

INSTYTUT WYMIARU SPRAWIEDLIWOŚCI

dr hab. Konrad Osajda

Jacek Zębala

***Odpowiedzialność członków zarządów spółek kapitałowych
w razie bezskuteczności egzekucji z majątku spółki.***

***W poszukiwaniu odpowiedników unormowania
z art. 299 k.s.h.***

Warszawa 2016

Spis treści

Wykaz skrótów	i
Wprowadzenie	1
Część pierwsza – prawo polskie	4
I. Uwagi ogólne.....	4
II. Dualizm prawny regulacji prawa polskiego.....	5
III. <i>Ratio legis</i> odpowiedzialności członków zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością za jej zobowiązania na wypadek niewypłacalności spółki	7
IV. Cechy odpowiedzialności z art. 299 k.s.h. i art. 21 p.u.	9
V. Zakres podmiotowy odpowiedzialności	10
VI. Zakres przedmiotowy odpowiedzialności	11
1. Przesłanki odpowiedzialności	13
2. Przesłanki egzoneracyjne	14
VII. Konkluzje	15
Część druga – prawo angielskie	17
I. Uwagi ogólne.....	17
II. Spółki prawa angielskiego	18
III. Private limited liability company.....	19
IV. Członek zarządu private limited liability company	20
V. Odpowiedzialność za zobowiązania <i>private limited liability company</i>	22
VI. Niewypłacalność w prawie angielskim i jej konsekwencje dla odpowiedzialności za zobowiązania <i>private limited liability company</i>	23
VII. Instytucje dotyczące odpowiedzialności członków zarządu <i>private limited liability company</i> w związku z niezrealizowaniem ciężących na niej zobowiązań .	25
1. Uznanie osobistego działania członka zarządu jako działania osoby fizycznej	25
2. Regulacja art. 15 Company Disqualification Act	26
3. Summary remedy	28
4. Phoenix syndrom	29
5. Fraudulent trading	32
6. Wrongful trading.....	35
VIII. Podsumowanie	41
Część trzecia – prawo niemieckie	43
I. Uwagi ogólne.....	43
1. Typy spółek handlowych w prawie niemieckim	43
2. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w prawie niemieckim – wzmianka	45
II. Odpowiedzialność wobec spółki a odpowiedzialność wobec osób trzecich (<i>Innen- versus Außenhaftung</i>)	51
III. Odpowiedzialność z tytułu zaniechania złożenia wniosku o wszczęcie postępowania upadłościowego (<i>Haftung wegen Insolvenzverschleppung</i>).....	52
1. Zagadnienia ogólne.....	52
2. Odpowiedzialność na skutek zaniechania złożenia wniosku o wszczęcie postępowania upadłościowego przed wejściem w życie MoMiG	53
3. Monizm regulacyjny – ujednoczenie regulacji z chwilą wejścia w życie MoMiG	55
4. Elementy istotne Insolvenzverschleppungshaftung.....	58
5. Zakres podmiotowy Insolvenzverschleppungshaftung	59

5.1. Członkowie zarządu i likwidatorzy (<i>Gesellschaftsführer und Abwicklern</i>)	59
5.2. Wspólnicy	63
6. Zakres przedmiotowy <i>Insolvenzverschleppungshaftung</i>	66
6.1. Przesłanki wszczęcia postępowania upadłościowego	66
6.2. Niewypłacalność	66
6.3. Zagrożenie niewypłacalnością (<i>drohende Zahlungsunfähigkeit</i>)	71
6.4. Nadmierne zadłużenie (<i>Überschuldung</i>)	73
6.5. Podsumowanie – znaczenie poszczególnych przesłanek	76
7. Odpowiedzialność odszkodowawcza	77
IV. <i>Insolvenzverursachungshaftung</i> – odpowiedzialność za wypłaty na rzecz wspólników	83
V. Podsumowanie	90
Część czwarta – inne porządki prawne	93
I. Prawo luksemburskie	93
II. Prawo cypryjskie	101
III. Prawo irlandzkie	108
Część piąta – kwestie kolizyjnoprawne i jurysdykcyjne	122
Podsumowanie	134

Wykaz skrótów

Akty prawne

BGB – Bürgerliches Gesetzbuch

CC – Code civil z 1804 r.

CCom. – Code de commerce z 1807 r.

HGB – Handelsgesetzbuch

k.s.h. – ustawa z 15.09.2000 r. – Kodeks spółek handlowych (tekst jedn. Dz.U. z 2016 r. poz. 1578 ze zm.)

p.p.m. – ustawa z 4.02.2011 r. – Prawo prywatne międzynarodowe (tekst jedn. Dz.U. z 2015 r. poz. 1792 ze zm.)

p.u. – ustawa z 28.02.2003 r. – Prawo upadłościowe (tekst jedn. Dz.U. z 2016 r. poz. 2171 ze zm.)

rozporządzenie 2015/848 – rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/848 z 20.05.2015 r. w sprawie postępowania upadłościowego (wersja przekształcona) (Dz. Urz. L 141 z 5.06.2015 r., s. 19–72)

rozporządzenie 1215/2012 – rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1215/2012 z 12.12.2012 r. w sprawie jurysdykcji i uznawania orzeczeń sądowych oraz ich wykonywania w sprawach cywilnych i handlowych (Dz.Urz. UE L 351 z 20.12.2012 r., s. 1–32)

Czasopisma

A.C. – Law Reports (Appeal Cases)

Bankr.Dev.J. – Bankruptcy Developments Journal

BCC – British Company Law Cases

BCLC – Butterworths Company Law Cases

Can. Bar. R. – The Canadian Bar Review

CLJ – Cambridge Law Journal

Co. Law. – „The Company Lawyer”

EBOR – European Business Organization Law Review

ECFR – European Company and Financial Law Review

IEHC – High Court of Ireland Decisions

I.L.R.M./ILRM – Irish Law Reports Monthly

IR – Irish Law Reports

Insolv. Int. – Insolvency Intelligence

JBL – The Journal of Business Law

JCLS – Journal of Corporate Law Studies

KPP – Kwartalnik Prawa Prywatnego
L.R. – Law Reports
MLR – Modern Law Review
NJW – Neue Juristische Wochenschrift
OJLS – Oxford Journal of Legal Studies
OSNC – Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna
PiP – Państwo i Prawo
PPH – Przegląd Prawa Handlowego
PPHZ – Problemy Prawne Handlu Zagranicznego
Pr. Sp. – Prawo Spółek
SPP – Studia Prawa Prywatnego
T.L.R. – Times Law Reports
WLR – Weekly Law Reports
ZHR – Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZIP – Zeitschrift für Wirtschaftsrecht

Wprowadzenie

Tradycyjnie często w polskiej literaturze przedmiotu można spotkać tezę, że instytucja prawna uregulowana w art. 299 k.s.h. (odpowiedzialność ponoszona przez członków zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością za jej zobowiązania przy spełnieniu przesłanek wskazanych w tym przepisie) stanowi nietypową regulację, właściwą tylko dla prawa polskiego i nieznaną w żadnym innym systemie prawnym. Oczywiście, gdyby wziąć pod uwagę wszystkie przesłanki uregulowanej tam odpowiedzialności, to rzeczywiście jej dokładnej kopii odnaleźć nie można w żadnym z systemów prawnych. Podobnie byłoby jednak niemal z każdą instytucją prawną – zupełnie wyjątkowo zdarza się, aby taka sama instytucja prawna była dokładnie w taki sam sposób uregulowana w różnych państwach (a z reguły nawet wówczas będzie ona inaczej funkcjonowała w praktyce). Wydaje się zatem, że aby obronić powołaną tezę, należałoby wykazać, że w żadnym co najmniej z wiodących systemów prawnych nie przewidziano analogicznej odpowiedzialności ponoszonej przez członków zarządu. Takie – funkcjonalne i właściwe – ujęcie zagadnienia pozwala na jednoznaczne stwierdzenie, że powoływana teza jest nieprawdziwa. Otwiera to pole do poszukiwań i rozważań, w jaki sposób ukształtowano ten sam rodzaj odpowiedzialności, który w prawie polskim normuje art. 299 k.s.h., w innych systemach prawnych. Jest to pierwsze zadanie stawiane przed prezentowanym opracowaniem.

W opracowaniu broniona będzie teza¹, że wbrew dominującemu pogładowi w polskiej doktrynie uregulowanie art. 299 k.s.h. nie jest wyłącznie dorobkiem prawa polskiego, lecz instytucje przewidujące odpowiedzialność osobistą członków zarządu spółek kapitałowych za zobowiązania tych spółek na wypadek ich niewypłacalności występują też w innych systemach prawnych². Wydaje się, że wynika to z dostrzeganej powszechnie potrzeby ochrony wierzycieli spółek kapitałowych³.

¹ Inaczej zbliżoną tezę ujmuje T. Targosz, stwierdzając, że praktycznie wszystkie rozwinięte systemy prawne zawierają normę nakładającą obowiązek, przy spełnieniu określonych warunków, zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości spółki – zob. T. Targosz, *Sytuacja wierzycieli spółek zagranicznych w Polsce*, [w:] *Europejskie prawo spółek*, t. IV, *Spółki zagraniczne w Polsce*, red. M. Cejmer, J. Napierała, T. Sójka, Warszawa 2008, s. 144.

² Zob. zwłaszcza wyniki badania przeprowadzonego na zlecenie Komisji Europejskiej, które ujawniło, że we wszystkich objętych badaniem krajach UE są instrumenty prawne skutkujące wzmocnieniem

W celu udowodnienia tej tezy zostaną poddane badaniu wybrane europejskie porządki prawne. Zakres badania obejmuje prawo angielskie, niemieckie, luksemburskie, irlandzkie i cypryjskie⁴. Wybór tych systemów prawnych dokonany został na podstawie dwóch kryteriów. Prawo angielskie i prawo niemieckie reprezentują dwa najistotniejsze europejskie porządki prawne w zakresie prawa spółek, które fundamentalnie się różnią, co wynika z ich przynależności do różnych systemów prawnych: prawo angielskie to system *common law*, natomiast prawo niemieckie należy do rodziny systemów *civil law*. Natomiast pozostałe uwzględnione w badaniu systemy prawne są szczególnie istotne z perspektywy prawa spółek: bardzo popularne w praktyce jest tworzenie spółek w Luksemburgu czy na Cyprze, a stopniowo także w Irlandii (to ostatnie dotyczy zwłaszcza obywateli polskich ze względu na istotną liczbowo emigrację z Polski do Zjednoczonego Królestwa oraz Irlandii). Różnica między ujętymi w badaniu systemami prawnymi znajduje swój wyraz w objętości i szczegółowości badań dotyczących poszczególnych systemów prawnych. Warunkuje to dostępność dotyczących ich źródeł. O ile w zakresie prawa angielskiego i niemieckiego takich źródeł jest wiele, stąd i stosunkowo obszernie można przedstawić obowiązujące tam unormowania, o tyle dostępność źródeł co do pozostałych systemów prawnych jest bardzo ograniczona, a do tego również analizowana w badaniu kwestia nie jest często obecna w praktyce, co wpływa na skromne ich ujęcie w przedstawianym opracowaniu. Różnica co do dokładności badań jest także widoczna między prawem niemieckim i prawem angielskim: o ile w obu systemach prawnych można zidentyfikować odpowiedniki instytucji uregulowanej w art. 299 k.s.h., o tyle w praktyce w Anglii stosowane są niezmiernie rzadko: mają zatem znaczenie głównie teoretyczne. Częściej, choć wciąż znacznie

ochrony wierzycieli spółek kapitałowych na wypadek ich niewypłacalności przez stworzenie podstaw prawnych dla pociągnięcia do odpowiedzialności członków zarządów tych spółek – *Study on Directors' Duties and Liability Prepared for the European Commission DG Market*, red. C. Gerner-Beuerle, P. Paech, E.P. Schuster, London 2013, s. 210; tekst dostępny online: http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/board/2013-study-reports_en.pdf (dostęp: 25.11.2016 r.).

³ Za trafne można uznać spostrzeżenie, że koncepcja ograniczonej odpowiedzialności właściwa dla spółek kapitałowych oznacza w praktyce przeniesienie ryzyka związanego z prowadzoną przez spółkę działalnością gospodarczą ze wspólników na wierzycieli spółki, zob. B.R. Cheffins, *Company Law: Theory, Structure and Operation*, Oxford 1997, s. 497.

⁴ Zob. rezultaty powołanego wyżej szerszego badania co do uwzględnionych porządków prawnych: *Study on Directors' Duties...*, red. C. Gerner-Beuerle, P. Paech, E.P. Schuster.

rzadziej niż w Polsce ma zastosowanie art. 299 k.s.h., stosowane są te instytucje w prawie niemieckim, stąd poświęcono im najbardziej obszerną analizę.

Drugim zagadnieniem objętym badaniem jest ocena przypadków, gdy członkami organów (zarządu) spółek zakładanych według prawa obcego (objętego badaniem) są obywatele polscy. Interesujące jest wówczas, jakie prawo znajduje zastosowanie co do kwestii uregulowanej w art. 299 k.s.h.: czy mogą oni zostać pozwani przez wierzycieli takiej niewypłacalnej spółki tylko na podstawie prawa jej inkorporacji (prawa państwa, w którym została założona), czy może jednak na podstawie art. 299 k.s.h.

Jeżeli chodzi o zastosowaną przy badaniu metodologię, to sprowadza się ona do wykorzystania trzech istotnych prawniczych metod badawczych: dogmatycznej (co do analizy unormowań w tych systemach prawnych, w których są przepisy mogące zostać uznane za odpowiedniki art. 299 k.s.h.), *case law* (istotna zwłaszcza w odniesieniu do systemów prawa precedensowego) oraz prawnoporównawcza – kluczowa dla opracowania mającego z założenia właśnie prawnoporównawczy charakter.

Rozważania prowadzone są w następującym porządku. Najpierw zostaną scharakteryzowane krótko poszczególne uwzględnione w badaniu systemy prawa spółek, a więc w takiej kolejności: prawo angielskie, niemieckie, luksemburskie, cypryjskie i irlandzkie. W obrębie każdego systemu zostanie podjęta próba identyfikacji, którą ze znanych mu spółek należy uznać za odpowiadającą polskiej spółce z o.o., a następnie, czy i w jaki sposób uregulowano instytucję analogiczną do przewidzianej w prawie polskim w art. 299 k.s.h. Następnie zostanie rozważone, czy w przypadku gdy polski obywatel lub osoba mająca stałe miejsce pobytu (miejsce zamieszkania) w Polsce zostanie członkiem zarządu spółki prawa angielskiego, niemieckiego, luksemburskiego, cypryjskiego czy irlandzkiego, może mieć do niej zastosowanie art. 299 k.s.h. czy też wyłącznie jego odpowiednik z obcego systemu prawnego. Aby jednak rozważania prawnoporównawcze dotyczące obcych systemów prawnych były efektywne, niezbędne jest ich poprzedzenie krótką charakterystyką stanu prawa polskiego – a więc przedstawieniem kluczowych elementów instytucji uregulowanej w art. 299 k.s.h.

Część pierwsza – prawo polskie

I. Uwagi ogólne

Punktem wyjścia dla badań mających na celu identyfikację odpowiedników znanej prawu polskiemu regulacji odpowiedzialności członków zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością za jej zobowiązania i ich analizy musi być krótkie przedstawienie stanu prawa polskiego. Przy stosowaniu metody prawno-porównawczej nie budzi bowiem wątpliwości, że poszukiwanie odpowiedników instytucji znanych w jednym systemie prawnym w innych powinno mieć charakter funkcjonalny, a nie językowy. Nie ma zatem znaczenia, jakim nazewnictwem posługują się badane systemy prawne, lecz jest istotne, aby porównywane instytucje realizowały te same zadania i funkcje. Niejednokrotnie bowiem systemy prawne różnią się istotnie co do terminologii, a także miejsca regulacji poszczególnych instytucji prawnych, lecz muszą pozwalać na rozwiązywanie takich samych problemów występujących w praktyce. Stąd przy odnalezieniu odpowiednika konkretnej instytucji prawnej kluczowa jest rekonstrukcja jej funkcji (*ratio legis*) oraz zakresu zastosowania (podmiotowego i przedmiotowego), co pozwoli na ustalenie, w jaki sposób rozwiązywane są w innych systemach prawnych problemy, które ta instytucja rozwiązuje w prawie krajowym. Stąd właśnie w badaniach analizę prawa obcego musi poprzedzić krótkie przedstawienie badanego zagadnienia w prawie polskim – punktu odniesienia dla tych badań.

Problematyka odpowiedzialności członków zarządu za zobowiązania spółki z o.o. na wypadek jej niewypłacalności cieszy się w Polsce wyjątkowym zainteresowaniem doktryny⁵. Jest to pokłosiem dużej aktywności w tym zakresie judykatury: wydano bardzo dużo orzeczeń, w tym aż kilkaset orzeczeń Sądu Najwyższego⁶, w których

⁵ Powstało już kilka monografii na ten temat, zob. zwłaszcza: K. Osajda, *Odpowiedzialność cywilna członków zarządu za zobowiązania spółki z o.o.*, Warszawa 2008; D. Dulęba, *Odpowiedzialność członków zarządu spółki z o.o. na podstawie art. 299 k.s.h.*, Toruń 2008; A. Kappes, *Odpowiedzialność członków zarządu za zobowiązania spółki z o.o.*, Warszawa 2009; K. Osajda, *Niewypłacalność spółki z o.o.*, Warszawa 2014.

⁶ Nie budzi wątpliwości, że art. 299 k.s.h. to jeden z przepisów zdecydowanie najczęściej wykładanych i stosowanych w orzecznictwie Sądu Najwyższego, mimo że praktyczne znaczenie tego przepisu i jego poprzednika o niemal identycznym brzmieniu – art. 298 k.h. – jest stosunkowo niedługie, bo

podstawą rozstrzygnięcia był art. 299 k.s.h.⁷ Nie ma zatem potrzeby w tym miejscu powtarzania niejednokrotnie bardzo szczegółowych i wnikliwych rozważań i ustaleń doktryny – zostaną one wyłącznie zrekapitulowane z uwzględnieniem kluczowych cech analizowanej instytucji prawnej.

II. Dualizm prawny regulacji prawa polskiego

Rozważania poświęcone prezentacji stanowiska prawa polskiego należy rozpocząć od dostrzeżenia, co zresztą w świetle badań prawnoporównawczych nie okaże się zaskakujące, że prawo polskie nie zawiera jednorodnego unormowania badanej instytucji prawnej. W istocie można odnaleźć dwie konkurencyjne podstawy pozwalające na skierowanie do członków zarządu spółki z o.o. przez wierzyciela tej spółki roszczenia o zapłatę na wypadek, gdy spółka okaże się niewypłacalna.

Pierwsza z takich podstaw, o zdecydowanie kluczowym znaczeniu w praktyce, to art. 299 k.s.h. Znajduje się on w prawie spółek od dawna, ponieważ w zasadzie powtarza brzmienie swojego poprzednika – art. 298 k.h. Mimo niedawnych zmian treści tego przepisu⁸ nie miały one w zasadzie wpływu na kształt uregulowanej w nim instytucji prawnej.

Druga podstawa została zawarta w prawie upadłościowym – w art. 21 ust. 3 p.u. i również jest wzorowana na występującym wcześniej w prawie upadłościowym uregulowaniu (art. 5 ust. 3 rozporządzenia Prezydenta RP z 24.10.1934 r.⁹).

sięga 1989 r. (w poprzednim systemie gospodarczym spółki prawa handlowego miały znikomy udział w obrocie prawnym, zwłaszcza krajowym).

⁷ Najważniejsze z nich omówiono w opracowaniach: K. Osajda, *Odpowiedzialność członków zarządu za zobowiązania spółki z o.o. na tle najnowszego orzecznictwa Sądu Najwyższego*, „Glosa” 2005, nr 4; K. Osajda, *Odpowiedzialność członków zarządu spółki z o.o. za zobowiązania spółki w najnowszym orzecznictwie Sądu Najwyższego*, „Glosa” 2007, nr 4; K. Osajda, *Charakter prawny odpowiedzialności członków zarządu spółki z o.o. za jej zobowiązania i jego konsekwencje w najnowszym orzecznictwie Sądu Najwyższego*, „Glosa” 2009, nr 1; K. Osajda, *Artykuł 299 Kodeksu spółek handlowych w orzecznictwie Sądu Najwyższego w 2009 r. i 2010 r.*, „Glosa” 2011, nr 2; K. Osajda, *Odpowiedzialność członków zarządu spółek z o.o. za ich zobowiązania w orzecznictwie Sądu Najwyższego z 2011 r.*, „Glosa” 2012, nr 3; K. Osajda, *Odpowiedzialność członków zarządu spółek z o.o. za ich zobowiązania w orzecznictwie Sądu Najwyższego z 2011 i 2012 r.*, „Glosa” 2012, nr 4.

⁸ Zob. ustawa z 15.05.2015 r. – Prawo restrukturyzacyjne (tekst jedn. Dz.U. z 2016 r. poz. 1574 ze zm.).

⁹ Dz.U. Nr 93, poz. 834.

Choć brzmienie art. 299 k.s.h. i art. 21 ust. 3 p.u. jest odmienne, to bliższa analiza norm prawnych zawartych w tych przepisach, z uwzględnieniem tego, jak rozumiane są one w orzecznictwie, prowadzi do wniosku, że mają one wiele cech wspólnych. Przede wszystkim obie regulują odpowiedzialność odszkodowawczą członków zarządu¹⁰. Ponadto możliwe jest jej dochodzenie wyłącznie w razie niewypłacalności spółki. Ma charakter subsydiarny i wierzyciele spółki mogą poszukiwać zaspokojenia z majątku członków zarządu spółki, o ile zaspokojenie ich roszczeń z majątku spółki jest niemożliwe. Przyczyną odpowiedzialności ponoszonej przez członków zarządu jest naruszenie przez nich prawa – niezgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości spółki z o.o. mimo wystąpienia przewidzianych prawem przesłanek. Zakres ponoszonej odpowiedzialności nie musi *ad casum* odpowiadać wysokości niezaspokojonych zobowiązań spółki: może być zarówno mniejszy, jak i większy (uwzględnia się np. koszty poniesione przez wierzycieli na dochodzenie roszczenia od spółki).

Mimo wielu podobieństw między wskazanymi normami prawnymi są również między nimi różnice. Przede wszystkim co do zakresu ich zastosowania. Artykuł 299 k.s.h. dotyczy wyłącznie członków zarządu spółek z o.o., natomiast art. 21 ust. 3 p.u. dotyczy wszystkich spółek kapitałowych. Ponadto zupełnie inaczej został rozłożony w obu przypadkach ciężar dowodu. W odniesieniu do art. 21 ust. 3 p.u. w sposób właściwy dla typowych przypadków odpowiedzialności deliktowej: występujący z roszczeniem wierzyciel spółki musi udowodnić doznaną przez siebie szkodę, naruszenie prawa przez pozwanego członka zarządu spółki (przez niezłożenie w ustawowo przewidzianym czasie wniosku o ogłoszenie jej upadłości), a także związek przyczynowy między tym zaniechaniem a doznaną szkodą. Natomiast w odniesieniu do art. 299 k.s.h. rozkład ciężaru dowodu istotnie odwrócono: wierzyciel musi bowiem wykazać wyłącznie istnienie swoich niezaspokojonych wierzytelności wobec spółki, ich wysokość, a także bezskuteczność egzekucji z majątku spółki. Oprócz tych kluczowych różnic jest jeszcze wiele odmierności o mniejszym znaczeniu, np. stosując art. 21 ust. 3 p.u., w sposób bardziej sztywny uregulowano termin na zgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości spółki (z art. 21

¹⁰ W odniesieniu do charakteru prawnego odpowiedzialności z art. 299 k.s.h. istniał w doktrynie, a także w judykaturze istotny spór, który, przynajmniej dla potrzeb praktyki, wyjaśniła uchwała 7 sędziów SN z 7.11.2008 r., III CZP 72/08, OSNC 2009, nr 2, poz. 20.

ust. 1 p.u. wynika, że jest to 30 dni), natomiast przy dochodzeniu roszczenia z art. 299 k.s.h. termin ten ujęto bardziej elastycznie – ustawodawca posłużył się formułą: „właściwego czasu” na zgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości spółki. Jednak kluczowa różnica między wskazanymi normami prawnymi ma wymiar praktyczny i jest rezultatem pozostałych różnic. O ile art. 299 k.s.h. to bardzo skuteczny i efektywny instrument ochrony wierzycieli spółek z o.o., który stosunkowo często i z sukcesem stosowany jest w praktyce, o tyle możliwość dochodzenia roszczenia z art. 21 ust. 3 p.u. jest głównie teoretyczna. Być może przyczyną niestosowania art. 21 ust. 3 p.u. jest obecność w systemie prawa art. 299 k.s.h., lecz wydaje się, że o sukcesie normy z art. 299 k.s.h. świadczy przede wszystkim jej treść, a zwłaszcza przewidziany tam rozkład ciężaru dowodu. Gdyby bowiem trudność dochodzenia roszczeń na obu tych podstawach była podobna, to można się spodziewać, że stosowane byłyby z niemal równą częstotliwością w praktyce.

Podsumowując, prawo polskie zna instytucje odpowiedzialności ponoszonej przez członków zarządu spółek kapitałowych na wypadek ich niewypłacalności. Ma ona dwie niezależne i autonomiczne podstawy prawne w art. 299 k.s.h. i art. 21 ust. 3 p.u., podobne do siebie, lecz z istotnymi różnicami. Poszukiwanie odpowiedników tej instytucji prawnej w obcych systemach prawnych musi zatem uwzględniać zarówno unormowania analogiczne do art. 299 k.s.h., jak i art. 21 ust. 3 p.u.

III. *Ratio legis* odpowiedzialności członków zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością za jej zobowiązania na wypadek niewypłacalności spółki¹¹

Dla badań prawno-porównawczych niezmiernie istotne jest zawsze ustalenie funkcji konkretnej instytucji prawnej, a zatem określenie, w jakim celu jest ona elementem systemu prawnego, rozwiązaniu jakich problemów ma służyć. To stanowi podstawę do poszukiwań analogicznych instrumentów w obcych systemach prawnych.

Ponieważ obecne unormowanie odpowiedzialności członków zarządu za zobowiązania spółki kapitałowej na wypadek jej niewypłacalności ma swoje źródło w pierwszych aktach prawnych dotyczących tej materii uchwalonych po odzyskaniu

¹¹ Zob. w tej kwestii: K. Osajda, *Niewypłacalność...*, s. 86–88, 112–116, 152–157.

przez Polskę niepodległości po I wojnie światowej, należy wskazać, po co wówczas instytucję tę do prawa polskiego wprowadzono.

Na tle art. 298 k.h. wskazywano potrzebę zwiększenia ochrony wierzycieli spółek. Dostrzegano, że w praktyce dochodziło do tzw. likwidacji faktycznych spółek, polegających na „porzucaniu” spółek bez przeprowadzenia postępowania likwidacyjnego i bez zaspokojenia ich wierzycieli. O ile obecnie rzeczona faktyczna likwidacja spółek nie jest już w Polsce problemem, o tyle względy ochrony wierzycieli spółek pozostają aktualne. Ówczasie podnoszono jeszcze konieczność zwiększenia wiarygodności w obrocie spółek z o.o.¹² Obecnie spółka z o.o. to najpopularniejsza postać spółek – istnieje ich zdecydowanie więcej niż innych spółek, a zatem ich wiarygodność nie budzi już wątpliwości i z tej perspektywy obecność analizowanej instytucji w systemie prawa nie ma znaczenia.

Natomiast praktyka stosowania badanej instytucji prawnej pozwala na wyróżnienie bogatego katalogu rzeczywiście pełnionych przez nią funkcji, bardzo ważnych, choć podrzędnych względem kluczowej, jaką pozostaje ochrona interesu wierzycieli spółki. Można wymienić następujące funkcje¹³:

- kompensacyjną (pozwala wierzycielom spółek choć w pewnym zakresie zaspokoić wierzytelności wobec spółki, których zaspokojenie z jej majątku okazało się niemożliwe);
- prewencji ogólnej (ochrona wszystkich uczestników obrotu przed pozostawaniem w obrocie podmiotów niewypłacalnych, których niewypłacalność łatwo mogłaby pociągnąć za sobą niewypłacalność ich kontrahentów);
- prewencji szczególnej (ryzyko poniesienia odpowiedzialności osobistej za zobowiązania spółki z o.o. ma wpływać na większą staranność i rzetelność w wykonywaniu obowiązków przez członków jej zarządu).

¹² Zauważyć trzeba, że wtedy spółki te były wciąż nowymi instytucjami prawnymi, jeśli zważyć, że po raz pierwszy uregulowano je w prawie niemieckim w 1892 r., a w prawie polskim właśnie dopiero po zakończeniu I wojny światowej.

¹³ W przedstawionym katalogu najważniejszych funkcji instytucji odpowiedzialności członków zarządu za zobowiązania spółki na wypadek jej niewypłacalności nie wskazano sankcji, ponieważ, choć *de facto* poniesienie tej odpowiedzialności z perspektywy członka zarządu może być postrzegane jako kara, to jednak nie takie jest *ratio* tej instytucji – nie została ona wprowadzona do prawa polskiego, aby „ukarać” członków zarządu nieprawidłowo wykonujących swoje zadania.

IV. Cechy odpowiedzialności z art. 299 k.s.h. i art. 21 p.u.¹⁴

Uregulowania odpowiedzialności członków zarządu za zobowiązania spółki kapitałowej w art. 299 k.s.h. i art. 21 ust. 3 p.u. są podobne, a zatem niektóre cechy mają wspólne.

Po pierwsze, jest to odpowiedzialność odszkodowawcza. O ile na tle art. 21 ust. 3 p.u. nie budziło to nigdy wątpliwości, o tyle w ten sposób ostatecznie dla potrzeb praktyki przesądziła sporny w doktrynie i judykaturze charakter odpowiedzialności z art. 299 k.s.h. uchwała 7 sędziów SN z 7.11.2008 r. (III CZP 72/08)¹⁵.

Po drugie, jest to odpowiedzialność indywidualna, ponoszona przez każdego członka zarządu, o ile właśnie w postępowaniu przeciwko niemu zostanie wykazane spełnienie przesłanek odpowiedzialności. Jeśli zatem zarząd jest wieloosobowy, to może się zdarzyć, że odpowiedzialność poniosą tylko niektórzy spośród członków zarządu.

Po trzecie, jest to odpowiedzialność osobista. Każdy członek zarządu odpowiada własnym majątkiem osobistym aktualnym i przyszłym.

Po czwarte, norma wynikająca z art. 299 k.s.h. wyraźnie przesądza, że jeśli zarząd jest wieloosobowy, to członkowie zarządu odpowiadają solidarnie za zobowiązania¹⁶. Również odpowiedzialność na tle art. 21 ust. 3 p.u. ma charakter solidarny, co z kolei stanowi art. 441 § 3 k.c. W art. 21 ust. 3 p.u. uregulowano bowiem odpowiedzialność za czyn niedozwolony, a gdy kilka osób ponosi odpowiedzialność za szkodę wyrządzoną czynem niedozwolonym, to ich odpowiedzialność jest solidarna.

Po piąte, odpowiedzialność członków zarządu jest samodzielna (nieakcesoryjna). Ponieważ odpowiadają oni za szkodę wyrządzoną wierzycielom spółki, nie mają dla nich znaczenia losy samych zobowiązań spółki, gdy już ich odpowiedzialność odszkodowawcza powstanie. W rezultacie nawet gdyby doszło do wykreślenia spółki

¹⁴ Zob. szerzej w tej kwestii: K. Osajda, *Niewypłacalność...*, s. 118–137, 159–161.

¹⁵ OSNC 2009, nr 2, poz. 20.

¹⁶ Oczywiście nie wyklucza to możliwości podnoszenia przez każdego z nich indywidualnych zarzutów oraz wykazywania, że właśnie względem tego konkretnego członka zarządu wystąpiła przesłanka egzoneracyjna, co sprawi, że zostanie wyłączona jego odpowiedzialność za zobowiązania spółki i odpowiadać będą tylko pozostali członkowie zarządu solidarnie ze sobą.

z rejestru, co ze względu na utratę podmiotowości prawnej przez nią dłużnika spowoduje automatycznie wygaśnięcie wszystkich jej długów (nie może istnieć dług bez dłużnika), odpowiedzialność członków jej zarządu nadal będzie aktualna.

V. Zakres podmiotowy odpowiedzialności¹⁷

Artykuły 299 k.s.h. i art. 21 ust. 3 p.u. regulują odpowiedzialność członków zarządu. Ich zakres zastosowania różni się jednak przede wszystkim tym, że art. 299 k.s.h. dotyczy wyłącznie członków zarządu spółek z o.o., podczas gdy art. 21 ust. 3 p.u. dotyczy wszystkich osób prawnych (w kontekście spółek kapitałowych najistotniejsze jest objęcie nim również członków zarządu spółek akcyjnych). Natomiast dalsze czynniki wyznaczające zakres podmiotowy odpowiedzialności w obu przypadkach wydają się co do zasady zbieżne.

Przede wszystkim wymaga podkreślenia, że odpowiedzialność obejmie wszystkie osoby będące członkami zarządu spółki w czasie właściwym (tak ujmuje to art. 299 k.s.h., podczas gdy art. 21 p.u. zawiera precyzyjną regulację) na zgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości spółki i później. W konsekwencji ustąpienie z pełnienia tej funkcji nie wyłącza odpowiedzialności. Podobnie nie wyłącza odpowiedzialności objęcie funkcji w zarządzie spółki już niewypłacalnej – taki nowy członek zarządu szybko powinien zorientować się co do stanu finansowego spółki i zgłosić rzeczony wniosek.

Wydaje się natomiast, że szczególny charakter badanych regulacji i brak specjalnej podstawy normatywnej prowadzą do tezy, że odpowiedzialność poniosą jedynie osoby prawidłowo powołane do pełnienia funkcji członków zarządu (członkowie zarządu *de iure*), a zatem nie będą odpowiadali ani członkowie zarządu *de facto*¹⁸, ani *shadow directors*¹⁹. Nie ma natomiast znaczenia to, czy konkretne osoby zostaną

¹⁷ Zob. szerzej w tej kwestii: K. Osajda, *Niewypłacalność...*, s. 227–321.

¹⁸ W praktyce może mieć to szczególnie duże znaczenie, jeśli okaże się, że uchwała powołująca członków zarządu do pełnienia takiej funkcji była nieważna – stwierdzenie jej nieważności we właściwym trybie będzie prowadziło do pozbawienia jej skuteczności *ex tunc*, a zatem osób tych nie sposób uznać za formalnie pełniących kiedykolwiek funkcje członków zarządu.

¹⁹ Tak też wyraźnie jeszcze w okresie międzywojennym orzeczenie SN z 27.11.1936 r., C I 273/36.

wpisane do rejestru sądowego w charakterze członków zarządu, bo uchwała o powołaniu do pełnienia tej funkcji ma charakter konstytutywny²⁰.

Nie będzie wyłączony z zakresu podmiotowego odpowiedzialności członek zarządu spółki będący jednocześnie jej współnikiem²¹ ani wierzycielem²².

Natomiast w orzecznictwie i doktrynie były wątpliwości co do tego, czy odpowiedzialność na podstawie art. 299 k.s.h. mogą ponieść likwidatorzy spółki z o.o. (ze względu na szerokie ujęcie zakresu podmiotowego odpowiedzialności z art. 21 ust. 3 p.u. na jego tle pozytywna odpowiedź na takie pytanie była jednoznaczna). Ostatecznie Sąd Najwyższy, uznając likwidatorów za *de facto* członków zarządu w okresie likwidacji spółki, przyjął zastosowanie do nich art. 299 k..h.²³, co następnie skodyfikował ustawodawca w art. 299¹ k.s.h.²⁴

VI. Zakres przedmiotowy odpowiedzialności²⁵

Odszkodowawczy charakter odpowiedzialności ponoszonej przez członków zarządu spółki z o.o. tak zarówno na podstawie art. 299 k.s.h., jak i art. 21 ust. 3 p.u. każe przyjąć, że od strony przedmiotowej odpowiedzialność ta obejmuje szkodę poniesioną przez wierzycieli spółki. W obu przypadkach *de facto* zakres odpowiedzialności jest podobny.

Z brzmienia art. 299 § 1 k.s.h. jednoznacznie wynika, że zakres ponoszonej przez członków zarządu spółki z o.o. odpowiedzialności przede wszystkim wyznacza

²⁰ Zob. zamiast wielu: wyrok SN z 18.01.2001 r., V CKN 186/00, LEX nr 52420.

²¹ Trafnie wskazuje się bowiem, że choć współnicy nie odpowiadają za zobowiązania spółki, to w tym przypadku wspólnik, godząc się na przyjęcie funkcji członka zarządu, godzi się też na ponoszenie odpowiedzialności za zobowiązania spółki jak członek zarządu, zob. uchwałę SN z 20.12.2001 r., III CZP 69/01, OSNC 2002, nr 10, poz. 118.

²² Wówczas członek zarządu ma roszczenie do pozostałych członków zarządu o dług spółki pomniejszony o część, za którą sam ponosi odpowiedzialność, gdyż w tym zakresie dochodzi do wygaśnięcia długu wskutek konfuzji, zob. uchwałę SN z 22.08.2007 r., III CZP 75/07, OSNC 2008, nr 9, poz. 101.

²³ Zob. uchwałę 7 sędziów SN z 28.01.2010 r., III CZP 91/09, OSNC 2010, nr 6, poz. 85.

²⁴ Wprowadzenie tego przepisu do k.s.h. nie wydaje się potrzebne, zważywszy, że orzecznictwo SN wyjaśniło uregulowaną w nim kwestię. Natomiast spowodowało to w istocie trudne do uzasadnienia zawężenie odpowiedzialności ponoszonej przez likwidatorów przez wyłączenie z niej likwidatorów ustanowionych przez sąd.

²⁵ Zob. szerzej w tej kwestii: K. Osajda, *Niewypłacalność...*, s. 175–226.

wysokość niezaspokojonych długów spółki. W orzecznictwie zasadnie jednak wskazano, że szkoda ponoszona przez jej wierzycieli w konkretnych przypadkach może być wyższa, co będzie wynikało z opóźnienia w spełnieniu świadczenia przez spółkę oraz z konieczności poniesienia kosztów na próbę uzyskania zaspokojenia z majątku spółki. Przyjęto zatem, że zakres tej odpowiedzialności powiększają m.in. odsetki narosłe od długu spółki²⁶ oraz koszty na uzyskanie tytułu egzekucyjnego przeciwko spółce i prowadzenia z jej majątku bezskutecznej egzekucji²⁷.

Więcej wątpliwości mogłoby budzić uwzględnienie wysokości niezaspokojonych zobowiązań spółki przy wyliczaniu wysokości szkody doznanej przez wierzyciela spółki w razie dochodzenia odpowiedzialności na podstawie art. 21 ust. 3 p.u. Brzmienie tego przepisu mogłoby sugerować, że chodzi w nim wyłącznie o szkodę pozostającą w adekwatnym związku przyczynowym z działaniem w postaci niezłożenia w ustawowo przewidzianym czasie wniosku o ogłoszenie upadłości spółki, a nie z czynem w postaci niespłacenia przez spółkę swoich długów. Jednakże ustawodawca niedawno²⁸ dodał do art. 21 p.u. istotny dla analizowanej teraz kwestii ust. 3a, zgodnie z którym w przypadku dochodzenia odszkodowania przez wierzyciela niewypłacalnego dłużnika domniemywa się, że szkoda, o której mowa w ust. 3, obejmuje wysokość niezaspokojonej wierzytelności tego wierzyciela wobec dłużnika.

Dodać jeszcze trzeba, że w przypadku ponoszenia odpowiedzialności według obu wskazywanych podstaw prawnych nie ma znaczenia źródło niezaspokojonych długów spółki, o ile co do konkretnej kategorii tych długów nie ma odrębnej regulacji prawnej, która działałaby jako *lex specialis* wobec art. 299 k.s.h. i art. 21 ust. 3 p.u. Stąd zakres przedmiotowy odpowiedzialności ponoszonej przez członków zarządu wyznaczają zarówno zobowiązania prywatnoprawne, jak i publicznoprawne spółki²⁹.

²⁶ Zob. zamiast wielu: wyrok SN z 16.10.1998 r., III CKN 650/97, OSNC 1999, nr 3, poz. 64.

²⁷ Zob. zamiast wielu: uchwałę SN z 7.12.2006 r., III CZP 118/06, OSNC 2007, nr 9, poz. 136.

²⁸ Zob. art. 428 pkt 15b ustawy z 15.05.2015 r. – Prawo restrukturyzacyjne (tekst jedn. Dz.U. z 2016 r. poz. 1574 ze zm.).

²⁹ Potwierdzeniem tej tezy jest wyrok SN z 26.01.2006 r. (II CK 384/05, Pr. Sp. 2007, nr 3, s. 58), w którym, jeszcze na gruncie dawnego prawa celnego, nieodsyłającego do odpowiedniego stosowania przepisów Ordynacji podatkowej, przyjęto odpowiedzialność członków zarządu z art. 299 k.s.h. za zobowiązania celne spółki z o.o. Choć stanowisko to straciło aktualność na skutek zmiany przepisów prawa celnego, w świetle których obecnie przy dochodzeniu należności celnych stosuje się

1. Przesłanki odpowiedzialności³⁰

Choć art. 299 k.s.h. przewiduje szczególny przypadek odpowiedzialności odszkodowawczej, to przewidziane w nim przesłanki odpowiedzialności nie są typowe. Wydaje się, że należy do nich zaliczyć przede wszystkim te, które udowodnić ma powód – wierzyciel spółki. Są to bezskuteczność egzekucji z majątku spółki oraz istnienie jego niezaspokojonych wierzytelności wobec spółki. Ta druga przesłanka oznacza w istocie konieczność udowodnienia doznanej szkody – niespłacone przez spółkę długi stanowią uszczerbek w majątku wierzyciela, a więc szkodę. Natomiast domniemanie została objęta nie tylko wina członków zarządu, która w ogóle nie jest przedmiotem dowodzenia³¹, lecz także adekwatny związek przyczynowy.

Natomiast na tle art. 21 ust. 3 p.u. przesłanki odpowiedzialności są typowe dla odpowiedzialności deliktowej. Przede wszystkim powód musi dowieść wystąpienia zdarzenia wywołującego szkodę – niezgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości spółki oraz jego bezprawności – naruszenia ustawowo przewidzianego terminu na dokonanie tego zgłoszenia. Co do winy, to ustawodawca odwrócił kierunek dowodzenia – wykazanie przez członków zarządu braku winy w niezgłoszeniu w ustawowym czasie wniosku o ogłoszenie upadłości zwolni ich z odpowiedzialności. Ustawodawca również ułatwił powodowi dowiedzenie wysokości doznanej szkody, wprowadzając w tym zakresie działające na jego korzyść domniemanie, z którego wynika, że to członek zarządu musi dowodzić, iż doznana przez wierzyciela szkoda jest inna (mniejsza) od wysokości niespłaconych długów spółki.

odpowiednio przepisy ordynacji podatkowej (zob. postanowienie SN z 8.02.2012 r., V CSK 118/11, LEX nr 1130309), to aktualność zachowała zasada objęcia zakresem przedmiotowym odpowiedzialności z art. 299 k.s.h. zobowiązań publicznoprawnych spółki.

³⁰ Zob. szerzej w tej kwestii: K. Osajda, *Niewypłacalność...*, s. 326–353, 398–406.

³¹ Można co do tego mieć wątpliwości, ponieważ przyjmując, że czynem, za jaki ponoszona jest odpowiedzialność na podstawie art. 299 k.s.h., jest niezgłoszenie w terminie wniosku o ogłoszenie upadłości spółki, należałoby uznać winę za przesłankę tej odpowiedzialności, tyle tylko że taką, co do której ustawodawca odwrócił rozkład ciężaru dowodu. To bowiem wykazanie przez członka zarządu spółki, że nie ponosił winy w niezgłoszeniu wniosku o ogłoszenie upadłości spółki, jest przesłanką egzoneracyjną zwalniającą go z odpowiedzialności z art. 299 k.s.h.

2. Przesłanki egzoneracyjne³²

Tak jak unormowanie przesłanek odpowiedzialności różni reżim prawny odpowiedzialności ponoszonej przez członków zarządu spółki z o.o. na wypadek jej niewypłacalności na podstawie art. 299 k.s.h. i art. 21 ust. 3 p.u., tak też odmiennie ukształtowane zostały przesłanki egzoneracyjne³³.

W przypadku odpowiedzialności z art. 299 k.s.h. w zasadzie jest jedna główna przesłanka egzoneracyjna – wykazanie przez członka zarządu, że zgłosił wniosek o ogłoszenie upadłości spółki we właściwym czasie³⁴. Dodatkowo ustawodawca wprowadził dwie pośrednie przesłanki egzoneracyjne – ich udowodnienie nie tyle wyłącza bezpośrednio odpowiedzialność członków zarządu spółki z o.o. wobec jej wierzycieli, ile sanuje nieskorzystanie z tej podstawowej przesłanki egzoneracyjnej, a więc odpowiedzialność wyłącza tylko pośrednio. Taką przesłanką jest udowodnienie przez członka zarządu spółki braku winy w niezgłoszeniu rzeczonoego wniosku lub braku szkody po stronie wierzyciela mimo niezgłoszenia takiego wniosku. W tym ostatnim przypadku chodzi oczywiście o szkodę w innym rozumieniu niż na potrzeby odpowiedzialności z art. 299 k.s.h. – to węższe znaczenie szkody odnosi się tylko do uszczerbku, jaki wierzyciel spółki poniósł z powodu niezgłoszenia w terminie wniosku o ogłoszenie upadłości spółki, a nie z powodu niezaspokojenia jego wierzytelności przez spółkę.

Natomiast w przypadku art. 21 ust. 3 p.u. trudno mówić o szczególnych przesłankach egzoneracyjnych. Co najwyżej trzeba zauważyć, że członek zarządu spółki zwolni się z odpowiedzialności, jeśli wykaże, że nie ponosi winy w niezgłoszeniu w ustawowo przewidzianym czasie wniosku o ogłoszenie upadłości spółki.

³² Zob. szerzej w tej kwestii: K. Osajda, *Niewypłacalność...*, s. 354–397, 407–412.

³³ Nie wydaje się to zaskakujące, jeśli się zważy, że konstrukcyjnie przesłanki egzoneracyjne to *de facto* przesłanki odpowiedzialności, co do których jedynie odwrócono ciężar dowodu – stąd nie trzeba ich udowadniać w każdym postępowaniu, lecz udowodnienie jednej z nich ma taki skutek, jakby nie została udowodniona przesłanka odpowiedzialności – nie dochodzi do poniesienia odpowiedzialności.

³⁴ Właśnie taka jej treść pozwala na postawienie tezy, że art. 299 k.s.h., tak jak art. 21 ust. 3 p.u., w istocie reguluje odpowiedzialność za niezgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości spółki, gdy spełnione są uzasadniające to okoliczności.

VII. Konkluzje

W świetle przedstawionych bardzo krótkich uwag dotyczących prawa polskiego udało się zidentyfikować podstawowy rys normatywny instytucji prawnej dotyczącej odpowiedzialności ponoszonej przez członków zarządu spółki z o.o. wobec wierzycieli spółki na wypadek jej niewypłacalności. Można wskazać następujące jego kluczowe elementy.

Po pierwsze, dualizm regulacji: instytucja znajduje się zarówno w prawie upadłościowym, jak i w prawie spółek (tu ma wyjątkowo zawężony zakres zastosowania, bo dotyczy wyłącznie spółek z o.o.).

Po drugie, ponoszenie odpowiedzialności ściśle związane jest z niezgłoszeniem we właściwym czasie wniosku o ogłoszenie upadłości spółki, gdy spełnione są ku temu przesłanki (na tle art. 21 p.u. to wprost przesłanka odpowiedzialności, natomiast w kontekście art. 299 k.s.h. to przesłanka egzoneracyjna zwalniająca od odpowiedzialności).

Po trzecie, jest to przypadek odpowiedzialności odszkodowawczej (wydaje się, że szczególna postać deliktu).

Po czwarte, wysokość roszczenia, jakiego można dochodzić od członków zarządu, w zasadzie zależy od wysokości niespłaconego długu spółki.

Po piąte, z roszczeniem przeciwko członkom zarządu można wystąpić niezależnie od tego, czy toczy się postępowanie upadłościowe spółki (jest to więc możliwe nawet wówczas, gdy postępowanie nie będzie się toczyło ze względu na brak majątku spółki na pokrycie jego kosztów).

Po szóste, jest to roszczenie o charakterze indywidualnym: może samodzielnie wystąpić z nim każdy wierzyciel spółki przeciwko jednemu, kilku lub wszystkim członkom zarządu spółki (ponoszą oni odpowiedzialność solidarną). Zasądzenie następuje bezpośrednio na rzecz powoda – wierzyciela, a nie do majątku spółki (odpowiedzialność członków zarządu ma zatem charakter bezpośredni, a nie pośredni).

Po siódme, obie normy prawne różnią się istotnie co do rozkładu ciężaru dowodu. W przypadku roszczenia wywodzonego z art. 21 ust. 3 p.u. jest on w zasadzie typowy dla roszczeń deliktowych, a jedynie w art. 21 ust. 3a p.u. wprowadzono domniemanie co do wysokości doznanej szkody. Natomiast w przypadku art. 299 k.s.h. jest jeszcze domniemanie niemal wszystkich pozostałych przesłanek odpowiedzialności: wierzyciel musi jedynie udowodnić istnienie niezaspokojonych roszczeń względem spółki i bezskuteczność ich egzekucji z jej majątku.

Po ósme, ochrona wierzycieli spółek z o.o., zwłaszcza tych mniejszych, istniejąca na podstawie art. 299 k.s.h. wydaje się dość skuteczna i efektywna, a także popularna – jest to bardzo często wykorzystywana w praktyce podstawa dochodzonych roszczeń, o czym świadczy duża liczba orzeczeń sądów wszystkich szczebli dotycząca tej materii.

Część druga – prawo angielskie

I. Uwagi ogólne

Analiza prawa angielskiego z perspektywy poszukiwania odpowiednika regulacji art. 299 k.s.h. i art. 21 p.u. została już w polskiej doktrynie przeprowadzona, należy zatem przede wszystkim odesłać do obszernych rozważań w tym zakresie³⁵. W tym rozdziale rozważania te zostaną jedynie zrekapitulowane, wskazane zostaną najważniejsze kwestie oraz zmiany w stanie prawnym (uregulowaniu instytucji *wrongful trading*) dokonane w 2015 r. (już po ogłoszeniu wspomnianej publikacji).

Mimo że prawo angielskie to system *common law*, prawo spółek ma przede wszystkim charakter prawa statutowego (ustawowego)³⁶. Angielskie prawo spółek zostało uregulowane w obszernym (liczy 1300 artykułów)³⁷ Companies Act z 2006 r.³⁸, który zastąpił Companies Act z 1985 r.³⁹ Za historycznie pierwszą regulację uważa się Joint Stock Companies Act z 1844 r.⁴⁰, wówczas jednak nie była jeszcze znana koncepcja ograniczonej odpowiedzialności i wspólnicy odpowiadali całym majątkiem za zobowiązania spółki⁴¹. Zasadę ograniczonej odpowiedzialności po raz pierwszy wprowadził Limited Liability Act z 1855 r.⁴² Natomiast pierwsze *corporations* (spółki mające osobowość prawną) powstały na przełomie XVI i XVII w. (np. Lewant Company, Hudson's Bay Company)⁴³. Współcześnie regulację prawa spółek uzupełnia, co istotne zwłaszcza w kontekście badanego zagadnienia, Insolvency Act

³⁵ Ta część opracowania wykorzystuje wyniki badań przeprowadzonych już wcześniej i została przygotowana na podstawie publikacji: K. Osajda, *Niewypłacalność...*, s. 524–559.

³⁶ W doktrynie podkreśla się, że współcześnie angielskie prawo spółek jest przede wszystkim prawem statutowym, a nie precedensowym, co nie jest typowe dla systemu *common law*, zob. S. Girvin, S. Frisby, A. Hudson, *Charlesworth's Company Law*, London 2010, s. 3.

