

Mgr Dominik Mizerski

Uniwersytet Śląski w Katowicach

ORCID: 0000-0002-8253-5038

e-mail: dominik.mizerski@us.edu.pl

Doradca rady nadzorczej – zagadnienia wybrane

Supervisory board advisor – selected issues

Streszczenie

Na podstawie ustawy z 9.02.2022 r. zmieniającej ustawę z 15.09.2022 r. – Kodeks spółek handlowych przyznano radzie nadzorczej samodzielność (z pominięciem zarządu) kompetencję do zawarcia z podmiotem trzecim (doradcą rady nadzorczej) umowy w przedmiocie przeprowadzenia przez ten podmiot badania określonej sprawy dotyczącej działalności spółki lub jej majątku lub przygotowania określonej analizy oraz opinii na koszt spółki. Celem niniejszego artykułu jest omówienie instytucji doradcy rady nadzorczej, w szczególności przyznanych mu uprawnień, nałożonych obowiązków oraz trybu jego powoływania. Generalna ocena wprowadzenia instytucji doradcy rady nadzorczej jest pozytywna. Autor rekomenduje jednak wprowadzenie pewnych wymogów co do formy utrwalenia wyników poczynionych przez doradcę rady nadzorczej na poziomie zawieranych z nimi umów.

Słowa kluczowe: rada nadzorcza, doradca rady nadzorczej, ład korporacyjny, nadzór

JEL: K15, K20, K22

Wprowadzenie

Na podstawie przepisów przyjętych ustawą z 9.02.2022 r. rady nadzorcze zostały wyposażone w nowe instrumentarium, które, najogólniej rzecz biorąc, ma przyczynić się do zwiększenia efektywności działania tego organu. Jednym z tych *novum* legislacyjnych jest przyznanie radzie nadzorczej kompetencji wyboru przez ten organ wyspecjalizowanego podmiotu, określanego mianem doradcy rady nadzorczej, do zbadania określonej sprawy dotyczącej działalności spółki, jej majątku, przygotowania analizy lub opinii. Należy zaznaczyć, że w przypadku spółki akcyjnej oraz prostej spółki akcyjnej prawo powołania doradcy przysługuje radzie nadzorczej *ex lege* (art. 300^{71a} § 1 oraz art. 382¹ § 1 k.s.h.),

Abstract

Pursuant to the Act of 9.02.2022 amending the Act of 15.09.2022 of the Code of Commercial Companies, granting the supervisory board independent authority (bypassing the board of directors) to enter into an agreement with a third party (supervisory board advisor) to examine, at the company's expense, of the specific matter related to company's activity or assets or to prepare certain analyses and opinions. The aim of this article is to present the institution of the supervisory board advisor, in particular their powers granted, imposed duties and the procedure for their appointment. The general assessment of the introduction of the institution of the supervisory board advisor is positive. The author recommends, nevertheless, the introduction of certain requirements as to the form of documentation of the results made by the supervisory board's advisor at the level of the agreements concluded with them.

Keywords: supervisory board, supervisory board advisor, corporate governance, supervision

natomiast w odniesieniu do spółki z ograniczoną odpowiedzialnością jest to możliwe jedynie wtedy, gdy przewiduje to umowa spółki (art. 219² § 1 k.s.h.). Jednocześnie w przypadku podjęcia uchwały o powołaniu doradcy umowa pomiędzy nim a spółką może być zawarta przez radę nadzorczą samodzielnie, z pominięciem reprezentacji spółki przez zarząd. Brak analogicznych kompetencji rady nadzorczej w stanie prawnym obowiązującym do 13.10.2022 r., a więc do dnia uzyskania przez ustawę z 9.02.2022 r. mocy obowiązującej, uzasadnia potrzebę dokonania charakterystyki instytucji doradcy rady nadzorczej ze szczególnym uwzględnieniem procedury jego powoływania, przyznanych mu kompetencji oraz nałożonych na niego obowiązków, co jest przedmiotem niniejszego opracowania.

Doradca rady nadzorczej – charakterystyka

Omówienie podstawowych zagadnień związanych z instytucją doradcy rady nadzorczej warto rozpocząć od przedstawienia strony podmiotowej. Ustawa z 9.02.2022 r. nie wprowadza żadnych wymogów podmiotowych, powodując, że krąg podmiotów mogących uzyskać status doradcy rady nadzorczej jest szeroki. Doradcą rady nadzorczej może być zarówno osoba fizyczna, jak i osoba prawna oraz jednostka niebędąca osobą prawną, której ustawa przyznaje zdolność prawną (art. 33¹ § 1 k.c.) (Krysiak, 2022, art. 382¹, nb. 3; Ostrowski & Szymański, 2022, art. 382¹, nb. 9; Adamus, 2022, art. 382¹, nb. 9). Może być nim ustanowiony podmiot posiadający siedzibę na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej oraz podmiot z siedzibą poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej.

