

### **Załącznik – uwagi szczegółowe do rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks spółek handlowych oraz niektórych innych ustaw**

1. Projektowane przepisy posługują się sformułowaniem „interes grupy spółek”, przy czym nie wprowadzono definicji „interesu grupy spółek”, co znacząco utrudni stosowanie tych przepisów.
2. Definicja grupy spółek, zawarta w projektowanym art. 4 § 1 pkt 5<sup>1</sup> KSH obejmuje zarówno spółki kapitałowe (tj. spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, proste spółki akcyjne, oraz spółki akcyjne), jak i spółki osobowe (tj. spółki jawne, partnerskie, komandytowe i komandytowo-akcyjne, które są wymienione w art. 4 §1 pkt 4) lit. e) KSH jako „spółki zależne”), co oznacza, że każda z tych spółek może być zarówno spółką dominującą, jak i spółką zależną w grupie spółek. Z drugiej strony terminologia użyta w dalszych projektowanych przepisach KSH, dotyczących „grupy spółek” sugeruje, że członkami takiej grupy mogą być tylko spółki kapitałowe. Jeśli zamierzeniem projektodawcy jest ograniczenie członkostwa w „grupie spółek” wyłącznie do spółek kapitałowych, powinno być to wyraźnie wskazane w treści komentowanego przepisu. Jeśli natomiast członkiem grupy spółek mogą być także spółki osobowe (co nie jest wykluczone przy obecnym brzmieniu przepisu), należałoby odpowiednio zmienić pozostałe projektowane przepisy KSH dotyczące grupy spółek, dostosowując ich brzmienie odpowiednio do spółek osobowych. Przepis ten powinien być przy tym spójny z przepisem ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym zmienianym na podstawie art. 4 Projektu, gdzie przewiduje się, że członkiem grupy spółek może być obok spółek także „inny przedsiębiorca”.
3. W ślad za art. 1 pkt 2 projektu, uchylającym art. 7 KSH powinna iść zmiana definicji „grupy” oraz „bliskich powiązań” zawartych w ustawie o nadzorze uzupełniającym, a także zmiana art. 4 ust. 1 pkt. 1 lit. a) oraz art. 19 pkt 3 tej ustawy; przepisy te odwołują się do umowy o zarządzanie, o której mowa w art. 7 § 1 ustawy z dnia 15 września 2000 r. - Kodeks spółek handlowych, lub innej umowy o podobnym charakterze. Uchylenie art. 7 KSH spowoduje, że puste staną się odesłania do „umowy o zarządzanie, o której mowa w art. 7 § 1 Kodeksu spółek handlowych”, do której odwołują się przepisy ustawy o nadzorze uzupełniającym. Nie będzie także możliwe ustalenie, co należy rozumieć pod użytym w tej ustawie pojęciem „innej umowy o podobnym charakterze”.

4. Art. 1 pkt 2, 18, 43 projektu - uchylenie art. 7 KSH, a w ślad za tym art. 228 pkt 6 oraz art. 393 pkt 7 KSH sugeruje, iż umowy zawarte pomiędzy spółką dominującą a spółką zależną, przewidujące zarządzanie spółką zależną lub przekazywanie zysku przez taką spółkę mogą zostać zawarte przez zarząd bez zgody zgromadzenia wspólników/walnego zgromadzenia, w ramach swobody umów. W świetle obecnych regulacji zarząd spółki nie może zrzec się obowiązku prowadzenia spraw spółki ani decydować o pozbawieniu wspólników/akcjonariuszy prawa do udziału w zysku. Regulacja ta może zatem negatywnie wpłynąć na interesy mniejszościowych wspólników/akcjonariuszy.

5. Projektowany art. 587<sup>1</sup>, 219 § 4 i 4<sup>1</sup>, art. 300<sup>71</sup> § 1 i 1<sup>1</sup>, art. 382 § 4 i 4<sup>1</sup> oraz art. 18 § 2 KSH – projektowane zmiany dotyczą wszystkich spółek kapitałowych i wprowadzają daleko idące zmiany.

Przepis art. 219 § 4, art. 300<sup>71</sup> § 1 oraz art. 382 § 4 KSH w obecnym brzmieniu zakładają, iż rada nadzorcza może w celu wykonania swoich obowiązków badać wszystkie dokumenty spółki, żądać od zarządu i pracowników sprawozdań i wyjaśnień oraz dokonywać rewizji stanu majątku spółki. Poszerzenie kręgu osób odpowiedzialnych za przekazywanie informacji, dokumentów, sprawozdań lub wyjaśnień oraz wprowadzenie przepisów, na podstawie których pracownicy będą mogli zostać pociągnięci do odpowiedzialności karnej za niewykonanie bądź nienależyte wykonanie obowiązku wydaje się nadmiarowe i nieproporcjonalne. Na gruncie obecnych przepisów pracownicy, w przypadku niewykonania obowiązków, podlegają odpowiedzialności wynikającej z Kodeksu pracy, a zatrudnieni na umowę zlecenie ponoszą odpowiedzialność na zasadach wynikających z Kodeksu cywilnego i jest to odpowiedzialność adekwatna.

