

Recenzja
rozprawy doktorskiej Kingi Jaszczyk
„Odpowiedzialność odszkodowawcza faktycznych członków zarządu wobec spółki i jej wierzycieli”

Podstawą wydania niniejszej opinii jest uchwała nr 50/2023/2024 Rady Naukowej Dyscypliny Nauki Prawne UKSW z dnia 12 grudnia 2023r. w sprawie wyznaczenia recenzentów w przewodzie doktorskim Pani mgr Kingi Jaszczyk. Przewód doktorski jest prowadzony na podstawie ustawy z dnia 20 lipca 2018r. – Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce (tekst jednolity Dz. U. z 2022r., poz. 574 ze zm.)

Przedmiotem recenzji jest monografia „Odpowiedzialność odszkodowawcza faktycznych członków zarządu wobec spółki i jej wierzycieli” wydane przez Wydawnictwo CH Beck w 2023r.

1. Ocena wyboru tematu pracy

Przedmiotem recenzowanej pracy doktorskiej jest problematyka wykonywania kompetencji właściwych dla zarządu spółki kapitałowej przez osoby, które nie zostały powołane w jego skład, czy to z powodu wadliwości aktu nominacyjnego, czy też jego braku.

W ramach Wprowadzenia Doktorantka wskazała, że zagadnienie odpowiedzialności odszkodowawczej faktycznych członków zarządu nie zostało dotąd zauważone przez polskiego ustawodawcę. Ponadto, ani w orzecznictwie sądów powszechnych, ani Sądu Najwyższego co do zasady nie pojawiają się poglądy dopuszczające ponoszenie przez faktycznych członków zarządu odpowiedzialności odszkodowawczej. Również w doktrynie ten temat nie był

przedmiotem pogłębionych rozważań. Jest to uwaga trafna. W zasadzie, jedyną pracą w polskiej literaturze, w której ten problem jest nieco szerzej opracowany jest monografia P. M. Wiórka, *Ochrona wierzycieli spółki z o.o. przez konstrukcję faktycznego członka zarządu*, Wrocław 2015. Biorąc pod uwagę praktyczne znaczenie problematyki pracy, brak odpowiedniej regulacji jak również brak orzecznictwa należy uznać, że wybór tematu pracy jest w pełni uzasadniony. Nie bez znaczenia jest również fakt, że jest to zjawisko, które, niestety, jest coraz częściej spotykane. Pokusa tworzenia jednostek organizacyjnych, zarządzania nimi w celu osiągnięcia zysków bez żadnej, związanej z tym odpowiedzialności skłania wiele nieuczciwych osób do wdrażania takiego procederu. Jednocześnie polskie sądy, w których pokutuje kult literalnej wykładni przepisów są wobec tego zjawiska zupełnie bezradne. Tym samym, obowiązujący system prawny i praktyka jego stosowanie jest przyczyną niesprawiedliwości. To zaś jest nieakceptowalne w demokratycznym państwie prawa. Recenzowana rozprawa ma więc szansę przyczynić się do zmiany praktyki i orzecznictwa w tym zakresie.

2. Metoda badawcza

W recenzowanej pracy została zastosowana metoda dogmatyczna, metoda komparatystyki funkcjonalnej oraz metoda historyczno-komparatystyczna. Przy zastosowaniu metody komparatystyczno-funkcjonalnej punktem odniesienia w dużej mierze stało się prawo brytyjskie. Wybór tego systemu prawnego do przeprowadzenia badań prawno-porównawczych należy ocenić pozytywnie. Po pierwsze, jak trafnie wskazała Doktorantka, system brytyjski posiada długą tradycję oraz stosunkowo rozbudowane orzecznictwo sądowe, odnoszące się do koncepcji faktycznych członków zarządu. Pozwoliło to na przyjęcie założenia, że stanowiska wyrażane w judykaturze są przemyślane i oparte na różnorodnych stanach faktycznych. Po drugie, specyfika omawianej problematyki, a w szczególności kwalifikacji danego podmiotu jako faktycznego członka zarządu, wymaga wnikliwej oceny stanu faktycznego przy równoczesnym „elastycznym” podejściu do regulacji prawnych, tj. posłużenia się tokiem rozumowania od faktu do prawa – co jest domeną systemu common law, do którego należy prawo brytyjskie. Po trzecie, system common law jest określany w literaturze mianem przyjaznego dla wierzycieli (pro-creditor). Zważywszy, że ponoszenie odpowiedzialności przez faktycznych członków zarządu ma przyczynić się do poprawienia sytuacji wierzycieli spółek kapitałowych w polskim porządku prawnym, zasadne jest, jak to wskazała Doktorantka,

inspirowanie się rozwiązaniami funkcjonującymi w systemie prawnym, w którym zwraca się szczególną uwagę na potrzebę ochrony tej kategorii podmiotów.

3. Struktura pracy

Praca składa się z Wprowadzenia, czterech rozdziałów merytorycznych oraz Zakończenia.

W rozdziale pierwszym Doktorantka omówiła koncepcję faktycznych członków zarządu w prawie brytyjskim rozpoczynając od genezy instytucji członków zarządu de facto oraz shadow director, poprzez odrębne omówienie instytucji członka zarządu de facto (de facto director) oraz członka zarządu cieni (shadow director), kończąc na analizie koncepcji faktycznego członka zarządu w porównaniu do koncepcji odpowiedzialności przebijającej.

