

INSTYTUT WYMIARU SPRAWIEDLIWOŚCI

Paweł Mazur

***Odpowiedzialność przebijająca w prawie niemieckim,
austriackim i szwajcarskim***

Warszawa 2017

Spis treści

Wykaz skrótów	i
Rozdział 1. Wprowadzenie	1
Rozdział 2. Odpowiedzialność przebijająca w prawie niemieckim.....	4
2.1. Źródła i zakres obowiązywania zasady ograniczonej odpowiedzialności wspólników.....	4
2.2. Odpowiedzialność przebijająca (<i>Durchgriffshaftung</i>).....	7
2.2.1. Cechy odpowiedzialności przebijającej.....	7
2.2.2. Uzasadnienie doktrynalne.....	7
2.2.3. Zakres zastosowania odpowiedzialności przebijającej (<i>Durchgriffshaftung</i>).....	11
2.2.3.1. Pomieszanie mas majątkowych spółki i wspólników (<i>Sphärenvermischung</i>).....	11
2.2.3.2. Materialne niedokapitalizowanie spółki (<i>materielle Unterkapitalisierung</i>).....	15
2.2.3.3. Doprowadzenie do unicestwienia spółki (<i>Existenzvernichtung</i>).....	17
2.2.3.4. Podsumowanie.....	20
2.3. Odpowiedzialność przebijająca w koncernach	21
2.3.1. Wprowadzenie	21
2.3.2. Pojęcie koncernu w prawie niemieckim	22
2.3.3. Odpowiedzialność akcjonariusza w koncernie spółki akcyjnej.....	27
2.3.4. Odpowiedzialność udziałowca w koncernie spółki z ograniczoną odpowiedzialnością	28
2.3.5. Podsumowanie	30
2.4. Przebicie przez przypisanie w prawie niemieckim (<i>Zurechnungsdurchgriff</i>)	31
2.4.1. Podstawy przebicia przez przypisanie (<i>Zurechnungsdurchgriff</i>)	32
2.4.2. Przypisanie zachowania (<i>Zurechnung von Verhaltensweisen</i>)	33
2.4.3. Przypisanie wiedzy (<i>Zurechnung von Kenntnissen</i>).....	34
2.4.4. Przypisanie cech (<i>Zurechnung von Eigenschaften</i>).....	35
2.4.5. Podsumowanie	36
2.5. Konkluzje.....	36
Rozdział 3. Odpowiedzialność przebijająca w prawie austriackim	38
3.1. Wprowadzenie.....	38
3.2. Konsekwencje prawnej odrębności spółki i wspólników	38
3.3. Posługiwanie się koncepcją odpowiedzialności przebijającej (<i>Durchgriffshaftung</i>) w austriackim orzecznictwie	39
3.3.1. Odpowiedzialność wspólnika za doprowadzenie do niewypłacalności spółki w świetle orzeczenia Euming	40
3.3.2. Faktyczne kierownictwo nad działalnością spółki a odpowiedzialność wspólnika w świetle orzeczenia OGH 8 ObA 98/00 w	42
3.3.3. Przesłanki odpowiedzialności przebijającej (<i>Durchgriffshaftung</i>) w świetle orzeczenia Salzburger Tourismusverband	43
3.3.4. Odpowiedzialność przebijająca w nowszym orzecznictwie austriackiego Sądu Najwyższego	46
3.4. Dochodzenie odpowiedzialności deliktowej od wspólnika	47
3.5. Przebicie przez przypisanie w prawie austriackim (<i>Zurechnungsdurchgriff</i>)	49
3.6. Konkluzje.....	50

Rozdział 4. Odpowiedzialność przebijająca w prawie szwajcarskim	52
4.1. Wprowadzenie	52
4.2. Odpowiedzialność w koncernach szwajcarskich	52
4.2.1. Pojęcie koncernu	52
4.2.2. Odpowiedzialność przebijająca (Durchgriffshaftung)	54
4.2.3. Odpowiedzialność faktycznych zarządców (materielle Organschaft)....	56
4.2.4. Szczególna odpowiedzialność za naruszenie zaufania koncernowego (Konzernvertrauen)	57
4.3. Konkluzje	60
Rozdział 5. Wnioski dla ustawodawcy polskiego	62

Wykaz skrótów

AktG	Aktiengesetz (BGBl. I S. 1089)
ABGB	Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch (BGBl. I Nr. 59/2017)
BeckRS	Beck-Rechtssachen
BGB	Bürgerliche Gesetzbuch (BGBl. I S. 42, ber. S. 2909, ber. 2003 I S. 738)
BGBl.	Bundesgesetzblatt
BGE	Bundesgericht/Tribunal federal (szwajcarski Trybunał Federalny)
BGH	Bundesgerichtshof (Federalny Sąd Najwyższy)
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
DNotI	Deutsches Notarinstitut
Dz.U.	Dziennik Ustaw
EWCA Civ	Court of Appeal Civil Division
RGBl	Reichsgesetzblatt
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (RGBl. I S. 477)
HGB	Handelsgesetzbuch (BGBl. I S. 2565, 2567)
InsO	Insolvenzordnung (BGBl. I S. 2866)
k.c.	Ustawa z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (tekst jedn. Dz.U. z 2017 r. poz. 459 ze zm.)
k.s.h.	Ustawa z 15.09.2000 r. – Kodeks spółek handlowych (tekst jedn. Dz.U. z 2017 r. poz. 1577 ze zm.)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
öAktG	Österreichisches Aktiengesetz (ÖBGBI. S. 98) (CHB)
OGH	Oberster Gerichtshof (austriacki Sąd Najwyższy)
öGmbHG	Österreichisches Gesetz über Gesellschaften mit beschränkter Haftung v. 6. 3. 1906 (RGBl. Nr. 58)
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht), SR 220
öStGB	Österreichisches Strafgesetzbuch (Bundesgesetz v. 23. 1. 1974 über die mit gerichtlicher Strafe bedrohten Handlungen; BGBl. Nr. 60)
RdW	Recht der Wirtschaft
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen

SR Systematische Rechtssammlung
ZGB Zivilgesetzbuch, SR 210

Rozdział 1. Wprowadzenie

Zasada ograniczonej odpowiedzialności wspólników¹ za zobowiązania spółki wraz ze stanowiącą jej naturalną konsekwencją zasadą ochrony aktywów spółki przed roszczeniami osobistych wierzycieli jej wspólników uznawane są za istotę koncepcji spółki kapitałowej, postrzeganej jako odrębny od jej substratu osobowego byt prawny². W tych okolicznościach, rozdzielnosc działań i majątku spółki i jej wspólników (*Trennungsprinzip*³, *entity and owner shielding*⁴) należałoby uznać za jeden z fundamentów, na których opiera się prawo spółek.

Ograniczenie odpowiedzialności wspólników za zobowiązania spółki zwiększa skłonność inwestorów do angażowania się w przedsięwzięcia gospodarcze, których immanentną cechą jest ryzyko inwestycyjne. Jego redukcja do możliwości utraty zainwestowanego kapitału, poprzez wyłączenie możliwości dochodzenia przez wierzycieli spółki zaspokojenia przysługujących im roszczeń z prywatnego majątku wspólników, pozwala przezwyciężyć awersję inwestorów do podejmowania ryzyka i skłania ich do wniesienia wkładu do spółki, usprawniając jednocześnie proces akumulacji kapitału potrzebnego do rozpoczęcia i prowadzenia działalności gospodarczej⁵.

Jednocześnie, z ograniczeniem odpowiedzialności wspólników za zobowiązania spółki mogą się wiązać istotne zagrożenia dla interesów jej wierzycieli, ponieważ redukcji

¹ Dla jasności wyводу, o ile nie zastrzeżono inaczej, w dalszej części opracowania słowem „wspólnicy” będą określani zarówno udziałowcy spółek z ograniczoną odpowiedzialnością, jak i akcjonariusze spółek akcyjnych.

² H. Hansmann, R. Kraakman, R. Squire, *Law and the Rise of the Firm*, „Harvard Law Review” 2005/119, s. 1336.

³ H. Merkt, [w:] H. Fleischer, W. Goette (red.), *Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG)*, Monachium 2015, komentarz do § 13 GmbHG, nb.332.

⁴ H. Hansmann, R. Kraakman, R. Squire, *Law...*, s. 1336.

⁵ D. Verse, [w:] M. Henssler, L. Strohn (red.), *Gesellschaftsrecht*, Monachium 2016, komentarz do § 13 GmbHG, nb. 11; H.G. Koppensteiner, F. Ruffler (red.), *GmbH-Gesetz Kommentar*, Wiedeń 2007, komentarz do § 61 öGmbHG, nb. 37c.

ulega majątek, z którego mogą oni domagać się zaspokojenia swoich roszczeń⁶. Z tego powodu stworzone zostały mechanizmy, mające na celu zagwarantowanie zachowania w spółkach kapitałowych dostatecznej masy majątkowej do zaspokojenia wierzycieli. Przez ten pryzmat należy oceniać przepisy, mające na celu zapewnienie realnego wniesienia i utrzymania wkładów⁷ czy też te, przewidujące obowiązek terminowego złożenia wniosku o upadłość⁸.

W niektórych przypadkach mechanizmy te mogą się jednak okazać niewystarczające. Przykładowo, jeżeli spółka stanowi w istocie *alter ego* wspólnika, a postępowanie się nią ma na celu jedynie pokrzywdzenie wierzycieli poprzez redukcję aktywów dostępnych do zaspokojenia ich roszczeń lub też umożliwienie podjęcia działań, których z powodu ograniczeń umownych lub ustawowych nie mógłby podjąć sam wspólnik, ścisłe trzymanie się zasady przewidującej rozdzielność aktywności i majątku spółki i jej wspólników (*Trennungsprinzip*) mogłoby budzić uzasadnione wątpliwości⁹. Takie działanie wspólników stanowi nadużycie formy osoby prawnej (*Missbrauchs der Rechtsform*) i nie zasługuje ochronę¹⁰.

Z tego powodu prawo niemieckie, austriackie i szwajcarskie dopuszcza przełamanie zasady rozdzielności majątku spółki i jej wspólników (*Trennungsprinzip*) i wyłączenie przysługującego wspólnikom przywileju, polegającego na ograniczeniu ich odpowiedzialności za zobowiązania spółki (*Haftungsprivileg*). W tym celu konieczne jest

⁶ R. Wilhelmi, [w:] H. Ziemons, C. Jaeger (red.), *Beck'scher Online-Kommentar GmbHG*, Beck-online 2017, komentarz do § 13 GmbHG, nb. 55.

⁷ Zob. np. w odniesieniu do spółek z ograniczoną odpowiedzialnością: § 9 ust. 1 GmbHG – przewidujący konieczność wyrównania różnicy między zadeklarowaną a rzeczywistą wartością wniesionego do spółki wkładu niepieniężnego, § 9a ust. 1 GmbHG – przewidujący solidarną odpowiedzialność wspólnika i członka zarządu, którzy przy tworzeniu spółki podali fałszywe dane odnoszące się do wartości wkładu, § 30 GmbHG – ograniczający możliwość dokonywania wypłat z kapitału zakładowego na rzecz wspólników; § 31 GmbHG – przewidujący obowiązek dokonania zwrotu nienależnie dokonanych wypłat. W odniesieniu do spółek akcyjnych: § 9 AktG – zakazujący obejmowania akcji poniżej ceny minimalnej, § 38 ust. 2 AktG – przewidujący możliwość sądowej kontroli wartości wniesionych wkładów niepieniężnych, § 57 AktG – zakazujący dokonywania zwrotu i oprocentowania wniesionych wkładów.

⁸ Zob. § 15a InsO.

⁹ P.T. Muchlinski, *Holding Multinationals to account: Recent Developments in English litigation and the Company Law Review II*, „Amicus Curiae. Journal of the Society for Advanced Legal Studies” 2002/40, s. 3–4.

¹⁰ D. Verse, [w:] M. Henssler, L. Strohn (red.), *Gesellschaftsrecht...*, komentarz do § 13 GmbHG, nb. 2.

pominięcie odrębnej osobowości prawnej spółki (*Durchgriff*)¹¹, które może się sprowadzać do obciążenia wspólników osobistą odpowiedzialnością za zobowiązania spółki (*Haftungsdurchgriff*) lub do przypisania spółce skutków określonych zdarzeń prawnych (np. stanu wiedzy, świadomości lub oświadczeń woli), które zachodzą po stronie wspólnika (*Zurechnungsdurchgriff*).

Szczegółowej analizie zasad, na których opiera się odpowiedzialność przebijająca wspólników za zobowiązania spółki w prawie niemieckim, austriackim i szwajcarskim, zostanie poświęcona dalsza część opracowania. W ostatniej części pracy podjęta zostanie próba odpowiedzi na pytanie, czy wykształcone w analizowanych porządkach prawnych rozwiązania, umożliwiające w niektórych przypadkach pominięcie prawnej odrębności spółki i wspólników, mogą być wzorem dla polskiego ustawodawcy. Do analizy prawnoporównawczej skłaniają coraz powszechniejsze postulaty ustawowego uregulowania kwestii odpowiedzialności przebijającej wspólników za zobowiązania spółki, zwłaszcza w relacjach koncernowych, które zaowocowały propozycjami konkretnych zmian legislacyjnych¹².

¹¹ R. Wilhelmi, [w:] H. Ziemons, C. Jaeger, *Beck'scher...*, komentarz do § 13 GmbHG, nb. 3.

¹² Zob. np.: P. Błaszczak, *Odpowiedzialność cywilna spółki dominującej w projekcie nowelizacji kodeksu spółek handlowych w zakresie grup spółek (cz. I)*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2010/2, s. 13–21 i P. Błaszczak, *Odpowiedzialność cywilna spółki dominującej w projekcie nowelizacji kodeksu spółek handlowych w zakresie grup spółek (cz. II)*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2010/3, s. 24–32; P. Błaszczak, *Ochrona wspólników mniejszościowych spółki zależnej należącej do grupy spółek*, „Państwo i Prawo” 2010/10, s. 20–34; A. Szumański, *Potrzeba i zakres projektowanej nowej regulacji prawa holdingowego w Polsce*, [w:] W.J. Katner, U. Promińska (red.), *Prawo handlowe po przystąpieniu Polski do Unii Europejskiej*, Warszawa 2010, s. 287–303; G. Domański, J.P. Schubel, *Krytycznie o projekcie prawa grup spółek*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2011/5, s. 5–13; M. Litwińska-Werner, *Nadużycie formy spółki*, „Studia Prawa Prywatnego” 2007/3–4, s. 97; P. Sobolewski, *Środki prawne ochrony wierzycieli spółek kapitałowych*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2011/5, s. 14; M. Rodzyńkiewicz, *W kwestii odpowiedzialności wspólnika spółki kapitałowej za jej zobowiązania de lege ferenda*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2017/8, s. 12–20.

Rozdział 2. Odpowiedzialność przebijająca w prawie niemieckim

2.1. Źródła i zakres obowiązywania zasady ograniczonej odpowiedzialności wspólników

Niemieckie spółki kapitałowe uznawane są za odrębny od wspólników podmiot prawa¹³. Osobowość prawna spółek akcyjnych wynika z wyraźnego postanowienia przepisu § 1 ust. 1 zd. 1 AktG. Wyrazu osobowości prawnej spółki z ograniczoną odpowiedzialnością niemiecka doktryna doszukuje się natomiast w przepisie § 13 ust. 1 GmbHG, zgodnie z którym spółce z ograniczoną odpowiedzialnością przysługują własne prawa i obowiązki¹⁴.

Z przyznaniem spółkom kapitałowym osobowości prawnej nieodłącznie wiąże się możliwość dochodzenia przez jej wierzycieli zaspokojenia z majątku spółki¹⁵. Jednocześnie, niemiecki ustawodawca wyłączył możliwość dochodzenia odpowiedzialności za zobowiązania spółki bezpośrednio od jej udziałowców (§ 13 ust. 2 GmbHG). Zasada ta odnosi się także do akcjonariuszy spółek akcyjnych (§ 1 ust. 1 zd. 2 AktG).

Wyłączenie możliwości domagania się zaspokojenia roszczeń prywatnych wierzycieli wspólników z majątku spółki oraz wierzycieli spółki z prywatnego majątku wspólników wymaga rozdzielenia mas majątkowych korporacji i jej uczestników, co w literaturze przedmiotu określa się mianem zasady podziału (*Trennungsprinzip*)¹⁶. Ustawodawca niemiecki osiągnął ten cel np. poprzez wykształcenie mechanizmów nakierowanych na

¹³ H. Altmeppen, [w:] G. Roth, H. Altmeppen (red.), *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung: GmbHG. Kommentar*, Monachium 2015, komentarz do § 13 GmbHG, nb. 65.

¹⁴ P.T. Muchlinski, *Holding...*, s. 3–4; A. Krawczyk, *Przebicie przez przypisanie w koncernie*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2016/1, s. 34.

¹⁵ G. Bitter, [w:] O. Scholz (red.), *Kommentar zum GmbH-Gesetz Gesamtwerk in 3 Bänden. Mit Anhang Konzernrecht*, Monachium 2015, komentarz do § 13 GmbHG, nb. 55.

¹⁶ K. Funke, [w:] L. Michalski (red.), *Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung*, Monachium 2010, komentarz do § 13 GmbHG, nb. 55; V. Emmerich, [w:] O. Scholz (red.), *Kommentar zum GmbH-Gesetz Gesamtwerk in 3 Bänden. Mit Anhang Konzernrecht*, Monachium 2015, komentarz do § 13 GmbHG, nb. 2.

ochronę majątku spółki przed jego uszczuplaniem przez wspólników, takich jak przepisy zapewniające realne wniesienie i utrzymanie kapitału zakładowego¹⁷.

W niemieckiej doktrynie przyjmuje się jednak, że wyłączenie odpowiedzialności wspólników za zobowiązania spółki nie jest naturalną konsekwencją przyznania spółce osobowości prawnej, lecz wynika z wyraźnej decyzji ustawodawcy¹⁸. Zasadę, zgodnie z którą udziałowcy spółki z ograniczoną odpowiedzialnością i akcjonariusze nie ponoszą odpowiedzialności za zobowiązania spółki, uznawana jest w Niemczech za szczególny przywilej, przyznawany osobom angażującym swój kapitał w utworzenie jednego ze wspomnianych typów korporacji (*Haftungsprivileg*)¹⁹. Przyznanie wspomnianego przywileju nie wyłącza jednak odpowiedzialności wspólników w sposób bezwzględny i bezwyjątkowy. Przypadki, w których możliwe jest pociągnięcie ich do osobistej odpowiedzialności za zobowiązania spółki, można podzielić na dwie grupy.

Po pierwsze, wspólnicy mogą samodzielnie zobowiązać się do ponoszenia odpowiedzialności za zobowiązania spółki, np. przez udzielenie poręczenia (*Bürgschaft*) czy też w drodze przystąpienia do długu spółki (*Schuldbeitritt*). W prawie niemieckim takie przypadki określane są mianem niewłaściwej odpowiedzialności przebijającej (*unechte Durchgriffshaftung*)²⁰.

Po drugie, niekiedy możliwe jest pociągnięcie wspólników do odpowiedzialności za zobowiązania spółki kapitałowej bez ich woli. W takim przypadku dochodzi do

¹⁷ Na przykład § 30 ust. 1 zd. 1 GmbHG, zakazujący zwracania wspólnikom wniesionego przez nich wkładu – zob. szerzej na ten temat: H. Altmeppen, [w:] G. Roth, H. Altmeppen (red.), *Gesetz...*, komentarz do § 30 GmbHG, nb. 21 i n.

¹⁸ H. Merkt, [w:] H. Fleischer, W. Goette (red.), *Münchener...*, komentarz do § 13 GmbHG, nb. 332; L. Fastrich, [w:] A. Baumbach, A. Hueck (red.), *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung. Kommentar*, Monachium 2017, komentarz do § 13 ust. 2 GmbHG, nb. 5; J. Lieder, [w:] L. Michalski, A. Heidinger, S. Leible, J. Schmidt (red.), *Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz)*, Monachium 2017, komentarz do § 13 GmbHG, nb. 335. Autorzy wskazują, że ograniczenie odpowiedzialności wspólników za zobowiązania spółki nie jest immanentną cechą osobowości prawnej. W prawie niemieckim za osobę prawną jest bowiem uznawana spółka komandytowo-akcyjna, w której co najmniej jeden jej wspólnik odpowiada wobec wierzycieli spółki całym swoim majątkiem (zob. § 278 AktG).

¹⁹ H. Altmeppen, [w:] G. Roth, H. Altmeppen (red.), *Gesetz...*, komentarz do § 13 GmbHG, nb. 65; H. Merkt, [w:] H. Fleischer, W. Goette (red.), *Münchener...*, komentarz do § 13 GmbHG, nb. 328.

²⁰ V. Emmerich, [w:] O. Scholz (red.), *Kommentar...*, komentarz do § 13 GmbHG, nb. 75.

przebicia zasłony korporacyjnej i pozbawienia wspólników przysługującego im przywileju, polegającego na ograniczeniu ich odpowiedzialności za zobowiązania spółki (*Haftungsprivileg*). Tego typu odpowiedzialność wspólników określa się mianem odpowiedzialności przebijającej (*Durchgriffshaftung*)²¹.

Możliwość obciążenia wspólników osobistą odpowiedzialnością za zobowiązania spółki nie jest jedynym przykładem pominięcia zasady odrębnej osobowości prawnej spółek kapitałowych i osób w nich uczestniczących (*Trennungsprinzip*). W niektórych przypadkach prawo niemieckie dopuszcza przypisanie spółce pewnych stanów rzeczy, które zachodzą po stronie wspólników (takich jak wiedza, świadomość, zachowanie czy też cechy osobiste). Zjawisko to doktryna niemiecka określa mianem przebicia przez przypisanie (*Zurechnungsdurchgriff*)²².

Podjmując działania zmierzające do przyjęcia na siebie tzw. niewłaściwej odpowiedzialności przebijającej za zobowiązania spółki (np. udzielając poręczenia za dług spółki), wspólnicy działają w ramach własnej zdolności prawnej. Z tego powodu problematyka niewłaściwej odpowiedzialności przebijającej (*unechte Durchgriffshaftung*) wykracza poza ramy tego opracowania. Dalsze rozważania zostaną poświęcone przypadkom, w których dochodzi do przebicia zasłony korporacyjnej i potraktowania spółki i wspólników *de facto* jako jednego podmiotu, a więc odpowiedzialności przebijającej (*Durchgriffshaftung*) oraz przebicium przez przypisanie (*Zurechnungsdurchgriff*). Szczególny nacisk zostanie położony na analizę możliwości sięgnięcia po konstrukcję odpowiedzialności przebijającej w odniesieniu do spółek działających w strukturach holdingowych.

²¹ A. Aukhatov, *Durchgriffs- und Existenzvernichtungshaftung im deutschen und russischen Sach- und Kollisionsrecht*, Tübingen 2009, s. 12.

²² G. Bitter, [w:] O. Scholz (red.), *Kommentar...*, komentarz do § 13 GmbHG, nb. 55.