Ustawa z 9.02.2022 r. milczy w zakresie wymogów wykonywania przez doradcę rady nadzorczej określonej działalności lub posiadania przez niego określonej wiedzy lub kwalifikacji. Projekt ustawy z 9.02.2022 r. przewidywał, że doradcą rady nadzorczej może być wyłącznie podmiot posiadający fachową wiedzę i kwalifikacje niezbędne do zbadania sprawy określonej przez radę nadzorczą, który zapewni sporządzenie rzetelnego i obiektywnego raportu z badania¹. Wymóg ten nie znalazł jednak odzwierciedlenia w ostatecznym brzmieniu ustawy z 9.02.2022 r., co w mojej ocenie należy ocenić pozytywnie. Nawet gdyby powyższe kryterium znalazło się w przepisach ustawy z 9.02.2022 r., to stanowiłoby jedynie dyrektywę określonego zachowania przy dokonywaniu wyboru doradcy przez radę nadzorczą. Również obecnie należy uznać, że co do zasady doradca powinien spełniać wspomniane wyżej wymogi, gdyż w każdym przypadku to na radzie nadzorczej dokonującej wyboru konkretnego doradcy rady nadzorczej spoczywa obowiązek wyboru podmiotu, który będzie posiadał wystarczającą wiedzę i kwalifikacje do wykonania przez niego zadania pod rygorem odpowiedzialności organizacyjnej (korporacyjnej) oraz odszkodowawczej jej członków (art. 293 § 1, art. 300¹²⁵ § 1 oraz art. 483 § 1 k.s.h.). Podstawę tej drugiej będzie stanowić naruszenie przez członka rady nadzorczej nakazu postępowania zgodnie z interesem spółki ze starannością wynikającą z zawodowego charakteru swojej działalności przy dokonywaniu wyboru doradcy (art. 214¹ § 1, art. 300⁵⁴ oraz 387¹ § 1 k.s.h.). Możliwość poniesienia przez członków rady nadzorczej odpowiedzialności z powyższych tytułów stanowi *sui generis* zabezpieczenie spółek przed powierzeniem przeprowadzenia badania podmiotom nieposiadającym odpowiednich kompetencji lub wiedzy i poniesieniem przez nie szkody z tego tytułu, np. poniesieniem nieuzasadnionych kosztów związanych z zatrudnieniem niekompetentnego doradcy. Z tego względu podkreślenia wymaga, że wprowadzenie w przepisach kodeksu spółek handlowych wymogu posiadania przez doradcę fachowej wiedzy i kwalifikacji niezbędnych do zbadania sprawy określonej przez radę nadzorczą na wzór przepisów zawartych w projekcie ustawy z 9.02.2022 r. nie byłoby niczym innym jak tylko wspomnianą wyżej dyrektywą określonego (pożądanego) zachowania i stanowiłoby przykład nieprzemyślanej inflacji przepisów (Adamus, 2022, art. 219², nb. 2).

Z uwagi na powyższe należy stwierdzić, że nadanie konkretnemu podmiotowi statusu doradcy rady nadzorczej nie jest uzależnione od spełnienia przez ten podmiot określonych wymogów podmiotowo-przedmiotowych, ale jest wyłącznie wynikiem zawarcia przez radę nadzorczą umowy z danym podmiotem, na podstawie której zleca mu się przeprowadzenie badania lub przygotowanie określonej analizy lub opinii. Jest to warunek konieczny i wystarczający do przyznania temu podmiotowi kompetencji i uprawnień określonych przepisem art. 219², art. 300^{71a} oraz art. 382¹ k.s.h.

Kompetencje i obowiązki rady nadzorczej związane z zawieraniem umów z doradcą

Przepisy kodeksu spółek handlowych w odniesieniu do rady nadzorczej w prostej spółce akcyjnej oraz spółce akcyjnej przewidują ustawową kompetencję tego organu do zawarcia umowy z doradcą (art. 300^{71a} § 1 oraz art. 382¹ § 1 k.s.h.). Możliwość zawarcia takiej umowy nie jest więc uzależniona od wyposażenia rady nadzorczej w tę kompetencję na podstawie postanowień umowy spółki lub statutu. Umowa lub statut w tych spółkach może natomiast przewidywać wyłączenie lub ograniczenie możliwości zawierania przez radę nadzorczą umów z doradcami. Takie ograniczenie może dotyczyć w szczególności określenia maksymalnego łącznego kosztu wynagrodzenia wszystkich doradców rady nadzorczej, który spółka może ponieść w trakcie roku obrotowego (art. 300^{71a} § 6 oraz art. 382¹ § 8 k.s.h.), zawężenia katalogu spraw, przy których rozpatrywaniu rada nadzorcza może posilkować się z zewnętrznym ekspertem (Ostrowski & Szymański, 2022, art. 382¹, nb. 21), czy też określenia dopuszczalnej liczby umów zawartych w doradcą w danym roku obrotowym. Ograniczenia te mogą zostać zamieszczone wprost w umowie albo statucie spółki bądź też mogą one upoważniać walne zgromadzenie do określenia tych ograniczeń.

W odniesieniu do spółki z ograniczoną odpowiedzialnością przepisy dotyczące doradcy rady nadzorczej mają charakter fakultatywny (*opt-in*), gdyż możliwość powołania przez radę nadzorczą doradcy jest uzależniona od przyznania kompetencji temu organowi w umowie spółki (art. 219² § 1 k.s.h.). Podyktowane jest to odmiennym systemowym sposobem organizacji (*corporate governance*) w odniesieniu do poszczególnych spółek kapitałowych (Uzasadnienie, s. 47). Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością jako spółka prywatna jest z założenia zamkniętym przedsięwzięciem ograniczonej grupy udziałowców, w którym sprawowanie pieczy nad prawidłowością prowadzenia spraw spółki przez zarząd jest powierzone wspólnikom jako zbiorowości. W modelu tym kontrola jest sprawowana przez samych wspólników jako ekonomicznych właścicieli spółki, bezpośrednio odpowiadających za obsadę personalną zarządu i zaangażowanych w kierowanie spółką za pośrednictwem prawa współdecydowania o jej sprawach (Opalski, 2018, art. 213, nb. 1). Ustanowienie organu nadzoru uzależnione jest przy tym, co do zasady, od woli wspólników i staje się obligatoryjne jedynie w przypadkach, kiedy ustawa lub umowa spółki tak stanowi (Pinior, 2013, s. 405). Z powyższych powodów

należy wskazać, że przyznanie wspólnikom kompetencji do wprowadzenia w umowie możliwości powoływania doradców i zawierania umów z doradcami przez radę nadzorczą jest spójne z przyjętym w przepisach kodeksu spółek handlowych systemem nadzoru dla spółki z ograniczoną odpowiedzialnością.

