

**Słusznym sprawom
prawo sprzyja. Zbiór
felietonów z lat
2012-2021**

Przejdź do produktu na ksiegarnia.beck.pl

Corporate governance oczami Kubusia Puchatka

Problematyka *corporate governance* należy do najbardziej złożonych zagadnień prawa spółek. Przenika ona życie codzienne spółki, konflikty w niej, jej wzloty i upadki. Odżywa regularnie wraz z kolejnym skandalem na rynkach finansowych, na którym tracą majątki akcjonariusze, wierzyciele i pracownicy spółki, a w przypadku spółek „zbyt dużych, aby upaść” – społeczeństwo. Definicji *corporate governance* jest tak wiele, i tak „uczonych”, że jego idea się zamazuje. Moja magistrantka, obecnie magister i aplikantka adwokacka Pani *Katarzyna Zarzycka* napisała pod moim kierunkiem w Katedrze Prawa Handlowego na WPiA UW pracę magisterską pt. „*Corporate governance* oczami *Warrena Buffeta*”¹. Zainspirowany tytułem pracy mojej Podopiecznej postanowiłem napisać esej o *corporate governance*, ale tym razem oczami *Kubusia Puchatka*. Chciałbym ukazać, że ideę *corporate governance* opisuje jeden z cytatów z „*Kubusia Puchatka*”: „Trochę Względów, trochę Troski o Innych. W tym cała rzecz. Tak przynajmniej mówią”². Wystarczy, że zarządzający wykażą trochę względów i trochę troski o właściciela. W tym cała rzecz z *corporate governance* od czasów Kompanii Wschodnioindyjskiej (1600–1858).

¹ Praca ta została wyróżniona w konkursie „Przeglądu Prawa Handlowego” na najlepsze prace magisterskie z dziedziny prawa handlowego za nowatorskie podejście do objaśniania idei *corporate governance*, niepublikowana na moment publikacji felietonu. Opublikowana w 2021 r. nakładem Wydawnictwa C.H.Beck.

² Wszystkie śródtytuły i cytaty w tekście z *Kubusia Puchatka* są cytatami z książki „*Kubuś Puchatek*” autorstwa *Alana Aleksandra Milne’a*.

„Bo wypadek to dziwna rzecz...”

Większość osób przypomina sobie o *corporate governance*, gdy wydarzy się skandal na rynkach finansowych lub uczestniczy w konflikcie korporacyjnym. *Kubus Puchatek* skomentowałby to zapewne tak: **„Bo wypadek to dziwna rzecz... Nigdy go nie ma póki się nie zdarzy”**. W naturę społeczeństw jest wpisane, że gospodarki upadają z powodu korupcji, wszechobecnego interwencjonizmu państwowego, populizmu rządzących, a korporacje z powodu oszustw i malwersacji, czyli nieuczciwości tzw. białych kołnierzyków (*white collar crimes*). Jak mawiał *Milton Friedman*, ludzie dzielą się na „good, bad and between”. Niestety nadal zbyt dużo jest tych „bad” i „between”, którzy są podatni na grzech chciwości. Jaka jest tego przyczyna? Lecąc jakiś czas temu do Nowej Zelandii m.in. śladami „Władcy pierścieni” i „Hobbita”, przeglądałem w „Harvard Business Review” artykuł autorstwa *Mary Joe White* – byłej szefowej U.S. Securities and Exchange Commission. Jej zdaniem skazanie na karę więzienia CEO, CFO, członka rady nadzorczej, maklera, audytora, prawnika, doradcy finansowego wywiera porażający efekt odstraszający. Większość tzw. białych kołnierzyków prowadzi bowiem bardzo wygodne życie. Cenią sobie wolność oraz prawa wolnościowe. Przestępstwa „białych kołnierzyków” (oszustwa podatkowe, kreatywna księgowość, *insider trading*) wydają się nierzeczywiste dlatego, że nie „widać” konkretnej, znanej z imienia i nazwiska ofiary. Tak jak w GetBack, gdzie mamy tysiące osób poszkodowanych, pomimo obecności tam większościowego akcjonariusza Abris i jego nominatów w radzie nadzorczej. Motywacją „białych kołnierzyków” jest chciwość, chęć szybkiego zarobku dużych pieniędzy najlepiej w młodym wieku, co skłania ich do „chodzenia na skrót” na koszt dawców kapitału. Z tym łączy się ich *ego*, bo sukces finansowy, w dodatku osoby wykształconej, daje atrakcyjny status towarzyski, społeczny. Nie dość, że inteligentny, elokwentny, to jeszcze bogaty i młody, a jeżeli do tego przystojny... Zapomina się, że fundamentem jest, aby był uczciwy.