2.2. Odpowiedzialność przebijająca (*Durchgriffshaftung*)

2.2.1. Cechy odpowiedzialności przebijającej

Pojęcie „odpowiedzialność przebijająca” (*Durchgriffshaftung*) nie doczekało się w prawie niemieckim definicji ustawowej, a jego interpretacja stanowiła źródło rozlicznych wątpliwości doktrynalnych²³. Zgodnie z dominującym poglądem pojęcie to ogranicza się do przypadków, w których wspólnicy ponoszą osobistą, nieograniczoną i solidarną odpowiedzialność za zobowiązania spółki względem jej wierzycieli. Odpowiedzialność przebijająca nie obejmuje natomiast przypadków, w których wspólnicy odpowiadają względem wierzycieli spółki za wyrządzony im przez siebie samych czyn niedozwolony ani, jak już wspomniano, jeżeli źródłem ich odpowiedzialności jest czynność prawna, w której wspólnicy sami zobowiązali się do ponoszenia odpowiedzialności za zobowiązania spółki (*unechte Durchgriffshaftung*).

Jednocześnie w prawie niemieckim odrzuca się możliwość dochodzenia zaspokojenia z majątku spółki przez osobistych wierzycieli jej wspólników, co określa się mianem odwrotnej odpowiedzialności przebijającej (*umgekehrter Haftungsdurchgriff*). Przyjęcie takiej zasady godziłoby w interesy wierzycieli spółki, zwiększając prawdopodobieństwo, że ich roszczenia nie zostaną zaspokojone, co znacząco ograniczałoby atrakcyjność dokonywania czynności prawnych ze spółkami kapitałowymi²⁴.

2.2.2. Uzasadnienie doktrynalne

W literaturze niemieckiej wskazuje się, że umożliwienie osobom fizycznym uniknięcia odpowiedzialności za zobowiązania przez posłużenie się instytucją spółki kapitałowej prowadziłoby w niektórych przypadkach do rezultatów sprzecznych z poczuciem

²³ Szerzej: K. Heider, [w:] M. Habersack, W. Goette (red.), *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz: AktG*, Monachium 2015, komentarz do § 1 AktG, nb. 63.

²⁴ K. Heider, [w:] M. Habersack, W. Goette (red.), *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz: AktG...*, komentarz do § 1 AktG, nb. 63.

sprawiedliwości i zasadami słuszności²⁵. Z tego powodu prawo niemieckie pod pewnymi warunkami dopuszcza przebicie zasłony korporacyjnej i pociągnięcie wspólników do osobistej odpowiedzialności za zobowiązania spółki, co określa się mianem odpowiedzialności przebijającej (*Durchgriffshaftung*).

Pojęcie odpowiedzialność przebijająca nie odnosi się do jednej, usystematyzowanej instytucji prawnej, lecz do szeregu zróżnicowanych przypadków, w których możliwe jest obciążenie wspólników odpowiedzialnością za zobowiązania spółki²⁶. W doktrynie podjęto próbę ich usystematyzowania, co doprowadziło do wykształcenia dwóch podstawowych teorii²⁷.

Zgodnie z teorią nadużycia (*Misbrauchlehre*), rozwiniętą w latach pięćdziesiątych XX w. przez R. Sericka, odpowiedzialność przebijająca może znaleźć zastosowanie w przypadku nadużycia formy osoby prawnej²⁸. Koncepcję tę określa się mianem subiektywnej, bowiem dopuszcza przebicie zasłony korporacyjnej jedynie w przypadku celowego i świadomego posłużenia się przez wspólnika instytucją osoby prawnej w celu pokrzywdzenia innych uczestników obrotu lub obejścia prawa²⁹. Jako przykład wskazać można posłużenie się spółką, by uchylić się od ograniczeń nakładanych na wspólnika przez postanowienia umowne lub przepisy ustawy czy też z zamiarem pokrzywdzenia wierzycieli przez ograniczenie możliwości ich zaspokojenia³⁰.

²⁵ K. Funke, [w:] L. Michalski (red.), *Kommentar...*, komentarz do § 13 GmbHG, nb. 339.

²⁶ H. Merkt, [w:] H. Fleischer, W. Goette (red.), *Münchener...*, komentarz do § 13 GmbHG, nb. 332.

²⁷ W literaturze polskiej na ten temat zob. zwłaszcza: P.M. Wiórek, *Ochrona wierzycieli spółki z o.o. poprzez osobistą odpowiedzialność jej wspólników. Koncepcja odpowiedzialności przebijającej i nadużycia formy prawnej spółki w prawie niemieckim i polskim*, Wrocław 2016, s. 85 i n.; P.M. Wiórek, *Odpowiedzialność przebijająca w prawie niemieckim*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2017/9, s. 20.

²⁸ R. Serick, *Rechtsform und Realität juristischer Personen : ein rechtsvergleichender Beitrag zur Frage des Durchgriffs auf die Personen oder Gegenstände hinter der juristischen Person*, Tübingen 1955. W literaturze polskiej koncepcja R. Sericka została szczegółowo omówiona przez T. Targosza (zob. T. Targosz, *Nadużycie osobowości prawnej*, Kraków 2002, s. 122).

²⁹ T. Targosz, *Nadużycie...*, s. 122.

³⁰ D. Verse, [w:] M. Henssler, L. Strohn (red.), *Gesellschaftsrecht...*, komentarz do § 13 GmbHG, nb. 36.

W późniejszym okresie, pod wpływem orzecznictwa Federalnego Trybunału Sprawiedliwości (*Bundesgerichtshof*)³¹, wykształciła się również koncepcja obiektywnego nadużycia formy osoby prawnej³². Zakłada ona, że korzystanie przez wspólnika z instytucji spółki w sposób sprzeczny z jej celem i przeznaczeniem może doprowadzić do pociągnięcia go do odpowiedzialności za zobowiązania spółki, bez względu na to, czy działał z zamiarem pokrzywdzenia wierzycieli lub też obejścia prawa. Ze względu na odwoływanie się przez zwolenników tej koncepcji do natury i funkcji spółki jako osoby prawnej, koncepcję obiektywnego nadużycia formy osoby prawnej określa się również mianem teorii instytucjonalnej³³.

Zwolennicy alternatywnej koncepcji skupiają się na celu norm przyznających wspólnikom przywilej, polegający na ograniczeniu ich odpowiedzialności za zobowiązania spółki (*Haftungsprivileg*). Analiza celu normy przy uwzględnieniu okoliczności konkretnego przypadku pozwala odpowiedzieć na pytanie, czy dana norma znajduje zastosowanie, czy też powinna zostać pominięta³⁴. Za twórcę omawianej teorii uchodzi W. Müller-Freienfels³⁵, którego poglądy silnie oddziałują na współczesną koncepcję tzw. redukcji teleologicznej³⁶ przepisów przewidujących ograniczoną

³¹ Wyrok BGH z 14.12.1959 r., II ZR 187/59, NJW 1960, 285, w którym uznano, że możliwe jest pociągnięcie wspólników do odpowiedzialności za zobowiązania spółki w przypadku jej znacznego niedokapitalizowania. Federalny Trybunał Sprawiedliwości stwierdził, że w niektórych przypadkach powoływanie się na odrębną osobowość prawną spółki i wspólnika może godzić w cel porządku prawnego, a tym samym naruszać nakaz postępowania w dobrej wierze, wyrażony w przepisie § 242 BGB (*die Berufung auf die förmliche Verschiedenheit von Gesellschaft und Gesellschafter objektiv dem Zweck der Rechtsordnung widerspricht und damit gegen Treu und Glauben <<§ 242 BGB>> verstößt*).

³² Prezentował ją np. G. Kuhn (zob. G. Kuhn, *Haften die GmbH-Gesellschafter für Gesellschaftsschulden persönlich?*, [w:] M. Lutter, W. Stimpel, H. Wiedemann (red.), *Festschrift für Robert Fischer*, Berlin 1979, s. 352). W literaturze polskiej poglądy autora szeroko omawia P.M. Wiórek (zob. P.M. Wiórek, *Ochrona...*, s. 98 i n.).

³³ Szerzej na ten temat: P.M. Wiórek, *Ochrona...*, s. 98 i n. i tam powoływana literatura.

³⁴ T. Fock, [w:] G. Spindler, E. Stilz (red.), *Aktiengesetz*, Monachium 2015, komentarz do § 1 AktG, nb. 45.

³⁵ W. Müller-Freienfels, *Zur Lehre vom sogenannten „Durchgriff“ bei juristischen Personen im Privatrecht: Rechtsform und Realität juristischer Personen. Ein rechts-vergleichender Beitrag zur Frage des Durchgriffs auf die Personen oder Gegenstände hinter der juristischen Person* by Rolf Serick, „Archiv für die civilistische Praxis”, 1958/156, s. 522–543.

³⁶ Redukcja teleologiczna przepisu jest metodą wykładni opierającą się (przynajmniej w najbardziej typowych przejawach) na wyjęciu pewnego elementu z treści wyrażonej przez ustawodawcę, aby urzeczywistnić osiągnięcie zakładanego przez niego rezultatu. Szerzej na ten temat: M. Grochowski, *Regula de minimis non curat praetor w prawie prywatnym*, [w:] T. Ereciński, P. Gregorczyk, K. Weitz, *Sine*

odpowiedzialność wspólników za zobowiązania spółki (a więc w przypadku spółek z ograniczoną odpowiedzialnością § 13 ust. 2 GmbHG, a w przypadku spółek akcyjnych § 1 ust. 1 zd. 2 AktG)³⁷.

Punktem wyjścia dla zwolenników koncepcji redukcji teleologicznej jako uzasadnienia odpowiedzialności przebijającej wspólników za zobowiązania spółki jest opowiedzenie się za tezę, że zasada ograniczonej odpowiedzialności nie jest immanentną cechą posługiwania się konstrukcją osób prawnych, lecz wynikiem decyzji ustawodawcy³⁸. Ich zdaniem możliwe jest zrekonstruowanie założonych przez ustawodawcę warunków minimalnych, od których zachowania uzależnione jest wyłączenie odpowiedzialności wspólników. Jeżeli te minimalne warunki nie zostają zachowane, wspólnik może zostać pozbawiony w drodze teleologicznej redukcji § 13 ust. 2 GmbHG (odpowiednio: § 1 ust. 1 zd. 2 AktG) przywileju wyłączenia odpowiedzialności (*Haftungsprivileg*). W takim przypadku wspólnik będzie ponosił osobistą i nieograniczoną odpowiedzialność za zobowiązania spółki³⁹.

Niemieckie orzecznictwo nie przychyliło się jednoznacznie do żadnej z wykształconych w doktrynie koncepcji, zmierzających do wyjaśnienia przyczyn nałożenia na wspólników osobistej odpowiedzialności za zobowiązania spółki. W uzasadnieniach orzeczeń Federalnego Sądu Najwyższego widoczne jest przenikanie się różnych koncepcji – zauważalne jest jednocześnie odwoływanie się warunków, od których zależy przyznanie wspólnikom przywileju wyłączenia odpowiedzialności, jak i przywoływanie argumentów słusznościowych, takich jak naruszenie przez wspólnika zasad dobrej wiary (*Treu und Glauben*)⁴⁰.

Ira et Studio. Księga jubileuszowa dedykowana Sędziemu Jackowi Gudowskiemu, Warszawa 2016, s. 882.

³⁷ P.M. Wiórek, *Ochrona...*, s. 110.

³⁸ H. Merkt, [w:] H. Fleischer, W. Goette (red.), *Münchener...*, komentarz do § 13 GmbHG, nb. 332; L. Fastrich, [w:] A. Baumbach, A. Hueck (red.), *Gesetz...*, komentarz do § 13 ust. 2 GmbHG, nb. 5; J. Lieder, [w:] L. Michalski, A. Heidinger, S. Leible, J. Schmidt (red.), *Kommentar...*, komentarz do § 13 GmbHG, nb. 335.

³⁹ P.M. Wiórek, *Ochrona...*, s. 112.

⁴⁰ F. Wünscher, *Die Durchgriffshaftung wegen Sphärenvermischung im deutschen und österreichischen GmbH-Recht*, Graz 2014, s. 15.

2.2.3. Zakres zastosowania odpowiedzialności przebijającej (*Durchgriffshaftung*)

W niemieckiej literaturze prawniczej kontrowersje budzi nie tylko dogmatyczne uzasadnienie źródeł odpowiedzialności przebijającej wspólników za zobowiązania spółki lecz również określenie przypadków, w których może zostać przebita zasłona korporacyjna⁴¹.

Najczęściej wskazuje się, że przywilej ograniczonej odpowiedzialności wspólników za zobowiązania spółki (*Haftungsprivileg*) nie znajduje zastosowania w przypadku pomieszania sfer działania spółki i wspólników (*Sphärenvermischung*) oraz w razie materialnego niedokapitalizowania spółki (*materielle Unterkapitalisierung*), przy czym w tym ostatnim przypadku zasadność dochodzenia roszczeń bezpośrednio od wspólników jest kwestionowana w judykaturze⁴². Ponadto, szczególnie w nowszej literaturze postulowano obciążanie wspólników odpowiedzialnością za zobowiązania spółki w przypadku podejmowania przez nich działań prowadzących do unicestwienia spółki – np. przez pozbawianie jej szans gospodarczych lub wyprowadzanie z niej składników majątkowych potrzebnych do prowadzenia działalności (*Existenzvernichtung*)⁴³.

Szczegółowa analiza przypadków, w których zdaniem niemieckiej doktryny i orzecznictwa uzasadnione jest pociągnięcie wspólników do odpowiedzialności za zobowiązania spółki, będzie przedmiotem dalszych rozważań⁴⁴.

2.2.3.1. Pomieszanie mas majątkowych spółki i wspólników (*Sphärenvermischung*)

Ograniczenie możliwości dochodzenia odpowiedzialności za zobowiązania spółki do jej własnego majątku i opowiedzenie się za zasadą rozdzielności działań i majątku spółki i jej wspólników (*Trennungsprinzip*) wymaga stworzenia mechanizmów umożliwiających

⁴¹ R. Wilhelmi, [w:] H. Ziemons, C. Jaeger (red.), *Beck'scher...*, komentarz do § 13 GmbHG, nb. 143; H. Merkt, [w:] H. Fleischer, W. Goette (red.), *Münchener...*, komentarz do § 13 GmbHG, nb. 332.

⁴² Wyrok BGH z 28.04.2008 r., II ZR 264/06, NJW 2008, 2437.

⁴³ R. Wilhelmi, [w:] H. Ziemons, C. Jaeger (red.), *Beck'scher...*, komentarz do § 13 GmbHG, nb. 143.

⁴⁴ W literaturze polskiej szczegółowo na ten temat: P.M. Wiórek, *Ochrona...*, s. 128.

rozdzielenie ich sfer działania⁴⁵. Należą do nich przykładowo przepisy służące ochronie kapitału zakładowego spółki i zakazujące zwrotu udziałom wniesionych przez nich wkładów⁴⁶.

W niektórych przypadkach może dojść do pomieszania sfer działania spółki i udziałownika lub też do pomieszania ich majątków. Pomieszanie sfer działania obejmuje sytuacje, gdy dla osób trzecich utrudnione jest rozgraniczenie działalności spółki i udziałownika (np. gdy nie jest jasne, czy stroną czynności prawnej dokonanej z osobą trzecią jest spółka czy udziałownik)⁴⁷. Natomiast pomieszanie majątków występuje wtedy, gdy nie jest przestrzegana zasada rozdziału aktywów spółki i udziałownika, a udziałownik przesuwa aktywa pomiędzy majątkiem spółki i swoim własnym bez zachowania stosownych formalności. W takich przypadkach utrudnione okazuje się stwierdzenie, które składniki majątkowe należą do spółki, które zaś do udziałownika⁴⁸.

Pomieszanie majątków spółki i udziałownika stanowi jedyną, niekwestionowaną w doktrynie i powszechnie akceptowaną w orzecznictwie grupę przypadków, w których dopuszcza się dochodzenie odpowiedzialności przebijającej⁴⁹. Podstawą odpowiedzialności udziałowników jest w takich przypadkach stosowany *per analogiam* przepis § 128 HGB, zgodnie z którym udziałownicy spółek osobowych ponoszą odpowiedzialność za zobowiązania spółki.

Odpowiedzialność przebijająca jest uzasadniona zwłaszcza w razie nieprowadzenia przez spółkę księgowości. Zgodnie z przepisem § 41–42a GmbHG na spółkach z ograniczoną odpowiedzialnością spoczywa obowiązek prowadzenia księgowości, w tym sporządzania corocznego sprawozdania finansowego. Naruszenie tego

⁴⁵ Szerzej na ten temat: H. Merkt, [w:] H. Fleischer, W. Goette (red.), *Münchener...*, komentarz do § 13 GmbHG, nb 332.

⁴⁶ R. Wilhelmi, [w:] H. Ziemons, C. Jaeger (red.), *Beck'scher...*, komentarz do § 13 GmbHG, nb. 144.

⁴⁷ Jak wskazuje A. Opalski, przypadek ten może zachodzić m.in. wtedy, gdy w zgrupowaniu uczestniczą spółki o podobnych firmach, których reprezentantami są te same osoby, a korespondencja handlowa spółki jest prowadzona na papierze firmowym udziałownika (szerzej na ten temat: A. Opalski, *Problematyka pominięcia prawnej odrębności spółek kapitałowych*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2012/8, s. 19).

⁴⁸ A. Opalski, *Problematyka...*, s. 19.

⁴⁹ H. Merkt, [w:] H. Fleischer, W. Goette (red.), *Münchener...*, komentarz do § 13 GmbHG, nb. 344.

obowiązku uniemożliwia urzeczywistnienie zasady ochrony kapitału zakładowego, przewidzianej m.in. w przepisie § 30 GmbHG, który ogranicza możliwość dokonywania wypłat z kapitału zakładowego na rzecz wspólników. Tym samym uzasadnia pociągnięcie wspólników do odpowiedzialności za zobowiązania spółki⁵⁰. Analogiczne zasady obowiązują w przypadku spółek akcyjnych⁵¹.

Konieczność rozdzielenia mas majątkowych należących do spółki oraz wspólników akcentuje w swoim orzecznictwie Federalny Trybunał Sprawiedliwości⁵². Przykładowo, w uzasadnieniu wyroku z 12.11.1984 r. (II ZR 250/83)⁵³ stwierdzono, że wyraźne i znajdujące potwierdzenie w księgach rachunkowych wyodrębnienie majątku spółki i majątku akcjonariuszy jest jednym z niezbędnych warunków do przyznania wspólnikom przywileju polegającego na ograniczeniu ich odpowiedzialności za zobowiązania spółki. Federalny Trybunał Sprawiedliwości podkreślił również, że przepisy dotyczące zachowania kapitału, mające na celu ochronę wierzycieli korporacyjnych, opierają się na wyraźnym oddzieleniu jej majątku od majątku osobistego wspólników.

Do podobnych wniosków prowadzi analiza orzeczenia Federalnego Trybunału Sprawiedliwości z 14.10.2005 r. (II ZR 178/03)⁵⁴, w którym dopuszczono dochodzenie odpowiedzialności przebijającej ze względu na prowadzenie przez spółkę nieprzejrzystej księgowości, która uniemożliwiała kontrolę przestrzegania przepisów dotyczących utrzymania kapitału zakładowego. Rzeczywiste pokrycie kapitału zakładowego uznano z kolei za nieodzowne dla przyznania wspólnikom przywileju ograniczonej odpowiedzialności. Jednocześnie, Federalny Trybunał Sprawiedliwości doszedł do wniosku, że odpowiedzialność wspólników jest pochodną ich zachowania (*Verhaltenshaftung*), a nie konsekwencją wystąpienia określonego stanu rzeczy (*Zustandshaftung*). Zatem odpowiedzialność osobista wspólników nie zachodzi, jeżeli nie ponoszą oni odpowiedzialności za nieprowadzenie księgowości w spółce (dzieje się

⁵⁰ R. Wilhelmi, [w:] H. Ziemons, C. Jaeger (red.), *Beck'scher...*, komentarz do § 13 GmbHG, nb. 144.

⁵¹ T. Fock, [w:] G. Spindler, E. Stolz (red.), *Aktiengesetz...*, komentarz do § 1 AktG, nb. 54–58.

⁵² Zob. np. wyroki BGH z 12.11.1984 r., II ZR 250/83, NJW 1985, 740; z 16.09.1985 r., II ZR 275/84, NJW 1986, 188; z 13.04.1993 r., II ZR 16/93, NJW 1994, 1801; z 14.11.2005 r., II ZR 178/03 NJW 2006, 1344.

⁵³ Wyrok BGH z 12.11.1984 r., II ZR 250/83, NJW 1985, 740.

⁵⁴ Wyrok BGH z 14.10.2005 r., II ZR 178/03, NJW 2006, 1344.

tak np., gdy brak księgowości wynika jedynie z zaniedbań członków zarządu, do których kontroli we własnym interesie wspólnicy są uprawnieni, lecz nie są zobowiązani)⁵⁵.

Odpowiedzialności przebijającej wspólników nie uzasadnia natomiast pomieszczenie sfer działania spółki i wspólnika. W takich przypadkach interesy wierzycieli chronione są przez mechanizmy inne niż przebicie zasłony korporacyjnej – zwłaszcza reguły oświadczeń woli oraz odnosząca się do pełnomocnictwa teoria pozoru prawnego (*Rechtscheinhaftung*)⁵⁶.

Podsumowując, w niemieckim orzecznictwie przyjmuje się, że wspólnicy mogą korzystać z przywileju ograniczonej odpowiedzialności jedynie wówczas, gdy dojdzie do wyraźnego wyodrębnienia majątku spółki z majątku wspólników. Wyodrębnienie to musi się przejawiać w szczególności w prowadzeniu księgowości spółki. W przeciwnym razie niemożliwa byłaby kontrola przepisów, których celem jest ochrona pełniącego gwarancyjną funkcję kapitału zakładowego, co mogłoby prowadzić do pokrzywdzenia wierzycieli. Odpowiedzialność przebijająca jest pochodzą z zachowania wspólników (*Zustandshaftung*) – z tego powodu nie jest możliwe jej dochodzenie od wspólnika mniejszościowego, który nie ma wystarczającego wpływu na prowadzenie odpowiedniej księgowości przez spółkę. W typowych przypadkach odpowiedzialność przebijająca za zmieszanie sfer majątkowych spółki i wspólnika zachodzi wówczas, gdy spółka stanowi w istocie *alter ego* wspólnika (co zazwyczaj dotyczy spółek jednoosobowych lub kontrolowanych przez wspólnika większościowego)⁵⁷.

⁵⁵ Do podobnych wniosków Federalny Trybunał Sprawiedliwości doszedł wcześniej w wyroku z 13.04.1993 r. (II ZR 16/93, NJW 1994, 1801), w który wykluczono możliwość dochodzenia odpowiedzialności przebijającej od wspólnika mniejszościowego, który nie miał żadnego wpływu na nieprawidłowe prowadzenie księgowości w kontrolowanej przez wspólnika większościowego spółce.

⁵⁶ F. Wünscher, *Die Durchgriffshaftung...*, s. 22 i tam powoływana literatura. Teoria pozoru prawnego (*Rechtscheinhaftung*) pozwala w określonych przypadkach obciążyć dany podmiot prawa skutkami czynności prawnej dokonanej przez inną osobę, np. gdy wspólnik reprezentujący spółkę wywołuje u kontrahenta błędne przekonanie, że to on, a nie reprezentowana przez niego spółka jest stroną umowy, wspólnik może zostać uznany za faktycznego kontrahenta. Taka sytuacja może nastąpić również w przypadku, gdy w zgrupowaniu uczestniczą spółki o podobnych firmach, których reprezentantami są te same osoby. Jeżeli, z wykorzystaniem błędu kontrahenta, umowa zostaje zawarta w imieniu niewypłacalnej spółki zależnej, możliwe jest uznanie, że jej rzeczywistą stroną jest jej spółka matka. Szerzej na ten temat: U. Hass, [w:] H. Ziemons, C. Jaeger (red.), *Beck'scher Online-Kommentar GmbHG*, Beck-online 2017, komentarz do § 43 GmbHG, nb. 441.

