



Warszawa, dnia 20 października 2021 r.

Opinia uzupełniająca
Ośrodka Badań, Studiów i Legislacji
Krajowej Rady Radców Prawnych
w sprawie projektu ustawy o zmianie ustawy - Kodeks spółek handlowych
oraz niektórych innych ustaw (druk Sejmu IX kadencji nr 1515)

I. Wprowadzenie

W dniu 17 sierpnia 2021 r. Rada Ministrów przyjęła projekt ustawy o zmianie ustawy - Kodeks spółek handlowych oraz niektórych innych ustaw, który następnie został skierowany do Sejmu i objęty drukiem Sejmu IX kadencji o numerze 1515¹. Projekt stanowi ostateczną wersję rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy - Kodeks spółek handlowych oraz niektórych innych ustaw (UD113), którego pierwsza wersja (datowana na dzień 20 lipca 2020 r.²) była przedmiotem opinii Ośrodka Badań, Studiów i Legislacji Krajowej Rady Radców Prawnych z dnia 7 września 2020 r.³, zgłoszonej w ramach konsultacji publicznych Pierwotnego Projektu. W związku z tym, że względem treści Pierwotnego Projektu do Projektu wprowadzono szereg zmian, powstaje konieczność uzupełnienia Pierwotnej Opinii o uwagi dotyczące rzeczonych zmian, co stanowi przedmiot niniejszej Opinii.

Niniejsza Opinia koncentruje się wyłącznie na istotnych merytorycznych zmianach, które zostały wprowadzone do Projektu względem stanu ujawnionego w Pierwotnym Projekcie. Nie zostały więc w niej poruszone zmiany drobne czy techniczne, niewpływające na całościową ocenę danej konstrukcji prawnej czy Projektu w ogólności. Jednocześnie niniejsza Opinia wskazuje także na to, czy uwagi i postulaty zmian Pierwotnego Projektu zawarte w tabeli stanowiącej załącznik do Pierwotnej Opinii⁴ zostały przez projektodawców uwzględnione. Jeżeli więc przedmiot danego postulatu zawartego w Tabeli nie został opisany w niniejszej Opinii, to pozostaje on aktualny także względem Projektu. Wszystkie odwołania poczynione w niniejszej Opinii do projektowanych przepisów stanowią odwołania do treści Projektu, chyba że wyraźnie zaznaczono inaczej.

Ze względu na to, że niniejsza Opinia odnosi się do treści Pierwotnej Opinii, uwagi w niej zawarte zostały sformułowane w takim samym układzie, jak przyjęto w Pierwotnej

¹ Dalej jako „Projekt”.

² Dalej jako „Pierwotny Projekt”.

³ Dalej jako „Pierwotna Opinia”.

⁴ Dalej jako „Tabela”.



Opinii. W konsekwencji niniejsza Opinia podzielona jest na trzy zasadnicze części, poświęcone każdemu z obszarów składającemu się na Projekt: prawu grup spółek (pkt II), modyfikacji zasad sprawowania nadzoru w spółkach kapitałowych (pkt III) oraz pozostałym zmianom w regulacji funkcjonowania organów spółek kapitałowych (pkt IV). Zmiany w przepisach innych ustaw niż Kodeks spółek handlowych⁵ zostały omówione razem z powiązаныmi z nimi modyfikacjami przepisów kodeksowych. Wnioski dotyczące każdego z obszarów, zawierające uwagi dotyczące realizacji przez projektodawców postulatów sformułowanych w Pierwotnej Opinii, zostały zaprezentowane zbiorczo w konkluzjach (pkt V). Ze względu na to, że Pierwotna Opinia okazuje się pozostawać w znacznej mierze aktualna także w odniesieniu do Projektu (por. pkt V poniżej), do Opinii dołączono również Pierwotną Opinię jako załącznik.

II. Proponowana regulacja prawa grup spółek

II.1. Uwagi ogólne do nowej regulacji prawa grup spółek

W pierwszej kolejności należy podkreślić, że istotna część zmian, które zostały wprowadzone do Projektu względem Pierwotnego Projektu, odnosi się do projektowanej regulacji prawa grup spółek. Modyfikacje te objęły większość elementów proponowanego unormowania, tak w zakresie tworzenia grupy, jak i aspektów zarządzania i ochrony zagrożonych interesów już w trakcie jej funkcjonowania. W konsekwencji konieczne jest dokonanie przeglądu tych zmian i analizy, czy ich wprowadzenie do Projektu wpływa na ogólną konkluzję wyrażoną w Pierwotnej Opinii, zgodnie z którą ta część Pierwotnego Projektu nie powinna podlegać dalszemu procedowaniu w procesie legislacyjnym (por. pkt 2 Tabeli).

Jeżeli chodzi o kwestie z zakresu tworzenia grup spółek, to w Pierwotnym Projekcie proponowano, aby tworzenie grupy następowało przez przesądzenie kierowania się przez uczestników grupy wspólną strategią w treści ich umów albo statutów spółek (proj. art. 4 § 1 pkt 5¹ k.s.h. w brzmieniu ujętym w Pierwotnym Projekcie). Projekt rezygnuje z tego wymogu na rzecz konieczności podjęcia przez zgromadzenie wspólników albo walne zgromadzenie spółki zależnej uchwały o uczestnictwie w grupie spółek zapadającej większością trzech czwartych głosów (proj. art. 21¹ § 2 k.s.h.). Jak się wydaje, intencją tej zmiany jest uproszczenie procedury, zmierzające do uchylenia potrzeby oczekiwania na powstanie grupy z uwagi na konstytutywny skutek wpisu zmiany umowy albo statutu spółki do rejestru (por. art. 255 § 1 *in fine*, art. 300¹⁰² § 1 *in fine*, art. 430 § 1 *in fine* k.s.h.). Złagodzenie to jest jednak tylko pozorne – stworzenie pełnej struktury grupy (umożliwiającej korzystanie przez spółkę dominującą z instrumentarium z zakresu zarządzania grupą) i tak będzie wymagać wpisu do rejestru zgodnie z proj. art. 21¹ § 3 k.s.h. Jednocześnie utrzymane zostaje założenie, zgodnie z którym do utworzenia grupy konieczne jest podjęcie decyzji przez organ właścicielski wymagającej większości kwalifikowanej. W tym świetle zmiana ta ma charakter kosmetyczny i nie wpływa na

⁵ Ustawa z dnia 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych (Dz. U. z 2020 r., poz. 1526, t.j., ze zm.), dalej jako „Kodeks” lub „k.s.h.”.



aktualność wniosków sformułowanych w Pierwotnej Opinii, w szczególności w kwestii fakultatywności stosowania projektowanego reżimu grup spółek (s. 7-8 Pierwotnej Opinii). Należy jednak zauważyć, że omawiana modyfikacja kreuje nowe wątpliwości związane z procesem tworzenia grupy, a w szczególności pytanie, czy jakkolwiek czynność w tym zakresie musi zostać dokonana także ze strony spółki dominującej, skoro proj. art. 21¹ § 2 k.s.h. wymaga podjęcia uchwały wyłącznie w spółce zależnej. Okoliczność ta potwierdza, że złożona struktura przepisów o grupach spółek niechybnie będzie prowadzić do istnienia luk, a co za tym idzie – rozbieżności interpretacji w doktrynie i orzecznictwie.

Drugą zmianą, którą wprowadzono w odniesieniu do procesu tworzenia zgrupowania, jest usunięcie konieczności dokonywania wzmianki w rejestrze dla spółki dominującej, jeżeli jest ona spółką zagraniczną (proj. art. 21¹ § 3 zd. 4 k.s.h.). Zmiana ta eliminuje zgłoszony na s. 8-9 Pierwotnej Opinii zarzut potencjalnej sprzeczności regulacji prawa grup spółek z prawem UE ze względu na możliwość wystąpienia sytuacji, w której zagraniczna spółka dominująca nie będzie miała technicznego możliwości dokonania takiej wzmianki we własnym rejestrze. Poprawkę tę należy więc przyjąć z aprobatą.