Dwutygodniowy termin wskazany w art. 219 § 4<sup>1</sup>, art. 300<sup>71</sup> § 1<sup>1</sup>, art. 382 § 4<sup>1</sup> może okazać się stosunkowo krótki w przypadku obowiązku przekazania skomplikowanych, obszernych informacji bądź sprawozdań i mimo dołożenia należytej staranności, przekazanie w tym terminie wszystkich informacji może być niemożliwe. Ponadto, przepis art. 587<sup>1</sup> zakłada karanie osób wskazanych w ww. przepisach również za działania nieumyślne, co wzbudza istotne wątpliwości, gdyż jako nieproporcjonalną należy ocenić regulację, w której osoba skazana za nieumyślne działanie zostanie pozbawiona możliwości pełnienia funkcji członka zarządu, rady nadzorczej, komisji rewizyjnej, likwidatora albo prokurenta.

6. Projektowany art. 21<sup>1</sup> § 1 KSH – Z przepisu tego wynika, że spółka dominująca oraz spółka zależna, które uczestniczą w grupie spółek, kierują się, obok interesu spółki, interesem grupy spółek, niezależnie, czy zmierza to do pokrzywdzenia wierzycieli lub wspólników

mniejszościowych albo akcjonariuszy mniejszościowych spółki dominującej – nie jest jasne, czy taka była intencja projektodawcy i jakie jest uzasadnienie takiego stanowiska.

7. Projektowany art. 21<sup>1</sup> § 2 KSH stanowi, że uczestnictwo spółki zależnej w grupie spółek wymaga podjęcia uchwały zgromadzenia wspólników/walnego zgromadzenia spółki zależnej, podjętej większością  $\frac{3}{4}$  głosów. W uchwale, o której mowa w komentowanym przepisie wymagane powinno być także wskazanie „wspólnej strategii gospodarczej”, o której mowa w proponowanym pkt 5<sup>1</sup> dodanym do art. 4 §1 KSH. Wspólna strategia gospodarcza, którą kierują się spółki w celu realizacji wspólnego interesu jest elementem konstytutywnym dla powstania grupy spółek. Z tego powodu strategia ta powinna mieć formę odrębnego dokumentu przyjętego w drodze uchwały przez odpowiednie organy spółki dominującej oraz spółki zależnej. Zatem taka „wspólna strategia gospodarcza” powinna być również powołana w uchwale, o której mowa w komentowanym przepisie. Konsekwencją proponowanego rozwiązania powinien być wymóg odpowiedniej zmiany uchwały o uczestnictwie w grupie spółek w razie jakiegokolwiek zmiany w przyszłości „wspólnej strategii gospodarczej”.
8. Projektowany art. 21<sup>1</sup> § 3 KSH przewiduje, że spółką dominującą w grupie spółek może być także spółka posiadająca siedzibę za granicą (spółkami zależnymi mogą być wyłącznie spółki z siedzibą w Polsce utworzone na podstawie KSH). Konieczna jest analiza wpływu uczestnictwa w grupie spółek, w których spółką dominującą jest spółka zagraniczna, na możliwość skutecznego dochodzenia roszczeń kompensujących szkody spółek zależnych oraz ich akcjonariuszy, spowodowane uczestnictwem w grupie spółek.
9. Projektowany art. 21<sup>2</sup> § 1 KSH stanowi, że spółka dominująca może wydać spółce zależnej uczestniczącej w grupie spółek wiążące polecenie dotyczące prowadzenia spraw spółki, jeżeli jest to uzasadnione interesem grupy spółek oraz jeżeli przepisy szczególne nie stanowią inaczej. UKNF zwraca uwagę, że zakres przedmiotowy wiążącego polecenia jest bardzo szeroki, co w przypadku nadzorowanych podmiotów rynku finansowego jest rozwiązaniem wątpliwym. Regulacja ograniczająca zakres przedmiotowy wiążącego polecenia miałyby charakter ostrożnościowy i mogłaby stanowić dodatkowy element bezpieczeństwa w grupie spółek. Wątpliwości interpretacyjne może budzić sformułowanie „jeżeli przepisy szczególne nie stanowią inaczej”- zasadne jest jego doprecyzowanie. W praktyce stosowania tego przepisu mogą powstać wątpliwości, czy dany przepis w ustawie sektorowej ma charakter przepisu szczególnego, jeżeli nie zawiera wyrażonego wprost zakazu wydawania wiążących poleceń. Przepis, ze względu na jego zbytnią ogólność, w połączeniu z brakiem jakichkolwiek normatywnych wskazówek interpretacyjnych, może

być przyczyną znacznych wątpliwości i rozbieżności, co do możliwości stosowania wiążących poleceń w praktyce. W szczególności może to dotyczyć podmiotów nadzorowanych działających na rynku finansowym, jako rynku w wysokim stopniu regulowanym. W konsekwencji, możliwość wydawania wiążących poleceń, będzie zależała każdorazowo od wyników szerokiej analizy prawnej przeprowadzanej w celu ustalenia czy istnieją przepisy szczególne zakazujące ich wydawania, a jeśli istnieją – to w jakim zakresie wyłączają one możliwość wydawania poleceń, co może prowadzić do powstawania sporów, czy dopuszczalne było wydanie danego wiążącego polecenia. Do podmiotów rynku finansowego, w szczególności banków, towarzystw funduszy inwestycyjnych, zakładów ubezpieczeń, czy domów maklerskich, zastosowanie mają m.in. przepisy dotyczące zarządzania ryzykiem i kontroli wewnętrznej, które nakładają szczególne obowiązki na podmioty nadzorowane i ich organy. Prawidłowa realizacja tych obowiązków wymaga zachowania przez podmiot rynku finansowego autonomii, a zatem w ocenie UKNF powinny one być traktowane jako przepisy szczególne, wyłączające możliwość wydawania wiążących poleceń. W przypadku podmiotów prowadzących na rynku finansowym działalność reglamentowaną, autonomia ta powinna obejmować wszystkie niemal aspekty działalności tych podmiotów. Oznacza to, że zakres działalności podmiotów podlegających nadzorowi KNF, do którego mogłyby odnosić się wiążące polecenia byłby faktycznie zawężony, aczkolwiek nie da się wykluczyć, że wykonanie wiążącego polecenia może doprowadzić do destabilizacji podmiotu nadzorowanego i narażenia jego klientów oraz innych uczestników rynku finansowego. Należy zatem rozważyć zasadność wyłączenia stosowania wiążących poleceń do podmiotów rynku finansowego, gdyż instytucja ta, jako narzędzie służące realizowaniu wspólnej strategii gospodarczej, byłoby całkowicie nieefektywne, natomiast niesie ze sobą ryzyko wystąpienia niepożądanych zjawisk.