⁵⁷ Por. F. Wünscher, *Die Durchgriffshaftung...*, s. 34 i tam powoływana literatura.

2.2.3.2. Materialne niedokapitalizowanie spółki (*materielle Unterkapitalisierung*)

W doktrynie sugeruje się rozszerzenie odpowiedzialności osobistej wspólników za zobowiązania spółki na przypadki jej materialnego niedokapitalizowania (*materielle Unterkapitalisierung*)⁵⁸.

Niedokapitalizowanie materialne (*materielle Unterkapitalisierung*) odróżnia się od niedokapitalizowania nominalnego (*nominelle Unterkapitalisierung*). To ostatnie odnosi się do stanu zaniżonej kwoty kapitału zakładowego w stosunku do potrzeb wynikających z rodzaju działalności prowadzonej przez spółkę. Niedokapitalizowanie materialne występuje natomiast wówczas, gdy wspólnicy nie dostarczają spółce niezbędnych środków, zarówno w postaci finansowania kapitałem (przez podniesienie kapitału zakładowego), jak i finansowania długiem (np. przez udzielenie pożyczki)⁵⁹.

W niemieckiej doktrynie uznaje się, że w przypadku gdy wspólnicy wyposażają spółkę w środki finansowe wysoce nieproporcjonalne do przedmiotu prowadzonej działalności gospodarczej, korzystanie przez nich z przywileju ograniczonej odpowiedzialności (*Haftungsprivileg*) byłoby nieuzasadnione⁶⁰. W takiej sytuacji wierzyciele spółki ponosiliby bowiem ryzyko wykraczające poza zwykły poziom, immanentnie związany z dokonywaniem transakcji ze spółkami z ograniczoną odpowiedzialnością lub spółkami akcyjnymi⁶¹. Prowadzi to część przedstawicieli literatury do wniosku, że materialne niedokapitalizowanie spółek stanowi „najbardziej palący problem z zakresu ochrony wierzycieli rozpatrywany w ramach koncepcji odpowiedzialności przebijającej”⁶².

Dokładne określenie, kiedy występuje materialne niedokapitalizowanie spółki, uzasadniające pociągnięcie wspólników do odpowiedzialności za zobowiązania spółki

⁵⁸ H. Altmeyen, [w:] G. Roth, H. Altmeyen (red.), *Gesetz...*, komentarz do § 13 GmbHG, nb. 139.

⁵⁹ J. Lieder, [w:] L. Michalski, A. Heidinger, S. Leible, J. Schmidt (red.), *Kommentar...*, komentarz do § 13 GmbHG, nb. 409. W literaturze polskiej: A. Opalski, *Problematyka...*, s. 17; M. Mieciniński, *Niedokapitalizowanie spółki z o.o. a wysokość kapitału zakładowego*, „Przegląd Prawa Handlowego” 1998/6, s. 14.

⁶⁰ R. Wilhelmi, [w:] H. Ziemons, C. Jaeger (red.), *Beck'scher...*, komentarz do § 13 GmbHG, nb. 151; H. Altmeyen, [w:] G. Roth, H. Altmeyen (red.), *Gesetz...*, komentarz do § 13 GmbHG, nb. 139.

⁶¹ H. Altmeyen, [w:] G. Roth, H. Altmeyen (red.), *Gesetz...*, komentarz do § 13 GmbHG, nb. 139.

⁶² K. Schmidt, *Gesellschaftsrecht*, Monachium 2002, s. 240 (cytat za: P.M. Wiórek, *Ochrona...*, s. 131).

było przedmiotem rozlicznych wątpliwości w nauce prawa⁶³. Najczęściej przyjmuje się, że sytuacja taka zachodzi, jeżeli kapitał spółki jest nieproporcjonalny do zakresu prowadzonej przez spółkę działalności. Zgodnie z alternatywną koncepcją materialne niedokapitalizowanie spółki ma miejsce jedynie wówczas, gdy potrzeby finansowe spółki nie mogą zostać zaspokojone w inny sposób (np. przez zaciągnięcie pożyczki na warunkach komercyjnych)⁶⁴.

Omawiana koncepcja, mimo popularności, jaką cieszy się w doktrynie⁶⁵, nie spotkała się z akceptacją judykatury⁶⁶. Federalny Trybunał Sprawiedliwości odrzucił jej obowiązywanie w głośnym orzeczeniu z 28.04.2008 r., wydanym w sprawie *Gamma* (II ZR 264/06). W uzasadnieniu wspomnianego judykatu stwierdzono, że brak jest podstaw do uznania, iż istnieje prawnośpółkowa odpowiedzialność wspólników za niewyposażenie spółki w odpowiedni do skali jej działalności majątek. Odwołując się do materiałów ustawodawczych sporządzonych w ramach reformy prawa spółek dokonanej w 1980 r., Federalny Sąd Najwyższy stwierdził, że pociąganie wspólników do odpowiedzialności za niewyposażenie spółki w odpowiedni kapitał mogłoby doprowadzić do zakwestionowania sensu i natury spółki z ograniczoną odpowiedzialnością. Nie ma bowiem podstaw do nałożenia na wspólników obowiązku zaangażowania finansowego w spółkę, wykraczającego poza wniesienie i utrzymanie minimalnego kapitału zakładowego.

W orzecznictwie przyjmuje się jednocześnie, że nie można wykluczyć, iż w niektórych przypadkach materialne niedokapitalizowanie spółki będzie stanowić czyn niedozwolony, dając tym samym podstawę do dochodzenia od wspólników

⁶³ P.M. Wiórek, *Ochrona...*, s. 133, przypis. 133 i tam prezentowany wyczerpujący przegląd literatury.

⁶⁴ J. Lieder, [w:] L. Michalski, A. Heidinger, S. Leible, J. Schmidt (red.), *Kommentar...*, komentarz do § 13 GmbHG, nb. 410; F. Wünscher, *Die Durchgriffshaftung...*, s. 16.

⁶⁵ Zob. J. Lieder, [w:] L. Michalski, A. Heidinger, S. Leible, J. Schmidt (red.), *Kommentar...*, komentarz do § 13 GmbHG, nb. 415 i tam prezentowana argumentacja, mająca przemawiać za zasadnością zastosowania koncepcji odpowiedzialności przebijającej w przypadku materialnego niedokapitalizowania spółki.

⁶⁶ Za odosobnione należy uznać orzeczenie Federalnego Trybunału Sprawiedliwości z 8.07.1970 r. (VIII ZR 28/69, NJW 1970, 2015) w którym stwierdzono, że członkowie stowarzyszenia mogą ponosić osobistą odpowiedzialność za jego zobowiązania (z tytułu czynszu dzierżawy nieruchomości) ze względu na fakt, iż stowarzyszenie nie zostało wyposażone w odpowiednie środki na pokrycie własnych zobowiązań i nie miało możliwości ich pozyskania.

odpowiedzialności odszkodowawczej przez spółkę lub jej wierzycieli⁶⁷. W takich przypadkach odpowiedzialność wspólników miałaby charakter deliktowy (jej podstawę stanowiłby przepis § 826 BGB)⁶⁸. Jej dochodzenie wymagałoby jednak wykazania zawinienia wspólnika oraz związku przyczynowego między szkodą powstałą w majątku spółki lub wierzyciela a działaniem wspólnika wyrządzającym szkodę⁶⁹. Odpowiedzialność taka opiera się jednak na zasadach ogólnych i nie stanowi przykładu odpowiedzialności przebijającej wierzycieli za zobowiązania spółki⁷⁰.

2.2.3.3. Doprowadzenie do unicestwienia spółki (*Existenzvernichtung*)

Problemem związanym z zagadnieniem odpowiedzialności przebijającej, które w poprzedniej dekadzie wzbudziło najwięcej kontrowersji w orzecznictwie Federalnego Trybunału Sprawiedliwości, była możliwość dochodzenia odpowiedzialności za działania wspólników prowadzące do unicestwienia egzystencji spółki (*Existenzvernichtung*). Możliwość taka została dopuszczona po raz pierwszy w wyroku *Bremer Vulkan* z 17.09.2001 r. (II ZR 178/99)⁷¹. Federalny Trybunał Sprawiedliwości zdecydował się odstąpić od ukształtowanej w wyniku wspomnianego judykatu linii orzeczniczej już sześć lat później, w przełomowym wyroku z 16.07.2007 r. (II ZR 3/04), wydanym w sprawie *Trihotel*⁷².

⁶⁷ Zob. np. wyrok BGH z 30.11.1978 r., II ZR 204/76, NJW 1979, 2104; wyrok BGH z 28.04.2008 r., II ZR 264/06, BeckRS 2008, 11806, nb. 21 uzasadnienia.

⁶⁸ J. Lieder, [w:] L. Michalski, A. Heidinger, S. Leible, J. Schmidt (red.), *Kommentar...*, komentarz do § 13 GmbHG, nb. 413; F. Wünscher, *Die Durchgriffshaftung...*, s. 16. Za podobną koncepcją na gruncie prawa polskiego opowiada się A. Opalski, którego zdaniem, jeżeli niedokapitalizowanie jest ewidentne i rażące, a w konsekwencji naraża spółkę na wysokie prawdopodobieństwo niewypłacalności, zaś wierzycieli na utratę roszczeń wobec spółki, to zaniechanie zapewnienia spółce dostatecznych funduszy należy ocenić jako sprzeczne z obowiązkiem lojalności spoczywającym na wspólnikach dominujących wobec spółki oraz dobrymi obyczajami i zasadami współżycia społecznego. Zdaniem autora w takich uwarunkowaniach doprowadzenie przez wspólnika do rażącego niedokapitalizowania i przyzwolenie na kontynuację działalności spółki mimo braku wystarczających funduszy może wyczerpywać znamiona deliktu i rodzić odpowiedzialność wobec spółki bądź bezpośrednio wobec wierzycieli (A. Opalski, *Problematyka...*, s. 14).

⁶⁹ J. Lieder, [w:] L. Michalski, A. Heidinger, S. Leible, J. Schmidt (red.), *Kommentar...*, komentarz do § 13 GmbHG, nb. 417–418.

⁷⁰ F. Wünscher, *Die Durchgriffshaftung...*, s. 16.

⁷¹ Wyrok BGH z 17.06.2001 r., II ZR 178/99, DNotI-Report 2001, 182.

⁷² Wyrok BGH z 16.07.2007 r., II ZR 3/04, IBRRS 2007, 3886.

W niemieckiej doktrynie wskazuje się, że model ochrony wierzycieli przyjęty w spółkach z ograniczoną odpowiedzialnością, który opiera się na zasadach realnego wniesienia i ochrony kapitału zakładowego, jest obciążony słabościami, które mogą zostać wykorzystane ze szkodą dla wierzycieli spółki⁷³. Nakierowane na ochronę kapitału zakładowego przepisy § 30 i § 31 GmbHG nie są w stanie ochronić majątku spółki przed działaniami wspólników, które nie prowadzą do bilansowego naruszenia przepisów o utrzymaniu kapitału zakładowego, wpływając jednak negatywnie na funkcjonowanie przedsiębiorstwa spółki, co może ostatecznie doprowadzić do jej niewypłacalności⁷⁴. Jako przykłady takich działań wspólnika wskazuje się: pozbawienie spółki istotnych środków trwałych czy środków produkcji, udzielanie zabezpieczeń na rzecz wspólników lub osób trzecich bez stworzenia stosownych rezerw, pozbawianie spółki szans biznesowych przez finansowanie projektów rozwojowych z majątku spółki i powierzanie ich realizacji innym podmiotom, czy też, w przypadku relacji koncernowych, skoncentrowanie całego ryzyka gospodarczego na jednej ze spółek⁷⁵.

Uznanie mankamentów ustawowych mechanizmów ochrony kapitału zakładowego przed działaniami wspólnika, które mogą stanowić zagrożenie dla egzystencji spółki (*existenzvernichtender Eingriff*) doprowadziło Federalny Trybunał Sprawiedliwości do umożliwienia w precedensowym wyroku w sprawie *Bremer Vulkan* dochodzenia odpowiedzialności za zobowiązania spółki bezpośrednio od wspólnika, w przypadkach, w których nie jest możliwe zaspokojenie wierzycieli spółki przez zwrot odebranego spółce kapitału na podstawie przepisów o ochronie kapitału zakładowego. W późniejszych judykatach Federalny Sąd Najwyższy rozszerzył zakres odpowiedzialności przebijającej na wspólników, którzy nie sprzeciwiali się

⁷³ A. Fastrich, [w:] A. Baumbach, A. Hueck (red.), *Gesetz...*, komentarz do § 13 ust. 2 GmbHG, nb. 57.

⁷⁴ A. Fastrich, [w:] A. Baumbach, A. Hueck (red.), *Gesetz...*, komentarz do § 13 ust. 2 GmbHG, nb. 57.

⁷⁵ Tak: V. Röhricht, *Die GmbH im Spannungsfeld zwischen wirtschaftlicher Dispositionsfreiheit ihrer Gesellschafter und Gläubigerschutz*, [w:] K. Geiß (red.), *Festschrift aus Anlass des fünfzigjährigen Bestehens von Bundesgerichtshof, Bundesanwaltschaft und Rechtsanwaltschaft beim Bundesgerichtshof. Band 1*, Kolonia 2000, s. 93 (za: P.M. Wiórek, *Ochrona...*, s. 152).

wyprowadzaniu ze spółki majątku, choćby nie osiągnęli z tego tytułu jakichkolwiek korzyści osobistych⁷⁶.

Linia orzecznicza Federalnego Trybunału Sprawiedliwości ukształtowana w wyroku *Bremer Vulkan* została potwierdzona w orzeczeniu z 24.06.2002 r. wydanym w sprawie *KBV*, w którym stwierdzono, że przyznanie wspólnikom przywileju ograniczonej odpowiedzialności (*Haftungsprivileg*) jest uzależnione od respektowania zasady, zgodnie z którą majątek spółki jest w pierwszym rzędzie przeznaczony dla zaspokojenia wierzycieli spółki. Dokonując redukcji teleologicznej przepisu § 13 ust. 2 GmbHG, Federalny Sąd Najwyższy doszedł do wniosku, że przywileju ograniczonej odpowiedzialności nie stosuje się do wspólników, którzy ingerują w majątek spółki w sposób abstrahujący od nakazu uwzględniania zachowania zdolności spółki do zaspokajania jej zobowiązań. Pogląd ten został podzielony w późniejszych judykatach wydawanych między latami 2001 a 2007⁷⁷

Zmiana podejścia Federalnego Trybunału Sprawiedliwości nastąpiła we wspomnianym wcześniej przełomowym wyroku z 16.07.2007 r. (II ZR 3/04), wydanym w sprawie *Trihotel*⁷⁸. W orzeczeniu tym wyłączono możliwość dochodzenia odpowiedzialności przebijającej w przypadku dokonania przez wspólnika działań mogących prowadzić do unicestwienia egzystencji spółki. Jednocześnie w uzasadnieniu zwrócono uwagę na możliwość dochodzenia przez spółkę i jej wierzycieli roszczeń odszkodowawczych od wspólników podejmujących takie działania na zasadach ogólnych dla reżimu deliktowego (na podstawie § 826 BGB).

W stanie prawnym ukształtowanym w wyniku orzeczenia w sprawie *Trihotel* rolą odpowiedzialność akcjonariusza, który w wyniku wyprowadzania majątku ze spółki

⁷⁶ Wyrok BGH z 25.02.2002 r., II ZR 196/00, DNotZ 2002, 472.

⁷⁷ F. Wünscher, *Die Durchgriffshaftung...*, s. 17. Zob. m.in. wyroki BGH: z 20.04.2004 r., II ZR 303/02, NJW 2005, 145; z 13.12.2004 r., II ZR 206/02, DStR 2005, 162; z 13.12.2004 r., II ZR 256/02, DStR 2005, 340.

⁷⁸ Zob. szerzej na temat znaczenia orzeczenia w sprawie *Trihotel* dla aktualnego podejścia do odpowiedzialności wspólników za działania wspólników mogące zagrażać egzystencji spółki – G. Wagner, [w:] M. Habersack (red.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB. Band 6: Schuldrecht – Besonderer Teil IV, §§ 705–853, Partnerschaftsgesellschaftsgesetz, Produkthaftungsgesetz*, Monachium 2015, komentarz do art. 826 BGB, nb. 169–173.

powoduje lub pogłębia jej niewypłacalność, jest uzupełnienie przepisów, których celem jest ochrona kapitału zakładowego spółki⁷⁹. Dochodzenie odpowiedzialności odszkodowawczej uzależnione jest od wykazania przez powoda zawinionego działania wspólnika, które doprowadziło do powstania lub pogłębienia stanu niewypłacalności spółki oraz związku przyczynowo-skutkowego między działaniem wspólnika a szkodą wierzyciela spółki, co możliwe będzie z reguły jedynie w wyjątkowych przypadkach. Dochodzenie przez wierzycieli spółki pełnej kwoty niezaspokojonej przez spółkę wierzytelności od wspólnika wymagałoby bowiem wykazania, że gdyby wspólnik nie dokonał sprzecznej z prawem lub dobrymi obyczajami ingerencji w majątek spółki (*existenzvernichtenden Eingriff*), spółka byłaby w stanie w pełni zaspokoić wierzytelność wierzyciela⁸⁰. Jako przykład takiej sytuacji w uzasadnieniu orzeczenia *Trihotel* Federalny Sąd Najwyższy wskazał pozbawienie spółki całego majątku w celu pokrzywdzenia jedyne go wspólnika, który pozostał spółce⁸¹. Nie powinno ulegać w wątpliwości, że w typowych przypadkach wykazanie związku przyczynowego między działaniem wspólnika a pokrzywdzeniem wierzycieli nie będzie jednak utrudnione⁸².

2.2.3.4. Podsumowanie

Wbrew postulatом znacznej części doktryny, niemieckie orzecznictwo z rezerwą odnosi się do koncepcji odpowiedzialności przebijającej wspólników za zobowiązania spółki. Jedynym powszechnie akceptowanym przypadkiem, w którym dochodzi do przekłucia welonu korporacyjnego i umożliwienia dłużnikom spółki domagania się zaspokojenia z prywatnego majątku jej wspólników, jest pomieszanie mas majątkowych spółki i wspólników (*Sphärenvermischung*), którego najczęstszym źródłem jest zaniedbanie obowiązku prowadzenia odrębnej księgowości przez spółkę.

⁷⁹ G. Wagner, [w:] M. Habersack (red.), *Münchener...*, komentarz do § 829 BGB, nb. 170.

⁸⁰ G. Wagner, [w:] M. Habersack (red.), *Münchener...*, komentarz do § 829 BGB, nb. 170.

⁸¹ Wyrok BGH z 16.07.2007 r., II ZR 3/04, nb. 33 uzasadnienia wyroku.

⁸² W stanie prawnym ukształtowanym przez orzeczenie *Trihotel*, ciężar dowodu, jaki spoczywa na wierzycielu spółki dochodzącej odpowiedzialności deliktowej od członka zarządu, który doprowadził do unicestwienia spółki, jest zbliżony do tego, jaki ciąży na osobie dochodzącej odszkodowania od członka zarządu, który spóźnił się ze złożeniem wniosku o upadłość (*Insolvenzverschleppung*), zob. § 823 Abs. 2 w zw. z § 15a Abs. 1 InsO. Szerzej na ten temat: G. Wagner, [w:] M. Habersack (red.), *Münchener...*, komentarz do § 829 BGB, nb. 172.

Aktualna linia orzecznicza Federalnego Trybunału Sprawiedliwości, której wyrazem są orzeczenia w sprawach *Trihotel* oraz *Gamma*, wskazuje na preferencję do zastąpienia koncepcji odpowiedzialności przebijającej przez reżim deliktowy oparty na zasadach ogólnych. Tendencja ta zdaje się osłabiać stopień ochrony wierzycieli spółek kapitałowych, bowiem wykazanie związku przyczynowego między zawinionym działaniem wspólników a niewykonaniem zobowiązań przez spółkę względem jej wierzycieli może być w praktyce mocno utrudnione.

2.3. Odpowiedzialność przebijająca w koncernach

2.3.1. Wprowadzenie

W rozważaniach nad zakresem zastosowania odpowiedzialności przebijającej w prawie niemieckim nie sposób pominąć zagadnień związanych z funkcjonowaniem koncernów. W przypadku podmiotów powiązanych kapitałowo w pełni ujawnia się ryzyko, iż spółka zależna stanowić będzie w istocie *alter ego* spółki dominującej. W niemieckiej doktrynie wyrażono pogląd, że w niektórych przypadkach spółki zależne wiodą „niewolniczy żywot” (*Sklavendasein*), będąc w istocie jedynie narzędziem w rękach spółki matki⁸³. W takich sytuacjach spółka zależna pozbawiona jest własnych celów, a jej działalność jest w całości nakierowana na maksymalizację zysku i innych korzyści osiągniętych przez spółkę dominującą⁸⁴. Temu zagadnieniu zostanie poświęcona dalsza część pracy. Dla uzyskania pełnego obrazu, uwagi nad zakresem odpowiedzialności przebijającej w niemieckich zgrupowaniach spółek zostaną poprzedzone zwięzłą charakterystyką niemieckiego prawa koncernowego⁸⁵.

⁸³ K. Funke, [w:] L. Michalski (red.), *Kommentar...*, komentarz do § 13 GmbHG, nb. 375.

⁸⁴ K. Heider, [w:] M. Habersack, W. Goette (red.), *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz: AktG...*, komentarz do § 1 AktG, nb. 65.

⁸⁵ Funkcjonowanie grup spółek w prawie niemieckim zostało w wyczerpujący sposób omówione w literaturze polskiej – zob. np.: P. Błaszczak, *Ochrona wspólnika mniejszościowego spółki zależnej*, Warszawa 2013, s. 82; G. Nita-Jagielski, *Tendencje europejskie w zakresie regulacji grup spółek*, [w:] J. Kruczałak-Jankowska, *Wpływ europeizacji na instytucje prawa handlowego*, Warszawa 2013, s. 157; A. Opalski, *Koncern w niemieckim prawie spółek*, „Przegląd Prawa Handlowego” 1998/2, s. 17; A. Opalski, *Koncern w polskim prawie spółek – porównanie z prawem niemieckim*, „Przegląd Prawa Handlowego” 1998/7, s. 20; K. Pyzio, *Odpowiedzialność spółki dominującej względem wierzycieli kapitałowych spółek zależnych*, Warszawa 2015, s. 34.

2.3.2. Pojęcie koncernu w prawie niemieckim

W doktrynie, w oparciu o definicję ustawową koncernu zawartą w przepisie § 18 AktG, wskazuje się na jego trzy cechy charakterystyczne. Po pierwsze, w skład koncernu muszą wchodzić przynajmniej dwa prawnie odrębne i formalnie niezależne podmioty. Po drugie, pomiędzy podmiotami tymi muszą zachodzić relacje pozwalające na uznanie, że mają one charakter podmiotów powiązanych (*verbundenen Unternehmen*)⁸⁶. Po trzecie wreszcie, spółki uczestniczące w koncernie powinny pozostawać pod wspólnym kierownictwem spółki dominującej⁸⁷. Przejawem pozostawania spółek należących do koncernu pod wspólnym kierownictwem jest w szczególności prowadzenie wspólnej polityki finansowej. W orzecznictwie wskazuje się, że o istnieniu wspólnego kierownictwa świadczy wspólne uzgadnianie strategii biznesowej przez podmioty powiązane czy też wzajemne zabezpieczanie zobowiązań finansowych⁸⁸.