Rozdział drugi koncentruje się na zagadnieniach doktrynalnej definicji faktycznego członka zarządu na gruncie prawa polskiego. Słusznie Doktorantka rozpoczęła rozważania w tym rozdziale od uzasadnienia potrzeby funkcjonowania w polskim porządku prawnym koncepcji faktycznych członków zarządu. Doktorantka omówiła kolejno kluczowe elementy zjawiska faktycznych członków zarządu, transfer kompetencji zarządczych na faktycznych członków zarządu, problematykę braku transparentności oraz niezgodność stanu faktycznego ze stanem ujawnionym w rejestrze przedsiębiorców KRS. W rozdziale drugim zostały zawarte również rozważania dotyczące wpływu braku informacji o faktycznych członkach zarządu na sytuację spółki, jej wierzycieli oraz interesariuszy, wpływu braku implementacji koncepcji faktycznych członków zarządu na zasady funkcjonowania rejestru przedsiębiorców KRS oraz wpływu zjawiska faktycznych członków zarządu na poziom ochrony spółki i jej wierzycieli. W rozdziale tym znalazły się również analizy dotyczące zjawiska faktycznych członków zarządu z uwzględnieniem aktualnego kontekstu społecznego, aksjologicznego i gospodarczego funkcjonowania spółek kapitałowych. Dalsze rozważania prowadzone w tym rozdziale obejmują próbę skonstruowania definicji faktycznego członka zarządu, typologię faktycznych członków zarządu, omówienie członka zarządu de facto oraz członka zarządu cieni.

Rozdział trzeci obejmuje zagadnienia dotyczące odpowiedzialności odszkodowawczej faktycznych członków zarządu wobec spółki i jej wierzycieli na gruncie Kodeksu spółek handlowych oraz Prawa upadłościowego. W tym zakresie analizie poddano odpowiedzialność faktycznych członków zarządu wobec spółki m.in. na gruncie art. 293 KSH, art. 299 KSH, art. 21 ustawy – Prawo upadłościowe.

W rozdziale czwartym Doktorantka omówiła odpowiedzialność odszkodowawczą faktycznych członków zarządu wobec spółki i jej wierzycieli na gruncie Kodeksu Cywilnego.

Struktura pracy jest zasadniczo prawidłowa. Jedyne zastrzeżenie budzi objętość oraz zawartość treściowa rozdziału drugiego, przy czym nie chodzi tylko o to, że rozdział ten ma 100 stron, a więc jest najdłuższy gdyż nie ma obowiązku równomiernego budowania objętości rozdziałów. Bardziej istotne jest to, że z systematycznego punktu widzenia byłoby celowe wyodrębnienie w osobnym rozdziale rozważań aksjologicznych dotyczących konieczności uregulowania w Polskim porządku prawnym instytucji faktycznych członków zarządu (§ 1 i 2 rozdziału drugiego) i w odrębnym rozdziale rozważań dotyczących definicji faktycznego członka zarządu. Rozważania dotyczące definicji faktycznego członka zarządu są niezwykle istotne, nowatorskie w polskiej literaturze, a więc niewątpliwie zasługiwały na ich wyodrębnienie i wyeksponowanie również w strukturze pracy.

Przedstawiona wyżej uwaga ma charakter techniczny i co do zasady nie podważa prawidłowej konstrukcji pracy.

4. Zagadnienia językowo-techniczne

Praca jest napisana poprawnym językiem, z uwzględnieniem zasad gramatyki i stylistyki. Język pracy zachowuje odpowiedni poziom wypowiedzi, ale jednocześnie, co jest niewątpliwą zaletą, jest przystępny i zrozumiały. Co bardzo istotne, pracę się „dobrze czyta”. Wbrew wrażeniu pewnego kolokwializmu tej uwagi jest to istotna pozytywna cecha pracy. Niestety, zbyt często spotyka się prace naukowe, które niezależnie od swojej wartości nie są w stanie zaprezentować Czytelnikowi wszystkich walorów opisanych w nich badań ani przekonać do argumentacji stawianych tez gdyż są napisane zbyt skomplikowanym, niezrozumiałym i zwyczajnie męczącym językiem.

Doktorantka w odpowiedni sposób powoływała źródła, na których oparła swoje badania. W pracy wskazano 368 pozycji literatury, co pozwala na stwierdzenie, że Doktorantka zdecydowanie zna literaturę przedmiotu.

Doceniam również wyróżnienie na początku pracy rozważań porządkujących zagadnienia terminologiczne. Takie uporządkowanie nie zawsze jednoznacznie pojmowanych terminów ułatwia lekturę pracy i minimalizuje ryzyko błędnego zrozumienia wywodów Autorki.

5. Analiza merytoryczna pracy wraz z uwagami krytycznymi i polemicznymi.

Pozytywnie należy ocenić fakt jasnego i klarownego sformułowania tez badawczych.

