

Piotr Wąż

Koncern umowy w niemieckim prawie koncernowym

I. Klasyfikacja umów prawa koncernowego

Koncern umowy opiera swoje istnienie o formalne porozumienie pomiędzy jego uczestnikami. Ściślej rzecz ujmując, do zawarcia umowy koncernowej dochodzi pomiędzy podmiotem dominującym a podmiotem zależnym. Zasadniczą konsekwencją tego faktu jest formalna konkretyzacja wzajemnych praw i obowiązków podmiotów powiązanych ze sobą w wyniku odpowiednio ukierunkowanej integracji kapitałowej, majątkowej czy osobowej.

W doktrynie przyjmuje się, że umowy koncernowe są rodzajem porozumień gospodarczych, zbliżonych charakterem do umów założycielskich. Z tą jednak różnicą, że o ile umowy założycielskie tworzą ustrój nowo kształtującej się struktury, o tyle umowy koncernowe zmieniają już ukształtowany ustrój. Podobieństwo umów koncernowych do umów założycielskich przejawia się również w tym, że zawarcie tych pierwszych kreuje twór organizacyjny, jakim jest koncern. Tym samym umowa koncernowa stanowi akt erekcyjny koncernu. Umowy koncernowe mają charakter konsensualny i zobowiązujący, ciągły i długotrwały. W związku z tym, że stronami tych umów jest wyłącznie podmiot dominujący i podmiot zależny – mają one charakter dwustronny, w odróżnieniu od typowych umów założycielskich, które zawierane są pomiędzy wieloma podmiotami¹.

¹ S. Włodzka, *Prawo umów w obrocie gospodarczym*, Warszawa 2001, s. 335.

Zawarcie umowy koncernowej rodzi daleko idące następstwa w sferze ustroju podmiotu zależnego². W głównej mierze dochodzi do rewizji pierwotnego celu działalności jednostki koncernowej. Nowym motorem działań staje się obiektywnie z założenia pojmowany interes koncernu. Dotychczasowe kierunki działalności zostają podporządkowane strategii całego zgrupowania. Zmianie ulega również pozycja organów zarządzających jednostką podporządkowaną. Tracą one samodzielność decyzyjną z chwilą powstania stosunku zależności, przy zachowaniu prawnej odrębności. Wreszcie zmianie ulega sytuacja współników mniejszościowych.

Drugi dział trzeciej księgi niemieckiej ustawy o spółce akcyjnej³ (dalej: AktG) odnosi się w sposób szczegółowy do problematyki umów koncernowych, określonych tutaj zbiorczo mianem umów o prowadzenie przedsiębiorstwa (niem. *Unternehmensverträge*). W §§ 291 i 292 AktG został ustanowiony katalog tego typu umów. Regulacja prawna zawarta w § 291 ust. 1 AktG wyróżnia dwa rodzaje umów najbardziej typowych dla prawa koncernów. Są nimi:

- umowa o decydującym kierownictwie (niem. *Beherrschungsvertrag*)⁴ oraz
- umowa o odprowadzanie zysku (niem. *Gewinnabführungsvertrag*).

² Tamże, s. 336.

³ Niemiecka ustawa o spółce akcyjnej (niem. *Aktiengesetz*) z dnia 6 września 1965 r. (BGBl. I S. 1089, BGBl. III 4121-1). W odróżnieniu od koncernu spółki akcyjnej, funkcjonowanie koncernu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością nie znajduje oparcia w akcie rangi ustawy. Niemiecka ustawa o spółce z ograniczoną odpowiedzialnością (niem. *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung*) z dnia 20 kwietnia 1892 r. (RGBl. S. 477, BGBl. III 4123-1) nie zawiera co prawda podobnych do ustawy o spółce akcyjnej regulacji prawnych odnoszących się do instytucji koncernu, niemniej jednak wskutek prawokształtujących działań orzecznictwa Niemieckiego Sądu Najwyższego oraz tamtejszej doktryny, polegających na wypracowaniu całego szeregu właściwych niemieckiemu prawu spółek analogii, wykształcono praktykę odpowiedniego stosowania postanowień AktG w zakresie prawa koncernowego względem spółek z o.o.

⁴ W polskiej literaturze tematu można spotkać różne sposoby tłumaczenia niemieckiego określenia „*Beherrschungsvertrag*”. Mówi się mianowicie o „umowie o przejęciu kierownictwa”; „umowie o przekazaniu kierownictwa”, „umowie ustanawiającej pozycję dominującą”, „umowie o decydującym kierownictwie”, czy „umowie o objęciu dominacją”. Na potrzeby niniejszego opracowania, jako wiążący w tym zakresie, przyjmuję zwrot „umowa o decydującym kierownictwie”.

Z umową o odprowadzenie całego zysku zrównana została umowa, na podstawie której spółka zobowiązuje się do prowadzenia jej przedsiębiorstwa na rachunek innego przedsiębiorstwa (§ 291 ust. 1 zd. 2 AktG).

Pozostałe umowy o prowadzenie przedsiębiorstwa wymienia § 292 AktG. Zalicza się do nich porozumienia, przez które spółka:

– zobowiązuje się swój zysk albo zysk pojedynczych jej zakładów całkowicie lub częściowo połączyć z zyskiem innego przedsiębiorstwa albo pojedynczych zakładów innych przedsiębiorstw w celu podziału wspólnego zysku (wspólnota zysku),

– zobowiązuje się część swojego zysku albo zysk pojedynczych jej zakładów całkowicie lub częściowo odprowadzić do innego przedsiębiorstwa (umowa o częściowe odprowadzanie zysku),

– wydzierżawia albo w inny sposób powierza innemu zakładowi jej przedsiębiorstwa (umowa o dzierżawę zakładu, umowa o powierzenie zakładu).

W oparciu o powyższe rozróżnienie, wśród umów o odprowadzanie zysku można wymienić:

- a) umowę o odprowadzanie całego zysku (§ 291 ust. 1 AktG),
- b) umowę o całkowite lub częściowe połączenie swego zysku (wspólnota zysku) (§ 292 ust. 1 pkt 2 AktG);
- c) umowę o częściowe odprowadzenie zysku (§ 292 ust. 1 pkt 2 AktG)⁵.

A zatem, na podstawie regulacji zawartej w §§ 291 i 292 AktG, można dokonać następującego podziału umów koncernowych:

- 1) umowa w sprawie utworzenia koncernu poziomego;
- 2) umowa w sprawie utworzenia koncernu pionowego, w ramach której można wyróżnić:
 - a) umowę o decydującym kierownictwie;
 - b) umowę o odprowadzanie zysków;
 - umowa o odprowadzenie całego zysku
 - umowa o częściowe odprowadzenie zysku
 - umowa o wspólnotę zysku⁶.

⁵ S. Włodzka, *Prawo umów...*, s. 332.

⁶ S. Włodzka, *Prawo koncernowe*, Kraków 2003, s. 8.

II. Istota umów o prowadzenie przedsiębiorstwa

W prawie niemieckim, zarówno umowa o decydującym kierownictwie, jak i umowa o odprowadzaniu zysku stanowią typ umów nazwanych. Ustawa o spółce akcyjnej określa *essentialia negotii* każdej z nich.