W przepisach o spółce z ograniczoną odpowiedzialnością brak jest analogicznej dla pozostałych spółek kapitałowych regulacji wskazującej na możliwość wyłączenia albo ograniczenia prawa reprezentacji rady nadzorczej w umowach pomiędzy doradcą a spółką. W umowie tych spółek możliwe jest jednak wprowadzenie ograniczeń w zawieraniu przez radę nadzorczą umów z doradcami (Ostrowski & Szymański, 2022, art. 219², nb. 6), na wzór postanowień dotyczących prostej spółki akcyjnej oraz spółki akcyjnej. Należy podkreślić, że skoro od decyzji wspólników zależy przyznanie radzie nadzorczej kompetencji do ustanawiania doradców i zawierania z nimi umów, to tym bardziej mogą oni wprowadzić ograniczenia w ich zawieraniu (Pabis, 2022, art. 219², nb. 2). Podstawą do dokonania takiego ograniczenia jest zasada swobody umów (art. 353¹ k.c. zw. z art. 2 k.s.h.). Wypada jednocześnie zauważyć, że z punktu widzenia prawidłowej techniki legislacyjnej oraz w celu wyeliminowania wątpliwości przepis art. 219² § 2 k.s.h. powinien jednoznacznie wskazywać możliwość wyłączenia w umowie spółki prawa reprezentacji rady nadzorczej w umowach z doradcą.

Możliwość dokonania ograniczeń w uprawnieniu rady nadzorczej do zawierania umów z doradcami należy uznać za celową, ponieważ nadmierne korzystanie z usług takiego doradcy, bez istnienia obiektywnej potrzeby jego powołania, mogłoby negatywnie wpływać na sytuację finansową spółki z uwagi na generowanie nieuzasadnionych kosztów (Matraszek, 2022, s. 13). W literaturze wskazuje się jednocześnie, że o ile wprowadzenie samej możliwości ograniczania uprawnień rady nadzorczej do zawierania takich umów jest racjonalne, o tyle możliwość umownego (statutowego) wyłączenia prawa reprezentacji przez radę nadzorczą trzeba ocenić krytycznie (Bieniak, 2022, art. 300^{71a}, nb. 3). Należy zgodzić się z tym poglądem. Skoro jedną z przyczyn wprowadzonych zmian było dążenie do profesjonalizacji działalności rady nadzorczej i jej niezależności w wyznaczaniu doradców, to poprzez wprowadzenie możliwości wyłączenia uprawnienia rady nadzorczej do reprezentowania spółki w umowie z doradcą następuje odejście od postawionych przez ustawodawcę założeń. W celu wyłączenia uprawnienia rady nadzorczej w prostej spółce akcyjnej oraz spółce akcyjnej do zawierania umów z doradcą niezbędna będzie jednak zmiana umowy lub statutu spółki, co ze względu na konieczność osiągnięcia kwalifikowanej większości 3/4 głosów (art. 300⁹⁸ oraz art. 415 § 1 k.s.h.) może stanowić istotną przeszkodę w wyłączeniu tego uprawnienia.

Kompetencja rady nadzorczej do wyboru doradcy dotyczy zarówno wyboru zindywidualizowanego podmiotu, który ma przeprowadzić badanie lub przygotować analizę lub opinię, ich przedmiotu, jak również określenia warunków umowy z doradcą rady nadzorczej, w tym także określenia należnego mu wynagrodzenia oraz terminu, w którym ma nastąpić wykonanie powierzonego zadania. Podkreślenia wymaga, że kompetencja do wyboru doradcy rady nadzorczej dotyczy

zadania o charakterze doraźnym. Za niedopuszczalne należy uznać powołanie przez radę nadzorczą stałego doradcy (Krysiak, 2022, art. 382¹, nb. 3; Pabis, 2022, art. 219², nb. 3; odmiennie: Adamus, 2022, art. 219², nb. 3). Podstawę wykonania badania przez doradcę powinna stanowić natomiast umowa o dzieło lub umowa o świadczenie usług.

Należy wskazać na brak możliwości zawarcia umowy z doradcą przez inne niż rada nadzorcza organy nadzoru (Ostrowski & Szymański, 2022, art. 219², nb. 8), w szczególności przez komisję rewizyjną. Brak jest bowiem przepisów ustawowych, które tworzyłyby kompetencję tego organu do zawarcia umowy z podmiotem trzecim ze skutkami przewidzianymi w przepisie art. 219² k.s.h. Z tego samego powodu brak jest podstaw do ewentualnego zastosowania przepisu art. 219² k.s.h. *per analogiam* do komisji rewizyjnej jako organu działającego w miejsce rady nadzorczej. Nawet gdyby upoważnienie do zawierania umów z doradcą przez komisję rewizyjną zostało zawarte w umowie spółki, to byłoby ono bezskuteczne, a umowa zawarta przez ten organ byłaby nieważna jako sprzeczna z przepisem art. 58 k.c. O braku posiadania zdolności reprezentacyjnej przez komisję rewizyjną przemawia również argument natury systemowej, ponieważ, jak wskazuje się w literaturze oraz judykaturze, komisja rewizyjna pełni jedynie funkcje nadzorcze i nie jest możliwe przyznanie jej uprawnień reprezentacyjnych². W przypadku prostej spółki akcyjnej opartej na systemie monistycznym możliwe jest zawarcie przez radę dyrektorów umowy z doradcą na zasadach ogólnych, natomiast podkreślenia wymaga, że doradca, z którym umowa zostanie zawarta w tym trybie, nie będzie doradcą w rozumieniu przepisu art. 300^{71a} k.s.h. W konsekwencji doradca ten nie będzie mógł korzystać z uprawnień, które przewidują przepisy ustawy z 9.02.2022 r., w szczególności nie będzie mógł żądać od zarządu udostępnienia mu dokumentów lub informacji ze skutkami przewidzianymi przepisem art. 587² k.s.h. w przypadku braku ich udostępnienia przez zarząd. To samo dotyczy obowiązków przewidzianych przepisami ustawy z 9.02.2022 r. nałożonych na doradcę.