W tym miejscu należy również zwrócić uwagę na modyfikację zakresu podmiotowego regulacji grup spółek zawartej w Projekcie. Otóż w treści Projektu znalazło się wyłączenie jej stosowania w przypadku spółek publicznych, jeżeli występowałyby one w roli spółek zależnych (proj. art. 21¹⁵ § 2 pkt 1 k.s.h.). Z jednej strony należy zauważyć, że ta zmiana usuwa potencjalną sprzeczność regulacji squeeze-outu z proj. art. 21¹¹ k.s.h. z art. 15 ust. 1 dyrektywy o ofertach przejęcia⁶ (por. s. 29 Pierwotnej Opinii), co należy przyjąć z aprobatą. Z drugiej jednak strony nie sposób nie zauważyć, że zastosowana metoda całościowego wykluczenia stosowania nowej regulacji do zależnych spółek publicznych ma znacznie dalej idące skutki, a mianowicie prowadzi do niestosowania jakichkolwiek instrumentów zarządzania czy ochrony zagrożonych interesów oferowanych przez przepisy o grupach spółek do spółek publicznych jako spółek zależnych. Projektodawcy wskazują, że „[w]ykluczenie to jest uzasadnione przede wszystkim tym, że przypadki, w których spółka zależna w grupie spółek jest spółką publiczną, występują śladowo w praktyce. Natomiast objęcie spółek publicznych zakresem prawa grupy spółek wygenerowałoby dużo wątpliwości prawnych trudnych do rozstrzygnięcia” (s. 34 uzasadnienia Projektu). Pierwszy z tych argumentów nie znajduje pokrycia w rzeczywistości. Zdecydowana większość polskich spółek publicznych wykazuje cechy zamkniętego systemu *corporate governance*, a więc posiada większościowego akcjonariusza, który jest aktywnie włączony w sprawowanie kontroli nad spółką⁷. Oczywiście w wielu przypadkach akcjonariusze większościowi nie są uprawnieni do takiej liczby głosów, która pozwalałaby im samodzielnie przegłosować uchwałę, o której

⁶ Dyrektywa 2004/25/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 21 kwietnia 2004 r. w sprawie ofert przejęcia (Dz. Urz. UE z dnia 30 kwietnia 2004 r., L 142, s. 12 i n., ze zm.).

⁷ Por. T. Regucki, *Mechanizmy zwiększające kontrolę (control enhancing mechanisms) w polskich spółkach akcyjnych. Analiza prawno-ekonomiczna*, Warszawa 2018, s. 12-17; K. Oplustil, *Instrumenty nadzoru korporacyjnego (corporate governance) w spółce akcyjnej*, Warszawa 2010, s. 289-293.



mowa w proj. art. 21¹ § 2 k.s.h., przy pełnej frekwencji na walnym zgromadzeniu. Jednakże taka większość nie jest zwykle potrzebna do tego, żeby poddać spółkę publiczną daleko idącemu wpływowi akcjonariusza większościowego (przede wszystkim za pośrednictwem jego nominatów w jej organach), a to powoduje występowanie typowych zagrożeń dla akcjonariuszy mniejszościowych i wierzycieli tej spółki wynikających z włączenia jej w funkcjonowanie zgrupowania spółek (w przeciwieństwie do spółek niepublicznych w tych spółkach zawsze bowiem występuje mniejszość, a w znacznej liczbie przypadków – także szeroki krąg wierzycieli). Choć, tak jak wskazują projektodawcy, spółki publiczne cechują się własną specyfiką, to specyfika ta nie prowadzi do braku występowania podstawowych problemów prawa grup spółek w takich spółkach (potrzeby efektywności zarządzania w grupie i należytej ochrony interesów zagrożonych funkcjonowaniem grupy). Wręcz przeciwnie – to w takich spółkach ogniskują się wszystkie problemy związane z wpływem spółki dominującej na spółkę zależną, które (często z mniejszym natężeniem) występują także w zależnych spółkach niepublicznych. Autorowi niniejszej Opinii nie jest znana jakakolwiek zagraniczna regulacja prawa grup spółek, która wykluczałaby z zakresu swojego zastosowania zależne spółki publiczne. Z tych przyczyn decyzja o rezygnacji ze stosowania reżimu grup spółek do zależnych spółek publicznych może zostać odczytana jako brak pewności, czy proponowana regulacja jest dostosowana do rozwiązywania rzeczywistych problemów dotyczących funkcjonowania grup spółek. Wniosek o prawdopodobieństwie dysfunkcyjności projektowanego reżimu prawa grup spółek potwierdzają także konkluzje formułowane w Pierwotnej Opinii w odniesieniu do całości tej problematyki, które pozostają w większości aktualne także w odniesieniu do Projektu (por. w szczególności pkt V poniżej).

W tym kontekście należy wspomnieć również o tym, że Projekt, odmiennie niż Pierwotny Projekt, nie przewiduje rozszerzenia stosowania przepisów dotyczących spółek dominujących w grupach spółek na podmioty inne niż spółki handlowe, przede wszystkich spółdzielnie, fundacje oraz przedsiębiorców będących osobami fizycznymi (por. zmiany wprowadzone do proj. art. 21¹⁵ § 1 k.s.h.). O ile eliminuje to wątpliwości zgłaszane w Pierwotnej Opinii w odniesieniu do tej ostatniej kategorii (por. s. 9 Pierwotnej Opinii), to modyfikacja ta prowadzi z jednej strony do uniemożliwienia takim podmiotom skorzystania z instrumentów oferowanych przez regulacje prawa grup spółek wobec kontrolowanych przez nie spółek, a z drugiej – kreuje możliwość uniknięcia stosowania reguł ochronnych w grupach spółek przez wykorzystanie takiego podmiotu w strukturze korporacyjnej grupy. Jednocześnie należy zauważyć, że zmiana ta nie dotyka państwowych osób prawnych innych niż spółki handlowe, które nadal będą mogły cieszyć się takim statusem (por. proj. art. 9 ust. 3 ustawy o zasadach zarządzania mieniem państwowym⁸). Zróżnicowanie to nie znajduje uzasadnienia celowościowego i w związku

⁸ Ustawa z dnia 16 grudnia 2016 r. o zasadach zarządzania mieniem państwowym (Dz. U. z 2020 r., poz. 735, t.j., ze zm.).



z tym stanowi „krok wstecz” względem projektowanej regulacji zawartej w Pierwotnym Projekcie.

Pewne zmiany zostały także wprowadzone w Projekcie w odniesieniu do problematyki uchylecia art. 7 k.s.h. (por. szerzej na ten temat s. 10-11 Pierwotnej Opinii). Obok planowanego już w Pierwotnym Projekcie uchylecia tego artykułu projektodawcy proponują także utrzymanie wzmianki w art. 4 § 1 pkt 4 lit. f k.s.h. wskazującej na to, że postacią wywierania decydującego wpływu na działalność spółki kapitałowej zależnej albo spółdzielni zależnej jest zawarcie umowy koncernowej, a także dodanie przepisu przejściowego, zawartego w art. 9 Projektu, nakazującego stosowanie do takich umów zawartych przed wejściem w życie Projektu przepisów dotychczasowych. Wprowadzenie tych rozwiązań należy ocenić negatywnie jako utrwalające nieprawidłowy pogląd o tym, że umowy koncernowe mogą być zawierane zgodnie z polskim prawem na zasadzie swobody umów (por. szerzej na ten temat na s. 10 Pierwotnej Opinii). Jednocześnie Projekt nie realizuje w tym zakresie postulatów sformułowanych w pkt 1 i 4 Tabeli, wskazujących na potrzebę reformy przesłanki z art. 4 § 1 pkt 4 lit. f k.s.h. oraz systemowego usunięcia odwołań do art. 7 k.s.h. w innych aktach prawnych. W konsekwencji wymienione punkty Tabeli należy uznać za wciąż aktualne.

