

Z PRAKTYKI GOSPODARCZEJ

Dr Tomasz Szczurowski

Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie

ORCID: 0000-0002-2967-0919

e-mail: t_szczurowski@uksw.edu.pl

Nowelizacja kodeksu spółek handlowych w dobie COVID-19

Amendment to the Code of Commercial Companies during COVID-19 epidemic

Streszczenie

Przedmiotem niniejszego artykułu jest nowelizacja kodeksu spółek handlowych dokonana w związku z epidemią COVID-19. Autor prezentuje zasadnicze aspekty tej nowelizacji, wskazując iż w przeważającej mierze dotyczy ona nowych zasad funkcjonowania organów spółek kapitałowych. Celem zasadniczym nowelizacji jest umożliwienie funkcjonowania organów spółek kapitałowych w trybie zdalnym albo zbliżonym do trybu zdalnego.

Słowa kluczowe: nowelizacja kodeksu spółek handlowych, COVID-19

JEL: K22

Wstęp

Epidemia COVID-19 już od wielu miesięcy wpływa na życie gospodarcze w naszym kraju. Jej skutki nie ominęły spółek prawa handlowego, których organy mają najczęściej charakter zbiorowy. Zwłaszcza w czasie lockdownu, gdy kontakty międzyludzkie musiały być ograniczone do niezbędnego minimum, funkcjonowanie spółek prawa handlowego było bardzo utrudnione. Przepisy kodeksu spółek handlowych (k.s.h.) nie dawały bowiem podstawy do odbywania się zgromadzeń spółek w trybie zdalnym. Od kilku już lat obowiązywał co prawda art. 406⁵ k.s.h., który dopuszczał udział w walnym zgromadzeniu spółki akcyjnej przy wykorzystaniu środków komunikacji elektronicznej, niemniej należało to do materii statutowej. Jeżeli statut spółki takiej możliwości nie przewidywał, to odbycie walnego zgromadzenia bez jednoczesnej obecności w tym samym miejscu kilku czy kilkudziesięciu osób nie było możliwe. Podobną regulację zawierał wprowadzony później do k.s.h. art. 234¹, dotyczący zgromadzenia wspólników spółki z o.o.

Abstract

The subject of the article is the amendment to The Commercial Companies Code which was in connection with the COVID-19 epidemic. The author presents the main points of the regulation. He underlines that it concerns new rules of functioning of the bodies of the capital companies. The main purpose of the amendment is to enable the functioning of capital company bodies in a remote or near remote stand.

Keywords: amendment to The Commercial Companies Code, COVID-19

Przepisy k.s.h. według stanu prawnego na marzec 2020 r. nie przewidywały również możliwości podjęcia uchwał przez zarządy spółek bez odbycia się posiedzenia. Wszystko to w powiązaniu z zaistniałą epidemią zmusiło ustawodawcę do wprowadzenia natychmiastowych zmian.

Najważniejsze zmiany w związku z COVID-19 zostały wprowadzone do k.s.h. na podstawie ustawy z 31.03.2020 r. o zmianie ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. 2020, poz. 568). Uzupełnieniem jedynie tej nowelizacji jest regulacja prawna zmieniająca k.s.h., zawarta w ustawie z 16.04.2020 r. o szczególnych instrumentach wsparcia w związku z rozprzestrzenianiem się wirusa SARS-CoV-2 (Dz.U. 2020, poz. 695). W uzasadnieniu projektu pierwszej z ustaw wskazano, że rozprzestrzenianie się COVID-19 oraz stosowane środki ochrony mające na celu ograniczenie związanego z tym zagrożenia powodują istotne ryzyko paraliżu decyzyjnego dla blisko 500 tys. spółek kapitało-

wych tworzących polską gospodarkę, w tym spółek publicznych. Ustawy te przede wszystkim wprowadzają nowe rozwiązania prawne związane z odbywaniem się posiedzeń kolegialnych organów spółek kapitałowych. Mają one na celu zapewnienie możliwości działania zarządów oraz rad nadzorczych tych spółek, zwłaszcza w sytuacji nadzwyczajnych wydarzeń, które mogą wpływać na ich wewnętrzną organizację (Sejm RP, 2020).

Posiedzenia zarządów spółek

Na wstępie już wskazano, że przepisy k.s.h. obowiązujące według stanu prawnego na marzec 2020 r. nie przewidywały zdalnych posiedzeń członków zarządu spółek kapitałowych. Co prawda k.s.h. w zakresie posiedzeń zarządu nie wprowadzał kworum, a jedynie obowiązek prawidłowego zawiadomienia członków zarządu o posiedzeniu, niemniej zaistnienie stanu epidemii, zwłaszcza w początkowej jej fazie, paraliżowało pracę zarządów. Z tego względu ustawą z 31.03.2020 r. dodano do art. 208 k.s.h., regulującego pracę zarządu spółki z o.o., § 5¹, który wyraźnie stanowi, że w posiedzeniu zarządu można uczestniczyć przy wykorzystaniu środków bezpośredniego porozumiewania się na odległość, chyba że umowa spółki stanowi inaczej. Analogiczna regulacja została dodana do art. 371 k.s.h., dotyczącego zarządu spółki akcyjnej. Zgodnie z nowym § 3¹ w posiedzeniu zarządu można uczestniczyć również przy wykorzystaniu środków bezpośredniego porozumiewania się na odległość, chyba że statut spółki stanowi inaczej; przepis art. 406⁵ § 3 stosuje się odpowiednio.

Przywołana wyżej regulacja prawna przesądza, że obecne posiedzenie zarządu spółki kapitałowej może odbyć się bez konieczności osobistej obecności któregośkolwiek z jego członków w siedzibie spółki. Jednocześnie możliwość odbycia posiedzeń przy wykorzystaniu środków bezpośredniego porozumiewania się na odległość wynika już z samego k.s.h., a więc nie należy do materii umownej (statutowej). Niemniej umowa (statut) może wykluczyć taką możliwość, jak również ją ograniczyć (por. Kidyba, 2020, komentarz do art. 208, nb. 7; Osajda, 2020, s. 19)¹.

