

PIOTR M. WIÓREK, LL.M.
Uniwersytet Wrocławski

OCHRONA WIERZYCIELI SPÓŁKI Z O.O. POPRZEZ KONSTRUKCJĘ FAKTYCZNEGO CZŁONKA ZARZĄDU

I

Obowiązująca w prawie wspólnotowym zasada swobody przedsiębiorczości i jej praktyczna realizacja, polegająca między innymi na wyborze przez zainteresowanych bardziej atrakcyjnych pod względem finansowym oraz bardziej elastycznych niż krajowe form organizacyjnoprawnych prowadzenia działalności gospodarczej, doprowadziły w rezultacie do swoistej konkurencji między państwami członkowskimi Unii Europejskiej¹. W poszczególnych państwach członkowskich UE ustawodawcy postawili sobie za cel stworzenie takich ram prawnych z zakresu prawa spółek, które uczynią ich „krajowe” spółki bardziej atrakcyjnymi od ich zagranicznych odpowiedników. Ta swoista rywalizacja, z uwagi na węższe niż w przypadku spółki akcyjnej objęcie harmonizacją — w ramach europejskiego prawa spółek — spółki z ograniczoną odpowiedzialnością², dotyczy krajowych spółek z o.o. i przejawia się przede wszystkim w przyspieszeniu procedury zakładania tychże spółek, w tym umożliwieniu zakładania w uproszczonym trybie formularzowym (przy wykorzystaniu wzorca/formularza umowy spółki z o.o.) oraz elektronicznie (hasło: S24), a także w skrajnym obniżaniu minimalnej wysokości

¹ Na temat konkurencji prawodawstw państw członkowskich w obszarze rynku wewnętrznego zob. szerzej E.-M. Kieninger, *Wettbewerb der Privatrechtsordnungen im Europäischen Binnenmarkt — Studien zur Privatrechtskoordination in der Europäischen Union auf den Gebieten des Gesellschafts- und Vertragsrechts*, Tübingen 2002; M. Szydło, *Konkurencja regulacyjna w prawie spółek*, Warszawa 2008.

² Część dyrektyw z zakresu europejskiego prawa spółek, a zatem proces harmonizacji prawodawstw krajowych w tym zakresie, dotyczy mianowicie tylko spółki akcyjnej. Należy tutaj wymienić tzw. drugą dyrektywę kapitałową (dyrektywa Rady nr 77/91/EWG, zmieniona przez dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2006/68/WE), trzecią dyrektywę o łączeniu się spółek akcyjnych (dyrektywa Rady nr 78/855/EWG) oraz szóstą dyrektywę dotyczącą podziału spółek akcyjnych (dyrektywa Rady nr 82/891/EWG). Dyrektywy trzecia i szósta zostały zmienione przez dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2007/63/WE.

kapitału zakładowego do przysłowiowego jednego euro (w przypadku jednoosobowych spółek z o.o.)³.

Również polski ustawodawca aktywnie uczestniczy we wspólnotowym „wyścigu prawodawstw”⁴ przez obniżenie minimalnej wysokości kapitału zakładowego spółki z o.o. z 50 tys. zł do 5 tys. zł⁵, a następnie poprzez wprowadzenie formularzowej spółki z o.o. (S24)⁶. W dniu 28 listopada 2014 roku Sejm uchwalił kolejną nowelizację Kodeksu spółek handlowych⁷ (dalej również jako k.s.h.), która poza wprowadzeniem możliwości zawarcia umowy spółki jawnej oraz komandytowej przy wykorzystaniu wzorca umowy udostępnionego w systemie teleinformatycznym (tzw. formularzowa spółka jawna oraz spółka komandytowa), przewiduje między innymi możliwość dokonywania w systemie teleinformatycznym zmiany umowy spółki z o.o. zawartej przy wykorzystaniu wzorca umowy, a także podejmowania innych uchwał oraz wykonywania innych dotyczących tej spółki czynności (w tym zbycia udziałów w takiej spółce) w systemie teleinformatycznym⁸. Tym samym zrealizowana została jedynie część założeń zawartych w projekcie założeń projektu ustawy o zmianie ustawy — Kodeks spółek handlowych oraz niektórych innych ustaw z dnia 13 maja 2014 roku, przewidującego przede wszystkim reformę struktury majątkowej spółki z o.o. między innymi przez obniżenie wysokości minimalnego kapitału zakładowego spółki z o.o. do 1 zł, a co więcej — uczynienie z kapitału zakładowego instytucji fakultatywnej⁹.

³ Szerzej na ten temat zob. m.in. P.M. Wiórek, *Ustawowe wzorce umowy spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w niemieckim prawie spółek — rozwiązanie godne naśladowania czy chyby pomysł legislacyjny?*, „Rejent” 2010, nr 2, s. 77 n.

⁴ Ramy niniejszego artykułu nie pozwalają na refleksję na temat kierunku rywalizacji krajowych porządków prawnych i ocenę, czy wyścig prawodawstw zmierza w kierunku osiągnięcia jak najlepszych rozwiązań (ang. *race to the top* — ‘wyścig do szczytu’), czy też w kierunku odwrotnym (ang. *race to the bottom* — ‘wyścig do dna’).

⁵ Zob. art. 1 pkt 5 ustawy z dnia 23 października 2008 r. o zmianie ustawy — Kodeks spółek handlowych, Dz.U. z 2008 r., Nr 217, poz. 1381, która weszła w życie z dniem 8 stycznia 2009 r.

⁶ Zob. nowy art. 1571 k.s.h. i inne przepisy przewidujące założenie spółki z o.o. przy wykorzystaniu wzorca umowy spółki z ograniczoną odpowiedzialnością udostępnianego w systemie teleinformatycznym (wzorec umowy), wprowadzone do Kodeksu spółek handlowych ustawą z dnia 1 kwietnia 2011 r. o zmianie ustawy — Kodeks spółek handlowych oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. z 2011 r., Nr 92, poz. 531, która weszła w życie z dniem 1 stycznia 2012 r.

⁷ Ustawa z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych, tekst jedn., Dz.U. z 2013 r., poz. 1030 z późn. zm.

⁸ Ustawa z dnia 28 listopada 2014 r. o zmianie ustawy — Kodeks spółek handlowych oraz niektórych innych ustaw. W chwili opracowywania niniejszego artykułu ustawa była już podpisana przez Prezydenta RP (22 grudnia 2014 r.), lecz jeszcze nieopublikowana. Przepisy dotyczące zmiany umowy spółki z o.o. i jej rozwiązywania z wykorzystaniem wzorca umowy udostępnianego w systemie teleinformatycznym wejdą w życie z dniem 1 kwietnia 2016 r. Zob. również uzasadnienie do tej nowelizacji zawarte w projekcie ustawy o zmianie ustawy — Kodeks spółek handlowych oraz niektórych innych ustaw z dnia 8 października 2014 r. złożonym przez Klub Parlamentarny Platformy Obywatelskiej. Projekt wraz z uzasadnieniem jest dostępny na stronie www.sejm.gov.pl.

⁹ Treść projektu założeń dostępna jest na stronie Rządowego Centrum Legislacji: <http://legislacja.rcl.gov.pl/lista/1/projekt/170130/katalog/170163>.

Projekt założeń opiera się na projekcie reformy struktury majątkowej spółki z o.o. przygotowanym przez Zespół ds. Prawa Spółek Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego przy Ministrze Sprawiedliwości, który wraz z uzasadnieniem został opublikowany w 2010 roku w grudniowym numerze „Przeglądu Prawa Handlowego”. W obydwu dokumentach zwraca się uwagę na deficyty ochronne systemu kapitału zakładowego i proponuje się wprowadzenia do polskiego prawa spółki z o.o. instytucji testu wypłacalności jako lepszego od kapitału zakładowego instrumentu ochrony wierzycieli spółki z o.o.

Jednocześnie, w toku dyskusji nad przedmiotowym projektem reformy struktury majątkowej spółki z o.o., zwracano uwagę na to, że obniżenie minimalnej wysokości kapitału zakładowego może prowadzić do nadużyć ze strony wspólników, chociażby w postaci rażącego niedokapitalizowania spółek z o.o., co stanowi zagrożenie dla obrotu. Zdaniem wielu autorów w takich przypadkach może wchodzić w rachubę zastosowanie konstrukcji odpowiedzialności przebijającej z powodu rażącego materialnego niedokapitalizowania spółki z o.o.¹⁰ Zatem nie tylko deficyty ochronne instytucji kapitału zakładowego, lecz również samo osłabienie, a nawet rezygnacja z tej instytucji i zastąpienie jej alternatywnym systemem ochronnym w postaci testu wypłacalności prowadzi do poszukiwania mechanizmów i konstrukcji wzmacniających ochronę wierzycieli spółki z o.o., spośród których rozważa się zwłaszcza osobistą odpowiedzialność wspólników spółki z o.o.

Oprócz wspomnianej odpowiedzialności przebijającej, w zagranicznych porządkach prawnych osobista odpowiedzialność wspólników spółki z o.o. osiągana jest przy wykorzystaniu konstrukcji tak zwanego zarządcy faktycznego (w Wielkiej Brytanii *de facto director* oraz *shadow director*¹¹, we Francji *dirigeant de*

¹⁰ Tak m.in. współautor projektu reformy struktury majątkowej spółki z o.o. K. Oplustil, *Krytycznie o zarzutach krytyków projektu reformy struktury majątkowej spółki z o.o.*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2011, nr 9, s. 30.