³⁷ Podkreśla się, że jest to największy statut uchwalony kiedykolwiek przez angielski parlament, zob. B. Hannigan, *Company Law*, Oxford 2009, s. 32; *Palmer's Company Law Annotated Guide to the Companies Act 2006*, red. D.A. Bennett, P. Davies, S. Frisby, S. Girvin, A. Hudson, R. Morris, Geoffrey Morse, J. Payne, K. Walmsley, S. Worthington, London 2009, s. 53.

³⁸ Companies Act 2006, c. 46.

³⁹ Companies Act 1985, c. 6.

⁴⁰ Joint Stock Companies Act 1844 (7 & 8 Vict.) c.110.

⁴¹ Re Sea Fire and Life Assurance Co., Greenwood's Case (1854) 3 De GM&G 459.

⁴² Limited Liability Act 1855 (18 & 19 Vict) c 133.

⁴³ S. Girvin, S. Frisby, A. Hudson, *Charlesworth's...*, s. 7.

z 1986 r.⁴⁴, regulujący kwestie związane z upadłością spółek⁴⁵. W dotyczącym badania zakresie akt ten niedawno zmieniono mocą Small Business, Enterprise and Employment Act z 2015 r.⁴⁶

II. Spółki prawa angielskiego

Katalog spółek znanych prawu angielskiemu jest obszerny. Ogólnie dzielą się one na *partnerships* oraz *companies*. Te pierwsze są spółkami osobowymi – nie podlegają inkorporacji, a w konsekwencji nie mają osobowości prawnej. Należą do nich: *general partnerships*⁴⁷ oraz *limited partnerships*⁴⁸. Za *partnership* jest uważana również *limited liability partnership* (LLP)⁴⁹, jednakże podlega ona rejestracji i ma osobowość prawną. W doktrynie podkreśla się, że LLP zyskuje na popularności i jest hybrydową formą spółki mającą zarówno elementy spółki osobowej, jak i kapitałowej⁵⁰. Natomiast do *companies*, z których wszystkie mają osobowość prawną, zalicza się: *unlimited companies*⁵¹, *companies limited by guarantee*⁵² oraz

⁴⁴ Insolvency Act 1986, c. 45.

⁴⁵ Insolvency Act z 1986 r. to pierwsza regulacja prawa upadłościowego w prawie angielskim. W tzw. raporcie Corcka stan angielskiego prawa upadłościowego przed wprowadzeniem tego aktu opisano następująco: „No comprehensive statement of insolvency law in England and Wales exists. Instead, there is a patchwork of materials dealing with the subject, consisting of legislation such as the Bankruptcy Act 1914, the Leeds of Arrangement Act 1914, part of the Companies Act 1948, and parts of the County Courts Act 1959; all this has to be supplemented by the principles of common law and equity, as illustrated by case law and as discussed in the text books” (*Insolvency Law and Practice. Report of the Review Committee*, red. K. Cork, Her Majesty’s Stationery Office, London 1982, s. 14).

⁴⁶ Small Business, Enterprise and Employment Act 2015, c. 26.

⁴⁷ Są one uregulowane w Partnership Act 1890 (53 & 54 Vict.) c. 39. Wspólnicy podlegają odpowiedzialności solidarnej za ich zobowiązania bez ograniczeń, a majątek jest własnością wspólników, a nie *partnership*.

⁴⁸ Są one uregulowane w Limited Liability Partnerships Act 2000, c. 12. *General partners* ponoszą nieograniczoną odpowiedzialność za zobowiązania *limited partnerships*, podczas gdy *limited partners* odpowiadają wyłącznie do wysokości wniesionego wkładu.

⁴⁹ Są one uregulowane w Limited Liability Partnerships Act 2000, c. 12. Wspólnicy odpowiadają za ich zobowiązania wyłącznie do wysokości sumy wskazanej w umowie spółki.

⁵⁰ B. Hannigan, *Company Law...*, s. 8.

⁵¹ Są uregulowane w Companies Act z 2006 r. (art. 3 pkt 4). Jednak ich wspólnicy ponoszą pełną solidarną odpowiedzialność za zobowiązania spółki.

⁵² Są one również uregulowane w Companies Act z 2006 r. Wspólnicy ponoszą odpowiedzialność za zobowiązania spółki, ale tylko na wypadek jej niewypłacalności i tylko do wysokości sumy wskazanej w umowie spółki.

companies limited by shares. Te ostatnie dzieli się na *private limited liability companies* i *public limited companies*⁵³.

W świetle dokonanego krótkiego przeglądu postaci spółek znanych prawu angielskiemu za odpowiednik polskiej spółki z o.o. należy uznać *private limited liability companies* (Ltd.). Podobnie jak w Polsce zdecydowanie najpopularniejsze w praktyce są spółki z o.o., tak w Anglii *private limited liability companies*⁵⁴. To właśnie wśród dotyczących ich uregulowań prawnych należy poszukiwać odpowiednika art. 299 k.s.h.

III. Private limited liability company

Reżim prawny *private limited liability company* można krótko scharakteryzować następująco.

Private company limited by shares to osoba prawna – powstaje i nabywa osobowość prawną wskutek wpisu do rejestru (*incorporation*)⁵⁵. W konsekwencji jest podmiotem praw i obowiązków, może pozywać i być pozywana.

Limited liability company może zostać założona przez jedną lub więcej osób. Wspólnicy są związani przepisami prawa oraz statutem spółki – umową spółki (*articles of association*). Za wspólników uważa się osoby, które w takim charakterze zostały wpisane do rejestru wspólników.

Wspólnicy mają w spółce udziały – akcje (*shares*), o stałej wartości nominalnej, natomiast wspólnicy nie mają żadnych praw do jej majątku. Udziały w spółce są zbywalne. Spółka wydaje na nie certyfikaty (*share certificate*), które są dowodem *prima facie* tego, że wskazana w nich osoba jest uprawniona z tych udziałów⁵⁶. Wspólnicy mają różne prawa związane z byciem wspólnikami, np. prawo udziału

⁵³ Są one uregulowane przez Companies Act z 2006 r. i są to spółki publiczne.

⁵⁴ Zgodnie z danymi z rejestru spółek z 2008 r. (*Companies House Statistical Tables 2007–2008*), zarejestrowano 15 589 LP, 32 066 LLP, 5400 *unlimited companies*, 88 800 *companies limited by guarantee* wobec 2 423 200 ogólnej liczby zarejestrowanych spółek. Ponadto z tej liczby tylko 10 500 stanowiły spółki publiczne, a więc prywatnych było 99,6%.

⁵⁵ S. Girvin, S. Frisby, A. Hudson, *Charlesworth's...*, s. 30.

⁵⁶ S. Girvin, S. Frisby, A. Hudson, *Charlesworth's...*, s. 131.

w walnym zgromadzeniu, prawo głosu przy podejmowaniu uchwał czy prawo do dywidendy z wypracowanego przez spółkę zysku.

Ze środków finansowych wnoszonych przez wspólników na poczet obejmowanych udziałów tworzony jest *share capital*. Companies Act z 2006 r. nie przewiduje wymagania minimalnego kapitału zakładowego, jego wysokość dowolnie określają wspólnicy w *articles of association*.

Wspólnicy tworzą najważniejszy organ *limited liability company* – zgromadzenie wspólników (*general meeting*). Podejmuje ono uchwały (*resolutions*) w najważniejszych dla spółki sprawach, a także, co do zasady, wybiera członków zarządu spółki. Zgodnie z Companies Act z 2006 r. nie ma obowiązku zwoływania zgromadzenia wspólników choćby raz w roku – wszystkie uchwały mogą być podejmowane pisemnie⁵⁷. Przy podejmowaniu uchwał obowiązuje zasada zwykłej większości głosów⁵⁸.

Zarząd⁵⁹ *in corpore* prowadzi sprawy *private limited liability company*⁶⁰. Mechanizm reprezentowania spółki przez członków zarządu wyjaśnia się na podstawie teorii agencji⁶¹, u której źródeł leży klasyczna sprawa *Great Eastern Ryly Co v. Turner*⁶².

IV. Członek zarządu *private limited liability company*

O ile w prawie polskim pojęcie członka zarządu jest dość klarowne, o tyle w prawie angielskim odróżnia się członków zarządu od „urzędników” (funkcjonariuszy) spółki, co znajduje swój wyraz w posługiwaniu się dwoma terminami o odmiennym

⁵⁷ Jest to wyrazem występującej ostatnio w prawie angielskim wyraźnej tendencji do deregulacji prawa rządzącego *private limited liability company*, tak: S. Girvin, S. Frisby, A. Hudson, *Charlesworth's...*, s. 418.

⁵⁸ Art. 282 ust. 1 Companies Act z 2006 r.

⁵⁹ Zob. szerzej co do organu zarządu w *private limited liability company*: K. Osajda, *Niewypłacalność...*, s. 528–530.

⁶⁰ Zob. szerzej o funkcjonowaniu zarządu: S. Girvin, S. Frisby, A. Hudson, *Charlesworth's...*, s. 382.

⁶¹ S. Girvin, S. Frisby, A. Hudson, *Charlesworth's...*, s. 113. Analogicznie, na gruncie prawa czynów niedozwolonych (*tort*) funkcjonuje teoria *alter ego* będąca odpowiednikiem teorii agencji, zgodnie z którą przyjmuje się, że osoba prawna popełnia czyn niedozwolony, jeśli zostaje on popełniony przez członka jej zarządu niejako na rachunek spółki, zob. S. Girvin, S. Frisby, A. Hudson, *Charlesworth's...*, s. 573–575.

⁶² [1872] L.R. 8.

znaczeniu: *directors* i *officers*. Oprócz tego w spółkach mogą występować osoby określone jako *manager*, a zajmujące się bieżącym administrowaniem sprawami spółki⁶³.

W praktyce w odniesieniu do niektórych spółek można wyróżnić zarówno prawnych członków zarządu, a więc osoby formalnie powołane do pełnienia takiej funkcji⁶⁴, jak i osoby faktycznie działające jak członek zarządu. Szczególną kategorię stanowią natomiast tzw. *shadow directors*⁶⁵. To pojęcie obejmuje się osoby⁶⁶, których instrukcje (polecenia) są wykonywane przez członków zarządu⁶⁷. Członkami zarządu mogą być zarówno osoby fizyczne, jak i osoby prawne⁶⁸.

Każdy członek zarządu ma obowiązek działać w dobrej wierze i w najlepszym interesie spółki⁶⁹. Wynika to z tzw. *fiduciary duties*, jakie ciążyą na członku zarządu. Za ich naruszenie, jeżeli skutkuje to poniesieniem szkody przez spółkę, z roszczeniem odszkodowawczym przeciwko członkom zarządu może wystąpić spółka⁷⁰ – ich naruszenie jest zatem odpowiednikiem uznania działania członka zarządu za bezprawne w systemie prawa polskiego, co również jest przesłanką ponoszenia przez niego odpowiedzialności odszkodowawczej względem spółki.

⁶³ Zob. *Boyle&Birds' Company Law*, red. J. Birds, B. Clark, I. MacNeil, G. McCormack, C. Twigg-Flesner, C. Villiers, A.J. Boyle, Bristol 2007, s. 582.

⁶⁴ Zgodnie z Companies Act z 2006 r. spółka ma obowiązek prowadzenia rejestru takich osób (Companies Act 2006, s. 162).

⁶⁵ *Boyle&Birds'...*, red. J. Birds, B. Clark, I. MacNeil, G. McCormack, C. Twigg-Flesner, C. Villiers, A.J. Boyle, s. 558.

⁶⁶ Dotyczy to zarówno konkretnych osób fizycznych, jak i osób prawnych, np. spółka-matka może zostać uznana za *shadow director* – zob. *Boyle&Birds'...*, red. J. Birds, B. Clark, I. MacNeil, G. McCormack, C. Twigg-Flesner, C. Villiers, A.J. Boyle, s. 559.

⁶⁷ W sprawie *Secretary of State for Trade and Industry v. Deverell* [2000] 2 WLR 907 (CA) sąd wskazał następujące cechy, które pozwalają na uznanie konkretnej osoby za *shadow director*: posiadanie realnego wpływu na funkcjonowanie spółki oraz instrukcje przez nich wydawane nie muszą dotyczyć wszystkich decyzji podejmowanych przez powołanych członków zarządu.

⁶⁸ Jest to istotna zmiana, ponieważ do 2015 r. było wymagane, aby przynajmniej jeden członek zarządu był osobą fizyczną (zob. art. 155 ust. 1 Companies Act z 2006 r.). Zmiana ta została wprowadzona wraz z całkowitym uchyleniem art. 155 Companies Act z 2006 r. przez art. 87 Small Business, Enterprise and Employment Act 2015, c. 26.

⁶⁹ V. Finch, *Corporate Insolvency Law*, Cambridge 2009, s. 681.

⁷⁰ *Foss v. Harbottle*, [1843] 2 Hare 461.

V. Odpowiedzialność za zobowiązania *private limited liability company*

Podstawowa zasada odpowiedzialności *private limited liability company* za jej zobowiązania wynika z uznania jej za osobę prawną i ma charakter precedensowy – została sformułowana w sprawie⁷¹ *Salomon v. Salomon & Co Ltd*⁷². W stanie faktycznym tej sprawy Salomon został jedynym członkiem zarządu spółki i tylko on prowadził jej przedsiębiorstwo. Gdy wierzyciele spółki domagali się zasądzenia bezpośrednio od Salomona, twierząc, że spółka była tylko jego agentem, sąd oddalił powództwo, podkreślając samodzielną podmiotowość prawną spółki. Odtąd nie budzi wątpliwości, że wyłącznie *private limited liability company* ponosi odpowiedzialność za własne zobowiązania: nie odpowiadają ani jej wspólnicy⁷³, ani członkowie zarządu⁷⁴. Nie ulega to zmianie także na wypadek niewypłacalności spółki. Jednak potrzeba ochrony wierzycieli spółki spowodowała, że w prawie angielskim wykształcone zostały instrumenty pozwalające na *de facto* rozszerzenie podmiotowego zakresu odpowiedzialności za zobowiązania spółki, przy czym *de iure* (rzadziej) jest to rzeczywiście odpowiedzialność za zobowiązania *private limited liability company* albo (częściej) odpowiedzialność odszkodowawcza członka zarządu (typu deliktowego). Niektóre z tych instytucji znajdują zastosowanie dopiero w razie niewypłacalności *private limited liability company*, a zatem ich bliższe

⁷¹ Wyrok ten uważany jest za jedno z najważniejszych orzeczeń w historii Izby Lordów. O jego znaczeniu zob. zwłaszcza zbiór wystąpień na konferencji zorganizowanej z okazji 100-lecia tego wyroku zawartych w: *Corporate Personality in the 20th Century*, red. R. Grantham, C. Rickett, Oxford 1998.

⁷² [1897] A.C. 22.

⁷³ Wyłomem od tego w bardzo szczególnych przypadkach jest możliwość pociągnięcia do odpowiedzialności bezpośrednio wspólników *private limited liability company*. Stosuje się tzw. doktrynę *lifting (piercing) the corporate veil*. Analiza tego zagadnienia jest poza zakresem badań, których rezultaty prezentowane są w tym opracowaniu, a zatem zostanie pominięta. Istnieje co do niej już bardzo bogata literatura zagraniczna, a w polskiej doktrynie głównie jest omawiana z perspektywy nadużycia osobowości prawnej. Zob. w tej kwestii m.in.: T. Targosz, *Nadużycie osobowości prawnej*, Kraków 2004; R. Szczepaniak, *Nadużycie prawa do posługiwania się formą osoby prawnej*, Toruń 2009; M. Litwińska-Werner, *Nadużycie formy spółki*, SPP 2007, nr 3–4, s. 81; R. Szczepaniak, *Kwestia nieważności czynności prawnych jako skutek nadużycia prawa do posługiwania się formą osoby prawnej*, PPH 2008, nr 2, s. 18; R. Szczepaniak, *Bezskuteczność względna czynności prawnej jako skutek nadużycia prawa do posługiwania się formą osoby prawnej*, PPH 2009, nr 1, s. 47; J. Kołacz, *Piercing the corporate veil – odpowiedzi na nadużycie formy prawnej spółki?* (cz. I), Pr. Sp. 2009, nr 5, s. 14; J. Kołacz, *Piercing the corporate veil – odpowiedzi na nadużycie formy prawnej spółki?* (cz. II), Pr. Sp. 2009, nr 6, s. 39; R. Siwik, *Reżim odpowiedzialności deliktowej jako instrument zwalczania nadużycia formy prawnej spółki*, [w:] *Czyny niedozwolone w prawie polskim i prawie porównawczym*, red. M. Nesterowicz, Warszawa 2012, s. 449; K. Frelek, *O zasadności unormowania w kodeksie spółek handlowych konstrukcji nadużycia formy spółki*, „Zeszyty Prawnicze UKSW” 2013, t. 13, nr 2, s. 77.

⁷⁴ Zob. zamiast wielu: B.R. Cheffins, *Company Law...*, s. 496.

przedstawienie poprzedzić muszą krótkie uwagi dotyczące rozumienia pojęcia niewypłacalności w prawie angielskim.

VI. Niewypłacalność w prawie angielskim i jej konsekwencje dla odpowiedzialności za zobowiązania *private limited liability company*

Niewypłacalność spółki w prawie angielskim uregulowano w Insolvency Act z 1986 r.⁷⁵ Co do zasady, spółka jest niewypłacalna, jeśli nie jest w stanie płacić swoich długów⁷⁶. Precyzyjnie okoliczności pozwalające uznać spółkę za niewypłacalną reguluje art. 123 Insolvency Act⁷⁷, zgodnie z którym:

- wierzyciel w formalny sposób zażądał zapłaty należności, a spółka w ciągu trzech tygodni jej nie uregulowała, albo
- postępowanie egzekucyjne nie doprowadziło do zaspokojenia w pełni dochodzonej należności, albo
- udowodniono w każdy dozwolony prawem sposób, że spółka nie jest w stanie spłacić swoich długów⁷⁸, albo

⁷⁵ Insolvency Act 1986, c. 45.

⁷⁶ V. Finch, *Corporate...*, s. 146.

⁷⁷ Przepis ten brzmi: „(1) A company is deemed unable to pay its debts–

(a) if a creditor (by assignment or otherwise) to whom the company is indebted in a sum exceeding £750 then due has served on the company, by leaving it at the company's registered office, a written demand (in the prescribed form) requiring the company to pay the sum so due and the company has for 3 weeks thereafter neglected to pay the sum or to secure or compound for it to the reasonable satisfaction of the creditor, or

(b) if, in England and Wales, execution or other process issued on a judgment, decree or order of any court in favour of a creditor of the company is returned unsatisfied in whole or in part, or

(c) if, in Scotland, the induciae of a charge for payment on an extract decree, or an extract registered bond, or an extract registered protest, have expired without payment being made, or

(d) if, in Northern Ireland, a certificate of unenforceability has been granted in respect of a judgment against the company, or

(e) if it is proved to the satisfaction of the court that the company is unable to pay its debts as they fall due.

(2) A company is also deemed unable to pay its debts if it is proved to the satisfaction of the court that the value of the company's assets is less than the amount of its liabilities, taking into account its contingent and prospective liabilities”.

⁷⁸ Przypadek ten określa się jako test *cash flow*. W doktrynie dostrzega się, że: „its meaning is vague and imprecise and determining whether a person or company is, on particular day, insolvent, is often

- udowodniono, że aktywa spółki są mniejsze niż jej pasywa⁷⁹.

Niewypłacalność *private limited liability company* nie zmienia jej statusu prawnego – wciąż jest osobą prawną. W konsekwencji nie zmienia się też kluczowa zasada, zgodnie z którą to wyłącznie spółka jest dłużnikiem i samodzielnie ponosi odpowiedzialność za swoje zobowiązania. Natomiast ustawodawca przewidział wyjątki od tej zasady, gdy – przy spełnieniu różnych przesłanek – możliwe jest pociągnięcie do odpowiedzialności także członków jej zarządu. W doktrynie brak zgodności co do uzasadnienia aksjologicznego dla tych przypadków – proponowane są dwa stanowiska. Zgodnie z pierwszym ich źródła upatruje się w naruszeniu wówczas przez członków zarządu ciążących na nich *fiduciary duties*, które w razie niewypłacalności spółki⁸⁰ mają oznaczać obowiązek uwzględniania przez członków zarządu przy podejmowaniu działań w imieniu spółki nie tylko interesów jej wspólników, lecz także wierzycieli⁸¹. Natomiast konkurencyjny pogląd upatruje uzasadnienia dla tych przypadków w naruszeniu wówczas przez członków zarządu *private limited liability company duty of care*⁸². Zwraca się⁸³ również uwagę na to, że w orzecznictwie (i doktrynie) brak zgodności co do tego, według jakiego standardu oceniać spełnienie względem wierzycieli przez członków zarządu ich obowiązków wynikających czy to z *fiduciary duties*, czy to z *duty of care*. Potencjalnie bowiem

difficult”, zob. A. Keay, P. Walton, *Insolvency Law: Corporate and Personal*, Bristol 2008, s. 16. Zob. szerzej: K. Baird, P. Sidle, *Cash Flow Insolvency*, „Insolvency Intelligence” 2008, t. 21, s. 40.

⁷⁹ Przypadek ten określa się jako test *balance sheet test*.

⁸⁰ W doktrynie i judykaturze angielskiej brak jednak zgodności co do tego, czy interes wierzycieli spółki członkowie jej zarządu powinni uwzględniać wyłącznie na wypadek niewypłacalności spółki, czy też może w całym toku jej funkcjonowania. Zob. szerzej w tej kwestii wraz z wyróżnieniem zgłaszanych stanowisk: V. Finch, *Corporate...*, s. 688.

⁸¹ W tym kierunku m.in.: *Re Smith and Fawcett Ltd* [1942] Ch 304; *Walker v. Wimborne* [1976] 50 AIJR 446; A. Keay, *Director's Duties – Do Recent Canadian Developments Require a Rethink in the UK on the Issue of the Directors' Duties to Consider Creditors' Interests*, *Insolvency Intelligence* 2005, t. 18, s. 65. W uzasadnieniu orzeczenia w sprawie *Lonrho v. Shell Petroleum* [1980] 1 WLR 627 wyraźnie powiedziano: „best interests of the company might not be exclusively those of shareholders but may include those of creditors”.

⁸² W tym kierunku m.in.: *Winkworth v. Edward Baron Developments Co. Ltd* [1987] 1 All ER 114; V. Finch, *Creditors' Interests and Directors' Obligations*, [w:] *Corporate Governance and Corporate Control*, red. S. Sheikh, W. Rees, London 1995; V. Finch, *Directors' Duties: Insolvency and the Unsecured Creditor*, [w:] *Current Issues in Insolvency Law*, red. A. Clarke, London 1991; R. Grantham, *The Judicial Extension of Directors' Duties*, „*Journal of Business Law*” 1991, s. 1-18; L.S. Sealy, *Directors' "Wider" Responsibilities – Problems, Conceptual, Practical and Procedural*, „*Monash University Law Review*” 1987, t. 13, s. 164–188; J.S. Ziegel, *Creditors as Corporate Stakeholders*, „*The University of Toronto Law Journal*” 1993, t. 43, s. 511.

⁸³ V. Finch, *Corporate...*, s. 685.

można uwzględniać albo standard subiektywny, albo obiektywny. Przy akceptacji standardu subiektywnego bierze się pod uwagę konkretnego członka zarządu: jego wiedzę i doświadczenie, i bada się, czy działał należycie. Natomiast stosując standard obiektywny, uwzględnia się wiedzę i doświadczenie wymagane dla pełnienia konkretnej funkcji – oceny dokonuje się zatem przez pryzmat decyzji podejmowanych przez rozsądnego członka zarządu.

VII. Instytucje dotyczące odpowiedzialności członków zarządu *private limited liability company* w związku z niezrealizowaniem ciążących na niej zobowiązań

Jednoznaczne postrzeganie samodzielności ponoszenia odpowiedzialności za zobowiązania przez *private limited liability company* jako osobę prawną sprawiło, że ze względu na różnorodne przypadki i konieczność oraz zasadność silniejszej ochrony wówczas wierzycieli w prawie angielskim wykształciło się wiele partykularnych instrumentów prawnych pozwalających na odstępstwo od tej zasady. Znamienna jest jednak, po pierwsze, ich mnogość, a po drugie, rzadkie wykorzystywanie w praktyce. W różnym stopniu instrumenty te mogą natomiast zostać uznane za odpowiednik instytucji uregulowanej w art. 299 k.s.h., ponieważ kreują podstawy prawne odpowiedzialności członków zarządu *private limited liability company*, a zatem zostaną w tym miejscu zwięźle przedstawione.

1. Uznanie osobistego działania członka zarządu jako działania osoby fizycznej

Teoretycznie najmniej kontrowersji budzi przypadek dopuszczalności pociągnięcia członka zarządu do odpowiedzialności za zobowiązania *private limited liability company*, gdy w świetle prawa są to również jego osobiste zobowiązania. W orzecznictwie rozważane w tym kontekście są przypadki, gdy w obrocie osobiście działa członek zarządu i można uznać, że dokonuje on konkretnych czynności nie tylko na rachunek spółki (jako jej piastun), lecz także we własnym imieniu (na własny rachunek). Dodać jednak trzeba, że z orzecznictwa nie wynika jasno, kiedy może to nastąpić – raczej wymaga to oceny *case by case*⁸⁴. Tytułem ilustracji wskazać

⁸⁴ B. Hannigan, *Company Law...*, s. 79.

można dwa istotne orzeczenia. W sprawie *Williams v. Natura Life Health Foods*⁸⁵ źródłem szkody była porada udzielona przez spółkę, którą uznano za *negligent advice* (szkoda była zatem wynikiem zawinionego działania). Poszkodowany pozwał spółkę i mimo uwzględnienia powództwa nie uzyskał od niej odszkodowania – doszło bowiem do ogłoszenia jej upadłości, a majątek spółki nie wystarczył na zaspokojenie jego roszczenia. Wówczas poszkodowany pozwał tego z członków zarządu spółki, który osobiście udzielił mu porady będącej źródłem szkody. Powództwo zostało jednak oddalone, a sąd wskazał, że nie udało się dowieść, aby udzielanie porady było działaniem członka zarządu spółki jako osoby fizycznej, a nie wykonywaniem zadań wynikających z funkcji pełnionej w spółce. Natomiast odmienne rozstrzygnięcie zapadło w sprawie *Standard Chartered Bank v. Pakistan National Shipping Corpn (No. 2)*⁸⁶. Spółka uzyskała od wierzyciela określoną kwotę na podstawie fałszywego dokumentu przedstawionego przez członka zarządu. Gdy wierzyciel nie mógł uzyskać jej zwrotu (zaspokojenia swojego roszczenia) z majątku spółki, pozwał bezpośrednio członka zarządu. Sąd uwzględnił jego powództwo, stwierdzając, że w tym przypadku szkodę wyrządziło nie tylko działanie spółki jako osoby prawnej, lecz także członka jej zarządu osobiście (jako osoby fizycznej).

Podsumowując, przedstawiony przypadek tylko faktycznie jest odpowiednikiem art. 299 k.s.h., ponieważ prowadzi do podobnego skutku w obrocie – pociągnięcia do odpowiedzialności członka zarządu *private limited liability company* za jej zobowiązania. Jurydycznie jednak jest to sytuacja, gdy wierzyciel ma więcej niż jednego dłużnika i dłużnicy ci ponoszą odpowiedzialność solidarną – tak trzeba zinterpretować ocenę, że szkoda została wyrządzona zarówno przez spółkę jako osobę prawną, jak i przez jej członka zarządu jako osobę fizyczną.

2. Regulacja art. 15 Company Disqualification Act

Powszechnie w systemach prawnych znana jest regulacja pozwalająca, przy spełnieniu precyzyjnie unormowanych przesłanek (ze względu na jej sankcyjny charakter), na orzeczenie wobec członka zarządu zakazu indywidualnego

⁸⁵ [1998] 1 WLR 830. Zob. też glosę do tego orzeczenia: J.P. Lowry, R. Edmunds, *Williams – Case Comment*, Can. Bar. R. 1998, t. 77, s. 467.

⁸⁶ [2003] 1 BCLC 244.

prowadzenia działalności gospodarczej oraz pełnienia określonych funkcji w spółkach. W prawie angielskim instytucja ta nazywana jest *disqualification*⁸⁷ i uregulowana w *Company Disqualification Act*⁸⁸. Związane z nią przypadki odpowiedzialności członków zarządu reguluje art. 15 *Company Disqualification Act*⁸⁹. Zgodnie z tym przepisem jest to odpowiedzialność nie deliktowa, lecz za zobowiązania spółki – typu gwarancyjnego. Ponosi ją członek zarządu, który dalej sprawuje swoją funkcję, mimo że w trybie tego aktu prawnego orzeczono wobec niego zakaz jej sprawowania albo wykonuje polecenia wydawane przez osobę, wobec której taki zakaz orzeczono. Jeżeli dotyczy to kilku członków zarządu, to odpowiadają oni solidarnie. Jeśli natomiast chodzi o zakres przedmiotowy ponoszonej przez nich odpowiedzialności, to obejmuje ona wszystkie długi spółki, jakie zostały zaciągnięte w czasie działania przez nich z naruszeniem zakazu

⁸⁷ Zob. szerzej o *disqualification*: A. Walters, M. Davis-White, *Directors' Disqualification & Insolvency Restrictions*, London 2010; L.S. Sealy, *Disqualification and Personal Liability of Directors*, Bicester 1993; A. Mithani, S. Wheeler, *The Disqualification of Company Directors*, London 1996; S. Griffin, *Personal Liability and Disqualification of Company Directors*, Oxford 1999; R. Baldwin, *The New Punitive Regulation*, MLR 2004, t. 67, nr 3, s. 351; R. Williams, *Disqualifying Directors: A Remedy Worse than the Disease*, JCLS 2007, t. 7, s. 213). Zob. też prawnoporównacze studium dotyczące regulacji tej problematyki w prawie angielskim i niemieckim: K. Möser, *Gläubigerschutz durch Berufsverbote für Geschäftsleiter. Eine rechtsvergleichende Untersuchung des englischen und deutschen Kapitalgesellschaftsrechts*, Baden-Baden 2011.

⁸⁸ *Company Directors Disqualification Act 1986*, c. 46.

⁸⁹ Przepis ten brzmi: „A person is personally responsible for all the relevant debts of a company if at any time—

(a) in contravention of a disqualification order or disqualification undertaking or in contravention of section 11 12A or 12B of this Act he is involved in the management of the company, or

(b) as a person who is involved in the management of the company, he acts or is willing to act on instructions given without the leave of the court by a person whom he knows at that time—

(i) to be the subject of a disqualification order made or disqualification undertaking accepted under this Act or under the *Company Directors Disqualification (Northern Ireland) Order 2002*, or

(ii) to be an undischarged bankrupt.]

(2) Where a person is personally responsible under this section for the relevant debts of a company, he is jointly and severally liable in respect of those debts with the company and any other person who, whether under this section or otherwise, is so liable.

(3) For the purposes of this section the relevant debts of a company are—

(a) in relation to a person who is personally responsible under paragraph (a) of subsection (1), such debts and other liabilities of the company as are incurred at a time when that person was involved in the management of the company, and

(b) in relation to a person who is personally responsible under paragraph (b) of that subsection, such debts and other liabilities of the company as are incurred at a time when that person was acting or was willing to act on instructions given as mentioned in that paragraph.

(4) For the purposes of this section, a person is involved in the management of a company if he is a director of the company or if he is concerned, whether directly or indirectly, or takes part, in the management of the company”.

sprawowania funkcji członka zarządu w obu wskazanych wcześniej postaciach (bezpośredniego naruszenia, a także działania na polecenie – pośredniego naruszenia). Dochodzenie roszczenia nie jest zależne od tego, czy *private limited liability company* jest niewypłacalna, a roszczenie przysługuje bezpośrednio i indywidualnie każdemu wierzycielowi spółki, który może je skierować wobec członka zarządu⁹⁰.

Opisana teraz instytucja również tylko faktycznie jest odpowiednikiem art. 299 k.s.h. w prawie angielskim. Rzeczywiście prowadzi ona do poniesienia odpowiedzialności osobistej przez członków zarządu *private limited liability company*, i to właśnie odpowiedzialności za zobowiązania spółki (a nie odpowiedzialności deliktowej). Do powstania tej odpowiedzialności dochodzi w przypadku naruszenia wyraźnej regulacji normatywnej – prawomocnie orzeczonego zakazu prowadzenia działalności gospodarczej (podobnie na tle art. 299 k.s.h. też musi dojść do naruszenia obowiązku normatywnego – złożenia we właściwym czasie wniosku o ogłoszenie upadłości). Jednakże przedstawiona instytucja nie ma samodzielnego charakteru – w istocie stanowi dopełnienie reżimu prawnego orzekania zakazu prowadzenia działalności gospodarczej i dotyczy dodatkowej sankcji za złamanie takiego zakazu. Ma więc zdecydowanie węższy zakres zastosowania od odpowiedzialności wynikającej z art. 299 k.s.h., a ponadto nie jest zależna od niewypłacalności spółki.

3. Summary remedy

Ta instytucja prawna dotyczy jednoznacznie odpowiedzialności ponoszonej przez członków zarządu *limited liability company* na wypadek jej niewypłacalności. Uregulowana jest w art. 212 Insolvency Act⁹¹. Na tej podstawie odpowiedzialność

⁹⁰ Boyle & Birds'..., red. J. Birds, B. Clark, I. MacNeil, G. McCormack, C. Twigg-Flesner, C. Villiers, A.J. Boyle, s. 604.

⁹¹ Insolvency Act 1986, c. 45. Powołany przepis brzmi:

„(1) This section applies if in the course of the winding up of a company it appears that a person who—
(a) is or has been an officer of the company,
(b) has acted as liquidator or administrative receiver of the company, or
(c) not being a person falling within paragraph (a) or (b), is or has been concerned, or has taken part, in the promotion, formation or management of the company, has misapplied or retained, or become accountable for, any money or other property of the company, or been guilty of any misfeasance or breach of any fiduciary or other duty in relation to the company.

może ponieść tylko osoba, która w toku postępowania upadłościowego doprowadziła do niekorzystnego rozrządzenia majątkiem spółki, np. zbyła majątek poniżej jego wartości⁹² czy dokonała ukrytych płatności z majątku spółki na rzecz członka jej zarządu⁹³. Odpowiedzialność może ponieść nie tylko każdy członek zarządu spółki (*director*), lecz także jej funkcjonariusz (*officer*) oraz likwidator (działający w toku postępowania upadłościowego). Roszczenie przeciwko osobie odpowiedzialnej może bezpośrednio wytoczyć każdy wierzyciel spółki, a także osoba prowadząca postępowanie upadłościowe. Treścią roszczenia może być albo zwrot środków, które wyszły z majątku spółki (wraz z odsetkami), albo odszkodowanie. Interesujące jest, że nawet jeśli z powództwem wystąpi wierzyciel, to i tak zasądzenie następuje do majątku spółki – jest to zatem roszczenie derywacyjne.

4. Phoenix syndrom

Ta instytucja prawna także dotyczy jednoznacznie odpowiedzialności ponoszonej przez członków zarządu *limited liability company* na wypadek jej niewypłacalności. Jej nazwa ma charakter symboliczny i dobrze oddaje przypadki, gdy może ona znaleźć zastosowanie: mianowicie dochodzi do ogłoszenia upadłości przez spółkę, lecz „w jej miejsce” powstaje nowa spółka, która ma zajmować się taką samą działalnością i ma, co do zasady, tych samych członków zarządu. Opisywana instytucja spotkała się ze stosunkowo dużym zainteresowaniem w doktrynie, gdzie

(2) The reference in subsection (1) to any misfeasance or breach of any fiduciary or other duty in relation to the company includes, in the case of a person who has acted as liquidator F2. . . of the company, any misfeasance or breach of any fiduciary or other duty in connection with the carrying out of his functions as liquidator of the company.

(3) The court may, on the application of the official receiver or the liquidator, or of any creditor or contributory, examine into the conduct of the person falling within subsection (1) and compel him–

(a) to repay, restore or account for the money or property or any part of it, with interest at such rate as the court thinks just, or

(b) to contribute such sum to the company’s assets by way of compensation in respect of the misfeasance or breach of fiduciary or other duty as the court thinks just.

(4) The power to make an application under subsection (3) in relation to a person who has acted as liquidator of the company is not exerciseable, except with the leave of the court, after he has had his release.

(5) The power of a contributory to make an application under subsection (3) is not exerciseable except with the leave of the court, but is exerciseable notwithstanding that he will not benefit from any order the court may make on the application”.

⁹² Re Travellers’ Chambers Ltd, [1985] 12 T.L.R. 529.

⁹³ Gluckstein v. Barnes, [1900] A.C. 240.

szczególnie podkreśla się postrzeganie jako niedopuszczalnego prowadzenia działalności przez nową spółkę pod firmą wcześniejszej, której upadłość ogłoszono⁹⁴. Dopuszczenie do takiej praktyki umożliwiłoby *de facto* w prosty sposób „pozbycia” się długów i kontynuowania działalności pod postacią nowego podmiotu.

Phoenix syndrom uregulowano w art. 216⁹⁵ i 217⁹⁶ Insolvency Act⁹⁷. Zgodnie z tymi przepisami osoba pełniąca funkcję członka zarządu w spółce, co do której ogłoszono

⁹⁴ Zob. szerzej o *Phoenix syndrom*: T. Mayer, *Personal Liability for Trading in a Prohibited Name*, Co. Law. 2006, t. 27; D.D. Milman, *Curbing the Phoenix Syndrome*, JBL 1997, nr 5; C. Werner, *Phoenixing – Avoiding the Ashes*, *Insolv. Int.* 2009, t. 22; T. Carter, *The Phoenix Syndrome – the Personal Liability of Directors*, *Insolv. Int.* 2006, t. 19.

⁹⁵ Przepis ten brzmi:

„(1) This section applies to a person where a company (“the liquidating company”) has gone into insolvent liquidation on or after the appointed day and he was a director or shadow director of the company at any time in the period of 12 months ending with the day before it went into liquidation.

(2) For the purposes of this section, a name is a prohibited name in relation to such a person if–

(a) it is a name by which the liquidating company was known at any time in that period of 12 months, or

(b) it is a name which is so similar to a name falling within paragraph (a) as to suggest an association with that company.

(3) Except with leave of the court or in such circumstances as may be prescribed, a person to whom this section applies shall not at any time in the period of 5 years beginning with the day on which the liquidating company went into liquidation–

(a) be a director of any other company that is known by a prohibited name, or

(b) in any way, whether directly or indirectly, be concerned or take part in the promotion, formation or management of any such company, or

(c) in any way, whether directly or indirectly, be concerned or take part in the carrying on of a business carried on (otherwise than by a company) under a prohibited name.

(4) If a person acts in contravention of this section, he is liable to imprisonment or a fine, or both.

(5) In subsection (3) “the court” means any court having jurisdiction to wind up companies; and on an application for leave under that subsection, the Secretary of State or the official receiver may appear and call the attention of the court to any matters which seem to him to be relevant.

(6) References in this section, in relation to any time, to a name by which a company is known are to the name of the company at that time or to any name under which the company carries on business at that time.

(7) For the purposes of this section a company goes into insolvent liquidation if it goes into liquidation at a time when its assets are insufficient for the payment of its debts and other liabilities and the expenses of the winding up.

(8) In this section “company” includes a company which may be wound up under Part V of this Act”.

⁹⁶ Przepis ten brzmi:

„(1) A person is personally responsible for all the relevant debts of a company if at any time–

(a) in contravention of section 216, he is involved in the management of the company, or

(b) as a person who is involved in the management of the company, he acts or is willing to act on instructions given (without the leave of the court) by a person whom he knows at that time to be in contravention in relation to the company of section 216.

upadłość, nie może w ciągu pięciu lat od wszczęcia wobec tej spółki postępowania upadłościowego brać udziału w prowadzeniu działalności (zakładaniu, zarządzaniu) przez spółkę, której firma jest identyczna z firmą spółki, której upadłość ogłoszono, albo podobna⁹⁸ do niej do tego stopnia, że sugeruje związek między tymi spółkami.

Odpowiedzialność członka zarządu z tytułu *Phoenix syndrom* przypomina przedstawioną już odpowiedzialność z tytułu *disqualification*. Tu również ponoszenie takiej odpowiedzialności pełni przede wszystkim funkcję sankcji za naruszenie zakazu wynikającego z wyraźnej regulacji normatywnej (pełnienia funkcji członka zarządu, brania udziału w prowadzeniu działalności czy zakładaniu spółki o podobnej nazwie do spółki, której upadłość ogłoszono i w której konkretna osoba była właśnie członkiem zarządu). Równie szeroki jest zakres podmiotowy tej odpowiedzialności, ponieważ obejmuje on nie tylko osoby wprost rzeczony zakaz naruszające, lecz także takie, które formalnie zakazu tego nie naruszają, ale gotowe są działać jako członkowie zarządu na podstawie instrukcji dawanych im przez osoby zakaz ten naruszające, o czym działający wiedzą. Jest to przy tym odpowiedzialność

(2) Where a person is personally responsible under this section for the relevant debts of a company, he is jointly and severally liable in respect of those debts with the company and any other person who, whether under this section or otherwise, is so liable.

(3) For the purposes of this section the relevant debts of a company are—

(a) in relation to a person who is personally responsible under paragraph (a) of subsection (1), such debts and other liabilities of the company as are incurred at a time when that person was involved in the management of the company, and

(b) in relation to a person who is personally responsible under paragraph (b) of that subsection, such debts and other liabilities of the company as are incurred at a time when that person was acting or was willing to act on instructions given as mentioned in that paragraph.

(4) For the purposes of this section, a person is involved in the management of a company if he is a director of the company or if he is concerned, whether directly or indirectly, or takes part, in the management of the company.

(5) For the purposes of this section a person who, as a person involved in the management of a company, has at any time acted on instructions given (without the leave of the court) by a person whom he knew at that time to be in contravention in relation to the company of section 216 is presumed, unless the contrary is shown, to have been willing at any time thereafter to act on any instructions given by that person.

(6) In this section “company” includes a company which may be wound up under Part V”.

⁹⁷ Insolvency Act 1986, c. 45.

⁹⁸ Zob. w orzecznictwie ocenę tego podobieństwa: *Ricketts v. Ad Valorem Factors Ltd*, [2004] BCC 164; *Revenue and Customs Commissioners v. Walsh*, [2006] BCC 431. Czasem podobieństwo bardziej niż samego brzmienia firmy spółki dotyczy przedmiotu jej działalności – w sprawie *First Independent Factors Ltd v. Mountford* ([2008] 2 BCLC 297) uznano za podobne, a więc prowadzące do odpowiedzialności członka zarządu, firmy *Classic Roofs Ltd* oraz *Classic Conservatories & Windows Ltd*.

gwarancyjna – za zobowiązania spółki, a nie za szkodę wyrządzoną przez osobę naruszającą wskazywany zakaz. Podobnie szeroko jak w przypadku *disqualification* uregulowano legitymację czynną – z roszczeniem przeciwko członkowi zarządu może wystąpić nie tylko osoba prowadząca postępowanie upadłościowe, lecz także indywidualnie każdy wierzyciel spółki. Jeżeli natomiast chodzi o zakres odpowiedzialności, to osoba wprost łamiąca wskazany zakaz odpowiada za wszystkie zobowiązania spółki, jakie ta zaciągnęła w czasie, gdy osoba pełniła w niej funkcję członka zarządu. W przypadku osoby działającej według instrukcji osoby naruszającej zakaz odpowiada ona tylko za te zobowiązania spółki, które powstały wskutek tego jej działania. Gdy kilka osób ponosi na tej podstawie odpowiedzialność, ma ona charakter solidarny – podobnie węzeł solidarności łączy członka zarządu spółki ponoszącego odpowiedzialność z tytułu *Phoenix syndrom* i samą spółkę.

5. *Fraudulent trading*

Bez wątpienia *fraudulent trading* przez długi czas był tą instytucją prawa angielskiego, którą należało uznać za najbliższy odpowiednik polskiej regulacji z art. 299 k.s.h. – uległo to zmianie po wprowadzeniu do prawa angielskiego instytucji *wrongful trading*, która zostanie dalej poddana analizie.

Instytucja *fraudulent trading* została uregulowana w art. 213 Insolvency Act⁹⁹ z 1986 r.¹⁰⁰ Jej celem, co dobrze oddaje jej nazwa, jest przeciwdziałanie nieuczciwemu (*fraud*) wykorzystywaniu osobowości prawnej¹⁰¹. Interesujące jest, że przed 1986 r. instytucja ta była regulowana nie przez prawo upadłościowe, a przez prawo spółek¹⁰² – podobnie zatem jak w przypadku instytucji prawa niemieckiego, która zostanie

⁹⁹ Insolvency Act 1986, c. 45.

¹⁰⁰ Przepis ten brzmi: „(1) If in the course of the winding up of a company it appears that any business of the company has been carried on with intent to defraud creditors of the company or creditors of any other person, or for any fraudulent purpose, the following has effect. (2) The court, on the application of the liquidator may declare that any persons who were knowingly parties to the carrying on of the business in the manner above-mentioned are to be liable to make such contributions (if any) to the company's assets as the court thinks proper”.

¹⁰¹ Warto zauważyć, że ten cel jest zbieżny z uzasadnieniem przyjmowanym dla zastosowania doktryny przebicia kurtyny korporacyjnej (*lifting/piercing the corporate veil*), tyle że w tym przypadku ostrze odpowiedzialności nie zostało skierowane przeciwko wspólnikom spółki.

¹⁰² Po raz pierwszy *fraudulent trading* pojawił się w prawie angielskim w 1929 r. (B. Pettet, J. Lowry, A. Reisberg, *Pettet's Company Law*, Essex 2009, s. 41), odtąd był rozwijany przez orzecznictwo, zob. zwłaszcza: *Re William C. Leitch Bros Ltd*, [1932] 2 Ch 71 i *Re Patrick and Lyon Ltd*, [1933] Ch 786.

poddana analizie w kolejnej części opracowania (*Insolvenzverschleppungshaftung*), można zaobserwować systemową zmianę miejsca regulacji z prawa spółek na prawo upadłościowe.

Przesłanki odpowiedzialności z tytułu *fraudulent trading* to: niewypłacalność spółki (i trwające dotyczące jej postępowanie upadłościowe likwidacyjne) oraz prowadzenie działalności przez spółkę w celu oszukania wierzycieli (*fraudulent purpose*)¹⁰³. Ciężar dowodu, niezwykle trudny w praktyce i powodujący *de facto* znikome wykorzystanie tej instytucji, spoczywa na osobie dochodzącej roszczenia¹⁰⁴. Warto natomiast zauważyć, że wśród przesłanek odpowiedzialności nie ma poniesienia szkody przez kogokolwiek. Należy też zaznaczyć, że odpowiedzialność z tytułu *fraudulent trading* nie powstaje automatycznie zawsze w razie dalszego prowadzenia działalności przez niewypłacalną spółkę – nie można *a limine* uznać za oszukańcze uzasadnionego przeświadczenia członków zarządu, że sytuacja spółki się poprawi i odzyska ona płynność finansową¹⁰⁵.

Zakres podmiotowy odpowiedzialności obejmuje każdego biorącego udział w prowadzeniu działalności przez spółkę, jest to jednak odpowiedzialność na zasadzie winy – osoba taka musiała mieć świadomość oszukańczego celu działalności spółki. Wierzyciele nie mogą bezpośrednio pozwać członków zarządu – legitymację czynną ma wyłącznie osoba prowadząca postępowanie upadłościowe. Zasądzone świadczenie pieniężne nie jest *de iure* ani tożsame ze spłatą długów spółki (nie jest to odpowiedzialność za długi spółki typu gwarancyjnego), ani odszkodowaniem (nie jest to więc również typowy przypadek odpowiedzialności odszkodowawczej), lecz określane jest jako *contributions*¹⁰⁶. Nie trafia też

¹⁰³ Ocenę zachowania jako *fraud* należy przeprowadzać nie tylko z perspektywy obiektywnej, lecz także subiektywnej, zob. D. French, S. Mayson, Ch. Ryan, *Mayson, French & Ryan on Company Law*, Oxford 2011, s. 707; A. Keay, *Fraudulent trading: the intent to defraud element*, „Common Law World Review” 2006, t. 35, s. 121.

¹⁰⁴ *Welham v. DPP*, [1961] A.C. 103.

¹⁰⁵ Bardzo obrazowo wyrażono to w uzasadnieniu orzeczenia w sprawie *Re White and Osmond (Parkstone) Ltd*: „there is nothing to say that directors who genuinely believe that the clouds will roll away and the sunshine of prosperity will shine upon them again and disperse the fog of their depression are not entitled to incur credit to help them get over the bad time”. Na tej podstawie w doktrynie test, jaki w każdym przypadku należy przeprowadzić, nazwano *sunshine test*, zob. D. French, S. Mayson, Ch. Ryan, *Mayson, French & Ryan...*, s. 707.

¹⁰⁶ Choć w doktrynie wyrażane są też poglądy, że ta odpowiedzialność pełni przede wszystkim funkcję kompensacyjną, a nie penalną; tak np. V. Finch, *Corporate...*, s. 696.

bezpośrednio do majątku wierzycieli, lecz do majątku niewypłacalnej spółki. Dopiero wraz z podziałem majątku niewypłacalnej spółki stanowiące wówczas jego część *contributions* może sprawić, że wierzyciele uzyskają zaspokojenie swoich roszczeń w większym stopniu. Niewątpliwie ten mechanizm redystrybucji to kolejna słabość analizowanej właśnie instytucji prawnej, gdyż niejednokrotnie w znacznym stopniu wpływa on przede wszystkim na pokrycie kosztów związanych z toczącym się postępowaniem upadłościowym, a nie na poczet niezapłaconych długów spółki.

Mimo podnoszonej już rzadkości stosowania w praktyce odpowiedzialności z tytułu *fraudulent trading* w orzecznictwie wypracowano już typowe przypadki, gdy roszczenie wywiedzione na tej podstawie może odnieść sukces. Na przykład będzie tak wówczas, jeśli spółka zaciągnęła nowe zobowiązanie, mimo że w chwili jego powstania za względu na jej sytuację finansową jest jasne, że nie będzie w stanie go spłacić¹⁰⁷.

Nieskuteczność w praktyce instytucji *fraudulent trading* spowodowała, że w 1986 r. wprowadzono do prawa angielskiego nową, choć podobną, instytucję – *wrongful trading*, o złagodzonej ciężarze dowodu. Formalnie nie zmodyfikowano jednak odpowiedzialności z tytułu *fraudulent trading* i normy dotyczące obu tych przypadków odpowiedzialności pozostają w zbiegu, tak że prowadzący postępowanie upadłościowe teoretycznie może wybrać podstawę podnoszonego roszczenia. W praktyce łatwość dowodzenia przesłanek w reżimie *wrongful trading* w porównaniu z reżimem odpowiedzialności z tytułu *fraudulent trading* czyni ten wybór iluzorycznym. Jak się zatem wydaje, roszczenia z tytułu *fraudulent trading* będą wciąż podnoszone tylko wtedy, gdy nie są dopuszczalne roszczenia z tytułu *wrongful trading*, a więc np. gdy upłynie zbyt długi czas między działaniem, które można uznać za *fraudulent/wrongful trading*, a ogłoszeniem upadłości spółki¹⁰⁸ oraz wobec osób, które nie mieszczą się w węższej wyznaczonym zakresie podmiotowym odpowiedzialności z tytułu *wrongful trading*¹⁰⁹.

¹⁰⁷ Tak np.: R. v. Grantham [1984] 3 All ER 166 (CA); R v. Lockwood [1986] 2 BCC 99, 333 (CA); Re Barnett (Augustus) & Son Ltd [1986] BCLC 170.

¹⁰⁸ Tak np. I.F. Fletcher, *The Law of Insolvency*, London 2009, s. 852.

¹⁰⁹ Tak np. *Boyle&Birds'...*, red. J. Birds, B. Clark, I. MacNeil, G. McCormack, C. Twigg-Flesner, C. Villiers, A.J. Boyle, s. 595.