Na gruncie obecnie obowiązującej regulacji prawnej udział osobisty członka zarządu w posiedzeniu zarządu został zrównany z udziałem zdalnym. Członek zarządu, niezależnie czy w stanie epidemii, czy po jej zakończeniu, powinien mieć możliwość wyboru uczestnictwa osobistego lub przez środek umożliwiający porozumiewanie się na odległość. Brak jest podstaw do dawania pierwszeństwa któremukolwiek z tych udziałów, przy czym umowa (statut) spółki może w tym zakresie zawierać ograniczenia. Dlatego, jeżeli umowa (statut) nie stanowi inaczej, nie można na członka zarządu wymusić udziału zdalnego. W dodatku skoro odmienna regulacja może wynikać jedynie z umowy spółki (statutu), to wyłączenie czy ograniczenie możliwości zdalnego udziału w posiedzeniu zarządu nie może nastąpić przez postanowienie regulaminu zarządu. Wydaje się to być rozwiązaniem mało praktycznym, z drugiej strony jed-

nak stanowi swoistą gwarancję dla członka zarządu (por. Ostrowski, 2020; Osajda, 2020, s. 29)².

K.s.h. nie wprowadza żadnych ograniczeń co do rodzaju zastosowanego w konkretnym przypadku środka komunikacji (zob. Pabis, 2020, komentarz do art. 208, nb. 20)³. Nie ma przeszkód, aby posiedzenie takie odbyło się z użyciem jednego z komunikatorów powszechnie dostępnych w internecie, np. typu Skype, czy też przez telefon (zob. Osajda, 2020, s. 21)⁴. Członek zarządu powinien być uprzednio poinformowany o odbyciu posiedzenia bez konieczności obecności w miejscu zwykłych spotkań zarządu, jak również powinien być w sposób prawidłowy pouczony o sobie dołączenia do takiego posiedzenia. Powyższe jest warunkiem uznania, że posiedzenie zarządu zostało prawidłowo zwołane (por. Ostrowski, 2020, s. 34)⁵. Udział w zdalnym posiedzeniu nie powinien wiązać się z koniecznością poniesienia przez członka zarządu większych ciężarów niż w przypadku posiedzenia realnego. Trudno byłoby uznać, że posiedzenie zostało prawidłowo zwołane, jeśli udział w nim wiązałby się z koniecznością nabycia przez członka zarządu licencji na oprogramowanie do odbycia takiego posiedzenia. Nie ma zaś żadnych przeszkód, aby zapewnić członkowi zarządu udział w posiedzeniu zarządu po nabyciu właściwego oprogramowania przez spółkę.

Ponadto wybrany sposób komunikacji powinien umożliwiać członkowi zarządu taki sam udział w posiedzeniu jak w przypadku jego osobistej obecności. Członek zarządu musi więc móc uczestniczyć w posiedzeniu w czasie realnym, jak również musi mieć zapewnioną możliwość aktywnego udziału przez zabieranie głosu i konfrontowanie swoich poglądów z poglądami innych członków zarządu. K.s.h. nie precyzuje co prawda powyższych wymogów, niemniej można je wyprowadzić z samego faktu, że środki bezpośredniego porozumiewania się na odległość mają umożliwić członkowi zarządu uczestnictwo w posiedzeniu tego organu, a w razie niezapewnienia wspomnianego standardu trudno byłoby mówić o uczestnictwie. W spółce akcyjnej, zgodnie z art. 371 § 3¹ w zw. z art. 406⁵ § 3 k.s.h., rada nadzorcza określi w formie regulaminu szczegółowe zasady udziału w posiedzeniu zarządu spółki przy wykorzystywaniu środków komunikacji elektronicznej (zob. Osajda, 2020, s. 27)⁶.

Członek zarządu, który uczestniczy w posiedzeniu przy wykorzystaniu środków bezpośredniego porozumiewania się na odległość, powinien być uwzględniany przy obliczaniu kworum niezbędnego do przeprowadzenia posiedzenia zarządu. Oczywiście k.s.h. nie wprowadza wymogu kworum, niemniej jeśli wynika ono z umowy (statutu) spółki, to brak podstaw, by nie uwzględniać w nim członka obecnego na tym posiedzeniu zdalnie (podobnie: Ostrowski, 2020, s. 36)⁷.

Niezależnie od możliwości odbywania przez zarząd zdalnych posiedzeń nowelizacja zrewolucjonizowała podejmowanie uchwał przez zarządy spółek kapitałowych. Dotychczas podejmowanie przez zarząd uchwał, inaczej niż w przypadku rad nadzorczych, było możliwe tylko na posiedzeniu. Zgodnie z dodanym § 5² art. 208 (w zakresie spółki z o.o.) oraz § 3² art. 371 k.s.h. (w zakresie spółki akcyjnej) zarząd może podejmować uchwały w trybie pisemnym lub

przy wykorzystaniu środków bezpośredniego porozumiewania się na odległość, chyba że umowa (statut) spółki stanowi inaczej.

Powyższa regulacja w pierwszym rzędzie umożliwia podejmowanie przez zarząd uchwał bez konieczności odbycia posiedzenia, a więc w trybie obiegowym (pisemnym). Należy przyjąć, że warunkiem skuteczności podjęcia uchwały w tym trybie jest zawiadomienie wszystkich członków zarządu o treści podejmowanej uchwały i sposobie jej podejmowania. Ustawodawca, wprowadzając powyższe rozwiązanie prawne, nie dokonał jednocześnie nowelizacji art. 208 § 5 k.s.h. oraz art. 371 § 3 k.s.h., zgodnie z którymi uchwały mogą być powzięte, jeżeli wszyscy członkowie zarządu zostali prawidłowo zawiadomieni o posiedzeniu zarządu. Z natury rzeczy uczynienie zadość powyższemu wymogowi nie jest możliwe w przypadku podjęcia uchwały w trybie pisemnym, a więc poza posiedzeniem. Wymóg ten należy uznać za spełniony, jeżeli wszyscy członkowie zarządu zostali zawiadomieni o pisemnym głosowaniu (por. Kidyba, 2020, komentarz do art. 208 nb. 8)⁸. Z drugiej strony należy odnotować, że w przypadku zarządu nie ma odpowiednika art. 222 § 4 oraz 388 § 3 k.s.h., zgodnie z którym uchwała jest ważna, gdy wszyscy członkowie rady zostali powiadomieni o treści projektu uchwały oraz co najmniej połowa członków rady wzięła udział w podejmowaniu uchwały. O ile z wyżej przytoczonych względów pierwszy wymóg należy uznać za niezbędny także w przypadku uchwał zarządu, o tyle brak podstaw do wprowadzenia wymogu, aby w głosowaniu nad uchwałami zarządu wzięła udział co najmniej połowa członków zarządu. Brak bowiem takiej regulacji odnoszącej się do uchwał zarządu (por. Ostrowski, 2020, s. 37).

