

UNIWERSYTET SZCZECIŃSKI
WYDZIAŁ PRAWA I ADMINISTRACJI

Luiza Jedlińska

Biznesowa ocena sytuacji i jej uregulowanie
w kodeksie spółek handlowych

Rozprawa doktorska
napisana pod kierunkiem
Prof. dr. hab. Zbigniewa Kuniewicza
oraz dr Marii Wysockiej-Orlik

Szczecin 2025

Oświadczenie

Oświadczam, że rozprawa doktorska pt.: „Biznesowa ocena sytuacji i jej uregulowanie w kodeksie spółek handlowych”

- a) została napisana przeze mnie samodzielnie,
- b) nie narusza praw autorskich w rozumieniu ustawy z dnia 4 lutego 1994 roku o prawie, autorskim i prawach pokrewnych (Dz.U. z 2025 r., poz. 24) oraz dóbr osobistych chronionych prawem, nie zawiera danych i informacji, które uzyskałem w sposób niedozwolony,
- c) nie była podstawą nadania stopnia naukowego ani mnie, ani innej osobie.

Ponadto oświadczam, że treść rozprawy doktorskiej zawarta na przekazanym nośniku elektronicznym, jest identyczna z jej wersją drukowaną.

Szczecin dnia.....

.....

podpis doktoranta

Oświadczenie

Wyrażam zgodę na udostępnienie mojej rozprawy doktorskiej pt.
„Biznesowa ocena sytuacji i jej uregulowanie w kodeksie spółek handlowych”

Szczecin dnia.....

.....

podpis doktoranta

Opinia

Stwierdzam, że rozprawa doktorska pt. „Biznesowa ocena sytuacji i jej uregulowanie w kodeksie spółek handlowych” przygotowana przez Panią mgr Luizę Jedlińską spełnia wymogi określone w art. 187 ust. 1-2 ustawy z dnia 20 lipca 2018 r. – Prawo o Szkolnictwie Wyższym i Nauce (Dz.U. z 2024 r., poz. 1571 z zm.).

Prof. dr hab. Zbigniew Kuniewicz

Spis treści

Wykaz skrótów	6
Wstęp	10
I Modelowa koncepcja <i>business judgment rule</i> na gruncie amerykańskiego porządku prawnego	
1. Uwagi wprowadzające	15
2. Motywy ukształtowania modelowej koncepcji <i>business judgment rule</i>	17
3. Standardy postępowania oraz kontroli	21
3.1. Standard postępowania (<i>standard of conduct</i>)	22
3.1.1. Obowiązek należytej staranności (<i>duty of care</i>)	23
3.1.2. Obowiązek lojalności (<i>duty of loyalty</i>)	29
3.1.3. Obowiązek dobrej wiary (<i>duty of good faith</i>)	30
3.2. Standard kontroli (<i>standard of review</i>)	39
3.2.1. Istota standardu kontroli	39
3.2.2. Standard oceny wypełnienia obowiązków powierniczych	42
4. Istota modelowej koncepcji <i>business judgment rule</i> oraz amerykańskiej konstrukcji <i>business judgment rule</i>	51
5. Uwagi końcowe	54
II Koncepcje <i>business judgment rule</i> w europejskich porządkach prawnych	
1. Uwagi wprowadzające	59
2. Koncepcja <i>business judgment rule</i> w niemieckim porządku prawnym	62
2.1. Geneza	62
2.2. Obowiązki członków zarządu	62
2.3. Działanie w najlepszym interesie spółki	66
2.4. Charakter oraz przesłanki odpowiedzialności na gruncie § 93 AktG	67
2.5. Konstrukcja <i>business judgment rule</i> na gruncie AktG	69