¹¹ Pojęcie *shadow director* jest pojęciem ustawowym. *Shadow director* ponosi odpowiedzialność za tzw. *wrongful trading* na podstawie sec. 214 IA 1986 (Insolvency Act 1986 — angielska ustawa Prawo upadłościowe z 1986 r.). Jest on wyraźnie wymieniony w ustępie 7 tego przepisu i zrównany pod względem odpowiedzialności z zarządcą *de iure*. Odpowiedzialności takiej podlega również niewymieniony w tym przepisie, a zaliczający się również do grupy zarządców faktycznych *de facto director*. Instytucja *de facto director* została rozwinięta w orzecznictwie sądów angielskich. Wspólne dla obydwu kategorii zarządców faktycznych — *shadow directors* (zarząd cieni) oraz *de facto directors* (zarządcy faktyczni) — jest to, że nie zostali oni powołani do pełnienia funkcji zarządców albo ich powołanie jest wadliwe, jednakże mają oni taki sam wpływ na zarządzanie spółką i prowadzenie jej spraw, jak zarządcy *de iure*. Różnica między nimi polega na tym, że *de facto directors* występują na zewnątrz i reprezentują spółkę w stosunkach zewnętrznych, stwarzając wrażenie, jakoby byli oni prawidłowo powołanymi zarządcami (zarządcami *de iure*). Natomiast zarządcy cieni (*shadow directors*) w ramach swej aktywności nie podają się za zarządców i działają, jak sama nazwa na to wskazuje, w ukryciu. Dodatkowo sec. 251 IA 1986 zawiera definicję *shadow director*, zgodnie z którą: „*shadow director*’, in relations to a company means a person in accordance with whose directions or instructions the directors of the company are accustomed to act (but so that a person is not deemed a shadow director by reason only that the directors act on advice given

fait w przypadku spółki akcyjnej oraz *gérant de fait* w przypadku spółki z o.o., w Austrii i w Niemczech *faktischer Geschäftsführer*). Rozwiązanie to wydaje się kuszące: zamiast poszukiwać szczególnej podstawy prawnej dla odpowiedzialności wspólników spółki z o.o., przyjmuje się, że w określonych sytuacjach powinni oni być traktowani tak samo jak zarządcy (członkowie zarządu) spółki z o.o. i ponosić odpowiedzialność wobec spółki z o.o. lub wobec jej wierzycieli tak samo jak członkowie zarządu. Dlatego warto się zastanowić, czy konstrukcja „faktycznego zarządcy” (faktycznego członka zarządu spółki z o.o.) mogłaby stanowić, i na jakich warunkach, jeden z instrumentów ochrony wierzycieli spółki z o.o.

II

W doktrynie polskiej faktycznego członka zarządu spółki z o.o. definiuje się jako osobę, która nie została formalnie powołana do pełnienia funkcji członka zarządu albo jej mandat wygasł, a osoba ta *de facto* kieruje bieżącą działalnością spółki i podejmuje strategiczne decyzje dotyczące dalszego jej działania¹². Faktycznym członkiem zarządu jest również taka osoba, która została powołana do pełnienia tej funkcji, jednakże powołanie takie jest nieskuteczne wskutek wadliwości procedury powołania, o czym może nie wiedzieć ani wadliwie powołany członek zarządu, ani sama spółka. Co więcej, osoba taka może zostać wpisana do Rejestru Przedsiębiorców w charakterze członka zarządu spółki z o.o.¹³ Zdaniem K. Osajdy we wszystkich tych sytuacjach faktycznych członków zarządu należy traktować identycznie, niezależnie od przyczyny działania przez nich w tym charakterze¹⁴. Pogląd taki ma daleko idące konsekwencje, na które K. Osajda zwraca uwagę, omawiając problematykę odpowiedzialności faktycznych członków zarządu na podstawie art. 299 k.s.h. oraz art. 21 ust. 3 prawa upadłościowego i naprawczego (dalej również jako p.u.n.)¹⁵. Autor ten podkreśla mianowicie, powołując się na przedwojenne i współczesne orzecznictwo Sądu Najwyższego oraz sądów powszechnych oraz odmawiając racji odmiennym poglądom wyrażanym przez część przedstawicieli doktryny, że „faktyczni członkowie zarządu spółki

by him in a professional capacity)”. Ustawową definicję *shadow director* zawiera również sec. 251 Companies Act 2006. Na temat kategorii zarządców faktycznych zob. B. Hannigan, *Company Law*, Oxford 2012, s. 142–149; w doktrynie niemieckiej: M. Habersack, D.A. Verse, *Wrongful Trading — Grundlage einer europäischen Insolvenzverschleppungshaftung?*, „Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht” 2004, nr 168, s. 188–193.

¹² Tak K. Osajda, *Niewypłacalność spółki z o.o. Odpowiedzialność członków zarządu wobec jej wierzycieli*, Warszawa 2014, s. 295.

¹³ *Ibidem*, s. 296.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ Ustawa z dnia 28 lutego 2003 r. Prawo upadłościowe i naprawcze, tekst jedn., Dz.U. z 2012 r., poz. 1112.

z o.o. *de iure* członkami zarządu nie są, a zatem nie mogą odpowiadać jak członkowie zarządu ani na podstawie art. 299 k.s.h., ani art. 21 ust. 3 p.u.n.”¹⁶.

W tym miejscu należy się zastanowić, czy takie ujęcie nie jest zbyt formalistyczne i czy można przyjąć, że konstrukcja „zarządcy faktycznego” może — wbrew pogładowi reprezentowanemu przez K. Osajdę — służyć jako podstawa do ustanowienia odpowiedzialności wspólników wobec wierzycieli spółki z o.o. za jej zobowiązania na podstawie art. 299 k.s.h. lub do ich odpowiedzialności odszkodowawczej wobec wierzycieli spółki na podstawie art. 21 ust. 3 p.u.n. W przypadku zaś uznania słuszności poglądu przedstawionego przez K. Osajdę, rodzi się pytanie, czy konstrukcja „zarządcy faktycznego” jest całkowicie niedopuszczalna na gruncie polskiego prawa spółek, czy też mimo wszystko może ona znaleźć zastosowanie do innych przypadków odpowiedzialności członków zarządu spółki z o.o. i obciążenia tą odpowiedzialnością wspólników spółki.

Pomocne w tym względzie wydaje się rozróżnienie, którego dokonuje doktryna niemieckiego prawa spółek. Podobnie jak w doktrynie polskiej wyróżnia się tam dwie podstawowe grupy przypadków, w których ma się do czynienia z „zarządcą faktycznym”. Dodatkowo wyróżnia się trzecią, odrębną grupę przypadków zbliżonych do kategorii faktycznego zarządcy, jednak rządzącą się własnymi regułami. Do pierwszej grupy należą sytuacje, w których dana osoba (wspólnik albo osoba trzecia) została powołana na członka zarządu w sposób wadliwy (niem. *nicht ordnungsgemäß bestellter Geschäftsführer, fehlerhaft bestellter Geschäftsführer*), do drugiej zaś konstelacje, w których wspólnik albo osoba trzecia nie została (formalnie) powołana na członka zarządu, lecz (rzeczywiście) zachowuje się jak członek zarządu (niem. *faktischer Geschäftsführer i.e.S.*, a więc *sensu stricto*)¹⁷. W niemieckiej praktyce i doktrynie uwaga jest zasadniczo skupiona na tej drugiej grupie przypadków tak zwanego zarządcy faktycznego w węższym znaczeniu (*sensu stricto*). Natomiast w przypadku wadliwie powołanego członka zarządu (*fehlerhaft bestellter Geschäftsführer*), a więc w przypadku nieważności albo bezskuteczności aktu powołania, przyjmuje się, że jeżeli taki członek zarządu występuje na zewnątrz, w szczególności reprezentując spółkę, należy uznawać jego działanie za skuteczne działanie organu spółki, a jego pozycja w zakresie praw i obowiązków odpowiada pozycji prawidłowo powołanego członka zarządu¹⁸. Dodatkowo czynności prawne dokonywane przez taką osobę

¹⁶ K. Osajda, *op. cit.*, s. 296.

¹⁷ Tak reprezentatywnie w doktrynie niemieckiej U. Haas, [w:] A. Baumbach, A. Hueck, *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung*, 20. Aufl., München 2013, § 64, nb. 9; *eidem*, *Die Rechtsfigur des „faktischen GmbH-Geschäftsführers*, „Neue Zeitschrift für Insolvenzrecht” 2006, nr 9, s. 496.

