



SĄD NAJWYŻSZY
Rzeczypospolitej Polskiej

Do druku nr 1515

Pierwszy Prezes Sądu Najwyższego

Warszawa, dnia 27 września 2021 r.

BSA I.021.24.2021

SEKRETARIAT Z-CY SZEFA KS

L. dz. DS. 175.666.21

Data wpływu 20.09.2021r.

WYDZIAŁ OBSŁUGI PREZYDIUM SEJMU

L. dz. SPS-WP.020.269.10.2021

Data wpływu 1.10.2021

Pan

Dariusz Salamończyk

Zastępca Szefa Kancelarii Sejmu

Szanowny Panie Ministrze,

W odpowiedzi na pismo z dnia 27 sierpnia 2021 r., SPS-WP.020.269.4.2021, działając na podstawie art. 1 pkt 4 ustawy z dnia 8 grudnia 2017 r. o Sądzie Najwyższym (t.j. Dz.U. z 2021r. poz. 154 ze zm.) w załączeniu uprzejmie przesyłam uwagi Sądu Najwyższego do rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks spółek handlowych oraz niektórych innych ustaw.

Z poważaniem,

dr hab. Małgorzata Manowska

/pismo podpisane podpisem elektronicznym/

Tłoczono z polecenia Marszałka Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej





BSiA. I.021.24.2021

Uwagi Sądu Najwyższego
do rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks spółek handlowych oraz
niektórych innych ustaw

Wprowadzenie

Przedłożony do zaopiniowania projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks spółek handlowych oraz niektórych innych ustaw został przyjęty na posiedzeniu Rady Ministrów w dniu 17 sierpnia 2021 r., a 23 sierpnia 2021 r. wpłynął do Sejmu. Jest to już poprawiony projekt wskutek wielu uwag i opinii, jakie dotyczyły jego wcześniejszej wersji.¹ Na tle pierwotnej wersji projektu i wersji aktualnie procedowanej pojawiły się publikacje naukowe² i publicystyczne³, a także list otwarty szerszej grupy osób będących przedstawicielami środowiska naukowego⁴, w których wskazano wiele ogólnych i szczegółowych wątpliwości dotyczących projektu (należy przy tym zaznaczyć, że ze względu na zmiany dokonane w projekcie niektóre z tych uwag utraciły aktualność).

¹ Zob. np. opinię Rady Legislacyjnej z 16 października 2020 r., <https://www.gov.pl/web/radalegisacyjna/opinia-z-16-pazdziernika-2020-r-o-projekcie-ustawy-o-zmianie-ustawy--kodeks-spolek-handlowych-oraz-niektorych-innych-ustaw> [dostęp: 16.9.2021 r.]; opinię OBSiL KRRP z 7 września 2020 r., <http://obsil.kirp.pl/wp-content/uploads/2020/09/Opinia-OBSiL-z-07.09.2020-r.-KSH.pdf> [dostęp: 16.9.2021 r.].

² Zob. zwłaszcza: K. Oplustil, W sprawie optymalnego modelu prawa grup spółek. Uwagi krytyczne o projekcie prawa koncernowego z 20.7.2020 r. (cz. I i II), MoP 2020, nr 23, s. 1223 i n. oraz MoP 2020, nr 24, s. 1274 i n.; M. Chomiuk, R. Harnos, Uwagi prawnooporównawcze z perspektywy prawa niemieckiego do projektu prawa grup spółek, MPH 2021, nr 1, s. 7 i n.; B. Sołtys, Kilka uwag i propozycji do kodeksowej regulacji nowego prawa holdingowego, PPH 2021, nr 1, s. 5 i n.

³ Zob. w szczególności następujące wypowiedzi: A. Opalski, Projekt prawa grup spółek, czyli skok na spółki Skarbu Państwa, Rzeczpospolita z 18.8.2020 r.; A. Szumański, Nie tylko dla Państwowych, Rzeczpospolita 7.9.2020 r.; A. Opalski, Jak nie reformować prawa w Polsce, Rzeczpospolita z 29.9.2020 r.; A. Szumański, Prawo grup spółek: nieaktualne zarzuty, Rzeczpospolita z 15.10.2020 r.; S. Sołtysiński, Resortowy projekt zmian KSH: Ministerstwo Aktywów Państwowych zamiast Komisji Kodyfikacyjnej, Legalis 9.12.2020 r.; A. Szumański, Polemika z uwagami krytycznymi prof. Sołtysińskiego wobec rządowego projektu prawa grup spółek (prawa koncernowego), Legalis 11.12.2020 r.; A. Opalski, Projekt prawa grup spółek, czyli historia legislacyjnej porażki, Rzeczpospolita z 24.12.2020 r.

