

Grupa spółek. Zmiany towarzyszące (corporate governance, business judgement rule). Komentarz

Przejdź do produktu na ksiegarnia.beck.pl

1. Kodeks spółek handlowych¹

z dnia 15 września 2000 r. (Dz.U. Nr 94, poz. 1037)

Tekst jednolity z dnia 9 czerwca 2022 r. (Dz.U. z 2022 r. poz. 1467)²

(zm.: Dz.U. z 2022 r. poz. 807, poz. 1488, poz. 2280, poz. 2436; z 2023 r. poz. 739, poz. 825, poz. 1705)

Tytuł I. Przepisy ogólne

Dział I. Przepisy wspólne

(...)

Art. 4. [Spółka dominująca, grupa spółek, spółka powiązana]

§ 1. Użyte w ustawie określenia oznaczają:

- 1) spółka osobowa – spółkę jawną, spółkę partnerską, spółkę komandytową i spółkę komandytowo-akcyjną;
- 2) spółka kapitałowa – spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, prostą spółkę akcyjną i spółkę akcyjną;
- 3) spółka jednoosobowa – spółkę kapitałową, której wszystkie udziały albo akcje należą do jednego wspólnika albo akcjonariusza;
- 4)³ spółka dominująca – spółkę handlową w przypadku, gdy:
 - a) dysponuje bezpośrednio lub pośrednio większością głosów na zgromadzeniu wspólników albo na walnym zgromadzeniu, także jako zastawnik albo użytkownik, bądź w zarządzie innej spółki kapitałowej (spółki zależnej), także na podstawie porozumień z innymi osobami, lub
 - b) jest uprawniona do powoływania lub odwoływania większości członków zarządu innej spółki kapitałowej (spółki zależnej) albo spółdzielni (spółdzielni zależnej), także na podstawie porozumień z innymi osobami, lub
 - c) jest uprawniona do powoływania lub odwoływania większości członków rady nadzorczej innej spółki kapitałowej (spółki zależnej) albo spółdzielni (spółdzielni zależnej), także na podstawie porozumień z innymi osobami, lub

¹ Treść odnośnika publikujemy na końcu ustawy.

² Tekst jednolity ogłoszono dnia 12.07.2022 r.

³ Art. 4 § 1 pkt 4 lit. f w brzmieniu ustawy z dnia 9.02.2022 r. (Dz.U. z 2022 r. poz. 807), która wchodzi w życie 13.10.2022 r.

- d) członkowie jej zarządu stanowią więcej niż połowę członków zarządu innej spółki kapitałowej (spółki zależnej) albo spółdzielni (spółdzielni zależnej), lub
 - e) dysponuje bezpośrednio lub pośrednio większością głosów w spółce osobowej zależnej albo na walnym zgromadzeniu spółdzielni zależnej, także na podstawie porozumień z innymi osobami, lub
 - f) wywiera decydujący wpływ na działalność spółki kapitałowej zależnej albo spółdzielni zależnej, w szczególności przez zawarcie między spółką dominującą a spółką zależną umowy przewidującej zarządzanie spółką zależną lub przekazywanie zysku przez taką spółkę;
- 5) spółka powiązana – spółkę kapitałową, w której inna spółka handlowa albo spółdzielnia dysponuje bezpośrednio lub pośrednio co najmniej 20% głosów na zgromadzeniu wspólników albo na walnym zgromadzeniu, także jako zastawnik lub użytkownik, albo na podstawie porozumień z innymi osobami lub która posiada bezpośrednio co najmniej 20% udziałów albo akcji w innej spółce kapitałowej;
- 5¹)⁴ grupa spółek – spółkę dominującą i spółkę albo spółki zależne, będące spółkami kapitałowymi, kierujące się zgodnie z uchwałą o uczestnictwie w grupie spółek wspólną strategią w celu realizacji wspólnego interesu (interes grupy spółek), uzasadniającą sprawowanie przez spółkę dominującą jednolitego kierownictwa nad spółką zależną albo spółkami zależnymi;
- 6) spółka publiczna – spółkę publiczną w rozumieniu przepisów o ofercie publicznej i warunkach wprowadzania instrumentów finansowych do zorganizowanego systemu obrotu oraz o spółkach publicznych;
- 7) instytucja finansowa – bank, fundusz inwestycyjny, towarzystwo funduszy inwestycyjnych, alternatywną spółkę inwestycyjną zarządzaną przez zarządzającego ASI w rozumieniu przepisów o funduszach inwestycyjnych i zarządzaniu alternatywnymi funduszami inwestycyjnymi, prowadzącego działalność na podstawie zezwolenia oraz takiego zarządzającego, zakład ubezpieczeń, zakład reasekuracji, towarzystwo emerytalne, fundusz emerytalny lub dom maklerski, mające siedzibę w Rzeczypospolitej Polskiej albo w państwie należącym do Organizacji Współpracy Gospodarczej i Rozwoju (OECD);
- 8) rejestr – rejestr przedsiębiorców;
- 9) głosy – głosy „za”, „przeciw” lub „wstrzymujące się” oddane podczas głosowania w sposób zgodny z ustawą, umową albo statutem spółki;
- 10) bezwzględna większość głosów – więcej niż połowę głosów oddanych;
- 11) sprawozdanie finansowe – sprawozdania finansowe w rozumieniu przepisów o rachunkowości;
- 12) wzorzec umowy – wzorzec umowy spółki udostępniony w systemie teleinformatycznym;
- 13) *(uchylony)*

⁴ Art. 4 § 1 pkt 5¹ dodany ustawą z dnia 9.02.2022 r. (Dz.U. z 2022 r. poz. 807), która wchodzi w życie 13.10.2022 r.

- 14) postanowienia zmienne umowy – postanowienia umowy spółki zawartej przy wykorzystaniu wzorca umowy, które zgodnie z wzorcem mogą być modyfikowane przez wybór odpowiednich wariantów poszczególnych postanowień albo przez wprowadzenie odpowiednich danych w określone pola wzorca, umożliwiające ich wprowadzenie;
- 15) spółka, której umowa została zawarta przy wykorzystaniu wzorca umowy – spółkę, której umowa została zawarta przy wykorzystaniu wzorca umowy, z wyłączeniem spółki utworzonej przy wykorzystaniu wzorca, której umowa została zmieniona w inny sposób niż przy wykorzystaniu wzorca;
- 16) doradca akcjonariusza do spraw głosowania – osobę prawną, która zawodowo i na zasadach komercyjnych zajmuje się analizowaniem informacji ujawnianych przez spółki publiczne lub pochodzących od spółek publicznych w celu ułatwienia akcjonariuszom tych spółek podejmowania decyzji dotyczących głosowania, przez przedstawianie badań, porad lub rekomendacji dotyczących głosowania związanych z wykonywaniem prawa głosu.