Mianowicie, Doktorantka w pracy postawiła następujące tezy:

1) W polskim porządku prawnym uzasadnione jest funkcjonowanie koncepcji faktycznych członków zarządu – przez co Doktorantka rozumie stosowanie reguł egzegezy faktów prawotwórczych w sposób prowadzący do ponoszenia przez faktycznych członków zarządu odpowiedzialności odszkodowawczej. Przemawiają za tym argumenty prawoporównawcze, jak również potrzeba przeciwdziałania występowaniu zjawiska faktycznych członków zarządu, które jest sprzeczne z:

a) przepisami mającymi na celu zagwarantowanie prawidłowego funkcjonowania spółek kapitałowych;

b) zasadami konstrukcyjnymi spółek kapitałowych, tj. zasadą odrębności podmiotowej, zasadą braku odpowiedzialności wspólników za zobowiązania spółki, zasadą rozdziału własności od zarządzania;

c) aktualnym kontekstem społecznym, aksjologicznym i gospodarczym funkcjonowania spółek kapitałowych;

d) bezpieczeństwem obrotu gospodarczego.

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

3) Faktyczni członkowie zarządu de lege lata ponoszą odpowiedzialność odszkodowawczą wobec spółki oraz jej wierzycieli. Zasadniczą podstawą ponoszenia tej odpowiedzialności jest nadanie prymatu dyrektywom wykładni celowościowej, w odniesieniu do przepisów KSH oraz Prawa upadłościowego regulujących odpowiedzialność prawidłowo powołanych członków zarządu oraz wybranych przepisów KC.

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

Już na samym początku pracy Doktorantka negatywnie oceniła praktykę zarządzania spółkami przez osoby niewchodzące w skład zarządu wskazując, że jej elementem jest transfer kluczowych, z perspektywy funkcjonowania spółki, kompetencji na rzecz podmiotów, które podejmują decyzje w warunkach braku ryzyka ponoszenia za nie konsekwencji – zarówno na płaszczyźnie majątkowej, jak i niemajątkowej (głównie wizerunkowej). Taki stan rzeczy generuje tzw. pokusę nadużycia, co ostatecznie może skutkować wystąpieniem szkody po stronie spółki, jej wspólników czy też wierzycieli. W dalszych rozważaniach Doktorantka konsekwentnie prowadziła wywód naukowy weryfikując postawione na wstępie tezy.

Bardzo interesujące były rozważania dotyczące problematyki faktycznych członków zarządu na gruncie jurysdykcji brytyjskiej. W tym zakresie należy docenić nie tylko powoływanie się na literaturę przedmiotu ale, co nawet istotniejsze w systemie anglosaskim – na bogate orzecznictwo.

Zgadzam się z postawioną przez Doktorantkę tezą dotyczącą wzajemnych relacji na gruncie prawa brytyjskiego pomiędzy zakresem przedmiotowym koncepcji faktycznych członków zarządu oraz odpowiedzialności przebijającej. Wystąpienie przesłanek uzasadniających zastosowanie koncepcji odpowiedzialności przebijającej może wskazywać równocześnie na zasadność zastosowania koncepcji faktycznego członka zarządu i na odwrót, co uzasadnia tezę, że przedmiotowe koncepcje wzajemnie się uzupełniają.

W rozdziale drugim Doktorantka rozpoczęła rozważania od dokonania podziału faktycznych członków zarządu, na takich którzy:

- 1) są nieświadomi wadliwości aktu powołania;
- 2) są świadomi wadliwości aktu powołania;
- 3) nie zostali w ogóle powołani w skład zarządu.

Doktorantka słusznie zauważyła, że to rozróżnienie jest istotne przede wszystkim z uwagi na to, że proces decyzyjny w przypadku każdej z wymienionych kategorii podmiotów jest odmienny – przede wszystkim z uwagi na świadomość ponoszenia lub nieponoszenia konsekwencji za podejmowane decyzje. Wydaje mi się jednak, że nie ma wystarczających dowodów na uzasadnienie tezy, zgodnie z którą zasadnicza różnica między warunkami podejmowania decyzji przez faktycznych członków zarządu, którzy nie mają świadomości wadliwości ich aktu powołania, a warunkami podejmowania decyzji przez faktycznych członków zarządu, którzy są świadomi wadliwości swojego aktu powołania, bądź też tych, którzy nie legitymują się ważnym aktem nominacyjnym) sprowadza się do tego, że w przypadku tych pierwszych istnieje większe