6. *Wrongful trading*

Wprowadzeniu do prawa angielskiego instytucji *wrongful trading* towarzyszyły duże nadzieje¹¹⁰, że wypełni ona istniejącą w tym zakresie lukę, co wiązało się także z dużym zainteresowaniem doktryny¹¹¹. Uważano ją za odpowiednik znanej w innych krajach, a w Polsce wyrażonej wprost w art. 21 p.u., odpowiedzialności spoczywającej na członkach zarządu spółki za niezłożenie w terminie wniosku o ogłoszenie jej upadłości, jeśli stała się niewypłacalna¹¹². Twierdzono nawet, że instytucja *wrongful trading* jest lepszym rozwiązaniem od swojego odpowiednika i sugerowano potrzebę jej zastosowania w europejskim prawie spółek¹¹³. Rzeczywistość zweryfikowała jednak ten optymizm. Praktyczna stosowalność i użyteczność instytucji *wrongful trading* okazała się niezwykle skromna¹¹⁴. Winą obarczono przede wszystkim unormowanie kwestii proceduralnych związanych z dochodzeniem odpowiedzialności na tej podstawie¹¹⁵. W konsekwencji w 2015 r.

¹¹⁰ Wyrażano nawet w doktrynie opinie, że jest to jednak z najważniejszych zmian angielskiego prawa spółek w ostatnim wieku, zob. D. Prentice, *Creditors Interests and Directors' Duties*, OJLS 1990, s. 277.

¹¹¹ Zob. zwłaszcza: R. Redeker, *Die Haftung für wrongful trading im englischen Recht: eine vergleichende Betrachtung der deutschen und der englischen Geschäftsleiterhaftung für Insolvenzverschleppung*, Köln 2007; N. Wachendorf, „*Wrongful Trading*“ als ein mögliches europäisches Haftungsmodell gegen die Insolvenzverschleppung, Frankfurt am Main 2008; T. Bachner, *Creditor Protection in Private Companies*, Cambridge 2009, s. 208–248; H.C. Hirt, *The Wrongful Trading Remedy in the UK Law: Classification, Application and Practical Significance*, ECFR 2004, nr 1, s. 7–120; M. Habersack, D.A. Verse, *Wrongful Trading – Grundlage einer europäischen Insolvenzverschleppungshaftung*, ZHR 2004, t. 168; T. Bachner, *Wrongful Trading before the English High Court Re Continental Assurance Company of Lonon plc (Singer v. Beckett)*, EBOR 2004, t. 5, s. 195–200; R.J. Mokal, *An Agency Cost Analysis of the Wrongful Trading Provisions: Redistribution, Perverse Incentives and the Creditors' Bargain*, CLJ 2000, t. 59, s. 335–369.

¹¹² S. Kalss, N. Adensamer, J. Oelkers, *Director's Duties in the Vicinity of Insolvency – A Comparative Analysis with Reports from Germany, Austria, Belgium, Denmark, England, Finland, France, Italy, the Netherlands, Norway, Spain and Sweden*, ECFLR, Special Volume, Legal Capital in Europe, red. M. Lutter, Berlin 2006, s. 122.

¹¹³ *Report of the High Level Group of Company Law Experts on a Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe*, Bruxelles 2002, dostępny na stronie: http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/report_en.pdf (dostęp: 11.11.2016).

¹¹⁴ B. Hannigan, *Company Law...*, s. 706. Dodać trzeba, że we wszystkich przypadkach, gdy ją zastosowano, dotyczyła wyłącznie małych spółek – zob. B. Hannigan, *Company Law...*, s. 707, przyp. 77.

¹¹⁵ B. Hannigan wskazuje następujące podstawowe przyczyny nieskuteczności w praktyce instytucji *wrongful trading*: brak majątku spółki na prowadzenie postępowania (prowadzi je osoba prowadząca postępowanie upadłościowe spółki, a nie samodzielnie każdy z jej wierzycieli), niepewność sukcesu w tym postępowaniu (duży stopień ocenności przesłanek odpowiedzialności członka zarządu), ryzyko, że ewentualnie uzyskane środki zostaną wydane na koszty postępowania upadłościowego, a nie na zaspokojenie wierzycieli spółki; zob. B. Hannigan, *Company Law...*, s. 706; B. Pettet, J. Lowry, A. Reisberg, *Pettet's Company Law...*, s. 44.

dokonano zmiany¹¹⁶ regulacji *wrongful trading* pod hasłem zwiększenia „transparency and trust” co do spółek prawa angielskiego¹¹⁷. Podstawowa zmiana polega na rozszerzeniu zakresu stosowania tej odpowiedzialności – odtąd mogą ją ponieść członkowie zarządu za kontynuowanie działalności spółki na rynku nie tylko, gdy wiedzieli lub powinno być dla nich jasne, że nie ma perspektyw uniknięcia upadłości likwidacyjnej, lecz również wtedy, gdy wiedzieli lub powinno być dla nich jasne, że dalsze istnienie spółki nieuchronnie doprowadzi do jej niewypłacalności¹¹⁸. Doktryna jednak uznała dokonane zmiany za zbyt ograniczone, a poza tym wyrażane są w niej opinie, że przyczyna braku szerszej stosowalności instytucji *wrongful trading* wynika nie tyle z jej ukształtowania przez ustawodawcę, ile z rzadkich w praktyce przypadków *insolvent trading*, a więc kontynuowania działalności przez niewypłacalne spółki¹¹⁹. O ile zatem rzeczywiście zdarzają się przypadki, gdy instytucja ta okazuje się przydatna i potrzebna, o tyle nie należy przeceniać jej roli i znaczenia w regulacji systemu ochrony wierzycieli spółek i odpowiedzialności członków ich zarządu¹²⁰. Warto też zauważyć, że wniosek ten jest interesujący w kontekście porównania z prawem polskim, gdzie można by uznać go za trafny w odniesieniu do zastosowania w praktyce odpowiedzialności z art. 21 p.u., co jest niezwykle rzadkie, natomiast jest zupełnie chybiony co do oceny skuteczności działania art. 299 k.s.h., który jest podstawą roszczeń w bardzo wielu sprawach. Jedno wszak nie budzi wątpliwości – spośród wielu instytucji prawa angielskiego, które w różnym zakresie dotyczą odpowiedzialności członków zarządu *private limited liability company* za jej zobowiązania, a które zostały już wcześniej w zarysie przedstawione, szczegółowszych uwag wymaga właśnie instytucja *wrongful trading* jako najdokładniejszy odpowiednik reżimu prawnego uregulowanego w prawie polskim w art. 299 k.s.h. Tożsame jest zwłaszcza *ratio legis* obu uregulowań: mają

¹¹⁶ Zob. art. 117 ust. 3 Small Business, Enterprise and Employment Act 2015, c. 26.

¹¹⁷ R. Williams, *What Can We Expect to Gain from Reforming the Insolvent Trading Remedy?*, MLR 2015, t. 78, nr 1, s. 55.

¹¹⁸ W ten sposób należy rozumieć dodany do art. 214 Insolvency Act ustęp 6a oraz pozostałe zmiany w treści tego przepisu, w których mowa o objęciu tą odpowiedzialnością członków zarządu spółki nie tylko, gdy nieuniknione było: „going into insolvent liquidation”, lecz również „entering insolvent administration”, przez co należy rozumieć okres funkcjonowania spółki, gdy majątek spółki nie wystarcza na spłatę jej długów i pokrycie kosztów bieżącego funkcjonowania spółki: „its assets are insufficient for the payment of its debts and other liabilities and the expenses of the administration”.

¹¹⁹ R. Williams, *What Can We Expect...*, s. 83.

¹²⁰ R. Williams, *What Can We Expect...*, s. 84.

powstrzymać członka zarządu niewypłacalnej spółki przed zaciąganiem w jej imieniu dalszych zobowiązań, co narażałoby nowych wierzycieli na pewną stratę¹²¹. Celem instytucji *wrongful trading* jest ochrona wierzycieli spółki przed niekompetencją i niedbalstwem członków jej zarządu¹²², a także prewencja wobec członków zarządu: mają pilnie zwracać uwagę na wszystkie aspekty związane z jej funkcjonowaniem pod rygorem poniesienia odpowiedzialności osobistej¹²³.

Wrongful trading jest uregulowane w art. 214 Insolvency Act¹²⁴, którego brzmienie nieznacznie zostało zmienione w 2015 r.¹²⁵ Przewiduje on następujące przesłanki odpowiedzialności członka zarządu spółki: rozpoczęło się postępowanie upadłościowe (upadłość likwidacyjna) spółki oraz przed jego wszczęciem członek zarządu wiedział albo powinien był wiedzieć, że nie było realnych perspektyw uniknięcia przez spółkę upadłości likwidacyjnej. Należy zatem podkreślić, że choć

¹²¹ Tak wyraźnie w odniesieniu do *wrongful trading*: J. Lowry, A. Dignam, *Company Law*, Oxford 2006, s. 36.

¹²² *Boyle&Birds'...*, red. J. Birds, B. Clark, I. MacNeil, G. McCormack, C. Twigg-Flesner, C. Villiers, A.J. Boyle, s. 599.

¹²³ *Boyle&Birds'...*, red. J. Birds, B. Clark, I. MacNeil, G. McCormack, C. Twigg-Flesner, C. Villiers, A.J. Boyle, s. 602.

¹²⁴ Insolvency Act 1986, c. 45.

¹²⁵ Przepis ten, po zmianach z 2015 r., brzmi: „(1) Subject to subsection (3) below, if in the course of the winding up of a company it appears that subsection (2) of this section applies in relation to a person who is or has been a director of the company, the court, on the application of the liquidator, may declare that that person is to be liable to make such contribution (if any) to the company's assets as the court thinks proper. (2) This subsection applies in relation to a person if – (a) the company has gone into insolvent liquidation, (b) at some time before the commencement of the winding up of the company, that person knew or ought to have concluded that there was no reasonable prospect that the company would avoid going into insolvent liquidation or entering insolvent administration, and (c) that person was a director of the company at that time; but the court shall not make a declaration under this section in any case where the time mentioned in paragraph (b) above was before 28th April 1986. (3) The court shall not make a declaration under this section with respect to any person if it is satisfied that after the condition specified in subsection (2) (b) was first satisfied in relation to him that person took every step with a view to minimising the potential loss to the company's creditors as (on the assumption that he had knowledge of the matter mentioned in subsection (2)(b)) he ought to have taken. (4) For the purposes of subsections (2) and (3), the facts which a director of a company ought to know or ascertain, the conclusions which he ought to reach and the steps which he ought to take are those which would be known or ascertained, or reached or taken, by a reasonably diligent person having both – (a) the general knowledge, skill and experience that may reasonably be expected of a person carrying out the same functions as are carried out by that director in relation to the company, and (b) the general knowledge, skill and experience that that director has. (5) The reference in subsection (4) to the functions carried out in relation to a company by a director of the company includes any functions which he does not carry out but which have been entrusted to him. (6) For the purposes of this section a company goes into insolvent liquidation if it goes into liquidation at a time when its assets are insufficient for the payment of its debts and other liabilities and the expenses of the winding up. (6A) For the purposes of this section a company enters insolvent administration if it enters administration at a time when its assets are insufficient for the payment of its debts and other liabilities and the expenses of the administration. (7) In this section “director” includes a shadow director. (8) This section is without prejudice to section 213”.

jest to odpowiedzialność na zasadzie winy¹²⁶, to inaczej niż w przypadku *fraudulent trading* nie jest wymagane udowodnienie członkowi zarządu winy umyślnej – wystarczy wykazać jego lekkomyślność albo niedbalstwo (*negligence*). Oceniając *ad casum*, czy członek zarządu powinien wiedzieć o nieuchronności ogłoszenia upadłości likwidacyjnej spółki, bierze się pod uwagę wiedzę, umiejętności oraz doświadczenie, jakich rozsądnie można oczekiwać od osoby pełniącej funkcję członka zarządu spółki (standard obiektywny), a także faktyczną wiedzę, umiejętności i doświadczenie, jakie miał konkretny członek zarządu (standard subiektywny). Oznacza to, że *de facto* surowszą odpowiedzialność poniosą, z jednej strony, osoby decydujące się na objęcie funkcji członka zarządu spółki bez stosownych do tego kwalifikacji (dojdzie do naruszenia standardu obiektywnego), jak i osoby bardzo wysoko wykwalifikowane, po których można oczekiwać więcej niż od typowego członka zarządu spółki (naruszenie standardu subiektywnego). Wymaga również podkreślenia, że na przykład w porównaniu z prawem niemieckim prawo angielskie nie uzależnia wprost poniesienia odpowiedzialności przez członka zarządu *private limited liability company* od złożenia we właściwym czasie wniosku o ogłoszenie upadłości spółki. Rozstrzygając sprawy z art. 214 Insolvency Act, sąd musi jednak ocenić, czy pozwany członek zarządu po wystąpieniu stanu niewypłacalności spółki podjął wszelkie możliwe działania mające na celu ograniczenie ponoszonej z tego względu przez wierzycieli spółki szkody – niewątpliwie zgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości spółki w takich okolicznościach jest jednym z najważniejszych tego rodzaju działań, a zatem nie budzi wątpliwości, że, choć pośrednio, odpowiedzialność z tytułu *wrongful trading* to odpowiedzialność za niezgłoszenie we właściwym czasie wniosku o ogłoszenie upadłości spółki.

Zakres podmiotowy odpowiedzialności z tytułu *wrongful trading* obejmuje członków zarządu spółki, przy czym chodzi o osoby, które pełniły tę funkcję w chwili, gdy było jasne, że nie ma realnych perspektyw na uniknięcie niewypłacalności spółki (art. 214 ust. 2c Insolvency Law). Oczywiście dotyczy to również osób, które później, już po obiektywnie określonym w ten sposób momencie, zaczną pełnić funkcję członków

¹²⁶ Jeżeli zatem szkoda została wyrządzona wskutek zdarzeń, za które członek zarządu nie ponosi odpowiedzialności, w orzecznictwie powództwo z tytułu *wrongful trading* się oddala, zob. np. Re Continental Assurance Co of London plc [2007] 2 BCLC 28.

zarządu¹²⁷ – moment ten należy bowiem indywidualnie ustalać względem każdego członka zarządu¹²⁸. Z art. 214 ust. 7 Insolvency Act jednoznacznie wynika, że taką samą odpowiedzialność ponoszą *shadow directors*¹²⁹, natomiast w doktrynie przyjmuje się również, że odpowiadać będą faktyczni członkowie zarządu¹³⁰ – osoby działające jak członkowie zarządu, mimo że nie zostali powołani do pełnienia tej funkcji¹³¹. W zasadzie nie ma też znaczenia dokonanie między członków zarządu podziału obowiązków – w orzecznictwie¹³² podkreśla się, że wszyscy członkowie zarządu mają z racji pełnienia tej funkcji obowiązek kontrolowania bieżącej sytuacji finansowej spółki. Dodać jeszcze trzeba, że roszczenie z tytułu *wrongful trading* jest typowym roszczeniem majątkowym, a zatem wchodzi ono do spadku po zmarłym członku zarządu¹³³.

Odpowiedzialność z tytułu *wrongful trading* nie ma charakteru klasycznie odszkodowawczego. Jak bowiem wynika z art. 214 ust. 1 Insolvency Act, przeciwko członkowi zarządu nie występuje się o zasądzenie odszkodowania (*damages*), lecz *contribution* do majątku spółki, i to sąd swobodnie decyduje o ich wysokości („as the court thinks proper”). Oznacza to, że odpowiedzialność ta pełni obok funkcji kompensacyjnej¹³⁴ także co najmniej funkcje prewencyjną¹³⁵ oraz penalną¹³⁶.

¹²⁷ I.F. Fletcher, *The Law...*, s. 858.

¹²⁸ I.F. Fletcher, *The Law...*, s. 858.

¹²⁹ Analiza pojęcia *shadow directors* przekracza ramy tego opracowania. Należy jedynie wskazać, że w sprawie *Secretary of State for Trade and Industry v. Deverell* [2000] 2 WLR 907 (CA) sąd wskazał następujące cechy, które pozwalają na uznanie konkretnej osoby za *shadow director*: posiadanie realnego wpływu na funkcjonowanie spółki; instrukcje przez nich wydawane nie muszą dotyczyć wszystkich decyzji podejmowanych przez powołanych członków zarządu. Zob. szerzej w tej kwestii: *Boyle & Birds'...*, red. J. Birds, B. Clark, I. MacNeil, G. McCormack, C. Twigg-Flesner, C. Villiers, A.J. Boyle, s. 558.

¹³⁰ Nie jest to zaskakujące, bo w świetle badań prawno-porównawczych okazuje się typowe w wielu systemach prawnych ponoszenie na wypadek niewypłacalności spółki takiej samej odpowiedzialności przez rzeczywistych członków zarządu, a także faktycznych członków zarządu czy *shadow directors*; zob. S. Kalss, N. Adensamer, J. Oelkers, *Director's Duties in the Vicinity of Insolvency...*, s. 141.

¹³¹ J. Lowry, A. Dignam, *Company Law...*, s. 466; D. French, S. Mayson, Ch. Ryan, *Mayson, French & Ryan...*, s. 710.

¹³² Zob. np. *Re DKG Contractors Ltd* [1990] BCC 903; *Re Brian D Pierson (Contractor) Ltd* [1999] BCC 26.

¹³³ *Re Sherborne Associates Ltd* [1995] BCC 40.

¹³⁴ W orzecznictwie akcentuje się różne funkcje tej odpowiedzialności, zob. np. uznanie jej przede wszystkim za odpowiedzialność kompensacyjną w sprawie *Re Produce Marketing Consortium Ltd* [1989] 5 BCC 569, oraz uznanie jej przede wszystkim za przejaw odpowiedzialności penalnej w sprawie *Re Sherborne Associates Ltd* [1995] BCC 40.

W doktrynie podkreśla się, że wysokość zasądanego świadczenia powinna pozostać w związku z wartością, o jaką został uszczuplony majątek spółki wskutek niewłaściwego działania osób mających ponieść odpowiedzialność¹³⁷, stąd na przykład w sprawie *Re Marini Ltd*¹³⁸ stwierdzono, że jeśli w czasie, gdy spełnione były przesłanki *wrongful trading*, majątek spółki nie został uszczuplony, to członek zarządu w ogóle nie poniesie odpowiedzialności z tego tytułu.

Odpowiedzialność z tytułu *wrongful trading* to odpowiedzialność ponoszona na wypadek niewypłacalności *private limited liability company*, ponieważ podstawowa przesłanka odpowiedzialności to właśnie wszczęcie postępowania upadłościowego likwidacyjnego wobec niewypłacalnej spółki. Jest to wymaganie niekorzystne dla wierzycieli spółki, bo jeśli do wszczęcia takiego postępowania nie dojdzie, na przykład nawet wskutek braku środków w majątku spółki na jego prowadzenie, to nie będzie możliwe uruchomienie tej odpowiedzialności. Druga przesłanka odpowiedzialności to wina (umyślna albo nieumyślna) członka zarządu. Przejawia się ona w tym, że jeszcze przed wszczęciem postępowania upadłościowego członek zarządu spółki, wiedząc, lub nawet jeśli tylko powinien był o tym wiedzieć, o braku perspektyw dla dalszego funkcjonowania spółki, nie podjął wszystkich możliwych działań mających uchronić interesy jej wierzycieli. Udowodnienie przez pozwanego członka zarządu podjęcia tego rodzaju kroków zwolni go z odpowiedzialności. Musi to być jednak działanie aktywne, bo za tego rodzaju krok w doktrynie nie uznaje się złożenia rezygnacji z pełnionej funkcji¹³⁹. Spełniłoby to wymaganie podjęcie rzetelnych negocjacji z wierzycielami spółki co do rozwiązania zaistniałej sytuacji¹⁴⁰.

¹³⁵ Ma wpływać na rozważne działanie członków zarządu spółki, którzy powinni na bieżąco monitorować jej sytuację majątkową pod sankcją poniesienia osobistej odpowiedzialności właśnie z tytułu *wrongful trading*.

¹³⁶ Dotkliwość wysokich *contribution* może być istotna, gdy działanie konkretnych pozwanych członków zarządu jest szczególnie naganne. Stąd, choć odpowiedzialność ta nie wymaga udowodnienia członkom zarządu winy umyślnej, można przypuszczać, że w razie takiego ich działania sąd może zasądzić świadczenie o wyższej wysokości.

¹³⁷ J. Lowry, A. Dignam, *Company Law...*, s. 469.

¹³⁸ [2004] BCC 172.

¹³⁹ *Boyle&Birds'...*, red. J. Birds, B. Clark, I. MacNeil, G. McCormack, C. Twigg-Flesner, C. Villiers, A.J. Boyle, s. 603.

¹⁴⁰ I.F. Fletcher, *The Law...*, s. 860.

Legitymację czynną w postępowaniu przeciwko członkowi zarządu *private limited liability company* w postępowaniu o zasądzenie z tytułu *wrongful trading* ma tylko osoba prowadząca postępowanie upadłościowe, a nie każdy z wierzycieli indywidualnie. W doktrynie uważa się to za jedną z najważniejszych przyczyn nikłego praktycznego sukcesu tej instytucji prawnej i postuluje się wprowadzenie przynajmniej skargi derywacyjnej¹⁴¹ pozwalającej na wytaczanie powództw bezpośrednio wierzycielom spółki, tyle że zasądzenie następowałoby do majątku spółki. We wskazanej najnowszej nowelizacji regulacji *wrongful trading* z 2015 r. nie zrealizowano jednak tej propozycji.

VIII. Podsumowanie

O ile w prawie polskim zidentyfikowano dwie zbliżone instytucje prawne dotyczące ponoszenia odpowiedzialności przez członków zarządu spółki z o.o. na wypadek jej niewypłacalności (art. 299 k.s.h. i art. 21 p.u.), o tyle na tle prawa angielskiego udało się odnaleźć aż sześć instytucji prawnych, które, w różnym zakresie, mogą zostać uznane za odpowiedniki polskiej regulacji. Wszystkie spełniają bowiem kluczowe kryterium dla takiej kwalifikacji: pozwalają pociągnąć do osobistej odpowiedzialności członków zarządu *private limited liability company* (uznanej za angielski odpowiednik polskiej spółki z o.o.) w związku z długami spółki. Czasami jedynie ekonomiczny (faktyczny) rezultat ich zastosowania jest taki, ponieważ jurydycznie dotyczą indywidualnej odpowiedzialności członka zarządu za czyn własny. Również tylko wyjątkowo z roszczeniem przeciwko członkowi zarządu może wystąpić wierzyciel spółki bezpośrednio.

Za najbardziej zbliżoną do polskiej regulacji trzeba uznać *wrongful trading*. Nie budzi jednak wątpliwości, że w praktyce nie jest ona skuteczna. Można by uznać, że być może przyczyna tego tkwi w dwóch jej cechach, które, właśnie dzięki porównaniu z często wykorzystywanym przez wierzycieli spółek z o.o. art. 299 k.s.h., staje się widoczna. Po pierwsze, brak bezpośredniego roszczenia, z jakim mogliby wystąpić wierzyciele spółki wobec członka jej zarządu (roszczenie przysługuje wyłącznie likwidatorowi). Po drugie, trudności dowodowe, jakim musi podołać dochodzący

¹⁴¹ V. Finch, *Corporate...*, s. 709.

roszczenia z tytułu *wrongful trading*. O ile nieskuteczność tej instytucji dostrzega sam angielski prawodawca, czego efektem jest dotycząca jej zmiana wprowadzona w 2015 r.¹⁴², o tyle, jeśli diagnoza przyczyn tej nieskuteczności wynikająca z przeprowadzonej analizy jest trafna, ta zmiana normatywna nie wydaje się wystarczająca.

¹⁴² Small Business, Enterprise and Employment Act 2015, c. 26.

Część trzecia – prawo niemieckie¹⁴³

I. Uwagi ogólne

1. Typy spółek handlowych w prawie niemieckim

W prawie niemieckim, podobnie jak w prawie polskim, wyróżnia się dwa podstawowe typy spółek – osobowe (*Personengesellschaften*) oraz kapitałowe (*Körperschaften*). Podstawowym kryterium pozwalającym rozróżnić obie kategorie podmiotów gospodarczych jest posiadanie albo nieposiadanie przez konkretny podmiot osobowości prawnej. Spółki osobowe nie posiadają osobowości prawnej, ale wyposażone są w zdolność prawną. Spółki kapitałowe natomiast osobowość prawną posiadają¹⁴⁴.

Spółkami osobowymi w prawie niemieckim są: spółka prawa cywilnego (*Gesellschaft bürgerlichen Rechts* – GBR)¹⁴⁵, spółka jawna (*offene Handelsgesellschaft* – OHG)¹⁴⁶, spółka komandytowa (*Komanditgesellschaft* – KG)¹⁴⁷ oraz spółka partnerska (*Partnerschaftsgesellschaft* – PartG)¹⁴⁸. Obok wskazanych typowych spółek osobowych prawo niemieckie wyróżnia także tzw. spółkę cichą (*stille Gesellschaft*), która mimo zaliczenia do spółek osobowych nie jest uznawana za klasyczną spółkę

¹⁴³ Autorem tej części opracowania jest J. Zębala.

¹⁴⁴ B. Grunewald, *Gesellschaftsrecht*, Tübingen 2005, s. 3.

¹⁴⁵ Instytucja spółki prawa cywilnego została uregulowana w § 705–740 Kodeksu cywilnego niemieckiego – *Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002* (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738), das zuletzt durch Artikel 3 des Gesetzes vom 24. Mai 2016 (BGBl. I S. 1190) geändert worden ist; dalej: BGB.

¹⁴⁶ Spółka jawna funkcjonuje w prawie niemieckim na podstawie przepisów, w szczególności § 105–160, kodeksu handlowego – *Handelsgesetzbuch in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 4100-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, das durch Artikel 5 des Gesetzes vom 5. Juli 2016* (BGBl. I S. 1578) geändert worden ist; dalej: HGB.

¹⁴⁷ Regulacje odnoszące się do spółki komandytowej również zawarte zostały w przepisach HGB, w szczególności § 161–177a.

¹⁴⁸ Regulacje odnoszące się do spółki partnerskiej zostały zawarte w odrębnej ustawie o spółce partnerskiej z 25.07.1994 r. – *Partnerschaftsgesellschaftsgesetz vom 25. Juli 1994* (BGBl. I S. 1744), das zuletzt durch Artikel 7 des Gesetzes vom 22. Dezember 2015 (BGBl. I S. 2565) geändert worden ist; dalej: PartGG.

handlową, a stanowi jedynie formę przejściową zmierzającą do przeistoczenia w OHG¹⁴⁹.

Poza wyposażeniem w zdolność prawną do podstawowych cech spółek osobowych w prawie niemieckim należą: wymóg istnienia co najmniej dwóch wspólników, ograniczenie swobody wystąpienia ze spółki, zasada osobistego zarządzania spółką przez jej wspólników (*Selbsorganschaft*)¹⁵⁰, osobista odpowiedzialność wspólników za zobowiązania spółki całym własnym majątkiem (*Privatvermogenshaftung*)¹⁵¹, zasada jednomyślności wspólników w podejmowaniu decyzji dotyczących prowadzenia spraw spółki (*Einstimmigkeitsprinzip*)¹⁵², obciążenie podatkiem dochodowym wyłącznie wspólników. Zysk spółki, z punktu widzenia prawa podatkowego, uznawany jest za zysk wspólników.

Spółkami kapitałowymi są natomiast w prawie niemieckim spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (*Gesellschaft mit beschränkter Haftung – GmbH*)¹⁵³ oraz jej podtyp określany mianem *Unternehmensgesellschaft*, spółka akcyjna (*Aktiengesellschaft – AG*)¹⁵⁴ oraz spółka komandytowo-akcyjna (*Kommanditgesellschaft auf Aktien – KGaA*)¹⁵⁵. Jak już wskazano, podstawową cechą charakterystyczną spółek kapitałowych jest posiadanie przez nie osobowości prawnej. Spółki kapitałowe nabywają osobowość prawną z chwilą wpisu do rejestru

¹⁴⁹ Por. § 230–236 HGB.

¹⁵⁰ Por. § 709, 714 BGB w odniesieniu do spółki prawa cywilnego, § 114, 125 HGB w odniesieniu do OHG oraz § 6 ust. 3 i § 7 ust. 2 PartGG w odniesieniu do PartG.

¹⁵¹ Por. § 128 i 171 HGB.

¹⁵² Por. § 709 BGB w odniesieniu do spółki prawa cywilnego, § 119 HGB w odniesieniu do OHG oraz § 6 ust. 3 PartGG w odniesieniu do PartG.

¹⁵³ Instytucja spółki z ograniczoną odpowiedzialnością została uregulowana w odrębnej ustawie o spółce z ograniczoną odpowiedzialnością z 20.04.1892 r. – Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 4123-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, das zuletzt durch Artikel 8 des Gesetzes vom 10. Mai 2016 (BGBl. I S. 1142) geändert worden ist; dalej: GmbHG.

¹⁵⁴ Uregulowana ustawą z 6.09.1965 r. o spółce akcyjnej – Aktiengesetz vom 6. September 1965 (BGBl. I S. 1089), das zuletzt durch Artikel 5 des Gesetzes vom 10. Mai 2016 (BGBl. I S. 1142) geändert worden ist; dalej: AktG.

¹⁵⁵ Regulacje dotyczące spółki komandytowo-akcyjnej w zakresie odnoszącym się do komplementariuszy zostały zawarte w przepisach HGB, natomiast do tzw. akcjonariuszy komandytowych (*Kommanditaktionäre*) stosowane są przepisy AktG.

handlowego¹⁵⁶. Istota tych spółek sprowadza się jednak przede wszystkim do wyłączenia bezpośredniej odpowiedzialności wspólników za zobowiązania spółki względem osób trzecich¹⁵⁷. Co więcej, w przypadku spółek kapitałowych odstąpiono od wymagania istnienia co najmniej dwóch wspólników dla skutecznego zawarcia umowy spółki. W przypadku spółki akcyjnej (AG) oraz spółki z ograniczoną odpowiedzialnością (GmbH) wystarczający jest jeden wspólnik zdolny do wniesienia odpowiednio wysokiego kapitału zakładowego. W przypadku GmbH oraz AG, odmiennie niż w spółkach osobowych, ukształtowano także zasady przystąpienia i wystąpienia ze spółki. Co do zasady, wspólnicy i akcjonariusze mogą swobodnie rozporządzać udziałami i akcjami bez konieczności uzyskania zgody spółki i innych wspólników¹⁵⁸. Przeniesienie akcji lub udziałów nie ma także wpływu na byt prawny spółki. Kolejną istotną cechą spółek kapitałowych jest ich wyposażenie w organy, a w konsekwencji wyłączenie uprawnień poszczególnych wspólników w zakresie prowadzenia spraw spółki i jej reprezentacji względem osób trzecich (*Fremdorganschaft/Fremdgesellschaftsführung*)¹⁵⁹. Zasadą podejmowania decyzji w spółkach kapitałowych jest natomiast zasada większości (*Mehrheitsprinzip*)¹⁶⁰.

2. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w prawie niemieckim – wzmianka

Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w prawie niemieckim została uregulowana w odrębnej ustawie o spółce z ograniczoną odpowiedzialnością z 20.04.1892 r. (*Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung vom 20.04.1892 – GmbHG*). Na uwagę zasługuje fakt, że spośród wszystkich spółek kapitałowych

¹⁵⁶ Por. § 21 i 22 BGB w odniesieniu do osób prawnych w ogólności, § 11 ust. 1 GmbHG w odniesieniu do spółki z ograniczoną odpowiedzialnością oraz § 41 ust. 1 zd. 1 AktG w odniesieniu do spółki akcyjnej.

¹⁵⁷ Wyłączenie odpowiedzialności akcjonariuszy akcjonariuszy komandytowych zawarto w § 278 ust. 1 AktG. Zagadnienie odpowiedzialności wspólników spółki z ograniczoną odpowiedzialnością będzie natomiast przedmiotem dalszych analiz w niniejszym opracowaniu.

¹⁵⁸ Zasady przenoszenia udziałów w GmbH zostały określone w § 15 ust. 1 GmbHG, natomiast akcje mogą być zbywane na zasadach właściwych dla papierów wartościowych, określonych w § 929 i n. BGB.

¹⁵⁹ Por. § 26 BGB w odniesieniu do wszelkich osób prawnych, § 35 GmbHG w odniesieniu do spółki z ograniczoną odpowiedzialnością oraz § 76 AktG w odniesieniu do spółki akcyjnej.

¹⁶⁰ Por. § 32 ust. 1 zd. 3 BGB w odniesieniu do wszelkich osób prawnych, § 47 ust. 1 GmbHG w odniesieniu do spółki z ograniczoną odpowiedzialnością oraz § 133 ust. 1 AktG w odniesieniu do spółki akcyjnej.

GmbH została w sposób wyczerpujący i zbliżony do jej dzisiejszego kształtu uregulowana najwcześniej.

GmbHG w obecnie obowiązującym brzmieniu nie zawiera definicji legalnej spółki z o.o. Jej istotę i cechy charakterystyczne należy zatem rekonstruować na podstawie całokształtu przepisów przywołanej ustawy. Nie ulega przy tym wątpliwości, że spółka ta jest spółką handlową w rozumieniu HGB, co wynika wprost z treści § 13 ust. 3 GmbHG. W doktrynie zauważa się, że spółka z o.o. łączy w sobie zarówno elementy osobowe, jak i kapitałowe, co czyni ją niejako stadium przejściowym między czystą postacią spółki osobowej, jaką jest spółka jawna (OHG), a spółką „czysto kapitałową”, którą jest oczywiście spółka akcyjna¹⁶¹.

Spółka z o.o. jest uznawana za osobę prawną prawa prywatnego¹⁶². Podstawowe argumenty uzasadniające wskazane twierdzenie wynikają z treści § 13 GmbHG, który jednak nie stanowi wprost, że spółka z o.o. posiada osobowość prawną¹⁶³. Ustęp 1 wzmiankowanego przepisu stanowi, że spółka z o.o. jako taka posiada własne uprawnienia i obowiązki, w szczególności może ona nabywać własność nieruchomości i inne prawa rzeczowe do własnego majątku, jak również pozywać i być pozywana¹⁶⁴. W zakresie osobowości prawnej spółki z o.o. prawa niemieckiego mieści się zatem zarówno zdolność prawna oraz zdolność do czynności prawnych, jak i zdolność sądowa i zdolność procesowa. Spółka ta posiada swój własny majątek, którym może zarządzać, co umożliwia traktowanie jej jako samodzielnego podmiotu prawa prywatnego¹⁶⁵.

¹⁶¹ H. Fleischer, *Einleitung zum Begriff der GmbH*, [w:] H. Fleischer, W. Goette, *Münchener Kommentar GmbHG*, München 2015, Nb. 1.

¹⁶² A. Hück, L. Fastrich, *Kommentar zum § 13 GmbHG*, [w:] A. Baumbach, A. Hück, *Kommentar zum GmbHG*, München 2010, Nb. 3.

¹⁶³ Zagadnienie osobowości prawnej spółki z ograniczoną odpowiedzialnością pod rządami GmbHG nie od początku było tak jednoznaczne jak obecnie. Jako że żaden przepis ustawy nie stanowi wprost o przyznaniu spółce osobowości prawnej, w doktrynie pojawiło się wiele wątpliwości w tej kwestii. Na kanwie brzmienia § 13 ust. 1 GmbHG wielu przedstawicieli doktryny traktuje pojęcie osobowości prawnej jako czysto techniczno-prawny termin klasyfikacyjny. Z praktycznego bowiem punktu widzenia istotny jest zakres uprawnień i obowiązków składających się na osobowość prawną, a nie sposób określenia tego zakresu. Por. szerzej: J. Berberich, P. Haaf, *Das Entscheidungsproblem der Rechtsformwahl*, [w:] U. Prinz, N. Winkeljohann (red.), *Handbuch der GmbH*, München 2014, s. 3–7.

¹⁶⁴ § 13 ust. 1 GmbHG: „Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung als solche hat selbständig ihre Rechte und Pflichten; sie kann Eigentum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben, vor Gericht klagen und verklagt werden“.

¹⁶⁵ H. Fleischer, *Einleitung...*, Nb. 5.

Spółka z o.o. jest przedsiębiorcą. Jak już wskazano, zgodnie z § 13 ust. 3 GmbHG jest ona spółką handlową w rozumieniu kodeksu handlowego, a zatem może we własnym imieniu prowadzić działalność gospodarczą¹⁶⁶. Na podstawie treści § 1 GmbHG można stwierdzić, że spółkę z o.o. można powołać w dowolnym zgodnym z prawem celu („zu jedem gesetzlichen zulässigen Zweck”).

Jako najistotniejszą cechę charakterystyczną analizowanej spółki należy jednak wskazać ograniczenie, a w zasadzie wyłączenie odpowiedzialności wspólników wobec osób trzecich za zobowiązania spółki wynikające z prowadzonej przez nią działalności gospodarczej¹⁶⁷. Zgodnie z treścią § 13 ust. 2 GmbHG za zobowiązania tego rodzaju odpowiedzialność ponosi bowiem wyłącznie spółka z własnego majątku¹⁶⁸. Wyłączenie odpowiedzialności wspólników wynika z okoliczności, że spółka z o.o. jako spółka kapitałowa przeznaczona jest do prowadzenia działalności, której rozmiary mogą prowadzić do powstania zobowiązań, których osoba fizyczna nie byłaby w stanie samodzielnie udźwignąć¹⁶⁹. Odpowiedzialność spółki na zasadach określonych w § 13 ust. 2 GmbHG zachodzi dopiero od chwili powstania spółki, a zatem z chwilą jej wpisania do rejestru handlowego¹⁷⁰. Przed tą datą za zobowiązania spółki, zgodnie z brzmieniem § 11 ust. 2 GmbH, odpowiadają osobiście i solidarnie wszyscy wspólnicy-założyciele.

Zabezpieczeniem odpowiedzialności spółki względem osób trzecich za zaciągnięte do jej majątku zobowiązania jest kapitał zakładowy (*Stammkapital*). Minimalna wysokość kapitału zakładowego spółki z o.o. została określona w § 5 ust. 1 GmbHG i powinna wynosić nie mniej aniżeli 25 000 euro¹⁷¹. Kapitał zakładowy dzieli się na udziały, których wartość nominalna powinna być zawsze wyrażana w pełnych euro, co oznacza, że minimalną wartością pojedynczego udziału jest kwota jednego euro¹⁷². Ustawa nie wyznacza przy tym minimalnej liczby udziałów, na które powinien

¹⁶⁶ A. Hück, L. Fastrich, *Kommentar zum § 13 GmbHG...*, Nb. 3.

¹⁶⁷ A. Hück, L. Fastrich, *Kommentar zum § 13 GmbHG...*, Nb. 23.

¹⁶⁸ Por. § 13 ust. 2 GmbHG: „Für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haftet den Gläubigern derselben nur das Gesellschaftsvermögen“.

¹⁶⁹ H. Fleischer, *Einleitung...*, Nb. 18.

¹⁷⁰ *Argumentum ex § 11 ust. 1 GmbHG*.

¹⁷¹ Por. § 5 ust. 1 GmbHG: „Das Stammkapital der Gesellschaft muß mindestens fünfundzwanzigtausend Euro betragen“.

¹⁷² Por. § 5 ust. 2 zd. 1 GmbHG: „Der Nennbetrag jedes Geschäftsanteils muss auf volle Euro lauten“.

zostać podzielony kapitał. Istotne jest jedynie, że suma wartości nominalnych udziałów w spółce powinna być równa pełnej wartości kapitału zakładowego¹⁷³. Wydaje się zatem, że dopuszczalna jest sytuacja, w której w spółce istnieje tylko jeden udział, którego wartość jest równa wartości kapitału zakładowego. Tego rodzaju sytuacja może powstać w przypadku jednoosobowych spółek z o.o. (*die Ein-Personen-GmbH-en, Ein-Mann-GmbH-en*), w których całość kapitału zakładowego jest wnoszona przez jedynego wspólnika, który w zamian za to obejmuje wszystkie udziały w spółce. W normalnych warunkach każdy ze wspólników może objąć więcej niż jeden udział w spółce, przy czym maksymalna liczba obejmowanych udziałów nie została określona w ustawie¹⁷⁴.

Jak każda osoba prawna, spółka z o.o. jest tworem konwencjonalnym, a zatem nie jest w stanie działać samodzielnie. Funkcjonowanie spółki zapewnia natomiast istnienie organów prowadzących jej sprawy, jak również reprezentujących ją wobec osób trzecich. W spółce z o.o. istnieć mogą trzy organy: zgromadzenie wspólników (*Hauptversammlung*), osoby zarządzające (*Gesellschaftsführer*) oraz rada nadzorcza (*Aufsichtsrat*).

Najistotniejszym z organów jest oczywiście walne zgromadzenie. Nie ulega przy tym wątpliwości, że jako organ złożony ze wszystkich wspólników spółki ma on charakter obligatoryjny. Co więcej, w przeciwieństwie do dwóch pozostałych nie jest on powoływany przez żaden inny organ, ale istnieje z mocy prawa od chwili powstania spółki. Zgromadzenie wspólników podejmuje kluczowe decyzje o charakterze kierunkowym dla działalności spółki. Najbardziej jaskrawym przejawem ukierunkowującego wpływu zgromadzenia na działanie spółki jest możliwość udzielania zarządowi wiążących zaleceń. Jak wynika z treści § 37 ust. 1 GmbHG, członkowie zarządu są zobowiązani do działania zgodnego z zakresem ich umocowania określonego w umowie spółki, chyba że co innego zostało ustalone decyzją wspólników spółki¹⁷⁵. Działanie zgromadzenia wyznaczone jest zasadą

¹⁷³ Por. § 5 ust. 3 zd. 2 GmbHG: „Die Summe der Nennbeträge aller Geschäftsanteile muss mit dem Stammkapital übereinstimmen“.

¹⁷⁴ Por. § 5 ust. 2 zd. 2 GmbHG: „Ein Gesellschafter kann bei Errichtung der Gesellschaft mehrere Geschäftsanteile übernehmen“.

¹⁷⁵ Por. § 37 ust. 1 GmbHG: „Die Geschäftsführer sind der Gesellschaft gegenüber verpflichtet, die Beschränkungen einzuhalten, welche für den Umfang ihrer Befugnis, die Gesellschaft zu vertreten,

większości, a zatem uchwały podejmowane przezeń nie muszą być jednomyślne¹⁷⁶. Liczba głosów konkretnego wspólnika uzależniona jest od wartości posiadanych udziałów. Jeżeli bowiem umowa spółki nie stanowi inaczej, jedno euro wartości udziału uprawnia do oddania jednego głosu (§ 47 ust. 2 GmbHG).

Drugi z organów spółki z o.o., którego istnienie również jest obligatoryjne, stanowią osoby zarządzające spółką, na potrzeby niniejszego opracowania zwane dalej członkami zarządu. Członkowie zarządu mogą być powołani w umowie spółki albo w drodze uchwały zgromadzenia wspólników¹⁷⁷. Członkom zarządu, na podstawie § 35 ust. 1 zd. 1 GmbHG, przysługuje ustawowe uprawnienie do reprezentacji spółki (*organschaftliche Vertretung*) w zakresie czynności sądowych i pozasądowych¹⁷⁸. Członkowie zarządu mają również prawo, a jednocześnie obowiązek prowadzenia spraw spółki zgodnie z zasadami określonymi w umowie spółki i uchwałach wspólników¹⁷⁹. Status prawny członków zarządu wyznacza w szczególności § 6 GmbHG. Wskazany przepis dopuszcza możliwość powoływania zarządów jednoosobowych oraz wieloosobowych (§ 6 ust. 1 GmbHG). Co więcej, odnosi się także do minimalnych wymagań stawianych osobom piastującym tę funkcję. Członkiem zarządu spółki z o.o. mogą być bowiem wyłącznie osoby fizyczne posiadające pełną zdolność do czynności prawnych (§ 6 ust. 2 GmbHG).

Trzecim organem powoływanym w spółkach z o.o. jest rada nadzorcza. Głównym celem tego organu jest sprawowanie nadzoru nad działalnością zarządu spółki. Organem powołującym radę nadzorczą jest zawsze zgromadzenie wspólników. Co do zasady, powołanie rady nadzorczej ma charakter fakultatywny i zależy

durch den Gesellschaftsvertrag oder, soweit dieser nicht ein anderes bestimmt, durch die Beschlüsse der Gesellschafter festgesetzt sind“.

¹⁷⁶ Por. § 47 ust. 1 GmbHG: „Die von den Gesellschaftern in den Angelegenheiten der Gesellschaft zu treffenden Bestimmungen erfolgen durch Beschlußfassung nach der Mehrheit der abgegebenen Stimmen“.

¹⁷⁷ R. Marsch-Barner, H. Diekmann, *Der Gesellschaftsführer*, [w:] H.-J. Priester, D. Mayer, H. Wicke, *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts*, t. 3, *Gesellschaft mit beschränkter Haftung*, München 2012, s. 866–867.

¹⁷⁸ Por. § 35 ust. 1 zd. 1 GmbHG: „Die Gesellschaft wird durch die Geschäftsführer gerichtlich und außergerichtlich vertreten.“

¹⁷⁹ Por. wskazany już § 37 ust. 1 GmbHG.

w całości od woli wspólników¹⁸⁰. Powołanie rady nadzorczej powinno zostać przewidziane w umowie spółki. Stosowne postanowienie może przewidywać, że rada nadzorcza zostaje powołana z chwilą powstania spółki, co zobowiązuje walne zgromadzenie do jej niezwłocznego powołania, albo też przewidywać, że rada nadzorcza zostanie powołana, o ile wspólnicy podejmą stosowną uchwałę¹⁸¹. W drugim z przedstawionych wypadków brak uchwały wspólników niesie ze sobą skutek w postaci dalszego funkcjonowania spółki bez analizowanego organu. Jeśli natomiast umowa spółki przewiduje powołanie rady nadzorczej, to powinna ona składać się z co najmniej trzech osób (§ 52 ust. 1 GmbHG w zw. z § 95 zd. 1 AktG).

Prawo niemieckie przewiduje także sytuacje, w których powołanie rady nadzorczej jest obligatoryjne. Najistotniejszym z praktycznego punktu widzenia przypadkiem tego rodzaju jest obowiązek powołania rady nadzorczej w spółkach zatrudniających do najmniej 500 pracowników, ustanowiony w ustawie o partycypacji pracowników w radach nadzorczych z 18.05.2004 r.¹⁸² Zgodnie z treścią § 4 ust. 1 DrittelbG w spółkach objętych ustawą co najmniej jedną trzecią składu rady nadzorczej powinni stanowić pracownicy przedsiębiorstwa spółki¹⁸³. Drugi przypadek obligatoryjnego powołania rady nadzorczej został przewidziany w § 6 i następnych ustawy o udziale pracowników z 4.05.1976 r.¹⁸⁴ Ustawa ta znajduje zastosowanie do przedsiębiorców (w tym spółek prawa handlowego) zatrudniających więcej niż 2000 pracowników (§ 1 ust. 1 pkt 2 MitbestG). Liczba pracowników zasiadających w radzie nadzorczej przedsiębiorcy uzależniona jest od liczby osób zatrudnionych przez danego przedsiębiorcę (§ 7 MitbestG). Poza wskazanymi regulacjami na uwagę zasługuje także § 52 ust. 2 GmbHG, który w przypadkach obligatoryjnych rad nadzorczych, powołanych na podstawie dwóch powołanych wyżej ustaw, nakazuje

¹⁸⁰ R. Marsch-Barner, H. Diekmann, *Aufsichtsrat und sonstige Organe*, [w:] H.-J. Priester, D. Mayer, H. Wicke, *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts*, t. 3, *Gesellschaft mit beschränkter Haftung*, München 2012, s. 1001 i n.

¹⁸¹ R. Marsch-Barner, H. Diekmann, *Aufsichtsrat...*, s. 1002.

¹⁸² Gesetz über die Drittelbeteiligung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat vom 18. Mai 2004 (BGBl. I S. 974), das zuletzt durch Artikel 8 des Gesetzes vom 24. April 2015 (BGBl. I S. 642) geändert worden ist; dalej: DrittelbG.

¹⁸³ Por. § 4 ust. 1 DrittelbG: „Der Aufsichtsrat eines in § 1 Abs. 1 bezeichneten Unternehmens muss zu einem Drittel aus Arbeitnehmervertretern bestehen“.

¹⁸⁴ Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer vom 4. Mai 1976 (BGBl. I S. 1153), das zuletzt durch Artikel 7 des Gesetzes vom 24. April 2015 (BGBl. I S. 642) geändert worden ist; dalej: MitbestG.

obok parytetu pracowniczego zastosować także parytet płci. W każdej radzie nadzorczej powinno bowiem zasiadać co najmniej 30% kobiet (*Frauenanteil*).

II. Odpowiedzialność wobec spółki a odpowiedzialność wobec osób trzecich (*Innen- versus Außenhaftung*)

Rozważając zagadnienie odpowiedzialności członków zarządu spółki z o.o. w prawie niemieckim, należy odnieść się do kardynalnego dla tego porządku prawnego rozróżnienia między odpowiedzialnością ponoszoną przez organy spółki wobec niej samej, zwaną odpowiedzialnością wewnętrzną (*Innenhaftung*), oraz odpowiedzialnością względem osób trzecich niepowiązanych ze spółką węzłem korporacyjnym, zwaną odpowiedzialnością zewnętrzną (*Außenhaftung*).

Odpowiedzialność zewnętrzna ma charakter deliktowej odpowiedzialności odszkodowawczej. Istotę odpowiedzialności zewnętrznej wyznacza jej kierunek. Odpowiedzialność ta jest bowiem skierowana wyłącznie wobec osób trzecich niepozostających w jakimkolwiek związku korporacyjnym ze spółką. Do tego zakresu nigdy zatem nie będzie mogła zostać zakwalifikowana jakakolwiek odpowiedzialność względem spółki albo jej wspólników. Do przesłanek jej powstania należą: zachowanie się członka władz spółki w stosunku do osoby trzeciej, bezprawność (sprzeczność z prawem) tego zachowania oraz zawinienie członka zarządu, powstanie szkody w majątku spółki, jak również związek przyczynowy między zachowaniem i szkodą.

Zakres podmiotowy odpowiedzialności zewnętrznej obejmuje przede wszystkim organy wykonawcze spółki, a zatem zarząd w przypadku spółki akcyjnej (*Vorstand der AG*) oraz zarządców spółki z o.o. (*Gesellschaftsführer der GmbH*). Jak wskazuje się w doktrynie, wskazana zależność wynika przede wszystkim z faktu, że zarząd, jako organ wykonawczy spółki kapitałowej, ma co do zasady największy, a zarazem bezpośredni wpływ na jej funkcjonowanie, co uzasadnia przyjęcie zaostrzonych reguł odpowiedzialności za podejmowane decyzje¹⁸⁵. Brak bezpośredniego wpływu na prowadzenie spraw spółki i jej reprezentację uzasadnia zwolnienie z tego rodzaju odpowiedzialności członków rady nadzorczej.

¹⁸⁵ R.C. Thümmel, *Persönliche Haftung von Managern und Aufsichtsräten*, Stuttgart 2008, s. 165.

Przez odpowiedzialność wewnętrzną (*Innenhaftung*) należy natomiast rozumieć odpowiedzialność, co do zasady odszkodowawczą¹⁸⁶, organu wykonawczego spółki, a zatem członków zarządu (zarządców) spółki z o.o. oraz zarządu spółki akcyjnej, za szkody wyrządzone spółce w wyniku naruszenia obowiązku wynikającego z pełnienia funkcji organu osoby prawnej¹⁸⁷. Faktyczną podstawę odpowiedzialności będzie zatem zawsze stanowić zachowanie się członka organu zarządzającego w sposób niezgodny ze standardem wynikającym z nałożonych na niego przez prawo oraz umowę (statut) spółki obowiązków. Do podstawowych przesłanek odpowiedzialności wewnętrznej należą zatem zachowanie się członka zarządu stanowiące naruszenie obowiązku wobec spółki, powstanie szkody w majątku spółki oraz powiązanie kauzalne między naruszeniem obowiązku i szkodą¹⁸⁸.

III. Odpowiedzialność z tytułu zaniechania złożenia wniosku o wszczęcie postępowania upadłościowego (*Haftung wegen Insolvenzverschleppung*)

1. Zagadnienia ogólne

Z perspektywy analizowanego w tym opracowaniu zagadnienia kluczowe znaczenie ma odpowiedzialność członków organów spółki z o.o. za zobowiązania wobec wierzycieli w sytuacji zaniechania złożenia wniosku o wszczęcie postępowania upadłościowego (*Insolvenzantragspflichtverletzung, Insolvenzverschleppung*). Mając na uwadze rozważania zawarte wyżej, wskazaną odpowiedzialność należy rozpatrywać jako klasyczny przykład odpowiedzialności zewnętrznej, a zatem skierowanej wobec osób trzecich względem spółki.