¹⁸ Tak W. Zöllner, U. Noack, [w:] A. Baumbach, A. Hueck, *op. cit.*, § 35, nb. 8. Z wadliwie powołanym członkiem zarządu zrównuje się sytuację osoby, która została odwołana z tej funkcji, a mimo to nadal zarządza spółką (dosłownie: kieruje spółką). Tak H. Altmeppen, [w:] H. Altmeppen, G.H. Roth, *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG). Kommentar*, München 2012, § 64, nb. 57.

w ramach reprezentacji będą objęte ochroną wynikającą z domniemania prawdziwości danych wpisanych do niemieckiego Rejestru Handlowego, oczywiście jeżeli dana osoba zostanie wpisana do rejestru jako zarządca¹⁹. Na osobie takiej ciąży również obowiązek zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości spółki²⁰. Odpowiada ona ponadto wobec spółki na tych samych zasadach co prawidłowo powołany zarządca²¹. Konsekwencje zrównania pozycji prawnej wadliwie powołanego członka zarządu z prawidłowo powołanym członkiem zarządu będą trwały tak długo, jak długo nie nastąpi powołanie się na wadliwość stosunku organizacyjnego (niem. *fehlerhafte Organstellung*, w tłumaczeniu dosłownym: wadliwa pozycja/stanowisko organu)²². Do trzeciej grupy przypadków należą przypadki określane zbiorczo nazwą zarządcy z mocy pozoru prawnego (niem. *Geschäftsführer kraft Rechtsscheins*), do których zalicza się sytuacje, w których dana osoba ani nie została wadliwie powołana na członka zarządu, ani nie działa rzeczywiście jako organ spółki, a jedynie na zewnątrz stwarza takie wrażenie, podając się za organ, co w doktrynie szwajcarskiej określa się jako *Organ durch Kundgabe*, a w hiszpańskiej jako *administrador aparente*²³. Osoby takie odpowiadają wobec działających w dobrej wierze osób trzecich na ogólnych zasadach²⁴. Nie odpowiadają natomiast na podstawie prawa spółek jako zarządca faktyczny. Odpowiednikiem tego rodzaju odpowiedzialności jest przewidziana w prawie polskim odpowiedzialność rzekomego (fałszywego) organu na podstawie art. 39 kodeksu cywilnego (dalej również jako k.c.)²⁵.

III

Odnosząc te uwagi na grunt polskiego prawa spółek, należy opowiedzieć się za ostrożnym przejściem występującego w praktyce i doktrynie niemieckiej konsekwentnego wyróżniania trzech różnych grup przypadków, w których mamy do czynienia z różnie rozumianym zarządem faktycznym spółką kapitałową. W konsekwencji należy przede wszystkim odróżnić sytuacje wadliwego stosunku organizacyjnego (w uproszczeniu: „zarządca wadliwy”, „wadliwy członek zarządu”)

¹⁹ W. Zöllner, U. Noack, *op. cit.*, § 35, nb. 8.

²⁰ *Ibidem*; w rezultacie również H. Altmeppen, *op. cit.*, § 64, nb. 58.

²¹ H. Altmeppen, *op. cit.*, § 35, nb. 8.

²² *Ibidem*.

²³ Tak H. Fleischer, *Zur GmbH-rechtlichen Verantwortlichkeit des faktischen Geschäftsführers*, „GmbH-Rundschau” 2011, nr 7, s. 338.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ Z perspektywy tego trójpodziału nie do końca trafne wydaje się porównanie faktycznego członka zarządu, i to działającego celowo jako taki, do rzekomego organu osoby prawnej. Tak jednak w doktrynie polskiej K. Osajda, *op. cit.*, s. 296, nb. 583. Należy jednak podkreślić, że autor ten prawidłowo odróżnia odmiennosć podstaw i rodzaju odpowiedzialności na podstawie art. 299 k.s.h. oraz 21 ust. 3 p.u.n.

od tych, w których dana osoba nie będąc (nigdy) związana stosunkiem organizacyjnym, zachowuje się rzeczywiście jak członek zarządu (tzw. zarządca faktyczny *sensu stricto*). Przy wadliwości stosunku organizacyjnego, w sytuacji gdy dana osoba została wadliwie powołana na stanowisko członka zarządu, ale działa ona w charakterze organu zarówno w ramach prowadzenia spraw spółki, jak i na zewnątrz w ramach jej reprezentacji, a ponadto jest ona wpisana jako członek zarządu do Rejestru Przedsiębiorców, należałoby się opowiedzieć za zrównaniem jej sytuacji prawnej z pozycją prawidłowo powołanego członka zarządu i uznawania jej (po prostu) za członka zarządu. Przemawia za tym nie tylko rzeczywiste występowanie tej osoby w obrocie jako członek zarządu, lecz również kryterium formalne w postaci wpisu tej osoby do Rejestru Przedsiębiorców w tym charakterze. Osoba taka albo spółka, stwierdziwszy wadliwość aktu powołania, mogą podjąć stosowne kroki w postaci sanowania obciążonego wadą aktu powołania członka zarządu albo dokonać wykreślenia tej osoby z rejestru właśnie z uwagi na wadliwość aktu powołania²⁶. Poglębionej analizy wymagałaby kwestia, czy na gruncie prawa polskiego należałoby rozwinąć odrębną koncepcję wadliwości stosunku organizacyjnego na wzór rozwiązań niemieckich, czy też wystarczające byłoby sięgnięcie do rozwiązań dostępnych w prawie polskim. W tym miejscu należy zasygnalizować możliwe podstawy prawne uzasadniające traktowanie wadliwie powołanej osoby jako członka zarządu. Warto przy tym sięgnąć do dorobku niemieckiej doktryny i orzecznictwa. Na samym początku, w doktrynie i orzecznictwie niemieckim, podstawą obowiązywania stosunku organizacyjnego mimo wadliwości powołania była instytucja prowadzenia cudzych spraw bez zlecenia. Następnie rozwinęto koncepcję konkludentnego nawiązania stosunku organizacyjnego. Obecnie wywodzi się odpowiedzialność wadliwie powołanego członka zarządu bezpośrednio z jego funkcji (pozycji) organu (niem. *Organstellung*)²⁷. Przyjęcie danej koncepcji będzie wpływać na postulowany mechanizm „wycofywania się” członka zarządu z pełnionej przezeń funkcji²⁸.

Należy również rozważyć, czy tak samo — jak wadliwie powołanego członka zarządu — należałoby traktować osobę, która po wygaśnięciu jej mandatu, zwłaszcza na podstawie art. 202 § 1 i 2 k.s.h. w braku odmiennych postanowień umowy spółki albo po złożeniu przez nią rezygnacji, a także w przypadku jej odwołania, nadal rzeczywiście pełni funkcję członka zarządu, pozostając przy tym wpisana do Rejestru Przedsiębiorców w tym charakterze. W przypadku rezygnacji z funkcji członka zarządu, jeżeli ani spółka, ani wspólnicy nie oponują przeciwko działaniu danej osoby w charakterze członka zarządu, a dana osoba nadal jest wpisana

²⁶ Przy czym w takim przypadku z tzw. ostrożności procesowej wymagane może być formalne odwołanie danej osoby z funkcji członka zarządu. Zob. uwagi poniżej.

²⁷ H. Fleischer, *op. cit.*, s. 338.

²⁸ Jeśli np. przyjmiemy, że nastąpiło konkludentne objęcie funkcji członka zarządu i dopuścimy taką konstrukcję konkludentnego powołania na to stanowisko, to w istocie należałoby przyjąć, że dana osoba pełni funkcję członka zarządu i do jej ustania wymagane byłoby złożenie przez nią rezygnacji albo odwołanie jej z tej funkcji przez właściwy organ spółki.

do Rejestru Przedsiębiorców jako członek zarządu, można by argumentować, że nastąpiło konkludentne odwołanie oświadczenia o rezygnacji i przyjęcie takiego odwołania oświadczenia przez spółkę²⁹. Nie można również wykluczyć sytuacji, że oświadczenie woli członka zarządu o jego rezygnacji będzie uznane za służące obejściu prawa i dlatego za bezwzględnie nieważne, ewentualnie za nieważne na podstawie przepisów o pozorności czynności prawnej (art. 83 k.c.), jeżeli zostanie ono złożone tylko po to, aby uniknąć odpowiedzialności i innych konsekwencji związanych z pełnieniem funkcji członka zarządu, a taka osoba dalej kieruje spółką³⁰. W przypadku odwołania z funkcji członka zarządu oraz wygaśnięcia mandatu wskutek przypadków określonych w art. 202 § 1 i 2 k.s.h. można by również rozważać, czy nie traktować takiej osoby jako członka zarządu, jeżeli nadal pozostaje ona wpisana w rejestrze jako członek zarządu spółki i za zgodą spółki i jej wspólników nadal podejmuje działania w imieniu spółki. W takim przypadku można by próbować argumentować, że doszło do konkludentnego porozumienia między byłym członkiem zarządu a spółką co do dalszego pełnienia funkcji przez członka zarządu, na przykład co do czasu powołania nowego członka zarządu³¹. Zdaję sobie jednak sprawę, że taka argumentacja, dopuszczalna w przypadku rezygnacji z funkcji członka zarządu, może się okazać niewystarczająca w przypadku wygaśnięcia mandatu na podstawie art. 202 § 1 i 2 k.s.h. albo wskutek odwołania członka zarządu, zwłaszcza że zarówno w orzecznictwie, jak i w doktrynie prezentowane jest stanowisko zasadniczo odmienne³². Niemniej jednak za przyjęciem takiej argumentacji przemawiałoby dalsze aktywne występowanie formalnie byłego członka zarządu w obrocie i działanie przezeń w imieniu spółki, co jest „wzmocnione” jego wpisem do rejestru w tym charakterze, a dodatkowo spotyka się ono z akceptacją spółki i wspólników, co mogłoby świadczyć o konkludentnym powołaniu danej osoby do pełnienia funkcji członka zarządu.