W kontekście głosowania pisemnego powstaje pytanie, czy w razie podjęcia uchwały w tym trybie głos musi być oddany przez wszystkich członków zarządu w tym samym dokumencie, w którym jednocześnie zawarta jest treść uchwały. K. Osajda (2020, s. 24) trafnie podkreśla, że brak podstaw do tak rygorystycznej wykładni. Wystarczające jest bowiem przekazanie przez członka zarządu na ręce przewodniczącego (prezesa) czy choćby sekretarza zarządu pisma, w którym zawrze swoje oświadczenie woli stanowiące głos wyrażony w podejmowanej uchwale.

Niezależnie od głosowania pisemnego nowelizacja uzupełnia również zasady podejmowania uchwał na posiedzeniach. Skoro ustawodawca dopuścił odbywanie przez zarząd zdalnych posiedzeń, to konsekwentnie umożliwił podejmowanie uchwał przy wykorzystaniu środków bezpośredniego porozumiewania się na odległość.

Przepisy k.s.h. nie przewidują tajnego głosowania członków zarządu. Jeżeli jednak wymóg taki wynikałby z przepisów prawa czy umowy (statutu) spółki, to zdalne oddanie głosu powinno być tak zorganizowane, aby wymóg tajności został dochowany. Wypada się jednak zgodzić ze stanowiskiem, według którego pisemny sposób głosowania wyklucza z tego trybu podejmowanie uchwał, w których niezbędne jest zachowanie tajności głosu (podobnie: Osajda, 2020, s. 24, por. Pabis, 2020, komentarz do art. 208, nb. 25)⁹.

Wreszcie całkowitym *novum* jest umożliwienie członkowi zarządu oddania głosu za pośrednictwem innego członka zarządu. Przepisy praw w dalszym ciągu milczą co do możliwości udziału w posiedzeniu zarządu czy oddania głosu przez pełnomocnika, niemniej dopuszczają oddanie głosu przez posłańca. Możliwość taką przewidują art. 208 § 5³ k.s.h. (w zakresie spółki z o.o.) oraz art. 371 § 3³ k.s.h. (w zakresie spółki akcyjnej), które stanowią, że członkowie zarządu mogą brać udział w podejmowaniu uchwał zarządu, oddając swój głos na piśmie za pośrednictwem innego członka zarządu, chyba że umowa (statut) spółki stanowi inaczej. Ogólny charakter powyższej regulacji przemawia za uznaniem, że ma ona zastosowanie zarówno w przypadku podejmowania uchwał na posiedzeniu, jak również przy wykorzystaniu środków bezpośredniego porozumiewania się na odległość, a także w procedurze pisemnej (podobnie: Kidyba, 2020, komentarz do art. 208, nb. 9). Członek zarządu „wykorzystany” do przekazania głosu nie jest pełnomocnikiem i nie ma możliwości oddania głosu za innego członka zarządu (czy zmiany treści tego głosu). Jego rola sprowadza się tylko do przekazania głosu innego członka zarządu. Przepisy nie wprowadzają jednocześnie wymogu, aby głos ten został oddany na piśmie. Teoretycznie więc przekazanie może dotyczyć także głosu wyrażonego ustnie. Ponadto posłańcem na mocy § 33 może być jedynie inny członek zarządu, a nie jakakolwiek osoba trzecia. Jeżeli uchwała podejmowana jest na posiedzeniu lub w trybie zdalnym, to członek zarządu oddający głos za pośrednictwem innego członka nie powinien być uwzględniony przy ustalaniu kworum niezbędnego dla ważności posiedzenia. Natomiast należy go wziąć pod uwagę przy wyliczeniu kworum niezbędnego do podjęcia uchwały (podobnie: Osajda, 2020, s. 26, odmiennie: Starczewska, 2020, s. 859)¹⁰.

Kończąc rozważania dotyczące nowego sposobu procedowania zarządu spółki kapitałowej konieczne jest podkreślenie, że głosowanie pisemne, przy wykorzystaniu środków bezpośredniego porozumiewania się na odległość, jak również za pośrednictwem innego członka zarządu, jest możliwe z mocy samego prawa (por. Kidyba, 2020, komentarz do art. 208, nb. 8)¹¹. Nie jest jednocześnie ograniczone przedmiotowo, a więc może dotyczyć co do zasady każdej uchwały podejmowanej przez zarząd. W mojej ocenie jednak nie będzie dopuszczalne głosowanie pisemne, jak również za pośrednictwem innego członka zarządu, w sytuacji, w której uchwała musi być umieszczona w protokole sporządzonym przez notariusza. Nie będzie natomiast wówczas wykluczone podjęcie uchwały przy wykorzystaniu środków bezpośredniego porozumiewania się na odległość. Umowa (statut) spółki może jednak wyłączyć te zasady, jak również je ograniczyć, choćby przez wskazanie uchwał, w których ten tryb nie będzie możliwy, a także przez wprowadzenie wymogu liczby członków zarządu, którzy muszą uczestniczyć w pisemnym głosowaniu.