W doktrynie niemieckiej konsekwentnie przyjmuje się, że odpowiedzialność ta ma charakter odpowiedzialności deliktowej. Osoby zarządzające spółką, zobowiązane

¹⁸⁶ W ramach odpowiedzialności wewnętrznej, obok klasycznej odpowiedzialności odszkodowawczej, mieści się również tzw. odpowiedzialność wyrównawcza (*Erstattungshaftung*). Przykład tego rodzaju odpowiedzialności – obowiązek zwrotu wypłat dokonanych na rzecz wspólników spółki na podstawie § 64 zd. 3 GmbHG (*Insolvenzverursachungshaftung*) – zostanie omówiony szczegółowo w części czwartej.

¹⁸⁷ R.C. Thümmel, *Persönliche Haftung...*, s. 63.

¹⁸⁸ R.C. Thümmel, *Persönliche Haftung...*, s. 63 i n.

do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości, ponoszą zatem odpowiedzialność odszkodowawczą w przypadku naruszenia obowiązku złożenia wniosku na zasadach przewidzianych przepisami prawa¹⁸⁹. W obecnym stanie prawnym roszczenia powinny być przez wierzycieli dochodzone na podstawie § 823 ust. 2 BGB¹⁹⁰ w związku z §15a ust. 1 ustawy prawo o postępowaniu upadłościowym¹⁹¹ (*Insolvenzordnung*¹⁹²).

2. Odpowiedzialność na skutek zaniechania złożenia wniosku o wszczęcie postępowania upadłościowego przed wejściem w życie MoMiG

W tym kontekście należy zwrócić uwagę na zmianę podstawy prawnej analizowanych roszczeń na skutek reformy ustawy o spółce z o.o. wprowadzonej przepisami ustawy o modernizacji prawa o spółce z o.o. i zapobieganiu nadużyciom z 23.10.2008 r.¹⁹³ Przed wejściem w życie wskazanej ustawy, tj. przed 1.11.2008 r., przepisy określające obowiązek złożenia wniosku o upadłość w odniesieniu do osób prawnych, jak również innych spółek prawa handlowego nieposiadających osobowości prawnej, ale których odpowiedzialność za zobowiązania wobec osób trzecich była choćby w pewnym stopniu ograniczona, były uregulowane w ustawach szczególnych określających ich zasady funkcjonowania¹⁹⁴. I tak dla spółki z o.o. był to przepis § 64 ust. 1 GmbHG, dla spółki akcyjnej § 92 ust. 2 AktG, natomiast dla spółki jawnej (OHG) oraz innych spółek osobowych §130a HGB.

W swoim dawnym brzmieniu § 64 ust. 1 GmbHG stanowił, że członkowie zarządu, w przypadku, gdy stanie się niewypłacalna („Wird die Gesellschaft zahlungsunfähig”), są zobowiązani wnioskować o wszczęcie postępowania

¹⁸⁹ F. Meyke, *Haftung des GmbH Gesellschaftsführers*, RWS-Skript 2007, nr 290, s. 268 i n.

¹⁹⁰ Przepis ten brzmi: „Die gleiche Verpflichtung [um die Schaden die aus Verletzungen von Rechten im Abs. 1 gelistet entstehen – J.Z.] trifft denjenigen, welcher gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstößt. Ist nach dem Inhalt des Gesetzes ein Verstoß gegen dieses auch ohne Verschulden möglich, so tritt die Ersatzpflicht nur im Falle des Verschuldens ein”.

¹⁹¹ H. Balthasar, *Risikobereich und Haftung. Krise und Insolvenz des Unternehmens*, [w:] G. Krieger, U.H. Schneider, *Handbuch Managerhaftung*, Köln 2010, s. 883.

¹⁹² Insolvenzordnung vom 5. Oktober 1994 (BGBl. I S. 2866), die zuletzt durch Artikel 16 des Gesetzes vom 20. November 2015 (BGBl. I S. 2010) geändert worden ist; dalej: InsO.

¹⁹³ Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen vom 23. Oktober 2008 (BGBl. I S.2026), dalej: MoMiG.

¹⁹⁴ H. Balthasar, *Risikobereich und Haftung...*, s. 883 i n.

upadłościowego („die Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu beantragen”), bez zawinionej zwłoki („ohne schuldhaftes Zögern”), jednakże nie później niż na trzy tygodnie od chwili wystąpienia stanu niewypłacalności. Takie same zasady zostały ustalone w przypadku, gdy spółka została dotknięta przez nadmierne zadłużenie (*Überschuldung*)¹⁹⁵.

Jak wynika z powyższego, § 64 ust. 1 GmbHG nakładał obowiązek złożenia wniosku o wszczęcie postępowania upadłościowego wyłącznie na członków zarządu spółki. Należy przy tym podkreślić, że zgodnie z literalnym brzmieniem przepisu przez członków zarządu (osoby zarządzające) spółki należało wtedy rozumieć wyłącznie osoby w sposób ważny powołane do pełnienia funkcji w ramach tego właśnie organu spółki z o.o. Już pod rządami dawnej regulacji GmbHG odpowiedzialność ta była jednak często i konsekwentnie rozszerzana na podmioty faktycznie sprawujące czynności zarządcze w spółce, w szczególności większościowych wspólników¹⁹⁶. W doktrynie rozróżniano w tych sytuacjach pojęcia osoby zarządzającej spółką z mocy ustawy (*gesetzlicher/de iure Gesellschaftsführer*) i osoby zarządzającej spółką jedynie faktycznie (*faktischer Gesellschaftsführer*)¹⁹⁷. Warto zatem zaznaczyć, że dokonane następnie w MoMiG rozszerzenie odpowiedzialności również na osoby niebędące członkami zarządu było już uprzednio znane i usankcjonowane praktyką orzeczniczą.

Analizowany przepis GmbHG wskazywał dwie przesłanki pozytywne odpowiedzialności członków zarządu za zobowiązania spółki. Pierwszą z nich była niewypłacalność (*Zahlungsunfähigkeit*), drugą natomiast nadmierne zadłużenie

¹⁹⁵ Por. § 64 ust. 1 GmbHG w brzmieniu sprzed 1.11.2008 r.: „Wird die Gesellschaft zahlungsunfähig, so haben die Geschäftsführer ohne schuldhaftes Zögern, spätestens aber drei Wochen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit, die Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu beantragen. Dies gilt sinngemäß, wenn sich eine Überschuldung der Gesellschaft ergibt“.

¹⁹⁶ Por. wyrok BGH z 21.03.1988 r., II ZR 194/87, BGHZ, 1988, nr 104, s. 44, w którym sąd najwyższy stwierdził, że obowiązek złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości oraz odpowiedzialność za zaniechanie dokonania tej czynności dotyczy także tych, którzy nie są formalnie powołani do pełnienia funkcji członków zarządu, a także tych, którzy sprawują faktyczne kierownictwo lub kierują spółką z innymi osobami – „Die Verpflichtung zur Stellung des Insolvenzantrags und die Verantwortung für die Verletzung dieser Pflicht trifft auch denjenigen, der, ohne zum Geschäftsführer bestellt zu sein, die Geschäfte der GmbH tatsächlich wie ein Geschäftsführer oder Mitgeschäftsführer führt“. Porównaj także wyrok BGH z 11.07.2005 r., II ZR 235/03, „Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht”, z. 19, s. 816–817.

¹⁹⁷ M. Casper, *Kommentar zum § 64 GmbHG* [w:] P. Ulmer, M. Habersack, M. Winter, *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG). Großkommentar*, Tübingen 2008, Nb. 39.

(*Überschuldung*). Żadna z tych przesłanek nie została jednak w analizowanym przepisie zdefiniowana. Znaczenie każdej z nich należało zatem rekonstruować (podobnie jak w tej pracy) na podstawie przepisów InsO¹⁹⁸.

Dla powstania odpowiedzialności kluczowe znaczenie miała chwila zajścia jednej z wymienionych przesłanek. Wyznaczała ona bowiem początek biegu ustawowego terminu na realizację obowiązku złożenia wniosku o wszczęcie postępowania upadłościowego. Zgodnie z treścią § 64 ust. 1 GmbHG członkowie zarządu byli zobowiązani do jego złożenia bez zawinionej zwłoki, a zatem tak szybko, jak było to możliwe w zwykłym toku czynności, jednakże nie później niż na trzy tygodnie od chwili wystąpienia przesłanki aktualizującej omawiany obowiązek. Odpowiedzialność wobec osób trzecich (wierzycieli spółki) była zatem możliwa dopiero w wypadku uchybienia wskazanemu w ustawie terminowi.

Analizowany przepis nie przewidywał żadnej szczególnej sankcji za naruszenie przewidzianego w nim obowiązku. Jak jednak już wskazano, zarówno w doktrynie, jak i orzecznictwie sądowym przyjmowano, że w takiej sytuacji członkowie zarządu spółki będą ponosili odpowiedzialność deliktową na zasadach przewidzianych w § 823 ust. 2 BGB¹⁹⁹.

3. Monizm regulacyjny – ujednoczenie regulacji z chwilą wejścia w życie MoMiG

Jak już wzmiankowano, od dnia wejścia w życie MoMiG obowiązek złożenia wniosku o wszczęcie postępowania upadłościowego przewidziany jest w sposób jednolity dla wszystkich osób prawnych, uregulowany w postanowieniach (wprowadzonego właśnie przez MoMiG) § 15a InsO. Należy przy tym jednak zwrócić uwagę, że nowelizacja wprowadzona w GmbHG przez MoMiG odnosi się w tym zakresie wyłącznie do dawnego § 64 ust. 1 GmbHG. Pozostałe postanowienia pozostawiono bez zmian.

¹⁹⁸ Wobec okoliczności, że § 17–19 InsO nie uległy zmianie w związku z wprowadzeniem MoMiG, szczegółowa charakterystyka przesłanek niewypłacalności i nadmiernego zadłużenia zostanie przeprowadzona w ramach analizy obecnie obowiązujących regulacji.

¹⁹⁹ R. Thümmel, *Persönliche Haftung...*, s. 167–168.

Zgodnie z treścią § 15a InsO w sytuacji, kiedy osoba prawna, a zatem w szczególności spółka kapitałowa, stała się niewypłacalna albo nadmiernie zadłużona, członkowie organów przedstawicielskich spółki oraz likwidatorzy zobowiązani są bez zawinionej zwłoki, ale nie później aniżeli na trzy tygodnie od chwili wystąpienia niewypłacalności albo nadmiernego zadłużenia, złożyć wnioski o wszczęcie wobec spółki postępowania upadłościowego²⁰⁰. Jedyne uzupełniająco należy wskazać, że taki sam obowiązek obciąża wspólników spółek osobowych, osobiście uprawnionych i zobowiązanych do prowadzenia spraw spółki oraz posiadających prawo do reprezentacji spółki, jak również likwidatorów spółek osobowych²⁰¹.

Jak zwraca się uwagę w doktrynie, podstawowym założeniem opisywanego zabiegu ustawodawcy miało być wprowadzenie uniwersalnej definicji i uniwersalnych zasad realizacji obowiązku złożenia wniosku o wszczęcie postępowania upadłościowego, a zatem regulacji, która będzie w sposób jednolity określać sytuację wszystkich działających na rynku osób prawnych (z wyjątkiem stowarzyszeń i niektórych organizacji *non-profit*)²⁰². Zapewnienie jednolitości pojmowania obowiązku złożenia wniosku o wszczęcie postępowania upadłościowego ma doniosłe znaczenie zarówno z teoretycznego, jak i praktycznego punktu widzenia. Przeniesienie regulacji z ustaw szczególnych do InsO stanowi bowiem systematyzację zagadnienia odpowiedzialności na skutek zaniechania złożenia wniosku o wszczęcie postępowania upadłościowego w sytuacji, gdy zachodzą przesłanki jego wszczęcia, które zostały precyzyjnie zdefiniowane właśnie w InsO.

Należy przy tym zwrócić uwagę, że sama definicja obowiązku złożenia wniosku o wszczęcie postępowania upadłościowego nie uległa zmianie w odniesieniu do spółki z o.o. Najistotniejszą konsekwencją tej okoliczności jest możliwość dalszego posługiwania się dorobkiem orzecznictwem i doktrynalnym wypracowanym pod

²⁰⁰ Por. § 15a ust. 1 zd. 1 InsO: „Wird eine juristische Person zahlungsunfähig oder überschuldet, haben die Mitglieder des Vertretungsorgans oder die Abwickler ohne schuldhaftes Zögern, spätestens aber drei Wochen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung, einen Eröffnungsantrag zu stellen“.

²⁰¹ Por. § 15a zd. 2 InsO: „Das Gleiche gilt für die organschaftlichen Vertreter der zur Vertretung der Gesellschaft ermächtigten Gesellschafter oder die Abwickler bei einer Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit, bei der kein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist“.

²⁰² H.C. Grigoleit, M.S. Rieder, *GmbH-Recht nach dem MoMiG, Analyse, Strategie, Gestaltung*, München 2009, s. 106–107.

ządami dawnego § 64 ust. 1 GmbHG. Co więcej, zmianie nie uległa w związku z tym także zasadnicza podstawa dochodzenia roszczeń o naprawienie szkód wyrządzonych przez zaniechanie podmiotów zobowiązanych do złożenia wniosku, którą nadal pozostaje § 823 ust. 2 BGB, z tym że już nie w związku z § 64 ust. 1 GmbHG, ale w związku z § 15a InsO²⁰³. W pełni aktualne pozostają zatem także orzecznicze przesłanki odpowiedzialności odszkodowawczej wobec wierzycieli spółki, do których należą: powstanie obowiązku złożenia wniosku o wszczęcie postępowania upadłościowego, zaniechanie realizacji obowiązku przez podmiot zobowiązany, wina zobowiązanego i szkoda w majątku wierzyciela²⁰⁴.

Należy podkreślić, że reforma dokonana za pomocą MoMiG nie polegała wyłącznie na uporządkowaniu kwestii funkcjonujących już wcześniej i na zmianie systematyki przepisów regulujących niewypłacalność osób prawnych. Istotnym elementem wprowadzonej reformy było podmiotowe, a pośrednio także przedmiotowe, zaostrzenie odpowiedzialności za zobowiązania osób prawnych w sytuacji ich niewypłacalności. Najistotniejszą zmianą było poszerzenie kręgu osób odpowiedzialnych w przypadku niewypłacalności spółki z o.o. Jak wskazano wyżej, na podstawie § 64 ust. 1 GmbHG osobami zobowiązanymi do złożenia wniosku o wszczęcie postępowania upadłościowego byli wyłącznie członkowie zarządu spółki z o.o. Obecnie § 15a ust. 3 InsO w szczególnych wypadkach powstania w spółce sytuacji tzw. utraty kierownictwa (*Führungslosigkeit*) InsO rozszerza tę odpowiedzialność także na wspólników spółki²⁰⁵. Warunkiem powstania odpowiedzialności jest ich wiedza na temat niewypłacalności albo nadmiernego zadłużenia spółki²⁰⁶. Rozszerzenie zakresu podmiotowego stanowi niewątpliwie mechanizm ochrony wierzycieli spółki. Sytuacja, w której wniosek o wszczęcie postępowania upadłościowego nie zostanie złożony, a tym samym postępowanie upadłościowe umożliwiające dokonanie rozliczeń z wierzycielami nie zostanie przeprowadzone, stała się w ten sposób o wiele mniej prawdopodobna. Zarazem

²⁰³ H. Balthasar, *Risikobereich und Haftung...*, s. 883.

²⁰⁴ Wyrok BGH z 3.02.1987 r., II ZR 268/85, NJW 1987, s. 2433 i n.

²⁰⁵ H.C. Grigoleit, M.S. Rieder, *GmbH-Recht...*, s. 108.

²⁰⁶ Por. § 15a ust. 3 InsO: „Im Fall der Führungslosigkeit einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist auch jeder Gesellschafter, im Fall der Führungslosigkeit einer Aktiengesellschaft oder einer Genossenschaft ist auch jedes Mitglied des Aufsichtsrats zur Stellung des Antrags verpflichtet, es sei denn, diese Person hat von der Zahlungsunfähigkeit und der Überschuldung oder der Führungslosigkeit keine Kenntnis“.

rozszerzenie odpowiedzialności na osoby nieposiadające uprawnień do prowadzenia spraw spółki na bieżąco, jak również jej reprezentowania i podejmowania codziennych decyzji kształtujących działalność spółki stanowi drastyczne zaostrzenie zasad odpowiedzialności w stosunku do stanu prawnego obowiązującego przed wejściem w życie MoMiG, i to nie tylko pod względem podmiotowym. Pośrednio, rozszerzając na wspólników odpowiedzialność za ewentualną niewypłacalność spółki, ustawodawca nałożył na nich bowiem obowiązek jeszcze staranniejszego nadzoru nad bieżącą działalnością spółki oraz nieustannego monitorowania jej sytuacji finansowej i decyzji podejmowanych przez zarząd.

4. Elementy istotne *Insolvenzverschleppungschafung*

Mechanizm odpowiedzialności wobec wierzycieli za szkody wynikające z zaniechania złożenia wniosku o wszczęcie postępowania upadłościowego stanowi, zarówno z perspektywy podmiotowej, jak i przedmiotowej, określoną sytuację prawną. Na sytuację tę składają się wskazane wyżej kategorie podmiotów, na których ciąży obowiązek złożenia wniosku upadłościowego, zgodnie z § 15a ust. 1 i 3 InsO, jak również wiele przesłanek, które muszą zostać spełnione, aby wskazany obowiązek został zaktualizowany.

Mając na uwadze złożoność analizowanej sytuacji, zasadne jest dokonywanie szczegółowych analiz z podziałem na zakres podmiotowy oraz przedmiotowy odpowiedzialności za szkody wierzycieli spółki z o.o. wynikające z zaniechania złożenia wniosku o wszczęcie postępowania upadłościowego. W ramach zakresu podmiotowego przeprowadzona zostanie charakterystyka poszczególnych podmiotów zobowiązanych, ze szczególnym uwzględnieniem sytuacji, w których odpowiedzialność ta ulega aktualizacji w odniesieniu do poszczególnych kategorii osób, a zatem członków zarządu, likwidatorów oraz samych wspólników. W ramach charakterystyki zakresu przedmiotowego odpowiedzialności wyodrębnione zostaną dwie zasadnicze części, które łącznie stanowią właśnie przedmiotowy aspekt mechanizmu odpowiedzialności z tytułu naruszenia obowiązku złożenia wniosku o wszczęcie postępowania upadłościowego („Haftung wegen Verletzung den Pflicht Insolvenzantrag zu erstellen”). W ramach pierwszej części omówione zostaną podstawowe elementy o charakterze czysto upadłościowym, a zatem przede

wszystkim przesłanki wszczęcia postępowania upadłościowego uregulowane w InsO, a zarazem powstania analizowanego obowiązku – niewypłacalność (*Zahlungsunfähigkeit*) oraz nadmierne zadłużenie (*Überschuldung*). W drugiej natomiast przedstawione zostaną konsekwencje stosowania § 823 ust. 2 BGB w zw. z § 15a InsO jako podstawy dochodzenia naprawienia szkód przez poszkodowanych wierzycieli spółki.

5. Zakres podmiotowy *Insolvenzverschleppungshaftung*

5.1. Członkowie zarządu i likwidatorzy (*Gesellschaftsführer und Abwickler*)

Na podstawie przepisów § 15a ust. 1 i 3 InsO możliwe jest wyróżnienie dwóch zasadniczych kategorii podmiotów odpowiedzialnych za szkody wynikające z zaniechania złożenia wniosku o wszczęcie postępowania upadłościowego w spółce z o.o. – podmioty ogólnie zobowiązane do złożenia wniosku oraz podmioty odpowiedzialne jedynie w wyjątkowych sytuacjach. Do pierwszej z nich należy zaliczyć członków zarządu spółki oraz likwidatorów, ewentualnie inne osoby uprawnione do reprezentacji spółki i zobowiązane do prowadzenia jej spraw, do drugiej natomiast należą wspólnicy odpowiadający jedynie w sytuacji tzw. utraty kierownictwa.

W przypadku osób prawnych, co do zasady, obowiązek złożenia wniosku o wszczęcie postępowania upadłościowego w sytuacji zajścia przesłanek aktualizujących ten obowiązek obciąża podmioty uprawnione do działania za osobę prawną na zasadach wynikających z jej struktury organizacyjnej²⁰⁷. W przypadku spółki z o.o. na podstawie § 35 ust. 1 GmbHG uprawnienie takie przysługuje członkom zarządu spółki. Zgodnie ze wskazanym paragrafem spółka jest reprezentowana przez członków zarządu w zakresie wszelkich czynności sądowych oraz pozasądowych²⁰⁸. W normalnych warunkach zatem analizowany obowiązek nie obciąża wspólników jako pozbawionych uprawnień do działania za spółkę.

²⁰⁷ H. Balthasar, *Risikobereich und Haftung...*, s. 884.

²⁰⁸ § 35 ust. 1 zd. 5 GmbHG: „Die Gesellschaft wird durch die Geschäftsführer gerichtlich und außergerichtlich vertreten“.

Analizowany obowiązek obciąża w równym stopniu wszystkich członków zarządu. Nie ma przy tym znaczenia, czy w umowie spółki, czy też na zasadzie praktyki wypracowanej w toku prowadzenia spraw spółki określono szczegółowe dziedziny specjalizacji poszczególnych członków zarządu. Należy zatem sądzić, że członek zarządu, który w ramach codziennych czynności nie odpowiada bezpośrednio za decyzje finansowe spółki, nie może bronić się nieznajomością jej sytuacji finansowej, w szczególności nieznajomością właściwych dokumentów, w tym sprawozdań finansowych. Co więcej, jak zostanie opisane niżej, niewypłacalność spółki z o.o. w rozumieniu § 17 InsO może być opisana nie tylko za pomocą metod czysto rachunkowych, lecz także na podstawie określonych wskaźników pozarachunkowych, jednoznacznie wskazujących na pogorszenie sytuacji w spółce.

Co do zasady, członkowie zarządu powinni składać wniosek, działając wspólnie. Wskazane rozwiązanie ma na celu przede wszystkim zapobieżenie sytuacjom zbyt pochopnego działania. Zarazem bezpośrednią konsekwencją równomiernego obciążenia wszystkich członków zarządu obowiązkiem złożenia wniosku o wszczęcie postępowania o ogłoszenie upadłości jest uprawnienie każdego z nich z osobna (*jeder einzelne*) do złożenia wniosku²⁰⁹. Składając wniosek, członek zarządu nie musi działać zgodnie z zasadami reprezentacji przyjętymi w umowie spółki. Zgodnie bowiem z treścią § 15 ust. 2 zd 1 InsO każdy członek zarządu (a także inny podmiot w sytuacjach prawem przewidzianych) uprawniony jest do złożenia wniosku o wszczęcie postępowania upadłościowego z pominięciem innych, jeżeli jest w stanie wykazać, że przesłanki wszczęcia postępowania upadłościowego są wiarygodne²¹⁰. Sąd upadłościowy otrzymujący wniosek jest zobowiązany do wysłuchania także pozostałych osób uprawnionych do jego złożenia²¹¹. Wskazany mechanizm należy uznać za właściwy środek weryfikacyjny służący do ustalenia zgodności między członkami zarządu co do kondycji finansowej spółki i konieczności ogłoszenia upadłości, a zarazem środek hamujący ewentualne pochopne decyzje poszczególnych zarządzających.

²⁰⁹ H. Balthasar, *Risikobereich und Haftung...*, s. 884.

²¹⁰ § 15 ust. 2 zd. 1 InsO: „Wird der Antrag nicht von allen Mitgliedern des Vertretungsorgans (...), so ist er zulässig, wenn der Eröffnungsgrund glaubhaft gemacht wird“.

²¹¹ § 15 ust. 2 zd. 3 InsO: „Das Insolvenzgericht hat die übrigen Mitglieder des Vertretungsorgans, persönlich haftenden Gesellschafter, Gesellschafter der juristischen Person, Mitglieder des Aufsichtsrats oder Abwickler zu hören“.

Możliwość samodzielnego działania, niezależnie od ustalonych zasad reprezentacji spółki w przypadku powołania wieloosobowego zarządu, wydaje się uzasadniona literalnym brzmieniem § 15a GmbHG. Jak już wskazywano, przepis ten nakłada analizowany obowiązek nie na spółkę, ale na członków jej zarządu, a zatem należy przyjąć, że składając wniosek, członkowie zarządu nie działają za spółkę, ale we własnym imieniu, realizując własny obowiązek. Co więcej, przyznanie każdemu z osobna legitymacji do wystąpienia z wnioskiem o wszczęcie postępowania upadłościowego jest rozwiązaniem pożądanym i uzasadnionym z perspektywy konieczności szybkiej reakcji na pogarszającą się sytuację przedsiębiorstwa spółki. Należy przy tym zauważyć, że realizacja obowiązku przez jednego z członków zarządu zwalnia także pozostałych²¹². Dla wyłączenia ewentualnej odpowiedzialności nie ma zatem konieczności, aby każdy z członków zarządu składał wniosek. Wystarczające jest natomiast, aby mieli oni pewność, że co najmniej jeden z nich to zrobił, a w przypadku ewentualnego powództwa byli w stanie to skutecznie wykazać.

Wskazany sposób postępowania jest stosunkowo często wykorzystywany w praktyce obrotu, w sytuacji gdy członkowie zarządu decydują się na prowadzenie negocjacji z wierzycielami spółki²¹³. Niejednokrotnie, nie mając pewności co do możliwych efektów, w szczególności co do powodzenia podjętych rozmów, członkowie zarządu decydują, aby jeden z nich złożył wniosek o wszczęcie postępowania upadłościowego, które następnie może zostać umorzone, gdy pozostali podczas wysłuchania przez sąd oświadczą, że uzgodnili z wierzycielami warunki spłaty zobowiązań. W przypadku natomiast, gdy nie powiodą się negocjacje restrukturyzacji zadłużenia, wierzycielom niezwykle trudno byłoby udowodnić członkom zarządu naruszenie obowiązku określonego w § 15a InsO, w związku z wygaśnięciem ich obowiązku już z chwilą złożenia wniosku przez co najmniej jednego członka zarządu.

Należy przy tym zwrócić uwagę, że skutek w postaci zwolnienia z obowiązku złożenia wniosku o upadłość nie następuje, jeśli wniosek złożony jest przez osobę trzecią, w szczególności wierzyciela spółki²¹⁴. Członkowie zarządu muszą bowiem mieć na względzie, że wniosek wierzyciela może zostać w każdej chwili cofnięty,

²¹² P. Gottwald (red.), *Insolvenzrechts-Handbuch*, München 2015, s. 1629 i n.

²¹³ H. Balthasar, *Risikobereich und Haftung...*, s. 883 i n.

²¹⁴ F. Meyke, *Haftung des GmbH...*, s. 268 i n.

w szczególności gdy uzna on, że koszty postępowania egzekucyjnego, które będzie musiał ponieść, są na tyle wysokie, że czynią prowadzenie postępowania nieopłacalnym w kontekście wysokości dochodzonych wierzytelności. Wskazane okoliczności nie zmieniają faktu, że wniosek wierzyciela o wszczęcie postępowania upadłościowego uruchamia cały mechanizm wysłuchania członków zarządu przez sąd, a zatem zostają oni wezwani do złożenia wyjaśnień w kwestii sytuacji spółki i ustosunkowania się do wniosku. Wydaje się przy tym, że potwierdzając zasadność wniosku osoby trzeciej, realizują obowiązek, o którym mowa w § 15 a InsO. Późniejsze wycofanie wniosku przez wierzyciela nie powinno w tej sytuacji stanowić podstawy umorzenia postępowania upadłościowego. Oświadczenia członków zarządu złożone podczas wysłuchania przed sądem powinny być traktowane na równi z wnioskiem o wszczęcie postępowania, o ile zawierają jasną deklarację o zasadności postępowania z uwagi na przesłanki określone w § 15a InsO.

W tym miejscu konieczne jest wskazanie istotnych cech obowiązku ciążącego na członkach zarządu spółki, jakimi są jego stałość i niezbywalność. Praktyczną konsekwencją wskazanych cech jest okoliczność, że członek zarządu nie może zostać zwolniony z obowiązku zgłoszenia wniosku o wszczęcie postępowania upadłościowego ze skutkiem na przyszłość ani przez zgromadzenie wspólników w drodze uchwały, ani przez poszczególnych wspólników, a tym bardziej przez radę nadzorczą spółki. Przepis § 15a ust. 1 InsO ma charakter bezwzględnie obowiązujący, a zatem dokonanie jakiegokolwiek czynności zmierzającej do uchylenia jego zastosowania w konkretnej spółce należy uznać za nieskuteczne²¹⁵. W doktrynie wskazuje się, że jedynym sposobem zwolnienia członka zarządu z obowiązku ciążącego na nim na podstawie § 15 ust. 1 InsO jest jego odwołanie²¹⁶. Z chwilą kiedy członek zarządu przestaje być organizacyjnie umocowanym podmiotem uprawnionym do działania za spółkę, wygasa także jego obowiązek, aby złożyć wniosek o wszczęcie postępowania upadłościowego. Jak wynika z powyższego, nie ma przy tym znaczenia, czy okoliczności, które aktualizują analizowany obowiązek, powstały jeszcze w czasie pełnienia funkcji przez odwołanego członka organu. Będzie on zatem wolny od odpowiedzialności wobec

²¹⁵ P. Gottwald (red.), *Insolvenzrechts-Handbuch...*, s. 1620 i n.

²¹⁶ P. Gottwald (red.), *Insolvenzrechts-Handbuch...*, s. 1620 i n.; H. Balthasar, *Risikobereich und Haftung...*, s. 885.

wierzycieli, jeżeli będzie w stanie wykazać, że w okresie następującym między aktualizacją obowiązku a odwołaniem nie był on w stanie złożyć wniosku, a zatem nie dopuścił się zawinionej zwłoki, o której mowa w § 15a ust. 1 InsO.

5.2. Wspólnicy

Jak już wskazano, obowiązek złożenia wniosku o wszczęcie postępowania upadłościowego obciąża wspólników jedynie w precyzyjnie określonej przepisami prawa sytuacji, jaką jest utrata kierownictwa spółki, rozumiana jako brak organu kierującego. Analizowane rozwiązanie stanowi jedną z istotniejszych zmian wprowadzonych do InsO przez MoMiG.

Zgodnie z brzmieniem § 15a ust. 3 InsO w przypadku utraty kierownictwa w spółce z o.o. do złożenia wniosku zobowiązany jest każdy ze wspólników, chyba że nie wiedział on ani o zaistnieniu przesłanek wszczęcia postępowania upadłościowego, ani o braku organu kierującego²¹⁷. Jak wynika z treści wskazanego przepisu InsO, obowiązek wspólników ma charakter subsydiarny względem obowiązku członków zarządu i likwidatorów²¹⁸. Jego aktualizacja następuje, co prawda, podobnie jak w przypadku obowiązków członków zarządu i likwidatorów, w chwili zajścia przesłanek uzasadniających wszczęcie postępowania upadłościowego, a zatem niewypłacalności albo nadmiernego zadłużenia, ale wyłącznie dopiero, gdy spełniona zostanie jeszcze jedna, dodatkowa przesłanka, jaką jest utrata organu zarządzającego²¹⁹. W spółce musi zatem dojść do sytuacji, w której brak jest organu właściwego do złożenia wniosku z dochowaniem terminów przewidzianych w InsO (niezwłocznie, nie później jednak niż na trzy tygodnie od zajścia przesłanek).

Samo pojęcie utraty kierownictwa ma swoją definicję legalną zawartą w postanowieniach § 35 ust. 1 zd. 2 GmbHG. Utrata (brak kierownictwa) zachodzi w sytuacji, w której spółka nie ma członków zarządu uprawnionych do działania w jej imieniu. Wraz z zajściem tej okoliczności każdy ze wspólników nabywa samodzielne

²¹⁷ § 15a ust. 3 InsO: „Im Fall der Führungslosigkeit einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist auch jeder Gesellschafter, (...) zur Stellung des Antrags verpflichtet, es sei denn, diese Person hat von der Zahlungsunfähigkeit und der Überschuldung oder der Führungslosigkeit keine Kenntnis“.

²¹⁸ H. Schmahl, Subsidiäre Insolvenzatragspflicht bei führunglosen juristischen Personen nach dem Regierungsentwurf des MoMiG, „Neue Zeitschrift für Insolvenzrecht und Sanierung“ 2008, nr 1, s. 6.

²¹⁹ P. Gottwald (red.), *Insolvenzrechts-Handbuch...*, s. 1688.

prawo do biernej reprezentacji spółki (odbierania skierowanych do spółki oświadczeń woli), w zakresie dotychczas zastrzeżonym do wyłącznej kompetencji członków jej zarządu²²⁰. Wskazany przepis nie przyznaje jednocześnie wspólnikom prawa do reprezentacji czynnej, a zatem dla ich umocowania do wystąpienia z wnioskiem o wszczęcie postępowania upadłościowego konieczne było wprowadzenie regulacji szczególnej.

Utrata kierownictwa jest więc sytuacją, w której wygaśnięciu ulega mandat członków zarządu do pełnienia funkcji. W doktrynie wskazuje się, że do utraty kierownictwa w spółce z o.o. dochodzi najczęściej w sytuacji nagłego odwołania członków zarządu przez wspólników podczas nadzwyczajnego zgromadzenia wspólników, rezygnacji z pełnienia funkcji członka zarządu oraz śmierci członka zarządu²²¹. Należy przy tym zwrócić uwagę, że utrata kierownictwa nie zachodzi w sytuacjach, gdy wspólnicy powołali już nowych członków zarządu, ale decyzja o ich powołaniu została zaskarżona. O utracie kierownictwa można bowiem mówić dopiero w sytuacji, w której zostanie stwierdzona nieważność uchwały powołującej członków zarządu²²². Z podobną sytuacją mamy także do czynienia w przypadku powołania członków władz za pomocą uchwały nieistniejącej. Do czasu prawomocnego stwierdzenia nieistnienia uchwały są oni zobowiązani do prowadzenia spraw spółki, a zatem odpowiedzialność wspólników, jako subsydiarna, nie aktualizuje się²²³.

Istotną przesłanką powstania po stronie wspólnika obowiązku złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości jest posiadanie wiedzy o zaistnieniu utraty kierownictwa w spółce, jak również o powstaniu przesłanek zgłoszenia wniosku (niewypłacalności albo nadmiernego zadłużenia). Jeżeli zetem wspólnik jest w stanie wykazać, że którakolwiek ze wskazanych przesłanek nie była mu znana, zwalnia się tym samym z odpowiedzialności, o której mowa w § 15a InsO. Należy przy tym wskazać, że ciężar dowodu wykazania braku wiedzy obciąża w tej sytuacji wspólnika. W treści § 15a ust. 3 *in fine* InsO wprowadzono bowiem mechanizm przeniesienia ciężaru

²²⁰ § 35 ust. 1 zd. 2 GmbHG: „Hat eine Gesellschaft keinen Geschäftsführer (Führungslosigkeit), wird die Gesellschaft für den Fall, dass ihr gegenüber Willenserklärungen abgegeben oder Schriftstücke zugestellt werden, durch die Gesellschafter vertreten“.

²²¹ H. Schmahl, *Subsidiaries...*, s. 7.

²²² H. Balthasar, *Risikobereich und Haftung...*, s. 885–886; H. Schmal, *Subsidiaries...*, s. 7 i 8.

²²³ H. Schmal, *Subsidiaries...*, s. 7 i 8.

dowodu wyrażony postanowieniem: „chyba że wspólnik nie miał wiedzy o niewypłacalności, nadmiernym zadłużeniu albo utracie kierownictwa”²²⁴. W doktrynie zwraca się przy tym uwagę, że wiedza wspólnika musi mieć charakter pozytywny (*positive Kenntnis*), co oznacza, że nie jest wystarczające, że wspólnik mógłby się o powstaniu przesłanek dowiedzieć. Co więcej, nawet brak wiedzy wynikający z rażącego niedbalstwa wspólnika nie jest wystarczający dla przypisania mu odpowiedzialności na podstawie § 15a ust. 1 InsO²²⁵. Sąd, badając okoliczność powstania po stronie wspólnika obowiązku złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości, powinien odnosić się wyłącznie do rzeczywistego, a nie jedynie potencjalnego stanu wiedzy wspólnika.

Opisane rozwiązania mogą budzić wątpliwości z perspektywy ogólnych założeń funkcjonowania spółek z o.o. Jak już wskazano, spółka z o.o. łączy w swej konstrukcji zarówno elementy osobowe, jak i kapitałowe i znacząco różni się w tym względzie od „czysto kapitałowej” spółki akcyjnej. Specyfika ta wyraża się m.in. w braku obowiązku powoływania komisji rewizyjnej czy rady nadzorczej w spółce z o.o. Na wspólnikach spółki ciąży bowiem obowiązki z zakresu nadzoru właścicielskiego, które powinny być przez nich na bieżąco realizowane. Przyjęcie zatem, że nawet rażąco niedbałe zachowanie wspólnika nie uzasadnia pociągnięcia go do odpowiedzialności z tytułu zaniechania zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości, budzi zasadnicze wątpliwości. O ile bowiem w spółce akcyjnej (gdzie na akcjonariuszach nigdy nie ciąży obowiązek złożenia wniosku, gdyż odnosi się on wyłącznie do rady nadzorczej²²⁶) akcjonariusze nie mają zasadniczego wpływu na funkcjonowanie spółki – powołanie zarządu czy sprawowanie nadzoru, o tyle bliskość wspólników sp. z o.o. w stosunku do samej spółki, wyrażająca się wieloma uprawnieniami (powołanie zarządu, udzielanie zarządowi wiążących zaleceń, sprawowanie nadzoru właścicielskiego, uprawnienia informacyjne), powinna stanowić podstawę do stawiania wobec wspólników wyższych wymagań, w celu zapewnienia płynności działalności spółki i zaspokojenia jej wierzycieli.

²²⁴ Por. § 15a ust. 3 *in fine* InsO: „(...) es sei denn, diese Person hat von der Zahlungsunfähigkeit und der Überschuldung oder der Führungslosigkeit keine Kenntnis“.

²²⁵ H. Balthasar, *Risikobereich und Haftung...*, s. 886.

²²⁶ Por. § 15a ust. 3 InsO oraz wyrok BGH z 16.03.2009 r., II ZR 280/07, ZIP 2009 s. 860 i n.

6. Zakres przedmiotowy *Insolvenzverschleppungshaftung*

6.1. Przesłanki wszczęcia postępowania upadłościowego

Przesłanki wszczęcia postępowania upadłościowego są uniwersalne dla wszystkich podmiotów prawa handlowego, a zatem nie zależą one w szczególności od formy prawnej prowadzenia działalności²²⁷. Poszczególne przesłanki zostały *expressis verbis* określone w przepisach § 17–19 InsO i należą do nich niewypłacalność (*Zahlungsunfähigkeit*), zagrożenie niewypłacalnością (*drohende Zahlungsunfähigkeit*), nadmierne zadłużenie (*Überschuldung*). Choć z perspektywy prawnej są one przesłankami równorzędnymi, to praktyka wskazuje, że najczęściej powoływaną stanowi niewypłacalność, natomiast nadmierne zadłużenie powoływane jest zdecydowanie rzadziej, głównie z uwagi na trudność udowodnienia wpływu nadmiernego zadłużenia na dalszą działalność spółki²²⁸. Z perspektyw tematyki tego opracowania znaczenie mają wyłącznie przesłanka pierwsza i trzecia, jako powołane w treści § 15a InsO. Mając na względzie powyższe argumenty, zasadnicza część poniższych rozważań będzie poświęcona zagadnieniu niewypłacalności, natomiast analiza dwóch pozostałych przesłanek będzie miała charakter sygnalizacyjny.

6.2. Niewypłacalność

Zgodnie z treścią § 17 ust. 1 InsO niewypłacalność stanowi ogólną przesłankę otwarcia postępowania upadłościowego wobec dłużnika. Co więcej, w odniesieniu do osób prawnych oraz spółek prawa handlowego nieposiadających osobowości prawnej stanowi ona przesłankę aktualizującą obowiązek złożenia wniosku o wszczęcie postępowania upadłościowego, ciążyący na osobach uprawnionych i zobowiązanych do prowadzenia spraw spółki²²⁹.

Pojęcie niewypłacalności dłużnika zostało zdefiniowane ustawowo. Zgodnie bowiem z treścią § 17 ust. 2 InsO dłużnik jest niewypłacalny wtedy, gdy nie jest w stanie

²²⁷ R. Börk, *Einführung zum Insolvenzrecht*, Tübingen 2012, s. 52.

²²⁸ Ch.G. Paulus, *Insolvenzrecht*, Frankfurt am Main 2007, s. 71.

²²⁹ H. Bußhardt, *Kommentar zum § 17 InsO*, [w:] E. Braun, *Insolvenzordnung (InsO). Kommentar*, München 2014, Nb. 1.

regulować swoich wymagalnych zobowiązań²³⁰. Brzmienie analizowanego przepisu wskazuje, że istnienie stanu niewypłacalności po stronie dłużnika powinno mieć charakter obiektywny.

Z rzeczywistą niewypłacalnością dłużnika mamy do czynienia wtedy, gdy jesteśmy w stanie stwierdzić, że dłużnik nie posiada niezbędnych środków umożliwiających mu uregulowanie zobowiązań w sposób należyty²³¹. Należy jednak zwrócić uwagę, że samo wystąpienie niedoborów w majątku dłużnika, nawet jeśli uniemożliwia regulowanie bieżących wymagalnych zobowiązań, nie jest wystarczające dla wszczęcia postępowania o ogłoszenie upadłości. Kryteria pozwalające na ustalenie, czy w danej sytuacji rzeczywiście mamy do czynienia z niewypłacalnością, czy jedynie utratą płynności finansowej (*Zahlungsstockung*), zostały stosunkowo precyzyjnie określone przez BGH²³². Badając stan majątkowy dłużnika pod kątem niewypłacalności, należy odwołać się do dwóch kryteriów. W pierwszej kolejności sprawdzić, jak kształtowała się płynność finansowa dłużnika w przeszłości. Należy zatem zbadać, czy w ostatnim czasie dłużnik był w stanie regulować więcej niż 90% ciążących na nim wymagalnych zobowiązań. Niewypłacalność dłużnika nie zachodzi, jeśli na tak postawione pytanie jesteśmy w stanie udzielić odpowiedzi twierdzącej. Drugie kryterium, traktowane jako uzupełniające, w wypadku negatywnego wyniku oceny na podstawie pierwszego kryterium, odwołuje się do prognozy możliwości regulowania zobowiązań przez spółkę. Spółki nie można bowiem uznać za niewypłacalną, jeżeli w ciągu trzech kolejnych tygodni wartość zobowiązań niemożliwych do uregulowania z uwagi na brak środków nie przekracza 10% wszelkich zobowiązań spółki.

Obok wskazanych kryteriów czysto rachunkowych zwraca się uwagę na istotne przesłanki o charakterze faktycznym, odnoszące się do bieżącego prowadzenia przez przedsiębiorcę działalności gospodarczej, pozwalające wnioskować o niewypłacalności dłużnika, a także o jej stopniowym pogłębianiu się. Istotnymi wskaźnikami niewypłacalności wskazywanymi w doktrynie prawa upadłościowego są

²³⁰ § 17 ust. 2: „Der Schuldner ist zahlungsunfähig, wenn er nicht in der Lage ist, die fälligen Zahlungspflichten zu erfüllen“.

²³¹ R. Börk, *Einführung...*, s. 53.

²³² Wyrok BGH z 24.05.2005 r., IX ZR 123/04, „Neue Zeitschrift für Insolvenzrecht und Sanierungsrecht“ 2005, s. 547.

w szczególności stopniowe ograniczanie zasięgu terytorialnego prowadzonej działalności (zamykanie oddziałów, przedstawicielstw i poszczególnych lokali przedsiębiorstwa), a także uzależnianie dostawy towaru lub usługi od dokonania przedpłaty lub całkowitej zapłaty, podczas gdy wcześniej tego rodzaju praktyka nie była przez przedsiębiorcę stosowana²³³. Do przesłanek orzeczniczych należą natomiast w szczególności zaległości podatkowe oraz zaległości w zakresie należnych składek na ubezpieczenie społeczne, zaległości w spłatach zaciągniętych kredytów prowadzące do postawienia ich w stan natychmiastowej wykonalności²³⁴, nagłe zaprzestanie spłacania należności rozłożonych na raty²³⁵, jak również zaległości w bieżącym wypłacaniu wynagrodzeń pracowników²³⁶. Niebagatelne znaczenie przy ocenie wydolności finansowej przedsiębiorstwa ma także zdolność do regulowania rachunków za media niezbędne do prowadzenia działalności, do których należą przede wszystkim woda, gaz i energia elektryczna²³⁷.

Jak wynika z powyższego, niewypłacalność przedsiębiorcy w prawie niemieckim może być oceniana za pomocą różnych przesłanek i wskaźników. Należy jednak podkreślić, że niezależnie od zastosowanych metod stwierdzenie niewypłacalności jest możliwe wyłącznie w sytuacji, kiedy przeprowadzone badanie majątku, czy też sposobu prowadzenia przez przedsiębiorcę działalności, w sposób jednoznaczny prowadzi do wniosku, że nie jest on w stanie regulować swoich zobowiązań. Wydaje się, że szczególną ostrożność zachować należy w przypadku postępowania się kryteriami pozarachunkowymi. W tym bowiem przypadku pewne trudności może powodować odróżnienie rzeczywistej niewypłacalności, jako stanu niemożliwości (*Unfähigkeit*) regulowania wymagalnych zobowiązań, od braku woli (*Unwilligkeit*)

²³³ E. Braun, W. Uhlenbruck, *Unternehmensinsolvenz*, Düsseldorf 1999, s. 283.

²³⁴ Por. w szczególności: wyrok BGH z 13.06.2006 r., I ZB 238/05, „Neue Jusistische Wochenschrift – Rechtsprechungsreport“ 2006, s. 1422; orzeczenie Bundesfinanzhof (BFH) z 28.02.2011 r., VII B 224/10, „Neue Zeitschrift für Insolvenzrecht und Sanierungsrecht“ 2011, s. 462; wyrok Oberlandesgerichtshof (OLG) Rostock z 10.07.2006 r., 3 U 158/05, „Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht“ 2006, s. 1009.

²³⁵ Por. wyrok OLG Düsseldorf z 27.01.2012 r., I-22 U 49/11, „Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht“ 2012, s. 786–787.

²³⁶ Wyrok BGH z 14.02.2008 r., IX ZR 38/04, „Neue Zeitschrift für Insolvenzrecht und Sanierungsrecht“ 2008, s. 711.

²³⁷ Postanowienie BGH z 21.08.2013 r., 1 StR 665/12, „Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht“ 2013, nr 43, s. 2107–2019.

regulowania zobowiązań zgodnie z terminami ich wymagalności²³⁸. Druga ze wskazanych okoliczności cechuje przedsiębiorcę nieuczciwego, nie natomiast niewypłacalnego, a zarazem może stanowić instrument pozwalający na uchylenie się od regulowania zobowiązań. Subiektywny brak woli wykonywania zobowiązań nie ma zaś znaczenia dla prawa upadłościowego²³⁹.

W tym miejscu, analizując zagadnienie niewypłacalności jako przesłanki wszczęcia postępowania upadłościowego, należy także zwrócić uwagę na domniemanie niewypłacalności wyrażone w § 17 ust. 2 zd. 2 InsO, zgodnie z którym co do zasady przyjmuje się, że dłużnik jest niewypłacalny, jeżeli zaprzestaje on dokonywania płatności²⁴⁰. Samo pojęcie *Zahlungseinstellung*, rozumiane jako zaprzestanie płatności, nie zostało precyzyjnie określone w InsO, co w efekcie doprowadziło do licznych wątpliwości interpretacyjnych w odniesieniu do sposobu oceny zachowania dłużnika²⁴¹. W orzecznictwie podkreśla się, że przesłankę *Zahlungseinstellung* należy oceniać w sposób obiektywny i restrykcyjny. Nie jest zatem wystarczające, aby dłużnik po prostu zaprzestał regulować swoje zobowiązania, ale konieczne jest stwierdzenie, że postępowanie dłużnika jest niezależne od jego woli. Co więcej, dla uznania zaprzestania płatności jako przesłanki wszczęcia postępowania upadłościowego niezbędne jest powzięcie przez wierzycieli, także przy wykorzystaniu innych wskaźników, w szczególności tych, o których mowa wyżej, uzasadnionego przekonania, że dłużnik zaprzestał płatności ze względu na fakt, że nie jest w stanie regulować swoich zobowiązań. Zarazem należy zaznaczyć, że obiektywizacja przesłanki zaprzestania płatności nie może prowadzić do całkowitego pominięcia wyjaśnień i oświadczeń dłużnika, w których stwierdza on, że nie jest w stanie dalej regulować swoich zobowiązań²⁴².

Wiele wątpliwości budziła także dopuszczalność stopniowania wystąpienia przesłanki zaprzestania płatności. Na podstawie przedstawionego orzecznictwa,

²³⁸ Ch.G. Paulus, *Insolvenzrecht...*, s. 73 i n.

²³⁹ H. Balthasar, *Risikobereich und Haftung...*, s. 881.

²⁴⁰ § 17 ust. 2 zd. 2 InsO: „Zahlungsunfähigkeit ist in der Regel anzunehmen, wenn der Schuldner seine Zahlungen eingestellt hat“.

²⁴¹ E. Braun, W. Uhlenbruck, *Unternehmensinsolvenz...*, s. 282.

²⁴² Wyrok BGH z 12.10.2006 r., IX ZR 228/03, „Neue Zeitschrift für Insolvenzrecht und Sanierung“ 2007, s. 36–37.

w szczególności odnoszącego się do konieczności ścisłego rozumienia badanej przesłanki, można bowiem wnioskować, że jedynym czystym przypadkiem zaprzestania płatności jest całkowite zaprzestanie regulowania wszelkich zobowiązań wymagalnych. Wydaje się przy tym, że tego rodzaju sytuacja będzie występowała stosunkowo rzadko, a jeżeli już wystąpi, najczęściej będzie to miało miejsce w przypadku bardzo głębokiego stanu niewypłacalności. W takich sytuacjach ustanowione domniemanie mogłoby okazać się regulacją martwą, gdyż korzystniejsze byłoby dla wierzyciela wcześniejsze wykazanie niewypłacalności dłużnika przez powołanie stosowanych dowodów²⁴³. Mając to na uwadze, w orzecznictwie BGH i innych sądów stopniowo łagodzone spojrzenie na przesłankę zaprzestania płatności. Kluczowe znaczenie dla wskazanej tendencji mają dwa wyroki BGH. W pierwszym z nich, wydanym 30.06.2011 r., BGH uznał, że rzeczywiste nieuregulowanie znacznej części zobowiązań wymagalnych jest wystarczające dla przyjęcia przesłanki zaprzestania płatności [i skorzystania z domniemania – przyp. aut.]. Odnosi się to również do sytuacji, w której dłużnik nadal reguluje część swoich zobowiązań na bieżąco, ale nie odgrywa to znacznej roli w stosunku do całości ciążących na nim zobowiązań²⁴⁴. W kolejnym wyroku BGH przedstawił praktyczne wskazówki, przy wykorzystaniu których możliwe jest przyjęcie, że mamy do czynienia ze ziszczeniem się przesłanki zaprzestania płatności. W wyroku z 10.01.2013 r. BGH wskazał, że nie można mówić wyłącznie o zwykłej utracie płynności finansowej w sytuacji, w której dłużnik nie jest w stanie przez kilka miesięcy regulować swoich wymagalnych zobowiązań w terminie trzech tygodni [od dnia ich wymagalności – przyp. aut.], a łączne zaległe kwoty są tak duże, że nie można mówić o przejściowej przerwie w płatnościach²⁴⁵.

²⁴³ Wyrok BGH z 15.03.2012 r., IX ZR 239/09, „Neue Jusistische Wochenschrift – Rechtsprechungsreport“ 2012, s. 823.

²⁴⁴ Por. uzasadnienie wyroku BGH z 30.06.2011 r., X ZR 134/10, „Neue Zeitschrift für Insolvenzrecht und Sanierungsrecht“ 2011, s. 589: „Die tatsächliche Nichtzahlung eines erheblichen Teils der fälligen Verbindlichkeiten reicht für eine Zahlungseinstellung aus. Das gilt selbst dann, wenn tatsächlich noch geleistete Zahlungen beträchtlich sind, aber im Verhältnis zu den fälligen Gesamtschulden nicht den wesentlichen Teil ausmachen“.