Ustawodawca niemiecki dokonuje podziału koncernów ze względu na źródło ich powstania. Zarówno w odniesieniu do spółek z ograniczoną odpowiedzialnością, jak i do spółek akcyjnych można więc mówić o koncernach umownych, tworzonych w oparciu o umowę organizacyjną zawieraną między podmiotem dominującym a spółkami zależnymi (*Vertragskonzern*) oraz o koncernach faktycznych (*faktischer Konzern*), których podstawą wyróżnienia jest rzeczywiste wywieranie wpływu przez spółkę dominującą na działanie spółek zależnych, niemające jednak podstawy w czynności prawnej dokonanej między tymi podmiotami⁸⁹.

Podział ten znalazł odzwierciedlenie w niemieckiej ustawie o akcjach, której księga trzecia (§ 291–328 AktG) określa dwie zasadnicze formy relacji pomiędzy

⁸⁶ Szerzej na temat definicji podmiotu powiązanego w prawie niemieckim: A. Opalski, *Koncern w niemieckim...*, s. 18.

⁸⁷ V. Emmerich, [w:] V. Emmerich, M. Habersack (red.), *Aktien- und GmbH-Konzernrecht*, Monachium 2016, komentarz do § 18 AktG, nt. 8.

⁸⁸ V. Emmerich, [w:] V. Emmerich, M. Habersack (red.), *Aktien-...*, komentarz do § 18 AktG, nt. 8.

⁸⁹ Por. A. Opalski, *Koncern w niemieckim...*, s. 18. Autor wskazuje, że ustawodawca przyznaje wyraźne preferencje (zwłaszcza podatkowe) dla koncernów umownych, nie starając się przy tym ograniczyć możliwości tworzenia koncernów faktycznych. Zob. szerzej na temat konsekwencji podatkowych utworzenia koncernu umownego – V. Emmerich, [w:] V. Emmerich, M. Habersack (red.), *Aktien-...*, komentarz do § 18 AktG, nt. 51a.

„przedsiębiorstwami powiązаныmi” – koncern umowny (§ 291–310 AktG) oraz koncern faktyczny (§ 311–318 AktG). Ponadto, ustawa o akcjach reguluje funkcjonowanie tzw. koncernów zintegrowanych, odnoszących się do przypadków włączenia spółki zależnej do spółki dominującej, bez pozbawiania jej bytu prawnego (*Eingliederung*), co stanowi szczególny sposób integracji przedsiębiorstw (§ 319–327 AktG)⁹⁰.

Koncerny umowne dochodzą do skutku przez zawarcie pomiędzy spółką dominującą a spółką zależną umowy o przekazanie kierownictwa (*Beherrschungsvertrag*), o której mowa w przepisie § 291 AktG⁹¹. Zawarcie tego typu kontraktu upoważnia spółkę dominującą do wydawania wiążących poleceń zarządowi spółki zależnej. Ten ostatni jest zobowiązany do zastosowania się do nich, choćby nawet ich wykonanie mogło wywoływać niekorzystne skutki dla spółki zależnej, o ile służą interesowi spółki dominującej lub koncernu jako całości⁹². Zarząd spółki zależnej nie jest co do zasady upoważniony do badania tej przesłanki – może odmówić wykonania polecenia jedynie w bardzo ograniczonych przypadkach (§ 308 AktG). W praktyce, umowie o przekazanie kierownictwa towarzyszy zawieranie umów o przejęcie zysku spółki zależnej przez spółkę dominującą (*Gewinnabführungsvertrag*) lub też innych porozumień zakładających transfer środków finansowych ze spółki zależnej do spółki dominującej (por. § 291–292 AktG)⁹³. Kombinacja obu tych umów stanowi tzw. umowę organiczną (*Organschaft*), która wywołuje istotne skutki podatkowe, w postaci możliwości traktowania spółek

⁹⁰ P. Błaszczuk, *Ochrona wspólnika...*, s. 82.

⁹¹ W literaturze polskiej umowę o przekazanie kierownictwa określa się również mianem umowy ustanawiającej pozycję dominującą (A. Opalski, *Koncern w niemieckim...*, s. 18).

⁹² Analiza relacji pomiędzy interesem spółki zależnej, spółki dominującej oraz grupy kapitałowej jako całości była przedmiotem pogłębionej analizy w polskiej literaturze. Zob. m.in.: M. Olechowski, *Interes spółki kapitałowej wobec relacji kontraktowych w grupach spółek (zagadnienia wybrane)*, [w:] M. Modrzejewska (red.), *Prawo handlowe XXI wieku. Czas stabilizacji, ewolucji czy rewolucji? Księga jubileuszowa profesora Józefa Okolskiego*, Warszawa 2010, s. 667; P. Błaszczuk, *Pojęcie interesu grupy spółek jako kategoria wyjściowa dla polskiego prawa holdingowego*, „Monitor Prawniczy” 2011/19, s. 1029; A. Opalski, *O pojęciu interesu spółki handlowej*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2008/11, s. 16; D. Wajda, *Zgrupowania spółek w orzecznictwie sądowym*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2017/11, s. 28; A. Szumański, [w:] S. Sołtyński (red.), *System Prawa Prywatnego*, t. 17a, *Prawo spółek kapitałowych*, Warszawa 2015, s. 803.

⁹³ V. Emmerich, [w:] V. Emmerich, M. Habersack (red.), *Aktien-...*, komentarz do § 18 AktG, nt. 15.

koncernowych jako jednego podmiotu, co jest jedną z głównych motywacji do tworzenia koncernów umownych⁹⁴.

Niemiecki ustawodawca dostrzega, że podmiot dominujący może usiłować wywierać wpływ na działanie podmiotu zależnego również pod nieobecność umowy o przekazanie kierownictwa (*Beherrschungsvertrag*). Dysponując większością głosów w organach uchwałodawczych spółki zależnej oraz mając wpływ na wybór członków zarządu, podmioty dominujące mogą realizować własne cele przy wykorzystaniu spółki zależnej w sposób zbliżony do tego, jaki umożliwia zawarcie umowy o przekazanie kierownictwa⁹⁵. Faktyczna zależność koncernowa umożliwia wprawdzie jedynie pośredni wpływ na zarządzanie podmiotem zależnym, niemniej jednak mechanizm ten okazuje się na ogół wysoce efektywny i korzystny dla spółki dominującej. Takie przypadki określa się mianem koncernu faktycznego (*faktischer Konzern*). Zawarte w przepisach § 311–318 AktG uregulowania odnoszące się do działalności koncernów faktycznych nakierowane są na ochronę spółki zależnej przed wywieraniem na nią wpływu przez podmiot dominujący w sposób, który byłby rażąco sprzeczny z jej interesami. Przykładowo, zgodnie z przepisem § 311 ust. 1 AktG podmiot dominujący nie może zmuszać spółki zależnej do czynności narażającej tę ostatnią na stratę, chyba że zapewni jej odpowiednią rekompensatę (*Ausgleich der Nachteile*), która w typowych przypadkach powinna nastąpić przed końcem roku obrotowego, w którym wystąpiła strata.

Ostatnią, wyróżnioną ustawowo formą koncernów są tzw. koncerny zintegrowane (§ 319–327 AktG). Tego typu zgrupowanie spółek powstaje w wyniku włączenia spółki zależnej do spółki dominującej, bez pozbawiania jej bytu prawnego (*Eingliederung*). Zabieg ten wykazuje wiele podobieństw do procesu łączenia się spółek (*Verschmelzung*), z tą różnicą, że jego przeprowadzenie nie prowadzi do utraty bytu prawnego przez podmiot zależny⁹⁶. Włączenie spółki zależnej do spółki dominującej

⁹⁴ V. Emmerich, [w:] V. Emmerich, M. Habersack (red.), *Aktien-...*, komentarz do § 18 AktG, nt. 47, 51a; P. Błaszczak, *Ochrona wspólnika...*, s. 101.

⁹⁵ P. Błaszczak, *Ochrona wspólnika...*, s. 103.

⁹⁶ Od strony technicznej, przeprowadzenie procesu włączenia (*Eingliederung*) wymaga podjęcia odpowiednich uchwał przez walne zgromadzenia spółki zależnej, mającej stać się spółką włączoną

pozwała na uzyskanie pełnego wpływu na jej działanie z zachowaniem korzyści wiążących się z dalszym istnieniem jej osobowości prawnej (takiej jak możliwość funkcjonowania pod dawną firmą czy też utrzymanie oddzielnej struktury organizacyjnej)⁹⁷. Podobnie jak w koncernie umownym, tzw. spółka główna (*Hauptgesellschaft*) ma prawo do udzielenia wiążących poleceń zarządowi spółki włączonej (*eingegliederte Gesellschaft*). Zarząd spółki włączonej nie może uchylić się od ich wykonania, choćby było to sprzeczne z interesami kierowanego przez niego podmiotu (zob. § 323 w zw. z § 308 AktG)⁹⁸. Okoliczności, w których zarządcy spółki włączonej mogą odmówić zastosowania się do poleceń spółki głównej, są jeszcze węższe niż w przypadku spółki zależnej, która zawarła z inną spółką umowę o przekazanie kierownictwa (*Beherrschungsvertrag*)⁹⁹.

Inaczej niż w przypadku spółek akcyjnych, niemiecki ustawodawca nie zdecydował się na uregulowanie prawa koncernowego w odniesieniu do spółek z ograniczoną odpowiedzialnością (*GmbH-Konzernrecht*). W praktyce jednak powiązania koncernowe pomiędzy tego typu korporacjami nie należą do rzadkości, co skłania przedstawicieli doktryny do rozważań nad możliwością analogicznego zastosowania do nich przepisów odnoszących się do spółek akcyjnych¹⁰⁰.

(*eingegliederte Gesellschaft*) oraz spółki dominującej, która w wyniku przeprowadzenia procesu włączenia uzyska status spółki głównej (*Hauptgesellschaft*). Wyróżnić można dwa rodzaje włączenia: włączenie spółki jednoosobowej, w której spółka dominująca posiada wszystkie akcje (§ 319 AktG) oraz włączenie spółki posiadającej akcjonariuszy mniejszościowych (§ 320 AktG). W tym ostatnim przypadku przeprowadzenie włączenia jest możliwe jedynie wówczas, gdy spółka dominująca posiada akcje spółki zależnej w wysokości odpowiadającej co najmniej 95% jej kapitału zakładowego. W takim przypadku, w wyniku przeprowadzenia procedury włączenia, na podstawie § 320a AktG na spółkę główną przechodzą wszystkie pozostałe akcje spółki zależnej, za które wspólnikom mniejszościowym należy się odpowiednia rekompensata (*angemessene Abfindung*). Zatem w obu przypadkach w powstałym w wyniku włączenia koncernie zintegrowanym spółka główna posiada wszystkie akcje spółki włączonej. Szerzej na ten temat – U. Hüffer, [w:] J. Koch, U. Hüffer (red.), *Aktiengesetz*, Monachium 2016, komentarz do § 319 AktG, nt. 1; P. Błaszczak, *Ochrona wspólnika...*, s. 97.

⁹⁷ U. Hüffer, [w:] J. Koch, U. Hüffer (red.), *Aktiengesetz...*, komentarz do § 319 AktG, nt. 1.

⁹⁸ Szerzej na ten temat: P. Błaszczak, *Ochrona wspólnika...*, s. 97.

⁹⁹ U. Hüffer, [w:] J. Koch, U. Hüffer (red.), *Aktiengesetz...*, komentarz do § 319 AktG, nt. 1.

¹⁰⁰ U. Hüffer, [w:] J. Koch, U. Hüffer (red.), *Aktiengesetz...*, wprowadzenie (*Einleitung*), nt. 14–15. Zob. również: P. Błaszczak, *Ochrona wspólnika...*, s. 99 i tam zawarte rozważania na temat przyczyn popularności koncernów złożonych ze spółek z ograniczoną odpowiedzialnością.

Za dopuszczalne uznaje się w szczególności stosowanie w odniesieniu do spółek z ograniczoną odpowiedzialnością przepisów § 291–310 AktG, odnoszących się do koncernów umownych. Przepisy te wprost odnoszą się do przypadków, w których spółką zależną jest spółka akcyjna, a spółką dominującą spółka z ograniczoną odpowiedzialnością. W koncernach umownych składających się tylko ze spółek z ograniczoną odpowiedzialnością oraz takich, w których spółka z ograniczoną odpowiedzialnością występuje jako spółka zależna, wspomniane przepisy stosuje się analogicznie, z uwzględnieniem właściwości spółki z ograniczoną odpowiedzialnością¹⁰¹.

Jednocześnie, niemiecka judykatura odrzuca stosowanie do spółek z ograniczoną odpowiedzialnością przepisów niemieckiej ustawy o akcjach, odnoszących się do funkcjonowania koncernów faktycznych. W przełomowym orzeczeniu z 5.06.1975 r. (II ZR 23/74)¹⁰² Federalny Trybunał Sprawiedliwości przesądził, że przepisy § 311–318 AktG nie znajdują zastosowania do spółek z ograniczoną odpowiedzialnością. Zgodnie z tym podejściem zakres uprawnień wspólnika dominującego w stosunku do spółki zależnej regulują ogólne zasady prawa spółek. W szczególności, na wspólniku większościowym ciąży obowiązek lojalności (*Treuepflicht*), który zakazuje wyrządzania szkody spółce zależnej i narzucania jej działań sprzecznych z jej interesem¹⁰³.

Jak już wspomniano, funkcjonowanie holdingów może się wiązać z ryzykiem dla wierzycieli spółek zależnych. Przyznanie wspólnikowi większościowemu uprawnienia do podejmowania działań, które mogą być sprzeczne z interesem spółki zależnej, zwiększa ryzyko niewypłacalności tej ostatniej, stanowiąc tym samym istotne zagrożenie dla interesów jej wierzycieli. Analiza rozwiniętych w niemieckim ustawodawstwie i orzecznictwie mechanizmów nakierowanych na ich ochronę będzie przedmiotem dalszego wywodu.

¹⁰¹ U. Hüffer, [w:] J. Koch, U. Hüffer (red.), *Aktiengesetz...*, wprowadzenie (*Einleitung*), nt. 14–15.

¹⁰² Wyrok BGH z 6.06.1975 r., II ZR 23/74, NJW 1976, 191.

¹⁰³ U. Hüffer, [w:] J. Koch, U. Hüffer (red.), *Aktiengesetz...*, wprowadzenie (*Einleitung*), nt. 14–15. Zob. szerzej na temat obowiązku lojalności udziałowca w niemieckich spółkach akcyjnych: D. Opalska, *Obowiązek lojalności w spółkach kapitałowych*, Warszawa 2015, s. 251.

2.3.3. Odpowiedzialność akcjonariusza w koncernie spółki akcyjnej

W przypadku struktur holdingowych opartych na spółkach akcyjnych mechanizmy służące ochronie wierzycieli spółek zależnych zostały uregulowane ustawowo. Opierają się one na dwóch koncepcjach: obowiązku wyrównania spółce zależnej strat związanych z działaniem w koncernie lub przyznaniem wierzycielom spółek zależnych możliwości dochodzenia swoich roszczeń bezpośrednio od spółki dominującej, odpowiadającej solidarnie ze spółką zależną. Tylko ten ostatni mechanizm uznaje się za przykład odpowiedzialności przebijającej (*Durchgriffshaftung*)¹⁰⁴.

W przypadku koncernów umownych (*Vertragskonzern*) na podstawie § 302 AktG spółka dominująca ma obowiązek corocznego wyrównywania strat poniesionych przez podmiot zależny przez cały okres obowiązywania umowy o przekazanie kierownictwa (*Beherrschungsvertrag*) lub też umowy o przejęcie zysku spółki zależnej przez spółkę dominującą (*Gewinnabführungsvertrag*). Ponadto, w wypadku rozwiązania wspomnianych umów, wierzyciele spółki zależnej mogą domagać się od spółki dominującej ustanowienia na ich rzecz odpowiedniego zabezpieczenia (§ 303 AktG)¹⁰⁵. Wspomnianych mechanizmów nie uważa się za przykład odpowiedzialności przebijającej, ponieważ spółka dominująca nie ponosi osobistej, solidarnej i nieograniczonej odpowiedzialności za zobowiązania kontrolowanego przez siebie podmiotu, a wierzyciele spółki zależnej nie mogą kierować swych roszczeń bezpośrednio wobec jej akcjonariusza większościowego¹⁰⁶.

Za przykład odpowiedzialności przebijającej nie uznaje się również przepisu § 317 AktG odnoszącego się do koncernów faktycznych (*faktischer Konzern*). Zgodnie ze wspomnianą regulacją spółka zależna może domagać się naprawienia szkody, której doznała w wyniku dokonania czynności narzuconej jej przez spółkę dominującą, o ile nie

¹⁰⁴ K. Heider, [w:] M. Habersack, W. Goette (red.), *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz: AktG...*, komentarz do § 1 AktG, nb. 65.

¹⁰⁵ Ponadto, członkowie zarządu spółki dominującej ponoszą odpowiedzialność odszkodowawczą względem spółki zależnej za szkody spowodowane niewłaściwym pełnieniem swoich obowiązków (§ 309 i § 310 AktG).

¹⁰⁶ K. Heider, [w:] M. Habersack, W. Goette (red.), *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz: AktG...*, komentarz do § 1 AktG, nb. 66.

zostanie ona wyrównana przed końcem roku obrotowego (zgodnie z przepisem § 311 ust. 1 AktG). Odpowiedzialność solidarną ze spółką dominującą ponoszą w takim przypadku członkowie jej zarządu, odpowiedzialni za dokonanie wyrządzającej szkodę czynności przez spółkę zależną (§ 311 ust. 3 AktG).

Przykładem odpowiedzialności przebijającej jest jedynie przepis § 322 AktG, odnoszący się do koncernów zintegrowanych, powstałych w wyniku włączenia spółki zależnej do spółki dominującej (*Eingliederung*)¹⁰⁷. Przepis ten rozszerza odpowiedzialność za zobowiązania spółki włączonej (*eingegliederte Gesellschaft*) na spółkę dominującą, zyskującą w wyniku włączenia status spółki głównej (*Hauptgesellschaft*). Odpowiedzialność spółki głównej ma charakter solidarny. Wierzyciele spółki włączonej mogą dochodzić zaspokojenia swoich roszczeń przez spółkę główną bez konieczności ich uprzedniego kierowania do spółki włączonej¹⁰⁸. Jej dochodzenie uzależnione jest jednak od uzyskania tytułu wykonawczego, wydanego w stosunku do spółki głównej – tytuł wykonawczy odnoszący się do spółki włączonej nie uprawnia do prowadzenia egzekucji z majątku jej jedyne go akcjonariusza (§ 322 ust. 3 AktG).

2.3.4. Odpowiedzialność udziałowca w koncernie spółki z ograniczoną odpowiedzialnością

Jak już wspomniano, w przypadku koncernów umownych z udziałem spółek z ograniczoną odpowiedzialnością zastosowanie (wprost albo w drodze analogii) znajdują przepisy odnoszące się do spółek akcyjnych (§ 291–310 AktG). Z tego powodu, na podstawie przepisu § 302 AktG, spółka dominująca ma obowiązek corocznego wyrównywania strat poniesionych przez podmiot zależny, co pośrednio służy ochronie wierzycieli spółki zależnej (w sposób zbliżony do przepisów o ochronie kapitału zakładowego)¹⁰⁹. Ponadto, w przypadku rozwiązania umowy o przekazanie kierownictwa (*Beherrschungsvertrag*) lub też umowy o przejęcie zysku spółki zależnej

¹⁰⁷ K. Heider, [w:] M. Habersack, W. Goette (red.), *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz: AktG...*, komentarz do § 1 AktG, nb. 68.

¹⁰⁸ B. Grunewald, [w:] M. Habersack, W. Goette (red.), *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz: AktG*, Monachium 2015, komentarz do § 322 AktG, nb. 4.

¹⁰⁹ V. Emmerich, [w:] V. Emmerich, M. Habersack (red.), *Aktien-...*, komentarz do § 302 AktG, nt. 3.

przez spółkę dominującą (*Gewinnabführungsvertrag*), wierzyciele spółki zależnej mogą domagać się ustanowienia na ich rzecz odpowiedniego zabezpieczenia przez spółkę dominującą (§ 303 AktG).

W przypadku koncernów faktycznych, ochronie spółki zależnej, a pośrednio również jej wierzycieli, służy jedynie obciążenie wspólnika większościowego obowiązkiem lojalności (*Treuenpflicht*), zakazującym wyrządzania szkody spółce zależnej i narzucania jej działań sprzecznych z jej interesem¹¹⁰. Rozwiązanie to było uznawane za niewystarczające, co prowadziło do zgłaszania przez znaczną część doktryny postulatu analogicznego stosowania niektórych przepisów dotyczących koncernów umownych do tych koncernów faktycznych, w których spółka dominująca wywierała rzeczywisty i decydujący wpływ na prowadzenie działalności przez spółkę zależną – sytuację taką określano mianem kwalifikowanego koncernu faktycznego (*qualifiziert faktischer Konzern*). Zgodnie ze wspomnianą koncepcją kierowanie podmiotem zależnym przez podmiot dominujący mimo niezawarcia umowy o przekazanie kierownictwa (*Beherrschungsvertrag*) miałoby uzasadniać nałożenie na spółkę dominującą obowiązku wyrównywania strat spółki zależnej (§ 302 AktG *per analogiam*) oraz odpowiedniego zabezpieczenia roszczeń jej wierzycieli (§ 303 AktG *per analogiam*)¹¹¹.

Federalny Trybunał Sprawiedliwości przychylił się do wspomnianej koncepcji w szeroko komentowanym orzeczeniu z 16.09.1985 r., wydanym w sprawie *Autokran* (II ZR 275/84)¹¹². We wspomnianym wyroku dopuszczono analogiczne stosowanie przepisów § 302–303 AktG do koncernów faktycznych z udziałem spółek z ograniczoną odpowiedzialnością, w których spółka dominująca sprawowała rzeczywiste kierownictwo

¹¹⁰ Szerzej na ten temat: D. Opalska, *Obowiązek...*, s. 251.

¹¹¹ K. Heider, [w:] M. Habersack, W. Goette (red.), *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz: AktG...*, komentarz do § 1 AktG, nb. 69.

¹¹² Wyrok BGH z 16.09.1985 r., II ZR 275/84, NJW 1986, 188.

nad spółką zależną (*Ausübung umfassender Leitungsmacht gegenüber der abhängigen Gesellschaft*)¹¹³.

Zapoczątkowana wyrokiem w sprawie *Autokran* linia orzecznicza Federalnego Trybunału Sprawiedliwości uległa zmianie wraz z wydaniem orzeczenia w sprawie *Bremer Vulkan* z 17.09.2001 r. (II ZR 178/99). W uzasadnieniu wyroku odrzucono możliwość analogicznego stosowania przepisów § 302–303 AktG do koncernów faktycznych, stwierdzając, że ochrona spółki z ograniczoną odpowiedzialnością (a pośrednio także jej wierzycieli) przed ingerencją jedyne go wspólnika ogranicza się do utrzymania jej kapitału zakładowego.