10. Zgodnie z projektowanym art. 21<sup>2</sup> § 2 KSH, spółka dominująca wydaje wiążące polecenie w formie pisemnej lub elektronicznej pod rygorem nieważności. Jak między innymi wskazano w uzasadnieniu projektu, „(...) wiążące polecenia należy uznać za czynności prawne dwustronne. Taka ich klasyfikacja przesądza w pierwszej kolejności o tym, że wiążące polecenie może wydać zarząd, a także prokurent i pełnomocnicy spółki, w zakresie przysługującego im umocowania. Wiążących poleceń nie będzie natomiast mogła wydawać spółkom zależnym rada nadzorcza spółki dominującej (...)”.

Zważywszy na charakter wiążącego polecenia, w szczególności zaś na fakt, iż zgodnie z projektem wiążące polecenie dotyczy prowadzenia spraw spółki, skorzystanie z

instrumentu w postaci wydania wiążącego polecenia powinno być obwarowane wymogiem uchwały organu zarządzającego spółki dominującej. Zauważyć przy tym należy, że na gruncie projektu, wykonanie wiążącego polecenia przez spółkę zależną uczestniczącą w grupie spółek wymaga uprzedniej uchwały zarządu spółki zależnej. Uprzedniej uchwały zarządu spółki zależnej uczestniczącej w grupie spółek wymaga także odmowa wykonania wiążącego polecenia.

11. Zgodnie z projektowanym art. 21<sup>2</sup> § 3 pkt 4 KSH wiążące polecenie wskazuje co najmniej przewidywany sposób i termin naprawienia spółce zależnej szkody poniesionej w wyniku stosowania się do polecenia spółki dominującej. Jednocześnie zgodnie z projektowanym art. 21<sup>4</sup> § 2 KSH spółka zależna uczestnicząca w grupie spółek podejmuje uchwałę o odmowie wykonania wiążącego polecenia, jeżeli istnieje uzasadniona obawa, że jest ono sprzeczne z interesem tej spółki i wyrządzi jej szkodę, która nie będzie naprawiona przez spółkę dominującą lub inną spółkę zależną uczestniczącą w grupie spółek w okresie najbliższych dwóch lat. Projektowane przepisy nie dają jednak zarządowi spółki zależnej instrumentów koniecznych do przeprowadzenia przez spółkę zależną analizy możliwości naprawienia szkody.
12. Projektowany art. 21<sup>4</sup> § 2 KSH uzależnia podjęcie przez zarząd spółki zależnej (niebędącej spółką jednoosobową) uchwały o odmowie wykonania wiążącego polecenia od zaistnienia uzasadnionej obawy, że wykonanie polecenia: jest sprzeczne z interesem spółki (pierwsza przesłanka) i wyrządzi jej szkodę, która nie zostanie naprawiona przez spółkę dominującą lub inną spółkę zależną w okresie najbliższych dwóch lat (druga przesłanka). Aby zarząd miał prawo odmowy wykonania wiążącego polecenia obie przesłanki wymienione w komentowanym przepisie muszą nastąpić łącznie (w przepisie został użyty spójnik „i” co oznacza koniunkcję). W konsekwencji, zarząd nie ma prawa do odmowy wykonania wiążącego polecenia wyłącznie na tej podstawie, że zachodzi uzasadniona obawa, że jest ono sprzeczne z interesem spółki, którą zarządza. Musi wystąpić druga z przesłanek, czyli obawa, że szkoda nie zostanie naprawiona w terminie 2 lat. Takie określenie przesłanek odmowy wykonania polecenia jest w sprzeczności z treścią projektowanego art. 21<sup>1</sup> § 1 KSH, który nakazuje kierowanie się interesem grupy spółek obok interesu spółki. Tymczasem z komentowanego przepisu wynika, że zarząd spółki zależnej faktycznie powinien się kierować interesem grupy spółek zamiast interesem spółki (o ile nie istnieje obawa, że szkoda nie zostanie naprawiona w ustawowym terminie). Z tego względu, aby

zachować spójność z art. 21(1) §1 KSH w komentowanym przepisie w § 2 spójnik „i” powinien być zamieniony na „lub”.