Kompetencja do zawierania umów z doradcą rady nadzorczej została skorelowana z obowiązkiem rad nadzorczych spółek akcyjnych do umieszczenia informacji o wysokości wynagrodzenia należnego doradcom rady nadzorczej w danym roku obrotowym w sprawozdaniu sporządzanym przez ten organ (art. 382 § 3¹ pkt 5 k.s.h.). W przypadku spółki z ograniczoną odpowiedzialnością oraz prostej spółki akcyjnej przepisy ustawy z 9.02.2022 r. nie wprowadzają analogicznego obowiązku. Należy jednak rekomendować umieszczenie na poziomie umowy obowiązku ujawniania tych informacji w sprawozdaniach rady nadzorczej. Umożliwi to wspólnikom oraz akcjonariuszom pełniejszą ocenę aktywności rady nadzorczej, a przede wszystkim zapewni możliwość analizy, czy organ ten nie nadużywa przyznanej mu kompetencji.

Tryb wyboru doradcy rady nadzorczej

Z uwagi na fakt, że kompetencja do zawierania umów z doradcą rady nadzorczej została przyznana radzie nadzor-

czej *in corpore*, nie jest możliwe przyznanie kompetencji do wyboru doradcy rady nadzorczej indywidualnemu członkowi rady nadzorczej lub też komitetowi utworzonemu w ramach tego organu (Ostrowski & Szymański, 2022, art. 382¹, nb. 10). Uchwała rady nadzorczej, w braku odmiennych postanowień statutu lub umowy, powinna zapadać bezwzględną większością głosów (art. 222 § 4², art. 300⁵⁸ § 4 oraz art. 391 § 1 k.s.h.). Może być podjęta zarówno na posiedzeniu, jak i poza nim.

W odniesieniu do reprezentacji spółki przez radę nadzorczą w przypadku zawierania umowy z doradcą tego organu podkreślenia wymaga, że odpowiednie zastosowanie powinny znaleźć zasady wynikające z art. 210, art. 300⁶⁷ oraz 379 k.s.h., a więc jeżeli z postanowień umowy (statutu) spółki lub regulaminu rady nadzorczej nie wynikają odmienne zasady reprezentacji (Opalski, 2018, art. 210, nb. 32; Nowacki, 2018, art. 210, nb. 52), konieczne będzie kolegialne działanie rady nadzorczej. Kolegialność ta, zgodnie z dotychczas ugruntowaną doktryną (Popiołek, 2015, art. 379, nb. 11; Opalski, 2016, art. 379, nb. 22–23; Szymański, 2014, art. 210, nb. 12; Szlęzak, 2012, s. 6), może być zachowana, jeżeli pod umowę z doradcą rady nadzorczej podpiszą się wszyscy członkowie rady nadzorczej lub jeżeli rada nadzorcza podejmie uchwałę w przedmiocie akceptacji umowy z jednoczesnym udzieleniem upoważnienia dla jednego lub kilku członków rady nadzorczej do zawarcia tej umowy ze skutkiem dla spółki (Bieniak, 2022, art. 300^{71a}, nb. 4).

Jeżeli rada nadzorcza zawrze umowę z doradcą w sytuacji, gdy organ ten nie został wyposażony w kompetencję do zawierania takich umów na podstawie postanowień umowy (w przypadku spółki z ograniczoną odpowiedzialnością) lub kompetencja ta zostanie wyłączona na podstawie postanowień umowy lub statutu (w przypadku prostej spółki akcyjnej oraz spółki akcyjnej), to umowa z doradcą będzie nieważna jako sprzeczna z przepisem art. 58 k.c., bez możliwości jej potwierdzenia przez zarząd na podstawie przepisu art. 39 k.c.

Natomiast w razie zawarcia przez radę nadzorczą umowy z doradcą z naruszeniem postanowień umowy lub statutu spółki przewidujących ograniczenie kompetencji rady nadzorczej do zawierania tego typu umów taka umowa będzie ważna (art. 17 § 3 k.s.h.) (Ostrowski & Szymański, 2022, art. 219², nb. 7). Zdarzenie to może jednak stanowić podstawę do odpowiedzialności organizacyjnej lub odszkodowawczej członków rady nadzorczej (art. 293 § 1, art. 300¹²⁵ § 1 oraz 483 § 1 k.s.h.). Jeżeli zaś członek rady nadzorczej upoważniony przez radę nadzorczą do zawarcia umowy z doradcą przekroczy zakres upoważnienia wskazany w uchwale tego organu, to ważność tej umowy będzie zależeć od jej potwierdzenia przez ten organ nadzoru (Pinior, 2021, s. 5).

Podkreślenia wymaga, że wprowadzenie instytucji doradcy rady nadzorczej nie wyłącza kompetencji zarządu do zawierania umów z podmiotami zewnętrznymi, których celem byłoby wsparcie członków rady nadzorczej w realizacji czynności nadzorczych. Opisywana sytuacja może mieć miejsce w sytuacji, gdy rada nadzorcza została pozbawiona możliwo-

ści zawierania takich umów (w przypadku prostej spółki akcyjnej oraz spółki akcyjnej) lub gdy umowa spółki nie przewiduje takiego uprawnienia (w przypadku spółki z ograniczoną odpowiedzialnością) albo gdy rada nadzorcza przekroczy limity określone w umowie lub statucie i w celu uniknięcia tych ograniczeń zwróci się do zarządu z wnioskiem o zawarcie umowy z doradcą zewnętrznym. Podmiot, z którym taka umowa zostanie zawarta przez zarząd, nie będzie jednak kwalifikowany jako doradca w rozumieniu przepisów art. 219², art. 300^{71a} oraz art. 382¹ k.s.h. i w konsekwencji brak będzie podstaw do stosowania do niego reżimu prawnego wynikającego z tych przepisów.