II.2. Mechanizmy zarządzania w grupie spółek

II.2.1. Koncepcja interesu grupy spółek

Projekt wprowadza także pewne modyfikacje w zakresie stosowania koncepcji interesu grupy spółek w ramach nowej regulacji prawa grup spółek. Por. szersze omówienie tego tematu na s. 12-17 Pierwotnej Opinii. Przede wszystkim zmianie ulegają przesłanki powoływania się na interes grupy spółek, co wynika z poprawek wprowadzonych do definicji grupy spółek z proj. art. 4 § 1 pkt 5¹ k.s.h. Omawiany przepis nie zawiera już tzw. definicji nawiasowej „interesu grupy spółek”, co prowadzi *prima facie* do wniosku, że rozumienie tego pojęcia będzie dekodowane przede wszystkim na podstawie proj. art. 21¹ § 1 k.s.h. oraz nie jest wprost uzależnione od kierowania się wspólną strategią gospodarczą. Jednakże należy zauważyć, że silny związek pomiędzy tymi dwoma przepisami dalej będzie występował, ponieważ dopiero zakwalifikowanie spółek jako wchodzących w skład grupy spółek w rozumieniu proj. art. 4 § 1 pkt 5¹ k.s.h. umożliwia powołanie się na działanie w interesie grupy na podstawie proj. art. 21¹ § 1 k.s.h. W konsekwencji przesłanki zawarte w tym pierwszym przepisie pośrednio stanowią także przesłanki stosowania koncepcji interesu grupy spółek. Zważyć tutaj należy, że Projekt rozbudował przesłanki kwalifikacji danego stosunku dominacji-zależności jako grupy spółek względem Pierwotnego Projektu – konieczne w tym celu jest obecnie łączne spełnienie następujących wymagań:

1. kierowanie się przez spółkę dominującą i spółkę zależną wspólną strategią gospodarczą;
2. kierowanie się, o którym mowa w pkt 1 powyżej, jest dokonywane w celu realizacji wspólnego interesu (element dodany w Projekcie); oraz



3. strategia, o której mowa w pkt 1 powyżej, uzasadnia sprawowanie przez spółkę dominującą jednolitego kierownictwa nad spółką zależną.

W świetle powyższego należy zauważyć, że przesłanki istnienia grupy spółek są skonstruowane w oparciu o szereg pojęć niedookreślonych („wspólna strategia gospodarcza”, „wspólny interes”, „jednolite kierownictwo”), które będą musiały zostać doprecyzowane przez orzecznictwo i w literaturze prawniczej. Jest bardzo prawdopodobne, że tak złożony charakter definicji grupy doprowadzi do poważnych rozbieżności w judykaturze lub w doktrynie, co negatywnie wpłynie na pewność prawa w korzystaniu z klauzuli działania w interesie grupy spółek na podstawie tych przepisów. Szczególne negatywne skutki może tu odnieść dodany w Projekcie element w postaci przesłanki „wspólnego interesu”, przede wszystkim w zakresie jego niejasnej relacji z pojęciem „interes grupy spółek” i „interes spółki”. W konsekwencji uznać należy, że poprawki wprowadzone do Projektu w tym zakresie nie tylko nie upraszczają i nie ujednoznaczniają zasad stosowania koncepcji interesu grupy spółek na podstawie proj. art. 21¹ § 1 k.s.h., ale w pewnej mierze wręcz komplikują ten proces, co skłania do podtrzymania refleksji wyrażonej na s. 16-17 Pierwotnej Opinii, zgodnie z którą regulacja ta nie zapewni klarownych zasad powoływania się na interes grupy w ramach projektowanej regulacji prawa grup spółek.

Przy okazji należy zauważyć, że w Projekcie zmieniono częściowo także brzmienie proj. art. 21¹ § 1 k.s.h., w którym, w miejsce zwrotu „o ile nie narusza to uzasadnionego interesu wierzycieli i mniejszościowych wspólników albo akcjonariuszy spółki zależnej” zastąpiono wyrażeniem „o ile nie zmierza to do pokrzywdzenia wierzycieli lub wspólników mniejszościowych albo akcjonariuszy mniejszościowych spółki zależnej”. Choć na pierwszy rzut oka zmiana ta może się wydawać jedynie kosmetyczna, to należy tutaj zwrócić uwagę na usunięcie kwalifikatora „uzasadnionego interesu”. To trafne dookreślenie pozwalało na racjonalną delimitację zakresu zastosowania koncepcji (granice wyznaczał tutaj fundamentalny interes mniejszości czy wierzycieli, nie zaś każdy interes jednej z tych grup – por. s. 15 Pierwotnej Opinii). Nowe brzmienie może z kolei prowadzić do uznania, że jakiegokolwiek naruszenie interesu mniejszościowego udziałowca czy wierzyciela spółki zależnej powoduje odmowę kwalifikacji danego działania lub zaniechania jako dokonanego w interesie grupy spółek. Zmianę tę należy ocenić jako pogłębiającą trudności interpretacyjne dotyczące proj. art. 21¹ § 1 k.s.h., a co za tym idzie – stosowanie koncepcji interesu grupy spółek na podstawie tego przepisu.

II.2.2. *Prawo wydawania wiążących poleceń*

Przewidywane przez Projekt uprawnienie spółki dominującej do wydawania wiążących poleceń spółce zależnej (por. szerzej na ten temat s. 17-22 Pierwotnej Opinii) doznało kilku punktowych zmian względem Pierwotnego Projektu. W zakresie procedury wydawania wiążącego polecenia wprowadzono dwie istotne poprawki. Po pierwsze, wyraźnie przesądzono, że polecenie powinno zostać wydane w formie pisemnej lub elektronicznej pod rygorem nieważności (proj. art. 21² § 2 k.s.h., który w Pierwotnym



Projekcie wskazywał na postać pisemną, dokumentową albo elektroniczną). Po drugie, wyraźnie przesądzono wymogi co do treści polecenia (proj. art. 21² § 3 k.s.h.) oraz wprowadzono obowiązek powtórzenia jego treści w uchwale o wykonaniu wiążącego polecenia (proj. art. 21³ § 3 k.s.h.). Wprowadzone zmiany nie wydają się prowadzić do wzmocnienia ochrony aktorów występujących w relacji nadawcy i adresata wiążących poleceń, a jedynie powodują zaostrzenie rygoru wydawania wiążących poleceń, co będzie niechybnie prowadzić do dalszej formalizacji tego już i tak mocno zbiurokratyzowanego procesu (por. s. 22 Pierwotnej Opinii). Co więcej, dodatkowe skomplikowanie procesu wydawania wiążących poleceń prowadzi do powstania nowych wątpliwości związanych z tą konstrukcją, np. dotyczących sankcji braku dokładnego „przepisania” treści polecenia do uchwały przyjmującej je do wykonania. Potwierdza to dysfunkcjonalność proponowanej regulacji i stanowi kolejny jej element, który prawdopodobnie będzie zniechęcał uczestników obrotu do stosowania tej regulacji w praktyce.

W regulacji prawa wydawania wiążących poleceń modyfikacji uległy także przesłanki odmowy wykonania polecenia. Po pierwsze, w przypadku spółek jednoosobowych usunięto zakaz odmowy wykonania polecenia, który mógł być interpretowany jako podstawa prawna do umyślnego doprowadzania do niewypłacalności spółek jednoosobowych (por. s. 22 Pierwotnej Opinii). Obecnie więc, zgodnie z proj. art. 21⁴ § 1 k.s.h., spółka jednoosobowa powinna odmówić wykonania wiążącego polecenia, jeżeli wykonanie polecenia doprowadziłoby do niewypłacalności albo do zagrożenia niewypłacalnością tej spółki. Po drugie, w przypadku spółek z udziałem mniejszości usunięto przesłankę wywołania zagrożenia dla dalszej egzystencji tej spółki, która powodowała istotne wątpliwości interpretacyjne (pojęcie „zagrożenia dla dalszej egzystencji spółki” nie jest zdefiniowane normatywnie – por. s. 16 Pierwotnej Opinii). Obie powyższe zmiany stanowią kroki w dobrym kierunku, gdyż upraszczają i tak już złożony mechanizm przyjmowania do wykonania wiążącego polecenia. Jednakże zmiany te nie są wystarczające do tego, aby usunąć podstawowe mankamenty procedury realizacji wiążących poleceń, w szczególności zasady weryfikacji działania w interesie grupy spółek przez pryzmat interesu samej spółki (por. proj. art. 21⁴ § 2 *in medio* k.s.h.), która z systemowego punktu widzenia jest po prostu błędna (założeniem konstrukcyjnym działania w interesie grupy spółek jest relatywizacja interesu spółki, w której podejmowane jest to działanie – s. 14 Pierwotnej Opinii). W konsekwencji wprowadzone zmiany nie uchylają dysfunkcjonalności omawianej konstrukcji prawnej.