Niezbędnym elementem treści umowy o decydującym kierownictwie, stanowiącym o jej istocie, jest formalne wykreowanie stosunku dominacji-zależności poprzez wskazanie podmiotu dominującego i zależnego. Brak stosownego postanowienia w tym zakresie zagrożony jest sankcją prawnej nieskuteczności umowy. (§ 291 ust. 2 AktG). Akt ten ma walor swoistej delegacji kompetencji, a jego następstwem jest powstanie stosunku podporządkowania. W wyniku zawarcia tej umowy jedna ze spółek (spółka zależna) poddaje się kierownictwu drugiej spółki (spółka dominująca). Dochodzi do swego rodzaju cesji uprawnień władczych⁷. Możliwość wywierania wpływu na jednostkę zależną, jako jeden z kluczowych elementów charakteryzujących koncernowy stosunek dominacji-zależności, zyskuje z tą chwilą podstawę formalno-prawną. Najbardziej typowym przejawem tego uprawnienia jest prawo do wydawania wiążących wskazówek (niem. *Weisungen*) zarządowi spółki zależnej (§ 308 AktG)⁸. Z uprawnieniem tym związana jest odpowiedzialność ustawowych przedstawicieli podmiotu dominującego z tytułu szkody wy-

⁷ B. K r o p f f, *Zarys prawa o koncernach*, [w:] *Podstawy prawne gospodarki wolnorynkowej*, red. M. Lutter, J. Semler, Warszawa 1997, s. 99.

⁸ Zgodnie z § 308 AktG: (ust. 1) „Jeżeli istnieje umowa o decydującym kierownictwie, przedsiębiorstwo panujące jest uprawnione do udzielania wskazówek zarządowi spółki (zależnej – *przyp. aut.*) odnośnie kierowania spółką. Jeżeli umowa (koncernowa – *przyp. aut.*) nie stanowi inaczej, mogą zostać udzielone także wskazówki niekorzystne dla spółki, jeżeli służą interesom przedsiębiorstwa panującego albo przedsiębiorstwa złączonego z nim i spółką w koncern.” (ust. 2) „Zarząd jest zobowiązany do wypełniania wskazówek przedsiębiorstwa panującego. Zarząd nie jest uprawniony do odmowy wykonania wskazówek z tego powodu, że jego zdaniem wskazówki nie służą interesom przedsiębiorstwa panującego albo przedsiębiorstwa złączonego z nim i spółką w koncern, chyba że wskazówki te w sposób oczywisty nie służą tym interesom.” (ust. 3) „Jeżeli zarządowi zostanie udzielona wskazówka do podjęcia działania, które może zostać przeprowadzone tylko za zgodą rady nadzorczej spółki i zgoda nie zostanie udzielona w ciągu określonego terminu, zarząd jest zobowiązany do poinformowania o tym przedsiębiorstwa panującego. Jeżeli przedsiębiorstwo panujące po tej informacji ponawia wskazówkę, zgoda rady nadzorczej nie jest już wymagana; jeżeli przedsiębiorstwo panujące ma radę nadzorczą, wskazówka może zostać ponowiona tylko za jej zgodą.”

rzędzonej spółce zależnej, na skutek niezachowania wymaganej ustawą staranności przy wydawaniu wskazówek (§ 309 ust. 1 i 2 AktG).

Poza tym, do elementów przedmiotowo istotnych umowy o decydującym kierownictwie można zaliczyć określenie zasad odpowiedniego wyrównania (niem. *Angemessener Ausgleich*, § 304 AktG) oraz odszkodowania (niem. *Abfindung*, § 305 AktG)⁹. Umowa koncernowa, która w swej treści nie przewiduje wyrównania, jest nieważna (§ 304 ust. 3 zd. 1 AktG). Natomiast pominięcie w treści umowy instytucji odszkodowania lub określenie go w sposób niezgodny z ustawą uprawnia właściwy sąd do ustalenia jego wysokości (§ 304 ust. 5 zd. 2 AktG). W treści umowy powinien zostać ściśle określony zakres uprawnień podmiotu dominującego do wydawania wiążących wskazówek¹⁰.

W niemieckiej praktyce handlowej zawarcie umowy o decydującym kierownictwie jest najpowszechniejszym sposobem zawiązania koncernu umownego.

Natomiast przez umowę o przejęcie zysku spółka zależna zobowiązuje się do przekazania swojego zysku podmiotowi dominującemu (§ 291 ust. 1 AktG). Z faktem zawarcia niniejszej umowy sprzężony jest obowiązek przejęcia przez spółkę dominującą całości strat bilansowych spółki zależnej (§ 302 AktG). Do elementów przedmiotowo istotnych tej umowy należą postanowienia dotyczące zakresu i sposobu odprowadzania zysku, a także postanowienia odnoszące się do zasad odpowiedniego wyrównania oraz odszkodowania, pod rygorem wskazanym odpowiednio w § 304 ust. 3 zd.1 AktG i § 304 ust. 5 zd. 2 AktG. Wśród *essentialia negoti* omawianego typu umowy koncernowej należy również wskazać na obowiązek określenia najwyższej kwoty odprowadzanego zysku¹¹.

Umowa o odprowadzanie zysku rodzi również szczególne konsekwencje w dziedzinie prawa podatkowego. Stanowi bowiem podstawę do

⁹ „Odpowiednie wyrównanie” i „odpowiednie odszkodowanie” są formą rozliczenia się ze współnikami mniejszościowymi na etapie tworzenia umowy koncernowej. Stosownie do powyższego, akcjonariusze mniejszościowi, którzy zdecydują się pozostać w spółce zależnej w charakterze współnika mają prawo do uzyskania „odpowiedniego wyrównania”. Natomiast akcjonariusze podejmujący decyzję o opuszczeniu spółki zależnej mogą zażądać od spółki dominującej „odpowiedniego odszkodowania”.

¹⁰ S. Włodzka, *Prawo umów...*, s. 330.

¹¹ Tamże, s. 332.

uzyskania przez koncern tzw. statusu jedności podatkowej (niem. *Organschaft*). Instytucja ta polega na uzyskaniu prawa do łącznego opodatkowania podatkiem dochodowym koncernu jako całości. Poszczególne jednostki koncernowe traktowane są wówczas jako jeden podmiot i zwolnione są z dokonywania indywidualnych rozliczeń z fiskusem. Dochody każdej z nich obliczane są oddzielnie. Status podatnika przysługuje natomiast jedynie podmiotowi dominującemu, któremu spółki zależne przekazują swój zysk. Mechanizm ten wyklucza podwójne opodatkowanie zysków spółek zależnych, gdyż podatek zostaje zapłacony tylko raz, przez podmiot dominujący. Uzyskana w ten sposób wysokość podatku jest niższa od sumy podatków, jakie musiałyby zostać odprowadzone indywidualnie przez poszczególne spółki koncernu. Dzieje się tak za sprawą „wzajemnego potrącenia” zysków i strat wszystkich spółek koncernu. Wynik finansowy przedsiębiorstwa wykazującego stratę zaniża wynik finansowy przedsiębiorstwa wykazującego zysk. Dopiero w ten sposób uzyskane saldo stanowi podstawę obliczenia podatku.

