

Wprowadzenie

§ 1. Problem badawczy

Praktyka wykonywania kompetencji¹ właściwych dla zarządu² spółki kapitałowej³ przez osoby⁴, które nie zostały powołane w jego skład, czy to z powodu wadliwości aktu nominacyjnego, czy też jego braku, jest obecna w obrocie gospodarczym – zarówno krajowym, jak i zagranicznym.

Kategoria faktycznych członków zarządu⁵ jest wyodrębniana na płaszczyźnie aktów normatywnych lub w praktyce orzeczniczej w większości krajów UE⁶. W literaturze zagranicznej toczą się również dyskusje nt. tej praktyki⁷.

¹ W doktrynie termin „kompetencja” definiuje się jako: 1) całokształt uprawnień dotyczących określonego zakresu spraw, w którym to zakresie organ państwa jest uprawniony do działania; 2) całokształt uprawnień i obowiązków dotyczących dziedziny, w obrębie której organ państwa jest uprawniony, a zarazem zobowiązany do działania. Na temat braku podstaw stosowania tej definicji wyłącznie do organów państwa zob. *J. Nowacki, Z. Tobor*, Wstęp do prawoznawstwa, s. 54–55.

² Zgodnie z art. 201 § 1, art. 300⁶² § 1, art. 368 § 1 KSH zarząd prowadzi sprawy spółki i ją reprezentuje. Przedmiotowe kompetencje są elementem procesu zarządzania spółką, por. *A. Opalski*, w: *Opalski*, Komentarz KSH, t. IIA, 2018, art. 201, Nb 3. W literaturze wskazuje się, że zarządzanie jest zespołem działań (obejmujących m.in. planowanie i podejmowanie decyzji, organizowanie, przeprowadzenie) skierowanych na zasoby organizacji i wykonywanych z zamiarem osiągnięcia celów organizacji w sposób sprawny i skuteczny. *P. Starzyk*, Wpływ współników, s. 31. Zgodnie ze Słownikiem języka polskiego PWN „zarządzać” oznacza: 1) wydać polecenie; 2) sprawować nad czymś zarząd – do tych właśnie czynności sprowadza się rola zarządu.

³ Przyjmując podział przyjęty na gruncie KSH, przez spółkę kapitałową rozumiem spółkę z o.o., prostą spółkę akcyjną oraz spółkę akcyjną (art. 4 § 1 pkt 2 KSH).

⁴ Por. art. 18 § 1 KSH.

⁵ Na tym etapie rozważań w ten sposób określam zbiorczo podmioty, które nie zostały powołane w skład zarządu, jak i te, których akt powołania był wadliwy.

⁶ Zob. Study on Directors’ Duties and Liability, s. 45–55.

⁷ Zob. np. *J. O’Donovan*, Banks as Shadow Directors, s. 283–288; *M.D. Hobson*, The Law of Shadow Directorships, *passim*; *N. Locke*, Shadow Directors: Lessons from Abroad, s. 420–437; *K. Idensohn*, The Regulation of Shadow Directors, s. 326–345; *D. Turing*, Lender liability, *passim*; *E. Hadjinestoros*, Stigmata of fiduciary duties, *passim*, jak i pozostałe publikacje dotyczące tej materii, przytaczane w dalszej części pracy.

Pojawiają się także doniesienia medialne⁸ o tym procederze⁹.

Praktykę zarządzania spółkami przez osoby niewchodzące w skład zarządu należy ocenić negatywnie przede wszystkim, dlatego że jej elementem jest transfer kluczowych, z perspektywy funkcjonowania spółki, kompetencji na rzecz podmiotów¹⁰, które podejmują decyzje w warunkach braku ryzyka ponoszenia za nie konsekwencji – zarówno na płaszczyźnie majątkowej, jak i niemajątkowej (głównie wizerunkowej). Taki stan rzeczy generuje tzw. pokusę nadużycia¹¹, co ostatecznie może skutkować wystąpieniem szkody po stronie spółki, jej wspólników¹² czy też wierzycieli.

Jednocześnie omawiana praktyka przyczynia się do obniżenia poziomu ochrony wierzycieli spółek kapitałowych. Prowadzi bowiem m.in. do marginalizacji regulacji prawnych, których celem jest wzmocnienie ochrony rzeczonych podmiotów¹³. Do umniejszania znaczenia przedmiotowych przepisów dochodzi w szczególności poprzez powołanie na członka zarządu osobę będącą tzw. słupem – tj. podmiotem, nieposiadającym majątku, z którego wierzyciele spółki kapitałowej mogliby się zaspokoić.

⁸ Z uwagi jednak na publicystyczny charakter artykułów nie można uznać ich za źródło przesądające o istnieniu rzeczonyj praktyki.

⁹ Zob. np.: https://www.rmfm24.pl/fakty/polska/news-jest-wniosek-o-tymczasowy-areszt-dla-leszka-czarneckiego,nId,6575212#crp_state=1; <https://www.theguardian.com/football/2016/dec/29/vibrac-jg-funding-riverdance-everton-shadow-investor-mystery>; <https://www.theguardian.com/australia-news/2016/apr/12/clive-palmers-queensland-nickel-should-be-liquidated-say-administrators>; <https://www.theguardian.com/australia-news/2016/apr/12/clive-palmer-says-he-used-an-email-alias-to-direct-queensland-nickel-investments>; <https://www.theguardian.com/football/2012/oct/12/portsmouth-balram-chainrai>; <https://www.theguardian.com/uk/2012/mar/29/adam-werritty-liam-fox-pargav>; <https://www.money.pl/gospodarka/to-najbardziej-tajemniczy-miliarder-w-polsce-nie-posiada-nawet-maila-6863958119676608a.html> (dostęp: 25.9.2023 r.). Ich stosunkowo mała liczba wynika, jak się wydaje, z chęci pozostawiania w ukryciu przez faktycznych członków zarządu. W konsekwencji nie jest zasadne uznanie liczby doniesień medialnych za miarodajną dla stwierdzenia skali omawianej praktyki.