II.3. Mechanizmy ochronne w grupach spółek

II.3.1. Odpowiedzialność spółki dominującej

Projekt wprowadza także kilka modyfikacji względem Pierwotnego Projektu w zakresie instrumentów ochrony interesów zagrożonych przez funkcjonowanie grupy spółek, w szczególności na płaszczyźnie odpowiedzialności spółki dominującej. W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę, że w przypadku odpowiedzialności wobec spółki zależnej i jej wierzycieli usunięte zostały budzące wątpliwości podstawy do



zwolnienia z odpowiedzialności z powołaniem na, odpowiednio, brak winy związany z działaniem w granicach uzasadnionego ryzyka gospodarczego oraz terminowe złożenie wniosku o ogłoszenie upadłości spółki zależnej (por. s. 24-25 i 26 Pierwotnej Opinii). W miejsce tych przepisów wprowadzono możliwość zwolnienia spółki dominującej z odpowiedzialności z uwagi na dochowanie przez nią obowiązku lojalności wobec spółki zależnej podczas wydawania i wykonania wiążącego polecenia (proj. art. 21¹² § 3 i art. 21¹² § 3 w zw. z art. 21¹⁴ § 1 zd. 2 k.s.h.). Rozwiązanie to budzi kontrowersje z kilku przyczyn. Po pierwsze, konstrukcja ta prowadzi do dodania kolejnego elementu do procesu stosowania koncepcji interesu grupy spółek – odpowiedzialność może powstać bowiem wyłącznie w sytuacji wykonania wiążącego polecenia (proj. art. 21¹² § 1 *in medio* i art. 21¹⁴ § 1 zd. 1 *in fine* k.s.h.), które jest wydawane zawsze w interesie grupy spółek (proj. art. 21² § 1 *in medio* k.s.h.). Oznacza to, że elementem konstytutywnym działania w interesie grupy spółek jest jeszcze dodatkowo zachowanie odpowiedniego standardu lojalności, co z pewnością utrudnia interpretację samej klauzuli działania w interesie grupy i jej podstawowej funkcji (zrównoważenia korzyści i kosztów ponoszonych przez daną spółkę dla dobra zgrupowania w pewnej perspektywie czasowej). Innymi słowy, projektodawcy zastąpili jeden element komplikujący system regulacji grup spółek innym elementem, cechującym się podobnym poziomem niejasności. Po drugie, obowiązek lojalności w polskim prawie spółek jest zwykle rozumiany jako powinność piastuna wobec spółki albo udziałowca wobec spółki czy pozostałych jej udziałowców. W przedmiotowej sytuacji może jednak dojść do tego, że spółka dominująca mogąca ponosić odpowiedzialność na omawianej podstawie nie jest współnikiem albo akcjonariuszem danej spółki zależnej (np. kontroluje ją na zasadzie kontroli kapitałowej pośredniej). Z tych przyczyn pojawia się pytanie, czy obowiązek lojalności, o których mowa w wymienionych przepisach, to ogólny obowiązek prawa spółek (a więc niemający zastosowania w sytuacji, w której spółka dominująca nie jest udziałowcem spółki zależnej, i niemogący doprowadzić do zwolnienia jej z odpowiedzialności w takim przypadku), czy szczególnie, „koncernowy” obowiązek lojalności. Istnienie tej wątpliwości potwierdza, że poziom komplikacji projektowanej regulacji prawa grup spółek jest na tyle wysoki, że wywołuje ona nowe problemy prawne i w żaden sposób nie gwarantuje ukształtowania się w obrocie jednolitej wykładni przepisów o grupach spółek, zapewniającej dostatecznym poziom pewności prawa.

Jeżeli zaś chodzi o odpowiedzialność spółki dominującej względem udziałowców spółki zależnej, to w Projekcie usunięto przesłankę doprowadzenia spółki zależnej do niewypłacalności oraz zmodyfikowano kwestię sprawowania kontroli nad tą spółką – uprawnienie do 75% kapitału zakładowego spółki zależnej zastąpiono dysponowaniem, bezpośrednio bądź pośrednio, większością głosów umożliwiającą podjęcie uchwały o uczestnictwie w grupie spółek oraz o zmianie umowy albo statutu spółki zależnej (proj. art. 21¹³ § 1 *in medio* k.s.h.), przy czym w przypadku bezpośredniego lub pośredniego uprawnienia do 75% kapitału zakładowego domniemywa się spełnienie tej przesłanki (proj. art. 21¹³ § 2 k.s.h.). O ile zmianę dotyczącą usunięcia przesłanki doprowadzenia do niewypłacalności należy ocenić pozytywnie (na temat nieadekwatności tej przesłanki w



przypadku odpowiedzialności wobec udziałowców por. s. 25 Pierwotnej Opinii), o tyle zmiana w zakresie drugiej przesłanki ma charakter li tylko kosmetyczny. Nie usuwa ona bowiem podstawowej wady tej regulacji polegającej na tym, że nawet w przypadku braku większości umożliwiającej podjęcie uchwały o uczestnictwie w grupie albo o zmianie umowy albo statutu spółki zależnej można sprawować nad nią pełną operacyjną kontrolę, umożliwiającą działania zmierzające do naruszenia uzasadnionych interesów mniejszości (por. s. 21-22 i 25 Pierwotnej Opinii). Regulacja ta nie spełnia więc wciąż swojej roli w ramach systemu mechanizmów ochrony interesów zagrożonych przez funkcjonowanie grupy spółek.

II.3.2. *Odpowiedzialność członków zarządu spółki zależnej i spółki dominującej*

W zakresie odpowiedzialności członków organów spółki zależnej i spółki dominującej związanej z wykonywaniem wiążących poleceń również wprowadzono w Projekcie istotną modyfikację. W przepisie przyznającym piastunom wykonującym wiążące polecenie zwolnienie z odpowiedzialności (proj. art. 21⁵ § 1 k.s.h.) usunięto z katalogu podstaw odpowiedzialności art. 296 Kodeksu karnego⁹, redukując tym samym zakres zastosowania tego przepisu wyłącznie do kodeksowej odpowiedzialności cywilnej. Projektodawcy uzasadniają takie rozwiązanie stwierdzeniem, że wprost wskazanie tego przepisu nie jest konieczne, ponieważ „nie sposób będzie mówić o niedopełnieniu przez osobę wykonującą polecenie ciężących na niej obowiązków, czy też o przekroczeniu przez nią uprawnień, w zakresie, w jakim działania te wynikały z polecenia” (por. s. 12-13 uzasadnienia Projektu). Ze stwierdzeniem tym należy się zgodzić, ponieważ zgodnie z logiką Projektu wykonanie prawidłowo wydanego (zgodnie z proj. art. 21² k.s.h.) i przyjętego do wykonania (zgodnie z proj. art. 21³ k.s.h.) polecenia będzie zgodne z prawem. Problem polega jednak na tym, że ten sam wniosek można sformułować w odniesieniu do odpowiedzialności cywilnej, co podważa w ogóle sens istnienia zwolnienia z odpowiedzialności zawartego w proj. art. 21⁵ § 1 k.s.h. (prawidłowym rozwiązaniem normatywnym powinno być takie skonstruowanie klauzuli interesu grupy spółek, aby z samego jej brzmienia dało się wywnioskować usunięcie przesłanki bezprawności w sytuacji ewentualnej odpowiedzialności związanej z decyzją podjętą zgodnie z klauzulą – por. s. 27 Pierwotnej Opinii). W tym świetle proj. art. 21⁵ § 1 k.s.h. będzie niechybnie kreował wątpliwości, czy do zwolnienia z odpowiedzialności dochodzi także w przypadku odpowiedzialności na innych podstawach prawnych niż wymienione w tym przepisie. Jest to szczególnie istotne w przypadku właśnie odpowiedzialności karnej, która w obecnych realiach obrotu stanowi częstszy środek „weryfikacji” postępowania członków organów spółek kapitałowych. W konsekwencji proponowane brzmienie art. 21⁵ § 1 k.s.h. może zniechęcać do korzystania z konstrukcji grupy spółek. Stanowi to jednocześnie potwierdzenie dysfunkcyjności projektowanej regulacji ze względu na jej zbytne skomplikowanie.