§ 2. Ilekroć w ustawie mowa jest o „umowie spółki”, należy przez to rozumieć także akt założycielski sporządzony przez jedyne go wspólnika albo akcjonariusza spółki kapitałowej.

§ 2¹. Ilekroć w niniejszej ustawie, z wyłączeniem art. 300⁵²–300⁶⁷, albo odrębnej ustawie mowa jest o zarządzie lub członku zarządu spółki, w przypadku prostej spółki akcyjnej, w której powołano radę dyrektorów, należy przez to rozumieć, odpowiednio, radę dyrektorów lub dyrektora.

§ 2². Ilekroć w niniejszej ustawie mowa jest o:

- 1) udziale akcjonariusza w kapitale zakładowym spółki – w przypadku prostej spółki akcyjnej należy przez to rozumieć stosunek liczby akcji przysługujących temu akcjonariuszowi do liczby wszystkich akcji wyemitowanych w tej spółce;
- 2) wpisie zmiany wysokości kapitału zakładowego do rejestru – w przypadku prostej spółki akcyjnej należy przez to rozumieć wpis zmiany liczby akcji do rejestru.

§ 3. W przypadku gdy dwie spółki handlowe dysponują wzajemnie większością głosów obliczoną zgodnie z § 1 pkt 4 lit. a, za spółkę dominującą uważa się spółkę handlową, która posiada większy procent głosów na zgromadzeniu wspólników albo walnym zgromadzeniu drugiej spółki (spółki zależnej). W przypadku gdy każda ze spółek handlowych posiada równy procent głosów na zgromadzeniu wspólników albo walnym zgromadzeniu drugiej spółki, za spółkę dominującą uważa się tę spółkę, która wywiera wpływ na spółkę zależną także na podstawie powiązania przewidzianego w § 1 pkt 4 lit. b–f.

§ 4. W przypadku gdy stosując kryteria przewidziane w § 3, nie można ustalić stosunku dominacji i zależności między dwiema spółkami handlowymi, za spółkę dominującą uważa się tę spółkę handlową, która może wywierać wpływ na inną spółkę na podstawie większej liczby powiązań, o których mowa w § 1 pkt 4 lit. b–f.

§ 5. W przypadku niemożności ustalenia na podstawie § 3 i 4, która ze spółek jest spółką dominującą, obie spółki są spółkami wzajemnie dominującymi i zależnymi.

Spis treści

	Nb
A. Wprowadzenie	1–5
B. Przepisy o dominacji – zależności: pojęcie spółki dominującej (zależnej)	6–74
I. Uwagi wstępne	6–8
II. Dominacja jako możliwość wywierania decydującego wpływu na działalność operacyjną, inwestycyjną i finansową spółki zależnej	9–14
III. Dominacja w trybie art. 4 § 1 pkt 4 lit. a KSH – uwagi szczegółowe	15–25
IV. Regulacja dominacji w trybie art. 4 § 1 pkt 4 lit. b i c KSH – jako <i>superfluum</i>	26–27
V. Dominacja w trybie art. 4 § 1 pkt 4 lit. d KSH – niedostosowanie do realiów obrotu	28–29
VI. Dominacja w trybie art. 4 § 1 pkt 4 lit. e KSH – uwagi szczegółowe	30–35
VII. Dominacja w trybie art. 4 § 1 pkt 4 lit. f KSH – wprowadzenie	36–37
VIII. Pojęcie „wywierania decydującego wpływu na działalność spółki kapitałowej zależnej” (art. 4 § 1 pkt 4 lit. f <i>ab initio</i> KSH) – zagadnienia szczegółowe	38–43
IX. Umowy, za pomocą których spółka dominująca wywiera decydujący wpływ na działalność spółki kapitałowej zależnej (art. 4 § 1 pkt 4 lit. f <i>in medio</i> KSH) – zagadnienia ogólne	44–50
X. Umowa przewidująca przekazywanie zysku przez spółkę zależną – dopuszczalność zawierania	51–57
XI. Umowa przewidująca zarządzanie spółką zależną (zarys problematyki)	58–62
XII. Spółki wzajemnie dominujące i zależne w rozumieniu art. 4 § 3–5 KSH (tzw. dominacja krzyżowa) – charakterystyka	63–67
XIII. Wielopodmiotowe oraz wielopoziomowe struktury dominacji – zależności	68–72
XIV. Spółki <i>offshore</i> (zarys problematyki)	73–74
C. Przepisy o dominacji – zależności: funkcjonowanie spółki dominującej i zależnej (osobowej oraz kapitałowej)	75–112
I. Uwagi wstępne	75–77
II. Regulacje dotyczące spółek kapitałowych – uwagi wstępne	78–79
III. Wymóg „rynkowej wartości” transakcji pomiędzy spółkami znajdującymi się w stosunku dominacji – zależności (art. 355 § 3 KSH, art. 300 ²¹ KSH)	80–89
IV. Wymóg autoryzacji transakcji przekraczających 10% wartości aktywów, dokonywanych przez S.A. ze spółkami zależnymi bądź dominującymi (art. 384 ¹ KSH w zw. z art. 17 § 1–2 KSH)	90–92
V. Wymóg autoryzacji przez spółkę dominującą określonych umów zawieranych przez spółkę zależną z funkcjonariuszami spółki dominującej (art. 15 § 2 KSH)	93–97
VI. <i>Incompatibilitas</i> w relacji spółka dominująca – spółka zależna (zarys problematyki)	98–106
VII. Regulacje dotyczące spółek osobowych (zarys problematyki)	107–112
D. Przepisy dotyczące powiązań spółek: definicja spółki powiązanej	113–116
E. Przepisy dotyczące powiązań spółek: organizacja i funkcjonowanie spółek powiązanych	117–123
I. Uwagi wstępne	117–120
II. Inne regulacje KSH odwołujące się do „podmiotu powiązanego” a możliwość ich stosowania do spółki powiązanej	121–123
F. Prawo grup spółek: definicja grupy spółek (art. 4 § 1 pkt 5 ¹ KSH)	124–161
I. Grupa spółek: istota, zalety i ryzyka dla praktyki obrotu	124–129
II. Spółki dysponujące zdolnością (zdadnością) do tworzenia grupy spółek	130–140
III. Wymóg pozostawania przez spółki w stosunku dominacji – zależności	141–146
IV. Decyzja o uczestnictwie: uchwała zgromadzenia wspólników albo walnego zgromadzenia spółki (art. 21 ¹ § 2 KSH) – odesłanie	147–148

V. Kierowanie się wspólną strategią w celu realizacji wspólnego interesu – czyli kierowanie się interesem spółki dominującej	149–154
VI. Sprawowanie przez spółkę dominującą jednolitego kierownictwa nad spółką zależną	155–158
VII. Problematyka posługiwania się terminem „grupa” w firmie spółek handlowych	159–161
G. Prawo grup spółek: szczegółowe zasady dotyczące tworzenia, organizacji, funkcjonowania i ustania grupy spółek (odesłanie)	162–165
I. Reżim prawny regulujący organizację i funkcjonowanie spółek uczestniczących w grupie	162
II. Tworzenie grupy	163
III. Organizacja i funkcjonowanie grupy	164
IV. Ustanie uczestnictwa w grupie spółek	165
H. Uwagi końcowe	166–169

A. Wprowadzenie

1. Dualizm reżimów prawnych dotyczących spółek kontrolowanych (powiązanych) po 13.10.2022 r. Od daty wejścia w życie ZmKSH z 9.2.2022 r., czyli od 13.10.2022 r., w ramach KSH istnieją dwa równoległe reżimy prawne dotyczące spółek dominujących i zależnych oraz spółek powiązanych.