¹⁰ W literaturze zagranicznej (w odniesieniu do *shadow director*) określa się ich jako *moving spirit of the company* (w wolnym tłumaczeniu: „dusza spółki”). E. Hadjinestoros, Stigmata of fiduciary duties, s. 1.

¹¹ Ang. *moral hazard* – teza mówiąca o tym, że podmiot chroniony przed ryzykiem może zachowywać się inaczej, niż gdyby był w pełni eksponowany na ryzyko. D. V. Kędziński, Transakcje lewarowane, rozdz. I, §3, III.

¹² Refleksem szkody poniesionej przez spółkę jest powstanie szkody po stronie członków jej organu właścicielskiego. Szkoła wyrządzona spółce prowadzi do zmniejszenia się majątku spółki, co wpływa na obniżenie wartości udziałów, wielkości dywidendy i ewentualnej kwoty likwidacyjnej. Tak np. K. Bilewska, Dochodzenie roszczeń, s. 70.

¹³ Zob. np. art. 299 KSH, art. 300¹³² KSH.

Zaistnienie skutku rzeczonyj praktyki w postaci powstania szkody po stronie spółki, czy też jej wierzycieli, implikuje pytanie o możliwość i sposób jej indemnizacji.

Zagadnienie odpowiedzialności odszkodowawczej faktycznych członków zarządu nie zostało dotąd zaadresowane przez polskiego ustawodawcę¹⁴. W ramach polskiego porządku prawnego do instytucji faktycznego członka zarządu odniesiono się w art. 373 oraz w art. 374 PrUpad, jak również w art. 308 KK¹⁵, który to łączy odpowiedzialność karną¹⁶ również z faktycznym zajmowaniem się sprawami majątkowymi spółki, nie zaś z posiadaniem formalnego statusu członka zarządu.

Również na kanwie art. 116 § 2 OrdPu prezentowane są poglądy, zgodnie z którymi po wygaśnięciu mandatu członka zarządu należy mieć na względzie rzeczywistą zmianę sposobu zarządzania spółką¹⁷.

Ani w orzecznictwie sądów powszechnych, ani SN co do zasady¹⁸ nie pojawiają się poglądy dopuszczające ponoszenie przez faktycznych członków zarządu odpowiedzialności odszkodowawczej¹⁹. Również w doktrynie ten temat nie był przedmiotem pogłębionych rozważań²⁰.

¹⁴ Brak jest przy tym jakichkolwiek informacji o tym, aby ten stan rzeczy miał ulec zmianie.

¹⁵ Warto wskazać, że na obszarze działalności SO w Warszawie od 1.1.2010 r. do 8.4.2022 r. wpłynęło 9 spraw, w których w kwalifikacji prawnej wskazano art. 308 KK. W tym samym okresie zakończyło się 6 spraw, w tym tylko jedna sprawa zakończyła się wydaniem wyroku. Na obszarze działalności SO Warszawa-Praga w Warszawie od 1.1.2010 r. do 8.4.2022 r. dwie sprawy, w których w kwalifikacji prawnej wskazano art. 308 KK. Na dzień 8.4.2022 r. w żadnej z nich nie zapadł jeszcze wyrok. Informacje uzyskane zostały na podstawie ustawy z 6.9.2001 r. o dostępie do informacji publicznej (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 902).

¹⁶ W odniesieniu do wybranych przepisów. Szerzej zob. *J. Majewski*, w: *Wróbel, Zoll*, Komentarz KK, t. III, 2022, art. 308.

¹⁷ Zob. np. wyr. WSA w Warszawie z 7.9.2016 r., VIII SA/Wa 26/16, Legalis; por. wyr. NSA: z 28.6.2023 r., III FSK 1258/22, Legalis; z 7.12.2022, III FSK 1321/21, Legalis; z 14.6.2016 r., I FSK 1896/14, Legalis; z 4.3.2015 r., I FSK 241/14, Legalis; z 13.8.2013 r., II FSK 2401/11, Legalis; z 18.11.2005 r., I FSK 257/04, Lex; z 16.9.2011 r., II FSK 561/10, Legalis; z 22.3.2013 r., I FSK 862/12, Legalis; z 16.10.2014 r., I FSK 1575/13, Legalis; z 12.1.2016 r., II FSK 468/15, Legalis; z 13.4.2016 r., II FSK 394/14, Legalis. Zob. też post. SN z 6.10.2021 r., I USK 246/21, Legalis.

¹⁸ Zob. wyr. SA w Warszawie z 22.12.2021 r., VII AGa 232/20, niepubl. (uzyskany na podstawie ustawy z 6.9.2001 r. o dostępie do informacji publicznej, t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 902). Choć w przedmiotowej sprawie główną przyczyną oddalenia apelacji był brak wystarczającego materiału dowodowego (w szczególności z perspektywy treści art. 202 KSH) pozwalającego na obalenie domniemania, o którym mowa w art. 17 KRSU, w uzasadnieniu tego orzeczenia odniesiono się do możliwości zastosowania dyrektyw wykładni celowościowej w stosunku do art. 293 KSH, w sytuacji gdy pozwany faktycznie zarządzał spółką, nie będąc do tego prawidłowo powołanym.

¹⁹ Wypowiedzi judykatury raczej zmierzają w kierunku uznania za irrelevantną okoliczność braku faktycznego pełnienia funkcji przy jednoczesnym posiadaniu legitymacji formalnej do jej

Przyczyn małego zainteresowania przedmiotową tematyką upatrywać należy nie tyle w jej pozytywnej ocenie (w piśmiennictwie bowiem wskazuje się, że wysoce niekorzystnym zjawiskiem występującym na rynku jest brak możliwości pociągnięcia do odpowiedzialności za działania niezgodne z prawem osób, które nie pełnią nominalnie żadnej funkcji w podmiocie gospodarczym, lecz faktycznie zarządzają jego sprawami²¹), a raczej w trudności zrekonstruowania przesłanek tej odpowiedzialności.