⁹ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks karny (Dz. U. z 2020 r., poz. 1444, t.j., ze zm.).



II.4. Mechanizmy *squeeze-out* i *sell-out*

Względem Pierwotnego Projektu wprowadzono w Projekcie także pewne zmiany dotyczące mechanizmów *squeeze-out* i *sell-out* w grupach spółek. W odniesieniu do pierwszego z tych instrumentów przesądzono, że ewentualna modyfikacja zasad korzystania z niego w umowie albo statucie spółki zależnej (względniejsza dla spółki dominującej) wymaga uprzedniego przeprowadzenia procedury wykupu udziałów albo akcji wspólników albo akcjonariuszy mniejszościowych niezgadzających się na taką zmianę (proj. art. 21⁴ § 4 w zw. z art. 21¹¹ § 2 zd. 2 k.s.h.). Z kolei w przypadku *sell-outu* proponuje się wprowadzenie przepisu przejściowego (art. 10 Projektu), zgodnie z którym w przypadku podjęcia w spółce zależnej uchwały o uczestnictwie w grupie spółek wspólnicy albo akcjonariusze takiej spółki będą mieli prawo skorzystać z *sell-outu* niezależnie od wielkości swojego zaangażowania w spółce w odniesieniu do udziałów albo akcji, do których byli uprawnieni w tej spółce w dniu wejścia w życie Projektu. Obydwie zmiany łączy funkcja w postaci ochrony udziałowców mniejszościowych w spółkach zależnych uczestniczących w grupach spółek, przy czym druga z nich wydaje się zupełnie nieadekwatna do zamierzonego celu. Jej skutkiem może być, w przypadku spółek z istotnym udziałem mniejszości, faktyczna niestosowalność reżimu grup spółek, ponieważ spółka dominująca może nie być zainteresowana ponoszeniem istotnych wydatków na wykup znacznych pakietów udziałów czy akcji w spółkach zależnych. W szerszej perspektywie należy ponadto podkreślić, że wprowadzone zmiany nie uchylają podstawowego zarzutu dotyczącego tych instytucji, a mianowicie ich wątpliwej adekwatności jako elementów składowych reżimu grup spółek. Prowadzą one bowiem nie tyle do rozwiązania problemu współistnienia mniejszości z udziałowcem większościowym w ramach stosunku spółki zależnej, lecz usunięcia tego zjawiska i sprowadzenia tej spółki do roli spółki jednoosobowej, a ponadto są po prostu kosztowne w realizacji (por. s. 28 Pierwotnej Opinii). W konsekwencji uznać należy, że wprowadzone zmiany nie uchylają wyjściowej konkluzji o braku potrzeby wprowadzenia specjalnych mechanizmów *squeeze-outu* i *sell-outu* do reżimu grup spółek.

III. Proponowane zmiany w regulacji nadzoru w spółkach kapitałowych

III.1. Obowiązki informacyjne dotyczące nadzoru w spółkach kapitałowych

III.1.1. Sprawozdanie rady nadzorczej albo dyrektorów niewykonawczych

Jednym z elementów nowej materii normatywnej, którą zamierza wprowadzić Projekt, jest modyfikacja obowiązków raportowych wykonywanych przez radę nadzorczą albo dyrektorów niewykonawczych, a konkretnie obowiązek sporządzenia sprawozdania rady nadzorczej czy dyrektorów niewykonawczych (proj. art. 219 § 3 pkt 3, art. 300⁶⁹ § 3 pkt 3, art. 300⁷⁶ § 3 pkt 2, art. 382 § 3 pkt 3 k.s.h.). Por. szerzej na ten temat s. 32-33 Pierwotnej Opinii. Względem wcześniejszej propozycji proj. art. 219 § 3 pkt 3 i art. 300⁶⁹ § 3 pkt 3 k.s.h. doprecyzowano w taki sposób, że przesądzono, iż na sprawozdanie rady nadzorczej składa się sprawozdanie z działalności rady nadzorczej, co było przedmiotem postulatu zawartego w pkt 14 Tabeli.



Powyższą zmianę należy przyjąć z aprobatą, jednakże konieczne tu jest poczynienie dwóch zastrzeżeń. Po pierwsze, przedmiotowa zmiana nie została wprowadzona do analogicznych przepisów dotyczących P.S.A. o monistycznym systemie organów i S.A., w przypadku których dalej jest mowa wyłącznie o „sprawozdaniu za ubiegły rok obrotowy” (por. proj. art. 300⁷⁶ § 3 pkt 2 i art. 382 § 3 pkt 3 k.s.h.). Zróżnicowanie regulacji w tym zakresie nie znajduje uzasadnienia w występujących pomiędzy typami spółek kapitałowych odmiennościach konstrukcyjnych, co przemawia za uznaniem, że jest to błąd wynikający z nieskoordynowania zmian wprowadzanych do Projektu w odniesieniu do różnych typów spółek i różnych modeli ich organizacji wewnętrznej. Tym samym postulować należy wprowadzenie tej zmiany także do projektowanej regulacji P.S.A. o monistycznym systemie organów i S.A. Po drugie, wprowadzona poprawka nie realizuje w pełni postulatów sformułowanych w pkt 14 Tabeli, w szczególności nie wprowadza zróżnicowania minimalnej treści sprawozdania w przypadku publicznych i niepublicznych spółek akcyjnych. Propozycja poprawek zawarta w pkt 14 Tabeli pozostaje więc wciąż aktualna.

III.1.2. *Prawo żądania informacji i dokumentów przez radę nadzorczą albo dyrektorów niewykonawczych*

Projekt zakłada modyfikację zasad uzyskiwania przez radę nadzorczą albo dyrektorów niewykonawczych informacji o spółce od członków zarządu, dyrektorów wykonawczych lub osób zatrudnionych przez spółkę (proj. art. 219 § 4-4², art. 300⁷¹ § 1-1², art. 300⁷⁶ § 5 i art. 382 § 4-4² k.s.h.). Por. szerzej na ten temat s. 33-35 Pierwotnej Opinii. Projekt przewiduje modyfikację wcześniejszej propozycji na kilku płaszczyznach. Po pierwsze, dotychczasowy postulat rozszerzenia zakresu zastosowania obowiązku udzielenia informacji na osoby zatrudnione przez spółkę na podstawie umowy cywilnoprawnej uległ zmianie w takim kierunku, że obowiązek ma ciążyć na osobach „wykonujących na rzecz spółki w sposób regularny określone czynności” na podstawie takiej umowy. Celem zmiany wydaje się wola odseparowania przypadków trwałej współpracy spółki z daną osobą od współpracy o charakterze incydentalnym, przy czym ta ostatnia miałyby nie zostać objęta nową regulacją. Propozycja ta budzi jednak wątpliwości z tej perspektywy, że wprowadzona dodatkowa przesłanka może okazać się nieadekwatna do realizacji zamierzonego celu – osoby współpracujące ze spółką mogą bowiem pozostawać w trwałej współpracy, choć jest ona nieregularna, i w związku z tym może wystąpić potrzeba pozyskania od nich informacji o spółce. Poszukiwanie właściwego *criterium divisionis* może być w tym przypadku trudne. Zważyć jednak należy, że na potrzeby innych regulacji prawnych ustawodawca przyjął już pewne określenia, które denotują umowy cywilnoprawne noszące charakter zatrudnienia pozapracowniczego. Przykładem jest tutaj art. 304 § 1 Kodeksu pracy¹⁰. Prawo spółek nie musi więc tworzyć odrębnej siatki pojęciowej dla objęcia regulacją takiego zbioru umów,

¹⁰ Ustawa z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy (Dz. U. z 2020 r., poz. 1320, t.j., ze zm.).



lecz może posłużyć odesłaniem. W tym zakresie należy więc postulować zmianę proj. art. 219 § 4, art. 300⁷¹ § 1, art. 300⁷⁶ § 5 i art. 382 § 4 k.s.h.