„Nie dziw się, jeżeli jutro spadnie porządny grad...”

Nie sądzę, że sama kara więzienia pełni wystarczającą funkcję odstraszającą. Wywołuje ona wrażenie, ale często „plotkarskie”, i nie rozwiązuje problemu. Nadmierna represja narusza zasadę proporcjonalności (spra-

wiedliwości). Wywołuje sprzeciw oraz negatywne efekty uboczne (paraliż zarządzających przed podejmowaniem uzasadnionego ryzyka wpisanego w ich decyzje). Nieuchronność kary w rozsądnym wymiarze wywiera lepsze skutki. Nie dostrzega się, że wielu z „białych kołnierzyków”, którzy odnieśli sukces, nie akceptuje porażki. Pomimo że sytuacja rynkowa obraca się przeciwko nim, nadal chcą być postrzegani jako ludzie sukcesu. Z wysokiego konia upadek jest bolesny. Przejście z wygodnego życia do życia osoby, która sporządza co miesiąc budżet swoich wydatków, licząc każdy z nich, okazuje się dla „białych kołnierzyków” z grupy „between” i „bad” wizją bardziej odstraszącą niż surowa kara więzienia. Perspektywa końca wielkiego domu, apartamentu, drogich wakacji, samochodów, nocnego życia, najdroższych restauracji, drogich garniturów, butów, bycia celebrytą i moralistą na temat *corporate governance* w mediach, na konferencjach i w towarzystwie jawi się przerażająco. Ludzka pamięć jest słaba. Wypiera to, co złe. Nad zdarzeniami, które nie dotyczą nas, na chwilę zatrzymujemy się, czasami oddamy się refleksji, porozmawiamy ze znajomymi. Wielu jednak zachowuje się tak, jakby ich to nie mogło spotkać. Mówią: „uda nam się”, kalkulują ryzyko. W końcu obawa przed utratą statusu człowieka sukcesu zaślepia rozsądek. Wreszcie nie widzą nic złego w tym, co robią. Nie słuchają *Kubusia Puchatka*, który przestrzega: **„Nie dziw się, jeżeli jutro spadnie porządny grad, rozszałeje się zamieć i lichowie co. To, że dziś jest ładnie, jeszcze nic nie znaczy. To jest zaledwie jakiś ślad pogody”**.

Codziennie otwieramy poranne gazety, strony internetowe i mimo istnienia surowych kar znowu czytamy o skandalu korporacyjnym. I zastanawiamy się, dlaczego to znowu się wydarzyło. Dlaczego dopuścili do tego rada nadzorcza spółki, większościowy akcjonariusz, nadzorca na rynku, giełda, audytor, prawnik, a wreszcie sam rynek. Po chwili wraca codzienność i sytuacja się powtarza. Można napisać obszernie *case study* z przypadków z przeszłości. Skandale na rynkach finansowych pojawiają się z regularnością od ponad 200 lat.

„Są tacy, co potrafią, i tacy, co nie potrafią”

Co robimy? Prawodawcy uchwalają nowe prawo typu *Sarbanes-Oxley*, czyniąc je coraz bardziej kazuistycznym, skomplikowanym, niespójnym, a w praktyce totalnie nieefektywnym. Kazuistyka wypiera miejsce na sto-

sowanie klauzul generalnych typu uczciwość w obrocie, dobry obyczaj, lojalność itp. Kaziistyka sprzyja temu, aby termin „uczciwość” był wypierany w aktach prawnych przez termin „niedozwolony”. Gdy ktoś zrobi coś nieuczciwego, co nie znajduje się na liście klauzul niedozwolonych, to werdykt brzmi, że nie naruszył prawa. Czytaj – zachował się nieuczciwie w sposób zgodny z prawem. A przecież tylko słusznym, a więc uczciwym sprawom prawo sprzyja. Popularny jest w Polsce pogląd, że nie należy mieszać tego, co jest niedozwolone prawem, i tego, co jest nieuczciwe. W myśl tego stanowiska nieuczciwość należy do pojęć pozaprawnych, których nie należy wprowadzać do systemu prawa pozytywnego. Prawo pozytywne powinno posługiwać się wyłącznie normami, które zakazują określonego zachowania lub nakazują je bez odwoływania się do tak „niejasnych” kryteriów, do jakich należy uczciwość. *Short version* brzmi: „zachował się nieuczciwie w sposób zgodny z prawem” (*sic!*). Okazuje się, że nowe prawo nie eliminuje kolejnych skandali, o których czytamy w porannych wiadomościach. Skandale korporacyjne były, są i będą, bo ludzie dzielą się na „good, bad i between”. Kolejny „biały kołnierzyk” będzie zakładał, że jemu się uda.