²⁴⁵ Por. wyrok BGH z 10.01.2013 r., IX ZR 13/12, NJW 2013, s. 611: „Eine bloß vorübergehende Zahlungsstockung liegt nicht vor, wenn es dem Schuldner über mehrere Monate nicht gelingt, seine fälligen Verbindlichkeiten spätestens innerhalb von drei Wochen auszugleichen und die rückständigen Beträge insgesamt so erheblich sind, dass von lediglich geringfügigen Liquiditätslücken keine Rede sein kann“.

Jak wynika z przedstawionych orzeczeń BGH, korzystanie z domniemania niewypłacalności na skutek zaprzestania płatności przez dłużnika nie wymaga, aby dłużnik całkowicie zaprzestał regulowania swoich zobowiązań. Wystarczające jest, aby wierzyciel wykazał, że dłużnik nie reguluje przeważającej części swoich wymagalnych zobowiązań w terminie, a taki stan rzeczy utrzymuje się w dłuższym okresie, co najmniej 2–3 miesięcy. Złagodzenie restrykcyjności oceny przesłanki zaprzestania płatności pozwala na szersze i rzeczywiste wykorzystanie domniemania zawartego w § 17 ust. 2 zd. 2 InsO, co umożliwia pełniejszą realizację celu wskazanej normy, jakim jest przede wszystkim ochrona wierzyciela i zapobieganie sytuacjom, w których niewypłacalność jest już na tyle głęboka, że egzekucja z majątku dłużnika może nie przynieść oczekiwanych efektów.

6.3. Zagrożenie niewypłacalnością (drohende Zahlungsunfähigkeit)

Kolejną przesłanką wszczęcia postępowania upadłościowego jest, zgodnie z treścią § 18 ust. 1 InsO, zagrożenie niewypłacalnością (*drohende Zahlungsunfähigkeit*). Pojęcie zagrożenia niewypłacalnością zdefiniowane zostało w kolejnym ustępie powołanego paragrafu jako sytuacja, w której spodziewane jest, że dłużnik nie będzie w stanie uregulować swoich istniejących zobowiązań w chwili upływu terminu ich wymagalności²⁴⁶. Przyjmuje się, że aby mówić o zagrożeniu niewypłacalnością, konieczne jest istnienie po stronie dłużnika przekonania, że niewypłacalność nastąpi z prawdopodobieństwem większym niż 50% (wystąpienie niewypłacalności musi być bardziej prawdopodobne od skuteczności czynności naprawczych)²⁴⁷. Wątpliwe jest przy tym, jaki okres ma obejmować prognoza przyszłej wydolności finansowej przedsiębiorstwa. W doktrynie wskazuje się na okresy trwające od kilku miesięcy do nawet trzech lat, przy czym istotnym kryterium oceny jest charakter prowadzonej działalności i struktura zobowiązań. I tak na przykład spółka prowadząca działalność wytwórczą w zakresie wysoce skomplikowanych produktów na podstawie długoterminowych zamówień (jak np. w przemyśle stoczniowym czy metalurgicznym) będzie oceniana przez pryzmat dłuższej perspektywy, niż przedsiębiorstwo

²⁴⁶ § 18 ust. 2 InsO: „Der Schuldner droht zahlungsunfähig zu werden, wenn er voraussichtlich nicht in der Lage sein wird, die bestehenden Zahlungspflichten im Zeitpunkt der Fälligkeit zu erfüllen“.

²⁴⁷ H. Bußhardt, *Kommentar zum § 18 InsO*, [w:] E. Braun, *Insolvenzordnung (InsO). Kommentar*, München 2014, Nb. 1 i n.

świadczące usługi wykonywane w krótkim czasie, gdzie płynność regulowania zobowiązań i liczba zamówień powinny być z założenia większe w krótszym okresie.

Wskazana przesłanka różni się w sposób znaczący od dwóch pozostałych, i to nie tylko dlatego, że odnosi się wyłącznie do prognozy, a nie obiektywnie istniejącego stanu rzeczy, ale przede wszystkim pod względem ukształtowania uprawnień i obowiązków dłużnika oraz jego wierzycieli. Należy bowiem zwrócić uwagę, że złożenie wniosku o ogłoszenie upadłości w wypadku stwierdzenia zagrożenia niewypłacalnością jest wyłącznie uprawnieniem przysługującym dłużnikowi (w tym wypadku spółce), a zatem wszelkie wnioski wierzycieli powołujące zagrożenie niewypłacalnością jako uzasadnienie wszczęcia postępowania upadłościowego należy uznawać za bezskuteczne²⁴⁸.

Co więcej, w § 18 ust. 3 InsO przewidziano dalsze ograniczenia w zakresie realizacji uprawnienia do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości na podstawie analizowanej przesłanki. Co do zasady bowiem wniosek w przypadku osoby prawnej może zostać złożony wyłącznie przez wszystkich członków organu uprawnionego do reprezentacji działających łącznie. Jedynie wyjątkowo, w przypadku zaniechania złożenia wniosku przez członków organu (zwykle będzie to zarząd), dopuszczalne jest, aby wniosek taki złożyła inna osoba uprawniona do reprezentacji spółki. Mając na uwadze przedstawione rozwiązanie, można wnioskować, że wszczęcie postępowania upadłościowego w przypadku zagrożenia niewypłacalnością powinno być rozwiązaniem ostatecznym i podjętym zgodnie przez osoby znające bieżącą sytuację spółki i perspektywy jej działalności w przyszłości, którymi powinni być członkowie jej zarządu.

W przypadku zagrożenia niewypłacalnością członkowie zarządu spółki w pierwszej kolejności powinni opracować i podjąć się realizacji strategii mającej na celu poprawę kondycji finansowej spółki²⁴⁹. Wskazane działanie wiąże się zazwyczaj dużym ryzykiem niepowodzenia. Na intencję ustawodawcy, aby takie ryzyko jednak podejmować, wydaje się wskazywać fakt, że członkowie zarządu, którzy nie złożą

²⁴⁸ Szerzej na ten temat: R. Börk, *Einführung...*, s. 56–57; H. Bußhardt, *Kommentar zum § 18 InsO*, Nb. 1

²⁴⁹ U. Brömmekamp, B. Radner, *Die Anforderungen an die Erstellung von Sanierungskonzepten nach dem neuen IDW S 6*, „Zeitschrift für Insolvenzverwaltung und Sanierungsberatung“ 2010, nr 4(36), s. 152 i n.

wniosku o wszczęcie postępowania upadłościowego na podstawie analizowanej przesłanki, nie ponoszą odpowiedzialności za wskazane zaniechanie. Złożenie wniosku o wszczęcie postępowania upadłościowego, o którym mowa w § 18 ust. 1 InsO, stanowi w swej istocie wyłącznie uprawnienie dłużnika w czystej postaci. Na dłużniku nie ciąży przy tym obowiązek skorzystania z przyznanego uprawnienia, a zaniechanie jego wykonania nie może być przedmiotem odpowiedzialności wobec wierzycieli, w szczególności na podstawie § 15a InsO²⁵⁰. Z uwagi na wskazaną okoliczność zasadne jest odstąpienie od dalszej analizy przesłanki zagrożenia niewypłacalnością w niniejszym opracowaniu.

6.4. Nadmierne zadłużenie (Überschuldung)

Nadmierne zadłużenie jako przesłanka wszczęcia postępowania upadłościowego znajduje zastosowanie wyłącznie do przedsiębiorców niebędących osobami fizycznymi. Samo pojęcie zostało zdefiniowane w § 19 ust. 2 zd. 1 *in principio* InsO jako stan, w którym majątek spółki nie wystarcza już na pokrycie istniejących zobowiązań²⁵¹. Jak należy sądzić, właściwa ocena tego stanu rzeczy będzie wymagała precyzyjnego oszacowania stanu majątku spółki oraz wartości wymagalnych zobowiązań. Jednakże, nawet jeśli z tak dokonanego bilansu wynikać będzie, że całokształt majątku spółki stanowi kwotę niższą aniżeli łączna wartość wymagalnych zobowiązań, nie oznacza to, iż mamy do czynienia z jej nadmiernym zadłużeniem. Przywołany wyżej § 19 ust. 2 zd. 1 InsO przewiduje bowiem istotne kryterium negatywne, którym jest okoliczność, że dalsze prowadzenie przedsiębiorstwa spółki jest w powstałych okolicznościach w dużej mierze prawdopodobne²⁵².

Jak wynika z konstrukcji § 19 ust. 2 InsO, stwierdzenie doniosłego prawnie stanu nadmiernego zadłużenia spółki, jeśli ze wstępnej analizy stanu majątkowego wynika, że jej pasywa przewyższają wartość aktywów, powinno być dokonywane w dwóch krokach. Pierwszym z nich jest przygotowanie prognozy możliwości dalszego

²⁵⁰ B. Kübler, H. Prütting, R. Bork, *Kommentar zur Insolvenzordnung*, München 2016, § 18, Nb. 3.

²⁵¹ Por. § 19 ust. 2 zd. 1 *in principio* InsO: „Überschuldung liegt vor, wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt (...)“.

²⁵² Por. § 19 ust. 2 zd. 1 *in fine* InsO: „(...) es sei denn, die Fortführung des Unternehmens ist nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich“.

prowadzenia działalności gospodarczej na podstawie planu finansowego i analizy kondycji finansowej, w szczególności przepływów pieniężnych. Drugim natomiast, w przypadku negatywnej prognozy, jest kompleksowa i poszerzona analiza stanu majątkowego spółki, w szczególności precyzyjne porównanie wartości aktywów i pasywów.

Ocena, czy spółka jest rzeczywiście niewypłacalna, czy też nie, jest zatem zależna w dużej mierze od prognozy możliwości dalszego prowadzenia działalności przedsiębiorstwa spółki mimo ujemnego bilansu jej majątku²⁵³. Pozytywna prognoza może zostać potwierdzona, jeżeli przygotowany plan finansowy spółki wskazuje, że dalsze prowadzenie działalności jej przedsiębiorstwa pozwoli w okresie objętym prognozą przywrócić równowagę finansową lub że dalsze prowadzenie takiej działalności przynajmniej nie spowoduje dalszego pogorszenia się stanu jej majątku²⁵⁴. Co więcej, pozytywna prognoza nie jest wykluczona w sytuacji, w której konieczne jest przeprowadzenie likwidacji lub zbycie pewnego elementu przedsiębiorstwa spółki, pod warunkiem że dochód uzyskany z transakcji zostanie przeznaczony na spłatę istniejących zobowiązań. Wydaje się, że tego rodzaju restrukturyzacja przedsiębiorstwa jest w pełni dopuszczalna jako jedno z działań sanacyjnych, o ile nie prowadzi do zbycia jego kluczowych składników.

Negatywna prognoza możliwości dalszego prowadzenia przedsiębiorstwa spółki powinna nastąpić w sytuacji, kiedy na podstawie planu finansowego spółki nie da się przewidzieć, że dalsze prowadzenie działalności doprowadzi do poprawy sytuacji finansowej spółki²⁵⁵. W tego rodzaju sytuacjach członkowie zarządu powinni wziąć pod rozwagę niezwłoczne przeprowadzenie postępowania likwidacyjnego, o ile jest to możliwe, w celu uniknięcia konieczności prowadzenia bardziej kosztownego postępowania upadłościowego. Jak należy jednak sądzić, przeprowadzenie likwidacji spółki będzie możliwe wyłącznie w sytuacjach, w których majątek spółki nie jest jeszcze na tyle zadłużony, że wartości odzyskane w toku postępowania likwidacyjnego, pochodzące w szczególności ze sprzedaży przedsiębiorstwa spółki,

²⁵³ H. Bußhardt, *Kommentar zum § 18 InsO*, Nb. 13.

²⁵⁴ H. Bußhardt, *Kommentar zum § 19 InsO*, Nb. 14.

²⁵⁵ Wyrok Amtsgericht (Sądu Administracyjnego) w Hamburgu z 2.12.2011 r., 67c IN 421/11, „*Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht*“ 2012, s. 183.

wystarczą na spłatę wierzycieli spółki, co będzie należało do rzadkości w przypadku rzeczywistego nadmiernego zadłużenia.

Posłużenie się pojęciem prognozy możliwości dalszego prowadzenia przedsiębiorstwa spółki należy także odnieść do zagadnienia okresu, który powinien być tą prognozą objęty. W doktrynie nie ma przy tym jednolitego stanowiska co do długości okresu branego pod uwagę. Taki stan rzeczy należy uznać za zrozumiały, gdyż nie sposób jednoznacznie stwierdzić, że okres wystarczający dla jednej spółki będzie wystarczający także dla innych²⁵⁶. Czynnikiem mogącym mieć na to wpływ wydają się przede wszystkim stopień zadłużenia i rozmiar prowadzonej działalności. Mimo to w doktrynie starano się dokonać pewnej standaryzacji i na tym tle wypracowano trzy zasadnicze poglądy. Zgodnie z pierwszym optymalnym okresem prognostycznym jest rok, przy czym datą jego rozpoczęcia jest data sporządzania prognozy²⁵⁷. Inni decydują się na rozciągnięcie okresu prognostycznego do końca bieżącego roku obrotowego spółki oraz na kolejny pełny rok obrotowy²⁵⁸. Inni przyjmują natomiast okres trzech lat jako konieczny i wystarczający dla właściwego dokonania prognozy²⁵⁹. Przyjęcie określonej perspektywy czasowej determinuje także zakres planu finansowego, na podstawie którego oceniana ma być perspektywa działalności spółki.

W sytuacji gdy dalsze prowadzenie działalności nie może być uznane za zasadne (prognoza nie jest pozytywna), należy precyzyjnie określić stan majątku spółki oraz poziom zadłużenia, dokonując porównania wartości aktywów i pasywów spółki, przy czym przy ocenie wartości aktywów należy brać pod uwagę jej spadek z uwagi na złą kondycję spółki i utratę zaufania kontrahentów. Zazwyczaj bowiem wartość aktywów w majątku podmiotu niewypłacalnego drastycznie spada już przez sam fakt wszczęcia postępowania upadłościowego lub nawet powstania zagrożenia tego rodzaju postępowaniem, podobnie jak w przypadku postępowania egzekucyjnego, gdyż jest ona oceniana jako niższa od rynkowej przez potencjalnych nabywców.

²⁵⁶ B. Knof, Die neue Insolvenzverursachungshaftung nach § 64 Satz 3 RegE-GmbHG, „Deutsches Steuerrecht“ 2007, z. 35, s. 1582.

²⁵⁷ M. Casper, *Kommentar zum § 64 GmbHG*, Nb. 109.

²⁵⁸ B. Knof, Die neue Insolvenzverursachungshaftung..., s. 1582.

²⁵⁹ H. Hirte, *Referat zur Reform des Gesellschaftsrechtlichen Gläubigerschutzes*, [w:] *Verhandlungen des 66. Deutschen Juristentages Stuttgart 2006*, t. III/1 (*Diskussion und Beschlussfassung*), München 2006, s. 25.

W celu precyzyjnego określenia stanu majątku konieczne jest sporządzenie kompletnego sprawozdania finansowego²⁶⁰. Jeżeli w tak przygotowanym bilansie majątku spółki zadłużenie nadal przewyższa wartość aktywów, należy uznać, że spółka jest nadmiernie zadłużona w rozumieniu § 19 ust. 2 InsO, co uzasadnia wszczęcie postępowania upadłościowego, zgodnie z treścią § 15 InsO.

6.5. Podsumowanie – znaczenie poszczególnych przesłanek

Jak wynika z przedstawionej analizy, wszystkie trzy opisane okoliczności odnoszące się do sytuacji majątkowej dłużnika – niewypłacalność, zagrożenie niewypłacalnością oraz nadmierne zadłużenie – stanowią, z formalnoprawnego punktu widzenia, równorzędne przesłanki wszczęcia postępowania upadłościowego. Jak jednak zauważa się w doktrynie, praktyka pokazuje, że najrzadziej powoływana jest przesłanka nadmiernego zadłużenia, natomiast najbardziej powszechnie wykorzystywaną stanowi niewypłacalność dłużnika²⁶¹ zarówno w aspekcie teraźniejszym, jak i przyszłym. Z perspektywy praktycznej rozróżnienie niewypłacalności, szczególnie przy uwzględnieniu orzecznictwa liberalizującego pojęcie niewypłacalności i zagrożenia niewypłacalnością, bywa skomplikowane. Różnica ta sprowadza się bowiem głównie do przyjętej perspektywy czasowej, o ile bowiem w przypadku klasycznej niewypłacalności dokonujemy analizy obecnej sytuacji dłużnika, jak również jego postępowania wobec wierzycieli w przeszłości, o tyle w przypadku zagrożenia niewypłacalnością będziemy raczej przyjmować perspektywę prospektywną i dokonywać prognozy zachowania się dłużnika w przyszłości na podstawie obecnego stanu jego majątku, jak również przyjętego sposobu prowadzenia działalności gospodarczej. Co więcej, zagrożenie niewypłacalnością bardzo łatwo może przeistoczyć się w niewypłacalność, a granica między obu stanami faktycznymi jest stosunkowo cienka.

O ile zatem dwie pierwsze przesłanki wszczęcia postępowania upadłościowego w pewien sposób się przenikają, o tyle trzecia może wcale nie być powiązana z dwiema pozostałymi. Nadmierne zadłużenie może pojawiać się bez jednoczesnego

²⁶⁰ Por. wyrok BGH z 8.03.2012 r., IX ZR 102/11, https://www.jurion.de/urteile/bgh/2012-03-08/ix-zr-102_11.

²⁶¹ Ch.G. Paulus, *Insolvenzrecht...*, s. 71; H. Bußhardt, *Kommentar zum § 19 InsO, passim*.

wystąpienia niewypłacalności dłużnika, w szczególności w wypadku, gdy wartość zobowiązań przekracza wartość majątku przedsiębiorcy, a jednocześnie posiada on przy tym możliwość zaciągnięcia pożyczki lub kredytu, w celu pozyskania środków na terminowe zaspokojenie wierzycieli²⁶².

Sytuacją możliwą jest także wystąpienie niewypłacalności albo zagrożenia niewypłacalnością w sytuacji, gdy dłużnik nie jest nadmiernie zadłużony. Może to mieć miejsce w szczególności, gdy aktywa trwałe znajdujące się w majątku dłużnika, choć wystarczają na zaspokojenie wierzycieli, to jednak nie mogą zostać upłynnione w odpowiednim terminie.

7. Odpowiedzialność odszkodowawcza

Jak już wskazywano, § 15a InsO nie stanowi samodzielnej podstawy odpowiedzialności z tytułu zaniechania złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości, gdyż nie zawiera sankcji. Podobnie skonstruowany był także § 64 ust. 1 dawnej GmbHG przed wejściem w życie MoMiG. Na tle tej właśnie regulacji pojawiały się zasadnicze wątpliwości co do dopuszczalności dochodzenia roszczeń odszkodowawczych innych aniżeli określone w § 64 ust. 2 dawnej GmbHG²⁶³. Kluczowe znaczenie dla rozstrzygnięcia wskazywanych wątpliwości miał wyrok BGH z 6.06.1994 r., w którym BGH przesądził o dopuszczalności dochodzenia roszczeń odszkodowawczych w przypadku szkód wyrządzonych na skutek zaniechania złożenia wniosku o wszczęcie postępowania upadłościowego na podstawie § 823 ust. 2 BGB²⁶⁴. Określona przez BGH podstawa prawna roszczeń odszkodowawczych kierowanych względem członków zarządu spółki nie budzi wątpliwości także pod rządami regulacji § 15a InsO²⁶⁵.

²⁶² P.W. Plagens, B. Wilkes, *Betriebswirtschaftliche Aspekte und offene Fragen im Zusammenhang mit der Definition des Begriffs "Zahlungsunfähigkeit" aufgrund der jüngeren BGH-Entscheidungen*, „Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht” 2010, 2107–2122, s. 2116.

²⁶³ § 64 ust. 2 dawnej GmbHG odnosił się do instytucji *Insolvenzverursachungshaftung*, która zostanie omówiona w dalszej części opracowania.

²⁶⁴ Por. wyrok BGH z 6.06.1992 r., II ZR 292/91, https://www.jurion.de/urteile/bgh/1994-06-06/ii-zr-292_91.

²⁶⁵ P. Gottwald, *Insolvenzrechts-Handbuch...*, s. 1726–1729; H. Balthasar, *Risikobereich und Haftung...*, s. 889.

Kluczowe znaczenie dla odpowiedzialności deliktowej w prawie niemieckim ma § 823 ust. 1 BGB, stąd zasadne wydaje się przynajmniej wzmiankowanie tej regulacji w związku z analizą odpowiedzialności odszkodowawczej członków zarządu spółki z o.o., która w swej istocie jest właśnie odpowiedzialnością deliktową opartą na zasadach ogólnych określonych w tym paragrafie. Wyraża on bowiem ogólną regulację odnoszącą się do odpowiedzialności deliktowej na zasadzie winy. Jedynie na marginesie wspomnieć należy, że przepis ten stanowi odpowiednik polskiego art. 415 k.c. Zgodnie z jego treścią każdy, kto umyślnie lub wskutek niedbalstwa bezprawnie wyrządził szkodę w prawach innej osoby, w szczególności takich jak prawo do życia, zdrowia, nietykalności cielesnej, wolności i własności, jest zobowiązany do zapłaty odszkodowania za wyrządzone szkody²⁶⁶. Stosowany w przypadku naruszenia przez członków zarządu obowiązku zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości § 823 ust. 2 BGB stanowi niejako uzupełnienie przywołanego postanowienia. Stanowi on bowiem, że osoba, która narusza przepisy ustawowe mające cel ochronny, obowiązana jest do naprawienia chronionym podmiotom poszkodowanym wszelkich wynikających z tego szkód. Co więcej, jeżeli zgodnie z treścią ustawy dokonanie takiego naruszenia jest możliwe nawet bez winy po stronie podmiotu naruszającego, to obowiązek naprawienia szkody na gruncie wskazanego przepisu kodeksowego powstanie tylko wówczas, gdy sprawcy deliktu może być przypisana wina²⁶⁷.

Jak wynika z powyższego unormowania, naruszenie przepisu mającego cel ochronny, który możliwy jest do zrekonstruowania bądź to z brzmienia, bądź z praktyki stosowania, stanowi szczególną postać deliktu²⁶⁸. Należy przy tym wskazać, że cel ochronny konkretnej ustawy powinien być rozumiany szeroko. W doktrynie zauważa się, że w zasadzie każdy przepis, którego celem jest zapewnienie określonego prawa albo ochrona przed ingerencją osób trzecich w sferę

²⁶⁶ Por. § 823 ust. 1 BGB: „Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet“.

²⁶⁷ Por. § 823 ust. 2 BGB: „Die gleiche Verpflichtung trifft denjenigen, welcher gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstößt. Ist nach dem Inhalt des Gesetzes ein Verstoß gegen dieses auch ohne Verschulden möglich, so tritt die Ersatzpflicht nur im Falle des Verschuldens ein“.

²⁶⁸ K. Larenz, C.W. Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts*, t. 2, München 1994, s. 433.

prawną innej osoby, wyraża normę o charakterze ochronnym, a zatem jej naruszenie będzie uznawane za delikt w rozumieniu § 823 ust. 2 BGB²⁶⁹.

Mając na uwadze wnioski wypływające z powyższych rozważań, należy się zastanowić, czy normie stanowiącej podstawę obowiązku złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości, tj. § 15a InsO, możliwe jest przypisanie konkretnego celu ochronnego, którego realizacja podlega ochronie, a którego naruszenie będzie stanowiło podstawę odpowiedzialności określonej w § 823 ust. 2 BGB. Analiza treści § 15a InsO bez wątpliwości pozwala zauważyć, że podstawowym celem wyrażonej w nim normy jest ochrona wierzycieli (zarówno tych, których wierzytelności powstają przed wystąpieniem przesłanek ogłoszenia upadłości, jak i tych, których wierzytelności powstają dopiero po tej dacie). Wskazana teza znajduje swoje bezpośrednie potwierdzenie w uzasadnieniu przywołanego już wyroku BGH z 6.06.1994 r, w którym BGH uznał, że złożenie przez członka zarządu spółki z o.o. wniosku o ogłoszenie upadłości realizuje cel w postaci zapewnienia ochrony wierzycielom spółki należącym do obu wskazanych kategorii²⁷⁰. Wniosek tego rodzaju pozwala na uznanie dopuszczalności kierowania przez nich roszczeń odszkodowawczych właśnie na podstawie § 823 ust. 2 BGB.

Podmiotem legitymowanym do wniesienia roszczenia odszkodowawczego przeciwko członkom zarządu spółki jest zatem zawsze wierzyciel. Pozycję wierzycieli dochodzących roszczeń przeciwko członkom zarządu, jak również i wysokość samych roszczeń należy oceniać przede wszystkim z perspektywy sytuacji, w której wniosek o ogłoszenie upadłości byłby zgłoszony w terminie. Przyjęcie wskazanego ujęcia umożliwia wyróżnienie dwóch kategorii wierzycieli – dotychczasowych (*Altgläubigern*) i nowych (*Neugläubigern*).

Przez dotychczasowego wierzyciela należy rozumieć takiego, który w chwili wystąpienia przesłanek wszczęcia postępowania o ogłoszenie upadłości spółki był już wierzycielem spółki. Przyjęcie przedstawionej definicji ma kluczowe znaczenie z perspektywy odpowiedzialności ponoszonej w stosunku do dotychczasowych

²⁶⁹ V. Emmerich, *BGB – Schuldrecht. Besonderer Teil*, München 2015, s. 307–310.

²⁷⁰ Za BGH: „Durch die dem Geschäftsführer einer GmbH auferlegte Konkursantragspflicht werden, wie gesagt, nicht nur die bei Eintritt der Konkursreife bereits vorhandenen Gesellschaftsgläubiger (die «Altgläubiger»), sondern auch die erst später neu hinzukommenden (die «Neugläubiger») geschützt

wierzycieli przez członków zarządu spółki. Należy bowiem wskazać, że maksymalna wartość roszczenia, którego dotychczasowy wierzyciel będzie mógł skutecznie dochodzić od członków zarządu, jest ograniczona wyłącznie do wartości zaspokojenia, jakie uzyskałby w toku postępowania upadłościowego, w sytuacji gdyby wniosek o jego wszczęcie został złożony we właściwym terminie²⁷¹. Co więcej, w sytuacji, w której postępowanie upadłościowe zostało wszczęte, ale na skutek wniosku złożonego z opóźnieniem, roszczenie wierzyciela powinno być w pierwszej kolejności skierowane do spółki²⁷². Dopiero w sytuacji, w której wierzyciel nie uzyskał całkowitego zaspokojenia z masy upadłości, powinien on wystąpić z roszczeniem do członków zarządu (odpowiedzialność subsydiarna). Wysokość roszczenia kierowanego wobec nich nie powinna jednak przekraczać wartości różnicy między już uzyskanym zaspokojeniem a maksymalną możliwą do odzyskania sumą, o której mowa wyżej. Ocena sytuacji dotychczasowego wierzyciela powinna zatem nastąpić na chwilę zaktualizowania się przesłanek ogłoszenia upadłości, a zatem także i obowiązku złożenia wniosku o jej ogłoszenie.

Sytuacja nowego wierzyciela rysuje się diametralnie odmiennie. Skoro bowiem w chwili zajścia przesłanek ogłoszenia upadłości nie był on jeszcze wierzycielem spółki, nie może on ponosić straty wynikającej z zaniechania członków zarządu²⁷³. Uzasadnieniem dla przyjęcia wskazanego stanowiska jest oczywiście fakt, że członkowie zarządu, którzy powinni mieć świadomość wystąpienia albo niewystąpienia przesłanek ogłoszenia upadłości spółki, powinni rozważnie podchodzić do zaciągania nowych zobowiązań, a w wypadku ich zaciągnięcia, powinni się liczyć z obowiązkiem zwrotu, a w szczególności z osobistą odpowiedzialnością wobec wierzyciela, w sytuacji zaniechania przez nich złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości. Wierzyciel natomiast, wchodząc w jakiegokolwiek stosunki ze spółką reprezentowaną przez członków zarządu, co do zasady działa w zaufaniu do ich oświadczeń, a zatem nie powinien ponosić negatywnych konsekwencji wynikających z nieuczciwego działania członków zarządu, w szczególności gdy zaniechają oni poinformowania go o bieżącej kondycji finansowej spółki. Wątpliwości może budzić jedynie fakt, czy rozsądny wierzyciel nie

²⁷¹ H. Balthasar, *Risikobereich und Haftung...*, s. 889.

²⁷² H. Schmahl, *Subsidiaries...*, s. 7–8.

²⁷³ H. Balthasar, *Risikobereich und Haftung...*, s. 890.

powinien przynajmniej w pewnym zakresie zbadać sytuacji przyszłego kontrahenta²⁷⁴.

Jak wynika z powyższego, roszczenia nowych wierzycieli nie podlegają ograniczeniom, a zatem wierzyciele ci mogą dochodzić odszkodowania, którego wartość odpowiada pełnej wysokości szkody doznanej z winy członków zarządu spółki bezpośrednio od nich. Uprawnienie wierzycieli do dochodzenia odszkodowania nie jest przy tym uzależnione od tego, czy postępowanie upadłościowe zostało wszczęte, czy też nie, jednakże jeśli wierzycielowi uda się uzyskać choćby częściowe zaspokojenie z majątku spółki, powinien on pomniejszyć swoje roszczenie o uzyskaną już wartość.

W tym miejscu konieczne staje się odniesienie do przesłanek odpowiedzialności członków zarządu spółki z o.o. względem wierzycieli spółki. Już na wstępie jednak należy podkreślić, że wskazane przesłanki mają charakter uniwersalny dla odpowiedzialności deliktowej, dlatego w tym kontekście główny nacisk zostanie położony na ich cechy charakterystyczne wynikające ze specyfiki analizowanej odpowiedzialności. Analizowanymi przesłankami są zatem zachowanie się podmiotu wyrządzającego szkodę, bezprawność zachowania się, zawinienie, powstanie szkody oraz związek przyczynowy między zdarzeniem a szkodą.

Pierwszą z przesłanek jest oczywiście zachowanie się podmiotu wyrządzającego szkodę. Mając na uwadze treść § 15a ust. 1 InsO, przedmiotowym zachowaniem będzie zaniechanie złożenia wniosku o wszczęcie postępowania o ogłoszenie upadłości spółki. Co więcej, zachowanie to będzie, co do zasady, bezprawne w przypadku naruszenia obowiązku ciążącego na członkach zarządu na podstawie wskazanego przepisu. Ocena danego zachowania jako bezprawnego powinna być dokonywana w kontekście naruszenia określonego unormowania, to znaczy, że o bezprawności przesądzać będzie już sam fakt działania wbrew danemu

²⁷⁴ Wskazane zagadnienie nie będzie tu jednak przedmiotem rozważań. Należy bowiem zwrócić uwagę, że stopień staranności wierzyciela będzie w wielu przypadkach uzależniony od umowy, którą zawiera on z dłużnikiem. W prawie niemieckim istnieje ogólna zasada dobrej wiary (*Treu und Glauben*) w odniesieniu do wykonywania zobowiązań wyrażona w § 242 BGB, zgodnie z którym dłużnik jest zobowiązany do wykonywania zobowiązania tak, jak nakazują to czynić zasady dobrej wiary w normalnych warunkach obrotu gospodarczego, a zatem wierzyciel może oczekiwać od dłużnika, że jego zachowanie będzie uczciwe. Zasady współdziałania między dłużnikiem i wierzycielem, a także poziom ostrożności nabywcy określonego świadczenia będzie jednak różny w zależności od rodzaju umowy, jak również statusu prawnego nabywcy (przedsiębiorca/konsument).

uregulowaniu ochronnemu. Bezprawność w tym przypadku powinna być odnoszona do samej normy o celu ochronnym, nie zaś do rzeczywiście naruszonych dóbr poszkodowanego²⁷⁵. W analizowanym przypadku za bezprawne będzie należało uznać zachowanie się członka zarządu, polegające na zaniechaniu złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości, wbrew obowiązкови wyrażonemu w § 15a ust. 1 InsO.

Kolejną przesłanką odpowiedzialności odszkodowawczej członka zarządu spółki z o.o. jest wina. Po stwierdzeniu bezprawności danego zachowania się członka zarządu należy zatem ocenić je z perspektywy zawinienia. Zgodnie z treścią § 823 ust. 1 BGB odpowiedzialność deliktowa zachodzi w sytuacji, kiedy naruszenie określonego dobra prawnego jest dokonywane umyślnie lub wskutek niedbalstwa.

Niezbędnym elementem aktualizującym odpowiedzialność odszkodowawczą członków zarządu spółki jest powstanie szkody w majątku wierzyciela. Jak już wskazano, wartość szkody będzie w tym wypadku uzależniona od dwóch okoliczności. Po pierwsze od tego, czy wierzytelność istniała jeszcze przed zajściem przesłanek wszczęcia postępowania upadłościowego, czy też powstała po tej chwili, a zatem czy dochodzącym roszczenia jest dotychczasowy, czy też nowy wierzyciel. Obowiązek wykazania szkody we właściwej wysokości spoczywa na wierzycielu dochodzącym roszczenia. Mechanizm dochodzenia szkody przez wierzyciela ma istotne znaczenie z perspektywy procesowej. Kwestia ta była przedmiotem rozstrzygnięcia BGH w wyroku z 5.02.2007 r., w którym BGH rozstrzygnął, że wierzyciel może dochodzić od członków zarządu spółki wyłącznie kwoty odszkodowania na niego przypadającej, przy czym uprzednio powinien on wyegzekwować należność przypadającą mu zgodnie z rozliczeniami dokonanymi w postępowaniu upadłościowym²⁷⁶. W przywołanym wyroku BGH bezsprzecznie przesądził, że odpowiedzialność członków zarządu ma charakter subsydiarny i ogranicza się wyłącznie do tej części szkody, która nie może być pokryta z majątku spółki tworzącego następnie masę upadłości.

Powyżej przedstawiono okoliczności uruchamiające odpowiedzialność odszkodowawczą członków zarządu. Mając to na uwadze, należy rozważyć także ewentualne okoliczności umożliwiające członkom zarządu spółki zwolnienie się

²⁷⁵ K. Larenz, C.W. Canaris, *Lehrbuch...*, s. 433.

²⁷⁶ Wyrok BGH z 5.02.2007 r., II ZR 234/04 GmbHR 2007, s. 482–485.

z odpowiedzialności względem wierzycieli. Analiza treści § 15a InsO prowadzi do wniosku, że nie przewidziano w nim *expressis verbis* jakiegokolwiek przesłanki zwalniającej z odpowiedzialności. Należy zatem uznać, że zwolnienie z odpowiedzialności będzie możliwe wyłącznie na skutek przeprowadzenia dowodu niezaistnienia którejkolwiek z przesłanek odpowiedzialności, a zatem bezprawności wyrażającej się w naruszeniu przepisu § 15a InsO, winy, związku przyczynowego i szkody wierzyciela.

Ze względu na uniwersalny dla odpowiedzialności deliktowej charakter pozostałych przesłanek na szczególną uwagę zasługuje kwestia wykazania braku naruszenia obowiązku wynikającego § 15a InsO. W tym zakresie kluczowe znaczenie ma dochowanie terminu na złożenie wniosku o wszczęcie postępowania upadłościowego. Zgodnie ze wspomnianym przepisem powinien on zostać złożony bez zawinionej zwłoki, jednakże nie później niż na trzy tygodnie od daty powstania przesłanek uzasadniających wszczęcie postępowania upadłościowego. Wskazane terminy mają charakter terminów końcowych²⁷⁷. Terminy te zostały przewidziane, aby umożliwić spółce wdrożenie pozasądowych działań naprawczych, które niestety w praktyce postępowania w sytuacji niewypłacalności albo nadmiernego zadłużenia są często pomijane²⁷⁸. Termin ten powinien być zatem wykorzystywany wyłącznie w sytuacji podejmowania działań naprawczych, które mają w ocenie członków zarządu szansę poprawić sytuację finansową spółki. W przeciwnym wypadku powinni oni natychmiast złożyć wniosek o wszczęcie postępowania upadłościowego.

IV. *Insolvenzverursachungshaftung* – odpowiedzialność za wypłaty na rzecz wspólników

Instytucja *Insolvenzverursachungshaftung* została uregulowana w § 64 zd. 3 GmbHG i stanowi jedną z postaci opisanej wyżej odpowiedzialności wewnętrznej, a zatem odpowiedzialności powstającej między członkami zarządu a spółką, jak również (w niektórych wypadkach) między członkami zarządu a wspólnikami. Instytucja podobna była znana niemieckiej ustawie jeszcze przed wejściem w życie MoMiG, choć jej zasięg był o wiele węższy niż obecnie. Przed reformą dokonaną przez

²⁷⁷ H. Balthasar, *Risikobereich und Haftung...*, s. 888.

²⁷⁸ I. Drescher, *Die Haftung des GmbH-Gesellschaftsführers*, München 2009, Nb. 647.

MoMiG analizowana instytucja była uregulowana w § 64 ust. 2 GmbHG i obejmowała wyłącznie odpowiedzialność członków zarządu względem spółki za dokonanie wypłat na rzecz osób trzecich w sytuacji, gdy zachodziły już przesłanki ogłoszenia upadłości, a zatem stanowiła odpowiedzialność wewnętrzną w czystej postaci²⁷⁹. Po zmianach dokonanych przez MoMiG mechanizm ten odnosi się do analogicznego obowiązku członków zarządu, ale powstającego również w sytuacji, gdy wypłat dokonano na rzecz wspólników spółki i w doktrynie określany jest jako *Insolvenzverursachungshaftung*²⁸⁰ (odpowiedzialność w celu wyrównania majątku spółki w przypadku niewypłacalności).

Zgodnie z § 64 zd. 1 GmbHG w jego nowym brzmieniu²⁸¹ członkowie zarządu zobowiązani są do dokonania zwrotu do majątku spółki wartości wszystkich wypłat dokonanych przez nich od chwili wystąpienia niewypłacalności spółki albo chwili stwierdzenia jej nadmiernego zadłużenia. W zdaniu 3 przywołanego przepisu wskazano, że dokładnie taki sam obowiązek ciąży na członkach zarządu spółki w wypadku, gdy wypłaty te zostały dokonane na rzecz wspólników spółki, o ile doprowadziły one do niewypłacalności spółki.

Jak wynika z powyższego, obecne brzmienie § 64 GmbHG pozwala na rozróżnienie dwóch sytuacji. Pierwszej, w której obowiązek odszkodowawczy obciąża członków zarządu w sytuacji dokonania przez nich wypłat z majątku niewypłacalnej albo nadmiernie zadłużonej spółki na rzecz osób trzecich, a także drugiej, w której wypłaty dokonywane są na rzecz wspólników z majątku spółki jeszcze wypłacalnej, ale ich dokonanie prowadzi do pogłębienia złej sytuacji spółki i w konsekwencji do jej niewypłacalności. Druga z opisanych sytuacji określana jest w doktrynie mianem odpowiedzialności za działania (interwencje) unicestwiające (*Haftung wegen existenzvernichtende Eingriffe*)²⁸². Określenie to, co prawda w sposób drastyczny, ale niezwykle trafny, oddaje istotę sytuacji, o której mowa. Należy bowiem zwrócić

²⁷⁹ Por. § 64 ust. 2 dawnej GmbHG: „Die Geschäftsführer sind der Gesellschaft zum Ersatz von Zahlungen verpflichtet, die nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft oder nach Feststellung ihrer Überschuldung geleistet werden. Dies gilt nicht von Zahlungen, die auch nach diesem Zeitpunkt mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns vereinbar sind“.

²⁸⁰ H.C. Grigoleit, M.S. Rieder, *GmbH-Recht...*, s. 109.

²⁸¹ Brzmienie obecnego § 64 zd. 1 GmbHG jest tożsame z brzmieniem dawnego § 64 ust. 2 zd. 1 GmbHG, a zatem nie będzie w tym miejscu ponownie przywoływany. Por. przypis 281.

²⁸² H. Balthasar, *Risikobereich und Haftung...*, s. 894.

uwagę, że odpowiedzialność na podstawie § 64 zd. 3 GmbHG nie jest skierowana przeciwko wspólnikom spółki, będącym odbiorcami zagrażających majątkowi spółki czynności, ale jedynie przeciwko osobom, które decydują się na dokonanie wypłat, które prowadzą do nieuchronnego pogłębienia złej kondycji finansowej zarządzanej przez nich spółki. To zatem nie przyjęcie wypłaty, ale jej dokonanie (działanie/interwencja członków zarządu) stanowi podstawę odpowiedzialności.

Adresatami normy wynikającej z przywołanego przepisu są wyłącznie członkowie zarządu spółki. Przyjęcie przez wspólnika wypłaty nie może być zatem postrzegane jako przyczynienie się do powstania niewypłacalności spółki. Nie ulega przy tym wątpliwości, że pozycja członka zarządu jest w dużym stopniu uzależniona od woli wspólników, co może zdecydowanie utrudniać im podejmowanie samodzielnych decyzji o charakterze niekorzystnym dla wspólników. Sytuacja członka zarządu z jednej strony chcącego ratować spółkę, a z drugiej narażonego na konflikt ze wspólnikami jest niewątpliwie patowa. Z tego też względu ustawodawca przewidział mechanizm pozwalający uwolnić się członkowi zarządu od bezpośredniego wpływu wspólników na jego działania. Podejmując decyzję o dokonaniu albo niedokonaniu wypłat na rzecz wspólników, jest on, na podstawie § 64 zd. 4 w zw. z § 43 ust. 3 zd. 3 GmbHG, wolny od wszelkich nakazów i instrukcji wynikających z uchwał wspólników. Ochrona członków zarządu idzie zdecydowanie dalej, gdyż nawet uchwała o odwołaniu ich z funkcji z uwagi na odmowę wypłat nie będzie skuteczna, a członkowie zarządu powinni dalej wykonywać swoją funkcję²⁸³.

Należy także zwrócić uwagę, że odpowiedzialność określona w §64 zd. 3 GmbHG, polegająca na obowiązku zwrotu do majątku spółki środków, które zostały z niego wypłacone, nie ma charakteru odpowiedzialności odszkodowawczej. Z chwilą wejścia w stan niewypłacalności na skutek dokonania wypłaty po stronie spółki powstaje roszczenie o zwrot wartości, które wypłynęły z jej majątku (*Erstattungsanspruch*). Członek zarządu jest zatem zobowiązany do dokonania zwrotu do majątku spółki (ewentualnie do masy upadłości) pełnej wartości wypłat. Nie ma przy tym znaczenia, czy rzeczywista szkoda powstała w majątku spółki ma mniejszą, czy też większą wartość²⁸⁴. W świetle powyższego przesłankami

²⁸³ U. Haas, *Kommentar zum § 64*, [w:] A. Baumbach A. Hück, *Kommentar zum GmbHG*, München 2010, Nb. 107.

²⁸⁴ U. Haas, *Kommentar zum § 64*, Nb. 72.

odpowiedzialności członków zarządu będą zatem dokonanie wypłaty na rzecz wspólników, powstanie stanu niewypłacalności spółki oraz związek przyczynowy między wypłatą i powstaniem niewypłacalności. Nie ma przy tym znaczenia powstanie rzeczywistej szkody, choć w praktyce zazwyczaj będzie to miało miejsce.

Samo pojęcie wypłaty nie zostało zdefiniowane w treści § 64 GmbHG ani w odniesieniu do wypłat, o których mowa w zdaniu pierwszym, ani też tych określonych w zdaniu trzecim. Wątpliwości może zatem budzić okoliczność, jakie konkretnie wypłaty mogą stanowić podstawę odpowiedzialności członków zarządu spółki. Co więcej, wątpliwości te pogłębia zawarte w zdaniu trzecim bezpośrednie odwołanie do zdania pierwszego, co może stanowić uzasadnienie dla jednolitego rozumienia terminu „wypłata” użytego w obu tychże zdaniach § 64 GmbHG. Pewną wskazówkę w tym względzie może stanowić wyrok BGH z 29.11.1999 r., w którym stwierdzono, że termin wypłata (*Zahlung*) użyty w treści § 64 GmbHG (wtedy jeszcze wyłącznie ust. 2 zd. 1) powinien być rozumiany szeroko i obejmować zarówno świadczenia pieniężne, jak również wszelkie usługi lub inne świadczenia niepieniężne, pod warunkiem że prowadzą one do pomniejszenia majątku spółki²⁸⁵. Warunek pomniejszenia majątku spółki pozwala na wykluczenie odpowiedzialności za wszelkie wypłaty dokonane w zamian za świadczenie wzajemne, którego spełnienie prowadzi do wyrównania ubytku powstałego na skutek dokonanej wypłaty. Należy zatem stwierdzić, że wszelkie inne świadczenia spełniane z majątku spółki, które prowadzą do uszczuplenia jej majątku i w efekcie prowadzą do niewypłacalności spółki, powinny być przez członków zarządu wstrzymane, niezależnie od tego, czy dotyczą osób trzecich, czy też samych wspólników²⁸⁶.

Z treści § 64 zd. 3 GmbHG w sposób jasny wynika, że odnosi się on do wypłat dokonywanych na rzecz wspólników jeszcze w chwili, gdy spółka jest wypłacalna, a to właśnie dokonane wypłaty mają doprowadzić do niewypłacalności spółki. Samo pojęcie niewypłacalności, jak już wskazano, jest terminem precyzyjnie zdefiniowanym w § 17 InsO i zostało już w tym opracowaniu omówione. W tym miejscu natomiast wydaje się zasadne rozważenie zagadnienia związku przyczynowego między dokonanymi wypłatami a niewypłacalnością spółki. Pozwoli

²⁸⁵ Wyrok BGH z 29.11.1999 r., II ZR 273/98, BGHZ 1999, nr 143, s. 184.

²⁸⁶ B. Knof, *Die neue Insolvenzverursachungshaftung...*, s. 1536–1538.

to bowiem na udzielenie odpowiedzi na pytanie o istotę analizowanego mechanizmu, a zatem wymóg prowadzenia do niewypłacalności spółki wskazany w § 63 zd. 3 GmbHG (*soweit diese [Zahlungen – przyp. aut.] zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen mussten*).

Zgodnie z pierwszym stanowiskiem dla stwierdzenia istnienia związku przyczynowego między wypłatą a niewypłacalnością spółki wystarczające jest, aby jakkolwiek dokonana wypłata bezpośrednio przyczyniała się do powstania niewypłacalności²⁸⁷. Poglądy tego rodzaju wydają się jednak zbyt ogólne, a wobec braku definicji bezpośredniego wpływu – także nieprecyzyjne, co może prowadzić do zbyt szerokiego pojmowania związku przyczynowego. Należy zwrócić uwagę, że nie uwzględniają one treści § 64 zd. 2 GmbHG, który dopuszcza wypłaty, o ile są one dokonywane przez członków zarządu ze starannością wymaganą od rozsądnego przedsiębiorcy. Co więcej, wskazane stanowisko zawiera w sobie pewną utajoną implikację, która zakłada, że każda wypłata dokonana z majątku spółki w obliczu jej niewypłacalności jest bezpośrednią przyczyną pogłębienia się negatywnej kondycji spółki, co nie zawsze znajduje uzasadnienie w rzeczywistości.

Zbyt szerokie rozumienie związku przyczynowego w kontekście analizowanego przepisu może prowadzić do skutku w postaci zaostrzonego konfliktu między wspólnikami a członkami zarządu. Nie trudno bowiem wyobrazić sobie sytuację, że wspólnicy po zakończonym roku obrotowym decydują się na podjęcie uchwały o podziale zysku spółki i z tą chwilą nabywają oni roszczenie o wypłatę zysku. Następnie członkowie zarządu, obawiając się swojej odpowiedzialności, blokują dokonanie wypłaty z uwagi na zbliżające się terminy wymagalności istotnych zobowiązań, których nieuregulowanie znacznie pogorszy sytuację spółki. Zagrożenie tego rodzaju jest tym bardziej istotne, że żaden przepis prawa nie zakazuje wspólnikom dochodzenia przyznanego im roszczenia o wypłatę zysku, nawet w obliczu zagrożenia niewypłacalnością²⁸⁸. Z drugiej jednak strony, jak wskazano wyżej, polecenia wspólników nie wiążą członków zarządu.

²⁸⁷ J. Spliedt, *MoMiG in der Insolvenz – ein Sanierungsversuch*, ZIP 2009, z. 4, s. 160 i n.

²⁸⁸ U. Haas, *Kommentar zum § 64*, Nb. 72; U. Haas, *Aktuelle Fragen zur Krisenhaftung des GmbH-Geschäftsführers nach § 64 GmbHG*, GmbH-Rundschau 2010, s. 1–8.

Drugie ze stanowisk spotykanych w doktrynie rozpatruje związek przyczynowy między wypłatami a niewypłacalnością jako reakcję łańcuchową. Zwraca ono uwagę, że o ile same wypłaty dokonane na rzecz wspólników nie muszą koniecznie prowadzić bezpośrednio do niewypłacalności spółki, o tyle najczęściej wprawiają one w ruch swego rodzaju reakcję łańcuchową, która przez stopniowe pogłębianie zadłużenia, a następnie zagrożenie niewypłacalnością, w efekcie prowadzi do niewypłacalności spółki²⁸⁹. Stanowisko to wydaje się przyjmować nieco szersze spojrzenie na samą kwestię związku między wypłatami oraz niewypłacalnością. Zwraca bowiem uwagę także na inne czynniki prowadzące do niewypłacalności. Najczęściej pierwszorzędnym skutkiem dokonanej wypłaty będzie zmniejszenie aktywów spółki, przy jednoczesnym zwiększeniu lub utrzymaniu pasywów na dotychczasowym poziomie. Dokonana wypłata w pierwszej kolejności będzie prowadziła do pogłębienia zadłużenia spółki, która dopiero w następnej kolejności może prowadzić do jej niewypłacalności.

Jak wynika z dotychczasowych rozważań, stanowiska dotyczące związku przyczynowego między wypłatami i stanem niewypłacalności spółki są zróżnicowane. Trudno przy tym jednoznacznie odrzucić którekolwiek ze stanowisk, gdyż, jak należy sądzić, w konkretnych okolicznościach faktycznych sposób oddziaływania wypłat dokonanych na rzecz wspólników może różnie oddziaływać na dalszą sytuację finansową spółki. Co więcej, należy zwrócić uwagę, że proces zbliżania się do niewypłacalności, jak również pogłębiania niewypłacalności spółki ma charakter wieloprzyczynowy, a określenie związku między wypłatami a niewypłacalnością wymaga także uwzględnienia innych przyczyn takiego stanu rzeczy, gdyż samo dokonanie wypłat nie musi zawsze natychmiast i bezpośrednio prowadzić do wyłączenia możliwości regulowania zobowiązań²⁹⁰.

W świetle powyższych wątpliwości co do sposobu pojmowania związku przyczynowego między wypłatami i niewypłacalnością spółki przydatna wydaje się metoda wypracowana w doktrynie prawa upadłościowego, zgodnie z którą związek między niewypłacalnością a konkretną wypłatą (na rzecz dowolnego podmiotu)

²⁸⁹ G. Hölzle, *Gesellschafterfremdfinanzierung und Kapitalerhaltung im Regierungsentwurf des MoMiG*, GmbH-Rundschau 2007, s. 729–736.

²⁹⁰ K. Schmidt, *Kommentar zum § 64 GmbHG*, [w:] F. Scholz (red.), *Kommentar zum GmbH-Gesetz*, t. III: § 53–85, Köln 2010, Nb. 84.

proceeds to insolvency, if with a high – exceeding 50% – probability it can be stated that after the payment the company will not be in a position, in the course of its normal activity conducted in the given period, to regulate its obligations towards creditors in the agreed terms of their enforceability²⁹¹. The indicated criterion refers to the normal course of activity of the company in the given period, which means that even if the members of the management foresee the occurrence of circumstances that could improve the financial situation of the company, in particular the success of a certain investment, they are not in a position to determine the probability of its success, they should not take it into account at the moment of making the payment²⁹². Before the payment is made, the members of the management should then check the condition of the company's assets, performing the so-called solvency test (*Solvency Test, Test der Zahlungsfähigkeit*). This test consists in assessing the current state of the company's assets, and then performing a simulation of the state of the assets after the payment, taking into account the enforceable obligations and those whose enforceability is expected in the near future. The presented test is based on a forecast of the company's situation after the payment to the shareholders, and it can be burdened with a certain level of error. This does not change the fact, however, that a proper assessment of the current state of the company's assets allows at least an approximation of the situation of the company after the payment to the shareholders, and through this to estimate the probability of insolvency²⁹³.

