kapitałowa**”, których etymologia jest ściśle związana z przesłanką posiadania większości udziałów albo akcji lub głosów na zgromadzeniu danej spółki kontrolowanej, co stanowi jedną z typowych przesłanek kontroli formalnej⁹. Na-

⁶ Por. jednak w prawie prywatnym np. art. 448 § 2 pkt 2 KSH, a w prawie publicznym np. art. 70 ust. 1 pkt 2 ObrlFinU i art. 75 ust. 3 pkt 2 OfertaPublU.

⁷ Zasada ta została wyraźnie wyartykułowana w odniesieniu do tzw. reguł kolizyjnych dotyczących ustalania stosunku dominacji-zależności (art. 4 § 3–4 KSH). Por. uzasadnienie projektu Ustawy o szczególnych uprawnieniach SP, pkt 19. W doktrynie por. A. Opalski, w: A. Opalski (red.), Kodeks spółek handlowych, t. 3A, s. 134; J.A. Strzępka, E. Zielińska, w: J.A. Strzępka (red.), Kodeks spółek handlowych, 2015, s. 30.

⁸ W szczególności pod adresem art. 4 § 1 pkt 4 KSH formułuje się zasadny zarzut, że zakres podmiotowy relacji dominacji-zależności jest za wąski i nie obejmuje chociażby osób fizycznych pod fundacji. Por. A. Opalski, w: A. Opalski (red.), Kodeks spółek handlowych, t. 3A, s. 123; *idem*, Prawo zgrupowań spółek, s. 234; R. Pabis, O potrzebie nowelizacji kodeksu spółek handlowych, s. 5. Kryteria wskazane w tym przepisie znajdują jednak zastosowanie w przypadku spółek zagranicznych. Por. post. SN z 28.4.1997 r., II CKN 133/97; A. Opalski, w: A. Opalski (red.), Kodeks spółek handlowych, t. 3A, s. 124; *idem*, Prawo zgrupowań spółek, s. 234; W. Popiołek, Podmiotowy zakres zastosowania art. 6 kodeksu spółek handlowych, s. 11.

⁹ Por. A. Opalski, w: A. Opalski (red.), Kodeks spółek handlowych, t. 3A, s. 123. Odmienne A. Szumański, Ograniczona regulacja prawa holdingowego, s. 20; M. Romanowski, Pojęcie spółki dominującej w kodeksie spółek handlowych, s. 76–77; T. Staranowicz, Regulacja prawna holdingu w k.s.h., s. 81; S. Gołębiowski, W. Sędzicki, Koncerny w polskim systemie prawnym, s. 49–50; H. Jagoda, B. Haus, Holding. Organizacja i funkcjonowanie, s. 7 i 14; Z. Kreft, Holding. Grupa kapitałowa, s. 29, którzy używają pojęcia „holding” na określenie stosunku kontroli rzeczywistej. Po-

leży też zwrócić uwagę, że charakterystyczny desygnat ma pojęcie „**spółki holdingowej**”, które zazwyczaj definiowane jest jako obejmujące spółki, których jedynym przedmiotem działalności jest wykonywanie praw udziałowych w innych spółkach¹⁰ (co może się odbywać zarówno w stosunku kontroli formalnej, jak i rzeczywistej), choć w praktyce do takiej kategorii kwalifikowane są również podmioty o mieszanym profilu działalności (tak operacyjnej, jak i zarządczej). Z powyższych przyczyn kwestie związane ze sprawowaniem kontroli o charakterze potencjalnym nie będą szerzej poruszane w niniejszej pracy.

Z drugiej strony należy wyróżnić zjawisko, w którym spółka kontrolująca nie tylko posiada możliwość wpływania na decyzje podejmowane przez spółkę kontrolowaną, ale też aktywnie z niej korzysta. Taki stan należy określić jako **kontrolę o charakterze rzeczywistym (faktyczną, aktywną, dynamiczną)**. Stanowi on „krok dalej” w stosunku do relacji kontroli o charakterze czysto potencjalnym (której regulacja zazwyczaj znajdzie zastosowanie również i w tym przypadku), gdyż jego typową cechą jest zespolenie tych spółek na poziomie ekonomicznym, prowadzącym do wykształcenia się hybrydalnej struktury, rozproszonej z prawnego (ze względu na odrębność osobowości prawnej poszczególnych spółek), a zintegrowanej z biznesowego punktu widzenia (*single economic unit, wirtschaftliche Einheit*). Z prawnej perspektywy stan ten cechuje się własną specyfiką, polegającą na wykształceniu się szczególnej płaszczyzny relacji między spółką kontrolującą a spółką kontrolowaną, przybierającej zróżnicowane formy co do swojej treści oraz stosunków prawnych, na które wpływa (stosunku spółki kontrolowanej, stosunków kontraktowych występujących między spółką kontrolującą a spółką kontrolowaną). Stosunek ten cechuje się kierowniczą funkcją spółki dominującej, zmierzającą do zapewnienia

dobnie A. Opalski, M. Romanowski, O potrzebie zasadniczej reformy polskiego prawa spółek, s. 8; M. Romanowski, Wnioski dla prawa polskiego wynikające z uregulowań prawa grup kapitałowych w wybranych systemach prawnych państw UE, Japonii i USA, s. 5, w odniesieniu do „grupy kapitałowej”. Por. również inne głosy w dyskusji nad zakresem pojęcia „holding” w P. Błaszczyk, Odpowiedzialność cywilna spółki dominującej, cz. I, s. 14; P. Wąż, Kodeks spółek handlowych jako źródło polskiego prawa koncernowego, s. 44, przyp. 1; M. Topór, Problem regulacji przepływu informacji w holdingu, s. 41; A. Szumański, Spór wokół roli interesu grupy spółek, s. 9, przyp. 4 i literatura tam powołana.