W przypadku:

- 1) spółek **zależnych i dominujących** (art. 4 § 1 pkt 4 KSH) ich organizacja i funkcjonowanie podlegać będzie:
 - a) ogólnym regulacjom dotyczącym funkcjonowania danej spółki handlowej (występującej w roli spółki dominującej bądź zależnej) zawartym w KSH; modyfikowanymi przez:
 - b) przepisy o dominacji – zależności (zob. poniżej Nb 3–112);
- 2) spółek **powiązanych** (art. 4 § 1 pkt 5 KSH) ich organizacja i funkcjonowanie podlegać będzie:
 - a) ogólnym regulacjom dotyczącym funkcjonowania danej spółki zawartych w KSH; modyfikowanymi przez:
 - b) przepisy dotyczące powiązań spółek (zob. poniżej Nb 113–123);
- 3) spółek **kapitałowych**, które podejmą decyzję o utworzeniu **grupy spółek** (art. 4 § 1 pkt 5¹ KSH), ich organizacja i funkcjonowanie podlegać będzie:
 - a) regulacjom dotyczącym funkcjonowania danego typu spółki kapitałowej występujących w roli spółki dominującej, zależnej bądź powiązanej, modyfikowanymi:
 - b) w pierwszej kolejności przez
 - **przepisy o dominacji – zależności** (w sytuacji gdy uczestnikami grupy są spółki pozostające w relacji dominacji – zależności zob. art. 4 § 1 pkt 4 KSH w zw. z art. 21¹ i n. KSH); bądź:
 - **przepisy dotyczące powiązań spółek** (w sytuacji gdy uczestnikami grupy będą spółki powiązane zob. art. 4 § 1 pkt 5 KSH w zw. z art. 21¹⁶ § 1 KSH),

c) a następnie:

- regulacja prawa grup spółek (art. 4 § 1 pkt 5¹ KSH, art. 21¹–21¹⁶ KSH).

→ Szerzej na temat prawa grup spółek zob. Nb 124–165 poniżej.

2 2. Systematyka dalszej analizy. Złożoność i obszerność reżimu prawnego dotyczącego powiązań i dominacji nad spółkami obowiązującego od 13.10.2022 r. powoduje, że konieczny jest jego podział na trzy kluczowe bloki zagadnień, obejmujące problematykę:

- a) przepisów o **dominacji – zależności**, w ramach którego zawarte będzie omówienie definicji spółki dominującej (art. 4 § 1 pkt 4 KSH) oraz – następnie – omówienie kluczowych obszarów organizacji i funkcjonowania spółki dominującej oraz spółki zależnej;
- b) przepisów dotyczących **powiązań spółek**, w ramach których omówiona zostanie definicja spółki powiązanej (art. 4 § 1 pkt 5 KSH), a następnie organizacja i funkcjonowanie spółek będących spółkami powiązаныmi;
- c) **prawa grup spółek**, w ramach których omówiona zostanie po pierwsze definicja grupy spółek (art. 4 § 1 pkt 5¹ KSH), a następnie, omówione zostaną kluczowe obszary organizacji i funkcjonowania spółki dominującej oraz spółki zależnej, uczestniczących w grupie spółek.

Systematyka ta zwiększy przejrzystość wyводу.

3 3. Uwagi terminologiczne: przepisy o dominacji – zależności, regulacja powiązań spółek, a prawo grup spółek. Istnienie w ramach KSH kilku równoległych reżimów prawnych dotyczących spółek kontrolowanych, kontrolujących i powiązanych, w połączeniu z faktem, iż w grupie spółek reżimy te mogą współwystępować, wymusza wprowadzenie siatki terminologicznej umożliwiającej ich precyzyjną delimitację. Stosownie do powyższego przepisy zależności, znajdujące zastosowanie do spółek pozostających w relacji dominacji, określane będą mianem „szczętkowej regulacji dominacji – zależności” [kontynuuję w tym zakresie terminologię zaproponowaną w *R. Szyszko*, Regulacja dominacji (zależności) zawarta w k.s.h. (cz. I), s. 24], względnie „przepisów o dominacji – zależności”. Określenie tych przepisów mianem „szczętkowej regulacji” wynika z faktu, że ich funkcją nie było całościowe uregulowanie problematyki relacji pomiędzy spółkami dominującymi i zależnym, a jedynie regulacja ich (nader) skromnego wycinka. W przeciwieństwie do powyższego, przepisy regulujące organizację i funkcjonowanie grup spółek, będą określane mianem prawa grup spółek. Regulacja ta, przynajmniej w zamierzeniu, ma charakter kompleksowy i wyczerpujący. Pomimo że metodologicznie dopuszczalnym byłoby określenie całości przepisów regulujących grupy spółek (a więc także regulacji dominacji – zależności), mianem prawa grup spółek, rozwiązanie takie byłoby jednak mało przydatne praktycznie. Wymuszałoby ono bowiem każdorazowo wskazywanie, iż chodzi o przepisy o dominacji i zależności dotyczące spółek wchodzących w skład grupy. Względnie, że mowa jest tylko o przepisach o dominacji – zależności, w odniesieniu do spółek nietworzących grupy.

Wreszcie przepisy regulujące spółki powiązane określane będą mianem **regulacji powiązań spółek**. Z analogicznych względów niezasadne wydaje się wyróżnianie prawa grup spółek dotyczącego spółek powiązanych.

W doktrynie, na gruncie regulacji dominacji – zależności przedstawiane były różne propozycje terminologiczne, a także systematyzujące. Wskazać tutaj należy *M. Romanowskiego*, który wyróżniał dominację udziałową, zarządczą, osobową i kontraktową (*M. Romanowski*, Pojęcie spółki dominującej, s. 79), *M. Michalskiego*, który wyróżnia zależność: kapitałowo-korporacyjną, ustrojowo-korporacyjną i personalną (*M. Michalski*, Kontrola kapitałowa nad spółką akcyjną, s. 418). Z nowszej literatury *A. Szumański*, w *Szumański, Kwaśnicki, Ostrowski*, Komentarz KSH, proponujący podział na holdingi faktyczne i umowne, art. 4 KSH, Nb 3 oraz 141–147, a także oraz *R. Adamus* proponujący podział dominacji – zależności na relację udziałową (kapitałową), zarządczą, osobową i kontraktową. *R. Adamus*, w: Komentarz KSH, art. 4, Nb 3.