Zatem, w świetle aktualnego orzecznictwa Federalnego Trybunału Sprawiedliwości, ochrona majątku spółki zależnej przed działaniami udziałowca większościowego w warunkach koncernu faktycznego ograniczona jest do konieczności przestrzegania przez niego obowiązku lojalności (*Treuenpflicht*). Możliwość dochodzenia roszczeń przez udziałowców lub akcjonariuszy spółek zależnych bezpośrednio od podmiotu dominującego w strukturach holdingowych ma w prawie niemieckim ograniczone znaczenie.

2.3.5. Podsumowanie

Niemiecki ustawodawca w sposób stosunkowo pełny uregulował zagadnienia prawa koncernowego, koncentrując się na kwestiach związanych z ochroną wierzycieli spółki zależnej przed działaniami spółki dominującej, zwiększającymi prawdopodobieństwo, że spółka zależna nie będzie w stanie zaspokoić swoich długów. Mechanizmy te jedynie w ograniczonym zakresie sięgają jednak po konstrukcję odpowiedzialności przebijającej (*Durchgriffshaftung*). Częściej sprowadzają się do nałożenia na spółkę holdingową obowiązku wyrównywania strat poniesionych przez podmiot zależny.

Cechy zbliżone do odpowiedzialności przebijającej przejawia funkcjonujący w koncernach umownych nakładany na spółkę dominującą obowiązek zabezpieczenia

¹¹³ Zob. również np. wyroki BGH: z 20.02.1989 r., II ZR 167/88, NJW 1989, 1800; z 23.09.1991 r., II ZR 135/90, NJW 1991, 3142.

roszczeń wierzycieli spółki zależnej (§ 303 AktG). Aktualna linia orzecznicza, ukształtowana wyrokiem w sprawie *Bremer Vulkan*, zmierza jednak do ograniczenia zakresu stosowania tego przepisu do koncernów umownych, negując analogiczne sięganie do niego w przypadku kwalifikowanych koncernów faktycznych (*qualifiziert faktischer Konzern*).

2.4. Przebicie przez przypisanie w prawie niemieckim (Zurechnungsdurchgriff)

Odpowiedzialność przebijająca (*Durchgriffshaftung*), umożliwiająca dochodzenie roszczeń przysługujących wobec spółki kapitałowej od jej wspólników, nie jest jedynym wyjątkiem od obowiązującej w prawie niemieckim zasady prawnej odrębności spółki i wspólników (*Trennungsprinzip*). W praktyce znacznie częstsze są przypadki dokonywania wykładni i stosowania norm prawnych i postanowień umownych w sposób relatywizujący „granice” między spółką a jej wspólnikami (zwłaszcza w zgrupowaniach spółek)¹¹⁴.

Posłużenie się instytucją spółki, jako podmiotu wyposażonego w osobowość prawną, może być wykorzystywane jako mechanizm służący do obejścia prawa lub też uchylecia się od zaciągniętych zobowiązań¹¹⁵. Przykładowo, wspólnik może utworzyć w pełni kontrolowaną spółkę, aby rozpocząć prowadzenie działalności, której ze względu na ograniczenia ustawowe lub umowne (takie jak chociażby zakaz konkurencji) nie mógłby prowadzić osobiście¹¹⁶. Tego typu działanie stanowi klasyczny przykład nadużycia formy osoby prawnej i jako takie nie zasługuje na ochronę¹¹⁷.

¹¹⁴ A. Opalski, *Problematyka...*, s. 10.

¹¹⁵ A. Opalski, *Problematyka...*, s. 10; A. Krawczyk, *Przebicie...*, s. 35.

¹¹⁶ J. Lieder, [w:] L. Michalski, A. Heidinger, S. Leible, J. Schmidt (red.), *Kommentar...*, komentarz do § 13 GmbHG, nb. 360–361.

¹¹⁷ Posłużenie się spółkami kapitałowymi w celu obejścia prawa lub też uchylecia się od zobowiązań było również często analizowane przez orzecznictwo angielskie, jako jeden z podstawowych przypadków, w których uzasadnione jest przekłucie welonu korporacyjnego (*piercing of the corporate veil*) – zob. np. wyrok Izby Lordów z 30.06.1916 r. w sprawie *Daimler Co Ltd przeciwko Continental Tyre & Rubber Co (Great Britain) Ltd*, [1916] 2 A.C. 307; wyrok Chancery Division z 18.02.1953 r. w sprawie *Re FG (Films) Ltd*, [1953] 1W.L.R. 483; wyrok Court of Appeal z 11.11.1960 r. w sprawie *Re Bugle Press*, [1961] Ch. 270.

Z tego powodu w prawie niemieckim akceptuje się możliwość przypisania wspólnikowi skutków zdarzeń i stanów faktycznych dotyczących spółki czy też zastosowania względem niego norm ustawowych lub postanowień umownych odnoszących się do spółki¹¹⁸. Tak zwane „przebicie przez przypisanie”¹¹⁹ (*Zurechnungsdurchgriff*) działa również w odwrotnym kierunku – pozwala na powiązanie ze spółką okoliczności zachodzących po stronie wspólnika, co w efekcie prowadzi do potraktowania ich jak jednego podmiotu (*Einheitsbetrachtung*)¹²⁰.

2.4.1. Podstawy przebicia przez przypisanie (*Zurechnungsdurchgriff*)

Przypisanie wspólnikowi skutków zdarzeń i stanów faktycznych dotyczących spółki (lub też spółce tych, które odnoszą się do wspólnika) następuje w drodze rozszerzającej wykładni norm prawnych i postanowień umownych, polegającej na uznaniu, że odnoszą się one nie tylko do wspólnika, ale również do spółki, stanowiącej w rzeczywistości jego *alter ego*¹²¹.

Przebicie przez przypisanie jest uzasadnione, gdy wspólnik w sposób rzeczywisty i długotrwały oddziałuje na prowadzenie spraw spółki. Decydując o wyborze i odwołaniu członków organów, wspólnicy mogą wywierać wpływ na działania zarządców, wykorzystując go w celu skłonienia spółki do podjęcia działań, których ze względu

¹¹⁸ J. Lieder, [w:] L. Michalski, A. Heidinger, S. Leible, J. Schmidt (red.), *Kommentar...*, komentarz do § 13 GmbHG, nb. 360–361; R. Wilhelmi, [w:] H. Ziemons, C. Jaeger, *Beck'scher...*, komentarz do § 13 GmbHG, nb. 157; L. Fastrich, [w:] A. Baumbach, A. Hueck (red.), *Gesetz...*, komentarz do § 13 ust. 2 GmbHG, nb. 15; K. Heider, [w:] M. Habersack, W. Goette (red.), *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz...*, komentarz do § 1 AktG, nb. 52. Por. również: A. Krawczyk, *Przebicie...*, s. 34; A. Opalski, *Problematyka...*, s. 10.

¹¹⁹ Por. A. Krawczyk, *Przebicie...*, s. 34. W polskiej literaturze prawniczej pojęcie „*Zurechnungsdurchgriff*” tłumaczy się również jako przebicie przyporządkowujące (tak: P.M. Wiórek, *Kilka uwag o teorii nadużycia prawa jako koncepcji uzasadniającej tzw. odpowiedzialność przebijającą*, [w:] J. Kruczalak-Jankowska, *Wpływ europeizacji na instytucje prawa handlowego*, Warszawa 2013, s. 236).

¹²⁰ K. Heider, [w:] M. Habersack, W. Goette (red.), *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz...*, komentarz do § 1 AktG, nb. 53.

¹²¹ K. Heider, [w:] M. Habersack, W. Goette (red.), *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz...*, komentarz do § 1 AktG, nb. 57; J. Lieder, [w:] L. Michalski, A. Heidinger, S. Leible, J. Schmidt (red.), *Kommentar...*, komentarz do § 13 GmbHG, nb. 342.

na ograniczenia umowne lub ustawowe nie mogliby dokonać osobiście¹²². W takich przypadkach spółka zostaje zazwyczaj sprowadzona do roli narzędzia, za pomocą którego wspólnik realizuje własne interesy, z całkowitym pominięciem interesów spółki¹²³. W podobny sposób należy traktować przypadki, w których zarząd działając wspólnie i w porozumieniu ze wspólnikiem, dokonuje w imieniu reprezentowanej przez niego spółki czynności, które mają na celu uniknięcie ciążących na wspólniku osobiście ograniczeń w ich dokonywaniu (*kollusives Zusammenwirken*)¹²⁴.

W praktyce, przebicie przez przypisanie najczęściej odnosi się do spółek jednoosobowych lub zdominowanych przez akcjonariusza większościowego. Nie można jednak *a limine* wykluczyć możliwości posłużenia się wspomnianą zasadą w odniesieniu do akcjonariuszy mniejszościowych, którzy w danych okolicznościach faktycznych wywierają decydujący wpływ na działanie spółki¹²⁵.

2.4.2. Przypisanie zachowania (*Zurechnung von Verhaltensweisen*)

Konstrukcja przebicia przez przypisanie pozwala w niektórych przypadkach na obciążenie spółki skutkami działań wspólnika lub też wspólnika skutkami działań spółki, co w doktrynie określa się mianem przypisania zachowania (*Zurechnung von Verhaltensweisen*)¹²⁶.

Jednym z typowych przypadków relatywizacji prawnej odrębności spółki i wspólnika przez przypisanie zachowania jest obciążenie spółki skutkami podstępnego wywołania błędu u jej kontrahenta przez wspólnika większościowego spółki, wywierającego istotny

¹²² K. Heider, [w:] M. Habersack, W. Goette (red.), *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz...*, komentarz do § 1 AktG, nb. 53.

¹²³ K. Heider, [w:] M. Habersack, W. Goette (red.), *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz...*, komentarz do § 1 AktG, nb. 57.

¹²⁴ K. Heider, [w:] M. Habersack, W. Goette (red.), *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz...*, komentarz do § 1 AktG, nb. 57.

¹²⁵ J. Lieder, [w:] L. Michalski, A. Heidinger, S. Leible, J. Schmidt (red.), *Kommentar...*, komentarz do § 13 GmbHG, nb. 343; K. Heider, [w:] M. Habersack, W. Goette (red.), *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz...*, komentarz do § 1 AktG, nb. 57.

¹²⁶ R. Wilhelmi, [w:] H. Ziemons, C. Jaeger (red.), *Beck'scher...*, komentarz do § 13 GmbHG, nb. 157.

wpływ na prowadzenie jej spraw (§ 123 ust. 1 BGB)¹²⁷. Takie działanie wspólnika uznać należy za działanie samej spółki, co pozwala kontrahentowi uchylić się od skutków prawnych złożonego przez niego oświadczenia woli bez konieczności wykazania, że spółka wiedziała lub powinna była wiedzieć o podstępym wywołaniu błędu przez wspólnika (*arglistige Täuschung*).

Podobną zasadę zastosować można przy wykładni przepisu § 162 BGB, przewidującego fikcję ziszczenia się warunku w przypadku, w którym osoba, której zależy na nieziszczeniu się warunku, w sposób sprzeczny z zasadami dobrej wiary (*Treu und Glauben*) uniemożliwi jego ziszczenie (lub też odpowiednio osoba, której zależy na ziszczeniu się warunku doprowadzi do jego ziszczenia). W doktrynie przyjmuje się, że wspomnianą fikcję prawną należy zastosować również wówczas, gdy sprzeczne z zasadami dobrej wiary działania mające wpływ na los warunkowej czynności prawnej dokonuje akcjonariusz mający rzeczywisty wpływ na prowadzenie spraw spółki¹²⁸.

Podobne rozwiązanie odnosi się przykładowo do wspomnianych już umownych zakazów prowadzenia działalności konkurencyjnej (*Wettbewerbsverbot*). Prowadzenie przez wspólnika działalności naruszającej zakaz za pośrednictwem spółki uznaje się za naruszenie zakazu (mimo że formalnie nie odnosi się on do spółki, będącej wszak odrębnym od wspólników podmiotem prawa)¹²⁹.

2.4.3. Przepisanie wiedzy (*Zurechnung von Kenntnissen*)

W przypadku zajścia okoliczności uzasadniających potraktowanie spółki i wspólnika jako jednego podmiotu (*Einheitsbetrachtung*) możliwe jest również wzajemne przypisanie tym podmiotom posiadanej przez nie wiedzy lub też stanu świadomości (*Zurechnung von Kenntnissen*).

¹²⁷ Wyrok BGH z 2.02.1996 r., V ZR 239/94, NJW 1996, 1339.

¹²⁸ K. Heider, [w:] M. Habersack, W. Goette (red.), *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz...*, komentarz do § 1 AktG, nb. 57.

¹²⁹ Wyrok BGH z 5.12.1983 r., II ZR 242/82, NJW 1984, 1351.

Wzajemne przypisanie wiedzy lub świadomości odnosi się najczęściej do przypadków, w których ustawa uzależnia zajście określonych skutków prawnych od działania w dobrej wierze. Przykładowo, wiedza współnika o niezgodności stanu ujawnionego w księdze wieczystej z rzeczywistym stanem rzeczy wyłącza działanie zasady rękojmi publicznej wiary ksiąg wieczystych (por. § 892 BGB). Podobnie, jeżeli współnik posiadający rzeczywisty wpływ na działanie spółki wie, że spółka nabywa rzecz ruchomą od osoby nieuprawnionej, spółka nie będzie mogła twierdzić, iż nabyła rzecz w dobrej wierze (§ 932 BGB)¹³⁰.

2.4.4. Przypisanie cech (*Zurechnung von Eigenschaften*)

Jako przykład przypisania spółce cech współnika w doktrynie najczęściej wskazuje się przepis § 119 ust. 2 AktG, zgodnie z którym możliwe jest uchylenie się od skutków prawnych czynności prawnej dokonanej m.in. pod wpływem błędu co do cech, posiadanych przez drugą stronę, które mogą mieć istotne znaczenie ze względu na charakter czynności (*Eigenschaften der Person die im Verkehr als wesentlich angesehen werden*). W orzecznictwie przepis ten jest wykładany rozszerzająco – uprawnienie do odstąpienia od umowy przyznaje się również w przypadku błędu co do cech posiadanych przez współnika wywierającego istotny wpływ na działanie spółki – kontrahenta¹³¹. Przykładowo, w jednym z orzeczeń umożliwiono odstąpienie od umowy ze względu na wykrycie, że współnik większościowy spółki będącej drugą stroną umowy jest niesolidny (*unzuverlässig*)¹³².

¹³⁰ R. Wilhelmi, [w:] H. Ziemons, C. Jaeger (red.), *Beck'scher...*, komentarz do § 13 GmbHG, nb. 160; K. Heider, [w:] M. Habersack, W. Goette (red.), *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz...*, komentarz do § 1 AktG, nb. 61.

¹³¹ Szerzej na ten temat: H. Merkt, [w:] H. Fleischer, W. Goette (red.), *Münchener...*, komentarz do § 13 GmbHG, nb. 347; K. Heider, [w:] M. Habersack, W. Goette (red.), *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz...*, komentarz do § 1 AktG, nb. 62.

¹³² Wyrok Sądu Rzeszy (*Reichsgericht*) z 23.02.1934 r., II 284/33, RGZ 143/31. Zob. szerzej na ten temat: H. Merkt, [w:] H. Fleischer, W. Goette (red.), *Münchener...*, komentarz do § 13 GmbHG, nb. 955.

2.4.5. Podsumowanie

Jak wynika z dokonanej prezentacji niektórych przypadków, w których możliwe jest potraktowanie spółki i wspólnika jak jednego podmiotu (*Einheitsbetrachtung*)¹³³, w prawie niemieckim możliwe jest przypisanie spółce okoliczności zachodzących po stronie wspólnika (lub przypisanie wspólnikowi tych okoliczności, które zachodzą po stronie spółki) bez wyraźnej podstawy ustawowej¹³⁴. W przypadku zajścia okoliczności uzasadniających tzw. przebicie przez przypisanie (*Zurechnungsdurchgriff*), obciążenie spółki konsekwencjami zachowań, stanu wiedzy lub świadomości wspólnika albo posiadanych przez nich cech możliwe jest w drodze rozszerzającej wykładni przepisów ustawowych i postanowień umownych, zakładającej, że nie odnoszą się one jedynie do spółki, lecz również do jej wspólnika. Na tych samych zasadach możliwe jest obciążenie wspólnika konsekwencjami okoliczności zachodzących po stronie spółki.

2.5. Konkluzje

W prawie niemieckim, poza nielicznymi wyjątkami odnoszącymi się do funkcjonowania grup kapitałowych, przypadki, w których możliwe jest odstępianie od zasady prawnej odrębności spółki i jej wspólników (*Trennungsprinzip*) nie zostały uregulowane ustawowo. Dopuszczenie takiej możliwości stanowi wyraz prawotwórczej działalności sądownictwa i dowód wkładu doktryny w rozwój systemu prawnego.

W omawianym porządku prawnym przekłucie welonu korporacyjnego może objawić się w dwóch formach: przez umożliwienie wierzycielom spółki dochodzenia odpowiedzialności za zobowiązania spółki bezpośrednio od jej wspólników (*Haftungsdurchgriff*) oraz przez przypisanie spółce skutków określonych zdarzeń

¹³³ Zob. bardziej kompletny wybór przypadków, w których możliwe jest posłużenie się koncepcją przebicia przez przypisanie w prawie niemieckim: H. Merkt, [w:] H. Fleischer, W. Goette (red.), *Münchener...*, komentarz do § 13 GmbHG, nb. 347–364.

¹³⁴ Takiej jak w prawie polskim chociażby w art. 40a ust. 2 w zw. z ust. 1 ustawy z 29.12.1992 r. o radiofonii i telewizji (tekst jedn.: Dz.U. z 2017 r. poz. 1414 ze zm.), zgodnie z którym nabycie udziałów lub akcji w spółce posiadającej koncesję na rozpowszechnianie programu dokonane przez podmiot, w stosunku do którego osoba zagraniczna jest podmiotem dominującym, w rozumieniu Kodeksu spółek handlowych, uważa się za czynność dokonaną przez podmiot dominujący.

prawnych (np. stanu wiedzy, świadomości lub oświadczeń woli), które zachodzą po stronie wspólnika (*Zurechnungsdurchgriff*). Tak zwane przebicie przez przypisanie działa również w odwrotnym kierunku – pozwala obciążyć wspólnika skutkami zdarzeń prawnych, które wystąpiły po stronie spółki.

W ostatnich latach orzecznictwo z coraz większą rezerwą odnosi się do koncepcji odpowiedzialności przebijającej wspólników za zobowiązania spółki, ograniczając możliwość jej dochodzenia do przypadków, w których dochodzi do pomieszania mas majątkowych spółki i wspólników (*Sphärenvermischung*), co wynika najczęściej z zaniedbania obowiązku prowadzenia odrębnej księgowości przez spółkę. Jednocześnie, w orzecznictwie Federalnego Trybunału Sprawiedliwości zarysowała się tendencja do zastępowania koncepcji odpowiedzialności przebijającej przez reżim deliktowy.

Jednocześnie, niemiecki ustawodawca przewidział dodatkowe mechanizmy chroniące wierzycieli spółek zależnych należących do grup kapitałowych, nakładając na spółkę dominującą obowiązek wyrównania spółce zależnej strat związanych z działaniem w koncernie. Mechanizmy takie, nie stanowiąc przykładów odpowiedzialności przebijającej, pełnią zbliżoną do niej funkcję. Ich celem jest ochrona wierzycieli spółek kapitałowych, którzy mogą zostać pokrzywdzeni przez nadużycie formy spółki.

Niezależnie od tego, w przypadkach, w których posłużenie się formą osoby prawnej prowadzi do nadużycia prawa i pokrzywdzenia innych uczestników obrotu, w niemieckiej doktrynie i judykaturze akceptuje się dokonywanie wykładni postanowień umownych oraz przepisów prawa w sposób prowadzący do relatywizacji odrębności spółki i wspólnika, polegającej na traktowaniu ich jako jednego podmiotu (*Einheitsbetrachtung*). Podejście takie umożliwia przypisanie spółce skutków określonych zdarzeń prawnych, które zachodzą po stronie wspólnika (*Zurechnungsdurchgriff*).

Rozdział 3. Odpowiedzialność przebijająca w prawie austriackim

3.1. Wprowadzenie

Poglądy austriackiej doktryny oraz orzecznictwa odnoszące się do odpowiedzialności przebijającej wspólników za zobowiązania spółki pozostają pod silnym wpływem wypowiedzi przedstawicieli niemieckiej nauki prawa i tamtejszego orzecznictwa (co wynika ze zbliżonych regulacji odnoszących się do spółek kapitałowych w obu państwach)¹³⁵. Mimo wspomnianych podobieństw, zakres zastosowania koncepcji odpowiedzialności przebijającej w prawie austriackim jest wyraźnie węższy niż w prawie niemieckim¹³⁶.

3.2. Konsekwencje prawnej odrębności spółki i wspólników

Podobnie jak w przypadku prawa niemieckiego, punktem wyjścia do rozważań nad możliwością posłużenia się koncepcją odpowiedzialności przebijającej w prawie austriackim jest stwierdzenie, że wspólnikom przysługuje przywilej ograniczonej odpowiedzialności za zobowiązania spółki (*Haftungsprivileg*). Jego źródło w odniesieniu do spółek z ograniczoną odpowiedzialnością stanowi przepis § 61 ust. 2 öGmbHG, zgodnie z którym wierzyciele spółki mogą domagać się zaspokojenia jedynie z jej majątku (w przypadku spółek akcyjnych podobną normę wyraża § 48 öAktG). Ograniczenie odpowiedzialności wspólników za zobowiązania korporacji jest naturalną konsekwencją przyznania spółkom kapitałowym osobowości prawnej (por. § 61 ust. 1 öGmbHG oraz § 1 öAktG)¹³⁷.

¹³⁵ F. Wünscher, *Die Durchgriffshaftung...*, s. 41. Zob. również wyrok OGH z 29.04.2004 r., 6 Ob 313/03 B, GeS 2005/1, w uzasadnieniu którego zwrócono uwagę na oddziaływanie niemieckich rozwiązań w zakresie odpowiedzialności przebijającej na poglądy austriackiej doktryny i tamtejszego orzecznictwa.

¹³⁶ H.G. Koppensteiner, F. Rüffler (red.), *GmbH-Gesetz...*, komentarz do § 61 öGmbHG, nb. 34; F. Wünscher, *Die Durchgriffshaftung...*, s. 63; M. Krenn, *Die Problematik der Durchgriffshaftung aufgrund existenzvernichtender Eingriffe in der österreichischen Rechtsordnung – eine Untersuchung zur Rechtsfigur der Existenzvernichtungshaftung bei Gesellschaften mit beschränkter Haftung unter besonderer Beachtung von Konzernverhältnissen*, Wiedeń 2008, s. 93.

¹³⁷ M. Gruber, F. Harrer (red.), *GmbHG Gesetz über Gesellschaften mit beschränkter Haftung*, Wiedeń 2014, s. 1107.