Kompetencje doradcy rady nadzorczej

Skuteczne wykonywanie przez doradcę rady nadzorczej powierzonego mu zadania uzależnione jest przede wszystkim od zapewnienia mu dostępu do niezbędnych informacji oraz dokumentów dotyczących spółki. Dokumenty te mogą zostać dostarczone doradcy bezpośrednio przez radę nadzorczą, jeżeli znajdują się w jej posiadaniu. Niezależnie jednak od informacji oraz dokumentów udostępnionych przez radę nadzorczą doradca na podstawie przepisów ustawowych został wyposażony w autonomiczną kompetencję żądania od zarządu przedstawienia mu określonych dokumentów oraz informacji (art. 219² § 3, art. 300^{71a} § 3 oraz art. 382¹ § 3 k.s.h.). W praktyce będzie to prowadzić do konieczności współpracy pomiędzy radą nadzorczą, doradcą i zarządem w zakresie przepływu informacji co do przedmiotu badania, działalności spółki czy stanu majątkowego (Krysik, 2022, art. 382¹, nb. 5). Wszelkie postanowienia umowne oraz statutowe wyłączające uprawnienie doradcy do wystąpienia z takim żądaniem należy uznać za nieważne jako sprzeczne z prawem (art. 58 k.c. w zw. z art. 2 k.s.h.).

Jeżeli doradca rady nadzorczej wystąpi z żądaniem przedstawienia mu dokumentów lub informacji, to organem odpowiedzialnym za ich udzielenie będzie zarząd. Nieudostępnienie przez zarząd żądanych przez doradcę rady nadzorczej dokumentów oraz informacji lub przekazanie ich niezgodnie ze stanem faktycznym lub z pominięciem danych wpływających w istotny sposób na ich treść może stanowić podstawę do pociągnięcia członków tego organu do odpowiedzialności karnej (art. 587² k.s.h.). Co ważne, odpowiedzialność ta będzie miała zastosowanie zarówno, jeżeli członek zarządu działał umyślnie, jak i nieumyślnie (Reszczyk-Król, 2022, art. 300^{71a}, nb. 2). Skazanie danej osoby z tego tytułu będzie również czynem dyskwalifikującym ją z pełnienia funkcji określonych przepisem art. 18 § 2 k.s.h. Ponadto nieudostępnienie przez zarząd tych dokumentów lub informacji będzie mogło stanowić podstawę odpowiedzialności organizacyjnej lub odszkodowawczej członków tego organu, którzy uchybili tym obowiązkom (art. 293 § 1, art. 300¹²⁵ § 1 oraz 483 § 1 k.s.h.) (Ostrowski & Szymański, 2022, art. 382¹, nb. 24).

Obowiązki doradcy rady nadzorczej

Podstawowym obowiązkiem doradcy rady nadzorczej jest przeprowadzenie badania określonego zagadnienia dotyczącego działalności spółki lub jej majątku lub przygotowanie określonej analizy lub opinii (art. 219² § 1, art. 300^{71a} § 1 oraz art. 382¹ § 1 k.s.h.). W praktyce spektrum materii, która może zostać poddana badaniu przez doradcę rady nadzorczej, może być zróżnicowane oraz może obejmować kwestie złożone, wymagające konieczności znajomości wielu specjalistycznych zagadnień dotyczących różnych aspektów działalności spółki, m.in. kwestii prawnych, branżowych oraz finansowych. Ustalenia poczynione przez doradcę mają zapewnić członkom rady nadzorczej dostęp do specjalistycznej wiedzy, która może stanowić podstawę do podjęcia przez nią stosownych decyzji, m.in. zainicjowania procedury odwołania członka zarządu.

Przepisy ustawy z 9.02.2022 r. nie wprowadzają wymogów co do formy utrwalenia wyników przeprowadzonego przez doradcę rady nadzorczej badania lub przygotowania przez niego analizy lub opinii (Ostrowski & Szymański, 2022, art. 382¹, nb. 18). Jeżeli w umowie z doradcą rady nadzorczej nie postanowiono inaczej, może on udostępnić poczynione przez siebie ustalenia w dowolnej formie, w szczególności w formie ustnej na posiedzeniu rady nadzorczej. Zaleca się zatem, żeby w umowie z doradcą rady nadzorczej uregulować sposób utrwalenia tych wyników. Rada nadzorcza ma przy tym swobodę w wyborze formy utrwalenia ustaleń poczynionych przez radę nadzorczą (Ostrowski & Szymański, 2022, art. 382¹, nb. 18). Preferowaną formą raportu w celu utrwalenia ustaleń poczynionych przez doradcę powinna być co najmniej forma dokumentowa zapewniająca łatwy dostęp do ustaleń poczynionych przez doradcę rady nadzorczej. W ten sposób rada nadzorcza będzie mogła również wykazać, że badanie przez doradcę zostało rzeczywiście wykonane i udokumentować poniesione z tego tytułu koszty.