Zrównanie „wadliwych” członków zarządu w przedstawionym znaczeniu z prawidłowo powołanymi członkami zarządu będzie powodować, że będą się do nich odnosić te same obowiązki i obarczeni oni będą tą samą odpowiedzialnością, w tym na podstawie art. 299 k.s.h. oraz art. 21 ust. 3 p.u.n., co członkowie zarządu prawidłowo powołani³³.

²⁹ Podobnie również A. Kidyba w odniesieniu do odpowiedzialności członków zarządu na podstawie art. 299 k.s.h. Zob. A. Kidyba, *Komentarz aktualizowany do art. 1–300 ustawy z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych*, LEX/el. 2014, art. 299 k.s.h.

³⁰ Tak za *ibidem*, K. Osajda, *op. cit.*, s. 297.

³¹ Zob. A. Kidyba, *op. cit.*, § 299 i powołane tam orzecznictwo dotyczące rezygnacji z funkcji członka zarządu.

³² Zob. *ibidem*, § 202 i powołane tam orzeczenie. Zgodnie z tym stanowiskiem dalsze podejmowanie czynności przez członka zarządu, którego mandat wygał na podstawie art. 202 § 1 k.s.h., nie świadczy o tym, że nastąpiło jego powołanie na następną kadencję, jeżeli brak jest stosownej uchwały w tym zakresie.

³³ Przejmując terminologię używaną w doktrynie francuskiej i niemieckiej, prawidłowo powołanych i urzędujących zgodnie z przepisami prawa spółek członków zarządu można określać —

IV

Przechodząc do problematyki zarządcy faktycznego *sensu stricto*, a więc osoby, a w szczególności wspólnika, której nie łączy ze spółką nawet wadliwy stosunek organizacyjny, a która rzeczywiście działa w charakterze członka zarządu, należy się zastanowić, czy nigdy nie będzie ona mogła być traktowana jak członek zarządu, czy dotyczy to tylko kwestii jej odpowiedzialności na podstawie art. 299 k.s.h. oraz art. 21 ust. 3 p.u.n.

W tym miejscu należy się zasadniczo zgodzić z K. Osajdą, że faktyczni członkowie zarządu nie mogą odpowiadać *de lege lata* jak członkowie zarządu ani na podstawie art. 299 k.s.h., ani art. 21 ust. 3 p.u.n. Akceptacja poglądu K. Osajdy następuje jednak z podwójnym zastrzeżeniem, a to mianowicie dlatego, że dotyczy ono wyłącznie faktycznych członków zarządu *sensu stricto*, a więc podmiotów należących do drugiej grupy przypadków wymienianych w doktrynie niemieckiej, a ponadto dlatego, że uzasadnieniem odmowy objęcia faktycznych zarządców tymi przepisami nie jest, moim zdaniem, literalne brzmienie art. 299 k.s.h. K. Osajda podkreśla bowiem, że art. 299 k.s.h. stanowi o odpowiedzialności członków zarządu, a nie osób pełniących obowiązki członków zarządu. Natomiast bardziej trafne wydaje się odwołanie przez K. Osajdę do brzmienia art. 21 ust. 3 u.p.n., który stanowi o osobach uprawnionych do reprezentowania spółki, a — jak podkreśla autor — faktyczne pełnienie funkcji członka zarządu „nie daje oczywiście prawa do reprezentowania spółki”³⁴, chociaż również i ten argument nie jest w pełni decydujący.

Kluczowym bowiem argumentem przemawiającym *de lege lata* przeciwko możliwości pociągnięcia do odpowiedzialności na podstawie powołanych przepisów nie jest bowiem ich literalne brzmienie, lecz to, że faktyczny członek zarządu spółki z o.o., który dodatkowo nie jest wpisany w tym charakterze do Rejestru Przedsiębiorców, nie jest adresatem tych przepisów: nie jest on ani uprawniony na podstawie art. 20 p.u.n., ani zobowiązany na podstawie art. 21 ust. 2 p.u.n. do zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości w imieniu spółki z o.o. jako dłużnika. Dodatkowo, nawet gdyby przy zastosowaniu wykładni funkcjonalnej uznać, że również i jego dotyczy obowiązek zgłoszenia w imieniu spółki jako dłużnika wniosku o ogłoszenie upadłości spółki, to brak jest proceduralnej możliwości zrealizowania takiego obowiązku. Sąd upadłościowy bowiem, badając wymogi formalne wniosku, stwierdzi jedynie, że został on zgłoszony przez podmiot, który nie wykazał swego umocowania do zgłoszenia takiego wniosku, a ściślej — nie jest w stanie wykazać na podstawie aktualnego odpisu z rejestru swojego uprawnienia do działania w imieniu spółki-dłużnika w charakterze jej organu, co jest wymagane na podstawie art. 68 kodeksu postępowania cywilnego (dalej również

w celu odróżnienia od zarządców faktycznych oraz zarządców wadliwych — jako członków zarządu *de iure*.

³⁴ K. Osajda, *op. cit.*, s. 297.

jako k.p.c.). W takiej sytuacji spółka jako dłużnik-wnioskodawca zostanie wezwana do uzupełnienia braków formalnych wniosku poprzez wykazanie umocowania faktycznego członka zarządu do działania w jej imieniu (art. 130 § 1 k.p.c. w zw. z art. 35 p.u.n.), niemożność zaś przedstawienia stosownego umocowania, o ile wniosek nie zostanie podpisany przez członka zarządu sp. z o.o. umocowanego formalnie do działania w jej imieniu³⁵, doprowadzi w ostateczności do zwrotu wniosku (art. 130 § 2 k.p.c. w zw. z art. 35 p.u.n.)³⁶.

Innymi słowy, *de lege lata* faktyczny członek zarządu nie jest ani uprawniony, ani zobowiązany do zgłoszenia w imieniu spółki z o.o.-dłużnika wniosku o ogłoszenie upadłości tejże spółki, a ponadto nie ma on możliwości realizacji tego obowiązku ze względów proceduralnych. W takiej sytuacji trudno obciążać go odpowiedzialnością za — w uproszczeniu³⁷ — spóźnione zgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości spółki z o.o. na podstawie art. 299 k.s.h. oraz art. 21 ust. 3 p.u.n.³⁸

Aczkolwiek kuszące wydaje się przejście w tym zakresie poglądów reprezentowanych w doktrynie niemieckiego prawa spółek i prawa upadłościowego, nie wydaje się jednak, by polskie orzecznictwo sądów powszechnych osiągnęło taki stopień „prawotwórstwa”, by w drodze analogii stosować do faktycznych członków zarządu *sensu stricto* przepisy adresowane do członków zarządu spółki z o.o. Stosowanie do faktycznych członków zarządu *sensu stricto* przepisów o odpowiedzialności członków zarządu na podstawie art. 299 k.s.h. oraz art. 21 ust. 3 p.u.n. musiałoby bowiem następować bądź mimo świadomości braku obo-

³⁵ Należy przy tym pamiętać, że zgodnie z art. 21 ust. 2 p.u.n. wniosek taki będzie mógł być podpisany przez jednego członka zarządu spółki z o.o., nawet jeżeli w spółce obowiązuje zasada reprezentacji łącznej.

³⁶ W przypadku, gdyby wniosek o ogłoszenie upadłości składał w imieniu spółki z o.o. adwokat lub radca prawny umocowany przez faktycznego członka zarządu, zastosowanie znajdzie art. 28 p.u.n., chociaż trudno wyobrazić sobie taką sytuację, gdyż w ramach swojej staranności zawodowej profesjonalny pełnomocnik powinien zadbać o prawidłowość swojego umocowania do występowania w imieniu spółki i nie powinien przyjmować on pełnomocnictwa od osoby nieuprawnionej do działania w imieniu spółki w charakterze jej organu. W niniejszym artykule brak jest miejsca na rozważania dotyczące możliwości ustanowienia kuratora dla zgłaszającej wniosek o ogłoszenie upadłości spółki z o.o.-dłużnika na podstawie art. 26¹ p.u.n. w sytuacjach określonej w tym przepisie (braki w składzie organów dłużnika będącego osobą prawną).

³⁷ Odpowiedzialność na podstawie art. 299 k.s.h. nie jest odpowiedzialnością za spóźnione zgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości spółki z o.o., jednakże członek zarządu może zwolnić się od odpowiedzialności, powołując się na przesłanki egzoneracyjne, m.in. w postaci zgłoszenia we właściwym czasie wniosku o ogłoszenie upadłości, i to niezależnie od tego, czy zgłosił on ten wniosek osobiście, czy też dokonał tego nawet wierzyciel spółki. Por. K. Osajda, *op. cit.*, s. 377.