Aby koncern w świetle przepisów podatkowych uzyskał status omawianej jedności podatkowej, charakteryzujący go stan trwałego połączenia muszą cechować trzy elementy: finansowy, gospodarczy i organizacyjny. Element finansowy przejawia się w zaistnieniu stanu posiadania pakietu większościowego, przysługującego spółce dominującej względem innych jednostek koncernu. Element gospodarczy uwidacznia się we wspólnym celu działalności podmiotów koncernu oraz w fakcie podporządkowania celów spółki zależnej celowi spółki dominującej. Wreszcie element organizacyjny, który wyraża się w fakcie prowadzenia spraw koncernu przez jeden podmiot dominujący o charakterze kierowniczym.

Wszystkie te elementy są składnikami treści umowy o decydującym kierownictwie. W związku z tym najczęściej praktykuje się zawieranie obu umów (tj. umowy o decydującym kierownictwie i umowy o odprowadzaniu zysku) łącznie, co pozwala osiągnąć wymaganą postać powiązania organizacyjnego¹². Niemniej jednak dopuszczalne jest również zawarcie każdej z tych umów oddzielnie. Zatem w ramach koncernu

¹² A. Opalski, *Koncern w niemieckim prawie spółek*, Przegląd Prawa Handlowego 1998, nr 2, s. 20.

omawiane typy umów mogą występować względem siebie w następujących supozycjach:

- zawarto wyłącznie umowę o decydującym kierownictwie;
- zawarto wyłącznie umowę o odprowadzaniu zysku (niezwykle rzadkie przypadki)¹³;
- zawarto obie umowy łącznie;
- zawarto każdą z tych umów oddzielnie.

III. Umowa w sprawie utworzenia koncernu pionowego a umowa w sprawie utworzenia koncernu poziomego

Najpowszechniejszym sposobem klasyfikacji koncernów jest ich podział na koncerny poziome i koncerny pionowe. Generalna różnica pomiędzy nimi polega na tym, że w koncernie poziomym, w odróżnieniu od koncernu pionowego, nie występuje wewnętrzny stosunek podporządkowania. A zatem żaden podmiot w ramach tej struktury nie posiada pozycji dominującej, a co za tym idzie, żadnemu z tych podmiotów nie przysługują kompetencje w zakresie wywierania decydującego wpływu na politykę pozostałych podmiotów koncernu. Uczestnicy tak ukształtowanego zgrupowania zachowują prawną samodzielność, a względem siebie są równouprawnieni i prawnie równorzędni. Wspólnie powołują ośrodek kierowniczy, którego zadaniem jest koordynacja działań koncernu jako całości (centrala). Działania ośrodka nie posiadają cech władztwa kierowniczego, a on sam nie posiada z reguły odrębnej od podmiotów zgrupowania podmiotowości, chociaż czasem zdarza się, że może funkcjonować w postaci spółki kapitałowej. Wówczas najczęściej określa się go mianem spółki wiodącej¹⁴.

Umowa o decydującym kierownictwie funkcjonująca w warunkach koncernu pionowego różni się od, z pozoru tożsamej, umowy obowiązującej w ramach koncernu poziomego. Stosownie bowiem do § 291 ust. 2 AktG: „Jeżeli przedsiębiorstwa, które nie są od siebie zależne, poddają się w drodze umowy jednolitemu kierownictwu, bez określenia warunku, że jedno z nich będzie zależne od drugiego z przedsiębiorstw zawierających umowę, umowa ta nie jest umową o decydującym kierownictwie.”

¹³ L. Stecki, *Koncern*, Toruń 2001, s. 385.

¹⁴ S. Włodzka, *Prawo umów...*, s. 328.

Z treści tego przepisu wynika, że do *essentialia negoti* typowej umowy o decydującym kierownictwie należy fakt istnienia stosunku dominacji-zależności. Jest to warunek *sine qua non* tej formy porozumienia pomiędzy uczestnikami koncernu. Fakt istnienia tego stosunku nie budzi żadnych wątpliwości w przypadku koncernu pionowego. Natomiast ze względu na układ i charakter wzajemnych relacji w koncernie poziomym umowa o decydującym kierownictwie w swej ustawowej formule nie ma więc zastosowania. Wniosek przeciwny wymagałby daleko idącej interpretacji rozumienia § 291 ust. 2 AktG w związku z § 18 AktG¹⁵ zawierającym definicję koncernu. Interpretacja ta powinna wówczas uwzględniać poniższe założenie.

Struktura koncernu poziomego pozbawiona jest cech hierarchicznego podporządkowania. Tak przedstawiający się kształt stosunków wewnątrz koncernu poziomego sprawia, że „zależność”, o której mowa w § 291 ust. 2 AktG, w odniesieniu do tej formy koncernu może być rozumiana jedynie jako „przewodnictwo o charakterze organizacyjnym”, pozbawione cech właściwego władztwa korporacyjnego i możliwości decydującego oddziaływania na innych uczestników zgrupowania. Jedynie przyjęcie tego rodzaju założenia pozwalałoby zanegować tezę mówiącą o zawężeniu zakresu podmiotowego § 291 ust. 2 AktG (umowa o decydującym kierownictwie) wyłącznie do koncernów pionowych. Tym samym umowa o powierzeniu podmiotowi kierownicemu zarządzania przedsiębiorstwem w ramach koncernu poziomego mogłaby zyskać status umowy o decydującym kierownictwie. Jak się jednak wydaje, teza taka nie znajduje oparcia w świetle postanowień niemieckiej ustawy o spółce akcyjnej. Poparcia nie dostarcza jej zarówno omawiana regulacja § 291 ust. 2 AktG, jak i definicja przedsiębiorstwa zależnego zawarta w treści

¹⁵ Zgodnie z § 18 AktG: (ust. 1) „Koncern tworzą przedsiębiorstwo dominujące i jedno bądź wiele przedsiębiorstw zależnych znajdujących się pod wspólnym kierownictwem przedsiębiorstwa dominującego; poszczególne przedsiębiorstwa są przedsiębiorstwami koncernu. Przedsiębiorstwa pomiędzy którymi istnieje umowa o decydującym kierownictwie (§ 291) albo jedno z nich zostało włączone w drugie (§ 319) traktuje się jako znajdujące się pod wspólnym kierownictwem. Domniemywa się, że przedsiębiorstwo zależne tworzy koncern z przedsiębiorstwem panującym.” (ust. 2) „Jeżeli istnieją prawnie samodzielne przedsiębiorstwa, z których jedno nie jest zależne od drugiego, i znajdują się pod wspólnym kierownictwem, tworzą także jeden koncern; poszczególne przedsiębiorstwa są przedsiębiorstwami koncernu.”