¹⁰ Por. Z. Kreft, Holding. Grupa kapitałowa, s. 30; B. Nogalski, Z. Kreft, W. Midziak, J. Rybicki, w: B. Nogalski, R. Ronkowski (red.), Holding. Kapitałowo-organizacyjna forma rozwoju małych i średnich przedsiębiorstw, s. 98. Por. jednak M. Wojtunik, B. Draczyński, Zarządzanie holdingiem i grupą kapitałową, s. 25–26, którzy utożsamiają „holding” i „spółkę holdingową”. Na niekonsekwencję siatki pojęciowej stosowanej w literaturze zwraca uwagę T. Staranowicz, Regulacja prawna holdingu w k.s.h., s. 81.

zintegrowanego zarządzania (*uniform management, einheitliche Leitung, gestione accentrata*) w skali całej grupy (aktywnego uczestnictwa spółek w procesach mających charakter ogólnogrupowy, przede wszystkim w działalności mającej kluczowe znaczenie dla zgrupowania, poprzez aktywne oddziaływanie na decyzje podejmowane w spółkach zależnych oraz koordynację ich działań), oraz większą potrzebą ochrony interesów wspólników albo akcjonariuszy mniejszościowych i wierzycieli spółek zależnych¹¹. Charakterystyczne jest również to, że stan ten jest rozłożony w czasie (ocena, czy istnieje stan kontroli rzeczywistej, może nastąpić dopiero na podstawie przyjęcia określonej perspektywy czasowej)¹².

Zgodnie z podejściem przyjmowanym w wielu systemach prawnych zjawisko to wiąże się z faktycznym powstaniem kwalifikowanej formy zespołu spółek, co zostaje rozpoznane na poziomie prawnym. Koronnym przykładem jest w tym zakresie **prawo niemieckie**, które wyraźnie rozróżnia stosunek uprawnienia do większości akcji w innej spółce (*Mehrheitsbeteiligung*, § 16 ust. 1 AktG) oraz stanu zależności (*Abhängigkeit*, § 17 ust. 1 AktG) od stanu koncernu (*Konzern*), cechującego się sprawowaniem przez spółkę kontrolującą „**jednolitego kierownictwa**” (*einheitliche Leitung*) nad spółkami kontrolowanymi (§ 18 ust. 1 AktG). Pojęcie to jest w doktrynie niemieckiej interpretowane w myśl koncepcji *single economic entity*, a więc jako wykonywanie przez spółkę dominującą kierowniczej funkcji w istotnych obszarach działalności spółek wchodzących w skład koncernu¹³ (por. bardziej szczegółowe uwagi w rozdziale II § 3 pkt II.5). Kryterium jednolitego kierownictwa jest używane w niemieckim prawie akcyjnym do wydzielenia regulacji koncernu umownego (*Vertragskonzern*) oraz koncernu zespolonego (*Eingliederungskonzern*), uregulowanych w, odpowiednio, § 291–310 i 319–327 AktG (§ 18 ust. 1

¹¹ Por. S. Soltysieński, A. Szumański, Shareholder and Creditor Protection in Company Groups under Polish Law, s. 246; S. Soltysieński, M. Mataczyński, w: A. Koch, J. Napierała (red.), Prawo spółek handlowych, s. 78; P. Błaszczyk, Ochrona wspólnika mniejszościowego, s. XVII–XVIII.

¹² Por. M. Michalski, Kontrola kapitałowa nad spółką akcyjną, s. 381–382.

¹³ Por. H.-G. Koppensteiner, w: W. Zöllner, U. Noack (red.), Kölner Kommentar zum AktG, t. 1, s. 309–310; U. Hüffer, Kommentar zum AktG, s. 86. Bardziej liberalnie W. Bayer, w: W. Goette, M. Habersack, S. Kalss (red.), Münchener Kommentar zum AktG, t. 1, s. 448–449; J. Vetter, w: K. Schmidt, M. Lutter (red.), Kommentar zum AktG, t. 2, s. 307; A. Schall, w: G. Spindler, E. Stolz (red.), Kommentar zum AktG, t. 1, s. 154, którzy przyjmują szersze znaczenie pojęcia „koncern”, wskazując, że wystarczające jest kierownictwo w zakresie wybranych istotnych obszarów. Por. także J. Rock, Leitungsmacht und Haftung im italienischen Konzernrecht, s. 99.

zd. 2 AktG)¹⁴. Relacja z pozostałymi pojęciami o charakterze kontroli formalnej jest zaś oparta na łańcuchu domniemań – stan zależności domniemywa się w przypadku zaistnienia większości udziałowej (§ 17 ust. 2 AktG), zaś istnienie koncernu domniemywa się w przypadku istnienia stanu zależności (§ 18 ust. 1 zd. 3 AktG). Domniemania te mają charakter wzruszalny¹⁵.

Bardzo podobne podejście przyjmuje **prawo włoskie**. Tamtejsze przepisy stanowią normatywizację dorobku włoskiego orzecznictwa, które jeszcze pod rządami poprzedniego stanu prawnego, nierozpoznającego fenomenu grupowania się spółek, rozróżniało zwykłe struktury kapitałowe od związków spółek mających charakter integracyjny¹⁶. W ślad za tą perspektywą reforma *Viettiego* z 2003 r. wprowadziła do przepisów włoskiego Kodeksu cywilnego koncepcję „zarządzania i koordynacji” (*direzione e coordinamento*), o znaczeniu zasadniczo zbliżonym do niemieckiej *einheitliche Leitung* (por. bardziej szczegółowe uwagi w rozdziale II § 3 pkt II.5). Zaistnienie stanu zarządzania i koordynacji powoduje stosowanie dodatkowych reguł funkcjonowania zgrupowań spółek, zawartych w art. 2497–2497-quinquies KC wło. Podobnie została też rozwiązana relacja między kontrolą o charakterze potencjalnym (art. 2359 KC wło.) a zarządzaniem i koordynacją – istnienie drugiego z tych stanów jest objęte