³⁸ Podobną argumentację, z powołaniem się na brak uprawnienia oraz obowiązku do zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości po stronie faktycznego zarządcy, przedstawił w doktrynie niemieckiej U. Haas. Zob. U. Haas, *Reform des gesellschaftsrechtlichen Gläubigerschutzes, Gutachten E für den 66. Deutschen Juristentag*, [w:] Ständige Deputation des Deutschen Juristentages, *Verhandlungen des sechsundsechzigsten Deutschen Juristentages, Stuttgart 2006, Band I, Gutachten, Teil E*, München 2006, s. E47–E48.

wiązku faktycznych członków zarządu do zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości (wówczas byłoby objęci sankcją z tych przepisów bez możliwości uczynienia zadość wynikających z nich obowiązkom), bądź — co wydaje się bardziej trafne — poprzez uznanie, że przepisy te znajdują również zastosowanie do faktycznych członków zarządu *sensu stricto*, jak już wspomniano, w drodze analogii, a więc zostaną oni objęci stosownymi obowiązkami. Takie rozwiązanie można postulować jedynie na przyszłość (*de lege ferenda*), i to w miarę rozwoju koncepcji faktycznego zarządcy *sensu stricto* w prawie polskim oraz po wykształceniu się jasnych kryteriów uzasadniających uznanie wspólnika lub osoby trzeciej za faktycznego członka zarządu i zrównanie ich obowiązków z obowiązkami członków zarządu. Tego rodzaju kryteria można już obecnie rozwijać, aby umożliwić zastosowanie konstrukcji faktycznego zarządcy w celach innych niż te, które przyświecają przepisom ochronnym art. 299 k.s.h. oraz art. 21 ust. 3 p.u.n. Nie jest również wykluczone, że po rozwinięciu stosownych kryteriów w doktrynie i orzecznictwie ustawodawca polski *de lege ferenda* zdecyduje się — na wzór angielski — na wyraźne uregulowanie instytucji faktycznego zarządcy³⁹.

V

Brak możliwości stosowania *de lege lata* do faktycznego zarządcy *sensu stricto* przepisów art. 299 k.s.h. oraz art. 21 ust. 3 p.u.n. nie oznacza, że konstrukcja faktycznego członka zarządu *sensu stricto* jest całkowicie nieprzydatna obecnie na gruncie prawa polskiego. W rachubę może wchodzić bowiem odpowiedzialność wspólników (lub osób trzecich) wobec spółki jako faktycznych członków zarządu na podstawie art. 198 § 1 k.s.h. Chociaż również w tym przepisie jest mowa o „członkach organów spółki”, jednak w przypadku tego przepisu nie ma takich przeszkód w jego zastosowaniu do faktycznych zarządców, jak w przypadku art. 299 k.s.h. oraz art. 21 ust. 3 p.u.n. Faktyczni członkowie zarządu mogą bowiem realnie działać jako członkowie zarządu w relacjach wewnętrznych, w tym mając dostęp do konta, dokonywać zakazanych wypłat pozostałym wspólnikom). Moim zdaniem mogą oni również odpowiadać wobec spółki na podstawie art. 293 k.s.h., jeżeli wyrządzili jej szkodę swoim działaniem lub zaniechaniem sprzecznym z prawem lub postanowieniami umowy spółki. Powoływanie się w takich sytuacjach na dosłowne brzmienie przepisu i jego wykładnię literalną nie zawsze byłoby zasadne. Nie powinno się bowiem, moim zdaniem, wykluczyć zastosowania tych przepisów wobec faktycznych członków zarządu *sensu stricto* poprzez zastosowanie rozszerzającej (ze względu na wynik) wykładni celowościowej (ze względu na metodę) tych przepisów, a w razie wątpliwości co do dopuszczalności takiej wykładni funkcjonalnej — w drodze analogii.

³⁹ Por. przyp. 11.

Poszukując dogmatycznej podstawy dla odpowiedzialności faktycznych członków zarządu *sensu stricto*, która uzasadniałaby zastosowanie bądź to przy zastosowaniu wykładni funkcjonalnej, bądź to w drodze analogii przepisów odnoszących się do członków zarządu *de iure*, można by sięgnąć również do dorobku doktryny niemieckiej, w której przedstawiono wiele propozycji w tym zakresie. Sięgają one od mało wyrazistej koncepcji przejścia odpowiedzialności za losy spółki (niem. *Gedanke der Übernahmeverantwortung*), względnie teorii zbieżności władzy i odpowiedzialności (niem. *Gleichlauf von Herrschaft und Haftung*), poprzez koncepcję objęcia funkcji organu (niem. *Okkupierung der Organstellung*), aż do najbardziej obecnie popularnej koncepcji szczególnego stosunku zobowiązaniowego łączącego spółkę z faktycznym członkiem zarządu, którego podstawą jest rzeczywiste pełnienie funkcji członka zarządu (dosłownie: szczególne powiązanie, stosunek szczególnego powiązania; niem. *Sonderverbindung*)⁴⁰. U podstaw koncepcji szczególnego (zobowiązaniowego) stosunku powiązania leży przekonanie, że daleko idące kompetencje zarządcy faktycznego wymagają z punktu widzenia ochrony wierzycieli oraz współników wykreowania szczególnego porządku (stosunku) odpowiedzialności⁴¹. Osoba, która rzeczywiście piastuje funkcję członka zarządu, nie może się bowiem uchylić od związanej z tym odpowiedzialności, powołując się na brak jej powołania na to stanowisko. Taki zarzut nie zasługuje na uwzględnienie w myśl zasady *venire contra factum proprium nemini licet*⁴². Ramy niniejszego opracowania nie pozwalają na szerszą analizę problematyki dogmatycznej podstawy prawnej dla odpowiedzialności zarządców faktycznych. W tym miejscu należy jednak zwrócić uwagę, że koncepcja szczególnego powiązania (niem. *Sonderverbindung*) jest coraz szerzej rozwijana w doktrynie niemieckiego prawa spółek kapitałowych w celu uzasadnienia wewnętrznej odpowiedzialności współników wobec spółki z o.o., odmiennej od odpowiedzialności w ramach członkostwa w spółce, a także od odpowiedzialności wynikającej z obowiązków lojalności wobec spółki⁴³. Podstawą takiej odpowiedzialności jest szczególne powiązanie (szczególny stosunek) współnika ze spółką, które jednak budowane jest odrębnie dla każdego z rodzajów odpo-

⁴⁰ Szerzej na temat dogmatycznych podstaw odpowiedzialności faktycznego zarządcy w doktrynie niemieckiej zob. H. Fleischer, *op. cit.*, s. 340.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² Por. *ibidem*.

⁴³ Należy przy tym pamiętać, że odpowiedzialność ze stosunku lojalności współnika wobec spółki i pozostałych współników stanowi w doktrynie niemieckiej szczególny przejaw odpowiedzialności wynikającej ze stosunku członkostwa, skoro w doktrynie niemieckiej mowa jest o „*mitgliedschaftliche Treue- und Loyalitätspflichten*”. Na temat obowiązków lojalności współników w spółkach kapitałowych zob. P.M. Wiórek, *Obowiązek lojalności współników spółek kapitałowych*, [w:] *Prawo handlowe po przystąpieniu Polski do Unii Europejskiej*, red. W.J. Katner, U. Promińska, Warszawa 2010, s. 326 n. Szerzej na temat obowiązków lojalności w spółkach handlowych zob. D. Wajda, *Obowiązki lojalności w spółkach handlowych*, Warszawa 2009.

wiedzialności, co stanowi zarazem słabość tej koncepcji⁴⁴. Koncepcja ta może być ciekawą podstawą dogmatyczną dla odpowiedzialności faktycznych członków zarządu również w doktrynie polskiej. Należy jednak podkreślić, że stanowi ona podstawę dla przyjęcia odpowiedzialności wewnętrznej wspólników wobec spółki⁴⁵, co jednak jest wystarczające z uwagi na omawianą w tym punkcie odpowiedzialność na podstawie art. 198 § 1 oraz 293 k.s.h.

Samo ustalenie dogmatycznej podstawy dla odpowiedzialności członków zarządu *sensu stricto* nie jest jednak przydatne, dopóki nie ustali się, w jakich sytuacjach mamy do czynienia z faktycznym członkiem zarządu *sensu stricto*, a więc dopóki nie ustalimy, jaki musi być zakres i kierunek działania faktycznego zarządcy, aby uznać, że przekroczył on swoje kompetencje jako wspólnik albo wierzyciel i zaczął działać w sferze zastrzeżonej dla zarządu spółki. Doktryna polskiego prawa spółek nie poświęca zbyt wiele uwagi kryteriom pozwalającym uznać działanie danej osoby, a zwłaszcza wspólnika, za działanie faktycznego zarządcy. Dlatego warto w tym zakresie sięgnąć do dorobku doktryny zagranicznej.

VI

W zagranicznej doktrynie i orzecznictwie stawia się z reguły surowe wymogi dla uznania, że w danym stanie faktycznym należy sięgnąć do konstrukcji faktycznego zarządcy. Dla przyjęcia odpowiedzialności jako zarządca faktyczny nie jest w szczególności wystarczające, aby dana osoba wykonywała jakiegokolwiek

⁴⁴ Stosunek szczególnego powiązania ma bowiem uzasadniać nie tylko odpowiedzialność wspólnika jako faktycznego zarządcy, lecz również odpowiedzialność wspólnika wobec spółki za unicestwienie egzystencji spółki. Na temat tej ostatniej por. chociażby Ch. Osterloh-Konrad, *Abkehr vom Durchgriff: Die Existenzvernichtungshaftung des GmbH-Gesellschafters nach „Trihotel“*, „Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht“ 2008, nr 172, s. 274 n. Tworzenie odrębnej podstawy odpowiedzialności w ramach stosunku wewnętrznego (szczególnego powiązania) jest dokonywane dlatego, że dany typ odpowiedzialności nie mieści się w ramach innego stosunku prawnego łączącego wspólnika ze spółką, np. stosunku członkostwa. Czym innym są bowiem obowiązki wspólnika w ramach stosunku członkostwa, a czym innym obowiązki wynikające z przejęcia przez wspólnika aktywności zastrzeżonej dla stosunku organizacyjnego łączącego spółkę z jej zarządcą. Przyjmowanie koncepcji szczególnego stosunku jako podstawy dla każdej nowej grupy obowiązków, niemieszczących się w danym (doktrynalnie ugruntowanym) stosunku wiążącym spółkę ze wspólnikiem, może prowadzić do mnożenia wiązki równoległych powiązań i swoistego rozbicia podstaw odpowiedzialności. Z drugiej jednak strony, każda z tych podstaw odpowiedzialności jest, póki co, w miarę czytelna: wspólnik odpowiada bądź za naruszenie obowiązków lojalności wobec spółki, bądź za przekroczenie uprawnień i naruszenie obowiązków wynikających z pełnienia przezeń funkcji faktycznego członka zarządu.