U ich podstaw znajduje się, widoczne w doktrynie i orzecznictwie, duże przywiązanie do tradycyjnego, „formalistycznego”, sposobu rozumienia zasad konstrukcyjnych spółki kapitałowej, w tym w szczególności sposobu powoływania członków zarządu, czy też zasady nieodpowiedzialności wspólników za jej zobowiązania, które to podejście co do zasady uważa się za element specyfiki formy prawnej spółki kapitałowej, jak również jedną z gwarancji bezpieczeństwa obrotu prawnego, a w konsekwencji też gospodarczego.

Tendencja ta jest szczególnie zauważalna na tle rozważań nt. zasadności wprowadzenia do polskiego porządku prawnego odpowiedzialności przebijającej, a konkretnie przy okazji prezentacji argumentów przemawiających przeciwko rzeczowej koncepcji, która również *prima facie* „godzi” w tradycyjne rozumienie podstawowych zasad konstrukcyjnych spółki kapitałowej²².

Zainteresowanie koncepcją odpowiedzialności przebijającej jest wynikiem obecnych na przestrzeni ostatnich lat dyskusji nt. deficytu ochrony wierzy-

pełnienia. Zob. np. wyr. SA w Warszawie z 25.9.2015 r., VI ACA 910/15, Legalis. W doktrynie pojawiają się jednostkowe poglądy dopuszczające stosowanie przepisów regulujących odpowiedzialność członków zarządu *per analogiam* do osób faktycznie sprawujących tę funkcję, bez istnienia ku temu podstawy w ważnym akcie nominacji np. gdy uchwała w przedmiocie powołania była wadliwa albo mimo wygaśnięcia mandatu piastowanie funkcji jest kontynuowane. Zob. np. A. Opalski, w: *Opalski*, Komentarz KSH, t. IIB, 2018, art. 293, Nb 6; A. Opalski, w: *Opalski*, Komentarz KSH, t. IIB, 2016, art. 483, Nb 6.

²⁰ Do tej pory problematyka ta nie doczekała się kompleksowego opracowania. Jak się wydaje, najobszerniejsze jej omówienie stanowi artykuł P.M. Wiórka, *Ochrona wierzycieli spółki z o.o.*, s. 259 i n., który to autor w pewnym zakresie dopuszcza ponoszenie przez faktycznych członków zarządu odpowiedzialności odszkodowawczej *de lege lata*; por. Litwińska-Werner, Komentarz KSH, 2007, art. 299; U. Rogużyńska, *Odpowiedzialność*, s. 287–300. Por. A. Opalski, w: *Opalski*, Komentarz KSH, t. IIB, 2018, art. 293, Nb 6–7; A. Opalski, w: *Opalski*, Komentarz KSH, t. IIB, 2016, art. 483, Nb 6–7; K. Osajda, *Niewypłacalność spółki z o.o.*, s. 296.

²¹ Gurgul, Komentarz, 2020, art. 373, Nb 3.

²² Argumenty w tym zakresie zostały kompleksowo omówione przez P.M. Wiórka, *Ochrona wierzycieli spółki z o.o.*, s. 285 i n.

cieli spółek kapitałowych²³. Niewątpliwie, okoliczność ta stanowi również argument uzasadniający pochylenie się nad problematyką koncepcji faktycznych członków zarządu, która to jest określana w doktrynie jako alternatywa dla koncepcji odpowiedzialności przebijającej²⁴.

Nie bez znaczenia pozostaje również wpływ pandemii COVID-19 na rzeczywistość gospodarczą. W publikacjach zagranicznych trafnie wskazuje się, że stwarza ona idealne warunki do dopuszczania się oszustw korporacyjnych²⁵ – co intensyfikuje potrzebę ochrony wierzycieli spółek kapitałowych.

Nakreślony powyżej stan rzeczy, a w szczególności brak przepisów regulujących *expressis verbis* problematykę odpowiedzialności odszkodowawczej faktycznych członków zarządu, determinuje przedmiot i kierunek badań.

§ 2. Tezy publikacji

Rozważania w niniejszej publikacji zmierzają do udowodnienia następujących tez:

1) W polskim porządku prawnym uzasadnione jest funkcjonowanie koncepcji faktycznych członków zarządu – przez co rozumiem stosowanie reguł egzegezy faktów prawotwórczych²⁶ w sposób prowadzący do ponoszenia przez faktycznych członków zarządu odpowiedzialności odszkodowawczej. Przemawiają za tym argumenty prawnoporównawcze, jak również potrzeba przeciw-

²³ Warto zwrócić uwagę na następujące publikacje: R. Szczepaniak, Nadużycie prawa, *passim*; P.M. Wiórek, Ochrona wierzycieli spółki z o.o., *passim*; T. Targosz, Nadużycie osobowości prawnej, *passim*; A. Kappes, Odpowiedzialność wspólników, s. 30–36; M. Rodzyńkiewicz, W kwestii odpowiedzialności, s. 12–20; M. Zmysłowska, P. Mazur, Odpowiedzialność przebijająca, *passim*.

²⁴ P.M. Wiórek, Ochrona wierzycieli spółki z o.o., s. 257.

²⁵ <https://www.economist.com/business/2020/04/18/the-economic-crisis-will-expose-a-decades-worth-of-corporate-fraud> (dostęp: 25.9.2023 r.).

²⁶ Jako reguły egzegezy faktów prawotwórczych rozumiem wykładnię prawa *sensu stricto* (ustalenie sensu normatywnego tekstów prawnych), jak również zabiegi polegające na wnioskowaniu o mocy obowiązującej pewnych norm ze względu na obowiązywanie prawne innych norm, a także na eliminowaniu kolizji między normami zaliczanymi do obowiązujących prawnie. Dalej również jako „reguły egzegezy”. Zob. Z. Ziemiński, Wstęp do aksjologii, s. 154.

działania występowaniu zjawiska faktycznych członków zarządu²⁷, które jest sprzeczne z:

- a) przepisami mającymi na celu zagwarantowanie prawidłowego funkcjonowania spółek kapitałowych;
- b) zasadami konstrukcyjnymi spółek kapitałowych, tj. zasadą odrębności podmiotowej, zasadą braku odpowiedzialności wspólników za zobowiązania spółki, zasadą rozdziału własności od zarządzania;
- c) aktualnym kontekstem społecznym, aksjologicznym i gospodarczym funkcjonowania spółek kapitałowych;
- d) bezpieczeństwem obrotu gospodarczego²⁸.