Podsumowując, wydaje się, że pojmowanie związku przyczynowego między wypłatami na rzecz wspólników a niewypłacalnością spółki przez pryzmat prawdopodobieństwa jest rozwiązaniem optymalnym. Ocena prawdopodobieństwa za pomocą testu wypłacalności i założenie, że związek przyczynowy istnieje, jeżeli niewypłacalność spółki na skutek wypłat jest bardziej prawdopodobna niż zachowanie jej wypłacalności, są kryteriami jasnymi i stosunkowo precyzyjnymi. Ich wykorzystanie pozwala członkom zarządu na dokonanie obiektywnej oceny sytuacji spółki, która może stanowić istotny argument pozwalający przekonać wspólników, że powinni oni zrezygnować z wypłat i pozwoli na uniknięcie ewentualnego sporu. Co więcej, wykazanie się starannością przy wykonywaniu testu

²⁹¹ B. Knof, *Die neue Insolvenzverursachungshaftung...*, s. 1540.

²⁹² H. Balthasar, *Risikobereich und Haftung...*, s. 894.

²⁹³ K. Schmidt, *Kommentar zum § 64 GmbHG*, Nb. 84

wypłacalności oraz ocenie prawdopodobieństwa pozwoli na ogół członkom zarządu uchylić się od odpowiedzialności względem spółki na podstawie § 64 zd. 2 GmbHG. Staranne posłużenie się wskazanymi kryteriami należy bowiem uznać za przejaw staranności, jakiego oczekuje się od członków zarządu spółki. Odpowiedzialność będą oni natomiast ponosić w przypadku, gdy mimo świadomości istnienia dużego prawdopodobieństwa niewypłacalności spółki dokonają wypłat na rzecz wspólników.

V. Podsumowanie

Podsumowując przeprowadzone analizy, warto dokonać krótkiego porównania podejścia do badanego zagadnienia w porządku prawnym polskim i niemieckim.

Zasadnicze podobieństwo obu porządków prawnych w tym kontekście zauważalne jest już na bardzo wysokim poziomie ogólności. Podobieństwem tym jest niewątpliwie sam fakt istnienia w obu porządkach prawnych regulacji odnoszących się do odpowiedzialności członków zarządu spółki (jak również innych podmiotów) względem wierzycieli w wyniku zaniechania złożenia wniosku o wszczęcie postępowania upadłościowego. Regulacje te w obu porządkach prawnych mają realizować ten sam cel, jakim jest ochrona wierzycieli przed niewłaściwym postępowaniem członków zarządu podczas wykonywania czynności zarządczych w spółce. Szczegółowy sposób realizacji tego celu, a zatem także sposób ujęcia badanej instytucji różni się.

Zasadniczym podobieństwem badanej instytucji w obu porządkach prawnych jest charakter odpowiedzialności ponoszonej przez członków zarządu spółki. Zarówno w prawie niemieckim, jak i polskim przyjmuje się bowiem, że odpowiedzialność ta ma charakter odpowiedzialności odszkodowawczej, a naruszenie obowiązku zgłoszenia wniosku o wszczęcie postępowania upadłościowego jest czynem niedozwolonym.

Pewnego podobieństwa badanej instytucji można się też dopatrzeć w rozkładzie ciężaru dowodu. Jak wskazano wyżej, w prawie niemieckim odpowiedzialność za zobowiązania spółki z tytułu zaniechania złożenia wniosku o wszczęcie postępowania upadłościowego jest uznawana za odszkodowawczą odpowiedzialność z tytułu czynu niedozwolonego. Rozkład ciężaru dowodu jest zatem ukształtowany na zasadach właściwych dla odpowiedzialności deliktowej

i obciąża zasadniczo wierzyciela dochodzącego roszczenia. Jak wynika z części pierwszej niniejszego opracowania, odpowiedzialnością deliktową jest także odpowiedzialność ponoszona na podstawie art. 21 ust. 3 p.u., co warunkuje rozkład ciężaru dowodu analogiczny jak w przypadku odpowiedzialności ponoszonej na podstawie § 823 ust. 2 w zw. z 15a InsO. Odmienne natomiast ukształtowany został w przepisie art. 299 k.s.h. Wprowadzono tam bowiem szeroki zakres domniemań, które sprawiają, że wierzyciel musi jedynie udowodnić istnienie niezaspokojonych roszczeń względem spółki i bezskuteczność ich egzekucji z jej majątku.

Pierwsza istotna różnica dotyczy niewątpliwie sposobu regulacji analizowanej instytucji prawnej. Jak wskazano wyżej, w prawie niemieckim przyjęto zasadę monizmu regulacyjnego, co oznacza, że podstawa odpowiedzialności wobec osób trzecich z tytułu zaniechania złożenia wniosku o wszczęcie postępowania upadłościowego została uregulowana w jednym akcie prawnym (*Insolvenzordnung*) i jest jednakowa dla wszystkich spółek prawa handlowego oraz (w zasadzie) wszystkich osób prawnych. W prawie polskim obowiązuje natomiast zasada dualizmu. Regulacje odnoszące się do badanego zagadnienia zawarte są bowiem zarówno w ustawie – Prawo upadłościowe (art. 23 ust. 1 p.u.), jak i Kodeksie spółek handlowych (art. 299 k.s.h.), ale tu już wyłącznie w odniesieniu do członków zarządu spółek z o.o. Na pierwszy rzut oka wydaje się, że rozwiązanie niemieckie jest bardziej czytelne i jako uniwersalne może być szerzej stosowane. Należy jednak stwierdzić, że samo uregulowanie określonej instytucji prawnej w jednym lub wielu przepisach nie przesądza o jej skuteczności. W przypadku zaś przyjęcia drugiego ze sposobów należy bardzo dokładnie określić zależność między poszczególnymi przepisami.

Dalszą istotną różnicą jest ukształtowanie zakresu podmiotowego analizowanej odpowiedzialności. Co prawda w obu porządkach prawnych podmiotami zasadniczo odpowiedzialnymi za szkody wynikające zaniechania złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości są członkowie zarządu spółki i jej likwidatorzy, to jednak w krąg osób odpowiedzialnych w prawie niemieckim jest szerszy od określonego w prawie polskim. W prawie niemieckim obok członków zarządu osobami zobowiązanymi do złożenia wskazanego wniosku, a zatem również za zaniechanie dopełnienia tego obowiązku, są współnicy w sytuacji, w której spółka nie posiada członków zarządu

(*Führungslosigkeit*), jak również osoby faktycznie zarządzające spółką (zarządcy *de facto*). W prawie polskim nie przewidziano natomiast regulacji umożliwiających pociągnięcie do odpowiedzialności ani współników, ani osób zarządzających spółką jedynie faktycznie.

Co więcej, regulacje obu porządków prawnych w sposób znaczący różnią się z perspektywy zakresu wskazanej odpowiedzialności. W prawie niemieckim zakres ten, w szczególności wysokość świadczenia odszkodowawczego, uzależniony jest od faktu, czy dochodzącym roszczenia jest wierzyciel dotychczasowy, czy też wierzyciel, którego wierzytelność powstała dopiero po powstaniu przesłanek aktualizujących obowiązek złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości. Pierwsza kategoria wierzycieli uprawniona jest do dochodzenia od członków zarządu albo likwidatorów wyłącznie wartości różnicy między tym, co uzyskał rzeczywiście w postępowaniu upadłościowym wszczętym z opóźnieniem, a tym, co uzyskałby, gdyby postępowanie to zostało wszczęte we właściwym czasie, a zatem nie doszłoby do naruszenia obowiązku wskazanego w § 15a InsO. Wierzyciele należący do drugiej kategorii mogą natomiast dochodzić roszczeń w pełnej wysokości. Prawo polskie nie przewiduje wskazanego zróżnicowania, co nie oznacza jednak, że nie jest ono możliwe do przeprowadzenia przy ustalaniu rzeczywistej wartości szkody poniesionej na skutek naruszenia obowiązku wskazanego w art. 21 ust. 3 p.u. Jeżeli wierzycielowi udało się w postępowaniu upadłościowym uzyskać choćby częściowe zaspokojenie, to skierowane przez niego wobec członków zarządu roszczenie nie może przekraczać wartości rzeczywiście poniesionej przez niego szkody. Szkodą tą będzie natomiast uszczerbek wynikający z naruszenia obowiązku złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości w terminie.

Odnosząc się do zagadnień wysokości dochodzonych roszczeń, warto zwrócić uwagę na regulację art. 21 ust. 3a p.u., która nie ma swojego bezpośredniego odpowiednika w regulacjach niemieckich, a jej wprowadzenie ma dużą doniosłość praktyczną. Wskazany przepis ustanawia bowiem domniemanie wysokości szkody poniesionej przez osobę trzecią. W przypadku dochodzenia odszkodowania przez wierzyciela niewypłacalnego dłużnika domniemywa się, że szkoda, o której mowa w art. 21 ust. 3 p.u., obejmuje wysokość niezaspokojonej wierzytelności tego wierzyciela wobec dłużnika.

Część czwarta – inne porządki prawne

I. Prawo luksemburskie

Mimo że Luksemburg jest bardzo niewielkim państwem, znaczenie jego prawa spółek jest istotne w Europie. Bardzo dużo osób decyduje się na założenie spółki właśnie tam, zgodnie z prawem luksemburskim²⁹⁴, do czego mogą je skłaniać rozmaite względy, których analiza wykracza poza zakres tego opracowania. Natomiast przedstawienie stanowiska prawa luksemburskiego w odniesieniu do istniejących w nim instrumentów, które można by uznać za odpowiednik znanej prawu polskiemu instytucji uregulowanej w art. 299 k.s.h., niestety, ze względu na brak źródeł²⁹⁵, może mieć jedynie charakter wzmiankowy i mniej wyczerpujący, niż zostało to dokonane w odniesieniu do prawa niemieckiego i angielskiego. Dodać jeszcze tylko trzeba, że prawo spółek w Luksemburgu jest bardzo zbliżone do prawa belgijskiego i w konsekwencji, jak dostrzega się w doktrynie, dla jego rozwoju duże znaczenie mają orzecznictwo sądów belgijskich i wypowiedzi tamtejszej doktryny²⁹⁶. Ponadto zarówno w zakresie prawa cywilnego, jak i prawa handlowego i prawo belgijskie, i prawo luksemburskie są zbliżone do prawa francuskiego – we wszystkich tych krajach wciąż obowiązują, choć już nie o dokładnie tej samej treści, Code civil z 1804 r.²⁹⁷ (dalej: CC) i Code de commerce z 1807 r. (dalej: CCom.)²⁹⁸.

²⁹⁴ Statystyki wskazują, że między 1945 a 1996 r. liczba zarejestrowanych w Luksemburgu SARL wzrosła o 6250%, powołano za: J.R. Nlend, *La responsabilité des dirigeants de sociétés en droit luxembourgeois*, Luxembourg 1997, s. 13.

²⁹⁵ O braku orzecznictwa, a także wypowiedzi doktryny co do luksemburskiego prawa spółek zob. E. Mousel, *Directors' Duties and Liability in Luxembourg*, [w:] *Annex to Study on Directors' Duties and Liability prepared for the European Commission DG Markt*, red. C. Gerner-Beuerle, P. Paech, E.P. Schuster, London 2013, s. 545; tekst dostępny online: http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/board/2013-study-reports_en.pdf (dostęp: 25.11.2016 r.).

²⁹⁶ A. Steichen, *Précis de droit des sociétés*, Luxembourg 2014, s. 27; G. Harles, D. Nosbusch, *Luxembourg*, [w:] *Directors' Liability: A Worldwide Review*, red. A. Loos, Alphen aan den Rijn 2006, s. 321, przyp. 1.

²⁹⁷ Tekst obowiązujący w Luksemburgu dostępny jest na oficjalnej stronie internetowej: http://www.legilux.public.lu/leg/textescoordonnes/codes/code_civil/CodeCivil_PageAccueil.pdf (dostęp: 25.11.2016 r.).

²⁹⁸ Tekst obowiązujący w Luksemburgu dostępny jest na oficjalnej stronie internetowej: http://www.legilux.public.lu/leg/textescoordonnes/codes/code_commerce/CODE_DE_COMMERCE_2_015.pdf (dostęp: 25.11.2016 r.).

Podstawowe źródło luksemburskiego prawa handlowego to powołany już kodeks handlowy z 1807 r. (Code de commerce). Natomiast prawo spółek uregulowane zostało w ustawie z 10.8.1915 r.²⁹⁹ (dalej: ustawa z 1915 r.). Prawo to zna bogaty katalog spółek handlowych, do którego zalicza się (art. 2 ustawy z 1915 r.): *la société en nom collectif, la société en commandite simple, la société anonyme, la société en commandite par actions, la société à responsabilité limitée, la société coopératives, la société européenne*. Spośród nich odpowiednikiem polskiej spółki z o.o. jest *la société à responsabilité limitée*.

La société à responsabilité limitée (SARL)³⁰⁰ została uregulowana w ustawie z 18.09.1933 r.³⁰¹ (ustawa ta uzupełniła powoływaną już ustawę z 1915 r.)³⁰². Jej inspirację stanowiła francuska ustawa o SARL z 1925 r.³⁰³ Jest to spółka kapitałowa będąca osobą prawną o ograniczonej liczbie wspólników (maksymalnie czterdziestu)³⁰⁴. W konsekwencji zasadą jest, że wyłącznie sama spółka odpowiada za swoje zobowiązania – cecha tej spółki to ograniczenie odpowiedzialności ponoszonej przez wspólników. Wyjątek od tej zasady, dający podstawy do ponoszenia za nie odpowiedzialności dodatkowej, uaktualnia się dopiero na wypadek niewypłacalności spółki, o czym będzie dalej mowa.

Będąc osobą prawną, SARL ma organy, spośród których szczególną rolę odgrywa zarząd zajmujący się bieżącym prowadzeniem spraw i reprezentacją SARL. Może on składać się z jednego członka lub kilku członków. Członkami zarządu mogą być

²⁹⁹ Loi concernant les sociétés commerciales z 10.08.1915 r.; obowiązujący tekst jest dostępny na oficjalnej stronie internetowej: <http://eli.legilux.public.lu/eli/etat/leg/loi/1915/08/10/n1> (dostęp: 25.11.2016 r.).

³⁰⁰ Zob. monografię poświęconą tej spółce: L. Metzler, *Le Régime juridique et fiscal des sociétés à responsabilité limitée dans le Grand-Duché de Luxembourg*, Paris 1933.

³⁰¹ Loi ayant pour objet d'instituer la société à responsabilité limitée et d'apporter certains changements au régime légal et fiscal des sociétés commerciales et civiles z 18.09.1933 r.; obowiązujący tekst jest dostępny na oficjalnej stronie internetowej: <http://eli.legilux.public.lu/eli/etat/leg/loi/1933/09/18/n1> (dostęp: 25.11.2016 r.).

³⁰² Warto jednak zauważyć, że w Luksemburgu, odmiennie niż w większości innych krajów, największe znaczenie wśród dostępnych form spółek mają spółki akcyjne, a nie spółki z o.o. (SARL), ponieważ to właśnie spółki akcyjne pozwalają na gromadzenie bardzo dużego kapitału właściwego dla międzynarodowych korporacji. W konsekwencji przepisy dotyczące tej postaci spółki są najdokładniejsze, praktyka najbardziej rozwinięta, co skutkuje tym, że nawet mniejsze rodzime spółki luksemburskie przyjmują postać spółek akcyjnych. Zob. E. Mousel, *Directors' Duties...*, s. 546.

³⁰³ A. Steichen, *Précis de droit...*, s. 567.

³⁰⁴ A. Steichen, *Précis de droit...*, s. 571.

i wspólnicy, i osoby trzecie. Powołują ich wspólnicy³⁰⁵, przy czym umowa może przewidywać powoływanie ich na pewien okres albo bezterminowo³⁰⁶. Osoby prawne mogą pełnić funkcje członków zarządu³⁰⁷. Członkowie zarządu ponoszą odpowiedzialność za czas, kiedy funkcje te pełnili, przy czym odpowiedzialność ta nie ustaje po ustąpieniu (wskutek rezygnacji czy odwołania) z funkcji³⁰⁸.

Pochodzenie prawa luksemburskiego od prawa francuskiego powoduje, że nie zaskakuje, iż poszukiwanie odpowiedników instytucji prawnej uregulowanej w art. 299 k.s.h. w prawie luksemburskim pozwala odnaleźć instytucję zwaną *action en comblement de passif*³⁰⁹. Stanowi ona podstawę roszczenia skierowanego do członków zarządu spółki. Została stosunkowo niedawno, bo w 1992 r., wprowadzona do prawa luksemburskiego³¹⁰ i jest uregulowana w art. 495-1 CCom.³¹¹. Zauważyć jednak trzeba, że w prawie francuskim już kilka lat temu ta instytucja prawna została uchylona i zastąpiona przez inne³¹².

Z roszczeniem z tytułu *action en comblement de passif* można wystąpić wyłącznie w toku postępowania upadłościowego, gdy nie będzie budziło wątpliwości, że brak środków w masie upadłości (majątku spółki) do zaspokojenia jej wierzycieli. Legitymację czynną ma wyłącznie osoba prowadząca postępowanie upadłościowe

³⁰⁵ J.-P. Winandy, *Manuel de droit des sociétés*, Bertrange 2011, s. 669.

³⁰⁶ J. R. Nlend, *La responsabilité...*, s. 31.

³⁰⁷ A. Steichen, *Précis de droit...*, s. 580.

³⁰⁸ E. Mousel, *Directors' Duties...*, s. 565.

³⁰⁹ Prawo francuskie nie zostało objęte badaniem, którego rezultaty prezentuje artykuł. Zob. jednak analizę dostępnych w nim instrumentów prawnych pozwalających na pociągnięcie członków zarządu SARL (odpowiednika polskiej spółki z o.o.) do odpowiedzialności na wypadek niewypłacalności spółki: K. Osajda, *Niewypłacalność...*, s. 496–523.

³¹⁰ Dokonano tego mocą: Loi du 21 juillet 1992 portant adaptation de la réglementation concernant les faillites et nouvelle définition des actes de commerce et créant l'infraction d'abus de biens sociaux; obowiązujący tekst jest dostępny na oficjalnej stronie internetowej: <http://www.legilux.public.lu/rql/1992/A/1898/1.pdf>.

³¹¹ Przepis ten brzmi: „Lorsque la faillite d'une société fait apparaître une insuffisance d'actif, le tribunal peut décider, à la requête du curateur, que les dettes doivent être supportées, en tout ou en partie, avec ou sans solidarité, par les dirigeants sociaux, de droit ou de fait apparents ou occultes, rémunérés ou non, à l'égard desquels sont établies des fautes graves et caractérisées ayant contribué à la faillite. L'action se prescrit par trois ans à partir de la vérification définitive des créances. En cas de résolution ou d'annulation du concordat, la prescription, suspendue pendant le temps qu'a duré le concordat, recommence à courir, sans toutefois que le délai pour exercer l'action puisse être inférieure à un an”.

³¹² O dawnej regulacji we Francji *action en comblement de passif* zob. K. Osajda, *Niewypłacalność...*, s. 507–510.

(*curateur*), a zasądzone środki wchodzą do masy upadłości. Legitymację bierną mają natomiast zarówno członkowie zarządu formalnie i prawidłowo powołani do pełnienia tej funkcji, jak i osoby faktycznie pełniące tę funkcję (członkowie zarządu *de facto*). Wyraźnie przy tym uregulowano, że nie ma znaczenia, po pierwsze, czy członkowie zarządu *de facto* działali w sposób jawny (widoczny) w obrocie, czy też nie, oraz, po drugie, czy ponoszący odpowiedzialność członkowie zarządu pobierali wynagrodzenie za pełnienie funkcji członka zarządu³¹³.

Przesłanki odpowiedzialności członków zarządu z tytułu *action en comblement de passif* zostały ujęte wyjątkowo nieostro. Członkowie zarządu ponoszą bowiem na tej podstawie odpowiedzialność, o ile zostanie wykazane, że w sposób rażąco zawiniony (*grave et caractérisée*)³¹⁴ podejmowane przez nich działania przyczyniły się do niewypłacalności i w konsekwencji do upadłości spółki. Bierze się przy tym pod uwagę ich kwalifikacje oraz okoliczność zajmowania stanowiska członka zarządu (profesjonalny charakter działalności)³¹⁵. W orzecznictwie³¹⁶ i doktrynie³¹⁷ próbuje się tworzyć otwarty katalog działań, które uzasadniałyby wystąpienie z *action en comblement de passif*, i zalicza się do niego: prowadzenie dalej działalności deficytowej przez spółkę, brak zainteresowania sytuacją ekonomiczną spółki, nierówne traktowanie wierzycieli spółki (zwłaszcza prywatnoprawnych i publicznoprawnych).

Podstawowe problemy ze stosowaniem w praktyce instytucji *action en comblement de passif* wynikają z trudności dowodowych. Dotyczą one nie tylko wykazania popełnienia przez pozwanego członka zarządu spółki czynu spełniającego wskazane wcześniej kryteria, lecz także udowodnienia adekwatnego związku przyczynowego między tym właśnie konkretnym czynem a powstałą z niego szkodą. Podkreśla się, że ustawodawca luksemburski nie zdecydował się wprowadzić w tym zakresie żadnego domniemania, które poprawiłoby pozycję powoda w postępowaniu

³¹³ Tak m.in. G. Cabos, T. Wirion, *Droit des sociétés & Responsabilités des dirigeants*, Cahier juridique de la Chambre des Métiers, Luxembourg 2012, s. 20.

³¹⁴ W orzecznictwie sądów luksemburskich przesłanka ta jest jeszcze zawężana do „błędów niewybaczalnych” (*fautes impardonnables*), zob. Trib. Arr. Lux., 19 décembre 2008, Bulletin d’information sur la jurisprudence 2009, nr 4, s. 72.

³¹⁵ A. Steichen, *Précis de droit...*, s. 233.

³¹⁶ Zob. zwłaszcza wyrok z 13.07.2007 r., nr 104019, Bull. Barreau 2007, s. 174.

³¹⁷ A. Steichen, *Précis de droit...*, s. 233.

przeciwko członkowi zarządu spółki. Natomiast wystarczy wykazanie, że konkretne działanie członka zarządu nie było ani wyłączną, ani główną przyczyną upadłości spółki, lecz jednym z elementów, które do tego doprowadziły³¹⁸.

Artykuł 495-1 CCom. pozostawia sądowi duży zakres swobody co do treści wydawanego orzeczenia. Może on bowiem, w zależności od okoliczności konkretnej sprawy, zdecydować, że członkowie zarządu ponoszą odpowiedzialność za całość albo część niespłaconych długów spółki. Ponadto jeżeli zarząd spółki jest wieloosobowy, to od rozstrzygnięcia sądu będzie zależało, czy odpowiedzialność poniesie jeden członek zarządu, kilku czy wszyscy, a ponadto czy ich odpowiedzialność będzie solidarna.

Roszczenie przeciwko członkom zarządu spółki z tytułu *action en comblement de passif* ma charakter majątkowy i ulega przedawnieniu co do zasady w terminie trzech lat, który biegnie od chwili ostatecznego ustalenia długów spółki.

Oprócz *action en comblement de passif*, którą to instytucję należy uznać za zasadniczy odpowiednik polskiej regulacji z art. 299 k.s.h. (i art. 21 ust. 3 p.u.), potencjalnie równie istotnym odpowiednikiem jest instytucja uregulowana w art. 59 ustawy z 1915 r.³¹⁹ Choć przepis ten dotyczy spółki akcyjnej, to z mocy art. 192 ustawy z 1915 r. znajduje zastosowanie również do SARL³²⁰. Artykuł 59 ustawy z 1915 r. przewiduje przede wszystkim podstawę prawną odpowiedzialności członków zarządu wobec spółki, co jest jednak poza zakresem tego opracowania. Dodatkowo wynika z niego, że członkowie zarządu spółki ponoszą solidarną odpowiedzialność wobec spółki oraz wobec osób trzecich (a więc również wierzycieli spółki) za szkodę

³¹⁸ A. Steichen, *Précis de droit...*, s. 233.

³¹⁹ Przepis ten brzmi:

„Les administrateurs sont responsables envers la société, conformément au droit commun, de l'exécution du mandat qu'ils ont reçu et des fautes commises dans leur gestion.

Ils sont solidairement responsables, soit envers la société, soit envers tous tiers, de tous dommages-intérêts résultant d'infractions aux dispositions de la présente loi ou des statuts sociaux. Ils ne seront déchargés de cette responsabilité, quant aux infractions auxquelles ils n'ont pas pris part, que si aucune faute ne leur est imputable et s'ils ont dénoncé ces infractions à l'assemblée générale la plus prochaine après qu'ils en auront eu connaissance”.

³²⁰ Nie jest to niczym niezwykłym, bo art. 59 ustawy z 1915 r., co do zasady, właśnie przez odwołanie do niego stosuje się we wszystkich spółkach kapitałowych, zob. S. Binard, *Exclusion, limitation et couverture de la responsabilité civile des dirigeants de sociétés commerciales: état des lieux*, ACE Comptabilité, fiscalité, audit, droit des affaires au Luxembourg 2015, nr 3, s. 4, przyp. 9.

wynikającą z naruszenia przez nich ustawy z 1915 r. oraz umowy spółki³²¹. Dodać trzeba, że legitymację czynną w postępowaniu wytoczonym na podstawie art. 59 ust. 2 ustawy z 1915 r. mają bezpośrednio wierzyciele spółki³²². Tymczasem art. 440 CCom. nakłada na członka zarządu SARL wprost i wyraźnie obowiązek zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości spółki w ciągu miesiąca od chwili, gdy spółka utraci możliwość realizacji swoich zobowiązań (*cesse ses paiements*). Niewykonanie tego obowiązku jest zatem naruszeniem prawa. Wydaje się, że choć powoływany art. 59 ustawy z 1915 r. *verba legis* wskazuje wyłącznie na odszkodowawcze konsekwencje naruszenia właśnie ustawy z 1915 r.³²³, to *per analogiam* należy zastosować go do naruszenia innych przepisów prawa dotyczących SARL – znajdujących się w innych aktach prawnych, w tym w Code de commerce³²⁴. Gdyby zaakceptować zaproponowaną właśnie interpretację, oznaczałoby to istnienie w prawie luksemburskim bezpośredniego odpowiednika instytucji odpowiedzialności członków zarządu spółki z o.o. za niezgłoszenie we właściwym czasie wniosku o ogłoszenie upadłości spółki. Nawet jednak odrzucając tę interpretację, trzeba by stwierdzić, że za naruszenie obowiązku wynikającego z art. 440 CCom., o ile została przez to wyrządzona wierzycielom spółki szkoda, członkom zarządu SARL grozi odpowiedzialność z art. 1382 CC – jedynie wierzyciele będą mieli dość trudną pozycję dowodową, ponieważ będą musieli wykazać spełnienie się wszystkich przesłanek odpowiedzialności deliktowej (zwłaszcza istnienie adekwatnego związku przyczynowego między niezgłoszeniem we właściwym czasie wniosku o ogłoszenie upadłości spółki i doznaną przez nich szkodą). W doktrynie wskazuje się bowiem, że wyjątkowo wierzyciele niewypłacalnej spółki mogą wystąpić z roszczeniem odszkodowawczym na zasadach ogólnych – art. 1382 CC³²⁵ – wobec członków zarządu spółki, zwłaszcza gdy podejmowanymi decyzjami doprowadzili oni

³²¹ W doktrynie wskazuje się, że to naruszenie może mieć nawet pośredni charakter i wynikać z zaniechania – twierdzi się, że członek zarządu poniesie odpowiedzialność na podstawie art. 59 ustawy z 1915 r., jeżeli na posiedzeniu zarządu, na którym był nieobecny bez usprawiedliwienia, zostanie podjęta decyzja naruszająca prawo i wyrządzająca szkodę osobom trzecim (lub spółce), zob. E. Mousel, *Directors' Duties...*, s. 561.

³²² R. Sabatier, M. Herat, *La responsabilité des dirigeants de société : les avancées jurisprudentielles*, ACE Comptabilité, fiscalité, audit, droit des affaires au Luxembourg 2015, t. 6, s. 23.

³²³ Wykładnia literalna w tym zakresie jest powszechnie przyjmowana w doktrynie na tle prawa luksemburskiego, zob. zamiast wielu: S. Binard, *Exclusion, limitation et couverture...*, s. 5.

³²⁴ Brak jednak szerszej analizy tej kwestii w doktrynie i judykaturze.

³²⁵ Przepis ten brzmi: „Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer”.

do powiększenia pasywów spółki (gdy zaciągali nowe długi, gdy spółka była już niewypłacalna)³²⁶.

Prawo luksemburskie zna jeszcze jeden instrument, o odmiennej konstrukcji jurydycznej, którego zastosowanie *de facto* prowadzi do odpowiedzialności cywilnej członków zarządu SARL za zobowiązania spółki kapitałowej na wypadek jej niewypłacalności. Zgodnie z art. 495 CCom.³²⁷ w razie upadłości spółki sąd może ogłosić upadłość (osobistą) członków jej zarządu – bez względu na to, czy są oni osobami fizycznymi czy prawnymi. Może to dotyczyć zarówno osób formalnie powołanych do pełnienia tej funkcji, jak i faktycznie ją pełniących, bez względu na to, czy za pełnienie tej funkcji otrzymywali wynagrodzenie. Przepis enumeratywnie – choć w dość elastyczny sposób, szczególnie zważywszy wyjątkową surowość analizowanej regulacji prawnej – wskazuje okoliczności uzasadniające wydanie takiego orzeczenia: działanie przez członków zarządu we własnym interesie, posługując się tylko formą prawną spółki³²⁸, przemieszanie majątków (dysponowanie majątkiem spółki tak, jakby był to własny majątek członków zarządu), podejmowanie działań we własnym interesie, które musiały doprowadzić do utraty płynności finansowej przez spółkę (i w konsekwencji do jej upadłości).

³²⁶ J.-P. Winandy, *Manuel de droit...*, s. 861.

³²⁷ Przepis ten brzmi:

„En cas de faillite d'une société, peut être déclaré personnellement en faillite tout dirigeant de droit ou de fait, apparent ou occulte, rémunéré ou non, qu'il s'agisse d'une personne physique ou d'une personne morale, qui a:

- sous le couvert de la société masquant ses agissements, fait des actes de commerce dans un intérêt personnel ou
- disposé des biens sociaux comme des siens propres ou
- poursuivi abusivement, dans son intérêt personnel, une exploitation déficitaire qui ne pouvait conduire qu'à la cessation des paiements de la personne morale.

Le passif de la faillite du dirigeant comprend, outre le passif personnel, celui de la société.

La date de la cessation des paiements est celle fixée par le jugement prononçant la faillite de la société”.

³²⁸ Należy zauważyć, że przypomina to okoliczność braną pod uwagę w różnych systemach prawnych, gdy sądy decydują się na zastosowanie doktryny *piercing the corporate veil* (przebicia kurtyny korporacyjnej) i pociągnięcia do odpowiedzialności za zobowiązania spółki jej wspólników. Nazywa się ją mianem nadużycia osobowości prawnej. Zob. w polskiej doktrynie: T. Targosz, *Nadużycie osobowości...*; R. Szczepaniak, *Nadużycie prawa...*; M. Litwińska-Werner, *Nadużycie formy...*, s. 81; R. Szczepaniak, *Kwestia nieważności czynności prawnych...*, s. 18; R. Szczepaniak, *Bezskuteczność względna...*, s. 47; J. Kołacz, *Piercing the corporate veil – odpowiedzialność...* (cz. I), s. 14; J. Kołacz, *Piercing the corporate veil – odpowiedzialność...* (cz. II), s. 39; R. Siwik, *Reżim odpowiedzialności deliktowej...*, s. 449; K. Frelek, *O zasadności unormowania...*, s. 77.

Podsumowując, instrument przewidziany w prawie luksemburskim, który może zostać uznany za ekwiwalent polskiej regulacji z art. 299 k.s.h. i art. 21 ust. 3 p.u., nie wydaje się szczególnie efektywny (znamienne jest przy tym, że prawo francuskie, na którego tle się wykształcił i gdzie była większa praktyka stosowania go niż w Luksemburgu, zrezygnowało z niego). Znajduje się niejako na pograniczu rozwiązań prawnych z tradycji germańskiej oraz *common law*. Z jednej bowiem strony nie jest to prosty przypadek odpowiedzialności deliktowej ponoszonej na wypadek niezgłoszenia w ustawowym czasie wniosku o ogłoszenie upadłości spółki, co w założeniu miało uniemożliwić objęcie jej wierzycieli ochroną wynikającą z prawa (i postępowania) upadłościowego. Z drugiej strony nie jest to też postać *wrongful trading* zakazująca utrzymywania w obrocie niewypłacalnych spółek, których przed upadłością nie da się uratować. Choć bowiem *action en comblement de passif* ściśle łączy się z postępowaniem upadłościowym, ponieważ może być dochodzona tylko w jego toku i legitymowana czynnie jest tylko osoba uprawniona do prowadzenia postępowania upadłościowego, to jednak sankcjonuje w istocie niewłaściwe zarządzanie spółką³²⁹, a w szczególności podejmowanie zawinionych i wyjątkowo niedbałych (*grave et caractérisée*) działań, które przyczyniły się (wraz z innymi przyczynami doprowadziły) do upadłości spółki. Wydaje się jednak, że brak w praktyce sukcesu w stosowaniu tego instrumentu nie wynika z tych jego cech, lecz z trudności dowodowych, których rozwiązaniem mogłoby być wprowadzenie przez ustawodawcę domniemań prawnych ułatwiających sytuację powoda w postępowaniu dowodowym, a także z przyznania legitymacji czynnej wyłącznie osobie prowadzącej postępowanie upadłościowe³³⁰, a nie bezpośrednio wierzycielom spółki: prawdopodobnie dopiero gdyby mogli samodzielnie i od razu na własny rachunek dochodzić roszczeń od członków zarządu spółki, to być może korzystanie w praktyce z tej instytucji prawnej stałoby się częstsze, a ona mogłaby zostać uznana za skuteczniejszy instrument ochrony wierzycieli spółek na wypadek ich niewypłacalności.

³²⁹ A. Steichen, *Précis de droit...*, s. 232.

³³⁰ Na te przyczyny wskazuje m.in. A. Engel, *Les sanctions du pouvoir dans les sociétés. Rapport luxembourgeois*, *Annales du droit luxembourgeois* 2012, t. 22, s. 10–11.

II. Prawo cypryjskie³³¹

Podobnie jak w przypadku Luksemburga znaczenie prawa cypryjskiego dla prawa spółek jest znacznie większe od znaczenia politycznego czy gospodarczego samego Cypru. W konkurencji regulacyjnej, zwłaszcza z uwzględnieniem aspektów optymalizacji podatkowej³³², Cypr często staje się miejscem, którego prawo jest wybierane dla utworzenia spółki. W konsekwencji coraz częściej zdarza się, że w różnych krajach europejskich działalność prowadzą spółki prawa cywilnego. Należy zatem rozważyć, jakiemu reżimowi prawnemu podlegają członkowie ich zarządu na wypadek ich niewypłacalności, co musi poprzedzić ogólna informacja dotycząca cypryjskiego prawa spółek. Trzeba dodać, że w odniesieniu do prawa cypryjskiego jest bardzo ograniczona liczba źródeł opublikowanych w językach innych niż grecki, a ponadto utrudniona jest dostępność do tych źródeł. Powoduje to, że informacje o stanowisku prawa cypryjskiego trzeba uznać raczej za wzmiankę, w porównaniu z obszernymi i dokładnymi analizami poświęconymi prawu angielskiemu i niemieckiemu.

Do 1960 r.³³³ prawo cypryjskie było ściśle powiązane z prawem angielskim. Konstytucja niepodległego państwa przyjęła (art. 188), że pozostaje w mocy dotychczasowe prawo, o ile nie jest sprzeczne z ustawą zasadniczą, do czasu zastąpienia go przez nowe prawo. Co więcej, przyjęto, że na Cyprze wiążą precedensy sądów angielskich, o ile prawo cypryjskie wyraźnie nie stanowi odmiennie³³⁴. Sądy wprowadziły jednak ograniczenie, że dzieje się tak, o ile te precedensy nadają się do warunków Cypru³³⁵. Na Cyprze zaczął się tworzyć system

³³¹ Od 1974 r. w północnej części wyspy Cypr powstała Turecka Republika Cypru Północnego – państwo uznawane na arenie międzynarodowej wyłącznie przez Turcję. Rządzi się ono własnymi prawami, które są poza zakresem analizy zawartej w tym opracowaniu.

³³² Cypryjskie prawo spółek zna kategorię *international business companies*, które, mimo że powstałe na podstawie prawa cypryjskiego, cieszą się korzystnym podatkowo statusem. Dla uznania za taką spółkę muszą być spełnione następujące warunki: udziały (akcje) mogą należeć wyłącznie do cudzoziemców, przy czym pośrednio albo bezpośrednio, a swój dochód ma uzyskiwać wyłącznie z działalności poza Cyprem.

³³³ W tym roku Cypr uzyskał niepodległość, bo wcześniej był kolonią brytyjską.

³³⁴ Co interesujące, nie wprowadzono ograniczenia czasowego, a więc wydaje się, że na tej zasadzie wiążą też precedensy wydane po 1960 r., i to nawet wówczas, gdy zostały w samej Anglii zmienione przez ustawodawcę, zob. S.C. Symeonides, *The Mixed Legal System of the Republic of Cyprus*, „Tulane Law Review” 2003/2004, t. 78, s. 450.

³³⁵ Paikkos v. Kontemeniotis, I C.L.R. 50, 73 (1989) (Cyprus). Przypomina to mechanizm zastosowany wcześniej, gdy Stany Zjednoczone rozpoczęły tworzenie swojego niezależnego prawa.

prawa mieszanego, stanowiący unikatowe połączenie doświadczeń *common law* i nowo stanowionego prawa³³⁶. Dodać do tego jeszcze trzeba, że silne w prawie cypryjskim są też dawne tradycje, nawet starożytne, tworzy ono zatem mozaikę uzależnioną od przedmiotu regulacji – różne kwestie reguluje różne (co do pochodzenia i w konsekwencji treści) prawo³³⁷. Przez wiele lat nie działał na Cyprze żaden wydział prawa (pierwszy powstał w 2005 r.), a w konsekwencji doktryna cypryjska była znikoma³³⁸. Mimo zatem powstawania nowych regulacji prawnych, głównie o charakterze prawa stanowionego, nie były one ani wystarczająco komentowane, ani poddawane refleksji naukowej.

Podobnie jak w innych systemach prawnych spółki handlowe na Cyprze dzielą się na spółki osobowe (*partnerships*) i kapitałowe (*companies*).

Partnerships uregulowane są w Partnerships and Business Names Law³³⁹, stanowiącym rozdział 116 Laws of Cyprus³⁴⁰. Może ono zostać założone przez osoby fizyczne lub prawne, przy czym ich maksymalna liczba to 20. Prawo wyróżniało dwa ich rodzaje: *general parteships* i *limited partnerships*. W pierwszej każdy wspólnik ponosi solidarną odpowiedzialność za wszystkie jej zobowiązania³⁴¹. W drugiej wyróżnia się dwie kategorie wspólników: jedni ponoszą pełną odpowiedzialność za zobowiązania spółki, natomiast drudzy (*limited partners*) w ogóle nie odpowiadają za te zobowiązania (ponoszą odpowiedzialność ekonomiczną jedynie tym, co wnieśli tytułem wkładu). Niedawno (9.10.2015 r.) dodano nowy model spółki do prawa cypryjskiego – *Limited Liability Partnership* (LLP)³⁴². Spółka ta nie ma osobowości prawnej. *General partners* odpowiadają

³³⁶ Zob. szerzej o specyfice cypryjskiego prawa: N.E. Hatzimihail, *Reconstructing Mixity: Sources of Law and Legal Method in Cyprus*, [w:] *Mixed Legal Systems, East and West*, red. V. Palmer, M. Mattar, A. Koppel, Farnham 2015, s. 75–99; N.E. Hatzimihail, *Cyprus as a Mixed Legal System*, „Journal of Civil Law Studies” 2013, t. 6, s. 37–96.

³³⁷ S.C. Symeonides, *The Mixed Legal System...*, s. 442.

³³⁸ Pierwsze kompleksowe opracowanie różnych aspektów prawa cypryjskiego zostało dopiero niedawno opublikowane, zob. *Introduction to Cyprus Law*, red. D. Campbell, Albany 2000.

³³⁹ Zob. nieoficjalne tłumaczenie tego aktu prawnego na język angielski: <http://www.fbscopyrus.com/assets/mainmenu/418/docs/PARTNERSHIP%20AND%20BUS.%20NAMES%20LAW.pdf>.

³⁴⁰ E.A. Neocleous, K. Georgiades, M. Zalewski, *Corporate Law*, [w:] *Introduction to Cyprus Law*, Albany 2000, s. 320.

³⁴¹ Spółkę tę należy uznać za odpowiednik spółki jawnej.

³⁴² Określa się je też mianem *partnerships limited by shares*.

za zobowiązania spółki bez ograniczeń całym swoim majątkiem, *limited partners* zaś nie odpowiadają, chyba że nie wnieśli całego wkładu – wówczas odpowiadają do wysokości niewniesionego wkładu³⁴³.

Prawo spółek uregulowane zostało w The Companies Law stanowiącym rozdział 113 Laws of Cyprus³⁴⁴, które zostało oparte na wzorze angielskiego Company Law z 1948 r.

Spółki cypryjskie są samodzielnyimi osobami prawnymi (*corporations*)³⁴⁵. Powstają z chwilą wpisu do rejestru. Umowa (statut) spółki składa się z dwóch dokumentów: *memorandum of association* i *articles of association*. Ten drugi zawiera reguły dotyczące wewnętrznego zarządzania spółką. Mają one taką samą moc wiążącą i wiążą spółkę oraz wspólników. Uważa się je za umowę między spółką a wspólnikiem określającą prawa i obowiązki wspólnika³⁴⁶. Istotne jest, że *memorandum of association* wyznacza zakres działania spółki – ogranicza w ten sposób zakres jej zdolności do czynności prawnych tak, że nie może dokonywać żadnych czynności spoza tego zakresu (doktryna *ultra vires*).

Wyróżnia się dwa typy spółek kapitałowych prawa cypryjskiego: *companies limited by shares* i *companies limited by guarantee*. W pierwszych z nich wspólnicy nie ponoszą odpowiedzialności za zobowiązania spółki – ekonomicznie ponoszą konsekwencje jej działania wyłącznie kwotą, jaką wpłacili przy objęciu akcji (wkładem). W drugim przypadku odpowiedzialność wspólnika jest ograniczona do wysokości sumy wskazanej w umowie (*memorandum of association*), którą wspólnik godzi się wpłacić do majątku spółki na wypadek jej niewypłacalności.

³⁴³ Ten model spółki jest dokładnym odpowiednikiem polskiej spółki komandytowo-akcyjnej. Może budzić wątpliwości wprowadzenie go do prawa cypryjskiego, ponieważ, jak się wydaje, już uregulowane tam *limited partnerships*, nie odwołując się do instytucji sumy komandytowej, a ograniczając odpowiedzialność *limited partners* wysokością wniesionego wkładu, bardziej przypominało spółkę komandytowo-akcyjną niż klasyczną spółkę komandytową. Kwestia ta wymagałaby jednak kompleksowej samodzielnej analizy, która wykracza poza zakres tego opracowania.

³⁴⁴ Angielskie aktualizowane tłumaczenie tego aktu prawnego jest dostępne na stronie internetowej: [http://www.olc.gov.cy/olc/olc.nsf/all/E1EAEB38A6DB4505C2257A70002A0BB9/\\$file/The%20Companies%20Law,%20Cap%20113.pdf?openelement](http://www.olc.gov.cy/olc/olc.nsf/all/E1EAEB38A6DB4505C2257A70002A0BB9/$file/The%20Companies%20Law,%20Cap%20113.pdf?openelement). Należy jednak zauważyć, że oficjalne i obowiązujące prawo na Cyprze jest publikowane w oficjalnym publikatorze tylko po grecku.

³⁴⁵ E.A. Neocleous, K. Georgiades, M. Zalewski, *Corporate Law...*, s. 317.

³⁴⁶ E.A. Neocleous, K. Georgiades, M. Zalewski, *Corporate Law...*, s. 322.

Inny podział spółek prawa cypryjskiego to podział na spółki publiczne i prywatne. Prawo nie zawiera definicji spółki publicznej, a zatem za taką należy uznać spółkę niespełniającą kryteriów do zakwalifikowania jej do spółek prywatnych. Tymczasem cechy spółek prywatnych wskazuje art. 29 Companies Law: ograniczona zbywalność udziałów (akcji w spółce), zakaz zbywania udziałów (akcji) w ofercie publicznej oraz ograniczenie liczby wspólników do 50. Cechy te świadczą o tym, że *private company* odpowiada znanemu w innych systemach prawnych modelowi małej spółki kapitałowej. *Private companies* dzielą się na *exempt private companies* i *non-exempt private companies*. Konsekwencją tego podziału jest ograniczenie w stosunku do tej pierwszej kategorii zastosowania niektórych wymagań z Companies Law (głównie dotyczących gospodarki finansowej i raportowania), przy czym wśród wymagań do uznania spółki za *exempt private company* jest wiele wskazujących, że jest to model prostszej i mniejszej spółki: wyłącznie osoby fizyczne mogą być członkami jej zarządu (*director*), obowiązuje zakaz dysponowania udziałami (akcjami) własnymi, członkowie zarządu (ani wspólnicy) nie mogą być stronami umów wskazujących, jak mają zarządzać spółką. Choć *exempt private company* bliżej do polskiej spółki akcyjnej prywatnej niż do spółki z o.o., to brak innej postaci spółki prawa cypryjskiego pozwala na uznanie jej za odpowiednik polskiej spółki z o.o. i ograniczenie właśnie do niej dalszych rozważań.

Spółki prawa cypryjskiego działają zgodnie z modelem *one-tier*, tzn. nie występuje rozróżnienie na zarząd i radę nadzorczą. Za członka zarządu spółki uważa się każdą osobę, która *de facto* pełni taką funkcję, bez względu na formalną nazwę zajmowanego przez nią stanowiska³⁴⁷. Podkreśla to art. 174 Companies Law, zgodnie z którym działania podjęte przez osobę występującą jako jej członek zarządu są dla spółki wiążące, nawet jeśli doszło do nieprawidłowego powołania tej osoby na członka zarządu (była ona zatem jedynie *de facto* członkiem zarządu, a nie *de iure* członkiem zarządu). W wielu orzeczeniach sądów cypryjskich podkreślono, że z perspektywy osoby trzeciej (kontrahenta spółki), a także jej wspólnika osoba działająca jako członek zarządu spółki może być za taką uznawana³⁴⁸. Ponadto

³⁴⁷ Artykuł 2 Companies Law zawiera następującą definicję legalną: „«director» includes any person occupying the position of director by whatever name called”.

³⁴⁸ Zob. *Liopetri Transport Co v. Loucas Costantinou* (1971) 1 CLR 424; *Georgios Demetriou v. Cyprofrota* (1974-7) 9 JSC 847; *A.D Hotel & Catering Ltd v. Takis Pilava* (1982) 1 CLR 81; *Pan-European Insurance Co Ltd v. Níkou Χειμάρη (Nikou Chimari)* (2004) 1B AAD 713.

na podstawie art. 187 Companies Law za członka zarządu należy uznać również osobę będącą *shadow director*, tzn. nie powołaną do pełnienia funkcji członka zarządu, lecz udzielającą członkom zarządu instrukcji co do kierunków ich działania, które oni stosują. Prawo cypryjskie, za prawem *common law*, stoi nie na stanowisku teorii organów, lecz teorii agencji, uważając, że członek zarządu działa w imieniu spółki³⁴⁹. *Private company* może mieć jednego lub kilku członków zarządu³⁵⁰. Członkowie zarządu muszą przestrzegać *fiduciary duties*, do których przede wszystkim zalicza się kierowanie spółką zgodnie z prawem i z umową spółki. Jeżeli przez naruszenia prawa lub zakresu swojej kompetencji (działanie *ultra vires*) wyrządzą spółce szkodę, to są wobec niej odpowiedzialni.

W doktrynie prawa cypryjskiego wskazuje się, że brak uregulowań normatywnych oraz orzeczeń dotyczących relacji członków zarządu *private company* względem jej wierzycieli³⁵¹ na wypadek niewypłacalności. Postuluje się zatem, zgodnie z założeniami ogólnymi cypryjskiego systemu prawa, o których wyżej wspomniano, uznanie za wiążące norm płynących z orzecznictwa sądów angielskich³⁵². Wynika z nich, że w tym szczególnym okresie członkowie zarządu mają również *fiduciary duties* względem wierzycieli spółki w zakresie prawidłowego administrowania majątkiem spółki i powinni przy podejmowaniu decyzji brać też pod uwagę interes wierzycieli spółki³⁵³. W szczególności nie jest dopuszczalne i może prowadzić do ich odpowiedzialności deliktowej wykorzystywanie majątku spółki dla korzyści samych członków zarządu kosztem wierzycieli.

Ze względu na szczególną bliskość między prawem angielskim i prawem cypryjskim nie zaskakuje, że jeżeli poszukujemy instrumentów prawnych w cypryjskim prawie spółek, które byłyby odpowiednikiem polskiej regulacji odpowiedzialności członków

³⁴⁹ Ferguson v. Wilson (1866) 2.

³⁵⁰ E.A. Neocleous, K. Georgiades, M. Zalewski, *Corporate Law...*, s. 333.

³⁵¹ Natomiast w wyroku cypryjskiego Sądu Najwyższego Loukos Manufacturers Ltd (2000) 1B S.C.J. 891 stwierdzono, że wierzycielem spółki jest każda osoba, której spółka winna jest spełnienie jakiegokolwiek świadczenia, a w szczególności cesjonariuszy, wykonawców testamentów zmarłych dłużników czy właściwe organy państwowe (co do zobowiązań podatkowych).

³⁵² E.A. Neocleous, K. Georgiades, M. Zalewski, *Corporate Law...*, s. 336.

³⁵³ Tak wyraźnie na tle prawa cypryjskiego: E. Papasozomenou, *Directors' Duties and Liability in Cyprus*, [w:] *Annex to Study on Directors' Duties and Liability prepared for the European Commission DG Market*, red. C. Gerner-Beuerle, P. Paech, E.P. Schuster, London 2013, s. 153; tekst dostępny online: http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/board/2013-study-reports_en.pdf (dostęp: 25.11.2016 r.).

zarządu spółki z o.o. wobec jej wierzycieli na wypadek jej niewypłacalności, to są to instrumenty tożsame ze zidentyfikowanymi na tle prawa angielskiego. Jednocześnie, dokonując analizy prawa angielskiego, wykazano, że ta materia wciąż dynamicznie się zmienia. O ile jednak zmiany te dotyczą prawa angielskiego, o tyle analogiczne do nich nie zachodzą już w prawie cypryjskim. W konsekwencji katalog rzeczonych instrumentów jest dużo węższy, a ich praktyczne znaczenie jeszcze bardziej ograniczone – zbliżone do tego, co było na tle prawa angielskiego pod rządami dawnego prawa, będącego wzorem dla obowiązującego aktualnie na Cyprze.

Zasadniczy instrument ochrony wierzycieli to *fraudulent trading*³⁵⁴ uregulowany w art. 311 ust. 1 Companies Law³⁵⁵. Zgodnie z nim członkowie zarządu ponoszą osobistą i nieograniczoną odpowiedzialność za zobowiązania spółki³⁵⁶, o ile w trakcie postępowania upadłościowego zostanie wykazane, że jakiegokolwiek działanie zostało podjęte w celu oszukania (*defraud*) wierzycieli. Z wnioskiem do sądu może wystąpić zarówno osoba prowadząca postępowanie upadłościowe, jak i indywidualnie każdy z wierzycieli. Z brzmienia art. 311 nie wynika, czy sąd może zasądzić, aby osoba ta mogła świadczyć bezpośrednio wierzycielom – wydaje się, że nie jest wykluczona możliwość bezpośredniego dochodzenia roszczenia przez wierzyciela (tym bardziej że każdemu wierzycielowi wyraźnie przyznano samodzielną legitymację czynną)³⁵⁷.