Zaproponowany przez *M. Romanowskiego* podział na dominację udziałową, osobową i kontraktową jest nierozłączny oraz niewyczerpujący, ze względu na fakt, iż źródłem dominacji jest stosunek spółki zależnej (a precyzyjniej stosunek uczestnictwa w spółce zależnej), który nie oznacza, iż wspólnik (akcjonariusz) musi być właścicielem praw udziałowych, może być także ich zastawnikiem bądź użytkownikiem (jeżeli umowa zastawu bądź użytkowania przewiduje wykonywanie prawa głosu). Dodatkowo, aby móc pełnić funkcję w zarządzie należy być powołanym (co będzie albo bezpośrednią konsekwencją wykonywania praw ze stosunku członkostwa przez wspólnika, albo pośrednią, np. akcjonariusze powołują radę nadzorczą w S.A., która następnie powołuje członków zarządu). Wreszcie należy zauważyć, iż umowa spółki (art. 3 KSH) jest umową, podobnie jak np. umowa wspólników, czy też inna umowa zobowiązująca dająca możliwość dysponowania przez spółkę dominującą głosami innych uczestników spółki zależnej.

Analogicznie sytuacja wygląda w odniesieniu do zaproponowanego przez *M. Michalskiego* podziału na dominację kapitałowo-korporacyjną, ustrojowo-korporacyjną oraz personalną. Pomijając to, iż niezbyt wiadomo, czym ma być ów kapitał dający dominację (wysokość kapitału zakładowego, to tylko jedna z pozycji w ramach tzw. kapitałów własnych, a finansowanie spółki może opierać się np. w 90% na kapitałach obcych, skutkiem czego kapitał zakładowy stanowi jedynie promil źródeł finansowania spółki), to w KSH istnieje szereg regulacji, umożliwiających wykonywanie praw udziałowych pomimo braku wykonania zobowiązania do wniesienia wkładu (np. art. 411 § 2 *in fine* KSH, art. 309 § 3 KSH itp.). Analogicznie sytuacja wygląda w przypadku dominacji ustrojowo-korporacyjnej (niezbyt wiadomo, jaki jest jej zakres i jak ma się to do stosunku członkostwa, czy kapitału, który stanowi inny rodzaj dominacji). Wreszcie *M. Michalski* pomija fakt, iż dominacja osobowa jest konsekwencją wykonywania uprawnień udziałowych (czyli *de facto* mieści się w pojęciu dominacji ustrojowo-korporacyjnej).

Bardziej właściwy jest w tym przypadku podział na oddziaływanie (wywieranie decydującego wpływu) na spółkę od wewnątrz (tj. za pomocą stosunku prawnego (umowy) spółki zależnej, a precyzyjniej stosunku członkostwa (bądź niektórych wynikających z niego uprawnień, jak ma to miejsce w przypadku zastawników i użytkowników dysponujących prawem głosu), oraz oddziaływania na spółkę od zewnątrz (tj. za pomocą innych niż stosunek członkostwa w spółce) np. umowy o odprowadzanie zysku, czy też zarządzanie spółką zależną.

- 4 4. Brak możliwości rejestracji w KRS wzmianki o grupach spółek ze względu na wady systemu cyfrowego KRS.** Na koniec należy wskazać, że na dzień składania niniejszego komentarza, pomimo iż przepisy ustawowe umożliwiają tworzenie grupy spółek, brak jest możliwości umieszczenia w KRS spółki dominującej oraz zależnej wzmianki o uczestnictwie w grupie (art. 21¹ § 3 KSH). Okoliczność ta powoduje, iż pomimo podjęcia uchwały o utworzeniu grupy spółek (art. 21¹ § 2 KSH), ze względu na brak ujawnienia w KRS wzmianki o utworzeniu grupy, nie będzie możliwe skorzystanie z większości zalet (mechanizmów ochrony interesariuszy grupy) zawartych w prawie grup spółek, zob. art. 21¹ § 3 zd. 2 KSH.
- 5 5. Rys historyczny, rys komparatystyczny.** Należy nadmienić, iż na przestrzeni ostatnich dwudziestu lat istniało kilka projektów regulacji problematyki grup spółek (holdingów) w KSH, które jednak ostatecznie nie weszły w życie. Dodatkowo większość porządków prawnych rozwiniętych gospodarek rynkowych posiada regulacje dotyczące holdingów (grup spółek, koncernów). Szerzej na ten temat A. Szumański, w: *Szumański, Kwaśnicki, Ostrowski, Komentarz KSH*, wstęp Nb 97–101, Nb 110–132.

B. Przepisy o dominacji – zależności: pojęcie spółki dominującej (zależnej)

I. Uwagi wstępne

- 6 1. Znaczenie.** Istotność definicji dominacji (zależności) będzie pochodną znaczenia relacji dominacji – zależności na gruncie KSH. W sytuacji gdy dwie spółki handlowe będą uznane za pozostające w relacji dominacji – zależności, oznaczać to będzie:
- objęcie ich organizacji i funkcjonowania, ograniczeniami wynikającymi z przepisów o dominacji – zależności;
 - dodatkowo w przypadku spółek kapitałowych pozostających w relacji dominacji – zależności:
 - możliwość utworzenia grupy spółek, przez spółki kapitałowe pozostające w relacji dominacji – zależności (art. 4 § 1 pkt 5¹ KSH). W takim przypadku zastosowanie do nich znajdują regulacje prawa grup spółek zawarte w art. 21¹–21¹⁶ KSH oraz przepisach szczególnych (art. 384¹ § 4 KSH, art. 206 § 1 pkt 5 KSH, art. 300⁶¹ KSH, art. 374 § 1 pkt 5 KSH itp.).
- Podkreślenia wymaga, iż oba powyższe reżimy prawne od 13.10.2022 r. obowiązywać będą równolegle (zob. Nb 1).
- 7 2. Organizacja i funkcjonowanie spółek pozostających w stosunku dominacji zależności (odesłanie).** Omówienie przepisów regulujących funkcjonowanie spółek pozostających w stosunku dominacji – zależności, zawarte zostało w Nb 75–123.
- 8 3. Organizacja i funkcjonowanie grup spółek – odesłanie.** Omówienie przepisów prawa grup spółek omówione zostało poniżej w Nb 162–166.