2) Do przesłanek uzasadniających zakwalifikowanie danego podmiotu jako faktycznego członka zarządu należy zaliczyć bezpośrednie lub pośrednie wykonywanie czynności należących do wyłącznej kompetencji prawidłowo powołanych członków zarządu. Przy ustaleniu zakresu przedmiotowych czynności należy odnieść się do wzorca uczciwego uczestnika obrotu gospodarczego. Każdorazowo powinno się również uwzględnić całokształt okoliczności sprawy.

3) Faktyczni członkowie zarządu *de lege lata* ponoszą odpowiedzialność odszkodowawczą²⁹ wobec spółki oraz jej wierzycieli. Zasadniczą podstawą ponoszenia tej odpowiedzialności jest nadanie prymatu dyrektywom wykładni

²⁷ Mam tutaj na myśli jego aspekt empiryczny. W piśmiennictwie wskazuje się bowiem, że zjawiskiem prawnym jest uporządkowana struktura, na którą składają się: aspekt realny zjawiska, czyli pewien zespół faktów empirycznych; aspekt formalny zjawiska, czyli pewien zespół konstrukcji prawnych; kwalifikacja prawna, która faktom przypisuje konstrukcje prawne; implikacja prawna pomiędzy konstrukcjami prawnymi oraz odwzorowanie konsekwencji prawnych w świecie rzeczywistym. Por. D. V. Kędzierski, *Metodologia*, s. 35, który to autor przytacza w tym zakresie poglądy Z. Ziemińskiego.

²⁸ W doktrynie prawa karnego obrót gospodarczy określa się jako formalne lub faktyczne stosunki gospodarcze prawidłowo kształtujące zorganizowaną wymianę dóbr i usług. Precyzuje się, że prawidłowy charakter tej wymiany oznacza nie tylko jej legalny (zgodny z obowiązującymi przepisami prawa) charakter, lecz także przestrzeganie przez uczestników tego obrotu lojalności i uczciwości jako wartości, których uwzględniania mogą oni wzajemnie od siebie oczekiwać w warunkach gospodarki rynkowej. E. Hryniewicz, *Obrót gospodarczy*, s. 191–209.

²⁹ Zob. np. T. Siemiątkowski, *Odpowiedzialność cywilnoprawna*, s. 26, 39–40. Autor ten wskazuje, że odpowiedzialność w prawie cywilnym służy poprawności kształtowania się stosunków cywilnoprawnych przez tę gałąź prawa. Podkreśla przy tym, że przepisy o odpowiedzialności cywilnoprawnej kształtują przekonania o konieczności takiego postępowania, aby nie wyrządzało ono innym szkody. Zaznacza, że istota oddziaływania przepisów o odpowiedzialności cywilnoprawnej wynika z uświadamiania sobie następstw – zasada odpowiedzialności determinuje postawy.

celowościowej³⁰, w odniesieniu do przepisów KSH oraz PrUpad regulujących odpowiedzialność prawidłowo powołanych członków zarządu oraz wybranych przepisów KC.

4) Normatywny kształt regulacji odpowiedzialności faktycznych członków zarządu *de lege ferenda* powinien koncertować się na podobieństwie sytuacji faktycznego członka zarządu i członka zarządu, a tym samym stwarzać możliwość ustalenia, czy takowe podobieństwo występuje. Powinien operować pojęciami nieostrymi, klauzulami generalnymi i katalogiem otwartym, pozostawiającymi swobodę organowi stosującemu prawo, przy jednoczesnym postawieniu wymogu zastosowania wysokiego standardu dowodowego, jak również sankcjonowaniu bezzasadnego wytaczania powództw w tym przedmiocie.

§ 3. Metodologia

Do udowodnienia powyżej wskazanych tez została zastosowana metoda dogmatyczna, metoda komparatystyki funkcjonalnej³¹ oraz metoda historyczno-komparatystyczna. Stosując metodę dogmatyczną, będę kierować się dyrektywą wykładni dynamicznej, która traktuje zadanie interpretatora jako dostosowanie litery prawa do potrzeb szeroko rozumianego życia (tj. wymogów stawianych prawu przez aktualny i perspektywiczny kontekst funkcjonalny oraz przez aktualny system prawa)³², oraz regułą praworządnej i racjonalnej decyzji sądowej³³, zgodnie z którą zróżnicowany jest stopień wyznaczenia decyzji sędziego przez reguły prawa. Istnieje bowiem wiele luzów decyzyjnych, w ramach których należy dokonywać racjonalnie uzasadnionych wyborów³⁴.

³⁰ Nazywana również wykładnią funkcjonalną. Jej celem jest ustalenie intencji prawodawcy. Na temat wykładni prawa zob. np. M. Zieliński, A. Munczewski, Reguły interpretacyjne, s. 111 i n.; J. Wróblewski, Sądowe stosowanie prawa, *passim*.

³¹ Metoda komparatystyki funkcjonalnej polega na identyfikacji i porównywaniu instytucji pełniących te same lub zbliżone funkcje w regulowaniu stosunków społecznych w każdym z opisywanych systemów prawnych, zob. I. Prager, Doradcy inwestorów, Wstęp, § 5.

³² J. Wróblewski, Rozumienie prawa, s. 94.

³³ Ideologia ta stanowi jeden z typów ideologii sądowego stosowania prawa. J. Wróblewski, Rozumienie prawa, s. 95.

³⁴ J. Wróblewski, Rozumienie prawa, s. 95.

Jednocześnie trzeba doprecyzować, że pod pojęciem racjonalnego prawodawcy³⁵ rozumiem podmiot, którego celem jest zachowanie równowagi pomiędzy sprawiedliwością³⁶ a pewnością prawa³⁷ oraz który bierze pod uwagę wszystkie możliwe zachowania³⁸ adresatów norm prawnych³⁹.