W celu ochrony wierzycieli spółek austriacki ustawodawca wprowadził mechanizmy chroniące ich majątek przed ingerencjami wspólników. Szczególną rolę pełnią w tym zakresie normy nakierowane na ochronę kapitału zakładowego, podkreślające jego gwarancyjną funkcję¹³⁸. Przykładowo, zgodnie z przepisem § 82 öGmbHG udziałowcy spółek z ograniczoną odpowiedzialnością nie mogą domagać się zwrotu wniesionego wkładu przez cały okres działalności spółki. Zakazane jest również dokonywanie na ich rzecz wypłat z majątku spółki innych niż przypadająca na nich podlegająca podziałowi część wypracowanego przez spółkę zysku. Ponadto, w przypadku dokonania na rzecz wspólników nienależnych wypłat z majątku spółki są oni zobowiązani do dokonania ich zwrotu (§ 83 öGmbHG).

Austriackie orzecznictwo dostrzega jednak, że standardowe mechanizmy ochrony wierzycieli spółek kapitałowych mogą okazać się niewystarczające. W pewnych przypadkach postępowanie się formą spółki może prowadzić do pokrzywdzenia wierzycieli¹³⁹. Z tego powodu, w judykaturze w wyjątkowych przypadkach dopuszcza się odstępianie od zasady rozdzielności działań i majątku spółki oraz jej wspólników (*Trennungsprinzip*)¹⁴⁰.

3.3. Postępowanie się koncepcją odpowiedzialności przebijającej (*Durchgriffshaftung*) w austriackim orzecznictwie

Stosowanie zasady odpowiedzialności przebijającej w austriackim prawie spółek nie ma tak ugruntowanej tradycji jak w prawie niemieckim¹⁴¹. Jeszcze w wyroku z 16.06.1983 r. (6 Ob 579/83) austriacki Sąd Najwyższy (*Oberster Gerichtshof*) stwierdził, że zgodność niemieckiej koncepcji odpowiedzialności przebijającej z austriackim systemem prawnym

¹³⁸ F. Wünscher, *Die Durchgriffshaftung...*, s. 4.

¹³⁹ Zob. wyrok OGH z 16.06.1983 r., 6 Ob 579/83, SZ 56/101, w którym stwierdzono, że nie można postępować się formą osoby prawnej dla obchodzenia prawa ani szkodenia osobom trzecim („*darin zu erblicken [sei], dass sich niemand der Rechtsform einer juristischen Person dazu bedienen dürfte, dritte Personen zu schädigen oder Gesetze zu umgehen*“).

¹⁴⁰ Zob. m.in.: wyroki OGH: z 14.07.1986 r., 1 Ob 571/86, JBI 1986, 713; z 29.04.2004 r., 6 Ob. 313/03 B, GeS 2005/1.

¹⁴¹ H.G. Koppensteiner, F. Ruffler (red.), *GmbH-Gesetz...*, komentarz do § 61 öGmbHG, nb. 34.

nie została potwierdzona¹⁴². Późniejsze judykaty dopuściły dochodzenie odpowiedzialności przebijającej¹⁴³, jednak praktyczne zastosowanie tej koncepcji wydaje się niewielkie¹⁴⁴.

Ze względu na rolę władzy sądowniczej w kształtowaniu konstrukcji odpowiedzialności przebijającej w prawie austriackim¹⁴⁵, dalsza część rozdziału zostanie poświęcona w głównej mierze przeglądowi orzecznictwa austriackiego Sądu Najwyższego, dotyczącego omawianego zagadnienia.

Już w tym miejscu należy zwrócić uwagę na niejednolite rozumienie pojęcia „odpowiedzialność przebijająca”. Analiza austriackich wyroków wskazuje, że sądy termin ten odnoszą nie tylko do przypadków dochodzenia od wspólników odpowiedzialności za zobowiązania spółki, lecz również do odpowiedzialności deliktowej wspólników względem wierzycieli spółki (np. za zawinione spowodowanie niewypłacalności spółki – *Konkursverursachungshaftung*)¹⁴⁶.

3.3.1. Odpowiedzialność wspólnika za doprowadzenie do niewypłacalności spółki w świetle orzeczenia Euming

Omawiając zakres zastosowania koncepcji odpowiedzialności przebijającej (*Durchgriffshaftung*) w prawie austriackim późniejsze orzecznictwo odwołuje się do wyroku z 14.07.1986 r. (1 Ob 571/86)¹⁴⁷ wydanego w sprawie

¹⁴² Wyrok OGH z 16.06.1983 r., 6 Ob 579/83, SZ 56/101. We wspomnianym orzeczeniu austriacki Sąd Najwyższy uchylił się od odpowiedzi na pytanie, czy stosowanie zasady odpowiedzialności przebijającej jest zgodne z prawem austriackim. Zdaniem sądu nie wykazano bowiem jakichkolwiek okoliczności mogących świadczyć, że nadużyto formy osoby prawnej, co ewentualnie mogłoby uzasadniać potraktowanie spółek wchodzących w skład koncernu jako jednego podmiotu prawa.

¹⁴³ Wyroki OGH: z 14.07.1986 r., 1 Ob 571/86, JBI 1986, 713; z 29.04.2004 r., 6 Ob. 313/03 B, GeS 2005/1

¹⁴⁴ M. Gruber, F. Harrer (red.), *GmbHG Gesetz...*, s. 1127. F. Wünscher, *Die Durchgriffshaftung...*, s. 41; S. Moser, *Unterkapitalisierung – Judikaturwende*, „Lexikon. Das Medium zur Information der Klienten und Freunde von Kaant Cronenberg & Partner” 2010/3, s. 1.

¹⁴⁵ F. Wünscher, *Die Durchgriffshaftung...*, s. 41.

¹⁴⁶ Wyrok OGH z 12.04.2001 r., 8 ObA 98/00 w, SZ 74/65.

¹⁴⁷ Wyrok OGH z 14.07.1986 r., 1 Ob 571/86, JBI 1986, 713.

*Euming*¹⁴⁸. We wspomnianym orzeczeniu austriacki Sąd Najwyższy, nie posługując się wprawdzie pojęciem „odpowiedzialność przebijająca”, określił zakres odpowiedzialności wspólnika sprawującego faktyczne kierownictwo nad działalnością spółki względem jej wierzycieli.

Orzeczenie zostało wydane w stanie faktycznym, w którym wspólnik dominujący (bank) wywierał istotny wpływ na prowadzenie spraw przez spółkę zależną. Pozostający pod wpływem wspólnika i realizujący jego wytyczne i zalecenia zarządcy spółki doprowadzili do jej niewypłacalności i zbyt późno złożyli wniosek o ogłoszenie upadłości (*Konkursverschleppung*).

Austriacki Sąd Najwyższy, rozpatrując roszczenia wierzycieli upadłej spółki względem jej wspólnika, doszedł do wniosku, że ze względu na wpływ wywierany na kontrolowany przez siebie podmiot, na udziałowcu spoczywają szczególne obowiązki zachowania staranności (*eine spezifische Sorgfaltspflicht*) przy wykonywaniu uprawnień korporacyjnych i wywieraniu wpływu na zarząd kontrolowanej spółki. Wniosek ten pozwolił na uznanie, że wspólnik upadłej spółki ponosi odpowiedzialność za niedbałe doprowadzenie do niewypłacalności spółki (na zasadach określonych w § 159 öStGB)¹⁴⁹.

Wyrok z 14.07.1986 r. nie stanowi klasycznego przykładu posłużenia się odpowiedzialnością przebijającą (*Durchgriffshaftung*) – wspólnik został bowiem pociągnięty do odpowiedzialności za własne niedbalstwo i naruszenie spoczywających na nim samych obowiązków staranności. Z formalnego punktu widzenia nie jest to przykład dochodzenia od wspólnika odpowiedzialności za zobowiązania spółki. W sensie ekonomicznym jednak oba przypadki są zbliżone. Ponadto, w obu przypadkach ryzyko wspólnika związane z uczestnictwem w spółce wykracza poza

¹⁴⁸ Zob. wyrok OGH z 12.04.2001 r., 8 ObA 98/00 w, SZ 74/65, w którym za istotę odpowiedzialności przebijającej uznano pominięcie zasady rozdzielności działań i majątku spółki oraz jej wspólników. Szerzej na temat wpływu wyroku w sprawie *Euming* na późniejsze orzecznictwo austriackiego Sądu Najwyższego: M. Gruber, F. Harrer (red.), *GmbHG Gesetz...*, s. 1107.

¹⁴⁹ Szerzej na ten temat w pkt 3.4.

możliwość utraty zainwestowanego kapitału (co jest fundamentem zasady ograniczonej odpowiedzialności).

3.3.2. Faktyczne kierownictwo nad działalnością spółki a odpowiedzialność wspólnika w świetle orzeczenia OGH 8 ObA 98/00 w

Jednym z pierwszych judykatów, w których wprost dopuszczono stosowanie zasady odpowiedzialności przebijającej (*Durchgriffshaftung*) w prawie austriackim, był wyrok austriackiego Sądu Najwyższego z 12.04.2001 r. (OGH 8 ObA 98/00 w)¹⁵⁰.

W stanie faktycznym, który leżał u podstaw wydania wspomnianego orzeczenia, doszło do przeniesienia części majątku spółki dominującej na spółkę zależną. Działanie to miało wpływ na stosunki pracy powodów, będących uprzednio pracownikami spółki matki – w wyniku przejścia zakładu pracy stali się oni pracownikami spółki zależnej. Gospodarczą przyczyną przekształceń w grupie kapitałowej była chęć przeniesienia na spółkę córkę generującej straty części działalności. Zarząd spółki matki podejmował w dalszym ciągu wszystkie najważniejsze decyzje dotyczące działalności kontrolowanego przez siebie podmiotu. Po kilku latach spółka zależna stała się niewypłacalna. Powodowie domagali się zaspokojenia z majątku spółki dominującej, zwracając uwagę na nadużycie formy osoby prawnej w celu pokrzywdzenia wierzycieli.

W uzasadnieniu orzeczenia austriacki Sąd Najwyższy jednoznacznie opowiedział się za dopuszczalnością stosowania rozwiniętej w niemieckiej doktrynie i orzecznictwie koncepcji odpowiedzialności przebijającej na gruncie prawa austriackiego (nie znajdując do tego jednak przesłanek w rozpatrywanej sprawie). Za istotę tej konstrukcji uznano pominięcie zasady rozdzielnosc działań i majątku spółki oraz jej wspólników (*Trennungsprinzip*), w przypadkach, w których wspólnik narusza obowiązki spoczywające na nim na podstawie umowy lub ustawy. Odpowiedzialność przebijająca aktualizuje się w drodze redukcji teleologicznej (*teleologische Reduktion*) przepisów przyznających wspólnikom przywilej polegający na ograniczeniu ich odpowiedzialności za zobowiązania spółki (a więc § 61 ust. 2 öGmbHG oraz § 48 öAktG).

¹⁵⁰ Wyrok OGH z 12.04.2001 r., 8 ObA 98/00 w, SZ 74/65.

Jednocześnie, austriacki Sąd Najwyższy dopuścił dochodzenie odpowiedzialności przez samą spółkę od osoby sprawującej faktyczne kierownictwo nad jej działaniami (*faktische Geschäftsführung*), uznając ją za przykład odpowiedzialności przebijającej (co spotkało się z uzasadnioną krytyką doktryny)¹⁵¹. Podstawą odpowiedzialności osób prowadzących *de facto* sprawy spółki jest stosowany *per analogiam* przepis § 25 öGmbHG, przewidujący odpowiedzialność członków zarządu za szkodę wyrządzoną spółce. Odpowiedzialność ta ma więc charakter wewnętrzny (*Innenhaftung*). We wspomnianym orzeczeniu nie doszło więc do przebicia zasłony korporacyjnej poprzez przypisanie wspólnikowi osobistej odpowiedzialności za zobowiązania spółki, lecz do pociągnięcia do odpowiedzialności osób sprawujących faktyczne kierownictwo nad działaniami spółki za czyn własny.

Podsumowując, omawiane orzeczenie nie stanowi przykładu praktycznego wykorzystania koncepcji odpowiedzialności przebijającej. Mimo to ma istotne znaczenie dla omawianej tematyki. Po pierwsze, stanowi potwierdzenie teoretycznej możliwości zastosowania wykształconych w niemieckiej doktrynie i orzecznictwie koncepcji odnoszących się do pominięcia odrębnej osobowości prawnej spółki i wspólnika na gruncie prawa austriackiego. Po drugie, określa zakres odpowiedzialności podmiotu sprawującego kierownictwo nad prowadzeniem spraw przez spółki kapitałowe (np. przez wydawanie poleceń zarządowi). Zasada ta może znaleźć zastosowanie do określenia przesłanek odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną spółce zależnej przez spółkę dominującą w koncernie faktycznym.

3.3.3. Przesłanki odpowiedzialności przebijającej (*Durchgriffshaftung*) w świetle orzeczenia *Salzburger Tourismusverband*

Przesłanki, po spełnieniu których możliwe jest wyłączenie przyznanego akcjonariuszom przywileju polegającego na ich ograniczonej odpowiedzialności za zobowiązania spółki, zostały określone w ogólnym zarysie w precedensowym orzeczeniu austriackiego Sądu

¹⁵¹ H.G. Koppensteiner, F. Rüffler (red.), *GmbH-Gesetz...*, komentarz do § 61 öGmbHG, nb. 34; F. Wünscher, *Die Durchgriffshaftung...*, s. 43 i tam powoływana literatura.

Najwyższego z 29.04.2004 r. (6 Ob 313/03 B)¹⁵², wydanym w sprawie *Salzburger Tourismusverband*.

W pewnym uproszczeniu, omawiane orzeczenie zostało wydane w stanie faktycznym, w którym trzy podmioty założyły spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, wyposażając ją w jedynie minimalny kapitał zakładowy, nieadekwatny do planowanego zakresu działalności spółki. Dla wspólników od początku było jasne, że spółka będzie generować straty, a jej istnienie będzie uzależnione od udzielania jej różnego rodzaju form wsparcia finansowego przez wspólników. Zaprzestanie finansowania spółki doprowadziło do jej niewypłacalności, co uniemożliwiło zaspokojenie wierzycieli.

Rozpatrując sprawę, austriacki Sąd Najwyższy opowiedział się za generalną dopuszczalnością pociągnięcia wspólników do odpowiedzialności za zobowiązania spółki, w drodze redukcji teleologicznej przepisów przyznających wspólnikom przywilej ograniczonej odpowiedzialności (§ 61 ust. 2 öGmbHG oraz § 48 öAktG)¹⁵³. W uzasadnieniu judykatu stwierdzono, że po konstrukcję odpowiedzialności przebijającej (*Durchgriffshaftung*) można sięgnąć w czterech przypadkach.

Po pierwsze, wyłączenie przysługującego wspólnikowi przywileju, polegającego na ograniczeniu jego odpowiedzialności za zobowiązania spółki miałyby być możliwe, jeżeli korporacja stanowi w istocie *alter ego* wspólnika. Sytuacja taka zachodzi wówczas, gdy wspólnik w sposób faktyczny sprawuje kierownictwo nad działalnością spółki, działając *de facto* jako członek zarządu (*wenn der Gesellschafter als faktischer Geschäftsführer auftritt*).

Po drugie, podobnie jak w prawie niemieckim, obciążenie wspólnika odpowiedzialnością za zobowiązania spółki dopuszczono w przypadku pomieszania mas majątkowych spółki i wspólników (*Sphärenvermischung*).

¹⁵² Wyrok OGH z 29.04.2004 r., 6 Ob 313/03 B, GeS 2005/1.

¹⁵³ Tym samym poglądy austriackiego orzecznictwa w kwestii dogmatycznych źródeł zasady odpowiedzialności przebijającej wydają się być zbliżone do teorii celu normy (*Normzwecklehre*) opracowanej przez W. Müller-Freienfelsa. Szerzej na ten temat w rozdziale 2 pkt 2.2.2. Zob. również: F. Wünscher, *Die Durchgriffshaftung...*, s. 15.

Po trzecie, zdaniem austriackiego Sądu Najwyższego zasłona korporacyjna, chroniąca wspólnika przed roszczeniami wierzycieli spółki, mogłaby zostać przebita w przypadku nadużycia przez wspólnika formy spółki (*missbrauch der Organisationsfreiheit*).

Po czwarte wreszcie, za dopuszczalne uznano dochodzenie od wspólników odpowiedzialności przebijającej za zobowiązania spółki w razie materialnego niedokapitalizowania spółki (*materielle Unterkapitalisierung*)¹⁵⁴.

Konstrukcja odpowiedzialności przebijającej (*Durchgriffshaftung*) nie została jednak wykorzystana przez sąd rozpatrujący sprawę¹⁵⁵. Podstawą dochodzenia odpowiedzialności od wspólników nie było bowiem wyłączenie przysługującego im przywileju ograniczonej odpowiedzialności (*Haftungsprivileg*), a uznanie, że ponoszą oni deliktową odpowiedzialność za czyn własny, polegający na spowodowaniu upadłości spółki zależnej (*Konkursverursachungshaftung*), jako osoby *de facto* kierujące jej działaniami¹⁵⁶.

Mimo to, znaczenie wyroku w sprawie *Salzburger Tourismusverband* pozostaje istotne, ponieważ potwierdza on, że w prawie austriackim nie jest wykluczone sięgnięcie po konstrukcję odpowiedzialności przebijającej. Wspomniane orzeczenie austriackiego Sądu Najwyższego może otworzyć drogę do rozszerzenia zakresu zastosowania tej koncepcji wzorem orzecznictwa niemieckiego¹⁵⁷. Mimo upływu kilkunastu lat od wydania wspomnianego orzeczenia, brak jest jednak kolejnych judykatów potwierdzających wyznaczony w nim kierunek.

¹⁵⁴ Inaczej niż orzecznictwo niemieckie, sądy austriackie nie rozpatrywały jak dotąd możliwości dochodzenia od wspólnika odpowiedzialności przebijającej w przypadku doprowadzenia do unicestwienia spółki – np. przez pozbawianie jej szans gospodarczych lub wyprowadzania z niej składników majątkowych potrzebnych do prowadzenia działalności (*Existenzvernichtung*). Dopuszczalność domagania się w takich przypadkach zaspokojenia przez wierzycieli spółki bezpośrednio z majątku jej wspólników jest raczej krytycznie oceniana w austriackiej doktrynie. Zob. szerzej: M. Krenn, *Die Problematik...*, s. 98 i tam powoływana literatura.

¹⁵⁵ F. Wünscher, *Die Durchgriffshaftung...*, s. 47.

¹⁵⁶ F. Wünscher, *Die Durchgriffshaftung...*, s. 47.

¹⁵⁷ M. Krenn, *Die Problematik...*, s. 103.

3.3.4. Odpowiedzialność przebijająca w nowszym orzecznictwie austriackiego Sądu Najwyższego

Analiza austriackiego orzecznictwa z okresu po wydaniu wyroku w sprawie *Salzburger Tourismusverband* wskazuje, że największe znaczenie należy przypisać odpowiedzialności wspólnika sprawującego faktyczny zarząd nad działalnością spółki za czyn własny.

W wyroku z 17.12.2007 r. (8 Ob 124/07 d)¹⁵⁸ austriacki Sąd Najwyższy uznał, że odpowiedzialność przebijająca znajduje zastosowanie w stosunku do wspólnika, który wywiera wpływ na zarząd spółki, sprawując *de facto* kierownictwo nad prowadzeniem jej spraw, jeżeli jego działania prowadzą do wyrządzenia szkody spółce lub jej wierzycielom¹⁵⁹. Z tego powodu wspólnikowi może zostać przypisana przewidziana w prawie upadłościowym odpowiedzialność za niezłożenie przez spółkę wniosku o upadłość we właściwym czasie.

Ustalenia te zostały potwierdzone w wyroku z 23.02.2009 r. (8 Ob 108/08 b), w którym dopuszczono stosowanie przepisów sankcjonujących niezłożenie wniosku o upadłość przez spółkę, w stosunku do wspólnika wywierającego decydujący wpływ na prowadzenie spraw przez spółkę oraz oddziałującego na podejmowane przez zarząd decyzje (*faktischer Machthaber und Entscheidungsträger*)¹⁶⁰. Do podobnych wniosków prowadzi analiza orzeczenia z 22.11.2011 r. (8 Ob 104/11 v)¹⁶¹.

We wszystkich wspomnianych przypadkach austriacki Sąd Najwyższy, odnosząc się do odpowiedzialności wspólnika, posługuje się pojęciem „odpowiedzialność przebijająca” (*Durchgriffshaftung*)¹⁶². Z dogmatycznego punktu widzenia zabieg ten nie wydaje się w pełni poprawny. Wspólnikowi nie zostaje bowiem przypisana

¹⁵⁸ Wyrok OGH z 17.12.2007 r., 8 Ob 124/07 d, EvBl 2008/77 S 40.

¹⁵⁹ „Eine sogenannte Durchgriffshaftung auf Gesellschafter einer GmbH werde (...) dann angenommen, wenn die Gesellschafter als faktische Geschäftsführer auftreten und maßgeblichen Einfluss auf die Leitung der Gesellschaft nehmen und dabei diese oder deren Gläubiger schädigen“.

¹⁶⁰ Wyrok OGH z 23.02.2009 r., 8 Ob 108/08 b, RWZ 2009/42 S 142.

¹⁶¹ Wyrok OGH z 22.11.2011 r., 8 Ob 104/11 v, RdW 2012/38 S 27.

¹⁶² F. Wünscher, *Die Durchgriffshaftung...*, s. 43.

odpowiedzialność za zobowiązania spółki, a jedynie własna odpowiedzialność cywilnoprawna za działanie na szkodę spółki zależnej i jej wierzycieli.

Typowe przypadki posługiwania się koncepcją odpowiedzialności przebijającej, polegające na przypisaniu wspólnikom odpowiedzialności za zobowiązania spółki, są w austriackim orzecznictwie niemal niespotykane. W jednym z nielicznych judykatów odnoszących się do omawianej tematyki¹⁶³ austriacki Sąd Najwyższy sceptycznie odniósł się do koncepcji odpowiedzialności za materialne niedokapitalizowanie spółki (*materielle Unterkapitalisierung*), jednocześnie podkreślając, że o nadużyciu formy osoby prawnej nie może świadczyć samo posłużenie się działającą w ramach swobody przedsiębiorczości spółką zarejestrowaną w kraju, którego ustawodawstwo przewiduje niższe minimalne wymagania kapitałowe niż prawo austriackie (a mianowicie angielską spółką *limited*). Dochodzenie odpowiedzialności za zobowiązania spółki bezpośrednio od jej wspólnika w każdym przypadku uzależnione jest od udowodnienia zamiaru pokrzywdzenia wierzycieli spółki¹⁶⁴.

3.4. Dochodzenie odpowiedzialności deliktowej od wspólnika

Przedstawiony powyżej przegląd stanowisk orzecznictwa wskazuje, że w prawie austriackim dochodzenie od wspólników odpowiedzialności za zobowiązania spółki ma ograniczone znaczenie. Znacznie szersze zastosowanie znajduje przypisywanie wspólnikom odpowiedzialności za czyn własny, polegający na szkodzeniu wierzycielom korporacji poprzez sprawowanie kontroli nad spółką kapitałową w sposób uniemożliwiający ich zaspokojenie.

W typowych przypadkach odpowiedzialność wspólników ma charakter deliktowy. Jej podstawę mogą stanowić przepisy § 159 öStGB w zw. § 1311 ABGB przewidujące odpowiedzialność odszkodowawczą za działanie na szkodę wierzycieli w warunkach

¹⁶³ Wyrok OGH z 30.09.2009 r., 9 ObA 125/08 k, ARD 6030/5/2010.