prawdopodobieństwo, iż będą uwzględniali interes spółki oraz jej wierzycieli (s. 62). Oczywiście prawdą jest, że utrzymanie dobrej kondycji finansowej spółki jest korzystne dla prawidłowo powołanego członka zarządu, jak i faktycznego członka zarządu, który nie jest świadomy wadliwości aktu nominacyjnego. Przyczynia się do posiadania przez nich pozytywnej reputacji oraz – w przypadku członka zarządu – uniknięcia poniesienia straty w postaci konieczności zaspakajania roszczeń spółki albo jej wierzycieli. Jednak uważam, że przedstawiony wyżej pogląd jest jedynie pewną projekcją, przewidywaniem opartym na wnioskowaniu z faktu świadomości braku ponoszenia odpowiedzialności. Nie wydaje się jednak, aby były to wystarczające argumenty uzasadniające postawioną tezę. Równie dobrze można bronić poglądu, że faktyczni członkowie zarządu świadomi wadliwości aktu nominacyjnego mogą być tak samo zaangażowani w dbanie o interes spółki, który przecież jest realizowany w celu osiągnięcia korzyści ekonomicznych jak rzeczywiście członkowie zarządu, a istotna różnica sprowadza się do tego, że w razie zaistnienia przesłanek ustawowych nie będą ponosić odpowiedzialności wobec wierzycieli. Z własnego doświadczenia zawodowego mogę przytoczyć sytuację, w której członek zarządu po złożeniu rezygnacji jeszcze przez dwa lata w sposób bardzo rzetelny i zaangażowany prowadził sprawy spółki i ją reprezentował oczekując na powołanie przez wspólników kolejnego członka zarządu, któremu mógłby przekazać spółkę i prowadzone przez nią przedsiębiorstwo, w którym spółka zatrudniała ponad 400 pracowników. Motywacją tego faktycznego członka zarządu świadomego nie posiadania już – na skutek skutecznie złożonej rezygnacji – mandatu do sprawowania funkcji była chęć zadbania o sprawy spółki i przekazania jej kolejnemu zarządowi w stanie niepogorszonym. Z uwagi na niezależny od faktycznego członka zarządu kryzys finansowy w branży spółka popadła jednak w stan niewypłacalności. Wówczas faktyczny członek zarządu, którego rezygnacja przez cały ten czas nie została ujawniona w KRS złożył skuteczny wniosek o ogłoszenie upadłości. Następnie jeszcze przez jakiś czas działał w postępowaniu upadłościowym współpracując aktywnie i bardzo rzetelnie z syndykiem. Dopiero, po jakimś czasie syndyk na podstawie przejętej dokumentacji ustalił, że dwa lata przed złożeniem wniosku o ogłoszenie upadłości członek zarządu skutecznie złożył rezygnację, a więc w istocie rzeczy nawet nie był legitymowany do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości. W konsekwencji, uważam, że bez przeprowadzenia w tym zakresie stosowanych badań empirycznych nie można postawić tezy, że faktycznym członkom zarządu mniej zależy na interesie spółki. Można natomiast postawić tezę, że system prawny chroniąc rynek i wierzycieli nie powinien opierać się na oczekiwaniu, że komuś (rzeczywistym czy też faktycznym członkom

zarządu) będzie „zależec” na interesie spółki, ale powinien być tak skonstruowany, aby każdorazowo można było pociągnąć do odpowiedzialności osoby zarządzające spółką i faktycznie podejmują w jej imieniu decyzje. W dalszej części rozważań na uzasadnienie omawianej tezy Doktorantka powołuje się na liczne przykłady skandali korporacyjnych i spektakularnych upadłości, których pierwotną przyczyną była tzw. korupcja menadżerska, co w praktyce oznacza nieuczciwość i chciwość menadżerów. Tyle tylko, że to zjawisko, również w przywołanych przekładach, dotyczyło także rzeczywistych członków zarządu. Podsumowując, wydaje się, że na omawiany problem można spojrzeć z innej strony. W istocie rzeczy nie chodzi o to, że każdy faktyczny członek zarządu świadomy braku aktu nominacyjnego lub wadliwości nominacji będzie działał w sposób wadliwy, na szkodę spółki lub wierzycieli ale o to, że brak odpowiedzialności związany z brakiem aktu nominacyjnego może skłaniać określone osoby, o niewłaściwych lub wręcz przestępczych zamiarach do wykorzystania istniejących braków legislacyjnych i uruchomienia procesu faktycznego zarządzania spółką jako narzędzia do osiągnięcia zysków bez „zagrożenia” jakąkolwiek odpowiedzialnością. Tak więc, również na gruncie intencji i tendencji do działania z korzyścią dla spółki dość istotnym podziałem wydawał by się – dokonany w dalszej części pracy - podział faktycznych członków zarządu nie na trzy ale na dwie grupy:

- a) członkowie, którzy zostali wadliwie powołani w skład zarządu albo powołanie wygasło;
- b) członkowie nigdy nie powołani w skład zarządu.

Zresztą takiego podziału Doktorantka w pracy dokonała (zob. podsumowanie rozważań dotyczących definicji faktycznych członków zarządu, s. 150,151), W każdym razie wydaje się, że ten podział – poza kwestiami definicyjnymi – również lepiej odzwierciedla różne intencje faktycznych członków zarządu. O ile bowiem członek zarządu powołany w skład zarządu nawet w przypadku wadliwości swojego powołania może posiadać szczerą i uczciwą intencję rzetelnego zarządzania spółką z uwzględnieniem interesów wierzycieli o tyle powstają poważne wątpliwości co do intencji faktycznego członka zarządu, który nigdy nie został powołany w skład zarządu, a więc w pełni świadomie i intencjonalnie uchyla się od ponoszenia jakiegokolwiek odpowiedzialności za swoje zarządcze działania. Doktorantka bardzo słusznie zauważyła, że w tym przypadku charakterystyczną cechą jest działanie faktycznych członków zarządu w ukryciu (s. 65), a z tym wiąże się szereg negatywnych konsekwencji dla spółki, wspólników i wierzycieli. Działanie członków zarządu w ukryciu podważa także zaufanie do Krajowego Rejestru Sądowego jako jawnego rejestru dostarczającego aktualnych informacji o stanie spółki. Wydaje się również, że postawiona przez Doktorantkę teza, zgodnie z którą występowanie zjawiska faktycznych członków

zarządu, którego istotą jest ucieczka od odpowiedzialności, jest sprzeczne z dobrymi obyczajami (s. 156) zdecydowanie bardziej odnosi się do członków zarządu cieni, a konkretnie takich podmiotów, które nigdy nie uzyskały aktu powołania.