W konsekwencji wychodzę z założenia, że:

- 1) intencją⁴⁰ ustawodawcy przy uchwalaniu przepisów⁴¹ jest wykreowanie stanu, w którym z wprowadzonych przez niego instytucji⁴² będą korzystać uczciwi uczestnicy⁴³ obrotu, zgodnie z celem, dla którego powstały dane rozwiązania⁴⁴;
- 2) nieuczciwi uczestnicy obrotu⁴⁵ nie powinni czerpać korzyści z instytucji przewidzianych przez ustawodawcę⁴⁶, stąd uprawnione jest stosowanie

³⁵ Prawodawca konstruowany jest przez dogmatykę prawniczą, jest pewnym tworem myślowym, por. Z. Ziemiński, Wstęp do aksjologii, s. 86, s. 176 i n. Na temat racjonalnego ustawodawcy zob. też np. M. Zieliński, Wykładnia prawa, s. 290 i n.

³⁶ W kontekście zjawiska faktycznych członków zarządu chodzi tutaj o sprawiedliwość wyrównawczą, której funkcją jest przywrócenie stanu, który istniał przed spowodowaniem szkody. Zob. J. Oniszczyk, Filozofia, s. 80–81.

³⁷ Pewność prawa rozumiana jako możliwie najczęstsze nadawanie prymatu dyrektywom wykładni językowej.

³⁸ Należy przez to rozumieć zarówno działanie, jak i zaniechanie. J. Nowacki, Z. Tobor, Wstęp do prawoznawstwa, s. 46.

³⁹ Na temat polityki tworzenia prawa zob. np. A. Redelbach, S. Wronkowska, Z. Ziemiński, Zarys teorii, s. 160 i n.

⁴⁰ Na temat terminologii „intencja prawodawcy”, „cel ustawy”, „zamiar ustawodawcy” etc. zob. np. L. Nowak, Interpretacja prawnicza, s. 35 i n.

⁴¹ Chodzi tutaj o przepisy będące przedmiotem poniższych rozważań.

⁴² W doktrynie wskazuje się, że instytucja prawna jest zbiorem norm stanowiących pewną całość z punktu widzenia regulowanego stosunku społecznego. D.V. Kędzierski, Transakcje lewarowane, Wprowadzenie.

⁴³ Mam na myśli podmioty, które w swoim zachowaniu kierują się społecznie akceptowalnymi wartościami.

⁴⁴ Założenie to w pewien sposób nawiązuje do funkcjonującej w brytyjskim porządku prawnym, stanowiącej element obowiązku lojalności członków zarządu *proper purpose rule*, której istotą jest przyjęcie, że otrzymana władza musi być wykorzystywana do celów, dla których została nadana. Por. sekcja 171 (b) Companies Act 2006; zob. też S. Worthington, Directors' Duties, s. 213–216; S. Fridman, An Analysis, s. 165. Przenosząc tę zasadę na grunt stosowania prawa, przyjmuję, że przewidziane w przepisach instytucje, które stanowią źródło określonych „przywilejów”, powinny być wykorzystywane do celów, dla których zostały stworzone.

⁴⁵ Rozumiem przez to podmioty, które w swoim zachowaniu nie kierują się społecznie akceptowalnymi wartościami. Pojęcie to nawiązuje do brytyjskiej koncepcji *reasonable man*, o której będzie mowa poniżej. Warto w tym miejscu zwrócić uwagę, że do potrzeby ochrony przed nieuczciwym zachowaniem uczestnika obrotu gospodarczego odniesiono się np. w wyr. SN z 2.2.2017 r.,

w stosunku do nich reguł egzegezy w sposób, który będzie skutecznie przeciwdziałać ich nieuczciwym zachowaniom⁴⁷;

- 3) zastosowanie reguł egzegezy nie może prowadzić do naruszenia bezpieczeństwa obrotu⁴⁸.

Przy zastosowaniu metody komparatystyczno-funkcjonalnej punktem odniesienia będzie w dużej mierze prawo brytyjskie. Wybór tego systemu prawnego jest uzasadniony z kilku względów.

Po pierwsze, posiada on relatywnie długą⁴⁹ tradycję oraz stosunkowo rozbudowane orzecznictwo sądowe, odnoszące się do koncepcji faktycznych członków zarządu. Pozwala to na założenie, że stanowiska wyrażane w judykaturze są przemyślane i oparte na różnorodnych stanach faktycznych.

Po drugie, specyfika omawianej problematyki, a w szczególności kwalifikacji danego podmiotu jako faktycznego członka zarządu, wymaga wnikliwej oceny stanu faktycznego przy równoczesnym „elastycznym” podejściu do regulacji prawnych, tj. posłużenia się tokiem rozumowania od faktu do prawa⁵⁰ – co jest domeną systemu *common law*, do którego należy prawo brytyjskie.

Zasadnicze różnice między systemem *common law* i *civil law*, a mianowicie kwestia kodyfikacji norm prawnych⁵¹ czy też funkcjonowania precedensów, nie stanowią przeszkody dla postawienia za punkt odniesienia właśnie prawa brytyjskiego. W tej mierze warto chociażby wskazać, że w krajach *civil law* możliwe jest posłużenie się wykładnią celowościową czy też klauzulami generalnymi, co w pewnym sensie można określać jako działalność prawotwórczą judykatury.

Co więcej, w doktrynie wskazuje się, iż w krajach *civil law de facto* mamy do czynienia z prawem precedensowym, a to z uwagi na praktykę powielania

I CSK 92/16, Legalis. W przytoczonym orzeczeniu za takie zachowanie uznano wprowadzenie drugiej strony umowy w błąd. Por. też *S.H. Lo, Piercing of the Corporate*, s. 54–55.

⁴⁶ Chodzi tutaj o normy prawne, których celem jest przyczynianie się do rozwoju gospodarczego. Z pewnością należy uwzględnić te odnoszące się do sposobu funkcjonowania spółek kapitałowych i stanowiące niewątpliwie atrakcyjną formę prowadzenia działalności gospodarczej.

⁴⁷ Przez „nieuczciwe zachowania” rozumiem sprzeczne ze społecznie akceptowalnymi wartościami.