Mankamentem ustawy nowelizującej jest brak przepisów intertemporalnych. Zgodnie jednak z ogólną zasadą wyrażoną w art. 612 k.s.h. należy przyjąć, że nowe przepisy mają zastosowanie także do zarządów spółek kapitałowych

funkcjonujących w dniu ich wejścia w życie. Powyższe jest nie tylko zgodne z przytoczoną regulacją prawną, ale również uwzględnia cel nowelizacji. Analizowana ustawa nie ingeruje jednak w treść istniejących stosunków spółkowych. Z tego też względu należy opowiedzieć się za utrzymaniem w mocy tych wszystkich postanowień umownych (statutowych), które już w poprzednim stanie prawnym ograniczały lub wyłączały zdalne procedowanie zarządów czy też podejmowanie w nich uchwał bez potrzeby obecności na posiedzeniu. Brak jest bowiem podstawy prawnej do uznania, że te postanowienia aktów korporacyjnych wygasły wraz z wejściem w życie nowelizacji. Wniosek taki trudno również wyprowadzić z samego celu nowelizacji, skoro przepisy również w obecnym stanie prawnym zezwalają na ograniczenie lub nawet wyłączenie nowych form procedowania zarządu (podobnie: Osajda, 2020, s. 20, odmiennie: Pabis, 2020, komentarz do art. 208, nb. 22)¹².

Rada nadzorcza

Nowelizacja dokonana tarczą antykrzysową dotyczy również trybu procedowania i podejmowania uchwał przez radę nadzorczą. W tym przypadku nie była ona jednak tak szeroka, albowiem obowiązujące przepisy już przewidywały możliwość podejmowania uchwał przez radę nadzorczą w trybie pisemnym lub przy wykorzystaniu środków bezpośredniego porozumiewania się na odległość, jak również możliwość oddania głosu za pośrednictwem innego członka rady nadzorczej. Tyle tylko, że kwestie te należały do materii umownej (statutowej).

Z powyższych względów w kontekście procedowania rady nadzorczej można mówić o czterech istotnych aspektach nowelizacji. Przede wszystkim nowelizacja polega na dodaniu § 1¹ do art. 222 k.s.h. oraz § 11 do art. 388 k.s.h. W obu tych przepisach wskazano wprost, że w posiedzeniu rady nadzorczej można uczestniczyć również przy wykorzystaniu środków bezpośredniego porozumiewania się na odległość, chyba że umowa (statut) spółki stanowi inaczej. Podobnie jak w przypadku zarządu, tak samo w radzie nadzorczej nie ograniczono liczby członków, którzy mogą brać udział w posiedzeniu przy wykorzystaniu środków bezpośredniego porozumiewania się na odległość. Nie jest więc wykluczone, że posiedzenie rady nadzorczej będzie miało charakter w pełni zdalny (podobnie: Starczewska, 2020, s. 859).

Trzeba jednak odnotować, że organizacja posiedzeń rady nadzorczej spółki z o.o. i spółki akcyjnej jest podobna, ale nie identyczna. W spółce akcyjnej dodano bowiem, że przepis art. 406⁵ § 3 stosuje się odpowiednio. Odesłanie powyższe oznacza, że w spółce akcyjnej rada nadzorcza określi w formie regulaminu szczegółowe zasady udziału w jej posiedzeniu przy wykorzystywaniu środków komunikacji elektronicznej. Może dziwić brak analogicznego odwołania w przepisie regulującym posiedzenia rady nadzorczej spółki z o.o., albowiem mogłoby w tym zakresie wchodzić w grę odesłanie do art. 234¹ § 3 k.s.h., który zawiera regulację

analogiczną do art. 406⁵ § 3 k.s.h. W doktrynie niektórzy wskazują jednak, że brak odesłania wśród przepisów dotyczących rady nadzorczej spółki z o.o. nie jest luką w prawie, a zmierza do odformalizowania posiedzeń rady nadzorczej spółki z o.o. (tak: Starczewska, 2020, s. 858).

Nowelizacja przepisów dotyczących posiedzeń rady nadzorczej spółki kapitałowej jest o tyle istotna, że dotychczasowe regulacje przywidywały możliwość jedynie podejmowania uchwał przy użyciu tych środków, ale już nie odbywanie całego posiedzenia w ten sposób. W dodatku, podobnie jak przy zarządzie, tak przy radzie nadzorczej możliwość uczestniczenia przy wykorzystaniu środków bezpośredniego porozumiewania się na odległość wynika z samego prawa (zob. Kidyba, 2020, komentarz do art. 222, nb. 2)¹³.

Ponadto nowelizacja przewiduje, że członkowie rady nadzorczej mogą brać udział w podejmowaniu uchwał rady nadzorczej, oddając swój głos na piśmie za pośrednictwem innego członka rady nadzorczej, a rada nadzorcza może podejmować uchwały w trybie pisemnym lub przy wykorzystaniu środków bezpośredniego porozumiewania się na odległość. Możliwość taka wynika wprost z k.s.h., przy czym umowa (statut) może stanowić inaczej. Utrzymano jednocześnie regulację, że w przypadku głosowania pisemnego lub za pośrednictwem środków porozumiewania się na odległość uchwała jest ważna, gdy wszyscy członkowie rady zostali powiadomieni o treści projektu uchwały oraz co najmniej połowa członków rady wzięła udział w podejmowaniu uchwały. Statut spółki może przewidywać surowsze wymagania dotyczące podejmowania uchwał w trybie określonym w zdaniu pierwszym.