„Dokąd tak pędzisz, stojąc”

Parafrazując *Kubusia Puchatka*: „Prawo pędzi z sankcjami, stojąc”. Można i trzeba wyjaśniać funkcję *corporate governance*, licząc, że ludzie zaczną rozumieć, iż nie jest to *corporate governance in books*, ale *in action*. Krótsze teksty i wykłady, seminaria, konferencje dają większą szansę dotarcia z kagankiem oświaty. Trudno przeczytać kilkusetstronicową książkę o *corporate governance*. Trzeba zarażać wiedzą, licząc na to, że ci, którzy ją zdobędą, przekażą dalej. Trzeba mówić nie tylko do rzeczy, ale i do ludzi, a w szczególności do tych, którzy są „between”. Trzeba promować słowa prof. *Władysława Bartoszewskiego*: „Warto być uczciwym, choć nie zawsze się to opłaca. Opłaca się być nieuczciwym, ale nie warto”. Krótki tekst daje szansę nawiązania swoistej konwersacji z czytelnikiem. Mniej naprawdę często znaczy więcej. Nie wystarczy karać, trzeba cierpliwie edukować, wyjaśniać – tylko przez wielokrotne powtarzanie. Trzeba być jednak cierpliwym. Od *Kubusia Puchatka* dowiadujemy się: **„A rzeka płynęła bardzo powoli, bo wcale jej się nie spieszyło, aby dostać się tam, dokąd wiedziała, że i tak zdąży”**.

„Myślenie nie jest łatwe, ale można się do niego przyzwyczać”

Z *corporate governance* jest problem. Idea istnieje od chwili oddzielenia zarządzania korporacją od jej własności i rozwija się wraz z rozwojem koncepcji ograniczonej odpowiedzialności korporacji i jej właścicieli wobec wierzycieli do wartości majątku korporacji. Definicji *corporate governance* jest tak wiele, i tak „uczonych”, że ci, do których trzeba dotrzeć z przekazem (osoby z grupy „between”), spadają do grupy „bad”, zamiast awansować do grupy „good”. Ideę *corporate governance* rozumie już *Jezus*, *Szeks-pir* i *Adam Smith*. Trzy zupełnie różne osoby, trzy zupełnie różne historie, ale każda z nich w różnym czasie i w różnym kontekście rozpoznała naturę *corporate governance*. Brzmi to jak fantazja, ale jest „link” łączący *Jezusa*, *Szeks-pira* i *Adama Smitha*. „Link” ten nazywa się... kontekst.

W Ewangelii św. Łukasza (rozdział 16 wiersz 2) *Jezus* mówi do swoich uczniów: „Pewien bogaty człowiek miał rządcę, którego oskarżono przed nim, że trwoni jego majątek. Przywołał go do siebie i rzekł mu: »Cóż to słyszysz o tobie? Zdad sprawę z twego zarządu, bo już nie będziesz mógł być rządcą«. **To jest corporate governance.**

W pierwszym akcie w pierwszej scenie utworu *Szeks-pira* „Kupiec wenecki” kupiec *Antonio* wzdycha:

„W istocie, nie wiem, dlaczego tak smutny.
Już mam dość tego, i wy też podobno.
Lecz skąd to przyszło, jakem w ten stan popadł,
Co on ma znaczyć, z czego powstał (...).”
Jego przyjaciel *Solarino* odpowiada:
„Umysł twój błąka się po oceanie,
Gdzie twe galery, dumnie prężąc żagle, (...)
Z góry na drobny lud kupiecki patrzą (...).”

Kupiec widział, jak jego bogactwo odpywa w dal. Musiał zaufać i powierzyć zarządzanie nim kapitanowi statku. **To jest corporate governance.**

Adam Smith już w 1776 r. zidentyfikował problem związany z oddzieleniem własności od zarządzania, ostrzegając, że: „Od menedżerów korporacji, zarządzających raczej cudzymi niż swoimi pieniędzmi, nie można oczekiwać, że będą dbać o fundusze z taką samą czujnością, z jaką dbają o swoje pieniądze wspólnicy spółek prywatnych. (...) Dlatego w zarządzaniu działalnością korporacji zawsze w mniejszym lub większym

stopniu musi wkraść się rozrzutność i niedbalstwo”. **To jest corporate governance.**

Kubus Puchatek mawiał: „Jestem tu, gdzie stoję, ale jeśli się ruszę, to mogę się zgubić”.