⁴⁸ Rozumianego tak jak w rozdz. II publikacji.

⁴⁹ Por. rozdz. I.

⁵⁰ *C. Arnold, Comparison of Civil Law*, s. 5; *E.M. Willis, The Roles of Judges*, s. 117.

⁵¹ *C. Arnold, Comparison of Civil Law*, s. 5. Prawników *common law* określa się jako empirystów, z kolei *civil law* jako racjonalistów. Na temat różnic między przedmiotowymi systemami zob. np. *T.W. Price, Civil Law and Common Law: Two Ways of Thinking*, *Acta Juridica*, 1965, 1965–1966, s. 47–52.

poglądów wyrażanych w orzecznictwie sądów postawionych najwyżej w hierarchii⁵². Teza o znaczącej odmienności rzeczonych systemów jest podważana w literaturze zagranicznej. Wskazuje się bowiem, że rozrośnięcie się prawa europejskiego, a przy tym dopuszczanie precedensów przez orzecznictwo europejskie, prowadzi do zatarcia granic między przedmiotowymi systemami⁵³.

Wreszcie istotne jest podkreślenie, że w trakcie prac nad *Companies Act 2006*, który zastąpił *Companies Act 1985*, wskazywano, iż nowa regulacja prawna ma na celu ułatwienie przedsiębiorcom funkcjonowania w obrocie gospodarczym, jak również promowanie transparentności i uczciwości. Cele te miały zostać osiągnięte poprzez spójne wewnętrznie i przejrzyste przepisy⁵⁴. W doktrynie podkreśla się, że jest to najobszerniejszy akt prawny uchwalony kiedykolwiek przez brytyjski parlament. Był on wynikiem najbardziej kompleksowego przeglądu prawa spółek, jaki dotychczas przeprowadzono⁵⁵. W konsekwencji można uznać, że brytyjskie prawo spółek, z uwagi na rzeczoną obszerną kodyfikację, tym bardziej posiada wiele cech wspólnych z regulacją charakterystyczną dla *civil law*.

Po trzecie, system *common law* jest określany w literaturze mianem przyjaznego dla wierzycieli (*pro-creditor*)⁵⁶. Zważywszy, że ponoszenie odpowiedzialności przez faktycznych członków zarządu ma przyczynić się do poprawienia sytuacji wierzycieli spółek kapitałowych w polskim porządku prawnym, zasadne jest inspirowanie się rozwiązaniami funkcjonującymi w systemie prawnym, w którym zwraca się szczególną uwagę na potrzebę ochrony tej kategorii podmiotów.

Omawiana metoda posłuży również obrazowaniu uzasadnienia funkcjonowania koncepcji faktycznych członków zarządu w polskim porządku prawnym. Punktem odniesienia będą również inne systemy prawne *common law*, w tym przede wszystkim prawo amerykańskie. Powoływanie się na poglądy wyrażane we wskazanych porządkach prawnych jest dozwolone, po pierwsze, z uwagi na ich bogate doświadczenie związane z funkcjonowaniem spółek kapitałowych, czego konsekwencją jest znaczna liczba publikacji i orzeczeń poruszających wiele istotnych – z perspektywy niniejszych rozważań – tematów.

⁵² C. Arnold, *Comparison of Civil Law*, s. 6; E.M. Willis, *The Roles of Judges*, s. 118.

⁵³ C. Arnold, *Comparison of Civil Law*, s. 5; podobnie E.M. Willis, *The Roles of Judges*, s. 114. W literaturze zwraca się uwagę, że początkowo prawo rzymskie oraz *common law* były oparte na dyskusji dotyczącej konkretnych stanów faktycznych. P.G. Stein, *Roman Law*, s. 1591.

⁵⁴ Zob. J. Lowry, *Codifying the Corporate*, s. 2.

⁵⁵ J. Birds, *The Companies Act 2006*, s. 13; tak też J. Lowry, *Codifying the Corporate*, s. 2.

⁵⁶ C. Arnold, *Comparison of Civil Law*, s. 8.

Po drugie, ze względu na globalizację stosunków gospodarczych i związaną z nią konwergencję problemów w zakresie sposobu funkcjonowania spółek kapitałowych⁵⁷.

Zastosowanie metody komparatystyczno-historycznej pozwoli z kolei na wyeksponowanie negatywnej oceny zjawiska faktycznych członków zarządu.

§ 4. Układ rozprawy

Punktem wyjścia dla rozważań będzie przedstawienie, jak koncepcja faktycznego członka zarządu kształtuje się w brytyjskim porządku prawnym. Analiza sposobu i *ratio* jej funkcjonowania pozwoli nie tylko na sformułowanie wniosków co do zasadności i zakresu implementacji rozwiązań brytyjskich do polskiego porządku prawnego, ale również będzie rzutowała na rozłożenie akcentów co do zagadnień poruszanych w pozostałych rozdziałach.

Rozdział I będzie zatem dotyczył takich zagadnień, jak: koncepcja członka zarządu w prawie brytyjskim, definicja i zakres odpowiedzialności członka zarządu *de facto*, definicja i zakres odpowiedzialności *shadow director*, różnice między koncepcją faktycznego członka zarządu a koncepcją odpowiedzialności przebijającej.

Przedmiotem rozważań w **Rozdziale II** będzie uzasadnienie funkcjonowania w polskim porządku prawnym koncepcji faktycznych członków zarządu oraz skonstruowanie doktrynalnej definicji faktycznego członka zarządu na gruncie prawa polskiego.

Uzasadnienie funkcjonowania koncepcji faktycznego członka zarządu w polskim porządku prawnym związane będzie w dużej mierze z jej celem⁵⁸. Sprowadzi się zatem do omówienia:

- 1) kluczowych elementów zjawiska faktycznych członków zarządu i wyeksponowania ich negatywnych skutków;
- 2) wybranych konstrukcyjnych zasad spółek kapitałowych, co ma na celu uwydatnienie sprzeczności zjawiska faktycznych członków zarządu z tymi zasadami;

⁵⁷ I. Prager, Doradcy inwestorów, Wstęp, § 5.