⁴⁵ Ma ona natomiast również walor dla kształtowania odpowiedzialności osób trzecich wobec spółki, jednakże należy pamiętać, że przypisanie osobom trzecim występowania w charakterze faktycznych zarządców spółki z o.o. jest zasadniczo trudniejsze niż w przypadku wspólników spółki kapitałowej. Zob. uwagi poniżej.

odnoszące się do spółki uprawnienia w ramach stosunku spółki, członkostwa, czy też w ramach stosunku zewnętrznego wiążącego ją ze spółką (w przypadku osób trzecich). Odpowiedzialność uzasadnia dopiero wykonywanie specyficznych dla organu funkcji w sposób typowy dla organu⁴⁶. Dlatego spod konstrukcji zarządcy faktycznego wyłączone są zewnętrzne formy i środki nacisku wywierane na spółkę przez jej kontrahentów. Dopiero wtedy gdy kontrahenci zaczną wywierać wpływ na losy spółki w ramach jej wewnętrznych stosunków i struktury, można rozważać zastosowanie tej konstrukcji. Nie mieści się również zasadniczo w konstrukcji faktycznego zarządcy wykonywanie przez wspólników spółki przysługujących im uprawnień, w tym nawet w postaci wydawania wiążących poleceń zarządowi spółki⁴⁷.

Aby uzasadnić odpowiedzialność na zasadach koncepcji zarządcy faktycznego, w zagranicznej doktrynie i orzecznictwie nie poprzestaje się jednak na owych ogólnych zasadach, lecz rozwija szczegółowe kryteria pojedyncze, mające uzasadniać tę odpowiedzialność, przy czym brak jest jednolitości poglądów w tym zakresie, a rozwiązania przyjęte w poszczególnych państwach różnią się od siebie.

Przy konstruowaniu instytucji zarządcy faktycznego *sensu stricto* bierze się pod uwagę następujące kryteria pojedyncze, a w ich ramach następujące alternatywy⁴⁸:

- 1) (całkowite) wyparcie zarządców *de iure* albo przejęcie istotnych zadań z zakresu zarządzania spółką,
- 2) stały wpływ na spółkę albo wpływ na poszczególne decyzje zarządu,
- 3) występowanie w stosunku zewnętrznym albo w stosunku wewnętrznym,
- 4) akceptacja działania w charakterze faktycznego zarządcy przez pozostałych wspólników albo jej brak,
- 5) dopuszczalność uznawania za faktycznego zarządcę wyłącznie osób fizycznych albo osób fizycznych oraz osób prawnych,
- 6) realizacja funkcji członków zarządu albo realizacja własnych interesów i uprawnień.

Pomijana jest przy tym kwestia, czy odpowiedzialność faktycznych członków zarządu ma być ukształtowana jako odpowiedzialność wewnętrzna wobec spółki, czy też zewnętrzna wobec jej wierzycieli, ponieważ rodzaj tej odpowiedzialności zależy ściśle od odpowiedzialności prawnej zarządców *de iure* i jej ukształtowania w danym systemie prawnym. Dodatkowo w ramach danego porządku prawnego mogą istnieć obydwa rodzaje odpowiedzialności, o czym świadczy chociażby zestawienie odpowiedzialności na podstawie art. 299 k.s.h. (zewnętrzna wobec wierzycieli spółki) z odpowiedzialnością z art. 198 § 1 k.s.h. (wewnętrzna wobec spółki).

⁴⁶ Zob. w doktrynie niemieckiej H. Fleischer, *op. cit.*, s. 341: „*Die Wahrnehmung organspezifischer Funktionen in organtypischer Weise*”.

⁴⁷ *Ibidem*. Zob. jednak uwagi poniżej na temat angielskiego prawa spółek.

⁴⁸ Pojedyncze kryteria używane w celu przyjęcia konstrukcji zarządcy faktycznego za: H. Fleischer, *op. cit.*, s. 341 n.

Ad 1) Kryterium intensywności wpływu na funkcjonowanie spółki stanowi najważniejszy miernik przy ustalaniu odpowiedzialności faktycznych zarządców. W doktrynie i orzecznictwie niemieckim zdania w tej kwestii są podzielone. W orzecznictwie sądów karnych w celu przyjęcia odpowiedzialności faktycznych zarządców wymaga się, aby odgrywali oni dominującą rolę w zarządzaniu spółką, natomiast część doktryny domaga się ponadto całkowitego wyparcia zarządców *de iure* przez zarządców faktycznych; podczas gdy dla odpowiedzialności cywilnej Federalny Trybunał Sprawiedliwości (niem. *Bundesgerichtshof*, w skrócie: BGH) uznaje za wystarczające działanie faktycznych członków zarządu obok zarządców *de iure*, nawet jeżeli ci ostatni sprawują funkcje zarządcze w ograniczonym zakresie⁴⁹. W niemieckiej doktrynie podkreśla się, że celu ustalenia intensywności wpływu należy się opierać nie na kryteriach prawnych, lecz ekonomicznych. Istotne jest, czy i jakie (jakiego rodzaju) funkcje kierownicze objęła dana osoba, jak również zakres (rozmiar) i intensywność wywieranego przez nią wpływu na prowadzenie przedsiębiorstwa spółki⁵⁰. Wywierany przez wspólnika (osobę trzecią) wpływ na zarządzanie spółką musi być rzeczywisty i istotny, nie wystarczy sama możliwość wywierania wpływu i oddziaływania na zarządców⁵¹.

Natomiast w orzecznictwie angielskim do niedawna dominowało restrykcyjne stanowisko, zgodnie z którym do uznania danego podmiotu za zarządcę faktycznego w stosunku wewnętrznym, a więc *shadow director*, wymagany był tak silny wpływ na spółkę, przy którym zarządcy spółki byli jedynie marionetkami w rękach wspólników albo osób trzecich i działali wyłącznie na podstawie ich wskazówek. W związku z tym rzadko kiedy dochodziło do przyjęcia działania wspólnika w charakterze *shadow director*, zwłaszcza w stosunkach koncernowych. Wystarczające do podważenia tej konstrukcji było wykazanie, że zarządcom *de iure* pozostawała jakakolwiek, choćby znikoma, swoboda działania⁵². Sytuacja zmieniła się po wydaniu przez *Court of Appeal* przełomowego orzeczenia w sprawie *Secretary of State for Trade and Industry v Deverell*, w którym sąd odrzucił dotychczasową koncepcję „władcy marionetek” (ang. *puppet-master*), a zamiast tego skoncentrował się na kryterium rzeczywistego wpływu danego podmiotu na spółkę (ang. *real influence*). Do jego przyjęcia wystarczające jest, aby *shadow director* wydawał wiążące polecenia w istotnych obszarach działalności spółki, za którymi będą podążać zarządcy. Pozostawienie zarządcom *de iure* pewnych obszarów do ich wyłącznej kompetencji nie będzie zatem stanowić, w świetle nowego orzecznictwa, przeszkody w posłużeniu się konstrukcją *shadow director*⁵³.

O wiele prostsze jest ustalenie na gruncie prawa angielskiego, czy dana osoba działa jako zarządca faktyczny na zewnątrz, a więc jako *de facto director*. Dla

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ U. Haas, [w:] A. Baumbach, A. Hueck, *op. cit.*, § 64, nb. 9b.

⁵¹ *Ibidem*, § 9b.

⁵² Zob. M. Habersack, D.A. Verse, *op. cit.*, s. 190–191.

⁵³ *Ibidem*, s. 191.

przyjęcia tej konstrukcji istotne jest ustalenie między innymi takich kryteriów jak to, czy spółka stwarza na zewnątrz pozór, że dana osoba jest jej zarządcą, czy dana osoba używa na zewnątrz określenia *director*, czy ma ona dostęp do dokumentów spółki, w tym dokumentów księgowych, i czy podejmuje kluczowe decyzje w imieniu spółki. Kryteria te nie są wyczerpujące i nie muszą wystąpić łącznie⁵⁴. Decydujące są jednakże dwa podstawowe: wywieranie na zewnątrz wrażenia, że dana osoba jest zarządcą („*holding out by the company of the individual as a director*”) oraz rzeczywisty wpływ (*real influence*) danej osoby na zarządzanie spółką, podobnie jak w przypadku *shadow director*⁵⁵.