⁴ List ten opublikowano w Rzeczpospolitej z 7.10.2020 r., a wśród sygnatariuszy byli zarówno wybitni przedstawiciele doktryny, jak i uznani praktycy. Zob. też odpowiedź na ten list: A. Szumański, Prawo grup spółek: nieaktualne zarzuty, Rzeczpospolita z 15.10.2020 r.

Materię projektu można podzielić na dwie grupy. Po pierwsze, zawarto w nim kompleksową regulację prawa koncernowego. Po drugie, projekt wprowadza szereg zmian w obowiązujących przepisach, zwłaszcza kodeksu spółek handlowych, ale też innych ustaw. Odmienność wyróżnionych grup zagadnień uzasadnia samodzielne odniesienie się do nich w dwóch częściach niniejszej opinii. Każda z tych części zostanie zamknięta samodzielną konkluzją ze względu na ich autonomiczny charakter.

CZĘŚĆ I

PROJEKTOWANE PRZEPISY DOTYCZĄCE PRAWA KONCERNOWEGO

Cel regulacji i zasadność prac legislacyjnych nad materią projektu

Celem opiniowanego projektu jest uregulowanie w prawie polskim prawa koncernowego (holdingowego)⁵. Aktualnie unormowania w tym zakresie są wyłącznie szcątkowe. W art. 7 k.s.h. uregulowano pewne aspekty funkcjonowania tzw. koncernów umownych, jednakże w praktyce regulacja ta nie ma znaczenia. Z kolei w art. 6 k.s.h. zawarto przepisy dotyczące relacji dominacji i zależności spółek (a zwłaszcza aktualizujących się w takich okolicznościach uprawnieniach wspólników). Jednocześnie, w orzecznictwie nie wykształciła się stabilna linia orzecznicza dotycząca kierunku i sposobu rozstrzygania zasadniczych problemów jurydycznych, jakie w grupach spółek powstają.

Z przedstawionych uwag wynika, że w Polsce prawo koncernowe jest w zasadzie nieuregulowane (nie ma normatywnego charakteru), co godzi w pewność i bezpieczeństwo obrotu. Jednocześnie stale rośnie znaczenie koncernów i ich liczba oraz wielkość. Brak pewności prawa w konsekwencji zagraża ich harmonijnej działalności, a także ingeruje w sytuację prawną osób pełniących w różnych spółkach w ramach grupy spółek funkcje w ich organach (ryzyko ponoszenia odpowiedzialności za podejmowane decyzje).

Wzrastające znaczenie w gospodarce koncernów jest nie tylko polską specyfiką, lecz występuje powszechnie. Obserwacja komparatystyczna pozwala przy tym stwierdzić, że problemy jurydyczne powstające w odniesieniu do grup spółek rozwiązywane są w poszczególnych systemach prawnych na dwa sposoby. Pierwszy, to ustabilizowanie się trwałej

⁵ Zaznaczyć trzeba, że brak jednolitego terminu na ujęcie zjawiska, o którym mowa w projekcie i niniejszej opinii. W doktrynie operuje się wieloma pojęciami, a najczęściej: koncern, holding, grupa spółek. Terminy te w opinii będą używane zamiennie i traktowane jako synonimy.

linii orzecniczej, mimo braku (lub ograniczonego charakteru) regulacji normatywnej.⁶ Drugi, to ekstensywna regulacja normatywna.⁷ Dodać jeszcze trzeba, że ta część prawa spółek nie jest kompleksowo uregulowana w prawie europejskim, a próby przyjęcia wspólnych ram w postaci dyrektywy nie powiodły się.⁸

Dotychczas w Polsce na tle prawa koncernowego nie wykształciło się bogate i jednolite orzecznictwo sądowe. Nie można powiedzieć, aby najważniejsze problemy, jakie stoją przed holdingami, uzyskały przewidywalne rozstrzygnięcie co do kierunku. Pozwala to na stwierdzenie braku unormowania prawa koncernowego w pierwszy ze wskazywanych sposobów. Jednocześnie rosnące praktyczne znaczenie holdingów uzasadnia podjęcie próby przygotowania kompleksowej regulacji normatywnej, którą niewątpliwie stanowi opiniowany projekt. Można zatem uznać podjęcie w tym zakresie prac legislacyjnych za potrzebne i uzasadnione. W ramach opinii wymaga jednak oceny, czy rezultat tych prac – projekt ustawy będący przedmiotem postępowania legislacyjnego – spełnia zadania, jakim powinno sprostać nowoczesne, spójne prawo holdingowe. Na tę ocenę wpływają zarówno kwestie ogólne dotyczące tego projektu (np. zakres normowania), jak i zwłaszcza kwestie szczegółowe (sposób rozwiązania poszczególnych, przede wszystkim kluczowych, problemów prawa koncernowego przez projektowane przepisy).