Kolejna część nowelizacji funkcjonowania rady nadzorczej dotyczy uchylenia § 5 art. 222 oraz § 4 art. 388 k.s.h. Według tych przepisów głosowanie pisemne, za pośrednictwem innego członka rady nadzorczej, jak również za pomocą środków bezpośredniego porozumiewania się na odległość nie było możliwe przy wyborach przewodniczącego i wiceprzewodniczącego rady nadzorczej, powołaniu członka zarządu oraz odwołaniu i zawieszaniu w czynnościach tych osób. W uzasadnieniu projektu podkreślono, że praktyka pokazuje, iż niejednokrotnie również podejmowanie decyzji w powyższych sprawach wymaga elastyczności i sprawności działania organu nadzoru, niezależnie od miejsca fizycznej obecności jego członków (Sejm RP, 2020, s. 101)¹⁴. Wobec uchylenia powyższego zakazu nowe formy procedowania rady nadzorczej mogą dotyczyć także głosowania w tych kwestiach. Pojawia się jednak wątpliwość co do skutków skreślenia powyższych przepisów w przypadku, gdy unormowanie w nich zawarte zostało uprzednio przeniesione do umowy spółki (statut). Przepisy ustawy nowelizującej także w przypadku procedowania rady nadzorczej nie zawierają przepisów intertemporalnych. W mojej ocenie brak podstaw do stosowania reguły *lex posterior derogat lex priori*. Trzeba bowiem przypomnieć, że w obecnym stanie prawnym co prawda z mocy k.s.h. wynika możliwość podejmowania uchwał w nowoczesnych formach, niemniej umowa (statut) może stanowić inaczej. Jeśli więc wspólnicy (akcjonariusze) przełożyli treść dawnego § 5 art. 222 oraz § 4

art. 388 k.s.h. do umów (statutów) spółek, to woli wspólników (akcjonariuszy) należy nadać znaczenie priorytetowe (podobnie Ostrowski, 2020, s. 37; por. Osajda, 2020, s. 20; odmiennie: Pabis, 2020, komentarz do art. 222, nb. 24)¹⁵.

Ostatni aspekt nowelizacji dotyczącej funkcjonowania rad nadzorczych został dokonany już ustawą z 16.04.2020 r. W dodanym § 4¹ art. 222 oraz § 3¹ art. 388 k.s.h. przewidziano, że rada nadzorcza może podejmować uchwały w trybie pisemnym lub przy wykorzystaniu środków bezpośredniego porozumiewania się na odległość także w sprawach, dla których statut spółki przewiduje głosowanie tajne, o ile żaden z członków rady nadzorczej nie zgłosi sprzeciwu (zob. Kidyba, 2020, komentarz do art. 222, nb. 5)¹⁶. Zmierzają to do maksymalnego rozszerzania możliwości podejmowania przez radę nadzorczą uchwał bez konieczności osobistej obecności na posiedzeniu. Jednocześnie prawa członków rady nadzorczej są zagwarantowane w ten sposób, że każdy z nich może zgłosić sprzeciw. Powyższy przepis nie precyzuje jednak, w którym momencie sprzeciw ten może być zgłoszony ani jakie są jego konsekwencje. Należy przyjąć, że sprzeciw może być zgłoszony aż do rozpoczęcia głosowania, jego konsekwencją zaś jest niedopuszczalność podjęcia uchwały w trybie pisemnym lub przy wykorzystaniu środków bezpośredniego porozumiewania się na odległość. Wniosek taki musi jednak dziwić, albowiem głosowanie przy wykorzystaniu środków bezpośredniego porozumiewania się na odległość pozwala na zachowanie tajności głosowania. Sprzeciw więc nie tyle powinien wykluczać zastosowanie powyższego trybu, co jawność głosowania.

Zgromadzenie spółki

Zmiany w obradowaniu dotyczą również zgromadzeń spółki. Jeżeli chodzi o zgromadzenie wspólników spółki z o.o., to zasadnicze znaczenie w tej materii ma art. 234¹ § 1 k.s.h., zgodnie z którym udział w zgromadzeniu wspólników można wziąć także przy wykorzystaniu środków komunikacji elektronicznej, chyba że umowa spółki stanowi inaczej. O udziale w zgromadzeniu wspólników w sposób, o którym mowa w zdaniu pierwszym, postanawia zwołujący to zgromadzenie. Dopuszczalność udziału w zgromadzeniu wspólników przy wykorzystaniu środków komunikacji elektronicznej wynika z mocy samego k.s.h., a umowa spółki może jedynie taką możliwość wykluczyć lub w inny sposób ograniczyć (podobnie: Kidyba, 2020, komentarz do art. 234¹, nb. 1). O ile jednak w przypadku zarządu czy rady nadzorczej k.s.h. stanowi o udziale w posiedzeniu przy wykorzystaniu środków bezpośredniego porozumiewania się na odległość, o tyle w przypadku zgromadzenia spółki chodzi o udział przy wykorzystaniu środków komunikacji elektronicznej. Powstaje więc pytanie, czy sformułowania powyższe oznaczają to samo. Zróżnicowanie powyższych sformułowań nie zostało wyjaśnione w uzasadnieniu do projektu ustawy. Dla wyjaśnienia relacji tych dwóch pojęć istotny

jest art. 234¹ § 2 k.s.h., który definiuje pojęcie środka komunikacji elektronicznej. Zgodnie z tym przepisem udział w zgromadzeniu wspólników, o którym mowa w § 1, obejmuje w szczególności: 1) dwustronną komunikację w czasie rzeczywistym wszystkich osób uczestniczących w zgromadzeniu wspólników, w ramach której mogą one wypowiadać się w toku obrad zgromadzenia wspólników, przebywając w innym miejscu niż miejsce obrad zgromadzenia wspólników, i 2) wykonywanie osobiście lub przez pełnomocnika prawa głosu przed lub w toku zgromadzenia wspólników. Istotne jest użycie pomiędzy powyższymi punktami spójnika „i”. W konsekwencji tego udział w zgromadzeniu przy użyciu środków komunikacji elektronicznej ma umożliwić nie tylko przysłuchiwanie się obradom, ale również czynny w nich udział, z wykonywaniem prawa głosu włącznie (podobnie: Szumański, 2020, s. 10; Leśniak, 2020, s. 22; więcej co do kwestii technicznych związanych z udziałem w zgromadzeniu zob. Żaba, 2020, s. 15). W mojej ocenie mimo odmienności powyższych sformułowań trudno dopatrywać się w nich różnicy merytorycznej (podobnie: Ostrowski, 2020, s. 35)¹⁷.