Zdecydowanie zgadzam się z poglądem, że „aktualnie można mówić o bardzo wysokich standardach funkcjonowania spółek kapitałowych, w tym w szczególności oczekiwaniu od spółek i osób nimi zarządzających uczciwych zachowań, jak również uwzględnianiu przy podejmowaniu decyzji ich wpływu na społeczeństwo. Zachowania sprzeczne z tym standardem są szczególnie potępiane. Ograniczenie się do dyrektyw wykładni językowej w odniesieniu do przepisów regulujących odpowiedzialność członków zarządu świadczyłoby o zanegowaniu ww. kontekstu.” (s. 100).

Doktorantka słusznie zauważyła, że „w polskim porządku prawnym przewidziano sytuacje, w których zarząd nad spółką obejmują inne podmioty niż członkowie zarządu, wskazując np. likwidatorów, syndyka, zarządcę masy sanacyjnej, zarządcę przymusowego. Trafne jest również spostrzeżenie, że podmiotów tych nie należy traktować jako faktycznych członków zarządu. Natomiast nie jest zrozumiałe zdanie: „W momencie ich powołania zarząd traci bowiem prawo do zarządzania spółką, tymczasem o faktycznym członku zarządu można mówić wówczas, gdy równocześnie istnieje członek zarządu.” (s. 151). W przypadku powołania syndyka, zarządcy masy sanacyjnej czy też zarządcy przymusowego dalej oczywiście istnieje zarząd, a więc dalej „istnieją” członkowie zarządu. Z tym, że syndyk oraz zarządcy nie stają się członkami zarządu ale przejmują jedynie zarząd majątkiem spółki. W istocie rzeczy do tego ograniczają się kompetencje syndyka i zarządców. Nie zastępują oni zarządu ani jego członków w wykonywaniu co do zasady czynności korporacyjnych ale wykonują zarząd majątkiem wchodzącym w skład masy upadłości lub masy sanacyjnej.

Skonstruowane przez Doktorantkę definicje faktycznych członków zarządu (s. 152, 153) zostały przekonywująco i wyczerpująco uargumentowane.

W zakresie rozważań dotyczących odpowiedzialności faktycznych członków zarządu na podstawie art. 299 k.s.h. bardzo interesujące jest spostrzeżenie, że w art. 299 KSH przesłanki egzoneracyjne złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości/otwarcia postępowania restrukturyzacyjnego/zatwierdzenia układu zostały sformułowane w formie bezosobowej – co pozwala na postawienie tezy, że możliwe jest – w uproszczeniu, dokonanie owych czynności nie przez podmiot, przeciwko któremu wytoczone jest powództwo na podstawie rzeczowego przepisu (s. 185).

Nie zgadzam się z tezą, że dochodząc odpowiedzialności od faktycznego członka zarządu wierzyciel musiałby dodatkowo udowodnić, że podmiot, do którego kieruje swoje roszczenia, pełnił funkcję faktycznego członka zarządu co najmniej w momencie istnienia podstawy zobowiązania (s. 191). Jest to co prawda pogląd dość często pojawiających się zarówno w doktrynie jak i w orzecznictwie. Niemniej, jak wyjaśnił Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 21 maja 2004 r¹. odpowiedzialność członków zarządu nie ogranicza się do zobowiązań powstałych w czasie pełnienia przez nich funkcji, lecz obejmuje także zobowiązania powstałe po spełnieniu się przesłanek do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości, a nawet po złożeniu takiego wniosku, gdy nastąpiło to już po wyzbyciu się przez spółkę majątku, tak, że zaspokojenie wierzycieli okazało się niemożliwe. W konsekwencji, w przypadku wierzytelności powstałych po zaistnieniu przesłanek ogłoszenia upadłości, szkoda wierzyciela dotyczy całej wierzytelności, niezależnie od tego, w jakim stopniu byłaby ona zaspokojona w postępowaniu upadłościowym, a to dlatego, że w przypadku złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości w czasie właściwym, do jej powstania w ogóle by nie doszło. W doktrynie i judykaturze jest bowiem ukształtowany pogląd, że należy wyróżnić sytuację tzw. "nowego" i "starego" wierzyciela. „Stary” wierzyciel to ten, którego wierzytelność powstała zanim zaistniał stan niewypłacalności, zobowiązujący członka zarządu, a zgodnie z tezą Doktorantki, z którą się zgadzam – również faktycznego członka zarządu, do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości, natomiast wierzyciel "nowy" to taki, którego wierzytelność powstała już w czasie występowania stanu niewypłacalności dłużnika, tj. po upływie okresu, w którym powstał obowiązek zgłoszenia wniosku. Szkoda tzw. "starego" wierzyciela wyraża się różnicą między kwotą, którą otrzymałby w toku postępowania upadłościowego, gdyby terminowo złożono wniosek o wszczęcie tego postępowania oraz kwotą faktycznie uzyskaną w jego ramach. Zaniedbanie, przez osoby zobowiązane do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości, tego obowiązku powoduje narażenie osób trzecich (wierzycieli) na szkodę związaną z tym, że dłużnik nadal prowadzi działalność gospodarczą. Terminowe złożenie wniosku o ogłoszenie upadłości najprawdopodobniej skutkowałoby bowiem brakiem powstania zobowiązania gdyż tzw. "nowi" wierzyciele nie zawarliby umowy z niewypłacalnym już dłużnikiem. W takiej sytuacji zatem wysokość poniesionej przez tzw. "nowego" wierzyciela szkody to różnica między stanem jego majątku w sytuacji, gdyby wierzytelność w stosunku do niewypłacalnego dłużnika w ogóle nie powstała, i stanem majątku, który powstał po stronie