¹⁴ Należy zauważyć, że w przypadku koncernu faktycznego (*faktischer Konzern*), uregulowanego w § 311–318, niemiecki ustawodawca odwołał się do kryterium stosunku zależności z § 17 ust. 1 AktG. Dalej idący zakres zastosowania tej konstrukcji jest ściśle związany z jego punktowym charakterem (indywidualizacją uszczerbku i jego pełnym wyrównaniem – por. szerzej rozdział II § 3 pkt II.4) oraz założeniem o jego tymczasowości [konstrukcja kwalifikowanego koncernu faktycznego (*qualifiziert faktischer Konzern*) – por. szerzej rozdział IV § 2 pkt I.1] i przyjętej przez ustawodawcę modelowej roli *Vetragskonzern*. Por. R. Ruf, *Leitung und Koordinierung im italienischen Konzernrecht*, s. 67. Por. także dalej idące stanowisko W. Bayera, w: W. Goette, M. Habersack, S. Kalss (red.), *Münchener Kommentar zum AktG*, t. 1, s. 404, zgodnie z którym, z uwagi na regulację koncernu faktycznego, pojęcie *Abhängigkeit* ma kluczową rolę w aspekcie ochronnym niemieckiego prawa koncernowego. Podobne rozwiązanie definicyjne w odniesieniu do koncernu faktycznego przyjęto w Projekcie IX dyrektywy – por. art. 2 i 7 Projektu IX dyrektywy.

¹⁵ Por. szerzej J. Vetter, w: K. Schmidt, M. Lutter (red.), *Kommentar zum AktG*, t. 2, s. 308–309; A. Schall, w: G. Spindler, E. Stitz (red.), *Kommentar zum AktG*, t. 1, s. 148–151 i 157–158; U. Hüffer, *Kommentar zum AktG*, s. 82–83 i 88–89; M. Habersack, w: V. Emmerich, M. Habersack, *Aktien- und GmbH-Konzernrecht*, s. 52–55 i 66–67.

¹⁶ Por. wyr. WSK z 26.2.1990 r., Nr 1439, w sprawie *Caltagirone*, w której sąd rozróżnił zwykły stosunek kontroli od „jednolitego kierownictwa” (*direzione unitaria*), tworzącego „złożoną organizację przedsiębiorstw” (*organizzazione imprenditoriale complessa*). Por. także R. Ruf, *Leitung und Koordinierung im italienischen Konzernrecht*, s. 15–16; J. Rock, *Leitungsmacht und Haftung im italienischen Konzernrecht*, s. 99; C. Leimert, *Stand und Entwicklung des italienischen Recht der Unternehmenszusammenschlüsse*, s. 75 i 107–109.

wzruszalnym domniemaniem w przypadku wystąpienia pierwszego (art. 2497-sexies KC wło.).

Odminną perspektywę przyjęto w tym zakresie w **EMCA**. Wydzielony rozdział ustawy modelowej, który dotyczy grup spółek (*groups of companies*), znajduje zastosowanie w przypadku zaistnienia kontroli (sek. 15.04 EMCA), w ramach której wyróżnia się kontrolę *de iure* (sek. 15.05 EMCA) oraz kontrolę *de facto* (sek. 15.06 EMCA)¹⁷. Obie te kategorie pojęciowe stanowią jednak wyraz koncepcji **kontroli o charakterze formalnym** – pierwsza dotyczy uprawnienia do większości głosów na zgromadzeniu spółki kontrolowanej na podstawie kapitałowej, a druga tegoż uprawnienia na innych podstawach (np. kontraktowej), prawa powoływania większości członków organu zarządzającego spółki kontrolowanej lub innego statutowego lub kontraktowego prawa zezwalającego na kontrolę decyzji w zakresie działalności i finansów (*financial and operating policies*) spółki kontrolowanej. Definicje te są wykorzystywane w omawianym rozdziale EMCA na potrzeby tak ochronne (np. w zakresie obowiązku poinformowania o zaistnieniu stosunku kontroli – sek. 15.08 EMCA), jak i z zakresu aktywnych relacji między spółkami wchodzącymi w skład grupy (np. prawa wydawania wiążących poleceń – sek. 15.09 EMCA). Uregulowanie tych kwestii w jednej jednostce redakcyjnej ustawy modelowej może tłumaczyć przyjęte rozwiązanie, jednak z punktu widzenia podejścia przyjmowanego w prawie niemieckim i włoskim wydaje się ono zbyt daleko idące¹⁸.

W związku z brakiem istnienia wyodrębnionych regulacji prawa grup spółek w prawie polskim (poza art. 7 KSH, który jednak stanowi regulację wadliwą i nie znajduje praktycznego zastosowania – por. rozdział IV § 2 pkt I.2 i § 3 pkt I) w naszym systemie prawnym brak również ontologicznego wyodrębnienia spółek powiązanych więzami o charakterze kontroli rzeczywistej spośród ogólnej kategorii spółek znajdujących się w relacji dominacji-zależności¹⁹. Brak dodatkowych, stosowanych w takich przypadkach przepisów nie oznacza jednak bezużyteczności wyróżniania takiej kategorii spółek

¹⁷ Rozwiązania te są inspirowane definicjami wykorzystywanymi na potrzeby MSR 27 w wersji sprzed 2011 r. Por. komentarz do sek. 15.05 i 15.06 EMCA, s. 376–377.

¹⁸ Por. szerzej P. Moskała, Regulacja prawa grup spółek w projekcie Europejskiej Ustawy Modelowej o Spółkach, s. 61–62.