W przypadku zgromadzenia spółki sp. z o.o., inaczej niż w odniesieniu do posiedzeń zarządu, możliwość uczestniczenia przy wykorzystaniu środków komunikacji elektronicznej nie jest równoważna udziałowi w tradycyjnej formie — mówiąc inaczej, członek zgromadzenia wspólników nie ma możliwości wyboru pomiędzy osobistą obecnością na zgromadzeniu a udziałem w nim przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Nie można sformułować prawa wspólnika do udziału w zgromadzeniu przy wykorzystaniu środków komunikacji elektronicznej (podobnie: Szymański, 2020, s. 499)¹⁸. Zgodnie bowiem z art. 238¹ § 1 k.s.h. o udziale w zgromadzeniu wspólników w sposób uregulowany w tym przepisie postanawia zwołujący to zgromadzenie. Decyzja o możliwości udziału w zgromadzeniu wspólników przy wykorzystaniu środków komunikacji elektronicznej należy jedynie do podmiotu zwołującego zgromadzenie. Może on przewidzieć osobisty udział wspólników w zgromadzeniu, jak również wyłącznie z użyciem środka komunikacji elektronicznej (zob. Leśniak, 2020, s. 21)¹⁹. Nie jest również wykluczone pozostawienie decyzji co do formy udziału wspólnikowi (por. Kidyba, 2020, komentarz do art. 234¹, nb. 1)²⁰.

Decyzję zwołującego zgromadzenia można jednak, według mnie, w skrajnych przypadkach oceniać w kontekście niedopuszczenia wspólnika do udziału w zgromadzeniu (por. Pabis, 2020, komentarz do art. 234¹, nb. 22)²¹. O takiej sytuacji można by mówić choćby wówczas, gdy w czasie epidemii obowiązywał zakaz poruszania się po kraju, a zgromadzenie miałoby mieć wyłącznie formę tradycyjną. O niedopuszczeniu do udziału w zgromadzeniu można by mówić również wtedy, gdyby przewidziano wyłącznie formę elektroniczną bez zapewnienia wspólnikom takiej możliwości. Z powyższym skorelowana jest nowa regulacja art. 238 § 3 k.s.h., zgodnie z którą w przypadku, gdy udział w zgromadzeniu wspólników następuje przy wykorzystaniu środków komunikacji elektronicznej, w zawiadomieniu należy

dodatkowo zamieścić informacje o sposobie uczestniczenia w tym zgromadzeniu, wypowiadania się w jego trakcie, wykonywania na nim prawa głosu oraz wniesienia sprzeciwu wobec podjętej wówczas uchwały bądź uchwał. Decyzja o umożliwieniu zdalnego udziału w zgromadzeniu musi być więc podjęta najpóźniej w dniu zwołania tego zgromadzenia (podobnie: Szymański, 2020, s. 500).

Z analogiczną regulacją mamy do czynienia również w spółce akcyjnej, gdzie art. 406⁵ § 1 k.s.h. stanowi, że udział w walnym zgromadzeniu można wziąć również przy wykorzystaniu środków komunikacji elektronicznej, chyba że statut spółki stanowi inaczej. O udziale w walnym zgromadzeniu w sposób, o którym mowa w zdaniu pierwszym, postanawia zwołujący to zgromadzenie. Dotychczas w spółce akcyjnej był dopuszczalny udział w walnym zgromadzeniu przy wykorzystaniu środków komunikacji elektronicznej, ale kwestia ta należała do materii statutowej. Po nowelizacji art. 406⁵ § 1 k.s.h. taka możliwość wynika bezpośrednio z przepisów k.s.h., a statut może jedynie stanowić inaczej. W odniesieniu do spółki akcyjnej, inaczej niż w spółce z o.o., nie przewidziano obowiązku zamieszczenia w ogłoszeniu o zwołaniu walnego zgromadzenia informacji o możliwości wzięcia w nim udziału z użyciem środków komunikacji elektronicznej (por. art. 402² pkt 2 lit. d–g k.s.h., który dotyczy jednak wyłącznie spółki publicznej). Mimo to należy uznać, że kwestia ta powinna znaleźć odzwierciedlenie w zaproszeniach na walne zgromadzenie (podobnie: Leśniak, 2020, s. 24)²². Ponadto spółka publiczna zapewnia transmisję obrad walnego zgromadzenia w czasie rzeczywistym. Nie narusza to obowiązków informacyjnych określonych w przepisach o ofercie publicznej i warunkach wprowadzania instrumentów finansowych do zorganizowanego systemu obrotu oraz o spółkach publicznych.

W spółce akcyjnej doprecyzowano również sposób głosowania na walnym zgromadzeniu, przewidując, że w przypadku wykonywania prawa głosu przy wykorzystaniu środków komunikacji elektronicznej spółka niezwłocznie przesyła akcjonariuszowi elektroniczne potwierdzenie otrzymania głosu (art. 406⁵ § 5 k.s.h.). Na wniosek akcjonariusza, złożony nie później niż po upływie trzech miesięcy od dnia walnego zgromadzenia, spółka przesyła akcjonariuszowi lub jego pełnomocnikowi potwierdzenie, że jego głos został prawidłowo zarejestrowany oraz policzony, chyba że takie potwierdzenie zostało przekazane akcjonariuszowi lub jego pełnomocnikowi wcześniej (art. 406⁵ § 6 k.s.h.). Powyższa regulacja dotyczy każdej spółki akcyjnej, a nie jedynie spółki publicznej.

Szczegółowe kwestie techniczne odbywania się zgromadzenia przy użyciu komunikacji elektronicznej nie zostały uregulowane w k.s.h. Rada nadzorcza, a w jej braku wspólnicy (co dotyczy tylko spółki z o.o.), określa w formie regulaminu szczegółowe zasady udziału w zgromadzeniu wspólników (walnym zgromadzeniu akcjonariuszy) przy wykorzystaniu środków komunikacji elektronicznej. Regulamin nie może określać wymogów i ograniczeń, które nie są niezbędne do identyfikacji wspólników i zapewnienia

bezpieczeństwa komunikacji elektronicznej. W spółce z o.o. postanowiono, że przyjęcie regulaminu może nastąpić uchwałą wspólników bez odbycia zgromadzenia, jeżeli wspólnicy reprezentujący bezwzględną większość głosów wyrażą na piśmie zgodę na treść tego regulaminu. Można zastanawiać się, czy kwestie powyższe nie powinny być uregulowane w akcie wyższego rzędu niż uchwała rady nadzorczej. A. Szumański wskazuje jednak, że ze względu na ciągle zmieniające się uwarunkowania techniczne wymaganie unormowania organizacji elektronicznego udziału w umowie (statucie) spółki nie było celowe (Szumański, 2020, s. 11). W doktrynie mówi się w tym kontekście o zasadzie neutralności technologicznej (Szymański, 2020, s. 501).