¹ III CK 55/03.

wierzyciela w związku z przeprowadzeniem postępowania upadłościowego, o ile oczywiście do niego doszło². Jak wskazuje się w orzecznictwie zgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości spółki pełni także funkcję informacyjno-ostrzegawczą. Wierzyciele spółki, a także osoby, które miałyby zostać jej wierzycielami w przyszłości, mogą nie mieć wiedzy i świadomości co do rzeczywistego stanu majątkowego spółki, a w konsekwencji podejmować niekorzystne dla siebie decyzje skutkujące dla nich szkodą. Celem normy zawartej w art. 299 k.s.h. jest zatem doprowadzenie do składania wniosku o ogłoszenie upadłości spółek z ograniczoną odpowiedzialnością, gdy tylko staną się niewypłacalne, a więc jego wykładnia także w aspekcie przesłanek egzoneracyjnych powinna cel ten uwzględniać. Z istoty odpowiedzialności określonej w art. 299 k.s.h. wynika, że jest to odpowiedzialność, której przesłanką jest brak złożenia we właściwym czasie wniosku o ogłoszenie upadłości a nie odpowiedzialność za powstanie zobowiązania, które następnie nie zostało zaspokojone. Tak więc, w mojej ocenie członek zarządu, w tym również faktyczny członek zarządu odpowiada za niezłożenie w terminie wniosku o ogłoszenie upadłości również wobec wierzycieli, których wierzytelności powstały w okresie, w którym już członek zarządu nie pełnił funkcji.

Zdecydowanie nie zgadzam się z poglądem wyrażonym na s. 192, zgodnie z którym „czasu właściwego”, o którym mowa w art. 299 k.s.h. nie można utożsamiać z terminem, o którym jest mowa w art. 21 ust. 1 ustawy – Prawo upadłościowe. Jest to pogląd, który przewija się w dość liberalnym w tym zakresie orzecznictwie Sądu Najwyższego i który co do zasady ukształtował się na gruncie regulacji art. 11 ustawy – Prawo upadłościowe w brzmieniu obowiązującym do 1 stycznia 2016r. Otóż, wówczas zgodnie z art. 11 ust. 1 p.u.n. dłużnika uważano za niewypłacalnego, jeżeli nie wykonywał swoich wymagalnych zobowiązań pieniężnych. Była to niebywale restrykcyjna i oderwana od rzeczywistości definicji, która skutkowałą uznaniem, że w zasadzie większość całkiem dobrze prosperujących przedsiębiorców była niewypłacalna. Jednak, od 1 stycznia 2016r. definicja niewypłacalności w ujęciu płynnościowym przyjęta w art. 11 ust. 1 p.u. odpowiada w istocie rzeczy potocznemu rozumieniu ekonomicznego pojęcia bankructwo. Mianowicie, obecnie za niewypłacalnego uznaje się dłużnika, który nie jest w stanie płacić swoich długów. Od momentu utraty możliwości wykonywania wymagalnych zobowiązań dłużnik,

² zob. A. Olszewski, Zakres odpowiedzialności odszkodowawczej za nieterminowe złożenie wniosku o ogłoszenie upadłości z uwzględnieniem rozwiązań przyjmowanych na tle prawa niemieckiego, PPH 3/2015, s. 46-47, podobnie K. Oplustil, Obowiązek złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości oraz odpowiedzialność za jego niezłożenie w świetle znowelizowanego prawa upadłościowego, cz. II, PPH 3/2016, s. 17-18.

zgodnie z art. 21 ust. 1 p.u. jest obowiązany nie później niż w terminie trzydziestu dni zgłosić w sądzie wniosek o ogłoszenie upadłości. Przyjęcie, że w art. 299 k.s.h. chodzi o jakiś inny termin niż termin określony w prawie upadłościowym rodzi ryzyko dowolności, arbitralności ocen w zakresie odpowiedzialności członków zarządu, a ponadto nie sprzyja pewności prawa i zagraża bezpieczeństwu prowadzenia działalności gospodarczej, skoro w istocie rzeczy członek zarządu nie wie jaki czas jest właściwy do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości, a dowie się tego ewentualnie z uzasadnienia wyroku rozstrzygającego o jego odpowiedzialności na podstawie art. 299 k.s.h.