W doktrynie, także na podstawie orzecznictwa angielskiego, podkreśla się, że podstawowa przeszkoda w sprawnym korzystaniu z tego instrumentu prawnego to kwestie dowodowe. Niezwykle trudno bowiem udowodnić członkowi zarządu jego winę i to, że podejmowane działanie miało oszukańczy zamiar względem

³⁵⁴ E. Papisozomenou, *Directors' Duties...*, s. 158.

³⁵⁵ Przepis ten brzmi: „If in the course of the winding up of a company it appears that any business of the company has been carried on with intent to defraud creditors of the company or creditors of any other person or for any fraudulent purpose, the Court, on the application of the official receiver, or the liquidator or any creditor or contributory of the company, may, if it thinks proper so to do, declare that any persons who were knowingly parties to the carrying on of the business in manner aforesaid shall be personally responsible, without any limitation of liability, for all or any of the debts or other liabilities of the company as the Court may direct”.

³⁵⁶ Warto zauważyć, że za takie działanie ten sam artykuł Companies Law przewiduje również odpowiedzialność karną członków zarządu spółki.

³⁵⁷ W doktrynie, ale, jak się wydaje, na tle wcześniejszego brzmienia art. 311 Company Law, wyrażano pogląd, że roszczenie z tytułu *fraudulent trading*, tak zresztą jak w odniesieniu do analogicznego roszczenia na gruncie prawa angielskiego, legitymację czynną ma wyłącznie osoba prowadząca postępowanie upadłościowe, która występuje na rzecz wszystkich wierzycieli (tak: E.A. Neocleous, K. Georgiades, M. Zalewski, *Corporate Law...*, s. 771). Obowiązujące brzmienie powołanego przepisu zdaje się wykluczać takie jego odczytanie.

wierzycieli³⁵⁸. W prawie cypryjskim w tym zakresie uważa się za aktualny test ze sprawy *Re William C Leitch Brothers Ltd.*³⁵⁹, w którym przyjęto, że za takie działanie można uznać dalsze prowadzenie działalności przez niewypłacalną spółkę, gdy nie ma perspektyw na to, aby jej kondycja finansowa uległa poprawie.

Przedstawioną regulację uzupełnia jeszcze istotna z perspektywy odpowiedzialności członków zarządu *private company* norma wyrażona w art. 383 ust. 1 *Companies Law*³⁶⁰. Zgodnie z tym przepisem sąd, w ramach swobodnego uznania, może zwolnić z odpowiedzialności członka zarządu, mającego ponieść odpowiedzialność za niedbalstwo czy naruszenie obowiązków na nim ciążących, o ile w świetle okoliczności konkretnej sprawy sąd uzna, że członek zarządu działał uczciwie i rozsądnie, a właśnie okoliczności sprawy uzasadniają zwolnienie go z odpowiedzialności [„he acted honestly and reasonably (...) ought fairly to be excused”]. Norma ta może w szczególności znaleźć zastosowanie właśnie w razie postępowania z tytułu *fraudulent trading*.

Należy także zwrócić uwagę na art. 194 *Companies Act*. Pozwala on, mocą umowy spółki, wprowadzić nieograniczoną odpowiedzialność członków jej zarządu. Zauważa się jednak w doktrynie, że w praktyce takie postanowienie w umowach spółek pojawia się niezwykle rzadko³⁶¹.

Poszukując w prawie cypryjskim odpowiedników polskiej instytucji odpowiedzialności członków zarządu spółki z o.o. za jej zobowiązania, trzeba jeszcze zwrócić uwagę na art. 169F *Companies Law*. Dotyczy on, co prawda, nie *private company*, lecz *public company*, która jest odpowiednikiem spółki publicznej, a więc nie można go uznać za bezpośredni odpowiednik powołanej instytucji prawa polskiego, ale wart jest

³⁵⁸ Zob. z powołaniem stosownego orzecznictwa: E.A. Neocleous, K. Georgiades, M. Zalewski, *Corporate Law...*, s. 338.

³⁵⁹ *Re William C Leitch Brothers Ltd* [1932] 2 Ch 71.

³⁶⁰ Przepis ten brzmi:

„If in any proceeding for negligence, default, breach of duty or breach of trust against an officer of a company or a person employed by a company as auditor (whether he is or is not an officer of the company) it appears to the Court hearing the case that that officer or person is or may be liable in respect of the negligence, default, breach of duty or breach of trust, but that he has acted honestly and reasonably, and that, having regard to all the circumstances of the case, including those connected with his appointment, he ought fairly to be excused for the negligence, default, breach of duty or breach of trust, that Court may relieve him, either wholly or partly, from his liability on such terms as the Court may think fit”.

³⁶¹ E. Pappasozomenou, *Directors' Duties...*, s. 155.

wzmianki. Jeśli więc spółka dozna strat finansowych powodujących zmniejszenie jej kapitału zakładowego o co najmniej 50% albo pojawią się inne okoliczności, które w ocenie członków zarządu mogą zagrozić dalszemu istnieniu spółki, to mają oni obowiązek zwołania nadzwyczajnego zgromadzenia wspólników, które powinno zdecydować o dalszych losach spółki. Na podjęcie decyzji o zwołaniu zgromadzenia członkowie zarządu mają 28 dni od powzięcia wiadomości o okolicznościach uzasadniających zwołanie w tym trybie, a od podjęcia decyzji o zwołaniu do jej wykonania mają 56 dni. W razie naruszenia tego obowiązku będą ponosili nieograniczoną osobistą i solidarną odpowiedzialność za szkodę wyrządzoną przez brak działania.

III. Prawo irlandzkie

Pozornie analiza prawa irlandzkiego powinna wydawać się łatwa, zważywszy, że językiem urzędowym, a więc również językiem aktów prawnych i orzeczeń, jest powszechnie znany język angielski. Teza ta nie jest jednak prawdziwa, zwłaszcza w odniesieniu do prawa spółek. Po pierwsze, powszechne zainteresowanie prawem irlandzkim jest nikłe, co skutkuje brakiem materiałów porównawczych dotyczących prawa irlandzkiego oraz utrudnionym dostępem do literatury prawniczej irlandzkiej poza granicami Irlandii. Po drugie, doktryna irlandzka nie jest wyjątkowo aktywna. Z perspektywy prawa spółek dodać jeszcze trzeba dużą konsolidację i nowelizację prawa spółek, która dokonana się w końcu 2014 r.: w efekcie nie powstała jeszcze istotna krytyczna refleksja jej dotycząca w doktrynie, a zarazem korzystanie ze starszych wypowiedzi doktryny musi być ostrożne i konfrontowane stale z nowym obowiązującym stanem prawnym. W konsekwencji także poniższe uwagi będą miały raczej charakter wzmianki, zwłaszcza w porównaniu z obszerną analizą poświęconą stanowisku prawa angielskiego i niemieckiego. Wydaje się przy tym, że ze względu na tematykę podjętą w tym opracowaniu znaczenie prawa irlandzkiego nie jest też szczególnie istotne. Choć w ostatnich latach znaczna grupa obywateli polskich wyemigrowała do Irlandii, a w rezultacie powstaje coraz więcej spółek prawa irlandzkiego założonych przez Polaków, które również zaczynają działać na polskim rynku, to zakładanie spółek prawa irlandzkiego nie jest wciąż tak popularne i powszechne jak tworzenie spółek prawa cypryjskiego czy luksemburskiego.

Irlandia to system prawa *common law*. Mimo wieloletniej niepodległości³⁶² wciąż zachowała dużo wspólnych tradycji z prawem angielskim, z którego bezpośrednio prawo irlandzkie się wywodzi³⁶³. Prawo spółek zostało uregulowane po raz pierwszy w Companies Act z 1963 r. Został on przygotowany na wzór i w ścisłym związku z angielskim Companies Act z 1948 r. Następnie jednak był wielokrotnie zmieniany³⁶⁴. Najnowszej zmiany dokonano, uchwalając Companies Act w 2014 r., który został podpisany przez prezydenta 23.12.2014 r. Stanowi on przede wszystkim konsolidację wcześniejszych aktów normatywnych dotyczących prawa spółek, choć wprowadził również istotne zmiany. Zawiera prawie 1500 artykułów i jest największym aktem normatywnym uchwalonym w Irlandii. Należy jednak podkreślić, że mimo istnienia tego unormowania irlandzkie prawo spółek nie przestało być prawem precedensowym i wciąż wiele jego norm wywodzi się z orzecznictwa sądowego – uzupełniają one Companies Act³⁶⁵.

Spółki prawa irlandzkiego dzielą się na spółki osobowe (*partnerships*) oraz spółki kapitałowe (*companies*). Kryterium podziału stanowi osobowość prawna – mają ją tylko spółki kapitałowe.

Brak osobowości prawnej spółek osobowych³⁶⁶ powoduje, że nie podlegają one rejestracji – ich istnienie zatem to kwestia faktu³⁶⁷. Reguluje je Partnership Law z 1890 r., a szczególną postać spółki wprowadził Limited Partnerships Act z 1907 r. Ponieważ żadna z tych spółek nie może zostać uznana za odpowiednik polskiej spółki z o.o., analiza ich dotycząca pozostaje poza zakresem badanej problematyki.

³⁶² Irlandia ogłosiła niepodległość w 1919 r., a jej podstawy prawne dał traktat angielsko-irlandzki z 1921 r. Oficjalnie zadeklarowano powstanie republiki irlandzkiej dopiero w 1949 r.

³⁶³ Jest to dostrzegane powszechnie także w odniesieniu do problematyki prezentowanej w tym artykule, zob. E. Shanahan, *Directors' Duties and Liability in Ireland*, [w:] *Annex to Study on Directors' Duties and Liability prepared for the European Commission DG Market*, red. C. Gerner-Beuerle, P. Paech, E.P. Schuster, London 2013, s. 421; tekst dostępny online: http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/board/2013-study-reports_en.pdf (dostęp: 25.11.2016 r.).

³⁶⁴ Zwięźle o historii irlandzkiego prawa spółek do 2003 r. zob. T.B. Courtney, *The Law of Private Companies*, Dublin 2002, s. 33–38.

³⁶⁵ E. Shanahan, *Directors' Duties...*, s. 421.

³⁶⁶ Zob. szerzej o irlandzkich partnerships: M.J. Twomey, *Partnership Law*, Dublin 2000; R.C.I. Banks, N. Lindley, *Lindley & Banks on partnership*, London 2013.

³⁶⁷ T.B. Courtney, *The Law of Private...*, s. 7.

Spółki kapitałowe powstają z momentem ich wpisu do rejestru. Są samodzielnymi osobami prawnymi³⁶⁸. Dzielą się na spółki publiczne (*public companies*) i spółki prywatne (*private companies*). Właśnie wśród tych ostatnich trzeba poszukiwać odpowiednika polskiej spółki z o.o.³⁶⁹. Tymczasem katalog tych spółek uległ zmianie w wyniku wspomianej nowelizacji z 2014 r.³⁷⁰ Obecnie można wyróżnić trzy jej typy: *private company limited by guarantee*, *private company limited by shares* (Ltd), *designated activity company* (DAC). Model spółki z o.o. przypominają te dwa ostatnie typy. Podstawowa różnica między nimi sprowadza się do tego, że umowa DAC musi wyraźnie przewidywać zakres jej działalności, podczas gdy brak takiego ograniczenia w odniesieniu do Ltd. Co więcej, Ltd może nie mieć w ogóle kapitału zakładowego oraz *expressis verbis* pozwolono, aby miała zarząd tylko jednoosobowy. Prostsza jest też umowa Ltd, którą stanowi jeden dokument, podczas gdy w odniesieniu do DAC są to dwa dokumenty. Konkludując, za spółki analogiczne do znanej prawu polskiemu spółki z o.o. należy uznać zarówno Ltd, jak i DAC – istniejące między nimi różnice nie mają znaczenia z perspektywy reżimu prawnego odpowiedzialności członków ich zarządów na wypadek niewypłacalności spółki.

Artykuł 128 Companies Act przewiduje, że spółka może mieć zarząd jedno- albo wieloosobowy³⁷¹, przy czym, zgodnie z art. 130 Companies Act, członkiem zarządu może być tylko osoba fizyczna³⁷². Z perspektywy przepisów o obowiązkach członków zarządu spółek oraz ich odpowiedzialności prawo każe za członków zarządu uważać nie tylko osoby *de iure* pełniące taką funkcję (prawidłowo powołane), lecz również *shadow directors* i *de facto directors*. Zgodnie z art. 221 ust. 1 Companies Act przez *shadow director* należy rozumieć osobę, która udziela wskazówek i instrukcji

³⁶⁸ Szerzej i inkorporacji i tego konsekwencjach zob. T.B. Courtney, *The Law of Private...*, s. 151–199.

³⁶⁹ Podobnie zresztą jak w Polsce wśród założonych spółek zdecydowanie dominują liczebnie spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, tak w Irlandii *private limited companies* – tak: T.B. Courtney, *The Law of Private...*, s. 43. E. Shanahan wskazuje, że jest ich ponad 90% wszystkich założonych spółek – zob. E. Shanahan, *Directors' Duties...*, s. 422.

³⁷⁰ Należy dodać, że nowelizacja ta nałożyła na członków zarządu istniejących wcześniej *private companies* obowiązek dostosowania ich umów do nowego stanu prawnego i ponownej rejestracji (*re-registration*), przy okazji której mogą wybrać, który z dostępnych typów spółki będzie właściwy dla ich przyszłej działalności. Jeżeli spółka nie dokona tego, to będzie uważana za Ltd.

³⁷¹ Co do struktury organów spółki, to w Irlandii, co typowe dla systemu *common law*, jest *one-tier system*, a więc nie ma rozróżnienia na zarząd i organ nadzorczy, zob. M. Greene, D. Dobbyn, *Ireland*, [w:] *Directors' Liability: A Worldwide Review*, red. A. Loos, Alphen aan den Rijn 2006, s. 296.

³⁷² Zob. szerzej o pojęciu członka zarządu na tle prawa *common law*, a szczególnie prawa irlandzkiego, oraz o rodzajach (typach) członków zarządu (*executive* i *non-executive*): D. Ahern, *Directors' Duties Law and Practice*, Dublin 2009, s. 42–73.

członkom zarządu co do podejmowanych przez nich decyzji, a oni działają zgodnie z tymi wskazówkami³⁷³. Natomiast art. 222 Companies Act każe traktować jako *de facto directors* osoby, które pełnią funkcje członków zarządu, działają i zachowują się jak członkowie zarządu, mimo że nie zostali powołani do pełnienia tej funkcji³⁷⁴ (uznać trzeba, że szerokie ujęcie obejmuje zarówno osoby, które w ogóle nie zostały powołane, jak i te, które nie zostały powołane prawidłowo).

Gdy spółka stanie się niewypłacalna (*unable to pay debts*), jest to podstawa do rozpoczęcia jej sądowego postępowania upadłościowego (art. 569 ust. 1 lit. d Companies Act). Jednakże prawo nie nakłada w takim przypadku bezpośredniego obowiązku zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości na członka zarządu³⁷⁵ – członek zarządu w swoim imieniu nie ma też legitymacji czynnej, a wniosek może złożyć, tylko działając za spółkę (art. 571 ust. 1 Companies Act). Natomiast w orzecznictwie³⁷⁶ przyjęto³⁷⁷, że niewypłacalność spółki powoduje, iż członkowie zarządu mają *fiduciary duties*³⁷⁸ nie tylko względem samej spółki³⁷⁹, lecz także jej wierzycieli³⁸⁰. Oznacza to, że – podejmując decyzje – powinni wziąć pod uwagę ich interes, a za naruszenie tych *duties* grozi im poniesienie osobistej odpowiedzialności cywilnej. Jako przykład naruszenia tych obowiązków wskazuje się dokonanie przez członka zarządu wypłaty z majątku spółki albo do spółki z nią powiązanej, albo nawet do majątku osobistego członka zarządu³⁸¹. Ta sytuacja na gruncie Companies Act z 2014 r. została wyraźnie uregulowana i trochę w innym kierunku – zgodnie z art.

³⁷³ Zob. o *shadow directors* w prawie irlandzkim: D. Ahern, *Directors' Duties...*, s. 57–66.

³⁷⁴ Zob. o *de facto directors* w prawie irlandzkim: D. Ahern, *Directors' Duties...*, s. 66–73.

³⁷⁵ E. Shanahan, *Directors' Duties...*, s. 447.

³⁷⁶ Zob. m. in.: *Kinsella v. Russel Kinsella Property Ltd* [1986] 4 NSWLR 722; *Parkers v. Hong Kong & Shanghai Bank Corp* [1990] ILRM 341; *Re Frederick Inns Ltd* [1991] ILRM 582; *Jones v. Gunn* [1997] 2 ILRM 245.

³⁷⁷ Zob. analizę ewolucji orzecznictwa prowadzącej do przyjęcia tej zasady: D. Ahern, *Directors' Duties...*, s. 179–186.

³⁷⁸ Zob. szerzej o obowiązkach członków zarządu oraz ich źródłach (prawo, umowa spółki): D. Ahern, *Directors' Duties...*, s. 74–82.

³⁷⁹ Tę zasadę, typową dla wszystkich państw systemu *common law*, potwierdza bogate orzecznictwo, zob. np. *Percival v. Wright* [1902] 2 Ch. 421; *Belmont Finance Corporation Ltd v. Williams Furniture Ltd (No. 2)* [1980] 1 All E.R. 393; *Dawson International Plc v. Coats Platon Plc* [1989] BCLC 233; *Crindle Investments v. Wynes* [1998] 2 I.L.R.M. 275.

³⁸⁰ Zob. szerzej o wyjątkowych przypadkach, gdy na członkach zarządu ciążyą obowiązki uwzględnienia interesów osób trzecich, a nie samej spółki, przy podejmowaniu decyzji: D. Ahern, *Directors' Duties...*, s. 168–190.

³⁸¹ T.B. Courtney, *The Law of Private...*, s. 507.

247³⁸², jeżeli ma miejsce, to sąd, w świetle całokształtu okoliczności konkretnej sprawy, może zdecydować, że odpowiedzialność ma ponieść każdy, na czyją rzecz te świadczenia zostały dokonane, o ile właśnie wypłata tych środków doprowadziła do niewypłacalności spółki albo tę niewypłacalność pogłębiła. Inny przykład to utrzymywanie w obrocie niewypłacalnej spółki przez długi czas – w sprawie *Re Pineroad Distribution Ltd. (in vol. liq.)*³⁸³ uznano okres dwuletni za zbyt długi i świadczący o nieodpowiedzialności (*irresponsibility*) członka zarządu.

Wywodzenie się prawa irlandzkiego z prawa angielskiego powoduje, że nie zaskakuje, iż za odpowiednik znanej prawu polskiemu instytucji odpowiedzialności członków zarządu za zobowiązania spółki na wypadek jej niewypłacalności należy uznać *fraudulent trading*. Zarazem zerwanie więzi między prawem angielskim i irlandzkim spowodowało, że w tym ostatnim nie wykształciła się instytucja *wrongful trading*, ku której ewoluowała praktyka na tle stosowania *fraudulent trading* w prawie angielskim. Dodać również trzeba, że na gruncie prawa irlandzkiego nie ma, podobnie jak w prawie angielskim, bezwzględnego obowiązku natychmiastowego zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości spółki, gdy jest ona niewypłacalna. Przyjmuje się, że członkowie zarządu nie poniosą odpowiedzialności za funkcjonowanie w obrocie spółki niewypłacalnej, o ile są uzasadnione podstawy

³⁸² Przepis ten brzmi:

„(1) If–

(a) a company is being wound up and is unable to pay its debts, and

(b) the court considers that any arrangement of a kind described in section 240 (2)(a) has contributed materially to the company's inability to pay its debts or has substantially impeded the orderly winding up of it,

the court, on the application of the liquidator or any creditor or contributory of the company, may, if it thinks it proper to do so, make the following declaration.

(2) That declaration is a declaration that any person for whose benefit the arrangement was made shall be personally liable, without any limitation of liability, for all or such part as may be specified by the court, of the debts and other liabilities of the company.

(3) In deciding whether to make a declaration under this section, the court shall have particular regard to whether and to what extent, any outstanding liabilities arising under any arrangement referred to in subsection (1) were discharged before the commencement of the winding up.

(4) In deciding the extent of any personal liability under this section, the court shall have particular regard to the extent to which the arrangement in question contributed materially to the company's inability to pay its debts or substantially impeded the orderly winding up of the company”.

³⁸³ *Re Pineroad Distribution Ltd. (in vol. liq.)* [2007] IEHC 55.

do oczekiwania, że odzyska ona płynność finansową oraz jej trwanie w obrocie jako niewypłacalnej nie jest nadmiernie długie³⁸⁴.

Obecnie *fraudulent trading* w Irlandii reguluje art. 610 Companies Act³⁸⁵. Trzeba dodać, że w ramach tej regulacji prawo irlandzkie reguluje dwie instytucje: *reckless*

³⁸⁴ D. Ahern, *The Responsible Director in an Economic Downturn: Lessons from the Restriction Regime*, Dublin U.L.K. 2009, t. 31, s. 195–197.

³⁸⁵ Przepis ten brzmi:

„(1) If in the course of the winding up of a company or in the course of proceedings under Part 10 in relation to a company, it appears that–

(a) any person was, while an officer of the company, knowingly a party to the carrying on of any business of the company in a reckless manner, or

(b) any person was knowingly a party to the carrying on of any business of the company with intent to defraud creditors of the company, or creditors of any other person or for any fraudulent purpose,

the court, on the application of the liquidator or examiner of the company, a receiver of property of the company or any creditor or contributory of it, has the following power.

(2) That power of the court is to declare, if it thinks it proper to do so, that the person first-mentioned in paragraph (a) or (b) of subsection (1) shall be personally responsible, without any limitation of liability, for all or any part of the debts or other liabilities of the company as the court may direct.

(3) Without prejudice to the generality of subsection (1)(a), an officer of a company shall be deemed to have been knowingly a party to the carrying on of any business of the company in a reckless manner if–

(a) the person was a party to the carrying on of such business and, having regard to the general knowledge, skill and experience that may reasonably be expected of a person in his or her position, the person ought to have known that his or her actions or those of the company would cause loss to the creditors of the company, or any of them, or

(b) the person was a party to the contracting of a debt by the company and did not honestly believe on reasonable grounds that the company would be able to pay the debt when it fell due for payment as well as all its other debts (taking into account the contingent and prospective liabilities).

(4) Notwithstanding anything contained in subsection (2), the court may grant a declaration on the grounds set out in subsection (1)(a) only if–

(a) paragraph (a), (b), (c) or (d) of section 570 applies to the company concerned, and

(b) an applicant for such a declaration, being a creditor or contributory of the company or any person on whose behalf such application is made, suffered loss or damage as a consequence of any behaviour mentioned in subsection (1).

(5) In deciding whether it is proper to make a declaration on the ground set out in subsection (3)(b), the court shall have regard to whether the creditor in question was, at the time the debt was incurred, aware of the company's financial state of affairs and, notwithstanding such awareness, nevertheless assented to the incurring of the debt.

(6) Where the court makes a declaration under this section, it may provide that sums recovered under this section shall be paid to such person or classes of persons, for such purposes, in such amounts or proportions at such time or times and in such respective priorities among themselves as such declaration may specify.

(7) On the hearing of an application under this section, the applicant may himself or herself give evidence or call witnesses.

(8) Where it appears to the court that any person in respect of whom a declaration has been sought on the grounds set out in subsection (1)(a) has acted honestly and responsibly in relation to the conduct of the affairs of the company or any matter or matters on the ground of which such declaration is

trading i *fraudulent trading*. Artykuł 610 Companies Act co do zasady powtarza też istniejące wcześniej w prawie irlandzkim unormowanie, a zatem na jego tle zachowują aktualność wypowiedzi judykatury i doktryny co do tych dwóch wskazanych instytucji prawnych.

Reckless trading ma miejsce wówczas, gdy w toku postępowania upadłościowego albo naprawczego³⁸⁶ okaże się, że osoba pełniąca funkcję członka zarządu świadomie dokonywała w imieniu spółki czynności (nazbyt ryzykownie)³⁸⁷. W doktrynie wskazuje się na trudności interpretacyjne co do oceny, czy zachowanie było *reckless*³⁸⁸. Wyróżnia się tzw. test *Cunningham*³⁸⁹ oraz test *Cauldwell*³⁹⁰. Zgodnie z pierwszym *reckless* odpowiada wyróżnianej na gruncie prawa polskiego lekkomyślności jako postaci winy nieumyślnej³⁹¹, tzn. trzeba wykazać, że członek zarządu miał świadomość i brał pod uwagę ryzyko związane z dokonywanymi przez siebie czynnościami, a mimo to ich dokonał. Natomiast drugie znaczenie odpowiada wyróżnianemu na tle prawa polskiego niedbalstwu³⁹², zgodnie z którym członek zarządu działa w stanie winy nieumyślnej, nawet jeśli nie ma świadomości ryzyka podejmowanych przez siebie działań, lecz taką świadomość mieć powinien – rozsądny człowiek by ją miał. W wiodącej dla *reckless trading* sprawie *Dublin Heating Company Ltd v. Hefferon Kearns Ltd*³⁹³ przyjęto, że ze względu na nałożone przez ustawodawcę wymaganie, aby działanie członka zarządu było świadome (*knowingly*), konieczne jest przy stosowaniu tej instytucji spełnienie testu

sought to be made, the court may, having regard to all the circumstances of the case, relieve him or her either wholly or in part, from personal liability on such terms as it may think fit.”

³⁸⁶ To szczególne postępowanie zwane *examiner* reguluje część 10 *Companies Act*. Zgodnie z art. 509 może ono zostać wszczęte, gdy spółka nie jest, albo jest prawdopodobne, że nie jest, w stanie płacić swoich długów, a mimo to nie wszczęto wobec niej postępowania upadłościowego, sąd może powołać osobę zwaną *examiner* i wyposażyć ją w uznane przez siebie za właściwe kompetencje celem poznania stanu majątkowego spółki ewentualnie pomocy w odzyskaniu przez nią płynności. Warunkiem koniecznym dla wszczęcia tego postępowania jest przeświadczenie sądu, uzasadnione okolicznościami konkretnej sprawy, że są perspektywy na przywrócenie stanu płynności finansowej spółki.

³⁸⁷ Zob. o tej doktrynie: D. Ahern, *The Responsible Director...*, s. 195–198.

³⁸⁸ T.B. Courtney, *The Law of Private...*, s. 553.

³⁸⁹ Nazwa pochodzi od precedensu: R v. Cunningham [1957] 2 All ER 412.

³⁹⁰ Nazwa pochodzi od precedensu: R v. Cauldwell, [1982] A.C. 341.

³⁹¹ Zob. zamiast wielu: P. Machnikowski, [w:] *System Prawa Prywatnego*, red. Z. Radwański, t. 6, *Prawo zobowiązań – część ogólna*, red. A. Olejniczak, Warszawa 2014, s. 435.

³⁹² Zob. zamiast wielu: P. Machnikowski, [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 6, s. 435.

³⁹³ *Dublin Heating Company Ltd v. Hefferon Kearns Ltd* [1993] 3 IR 191.

i subiektywnego, i obiektywnego. Zauważyć trzeba, że utrudnia to stosowanie tej instytucji prawnej w praktyce, zaostroża wymagania co do dowodzenia: trzeba dowieść świadomości członka zarządu co do charakteru i ryzyka związanego z podejmowanym czynem.

Dostrzegając trudności dowodowe przy stosowaniu w praktyce instytucji *reckless trading*, ustawodawca wprowadził domniemanie co do uznania konkretnego działania członka zarządu za *reckless*. Po pierwsze, jeśli wziąć pod uwagę wiedzę i doświadczenie wymagane od osoby zajmującej stanowisko członka zarządu, w konkretnej sprawie od osoby tej można by wymagać świadomości, że dokonywane przez nią działania spowodują szkodę w majątku spółki lub jej wierzycieli (art. 610 ust. 3 lit. a Companies Act). Jest to zatem odejście od oceny subiektywnej wyłącznie na rzecz oceny obiektywnej. Po drugie, jeśli wykaże się, że członek zarządu nie wierzył, co było uzasadnione okolicznościami sprawy przy zawieraniu umowy, że spółka będzie w stanie spełnić świadczenie wynikające z tej umowy (albo spłacić inne swoje długi) – art. 610 ust. 3 lit. b. Tym razem jest to ograniczenie wyłącznie do testu subiektywnego. Reasumując, choć jako zasadę przyjęto test subiektywno-obiektywny, to wykazanie już tylko jednego z jego elementów uaktualnia domniemanie, że działanie członka zarządu było niedbałe (*reckless*), a zatem działał on w stanie winy nieumyślnej.

W doktrynie wskazuje się natomiast, że z perspektywy członka zarządu istotne jest, gdy sytuacja finansowa spółki jest trudna, prowadzenie dokładnej dokumentacji co do podejmowanych decyzji oraz ich uzasadnienia. Pozwoli to wykazać stan wiedzy członka zarządu oraz ostrożność w działaniu, co mogłoby uwolnić go od ponoszenia odpowiedzialności z tytułu *reckless trading*³⁹⁴.

Natomiast *fraudulent trading* w art. 610 ust. 1 lit. b Companies Act został ujęty jako świadome działanie w imieniu spółki mające na celu oszukanie (*defraud*) jej wierzycieli lub inny nieuczciwy cel³⁹⁵. Podkreśla się w doktrynie konieczność zastosowania testu podwójnie subiektywnego³⁹⁶: co do świadomości pozwanego

³⁹⁴ T. B. Courtney, *The Law of Private...*, s. 558.

³⁹⁵ Przepis ten brzmi: „any person was knowingly a party to the carrying on of any business of the company with intent to defraud creditors of the company, or creditors of any other person or for any fraudulent purpose”.

³⁹⁶ T. B. Courtney, *The Law of Private...*, s. 567.

oraz co do intencji oszukania wierzycieli. W sprawie *Re Hunting Lodges Ltd*³⁹⁷ uznano, że dla poniesienia odpowiedzialności wystarczy dokonanie tylko jednej czynności spełniającej przesłanki *fraudulent trading* – nie jest konieczna ciągłość (powtarzalność) takich czynności³⁹⁸.

Choć udowodnienie *fraudulent trading* jest bardzo trudne, to zdarzają się nieliczne powodztwa zakończone sukcesem. Jako przykład można wskazać sprawę *Re Aluminium Fabricators Ltd*³⁹⁹, w której uznano za ponoszących odpowiedzialność członków zarządu prowadzących podwójnie księgowość po to, aby ukryć przed kontrolą przejmowanie na własną rzecz majątku spółki kosztem jej wierzycieli. Z kolei w sprawie *Re Contract Packaging Ltd*⁴⁰⁰ uznano za ponoszących odpowiedzialność względem wierzycieli spółki członków zarządu, którzy prowadzili nieformalne konta spółki, z których pobierali zgromadzone tam środki dla siebie.

Obie wskazane instytucje prawne, które można uznać za najbliższe odpowiedniki znanej prawu polskiemu regulacji z art. 299 k.s.h., od strony proceduralnej unormowano identycznie. Szeroko zakreślono ramy legitymacji czynnej, którą oprócz osoby prowadzącej postępowanie upadłościowe (naprawcze) ma również każdy otrzymujący coś z masy upadłości (majątku spółki), a także bezpośrednio każdy z wierzycieli spółki. Pozostawiono bardzo dużą uznaniowość co do sądowego rozstrzygnięcia ([court] *thinks it proper to do so*)⁴⁰¹. Sąd może zatem uznać, że rzeczony członek zarządu ponosi nieograniczoną odpowiedzialność osobistą cywilną⁴⁰². Artykuł 610 ust. 2 Companies Act nie ogranicza przy tym tej odpowiedzialności do skutków konkretnego działania członka zarządu – to sąd ma

³⁹⁷ *Re Hunting Lodges Ltd* [1985] ILRM 75.

³⁹⁸ W stanie faktycznym tamtej sprawy chodziło o sprzedaż najważniejszej nieruchomości wchodzącej do majątku spółki za cenę znacznie niższą od rynkowej, ponieważ kupujący nieoficjalnie zapłacił również prywatnie („under the counter”) członkowi zarządu.

³⁹⁹ *Re Aluminium Fabricators Ltd* [1984] ILRM 399.

⁴⁰⁰ *Re Contract Packaging Ltd*, cyt. za: T.B. Courtney, *The Law of Private...*, s. 569, przyp. 363.

⁴⁰¹ W sprawie *La Moselle Clothing Ltd (in Liquidation) v. Soualhi* [1998] 2 ILRM 345 wskazano katalog okoliczności, które sąd powinien rozważyć, decydując o uznaniu członków zarządu za ponoszących odpowiedzialność oraz o zakresie ich odpowiedzialności. Zaliczono do nich w szczególności: naruszenie prawa przez członków zarządu, ocenę ich działań jako niekompetentnych, naruszenie standardów wymaganych od osoby pełniącej tego rodzaju funkcję oraz bezpośredni wpływ decyzji podejmowanych przez członka zarządu na stratę poniesioną przez spółkę.

⁴⁰² Na tle skromnego orzecznictwa wskazuje się przy tym, że sądy z tej swobody korzystają i czasami uznają pełną odpowiedzialność członków zarządu za zobowiązania spółki, a czasem ograniczoną; zob. T.B. Courtney, *The Law of Private...*, s. 570–571.

zdecydować, czy odpowiedzialność będzie dotyczyła wszystkich, czy tylko części długów spółki.

Jeżeli chodzi o przesłanki odpowiedzialności wspólne dla *reckless trading* i *fraudulent trading*, to art. 610 ust. 4 lit. b Companies Act wskazuje poniesienie przez osobę wszczynającą postępowanie szkody oraz pozostawanie tej szkody w związku przyczynowym z niedbałym działaniem członka zarządu.

Ponadto, decydując się na uznanie członka zarządu za ponoszącego odpowiedzialność osobistą, sąd powinien w szczególności rozważyć, czy kontrahent spółki w chwili zawierania z nią umowy miał świadomość jej trudnej sytuacji finansowej i mimo to sam godził się na zawarcie tej umowy (art. 610 ust. 5 Companies Act).

Zakres podmiotowy odpowiedzialności ujęty jest szeroko. W doktrynie wskazuje się, że objęto nim nie tylko byłych i obecnych członków zarządu spółki, lecz także inne osoby mogące za nią działać (np. likwidatorów)⁴⁰³.

Wyjątkowo elastycznie w art. 610 ust. 6 Companies Act⁴⁰⁴ uregulowano to, na czyją rzecz ma dokonać zapłaty członek zarządu. Uwzględniając wszystkie okoliczności, sąd może bowiem uznać, że płatności należy dokonać konkretnie na rzecz osoby, która wszczęła postępowanie grupy wierzycieli (zwłaszcza wierzycieli znajdujących się w podobnej sytuacji). Również sąd może określić proporcje, w jakich mają być zaspokojone przez członka zarządu konkretne osoby, a także terminy płatności.

Wreszcie art. 610 ust. 8 Companies Act przewiduje przesłanki egzoneracyjne. Sąd może bowiem zwolnić konkretnego członka zarządu z ponoszenia osobistej odpowiedzialności za całość albo część długów spółki, o ile uzna, że ten członek zarządu prowadził sprawy spółki uczciwie i odpowiedzialnie⁴⁰⁵.

⁴⁰³ T.B. Courtney, *The Law of Private...*, s. 561.

⁴⁰⁴ Przepis brzmi: „Where the court makes a declaration under this section, it may provide that sums recovered under this section shall be paid to such person or classes of persons, for such purposes, in such amounts or proportions at such time or times and in such respective priorities among themselves as such declaration may specify”.

⁴⁰⁵ Zob. zastosowanie tej możliwości egzoneracji i uzasadnienie: *Dublin Heating Company Ltd v. Hefferon Kearns Ltd* [1993] 3 IR 191.

Dodać jeszcze trzeba, co istotnie różni prawo irlandzkie od angielskiego, że choć w typowym przypadku z roszczeniem z tytułu *fraudulent trading* można wystąpić w toku prowadzenia postępowania upadłościowego spółki, to wyjątek od tego przewiduje art. 567 Companies Act⁴⁰⁶. Wynika z niego, że z roszczeniem z tytułu *fraudulent trading* można wystąpić także wtedy, gdy nie toczy się postępowanie upadłościowe spółki, lecz postępowanie egzekucyjne prowadzone na podstawie orzeczenia sądu zakończyło się niezaspokojeniem wierzyciela w całości lub w części, a nawet zostanie wykazane przed sądem, że ze względu na sytuację finansową spółki egzekucja z jej majątku byłaby bezskuteczna. Celem tej regulacji jest umożliwienie zastosowania sankcji wobec członków zarządu w sytuacji, gdy jest to najbardziej potrzebne, a więc gdy spółka nie ma już nawet środków na przeprowadzenie postępowania upadłościowego i z tego względu postępowanie takie nie może się toczyć⁴⁰⁷.

Ponadto *fraudulent trading*, zgodnie z art. 722 Companies Act⁴⁰⁸, jest podstawą ponoszenia przez członków zarządu spółki odpowiedzialności karnej⁴⁰⁹. Odpowiedzialność ponosi każdy, kto świadomie bierze udział w działalności spółki mającej na celu oszukanie (*defraud*) wierzycieli.

Inny instrument prawny znany prawu irlandzkiemu, który można by uznać za podobny do polskiego unormowania w art. 299 k.s.h., to odpowiedzialność osobista członków zarządu spółki⁴¹⁰ za nieprawidłowe prowadzenie jej księgowości („where adequate accounting records not kept”)⁴¹¹. Reguluje ją art. 609 Companies

⁴⁰⁶ Należy odnotować, że choć z art. 567 Companies Act wynika, że nie jest w takiej sytuacji dopuszczalne wystąpienie z powództwem z tytułu *reckless trading* (przepis dopuszcza stosowanie art. 610 Companies Act, ale tylko w odniesieniu do *civil liability for fraudulent trading*). Identyczna regulacja była w poprzednim stanie prawnym i z tego względu była krytykowana w doktrynie, zob. T.B. Courtney, *The Law of Private...*, s. 579.

⁴⁰⁷ T.B. Courtney, *The Law of Private...*, s. 577.

⁴⁰⁸ Przepis ten brzmi: „If any person is knowingly a party to the carrying on of the business of a company with intent to defraud creditors of the company or creditors of any other person or for any fraudulent purpose, the person shall be guilty of a category 1 offence”. Natomiast art. 871 ust. 1 Companies Act przewiduje sankcję karną za *category 1 offence*.

⁴⁰⁹ O wcześniejszej regulacji tej materii zob. T.B. Courtney, *The Law of Private...*, s. 565–566.

⁴¹⁰ Trzeba jednak zaznaczyć, że ta odpowiedzialność może dotyczyć wyłącznie *officers*, a nie *directors*. W systemach prawnych *common law* wyróżnia się te dwie kategorie wśród osób zarządzających spółką, gdzie *officers* są zarządzającymi „niższego szczebla”, wykonawczymi – są urzędnikami spółki. Ponieważ w prawie polskim brak takiego rozróżnienia, odpowiedzialność przez nich ponoszona powinna zostać uznana za postać odpowiedzialności członków zarządu spółki.

⁴¹¹ Zob. w tej kwestii: D. Ahern, *The Responsible Director...*, s. 192–195.

Act. Znajduje zastosowanie jedynie do spółki niewypłacalnej, w toku jej postępowania upadłościowego. Przesłanką odpowiedzialności jest naruszenie przewidzianych prawem wymagań co do sposobu prowadzenia księgowości, przy czym muszą być dodatkowo spełnione następujące przesłanki: spowodowało to (lub pogłębiło) niewypłacalność spółki, doprowadziło do niepewności co do stanu majątkowego i odpowiedzialności ponoszonej przez spółkę, utrudniło istotnie prawidłowe postępowanie upadłościowe spółki. Legitymację czynną ma w tym postępowaniu osoba prowadząca postępowanie upadłościowe, a także każdy wierzyciel spółki. Sąd w ramach szerokiego uznania sędziowskiego, analogicznego jak w odniesieniu do już przedstawionych instytucji prawnych *reckless trading* i *fraudulent trading* („if it thinks it proper to do so”), może zdecydować, że członkowie zarządu poniosą pełną (albo ograniczoną) odpowiedzialność za jej zobowiązania. Jako przesłankę egzoneracyjną wskazano udowodnienie przez członka zarządu spółki, że podjął wszystkie rozsądne kroki, aby zachować zgodność (*compliance*) z wymaganiami prawa w zakresie rachunkowości spółki (art. 609 ust. 8 lit. a Companies Act) albo że osoba taka miała uzasadnione podstawy i osobiste przekonanie, że księgowość spółki była prawidłowo prowadzona przez kompetentną w tym zakresie osobę pod nadzorem innego członka zarządu, w którego kompetencjach znajdowały się tego rodzaju sprawy dotyczące spółki (art. 690 ust. 8 lit. b Companies Act).

Jeszcze jeden instrument prawa irlandzkiego, który można uznać za bliski art. 299 k.s.h., a może nawet bardziej art. 21 ust. 3 p.u., reguluje art. 210 Companies Act⁴¹².

⁴¹² Przepis ten brzmi:

„(1) Where a director of a company makes a declaration without having reasonable grounds for the opinion referred to in section 203 (1)(f), 204 (1)(f), 205 (1)(c), 206 (1)(b) or 207 (1)(b), as the case may be, the court, on the application of—

(a) a liquidator, creditor, member or contributory of the company or, in the case of the opinion referred to in section 206 (1)(b), of the successor company (within the meaning of Chapter 3 of Part 9), or

(b) the Director of Corporate Enforcement,

may declare that the director shall be personally responsible, without any limitation of liability, for all or any of the debts or other liabilities of the company or successor company, as the case may be.

(2) If a company or, as the case may be, a successor company (within the foregoing meaning) is wound up within 12 months after the date of the making of a declaration and its debts are not paid or provided for in full within 12 months after the commencement of the winding up, it shall be presumed, until the contrary is shown, that each director of, as appropriate—

(a) the company, or

(b) the merging companies,

Dotyczy on ponoszenia przez członka zarządu odpowiedzialności za złożenie przewidzianych prawem oświadczeń (w tym co do wypłacalności spółki w razie wniosku wierzycieli o wszczęcie jej postępowania upadłościowego), o ile były nieuzasadnione. Z żądaniem uznania przez sąd, że członek zarządu ponosi osobistą odpowiedzialność za zobowiązania spółki, może wystąpić osoba prowadząca postępowanie upadłościowe, jak również indywidualnie każdy jej wierzyciel. Uznaniu sądu pozostawiono, czy, uwzględniając żądanie, orzeknie o ponoszeniu przez członka zarządu odpowiedzialności za zobowiązania spółki bez ograniczeń czy z ograniczeniami. Co więcej, art. 210 ust. 2 Companies Act ułatwia sytuację dowodową, wprowadzając domniemanie tego, że oświadczenie złożone przez członka zarządu było nieuzasadnione, o ile dojdzie do ogłoszenia upadłości spółki w ciągu 12 miesięcy od złożenia deklaracji i w toku tego postępowania długi spółki nie zostaną w pełni zaspokojone.

Podsumowując, prawo irlandzkie zna generalnie instytucje, które mogą być uznane za odpowiadające tej z art. 299 k.s.h., podobne do prawa angielskiego. Co do zasady podobne są też przesłanki skorzystania z nich oraz równie rzadko są one stosowane w praktyce. Jednakże samodzielny rozwój prawa irlandzkiego po uzyskaniu przez Irlandię niepodległości doprowadził do wytworzenia się interesujących różnic, które powodują, że instytucje prawa irlandzkiego są bliższe rozwiązaniu znanemu z prawa polskiego. Przede wszystkim miejsce regulacji to wciąż prawo spółek, a nie prawo upadłościowe. Trzeba jednak zastrzec i podkreślić, że zakres regulacji tego prawa spółek jest obszerny i obejmuje ono również problematykę prawa upadłościowego⁴¹³, co powoduje *de facto* zatarcie tej różnicy dostrzegalnej *prima facie*. Natomiast ważna odmienność dotyczy dwóch merytorycznych kwestii. Po pierwsze, na gruncie prawa irlandzkiego szerzej zakreślono legitymację czynną, ponieważ z roszczeniem może wystąpić indywidualnie każdy wierzyciel spółki, a nie tylko osoba prowadząca postępowanie upadłościowe. Po drugie, choć zasadą jest występowanie z tego rodzaju

who made the declaration did not have reasonable grounds for the opinion referred to in section 203 (1)(f), 204 (1)(f), 205 (1)(c), 206 (1)(b) or 207 (1)(b), as the case may be.

(3) If the court makes a declaration under subsection (1), it may give such further directions as it thinks proper for the purpose of giving effect to the declaration”.

⁴¹³ Na tle prawa irlandzkiego podkreśla się, że właściwa dla niego jest łączna regulacja prawa spółek i prawa upadłościowego, zob. E. Shanahan, *Directors’ Duties...*, s. 453.

roszczeniami w toku postępowania upadłościowego, to nie jest wykluczone w odniesieniu do roszczenia z tytułu *fraudulent trading* wytoczenie go nawet wówczas, gdy spółka nie jest w upadłości. Kluczową i wystarczającą przesłanką jest niewypłacalność spółki, którą zresztą można dowodzić wszelkimi sposobami, aby jedynie przekonać co do tego sąd (nawet nie jest konieczne prowadzenie postępowania egzekucyjnego z majątku spółki). Dodać do tego jeszcze trzeba, że prawo irlandzkie, podobnie jak prawo angielskie, zna wiele instytucji prawnych pozwalających na pociągnięcie do odpowiedzialności członków zarządu spółki z o.o., przy czym nie wszystkie mają swoje odpowiedniki w prawie angielskim.

Część piąta – kwestie kolizyjnoprawne i jurysdykcyjne

Uzupełnieniem kluczowego problemu podjętego w prezentowanych badaniach, a dotyczącego identyfikacji i analizy instytucji prawnych z wybranych systemów prawnych, które można by uznać za odpowiednik unormowania z 299 k.s.h., jest ocena sytuacji, gdy spółki są tworzone w innym kraju niż Polska, a funkcje członków ich zarządu pełnią obywatele polscy mający miejsce zamieszkania w Polsce i przy tym spółka prowadzi działalność przede wszystkim w Polsce⁴¹⁴. Interesujące jest, czy możliwe jest pozwanie ich na podstawie art. 299 k.s.h. i art. 21 ust. 3 p.u. oraz czy polskie sądy mają w takich sprawach jurysdykcję krajową⁴¹⁵. Próba odpowiedzi na to pytanie wymaga krótkiej analizy aspektów kolizyjnoprawnych (ustalenie prawa właściwego dla spółek inkorporowanych na podstawie prawa obcego i działających w Polsce) oraz dotyczących jurysdykcji krajowej sądów polskich. Oba zagadnienia wymagają pogłębionego, samodzielnego studium⁴¹⁶, w tym miejscu zatem – jako wyłącznie pomocnicze względem głównego przedmiotu badań – mogą zostać tylko wzmiankowane.

W pierwszej kolejności zostaną przeprowadzone rozważania w zakresie prawa kolizyjnego.

Określenia wymaga najpierw, czy instytucja uregulowana w art. 299 k.s.h. należy do statutu personalnego spółki z o.o. czy do statutu upadłościowego. Przesądzenie tej kwestii pozwoli na odpowiedź na pytanie, czy na tej podstawie prawnej byłoby możliwe pozwanie członków zarządu spółek założonych według prawa obcego w innym kraju (np. na Cyprze).

⁴¹⁴ W doktrynie prawa korporacyjnego tego rodzaju spółki określane są mianem spółek pozornie zagranicznych i istnieje już co do nich bogata literatura przedmiotu, zob. M. Szydło, *Działalność spółek pozornie – zagranicznych w Polsce – uwagi de lege lata i de lege ferenda*, PPH 2008, nr 6, s. 52–58 wraz z powołaną tam literaturą. Inne ich określenie to spółki formalnie zagraniczne, zob. T. Targosz, *Sytuacja wierzycieli...*, s. 120.

⁴¹⁵ Zob. w tej kwestii: W. Kłyta, Wybrane problemy wiążące się z upadłością spółki private limited company by shares podlegającej prawu angielskiemu z rzeczywistą siedzibą w Polsce, [w:] *Europejskie prawo spółek*, t. IV, *Spółki zagraniczne w Polsce*, red. M. Cejmer, J. Napierała, T. Sójka, Warszawa 2008, s. 247–249.

⁴¹⁶ Zob. najszerszą, choć już dość dawną, analizę tej materii w prawie polskim: W. Kłyta, *Spółki kapitałowe w prawie prywatnym międzynarodowym*, Kraków 2002.

Ustawa – Prawo prywatne międzynarodowe⁴¹⁷ nie zawiera samodzielnej regulacji prawa właściwego dla spółek z o.o., tak zresztą jak wcześniej obowiązująca ustawa z 1965 r.⁴¹⁸, a zatem zastosowanie znajdzie bardziej ogólne unormowanie dotyczące wszystkich osób prawnych. Zakres statutu personalnego osób prawnych reguluje art. 17 p.p.m. Zgodnie z art. 17 ust. 1 p.p.m., o generalnym charakterze, osoba prawna podlega prawu państwa, w którym ma siedzibę. Precyzyjniej zakres statutu personalnego reguluje art. 17 ust. 3 p.p.m., z którego wynika, co w szczególności obejmuje ten statut. Członków organów osób prawnych dotyczy art. 17 ust. 3 pkt 5 p.p.m., który brzmi: „kompetencje i zasady działania oraz powoływanie i odwoływanie członków organów”. Choć *expressis verbis* nie wymieniono odpowiedzialności członków organów, to jednak niewątpliwie jest to element ich zasad działania oraz zasad działania całej osoby prawnej. Co więcej, odpowiedzialność z art. 299 k.s.h. powiązana jest ściśle z wykonywaniem przez członków zarządu kompetencji – złożeniem wniosku o ogłoszenie upadłości spółki z o.o. w razie jej niewypłacalności. Dodać jeszcze trzeba co do wyznaczenia przez ustawę zakresu statutu personalnego osób prawnych to, co wynika z art. 17 ust. 3 pkt 9 p.p.m.: „skutki naruszenia przez osobę reprezentującą osobę prawną ustawy, aktu założycielskiego lub statutu”. Z mocy art. 21 p.u. na każdym członku zarządu spółki z o.o. ciąży indywidualnie obowiązek zgłoszenia w ustawowo przewidzianym czasie wniosku o ogłoszenie jej upadłości. Niezłożenie takiego wniosku to zatem naruszenie ustawy, czego skutkiem jest ponoszenie odpowiedzialności przewidzianej nie tylko w art. 21 ust. 3 p.u., lecz także w art. 299 k.s.h. Podsumowując, jednoznacznie trzeba stwierdzić, że instytucja uregulowana w art. 299 k.s.h. podlega statutowi personalnemu spółki z o.o.⁴¹⁹ Nie jest jednak, niestety, łatwe wskazanie takiego statutu, ponieważ w tym zakresie w polskiej doktrynie są istotne kontrowersje.

Artykuł 17 ust. 1 p.p.m. stanowi, że osoba prawna podlega prawu państwa, w którym ma siedzibę⁴²⁰. Jest zatem jasne, że *de lege lata* prawo polskie dla określenia statutu

⁴¹⁷ Ustawa z 4.02.2011 r. – Prawo prywatne międzynarodowe (tekst jedn. Dz.U. z 2015 r. poz. 1792 ze zm.).

⁴¹⁸ Ustawa z 12.11.1965 r. – Prawo prywatne międzynarodowe (Dz.U. Nr 46, poz. 290).

⁴¹⁹ Tak również: T. Targosz, *Sytuacja wierzycieli...*, s. 142.