¹⁶⁴ Por. S. Moser, *Unterkapitalisierung...*, s. 2.

grożącej spółce niewypłacalności lub § 1295 ust. 2 ABGB stanowiący ogólną podstawę odpowiedzialności deliktowej w prawie austriackim¹⁶⁵.

Przepis § 159 öStGB przewiduje odpowiedzialność karną osoby, która w sposób sprzeczny z zasadami prawidłowej gospodarki (*entgegen Grundsätzen ordentlichen Wirtschaftens*) doprowadza do pokrzywdzenia swoich wierzycieli, m.in. poprzez niszczenie czy obciążanie własnego majątku mimo posiadania świadomości (lub pozostawania w stanie zawinionej nieświadomości) grożącej niewypłacalności. Odpowiedzialność obejmuje również zaniedbanie obowiązku prowadzenia ksiąg rachunkowych i sporządzania sprawozdań finansowych w sposób uniemożliwiający określenie, że spółce grozi niewypłacalność. Naruszenie omawianego przepisu może być również podstawą dochodzenia kompensacji doznanej przez wierzycieli spółki szkody (na podstawie § 1311 ust. 2 ABGB, przewidującego odpowiedzialność odszkodowawczą za naruszenie norm ustawowych, mających na celu ochronę poszkodowanego – *Verletzung von Schutzgesetzen*)¹⁶⁶.

Omawiany delikt może popełnić dłużnik oraz osoba prowadząca sprawy osoby prawnej (*leitende Angestellte einer juristischen Person*)¹⁶⁷. W austriackiej doktrynie uznaje się, że zakres odpowiedzialności rozciąga się jednak na udziałowca kierującego *de facto* działaniem spółki¹⁶⁸. Podobny pogląd reprezentowany jest w orzecznictwie austriackiego Sądu Najwyższego¹⁶⁹.

¹⁶⁵ M. Gruber, F. Harrer (red.), *GmbHG Gesetz...*, s. 569, 1128; U. Torggler, *GmbH-Gesetz (GmbHG). Kurzkomentar*, Wiedeń 2014, s. 570.

¹⁶⁶ N. Aburumieh, H. Foglar-Deinhardstein, A. Hoffenscher-Summer (red.), *GmbHG: Gesetz über Gesellschaften mit beschränkter Haftung. Kurzkomentar*, Wiedeń 2017, s. 1203; M. Gruber, F. Harrer (red.), *GmbHG Gesetz...*, s. 1130. Por. F. Wünscher, *Die Durchgriffshaftung...*, s. 57. W prawie austriackim, w odniesieniu do reżimu odpowiedzialności deliktowej rozwinęła się koncepcja bezprawności względnej, wywodzącej się z teorii celu normy (*Normzwecktheorie, Schutznormtheorie*). Według jej założeń zakres następstw szkodowych zachowania sprawczego objętych obowiązkiem naprawienia szkody jest limitowany przez kryterium celu naruszonej normy. Zob. szerzej na ten temat: M. Kaliński, *Szkoda na mieniu i jej naprawienie*, Warszawa 2011, s. 111.

¹⁶⁷ Por. § 159 w zw. z § 161 öStGB.

¹⁶⁸ H.G. Koppensteiner, F. Ruffler (red.), *GmbH-Gesetz...*, komentarz do § 61 öGmbHG, nb 35; F. Wünscher, *Die Durchgriffshaftung...*, s. 3.

¹⁶⁹ Wyrok OGH z 14.07.1986 r., 1 Ob 571/86, JBI 1986, 713.

Możliwość pociągnięcia wspólnika do odpowiedzialności odszkodowawczej nie wymaga wyłączenia przywileju ograniczonej odpowiedzialności za zobowiązania spółki (*Haftungsprivileg*). Nie stanowi zatem typowego przypadku odpowiedzialności przebijającej (*Durchgriffshaftung*), lecz przykład odpowiedzialności deliktowej za czyn własny wspólnika. Z ekonomicznego punktu widzenia różnice między obiema konstrukcjami są jednak niewielkie: wierzyciele mogą domagać się zaspokojenia (a w zasadzie kompensaty) z majątku wspólnika, wskutek czego zakres ryzyka gospodarczego tego ostatniego, związanego z zaangażowaniem w spółce, wykracza poza możliwość utraty wniesionego wkładu.

W austriackiej doktrynie zauważa się również, że w niektórych przypadkach podstawę odpowiedzialności deliktowej wspólnika względem wierzycieli spółki mógłby stanowić § 1295 ust. 2 ABGB, przewidujący odpowiedzialność odszkodowawczą osoby, która umyślnie wyrządzi innemu szkodę, działając przy tym w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami. Ze względu jednak na trudności związane z wykazaniem, że działania wspólnika były ukierunkowane na pokrzywdzenie wierzycieli spółki, praktyczne zastosowanie tej konstrukcji jest mocno ograniczone¹⁷⁰.

3.5. Przebicie przez przypisanie w prawie austriackim (*Zurechnungsdurchgriff*)

Podobnie jak prawo niemieckie, prawo austriackie pozwala na posłużenie się metodą wykładni norm prawnych i postanowień umownych, polegającą na uznaniu, że odnoszą się one nie tylko do wspólnika, lecz również do spółki. Ta wykreowana przez orzecznictwo konstrukcja określana jest mianem przebicia przez przypisanie (*Zurechnungsdurchgriff*).

Jako przykłady relatywizacji prawnej odrębności spółki i wspólnika w drodze przebicia przez przypisanie w orzecznictwie austriackiego Sądu Najwyższego wskazuje się uwzględnienie stanu świadomości wspólnika przy dokonywaniu oceny, czy spółka działała w dobrej wierze (np. nabywając własność od nieuprawnionego) czy też obarczenie spółki konsekwencjami naruszenia umownego zakazu konkurencji

¹⁷⁰ F. Wünscher, *Die Durchgriffshaftung...*, s. 62 i tam powoływana literatura.

(*vertragliches Wettbewerbsverbot*), odnoszącego się do wspólnika kontrolującego spółkę (*der Hauptgesellschafter*). Ponadto, pominięcie prawnej odrębności spółki i wspólnika może nastąpić przez wzajemne przypisanie im posiadanych cech (*Zurechnung von Eigenschaften*). Z tego powodu błąd co do cech posiadanych przez wspólnika kontrolującego spółkę może stanowić podstawę do uchylenia się od skutków czynności prawnej dokonanej ze spółką.

Kolejnym podobieństwem do prawa niemieckiego jest fakt, że konstrukcja przebiccia przez przypisanie działa w dwóch kierunkach – pozwala na obciążenie spółki okolicznościami zachodzącymi po stronie wspólnika, a także na przypisanie wspólnikowi cech, wiedzy i zachowań spółki¹⁷¹.

3.6. Konkluzje

Podobnie jak w Niemczech, konstrukcja odpowiedzialności przebijającej nie ma wyraźnej podstawy ustawowej w austriackim prawie spółek¹⁷². Omawiana koncepcja została wypracowana w niemieckiej doktrynie i ze względu na jej użyteczność oraz podobieństwo austriackiego i niemieckiego prawa spółek przeniknęła do austriackiego orzecznictwa¹⁷³.

Mimo wspomnianych podobieństw, austriackie sądy odnoszą się do konstrukcji odpowiedzialności przebijającej z większą rezerwą niż sądy niemieckie. W orzecznictwie austriackiego Sądu Najwyższego wyrażono wprawdzie generalną aprobatę dla dochodzenia od wspólnika odpowiedzialności za zobowiązania spółki w przypadku jej materializowanego niedokapitalizowania, nadużycia formy osoby prawnej oraz pomieszania sfer działania spółki i wspólników¹⁷⁴. Nie wykształcono jednak klarownych kryteriów, od których spełnienia uzależnione jest zajście każdej ze wspomnianych sytuacji. Brakuje również konkretnych przykładów posłużenia się tą koncepcją przy

¹⁷¹ Wyrok OGH z 12.04.2001 r., 8 ObA 98/00 w, SZ 74/65.

¹⁷² M. Krenn, *Die Problematik...*, s. 38.

¹⁷³ F. Wünscher, *Die Durchgriffshaftung...*, s. 3.

¹⁷⁴ Zob. wyrok OGH z 12.04.2001 r., 8 ObA 98/00 w, SZ 74/65, w którym za istotę odpowiedzialności przebijającej uznano pominięcie zasady rozdzielności działań i majątku spółki i jej wspólników.

rozstrzygnięciu rozpatrywanych przez austriackie sądy spraw. Z tego powodu praktyczna użyteczność konstrukcji odpowiedzialności przebijającej w prawie austriackim wydaje się być niewielka¹⁷⁵.

Jednocześnie, w orzecznictwie austriackim dopuszcza się dochodzenie odpowiedzialności odszkodowawczej od wspólnika sprawującego faktyczną kontrolę nad działalnością spółki ze szkodą dla niej samej i jej wierzycieli. Przypadki takie uznaje się za przykłady zastosowania koncepcji odpowiedzialności przebijającej (*Durchgriffshaftung*). Zabieg ten nie wydaje się w pełni poprawny. Nie jest to bowiem przykład przebicia zasłony korporacyjnej poprzez przypisanie wspólnikowi odpowiedzialności za zobowiązania spółki lecz odpowiedzialności wspólnika za czyn własny.

¹⁷⁵ F. Wünscher, *Die Durchgriffshaftung...*, s. 15–19.

Rozdział 4. Odpowiedzialność przebijająca w prawie szwajcarskim

4.1. Wprowadzenie

Również w przypadku prawa szwajcarskiego punktem wyjścia do rozważań nad możliwością pociągnięcia wspólników do odpowiedzialności za zobowiązania spółki jest akceptacja tezy o pełnej rozdzielności działań oraz majątku spółki i jej wspólników (*Trennung zwischen dem Rechtsträger und seinen Mitgliedern*)¹⁷⁶. Jednocześnie jednak w szwajcarskim piśmiennictwie zauważa się, że posługiwanie się formą osoby prawnej może być w niektórych przypadkach nadużywane, co uzasadnia poszukiwanie mechanizmów służących ochronie wierzycieli spółki¹⁷⁷.

W dalszej części rozważań w skróty sposób przedstawiona zostanie tematyka odpowiedzialności wspólników względem wierzycieli spółek kapitałowych w systemie prawa szwajcarskiego. Szczególny nacisk położony zostanie na odpowiedzialność w strukturach koncernowych (*Konzernhaftung*), bo to w ich przypadku szczególnie silne jest ryzyko pokrzywdzenia wierzycieli poprzez wykorzystanie konstrukcji osobowości prawnej¹⁷⁸.

4.2. Odpowiedzialność w koncernach szwajcarskich

4.2.1. Pojęcie koncernu

W szwajcarskiej doktrynie jako koncern postrzega się przynajmniej dwie spółki, które pozostają pod wspólnym kierownictwem i tworzą jedność z gospodarczego punktu widzenia¹⁷⁹. Inaczej niż w przypadku prawa niemieckiego, szwajcarski ustawodawca jedynie w ogólnym zarysie reguluje funkcjonowanie grup kapitałowych. Jednocześnie,

¹⁷⁶ A. Binder, T. Geiser, V. Roberto, *Einführung ins Privatrecht. Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Obligationenrecht Besonderer Teil, Gesellschaftsrecht*, St. Gallen 2008, s. 15.

¹⁷⁷ A. Binder, T. Geiser, V. Roberto, *Einführung...*, s. 15.

¹⁷⁸ P. Fortmoser, *Haftung im Konzern*, [w:] Ch. M. Baer (red.), *Vom Gesellschafts- zum Konzernrecht*, Bern 2000, s. 131.

¹⁷⁹ P. Fortmoser, *Haftung...*, s. 93.

zagadnienie odpowiedzialności spółki dominującej za zobowiązania spółek zależnych, działających w strukturach holdingowych budzi żywotne zainteresowanie przedstawicieli doktryny¹⁸⁰.

W prawie szwajcarskim dominuje postrzeganie poszczególnych spółek wchodzących w skład grupy jako niezależnych od siebie podmiotów, nietworzących wspólnie oddzielnego organizmu¹⁸¹. Przykładowo, w orzeczeniu z 13.01.2012 r., szwajcarski Trybunał Federalny (niem.: *Bundesgericht*; franc.: *Tribunal fédéral*) stwierdził, że w prawie szwajcarskim nie istnieje odrębne prawo koncernowe. Szwajcarski system prawny traktuje każdą ze spółek wchodzących w skład koncernu jak niezależny podmiot. Jego zarządcy powinni kierować się interesami kierowanej przez siebie spółki, a nie celami grupy kapitałowej czy też wiodącego wspólnika¹⁸².

Jednocześnie, szwajcarskie orzecznictwo dostrzega jednak, że bezwyjątkowe stosowanie powyższej zasady mogłoby prowadzić do pokrzywdzenia wierzycieli spółek zależnych. Możliwe byłoby przykładowo skoncentrowanie całego ryzyka gospodarczego na jednej ze spółek wchodzących w skład holdingu, stanowiącego z biznesowego punktu widzenia jedną całość i uniemożliwienie w ten sposób zaspokojenia wierzycieli¹⁸³. Z tego powodu w wyjątkowych przypadkach możliwe jest sięgnięcie po konstrukcję odpowiedzialności przebijającej (*Durchgriffshaftung*) i umożliwienie dochodzenia roszczeń przez wierzycieli spółki bezpośrednio od jej wspólników¹⁸⁴. (*Konzernvertrauen*).

¹⁸⁰ P.V. Kunz, *Konzernhaftungen in der Schweiz*, „Der Gesellschafter” 2012/5, s. 284.

¹⁸¹ Zob. P.V. Kunz, *Konzernhaftungen...*, s. 284.

¹⁸² Wyrok BGE z 13.01.2012 r., BGE 138 II 61: „Das schweizerische Recht kennt – mit Ausnahme einzelner Bestimmungen – kein eigentliches Konzernrecht und behandelt jede Gesellschaft als ein rechtlich selbständiges Gebilde mit eigenen Organen, welche die Geschäfte im Interesse der besagten Gesellschaft und nicht in demjenigen des Konzerns, anderer Gesellschaften oder des sie beherrschenden Anteilsinhabers zu tätigen haben”.

¹⁸³ P. Fortmoser, *Haftung...*, s. 131.

¹⁸⁴ Zob. P.V. Kunz, *Konzernhaftungen...*, s. 290 i tam powoływana literatura.

4.2.2. Odpowiedzialność przebijająca (*Durchgriffshaftung*)

Dogmatycznej podstawy do pominięcia prawnej odrębności spółki i jej wspólników szwajcarska doktryna doszukuje się w zakazie nadużywania prawa (*Missbrauch eines Rechtes*) oraz w nakazie działania w dobrej wierze (*Treu und Glauben*), znajdujących wyraz w przepisie art. 2 ZGB. Zachowanie sprzeczne z dyspozycją przepisu art. 2 ZGB pozwala na pominięcie zasady prawnej odrębności spółki i jej wspólników (*Trennungsprinzip*) i pociągnięcie wspólników do odpowiedzialności za zobowiązania spółki¹⁸⁵.

Posłużenie się konstrukcją odpowiedzialności przebijającej jest możliwe w przypadku spełnienia dwóch warunków.

Po pierwsze, pomiędzy spółką a wspólnikiem, któremu przypisywana jest odpowiedzialność za jej zobowiązania musi zachodzić stosunek podporządkowania (*Abhängigkeitsverhältnis*). W praktyce pozwala to na pociągnięcia do odpowiedzialności za zobowiązania spółki jedynie akcjonariusza dominującego, posiadającego znaczny pakiet akcji i wywierającego istotny wpływ na działania spółki¹⁸⁶.

Po drugie, do posłużenia się konstrukcją odpowiedzialności przebijającej wymagane jest zważenie interesów przemawiających za zastosowaniem reguł ogólnych, zakładających prawną odrębność spółki i jej wspólników oraz przemawiających za sięgnięciem po konstrukcję zakazu nadużywania prawa i przypisaniem wspólnikom odpowiedzialności za zobowiązania spółki¹⁸⁷.

Do pominięcia prawnej odrębności spółki i jej wspólnika najczęściej dochodzi w przypadku spółek jednoosobowych, w których zachodzi zmieszanie się sfery działania oraz majątku spółki i wspólnika (co przypomina rozwiniętą w prawie niemieckim koncepcję pomieszania sfer – *Sphärenvermischung*)¹⁸⁸. Ponadto, pociągnięcie spółki

¹⁸⁵ S. Abegglen, *Wissenzurechnung bei der juristischen Personen und im Konzern bei Banken und Versicherungen*, Bern 2004, s. 248.

¹⁸⁶ S. Abegglen, *Wissenzurechnung...*, s. 248.

¹⁸⁷ S. Abegglen, *Wissenzurechnung...*, s. 248.

¹⁸⁸ P. Fortmoser, *Haftung...*, s. 15.

dominującej do odpowiedzialności za zobowiązania spółki zależnej jest możliwe w przypadkach, w których stworzony zostaje tzw. pozór osobistego zobowiązania wspólnika (*Anscheins einer persönlichen Verpflichtung*), przez co rozumieć należy wprowadzenie kontrahenta w błąd co do tożsamości podmiotu, z którym zawierana jest umowa. Jak stwierdził szwajcarski Trybunał Federalny w orzeczeniu z 26.09.2011 r., wspomniany pozór może wynikać z posługiwania się identyczną albo bardzo zbliżoną firmą, zarejestrowania spółki zależnej pod tym samym adresem co spółka dominująca, tożsamości piastunów organów obu spółek czy też reprezentacji obu spółek przy zawieraniu umowy przez tych samych pracowników¹⁸⁹.

Poza wyjątkową możliwością posłużenia się konstrukcją odpowiedzialności przebijającej (*Durchgriffshaftung*), prawo szwajcarskie pozwala na przypisanie spółce pewnych cech i stanu wiedzy zachodzących po stronie wspólnika (i *vice versa* – przypisanie wspólnikowi cech i stanu wiedzy spółki)¹⁹⁰. Przykładowo, w orzeczeniu z 30.10.2014 r. szwajcarski Trybunał Federalny uznał za dopuszczalne przypisanie wiedzy, którą miała spółka oferująca prywatne ubezpieczenie zdrowotne, należącej do tej samej grupy kapitałowej spółce oferującej ubezpieczenie na życie (posiadanie tej wiedzy miało istotne znaczenie dla dokonania oceny, czy w sposób prawidłowy wykonano zobowiązania wynikające z umowy ubezpieczeniowej)¹⁹¹. Obie spółki były reprezentowane przez tego samego agenta ubezpieczeniowego i miały tę samą siedzibę.

Podsumowując, konstrukcja odpowiedzialności przebijającej ma w prawie szwajcarskim charakter wyjątkowy. Jest wytworem orzecznictwa, które w oparciu o obowiązujący w prawie szwajcarskim nakaz działania w dobrej wierze oraz zakaz nadużywania prawa dokonuje w wyjątkowych przypadkach relatywizacji prawnej odrębności spółki oraz jej wspólników.

¹⁸⁹ Wyrok BGE z 26.09.2011 r., BGE 137 III 553.

¹⁹⁰ S. Abegglen, *Wissenzurechnung...*, s. 249.

¹⁹¹ Wyrok BGE z 30.10.2014 r., BGE 4A 294/2014.

4.2.3. Odpowiedzialność faktycznych zarządców (*materielle Organshaft*)

Od posiadającej wyjątkowy charakter odpowiedzialności przebijającej (*Durchgriffshaftung*) odróżnić należy możliwość uznania spółki dominującej za tzw. faktycznego zarządcę spółki zależnej.

Zgodnie z przepisem art. 754 OR członkowie zarządu i rady dyrektorów spółki oraz wszystkie osoby, które zarządzają spółką lub prowadzą jej likwidację, odpowiadają względem spółki, jak również względem jej wspólników oraz wierzycieli, za szkody wyrządzone wskutek umyślnego albo niedbałego naruszenia spoczywających na nich obowiązków. Odpowiedzialność za szkodę wyrządzoną przy sprawowaniu zarządu rozciąga się zatem nie tylko na osoby w sposób formalny wybrane w skład organów spółki, ale również na wszystkie podmioty w sposób faktyczny prowadzące sprawy spółki (*faktische Organe*).

Wspomniany przepis może zostać zastosowany w celu pociągnięcia spółki dominującej do odpowiedzialności za szkody wyrządzone spółce zależnej oraz jej wierzycielom. W wyroku *UBS* z 8.02.2010 r. szwajcarski Trybunał Federalny rozstrzygnął długo uznawany za kontrowersyjny w doktrynie¹⁹² problem możliwości uznania spółki dominującej w strukturze holdingowej za faktyczny organ spółki zależnej. We wspomnianym orzeczeniu uznano, że w przypadku rzeczywistego i długotrwałego kierowania przez spółkę-matkę działaniami spółki-córki możliwe jest uznanie jej za faktyczny organ zdominowanego podmiotu i pociągnięcie do odpowiedzialności odszkodowawczej. Sytuacja taka zachodzi w szczególności w przypadku swoistej unii personalnej między oboma podmiotami, a więc wówczas gdy te same osoby są piastunami organów w spółce dominującej i w spółce zależnej. Jednocześnie, szwajcarski Trybunał Federalny zastrzegł, że możliwość uznania spółki dominującej za faktyczny organ spółki zależnej ma charakter wyjątkowy. Samo oddziaływanie na funkcjonariuszy kontrolowanego podmiotu poprzez wykonywanie uprawnień przysługujących spółce dominującej jako wspólnikowi spółki zależnej nie stanowi

¹⁹² P.V. Kunz, *Konzernhaftungen...*, s. 290.

jeszcze podstawy do pociągnięcia jej do odpowiedzialności na zasadach, które znajdują zastosowanie do funkcjonariuszy spółki¹⁹³.

Możliwość uznania spółki dominującej za faktycznego zarządcę spółki zależnej oraz w konsekwencji przyznanie wierzycielom kontrolowanej spółki możliwości dochodzenia odpowiedzialności odszkodowawczej bezpośrednio od wspólnika wykazuje wiele cech wspólnych z odpowiedzialnością przebijającą, jednak nie jest jej przykładem. Spółka dominująca ponosi bowiem względem wierzycieli kontrolowanej przez siebie spółki odpowiedzialność za czyn własny, polegający na nieprawidłowym sprawowaniu faktycznego zarządu nad spółką zależną. Nie odpowiada jednak za zobowiązania spółki zależnej.

Tym samym szwajcarska konstrukcja odpowiedzialności faktycznych zarządców wykazuje podobieństwa do aktualnej linii orzeczniczej sądów niemieckich, której wyrazem są orzeczenia *Trihotel* oraz *Gamma*. Jej cechą jest dążenie do zastąpienia koncepcji odpowiedzialności przebijającej przez reżim deliktowy, przewidujący odpowiedzialność wspólników za czyn własny.

4.2.4. Szczególna odpowiedzialność za naruszenie zaufania koncernowego (Konzernvertrauen)

Szczególnym rozwiązaniem wykształconym w szwajcarskim orzecznictwie jest uznanie możliwości dochodzenia odpowiedzialności odszkodowawczej za naruszenie zaufania koncernowego (*Konzernvertrauen*). W doktrynie podkreśla się, że wymyka się ona typowemu podziałowi na odpowiedzialność deliktową i kontraktową¹⁹⁴.