„Są tacy, co mają rozum, a są tacy, co go nie mają, i już”

The Business Roundtable, organizacja zarządzających (CEOs) największych amerykańskich spółek giełdowych, wydała 19.8.2019 r. manifest w sprawie nowego rozumienia celu korporacji. CEOs oświadczyli, że maksymalizacja wartości dla akcjonariuszy nie może być jedynym celem spółki. CEOs mówią: „Każdy z naszych interesariuszy jest kluczowy. Zobowiązujemy się dostarczać wartość dla każdego z nich, budując w ten sposób przyszły sukces naszych spółek, naszych społeczności oraz naszego kraju”. Manifest ten odebrano jako zerwanie z doktryną *shareholder value* kojarzoną z *Miltonem Friedmanem*, który twierdził, że: „Społeczna odpowiedzialność biznesu polega wyłącznie na wykorzystywaniu jego zasobów i angażowaniu się w działania ukierunkowane na zwiększanie zysków w granicach gry opartej na zasadzie otwartej, wolnej i **uczciwej** konkurencji”. *Milton Friedman* ukazuje, czym jest *corporate governance*. Jednak amerykańscy CEO nie lubią odpowiedzialności przed akcjonariuszami, nie lubią odpowiedzialności w ogóle. Praktyczne przełożenie manifestu amerykańskich CEOs spowoduje, że staną się oni odpowiedzialni wyłącznie przed Bogiem i historią, a to zaproszenie do hazardu moralnego. **To jest przeciwieństwo corporate governance.** Zdumiewa jednak poparcie, które ów manifest zdobywa w wielu kręgach, pomimo że badania empiryczne dowodzą, iż przyczyną skandali na rynkach finansowych nie jest relatywizowanie celu korporacji przez odniesienie go do mglistego w świetle odpowiedzialności prawnej menedżerów (a przez to atrakcyjnego dla nich) kryterium społecznej odpowiedzialności biznesu. Przyczyną zawsze była nieuczciwość i niestaranność zarządzających i rad nadzorczych przy współdziałaniu audytorów i doradców finansowych, a czasami doradców prawnych wobec akcjonariuszy ze szkodą także dla wierzycieli i pracowników spółki. Przyczyną nie były krótko- czy długoterminowa strategia spółki, brak idei CSR, ale przestępstwa „białych kołnierzyków” oraz brak nadzoru właścicielskiego. Warto zadedykować amerykańskim CEO i popierającym ich manifest zwierzenie *Kubusia Puchatka*: „Lubię

rozmawiać z Królikiem, bo Królik mówi wyraźnie o rzeczach wyraźnych, jak na przykład: Już pora na śniadanie lub Misiu, zjedz coś...”.

„Pamiętałem, ale potem, gdy starałem się przypomnieć, to zapomniałem”

A teraz wersja krótsza, aby nie zapomnieć. Każdy biznes ma CEO. Każdy biznes ma właściciela. W niektórych przypadkach osoba właściciela jest skomplikowana (państwo, inwestorzy instytucjonalni – pasywni i aktywni, anonimowi akcjonariusze w spółce publicznej). Poszukiwanie znaczenia *corporate governance* to poszukiwanie właściciela korporacji. Czasami niełatwo ustalić, kto jest tym właścicielem. *Corporate governance* dąży do odnalezienia rzeczywistego, a nie formalnego właściciela spółki, a więc osoby, której pieniądze zostały zainwestowane w spółkę, w tym za pośrednictwem inwestorów instytucjonalnych (fundusze, a raczej zarządzający funduszami inwestycyjnymi). Jeżeli znajdziemy właściciela, wówczas staje się jasne, że funkcją *corporate governance* jest określenie sposobu kontroli przez właściciela, jak jego majątkiem, zgromadzonym w formie organizacyjnej, jaką jest spółka, zarządza CEO. *Corporate governance* określa reguły, wedle których właściciel kontroluje zarządzanie jego majątkiem, oraz reguły zarządzania tym majątkiem przez CEO. Celem, do jakiego dąży *corporate governance*, jest odnalezienie właściciela, który zachowuje się jak właściciel pizzerii. Zachowanie właściciela pizzerii symbolizuje najczystsza ideę *corporate governance*, ponieważ w pizzerii... nie występuje problem *corporate governance*. Właściciel i CEO to ta sama osoba, a więc nie ma okazji do konfliktu interesów. Doskonała jedność. Właściciel pizzerii myśli całą dobę o pizzy. Myśli o satysfakcji swoich klientów, o smaku pizzy, o cieście, o sosie pomidorowym, o serze i innych dodatkach. Prawdziwy właściciel myśli wyłącznie o swoim biznesie i zarządza nim aktywnie. Biznes to jego życie. Na dobre i na złe. **To jest idea *corporate governance*.**