Poza oczywistym obowiązkiem doradcy rady nadzorczej w postaci przygotowania przez niego raportu z badania, przepisy ustawy z 9.02.2022 r. nakładają na doradcę obowiązek zachowania w tajemnicy informacji, które nie mają publicznego charakteru i o których powziął wiedzę w trakcie wykonywania powierzonego zadania, oraz dokumentów otrzymanych od spółki (art. 219² § 4, art. 300^{71a} § 4 oraz art. 382¹ § 4 k.s.h.). Przepisy te nie uchybiają regulacjom kształtującym normy przewidujące dalej idące obowiązki poufności, które mogą wynikać ze szczególnych aktów prawnych (Ostrowski & Szymański, 2022, art. 382¹, nb. 14; Chomiuk, 2022, art. 219², nb. 4). Obowiązek zachowania w tajemnicy informacji lub dokumentów, o których doradca powziął wiadomość w trakcie realizacji przez niego umowy, rozciąga się również na osoby fizyczne, które w wyniku wykonywania określonych prac na rzecz doradcy rady nadzorczej będącego osobą prawną lub jednostką niebędącą osobą prawną, której ustawa przyznaje zdolność prawną (art. 33¹ § 1 k.c.), weszły w posiadanie takich informacji lub dokumentów. Obowiązek ten jest nieograniczony w czasie (art. 219² § 4, art. 300^{71a} § 4 oraz art. 382¹ § 4 k.s.h.), chyba że infor-

macje te staną się publicznie dostępne (Pabis, 2022, art. 219², nb. 6; Bieniak, 2022, art. 300^{71a}, nb. 2). Ponieważ obowiązek zachowania przez doradcę tajemnicy wynika wprost z przepisu ustawowego, to w razie jego naruszenia nie może się on zasłaniać brakiem zobowiązania w tym zakresie w umowie łączącej go ze spółką (Keler, 2022, art. 300^{71a}, nb. 4). W przypadku ujawnienia takich informacji doradca rady nadzorczej będzie narażony na odpowiedzialność odszkodowawczą na zasadach ogólnych (art. 415 oraz art. 471 k.c.) lub na odpowiedzialność wynikającą z przepisów szczególnych (jako przykład można wskazać odpowiedzialność wynikającą z ujawnienia lub wykorzystania informacji poufnej stypizowaną w ramach przepisu art. 180, art. 181 oraz 182 u.o.i.f., odpowiedzialność wynikającą z przestępstwa ujawnienia tajemnicy przedsiębiorstwa stypizowaną w ramach przepisu art. 23 u.z.n.k. lub z przestępstwa ujawnienia tajemnicy służbowej stypizowaną w ramach przepisu art. 266 k.k.

Udostępnianie raportu z badania doradcy rady nadzorczej

W przypadku prostej spółki akcyjnej oraz spółki akcyjnej przepisy art. 300^{71a} § 5 oraz 382¹ § 5 k.s.h. wprost wskazują na możliwość udostępnienia akcjonariuszom wyników pracy doradcy rady nadzorczej, chyba że mogłoby to wyrządzić szkodę spółce, spółce powiązanej albo spółce lub spółdzielni zależnej, w szczególności przez ujawnienie tajemnic technicznych, handlowych lub organizacyjnych przedsiębiorstwa. Przepis ten koresponduje z ogólną zasadą, że jeżeli przekazywane przez radę nadzorczą informacje nie stoją w sprzeczności z interesem spółki i nie grożą wyrządzeniem jej szkody, to należy dopuścić możliwość przekazywania informacji posiadanych przez organ nadzoru akcjonariuszom (Mazur, 2022, s. 43). Wskazuje się przy tym, że argumenty przemawiające za utajnieniem albo ujawnieniem powinny być jednak każdorazowo rozpatrywane, uwzględniając całość informacji i przedmiot badania (Krysiak, 2022, art. 382¹, nb. 5). W przypadku, gdy w raporcie znajdują się elementy generujące określone ryzyka dla spółki, to rada nadzorcza wciąż zachowuje uprawnienie udostępnienia współnikom (akcjonariuszom) wyników badania pod warunkiem usunięcia tych elementów z udostępnianych treści (Ostrowski & Szymański, 2022, art. 382¹, nb. 19).

Decyzja w przedmiocie udostępnienia tych wyników należy do rady nadzorczej i podejmowana jest w formie uchwały (z uwagi na konieczność działania tego organu *in gremio*). Organ ten nie jest uzależniony od wystąpienia przez akcjonariusza z żądaniem przedstawienia mu tych wyników, choć nie można wykluczyć, że akcjonariusze wystąpią z żądaniem udostępnienia tych dokumentów. Rada nadzorcza nie będzie natomiast nim związana.

Przepisy ustawy z 9.02.2022 r. nie wskazują *expressis verbis* na możliwość udostępnienia wyników pracy doradcy przez radę nadzorczą w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością. Pomimo milczenia ustawodawcy w tym zakresie należy do-

puścić możliwość podjęcia przez radę nadzorczą uchwały o udostępnianiu wspólnikom raportu z badania lub przygotowanej analizy (Uzasadnienie, s. 45; odmiennie: Ostrowski & Szymański, 2022, art. 219², nb. 10). Takie ujawnienie nie może natomiast prowadzić do ujawnienia tajemnic spółki, bowiem w takim przypadku członkowie rady nadzorczej odpowiedzialiby za naruszenie przepisu art. 214¹ § 2 k.s.h.

Ponadto należy wskazać, że wspólnicy mają w każdym czasie sposobność do uzyskania wyników badania doradców rady nadzorczej na podstawie przepisu art. 212 § 1 k.s.h.³ Dostęp do tego dokumentu przysługuje również akcjonariuszom prostych spółek akcyjnych, których uprawnienie do żądania tych dokumentów wynika z przyznanego im prawa kontroli na podstawie przepisu art. 300²⁴ k.s.h. W takim przypadku odpowiednie zastosowanie powinien znaleźć jednak przepis art. 212 § 2 k.s.h., który umożliwi radzie nadzorczej odmowę udostępnienia raportu z badania w sytuacji, gdyby istniała uzasadniona obawa, że wspólnik wykorzysta go w celach sprzecznych z interesem spółki i przez to wyrządzi spółce znaczną szkodę (Uzasadnienie, s. 45).