II. Dominacja jako możliwość wywierania decydującego wpływu na działalność operacyjną, inwestycyjną i finansową spółki zależnej

- 9 1. „Wywieranie decydującego wpływu” (art. 4 § 1 pkt 4 lit. f *ab initio* KSH) jako wskazówka interpretacyjna przy rozstrzyganiu o dominacji nad spółkami**

handlowymi. Zawarty w art. 4 § 1 pkt 4 lit. f *ab initio* KSH wymóg „wywierania decydującego wpływu” na spółkę zależną, stanowi klauzulę generalną opisującą istotę dominacji, przez pryzmat której winny być interpretowane wszystkie przesłanki dominacji wskazane w art. 4 § 1 pkt 4 KSH, zarówno w odniesieniu do spółek kapitałowych, jak i osobowych. Zgodnie z powyższym art. 4 § 1 *ab initio* KSH w rzeczywistości należy interpretować jako rozpoczynający się od klauzuli generalnej „spółką dominującą jest spółka handlowa **wywierająca decydujący wpływ na działalność spółki zależnej poprzez**”, po której następuje eżegzemplifikacja sposobów wywierania decydującego wpływu zawartych w art. 4 § 1 pkt 4 lit. a–f KSH.

Przemawia za tym szereg argumentów.

Po pierwsze, tylko uznanie wymogu „wywierania decydującego wpływu” za klauzulę generalną dotyczącą także spółek osobowych, uniemożliwia rozstrzygnięcie o tym, kiedy S.K.A. będzie spółką zależną. Zgodnie z art. 4 § 1 pkt 4 lit. e KSH przesłankami uznania za spółkę dominującą nad S.K.A. jest dysponowanie „bepośrednio lub pośrednio większością głosów w spółce osobowej eżegzemplifikacja, także na podstawie porozumień z innymi osobami”. Kryteria te nie przystają do hybrydalnego charakteru współników i zasad podejmowania decyzji w S.K.A. W S.K.A. akcjonariusze podejmują decyzje w postaci uchwał walnego zgromadzenia, a z drugiej strony, ważność uchwał walnego zgromadzenia uwarunkowana jest wyrażeniem na nie zgody przez komplementariuszy (art. 146 § 2–3 KSH). Jeżeli więc spółka handlowa będzie dysponować (bepośrednio bądź pośrednio) większością głosów wyłącznie na walnym zgromadzeniu, bądź wyłącznie (bepośrednio bądź pośrednio) wśród komplementariuszy, nie będzie mogła podejmować kluczowych uchwał (zmiana statutu, podwyższenia kapitału zakładowego, rozwiązanie spółki itp.). Za spółkę dominującą będzie mogła być uznana jedynie spółka handlowa dysponująca większością głosów **wśród komplementariuszy oraz na walnym zgromadzeniu** (na co zwróciłem uwagę w: *R. Szyszko*, Komentarz S.K.A., s. 52 i n.). Tylko interpretacja art. 4 § 1 pkt 4 lit. e KSH z uwzględnieniem wymogu „wywierania decydującego wpływu” umożliwi realne rozstrzygnięcie, kiedy dana spółka handlowa będzie spółką dominującą nad S.K.A.

Po drugie, uwzględnianie przy interpretacji przesłanki dominacji z art. 4 § 1 pkt 4 lit. d KSH wymogu „wywierania decydującego wpływu” jest niezbędne, jeżeli chce się uniknąć rozwiązań systemowych przy wykładni art. 4 § 1 pkt 4 lit. d KSH. Zgodnie z treścią tego przepisu do uznania spółki handlowej za dominującą nad spółką kapitałową wystarczy, aby członkowie jej zarządu stanowili więcej niż połowę członków zarządu innej spółki kapitałowej (spółki zależnej). W praktyce często zdarza się, iż (zwłaszcza dobrzy managerowie) sprawują swoją funkcję w wielu niepowiązanych ze sobą spółkach. W takiej sytuacji, jeżeli ta sama osoba będzie jednym członkiem zarządu X oraz Y, oznaczać będzie, iż X i Y będą wobec siebie spółkami wzajemnie dominującymi i zależnymi.

Po trzecie, akcentowany przez klauzulę generalną „wymóg wywierania decydującego wpływu” zawiera niezbędny element woluntarystyczny. Istotna jest bowiem wola spółki dominującej do wywierania kontroli nad spółką zależną. Uwzględnienie tego elementu umożliwi np. rozstrzygnięcie, czy spółka handlowa będąca zastawnikiem na większości głosów spółki zależnej (art. 4 § 1 pkt 4 lit. a *in fine* KSH), pragnie sprawować kontrolę nad spółką zależną, czy też jest to postać zabezpieczenia płatności zobowiązań przez współnika (akcjonariusza), który ustanowił zastaw.

10 2. Możliwość wywierania decydującego wpływu. Brzmienie art. 4 § 1 pkt 4 lit. f *ab initio* KSH akcentuje wymóg **wywierania** decydującego wpływu (czyli aspekt dokonany nie zaś potencjalny) danej czynności. W przeciwieństwie do powyższego brzmienie art. 4 § 1 pkt 4 lit. a–e KSH, akcentuje już samą **możliwość** wywierania decydującego wpływu. Należy przyjąć, iż klauzula generalna z art. 4 § 1 pkt 4 lit. f *ab initio* KSH winna odwoływać się zarówno do możliwości wywierania decydującego wpływu, jak też jego faktycznego wywoływania. Przeciwna wykładnia prowadzi do niepotrzebnego ograniczenia sytuacji, w których dojdzie do powstania stosunku dominacji – zależności.

11 3. Wpływ na działalność operacyjną, inwestycyjną i finansową. Brzmienie art. 4 § 1 pkt 4 lit. f KSH odwołuje się do wywierania decydującego wpływu, bez sprecyzowania, o jaki pion działalności spółki zależnej chodzi. Stosownie do powyższego, zasadnym jest odwołanie się do ustaleń z zakresu nauk o zarządzaniu oraz rachunkowości i finansów, wskazujących na trzy podstawowe płaszczyzny działalności spółki tj. działalność:

- operacyjną;
- inwestycyjną;
- finansową.

J. Ostaszewski, T. Cicirko, K. Kreczmańska-Gigol, C. Martysz, P. Russel, M. Wrzesiński, Podstawy finansowania spółki akcyjnej, s 65 i n.

12 4. Katalog sposobów dominacji zawarty w art. 4 § 1 pkt 4 lit. a–f KSH. Katalog postaci dominacji zawartych w art. 4 § 1 pkt 4 lit. a–f *in fine* KSH, stanowić będzie uszczegółowienie klauzuli generalnej „wywierania decydującego wpływu”. Stosownie do powyższego, poszczególne postaci dominacji wskazane w lit. a–f winny być interpretowane przez pryzmat możliwości wywierania decyzyjnego wpływu na spółkę zależną.