Omawiane przepisy zmieniły możliwą formę udziału w zgromadzeniu spółki, niemniej nie ingerują w takie zagadnienia jak choćby sposób zwoływania zgromadzeń. Obowiązujące przepisy w spółce z o.o. oraz niektórych spółkach akcyjnych zezwalają co prawda na zwołanie zgromadzenia pocztą elektroniczną, ale uzależnione jest to od uprzedniej pisemnej zgody wspólnika lub akcjonariusza akcji imiennej (zob. Pabis, 2020, komentarz do art. 234¹, nb. 28). Ponadto obowiązujące przepisy wciąż nie dają podstawy do odbycia wirtualnego zgromadzenia spółki (w pełni zdalnego zgromadzenia). Z przepisów tych wyraźnie bowiem wynika, że regulują one jedynie formę możliwego udziału w zgromadzeniu wspólników czy akcjonariuszy. Jednocześnie nie zostały zmienione inne przepisy dotyczące miejsca odbywania się zgromadzenia, sposobu jego zwoływania, co również potwierdza, że konieczne jest stawienie się określonych osób na miejsce faktycznego odbywania zgromadzenia. W miejscu tym przede wszystkim powinien być dostępny przewodniczący zgromadzenia, jak również notariusz (podobnie: Szumański, 2020, s. 10; odmienne: Szymański, 2020, s. 502)²³.

Podsumowanie

Przedstawiona w niniejszym artykule nowelizacja k.s.h. ma na celu zapewnienie członkom organów spółek kapitałowych możliwości zdalnego udziału w pracy tych organów. Generalnie nowelizację tę należy ocenić pozytywnie. Powinna ona przyczynić się do zmniejszenia kosztów funkcjonowania organów, większej ich sprawności, jak również odformalizowania decyzji podejmowanych w spółkach. Trudno jednocześnie uznać, że nowe reguły w jakikolwiek sposób naruszają prawa członków organów spółek kapitałowych. Ważnym aspektem jest jednocześnie, że reguły te zostały unormowane przepisami dyspozytywnymi. Jeśli więc wspólnicy (akcjonariusze) uznają, że wykorzystywanie nowych metod procedowania zarządu czy rady nadzorczej mogłoby negatywnie wpłynąć na zarządzanie spółką, mogą dokonać takiej zmiany umowy (statutu), która nowe mechanizmy będzie ograniczać czy nawet w ogóle wyłączać.