Uwagi ogólne dot. opiniowanego projektu

Podstawowa krytyczna uwaga dotycząca projektu odnosi się do jego zakresu zastosowania. Zgodnie z art. 21¹⁵ § 2 pkt 1 k.s.h. nie ma on być stosowany do spółek publicznych. Tymczasem w praktyce zwykle największe spółki tworzące grupy spółek to spółki publiczne. Zatem opiniowana regulacja pozostawia nieuregulowany istotny obszar spółek publicznych, co zmniejsza jej znaczenie. Co więcej, brak przekonujących argumentów, które uzasadniłyby to ograniczenie.

Ponadto, budzi wątpliwości przewidywane miejsce regulacji. Projektodawca planuje ją dołączyć, jako nowy dział, do przepisów ogólnych k.s.h. O ile należy uznać, że rzeczywiście

⁶ Reprezentatywnym przykładem tego sposobu „regulacji” prawa holdingowego jest Francja, gdzie kluczowe zasady dotyczące koncernów zostały sformułowane w sprawie Rozenblum i odtąd są konsekwentnie utrzymywane.

⁷ Jako przykład należy wskazać Niemcy, które mają sprawnie działającą w praktyce regulację normatywną prawa koncernowego.

⁸ Regulację zaproponowano już w 1985 r. przedstawiając Dziewiątą Dyrektywę prawa spółek, która jednak nigdy nie została przyjęta. Zob. co do prac nad prawem koncernowym na poziomie europejskim: K. Oplustil, *Koncepcje interesu grupy spółek w pracach europejskich gremiów eksperckich (EMCA, FECCG, ICLEG)*, RPEiS 2019, nr 1, s. 5 i n.

przepisy ogólne k.s.h. stanowią zbyt wąską regulację i różne kwestie tam powinny się znaleźć, o tyle specyfika prawa koncernowego i jego autonomia jest na tyle duża, że nie wydaje się ono pasować jako część przepisów ogólnych o spółkach. Raczej zasadne byłoby wprowadzenie do kodeksu odrębnego, nowego tytułu poświęconego prawu grup spółek, tak jak w samodzielnym tytule uregulowano łączenie, podział i przekształcenie spółek. Wydaje się, że mógłby być to tytuł IV¹ k.s.h.

Wreszcie, czego konkretne przejawy będą jeszcze wskazywane w dalszej części opinii, nie przekonuje przyjęte w projekcie systemowe założenie wymagania sformalizowania istnienia oraz wchodzenia w skład grupy kapitałowej. Jest to rozwiązanie lepsze od przyjętego dotychczas w k.s.h., gdzie szcążkowym unormowaniem objęto wyłącznie koncerny umowne (art. 7 k.s.h.), gdyż dla powstania grupy spółek nie wymaga się zawarcia między spółkami umowy koncernowej, lecz wciąż wątpliwe. W praktyce można bowiem łatwo wyróżnić koncerny formalne i nieformalne. Za zaliczające się do tej pierwszej grupy można uznać zarówno koncerny umowne, jak i wszystkie inne, gdzie formalnie stwierdza się (np. w rejestrze) istnienie lub przynależność do grupy spółek. Ograniczenie projektowanego unormowania do tego rodzaju holdingów nie wyeliminuje *per se* istnienia koncernów faktycznych. Być może treść projektowanej regulacji zachęci do sformalizowania niektórych istniejących holdingów, ale *a priori* zakłada, że poza zakresem unormowania zostaną koncerny faktyczne. Tymczasem prawdziwym wyzwaniem prawa koncernowego jest, jak się wydaje, objęcie unormowaniem realnego zjawiska występującego w praktyce, a więc istniejących grup spółek, a nie tylko części tego zjawiska, i to w takim zakresie, w jakim same koncerny, do których uchwalane przepisy będą miały mieć zastosowanie, będą chciały.

Kwestia uregulowania kluczowych problemów prawa koncernowego w projekcie

Prawo koncernowe to niezwykle skomplikowany dział prawa spółek. Dlatego wśród wielu problemów jurydycznych uregulowanych w projektowanych przepisach, z którymi mierzą się grupy spółek, należy zwrócić szczególną uwagę na unormowanie dotyczące kluczowych kwestii.

Za trafne należy uznać projektowane uchylenie art. 7 k.s.h. Wskazywano już, że *de lege lata* okazała się to regulacja zbędna, w zasadzie martwa w praktyce. Nowe unormowanie ma

być kompleksowe i objąć wszystkie typy koncernów, których istnienie potwierdzono (sformalizowano) w przewidziany w projekcie sposób.