Problem zaczyna się, kiedy rola właściciela i CEO rozchodzi się, a bezpośredni kontakt między CEO a właścicielem staje się coraz trudniejszy i wręcz zanika, kiedy właściciel nie zna swojego CEO, a CEO nie zna właściciela. Do tego dochodzi problem rady nadzorczej, akcjonariuszy i zarządzających funduszami, dla których obecność w korporacji opisuje mechanizm „być, aby być” i „wejść, aby wyjść”. Problemem jest, jeżeli

w korporacji, pomimo istnienia formalnych struktur, każdy myśli wyłącznie o własnym interesie, a nikt nie dba o sprawy korporacji jak właściciel pizzerii.

„Trochę Względów, trochę Troski o Innych...”

Kubuś Puchatek miał wielką pokorę wobec siebie. Kiedy usłyszał: „**Puchatku, nie masz ani krzty rozumu**”, odpowiedział: „**Wiem o tym**”. Ilu z nas tak by odpowiedziało? Jednocześnie *Puchatek* wyznawał, że: „**Kiedy jest się Misiem o Bardzo Małym Rozumku i Myśli się o Rozmaitych Rzeczach, to okazuje się czasami, że rzeczy, które zdawały się bardzo proste, gdy miało się je w głowie, stają się całkiem inne, gdy wychodzą z głowy na świat i inni na nie patrzą**”. *Kubuś Puchatek* jest bardzo mądrym misiem. Jego myśli są nie tylko ponadczasowe, dotyczą spraw uczuciowych i wielu obszarów ludzkiego życia, ale, jak się okazuje, mają w sobie wielki ładunek mądrości, z którego może korzystać *corporate governance*. Definicja *corporate governance* w ujęciu *Kubusia Puchatka* brzmi: „**Trochę Względów, trochę Troski o Innych. W tym cała rzecz. Tak przynajmniej mówią**”³.



³ Pierwotnie tekst ukazał się w „Monitorze Prawa Handlowego” Nr 1/2020, s. 44–47.

Spółka jest kobietą – czyli współ w zespół

We współczesnych wypowiedziach na temat spółki dominuje niezrozumienie jej fundamentu, jakim jest współdziałanie wspólników i wynikający stąd obowiązek ich lojalności. Tak rozumiem partnerstwo oparte na wspólnocie interesów skupionych w formie organizacyjnej pod nazwą „spółka”. Wynika to prawdopodobnie z postrzegania spółki jako pola gry, gdzie wspólnik, który „ogra” swojego partnera, jest sprytniejszy, lepszy. Spółka jest traktowana jako gra o sumie zerowej, gdzie jeden wspólnik wygrywa kosztem przegranej drugiego wspólnika. Nie ma miejsca na współdziałanie i lojalność, czyli na partnerstwo. Występuje ciągła rywalizacja i nieufność. Natura każdej spółki jest inna, ale to, co stanowi jej fundament, to lojalne współdziałanie wspólników, czyli działanie współ w zespół. Wystarczy tylko głębiej wniknąć w naturę spółki i takie wartości prawa prywatnego jak wolność, słuszność i bezpieczeństwo. Wszak słusznym sprawom prawo sprzyja, a tolerancja dla braku partnerstwa wspólników, co zawsze prowadzi do nieuczciwości, jest niesłuszna.

Spółka jest jak książka. Przeglądając zawsze się na coś natrafi

Spółka jest kobietą. *No doubts. Oscar Wilde* powiedział, że: „Kobiety są na to, by je kochano, a nie na to, by je rozumiano”. Tak jak trudno jest zaszufłdkować naturę kobiety, tak trudno jest zaszufłdkować naturę spółki. Każda spółka jest inna. Spółka jest kobietą nie dlatego, że jest ro-

dzaju żeńskiego, ale dlatego, że jest fascynująca, jeżeli próbuje się naprawdę odkryć jej naturę. *Anatol France* mówił, że: „Kobieta jest jak książka. Zawsze się na coś natrafi”.