⁴²⁰ Korektę tego rozwiązania wprowadza art. 17 ust. 2 p.p.m., zgodnie z którym, jeżeli prawo wskazane w przepisie art. 17 ust. 1 przewiduje właściwość prawa państwa, na podstawie którego osoba prawna została utworzona, stosuje się prawo tego państwa.

personalnego osób prawnych, w tym również spółek z o.o., stoi na stanowisku teorii siedziby, a nie teorii inkorporacji⁴²¹. Zgodnie z teorią inkorporacji prawem właściwym dla osoby prawnej jest prawo państwa, zgodnie z którym osoba prawna została założona („które przyznało jej osobowość prawną”), natomiast w świetle teorii siedziby prawem właściwym dla osoby prawnej (statut personalny osoby prawnej wyznacza) jest prawo państwa, w którym znajduje się siedziba osoby prawnej⁴²². Budzi już jednak kontrowersje, w jaki sposób należy rozumieć siedzibę, o której mowa w art. 17 ust. 1 p.p.m.⁴²³ W polskiej doktrynie wciąż dominuje pogląd tradycyjny, zgodnie z którym chodzi o siedzibę rzeczywistą, a więc miejsce, gdzie podejmowane są kluczowe decyzje dla spółki⁴²⁴. Jest to pogląd typowo występujący dawniej w krajach Europy kontynentalnej, zwłaszcza w prawie francuskim i niemieckim⁴²⁵. Właśnie z tych porządków prawnych został przeszczepiony do prawa polskiego. Jednak później narodziła się nowa koncepcja rozumienia teorii siedziby jako właściwej dla określenia prawa właściwego dla osób prawnych – o kompromisowym charakterze między teorią inkorporacji a teorią siedziby rzeczywistej – teoria siedziby statutowej. Zgodnie z nią statut personalny osoby prawnej to prawo państwa, w którym znajduje się miejscowość wskazana w umowie (statucie) osoby prawnej jako jej siedziba (zazwyczaj oznacza to również to państwo, w którym osoba prawna została wpisana do rejestru, ponieważ z reguły sądem właściwym dla dokonania takiego wpisu jest sąd miejsca siedziby spółki)⁴²⁶. Ta koncepcja siedziby statutowej jest powszechnie stosowana w praktyce – sądy, ustalając statut personalny konkretnej osoby prawnej, nie badają, co zresztą w wielu przypadkach byłoby niemal niemożliwe, gdzie faktycznie podejmowane są decyzje dotyczące zarządzania tą osobą prawną, lecz co wynika z jej umowy (statutu) i wpisu

⁴²¹ Zob. szerzej o teorii inkorporacji: W. Klyta, *Teoria powstania osoby prawnej w prawie prywatnym międzynarodowym*, PPHZ 2000, t. 19/20, s. 167–186.

⁴²² Zob. w zarysie o sposobach unormowania sposobu określania prawa właściwego dla spółek (osób prawnych) w różnych systemach prawnych: A. Opalski, *Europejskie prawo spółek*, Warszawa 2010, s. 94–98.

⁴²³ Zob. szerzej o pojęciu siedziby osoby prawnej: W. Klyta, *Siedziba osoby prawnej*, KPP 2001, nr 3.

⁴²⁴ Tak m.in.: K. Przybyłowski, *Prawo prywatne międzynarodowe*, Lwów 1935, s. 129; J. Jakubowski, *Osoby prawne w polskim prawie prywatnym międzynarodowym*, PiP 1969, nr 8–9, s. 276.

⁴²⁵ A. Opalski, *Europejskie prawo...*, s. 100. O znaczeniu łącznika siedziby w niemieckim prawie kolizyjnym zob. zwłaszcza: W. Klyta, *Łącznik siedziby w niemieckim międzynarodowym prawie spółek*, KPP 1998, nr 2.

⁴²⁶ A. Opalski, *Europejskie prawo...*, s. 97–98.

do właściwego rejestru⁴²⁷. Brzmienie art. 17 ust. 1 p.p.m. jest na tyle szerokie, że bez problemu pozwala przyjąć za obowiązującą na gruncie prawa polskiego każdą z obu wyróżnionych koncepcji siedziby: rzeczywistą i statutową. Co więcej, dostrzegano taką możliwość interpretacyjną już na gruncie art. 9 ust. 2 poprzedniej ustawy p.p.m.⁴²⁸, a w tym zakresie prawo nowe przejęło unormowanie z prawa dawnego. Przekracza ramy tego opracowania wnikliwa analiza zarysowanej kwestii, zresztą, jak zaznaczano, niezmiernie kontrowersyjnej. Jedynie zdecydowanie należy opowiedzieć się za przyjęciem *de lege lata* jako obowiązującej koncepcji siedziby statutowej. Po pierwsze, jest to podejście wyjątkowo pragmatyczne i praktyczne – tak faktycznie już działają sądy⁴²⁹. Po drugie, zwiększa ono znacznie pewność prawa i bezpieczeństwo obrotu – łatwo i precyzyjnie można określić siedzibę, a co za tym idzie ustalić, jakie prawo znajdzie zastosowanie. Pojęcie siedziby rzeczywistej jest nieokreślone i mgliste, zwłaszcza wraz z rozwojem technologii, gdy na przykład większość decyzji może być podejmowana zdalnie przez członków zarządu przebywających w różnych krajach. Po trzecie, tylko taka interpretacja pozwala na zachowanie zgodności z prawem europejskim – z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej wynika swoboda przenoszenia siedziby spółki, której w zasadzie nie da się zachować przy akceptacji dla koncepcji siedziby rzeczywistej. Wreszcie, po czwarte, dzięki koncepcji siedziby statutowej łatwiejsze jest rozstrzygnięcie wielu problemów z zakresu międzynarodowego prawa spółek, choćby analizowanego w tym artykule, o czym będzie jeszcze dalej mowa⁴³⁰.

⁴²⁷ A. Opalski, *Europejskie prawo...*, s. 105.

⁴²⁸ J. Jakubowski, *Prawo międzynarodowe prywatne*, Warszawa 1984, s. 40, 76; T. Targosz, *Sytuacja wierzycieli...*, s. 118.

⁴²⁹ Zauważyć zresztą trzeba, że konsekwentne zajmowanie stanowiska o siedzibie rzeczywistej w istocie w ogóle eliminowałoby potrzebę rozważania badanego teraz problemu. Zgodnie z tą koncepcją nie można byłoby ustanowić siedziby rzeczywistej i głównego ośrodka prowadzenia działalności w Polsce – choć bowiem taka spółka miałaby podlegać prawu polskiemu, to przecież nie odpowiadałaby żadnemu kodeksowemu modelowi spółek (a katalog spółek jest w prawie polskim zamknięty) i brak przepisów (np. o stosowaniu odpowiednim przepisów o przekształceniu spółki), które pozwoliłyby jej na dostosowanie się do takiego modelu bez potrzeby ponownej inkorporacji zgodnie z prawem polskim. Tak też m.in. M. Szydło, *Działalność spółek...*, s. 52.

⁴³⁰ Zob. gruntowną krytykę teorii siedziby rzeczywistej: A.W. Wiśniewski, *Statut personalny spółek kapitałowych i uznawanie spółek zagranicznych. Orzecznictwo Trybunału Wspólnot a reforma polskiego prawa prywatnego międzynarodowego*, [w:] *Współczesne wyzwania europejskiej przestrzeni prawnej. Księga pamiątkowa dla uczczenia 70. urodzin Profesora Eugeniusza Piontka*, red. A. Łazowski, R. Ostrihansky, Kraków 2005.

W świetle koncepcji siedziby statutowej polskie prawo materialne znajdzie zastosowanie wyłącznie do spółek utworzonych zgodnie z prawem polskim i wpisanych do polskiego Krajowego Rejestru Sądowego⁴³¹. Natomiast gdyby przyjąć koncepcję siedziby rzeczywistej, to istniałby poważny problem z traktowaniem spółek założonych w świetle prawa obcego, np. cypryjskiego, które jednak prowadziłyby działalność wyłącznie (głównie) w Polsce, a ich członkowie zarządu byłiby Polakami z miejscem zamieszkania na terytorium Polski i tu też byłyby podejmowane kluczowe dla spółek decyzje. Należałoby chyba uznać, że ponieważ ich siedziba rzeczywista jest w Polsce, to znajduje do nich zastosowanie prawo polskie. Czy to jednak miałyby znaczyć, że *ex lege* dokonywano by ich konwersji na najbardziej zbliżone do nich polskie spółki?⁴³² Czy byłyby to zatem nowy sposób powstawania spółek prawa polskiego? Czy takie spółki mogłyby działać bez wpisu do polskiego rejestru sądowego? A może zagraniczna spółka musiałaby zostać uznana za rozwiązaną z mocy prawa i w ogóle nie mogłaby prowadzić działalności gospodarczej na terytorium Polski? Koncepcja siedziby rzeczywistej albo nie daje w ogóle odpowiedzi na te pytania, albo odpowiedź taka jest niesatysfakcjonująca. W szczególności trudno byłoby zaakceptować stanowisko o dokonującej się *ex lege* konwersji i o stosowaniu do takich spółek prawa polskiego.

W świetle przeprowadzonych rozważań staje się zatem jasne, że art. 299 k.s.h. może znaleźć zastosowanie wyłącznie do spółek prawa polskiego. Nie będzie zatem *a limine* możliwe pozwanie na tej podstawie prawnej obywateli polskich mających miejsce zamieszkania na terytorium Polski, o ile są członkami zarządu spółki prawa obcego będącej odpowiednikiem polskiej spółki z o.o.

Wymaga jeszcze rozważenia, czy takich członków zarządu będzie można pozwać na podstawie prawa, według którego spółka, w której pełnią funkcje członków zarządu, została założona bądź ma w tym państwie siedzibę statutową, a którą to podstawę prawną można uznać za odpowiednik art. 299 k.s.h. (takie odpowiedniki dla niektórych systemów prawnych zidentyfikowano w prezentowanych badaniach). Rozstrzygnięcie tej kwestii nie jest proste ze względu na zróżnicowanie instytucji

⁴³¹ Rejestr działa na podstawie ustawy z 20.08.1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym (tekst jedn. Dz.U. z 2016 r. poz. 687 ze zm.).

⁴³² O poglądzie dopuszczającym rzeczoną konwersję z jego trafną i przekonującą krytyką, zob. A. Opalski, *Europejskie prawo...*, s. 104.

prawnych mogących zostać uznane za odpowiedniki tej z art. 299 k.s.h. Kluczowe znaczenie ma ocena, czy przynależą one do statutu personalnego spółek prawa obcego, tak jak zakwalifikowano instytucję z art. 299 k.s.h. w odniesieniu do polskiej spółki z o.o. Wydaje się, że o ile dotyczą one członków zarządu spółek będących odpowiednikami polskiej spółki z o.o. i są uregulowane w obcym prawie spółek, o tyle, co do zasady, można by przyjąć, że stanowią one element statutu personalnego. Wymagałoby to jednak w odniesieniu do każdego kraju zbadania jego prawa kolizyjnego w odniesieniu do spółek kapitałowych i osób prawnych i tego, w jaki sposób kształtuje zakres statutu personalnego. O zakresie tego statutu przesądza bowiem autonomicznie każdy ustawodawca krajowy – nie ma w tym zakresie żadnych umów międzynarodowych czy aktów prawa unijnego. Ponadto kluczowe znaczenie ma to, czy z konkretnym roszczeniem można wystąpić niezależnie od toczącego się postępowania upadłościowego spółki, czy tylko w związku z tym postępowaniem. Kwestia ta ma nawet znaczenie priorytetowe w porównaniu z miejscem regulacji konkretnych instytucji prawnych. Jeśli bowiem są one ściśle uzależnione od postępowania upadłościowego (np. legitymację czynną ma wyłącznie osoba prowadząca takie postępowanie – zagraniczny odpowiednik instytucji syndyka⁴³³), to należałoby je, jak się wydaje, zaliczyć do statutu upadłościowego, a nie statutu personalnego spółki.

Wątpliwości te są szczególnie wyraźne na tle dominujących w obcych systemach prawnych przypadków, co właśnie wynika z przeprowadzonego badania, gdy instytucje, które mogą zostać uznane za odpowiedniki tej z art. 299 k.s.h., są uregulowane w prawie upadłościowym i są bardzo ściśle związane z prawem upadłościowym, a uzyskane z zasądzenia środki trafiają do masy upadłości. Wydaje się, że w tych przypadkach co do zasady należałoby przyjąć, że do rzeczonych instytucji znajdzie zastosowanie nie statut personalny, a statut upadłościowy. Świadczy za tym przede wszystkim szerokie ujmowanie upadłości z perspektywy prawa europejskiego w orzecznictwie TS UE (a wszystkie uwzględnione w badaniu

⁴³³ Wyraźnie w wyrok TS UE z 18.07.2013 r., C-147/12 *ÖFAB v. Koot* wynika, że przesłanką zastosowania dla określenia jurysdykcji krajowej rozporządzenia 1346/00 jest przysługiwanie wyłącznej legitymacji osobie prowadzącej postępowanie upadłościowe do wytoczenia powództwa przeciwko członkowi zarządu (wspólnikowi), przy czym osoba ta ma działać na rzecz wszystkich wierzycieli spółki (można dodać, że wyrażać się to będzie właśnie w zasądzeniu świadczenia na rzecz masy upadłości, a nie indywidualnej osoby).

kraje są członkami UE). W wyroku TS UE z 22.02.1979 r. w sprawie Gourdain⁴³⁴ uznano, że pojęcie „upadłości, układow i innych podobnych postępowań”⁴³⁵, użyte przez ustawodawcę art. 1 ust. 2 lit. b rozporządzenia Rady (WE) nr 44/2001 z 22.12.2000 r., obejmuje postępowania, które wynikają z zaprzestania płacenia długów przez dłużnika i jego niewypłacalności, a prowadzą do kolektywnej likwidacji majątku dłużnika⁴³⁶. Ponadto takie postępowanie musi mieć jedyną i wyłączną podstawę w prawie upadłościowym. Mimo zastąpienia Konwencji Brukselskiej, na której tle wydano powołane orzeczenie w sprawie Gourdain, wykładnia TS UE pozostaje aktualna, ponieważ aktualnie regulujące tę materię rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1215/2015 z 12.12.2012 r.⁴³⁷ w art. 1 ust. 2 lit. b zawiera identyczne sformułowanie (rozporządzenie nie ma zastosowania do „upadłości, układow i innych podobnych postępowań”). W świetle tego kierunku interpretacji utrzymanego w późniejszym orzecznictwie jest też rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/848 z 20.05.2015 r. w sprawie postępowania upadłościowego (wersja przekształcona)⁴³⁸. Rozporządzenie to uchyliło obowiązujące wcześniej w tej materii rozporządzenie Rady (WE) nr 1346/2000 z 29.05.2000 r.⁴³⁹ w sprawie postępowania upadłościowego⁴⁴⁰, przejmując wiele jego uregulowań. Obejmuje ono nie tylko postępowanie

⁴³⁴ Wyrok ETS z 22.02.1979 r., Henri Gourdain v. Franz Nadler, C-133/78, tekst orzeczenia dostępny jest w bazie orzeczeń TS UE: <http://curia.europa.eu>.

⁴³⁵ Pojęcie poddawane interpretacji zostało użyte w art. 1 ust. 2 lit. b Konwencji o jurysdykcji i uznawaniu oraz wykonywaniu orzeczeń sądowych w sprawach cywilnych i handlowych z 16.09.1968 r. Z powołanego przepisu wynikało, że Konwencja nie stosowała się do upadłości, układow i innych podobnych postępowań. Stąd właśnie zwrot ten wymagał wykładni TS UE. Znamienne jest, że zwrot ten powtórzono w regulującym później tę samą materię art. 1 ust. 2 lit. b rozporządzenia Rady (WE) nr 44/2001 z 22.12.2000 r. w sprawie jurysdykcji i uznawania orzeczeń sądowych oraz ich wykonywania w sprawach cywilnych i handlowych (Dz.Urz. WE L 12 z 16.01.2001 r., s. 1–23; Dz.Urz. UE Polskie wydanie specjalne, rozdz. 19, t. 4, s. 42–64).

⁴³⁶ Warto dodać, że w tym postępowaniu rozstrzygano właśnie o instytucji prawa francuskiego, mogącej zostać uznana za odpowiednik polskiej regulacji z art. 299 k.s.h., *action en comblement de passif social* (w obecnym stanie prawnym zostało ono zastąpione przez *action en comblement par insuffisance d'actif*) i przyjęto, że w tej sprawie jurysdykcję krajową ustala się na podstawie rozporządzenia 1346/00.

⁴³⁷ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1215/2012 z 12.12.2012 r. w sprawie jurysdykcji i uznawania orzeczeń sądowych oraz ich wykonywania w sprawach cywilnych i handlowych (Dz.Urz. UE L 351 z 20.12.2012 r., s. 1–32).

⁴³⁸ Dz.Urz. L 141 z 5.06.2015 r., s. 19–72.

⁴³⁹ Zob. analizę tego rozporządzenia: *Europejskie prawo upadłościowe*, red. F. Zedler, Warszawa 2011.

⁴⁴⁰ Dz.Urz. WE L 160 z 30.06.2000 r., s. 1–18; Dz.Urz. UE Polskie wydanie specjalne, rozdz. 19, t. 1, s. 191–208.

upadłościowe, lecz także postępowania indywidualne bezpośrednio wynikające z postępowania upadłościowego i blisko z nim związane⁴⁴¹. Taką interpretację wyraźnie wspiera motyw 7 preambuły do rozporządzenia 2015/848, dotyczący relacji między nim a podstawowym dla europejskiego prawa procesowego rozporządzeniem nr 1215/2012 z 12.12.2012 r. Wynika z niego, że postępowania wyłączone z zakresu zastosowania rozporządzenia 1215/2012 powinny być objęte zakresem zastosowania rozporządzenia 2015/848, a przy wykładni rozporządzenia 2015/848 należy maksymalnie unikać luk regulacyjnych między oboma rozporządzeniami.

Podsumowując dotychczasowe rozważania, trzeba zatem zauważyć, że w odniesieniu do obcych instytucji prawnych, które można zaliczyć do statutu personalnego spółki, tak jak tę uregulowaną w art. 299 k.s.h. w odniesieniu do polskiej spółki z o.o., do członków ich zarządu znajdują zastosowanie przewidziane przez to prawo odpowiedniki wskazanej instytucji. O ile jednak te analogiczne instytucje należałyby do statutu upadłościowego, o tyle ich zastosowanie zależałoby od jurysdykcji krajowej w postępowaniu upadłościowym – od tego, który sąd, którego państwa prawo upadłościowe by zastosował⁴⁴². Przekracza ramy prezentowanego opracowania i wymaga samodzielnej analizy ocena opisanych w badaniu instytucji prawa obcego z tej perspektywy – czy należą one do statutu personalnego spółki czy do statutu upadłościowego.

Natomiast w świetle powyższych uwag niezbędne jest wskazanie, czy może okazać się, że właściwym prawem upadłościowym dla spółek prawa obcego, założonych za granicą, których członkami zarządu są obywatele polscy mający miejsce zamieszkania w Polsce i które prowadzą działalność wyłącznie (głównie) w Polsce, będzie prawo polskie, co skutkowałoby niemożliwością zastosowania do członków zarządów tych spółek instrumentów odpowiadających art. 299 k.s.h., które stanowią

⁴⁴¹ Zob. szerszą analizę tego problemu oraz relewantnego orzecznictwa na tle rozporządzenia 1346/2000: K. Weitz, „Upadłości, układy i inne podobne postępowania” – z problematyki rozgraniczenia zakresów zastosowania rozporządzenia nr 44/2001 i rozporządzenia nr 1346/2000, [w:] *Prawo handlowe XXI wieku. Czas stabilizacji, ewolucji czy rewolucji. Księga jubileuszowa Profesora Józefa Okolskiego*, red. M. Modrzejewska, Warszawa 2010, s. 1224–1243.

⁴⁴² Zgodnie bowiem z art. 6 ust. 1 rozporządzenia 2015/848 sądy państwa członkowskiego, na którego terytorium wszczęto postępowanie upadłościowe, mają jurysdykcję w sprawach wynikających bezpośrednio z tego postępowania, a właśnie do tego rodzaju spraw należy zaliczyć te aktualnie analizowane.

jednak element obcego prawa upadłościowego (przy jednoczesnej niemożliwości zastosowania samego art. 299 k.s.h. z racji tego, że są to spółki prawa obcego).

Prawo upadłościowe stanowi ścisły związek norm materialnoprawnych i formalnoprawnych. W konsekwencji dla określenia prawa właściwego kluczowe znaczenie ma ustalenie właściwego sądu upadłościowego⁴⁴³ – jurysdykcji krajowej w kontekście międzynarodowym⁴⁴⁴, o jakim mowa na tle analizowanego problemu⁴⁴⁵. Do kolizyjnoprawnego wskazania prawa dochodzi w chwili wszczęcia postępowania⁴⁴⁶. Jeżeli spółka ma majątek w różnych państwach, to ogłoszenie jej upadłości może nastąpić w różnych państwach. Każde państwo samo określa, jakie podmioty i kiedy mogą być ogłoszone upadłymi⁴⁴⁷. Wszystkie uwzględnione w badaniu państwa należą do Unii Europejskiej, a zatem zastosowanie znajdzie regulacja prawa europejskiego – wskazywane już rozporządzenie 2015/848. W świetle art. 3 ust. 1 rozp. 2015/848 zasadą jest, że główne postępowanie upadłościowe wszczyna się przed sądem państwa, w którym dłużnik (spółka) ma główny ośrodek podstawowej działalności. Dalej wprowadzono domniemanie, że w przypadku spółek (osób prawnych w ogólności) domniemywa się, że jest to miejsce siedziby statutowej.

Odnosząc tę regulację do analizowanego stanu faktycznego, należałoby wskazać, że zgodnie z zasadą postępowanie powinno się toczyć przed sądem państwa obcego. Nie jest jednak wykluczone wszczęcie postępowania upadłościowego przed sądem polskim, przy czym wówczas to wszczynający postępowanie będzie musiał obalić powołane domniemanie i wykazać, że choć spółka została założona za granicą według prawa obcego, to jej główny ośrodek podstawowej działalności znajduje się w Polsce.

⁴⁴³ Zgodnie z art. 7 ust. 1 rozporządzenia 2015/848 zasadą jest, że dla postępowania upadłościowego i jego skutków właściwe jest prawo państwa członkowskiego, w którym zostaje wszczęte postępowanie („państwo wszczęcia postępowania”).

⁴⁴⁴ W doktrynie za oczywistą uważa się zasadę jednolitości statutu upadłościowego, zob. W. Klyta, *Wybrane problemy...*, s. 249.

⁴⁴⁵ Zob. kompleksową analizę problematyki jurysdykcji w sprawach o ogłoszenie upadłości: A. Hrycaj, *Jurysdykcja krajowa w sprawach o ogłoszenie upadłości*, Warszawa 2011.

⁴⁴⁶ W. Klyta, *Wybrane problemy...*, s. 254.

⁴⁴⁷ F. Zedler, *Zarys prawa upadłościowego*, Warszawa 2016, s. 249.

Z kolei z perspektywy możliwości zastosowania wobec członków zarządów takich spółek instrumentów analogicznych do instytucji z art. 299 k.s.h. z prawa obcego, które jednak uznano by za element statutu upadłościowego, dopuszczalność ich zastosowania będzie kształtowała się następująco. Jeśli rzeczywiście postępowanie będzie toczyło się za granicą, to mogą one znaleźć zastosowanie. Jeśli natomiast prowadziłby je sąd polski, to zgodnie ze wskazywanym już art. 7 ust. 1 rozp. 2015/848 zastosuje on prawo polskie upadłościowe, co wykluczy możliwość zastosowania tych instytucji.

Prowadzi to do konkluzji, że wierzyciele spółek prawa obcego prowadzących (głównie) działalność w Polsce na wypadek ich niewypłacalności mają kolejną kwestię do oceny przy podejmowaniu decyzji, gdzie korzystniej byłoby wszcząć postępowanie upadłościowe takiej spółki. Choć co do zasady zawsze jest to dla nich wygodniejsze przed polskimi sądami, to jednak jeśli są przekonani, że w toku tego postępowania nie mają szans na zaspokojenie z majątku spółki, a być może mogliby uzyskać korzystniejszą pozycję, gdyby członkowie jej zarządu musieli zapłacić spółce, to bardziej racjonalne może wydawać się nieobalanie domniemania z art. 3 ust. 1 rozp. 2015/848 i prowadzenie postępowania przed sądem zagranicznym.

Na koniec tego wątku rozważań wymaga jeszcze oceny, czy członkowie zarządu spółki prawa obcego prowadzącej (głównie) działalność w Polsce, będący obywatelami polskimi i mający miejsce zamieszkania w Polsce, mogą ponieść odpowiedzialność na podstawie art. 21 ust. 3 p.u. Oczywiście, jak wynika z powyższych rozważań, zależy to od uznania tej normy za element statutu upadłościowego. *Prima facie* wydaje się, że mimo uregulowania tej instytucji w prawie upadłościowym, do statutu upadłościowego ona się nie zalicza. O roszczeniu z art. 21 ust. 3 p.u. rozstrzyga sąd w procesie, a rozstrzygnięcie nie zapada w toku postępowania upadłościowego⁴⁴⁸. Przede wszystkim jednak wymaga podkreślenia, że w świetle prawa polskiego jest to przypadek klasycznej odpowiedzialności deliktowej, a jedynie czyn niedozwolony wynika z naruszenia normy prawa upadłościowego (niezgłoszenia w ustawowo przewidzianym czasie wniosku o ogłoszenie upadłości spółki). Jednak, bez istnienia takiej normy,

⁴⁴⁸ Zwraca na to uwagę T. Targosz (*Sytuacja wierzycieli...*, s. 143).

do popełnienia czynu niedozwolonego by nie doszło⁴⁴⁹. Jeśli bowiem prawo upadłościowe nie nakładałoby obowiązku zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości w określonym czasie, to niezgłoszenie go nie może prowadzić do odpowiedzialności. Wydaje się zatem, że art. 21 ust. 3 p.u. może znaleźć zastosowanie tylko wówczas, gdy zastosowanie znajduje polskie prawo upadłościowe⁴⁵⁰. Jak już wcześniej wskazano, w analizowanej w badaniach spółce prawa obcego prowadzącej (głównie) działalność w Polsce i założonej przez polskich obywateli mających miejsce zamieszkania w Polsce, będzie to możliwe, o ile – wszczynając postępowanie – zostanie obalone domniemanie z art. 3 ust. 1 rozp. 2015/848, że główny ośrodek podstawowej działalności spółki znajduje się w miejscu jej siedziby statutowej.

Przeprowadzone właśnie rozważania kolizyjnoprawne i w zakresie jurysdykcji, choć miały tylko dodatkowy charakter w odniesieniu do podstawowego problemu podjętego w tych badaniach, nie tylko okazały się dość obszerne, lecz także ujawniły jeszcze wiele interesujących dodatkowych zagadnień. Stwierdzić trzeba, że wymagają one dalszych gruntownych badań. Natomiast w świetle dokonanych ustaleń można sformułować następujące konkluzje.

Po pierwsze, instytucja uregulowana w art. 299 k.s.h. należy do statutu personalnego spółki z o.o. i wydaje się, że może znaleźć zastosowanie wyłącznie do spółek utworzonych według prawa polskiego (polskich spółek z o.o.)⁴⁵¹.

Po drugie, instytucja uregulowana w art. 21 ust. 3 p.u. jest ściśle powiązana z postępowaniem upadłościowym (popełnienie czynu niedozwolonego, za który przewiduje ona odpowiedzialność, może mieć miejsce wyłącznie, gdy konkretne prawo upadłościowe taki czyn reguluje). W konsekwencji może znaleźć

⁴⁴⁹ T. Targosz uważa jednak, że nie jest to elementem statutu upadłościowego, ponieważ kwestia zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości spółki warunkuje powstanie odpowiedzialności z art. 21 ust. 3 p.u., lecz rozstrzygnięcie o jej skutkach nie jest włączone do postępowania upadłościowego. Zob. T. Targosz, *Sytuacja wierzycieli...*, s. 143.

⁴⁵⁰ W doktrynie wskazuje się również, że wątpliwości co do charakteru konkretnej normy powinny być rozstrzygane na korzyść statutu upadłościowego. Zob. W. Kłyta, *Wybrane problemy...*, s. 252.

⁴⁵¹ Tak też wyraźnie T. Targosz, *Sytuacja wierzycieli...*, s. 144, 148.

zastosowanie do członków zarządu spółki krajowej i zagranicznej⁴⁵², o ile toczy się jej postępowanie upadłościowe w Polsce.

Po trzecie, instytucje prawne obce, mogące zostać uznane za analogiczne do art. 299 k.s.h., znajdą zastosowanie do polskich obywateli mających miejsce zamieszkania na terenie Polski i będących członkami zarządu spółek prawa obcego pod następującymi warunkami. Przede wszystkim wówczas, gdy zostanie uznane, że należą do statutu personalnego spółki prawa obcego⁴⁵³. Ponadto gdy będą stanowiły element statutu upadłościowego (będą pozostawały w ścisłym związku z postępowaniem upadłościowym), mogą stanowić podstawę roszczenia wobec członka zarządu, o ile postępowanie upadłościowe będzie się toczyło nie przed sądem polskim, lecz sądem siedziby statutowej takiej spółki⁴⁵⁴.

Po czwarte, analiza kwestii kolizyjnoprawnych i jurysdykcji ujawnia również uzasadnienie dla dokonywanej w różnych systemach prawnych (wyraźnie widać to w opracowaniu w odniesieniu do prawa niemieckiego) zmiany miejsca regulacji instytucji pozwalającej na pociągnięcie do odpowiedzialności członków zarządu odpowiedników spółki z o.o. Uregulowanie tej materii w prawie upadłościowym powoduje, że instytucja znajduje w równym stopniu zastosowanie do spółek prawa krajowego, jak i spółek prawa obcego, o ile w razie ich upadłości znajduje zastosowanie dane prawo upadłościowe, co z kolei wynika z głównego ośrodka podstawowej działalności spółki na terenie danego państwa. Wyeliminowane zostaje zatem z tej perspektywy ewentualne uprzywilejowanie spółek prawa obcego w stosunku do spółek rodzimych.

⁴⁵² Tak wyraźnie w odniesieniu do angielskiej *private limited company* działającej w Polsce W. Kłyta, *Wybrane problemy...*, s. 255.

⁴⁵³ Należy zauważyć, co jednak wymaga dalszych badań, że wówczas mogą powstać kolejne komplikacje. Jeśli bowiem uznać, że przewidują one odpowiedzialność deliktową, to do oceny prawa właściwego może mieć jeszcze znaczenie rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady z 11.07.2007 r. nr 864/2007 dotyczące prawa właściwego dla zobowiązań pozaumownych (Rzym II), w którego świetle istotne znaczenie ma miejsce powstania szkody (art. 4 ust. 1).

⁴⁵⁴ Odmienne, choć bez szerszego wyjaśnienia stanowiska (wyłącznie z powołaniem się na automatyczne uznanie zagranicznego orzeczenia o otwarciu postępowania upadłościowego), zob. W. Kłyta, *Wybrane problemy...*, s. 249.

Podsumowanie

Przeprowadzone badania dotyczące poszukiwania odpowiedników regulacji odpowiedzialności członków zarządu spółki z o.o. za jej zobowiązania (art. 299 k.s.h.) w wybranych systemach prawnych prowadzą do sformułowania kilku istotnych wniosków.

Po pierwsze, o ile rzeczywiście w żadnym z uwzględnionych w badaniu systemów prawnych nie ma dokładnej kopii (transplantu) instytucji uregulowanej w art. 299 k.s.h., o tyle typowym elementem każdego spośród badanych systemów prawnych są szczególne instytucje wprowadzające odpowiedzialność osobistą członków zarządu spółek odpowiadających polskiej spółce z o.o. wobec ich wierzycieli za ich zobowiązania. W wielu krajach są to jednak rozwiązania relatywnie nowe – dobrym przykładem jest prawo angielskie, gdzie najwierniejszy odpowiednik polskiego unormowania wprowadzono do systemu prawnego dopiero kilkadziesiąt lat temu.

Po drugie, o ile szczegóły unormowań tych instytucji się różnią, o tyle wspólne jest ich *ratio legis*. Postrzegane są one konsekwentnie jako instrument mający dodatkowo chronić wierzycieli spółek kapitałowych na wypadek niewypłacalności tych spółek przez wprowadzenie dodatkowej odpowiedzialności osób innych niż spółki. Często bezpośrednio (jak w przypadku instytucji prawa angielskiego *fraudulent trading*) albo pośrednio zmierzają one do zapobiegania (funkcja prewencyjna) nieuczciwemu korzystaniu z formy prawnej spółki przez członków ich zarządu lub sankcjonowania (funkcja penalna) go [w tym zakresie ich uzasadnienie jest podobne do stojącego za inną nową doktryną prawa spółek, która w szczególnych przypadkach pozwala poszukiwać zaspokojenia roszczeń wobec spółki w majątku jej wspólników – *lifting (piercing) the corporate veil*].

Po trzecie, w badaniach prawnoporównawczych można zaobserwować, że zwykle instytucja ta regulowana jest nie przez prawo spółek, lecz przez prawo upadłościowe. To istotne, ponieważ rozszerza zakres jej zastosowania na wszystkie spółki działające w danym systemie prawnym⁴⁵⁵, do których prawo upadłościowe tego

⁴⁵⁵ Bardzo dobrym przykładem tego rodzaju rozwiązania jest § 15a InsO, w którym wprost wskazano, do których podmiotów prawa – w szczególności spółek kapitałowych (*Körperschaften*), będących osobami prawnymi, oraz spółek osobowych (*Personengesellschaften*), będących podmiotami prawa

systemu prawnego znajduje zastosowanie, bez względu na miejsce ich założenia (inkorporacji) czy siedzibę. Można nawet zaobserwować tendencję polegającą na zmianie miejsca regulacji tej instytucji prawnej i przenoszenie jej z prawa spółek do prawa upadłościowego (tak było np. w prawie niemieckim, a także w prawie angielskim co do instytucji *fraudulent trading*). Z tej perspektywy wymaga gruntownego rozważenia, czy prawidłowe jest miejsce regulacji tej instytucji w prawie polskim. Wydaje się, że raczej należałoby dążyć do unifikacji regulacji art. 299 k.s.h. oraz art. 21 p.u. i kompleksowego unormowania tej materii w prawie upadłościowym⁴⁵⁶.

Po czwarte, choć przepisy nie ograniczają dopuszczalności stosowania tej instytucji w zależności od wielkości spółki, to praktyka pokazała, że jest ona w zasadzie skuteczna tylko w odniesieniu do niewielkich spółek (w prawie angielskim tylko na tle takich spółek zapadały wyroki uwzględniające powództwo z tytułu *wrongful trading*, a w prawie polskim „działa” wyłącznie art. 299 k.s.h. nieodnoszący się do spółek akcyjnych, a już nie działa podobny instrument z art. 21 p.u., którego zakres zastosowania obejmuje spółki akcyjne). Wynika to zapewne z dwóch niezależnych od siebie okoliczności. Długi małych spółek nie są często na tyle istotne, aby majątek osobisty członka (członków) ich zarządu nie pozwalał na zaspokojenie roszczeń wierzycieli spółki wynikających stąd, że spółka nie spłaciła swojego długu. Ponadto przypadki nieuczciwego korzystania z formy prawnej spółki częściej mają miejsce w odniesieniu do spółek mniejszych, w których czynnik osobowy, a więc właśnie wola takiego wykorzystania spółki, ma większe znaczenie. Być może będzie to ulegało zmianie wraz z rozwojem rynku ubezpieczeń Directors & Officers, bo wówczas także w przypadku większych wierzytelności wierzyciele będą mogli uzyskać zaspokojenie swoich roszczeń wypłacane przez ubezpieczycieli⁴⁵⁷.

nieposiadającymi osobowości prawnej, ale wyposażonymi w zdolność prawną – ma on zastosowanie. Jak wynika z treści § 15a InsO, wyrażona w nim norma znajduje zastosowanie w zasadzie do wszystkich przedsiębiorców, którzy nie są osobami fizycznymi.

⁴⁵⁶ Teza ta została już sformułowana wcześniej, zob. K. Osajda, *Niewypłacalność...*, s. 595.

⁴⁵⁷ Analiza zagadnienia ubezpieczeń D&O, rozwijających się dynamicznie w różnych systemach prawnych, jest poza zakresem prowadzonych badań, a zatem zostanie pominięta. Zob. O ubezpieczeniach D&O w kontekście odpowiedzialności członków zarządu spółki z o.o. na wypadek jej niewypłacalności zwłaszcza: M.K. Palmore, „*Insured v. Insured*”, *Exclusions in Director and Officer Liability Insurance Policies: Is Coverage Available when Chapter 11 Trustees and Debtors-in-possession Sue former Directors and Officers?*, „Bankruptcy Developments Journal” 1992, nr 9; J. Hinsey, W.J. Delancey, V. Stahl, A. Kramer, *What Existing D&O Policies Cover?*, „The Business

Po piąte, w badanych systemach prawnych zasadą jest zastosowanie instytucji regulującej odpowiedzialność członków zarządu na wypadek niewypłacalności do wszystkich spółek kapitałowych bez różnicy⁴⁵⁸. Tymczasem na tle prawa polskiego jest istotne rozróżnienie: o ile rzeczywiście art. 21 p.u. ma zastosowanie do spółek z o.o. i spółek akcyjnych, o tyle art. 299 k.s.h. stosuje się tylko do spółek akcyjnych. Takie ograniczenie podmiotowe zakresu zastosowania instytucji uregulowanej w art. 299 k.s.h. tylko do spółek z o.o. nie wydaje się uzasadnione⁴⁵⁹.

Po szóste, porównanie uregulowania instytucji odpowiedzialności osobistej członków zarządu ponoszonej na wypadek niewypłacalności spółki w różnych systemach prawnych i w prawie polskim prowadzi do zaskakującego spostrzeżenia – co do zasady w obcych systemach prawnych jest to instytucja stosowana w praktyce bardzo rzadko. Uważane jest to za jej słabość i dlatego podejmowane są próby zmiany brzmienia dotyczących jej unormowań (tak np. w 2015 r. znowelizowano przepis o odpowiedzialności z tytułu *wrongful trading*). Tymczasem na tle prawa polskiego, o ile rzeczywiście nie ma prawie w ogóle postępowań wytaczanych na podstawie art. 21 p.u., o tyle jest ich wiele na gruncie art. 299 k.s.h. Warto zauważyć, że Sąd Najwyższy wydał już kilkaset orzeczeń w sprawach, w których podstawą prawną roszczenia był właśnie art. 299 k.s.h. W konsekwencji instytucja ta stanowi realny instrument ochrony wierzycieli i istotne jest, aby nie pozbawić jej tego znaczenia.

Po siódme, z przeprowadzonych badań wynika, że nie jest jednolicie ujmowany charakter odpowiedzialności ponoszonej przez członków zarządu. Zupełnie

Lawyer” 1972, nr 27; C. Baxter, *Demystifying D&O Insurance*, OJLS 1995, nr 15; Ch. Jurgeleit, *Insurance Against Liability to Pay Statutory Fines And Penalties*, „Victoria University of Wellington Law Review” 1996, nr 26; D. Wajda, *Ubezpieczenia Directors and Officers (D&O)*, Pr. Sp. 2007, nr 3; A. Cudna, *Ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej członków organów spółek kapitałowych*, cz. I, „Przegląd Ubezpieczeń Społecznych i Gospodarczych” 2001, nr 8; A. Cudna, *Ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej członków organów spółek kapitałowych*, cz. II, „Przegląd Ubezpieczeń Społecznych i Gospodarczych” 2001, nr 9; P. Sikora, *Koluzja w D&O – fantom czy przykra rzeczywistość?*, „Prawo Asekuracyjne” 2011, nr 4; J. Zębala, *Wybrane zagadnienia z zakresu problematyki Directors and Officers Liability Insurance jako ubezpieczenia na cudzy rachunek*, [w:] *Ubezpieczenia dla biznesu*, red. M. Szczepańska, Warszawa 2013; J. Zębala, *Uprawnienia i obowiązki stron umowy ubezpieczenia D&O w przypadku odpowiedzialności za szkody wyrządzone spółce przez zachowanie się jej organu*, „Zeszyty Ubezpieczeniowe”, t. II, red. M. Szczepańska, Warszawa 2014 oraz powołana w tych publikacjach dalsza literatura.

⁴⁵⁸ Jest to zresztą typowe także w wielu systemach prawnych nieobjętych badaniem, zob. S. Kalss, N. Adensamer, J. Oelkers, *Director’s Duties in the Vicinity of Insolvency...*, s. 139.

⁴⁵⁹ Teza ta została już sformułowana wcześniej, zob. K. Osajda, *Niewypłacalność...*, s. 596.

wyjątkowo jest to odpowiedzialność gwarancyjna, natomiast najczęściej przyjmuje się, że jest odpowiedzialność odszkodowawcza, przy czym czasami wyraźnie pełni ona nie tylko funkcję kompensacyjną (np. wysokość zasądzanego świadczenia z tytułu *fraudulent trading* czy *wrongful trading* w prawie angielskim nie odpowiada wysokości doznanej przez wierzycieli szkody, może nastąpić uwzględnienie powództwa nawet wówczas, gdy szkoda w ogóle nie wystąpiła, a o wysokości zasądzanej kwoty decyduje uznaniowo sąd). W tym kontekście ostatecznie przyjęte na tle prawa polskiego stanowisko Sądu Najwyższego w uchwale składu 7 sędziów z 7.11.2008 r. (III CZP 72/08)⁴⁶⁰ wydaje się spójne z wnioskami płynącymi z badań prawnoporównawczych i zasadne.

Po ósme, występuje również istotna niespójność między unormowaniami w różnych systemach prawnych co do tego, jakie zdarzenie powoduje powstanie odpowiedzialności członków zarządu spółek z o.o. wobec ich wierzycieli na wypadek niewypłacalności tych spółek. Można wyróżnić dwa modele regulacji. Pierwszy przyjmuje bardzo precyzyjne określenie tego zdarzenia – na przykład w prawie niemieckim (tak też zresztą w prawie polskim) członek zarządu odpowiada za naruszenie obowiązku zgłoszenia w ustawowo przewidzianym czasie wniosku o ogłoszenie upadłości spółki. Natomiast drugi model (znany np. w prawie angielskim) przewiduje odpowiedzialność za dalsze utrzymywanie w obrocie niewypłacalnej spółki – nie ma tu tak wyraźnej granicy, kiedy dochodzi do naruszenia prawa⁴⁶¹.

Po dziewiąte, badania ujawniły kluczową różnicę proceduralną co do unormowania instytucji odpowiedzialności członków zarządu spółki z o.o. wobec wierzycieli spółki na wypadek jej niewypłacalności. W wielu systemach prawnych dochodzenie roszczeń jest scentralizowane i powództwo może wytoczyć wyłącznie osoba prowadząca postępowanie likwidacyjne (odpowiednik znanego prawu polskiemu syndyka). Alternatywne rozwiązanie, rzadziej spotykane, choć nie wyjątkowe,

⁴⁶⁰ OSNC 2009, nr 2, poz. 20. Zob. glosy do tej uchwały: M. Sieradzka, „Glosa” 2009, nr 3, s. 24–35; A. J. Witosz, Pr. Sp. 2009, nr 11, s. 15–25; K. Baryś, LEX nr 460259. Zob. zwięzłe omówienie tego orzeczenia: A. Gawrysiak-Zabłocka, E. Skibińska, *Kodeks spółek handlowych. Orzecznictwo*, Warszawa 2010, poz. 218; K. Osajda, *Charakter prawny odpowiedzialności...*, s. 6–13.

⁴⁶¹ Zauważyć jednak trzeba, że w praktyce w obu modelach granica jest równie niewyraźna, bo niejednokrotnie niełatwo precyzyjnie co do dnia wskazać, kiedy spółka stała się niewypłacalna, co zaktualizowało obowiązek zgłoszenia wniosku o ogłoszenie jej upadłości.

występuje w prawie polskim – zarówno z roszczeniem z art. 299 k.s.h., jak i z art. 21 p.u. może wystąpić indywidualnie każdy z wierzycieli spółki. Wydaje się, że polskie rozwiązanie jest skuteczniejsze, bardziej motywuje wierzycieli do działania, a zatem należałoby je w przyszłości utrzymać wbrew dominującemu kierunkowi unormowania w obcych systemach prawnych.

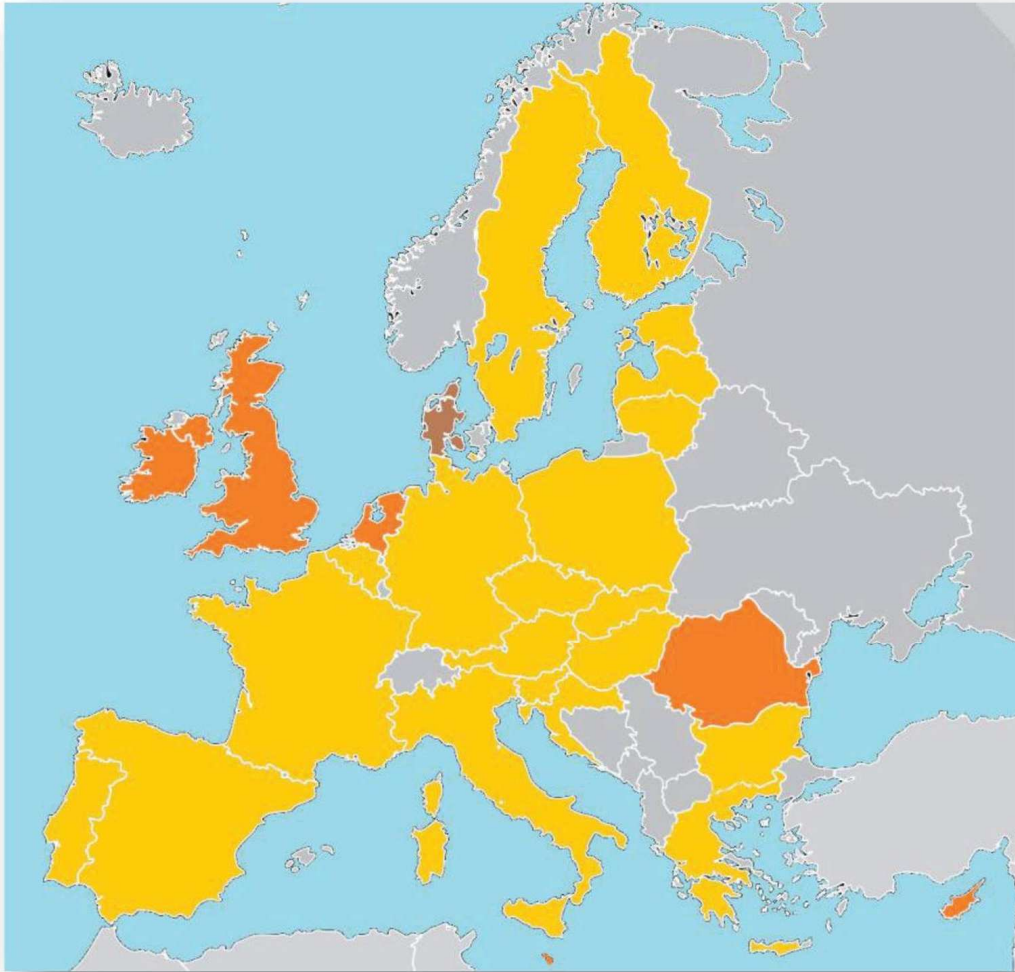
Po dziesiąte, brak także jednolitości uregulowania w badanych systemach prawnych w porównaniu z prawem polskim tego, na czyją rzecz następuje zasądzenie w postępowaniu prowadzonym przeciwko członkom zarządu niewypłacalnej spółki z o.o. W prawie polskim konsekwencją przyznania legitymacji czynnej każdemu z wierzycieli spółki jest zasądzenie na jego rzecz – promuje to aktywnych wierzycieli, dbających o swoje prawa i potrafiących ich bronić. Tymczasem w wielu spośród badanych systemów prawnych zasądzenie następuje do masy upadłości, a zatem poszczególni wierzyciele mogą na tym skorzystać tylko pośrednio, gdy dzięki temu w toku postępowania o podział masy upadłości ich wierzytelności zostaną zaspokojone w większym stopniu.

Po jedenaste, co jest konsekwencją tego, na czyją rzecz następuje zasądzenie roszczenia, nie rysuje się jednolite kwalifikacja prawna badanej instytucji prawnej, a co za tym idzie, kwestia prawa właściwego i jurysdykcji. Wydaje się, że o ile zasądzenie następuje na żądanie indywidualnych wierzycieli spółki i do ich osobistych majątków, o tyle instytucję tę należałoby uznać za przynależną do statutu personalnego spółki – będzie zatem właściwe prawo właściwe dla spółki. Jest to element regulacji statusu prawnego piastunów – członków jej zarządu: ciężającej na nich dodatkowej odpowiedzialności ponoszonej na wypadek niewypłacalności spółki. Jeśli jednak do zasądzenia miałyby dochodzić z powództwa osoby prowadzącej postępowanie upadłościowe (odpowiednika syndyka) i w ścisłym związku z tym postępowaniem, to instytucję tę można uznać za element postępowania upadłościowego, a zatem o prawie właściwym i jurysdykcji zdecydowałyby normy właściwe dla prawa upadłościowego.

Ogólnie w świetle wyników przeprowadzonych badań można wyróżnić dwa modelowe rozwiązania dotyczące instrumentów ochrony wierzycieli spółek kapitałowych na wypadek ich niewypłacalności: albo przez wprowadzenie obowiązku zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości spółki sankcjonowanego ponoszeniem

odpowiedzialności odszkodowawczej za jego naruszenie, albo przez bardziej elastyczną konstrukcję *wrongful trading* zabraniającą utrzymywania w obrocie spółek niewypłacalnych, o ile prowadziłyby to do szkody ponoszonej przez innych uczestników obrotu będących wierzycielami tych spółek (sankcją w tym przypadku byłaby możliwość uznania członków zarządów tych spółek za ponoszących za te zobowiązania odpowiedzialność). Oba rozwiązania występują w różnych systemach prawnych, przy czym pierwsze właściwe jest bardziej dla systemów *civil law*, a drugie *common law*. Poniższa mapka⁴⁶² ilustruje, w którym z krajów, który z modeli został przyjęty.

⁴⁶² Mapa pochodzi z opracowania: *Study on Directors' Duties and Liability prepared for the European Commission DG Market*, red. C. Gerner-Beuerle, P. Paech, E.P. Schuster, London 2013, s. 240; tekst dostępny online: http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/board/2013-study-analysis_en.pdf (dostęp: 29.11.2016 r.).



Legend	Countries
 Duty to file	AT, BE, BG, DE, EE, EL, ES, FR, FI, HR, HU, IT, LV, LT, LU, MT, PL, PT, SE, SI, SK
 wrongful trading	CY, IE, NL, RO, UK
 Both	DK

Legenda: *Countries* – państwa; *duty to file* – odpowiedzialność za brak obowiązkowego zgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości spółki; *wrongful trading* – odpowiedzialność za utrzymywanie w obrocie spółki mimo jej niewypłacalności; *both* – występowanie obu podstaw odpowiedzialności członków zarządów.

Podsumowując, przeprowadzone badanie ujawniło bardzo istotne rozbieżności dotyczące unormowania instytucji ponoszenia odpowiedzialności przez członków zarządu spółki z o.o. na wypadek jej niewypłacalności w różnych systemach prawnych. Co jednak istotne, bogactwo zagranicznych doświadczeń wcale nie powinno zbyt łatwo skłaniać do zmiany prawa polskiego, ponieważ to właśnie polskie unormowanie wydaje się jednym z najskuteczniejszych w praktyce. Z obcych wzorów należałoby korzystać zatem ostrożnie i tylko w takim zakresie, w jakim poprawiłyby jeszcze znany prawu polskiemu instrument, nie utrudniając korzystania z niego. Jeżeli natomiast chodzi o sytuację prawną polskich obywateli (osób mających miejsce zamieszkania na terytorium Polski), którzy pełnią funkcje członków zarządu w spółkach założonych w obcych systemach prawnych (np. w Luksemburgu czy na Cyprze), to art. 299 k.s.h. nie znajdzie do nich zastosowania. Normę wynikającą z tego przepisu, zwłaszcza ze względu na jej lokalizację w prawie spółek, a nie w prawie upadłościowym, a także ze względu na jej treść, należy zaliczyć do reżimu prawnego statusu członków zarządu spółki z o.o., a więc będzie miała zastosowanie wyłącznie do spółek prawa polskiego (jako element reżimu prawnego polskiej spółki z o.o.). Wobec takich osób można zatem *ad casum* rozważać wystąpienie z roszczeniem z art. 21 p.u. albo z roszczeniami wynikającymi z prawa inkorporacji spółek, w których pełnią funkcje członków zarządu.