§ 17 ust. 2 AktG¹⁶. Przepis § 291 ust. 2 AktG wyraźnie odnosi się do koncernów poziomych, pozbawiając możliwości określenia mianem umowy o decydującym kierownictwie porozumienia, na podstawie którego przedsiębiorstwa względem siebie niezależne poddają się jednolitemu kierownictwu. Natomiast zawarta w § 17 ust. 2 AktG definicja przedsiębiorstwa zależnego nie odpowiada charakterowi stosunków panujących w koncernie poziomym. Brak elementu podrzędności w strukturze koncernu poziomego sprawia, że przedsiębiorstwo w nim wiodące nie ma możliwości wywierania „decydującego wpływu” (§ 17 ust. 2 AktG) na pozostałych uczestników zgrupowania. Fakt ten ostatecznie eliminuje umowę o decydującym kierownictwie z grupy umów możliwych do zastosowania w ramach tej formy koncernu.

Wobec tak przedstawiających się faktów, na określenie umowy w sprawie utworzenia koncernu poziomego, w literaturze tematu zaproponowano przyjęcie określenia: umowa o jednolite kierownictwo¹⁷.

IV. Procedura powstania koncernu umownego

Proces tworzenia koncernu umownego przebiega przez trzy etapy: przygotowawczy, zatwierdzający i rejestracyjny¹⁸. Każdy z nich został szczegółowo unormowany w treści niemieckiej ustawy o spółce akcyjnej.

1. Etap przygotowawczy

Pierwszy z przedmiotowych etapów jest najdłużej trwającym i najbardziej skomplikowanym etapem w całym procesie tworzenia koncernu umownego. Idea stworzenia formalnego zgrupowania podmiotów gospodarczych przyjmuje w nim postać konkretnych działań zmierzających do stworzenia zrębów organizacyjnych przyszłego koncernu. Ostatecznym celem tych działań jest przygotowanie projektu umowy o prowadzenie przedsiębiorstwa.

¹⁶ Zgodnie z § 17 AktG: (ust. 1) „Przedsiębiorstwami zależnymi są przedsiębiorstwa prawnie samodzielne, na które inne przedsiębiorstwo (przedsiębiorstwo panujące) może wywierać bezpośrednio lub pośrednio decydujący wpływ”.

(ust. 2) „Jeżeli przedsiębiorstwo znajduje się w posiadaniu większościowym, domniemywa się, że jest zależne od przedsiębiorstwa, które ma w nim udział większościowy”.

¹⁷ S. Włodzka, *Prawo koncernowe...*, s. 86.

¹⁸ J. Warchoń, *Umowy koncernowe...*, s. 85.

Treść projektu umowy podlega badaniu przez biegłego rewidenta (rewidenta do spraw umowy). Sytuacja ta nie dotyczy przypadku, w którym w posiadaniu podmiotu dominującego znajdują się wszystkie akcje spółki zależnej (§ 293b ust. 1 zd. 1 AktG) bądź jeżeli wszyscy udziałowcy wszystkich zainteresowanych przedsiębiorstw złożą stosowne oświadczenie w tym zakresie (§ 293a ust. 3 AktG w zw. z § 293b ust. 2 AktG). Rewidenci powoływani są przez zarząd spółki zależnej lub przez sąd na wniosek tegoż zarządu (§ 293c ust. 1 AktG) i ponoszą odpowiedzialność wobec przedsiębiorstw zawierających umowę i ich udziałowców (§ 293d ust. 2 AktG).

Kontrola prowadzona przez biegłego rewidenta ma w głównej mierze zapewnić prawidłowość czynności o charakterze rachunkowym, dokonywanych w ramach rozliczeń ze współnikami mniejszościowymi (wyrównanie, odszkodowanie). Po wykonaniu powierzonego zadania rewident składa pisemne sprawozdanie z wyników kontroli, kończąc je stwierdzeniem w przedmiocie poprawności proponowanych zasad wyrównania albo odszkodowania. W treści tego sprawozdania powinna znaleźć się adnotacja określająca:

- 1) metodę, przy pomocy której obliczono wyrównanie i odszkodowanie,
- 2) powody, które zdecydowały o przyjęciu danej metody oraz
- 3) ustalenia, jakie wyrównanie albo jakie odszkodowanie powstałoby przy zastosowaniu różnych metod, o ile zostałyby zastosowane; jednocześnie należy przedstawić, jaką wagę przypisuje się różnym metodom przy ustalaniu zaproponowanego wyrównania albo odszkodowania oraz wartościom będącym podstawą, a także jakie szczególne trudności ujawniły się przy ocenie przedsiębiorstw zawierających umowę (§ 293e ust. 1 AktG).

Wraz z projektem umowy o prowadzenie przedsiębiorstwa zarząd każdej ze spółek uczestniczących w procesie jej zawierania przygotowuje stosowne sprawozdanie, które zgodnie z § 293a AktG powinno zawierać:

- wyjaśnienia o charakterze prawnym i ekonomicznym dotyczące celowości zawarcia umowy o prowadzenie przedsiębiorstwa;
- uzasadnienie i wyjaśnienie umowy oraz jej poszczególnych postanowień;
- scenariusz procedur zabezpieczenia interesu prawnego współników mniejszościowych z uwzględnieniem rodzaju i wysokości wyrównania, według § 304 AktG, oraz odszkodowania, według § 305 AktG.

Sprawozdanie może również zostać sporządzone wspólnie przez zarządy zawierających umowę spółek. W takiej sytuacji powinno w swej treści określać dodatkowo szczególne trudności, jakie w ocenie obu zarządów mogą ewentualnie towarzyszyć jej zawarciu, jak również wskazywać na skutki, jakie dla uczestnictwa akcjonariuszy spowoduje zawarcie umowy.

W sprawozdaniu nie muszą zostać ujęte te fakty, których podanie do wiadomości spowodowałoby wyrządzenie znacznej szkody jednemu z przedsiębiorstw zawierających umowę albo jednemu z przedsiębiorstw powiązanych. W tym przypadku należy przedstawić w sprawozdaniu powody, z racji których fakty te nie zostały ujęte (§ 293a ust. 2 AktG). Identyczna regulacja prawna została przewidziana w odniesieniu do sprawozdania sporządzanego przez rewidenta (§ 293a ust. 2 AktG w zw. z § 293e ust. 2 AktG).

Jedynie publicznie uwierzytelnione, zgodne oświadczenie woli wszystkich udziałowców obu potencjalnych stron zainteresowanych zawarciem umowy koncernowej wyłącza obowiązek sporządzenia sprawozdania dotyczącego umowy o prowadzenie przedsiębiorstwa (§ 293a ust. 3 AktG), jak i sprawozdania kontrolnego sporządzanego przez rewidenta (§ 293a ust. 3 AktG w zw. z § 293e ust. 2 AktG).

Etap przygotowawczy kończy decyzja o zwołaniu walnego zgromadzenia. Z chwilą zwołania walnego zgromadzenia, w lokalu każdej z omawianych spółek należy wyłożyć do wglądu akcjonariuszy:

- 1) umowę o prowadzenie przedsiębiorstwa;
- 2) zamknięcie roczne i sprawozdania o sytuacji spółki przedsiębiorstw zawierających umowę za trzy ostatnie lata;
- 3) sprawozdania zarządów sporządzone w trybie § 293a AktG oraz sprawozdania rewidentów sporządzone w trybie § 293e AktG.

Ponadto, na żądanie każdego z akcjonariuszy, należy niezwłocznie i bezpłatnie wydać odpisy powyższych dokumentów (§ 293f AktG).