We współczesnych wypowiedziach na temat spółki dominuje niezrozumienie jej fundamentu, jakim jest współdziałanie wspólników i wynikający stąd obowiązek ich lojalności. Jeszcze gorzej wygląda podejście do regulacji spółki. Prawdziwym ekstremum jest ostatni projekt zmian w KSH przedstawiony przez Komisję ds. Nadzoru Właścielskiego przy Ministerstwie Aktywów Państwowych (projekt MAP)¹. Regulację spółki sprowadza się do instrukcji obsługi. Przykładem jest oderwany od rzeczywistości projekt prawa holdingowego i rzekomego wzmocnienia nadzoru w spółkach kapitałowych² (to samo dotyczy uchwalonych już przepisów o prostej spółce akcyjnej). Projekty te łączą to, że powstały na zamówienie polityczne przy fundamentalnym sprzeciwie świata nauki. Nie ma już KSH. Jest NKSH, czyli Narodowy KSH. Omówienie błędów, które pojawiły się w wywiadzie dla „Dziennika Gazety Prawnej” ze strony wiceministra MAP na temat tego, czego nie mogła do tej pory robić rada nadzorcza spółki³, zasługuje na odrębny felieton. Podany przez niego przykład ze spółkami odzieżowymi, które dzięki tej reformie będą mogły natychmiast przestawić się na sprzedaż internetową, ukazuje „poziom”, a raczej „depresję” tego projektu.

Niestety i w opracowaniach podręcznikowych można przeczytać rzeczy zadziwiające. Pominę autorów. Czytamy m.in., że:

- 1) „W spółkach kapitałowych wspólnicy schodzą na drugi plan, a na pierwsze miejsce wysuwa się udział w kapitale zakładowym”;
- 2) „Nie będąc tak ściśle związani ze spółką, udziałowcy ponoszą odpowiedzialność do wysokości sumy reprezentowanej przez posiadane akcje, a w spółkach z ograniczoną odpowiedzialnością – do wysokości posiadanych udziałów”;
- 3) „Charakterystyczne cechy spółek kapitałowych to: zmienny skład osobowy; brak obowiązku współdziałania na rzecz osiągnięcia wspólnego celu oraz obowiązku lojalności wobec spółki (jednak obowiązek ten dotyczy członków zarządu tych spółek)”.

¹ Zob. <https://www.sejm.gov.pl/sejm9.nsf/druk.xsp?nr=1515>.

² Zob. <https://www.gazetaprawna.pl/fi/rma-i-prawo/artykuly/8227700,ksh-nowelizacja-2021-prawo-holdingowe-opinie.html>.

³ Zob. <https://www.gazetaprawna.pl/fi/rma-i-prawo/artykuly/8211838,nowelizacja-ksh-2021-maciej-malecki-map.html>.

Pomijając oczywiste błędy merytoryczne, próbuje się wrzucić każdą spółkę kapitałową do jednego worka, eliminując z jej natury obowiązek współdziałania wspólników i wzajemnej lojalności (sic!).

Jeżeli kochać to nie indywidualnie...

W piosence z Kabaretu Starszych Panów pt. „Jeżeli kochać” *Wiesław Michnikowski* śpiewa:

„Jeżeli kochać to nie indywidualnie
Jak się zakochać to tylko we dwóch
Czy platonicznie pragniesz jej czy już sypialnie
Niech w uczuciu wspiera wierny cię druh”.

O naturze danej spółki decydują oczekiwania wobec niej wspólników, którzy ją założyli. Nie rozumiem dyskusji prawników na temat interesu spółki jako czegoś autonomicznego. Wspólnicy mają być owymi wiernymi druhami, którzy wspólnie dają spółce życie, umawiają się, jak ma ona żyć, i kształtują jakość jej życia. Ktoś powie, że to teoria. Ktoś będzie szydzić z porównania wspólników spółki do wiernych druhów z piosenki kabaretowej. Szyderca nie rozumie istoty *corporate governance* jako metody zapobiegania konfliktowi *agency* (zresztą wielowymiarowego), jako zasadniczych determinantów instytucji spółki od chwili jej wynalezienia. Lojalność wspólników definiuje naturę spółki. Spółka jest formą współdziałania wspólników. Chodzi tu nie o współdziałanie wspólników ze spółką ani o lojalność wspólników wobec spółki, ale o współdziałanie wspólników ze sobą i o lojalność wspólników wobec siebie. Lojalność wobec spółki jest skrótem myślowym, który do dzisiaj jest traktowany przez wielu prawników zbyt dosłownie. A przecież termin „spółka” wywodzi się od słowa *societas*, czyli społeczność. Spółka oznacza zbiór osób powiązanych ze sobą funkcjonalnie ze względu na pewien wspólny cel, który wyznacza cel spółki i co się z tym wiąże – jej interes.