¹⁹ Jak zauważa A. Opalski, w: A. Opalski (red.), Kodeks spółek handlowych, t. 3A, s. 122; *idem*, Prawo zgrupowań spółek, s. 229, w braku pozytywnej regulacji stosunków występujących w zgrupowaniach istnienie takiej definicji na poziomie ustawowym jest zbędne. Odmienne Th. Leipert, Istota koncernu a art. 4 § 1 pkt 4 lit. f k.s.h., *passim*, który takie wyodrębnienie dostrzega w art. 4 § 1 pkt 4 lit. f KSH.

na potrzeby wykładni prawa. Jest to konieczne z uwagi na występującą również w polskich realiach specyfikę stosunków funkcjonujących w ramach sprawowania kontroli rzeczywistej²⁰. Z prawnego punktu widzenia dodatkową trudnością, która w tym wypadku występuje, jest konieczność uwzględnienia tych szczególnych uwarunkowań w mechanizmach ogólnego prawa spółek (względnie innych gałęzi prawa prywatnego), które znajdują do nich zastosowanie. Potrzeba odrębnego omówienia tego zjawiska przemawia za terminologicznym wydzieleniem zespołów spółek znajdujących się w stosunku kontroli faktycznej, do czego w niniejszym opracowaniu zostanie użyte pojęcie „**zgrupowania spółek**” oraz „**grupy spółek**”²¹. Zasadne wydaje się również określanie takich spółek mianem „**koncernu**”²², choć tego typu zwrot silnie kojarzy się z dorobkiem niemieckiego prawa koncernowego, które nacechowane jest własną (często niedostosowaną do uwarunkowań innych systemów prawnych) specyfiką²³.

W związku z tym, iż zakres niniejszej pracy jest ograniczony jedynie do wycinka zagadnień związanych z istnieniem zależności między spółkami, obejmującego kwestie z zakresu zarządzania organizacją spółek, dalsze uwagi będą

²⁰ Por. P. Błaszczyk, Pojęcie grupy spółek, s. 10 i 12, który zwraca uwagę na konieczność stosowania kryterium kontroli rzeczywistej do działania w interesie grupy spółek. Por. także G. Domański, Brakuje uniwersalnej definicji grupy kapitałowej, s. 20–21. Potrzeba ta jest zauważana również na polu nauki o zarządzaniu. Por. Z. Kreft, Holding. Grupa kapitałowa, s. 16–17. Niekiedy dokonywanie rozróżnienia między kontrolą formalną a faktyczną może znaleźć uzasadnienie również z innych przyczyn, np. w celu zapewnienia zgodności definicji obowiązujących w prawie krajowym z prawem europejskim w drodze prounijnej wykładni. Por. wyr. SA w Białymstoku z 14.7.2011 r., I ACA 246/11, dotyczący art. 4 pkt 14 OfertaPublU.

²¹ Taką terminologię przyjmują również np. A. Opalski, Prawo zgrupowań spółek, s. 15; S. Sołtysiński, Zgrupowania spółek. Zarys problematyki prawnej, s. 223–224. Zdaniem A. Szumańskiego, Spór wokół roli interesu grupy spółek, s. 10, pojęcie „grupy” jest bardziej zasadne, gdyż jest szerzej używane w obrocie. Por. także uzasadnienie Projektu KKPC, wersja z 22.3.2010 r., pkt A.11. W niniejszej pracy sporadycznie pojawia się również w tym znaczeniu pojęcie „grupy kapitałowej”, które jest jednak użyte w kontekście tzw. regulaminów (kodeksów) grup kapitałowych. Wynika to z posługiwania się tym pojęciem przez uczestników obrotu, wdrażających za pośrednictwem tych dokumentów instrumenty realizujące założenia systemów organizacyjnych zgrupowań (por. szerzej rozdział V). Zachowuje ono też znaczenie jako element pojęć normatywnych, np. bankowej grupy kapitałowej (por. szerzej rozdział IV § 2 pkt I.3).

²² Por. w odniesieniu do prawa polskiego np. A. Opalski, w: A. Opalski (red.), Kodeks spółek handlowych, t. 3A, s. 123; *idem*, Prawo zgrupowań spółek, s. 15; G. Nita-Jagielski, Koncepcja podmiotu prawnego według kodeksu cywilnego a regulacja prawa koncernowego, s. 192. Por. także A. Szumański, Spór wokół roli interesu grupy spółek, s. 9, przyp. 4 i literatura tam powołana.

²³ Por. także J. Toborek-Mazur, Holding jako podmiot rachunkowości, s. 49–50, która utożsamia koncern wyłącznie z koncernem umownym.

dotyczyć wyłącznie zjawiska kontroli rzeczywistej. Z tych przyczyn podstawowym pojęciem, jakim określana jest relacja między spółkami, jest „zgrupowanie spółek” oraz „grupa spółek” lub w uproszczeniu „zgrupowanie” oraz „grupa”. Na potrzeby wyróżnienia w ramach zgrupowania spółki kontrolującej i kontrolowanej przyjęto określenia „spółki dominującej” oraz „spółki zależnej”, co oczywiście stanowi pewną konwencję i uproszczenie względem normatywnej kategorii dominacji-zależności (art. 4 § 1 pkt 4 KSH), mającej szerszy zakres podmiotowy²⁴.

III. Delimitacja pojęcia „prawne instrumenty zarządzania”

Po nakreśleniu uwag dotyczących zakresu podmiotowego dalszych rozważań istotne jest również wskazanie, jakiego typu relacje między spółkami są obszarem analizy przeprowadzonej w niniejszym opracowaniu. Podstawowym przedmiotem zainteresowania niniejszej pracy są zagadnienia z zakresu aspektu organizacyjnego prawa grup spółek (por. szerzej w § 3 pkt III niniejszego rozdziału), dotyczące zarządzania zgrupowaniem jako całością gospodarczą (*single economic unit*). Z tej perspektywy jako „prawny instrument zarządzania” zgrupowaniem spółek należy rozumieć **każde rozwiązanie prawne (instytucję, konstrukcję czy niekiedy nawet pojedynczą normę prawną), wypływające ze specyfiki prawa grup spółek, które może zostać wykorzystane w ramach sprawowania zintegrowanego zarządzania zgrupowaniem**. Innymi słowy, stanowi on charakterystyczne narzędzie służące usprawnieniu funkcjonowania relacji występujących między spółkami znajdującymi się w stosunku kontroli rzeczywistej.