3. Koncepcja <i>business judgment rule</i> w litewskim porządku prawnym.....	73
3.1. Geneza.....	73
3.2. Obowiązki członków organu zarządczego spółki.....	74
3.3. Odpowiedzialność odszkodowawcza na gruncie litewskiej ustawy o spółkach oraz litewskiego kodeksu cywilnego.....	75
3.4. Kryteria sądowej oceny decyzji biznesowych.....	77
3.5. Koncepcja <i>business judgment rule</i> w litewskim orzecznictwie.....	80
4. Koncepcje <i>business judgment rule</i> w innych wybranych porządkach prawnych.....	82
5. Uwagi końcowe.....	96

III Odpowiedzialność odszkodowawcza członka zarządu spółki kapitałowej (art. 293 § 1, 300¹²⁵ § 1 oraz 483 § 1 ksh)

1. Uwagi wprowadzające.....	100
2. Stosunek członkostwa w organie zarządczym spółki.....	101
3. Obowiązki członka zarządu spółki kapitałowej.....	107
3.1. Działanie w interesie spółki.....	112
3.1.1. Lojalność wobec spółki.....	115
3.1.2. Staranność wynikająca z zawodowego charakteru działalności...119	
4. Charakter odpowiedzialności.....	121
5. Przesłanki odpowiedzialności.....	124
5.1. Szkoda oraz związek przyczynowy.....	125
5.2. Bezprawność.....	127
5.2.1. Działanie albo zaniechanie sprzeczne z prawem lub postanowieniami umowy spółki.....	129
5.2.1.1. Niedochowanie należytej staranności na gruncie art. 293 § 1 i § 2 ksh (art. 483 § 1 i § 2 ksh).....	131
5.2.1.2. Niedochowanie należytej staranności w ujęciu art. 209 ¹ ksh (art. 377 ¹ ksh).....	142

5.2.2. Niewykonanie lub nienależyte wykonanie obowiązków na gruncie art. 300 ¹²⁵ § 1 ksh.....	146
5.3. Wina.....	149
6. Uwagi końcowe.....	150

IV Koncepcja *business judgment rule* w polskim porządku prawnym

1. Uwagi wprowadzające.....	154
2. Pojęcie staranności wynikającej z zawodowego charakteru działalności (art. 293 § 3, 300 ¹²⁵ § 2 oraz 483 § 3 ksh).....	156
2.1. Obowiązki staranności oraz lojalności.....	157
2.2. Działanie w granicach uzasadnionego ryzyka gospodarczego.....	159
2.2.1. Ryzyko gospodarcze.....	160
2.2.2. Uzasadnione ryzyko.....	162
2.2.3. Działanie na podstawie informacji, analiz oraz opinii.....	174
2.3. Przesłanki dołożenia staranności wynikającej z zawodowego charakteru działalności.....	177
3. Konstrukcja <i>business judgment rule</i>	183
4. Realizacja funkcji zasady biznesowej oceny sytuacji w polskim prawie korporacyjnym.....	190
4.1. Funkcja ochronna wobec menedżerów.....	190
4.2. Funkcja wspierająca budowanie <i>good corporate governance</i>	198
5. Uwagi końcowe.....	203
Zakończenie.....	206
Wykaz źródeł.....	215
Streszczenie w języku angielskim.....	237

Wykaz skrótów

Źródła prawa

AktG	Niemiecka ustawa o spółkach akcyjnych z 6.09.1965 r. (Aktiengesetz, BGB.I S. 1089 z zm.)
AktG AT	Austriacka ustawa o spółkach akcyjnych z 31 marca 1965 r. (Bundesgesetz über Aktiengesellschaften) (BGBI. Nr. 98/1965)
BW	Burgerlijk Wetboek, Stb. 1838, 90
Cal. Corp. Code	California Corporations Code
DGCL	Delaware General Corporation Law
GmbHG AT	Austriacka ustawa o spółkach z ograniczoną odpowiedzialnością z 6 marca 1906 r. (Gesetz über Gesellschaften mit beschränkter Haftung) (RGBI. Nr. 58/1906)
kc	Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. - kodeks cywilny (Dz.U. z 2024 r., poz. 1061 z zm.)
k.c.l.	Lietuvos Respublikos Civilinis Kodeksas 2000 m. liepos 18 d. Nr. VIII-1864 (Valstybės žinios, 2000-09- 06, Nr. 74-2262)
kh	Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z 27.06.1934 r. Kodeks handlowy (Dz.U. z 1934 r., Nr 57, poz. 502)
kpc	Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. - kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. z 2024 r., poz. 1568 z zm.)
ksh	Ustawa z dnia 15 września 2000 r. - kodeks spółek handlowych (Dz.U. z 2024 r., poz. 18 z zm.)
p.u.s.a.l.	Lietuvos Respublikos akcinių bendrovių įstatymas 1994 m. liepos 5 d. Nr. I-528 (Valstybės žinios, 1994-07-20, Nr. 55-1046)