Spółki są trudne do przejrzenia, bo każda stanowi wyjątek od reguły

Zrozumienie, że naturę spółki określa współdziałanie jej wspólników i ich wzajemna lojalność, jest kluczowe dla rozwikłania takich pojęć, jak:

prowadzenie spraw spółki, *corporate governance*, konflikt *agency* (horyzontalny i wertykalny), separacja własności od zarządzania, oderwanie się własności faktycznej (ekonomicznej) od własności formalnej (konstrukcja *beneficial owner* i *legal owner*), *corporate opportunity*, konflikt interesów, transparentność w spółce (eliminacja asymetrii informacyjnej). Konieczność współdziałania podkreśla ekonomiczna analiza prawa⁴.

To wszystko powoduje, że natura każdej spółki może być inna, bo ważny jest kontekst relacji jej wspólników. *Vittorio de Sica* powiadał, że: „Kobiety są tak trudne do przejrzenia, ponieważ każda z ich stanowi wyjątek od reguły”. Z kolei zdaniem *Jeana-Paula Sartre’a*: „Kobieta nigdy nie wie, czego chce, ale nie spocznie, dopóki celu nie osiągnie”. Nie wiem, czy autor miał rację, ale przenosząc tę opinię na spółkę, uczy to pokory przed obiektywizowaniem jej celu. Wspólnicy spółki mają bowiem cel taki, jaki mają, i dopiero kontekst pozwala go odczytać.

W umowie spółki, odmiennie niż w typowej umowie obligacyjnej, nie chodzi o wymianę świadczeń między wspólnikami (wymianę świadczenia jednego wspólnika w zamian za świadczenia drugiego wspólnika), ale o obowiązek współdziałania. Każdy wspólnik spółki zobowiązuje się do spełnienia świadczenia polegającego na współdziałaniu z innymi wspólnikami, aby osiągnąć wspólny cel. Od typu spółki zależy forma owego współdziałania. Umowa spółki jest zatem czymś więcej niż zwykłą obligacyjną umową wzajemną opartą na mechanizmie *do ut des*, czyli „daję, abys dał”. Umowę spółki wyróżnia od typowej umowy wzajemnej to, że wspólnicy spółki, zawierając umowę spółki i tworząc w ten sposób więź prawną (stosunek spółki między sobą), zobowiązują się nie tylko jeden wobec drugiego, ale zobowiązują się działać wspólnie („ramię w ramię”), aby osiągnąć wspólny cel. Wspólnicy spółki są zatem jak drużyna piłki nożnej, która ma wspólny cel, czyli pokonać przeciwnika, a każdy z członków tej drużyny gra na swojej pozycji bramkarza, obrońcy, pomocnika i napastnika. Tworzą oni między sobą więź, zobowiązując się do określonego zachowania się (świadczenia) jeden wobec drugiego, ale jednocześnie do działania wszyscy wspólnie. W takim ujęciu świadczenia wspólników spółki składają się na integralną całość jak *puzzle*. Brak jednego z tych świadczeń to nie tylko naruszenie obowiązku jednego wspólnika wobec drugiego, ale przede wszystkim „awaria” w funkcjonowaniu spółki

⁴ *W. Farnsworth*, *The legal analyst. A toolkit for thinking about the law*, 2007 by The University of Chicago.

jako złożonego i wieloelementowego mechanizmu współdziałania wspólników. W tym kontekście należy wyklądać pojęcie lojalności wspólników spółki kapitałowej, „czytać” KSH, umowy wspólników, statuty spółek, rozwiązywać spory korporacyjne.

Wspólnicy dzielą się na *good, bad and between*

Dominuje patrzenie na spółkę jako pole konfliktów jej wspólników. Realści podnoszą, że umów wspólników warto przestrzegać, kalkulując, czy opłaca się je złamać. Jak mawiał *Milton Friedman*, ludzie dzielą się na dobrych, złych i *between*. Przestrzeganie umów wyłącznie ze względu na sankcję za ich niedotrzymanie oznacza przyjęcie perspektywy „złego człowieka”. Nie sposób mówić wówczas, że zasada lojalności wspólników i obowiązek ich współdziałania jest wartością. Jest to czysta kalkulacja. Jest to nie do zaakceptowania na gruncie prawa spółek w relacjach między ich wspólnikami. Konstrukcja spółki odwołuje się do zaufania. Przecież wspólnicy wiążą się ze sobą na dobre i na złe. Zaufanie, jakie pokładają w nas inni, powinno być chronione poprzez przymus dotrzymywania zaciągniętych zobowiązań. Sądy mają obowiązek egzekwować prawo, w tym zachowania uczciwe i lojalne. W przeciwnym razie system gospodarki wolnorynkowej i prawo spółek legną w gruzach.