Wymaga podkreślenia, że pojęcie „instrumenty” dotyczy w tym wypadku wyłącznie rozwiązań o charakterze prawnym, a więc nie obejmuje innego typu metod zarządzania będących przedmiotem zainteresowania nauki o zarządzaniu (np. metod motywowania pracowników czy tworzenia systemów informatycznych służących ulepszeniu funkcjonowaniu organizacji). Z kolei spośród instrumentów prawnych dalsze rozważania zostaną poświęcone wyłącznie tym, które są ontologicznie ściśle związane ze specyfiką grup spółek. O ile

²⁴ Posłużenie się pojęciem „spółki dominującej” jest również uproszczeniem z tej perspektywy, że w tej roli często nie musi występować podmiot mający formę prawną spółki kapitałowej, lecz np. Skarb Państwa czy osoba fizyczna. Niemniej na potrzeby dalszych rozważań pojęcia „spółki dominującej” i „podmiotu dominującego” będą stosowane zamiennie.

więc do pewnych aspektów zarządzania zgrupowaniem spółek mogą zostać wykorzystane ogólne instrumenty prawa spółek (np. prawo każdorazowego odwołania członków zarządu – art. 203 § 1 i art. 370 § 1 KSH) czy prawa zobowiązań (np. umowa ramowa), o tyle na potrzeby niniejszego opracowania za instrument zarządzania zostaje uznana wyłącznie konstrukcja prawna wynikająca ze szczególnych przepisów dotyczących grup spółek (np. tzw. koncernowe prawo wydawania wiążących poleceń) lub też z przepisów ogólnych, lecz mająca zastosowanie wyłącznie w zgrupowaniach spółek (np. koncepcja interesu grupy spółek). W wielu przypadkach ściśle rozgraniczenie obydwu sfer okazuje się jednak trudne (szczególnie w przypadku prób rekonstruowania rozwiązań przyjętych w systemach prawa obcego na podstawie reinterpretacji norm krajowych czy swobody umów), w związku z czym w niniejszym opracowaniu za instrument zarządzania grupą spółek uznano również konstrukcje podobne do tych wyraźnie spełniających wskazane powyżej przesłanki (np. kontraktowe prawo wydawania wiążących poleceń).

Dla prawidłowego ukierunkowania dalszego wywodu konieczne jest również wyznaczenie kryteriów, przez pryzmat których analizowane będą poszczególne instrumenty. Podstawowym z nich jest, rzecz jasna, kwestia **dopuszczalności** ich stosowania w świetle prawa polskiego, przy zastosowaniu dopuszczalnych narzędzi wykładni (literalnej, systemowej, funkcjonalnej, historycznej), a także z uwzględnieniem kontekstu prawnoporównawczego. Drugim kryterium, brany pod uwagę po spełnieniu pierwszego, jest zaś ocena **zakresu ich zastosowania** oraz **efektywności** dla skutecznego sprawowania zintegrowanego zarządzania. Ocena ta pozwoli na sformułowanie wniosków dotyczących stopnia realizacji celów stawianych instrumentom prawnym dostępnym w prawie polskim, polegających na zapewnieniu uczestnikom zgrupowania takich korzyści jak tworzenie skutecznego łańcucha decyzyjnego w ramach grupy, sprawnej realizacji podejmowanych decyzji oraz bezpieczeństwa prawnego osób zaangażowanych w podejmowanie i wykonywanie decyzji.

IV. Wnioski

Powyższe uwagi pozwalają na wytyczenie zakresu niniejszego opracowania jako obejmującego rozwiązania prawne pozwalające na usprawnienie zarządzania zespołem spółek, w ramach którego występują aktywne (intensywne) relacje wewnętrzne, przede wszystkim związane z prowadzoną przez jego uczestników działalnością gospodarczą lub mające charakter wspierający wo-

bec niej. Stanowi to jeden z najistotniejszych elementów aspektu organizacyjnego prawa grup spółek (por. § 3 pkt III niniejszego rozdziału), gdyż odgrywa fundamentalną rolę w realiach obrotu, determinując atrakcyjność prowadzenia działalności w formie grupy spółek w danym systemie prawnym.

§ 2. Cel tworzenia grup spółek w obrocie gospodarczym

Na potrzeby prowadzonej w niniejszym opracowaniu analizy pewnych uwag wymagają również względy prakseologiczne, przede wszystkim o charakterze ekonomicznym, które uzasadniają wybór grupy spółek jako docelowej formy prowadzenia działalności gospodarczej we współczesnych uwarunkowaniach obrotu, w tym z uwzględnieniem specyfiki polskiej gospodarki. Ekonomiczna perspektywa nie wyklucza również omówienia pewnych kwestii o charakterze prawnym, które mogą wpływać na zwiększenie atrakcyjności zgrupowań spółek dla biznesu. Powody te są użyteczne dla określenia zakresu zastosowania poszczególnych instrumentów zarządzania, a także dla oceny skuteczności posługiwania się danym instrumentem dla osiągnięcia wyznaczonego celu. Poniżej zostanie przeprowadzony przegląd wybranych powodów tworzenia złożonych struktur koncernowych – ich wyczerpujące skatalogowanie i omówienie wykracza jednak poza zakres niniejszej pracy.

Podstawowym celem, dla którego inwestorzy (czy też spółki holdingowe) decydują się na „podział” prowadzonej działalności gospodarczej i jej „alokację” do różnych spółek zależnych jest wola skorzystania z **ograniczenia odpowiedzialności za zobowiązania** związane z danym segmentem działalności²⁵. Istnieje ku temu wyraźne uzasadnienie ekonomiczne, gdyż w ten sposób dochodzi do obniżenia ryzyka gospodarczego związanego z brakiem wpływu gorszych wyników jednego segmentu prowadzonej działalności na pozostałe²⁶. Dotyczyć to może w szczególności sytuacji, w której działalność spółki zależ-

²⁵ Por. J. Jacyszyn, Spółka spółek, s. 35; A. Karolak, Instytucja holdingu, s. 9; B. Nogalski, Z. Kreft, W. Midziak, J. Rybicki, w: B. Nogalski, R. Ronkowski (red.), Holding. Kapitałowo-organizacyjna forma rozwoju małych i średnich przedsiębiorstw, s. 113–114; M. Wojtunik, B. Draczyński, Zarządzanie holdingiem i grupą kapitałową, s. 29; Z. Kreft, Holding. Grupa kapitałowa, s. 18.