Po przełomowym orzeczeniu *Court of Appeal* w sprawie *Secretary of State for Trade and Industry v Deverell*⁵⁶ i złączeniu kryteriów wymaganych do przyjęcia konstrukcji *shadow director* przyjmuje się, że wymagany do przyjęcia tej konstrukcji stopień wpływu zarządcy na zarządzanie spółką będzie zbliżony do tego, który jest wymagany dla przyjęcia konstrukcji *de facto director*, a różnica między obydwoma formami działania zarządców faktycznych będzie się sprowadzać do tego, że *de facto director* ujawnia się na zewnątrz, a *shadow director* działa wewnątrz spółki, nie ujawniając się wobec uczestników obrotu⁵⁷.

Zgodnie z zagraniczną doktryną i orzecznictwem nie stanowi natomiast wywierania wpływu na spółkę posiadanie większościowego udziału (pakietu akcji) przez wspólnika (akcjonariusza), ani wykonywanie przez wspólnika uprawnień kontrolnych w spółce, jak również podejmowanie uchwał zgodnie z propozycjami przedłożonymi przez zarząd⁵⁸.

Natomiast zasadniczo odmiennie niż w doktrynie i orzecznictwie angielskim doktryna niemiecka przyjmuje, że nie stanowi wywierania wpływu jako faktyczny zarządca udzielanie zarządom przez wspólników wiążących poleceń przybierających formę uchwał i wywieranie w ten sposób wpływu na kierowanie przedsiębiorstwem spółki. Granica między dozwolonym wpływem a działaniem w roli faktycznego zarządcy zostaje przekroczona, gdy przejęte przez wspólników kompetencje przekroczą ich uprawnienie do dozwolonego wydawania poleceń, a zwłaszcza gdy dojdzie do współdziałania wspólników w realizacji zadań i kompetencji zastrzeżonych wyłącznie dla członków zarządu⁵⁹.

⁵⁴ Tak *ibidem*, s. 192–193.

⁵⁵ Zob. *ibidem*, s. 193 i powołane przez nich orzeczenie *Court of Appeal* w sprawie *Kaytech International plc., Re; Secretary of State for Trade and Industry v Kaczer* (1999) 2 BCLC 351.

⁵⁶ *Secretary of State for Trade and Industry v Deverell* (2000) BCLC 133.

⁵⁷ Tak M. Habersack, D.A. Verse, *op. cit.*, s. 193.

⁵⁸ W odniesieniu do prawa angielskiego por. *ibidem*, s. 191; w doktrynie francuskiej M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, *Droit des sociétés*, Paris 2007, s. 133.

⁵⁹ Zob. H. Fleischer, *op. cit.*, s. 345. Chodzi o takie wyłączne kompetencje i obowiązki członków zarządu, które są wolne od podlegania wpływowi wspólników w drodze wiążących poleceń (są wyłączone spod dyspozycji wspólników), a w szczególności: obowiązek zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości spółki, a także zakaz dokonywania wypłat z naruszeniem reguł utrzymania kapitału zakładowego określonych w § 30 n. GmbHG. W takim zakresie zarządcy spółki z o.o. nie

Różnica w ocenie wydawania zarządom wiążących poleceń przez wspólników, która wydaje się zarysowywać po zestawieniu rozwiązań angielskich i niemieckich, jest tak naprawdę pozorna. W porównaniu z angielskim niemieckie prawo spółki z o.o. cechuje słabsza pozycja zarządców wobec wspólników, którzy mogą wywierać silny wpływ na prowadzenie spraw spółki, wydając im wiążące polecenia. Natomiast w prawie angielskim, podobnie jak w innych zagranicznych porządkach prawnych, zarządcy mają silną pozycję i możliwość ingerowania w prowadzenie spraw spółki jest — w porównaniu z rozwiązaniem niemieckim — ograniczona⁶⁰. To wyjaśnia pozorną różnicę pomiędzy niemieckim a angielskim porządkiem prawnym. Ponieważ to, co w Niemczech mieści się w modelu organizacyjnym spółki z o.o., w Wielkiej Brytanii może wykraczać już poza taki model. W tym miejscu należy jedynie podkreślić, że modelowi organizacyjnemu spółki z o.o. przyjętemu w polskim prawie spółek bliżej jest do modelu niemieckiego, a wspólnicy polskiej spółki z o.o. mogą zasadniczo wydawać członkom zarządu wiążące polecenia, które będą z reguły przybierać formę uchwał⁶¹.

Ad 2) W orzecznictwie sądów niemieckich brak jest wypowiedzi odnośnie do czasowego aspektu oddziaływania faktycznego zarządcy na spółkę. Natomiast w orzecznictwie francuskim i szwajcarskim przyjęcie konstrukcji zarządcy faktycznego wymaga, aby jego oddziaływanie na spółkę miało charakter trwały⁶². Doktryna niemiecka przychyliła się do tego poglądu, podkreślając, że pojedyncze ingerencje zasadniczo nie naruszają struktury i funkcjonowania organów, chyba

mogą realizować sprzecznych z ich ustawowymi obowiązkami poleceń wspólników. Por. *ibidem* oraz U. Haas, *Die Rechtsfigur...*, s. 498 n.

⁶⁰ Por. U. Haas, *Die Rechtsfigur...*, s. 498.

⁶¹ Tak słusznie odnośnie do możliwości wydawania przez wspólników spółki z o.o. wiążących poleceń członkom zarządu w doktrynie polskiej: S. Sołtysiński, A. Szumański, [w:] *System prawa prywatnego*, t. 17A: *Prawo spółek kapitałowych*, red. S. Sołtysiński, Warszawa 2010, s. 451. Należy jednak przyznać, że duża część doktryny, na co zwracają uwagę powołani autorzy, reprezentuje pogląd, zgodnie z którym nie tylko w spółce akcyjnej, lecz również w spółce z o.o. obowiązuje zakaz wydawania wiążących poleceń członkom zarządu przez wspólników (zgromadzenie wspólników). Zob. *ibidem*, s. 451 i literatura powołana w przyp. 1843.

⁶² Zob. H. Fleischer, *op. cit.*, s. 341. Por. CA Paris 11 juin 1987, Bull. Joly 1987, s. 719 n.: „la qualité de gérant de fait est caractérisée par l’immixtion dans les fonctions déterminantes pour la direction générale de l’entreprise, impliquant une participation continue à cette direction et un contrôle effectif et constant de la marche de la société en cause” [podkr. — P.M.W.]. Orzeczenie cytowane za: M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, *op. cit.*, Paris 2007, s. 132. Orzeczenie to cytuje również H. Fleischer, *op. cit.*, s. 341, przyp. 84. W tym samym miejscu autor ten przywołuje również orzeczenie szwajcarskiego Trybunału Sprawiedliwości, BGE 128 III 29 (33), zawierające podobną tezę: „[...] eine faktische Organschaft nur einer Person zukommt, die in eigener Verantwortung eine dauernde Zuständigkeit für gewisse das Alltagsgeschäft übersteigende und das Geschäftsergebnis beeinflussende Entscheidungen wahrnimmt”.

że są one szczególnie doniosłe i następują w szczególnie newralgicznych dla spółki momentach, takich jak jej sytuacja kryzysowa⁶³.

Ad 3) Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem niemieckiego BGH dotyczącym zakwalifikowania danej osoby jako faktycznego zarządcy *sensu stricto* wymagane jest jej występowanie jako zarządca na zewnątrz. Pogląd ten podziela również część niemieckiej doktryny⁶⁴. Coraz więcej przedstawicieli niemieckiej nauki prawa spółek postuluje jednak, aby wystarczające do skonstruowania instytucji faktycznego zarządcy było występowanie danej osoby jako zarządca w stosunkach wewnętrznych spółki⁶⁵.

W prawie francuskim do zakwalifikowania danej osoby jako zarządcy faktycznego nie jest wymagane, aby występowała ona jako zarządca na zewnątrz. Wystarczające jest, aby wywierała ona wpływ na zarząd w formie wiążących poleceń, o ile osiągną one stopień intensywności uzasadniający jej odpowiedzialność⁶⁶.

W doktrynie i orzecznictwie angielskim, jak już wcześniej wspomniano⁶⁷, rozróżnia się działających w stosunku wewnętrznym *shadow directors* od działających na zewnątrz *de facto directors*, poddając obydwie kategorie zarządców faktycznych reżimowi odpowiedzialności zarządców *de iure*.

Ramy niniejszego artykułu nie pozwalają na szczegółowe rozważania na temat wymaganego do przyjęcia konstrukcji zarządcy faktycznego kierunku aktywności współnika spółki z o.o. W tym miejscu należy jednak podkreślić, że płynące dla spółki z o.o. i jej wierzycieli niebezpieczeństwo związane z działaniem faktycznego zarządcy może mieć — i z reguły ma — swoje (wystarczające) źródło w stosunkach wewnętrznych spółki i nie zawsze podlega ujawnieniu na zewnątrz spółki⁶⁸. Co więcej, wiele przepisów znajduje zastosowanie do członków zarządu w ramach ich relacji wewnętrznych ze spółką, o czym świadczą chociażby powołane art. 198 § 1 oraz art. 293 k.s.h. Uzależnianie zastosowania przepisów o charakterze wewnętrznym do faktycznych członków zarządu od ich występowania w stosunkach zewnętrznych sprzeciwiałoby się ich celowi. Również przy stosowaniu *de lege ferenda* wobec faktycznych członków zarządu przepisów nakładających na nich odpowiedzialność o charakterze zewnętrznym (np. art. 299 k.s.h.) nie powinno się z góry wykluczać objęcia tą odpowiedzialnością działających jedynie wewnątrz spółki faktycznych członków zarządu, zwłaszcza gdyby działali oni w ukryciu, posługując się członkami zarządu spółki z o.o. jako przysłowiowymi marionetkami.