Nie wiem, czy Bóg stworzył spółkę, ale jeżeli tak, to wiedział po co...

Zaufanie, jakie poprzedza założenie spółki, zakłada, że umowa spółki nie jest grą o sumie zerowej. Zakłada ona, że każdy wspólnik odniesie korzyść z bycia wspólnikiem. W istotę spółki wpisana jest sytuacja *win win*. W przeciwnym razie umowa spółki byłaby pułapką zastawianą przez stronę silniejszą, sprytniejszą wobec drugiej strony. Spółka zakłada współpracę, a nie walkę. Od wspólników wymaga się przestrzegania dobrych obyczajów, rzetelności postępowania i lojalności wobec partnerów. Wspólnik spełnia wymóg działania w dobrej wierze, jeżeli traktuje drugiego wspólnika w sposób słuszny, należycie uwzględniając jego uzasadnione roszczenia, a nie działa z pozycji siły. Prawo spółek chroni uczciwość w biznesie. Biznes jest wtedy, kiedy wszyscy wspólnicy mogą

zarobić na współpracy. Natura spółki zakazuje takiego kształtowania jej treści oraz wykładni stosunku spółki, które dopuszczałyby do sytuacji, w której zakładana równowaga korzyści wspólników kosztem obciążenia jednego z nich jest dowolnie naruszana albo gdy wyłączne ryzyko związane ze spółką ponosi tylko jeden wspólnik (horyzontalny konflikt *agency*). Prowadzi to do zakłócenia mechanizmu spółki, zgodnie z którym każdy wspólnik powinien mieć szansę uzyskania korzyści z tytułu przystąpienia do spółki w ramach zasady: tyle korzyści, ile ryzyka inwestycyjnego.

Szyderca znowu powie: to mrzonka. Brutalne życie jest takie, że spółka to pole bezwzględnej walki między wspólnikami. Szyderca znowu nie rozumie różnicy między normalnością a patologią. Nie jest przypadkiem, że tworzenie i tłumaczenie prawa spółek jest niezwykle złożonym procesem wymagającym wszechstronnej wiedzy i doświadczenia. Chciałoby się znowu zaśpiewać:

„Bo pojedynczo się z dziewczyną nie upora
Ni dyplomata ni mędrzec ni wódz
Więc ty drugiego sobie dobierz amatora
I wespół w zespół by żądz moc móg wzmóg”.

Tak jak kobieta jest arcydziełem wszechświata, tak spółka jest arcydziełem prawa. *Brigitte Bardot* mówiła „Nie wiem, czy Bóg stworzył kobietę, ale jeśli tak, to wiedział po co...”. Spółka jest kobietą⁵.



⁵ Pierwotnie tekst ukazał się w „Monitorze Prawa Handlowego” Nr 2/2021, s. 46–48.

Czy banki powinny być nieśmiertelne?

Tak jak umiera człowiek z powodu ustania jego funkcji życiowych, tak „umiera” przedsiębiorstwo z powodu utraty zdolności do regulowania zobowiązań. Korzysta na tym odpowiedzialna konkurencja. Ochrona niektórych uczestników obrotu przed upadłością to deprecjonowanie zachowań promujących zarządzanie ryzykiem i zaburzenie zasad uczciwej konkurencji. Hasło *too big to fail* stanowi zagrożenie dla stabilności systemu finansowego, ponieważ promuje hazard moralny i dekretuje przenoszenie ryzyka i związanych z tym kosztów na społeczeństwo. Zyski banków stają się prywatną sprawą ich akcjonariuszy, a straty problemem społecznym. Upadłość to wartość, którą warto chronić.

Hazard na cudzy koszt

Hasło „zbyt duży, aby upaść” (*too big to fail*) stało się swoistym aksjomatem przy poszukiwaniu środków zabezpieczenia stabilności systemu bankowego. Na pytanie, dlaczego niektórzy dłużnicy nie mogą upaść, zawsze pada ta sama odpowiedź: koszty bankructwa stanowiłyby nieakceptowalny koszt społeczny. W określonych przypadkach takie rozumowanie może mieć swoje uzasadnienie. Kryje się jednak za nim także wielkie zagrożenie dla stabilności systemu. Ostatecznie ktoś musi ponieść koszt ochrony przed bankructwem. Ochrona przed bankructwem promuje hazard moralny. Hazard moralny to nadużycie uzyskiwanej ochrony. Podmiot chroniony przed ryzykiem zachowuje się inaczej, niż gdyby był

[Przejdź do księgarni →](#)