2. Etap zatwierdzający

2.1. Koncern umowny z udziałem zależnej spółki akcyjnej

Umowa o prowadzenie przedsiębiorstwa wymaga uzyskania zgody walnego zgromadzenia podmiotu zależnego, jak i walnego zgromadzenia podmiotu dominującego (jeżeli jest on spółką akcyjną albo spółką komandytowo-akcyjną, § 293 ust. 2 AktG).

Możliwość zapoznania się z treścią dokumentów wskazanych w § 293f ust.1 AktG istnieje również podczas trwania walnego zgromadzenia. Na początku obrad zgromadzenia zarząd jest obowiązany do ustnego objaśnienia umowy, która stanowi załącznik do protokołu z posiedzenia. Na żądanie akcjonariusza, zgłoszone w trakcie obrad, należy udzielić informacji o wszystkich istotnych dla zawarcia umowy okolicznościach dotyczących drugiej strony umowy (§ 293g AktG).

Uchwała aprobująca inicjatywę zmierzającą do zawarcia umowy koncernowej zapada większością 3/4 kapitału zakładowego, o ile postanowienia statutu spółki nie przewidują w tym zakresie surowszych wymogów (§ 293 ust. 1 AktG).

2.2. Koncern umowy z udziałem zależnej spółki z o. o.

Przyjęcie założenia o odpowiednim stosowaniu przepisów ustawy o spółce akcyjnej do koncernów z udziałem spółek z o.o. może stwarzać w wielu przypadkach problemy o charakterze organizacyjnym. Wynikają one ze swoistych odmienności leżących w samej naturze każdej z tych spółek.

Wśród problemów powstających już na wstępie tworzenia koncernu z udziałem zależnej spółki z o.o. można chociażby wskazać na ciągle otwartą kwestię większości głosów niezbędnych do podjęcia uchwały w przedmiocie kreowania uczestnictwa koncernowego tej spółki. Chodzi zatem o to, czy przystąpienie spółki z o.o. do koncernu wymaga uzyskania zgody wszystkich jej współników, czy też – jak w przypadku spółki akcyjnej – potrzebna będzie „tylko” zgoda odpowiedniej większości. Przy rozpatrywaniu tego zagadnienia posiłkowanie się odpowiednim stosowaniem istniejących norm może okazać się niewystarczające. Dlatego też najlepszym rozwiązaniem w tym zakresie jest zamieszczenie stosownego postanowienia już w treści umowy spółki z o.o.

2.3. Etap rejestracyjny

Zatwierdzona uchwałą zgromadzenia umowa staje się skuteczna dopiero po wpisaniu do rejestru handlowego właściwego dla siedziby spółki (§ 294 ust. 2 AktG). Wpis ten ma zatem charakter konstytutywny. Z chwilą jego dokonania, podlegająca rejestracji umowa uzyskuje skutek prawny wobec osób trzecich. Zgłoszenie w swej treści musi wskazywać: rodzaj umowy, nazwę drugiej strony umowy, a w przypadku umów o częściowe od-

prowadzanie zysku powinno również określać maksymalną wysokość odprowadzanego zysku. Do zgłoszenia dołącza się umowę, uchwałę zatwierdzającą umowę wraz z jej protokołem i załącznikami (§ 294 ust. 1 AktG).

Wymóg zgłoszenia do rejestru handlowego wszelkich okoliczności związanych z zawarciem i ewentualnymi późniejszymi zmianami umowy koncernowej stanowi przejaw wypełnienia postulatu jawności. Postulat ten wynika z potrzeby ochrony interesu publicznego, na który składają się partykularne interesy uczestników obrotu gospodarczego, aktualnie bądź potencjalnie związanych z działalnością podmiotu, którego wpis dotyczy. Chodzi tutaj w szczególności o podmioty współpracujące bądź zamierzające dopiero podjąć współpracę z przedmiotową spółką, jak również jej obecnych i przyszłych wspólników. Podmioty owe są żywotnie zainteresowane aktualną pozycją gospodarczą spółki, jej kondycją ekonomiczną oraz metodami zarządzania wynikającymi z faktu funkcjonowania spółki w ramach danej struktury organizacyjnej. Dokonany wpis ma w założeniu spełniać rolę jednego ze środków prawnych służących wzmocnieniu pewności obrotu gospodarczego.

V. Problem zdolności kreowania koncernu przez umowy o prowadzenie przedsiębiorstwa

W literaturze tematu nierzadko prezentowane jest stanowisko, zgodnie z którym każda z wymienionych w § 291 ust. 1 AktG umów może stanowić samodzielną podstawę istnienia koncernu, chociaż w praktyce bardzo często umowy te zawierane są łącznie, przybierając wówczas postać tzw. „umowy organicznej” (niem. *Organschaftsvertrag*). W prawie koncernowym obie umowy posiadają równorzędną pozycję¹⁹. Konsekwencją tego założenia jest fakt, że zarówno umowa o decydującym kierownictwie, jak i umowa o odprowadzaniu zysku posiadają prawną moc skutecznego kreowania koncernowego stosunku dominacji-zależności, tworząc specyficzną strukturę organizacyjną. Na ich podstawie dochodzi do inkorporacji spółki zależnej do struktury koncernu²⁰. Zawarcie umowy o decydującym kierownictwie ustanawia władztwo spółki

¹⁹ Podobnie A. Opalski, *Koncern w niemieckim...*, s. 21.

²⁰ B. Kroppf, *Zarys prawa...*, s. 99.

dominującej w stosunku do spółki zależnej, natomiast na podstawie umowy o odprowadzanie zysku potencjał ekonomiczny spółki zależnej zostaje postawiony do dyspozycji koncernu²¹.

Jak już wcześniej wspomniano, umowy o prowadzenie przedsiębiorstw są aktem erekcyjnym koncernu umownego, stąd też zalicza się je do umów założycielskich. Zawarcie każdej z tych umów powoduje istotne następstwa w sferze ustroju prawnego spółki zależnej (zmiana celu działalności spółki, zmiany w organach zarządzających spółki zależnej, zmiana sytuacji prawnej wspólników mniejszościowych)²². Normy zawarte w § 291-310 AktG uważane są w niemieckiej doktrynie za prawną regulację koncernów umownych, czyli koncernów utworzonych i działających na podstawie szczególnych umów²³.

Przy umowie o przejęcie zysku zmiana celu i reguł działalności spółki zależnej przejawia się przede wszystkim w istotnej modyfikacji zasad dysponowania jej zyskiem. Z chwilą zawarcia tej umowy decyzja w tym przedmiocie zostaje wyłączona z zakresu kompetencji walnego zgromadzenia (zgromadzenia wspólników) spółki zależnej. W miejsce prawa do zysku pojawia się prawo do odpowiedniego wyrównania, które jest wypłacane bezpośrednio przez spółkę dominującą, a nie spółkę zależną²⁴.