²⁶ Por. M. Michalski, Kontrola kapitałowa nad spółką akcyjną, s. 30; M. Romanowski, W sprawie potrzeby nowej regulacji prawa grup kapitałowych w Polsce, s. 4; S. Gołębiowski, W. Sędzicki, Koncerny w polskim systemie prawnym, s. 48–49; F. Galgano, Il regolamento di gruppo nei gruppi bancari, s. 88.

nej ma mieć charakter eksperymentalny (np. jest próbą wejścia na nowy rynek przez grupę)²⁷. Cel ten jest osiągany przy wykorzystaniu wyłączenia odpowiedzialności wspólników albo akcjonariuszy za zobowiązania spółek kapitałowych (art. 151 § 4 i art. 301 § 5 KSH). Zasada ta ma w polskim prawie wymiar w zasadzie **absolutny** – brak jest przepisów szczególnych, które wyłączałyby jej stosowanie²⁸. W polskim orzecznictwie nie doszło również, jak to miało miejsce chociażby w prawie amerykańskim²⁹ czy niemieckim³⁰, do wykształcenia się linii orzeczniczej dopuszczającej relatywizację zasady braku odpowiedzialności udziałowców za zobowiązania spółki, np. na podstawie zabiegu teleologicznej redukcji art. 151 § 4 i art. 301 § 5 KSH³¹. Zasada ta jest uznawana w zasadzie za pewnik w polskich realiach obrotu i stanowi istotny czynnik katalizujący konstruowanie zgrupowań spółek w praktyce.

Należy również podkreślić, że wydzielenie segmentów prowadzonej działalności do różnych spółek może pełnić również funkcję usprawniającą w zakresie procesu decyzyjnego w zgrupowaniu, gdyż pozwoli na **klarowne wytyczenie kompetencji** w strukturze organizacyjnej zgrupowania i jasny ich przydział poszczególnym menedżerom poprzez powołanie ich jako piastunów do

²⁷ Por. H. Jagoda, B. Haus, Holding. Organizacja i funkcjonowanie, s. 50.

²⁸ Jako poniekąd wyjątek od tej zasady można wskazać art. 342 ust. 5 pkt 2 *in fine* PrUp, który zastrzega traktowanie wspólników albo akcjonariuszy mniejszościowych jako wierzycieli w postępowaniu upadłościowym (przenosząc ich wierzytelności z trzeciej do czwartej kategorii należności), o ile można ich uznać za podmioty faktycznie prowadzące sprawy spółki. Nawiązuje to do konstrukcji faktycznego dyrektora, spotykanej w prawie angielskim (*shadow director*) i wykorzystywanej na potrzeby odpowiedzialności z tytułu *wrongful trading* (por. sek. 214 ust. 7 Insolvency Act 1986 i sek. 251 Companies Act 2006). Niemniej norma ta ma marginalne znaczenie w grupach spółek, ponieważ dotyczy sytuacji braku kontroli kapitałowej nad upadłą spółką, co jest zjawiskiem rzadko spotykanym w zgrupowaniach.

²⁹ Por. szerzej w literaturze polskiej A. Opalski, Prawo zgrupowań spółek, s. 80–90; K. Szmida, Natura spółki akcyjnej, s. 60–63; P.M. Tomaszewski, Pominiecie osobowości prawnej spółki w prawie USA, cz. I, *passim*; *idem*, Pominiecie osobowości prawnej spółki w prawie USA, cz. II, *passim*.

³⁰ Por. szerzej w literaturze polskiej A. Opalski, Prawo zgrupowań spółek, s. 92–97; P.M. Wiórek, Ochrona wierzycieli spółki z o.o. poprzez osobistą odpowiedzialność jej wspólników, s. 85–241; *idem*, Odpowiedzialność przebijająca w prawie niemieckim, *passim*.

³¹ Dyskusja nad kwestią odpowiedzialności przebijającej w prawie polskim jest jednak obecna w doktrynie. Por. np. A. Opalski, A.W. Wiśniewski, w: A. Opalski (red.), Kodeks spółek handlowych, t. 3A, s. 70–78; A. Opalski, Prawo zgrupowań spółek, s. 501–511; P.M. Wiórek, Ochrona wierzycieli spółki z o.o. poprzez osobistą odpowiedzialność jej wspólników, s. 245–349; A. Kappes, Odpowiedzialność wspólników za zobowiązania spółki kapitałowej, *passim*. Por. także wzmiankę w wykazie prac legislacyjnych Rady Ministrów na temat Projektu ustawy o odpowiedzialności przebijającej; M. Domagalski, Spółki matki zapłacą za córki.

konkretnej spółki³². Tego typu strukturalna segmentacja może stanowić także użyteczny środek osiągnięcia **efektu synergii**, a więc czerpania dodatkowej korzyści z faktu rozproszenia prowadzonej działalności na różne ośrodki decyzyjne i wykonawcze³³.

Konieczność powołania nowej spółki w związku z rozszerzeniem spektrum działalności zgrupowania może też wynikać z **przyczyn finansowych**. Nowy rodzaj przedsięwziętej działalności może wymagać znacznych nakładów finansowych, w związku z czym spółka dominująca może podjąć decyzję o zawiązaniu spółki o charakterze *joint venture* z innymi, zewnętrznymi wobec grupy inwestorami³⁴. Funkcjonowanie takiej spółki w ramach zgrupowania spółek wymaga, rzecz jasna, alokacji po stronie spółki dominującej odpowiednich kompetencji pozwalających na sprawowanie nad nią zintegrowanego zarządzania.