UKNF proponuje ponadto, zastąpienie art. 21<sup>4</sup> § 1 i 2 KSH jednym przepisem w brzmieniu: „Spółka zależna uczestnicząca w grupie spółek podejmuje uchwałę o odmowie wykonania wiążącego polecenia, jeżeli wykonanie polecenia doprowadziłoby do niewypłacalności albo do zagrożenia niewypłacalnością tej spółki, zagrażałoby stabilności finansowej, spełnianiu wymogów kapitałowych, gdy wykonanie jest sprzeczne z interesem podmiotu zależnego, z dużym prawdopodobieństwem doprowadziłoby do wyrządzenia spółce zależnej znacznej szkody majątkowej, lub gdy z dokonanej przez spółkę zależną oceny i analizy wynika, że szkoda poniesiona przez ten podmiot w wyniku wykonania polecenia spółki dominującej nie zostanie naprawiona przez spółkę dominującą lub inną spółkę w okresie najbliższych dwóch lat. Spółka zależna uczestnicząca w grupie spółek podejmuje uchwałę o odmowie wykonania wiążącego polecenia także wówczas, gdy wykonanie tego polecenia skutkowałoby naruszeniem przepisów prawa powszechnie obowiązującego. W określeniu wysokości szkody spółka zależna uwzględnia korzyści uzyskane przez tę spółkę w związku z uczestnictwem w grupie spółek w okresie ostatnich dwóch lat obrotowych.”.

W przypadku uwzględnienia ww. zmiany, obowiązek powstrzymania się od wykonania wiążącego polecenia będzie wynikał z przepisów szczególnych, w szczególności z przepisów prawa publicznego, regulujących zasady prowadzenia danej działalności na rynku finansowym, co zapewni zagwarantowanie ochrony szeroko rozumianego interesu rynku finansowego, jego uczestników i beneficjentów. Proponowana zmiana ma na celu ochronę stabilności spółek zależnych, występujących w obrocie, a tym samym również ochronę interesów ich kontrahentów. Propozycja ta ma również kluczowe znaczenie dla zapewnienia prawidłowego funkcjonowania podmiotów rynku finansowego i ochrony pozostałych, nieprofesjonalnych uczestników rynku finansowego, którzy korzystają z usług świadczonych przez te podmioty. Z perspektywy ochrony uzasadnionych interesów podmiotów trzecich, pozostających w stosunkach gospodarczych z podmiotami należącymi do grupy spółek, nie ma znaczenia czy taki podmiot jest spółką jednoosobową, czy nie i powinno to zostać uwzględnione w projekcie poprzez usunięcie odrębnych przesłanek odmowy wykonania wiążącego polecenia przez spółkę zależną, w zależności od tego czy jest to spółka jednoosobowa, czy nie.

13. Projektowany art. 21<sup>4</sup> § 4 KSH – zamiast wyrazu „kupienia” wskazane wydaje się użycie wyrażenia „odkupienia”, w kolejnym zdaniu pojawia się również wyraz „wykupienia” –

wydaje się, że należy ujednoczyć terminologię w tym zakresie w ramach projektowanego art. 21<sup>4</sup> § 4.

14. Projektowany art. 21<sup>5</sup> oraz art. 21<sup>12</sup> KSH - proponujemy doprecyzowanie, że w projektowanym przepisie mowa jest o wyłączeniu odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną wykonaniem wiążącego polecenia w sytuacji, gdy wiążące polecenie zostało wykonane zgodnie z obowiązującymi przepisami ustawy. Celem art. 21<sup>5</sup> KSH jest wyłączenie odpowiedzialności cywilnej funkcjonariuszy spółek z grupy spółek za szkodę wyrządzoną wykonaniem wiążącego polecenia (która to odpowiedzialność na zasadzie winy ciąży na funkcjonariuszach spółek na podstawie obowiązujących przepisów KSH dotyczących spółek kapitałowych). Projektodawca zdecydował o wyłączeniu odpowiedzialności cywilnej osób fizycznych będących członkami organów lub likwidatorami spółek z grupy za szkody wyrządzone przez wykonanie wiążącego polecenia spółek, niezależnie od ich winy. Ponadto, w nowelizacji zrezygnowano z jakichkolwiek regulacji dotyczących odpowiedzialności administracyjnej, jaką ponosić może zarówno spółka, jak i członkowie jej organów. W związku z powyższym należy zauważyć, że:

a) rezygnacja z winy reprezentanta spółki jako przesłanki odpowiedzialności, prowadzi do wniosku, że w razie wystąpienia szkody, na skutek wykonania wiążącego polecenia – żaden z funkcjonariuszy spółek z grupy nie będzie ponosił odpowiedzialności, nawet jeśli można mu przypisać winę za tę szkodę. Taką odpowiedzialność ponosiłaby wyłącznie spółka dominująca zgodnie z projektowanym art. 21<sup>12</sup> §1 KSH. Należy jednak zwrócić uwagę, że spółka dominująca ponosi odpowiedzialność za szkodę wobec spółki zależnej, chyba, że nie ponosi winy (odpowiedzialność na zasadzie winy). Zestawiając oba przepisy, tj. art. 21<sup>5</sup> oraz art. 21<sup>12</sup> KSH, trudno znaleźć racjonalne uzasadnienie dla zwolnienia od odpowiedzialności członków organów spółki zależnej także za wyrządzenie spółce szkody na skutek zawinionych przez nich działań lub zaniechań, przy jednoczesnym zachowaniu tej przesłanki w stosunku do spółki dominującej. Dodatkowo, zgodnie z art. 22<sup>12</sup> §3 KSH „odpowiedzialność spółki dominującej ustala się z uwzględnieniem obowiązku lojalności wobec spółki zależnej podczas wydawania i wykonania wiążącego polecenie”. Przytoczone powyżej postanowienie jest jednak tak niejasne, że trudno z niego odczytać wystarczająco precyzyjną normę prawną;

