

Nowy model udziału w zgromadzeniach właścicielskich spółek kapitałowych przy wykorzystaniu środków komunikacji elektronicznej

► **Karol Maciej Szymański**¹

Zaistniałe w ostatnim czasie ograniczenia w swobodzie przepływu osób, wywołane globalną pandemią koronawirusa SARS-CoV-2, stały się czytelnym dowodem uzasadniającym konieczność oraz zasadność uwzględnienia w relacjach korporacyjnych, w większym niż dotychczas stopniu, dostarczanych przez nowoczesną technikę sposobności zdalnej wymiany myśli oraz podejmowania rozstrzygnięć na odległość. Na mocy ustawy z 31.3.2020 r. o zmianie ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych oraz niektórych innych ustaw², dokonano kilku modyfikacji przepisów ustawy z 15.9.2000 r. – Kodeks spółek handlowych³ normujących sposób organizowania oraz przeprowadzania obrad organów spółek z ograniczoną odpowiedzialnością oraz spółek akcyjnych⁴. W niniejszym tekście omówione zostaną wybrane aspekty związane z przeprowadzaniem obrad zgromadzeń wspólników oraz walnych zgromadzeń przy wykorzystaniu środków komunikacji elektronicznej⁵ w ujęciu historycznym oraz *de lege lata*.

¹ Of Counsel Kancelarii RKKW, członek Zespołów eksperckich wchodzących w skład Komisji do spraw Reformy Nadzoru Właścicielskiego powołanej przez Ministra Aktywów Państwowych.

² Dz.U. z 2020 r. poz. 568, dalej jako: ZmCovidU; weszła w życie z dniem jej uchwalenia.

³ T. jedn.: z 22.2.2019 r., Dz.U. z 2019 r. poz. 505 ze zm.; dalej jako: KSH.

⁴ Dodatkowo, na skutek odesłania przewidzianego w art. 126 § 1 pkt 2 KSH, mechanizmy komentowane w tej publikacji znajdują zastosowanie odpowiednio również w sprawach z zakresu funkcjonowania rady nadzorczej oraz walnego zgromadzenia spółki komandytowo-akcyjnej. Uwzględniając wszelkie zasady wykładni prawa należy przychylić się do stanowiska, według którego art. 406⁶ KSH w brzmieniu nadanym CovidU znajduje zastosowanie wprost (tj. bez modyfikacji) do walnych zgromadzeń zasygnalizowanej wyżej spółki osobowej. Z tej przyczyny, uwagi sformułowane w odniesieniu do sposobu organizacji obrad organu właścicielskiego spółki akcyjnej, odnoszą się także wprost do tego obszaru funkcjonowania spółki komandytowo-akcyjnej.

⁵ W przypadku, gdy w niniejszym tekście mowa będzie o „zgromadzeniu” bez jego odniesienia do konkretnego rodzaju spółki kapitałowej oznacza to, iż związana z tym terminem wypowiedź znajduje zastosowanie na równi tak do spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, jak i do spółki akcyjnej.

Wprowadzenie dodatkowej formuły udziału w zgromadzeniu właścicielskim spółki kapitałowej (w pierwotnym kształcie) do prawa krajowego

Od lat na poziomie Unii Europejskiej dyskutuje się nad problemem zbyt małej aktywności współwłaścicieli spółek kapitałowych w wewnątrz korporacyjnym obszarze funkcjonowania tych podmiotów. Zagadnienie to w szczególności wymiarze odnosi się do emitentów, których akcje zostały dopuszczone do obrotu na rynku regulowanym prowadzonym w państwie członkowskim. Dość oczywista pozostaje bowiem teza, że mniejsze zainteresowanie spółką przejawiane przez osoby ponoszące ekonomiczne ryzyko jej funkcjonowania przekłada się bezpośrednio na zmniejszenie jakości nadzoru nad tym podmiotem oraz zwiększa ryzyko hazardu moralnego po stronie menadżerów zajmujących się jego sprawami. Wprowadzanie natomiast ułatwień w uczestniczeniu przez inwestorów w wydarzeniach korporacyjnych ma na celu utworzenie środowiska naturalnej kontroli poprzez zwiększanie transparentności oraz aktywne korzystanie z optymalnych mechanizmów *corporate governance*.