Prawidłowo projektodawca podjął się zadania zaproponowania definicji grupy spółek. Właściwie uznał w art. 4 § 1 pkt 5¹ k.s.h., że spółki w grupie ma łączyć wspólny interes. Nie jest natomiast jasne sformułowanie, że spółka dominująca ma sprawować „jednolite kierownictwo” nad spółką (spółkami) zależnymi, ponieważ zdaje się to godzić w samodzielność podmiotową każdej ze spółek w grupie, która zostaje zachowana. Definicja wymagałaby zatem rozbudowania i ukonkretnienia. Ponadto, kontrowersje może budzić wybranie jako właściwego terminu „grupa spółek”. Wydaje się, że może on mieć bardziej nieformalne znaczenie i nie powinien być „rezerwowany” przez definicję legalną, a lepsze byłoby wykorzystanie pojęcia koncernu albo holdingu. Wreszcie, nie jest jasne, co oznacza i w jaki sposób ma być ustalana (oraz ewentualnie czy może być to *ex post* weryfikowane) wspólna strategia gospodarcza, którą powinny kierować się spółki tworzące grupę spółek.

Za trafne należy uznać dostrzeżenie przez projektodawcę występowania w grupie spółek autonomicznego interesu całej grupy, będącego niezależnym od interesów własnych poszczególnych spółek grupę tworzących. Z brzmienia art. 21¹ § 1 k.s.h. zdaje się przy tym wynikać pierwszeństwo interesu własnego spółek. Przepis ten bowiem zabrania kierowania się interesem grupy spółek, jeżeli prowadziłoby to do pokrzywdzenia wierzycieli lub współników mniejszościowych spółki zależnej. Tymczasem realizacja wspólnego interesu grupy spółek może, zwłaszcza w krótkim okresie, godzić w interes współników mniejszościowych, którzy nie czerpią korzyści wynikających z przynależności spółki do grupy. Co więcej, takie ograniczenie utrudnia „jednolite kierownictwo” grupą spółek, co stanowi jej cechę definicyjną. Nie tyle zatem, jak się wydaje, należałoby dawać generalne pierwszeństwo indywidualnemu interesowi spółek wchodzących w skład grupy spółek przed interesem całej grupy, ile wprowadzić normatywne efektywne instrumenty mające chronić interesy tych interesariuszy (zwłaszcza współników mniejszościowych i wierzycieli), które mogłoby naruszyć realizowanie przez spółkę przede wszystkim interesu całej grupy.

Właściwie jednym z kluczowych unormowań opiniowanego projektu jest kwestia wiążących poleceń, która powszechnie identyfikowana jest jako jedno z najtrudniejszych zagadnień prawa koncernowego. Przez wydawanie wiążących poleceń, z jednej strony, możliwe jest realizowanie interesu grupy spółek ponad indywidualnym interesem poszczególnych spółek w grupie, a więc „jednolite kierownictwo” całej grupy, ale też, z drugiej strony, instytucja

ta prowadzi do naruszenia prawnej samodzielności poszczególnych spółek tworzących grupę. Niewątpliwie wymaga ona unormowania, choć do tego zaproponowanego w projekcie można zgłosić pewne zastrzeżenia.

Po pierwsze, wymaganie, aby polecenie zostało wydane w formie pisemnej lub elektronicznej (art. 21² § 2 k.s.h.) pozornie wydaje się zasadne przede wszystkim jako tworzące dowód na okoliczność wydania konkretnego polecenia i jego treści. Jednocześnie jednak wydaje się, że w praktyce często takie polecenia mogą pojawiać się w innych formach. Gdyby członkowie zarządu spółki zależnej chcieli domagać się od spółki dominującej zachowania rzeczonych wymagań co do formy wiążącego polecenia, to może *de facto* być dla nich co do skutków tożsame z niewykonaniem polecenia. Co więcej, można przypuszczać, że spółki dominujące mogą chcieć dążyć do wydawania wiążących poleceń nieformalnie, co spowoduje, że nie znajdzie do nich w ogóle zastosowania misterna ich regulacja. Wydaje się, że kwestia udowodnienia tego, że zostało wydane wiążące polecenie i jego treści powinna na ogólnych zasadach obciążać członków zarządu spółki zależnej, bez jednak wymagania dla nich formy szczególnej.

Po drugie, sankcja bezwzględnej nieważności z art. 21² § 2 k.s.h. budzi wątpliwości. Jej skutkiem bowiem nie jest to, jak można by sądzić, że konkretne wiążące polecenie nie ma żadnego skutku prawnego, lecz tylko wyłączenie zastosowania do tego wiążącego polecenia projektowanego reżimu prawnego dotyczącego wiążących poleceń. W efekcie można się spodziewać zwielokrotnienia problemów prawnych na tle wiążących poleceń w razie wejścia projektu w życie – będą bowiem zarówno przypadki wiążących poleceń, do których projekt ten będzie miał zastosowanie, jak i, być może w praktyce częstsze i istotniejsze, przypadki takich wiążących poleceń, które będą się znajdowały poza regulacją, a więc, jak dotychczas, w szarej strefie normatywnej. Można przypuszczać, że tych drugich wiążących poleceń będzie więcej, ponieważ na zastosowaniu reżimu prawnego wynikającego z projektu będzie zależało przede wszystkim członkom zarządów spółek zależnych (z uwagi na wynikającą z projektu dla nich ochronę przed odpowiedzialnością), gdy tymczasem od nich w żadnym stopniu nie będzie zależało zachowanie formy wymaganej dla wiążących poleceń, gdyż będzie to w gestii władz spółki dominującej.