Po drugie, nowa propozycja legislacyjna inaczej określa krąg informacji czy dokumentów, które powinny zostać przekazane na podstawie wymienionych przepisów. Zrezygnowano z kwalifikacji, że dotyczy to „informacji, dokumentów, sprawozdań lub wyjaśnień potrzebnych do nadzoru nad spółką”, przesądzając równocześnie, że znajduje to zastosowanie do „informacji, dokumentów, sprawozdań lub wyjaśnień dotyczących spółki”. Zmianę tę należy ocenić pozytywnie jako wykluczającą możliwość powstania sporu co do tego, czy dana informacja albo dokument są potrzebne radzie nadzorczej czy dyrektorom niewykonawczym do sprawowania nadzoru, co mogłoby prowadzić do odmowy ich udzielenia (por. s. 34 Pierwotnej Opinii). Realizuje to postulat sformułowany w pkt 15 Tabeli, choć jedynie częściowo – w szczególności Projekt nie przewiduje rezygnacji z wprowadzenia przepisów dotyczących terminów przekazywania informacji i usunięcia zbędnego zakazu ograniczania dostępu rady nadzorczej do informacji o spółce przez zarząd. W pozostałym zakresie pkt 15 Tabeli pozostaje więc aktualny.

Po trzecie, pewne zmiany wprowadzono do proj. art. 587¹ k.s.h., który przewiduje sankcję karną za niewykonanie albo nienależyte wykonanie obowiązku informacyjnego. Projekt zawęża zastosowanie tego przepisu poprzez przesądzenie, że stosuje się on wyłącznie do poważnych uchybień (przekazanie niezgodne ze stanem faktycznym lub zatajenie danych wpływające „w istotny sposób” na treść przekazywanych informacji, dokumentów, sprawozdań lub wyjaśnień). O ile zmiana ta stanowi krok w dobrą stronę, ponieważ ogranicza zakres stosowania normy karnej, to nie uchyla to podstawowego zarzutu w odniesieniu do przedmiotowej regulacji, zgodnie z którym sankcja taka jest nieadekwatna do tego typu uchybień, szczególnie w kontekście utrzymania penalizacji nieumyślnego naruszenia tych obowiązków (por. s. 34-35 Pierwotnej Opinii). Postulaty dotyczące tej kwestii, sformułowane w pkt 28 Tabeli, pozostają więc aktualne.

III.1.3. *Wyjaśnienia kluczowego biegłego rewidenta*

Projekt zmierza do uregulowania dodatkowych obowiązków kluczowego biegłego rewidenta związanych z prezentacją wyników badania ustawowego (proj. art. 219 § 6, art. 300⁶⁹ § 3¹, art. 300⁷⁶ § 3¹ i art. 382 § 4³ k.s.h.). Por. szerzej na ten temat s. 35 Pierwotnej Opinii. W przepisach tych wprowadzono kilka zmian mających na celu uelastycznienie procesu składania wyjaśnień (możliwość udziału w posiedzeniu rady innej osoby niż kluczowy biegły rewident) czy pewnych kwestii proceduralnych (termin na zawiadomienie kluczowego biegłego rewidenta o posiedzeniu rady). O ile zmiany te zmierzają w prawidłowym kierunku, to nie uchylają one podstawowych zarzutów wobec projektowanej regulacji, dotyczących sensu wprowadzania takiej regulacji czy też zamieszczania jej w Kodeksie zamiast w ustawie o biegłych rewidentach. Z tych przyczyn uwagi zgłoszone w pkt 16 Tabeli pozostają dalej aktualne.



III.1.4. *Przekazywanie dokumentów dotyczących zwyczajnego zgromadzenia wspólnikom i akcjonariuszom*

W Projekcie przewiduje się zmodyfikowanie zasad udostępniania dokumentów związanych z organizacją zwyczajnego zgromadzenia wspólnikom albo akcjonariuszom spółki (proj. art. 231 § 4¹, art. 300⁸² § 4 i art. 395 § 4 k.s.h.). Por. szerzej na ten temat s. 36-37 Pierwotnej Opinii. W porównaniu do Pierwotnego Projektu w propozycji regulacji tej materii wprowadzono zmianę, zgodnie z którą termin udostępnienia tych dokumentów liczy się nie od daty zgromadzenia (co zgodnie z Pierwotnym Projektem umożliwiało ich udostępnienie z jedynie 4-dniowym wyprzedzeniem przed odbyciem zgromadzenia), lecz od dnia zgłoszenia żądania przez wspólnika albo akcjonariusza (są to 2 dni powszednie od dnia zgłoszenia żądania).

Zmianę tę należy ocenić pozytywnie jako modyfikującą optykę projektowanej regulacji w kierunku ochrony udziałowców, co przecież stanowi sens obowiązków informacyjnych zarządu czy rady dyrektorów względem wspólników albo akcjonariuszy na etapie organizacji zgromadzenia. Z tej perspektywy zmiana ta realizuje w znacznej mierze postulat sformułowany w pkt 24 tabeli, choć czyni to inną niż proponowana tamże metodą regulacji. Należy jednak zauważyć, że postulat ten nie może zostać uznany za zrealizowany w pełni z uwagi na to, że Projekt wciąż nie przewiduje zmodyfikowania art. 68 ustawy o rachunkowości¹¹, który obecnie przewiduje odmienną regulację udostępniania dokumentów udziałowcom niż proponowana w Projekcie. W przypadku braku modyfikacji tego przepisu w systemie prawa powstanie trudna do jednoznacznego usunięcia kolizja dwóch regulacji, co nie przysłuży się pewności obrotu. W tym świetle postulat sformułowany w pkt 24 tabeli pozostaje wciąż aktualny.

III.2. Regulacja komitetów rad nadzorczych

W Projekcie przewiduje się regulację tworzenia komitetów rad nadzorczych spółki z o.o. i spółki akcyjnej (proj. art. 219¹ i częściowo art. 390¹ k.s.h.). Por. szerzej na ten temat s. 37-38 Pierwotnej Opinii. Względem Pierwotnego Projektu wprowadzono zmianę znoszącą wymóg, aby w skład komitetu wchodziło przynajmniej trzech członków rady (por. proj. art. 219¹ § 1 i art. 390¹ § 1 pkt 2 k.s.h.). Zmiana ta co prawda uelastycznia projektowaną regulację, ale nie realizuje innych zasadniczych postulatów wyrażonych w pkt 17 Tabeli, w tym przede wszystkim potrzeby dookreślenia roli komitetów w strukturze *corporate governance* spółki z o.o. i S.A., rozszerzenia tej regulacji także na zarządy czy doprecyzowania zakresu kompetencji, jakie mogą zostać powierzone komitetowi. Sformułowane tam propozycje pozostają więc aktualne.

III.3. Doradca rady nadzorczej

Jedną z nowych instytucji prawnych, których wprowadzenie proponuje się w Projekcie, jest konstrukcja doradcy rady nadzorczej (proj. art. 219², art. 300^{71a} i art. 382¹ k.s.h.). Por. szerzej na ten temat s. 38-40. W odniesieniu do tej konstrukcji Projekt

¹¹ Ustawa z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości (Dz. U. z 2021, poz. 217, t.j., ze zm.).



wprowadza również kilka korekt względem Pierwotnego Projektu. Po pierwsze, proponuje się usunięcie wcześniej projektowanej regulacji dotyczącej tzw. czynności wykonawczych związanych z badaniem przez doradcę (por. proj. art. 219² § 3, art. 300^{71a} § 3 i art. 382¹ § 3 k.s.h.). Modyfikacja ta jest słuszna, ponieważ kwestie te nie wymagają regulacji ustawowej, co sygnalizowano już w postulatach sformułowanych w pkt 6 Tabeli.

Po drugie, z treści omawianych projektowanych przepisów usunięto uprawnienie do pozyskiwania informacji przez doradcę rady nadzorczej od osób trzecich. Także tę zmianę należy zaaprobować, ponieważ uprawnienie to byłoby zbyt daleko idące z systemowego punktu widzenia (por. s. 40 Pierwotnej Opinii). Kwestia ta była przedmiotem uwag sformułowanych w pkt 6 Tabeli, a więc w tym zakresie Projekt realizuje zgłoszony postulat.