Środkiem mającym prowadzić do ułatwiania oraz zachęcania akcjonariuszy podmiotów, których papiery wartościowe zostały dopuszczone do obrotu na rynku regulowanym, do realizowania przysługujących im praw korporacyjnych była dyrektywa 2007/36/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 11.7.2007 r. w sprawie wykonywania niektórych praw akcjonariuszy spółek notowanych na rynku regulowanym⁶. Na podstawie art. 8 dyrektywy 2007/36 państwa członkowskie zostały zobowiązane do zezwolenia wspomnianym spółkom publicznym na oferowanie swoim akcjonariuszom wszelkich form udziału w walnym zgromadzeniu za pośrednictwem środków elektronicznych, co zostało opatrzone trzema przykładami potencjalnych sposobów wykorzystania przywołanych środków w celu osiągnięcia zakładanych rezultatów.

Implementacja przywołanej normy do krajowego porządku prawnego została dokonana poprzez art. 406⁶ KSH wprowadzony ustawą z 5.12.2008 r. o zmianie ustawy – Kodeks spółek handlowych oraz ustawy o obrocie instrumentami finansowymi⁷, która weszła w życie z dniem 3.8.2009 r. Zgodnie z ówczesną wersją § 1 wspomnianego artykułu, statut spółki akcyjnej mógł dopuszczać udział w walnym zgromadzeniu przy wykorzystaniu środków

⁶ Dz.Urz. L Nr 184, s. 17; dalej jako: dyrektywa 2007/36. Dyrektywa 2007/36 została uzupełniona oraz zmieniona następczo poprzez dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/59/WE z 15.5.2014 r. ustanawiającą ramy na potrzeby prowadzenia działań naprawczych oraz restrukturyzacji i uporządkowanej likwidacji w odniesieniu do instytucji kredytowych i firm inwestycyjnych oraz zmieniającą dyrektywę Rady 82/891/EWG i dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2001/24/WE, 2002/47/WE, 2004/25/WE, 2005/56/WE, 2007/36/WE, 2011/35/UE, 2012/30/UE i 2013/36/EU oraz rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1093/2010 i (UE) nr 648/2012, a także dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2017/828 z 17.5.2017 r. zmieniającą dyrektywę 2007/36/WE w zakresie zachęcania akcjonariuszy do długoterminowego zaangażowania.

⁷ Dz.U. z 2009 r. Nr 13, poz. 69.

komunikacji elektronicznej, co obejmowało w szczególności: transmisję obrad walnego zgromadzenia w czasie rzeczywistym (pkt 1), dwustronną komunikację w czasie rzeczywistym, w ramach której akcjonariusze mogą wypowiadać się w toku obrad walnego zgromadzenia, przebywając w miejscu innym niż miejsce obrad walnego zgromadzenia (pkt 2), wykonywanie osobiście lub przez pełnomocnika prawa głosu przed lub w toku walnego zgromadzenia (pkt 3). W kontekście przywołanej regulacji konieczne pozostaje odnotowanie, że wynikającą z niej normą zostały objęte wolą ustawodawcy wszystkie spółki akcyjne⁸, nie zaś jak wynikać to miało z zakresu podmiotowego dyrektywy 2007/36 tylko spółki publiczne, których akcje zostały dopuszczone do obrotu na rynku regulowanym. Przy konstruowaniu omawianego przepisu postanowiono, że możliwość uczestniczenia w walnym zgromadzeniu w dodatkowej formie musi czerpać swoje źródło z konkretnego postanowienia statutu, a więc regulacji wewnętrznej, która uzyskała uprzednio aprobatę akcjonariuszy w formie uchwały powziętej kwalifikowaną większością głosów (art. 415 § 1 KSH) oraz została zarejestrowana w rejestrze przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego (art. 430 § 1 KSH). Jak wskazywano w uzasadnieniu do projektu wzmiankowanej ustawy z 5.12.2008 r., przyjęte rozwiązanie zapewniało każdej spółce podjęcie samodzielnej decyzji, czy i w jaki sposób korzystać z upoważnienia zawartego w przyszłym art. 406⁵ KSH, zaś walne zgromadzenie posiadać miało dużą dowolność w projektowaniu odpowiedniego postanowienia statutu⁹.