Po trzecie, można zaakceptować wyłączenie odpowiedzialności członków władz spółki zależnej za doznaną przez nią szkodę wskutek wykonania wiążącego polecenia (art. 21⁵ § 1 k.s.h.), mimo zgłaszanych co do tego wątpliwości. Już jednak nie jest takie oczywiste analogiczne wyłączenie

odpowiedzialności władz spółki dominującej (art. 21⁵ § 2 k.s.h.). Przecież to właśnie ich decyzje mogą skutkować szkodą w majątku spółki zależnej, a wobec wyłączenia w odniesieniu do tej szkody odpowiedzialności odszkodowawczej członków władz spółki zależnej, żadna osoba fizyczna nie jest zagrożona poniesieniem takiej odpowiedzialności. To z kolei może sprzyjać podejmowaniu decyzji obarczonych nadmiernym ryzykiem dla spółek zależnych.

Po czwarte, w świetle całej regulacji instytucji wiążących poleceń w projekcie należy przyjąć, że trafnie przewidziana w art. 21¹² k.s.h. odpowiedzialność spółki dominującej za szkodę wyrządzoną spółce zależnej wynikającą z wykonania przez spółkę zależną wiążącego polecenia jest ograniczona do przypadków zastosowania wiążącego polecenia zgodnie z projektem (m. in. z zachowaniem formy). Grozi to brakiem praktycznego znaczenia tego unormowania. Można bowiem przypuszczać, że, zwłaszcza w odniesieniu do wiążących poleceń mogących skutkować powstaniem szkody w majątku spółki zależnej, spółki dominujące nie będą chętne do ich formalnego wydawania, lecz będą czyniły to tak jak dotychczas. Stąd bardziej zasadne byłoby wprowadzenie podstawy odpowiedzialności spółki dominującej za wszystkie przypadki doznania szkody przez spółkę zależną wynikające z wykonania faktycznego wiążącego polecenia. Przedmiotem dowodu w ewentualnym postępowaniu sądowym byłoby wykazanie dowolnymi środkami dowodowymi, że spółka zależna działała na podstawie wiążącego polecenia.

Wątpliwości budzi ograniczenie odpowiedzialności ponoszonej przez spółkę zależną do odpowiedzialności odszkodowawczej. Praktyka dowodzi bowiem, że spółka dominująca może podejmować różne działania niekorzystne dla spółki zależnej, które jednak albo nie skutkują wyrządzeniem szkody majątkowej, albo oszacowanie wysokości takiej szkody może być niemożliwe lub bardzo utrudnione. Choć dzięki zastosowaniu art. 322 k.p.c. w razie uzasadnionych problemów z udowodnieniem wysokości szkody sąd może zasądzić odpowiednią sumę według własnej oceny, to można by rozważyć połączenie ponoszenia odpowiedzialności przez spółkę dominującą nie z doznaniem szkody przez spółkę zależną, lecz z obowiązkiem wyrównania przez nią spółce zależnej wszelkich negatywnych następstw wynikających z działań spółki dominującej.

Prawidłowo projektodawca podjął się uregulowania innego kluczowego problemu prawa koncernowego, a mianowicie kwestii legalnego dostępu spółki dominującej do ksiąg i dokumentów spółki zależnej. Nie budzi zastrzeżeń przyznanie możliwości stałego takiego dostępu (art. 21⁶ § 1 k.s.h.), ani w szczególności wyposażenie w prawo do takiego dostępu radę

nadzorcą spółki dominującej (art. 21⁷ § 2 k.s.h.). Natomiast chyba zbędny i w praktyce zagrożony byciem nieużywanym jest art. 21⁶ § 3 k.s.h., pozwalający spółce dominującej domagać się rzeczowego dostępu na drodze sądowej. Zważywszy na długość postępowań sądowych w Polsce, związane z tym koszty, a także ryzyko ujawnienia informacji poufnych, wzięwszy przy tym pod uwagę okoliczności faktyczne, wydaje się, że w razie utrudniania przez spółkę zależną dostępu do ksiąg i dokumentów, raczej spółka dominująca, korzystając ze swoich uprawnień dominującego wspólnika spółki zależnej, doprowadzi na zasadach ogólnych do zmian personalnych we władzach spółki zależnej, powołując do nich osoby, które nie będą jej stawały takich utrudnień.