b) art. 21<sup>5</sup> § 2 (zwalnający z odpowiedzialności funkcjonariuszy spółki zależnej) stosuje się „odpowiednio” do zwolnienia z odpowiedzialności funkcjonariuszy spółki dominującej. Użycie wyrazu „odpowiednio” oznacza, że funkcjonariusze spółki dominującej są zwolnieni z odpowiedzialności za szkodę spowodowaną w spółce zależnej, również

całkowicie i bezwarunkowo tzn. bez względu na winę. Jeśli taki byłby cel projektodawcy, to takie zwolnienie z odpowiedzialności może być nieskuteczne w przypadku spółek dominujących z siedzibą za granicą, ponieważ przepisy KSH, dotyczące odpowiedzialności cywilnej funkcjonariuszy spółek zagranicznych w tym zakresie byłyby bezskuteczne. Oznacza to, że nawet gdyby przepisy KSH zwalniały całkowicie funkcjonariusza spółki prawa obcego z odpowiedzialności za szkodę spowodowaną wiążącym poleceniem, to taki funkcjonariusz mógłby ponosić odpowiedzialność na zasadach przewidzianych w przepisach kraju siedziby spółki dominującej.

- c) projekt nie reguluje kwestii związanej z odpowiedzialnością administracyjną, zarówno samych spółek, jak i członków ich organów. W zależności od rodzaju i zakresu prowadzonej działalności, podmioty te mogą podlegać odpowiedzialności administracyjnej w bardzo szerokim zakresie, a sankcje wymierzane w ramach tej odpowiedzialności mogą być bardzo dotkliwe (co szczególnie jaskrawo widać na przykładzie podmiotów z sektora finansowego). Oczywiście jest przy tym, że w związku z ewentualnym wprowadzeniem instytucji wiążącego polecenia do KSH, należałoby zmieniać obowiązujące przepisy i określić zasady i przesłanki odpowiedzialności administracyjnej spółek i członków ich organów za naruszenia przepisów spowodowane wydaniem lub wykonaniem wiążących poleceń. Jest to konieczne chociażby z tego względu, że odpowiedzialność administracyjna na gruncie prawa polskiego w zasadzie nie opiera się na przesłance winy. W konsekwencji, bez dodatkowej regulacji, działanie w celu wykonania wiążącego polecenia nie wyłączałyby odpowiedzialności administracyjnej. Takie rozwiązanie byłoby prawidłowe, o ile odmowa wiążącego polecenia byłaby również możliwa w przypadku, gdy wykonanie tego polecenia prowadziło do naruszenia obowiązujących spółkę zależną przepisów. Co więcej Projektodawca wskazuje, że nowelizacja KSH powinna pociągać za sobą odpowiednią zmianę przepisów o odpowiedzialności administracyjnej, jednak nie zdecydował się przedstawić projektu takich przepisów powołując się na względy pragmatyczne (patrz pkt 4.7 str. 27 uzasadnienia do Projektu). Z tego względu nie jest możliwa miarodajna i całościowa ocena przedstawionego projektu zmiany przepisów KSH.
15. Projektowany art. 21<sup>6</sup> § 1 KSH – przepis przewiduje, że spółka dominująca może w każdym czasie przeglądać księgi i dokumenty spółki zależnej uczestniczącej w grupie spółek oraz żądać od niej udzielenia informacji, z uwzględnieniem przepisów szczególnych.

Sformułowany w ww. sposób zakres dostępu do informacji jest zbyt szeroki i zasadne jest dookreślenie celu pozyskiwania informacji bazując na sformułowaniu zawartym w proj.



art. 21<sup>2</sup> § 1, tj. „jeżeli jest to uzasadnione interesem grupy spółek”. Ponadto przedmiotowe informacje powinny być przekazywane „na uzasadniony wniosek”.

Analogicznie należy również doprecyzować projektowany art. 21<sup>7</sup> § 2 KSH, poprzez wskazanie, że informacje powinny być przekazywane „na uzasadniony wniosek”.

Ponadto należy zwrócić uwagę na przepis art. 35 ust. 2 pkt 27 ustawy o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej, zgodnie z którym obowiązek zachowania tajemnicy dotyczącej poszczególnych umów ubezpieczenia nie dotyczy informacji udzielanych na wniosek innego podmiotu, którego uprawnienie do żądania informacji wynika z przepisów odrębnej ustawy. Oznacza to, że na podstawie obecnego brzmienia proj. art. 21<sup>6</sup> § 1 spółka dominująca będzie mogła pozyskiwać od spółki zależnej uczestniczącej w grupie spółek informacje stanowiące tajemnicę ubezpieczeniową. W opinii UKNF należy również ograniczyć dostęp spółki dominującej do informacji chronionych na podstawie ustaw sektorowych w zakresie rynku finansowego, w szczególności w zakresie dostępu do informacji stanowiących tajemnicę bankową, ubezpieczeniową oraz tajemnicę zawodową, o której mowa w ustawie o obrocie instrumentami finansowymi oraz w ustawie o funduszach inwestycyjnych i zarządzaniu alternatywnymi funduszami inwestycyjnymi. UKNF proponuje nadanie temu przepisowi brzmienia:

*„§ 1. Spółka dominująca może w każdym czasie przeglądać księgi i dokumenty spółki zależnej uczestniczącej w grupie spółek oraz żądać od niej udzielenia informacji, z uwzględnieniem ograniczeń wynikających z przepisów szczególnych dotyczących ochrony informacji. Art. 35 ust. 2 pkt 27 ustawy o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej nie stosuje się.”*

Obowiązujące przepisy dotyczące ochrony informacji, w tym tajemnicy bankowej i tajemnicy zawodowej, zawarte w ustawach sektorowych dotyczących podmiotów z rynku finansowego ściśle określają przypadki, w których możliwe jest przekazanie informacji stanowiących tajemnicę podmiotom i osobom, pełniącym określone funkcje. W związku z powyższym prawo spółki dominującej do uzyskiwania informacji przyznane na podstawie projektowanego przepisu - w odniesieniu do spółek z rynku finansowego - będzie podlegało ograniczeniu.