W dniu 13.12.2018 r. wpłynął do Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej prezydencki projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks spółek handlowych, którego przedmiotem było dodanie nowego art. 234¹ KSH, a tym samym wprowadzenie dopuszczalności udziału w zgromadzeniu wspólników spółki z ograniczoną odpowiedzialnością również przy wykorzystaniu środków komunikacji elektronicznej. W uzasadnieniu do przywołanego projektu zauważono, że jeżeli wspólnikiem pozostaje podmiot zagraniczny lub obcokrajowiec, bądź też osoba przebywająca na co dzień poza granicami Polski, zorganizowanie zgromadzenia wspólników stanowi ponadprzeciętne wyzwanie, zaś atrakcyjną alternatywą w takich przypadkach może okazać się właśnie sposobność przeprowadzenia zgromadzenia wspólników przy wykorzystaniu środków komunikacji elektronicznej¹⁰. Opracowując art. 234¹ KSH wzorowano się w istocie na obowiązującym już wówczas art. 406⁵ KSH, a w szczególności zachowano model według którego, o dopuszczalności wspomnianej formuły uczestnictwa w zgromadzeniu wspólników przesądzać miała wola współwłaścicieli wyrażona uprzednio w odpowiednim postanowieniu umowy spółki. Ostatecznie

nowy art. 234¹ KSH (w brzmieniu zasadniczo zgodnym z przedłożonym projektem) został wprowadzony do systemu prawa ustawą z 19.7.2019 r. o zmianie ustawy – Kodeks spółek handlowych¹¹ oraz wszedł w życie 3.9.2019 r.

Praktyka obrotu oraz *ratio legis* wypracowania najnowszych zmian legislacyjnych

Pomimo występowania na płaszczyźnie KSH odpowiednich przepisów bazowych, umieszczanie przez spółki kapitałowe w ich podstawowych dokumentach korporacyjnych postanowień umożliwiających odbywanie obrad organów właścicielskich z wykorzystaniem środków porozumiewania się na odległość, nie było dotychczas powszechną praktyką. Poszukiwanie przyczyn tego stanu rzeczy mogłoby doprowadzić do różnych rezultatów. Z uwagi na fakt, że w przeważającej liczbie przypadków jednoroczne spotkanie się w określonym miejscu i czasie wspólników albo akcjonariuszy, względnie ich pełnomocników, nie nastęczało większych problemów, omawiane rozwiązanie mogło jawić się jako zbyt technologiczne oraz organizacyjne. Zdarzały się również przypadki, gdy wspólnicy lub akcjonariusze mniejszości sygnalizowali zasadność umieszczenia odpowiednio w umowie spółki albo statucie właściwych regulacji pozwalających na „zdalny” udział w zgromadzeniach, co jednak nie spotykało się z entuzjazmem podmiotów dominujących, których wola determinowała ewentualną modyfikację wzmiankowanych dokumentów korporacyjnych (art. 246 § 1 oraz art. 415 § 1 KSH). W praktyce obrotu, interesy osoby dysponującej większością głosów w organie właścicielskim częstokroć nie pokrywają się z interesami pozostałych wspólników czy akcjonariuszy. W konsekwencji, tym pierwszym nie zależy na dużej frekwencji pozostałych uczestników zgromadzenia, gdyż im większa ich reprezentacja, tym większe ryzyko kontestowania na drodze właściwego postępowania cywilnego powziętych uchwał. Dość bowiem w tym miejscu wspomnieć, że – co do zasady – uprawnionym do wytoczenia powództwa o uchylenie lub stwierdzenie nieważności uchwały zgromadzenia wspólników czy walnego zgromadzenia pozostaje odpowiednio wspólnik albo akcjonariusz, który głosował przeciwko uchwale, a po jej powzięciu zażądał zaprotokołowania sprzeciwu (art. 250 pkt 1 oraz art. 252 § 1, a także art. 422 § 2 pkt 2 i art. 425 § 1 KSH).

Mając na uwadze poczynione ustalenia, **można podawać w wątpliwość dotychczasowy sposób zaimplementowania do krajowego systemu prawnego normy wynikającej z art. 8 dyrektywy 2007/36, w szczególności z perspektywy celu tego aktu.** W istocie rzeczy bowiem art. 406⁵ KSH, w brzmieniu obowiązującym do wejścia w życie ZmCovidU, zezwalał spółkom na oferowanie swoim akcjonariuszom udziału w walnym zgromadzeniu za pośrednictwem środków elektronicznych pod warunkiem jednak, iż uprzednio odpowiednia większość współwłaścicieli (lub podmiot dominujący) wyra-

⁸ Zaś na skutek odesłania zawartego w art. 126 § 1 pkt 2 KSH, również spółki komandytowo-akcyjne.