13 5. Oddziaływanie na spółkę zależną: mechanizmy „wewnętrzne” v. mechanizmy „zewnętrzne”. W kontekście dalszych wywodów istotne jest usystematyzowanie sposobów wywierania decydującego wpływu na spółkę zależną przez spółkę dominującą. Kluczowe znaczenie ma okoliczność czy oddziaływanie na spółkę następuje „od wewnątrz” czy „z zewnątrz”. Stosownie do powyższego należy wyodrębnić oddziaływanie:

- 1) **od wewnątrz**, tj. **za pomocą stosunku prawnego (umowy) spółki zależnej.** Będzie się ono co do zasady sprowadzało do wykorzystania uprawnień ze stosunku członkostwa w spółce zależnej. Do możliwości wykonywania wynikającego ze stosunku członkostwa prawa głosu odwołuje się zarówno art. 4 § 1 pkt 4 lit. a KSH (większość głosów), jak i art. 4 § 1 pkt 4 lit. b i c KSH (uprawnienia nominacyjne wynikające albo z większości głosów, albo z uprawnień osobistych przyznanych wspólnikom). Wreszcie także wskazana w art. 4 § 1 pkt 4 lit. d KSH okoliczność, że członkowie zarządu spółki dominującej stanowią więcej niż połowę członków zarządu spółki zależnej, to nic innego jak konsekwencja wykonania uprawnień nominacyjnych wynikających ze stosunku członkostwa przez wspólników posiadających większość głosów albo uprawnienia osobiste w tym zakresie. Możliwe jest przy także pośrednie wykonanie tych uprawnień

(np. walne zgromadzenie powołuje radę nadzorczą, która następnie powołuje członków zarządu).

Analogicznie sytuacja wygląda w przypadku spółek osobowych (art. 4 § 1 pkt 4 lit. e KSH odwołuje się do „dysponowania większością głosów w spółce osobowej zależnej”, czyli uprawnienia wynikającego ze stosunku członkostwa w spółce zależnej).

lub

- 2) **od zewnątrz**, tj. oddziaływania na spółkę zależną, w inny sposób niż stosunek członkostwa, co także następować będzie za pomocą stosunków prawnych (co do zasady umów zawieranych ze spółką zależną, a w szczególności umów przewidujących zarządzanie spółką zależną lub przekazywanie zysku przez spółkę zależną).

Podkreślenia wymaga, iż oba te mechanizmy oddziaływania mogą występować jednocześnie, na co wskazuje użycie funktora „lub” pomiędzy lit. f i innymi postaciami wywierania decydującego wpływu wskazanymi w literach a–e w art. 4 §1 pkt 4 KSH.

6. Konieczność uzyskiwania zgody organów właścicielskich pod rygorem nieważności, na zawarcie umów z art. 4 § 1 pkt 4 lit. f KSH, jako zagrożenie dla bezpieczeństwa obrotu. Znowelizowane brzmienie art. 4 § 1 pkt 4 lit. f KSH wskazuje, iż zawarcie ze spółkami kapitałowymi wszystkich umów skutkujących uzyskaniem decydującego wpływu na spółkę zależną (np. umowy dotyczące kluczowego dla spółki finansowania, kluczowych usług, produktów, kluczowych dostaw itp.) wymagać będzie zgody organów właścicielskich pod rygorem nieważności (art. 228 pkt 6 KSH, art. 393 pkt 7 KSH, art. 300⁸¹ pkt 5 KSH).

→ Rozwiązanie to godzi w bezpieczeństwo obrotu gospodarczego – szerzej na ten temat zob. poniżej Nb 45–49.

III. Dominacja w trybie art. 4 § 1 pkt 4 lit. a KSH – uwagi szczegółowe

1. **Wprowadzenie.** Spółka (osobowa albo kapitałowa) będzie uznana za dominującą (art. 4 § 1 pkt 4 lit. a KSH) nad inną spółką kapitałową, jeżeli **dysponuje większością głosów**:

- 1) w organach właścicielskich spółki kapitałowej (zgromadzenie wspólników, walne zgromadzenie akcjonariuszy), co może nastąpić:
 - a) bezpośrednio lub pośrednio,
 - b) jako zastawnik uprawniony do wykonywania prawa głosu,
 - c) jako użytkownik uprawniony do wykonywania prawa głosu;bądź:
- 2) w zarządzie innej spółki kapitałowej, także na podstawie porozumień z innymi osobami.

Zważywszy, iż pojęcie większości głosów w organach właścicielskich stanowi zupełnie inną kategorię niż większość głosów w zarządzie, a dodatkowo może być osiągnięte na większą liczbę sposobów (co wynika głównie z charakterystyki samych praw udziałowych), w pierwszej kolejności zostanie szczegółowo przeanalizowane dysponowanie większością głosów w organach właścicielskich.

2. **Pojęcie „większość głosów”.** Artykuł 4 § 1 pkt 4 lit. a *ab initio* KSH 16 odwołuje się jedynie do pojęcia „większości głosów”, bez jakiegokolwiek dalszej

Art. 4

1. Kodeks spółek handlowych

jego kwantyfikacji (większość zwykła, kwalifikowana itp.). Zważywszy na fakt, iż *lege non distinguente*, należy przyjąć, że chodzi o bezwzględną większość głosów w rozumieniu art. 4 § 1 pkt 10 KSH, czyli o więcej niż połowę głosów. Kwestia faktycznego „oddania głosu” jest w tym przypadku irrelevantna.

Przy obliczaniu większości głosów uwzględnia się uprzywilejowanie udziałów (akcji) przysługujące danej spółce. Innymi słowy, podstawą jest realna liczba głosów, którą posiada spółka.

W przypadku podwyższenia w umowie (statucie) minimalnej większości głosów dla podejmowania uchwał, punktem wyjścia dla obliczania większości głosów w rozumieniu 4 § 1 pkt 4 lit. a *ab initio* KSH, jest ów podwyższony próg przyjęty w umowie (statucie).

Przykład 1

Umowa X spółki z o.o. przewiduje, iż uchwały zapadają większością 60% głosów.

Spółką dominującą nad X sp. z o.o. będzie spółka handlowa posiadająca minimum 60% głosów.

17 3. Pojęcie „dysponowania głosami” a wymóg pełnego pokrycia akcji S.A. (art. 411 § 2 KSH). Pojęcie „dysponowania” większością głosów może budzić wątpliwości w kontekście regulacji wiążących możliwość wykonywania prawa głosu z pełnym pokryciem akcji, w sytuacji gdy statut nie stanowi inaczej (art. 411 § 2 KSH). Brak pokrycia akcji będzie powodował, że akcjonariusz nie będzie mógł wykonywać prawa głosu z tych akcji, a tym samym być uznany za spółkę dominującą. Chyba że pozostałe akcje, którymi dysponuje, będą umożliwiały uznanie, iż dysponuje on zwykłą większością głosów.