SCA	Szwedzka ustawa o spółkach - Aktiebolagslagen (2005:551)
StGB	Niemiecki kodeks karny z 13.11.1998r. (Strafgesetzbuch, BGBl. I S. 3322).
UMAG	Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts z 22.09.2005, BGBl. I S. 2802.
u.s.a.l.	Lietuvos Respublikos akcinių bendrovių įstatymas 2000 m. liepos 13 d. Nr. VIII-1835 (Valstybės žinios, 2000-07-31, Nr. 64-1914)

Organy orzekające i instytucje

Ala.	Alabama Supreme Court
ALI	American Law Institute
BGH	Bundesgerichtshof
Del.	Delaware Supreme Court
Del. Ch.	Delaware Court of Chancery
FDA	Food and Drug Administration
Md.	Maryland Court of Appeals
N.Y. Sup. Ct.	New York Supreme Court
OECD	Organizacja Współpracy Gospodarczej i Rozwoju
Pa.	Pennsylvania Supreme Court
S.D.N.Y.	US District Court for the Southern District of New York
SN	Sąd Najwyższy
La.	Louisiana Supreme Court
Va.	Virginia Supreme Court

Inne

ang.	język angielski
Aug.	August
art.	artykuł
BJR	business judgment rule

BV	Besloten Vennootschap
CEO	Chief Executive Officer
Cir.	Circuit
Co.	Company
Constr.	Construction
Corp.	Corporation
CSR	Corporate Social Responsibility
Del. Code Ann.	Delaware Code Annotated
Del. J. Corp. L.	The Delaware Journal of Corporate Law
Dz.U.	Dziennik Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej
EU	European Union
Fed. Sec. L. Rep.	Federal Securities Law Reporter
Fin.	Financial
gem.	gemäß
Inc.	Incorporated
Labs.	Labolatories
Legalis	System Informacji Prawnej Legalis
LEX	System Informacji Prawnej LEX
lit.	język litewski
LLC	Limited Liability Company
łac.	język łaciński
m. in.	między innymi
MBCA	Model Business Corporation Act
MBO	management buyout
nast.	następne
nb	numer boczny
niem.	język niemiecki
nl.	język niderlandzki
No.	number
np.	na przykład
nr	numer
nt.	na temat
NV	Naamloze Vennootschap
Oct.	October

pkt	punkt
pol.	język polski
poz.	pozycja
PKB	Produkt Krajowy Brutto
PSA	prosta spółka akcyjna
PWN	Polskie Wydawnictwo Naukowe
r.	rok
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
red.	redakcja
s.	strona
SA	spółka akcyjna
sp.	spółka
sygn.	sygnatura
tit.	title
tj.	to jest
tzw.	tak zwany
U.C.C.	Uniform Commercial Code
US	United States
USA	United States of America
ust.	ustęp
v.	versus
w.	wiek
wyd.	wydanie
z.	zeszyt
zd.	zdanie
zob.	zobacz
z o.o.	z ograniczoną odpowiedzialnością
z zm.	z zmianami
zw.	związek
2d	second
3d	third
4th	fourth
6th	sixth
7th	seventh