⁵⁸ W literaturze zagranicznej podkreśla się, że istotą każdej koncepcji jest cel, dla którego została ona stworzona. E.R. Latty, Corporate Entity, s. 604.

- 3) aktualnych kontekstów: społecznego, aksjologicznego i gospodarczego, odnoszących się do spółek kapitałowych, które ukażą sprzeczność zjawiska faktycznych członków zarządu z owymi kontekstami;
- 4) spójności koncepcji faktycznego członka zarządu z bezpieczeństwem obrotu.

Na tym etapie posługiwanie się pojęciem faktycznego członka zarządu będzie odnosiło się do empirycznego aspektu tego zjawiska.

Na potrzeby uzasadnienia funkcjonowania koncepcji faktycznego członka zarządu w polskim porządku prawnym przyjmuję perspektywę istnienia zjawiska faktycznych członków zarządu w obrocie gospodarczym, bez jednoczesnego stosowania egzegezy faktów prawnych w sposób, który mógłby mu przeciwdziałać (tj. objąć faktycznych członków zarządu hipotezą przepisów mogących stanowić źródło ich odpowiedzialności odszkodowawczej). W przypadku przepisów KSH i PrUpad rozważania będą oparte na założeniu, zgodnie z którym poprzestanie na dyrektywach wykładni językowej, w odniesieniu do przepisów regulujących odpowiedzialność członków zarządu, w istocie jest równoznaczne z dopuszczeniem „funkcjonowania” zjawiska faktycznych członków zarządu. Taki punkt widzenia jest związany z podzieleniem stanowiska, zgodnie z którym mechanizmy odpowiedzialności odszkodowawczej pełnią funkcję prewencyjną i mobilizacyjną i są one w stanie przeciwdziałać temu zjawisku⁵⁹.

Następnie skonstruowana zostanie definicja⁶⁰ faktycznego członka zarządu. W jej ramach wyeksponowany będzie element wykonywania kompetencji właściwych członkom zarządu. W tym zakresie rozważania będą obejmowały takie zagadnienia, jak: zaprezentowanie przedmiotowej definicji na poziomie ogólnym⁶¹, wskazanie na możliwe sposoby sprawowania faktycznego zarządu *de lege lata*, omówienie typów faktycznych członków zarządu, wyjaśnienie sposobu wykładni zwrotu „wykonywanie kompetencji właściwych członkom zarządu”.

Z uwagi na brak definicji legalnej faktycznego członka zarządu, poniższe wywody niewątpliwie rozpatrywać należy w kategoriach definicji doktrynalnej.

Kolejność rozważań wynika z faktu, że definicja faktycznego członka zarządu jest elementem koncepcji faktycznego członka zarządu. Brzmienie de-

⁵⁹ Por. A. Weber-Elżanowska, Obowiązek zgłoszenia wniosku, s. 27–34

⁶⁰ Definicję należy kwalifikować jako definicję projektującą. Z. Ziemiński, Logika prawnicza, s. 46–48.

⁶¹ Bez wyodrębniania poszczególnych typów członków zarządu.

finicji ma bezpośredni wpływ na stopień realizacji celu koncepcji, którym jest przeciwdziałanie występowaniu zjawiska faktycznych członków zarządu (poprzez wprowadzenie odpowiednich zasad odpowiedzialności). Nie jest zatem właściwe konstruowanie definicji faktycznego członka zarządu przed uzasadnieniem funkcjonowania koncepcji faktycznego członka zarządu w polskim porządku prawnym⁶². Omówienie tej kwestii będzie przy tym rzutowało na treść definicji, w tym szczególnie decyzji o stosowaniu zwrotów nieokreślonych czy też klauzul generalnych (które wymagają odwołania się do kryteriów poza prawnych⁶³) przy jej konstruowaniu. Przedmiotowe rozważania będą też miały istotne znaczenie z perspektywy sposobu jej wykładni.

Jednocześnie rozważania o uzasadnieniu funkcjonowania koncepcji faktycznych członków zarządu w polskim porządku prawnym będą przydatne z perspektywy udowodnienia tezy o zasadności nadania prymatu wykładni celowościowej, odtworzenia wartości preferowanych przez ustawodawcę (która wymaga analizy rzeczywistości społecznej, politycznej lub gospodarczej, w której funkcjonuje interpretowany przepis⁶⁴), ustalenia treści klauzul generalnych, w tym natury spółki kapitałowej oraz zasad uczciwości kupieckiej.

Przedmiotem **Rozdziału III** jest analiza możliwości zastosowania reguł egzegezy⁶⁵, a konkretnie dyrektyw wykładni celowościowej, dyrektyw wykładni systemowej oraz wnioskowania *per analogiam* w stosunku do przepisów KSH oraz PrUpad regulujących odpowiedzialność odszkodowawczą członków zarządu spółek kapitałowych.

W pierwszym rzędzie analizie poddane zostaną wybrane przepisy KSH oraz PrUpad.

Następnie omówiona zostanie problematyka nadania prymatu dyrektywom wykładni celowościowej nad dyrektywami wykładni językowej, w kontekście faktycznych członków zarządu.

Rozważania będą miały na celu wykazanie, że zjawisko faktycznych członków zarządu należy rozpatrywać w kategoriach oczywistej sprzeczności z wartościami akceptowanymi przez ogół społeczeństwa, a to z uwagi na aktualne, szczególnie negatywne, postrzeganie zachowań polegających, w uproszczeniu, na niewłaściwym korzystaniu z przywilejów wynikających z konstrukcji spółki kapitałowej, czym właśnie charakteryzuje się to zjawisko.

⁶² W zakresie, w jakim dotyczy wprowadzenia zasad odpowiedzialności tych podmiotów.

⁶³ Na temat relacji między zwrotem niedookreślonym a klauzulą generalną zob. *M. Śliwka*, Znaczenie zwrotów niedookreślonych, s. 261–272.

⁶⁴ *A. Municzewski*, Reguły interpretacyjne, s. 125.

⁶⁵ Por. *Z. Ziemiński*, Wstęp do aksjologii, s. 154.

