

„Odpowiedzialność odszkodowawcza faktycznych członków zarządu wobec spółki i jej wierzycieli”

Praktyka 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, jest obecna w obrocie gospodarczym – zarówno krajowym, jak i zagranicznym. Kategoria faktycznych członków zarządu jest wyodrębniana na płaszczyźnie aktów normatywnych lub w praktyce orzeczniczej w większości krajów UE. W literaturze zagranicznej toczą się również dyskusje nt. tej praktyki.

Praktykę zarządzania spółkami przez osoby niewchodzące w skład zarządu należy ocenić negatywnie przede wszystkim, dlatego że jej elementem jest transfer kluczowych, z perspektywy funkcjonowania spółki, kompetencji na rzecz 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.

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

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

Punktem wyjścia dla rozważań będzie przedstawienie, jak koncepcja faktycznego członka zarządu kształtuje się w brytyjskim porządku prawnym. Analiza sposobu i *ratio* jej

funkcjonowania pozwoli nie tylko na sformułowanie wniosków co do zasadności i zakresu implementacji rozwiązań brytyjskich do polskiego porządku prawnego, ale również będzie rzutowała na rozłożenie akcentów co do zagadnień poruszanych w pozostałych rozdziałach.

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

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

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

- 1) kluczowych elementów zjawiska faktycznych członków zarządu i wyeksponowania ich negatywnych skutków;
- 2) wybranych konstrukcyjnych zasad spółek kapitałowych, co ma na celu uwydatnienie sprzeczności zjawiska faktycznych członków zarządu z tymi zasadami;
- 3) aktualnych kontekstów: społecznego, aksjologicznego i gospodarczego, odnoszących się do spółek kapitałowych, które ukażą sprzeczność zjawiska faktycznych członków zarządu z owymi kontekstami;
- 4) spójności koncepcji faktycznego członka zarządu z bezpieczeństwem obrotu.

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

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

z podzieleniem stanowiska, zgodnie z którym mechanizmy odpowiedzialności odszkodowawczej pełnią funkcję prewencyjną i mobilizacyjną i są one w stanie przeciwdziałać temu zjawisku.

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

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

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

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

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

W pierwszym rzędzie analizie poddane zostaną wybrane przepisy KSH oraz PrUpad. Następnie omówiona zostanie problematyka nadania prymatu dyrektywom wykładni celowościowej nad dyrektywami wykładni językowej, w kontekście faktycznych członków zarządu.

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

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

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

W **Rozdziale IV** odniesiono się do podstaw odpowiedzialności faktycznych członków zarządu na gruncie KC. Z perspektywy możliwości ponoszenia odpowiedzialności w reżimie kontraktowym omówiono art. 753 KC oraz art. 471 KC i n. Zwrócono również uwagę na naruszenie obowiązku lojalności przez współników. W ramach reżimu odpowiedzialności deliktowej analizie zostaną poddane przepisy art. 415 i art. 422 KC, z uwzględnieniem przesłanek odpowiedzialności faktycznej członków zarządu. Warto podkreślić, że brak jednoznacznej regulacji w przedmiocie odpowiedzialności odszkodowawczej faktycznych członków zarządu skutkuje koniecznością poszukiwania dostępnych podstaw

odpowiedzialności w prawie polskim, ewentualnie zbiegu tych podstaw. Omówienie rzeczonych przepisów traktować należy właśnie w tych kategoriach. Oznacza to, że wybór zastosowania konkretnego z nich jest uzależniony od preferencji danego podmiotu.

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