Po trzecie, w proj. art. 219² k.s.h. zrezygnowano z § 7, który uprzednio przewidywał możliwość wyłączenia albo ograniczenia prawa rady nadzorczej do zawierania umów z doradcą rady nadzorczej, w szczególności poprzez określenie maksymalnego łącznego wynagrodzenia wszystkich doradców rady nadzorczej, które spółka może ponieść w trakcie roku obrotowego. Przepis ten nie był jednoznaczny pod względem tego, czy takie wyłączenie albo ograniczenie ma skutek wobec osób trzecich czy jedynie wewnątrz korporacyjny. Przyjęcie tego pierwszego poglądu mogłoby z kolei prowadzić do sprzeczności z art. 9 ust. 2 dyrektywy 2017/1132¹², na co zwracano uwagę na s. 39-40 Pierwotnej Opinii i w pkt 6 Tabeli. O ile usunięcie tego przepisu może stanowić argument za uznaniem, że możliwość wprowadzenia takiego wyłączenia albo ograniczenia ze skutkiem wobec osób trzecich została wykluczona, to w przypadku regulacji P.S.A. i S.A. analogiczne przepisy ostały się w Projekcie (por. art. 300^{71a} § 6 i art. 382¹ § 9 k.s.h.). Choć w przypadku S.A. tę niekonsekwencję projektodawców można tłumaczyć zasadą surowości statutu (art. 304 § 3 k.s.h.), to zróżnicowanie regulacji pomiędzy spółką z o.o. i P.S.A. w tym zakresie jest zaskakujące. W świetle powyższego uznać należy, że bardziej czytelnym rozwiązaniem byłoby zachowanie w przypadku wszystkich trzech typów spółek przepisu umożliwiającego ograniczenie prawa rady nadzorczej do zawierania takich umów, jednakże w każdym przypadku wraz z wyraźnym przesądzeniem, że nie odnosi to skutku wobec osób trzecich (na wzór art. 204 § 2, art. 300⁶⁵ § 2 i art. 372 § 2 k.s.h.). W tym zakresie postulat pkt 6 Tabeli pozostaje aktualny.

Po czwarte, doszło do złagodzenia sankcji karnej dotyczącej uchybienia obowiązkowi przekazania informacji i udzielenia dostępu do dokumentów przez zarząd doradcy rady nadzorczej (proj. art. 587² k.s.h.). Zmiana ta odpowiada zmianie wprowadzonej do proj. art. 587¹ k.s.h. i uwagi jego dotyczące sformułowane w pkt III.1.2 powyżej znajdują zastosowanie także do niego. W tym zakresie pkt 28 Tabeli również pozostaje aktualny.

Powyższej opisane kwestie nie wyczerpują problematyki postulatów zmiany sformułowanych w pkt 6 Tabeli, w szczególności kwestii potrzeby dodania analogicznej

¹² Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2017/1132 z dnia 14 czerwca 2017 r. w sprawie niektórych aspektów prawa spółek (tekst jednolity) (Dz. Urz. UE L 169 z dnia 30 czerwca 2017 r., s. 46 i n., ze zm.).



regulacji w przypadku P.S.A. o monistycznym systemie organów oraz uproszczenia regulacji poprzez wyeliminowanie odrębnej konstrukcji doradcy ds. postępowania kwalifikacyjnego. W związku z tym jest on nadal aktualny w pozostałym zakresie.

III.4. Zatwierdzanie transakcji z podmiotami powiązanymi

W Projekcie przewiduje się wprowadzenie regulacji zatwierdzania transakcji z podmiotami powiązanymi przez radę nadzorczą spółki akcyjnej (proj. art. 384¹ k.s.h.). Por. szerzej na ten temat s. 40-42 Pierwotnej Opinii. Pierwotny Projekt przewidywał wprowadzenie analogicznej regulacji także w odniesieniu do spółki z o.o. i P.S.A., z czego jednak w Projekcie zrezygnowano. Rozwiązanie to stanowi częściową realizację postulatu z pkt 19 Tabeli, w którym wskazano, że regulacja ta powinna zostać usunięta w całości, ponieważ nie wprowadza efektywnej ochrony interesów zagrożonych takimi transakcjami. W związku z tym postulat ten pozostaje aktualny względem projektowanej regulacji w spółce akcyjnej.

IV. Proponowane zmiany w pozostałych obszarach regulacji funkcjonowania organów spółek kapitałowych

IV.1. Zmiany w zakresie kadencji członków organów spółki z o.o. i spółki akcyjnej

Projekt przewiduje zmianę regulacji obliczania kadencji członków organów spółki z o.o. i spółki akcyjnej (proj. art. 202 § 2 zd. 2, art. 218 § 2 zd. 2 i art. 369 § 1 zd. 2 k.s.h.). Por. szerzej na ten temat s. 48-51 Pierwotnej Opinii. W Projekcie zmodyfikowano przepis przejściowy odnoszący się do tej kwestii (art. 11 ust. 1 Projektu) w kierunku zgodnym z postulatem sformułowanym w pkt 7 Tabeli, co należy przyjąć z aprobatą. Nie zostały jednak implementowane do Projektu pozostałe propozycje tam zawarte, w szczególności kwestia ujednoczenia regulacji we wszystkich spółkach kapitałowych, wyraźnego przesądzenia możliwości powoływania członków organów spółki z o.o. na czas nieoznaczony czy wprowadzenia ustawowej domyślnej długości kadencji w spółce akcyjnej (o ile nie zostanie to zmodyfikowane w ramach stosunku danej spółki). W tym zakresie pkt 7 Tabeli pozostaje dalej aktualny.

IV.2. Zmiany w zakresie standardów pełnienia funkcji i zasad odpowiedzialności członków organów wobec spółki z o.o. i spółki akcyjnej

W Projekcie przewiduje się reformę standardów pełnienia funkcji przez członków organów spółki z o.o. (proj. art. 209¹ § 1 i art. 214¹ § 1 k.s.h.) i spółki akcyjnej (proj. art. 377¹ § 1 i art. 387¹ § 1 k.s.h.) oraz związanych z tym zasad odpowiedzialności (proj. art. 293 § 3 i art. 483 § 3 k.s.h.). Por. szerzej na ten temat s. 51-53 Pierwotnej Opinii. Względem Pierwotnego Projektu przewiduje się zmianę w tym obszarze polegającą na dodaniu modyfikacji art. 512 § 2 zd. 2, art. 526 § 2 zd. 2 i art. 548 § 2 zd. 2 k.s.h. poprzez wprowadzenie odesłań do nowych jednostek redakcyjnych art. 293 i 483 k.s.h. oraz do nowych przepisów dotyczących standardów wykonywania funkcji. Propozycję tę należy ocenić jako zbędną. Po pierwsze, dodanie nowych jednostek redakcyjnych do art. 293 i



483 k.s.h. nie jest konieczne, ponieważ prawidłowe uregulowanie zasad odpowiedzialności cywilnoprawnej piastunów spółki z o.o. i spółki akcyjnej mogłoby nastąpić w ramach obecnej struktury tych przepisów (por. s. 52 Pierwotnej Opinii). Postulat taki został przedstawiony w pkt 25 Tabeli. Po drugie, w przepisach dotyczących odpowiedzialności związanej z prowadzeniem procesów transformacyjnych nie ma konieczności odrębnego artykułowania obowiązków staranności i lojalności piastuna, ponieważ funkcjonariusz spółki podejmujący czynności w ramach tych procesów działa przecież w ramach wykonywania swojej funkcji w spółce i w związku z tym obowiązki te ciążyą na nim z samej mocy przepisów ogólnych (proj. art. 209¹ § 1, art. 214¹ § 1, art. 377¹ § 1 i art. 387¹ § 1 k.s.h. znajdują doń zastosowanie wprost, bez konieczności dokonywania odesłania). W efekcie proponowana zmiana wprowadzi do wymienionych przepisów odesłanie o charakterze *superfluum*. Na marginesie należy przy tym zauważyć, że propozycja nowelizacji art. 548 § 2 k.s.h. nieprawidłowo odnosi się do ogłoszenia o połączeniu zamiast ogłoszenia o podziale. Jednocześnie należy zaznaczyć, że pozostałe postulaty dotyczące zmian w zakresie standardów pełnienia funkcji i ponoszenia odpowiedzialności, formułowane w pkt 12 i 25 Tabeli, w tym chociażby ujednoczenie zasad odpowiedzialności we wszystkich spółkach kapitałowych, pozostają niezrealizowane i punkt ten zachowuje aktualność także w odniesieniu do Projektu.