O ile przepisy ustawy z 9.02.2022 r. wprost wskazują, że organem odpowiedzialnym za udostępnienie wyników badania w przypadku spółki akcyjnej jest zarząd (art. 382¹ § 6 k.s.h.), o tyle w przypadku spółki z ograniczoną odpowiedzialnością oraz prostej spółki akcyjnej brak jest przepisów regulujących tę materię. Wydaje się natomiast, że organem odpowiedzialnym za udostępnienie tych wyników powinien być również, na zasadzie analogii do regulacji tej materii w spółce akcyjnej, zarząd jako organ posiadający najszerszą wiedzę w przedmiocie struktury właścicielskiej spółki.

Jednocześnie przepisy ustawy z 9.02.2022 r. wprowadzają pewne wymogi co do terminu i sposobu udostępnienia raportu z badania. Zarząd spółki akcyjnej ma obowiązek ich udostępnienia w terminie dwóch tygodni od dnia powzięcia uchwały rady nadzorczej w sposób określony dla ogłoszenia o zwołaniu walnego zgromadzenia (382¹ § 6 k.s.h.). Jak wskazano w uzasadnieniu do ustawy z 9.02.2022 r., jest to podyktowane w szczególności zamiarem zapobiegnięcia powstania asymetrii informacyjnej między akcjonariuszami (Uzasadnienie, s. 46). Udostępnienie informacji akcjonariuszom nie może prowadzić do uchybienia obowiązkowi informacyjnym wynikającym z przepisów szczególnych (art. 382¹ § 7 k.s.h.). Regulacja ta stanowi normę kolizyjną potwierdzającą, że niektóre efekty aktywności doradcy rady nadzorczej staną się publicznie dostępne niezależnie od woli samej rady nadzorczej i w trybie innym niż określony w przepisach kodeksu spółek handlowych (Ostrowski & Szymański, 2022, art. 382¹, nb. 20).

W przypadku spółki z ograniczoną odpowiedzialnością oraz prostej spółki akcyjnej przepisy ustawy z 9.02.2022 r.

nie zawierają uregulowań w tej materii. Z tego względu udostępnienie wyników badania powinno nastąpić w formie i w terminie wskazanym przez radę nadzorczą, a w przypadku, gdy organ ten nie wskazał sposobu udostępnienia wyników badania, to wyniki te mogą być udostępnione przez zarząd w dowolnej formie⁴.

Uwagi końcowe

Dokonując rekapitulacji przedstawionych rozważań, należy aprobującą ocenić wprowadzone zmiany w zakresie wprowadzenia instytucji doradcy rady nadzorczej. W praktyce przed wejściem w życie przepisów ustawy z 9.02.2022 r. powoływanie podmiotów zewnętrznych, których celem było zapewnienie doradztwa radzie nadzorczej, występowało, ale w takich przypadkach konieczne było pośrednictwo zarządu w zawieraniu takich umów. W konsekwencji wprowadzonych zmian rada nadzorcza może zawierać te umowy samodzielnie, wedle swojego uznania i potrzeby. Przepisy te mogą również pozytywnie wpłynąć na zwiększenie profesjonalizmu w funkcjonowaniu rady nadzorczej poprzez podejmowanie przez ten organ decyzji na podstawie wszechstronnego materiału przygotowanego przez kompetentny podmiot posiadający wiedzę do zbadania określonej sprawy lub przygotowania analizy.

Należy rekomendować członkom rady nadzorczej, aby w ramach umowy zawieranej z doradcą nakładać na niego obowiązek sporządzenia raportu co najmniej w formie dokumentowej. Ustalenia poczynione przez doradcę rady nadzorczej w tej formie umożliwiają udokumentowanie wyników poczynionych przez niego analiz w sposób trwały. W ten sposób członkowie rady nadzorczej będą mogli wracać do tych ustaleń w razie potrzeby, w szczególności w przypadku podejmowania przez radę nadzorczą określonych decyzji, bez każdorazowej konieczności zwracania się do doradcy o ponowne przedstawienie przez niego poczynionych ustaleń.

Ponadto z uwagi na fakt, że w braku odmiennych postanowień umowy lub statutu rada nadzorcza posiada nieograniczoną kompetencję do zawierania umów z doradcą rady nadzorczej, co w określonych okolicznościach może prowadzić do ryzyka nasilenia szantażu korporacyjnego ze strony rady nadzorczej i powodować powstanie niekontrolowanych kosztów po stronie spółki, w celu zapobiegnięcia nadużywaniu przez ten organ przyznanej kompetencji zaleca się, by na poziomie umowy lub statutu wprowadzić limity kwotowe lub ilościowe ograniczające możliwość zawierania przez radę nadzorczą umów z doradcami, zmniejszając w ten sposób prawdopodobieństwo nasilenia działań noszących znamiona szantażu korporacyjnego przez radę nadzorczą.

Przypisy/Notes

¹ Zob. Rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks spółek handlowych oraz niektórych innych ustaw z 9.02.2022 r. (druk 1515).

² Kwestia ta pozostaje jednak sporna: za brakiem uprawnień reprezentacyjnych komisji rewizyjnej na gruncie art. 210 k.s.h.: Strzępka & Zielińska, 2015, art. 221, nb. 5; Kopaczynska-Pieczniak, 2018, s. 503; wyrok SN z 2.02.2000 r., II UKN 360/99; Chomiuk, 2022, art. 221, nb. 10; Szajkowski & Tarska, 2014, art. 221, nb. 8–9; Pabis, 2022, art. 221, nb. 5; Nowacki, 2018, art. 221, nb. 15; odmiennie: Opalski, 2018, art. 221, nb. 9.