Analogiczne uwagi dotyczą przekazywania informacji na podstawie projektowanych przepisów KSH: art. 380<sup>1</sup> §1 (obowiązek przekazywania przez zarząd bez dodatkowego wezwania informacji radzie nadzorczej) oraz art. 382<sup>1</sup> §4 (zapewnienie przez zarząd dostępu

do informacji doradcy rady nadzorczej). W celu usunięcia potencjalnych wątpliwości celowe byłoby dodanie do wyżej wymienionych przepisów zastrzeżenia, że ujawnienie informacji może nastąpić z uwzględnieniem ograniczeń wynikających z przepisów szczególnych dotyczących ochrony informacji.

16. Projektowany art. 21<sup>6</sup> § 2 KSH może być interpretowany jako przepis szczególny, który wyłącza prawo wspólników w sp. z o.o. do przeglądania dokumentów spółki (art. 212 KSH) oraz prawo akcjonariuszy w prostej spółce akcyjnej i spółce akcyjnej do żądania informacji o spółce na walnym zgromadzeniu lub poza zgromadzeniem (odpowiednio art. 300<sup>97</sup> oraz art. 428 KSH), jeżeli spółka wchodzi w skład grupy spółek. Jeżeli taka była intencja projektodawcy, to zmianę tą należy ocenić negatywnie, gdyż jej skutkiem jest całkowite pozbawienie wspólników/akcjonariuszy mniejszościowych w spółce zależnej prawa do informacji o spółce. Należy zauważyć, że z jednej strony proponowane przepisy przyznają spółce dominującej (czyli większościowemu wspólnikowi/akcjonariuszowi) niemal nieograniczone prawo do informacji o spółce, a z drugiej całkowicie pozbawiają tego prawa wspólników/akcjonariuszy mniejszościowych. Taka zmiana sprowadzi wspólników mniejszościowych wyłącznie do roli „dostarczycieli kapitału”, którzy nie mają żadnego wpływu na działalność spółki. Z powyższych względów proponujemy wykreślenie § 2 w projektowanym art. 21<sup>6</sup> KSH.
17. Projektowany art. 21<sup>7</sup> § 2 KSH przyznaje radzie nadzorczej spółki dominującej prawo żądania od zarządu spółki zależnej przedstawienia ksiąg i dokumentów oraz udzielania informacji w celu sprawowania nadzoru, o którym mowa w art. 21<sup>7</sup> §1 KSH. Podobnie jak w projektowanym art. 21<sup>6</sup> §1 KSH, UKNF proponuje doprecyzować, że przepisy szczególne mogą wyłączać takie uprawnienie rady nadzorczej spółki dominującej. W konsekwencji proponowany przepis powinien mieć brzmienie następujące:
- „§ 2. Rada nadzorcza spółki dominującej może żądać od zarządu spółki lub spółek zależnych uczestniczących w grupie spółek przedstawienia ksiąg i dokumentów oraz udzielenia informacji w celu sprawowania nadzoru, o którym mowa w §1, z uwzględnieniem ograniczeń wynikających z przepisów szczególnych dotyczących ochrony informacji.”*
18. Projektowany art. 21<sup>7</sup> § 3 KSH posługuje się pojęciem „tajemnicy spółki zależnej”, które nie zostało zdefiniowane, w ocenie UKNF przepis ten powinien wprowadzać zakaz ujawniania przez członka rady nadzorczej, także po wygaśnięciu mandatu, wszelkich informacji, jakie otrzymał od spółki zależnej na podstawie projektowanych przepisów.

19. Projektowany art. 21<sup>9</sup> § 1 KSH przyznaje mniejszościowym wspólnikom/akcjonariuszom spółki zależnej reprezentującym co najmniej 1/10 kapitału zakładowego prawo do żądania wyznaczenia przez sąd rejestrowy firmy audytorskiej w celu zbadania rachunkowości oraz działalności grupy spółek. Projektowany przepis nie uwzględnia mniejszościowych wspólników/akcjonariuszy, którzy mogą reprezentować mniej niż 1/10 kapitału zakładowego, posiadając jednocześnie pakiet udziałów/akcji reprezentujący ponad 10% ogólnej liczby głosów w wyniku posiadania udziałów/akcji uprzywilejowanych co do głosu. W ocenie UKNF pozbawienie wspólników/akcjonariuszy uprawnionych do wykonywania znacznej liczby głosów (ponad 10%) prawa żądania wyznaczenia firmy audytorskiej byłoby dla nich krzywdzące. Ponadto, z uzasadnienia do Projektu wynika, że zamiarem projektodawcy było przyznanie takiego prawa także posiadaczom ponad 10% głosów, ale z nieznanymi powodami w tekście projektowanego przepisu zostali oni pominięci (porównaj uzasadnienie do nowelizacji, pkt 4.11, str. 30). Z tego powodu UKNF proponuje nadanie projektowanemu art. 21<sup>9</sup> § 1 KSH brzmienia:

*„1. Wspólnik lub wspólnicy albo akcjonariusze mniejszościowi spółki zależnej uczestniczącej w grupie spółek reprezentujący co najmniej jedną dziesiątą kapitału zakładowego lub ogólnej liczby głosów w spółce mogą żądać wyznaczenia przez sąd rejestrowy firmy audytorskiej w celu zbadania rachunkowości oraz działalności grupy spółek. Przepisy art. 224-226 stosuje się odpowiednio.”*

Projektowany art. 21<sup>10</sup> § 1 KSH przyznaje wspólnikom oraz akcjonariuszom, posiadającym nie więcej niż 10% kapitału zakładowego prawo do żądania umieszczenia w porządku obrad zgromadzenia uchwały o przymusowym odkupie ich udziałów/akcji przez spółkę dominującą. W ocenie UKNF przepis ten w praktyce może okazać się trudny do zastosowania w odniesieniu do podmiotów nadzorowanych rynku finansowego, które na podstawie przepisów sektorowych muszą uzyskać zgodę organu nadzoru na zmianę umowy spółki/statutu lub na dokonanie określonych czynności dotyczących spółki. Z projektowanego przepisu wynika, że do realizacji przymusowego odkupu będą miały odpowiednie zastosowanie przepisy art. 417 §1-3 (dotyczące wykupu akcji, o którym mowa w art. 416 KSH) oraz art. 418<sup>1</sup> §2-4 i 8 KSH (dotyczące przymusowego odkupu na żądanie akcjonariuszy mniejszościowych). Należy jednak zwrócić uwagę, że jednoczesne przywołanie przepisów art. 417 oraz 418<sup>1</sup> może być źródłem istotnych wątpliwości interpretacyjnych. Zgodnie z powołanym art. 418<sup>1</sup> § 2 KSH, po zgłoszeniu żądania przez wspólników/akcjonariuszy posiadających mniej niż 10% kapitału zakładowego, inni akcjonariusze mniejszościowi, którzy nie zgłosili żądania odkupu, ale chcą być objęci

uchwałą o przymusowym odkupie, powinni w terminie tygodnia od dnia ogłoszenia porządku obrad zgłosić do zarządu żądanie odkupu akcji. Z tego przepisu wynika zatem, że faktycznie przedmiotem odkupu mogą być udziały/akcje stanowiące więcej niż 10% kapitału zakładowego, ponieważ do żądania odkupu mogą przyłączyć się także inni wspólnicy/akcjonariusze, którzy nie zgłosili pierwotnego żądania.

Następnie możliwe są dwie sytuacje: (i) zgromadzenie podejmuje uchwałę o przymusowym odkupie albo (ii) zgromadzenie nie podejmuje uchwały o przymusowym odkupie. W pierwszej sytuacji, uchwała zgromadzenia musi zawierać elementy określone w art. 418<sup>1</sup> § 3 KSH. Następnie wykup następuje po cenie ustalonej przez biegłego wybranego przez zgromadzenie lub wyznaczonego przez sąd rejestrowy (art. 417 §1 KSH). Spółka dominująca powinna wpłacić na rachunek spółki zależnej cenę wykupu (art. 418<sup>1</sup> § 2 KSH), a wykup jest dokonywany za pośrednictwem zarządu spółki zależnej. Z kolei zgodnie z art. 417 § 3 zarząd powinien dokonać wykupu (i odpowiednio odkupu) akcji na rachunek spółki dominującej w terminie miesiąca od upływu terminu zgłoszenia żądania, o którym mowa w art. 416 § 4 KSH, jednakże nie wcześniej niż po wpłaceniu ceny wykupu. W tym momencie pojawiają się dwa problemy.

Po pierwsze, nie jest jasne jak należy liczyć termin na dokonanie odkupu, ponieważ na podstawie art. 416 § 4 nie da się ustalić takiego terminu.

Po drugie, art. 417 § 3 sugeruje, że zarząd nie dokona odkupu akcji, jeśli spółka dominująca nie wpłaci uprzednio ceny odkupu. Przy takiej interpretacji przepisów, uprawnienie do żądania przymusowego odkupu akcji byłoby iluzoryczne, gdyż jego realizacja zależałaby od wpłacenia ceny odkupu przez spółkę dominującą (co oznacza, że jeśli spółka dominująca nie wpłaci ceny odkupu, to odkup nie następuje, mimo zgłoszenia żądania przez akcjonariuszy mniejszościowych i podjęcia odpowiedniej uchwały).

W drugiej sytuacji (brak uchwały o przymusowym odkupie) dalszy tryb postępowania wynika z odpowiedniego zastosowania art. 418<sup>1</sup> § 4 KSH. W takim przypadku spółka zależna jest zobowiązana do nabycia akcji od akcjonariuszy mniejszościowych w terminie 3 miesięcy od dnia walnego zgromadzenia w celu umorzenia, a akcjonariusze większościowi (w naszym przypadku spółka dominująca) odpowiadają wobec spółki zależnej za spłacenie całej sumy odkupu. W związku z tak określonym trybem wykupu również pojawiają się istotne wątpliwości. Po pierwsze, nabycie akcji własnych w celu umorzenia w przypadku np. banków, TFI może powodować istotną zmianę w kapitałach regulacyjnych, przekładającą się na wskaźniki kapitałowe. Po drugie, umorzenie akcji własnych w przypadku banków powoduje co do zasady obniżenie kapitału zakładowego

wymagające zmiany statutu, co z kolei wymaga zgody KNF. Oznacza to, że nabycia akcji w celu umorzenia w praktyce nie da się przeprowadzić bądź w ogóle, bądź w rozsądnym terminie. Po trzecie, akcjonariusze mniejszościowi w sytuacji braku uchwały o przymusowym odkupie byłiby, paradoksalnie, w sytuacji lepszej (bo odkup następuje zawsze, bez względu na to czy spółka dominująca wpłaci cenę odkupu do spółki zależnej), niż w razie podjęcia takiej uchwały, jeśli spółka dominująca nie wpłaci ceny odkupu (bo, jak wskazano powyżej, brak wpłaty ceny odkupu przez spółkę dominującą zwalnia zarząd z obowiązku przeprowadzenia odkupu).