Istotnym przewidywanym w projekcie instrumentem mającym na celu ochronę, odpowiednio, wspólników mniejszościowych i wspólników większościowych są prawa przymusowego odkupu i wykupu (art. 21¹⁰ § 1 i art. 21¹¹ § 1 k.s.h.). W odniesieniu do wspólników mniejszościowych uprawnienie to przysługuje wspólnikom dysponującym nie więcej niż 10% kapitału. O ile takie ograniczenie samodzielnie nie budziłoby zastrzeżeń, o tyle jednocześnie ograniczono możliwość występowania z żądaniem przeprowadzenia przymusowego odkupu w ten sposób, że żądanie takie może być wykonywane w każdym roku tylko raz. Rodzi to kilka zagrożeń. Po pierwsze, „wyścigu” mniejszościowych wspólników o to, kto pierwszy z takim roszczeniem wystąpi, a przez to będzie objęty w ten sposób ochroną. Po drugie, łatwego zablokowania tego uprawnienia, gdyby, będąc nawet w zмовie ze spółką dominującą, z takim żądaniem występował wspólnik mający minimalny udział w kapitale zakładowym, blokując tym samym wystąpienie z tym żądaniem pozostałym wspólnikom.

Ochronie wspólników mniejszościowych służy również wprowadzona w art. 21¹³ § 1 k.s.h. podstawa odpowiedzialności spółki dominującej wobec wspólników spółki zależnej w związku z wydaniem przez spółkę dominującą wiążącego polecenia spółce zależnej, skutek wykonania którego doszło do obniżenia wartości udziału (akcji) wspólnika. Proponowana regulacja, jak się wydaje, w przeciwieństwie do innych wskazywanych w opinii rozwiązań projektu, znajdzie zastosowanie także do faktycznych wiążących poleceń, a nie wyłącznie wiążących poleceń wydanych zgodnie z zasadami przewidzianymi w projekcie. To rozwiązanie, odwołujące się do tego, czy spółka mogła podjąć uchwałę o uczestnictwie w grupie spółek, a nie czy rzeczywiście ją podjęła, należy uznać za trafne i powinno być ono stosowane kompleksowo w odniesieniu do instytucji wiążących poleceń, aby proponowana regulacja obejmowała faktycznie wszystkie wiążące polecenia wydawane przez spółkę dominującą.

Zaskakuje natomiast „punktowe” wykorzystanie go w tym przypadku. Ponadto, budzi wątpliwości, dlaczego projektodawca skorzystał z instytucji *actio pro socio*, a nie wyposażył wspólnika w bezpośrednie roszczenie odszkodowawcze. Wspólnik bowiem może domagać się naprawienia szkody wyrządzonej spółce zależnej, mimo że przesłanką wytoczenia roszczenia jest obniżenie wartości przysługującego mu udziału (akcji). Wydaje się, że obniżenie rzeczony wartości wynikające z wykonania przez spółkę zależną wiążącego polecenia może łączyć się z doznaniem przez spółkę zależną szkody majątkowej, lecz nie musi. Te ostatnie przypadki nie byłyby zatem objęte ochroną. Co więcej, możliwość dochodzenia przez wspólnika odszkodowania na rzecz spółki, a nie na własną rzecz, może stanowić istotną w praktyce barierę przed korzystaniem z tego instrumentu – wspólnik, oceniając, że mu się „nie opłaci” angażować sił i środków, może tego poniechać. Dotychczasowe doświadczenia z rzadkim wytaczaniem powództw derywacyjnych w spółkach z o.o. i spółkach akcyjnych zdają się potwierdzać takie niebezpieczeństwo.

Trafnie projektodawca przewidział w opiniowanym projekcie instrument mający na celu ochronę wierzycieli spółki zależnej w związku z doznaną przez nich szkodą pozostającą w adekwatnym związku przyczynowym z wykonaniem przez spółkę zależną wiążącego polecenia. Konstrukcja ta przypomina odpowiedzialność ponoszoną przez członków zarządu spółki z o.o. na wypadek jej niewypłacalności, a brzmienie projektowanego art. 21¹⁴ k.s.h. przypomina brzmienie art. 299 k.s.h. Wadą tej regulacji jest jednak, jak należy sądzić, ustanowienie przesłanką dla wytoczenia roszczenia przez wierzyciela spółki zależnej formalnego, zgodnego z zasadami przewidzianymi w projekcie, wydania wiążącego polecenia przez spółkę dominującą, co pozostawia bez ochrony wierzycieli spółki zależnej w przypadku nieformalnych wiążących poleceń.

Uwagi szczegółowe do projektu ustawy o nowelizacji k.s.h. (prawie koncernowym)

Oprócz wskazanych powyżej wątpliwości dotyczących regulacji kwestii kluczowych dla prawa holdingowego, opiniując projekt można jeszcze zwrócić uwagę na kilka problemów bardziej szczegółowych.