Wstęp

Spółki kapitałowe - spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (z o.o.), prosta spółka akcyjna (PSA) oraz spółka akcyjna (SA) - stanowią formy organizacyjno-prawne prowadzenia działalności gospodarczej, w których centralnym elementem jest kapitał. Konsekwencją kapitałowego charakteru spółki jest wyraźne rozdzielenie sfery właścicielskiej (wspólnicy, akcjonariusze) od sfery zarządczej (zarząd, rada dyrektorów). Wspólnikom (akcjonariuszom) przysługują tytuły uczestnictwa w spółce, lecz nie zajmują się oni bieżącym jej funkcjonowaniem. Prowadzenie spraw spółki oraz jej reprezentacja należą do kompetencji zarządu (rady dyrektorów). Członkowie zarządu są powiernikami cudzego majątku - majątku spółki, zatem ich relacja ze spółką opiera się na zaufaniu.

Wobec relacji opartej na zaufaniu członkowie zarządu mają swobodę decyzyjną w zakresie zarządzania spółką, jednak nie jest ona nieograniczona. Menedżerowie mają prowadzić sprawy spółki w dobrej wierze, z należytą starannością oraz lojalnie względem spółki. Równolegle do obowiązków nałożonych na członków zarządu, istnieją w spółce mechanizmy kontrolne umożliwiające monitorowanie ich realizacji. W razie niewypełnienia albo nienależytego wypełnienia obowiązków, członkowie zarządu ponoszą odpowiedzialność odszkodowawczą względem spółki. Przypisanie odpowiedzialności nie powinno być uzależnione od samego wystąpienia szkody. Powinno zaś uwzględniać przede wszystkim charakter relacji łączącej menedżera ze spółką oraz specyfikę jego obowiązków zarządczych.

Zarządzanie spółką, czyli podejmowanie w jej imieniu decyzji biznesowych, jest obarczone dużym ryzykiem niepowodzenia. Im wyższy jest poziom ryzyka, tym wyższy poziom możliwego zysku, a tym samym większa możliwość powstania szkody. Z tego względu istotne jest kształtowanie regulacji prawnych uwzględniających charakter podejmowanych przez menedżerów decyzji biznesowych w taki sposób, by nie musieli się oni obawiać pociągnięcia do odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną spółce w związku z prawidłowo podjętą decyzją biznesową. Dla osiągnięcia tego celu, oprócz przemysłanych regulacji prawnych, konieczne jest również racjonalne orzecznictwo, uwzględniające perspektywę prawidłowości procesu decyzyjnego, zamiast perspektywy konsekwencji. Względ na potrzebę kształtowania regulacji ochronnych wobec członków organów zarządczych nie może jednak przysłonić potrzeby utrzymania rygorystycznych przepisów, które nakładają odpowiedzialność za działania sprzeczne z prawem,

wewnętrzными regulacjami spółki lub standardami biznesowymi. Musi bowiem istnieć jasna granica pomiędzy nienależytym postępowaniem menedżerów, które uzasadnia pociągnięcie ich do odpowiedzialności a postępowaniem należyтым powodującym jednak szkodę spółki w wyniku zmaterializowania się ryzyka biznesowego.

Można wskazać, że natura prawa korporacyjnego wymaga zachowania wysokiego poziomu odpowiedzialności funkcjonariuszy spółek, przy jednoczesnym dążeniu do ekonomicznej efektywności podejmowanych przez nich decyzji biznesowych. Zachowanie równowagi pomiędzy rozwojem biznesu pod wpływem odważnych, a przy tym często ryzykownych decyzji menedżerów oraz ponoszeniem odpowiedzialności za szkody wyrządzone spółce w ich wyniku, stanowi wyzwanie dla prawa korporacyjnego. Ustawodawstwa państw europejskich od lat sięgają do dorobku prawa precedensowego (ang. *common law*) w poszukiwaniu adekwatnych konstrukcji prawnych pozwalających na zachowanie wspomnianej równowagi.