20. Projektowany art. 21<sup>13</sup> § 4 KSH określa zasady odpowiedzialności spółki dominującej wobec wspólnika/akcjonariusza spółki zależnej za obniżenie wartości udziału/akcji w następstwie wykonania wiążącego polecenia (szkoda pośrednia). Należy zauważyć, że istnieje wyraźna kolizja pomiędzy art. 21<sup>13</sup> § 3 KSH a art. 21<sup>12</sup> KSH. Zgodnie z art. 21<sup>13</sup> § 3 KSH w przypadku szkody pośredniej wspólnik/akcjonariusz jest uprawniony do wniesienia powództwa w imieniu własnym o naprawienie szkody, po uprzednim lub równoczesnym z powództwem, wezwaniu spółki dominującej do naprawienia „szkody wyrządzonej spółce zależnej w następstwie wykonania wiążącego polecenia”. Porównując oba wymienione powyżej przepisy KSH należy zauważyć, że z art. 21<sup>12</sup> § 4 wynika, że wspólnik/akcjonariusz ma prawo do wytoczenia powództwa działając na rzecz spółki zależnej przeciwko spółce dominującej (tzw. *actio pro socio* na wzór już istniejącej instytucji uregulowanej w art. 295 i 486 KSH) o odszkodowanie z tytułu wykonania wiążącego polecenia, jeśli sama spółka zależna nie wytoczy powództwa w ustawowym terminie. Może się więc zdarzyć, że wspólnik/akcjonariusz będzie miał dwa niezależne roszczenia, na podstawie dwóch przepisów KSH, przy czym realizacja jednego z tych roszczeń wyłączałaby realizację drugiego. Tak się stanie, jeśli w wyniku powództwa na podstawie art. 21<sup>12</sup> § 4 szkoda zostanie w pełni naprawiona, co spowoduje brak roszczenia po stronie wspólnika/akcjonariusza z tytułu szkody pośredniej (patrz art. 21<sup>13</sup> § 4 KSH). Oczywiście jest, że wobec konkurencyjności roszczeń, przepisy KSH powinny zawierać uregulowania określające zasady realizowania roszczeń w sposób najbardziej efektywny z punktu widzenia podmiotów poszkodowanych i z uwzględnieniem tzw. ekonomii procesowej. Projektowane przepisy nie zawierają jednak żadnych uregulowań w tym zakresie.

Ponadto, odpowiedzialność spółki dominującej za szkodę wyrządzoną spółce zależnej jest uzależniona od przesłanki winy (art. 21<sup>12</sup> § 1), natomiast w art. 21<sup>13</sup> § 1 KSH brak jest wskazania przesłanki winy w przypadku szkody pośredniej poniesionej przez

wspólnika/udziałowca. Może to sugerować, że za szkodę pośrednią spółka dominująca odpowiada na zasadzie ryzyka, a nie na zasadzie winy, co sprawia, że niespójność pomiędzy tymi dwoma przepisami jest jeszcze bardziej widoczna. Wobec powyższego konieczna jest zmiana art. 21<sup>13</sup> w taki sposób, by usnąć potencjalne wątpliwości interpretacyjne związane z trybem realizacji uprawnień przez wspólników/akcjonariuszy z tytułu szkody pośredniej.

21. Organ nadzoru powinien posiadać informacje dotyczące wydania wiążącego polecenia wobec podmiotu nadzorowanego. Zasadne jest zatem wprowadzenie obowiązku informowania organu nadzoru przez spółkę zależną podlegającą nadzorowi KNF o wydaniu wobec niej wiążącego polecenia. Informacja powinna zawierać dane o: treści każdego wydanego tej spółce wiążącego polecenia, wykonaniu albo odmowie jego wykonania, treści uchwały o wykonaniu wiążącego polecenia, treści uchwały o odmowie wykonania wiążącego polecenia (zawierającej uzasadnienie). Informacja powinna być przekazywana niezwłocznie, każdorazowo po otrzymaniu wiążącego polecenia przez spółkę zależną nadzorowaną przez KNF.
22. Projektowany art. 380<sup>1</sup> § 5 KSH zaburza podstawowe zasady podziału zadań w spółce akcyjnej. Zgodnie bowiem z tym przepisem, zarząd mógłby nie przekazywać radzie nadzorczej informacji niezbędnych do sprawowania nadzoru i uniemożliwić radzie wykonywanie swojej funkcji, jeżeli w statucie znajdą się postanowienia wyłączające zastosowanie art. 380<sup>1</sup> KSH.
23. Art. 38 pkt 1 lit. g<sup>a</sup> ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym stanowi, że w rejestrze przedsiębiorców zamieszczana jest wzmianka o „uczestnictwie spółki lub innego przedsiębiorcy w oznaczonej grupie spółek”. Ze względu na definicję „grupy spółek”, zwrot „lub innego przedsiębiorcy” jest błędny i powinien ulec wykreśleniu z projektu.