Wątpliwości budzi wymaganie większości aż $\frac{3}{4}$ głosów dla podjęcia uchwały o przynależności spółki do grupy spółek (art. 21¹ § 2 k.s.h.). Czyni to przynależność do grupy, po pierwsze, zależną od oświadczenia woli, a nie od stanu faktycznego, oraz, po drugie, rodzajem

przywileju. Tymczasem zjawisko istnienia i działania grup spółek ma charakter faktyczny, tak jak powstawanie między konkretnymi spółkami relacji dominacji i zależności. Proponując regulację normatywną tej materii, projektodawca powinien raczej zmierzać do objęcia nią wszystkich istniejących koncernów, a nie tylko tych, które tego będą chciały. Tymczasem przyjęty kierunek niepotrzebnie zbliża *de facto* tę regulację do koncernu umownego, a wskazywano już, że jego regulacja w art. 7 k.s.h. nie okazała się skuteczna i użyteczna.

Natomiast jako trafne należy ocenić wymaganie, aby funkcjonowanie konkretnej spółki w ramach grupy spółek było ujawniane w rejestrze (art. 21¹ § 3 k.s.h.), jeśli już ogranicza się zastosowanie projektowanej regulacji do formalnych koncernów. Dzięki temu dla innych uczestników obrotu będzie to istotną informacją, że konkretna spółka może podejmować decyzje businessowe, które będą sprzeczne z jej interesem, lecz zgodne z interesem grupy. Zatem kontrahenci będą ostrzeżeni, aby brać to pod uwagę. Należy jednak dostrzec, że może to też zniechęcać grupy spółek do formalizowania swoich powiązań, a przez to wiele z nich pozostawiać całkowicie poza ramami tego prawa.

Konkluzje

Przeprowadzona analiza przedstawionego do zaopiniowania projektu ustawy o zmianie k.s.h. w zakresie unormowania w kodeksie prawa koncernowego skłania do konkluzji, że o ile idea i potrzeba uregulowania tej materii niewątpliwie istnieje, o tyle projekt nie jest jeszcze wystarczająco dopracowany. Niewątpliwie normowana materia jest trudna, brak dotychczas polskich doświadczeń legislacyjnych jej dotyczących, a wzory zagranicznych regulacji (zwłaszcza niemieckiej) można wykorzystywać tylko w ograniczonym zakresie. Znaczenie tej regulacji, potrzeba zapewnienia przez nią bezpieczeństwa obrotu prawnego, powodują, że rzeczona regulacja prawna musi być należycie dopracowana. Tak wysokiego standardu nie spełnia jednak przedstawiony projekt. Choć, jak zauważono w opinii, projektodawca trafnie zidentyfikował różne sfery wymagające uregulowania (np. wiążące polecenia, odpowiedzialność spółki dominującej za szkodę wyrządzoną spółce zależnej, ochrona wspólników mniejszościowych spółki dominującej i jej wierzycieli, a także wiele innych), to jednak szczegóły tych regulacji często budzą niedosyt. Jednak podstawowy problem projektu to celowe zawężenie przez projektodawcę zakresu jego zastosowania, przez pozostawienie poza nim spółek publicznych, a także faktycznych grup spółek, tzn. takich koncernów, które nie zdecydują się zastosować procedury przewidzianej w projekcie celem formalnego stworzenia holdingu.

W konsekwencji można mieć poważne obawy, że ewentualne wejście w życie projektowanych przepisów nie uporządkuje należycie prawa koncernowego, a może sprzyjać powstaniu jeszcze większej liczby wątpliwości, zróżnicowaniu sytuacji prawnej rozmaitych faktycznie istniejących grup spółek, a przez to godzić też w stabilność i bezpieczeństwo obrotu prawnego.

CZĘŚĆ II

PROJEKTOWANE ZMIANY W OBOWIĄZUJĄCYCH PRZEPISACH

Chociaż zasadniczym celem opiniowanego projektu jest wprowadzenie do prawa polskiego regulacji prawa grup spółek, a przepisom dotyczącym tej materii poświęcono uwagi w pierwszej części opinii, to projekt zawiera również szereg zmian obowiązujących przepisów k.s.h. W opinii zostanie zwrócona uwaga na te z nich, które, z różnych względów, mogą budzić zastrzeżenia lub wątpliwości albo szczególnie zasługują na wsparcie z uwagi na ich zasadność.

Za trafną należy uznać proponowaną zmianę brzmienia art. 203 § 3 k.s.h., dzięki której równe prawa będą mieli wszyscy byli członkowie zarządu spółki z o.o., bez względu na przyczynę prowadzącą do ustania ich członkostwa w zarządzie (dotychczasowa szczególna pozycja tylko odwołanych członków zarządu nie jest zasadna). Analogiczną zmianę prawa przewidziano w odniesieniu do członków zarządu spółki akcyjnej.