Prezentowane tutaj założenia na gruncie niemieckiej praktyki koncernowej wydają się mieć jednak walor czysto teoretyczny, gdyż nie do końca znajdują oparcie w przepisach AktG. W świetle tej ustawy można bowiem jako uzasadnione uznać przyjęcie tezy, że w ramach jej regulacji dochodzi do swoistego wyłomu w stosunku do prezentowanego powyżej stanowiska, przypisującego moc kreującą koncern obydwu umowom o prowadzenie przedsiębiorstwa. Pogląd przeciwny do powyższego stanowiska zakłada, że jedynie zawarcie umowy o decydującym kierownictwie skutkuje powstaniem koncernu umownego²⁵. Konsekwencją tej

²¹ Tamże, s. 100.

²² Tak m.in. S. Włodzka, *Prawo umów...*, s. 336

²³ Tak m.in. M. Lutter, *Wprowadzenie. Prawo spółek akcyjnych i spółek z ograniczoną odpowiedzialnością w Niemczech*, [w:] *Niemieckie ustawy o spółce z o.o. i spółce akcyjnej*, Warszawa 1999, s. X.

²⁴ A. Opalski, *Koncern w niemieckim...*, s. 21.

²⁵ J. Warchoł, *Umowy koncernowe w prawie niemieckim i polskim*, Kraków 2001, s. 54; podobnie W. Springer, *Koncepcja przyjaznych i wrogich fuzji kapitałowych w prawie spółek i prawie rynku kapitałowego*, Przegląd Prawa Handlowego 2003, nr 4, s. 14.

tezy jest pozbawienie mocy kreującej koncern formalny zarówno umów o odprowadzanie zysku, jak i umów, które wymienia § 292 AktG. Zgodnie z tym stanowiskiem zawarcie tych porozumień skutkować może co najwyżej stworzeniem umownych powiązań gospodarczych w rozumieniu § 15 AktG (przedsiębiorstwa powiązane)²⁶.

Stanowisko to poparte jest argumentacją wskazującą, że regulacja zawarta w § 18 ust. 1 AktG w związku z § 291 AktG uzasadnia objęcie zakresem podmiotowym pojęcia „koncern umowny” jedynie zgrupowania spółek, których formalno-prawną podstawę funkcjonowania stanowi umowa o decydującym kierownictwie. Interpretację tę wspierać ma również regulacja zawarta w § 308-310 AktG, odnosząca się do zagadnień związanych z wykonywaniem władztwa korporacyjnego oraz do problematyki odpowiedzialności stron umowy o decydującym kierownictwie. Dalej w tym zakresie podnosi się, że do powyższego wniosku prowadzi także argumentacja *a contrario* z przepisów § 311-318 AktG (w szczególności zaś interpretacja postanowień zawartych w § 317 AktG) traktujących o odpowiedzialności w przypadku braku umowy o decydującym kierownictwie (tzw. koncern formalny). Ustawa nie posługuje się bowiem sformułowaniem odpowiedzialności w przypadku braku umowy o odprowadzaniu zysku czy też braku umów określonych w § 292 AktG.

Kolejny argument uzasadniający prezentowaną tutaj tezę uzyskujemy w drodze wykładni systemowej § 316 AktG. Ustawa o spółce akcyjnej w § 316 AktG stanowi mianowicie, że sprawozdanie zarządu o zależności (§ 312 AktG), jak i kontrola stosunków ze spółką dominującą (§ 312-315 AktG) nie mają zastosowania w przypadku, gdy zawarto umowę o odprowadzanie zysku. Przepis ten znajduje się w dziale zawierającym regulację dotyczącą koncernów faktycznych. Zatem, rozpatrując przytoczoną normę – z punktu widzenia jej umiejscowienia w treści AktG – dochodzimy do wniosku, że możliwe jest zawarcie umowy o odprowa-

²⁶ Zgodnie z § 15 AktG: „Powiązanymi przedsiębiorstwami są prawnie samodzielne przedsiębiorstwa, które są w stosunku do siebie przedsiębiorstwami znajdującymi się w posiadaniu większościowym i przedsiębiorstwami mającymi udział większościowy (§ 16), zależnymi i panującymi przedsiębiorstwami (§ 17), przedsiębiorstwami koncernu (§ 18), przedsiębiorstwami mającymi wzajemne udziały (§ 19) lub stronami umowy o prowadzenie przedsiębiorstw (§ 291, 292).”

dzanie zysku także w ramach koncernu faktycznego. Zaistnienie rzeczonyj umowy w warunkach istniejącej już faktycznej zależności kapitałowej nie skutkowałoby wówczas zaistnieniem koncernu umownego pomiędzy jej sygnatariuszami. W następstwie jej podpisania bezprzedmiotowe stałyby się elementy kontroli przewidziane w § 312-315 AktG. Przyjęcie takiego założenia pozbawia zatem przedmiotową umowę statusu aktu kreującego koncern²⁷.

A zatem, w świetle tego poglądu, umowy o prowadzenie przedsiębiorstwa inne niż umowa o decydującym kierownictwie, występujące samodzielnie, bez jednoczesnego zawarcia tej ostatniej, nie tworzą koncernu umownego.

Argumentacja powyższa wydaje się być bardzo przekonująca, niemniej jednak na obronę koncepcji przypisującej moc kreującą koncern umowy obydwu umowom o prowadzenie przedsiębiorstwa (§ 291 AktG) również można przytoczyć szereg argumentów. Zacząć zaś należy od tego, że każda z umów o prowadzenie przedsiębiorstwa jako umowa o charakterze organizacyjnym²⁸ i założycielskim tworzy strukturę koncernu umownego. Pozytywne zakończenie procedury zawarcia umowy o prowadzenie przedsiębiorstwa (§ 293-293g AktG) i obligatoryjne spełnienie wymogu rejestracji (§ 294 ust. 2 AktG) skutkuje zaistnieniem tego typu koncernu. Przyjęcie założenia, według którego wyłącznie umowa o decydującym kierownictwie posiada zdolność kreowania koncernu umownego, prowadziłoby w konsekwencji do wniosku, że umowa w sprawie koncernu poziomego – z uwagi na brzmienie § 291 ust. 2 AktG – nie ma charakteru umowy koncernowej. Tego typu tezę można byłoby uznać za pogląd nie do zaakceptowania²⁹.

Ponadto należałoby podkreślić, że szczegółowa regulacja dotycząca koncernów umownych została zawarta w § 291-310 AktG. Przez przy-

²⁷ J. Warchoń, *Umowy koncernowe...*, s. 54.

²⁸ Tak m.in. S. Włodzka, *Prawo umów...*, s. 335. Natomiast odmiennie L. Stecki, *Koncern*, Toruń 2001, s. 404. Autor ten jest przeciwny przypisywaniu umowom o prowadzenie przedsiębiorstwa charakteru organizacyjnego.