Kolejnym powodem, dla którego tworzenie grup spółek okazuje się atrakcyjne, może być strategia rozwoju prowadzonego biznesu w drodze **przejmowania innych przedsiębiorstw**³⁵. W takiej sytuacji (o ile obiekt przejęcia ma formę spółki) dochodzi, przynajmniej krótkoterminowo, do powstania zgrupowania – cel w postaci połączenia prowadzonej przez przejmowaną spółkę działalności z działalnością spółki przejmującej zazwyczaj będzie implikował powstanie intensywnych więzi między tymi spółkami. Prowadzenie ekspansji uzasadnia konstruowanie zgrupowań również w przypadku wkraczania na nowe rynki, w szczególności w przypadku **rozwój transgranicznego**³⁶. W takiej sytuacji prowadzenie działalności gospodarczej w innym kraju może być uzależnione od spełnienia określonych wymogów, jak np. utworzenia nowej, podlegającej tamtemu prawu spółki (por. art. 4 ust. 3 PrzedZagrU)³⁷. Niekiedy nawet w sytuacji, w której możliwe jest prowadzenie działalności przez spółkę w innym kraju bezpośrednio, w tym przy użyciu założonego tam od-

³² Por. F. Galgano, Il regolamento di gruppo nei gruppi bancari, s. 88.

³³ Por. U. Tombari, Diritto dei gruppi di imprese, s. 3; Z. Kreft, Holding. Grupa kapitałowa, s. 76–78; J. Toborek-Mazur, Holding jako podmiot rachunkowości, s. 34–35.

³⁴ Por. J. Toborek-Mazur, Holding jako podmiot rachunkowości, s. 47.

³⁵ Por. A. Karolak, Instytucja holdingu, s. 8; B. Nogalski, Z. Kreft, W. Midziak, J. Rybicki, w: B. Nogalski, R. Ronkowski (red.), Holding. Kapitałowo-organizacyjna forma rozwoju małych i średnich przedsiębiorstw, s. 112–113; J. Toborek-Mazur, Holding jako podmiot rachunkowości, s. 33.

³⁶ Por. M. Romanowski, W sprawie potrzeby nowej regulacji prawa grup kapitałowych w Polsce, s. 4; K. Szwedowski, Poprawimy, s. 4.

³⁷ Por. również historyczną regulację art. 1 ust. 2 SpółkiUdzZagrU; S. Soltysieński, M. Mataczyński, w: A. Koch, J. Napierała (red.), Prawo spółek handlowych, s. 79.

działu albo przedstawicielstwa, może się okazać, że z uwagi na bariery administracyjne łatwiejszym lub mniej kosztowym rozwiązaniem okazuje się założenie na miejscu nowej spółki.

Tworzenie zgrupowań spółek może również służyć, paradoksalnie, **obniżeniu kosztów prowadzenia działalności**³⁸. Rozszerzenie zakresu działalności o dodatkowe obszary, mające przede wszystkim charakter wspierający w stosunku do segmentów składających się na *core business* zgrupowania, i przypisanie ich do określonej spółki bądź spółek uczestniczących w grupie może prowadzić do uzyskania dostępu przez pozostałych uczestników zgrupowania do atrakcyjnych usług lub produktów, oferowanych na korzystniejszych warunkach niż te dotychczas pozyskiwane od podmiotów spoza zgrupowania. Tego typu wewnątrzgrupowy outsourcing jest stosowany powszechnie również w Polsce w drodze tworzenia tzw. centrów usług wspólnych (CUW) lub spółek serwisowych (*service companies*).

Należy też nadmienić, mimo ograniczonego znaczenia tego zjawiska w Polsce, że zgrupowania spółek są często tworzone w **celach podatkowych**³⁹. Dobitnie pokazują to doświadczenia niemieckiego koncernu umownego (*Vertragskonzern*), którego wykorzystywanie w praktyce jest podyktowane przede wszystkim względami podatkowymi (por. rozdział IV § 2 pkt I.1). W polskim prawie podatkowym również istnieje konstrukcja podatkowej grupy kapitałowej (art. 1a PodDochOsPrU), jednak ze względu na dość wyśrubowane przesłanki jej utworzenia (przede wszystkim dotyczące progu kontroli kapitałowej i braku możliwości objęcia nią wielopiętrowych struktur⁴⁰) nie była ona dotychczas popularna w obrocie⁴¹.

Powyższe uwagi wskazują na istnienie szeregu przyczyn, dla którego tworzenie zgrupowań spółek wydaje się atrakcyjne ekonomicznie. Kwestie te powinny być brane pod uwagę jako wyznacznik kształtowania instrumentów zarządzania grupami spółek i oceny ich efektywności. Stanowią one cele reali-

³⁸ Por. A. Karolak, Instytucja holdingu, s. 8.

³⁹ Por. M. Michalski, Kontrola kapitałowa nad spółką akcyjną, s. 30; P. Błaszczuk, Pojęcie interesu grupy spółek, s. 1030; B. Nogalski, Z. Kreft, W. Midziak, J. Rybicki, w: B. Nogalski, R. Ronkowski (red.), Holding. Kapitałowo-organizacyjna forma rozwoju małych i średnich przedsiębiorstw, s. 114; J. Toborek-Mazur, Holding jako podmiot rachunkowości, s. 44–46.

⁴⁰ Z dniem 1.1.2018 r. omawiane wymogi zostały jednak częściowo złagodzone, m.in. poprzez obniżenie wymaganego progu posiadania udziałów w kapitale zakładowym spółek zależnych przez spółkę dominującą z 95% do 75% – por. art. 1a ust. 2 lit. b PodDochOsPrU.

⁴¹ Kilka dużych krajowych zgrupowań spółek zdecydowało się jednak na jej utworzenie. Dotyczy to chociażby Grupy PZU czy Grupy Tauron. Por. np. Sprawozdanie Zarządu PZU 2018, s. 238; Sprawozdanie Zarządu Tauron 2018, s. 38.

zacji działań z zakresu zintegrowanego zarządzania, w związku z czym uwagi czynione dalej w niniejszej pracy w odniesieniu do tego zjawiska należy postrzegać przez pryzmat ich osiągnięcia.