Właściwe jest proponowane brzmienie nowego art. 208¹ k.s.h., potrzeba bowiem dokładniejszej regulacji normatywnej dotyczącej uchwał zarządów spółek kapitałowych, których znaczenie w praktyce jest bardzo duże. W projekcie przewidziano analogiczne, potrzebne, unormowania dotyczące organów pozostałych spółek kapitałowych (rad nadzorczych, rady dyrektorów w PSA, zarządu w spółce akcyjnej). Trzeba jednak zaznaczyć, że ta materia wymaga precyzyjniejszego unormowania, na wzór regulacji prawnej dotyczącej uchwał wspólników, zwłaszcza co do trybu i zasad ich zaskarżania (milczenie aktualnych przepisów wymusza korzystanie wyłącznie z postępowania z art. 189 k.p.c.).

Trafne jest wyraźne wprowadzenie w odniesieniu do członków zarządu (art. 209¹ § 1 k.s.h.) oraz członków rad nadzorczych (art. 214¹ § 1 k.s.h.) spółek z o.o. dwóch klauzul – kryteriów dotyczących oceny ich działalności: staranności i lojalności. Analogiczną regulację przewidziano w spółce akcyjnej.

Nie do końca natomiast przekonuje dodanie do art. 202 § 2 oraz art. 218 § 2 sformułowania, że bez odmiennego postanowienia umownego kadencją (członków zarządu

oraz rad nadzorczych) oblicza się w pełnych latach obrotowych. Kwestia niejasności co do interferencji między kadencją a mandatem na gruncie przepisów k.s.h. została ostatecznie wyjaśniona w orzecznictwie Sądu Najwyższego i aktualnie nie budzi już wątpliwości, a proponowana zmiana też jej jednoznacznie nie rozstrzyga, ponieważ powszechnie przyjmuje się właśnie liczenie lat kadencji w odniesieniu do lat obrotowych.

Projekt przewiduje również uszczegółowienie regulacji prawnej dotyczącej rady nadzorczej spółki z o.o. (analogiczne przepisy zawarto w projekcie w odniesieniu do rady nadzorczej w PSA i spółce akcyjnej). W szczególności wprost przewiduje możliwość ustanawiania doraźnych lub stałych komitetów rady, co należy uznać za zasadne. Ponadto, umożliwi radzie nadzorczej, o ile w umowie spółki znajduje się stosowna podstawa, skorzystanie z pomocy doradcy rady nadzorczej, który na koszt spółki powinien zbadać, przedstawiając raport, wskazane w uchwale rady nadzorczej zagadnienie. Tę zmianę należy uznać za zdecydowanie zasadną. Urealnia ona możliwość merytorycznej kontroli funkcjonowania spółki przez radę nadzorczą. Złożoność zadań realizowanych przez spółkę może powodować, że ocena pewnych kwestii, nawet mimo wysokich kompetencji indywidualnych członków jej rady nadzorczej, mogłaby być utrudniona. Raport sporządzony przez doradcę – *de facto* biegłego prywatnego – pozwoli członkom rady nadzorczej pełniej poznać zagadnienia skierowane do tego badania. Jednocześnie, ponieważ doradca będzie działał na zlecenie rady nadzorczej (spółkę w umowie z nim będzie reprezentowała rada nadzorcza), to nadaje sporządzonemu przez niego raportowi przymiot niezależności od stanowiska zarządu spółki, niezmiernie istotny z perspektywy oceny dokonywanej przez radę nadzorczą. Za potrzebną trzeba też uznać dokładniejszą regulację dotyczącą zwoływania i przebiegu posiedzeń rady nadzorczej (art. 221¹ k.s.h.).

Kolejna istotna projektowana zmiana, którą należy ocenić pozytywnie, dotyczy modyfikacji standardu oceny działań członka władz spółki z o.o. Dotychczas w art. 293 k.s.h. mowa o podwyższonej staranności wynikającej z zawodowego charakteru wykonywanych czynności. W projekcie przewidziano wyraźnie wskazanie dwóch autonomicznych standardów oceny – staranności i lojalności, a także wprost inkorporowano do przepisu tzw. zasadę *business judgment rule*, tzn. pozwalającą uznać za działanie należycie staranne czynności podejmowane w zakresie uzasadnionego ryzyka gospodarczego uznanego za takie na podstawie informacji, analiz i opinii. O ile można przyjąć, że nawet dotychczasowe brzmienie art. 293 k.s.h. pozwalałoby w drodze jego ekstensywnej wykładni doszukać się w nim treści tożsamyh z tymi

zawartymi w projekcie, o tyle precyzyjniejsze uregulowanie standardów oceny postępowania członków organów spółki należy uznać za pożądane. Analogiczną zmianę proponuje się wprowadzić do spółki akcyjnej w art. 483 k.s.h.