IV.3. Zmiany w regulacji protokołowania uchwał zarządów, rad nadzorczych i rad dyrektorów spółek kapitałowych

Jedną ze zmian wprowadzanych przez Projekt jest modyfikacja zasad sporządzania protokołów uchwał organów spółek kapitałowych (proj. art. 208¹ k.s.h., art. 222 § 2 k.s.h., art. 300⁵⁸ § 5 i art. 376 k.s.h.). Por. szerzej na ten temat s. 53-54 Pierwotnej Opinii. W porównaniu do Pierwotnego Projektu w Projekcie dodano nowe rozwiązanie, polegające na zmianie zasad podpisywania protokołu – w miejsce podpisów wszystkich uczestniczących członków organu wystarczające będzie podpisanie go przez co najmniej członka prowadzącego posiedzenie lub zarządzającego głosowanie, chyba że konstytucja spółki lub regulamin organu stanowi inaczej. Modyfikacja ta stanowi odpowiedź na problem zarysowany w Pierwotnej Opinii, a mianowicie potrzebę uelastycznienia zasad sporządzania protokołów (obecny stan prawny, w którym protokoły mają charakter pisemny i są podpisywane przez wszystkich członków organu uczestniczących w posiedzeniu albo głosowaniu, trudno uznać za optymalny w warunkach postępującej cyfryzacji funkcjonowania spółek kapitałowych – por. s. 54 Pierwotnej Opinii). Projektodawcy wybrali jednak odwrotne rozwiązanie niż proponowane w pkt 11 Tabeli, gdzie sugerowano umożliwianie sporządzania protokołów w wersji elektronicznej (poprzez zezwolenie na przygotowywanie ich w formie dokumentowej z podpisem elektronicznym), z utrzymaniem jednak zasady podpisywania protokołu przez wszystkich uczestników. Proponowany model co prawda rozwiązuje wskazany problem, jednakże dokonuje tego w bardziej ryzykowny sposób, tworzący większe pole do manipulacji treścią protokołu przez członka prowadzącego posiedzenie czy zarządzającego głosowanie, a także nie uchyla potrzeby istnienia fizycznych egzemplarzy



protokołu. W efekcie uznać należy, że niektóre problemy zidentyfikowane w pkt 11 Tabeli zostaną rozwiązane przez Projekt, choć nie wybrano w tym celu optymalnej metody regulacji. Jednocześnie należy zauważyć, że inne kwestie postulowane w pkt 11 Tabeli, w tym kwestia ujednoczenia treści protokołów dla wszystkich organów spółek kapitałowych, nie zostały zaadresowane przez Projekt, w związku z czym punkt ten wciąż pozostaje aktualny.

V. Konkluzje

W podsumowaniu powyższych uwag należy w pierwszej kolejności przedstawić dane ilościowe dotyczące realizacji w Projekcie postulatów zawartych w Pierwotnej Opinii. Żaden z punktów zawartych w Tabeli nie został zrealizowany przez projektodawców w pełni albo w przeważającej mierze. W przypadku jednego punktu (dotyczącego doradcy rady nadzorczej) można mówić o wprowadzeniu przez projektodawców istotnych poprawek w kierunku wskazanym w Tabeli (odpowiada to ok. 3,57% wszystkich punktów w Tabeli). Z kolei w odniesieniu do trzech kolejnych punktów (odnoszących się do regulacji przekazywania dokumentów związanych z organizacją zwyczajnego zgromadzenia wspólnikom albo udziałowcom, mandatów i kadencji oraz protokołowania uchwał organów spółek kapitałowych) w Projekcie wprowadzono poprawki częściowo realizujące postulaty zawarte w Tabeli (odpowiada to ok. 10,71% wszystkich punktów w Tabeli). W przypadku kolejnych pięciu punktów w Projekcie pojawiły się zmiany incydentalne, odwzorowujące w niewielkim stopniu propozycje wynikające z Tabeli (odpowiada to ok. 17,86% wszystkich punktów w Tabeli). Wreszcie aż dziewiętnaście punktów Tabeli praktycznie nie znalazło jakiegokolwiek odzwierciedlenia w poprawkach wprowadzonych do Projektu (odpowiada to ok. 67,86% wszystkich punktów w Tabeli). Ta ostatnia kategoria obejmuje niektóre kluczowe postulaty zawarte w Pierwotnej Opinii, w tym potrzebę ponownego opracowania założeń regulacji prawa grup spółek na poziomie rządowym oraz uzupełnienia projektowanych zmian w zakresie *corporate governance* spółek kapitałowych o rozwiązanie istotnych dla praktyki problemów (np. umożliwienie podziału kompetencji w zarządzie w regulaminie zarządu czy uelastycznienie wykonywania prawa kontroli przez rady nadzorcze).

W świetle powyższych danych uznać należy, że w Projekcie nie dokonano implementacji przeważającej części postulatów zawartych w Pierwotnej Opinii. Uwagi w niej formułowane pozostają więc zasadniczo aktualne także w odniesieniu do Projektu, co uzasadnia dołączenie Pierwotnej Opinii do niniejszej Opinii jako załącznika. W konsekwencji w tym miejscu należy jedynie skrótowo przytoczyć wciąż aktualną ogólną ocenę Pierwotnego Projektu zawartą w Pierwotnej Opinii. Jeżeli chodzi o projektowaną regulację prawa grup spółek, to propozycja ta pozostaje kontrowersyjna. Pomimo usunięcia rozwiązań, które mogły prowadzić do naruszenia prawa unijnego (por. pkt II.1 powyżej), wciąż stanowi ona *patchwork* mechanizmów zaczerpniętych z różnych systemów prawnych oraz rozwiązań autorskich. Projektowana regulacja nie określa właściwie istoty mechanizmu działania w interesie grupy spółek, stanowiącego jej fundament, wprowadza zbędny mechanizm wydawania wiążących poleceń, który jedynie



biurokratyzuje system zarządzania w grupach spółek, oraz wadliwie konstruuje instrumenty ochronne w grupach spółek. Efektem tego jest brak klarowności nowej regulacji, jej znaczne skomplikowanie oraz występowanie niespójności i luk wewnętrznych. W tym kontekście trudno się spodziewać, żeby regulacja ta znalazła popularność w realiach obrotu i nie budziła poważnych wątpliwości prawnych w przypadku jej stosowania. Postulat rezygnacji z dalszego procedowania tej propozycji oraz rozpoczęcie ponownych prac koncepcyjnych nad zagadnieniem prawa grup spółek na poziomie rządowym pozostaje więc aktualny.

W przypadku zmian w zakresie sprawowania nadzoru w spółkach kapitałowych walor zachowuje zgłoszony w Pierwotnej Opinii postulat uzupełnienia nowelizacji o dodatkowe obszary regulacji (m.in. indywidualizację prawa kontroli w spółce akcyjnej czy dopuszczenie ustalania przez same rady nadzorcze spółki z o.o. i spółki akcyjnej katalogu czynności, które wymagają ich zgody). Jednocześnie zawarte w Projekcie propozycje zmian powinny zostać poprawione zgodnie z postulatami sformułowanymi w Tabeli, a w niektórych przypadkach usunięte (dotyczy to np. regulacji zatwierdzania transakcji z podmiotami powiązаныmi w spółce akcyjnej). Jeżeli zaś chodzi o projektowane zmiany w pozostałych obszarach funkcjonowania organów spółek kapitałowych, to zawarte w Pierwotnej Opinii postulaty uzupełnienia Projektu i technicznych zmian w tym zakresie pozostają w większości aktualne i powinny zostać wprowadzone do Projektu.

dr Piotr Moskała

radca prawny

Sołtysiński Kawecki & Szlęzak –
Kancelaria Radców Prawnych
i Adwokatów sp. j.

Załącznik: opinia Ośrodka Badań, Studiów i Legislacji Krajowej Rady Radców Prawnych z dnia 7 września 2020 r. w sprawie projektu ustawy o zmianie ustawy - Kodeks spółek handlowych oraz niektórych innych ustaw (UD113)