¹⁹³ Wyrok BGE z 8.02.2010 r., BGE 4A 306/2009: „Im Konzern kann eine übergeordnete Gesellschaft (Muttergesellschaft) namentlich dadurch als faktisches Organ der Untergesellschaft bzw. Tochtergesellschaft nach Art. 754 OR verantwortlich werden, dass sie sich als herrschende Gesellschaft in die Verwaltung und Geschäftsführung der Tochtergesellschaft einmischet. Eine blosse Einflussnahme von Organen einer Muttergesellschaft auf diejenigen der Tochter vermag allerdings regelmässig keine Organverantwortung gegenüber der Tochtergesellschaft zu begründen”.

¹⁹⁴ P. V. Kunz, *Konzernhaftungen...*, s. 291 i tam powoływana literatura.

Koncepcja odpowiedzialności za naruszenie zaufania koncernowego została po raz pierwszy wykształcona przez szwajcarski Trybunał Federalny w szeroko komentowanym wyroku w sprawie *Swissair*¹⁹⁵. W stanie faktycznym, który leżał u podstaw wydania wspomnianego orzeczenia, spółka zależna od czołowego szwajcarskiego przewoźnika lotniczego w prowadzonych przez siebie kampaniach reklamowych oraz w korespondencji handlowej odwoływała się do swoich związków z grupą Swissair, co miało służyć zwiększeniu jej wiarygodności jako partnera handlowego. Spółka dominująca wiedziała o wspomnianej strategii stosowanej przez kontrolowany przez siebie podmiot i nie odcinała się od niej. Następnie spółka zależna stała się niewypłacalna, co skłoniło jej wierzycieli do wystąpienia z ich roszczeniami bezpośrednio przeciwko spółce dominującej.

Przy rozpoznaniu sprawy szwajcarski Trybunał Federalny stwierdził że wzbudzenie zaufania kontrahenta co do określonego sposobu działania spółki dominującej uzasadnia pociągnięcie jej do odpowiedzialności względem wierzycieli spółki zależnej, nawet mimo braku podstawy deliktowej albo kontraktowej. Zdaniem szwajcarskiego Trybunału Federalnego sytuacja ta przypomina pod pewnymi względami odpowiedzialność z tytułu winy w kontraktowaniu – zawinienie podmiotu dominującego polega na akceptacji wzbudzenia przez spółkę zależną u kontrahenta zaufania, że wykonanie zobowiązań umownych przez spółkę zależną gwarantuje cieszący się znaczną renomą podmiot dominujący¹⁹⁶.

W uzasadnieniu omawianego orzeczenia stwierdzono, że wzbudzone przez spółkę dominującą u kontrahenta spółki zależnej zaufanie do wiarygodności koncernu jako całości zasługuje na ochronę prawną w sposób zbliżony do zaufania do oświadczeń kontrahenta. W tych okolicznościach między spółką dominującą a kontrahentem spółki zależnej powstaje stosunek prawny zbliżony do tego istniejącego między uczestnikami

¹⁹⁵ Wyrok BGE z 15.11.1994 r., BGE 120 II 331.

¹⁹⁶ Wyrok BGE z 15.11.1994 r., BGE 120 II 331: „*Erwecktes Vertrauen in das Konzernverhalten der Muttergesellschaft kann jedoch unter Umständen auch bei Fehlen einer vertraglichen oder deliktischen Haftungsgrundlage haftungsbegründend sein. Das ergibt sich aus einer Verallgemeinerung der Grundsätze über die Haftung aus culpa in contrahendo*”.

negocjacji (*eine dem Vertragsverhandlungsverhältnis vergleichbare rechtliche Sonderverbindung*).

Jednocześnie podkreślono, że odpowiedzialność spółki dominującej ma charakter wyjątkowy. W żadnym przypadku nie byłoby zasadne stwierdzenie, że spółka holdingowa gwarantuje sukces i wypłacalność spółek zależnych. Dochodzenie roszczeń od spółki-matki możliwe jest jedynie wówczas, gdy jej zachowanie wzbudziło godne ochrony prawnej zaufanie u kontrahenta spółki zależnej, co doprowadziło do wykreowania szczególnego stosunku prawnego między nią a kontrahentem spółki zależnej (*Sonderverbindung*). Jako przykład takiej sytuacji szwajcarski Trybunał Federalny wskazał sprawianie wrażenia, że spółka zależna jest częścią stabilnej finansowo grupy, przy jej jednoczesnym materialnym niedokapitalizowaniu.

Orzeczenie w sprawie *Swissair* wywołało ożywioną dyskusję w szwajcarskiej doktrynie¹⁹⁷. Wspomnianemu wyrokowi szwajcarskiego Trybunału Federalnego zarzucano w szczególności oparcie odpowiedzialności spółki dominującej na niejasnych kryteriach oraz brak podstaw normatywnych do wykreowania bezpośredniego stosunku prawnego między spółką-matką a kontrahentem spółki-córki¹⁹⁸. Ze względu na tę niejednorodność poglądów, nie powiodła się podjęta w 2001 r. próba ustawowego uregulowania kwestii odpowiedzialności za naruszenie zaufania koncernowego – zagadnienie to w dalszym ciągu pozostaje wytworem judykatury.

Stanowisko zaprezentowane w orzeczeniu *Swissair* zostało potwierdzone w późniejszym o dwa lata wyroku w sprawie *Omni Holding*, w którym stwierdzono, że szczególny stosunek prawny zachodzący między kontrahentem spółki zależnej a spółką dominującą może zostać wykreowany przez sam podmiot kontrolowany¹⁹⁹. Nie jest do tego konieczne aktywne działanie spółki dominującej.

¹⁹⁷ P. Fortmoser, *Haftung...*, s. 93.

¹⁹⁸ P. V. Kunz, *Konzernhaftungen...*, s. 291 i tam powoływana literatura.

¹⁹⁹ Wyrok BGE z 6.11.1996 r., 123 III 220. „*Dass unter besonderen Umständen auch eine Tochtergesellschaft einen Vertrauenstatbestand bezüglich ihrer Muttergesellschaft schaffen kann, ist nicht von vornherein auszuschliessen*”.

W kolejnych judykatach szwajcarskiego Trybunału Federalnego, nie odrzucając co do zasady możliwości dochodzenia od spółki dominującej odpowiedzialności za naruszenie tzw. zaufania koncernowego, zwracano uwagę na wyjątkowy charakter tego mechanizmu. W orzeczeniu w sprawie *Motor Columbus* podkreślono, że kontrahenci spółek kapitałowych mają zwykle świadomość zasad rządzących odpowiedzialnością za ich zobowiązania oraz są w stanie ocenić ich wiarygodności i sytuację finansową. Niedopuszczalne jest przenoszenie całego ryzyka związanego z zawieraniem transakcji z tego typu podmiotami na spółkę dominującą. Odpowiedzialność spółki holdingowej jest uzasadniona tylko wówczas, gdy u kontrahenta spółki zależnej wzbudzone zostało oczekiwanie, że podmiot ten zagwarantuje wykonanie zobowiązań przez kontrolowaną przez siebie spółkę zależną²⁰⁰.

Restrykcyjne stanowisko co do możliwości posłużenia się konstrukcją odpowiedzialności za naruszenie zaufania koncernowego zostało również wyrażone w orzeczeniu w sprawie *UBS*, w którego uzasadnieniu podkreślono, że to na kontrahencie spółki zależnej spoczywa obowiązek weryfikacji jej wiarygodności finansowej. W szczególności podmioty profesjonalne powinny skorzystać z mechanizmów prawa zobowiązań, minimalizujących ryzyko związane z potencjalną niewypłacalnością spółki zależnej.

4.3. Konkluzje

Prawo szwajcarskie nie wykształciło ustawowych mechanizmów pozwalających na obciążenie wspólników odpowiedzialnością za zobowiązania kontrolowanych przez nich spółek. Lukę tę usiłuje wypełnić orzecznictwo, w którym wykreowane zostały trzy podstawowe mechanizmy.

Po pierwsze, w przypadku nadużycia formy osoby prawnej w wyjątkowych przypadkach dopuszczalne jest przebicie zasłony korporacyjnej i pociągnięcie spółki dominującej do odpowiedzialności za zobowiązania spółki zależnej. Stosowana w wyjątkowych przypadkach i z dużą ostrożnością konstrukcja odpowiedzialności przebijającej

²⁰⁰ Wyrok BGE z 16.04.1998 r., 124 III 297.

(*Durchgriffshaftung*) wykazuje silne podobieństwa do mechanizmów rozwiniętych w prawie niemieckim.

Po drugie, możliwe jest posłużenie się typowymi mechanizmami szwajcarskiego prawa spółek, takimi jak odpowiedzialność faktycznych zarządców spółki względem jej wierzycieli. Odpowiedzialność ta jest odpowiedzialnością za czyn własny, co zbliża ją do zyskującego na popularności w prawie niemieckim i prawie austriackim modelu polegającym na dopuszczeniu możliwości dochodzenia roszczeń w reżimie *ex delicto* od współników spółek kapitałowych.

Jako odpowiedzialność za czyn własny postrzegać należy również trzeci ze spotykanych w szwajcarskim orzecznictwie modeli, a więc odpowiedzialność spółki dominującej za naruszenie zaufania koncernowego. Konstrukcja ta pozwala na wykreowanie stosunku prawnego między spółką dominującą a kontrahentem spółki zależnej, z którego wynika obowiązek zachowania podstawowych zasad lojalności i uczciwości. Ich naruszenie może uzasadniać odpowiedzialność odszkodowawczą podmiotu kontrolującego względem wierzycieli spółki zależnej.

Rozdział 5. Wnioski dla ustawodawcy polskiego

Dotychczasowe rozważania prawnoporównawcze wskazują na spadające znaczenie klasycznego modelu odpowiedzialności przebijającej (rozumianej jako przyznanie wierzycielom spółki możliwości dochodzenia zaspokojenia ich roszczeń bezpośrednio od jej wspólników). W prawie niemieckim, szwajcarskim i austriackim dostrzegalne jest dążenie sądownictwa do zastępowania tej koncepcji przez mechanizmy zakładające odpowiedzialność wspólników (w tym w szczególności spółek dominujących w strukturach holdingowych) za czyn własny. Odpowiedzialność ta może opierać się na zasadach ogólnych (jak w aktualnym orzecznictwie niemieckiego Federalnego Trybunału Sprawiedliwości, które zostało zapoczątkowane orzeczeniami w sprawach *Trihotel* oraz *Gamma*) lub też nałożeniu na spółkę dominującą pewnych szczególnych obowiązków, związanych z posiadaniem przez nią statusem oraz wywieraniem wpływu na spółkę zależną (jak w orzecznictwie szwajcarskiego Trybunału Federalnego zainicjowanym wyrokiem w sprawie *Swissair*²⁰¹).

Podobną tendencję zaobserwować można w prawie angielskim. Tamtejsze sądy z coraz większą rezerwą odnoszą się do konstrukcji przebicia zastony korporacyjnej (*piercing of the corporate veil*). Jednocześnie, nowe tendencje w prawie deliktowym pozwalają w niektórych przypadkach na dochodzenie odpowiedzialności od spółki dominującej podmiotom, które poniosły szkodę w wyniku działania w pełni kontrolowanej przez nią spółki zależnej²⁰².

Wydaje się, że takie podejście byłoby prawidłowe również w prawie polskim. Należy odrzucić formułowane w doktrynie postulaty ustawowego wprowadzenia do Kodeksu spółek handlowych mechanizmów umożliwiających dochodzenie odpowiedzialności

²⁰¹ Wyrok BGE z 15.11.1994 r., BGE 120 II 331.

²⁰² Por. wyrok Queen's Bench Division z 5.12.1998 r. w sprawie Connelly przeciwko RTZ Corp Plc (No. 3), [1999] C.L.C. 533; wyrok Court of Appeal z 25.04.2012 r. w sprawie Chandler przeciwko Cape Plc, [2012] EWCA Civ 525. Zob. szerzej na ten temat: P. Mazur, *Odpowiedzialność wspólników za zobowiązania spółki kapitałowej w angielskim prawie spółek – przebicie zastony korporacyjnej oraz aktualne tendencje*, „Studia Prawnicze. Rozprawy i Materiały” 2016/1(18), s. 101 i n.

odszkodowawczej bezpośrednio od wspólników spółek kapitałowych²⁰³. Odpowiedzialność przebijająca godzi bowiem w samą istotę osobowości prawnej, jaką jest nieprzenikanie sfery majątku oraz działanie spółki i wspólnika²⁰⁴. Brak jest przekonujących argumentów uzasadniających wprowadzenie tej koncepcji do prawa polskiego.

Akceptowalnym *de lege lata* rozwiązaniem byłoby dochodzenie odpowiedzialności odszkodowawczej na zasadach ogólnych od spółki dominującej przez wierzycieli spółki zależnej. Zgodzić się należy z wyrażonym w wyroku Sądu Najwyższego z 24.11.2009 r. (V CSK 169/09) stanowiskiem, że nie ma „podstaw do wyłączenia bezpośredniej, osobistej odpowiedzialności wspólnika spółki z ograniczoną odpowiedzialnością za szkody wyrządzone osobom trzecim. Jest to jednak zawsze osobista odpowiedzialność wspólnika spółki kapitałowej za własne zawinione zachowania wyrządzające szkodę osobom trzecim a nie odpowiedzialność wspólnika za zobowiązania tych spółek”²⁰⁵.

Konkluzje Sądu Najwyższego doprowadziły przedstawicieli doktryny do wniosku, że wspólnik może ponosić odpowiedzialność względem wierzycieli spółki w dwóch przypadkach. Po pierwsze, jego odpowiedzialność może wynikać z własnych działań, związanych z posiadaniem statusu wspólnika w kontrolowanej przez siebie spółce. Po drugie, odpowiedzialność wspólnika aktualizuje się również wówczas, gdy ze szkody wyrządzonej wskutek działania spółki świadomie skorzystał albo też, gdy nakłaniał spółkę do popełnienia czynu niedozwolonego lub był w tym pomocny (art. 422 k.c.)²⁰⁶.

Praktyczne znaczenie odpowiedzialności wspólników w pierwszej ze wspomnianych grup przypadków nie wydaje się duże. W szczególności brak jest możliwości uznania,

²⁰³ Zob. np. M. Rodzynekiewicz, *W kwestii...*, s. 12–20 i proponowane tam brzmienie przepisów Kodeksu spółek handlowych, które przewidywałyby dochodzenie odpowiedzialności do wspólników spółek kapitałowych.

²⁰⁴ H. Hansmann, R. Kraakman, R. Squire, *Law...*, s. 1336; A. Szajkowski, M. Tarska, [w:] S. Sołtyński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja, *Kodeks spółek handlowych*, t. 2, *Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością. Komentarz do artykułów 151–300*, Warszawa 2014, komentarz do art. 151 k.s.h., nt. 60–61.

²⁰⁵ Wyrok Sądu Najwyższego z 24.11.2009 r., V CSK 169/09, Legalis nr 304119.

²⁰⁶ R.L. Kwaśnicki, P. Letolc (red.), *Prawo spółek handlowych. Orzecznictwo 2009–2010*, Warszawa 2011, s. 256.

że doprowadzenie do tzw. materialnego niedokapitalizowania spółki (*materielle Unterkapitalisierung*) stanowi czyn niedozwolony wspólnika. Jak słusznie wskazuje M. Litwińska-Werner, „brak jest jakiegokolwiek regulacji, która dotyczyłaby relacji pomiędzy wielkością kapitałów własnych spółki a prowadzoną przez nią działalnością”²⁰⁷. Z tego powodu niewyposażenie spółki w adekwatne środki finansowe trudno uznać za bezprawne działanie wspólnika, które mogłoby prowadzić do jego odpowiedzialności odszkodowawczej względem wierzycieli spółki. Podobnie, w przypadku zachowania zgodnego z dyspozycją przepisów o ochronie majątku spółki i nienaruszalności kapitału zakładowego (por. np. art. 189 § 2 k.s.h.), trudno uznać za bezprawne działania wspólnika prowadzące do tzw. unicestwienia spółki np. przez pozbawianie jej szans gospodarczych lub wyprowadzanie z niej składników majątkowych potrzebnych do prowadzenia działalności (*Existenzvernichtung*).

W odmienny sposób należy traktować sytuacje, w których dochodzi do wyrządzenia szkody przez spółkę, której działania są w całości kierowane przez wspólnika (zwłaszcza spółkę dominującą), odnoszącego korzyści finansowe z wyrządzającego szkodę działania kierowanej przez siebie spółki. Zagadnienie to można zilustrować stanem faktycznym, który leżał u podstaw wydania głośnego orzeczenia w angielskiej sprawie Chandler przeciwko Cape Plc²⁰⁸. W rozpoznawanej przez *Court of Appeal* sprawie osoby, które doznały uszczerbku na zdrowiu wskutek działania fabryki szkodliwego azbestu prowadzonej przez spółkę zależną, dochodziły odpowiedzialności od spółki dominującej. Zysk wypracowany przez spółkę zależną był przekazywany wspólnikowi. Obie spółki realizowały wspólną strategię, a podmiot dominujący miał pełną wiedzę o działalności należącej do niego spółki i wszystkich zagrożeniach z niej wynikających. Wydaje się, że oceniając tę sprawę z perspektywy prawa polskiego, dopuszczalne byłoby dochodzenie odpowiedzialności od wspólnika za świadome skorzystanie ze szkody wyrządzonej działaniem kontrolowanej przez niego spółki (art. 415 w zw. z art. 422 k.c.).

²⁰⁷ M. Litwińska-Werner, [w:] A. Szajkowski (red.), *System Prawa Prywatnego*, t. 16, *Prawo spółek osobowych*, Warszawa 2016, s. 668.

²⁰⁸ Wyrok *Court of Appeal* z 25.04.2012 r. w sprawie Chandler przeciwko Cape Plc, [2012] EWCA Civ 525.

Zastosowanie takiego podejścia pozwala na pożądane zróżnicowanie poziomu ochrony kontrahentów spółki zależnej oraz ofiar popełnionych przez nią deliktów. Ci ostatni są w większym stopniu obarczeni negatywnymi konsekwencjami zasady ograniczonej odpowiedzialności wspólników niż osoby posiadające wierzytelności z umów. Kontrahenci mogą wszak uwzględnić prawdopodobieństwo niewypłacalności kontrahenta oraz ewentualne konsekwencje ograniczonej odpowiedzialności jego udziałowców, podejmując decyzję o zawarciu umowy. Wierzyciele deliktowi są tej możliwości pozbawieni (różnicę między oboma grupami dobrze oddaje stosowany w doktrynie krajów *common law* podział na wierzycieli dobrowolnych i przymusowych²⁰⁹).

Powyższe rozważania prowadzą do wniosku, że prawo polskie przewiduje mechanizmy pozwalające w wyjątkowych przypadkach obciążyć wspólników odpowiedzialnością za szkody wyrządzone przez spółkę zależną. Rozwiązania przyjęte w prawie polskim nie odbiegają w znacznym stopniu od aktualnych tendencji w prawie niemieckim, austriackim i szwajcarskim, w których zauważyć można rosnącą nieufność do konstrukcji odpowiedzialności przebijającej (*Durchgriffshaftung*).

W tych okolicznościach ewentualne zmiany prawa polskiego powinny ograniczać się do nakładania obowiązków na spółkę dominującą, w związku z wykonywaniem jej uprawnień korporacyjnych, których naruszenie mogłoby stanowić czyn niedozwolony i prowadzić do umożliwienia wierzycielom spółki dochodzenia odpowiedzialności odszkodowawczej od jej wspólnika. Warunkiem jest, by mechanizmy te były nakierowane na ochronę wierzycieli kontrolowanej przez wspólnika spółki²¹⁰.

W tym kontekście należy rozpatrywać proponowane brzmienie przepisu art. 21¹ § 1 k.s.h., którego wprowadzenie przewidywał projekt nowelizacji Kodeksu spółek

²⁰⁹ Ang.: voluntary oraz involuntary creditors, por. S. Ben-Ishai, S. Lubben, *Involuntary Creditors and Corporate Bankruptcy*, „U.B.C. Law Review” 2012/45, s. 254.

²¹⁰ W doktrynie dominuje pogląd, że ustalenie bezprawności działania sprawcy deliktu nie ogranicza się do stwierdzenia, że zachowanie sprawcze naruszyło porządek prawny. Wymagane jest dodatkowo, aby naruszenie miało za przedmiot normę postępowania skierowaną na ochronę grupy jednostek, do której należy poszkodowany (szerzej na ten temat: M. Kaliński, *Szkoda...*, s. 111).

handlowych z 28.07.2009 r.²¹¹ Zgodnie z proponowanym brzmieniem wspomnianego przepisu „*spółka dominująca oraz spółka zależna, uczestnicząca w grupie spółek, kieruje się obok interesu spółki interesem grupy spółek, z uwzględnieniem uzasadnionego interesu wierzycieli i wspólników mniejszościowych spółki zależnej*”.

Proponowana regulacja, obok użytecznego wprowadzenia do prawa handlowego pojęcia interesu grup spółek, nie zmienia jednak wiele w kontekście odpowiedzialności spółki dominującej względem wierzycieli spółki zależnej. Nie nakłada bowiem na wspólnika ogólnego obowiązku wykonywania uprawnień korporacyjnych „z uwzględnieniem uzasadnionego interesu wierzycieli”, którego naruszenie mogłoby zostać uznane za działanie bezprawne, umożliwiające dochodzenie odpowiedzialności odszkodowawczej.

W proponowanym brzmieniu, przepis art. 21¹ § 1 k.s.h. można by odnosić co najwyżej do przesłanki winy, a nie bezprawności. Jego wprowadzenie ułatwiałoby argumentację, że bezprawne działanie wspólnika (polegające np. na wypłaceniu ze spółki majątku potrzebnego do pełnego pokrycia kapitału zakładowego – art. 189 § 2 k.s.h.) było działaniem zawinionym, a tym samym umożliwiającym dochodzenie od naruszcyciela odpowiedzialności odszkodowawczej przez wierzycieli spółki zależnej.

Wprowadzanie ogólnego obowiązku wykonywania uprawnień korporacyjnych przez spółkę dominującą z uwzględnieniem interesów wierzycieli spółki zależnej, którego naruszenie umożliwiałoby dochodzenie od wspólnika odpowiedzialności w reżimie *ex delicto*, nie wydaje się jednak uzasadnione. Po pierwsze, rozwiązanie takie byłoby całkowicie sprzeczne z podstawowymi założeniami prawa spółek. Po drugie, dostępne *de lege lata* rozwiązania w dostateczny sposób pozwalają kontrahentom spółki zredukować ryzyko związane z ograniczeniem odpowiedzialności wspólników za jej zobowiązania (choćby przez przyznanie możliwości ustanowienia zabezpieczenia osobistego albo rzeczowego). Wierzyciele, których roszczenia wynikają z czynów

²¹¹ Projekt nowelizacji Kodeksu spółek handlowych z 28.07.2009 r., dostępny na stronie: https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:DocXGZQn_04J:https://bip.ms.gov.pl/Data/Files/_public/kkpc/projekty-na-stronie-ms/proj_ksh-28-07-2009-holding.docx+&cd=1&hl=en&ct=clnk&gl=pl (dostęp z dnia 4.11.2017 r.).

niedozwolonych, są natomiast w dostateczny sposób chronieni przez przepis art. 422 w zw. z art. 415 k.c.