18 4. „Pośrednie” dysponowanie głosami: pełnomocnictwo od innych współników (akcjonariuszy). Pojęcie pośredniego dysponowania głosami otwiera o wiele szersze możliwości informacji. Obejmować może ono dysponowaniem prawem głosu w oparciu o pełnomocnictwo **do wykonywania prawa głosu** (w szczególności wynikające z umowy współników albo umowy inwestycyjnej). Podkreślenia wymaga, iż KSH nie przewiduje żadnych ograniczeń dotyczących podmiotów, które udzielać będą pełnomocnictwa do wykonywania prawa głosu przez spółkę dominującą. Oznacza to, że spółka handlowa może się stać spółką dominującą w oparciu o głosy (pełnomocnictwo do wykonywania głosu) osób fizycznych.

Innymi słowy, brzmienie art. 4 § 1 pkt 4 lit. a KSH wprost dopuszcza, aby spółka handlowa, która jest spółką dominującą, nie dysponowała większością głosów, ale podstawą jej dominacji były prawa głosu wynikające z praw udziałowych współników spółki zależnej będących osobami fizycznymi.

Przykład 2

ABC S.A. dysponuje 5% głosów na zgromadzeniu współników X sp. z o.o., B będący osobą fizyczną dysponuje 47% głosów na zgromadzeniu współników X sp. z o.o. B oraz ABC S.A. zawarli porozumienie współników, na mocy którego ABC S.A. uzyskała umocowanie do wykonywania prawa głosu z 47% głosów z udziałów B.

Stosownie do powyższego ABC S.A. może wykonywać prawa udziałowe z 52% udziałów na walnym zgromadzeniu.

Przykład 3

ABC S.A. dysponuje 5% głosów na zgromadzeniu wspólników X sp. z o.o., B będący osobą fizyczną dysponuje 47% głosów na zgromadzeniu wspólników X sp. z o.o.

B oraz ABC S.A. zawarli porozumienie wspólników, na mocy którego B uzyska umocowanie do wykonywania prawa głosu 5% głosów ABC S.A.

Stosownie do powyższego B może wykonywać prawa udziałowe z 52% udziałów na walnym zgromadzeniu.

W przykładzie Nr 2 ABC S.A. będzie mogła być uznana za spółkę dominującą w rozumieniu art. 4 § 1 pkt 4 lit. a KSH. Natomiast w przykładzie Nr 3 wspólnik B nie będzie mógł być uznany za podmiot dominujący w stosunku do X sp. z o.o., pomimo iż posiadać on będzie tożsamy zakres uprawnień jak ABC S.A. w przykładzie Nr 2. Rozwiązanie to budzi wątpliwości konstrukcyjne w kontekście zasady równego traktowania wspólników i akcjonariuszy (art. 20 KSH).

5. „Pośrednie” dysponowanie głosami: dominacja poprzez kontrolowanie innych podmiotów będących wspólnikami (akcjonariuszami) w danej spółce (art. 6 § 2 KSH). Zgodnie z art. 6 § 2 KSH nabycie lub wykonywanie praw z akcji albo udziałów przez spółkę zależną uważa się za nabycie albo wykonywanie praw przez spółkę dominującą. W przypadku gdy spółki A, B i C są akcjonariuszami w X S.A., a jednocześnie wszystkie ww. spółki są jednocześnie zależne od M sp. z o.o., to M sp. z o.o. będzie spółką dominującą wobec X S.A.

6. „Pośrednie” dysponowanie głosami: umowy powiernicze. Kolejną postacią pośredniego dysponowania głosami jest tzw. powiernicze wykonywanie praw udziałowych. W tym przypadku powiernik nabywa prawa udziałowe (udziały, akcje), a jednocześnie na mocy umowy powierniczej zobowiązany jest wykonywać przysługujące z nich uprawnienia (prawo głosu, prawo do zbywania praw udziałowych, decydowanie o wielkości dywidendy przeznaczonej do podziału itp.) w określony sposób. Zważywszy na fakt, że umowy te wywierają wyłącznie skutek *inter partes*, a także objęte są, co do zasady, zakazem ich ujawniania (ang. *non-disclosure*), ustalenie istnienia dominacji w oparciu o tego typu powiązania jest nader trudne.

7. Dysponowanie głosami a sankcje z art. 6 § 1 KSH oraz art. 6 § 4–5 KSH. 21 Spółka dominująca powinna zawiadomić spółkę kapitałową zależną o powstaniu stosunku dominacji w terminie 2 tygodni od dnia powstania tego stosunku, pod rygorem zawieszenia wykonywania prawa głosu z akcji albo udziałów spółki dominującej reprezentujących więcej niż 33% kapitału zakładowego spółki zależnej (art. 6 § 1 KSH).

Niezależnie od powyższego akcjonariusz, wspólnik, członek zarządu albo rady nadzorczej spółki kapitałowej mogą żądać, aby spółka handlowa, która jest wspólnikiem albo akcjonariuszem w tej spółce, udzieliła informacji, czy pozostaje ona w stosunku dominacji lub zależności wobec określonej spółki handlowej będącej wspólnikiem albo akcjonariuszem w tej samej spółce kapitałowej. Odpowiedź powinna być udzielona uprawnionemu oraz właściwej spółce kapitałowej w terminie 10 dni od dnia otrzymania żądania. Od dnia rozpoczęcia biegu terminu na udzielenie odpowiedzi do dnia jej udzielenia zobowiązana spółka handlowa nie może wykonywać praw z akcji albo udziałów w spółce kapitałowej, której dotyczy pytanie (art. 6 § 4–5 KSH).

W kontekście powyższego konieczne jest rozstrzygnięcie czy, względnie w jaki sposób, sankcja z art. 6 § 1 bądź art. 6 § 4–5 KSH wpływa na możliwość uznania, że spółka jest spółką dominującą w trybie art. 4 § 1 pkt 4 KSH.

Zawieszenie prawa głosu z art. 6 § 1 KSH bądź art. 6 § 4–5 KSH powoduje, iż przez czas jego trwania nie będzie możliwe uznanie spółki za spółkę dominującą, a tym samym spółka ta nie będzie dysponować np. zdolnością do utworzenia grupy spółek w rozumieniu art. 4 § 1 pkt 5¹ KSH.

- 22 8. Możliwość uzyskania statusu spółki dominującej przez spółkę handlową będącą zastawnikiem mającym prawo głosu.** Zastawnikowi może przysługiwać uprawnienie do wykonywania prawa głosu z praw udziałowych (udziałów, akcji), na których ustanowiono zastaw. W takim przypadku, jeżeli zastaw ustanowiono na ponad 50% praw udziałowych w spółce, a zastawnik jest spółką handlową, możliwe jest uznanie go za spółkę dominującą w rozumieniu art. 4 § 1 pkt 4 lit. a KSH.