W rozważaniach dotyczących odpowiedzialności wynikającej z art. 299 k.s.h. w kontekście przesłanki egzoneracyjnej polegającej na wykazaniu złożenia we właściwym terminie wniosku o ogłoszenie upadłości zabrakło szerszych rozważań odnoszących się do praktycznej możliwości złożenia takiego wniosku przez faktycznego członka zarządu. W szczególności, warto byłoby zastanowić się na możliwością skorzystania z dyspozycji art. 26(1) p.u., zgodnie z którym jeżeli dłużnik nie ma zdolności procesowej i nie działa za niego przedstawiciel ustawowy, a także gdy w składzie organów dłużnika będącego osobą prawną lub jednostką organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną, zachodzą braki uniemożliwiające ich działanie, sąd upadłościowy ustanawia dla niego kuratora. Należy wyraźnie przy tym wskazać, że komentowany przepis jest stosowany nie tylko, gdy braki zdolności procesowej dłużnika, braki dotyczące przedstawiciela ustawowego oraz braki w składzie organów dłużnika będących osobą prawną lub inną jednostką organizacyjną wystąpią po złożeniu wniosku (braki następcze), ale również gdy braki powyższe miały charakter pierwotny³. Oczywiście, pozostaje całe czas wątpliwa kwestia legitymacji faktycznego członka zarządu, która wprost nie wynika z regulacji art. 20 p.u. To z kolei prowadzi do wniosku, że być może uzasadnione byłyby pewne postulaty *de lege ferenda* dotyczące zmiany art. 20 ust. 1 poprzez dodanie pkt 2a p.u. w brzmieniu: w stosunku do osób prawnych oraz jednostek organizacyjnych nieposiadających osobowości prawnej, którym odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną - każdy, kto faktycznie zarządza przedsiębiorstwem dłużnika. Taka zmiana byłaby przy tym spójna w regulacją art. 373 ust. 1 pkt 1a. W każdym razie wydaje się, że temat wart jest przeprowadzenia pogłębionych badań.

Bardzo wysoko oceniam rozważania Doktoranki zaprezentowane w § 7 zatytułowanym „Zasadność nadania prymatu dyrektyw wykładni celowościowej nad dyrektywami

³ A. Malmuk-Cieplak [w:] Prawo upadłościowe. Komentarz, wyd. II, red. A. J. Witosz, Warszawa 2021, art. 26(1).

wykładni językowej w kontekście zjawiska faktycznych członków zarządu”. Rozważania te pokazują dojrzałość pani Kingi Jaszczuk jako badacz i interpretatora prawa. Uważam, że ich zawarcie w pracy jest niezwykle cenne z punktu widzenia kształtowania właściwych postaw i właściwego podejścia podmiotów stosujących prawo. Niestety, analizując orzecznictwo sądów powszechnych zauważalny jest niepokojący trend przykładania zbyt dużej wagi do wykładni literalnej przepisów, a niekiedy wręcz do ograniczania się do wyników wykładni literalnej. Słusznie więc Doktorantka podjęła się rozważenia wartości społecznych, które stanowiły podstawę przyjętych rozwiązań normatywnych w zakresie odpowiedzialności członków zarządu spółek kapitałowych, a więc wartości determinujących kształt prawa. Jak uczy rzeczywistość, w następstwie stosowania prawa pojawiają się określone wartości społeczne, które aksjologia nazywa wartościami prawnie zdeterminowanymi. W systemie idealnym wartości społeczne, które stały się determinantą określonego kształtu rozwiązań prawnych powinny być realizowane w procesie stosowania tych rozwiązań. Zgodnie z teorią profesora Kotarbińskiego można wówczas powiedzieć, że prawo jest skuteczne. W rzeczywistości skuteczność nigdy nie jest pełna gdyż stosowanie prawa powoduje odchylenia od zakładanego wzorca, które mogą wynikać z różnych względów. Po pierwsze, np. z wadliwych rozwiązań istniejącej regulacji. Po drugie, z relacji wartościujących zachodzących po stronie podmiotów stosujących prawo, które mogą być odmienne od relacji wartościujących podmiotów prawo stanowiących. Rozbieżności relacji wartościujących tych, którzy prawo tworzą i tych, którzy je stosują nieodmiennie wpłynę na rozbieżność pomiędzy wartościami determinującymi kształt prawa, a wartościami prawnie zdeterminowanymi. W konsekwencji, skoro założenie, że funkcje członków zarządu spółek powinni pełnić tylko rzeczywisci, prawni zarządcy jest – jak pokazuje praktyka obrotu gospodarczego – nierealizowane to obowiązkiem ustawodawcy jest rozważenie konieczności dokonania zmian legislacyjnych. Zanim jednak takie zmiany zostaną przyjęte (i jeżeli w ogóle zostaną przyjęte) obowiązek odpowiedniej, sprawiedliwej i uzasadnionej wykładni aksjologicznej obciąża podmioty stosujące prawo.

Pozytywnie oceniam sformułowanie przez Doktorantkę postulatów *de lege ferenda*.

Doktorantka trafnie oceniła, że zjawisko faktycznych członków zarządu jest sprzeczne *m.in.* z powszechnie obowiązującymi przepisami, jak również naturą stosunku spółki (zasadą rozdziału własności od zarządzania oraz zasadą ponoszenia odpowiedzialności za zarządzanie spółką). Dalej, Doktorantka wskazał, że celu skutecznego przeciwdziałania temu zjawisku, przede wszystkim braku ponoszenia przez faktycznych członków zarządu odpowiedzialności za zarządzanie spółką *de lege ferenda*, należałoby je uregulować na

plaszczyźnie ustawowej . Powinno to nastąpić poprzez wyodrębnienie tego typu podmiotów oraz wprowadzenie ich odpowiedzialności odszkodowawczej za naruszenie przepisów adresowanych do członków zarządu. Doktorantka zaproponowała umieszczenie w tytule I, dziale III, w nowo dodanym art. 181 KSH definicji faktycznego członka zarządu. Jej treść, zdaniem Doktorantki, powinna kształtować się następująco:

§ 1. Faktycznym członkiem zarządu jest osoba fizyczna wykonująca kompetencje właściwe dla członków zarządu, nielegitymująca się ważnym aktem powołania.