Konstrukcją prawną uwzględniającą wpływ czynników gospodarczych na proces podejmowania decyzji biznesowych przez członków zarządu spółki, odpowiadającą potrzebom działalności korporacyjnej, jest reguła biznesowego osądu (ang. *business judgment rule*, dalej także jako reguła BJR). Ma ona swoje korzenie w Stanach Zjednoczonych Ameryki Północnej. Była kształtowana przez orzecznictwo sądów, w szczególności w Stanie Delaware, będącym wiodącą jurysdykcją w sprawach korporacyjnych¹. Ze względu na precedensowy charakter *business judgment rule* jest regułą podlegającą stałej reinterpretacji i dostosowywaniu do aktualnych realiów gospodarczych. O ile dotychczasowe orzecznictwo, poczynwszy już od 1827 roku, określiło cel i zakres reguły biznesowego osądu, o tyle jej rozumienie i interpretacja stanowią efekt wieloletnich analiz sądowych dokonywanych w oparciu o zróżnicowane stany faktyczne na gruncie wielu jurysdykcji (Stanów) Stanów Zjednoczonych Ameryki Północnej.

Regulacje prawne realizujące modelową koncepcję *business judgment rule* są kształtowane na gruncie ustawodawstw europejskich od kilkunastu lat. Przedstawiciele polskiej doktryny prawa korporacyjnego od kilku zaś lat wyrażali postulaty

¹ K. Węgliński, Geneza oraz pojęcie zasady biznesowej oceny sytuacji, *International Journal of Legal Studies* 2020/2(8), s. 168.

o konieczności wdrożenia podobnej konstrukcji prawnej do kodeksu spółek handlowych². Polski ustawodawca, podążając za europejską tendencją, zgodnie z wyrażanymi w doktrynie postulatami, przeprowadził dwie istotne nowelizacje przepisów regulujących problematykę spółek, obejmujące kwestie odpowiedzialności członków zarządu za szkodę wyrządzoną spółce. Pierwszą z nich jest nowelizacja dokonana ustawą z dnia 19 lipca 2019 r. o zmianie ustawy - kodeks spółek handlowych oraz niektórych innych ustaw³. Drugą zaś jest nowelizacja dokonana ustawą z dnia 9 lutego 2022 r. o zmianie ustawy - kodeks spółek handlowych oraz niektórych innych ustaw⁴. Wobec przeprowadzenia tak doniosłej nowelizacji przepisów kodeksu spółek handlowych, obejmującej odpowiedzialność członków zarządu za szkodę wyrządzoną spółce, uzasadnione jest zbadanie nowej regulacji prawnej.

Niniejsza praca zawiera pogłębioną analizę polskiej regulacji prawnej odnośnie do zasady biznesowej oceny sytuacji na tle regulacji amerykańskiej oraz regulacji wybranych europejskich porządków prawnych w zakresie odpowiedzialności członków zarządu za szkodę wyrządzoną spółce w wyniku podjętej ryzykownej decyzji biznesowej. Celem przyjęcia tak szerokiej perspektywy badawczej jest, jak to ujął badający problematykę winy A. Szpunar, "ułatwienie analizy prawa polskiego; wyjaśnienie genezy pewnych pytań, na które szukamy odpowiedzi"⁵. Na gruncie aktualnego stanu prawnego nie ma w polskiej literaturze prawa spółek tekstu odnoszącego się do regulacji art. 293 § 3, 300¹²⁵ § 2 oraz 483 § 3 ksh, który nie odwoływałby się do amerykańskiej konstrukcji *business judgment rule*. Tak częste odwołania do regulacji amerykańskiej, mimo że stanowi ona zupełnie odrębną konstrukcję prawną, dodatkowo ukształtowaną na gruncie *common law*, mają istotny wpływ na postrzeganie regulacji polskiej. Bogate orzecznictwo amerykańskie nie powinno wpływać na marginalizację potrzeby wnikliwej analizy treści przepisów kodeksu spółek handlowych.