Zarówno w przypadku zastosowania dyrektyw wykładni celowościowej, jak i wnioskowania *per analogiam*, istotną rolę będzie pełnić ustalony aktualny kontekst społeczny, aksjologiczny i gospodarczy w odniesieniu do omawianej problematyki, który został omówiony w Rozdziale II.

Jednocześnie trzeba zwrócić uwagę, że aby można było w wyniku wnioskowania *per analogiam*⁶⁶ wiązać skutki prawne z jakimkolwiek faktem, konieczne jest przyjęcie założeń o charakterze wartościującym⁶⁷. Omówienie kontekstu aksjologicznego jest również niezbędnym elementem procesu stosowania rzeczonych wnioskowania.

W **Rozdziale IV** odniesiono się do podstaw odpowiedzialności faktycznych członków zarządu na gruncie KC. Z perspektywy możliwości ponoszenia odpowiedzialności w reżimie kontraktowym omówiono art. 753 KC oraz art. 471 KC i n. Zwrócono również uwagę na naruszenie obowiązku lojalności przez wspólników. W ramach reżimu odpowiedzialności deliktowej analizie zostaną poddane przepisy art. 415 i art. 422 KC, z uwzględnieniem przesłanek odpowiedzialności faktycznej członków zarządu. Warto podkreślić, że brak jednoznacznej regulacji w przedmiocie odpowiedzialności odszkodowawczej faktycznych członków zarządu skutkuje koniecznością poszukiwania dostępnych podstaw odpowiedzialności w prawie polskim, ewentualnie zbiegu tych podstaw. Omówienie rzeczonych przepisów traktować należy właśnie w tych kategoriach. Oznacza to, że wybór zastosowania konkretnego z nich jest uzależniony od preferencji danego podmiotu.

Wreszcie zostaną przedstawione propozycje *de lege ferenda* uregulowania odpowiedzialności odszkodowawczej faktycznych członków zarządu.

§ 5. Zakres wyłączeń

Zważywszy, że analiza problemu badawczego łączy się z koniecznością nawiązania do wielu zagadnień z zakresu prawa cywilnego oraz handlowego, które samoistnie mogłyby stanowić przedmiot odrębnego opracowania, ko-

⁶⁶ Relację między tymi zabiegami należy określić jako alternatywę. Wybór zastosowania któregośkolwiek z nich uzależniony będzie od preferencji podmiotu stosującego prawo.

⁶⁷ W literaturze podnosi się, że wybór rodzaju wnioskowania oraz rodzaju przepisu, który ma być stosowany *per analogiam*, ustalenie podobieństwa pomiędzy dwoma faktami, czy też ustalenie konsekwencji prawnych przypadku nieunormowanego to decyzje o charakterze wartościującym. J. Nowacki, Z. Tobor, Wstęp do prawoznawstwa, s. 270–271, 276.

nieczne stało się rozważenie ich jedynie w zakresie relewantnym dla realizacji celów publikacji.

W konsekwencji w Rozdziale I poświęconym zagadnieniom komparatystycznym zostały wyeksponowane tylko te wątki, które bezpośrednio dotyczą problematyki koncepcji faktycznego członka zarządu. Zaniechano zatem szczegółowego omówienia sposobu funkcjonowania „odpowiednika” polskich spółek kapitałowych w brytyjskim porządku prawnym. Przedmiot badań w zakresie prawa brytyjskiego został ograniczony do członków zarządu angielskiej *company limited by shares*⁶⁸, której cechą charakterystyczną jest odrębna podmiotowość prawna oraz ograniczona odpowiedzialność wspólników za jej zobowiązania⁶⁹.

Zakres zagadnień poruszonych w Rozdziałach II i III był uwarunkowany przydatnością z perspektywy zobrazowania podstaw i uzasadnienia ponoszenia odpowiedzialności odszkodowawczej przez osoby faktycznie zarządzające spółkami. W Rozdziale II w dużej mierze wystarczające okazało się przedstawienie jedynie pewnych prawidłowości, takich jak: ogólny obraz praw i obowiązków organów spółki oraz sposobu ich funkcjonowania; schemat stosunków gospodarczych, w tym przyczyn kryzysów gospodarczych; tendencje w ustawodawstwie międzynarodowym; mechanizmy ochrony wierzycieli spółek kapitałowych, w tym ich wadliwość, bez szczegółowej analizy ich elementów.

W Rozdziale IV ograniczono się do analizy wybranych przepisów należących do reżimu odpowiedzialności kontraktowej (art. 471 KC) oraz deliktowej (art. 415 oraz art. 422 KC)⁷⁰. Ponownie trzeba w tym miejscu podkreślić, że celem przedmiotowego rozdziału nie było kompleksowe omówienie zagadnienia odpowiedzialności odszkodowawczej, lecz jej kluczowe, niezbędne na potrzeby rozważań elementy. Skutkowało to ograniczeniem analizy przesłanek jedynie z perspektywy kwestii charakterystycznych dla zjawiska faktycznych członków zarządu. Co do zasady nie analizowano zatem konkretnych naruszeń stano-

⁶⁸ Na temat form prowadzenia działalności gospodarczej w prawie brytyjskim zob. A. Dignam, J. Lowry, *Company Law*, s. 3–6; *The Partnership Act 1890, Limited Partnership Act 1907*, CA 2006.

⁶⁹ W sekcji 4 CA 2006 przewidziano możliwość występowania w obrocie gospodarczym prywatnych oraz publicznych *companies limited by shares*; zob. A. Dignam, J. Lowry, *Company Law*, s. 66–67. Por. sekcja 3 CA 2006.

⁷⁰ Zważywszy, że na gruncie art. 430 KC użycie słów „na własny rachunek” nie pozwala uznać za zwierzchnika jakiegokolwiek osoby zajmującej w danej strukturze organizacyjnej stanowisko nadrzędne nad wykonawcą czynności (kierowników, dyrektorów itp.), wykluczono możliwość zastosowania tego przepisu w stosunku do faktycznych członków będących członkami organu właścicielskiego. G. Karaszewski, w: *Ciszewski, Nazaruk, Komentarz KC*, 2023, art. 430.