§ 2. Kompetencje właściwe dla członków zarządu mogą być wykonywane w sposób bezpośredni lub pośredni. Przez pośredni sposób wykonywania kompetencji członków zarządu rozumieć należy wydawanie poleceń członkowi zarządu.

§ 3. Przez wykonywanie kompetencji właściwych dla członków zarządu rozumieć należy reprezentowanie spółki lub prowadzenie spraw spółki.

§ 4. Jeżeli dana osoba posiada uprawnienie do ingerowania w wykonywanie kompetencji właściwych członkom zarządu, przyjmuje się, że jest faktycznym członkiem zarządu, gdy czyni z owych uprawnień użytek w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami.

§ 5. Przy kwalifikacji danej osoby jako faktycznego członka zarządu sąd powinien w szczególności brać pod uwagę fakty świadczące o podobieństwie sytuacji danej osoby z sytuacją członka zarządu, takie jak: charakter relacji pomiędzy członkiem zarządu a daną osobą, sposób postrzegania danej osoby przez otoczenie spółki, posiadanie informacji umożliwiających podejmowanie decyzji dotyczących funkcjonowania spółki, posiadanie dostępu do konta bankowego spółki, kwalifikacje członka zarządu, stan majątku członka zarządu, uczestniczenie w posiedzeniach organów spółki, wpis danej osoby do KRS jako członek zarządu, sposób tytułowania się przez daną osobę.

Pomijając uwagi o charakterze legislacyjnym, co do zasady należy zgodzić się z zaproponowaną definicją, w szczególności w zakresie braku podziału – na gruncie definicyjnym – na członków zarządu de facto i członków zarządu cieni.

Dalej, Doktoranta wskazała, że w poszczególnych rozdziałach dotyczących odpowiedzialności cywilnoprawnej członków zarządu spółek kapitałowych, powinien zostać dodany przepis o następującej treści:

„Przepisy niniejszego rozdziału, jak również pozostałe przepisy KSH regulujące odpowiedzialność członków zarządu mają odpowiednie zastosowanie do faktycznych członków zarządu”.

Ta propozycja również jest słuszna. Jednak idąc dalej, należałoby dokonać przeglądu wielu innych aktów prawnych i rozważyć czy i w których aktach prawnych należałoby

wprowadzić podobne rozwiązania. Na pewno dotyczyłoby to tych regulacji, które odnoszą się do odpowiedzialności członków zarządu, a więc chociażby odpowiednich regulacji prawa upadłościowego.

Wnioski

Recenzowana rozprawa doktorska jest opracowaniem interesującym i wartościowym. Jej przedmiotem jest oryginalne rozwiązanie problemu naukowego. Doktorantka wykazała się umiejętnością wyraźnego wskazania problemu badawczego, wskazania hipotez badawczych, które poddała weryfikacji oraz przyjętej metodologii. Doktorantka przedstawiła rozwiązanie problemu przez jasne wskazanie udowodnionych tez wraz z ich uzasadnieniem. Recenzowana rozprawa doktorska nie jest powieleniem dotychczasowych rozważań na temat odpowiedzialności faktycznych członków zarządu⁴, ale ma charakter nowatorski.

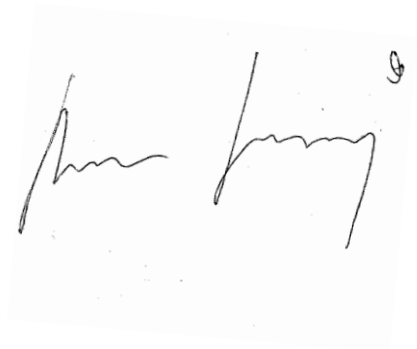
Autorka prezentuje odpowiedni warsztat naukowy, sprawnie posługując się przyjętymi metodami badawczymi. Jasno i syntetycznie wyraża poglądy, które z reguły wyczerpująco uzasadnia. Rozważania prowadzone w poszczególnych rozdziałach są spójne, logicznie uporządkowane i kompletne. Rozmiar przeprowadzonych badań, ich szczegółowość oraz trafne i precyzyjne ujęcie problemów badawczych, a także obszerne wykorzystanie dorobku literatury i orzecznictwa (w zakresie w jakim to było możliwe) budzą uznanie. Przyjęte przez Autorkę tezy są w większości trafne, szeroko uargumentowane i stanowią wynik wszechstronnej i wnikliwej analizy badanego zjawiska.

Przedstawione wyżej w treści recenzji uwagi mają w zdecydowanej większości charakter polemiczny i w niczym nie umniejszają zdecydowanie pozytywnej oceny rozprawy Doktorantki.

W konsekwencji, należy stwierdzić, że rozprawa doktorska Pani Kingi Jaszczyk stanowi oryginalne rozwiązanie problemu naukowego, wykazuje ogólną wiedzę teoretyczną Doktorantki w zakresie prawa oraz jej umiejętność samodzielnego prowadzenia pracy naukowej, a tym samym odpowiada ona warunkom określonym w

⁴ Chociażby z uwagi na zasadniczy brak takich rozważań na gruncie prawa polskiego.

art. 187 ustawy z dnia 20 lipca 2018 r. - Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 574 z późn. zm.).

A handwritten signature in black ink on a white background. The signature is cursive and appears to consist of two parts, possibly a first and last name, written in a fluid, connected style. There is a small mark or flourish at the end of the second part.