§ 3. Regulowanie fenomenu grupy spółek w prawie spółek

I. Wprowadzenie

W świetle powyższych uwag, ukazujących znaczne skomplikowanie materii zgrupowań spółek, rozważenia wymagają kwestie regulacyjne. W literaturze od lat trwa dyskusja dotycząca „prawa grup spółek”, a więc „odrywającej się” od materii ogólnego prawa spółek (uzyskującej względem niej wyodrębniony charakter) regulacji **zjawisk charakterystycznych dla relacji między spółkami pozostającymi w relacji kontroli rzeczywistej**. W wątpliwość podawany jest nie tylko zakres i kształt takiego unormowania, ale również w ogóle sens jego pozytywnej regulacji⁴². Brak jest również uniwersalnego modelu normatywnego, do którego można by się w tym zakresie odwołać – w samych państwach Europy kontynentalnej przyjęto zróżnicowane rozwiązania (wśród których najbardziej charakterystyczne są modele niemiecki i francusko-włoski), które konkurują jako potencjalna inspiracja dla innych systemów prawnych⁴³. W tej sytuacji nie dziwi porażka idei harmonizacji tego obszaru prawa spółek na poziomie europejskim, a nawet wydania przez KE jedynie zalece-

⁴² Świadczy o tym niemożność wypracowania satysfakcjonującego kompromisu w przypadku wielu prób wprowadzenia takiej regulacji. Taka sytuacja wystąpiła chociażby w odniesieniu do Projektu IX dyrektywy (por. rozdział IV § 2 pkt I.1) czy Projektu KKPC i Projektu MG (por. rozdział II § 3 pkt I.1).

⁴³ Model niemiecki został recypowany m.in. w Portugalii, Słowenii i Chorwacji (por. rozdział IV § 2 pkt I.1), zaś reguły zbliżone do rozwiązań francuskich i włoskich obowiązują także w Hiszpanii i Wielkiej Brytanii (por. Raport ICLEG, s. 21). Zmienność wyborów legislacyjnych poszczególnych ustawodawców krajowych ilustruje fakt, że na podstawie reformy z 2006 r. Węgry zbliżyły się do rozwiązań francusko-włoskich [tworząc hybrydalną regulację, opartą na dorobku doktryny *Rozenblum* w przypadku koncernów faktycznych i dorobku niemieckim w przypadku koncernów umownych (por. J. Schubel, Nowa regulacja prawa koncernowego na Węgrzech, *passim*)], zaś w 2012 r. Czechy odstąpiły od dotychczasowej regulacji inspirowanej prawem niemieckim na rzecz nawiązującej do koncepcji interesu grupy spółek (por. P.-H. Conac, *Director's Duties in Groups of Companies*, s. 208).

nia w tej sprawie⁴⁴. Fiaskiem zakończyły się również wszelkie dotychczasowe próby unormowania prawa grup spółek w Polsce⁴⁵. Te doświadczenia unaoczniają skalę rozbieżności cechującą ten obszar prawa spółek.

Uwagi zawarte w niniejszym punkcie mają na celu przybliżenie samego zakresu pojęcia „prawo grup spółek”, a następnie omówienie wyzwań, przed którymi stoi ustawodawca (w tym również polski), chcący wprowadzić pozytywną regulację tej problematyki do przepisów prawa. Zarysowane zostaną też podstawowe dyrektywy regulacyjne przyjmowane w wiodących porządkach prawnych (przede wszystkim w Niemczech i we Włoszech), a także te rozważane teoretycznie w projektach legislacyjnych i pracach studyjnych. Pozwoli to na sformułowanie wniosków co do optymalnego kształtu prawa grup spółek w polskich realiach.

II. Prawo grup spółek *sensu largo* i *sensu stricto*

W pierwszej kolejności należy doprecyzować, co powinno rozumieć się pod pojęciem „prawa grup (zgrupowań) spółek”. Zgodnie z uwagami sformułowanymi w § 1 pkt II niniejszego rozdziału przez zgrupowanie (grupę) spółek należy rozumieć zespół spółek pozostających w relacji kontroli rzeczywistej. Podejście to jest konwencją przyjmowaną w niniejszym opracowaniu i może być rozumiane również odmienne, co rzutuje na odmienny zakres pochodnego wobec niego pojęcia „prawo zgrupowań spółek”. Na potrzeby klasyfikacji regulacji wyróżnienia wymagają więc dwa zbiory norm: normy dotyczące spółek pozostających w relacji kontroli o charakterze formalnym oraz spółek pozostających również w stosunku kontroli o charakterze rzeczywistym. To rozróżnienie pozwala na wyodrębnienie prawa grup spółek *sensu largo* i prawa grup spółek *sensu stricto*⁴⁶.

⁴⁴ Por. historię Projektu IX dyrektywy opisaną w rozdziale IV § 2 pkt I.1, a także niezrealizowane (i wraz z upływem czasu coraz mniej ambitne) plany wyznaczone w Planie Działania 2003, s. 25 (projekt dyrektywy miał być przedstawiony w latach 2006–2008), oraz w Planie Działania 2012, s. 18 (niesprecyzowana inicjatywa legislacyjna miała być zainicjowana w 2014 r.).

⁴⁵ Por. losy Projektu KKPC i Projektu MG (por. rozdział II § 3 pkt I.1 i § 4 oraz rozdział IV § 2 pkt II.5).

⁴⁶ W tym kierunku A. Opalski, Prawo zgrupowań spółek, s. 15, który wyróżnia prawo koncernowe *sensu largo* i *sensu stricto*. Por. również odmienną klasyfikację [podział na prawo holdingowe i prawo grup spółek (prawo holdingowe *sensu largo*)], którą przyjmuje A. Szumański, Ograniczona regulacja prawa holdingowego, s. 20–22. Jeszcze inaczej S. Gołębiowski, W. Sędzicki, Koncerny w polskim systemie prawnym, s. 49–50.