W tym kontekście należy zwrócić uwagę na dwie kwestie. Po pierwsze, spółką dominującą nie jest w tym przypadku wspólnik (zastawca), ale inny podmiot (zastawnik). Po drugie, wspólnikiem (zastawcą) może być w tym przypadku osoba fizyczna. Jeżeli zastawnikiem uprawnionym do wykonywania prawa głosu będzie spółka handlowa, podstawą do uzyskania statusu spółki dominującej będą w tym przypadku prawa udziałowe stanowiące własność osoby fizycznej.

Niezależnie od powyższego trzeba podkreślić, iż przesłanka „dysponowania prawem głosu jako zastawnik” nie może być analizowana w oderwaniu od klauzuli generalnej, tj. wymogu „wywierania decydującego wpływu na spółkę zależną”. Okoliczność, że zastawnik jest uprawniony do wykonywania prawa głosu, nie musi sama przez się oznaczać, iż jest on spółką dominującą. Z treści umowy zastawniczej (czy też zawartych poza nią porozumień pomiędzy zastawcą i zastawnikiem) może wynikać, że zastawnik będzie uprawniony np. tylko do blokowania uchwał zmierzających do rozwodnienia jego praw udziałowych (tzw. *anti-dilution provisions*), a w sprawach dotyczących *corporate governance* i zarządzania spółką zobowiązany jest uwzględniać stanowisko zastawcy. W takim przypadku zasadne jest przyjęcie, iż spółka kapitałowa (np. bank), będąca zastawnikiem na akcjach X S.A., nie będzie spółką dominującą wobec X S.A.

- 23 9. Możliwość uzyskania statusu spółki dominującej przez spółkę handlową, będącą użytkownikiem mającym prawo głosu.** Użytkownik praw udziałowych w spółce zależnej, będący spółką handlową, może być podobnie jak zastawnik uznany za spółkę dominującą w rozumieniu art. 4 § 1 pkt 4 lit. a KSH. Także i w tym przypadku kluczowe znaczenie ma wola wywierania decydującego wpływu na spółkę zależną (czyli analiza użytkownika na prawach udziałowych przez pryzmat celu jego ustanowienia, tj. czy jest to cel *stricte* zabezpieczający określoną wierzycelność, czy też w związku z np. finansowaniem typu *equity mezzanine* zastawnikowi przysługiwać będzie faktyczna kontrola nad spółką).

- 24 10. Dysponowanie „większością głosów w zarządzie innej spółki kapitałowej” – problemy interpretacyjne.** Brzmienie tego zapisu generuje więcej problemów interpretacyjnych niż rozwiązuje, co w praktyce powoduje, że ten przepis nie jest stosowany. Po pierwsze, dominująca spółka handlowa (czy to osobowa, czy kapitałowa), ze względu na ograniczenia z art. 18 § 1 KSH, nie będzie mogła być

członkiem zarządu, a tym samym dysponować „większością głosów” w zarządzie. Sformułowanie to należy potraktować raczej jako przejaw języka potocznego niż prawnego. Po drugie, także koncepcja, że spółka dominująca powinna mieć wpływ na powołanie określonego członka (członków) zarządu, jest trudna do obrony w zestawieniu z regulacjami KSH dotyczącymi głosowania nad członkami zarządu. Głosowanie w sprawach dotyczących członka zarządu jest głosowaniem tajnym, co oznacza, że nie będzie możliwe ustalenie kto głosował za, a kto przeciw danemu członkowi zarządu. Odtajnienie głosowania może być natomiast potraktowane jako podstawa do zaskarżenia uchwały (ze względu na sprzeczność z ustawą). Wreszcie, po trzecie, jeżeli przyjąć, iż chodzi tutaj o tzw. unię personalną (członkowie zarządu spółki dominującej stanowią większość członków zarządu spółki zależnej), to przesłanka ta jest odrębnie wskazana w ramach art. 4 § 1 pkt 4 lit. d KSH, co oznacza, iż interpretacja taka stanowiłaby *superfluum*.

11. Dysponowanie większością głosów w zarządzie „także na podstawie porozumień z innymi osobami”. Wykładnia sformułowania dysponowanie większością głosów w zarządzie na **podstawie porozumień z innymi osobami** następcza jeszcze większych problemów interpretacyjnych. 25

Nie jest możliwe przyjęcie, że chodzi tutaj o wszelkiego typu umowy inwestycyjne bądź umowy wspólników, w których wspólnicy (akcjonariusze) określając wspólne zasady wykonywania prawa głosu, wskazują także zasady powoływania (odwoływania) członków zarządu. Tę sytuację jako odrębną podstawę dominacji wskazuje art. 4 § 1 pkt 4 lit. b KSH.

Nie zasługuje na akceptację także interpretacja, zgodnie którą chodzi tutaj o sytuację, w której członkowie zarządu będą stronami umów (inwestycyjnych, *shareholders' agreements*) zawieranych przez kluczowych wspólników. W tego typu umowach członkowie zarządu (rady dyrektorów w przypadku P.S.A.) zobowiązują się do realizacji ich postanowień, co ma zwiększyć prawdopodobieństwo wykonania tych umów. W sytuacji gdy umowy te zostają zawarte z dominującym wspólnikiem (kluczowym inwestorem), możliwe byłoby uznanie, że spółka dominująca, na mocy umowy inwestycyjnej (umowy wspólników itp.), której stroną są członkowie zarządu, dysponuje większością głosów w zarządzie (członkowie zarządu są zobowiązani do realizacji postanowień umowy, czego spółka dominująca, będąca także stroną umowy, może dochodzić występując z określonymi uprawnieniami bądź roszczeniami). Przeciwno tej interpretacji przemawia brzmienie nowo wprowadzonych regulacji nakładających na członków zarządu obowiązek lojalności (art. 209¹ § 1 KSH, art. 377¹ § 1 KSH, w odniesieniu do P.S.A. dotyczący także członków rady dyrektorów – art. 300⁵⁴ KSH). Treścią obowiązku lojalności członków zarządu jest unikanie konfliktów interesów, a w przypadku ich wystąpienia, kierowanie się interesem spółki, a nie interesem członka zarządu (*D. Wajda*, Obowiązek lojalności w spółkach kapitałowych, s. 237; *M. Lutter*, *Treuepflichten und ihre Anwendungsprobleme*, s. 69–143). Okoliczność, że obowiązek ten wynika z ustawy, w istotny sposób modyfikuje zakres autonomii stron w kształtowaniu treści zobowiązań członków zarządu. Stosownie do powyższego nie będzie możliwe nakładanie na członków zarządu kontraktowych obowiązków przyznawania prymatu innemu interesowi niż interesowi spółki (w szczególności wyboru interesu spółki dominującej). Okoliczność ta wyklucza *de lege lata* uznanie, że jest możliwe, aby na mocy porozumień

Przejdź do księgarni →