⁹ Uzasadnienie do rządowego projektu z 8.10.2008 r. ustawy o zmianie ustawy – Kodeks spółek handlowych oraz ustawy o obrocie instrumentami finansowymi (druk sejmowy, VI kadencja, Nr 1130), s. 25 i 26, dostępne: sejm.gov.pl

¹⁰ Uzasadnienie do prezydenckiego projektu z 13.12.2018 r. ustawy o zmianie ustawy – Kodeks spółek handlowych (druk sejmowy, VIII kadencja, nr 3142), s. 1, dostępne: sejm.gov.pl

¹¹ Dz.U. z 2019 r. poz. 1543.

ziła na to potencjalną zgodę prowadząc do właściwej modyfikacji statutu¹². W efekcie dyskusyjnym może być to, czy zastosowana wówczas konstrukcja rzeczywiście realizowała ideę, według której spółki nie powinny napotykać przeszkód prawnych umożliwiając swoim akcjonariuszom udział w walnym zgromadzeniu za pośrednictwem środków elektronicznych (motyw 9 dyrektywy 2007/36). Wobec takiego sposobu ukształtowania komentowanych mechanizmów korporacyjnych, na poziomie regulacji tzw. *soft law* przedstawiano sugestie dotyczące wykorzystywania nowych technologii w związku z organizowaniem zgromadzeń. Warto odnotować, iż kierowaną wobec spółek publicznych, których akcje zostały dopuszczone do obrotu na rynku regulowanym prowadzonym przez Giełdę Papierów Wartościowych w Warszawie S.A.¹³, rekomendację zapewnienia akcjonariuszom udziału w walnym zgromadzeniu przy wykorzystaniu środków komunikacji elektronicznej (jeśli jest to uzasadnione strukturą właścicielską emitenta lub zgłaszanymi mu oczekiwaniami) zawarto w zbiorze zasad *corporate governance* zatytułowanym „Dobre Praktyki Spółek Notowanych na GPW 2016”¹⁴ (por. IV.R.2 tego dokumentu). Konsekwencją jednak ujęcia przywołanego postulatu jako „rekomendacji”, nie zaś „zasady”, pozostaje to, że postępowanie według jego istoty jest nieobowiązkowe dla wspomnianej kategorii spółek publicznych, zaś odstępianie od niego nie wymaga wyjaśnienia (por. § 29 Regulaminu Giełdy¹⁵).

Wraz z upływem czasu obowiązywania art. 406⁵ KSH (a następnie – choć w niewielkim wymiarze – art. 234¹ KSH), udoskonaleniu podlegały rozwiązania techniczne mogące służyć uczestniczeniu w zgromadzeniach przy wykorzystaniu środków komunikacji elektronicznej, co skutkowało zmniejszeniem ryzyk związanych z organizacją oraz przebiegiem obrad organu właścicielskiego spółek kapitałowych z formułą „zdalnego” udziału. W okresie ponad 10 lat istnienia w systemie normatywnym pierwszej z przywołanych regulacji również polska gospodarka uległa strukturalnej zmianie, przejawiającej się znacznym udziałem menadżerów oraz kapitału pochodzenia zagranicznego. Okoliczności te przyczyniały się do zwiększenia zasadności, a niekiedy nawet konieczności, korzystania z nowoczesnych technologii umożliwiających bezpośrednie porozumiewanie się na odległość przy przeprowadzaniu wewnętrznych procesów korporacyjnych. Koniec pierwszego kwartału 2020 r. przyniósł empiryczne dowody na potwierdzenie tezy, że wprowadzenie ograniczeń w swobodzie przemieszczania się osób oraz zakazu odbywania spotkań¹⁶, może spowodować