Przypisy/Notes

- ¹ W komentarzu do art. 208, nb. 7 A. Kidyba zauważa, że umowa spółki może ograniczyć możliwość odbycia zdalnego posiedzenia do określonych spraw albo wyłączyć określone sprawy z procedowania w tym trybie. K. Osajda (2020, s. 19) wskazuje, że w zakresie możliwości odbywania zdalnych posiedzeń zarządu doszło do zmiany reguły z *opt in* na *opt out*.
- ² F. Ostrowski trafnie zauważa, że regulamin może doprecyzowywać kwestie techniczne, niemniej nie może uszczuplać praw członka zarządu. K. Osajda (2020, s. 29) kierunkowo rozważaną nowelizację ocenia pozytywnie, a nawet wskazuje, że wprowadzone zmiany należy uznać za pilne.
- ³ Według R. Pabis (2020, komentarz do art. 208, nb. 20) przyjęto w ten sposób zasadę neutralności technologicznej.
- ⁴ Według K. Osajdy (2020, s. 21) nie ma przeszkód, aby posiedzenie zarządu odbyło się nawet przy użyciu takich środków porozumienia się na odległość, które nie zapewniają jednoczesności tego porozumiewania. Jako przykład podaje współpracę przy dokumencie wyłożonym na wspólnym dysku.
- ⁵ Według F. Ostrowskiego (2020, s. 34) członek zarządu może nawet sam dokonać wyboru środka udziału w posiedzeniu.
- ⁶ K. Osajda (2020, s. 27) zwraca uwagę na niejasny zakres odwołania do stosowania art. 406⁵ § 3 k.s.h. Podkreśla, że można rozważać zasadność przyjmowania przedmiotowego regulaminu zarządu przez radę nadzorczą.
- ⁷ F. Ostrowski wskazuje, że udział zdalny jest „nie gorszy” od fizycznej obecności na posiedzeniu.
- ⁸ A. Kidyba (2020) w komentarzu do art. 208, nb. 8 również stawia pytanie o zastosowanie art. 208 § 5 k.s.h. do podejmowania uchwał w rozważanym trybie i dochodzi do trafnego wniosku, że odrzucenie tego wymogu mogłoby prowadzić do podjęcia uchwały przez jednego członka zarządu.
- ⁹ R. Pabis (2020) w komentarzu do art. 208, nb. 25, opowiada się za stosowaniem w drodze analogii art. 222 § 4¹ k.s.h.
- ¹⁰ M. Starczewska (2020, s. 859) stwierdza, że jeżeli umowa (statut) nie stanowi inaczej, członek oddający głos za pośrednictwem innego członka nie powinien być zaliczany do kworum.
- ¹¹ A. Kidyba (2020, komentarz do art. 208, nb. 8) pisze o przyjęciu w powyższym zakresie przez k.s.h. modelu *opt-out*.
- ¹² Według R. Pabis (2020, komentarz do art. 208, nb. 22) wejście w życie nowelizacji powoduje utratę mocy postanowień umownych, które ograniczały zarząd w podejmowaniu uchwał przy wykorzystaniu środków bezpośredniego porozumiewania się na odległość lub w trybie pisemnym.
- ¹³ A. Kidyba (2020, komentarz do art. 222, nb. 2) pisze o domniemaniu takiego sposobu odbywania się posiedzeń rady nadzorczej, chyba że umowa spółki przewiduje inaczej.
- ¹⁴ M. Starczewska (2020, s. 862), która pozytywnie ocenia nowelizację w rozważanym zakresie, wskazuje, że stanowi ona odpowiedź na głos praktyki oraz coraz szybciej zmieniających się stosunków gospodarczych.
- ¹⁵ K. Osajda (2020, s. 20) odwołuje się w tym zakresie do *argumentum a maiore ad minus*; natomiast według R. Pabis (2020, komentarz do art. 222, nb. 24) treść znówelizowanych przepisów oraz cel wprowadzonych zmian przesądza o utracie mocy wszelkich dotychczas zastrzeżonych ograniczeń w podejmowaniu uchwał przy wykorzystaniu środków bezpośredniego porozumiewania się na odległość bądź w trybie pisemnym.
- ¹⁶ A. Kidyba (2020, komentarz do art. 222, nb. 5) zaznacza, że *lege lata* możliwe jest podejmowanie przez radę nadzorczą uchwał w trybie pisemnym lub przy wykorzystaniu środków bezpośredniego porozumiewania się na odległość we wszystkich sprawach, nie wyłączając kwestii osobowych.
- ¹⁷ F. Ostrowski (2020, s. 35) zaznacza, że w obecnych czasach trudno oczekiwać, że ktoś zdecydowałby się na udział w posiedzeniu zarządu z użyciem nieelektro- nicznego środka porozumiewania się na odległość.
- ¹⁸ K. M. Szymański (2020, s. 499) wskazuje, że współwłaściciel spółki kapitałowej nie nabył roszczenia o zapewnienie formuły zdalnego udziału w każdym zgromadzeniu.
- ¹⁹ M. Leśniak (2020, s. 21) wskazuje, że zwołujący może przewidzieć jedynie „tradycyjny” sposób udziału w zgromadzeniu spółki.
- ²⁰ Według A. Kidyby (2020, komentarz do art. 234¹, nb. 1) z uwagi na zasadę jednakowego traktowania współników nie jest dopuszczalne udzielenie przez zwołującego zgromadzeniu tylko niektórym współnikom zezwolenia na udział w zgromadzeniu przy wykorzystaniu środków komunikacji elektronicznej.
- ²¹ R. Pabis (2020, komentarz do art. 234¹, nb. 22) podkreśla, że decyzja zwołującego zgromadzenie powinna mieć na względzie interes spółki oraz uprawnienia korporacyjne współników.
- ²² Według M. Leśniaka (2020, s. 24) w przypadku organizacji walnego zgromadzenia w spółce niepublicznej art. 402² pkt 2 lit. d–g k.s.h. znajdzie zastosowanie w drodze ostrożnej analogii.
- ²³ Według K. M. Szymańskiego (2020, s. 502) brak podstaw prawnych dla wprowadzenia obligatoryjnej obecności notariusza w miejscu odbywania się zgromadzenia.

Bibliografia/References

- Kidyba, A. (2020). *Komentarz aktualizowany do art. 1–300 Kodeksu spółek handlowych, stan prawny na 30.06.2020 r.*, Lex, wyd. 44. <https://sip.lex.pl/komentarze-i-publicacje/komentarze/komentarz-aktualizowany-do-art-1-300-kodeksu-spolek-handlowych-587248896> (19.10.2020).
- Leśniak, M. (2020). Udział w zgromadzeniu spółki kapitałowej za pomocą środków komunikacji elektronicznej po zmianach Kodeksu spółek handlowych dokonanych w ramach tzw. tarczy antykryzysowej. *Prawo Mediów Elektronicznych*, (2).
- Osajda, K. (2020). Zarząd spółki kapitałowej (nowelizacja Kodeksu spółek handlowych w związku z pandemią). *Przegląd Prawa Handlowego*, (6).
- Ostrowski, F. (2020). Nowa regulacja posiedzeń zarządów i rad nadzorczych odbywanych przy wykorzystaniu środków komunikacji elektronicznej. *Przegląd Prawa Handlowego*, (5).
- Pabis, R. (2020). W: J. Bienia, M. Bienia, G. Nita-Jagielski, K. Oplustil, R. Pabis, A. Rachwał, M. Spyra, G. Suliński, M. Tofel, M. Wawer, R. Zawłocki, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, wyd. 7. Legalis.
- Sejm RP (2020). Uzasadnienie do projektu do ustawy, druk, nr 299.
- Starczewska, M. (2020). Podejmowanie uchwał rad nadzorczych spółek kapitałowych po zmianach dokonanych ZmKoronawirusU20. *Monitor Prawniczy*, (16).
- Szymański, A. (2020). Nowa regulacja udziału w zgromadzeniu spółki kapitałowej przy wykorzystaniu środków komunikacji elektronicznej. *Przegląd Prawa Handlowego*, (5).
- Szymański, K. M. (2020). Nowy model udziału w zgromadzeniach właścicielskich spółek kapitałowych przy wykorzystaniu środków komunikacji elektronicznej. *Monitor Prawniczy*, (10).
- Żaba, M. (2020). Uczestnictwo i głosowanie na zgromadzeniu współników przy wykorzystaniu środków komunikacji na odległość. *Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego*, (3). <https://doi.org/10.33226/0137-5490.2020.3.3>

Dr Tomasz Szczurowski

Adiunkt w Katedrze Prawa Gospodarczego i Gospodarki Cyfrowej na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie, sędzia orzekający w Sądzie Apelacyjnym w Warszawie.

Dr Tomasz Szczurowski

Assistant professor at the Department of Economic Law and Digital Economy at The Cardinal Stefan Wyszyński University (UKSW) in Warsaw, judge in Court of Appeal in Warsaw.