³ Podkreślić należy, że taka sposobność istnieje co do zasady tylko wówczas, gdy raport z badania został utrwalony w formie umożliwiającej udostępnienie wyników ustalonych przez doradcę rady nadzorczej.

⁴ Podkreślenia wymaga, że członkowie zarządu nie będą jednak związani sposobem udostępnienia tych wyników w sposób wskazany przez radę nadzorczą (art. 207 oraz art. 300⁵³ k.s.h.).

Bibliografia/References

Literatura/Literature

- Adamus, R. (2022). W: R. Adamus (Red.), *Kodeks spółek handlowych. Komentarz do nowelizacji. Prawo holdingowe. Zmiany w funkcjonowaniu organów spółek kapitałowych*. Legalis/el.
- Bieniak, M. (2022). W: J. Bieniak, M. Bieniak, & G. Nita-Jagielski (Red.), *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*. Legalis/el.
- Chomiuk, M. (2022). W: Z. Jara (Red.), *Kodeks spółek handlowych. Komentarz* (wyd. 4). Legalis/el.
- Keler, G. (2022). W: R. Adamus (Red.), *Kodeks spółek handlowych. Komentarz do nowelizacji. Prawo holdingowe. Zmiany w funkcjonowaniu organów spółek kapitałowych*. Legalis/el.
- Kopaczynska-Pieczniak, K. (2018). W: A. Kidyba (Red.), *Kodeks spółek handlowych. Tom II. Komentarz do art. 151–300*. Wolters Kluwer.
- Krysiak, A. (2022). W: Z. Jara (Red.), *Kodeks spółek handlowych. Komentarz* (wyd. 4). Legalis/el.
- Matraszek, J. (2022). Asymetria i symetria informacyjna w dualistycznym modelu kontroli i nadzoru korporacyjnego spółki akcyjnej. *Monitor Prawa Handlowego*, (2).
- Mazur, P. (2022). Bezpośredni dialog między radą nadzorczą a akcjonariuszami spółek publicznych z perspektywy polskiego prawa spółek. *Przegląd Prawa Handlowego*, (10).
- Nowacki, A. (2018). *Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością. Tom I. Komentarz. Art. 151–226 KSH*. C.H.Beck.
- Opalski, A. (2016). W: A. Opalski (Red.), *Kodeks spółek handlowych. Tom IIIA. Spółka akcyjna. Komentarz do art. 301–392*. C.H.Beck.
- Opalski, A. (2018). W: A. Opalski (Red.), *Kodeks spółek handlowych. Tom IIA. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością. Komentarz do art. 151–226*. C.H.Beck.
- Ostrowski, F., & Szymański, K. (2022). W: A. Szumański, R. L. Kwaśnicki, & F. Ostrowski (Red.), *Kodeks spółek handlowych. Komentarz do zmian (tzw. prawo holdingowe)*. Legalis/el.
- Pabis, R. (2022). W: J. Bieniak, M. Bieniak, & G. Nita-Jagielski (Red.), *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*. Legalis/el.
- Pinior, P. (2013). *Nadzór wspólników w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością*. C.H.Beck.
- Pinior, P. (2021). Remuneration policy and remuneration report in listed companies. *Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego*, (7). <https://doi.org/10.33226/0137-5490.2021.7.1>
- Popiołek, W. (2015). W: J. A. Strzępka (Red.), *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*. C.H.Beck.
- Reszczyk-Król, K. (2022). W: Z. Jara (Red.), *Kodeks spółek handlowych. Komentarz* (wyd. 4). Legalis/el.
- Strzępka, J. A., Zielińska, E. (2015). W: J. A. Strzępka (Red.), *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*. C.H.Beck.
- Szajkowski, A. & Tarska, M. (2014). W: S. Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, M. Tarska, & A. Herbert, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz. Tom II*. Legalis/el.
- Szlezak, A. (2012). Reprezentacja spółek kapitałowych w umowach z członkami zarządu, *Przegląd Prawa Handlowego*, (10).
- Szumański, A. (2014). W: S. Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, M. Tarska, & A. Herbert, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz. Tom II*. Legalis/el.

Orzecznictwo/Judgments

Wyrok SN z 2.02.2000 r., II UKN 360/99, Legalis nr 48178.

Akty prawne/Legal acts

- Rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks spółek handlowych oraz niektórych innych ustaw (druk 1515).
- Ustawa z 23.04.1964 r. Kodeks cywilny (Dz.U. z 2023 r., poz. 1610 ze zm.), dalej: k.c.
- Ustawa z 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022 r., poz. 1233 ze zm.), dalej: u.z.n.k.
- Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 2022 r., poz. 1138 ze zm.), dalej: k.k.
- Ustawa z 15.09.2000 r. – Kodeks spółek handlowych (Dz.U. z 2022 r., poz. 1467 ze zm.), dalej: k.s.h.
- Ustawa z 29.05.2005 r o obrocie instrumentami finansowymi (Dz.U. z 2023 r., poz. 646 ze zm.), dalej: u.o.i.f.
- Ustawa z 9.02.2022 r. o zmianie ustawy – Kodeks spółek handlowych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2022 r., poz. 807 ze zm.), dalej: ustawa z 9.02.2022 r.

Inne źródła/Other sources

Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks spółek handlowych oraz niektórych innych ustaw – druk nr 1515. <https://orka.sejm.gov.pl/Druki9ka.nsf/0/2EB24258E6FF3ED2C12587450036A4CE/%24File/1515.pdf>, dalej: Uzasadnienie.

Mgr Dominik Mizerski

Doktorant w Szkole Doktorskiej Uniwersytetu Śląskiego w Katowicach, członek zespołu naukowego Prawa Gospodarczego i Handlowego.

Mgr Dominik Mizerski

Doctoral student at the Doctoral School of the University of Silesia in Katowice, member of the scientific team of Economic and Commercial Law.