⁶³ Por. H. Fleischer, *op. cit.*, s. 342.

⁶⁴ Zob. sprawozdawczo *ibidem* i powołana tam literatura.

⁶⁵ Tak U. Haas, *Die Rechtsfigur...*, s. 499; *idem*, [w:] A. Baumbach, A. Hueck, *op. cit.*, § 64, nb. 10; H. Fleischer, *op. cit.*, s. 342–343.

⁶⁶ Por. U. Haas, *Die Rechtsfigur...*, s. 479 i powołana tam literatura.

⁶⁷ Zob. przyp. 11 oraz uwagi w tekście głównym.

⁶⁸ Tak słusznie w doktrynie niemieckiej H. Fleischer, *op. cit.*, s. 342.

Ad 4) Kwestia, czy pozostali wspólnicy akceptują albo nie występowanie jednego z nich lub osoby trzeciej w charakterze faktycznego zarządcy, jest sporna w zagranicznej doktrynie i orzecznictwie. W doktrynie niemieckiej część autorów podnosi, że to kryterium nie ma w praktyce istotnego znaczenia, zwłaszcza jeżeli rozpatruje się odpowiedzialność faktycznych członków zarządu wobec spółki⁶⁹. Inni przedstawiciele doktryny stoją natomiast na stanowisku, że zgoda wspólników, a przynajmniej ich większości, jest wymagana do przyjęcia konstrukcji faktycznego zarządcy⁷⁰.

Jak już wskazałem, akceptacja ze strony wspólników występowania danej osoby w charakterze członka zarządu może mieć kluczowe znaczenie w przypadku „wadliwego” powołania członka zarządu i uznania, że nastąpiło w sposób konkludentny powierzenie faktycznemu członkowi zarządu funkcji członka zarządu. Natomiast w przypadku członków zarządu *sensu stricto* akceptacja pozostałych wspólników i wyrażenie przez nich zgody na pełnienie przez innego wspólnika roli faktycznego zarządcy może mieć znaczenie przy ustalaniu istnienia dogmatycznej podstawy dla tej odpowiedzialności, zwłaszcza wówczas gdyby podjąć się próby budowania tej odpowiedzialności na podstawie koncepcji objęcia funkcji organu spółki (podobnej do niemieckiej koncepcji *Okkupierung der Organstellung*), w ramach której znaczenie mogłaby mieć (zasadniczo konkludentna) akceptacja takiego objęcia władzy w spółce przez pozostałych wspólników.

Ad 5) Zarówno w Wielkiej Brytanii⁷¹, jak i we Francji⁷² za faktycznego zarządcę uznaje się nie tylko osoby fizyczne, lecz również osoby prawne. W Niemczech za faktycznych zarządców uznaje się wyłącznie osoby fizyczne, tylko takie mogą bowiem pełnić funkcję członków zarządu⁷³. Jednakże ze względu na specyfikę tej konstrukcji pojawiają się głosy, aby objąć nią również osoby prawne, za czym w szczególności mają przemawiać zarówno rzeczywista możliwość wywierania wpływu jako faktyczny zarządca również przez osoby prawne i okupowanie przez nie pozycji organu, jak i potrzeba ochrony wierzycieli spółki oraz jej wspólników, która będzie taka sama również w przypadku występowania przez osoby prawne w charakterze faktycznych zarządców⁷⁴. Podnosi się przy tym dodatkowy argument: skoro za faktycznych zarządców uznaje się również osoby fizyczne, które z mocy prawa, w związku ze skazaniem za określone przestępstwa, nie mogą pełnić funkcji zarządcy, to powinno się również dopuścić możliwość uznania za faktycznego zarządcę niezdolne do pełnienia tej funkcji — w świetle

⁶⁹ Por. *ibidem*, s. 343.

⁷⁰ Tak. U. Haas, [w:] A. Baumbach, A. Hueck, *op. cit.*, § 64, nb. 9a.

⁷¹ Zob. M. Habersack, D.A. Verse, *op. cit.*, s. 190, co wynika również z tego, że w angielskim prawie spółek funkcję *directors* mogą pełnić również osoby prawne.

⁷² Zob. U. Haas, *Reform...*, s. E47.

⁷³ Zob. H. Fleischer, *op. cit.*, s. 343 oraz powołana tam literatura i orzecznictwo.

⁷⁴ *Ibidem*.

obowiązujących przepisów — osoby prawne⁷⁵. Moim zdaniem argumentacja ta zasługuje również na uwzględnienie na gruncie polskiego prawa spółek.

Ad 6) Wykonywanie własnych uprawnień — w przeciwieństwie do funkcji ściśle zarządzających — stanowi kryterium, stosowane jest przede wszystkim do osób trzecich, z reguły do wierzycieli spółki, a w mniejszym zakresie do jej współników. Przyjmuje się, że nie stanowi ono zasadniczo ingerencji w wewnętrzne funkcjonowanie spółki. W praktyce mogą się jednak pojawić problemy z rozgraniczeniem sfery dozwolonych działań w interesie własnym od wykraczającego poza te ramy ingerowania („mieszania się”) w sprawy własne spółki. Z jednej strony dopuszczalny jest na przykład wgląd kredytującego spółkę z o.o. banku w jej sytuację finansową i uzależnianie wykonania umowy kredytowej od spełnienia przez spółkę pewnych warunków finansowych, względnie podjęcia przez nią pewnych kroków sanacyjnych, a także konsultowanie z bankiem istotnych pod względem finansowym decyzji w spółce. Nie stanowi nadmiernej ingerencji także sporadyczne uczestniczenie instytucji kredytowej w zgromadzeniach współników, a nawet żądanie odwołania nieefektywnego — z punktu widzenia banku — zarządcy spółki⁷⁶. Z drugiej jednak strony za objęcie funkcji faktycznego zarządcy uznaje się przejęcie przez kredytodawcę typowych dla organu spółki uprawnień, w szczególności przejęcie (od zarządu) oraz prowadzenie finansowych spraw spółki w czasie kryzysu, a także prowadzenie na zasadzie wyłączności negocjacji w imieniu spółki z pozostałymi wierzycielami⁷⁷. W tym miejscu należy zwrócić uwagę na przywołane już orzeczenie *Court of Appeal* w sprawie *Secretary of State for Trade and Industry v. Deverell*, w którym sąd uznał za *shadow directors* dwóch świadczących spółce usługi doradców, którzy uczestniczyli w podejmowaniu kluczowych dla spółki decyzji, nie będąc jej współnikami większościowymi, ani nie posiadających — na mocy jakiegokolwiek porozumienia — uprawnień kontrolnych w spółce. Natomiast jeden z nich był wtajemniczony w najważniejsze aspekty związane z zarządzaniem sprawami spółki i był przez nią traktowany na równi z zarządcami najwyższego szczebla, a drugi doradca wykroczył znacznie poza swoją rolę konsultanta w sprawach finansowych⁷⁸. Ponadto spółka zazwyczaj realizowała wszelkie zalecenia owych doradców⁷⁹.

Przedstawione kryteria — omówione z uwagi na ograniczone ramy objętościowe niniejszego artykułu jedynie skrótowo — mogą być przydatne przy rozwiązywaniu na gruncie polskiego prawa spółek instytucji faktycznego członka zarządu *sensu stricto*.

⁷⁵ *Ibidem*.

⁷⁶ Tak w doktrynie niemieckiej *ibidem*, s. 344.

⁷⁷ *Ibidem*.

⁷⁸ Zob. B. Hannigan, *op. cit.*, s. 145.

⁷⁹ Zob. M. Habersack, D.A. Verse, *op. cit.*, s. 192.

VII

Przeprowadzona w ramach niniejszego artykułu analiza pokazuje, że instytucja zarządcy faktycznego *sensu stricto* jest ciekawą i wieloaspektową konstrukcją, która występuje z powodzeniem w systemach prawnych wielu państw członkowskich UE i stanowi w praktyce dodatkową podstawę odpowiedzialności osób trzecich, a przede wszystkim wspólników spółki z o.o. ingerujących w zarządzanie spółką w taki sposób, że są oni traktowani jako zarządcy faktyczni. Konstrukcja ta może zostać z powodzeniem wykorzystana *de lege lata* na gruncie polskiego prawa spółek jako dodatkowa podstawa odpowiedzialności wspólników wobec spółki, a w miarę rozwoju tej instytucji *de lege ferenda* — również wobec wierzycieli spółki z o.o. Natomiast już obecnie należy opowiedzieć się za (ostrożnym) stosowaniem wobec tak zwanych wadliwie powołanych członków zarządu spółki z o.o. przepisów o wewnętrznej i zewnętrznej odpowiedzialności członków zarządu tej spółki.

PROTECTION OF CREDITORS OF LIMITED LIABILITY COMPANY
THROUGH THE CONSTRUCTION OF *DE FACTO* DIRECTOR

Summary

The article provides an analysis of admissibility and functionality of the construction of *de facto* director in Polish company law as a measure of protection of creditors of limited liability company.

De lege lata this construction can be useful as a basis of the liability of company members against their own company. *De lege ferenda* the liability of company members should be extended and company creditors should have a possibility — but only in particular cases — of asserting their claims directly against company members.