²⁹ W sposób zbliżony, aczkolwiek w nieco innym kontekście L. Stecki, *Koncern...*, s. 247.

zmat reżimu tejże regulacji należałoby oceniać, czy konkretną umowę można zakwalifikować do umów prawa koncernów (umów o prowadzenie przedsiębiorstw). Dlatego też nie do końca można byłoby przyjąć zasadność wywodzenia tego faktu wyłącznie na podstawie § 18 ust. 1 AktG w zw. z § 291 AktG. Poza tym, co prawda, § 18 AktG nie stanowi wprost o umowie o odprowadzanie zysku, niemniej jednak należałoby przyjąć, że umowa ta wpisuje się w treść zdania pierwszego tej normy („Koncern tworzą przedsiębiorstwo panujące i jedno bądź wiele przedsiębiorstw zależnych znajdujących się pod wspólnym kierownictwem przedsiębiorstwa panującego; poszczególne przedsiębiorstwa są przedsiębiorstwami koncernu”). Teza przeciwna mogłaby bowiem prowadzić do wniosku, że podmioty, które łączy umowa o odprowadzanie zysku nie tworzą koncernu (§ 18 AktG jest ustawową definicją koncernu – przyp. aut.). *Ratio legis* normy zawartej w zdaniu drugim § 18 ust. 1 AktG jest wprowadzenie ustawowego domniemania istnienia wspólnego kierownictwa. Ustalenie tego faktu jest niezwykle ważne w świetle regulacji §§ 308-310 AktG. W związku z tym, że uprawnienie tam określone (prawo wydawania wiążących wskazówek) i związany z nim zakres i charakter odpowiedzialności wskazanych podmiotów³⁰ odnosić należy wyłącznie do przypadków, w których zawarto umowę o decydującym kierownictwie – objęcie domniemaniem z § 18 ust.1 zd. 2 AktG umów o odprowadzanie zysku można byłoby uznać za zabieg bezprzedmiotowy.

Z tych samych powodów można byłoby wyrazić wątpliwość co do zasadności oparcia kwestionowanego stanowiska na argumentacji *a contrario* z przepisów §§ 311-319 AktG. Pomimo to, że zasadniczo przyjmuje się, iż reżim tych przepisów ma zastosowanie do koncernów faktycznych, to jednak normę zawartą w § 316 AktG – jak mogłoby się wydawać – można by również odnieść do przypadku koncernu umownego, opartego na umowie o odprowadzanie zysku. W konsekwencji przyjęcia tego rodzaju założenia obaleniu mogłaby ulec teza, jakoby wykładnia systemowa § 316 AktG dowodziła faktu, że umowa o odprowadzanie zysku, w rozumieniu § 291 ust. 1 AktG, może zostać skutecznie zawarta w ra-

³⁰ Tj. ustawowych przedstawicieli spółki dominującej (§ 309 AktG) oraz członków władz spółki zależnej (§ 310 AktG).

mach koncernu faktycznego, nie powodując jego przekształcenia w koncern umowy.

W dalszej kolejności należałoby wskazać, że reżim przepisów § 311-319 AktG dotyczy przypadków, w których nie zawarto umowy o decydującym kierownictwie. Umowa ta stwarza zaś możliwość najpełniejszej kontroli nad spółką zależną. Narzędziem pozwalającym na skuteczną realizację celów koncernu opartego na tej umowie jest prawo wydawania wiążących wskazówek zarządowi spółki zależnej. Możliwości takich nie daje zawarcie umowy o odprowadzanie zysku ani też teoretycznie nieformalne relacje zachodzące w koncernie faktycznym³¹. Dlatego w przypadkach, w których brak jest umowy o decydującym kierownictwie, niemiecka ustawa o spółce akcyjnej limituje granice wpływu spółki dominującej na spółkę zależną (§ 311 AktG)³², wprowadzając przy tym szczegółową procedurę kontroli (§ 312-315 AktG). W porównaniu do przypadków, w których zawarto umowę o decydującym kierownictwie, przy braku tej umowy, możliwość skutecznego oddziaływania na spółkę zależną ulega znacznemu ograniczeniu. Odpada uprawnienie do wydawania negatywnych wskazówek (arg. *a contrario* § 308 AktG). Natomiast wskazówki skierowane do spółki zależnej, skutkujące zaistnieniem po jej stronie szkody, pociągają za sobą obowiązek wyrównania tejże.

Przedmiotem regulacji § 311-318 AktG jest zatem problematyka kontroli oddziaływania przez spółkę dominującą na spółkę zależną w przypadkach, gdy nie zawarto umowy o decydującym kierownictwie. Kontrola ta ma wykazać, czy spółka dominująca naruszyła granice dopuszczalnego wpływu, określone w § 311 AktG. Jeżeli zostanie ustalone, że do takiego naruszenia

³¹ Podobnie m.in. A. Opalski, *Koncern w niemieckim...*, s. 20; oraz J. Warchoń, *Umowy koncernowe...*, s. 105.

³² Zgodnie z § 311 AktG: (ust. 1) „Jeżeli nie istnieje umowa o decydującym kierownictwie, przedsiębiorstwo panujące nie może używać swojego wpływu w celu polecenia zależnej spółce akcyjnej albo komandytowo-akcyjnej, aby podjęła niekorzystną dla niej czynność prawną albo podjęła lub zaniechała niekorzystnych dla niej środków, chyba że szkoda zostanie wyrównana.” (ust. 2) „Jeżeli wyrównanie nie nastąpiło faktycznie podczas roku obrotowego, musi zostać ustalone najpóźniej do końca roku obrotowego, w którym wyrządzono szkodę zależnej spółce, kiedy i przez jakie korzyści powinna zostać wyrównana szkoda. Na korzyści ustalone w celu wyrównania przysługuje spółce zależnej roszczenie prawne.”

doszło, wówczas czynności kontrolne mają zmierzać do ostatecznego stwierdzenia, czy szkoda wyrządzona spółce zależnej w wyniku przekroczenia granic wpływu została należycie wyrównana.

Należy zwrócić uwagę na fakt, że przedmiotowa kontrola koncentruje się na ocenie stanów faktycznych, w których dochodziło do podejmowania przez spółkę zależną niekorzystnych dla niej czynności i środków, w wyniku nacisków ze strony spółki dominującej. Rozpatrzeniu podlega zatem kwestia, czy spółka dominująca, wpływając na spółkę zależną w sytuacji braku omawianej umowy, nie działała w sposób, który jest dopuszczalny jedynie w warunkach obowiązywania umowy o decydującym kierownictwie (tj. w zakresie § 308 AktG). Chodzi tutaj o wydawanie wiążących wskazówek, które mogą się odnosić do wszelkich przejawów aktywności gospodarczej spółki zależnej.

W związku z tym, że realizacja umowy o odprowadzanie zysku nie polega zasadniczo na stałym kontrolowaniu wszystkich sfer działalności spółki zależnej, a jedynie ogranicza się do aspektów ekonomicznych związanych z należytyym wykonywaniem obowiązku odprowadzania zysku – dyspozycja § 316 AktG wydaje się najzupełniej uzasadniona.