Celem niniejszej pracy jest wskazanie, jak należy rozumieć biznesową ocenę sytuacji uregulowaną w kodeksie spółek handlowych oraz określenie, jaką pełni ona funkcję w systemie prawa korporacyjnego. Należy również wskazać, które przepisy

² Ustawa z dnia 15 września 2000 r., - kodeks spółek handlowych (Dz.U. z 2024 r., poz. 18 z zm.); Uzasadnienie do ustawy z dnia 19 lipca 2019 r. o zmianie ustawy - kodeks spółek handlowych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2019 r., poz. 1655), druk 3236, s. 93, (dalej także jako: uzasadnienie do ustawy z 2019 r.).

³ Ustawa z dnia 19 lipca 2019 r. o zmianie ustawy - kodeks spółek handlowych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2019 r., poz. 1655), (dalej także jako: ustawa o zmianie z 2019 r.).

⁴ Ustawa z dnia 9 lutego 2022 r. o zmianie ustawy - kodeks spółek handlowych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2022 r., poz. 807), (dalej także jako: ustawa o zmianie z 2022 r.).

⁵ A. Szpunar, Wina poszkodowanego w prawie cywilnym, Warszawa 1971, s. 6.

kodeksu spółek handlowych umożliwiają realizację tej funkcji. Niezwykle istotne jest także zbadanie wpływu amerykańskiej koncepcji *business judgment rule* na rozumienie zasady biznesowej oceny sytuacji w prawie polskim.

W pracy przyjęto następujące tezy badawcze:

Po pierwsze, zasada biznesowej oceny sytuacji uregulowana w kodeksie spółek handlowych stanowi odrębną od amerykańskiej *business judgment rule* konstrukcję prawną, pełniącą jednak funkcję ochronną.

Po drugie, sposób wyrażenia zasady biznesowej oceny sytuacji w kodeksie spółek handlowych nie zapewnia takiego poziomu ochrony, jaki zapewnia amerykańska koncepcja *business judgment rule*.

Jako wniosek *de lege ferenda* w pracy zaproponowano następujące ukształtowanie regulacji prawnej odnoszącej się do zasady biznesowej oceny sytuacji: „członek zarządu (...) nie narusza obowiązku dołożenia staranności wynikającej z zawodowego charakteru swojej działalności, jeżeli postępując w sposób lojalny wobec spółki, może racjonalnie zakładać, że działa w granicach akceptowalnego ryzyka biznesowego”.

Problematyka odpowiedzialności członków zarządu za szkodę wyrządzoną spółce kapitałowej była przedmiotem opracowań naukowych o charakterze artykułowym oraz komentatorskim. Powstała też praca o charakterze monograficznym poświęcona tematyce odpowiedzialności cywilnej członków organów spółki akcyjnej za decyzje gospodarcze względem spółki⁶. Praca ta odnosi się jednak wyłącznie do spółki akcyjnej. Co więcej, ma ona charakter prawnoporównawczy. W piśmiennictwie prawniczym nie ma jednak opracowania poświęconego problematyce zasady biznesowej oceny sytuacji w kodeksie spółek handlowych.

Niniejsza praca stanowi pogłębioną analizę regulacji polskiej dotyczącej odpowiedzialności członka organu spółki kapitałowej opartej na koncepcji, która w zagranicznych systemach prawnych określana jest mianem *business judgment rule*. Koncepcja ta ukształtowała się w zachodnich systemach prawnych (w szczególności w Stanach Zjednoczonych Ameryki Północnej oraz w Niemczech), uzasadnione jest zatem ukazanie jej rozwoju oraz głównych założeń konstrukcyjnych. Przyjęcie takiej perspektywy badawczej umożliwia kompleksowe zbadanie wpływu koncepcji *business judgment rule* na funkcjonowanie spółek. Na tej podstawie możliwe jest zaś dokonanie

⁶ A. Łatała-Kremer, Odpowiedzialność cywilna członków organów spółki akcyjnej za decyzje gospodarcze względem spółki w perspektywie prawnoporównawczej, Warszawa 2023.

rzetelnej oceny konstrukcji prawnej polskiego rozwiązania *business judgment rule* oraz funkcji, jaką pełni ono w prawie korporacyjnym.