nagły paraliż organizacyjny wielu spółek kapitałowych. W świetle zastosowanych powszechnie środków mających na celu zapobieganie rozprzestrzeniania się koronawirusa SARS-CoV-2 podczas globalnej pandemii, niewykonalne stało się – w licznych przypadkach – fizyczne przeprowadzenie obrad zgromadzenia, a tym samym zawieszona została *de facto* zdolność tych jednostek m.in. do uzupełniania (kształtowania) składu osobowego organów menadżerskich (z uwagi na rozległe w tym obszarze kompetencje współwłaścicieli). Fakt ten znajdował potwierdzenie w zachowaniu spółek publicznych¹⁷, które z uwagi na zagrożenia zdrowotne odwoływały zwołane wcześniej walne zgromadzenia¹⁸. Tempo wydarzeń związanych z postępowaniem zachorowań na COVID-19, wobec incydentalnego stosowania w umowach spółek i statutach upoważnień przewidzianych w art. 234¹ oraz 406⁵ KSH, czyniło nierealnym nagłe przestawienie się tych podmiotów na organizowanie obrad organu właścicielskiego w formule pozwalającej na komunikację elektroniczną. W sytuacji, gdy odbycie pozbawionego wad prawnych zgromadzenia wspólników lub walnego zgromadzenia w trybie wyłącznie fizycznego uczestnictwa jest w praktyce niewykonalne, nie sposób doprowadzić do modyfikacji przywołanego dokumentu korporacyjnego (abstrahując nawet od czasu niezbędnego do uzyskania, w tych nadzwyczajnych warunkach, konstytucyjnego wpisu do rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego – art. 255 § 1 oraz art. 430 § 1 KSH).

Rekapitulując przedstawione okoliczności można stwierdzić, że **stan wywołany pandemią SARS-CoV-2 uwypuklił niespodziewanie oraz w istotnej skali przypadków, podstawowe mankamenty wynikające z dotychczasowej konstrukcji norm przewidzianych w art. 234¹ oraz 406⁵ KSH, skutkujące tym, iż w sytuacji nagłej potrzeby udział „zdalny” w obradach organu właścicielskiego okazał się praktycznie nieosiągalny.**

Możliwość udziału w zgromadzeniu przy wykorzystaniu środków komunikacji elektronicznej zasada wynikająca bezpośrednio z KSH

W dniu 31.3.2020 r. weszła w życie ZmCovidU, która w daleko idący sposób zmodyfikowała dotychczasową konstrukcję norm wynikających z art. 234¹ oraz 406⁵ KSH¹⁹. W szczególności, co wydaje się pozostawać najbardziej zauważalne, przywołany akt normatywny

¹² Analogiczny wniosek odnosi się również do art. 234¹ KSH w dotychczasowym brzmieniu, tyle jednak, że sposób organizacji wewnętrznej spółki z ograniczoną odpowiedzialnością nie jest przedmiotem unormowań przewidzianych w dyrektywie 2007/36.

¹³ Dalej jako: GPW.

¹⁴ Dalej jako: DPSN 2016; dostępny: https://www.gpw.pl/pub/GPW/files/PDF/GPW_1015_17_DOBRE_PRAKTYKI_v2.pdf

¹⁵ W brzmieniu przyjętym uchwałą Nr 1/1110/2006 Rady GPW z 4.1.2006 r. ze zm.

¹⁶ Szczególne znaczenie w tym wymiarze miało rozporządzenie Ministra Zdrowia z 13.3.2020 r. w sprawie ogłoszenia na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanu zagrożenia epidemicznego (Dz.U. z 2020 r. poz. 433).

¹⁷ W przypadku, gdy w niniejszym tekście mowa będzie o „spółce publicznej” bez jej bliższego scharakteryzowania, oznacza to, iż związana z tym terminem wypowiedź znajduje zastosowanie bez reszty do podmiotów określonych w art. 4 § 1 pkt 6 KSH.

¹⁸ W charakterze przykładu można przywołać przypadek spółki pod firmą ENERGA S.A., która za pośrednictwem raportu bieżącego nr 21/2020 z 25.3.2020 r. odwołała Nadzwyczajne Walne Zgromadzenie tego emitenta zwołane na dzień 8.4.2020 r. – jak wyjaśniono w komunikacie – „w związku z narastającym zagrożeniem wynikającym z epidemii Koronawirusa (SARS-CoV-2)”. Porządek obrad wzmiankowanego zgromadzenia przewidywał punkt umożliwiający powzięcie uchwał w sprawie zmiany składu rady nadzorczej.

¹⁹ Artykuł 27 pkt 3–4 oraz 7 ZmCovidU.