Jak zatem można zauważyć, obydwa przedstawione powyżej stanowiska dotyczące zagadnienia mocy kreującej koncern umowy przez umowy o prowadzenie przedsiębiorstw powołują na swe uzasadnienie przekonujące argumenty. Wydaje się jednak, że pierwsze z nich – odmawiające umowie o odprowadzanie zysku zdolności kreowania koncernu umownego – znajduje wyraźniejsze oparcie w przepisach AktG. Decydujące znaczenie w kwestii uznania zasadności tego właśnie stanowiska odgrywa regulacja zawarta w § 316 AktG. Dzieje się tak zarówno za sprawą samego brzmienia tego przepisu, jak i faktu jego umiejscowienia w systematyce AktG. Przepis § 316 AktG wskazuje bowiem jednoznacznie, że w przypadku zawarcia umowy o odprowadzanie zysku nie znajdują zastosowania procedury kontrolne uregulowane w § 312-315 AktG. Przedmiotowe procedury przewidziane są natomiast wyłącznie do sytuacji, w której nie zawarto umowy o decydującym kierownictwie. Świadczy o tym nie tylko treść każdego z tych przepisów, ale również fakt ich umiejscowienia w rozdziale poświęconym zagadnieniom odpowiedzialności w przypadku niezawarcia umowy o decydującym kierownictwie. Fakt ten wydaje się nie pozostawiać wątpliwości co do zamysłu

ustawodawcy niemieckiego, dopuszczającego w ten sposób możliwość zawierania umów o odprowadzanie zysku także w ramach koncernów faktycznych.

VI. Zmiana, wypowiedzenie, rozwiązanie i ustanie obowiązywania umowy o prowadzenie przedsiębiorstw

1. Zmiana umowy o prowadzenie przedsiębiorstw

Podobnie jak samo zawarcie umowy o prowadzenie przedsiębiorstw również i jej zmiana wymaga uzyskania zgody walnego zgromadzenia i dokonania stosownego wpisu w rejestrze handlowym (§ 295 AktG). Procedura zmiany postanowień umowy wymaga zachowania tej samej procedury, jaka została przewidziana dla zatwierdzenia projektu umowy. Wchodzić zatem będzie w grę obowiązek sporządzenia przez zarządy spółek-stron umowy stosownego sprawozdania oraz ewentualna kontrola i przygotowanie sprawozdania przez rewidentów (a zatem omówiona powyżej regulacja zawarta w § 293-294 AktG w zw. z § 295 ust. 1 zd. 2 AktG).

Zgoda walnego zgromadzenia spółki na zmianę postanowień umowy, które zobowiązują do świadczenia w ramach wyrównania na rzecz akcjonariuszy mniejszościowych albo do nabycia ich akcji, wymaga do swej skuteczności uchwały szczególnej podjętej przez tychże akcjonariuszy. Stosowna uchwała wymaga większości 3/4, o ile postanowienia statutu spółki nie przewidują w tym zakresie surowszych wymogów. Podczas walnego zgromadzenia, które uchwała zgodę na zmianę brzmienia postanowień umowy, należy udzielić każdemu akcjonariuszowi mniejszościowemu, na jego żądanie, informacji o wszystkich istotnych dla zmiany okolicznościach dotyczących podmiotu dominującego (§ 295 ust. 2 AktG).

Zatem modyfikacje treści umowy koncernowej nie zawsze są autonomiczną sprawą reprezentującego większość akcjonariusza. Zgoda walnego zgromadzenia na dokonanie zmiany umowy koncernowej – w zakresie odnoszącym się do wyrównania czy odszkodowania – może być bowiem udzielona dopiero po uprzedniej akceptacji wyrażonej w formie uchwały szczególnej, podjętej przez akcjonariuszy mniejszościowych.

2. Wypowiedzenie umowy o prowadzenie przedsiębiorstw

Umowy koncernowe zawiera się z reguły na długie okresy obowiązywania. Ewentualne wcześniejsze ich rozwiązanie jest częstokroć oznaką kryzysu wewnątrz zgrupowania³³.

Regulacja odnosząca się do problematyki wypowiedzenia umowy o prowadzenie przedsiębiorstwa została zawarta w § 297 AktG. Przepis ten przewiduje możliwość wypowiedzenia przedmiotowej umowy z ważnych powodów, bez zachowania terminu wypowiedzenia. Za jeden z takich powodów ustawa uznaje zaistnienie stanu faktycznego stwarzającego podstawę do przypuszczenia, że druga strona umowy nie będzie w stanie wypełnić swoich obowiązków wynikających z treści umowy (§ 297 ust. 1 AktG).

Wypowiedzenie umowy, która w swej treści zawiera zobowiązanie do świadczenia wyrównania na rzecz akcjonariuszy mniejszościowych albo do nabycia ich akcji, nie wymaga podawania ważnego powodu pod warunkiem, że akcjonariusze mniejszościowi wyrażą zgodę na jej wypowiedzenie w formie uchwały szczególnej (§ 297 ust. 2 AktG).

Wypowiedzenie umowy o prowadzenie przedsiębiorstwa wymaga zachowania formy pisemnej (§ 297 ust. 3 AktG).

3. Rozwiązanie umowy o prowadzenie przedsiębiorstw

Rozwiązanie umowy może nastąpić wyłącznie z końcem roku obrotowego albo innego umownie określonego okresu obrachunkowego. Czynność ta dla swej ważności wymaga zachowania formy pisemnej. Niedopuszczalne jest rozwiązanie umowy koncernowej ze skutkiem wstecznym (§ 296 ust. 1 AktG).

Również przy podejmowaniu decyzji dotyczącej rozwiązania umowy o prowadzenie przedsiębiorstwa uczestniczą wspólnicy mniejszościowi, wyrażając uprzednią zgodę na tę czynność w formie uchwały szczególnej (§ 297 ust. 2 AktG).

Fakt ustania umowy koncernu podlega obowiązkowi wpisu do rejestru handlowego. W odróżnieniu od wpisu dotyczącego zawarcia umowy koncernu zgłoszenie ustania umowy ma charakter deklaracyjny. W treści

³³ A. Opalski, *Koncern w niemieckim...*, s. 19.

zgłoszenia należy wówczas podać przyczynę oraz datę rozwiązania umowy (§ 298 AktG).

4. Ustanie umowy o prowadzenie przedsiębiorstw

Na uwagę zasługuje również regulacja zawarta w § 307 AktG przewidująca instytucję zakończenia obowiązywania umowy koncernowej *ex lege*. Zgodnie z jej treścią, jeżeli w spółce nie ma już żadnego akcjonariusza mniejszościowego, umowa o decydującym kierownictwie albo o odprowadzaniu zysku ustaje najpóźniej z końcem roku obrotowego, w którym taki akcjonariusz pozostawał jeszcze w spółce.

VII. Uwagi końcowe

Niemieckie wzorce koncernowe nie są obce dopiero co kształtującemu się w tej dziedzinie prawu Unii Europejskiej. To ostatnie bowiem przejęło szereg niemieckich rozwiązań normatywnych. Potencjalnie najdonioślejszym aktem w omawianej dziedzinie może się stać Dziewiąta Dyrektywa Rady Wspólnot Europejskich.

Obecny stan polskiego ustawodawstwa i jego perspektywiczne kierunki rozwoju nie są wyłącznie przejawem wewnętrznych trendów legislacyjnych. Po przystąpieniu Polski do Unii Europejskiej szczególne znaczenie w tym zakresie odgrywa regulacja obowiązująca państwa członkowskie, a zwłaszcza wynikający z niej wymóg dostosowania własnego porządku prawnego do normatywnych standardów unijnych.

Aktualnie posiada ona status projektu nieoficjalnego. Jednakże w przypadku jej uchwalenia, zawarte w niej zapisy mogą pociągać za sobą istotne zmiany w polskim prawie spółek.