Główną metodą badawczą zastosowaną w niniejszej pracy jest metoda formalno-dogmatyczna. Analizie poddano teksty aktów prawnych, literaturę przedmiotu oraz orzecznictwo odnoszące się do odpowiedzialności członków zarządu za szkodę wyrządzoną spółce oraz narzędzi łagodzących tę odpowiedzialność. Ukształtowanie koncepcji *business judgment rule* w systemie opartym na *common law* oraz zastosowanie jej w europejskich porządkach prawnych uzasadniło zaś skorzystanie z metody prawnoporównawczej. Genezę amerykańskiej koncepcji *business judgment rule* przeanalizowano w oparciu o metodę historyczną. Przy użyciu tej metody zbadano także kierunki rozwoju orzecznictwa odnoszącego się do odpowiedzialności członków organów spółki za szkodę wyrządzoną spółce.

Rozprawa uwzględnia stan prawny na dzień 30 stycznia 2025 r.

I Modelowa koncepcja *business judgment rule* na gruncie amerykańskiego porządku prawnego⁷

1. Uwagi wprowadzające

W prawie korporacyjnym dają się wyodrębnić dwie podstawowe zasady odnoszące się do odpowiedzialności podmiotowej w spółkach kapitałowych. Pierwszą z nich jest zasada wyłączająca odpowiedzialność wspólników za zobowiązania spółki. Wartość wkładu wniesionego do spółki przez wspólnika stanowi bowiem górną granicę ryzyka gospodarczego związanego z jego uczestnictwem w spółce. Drugą natomiast jest zasada ograniczająca odpowiedzialność odszkodowawczą piastunów organów (funkcjonariuszy) za skutki decyzji biznesowych podjętych w ramach obejmowanej w spółce funkcji. Ta zasada jest określana jako koncepcja *business judgment rule*⁸.

Koncepcję *business judgment rule* w modelowym kształcie można odnieść do dwóch płaszczyzn: 1) dążenia do efektywności ekonomicznej podejmowanych decyzji oraz 2) dążenia do urealnienia poziomu odpowiedzialności funkcjonariuszy spółki. Z pozoru mogłoby się wydawać, że dążenie do urealnienia poziomu odpowiedzialności piastunów organów wykracza poza granice koncepcji BJR, która *in genere* ma łagodzić odpowiedzialność menedżerów za szkodę. Należy jednak mieć na względzie, że koncepcja ta nie równoważy sprzecznych interesów w postaci braku odpowiedzialności jako interesu menedżerów oraz szerokiej odpowiedzialności jako interesu spółki, a ma za zadanie optymalizować funkcjonowanie spółki jako takiej. U podstaw łagodzenia odpowiedzialności piastunów organów za szkodę wyrządzoną spółce nie leży chęć poprawienia sytuacji menedżerów, lecz chęć poprawienia sytuacji spółki. Regulacja prawna odnosząca się do odpowiedzialności piastuna organu spółki za szkodę wyrządzoną spółce musi zatem umożliwiać efektywne realizowanie interesu spółki w rozumieniu generowania zysków oraz powiększania wartości spółki. Koncepcja *business judgment rule* wpływa na urealnienie odpowiedzialności menedżerów, bowiem umożliwia osiągnięcie następujących skutków: 1) pociąganie do surowej odpowiedzialności za „złe”, tj. niestaranne, nielojalne, w złej wierze, niezgodne z prawem

⁷ Rozważania przedstawione w niniejszym rozdziale stanowią rozwinięcie treści zawartych w: L. Jedlińska, *The origins and essence of the business judgment rule*, *European Company Case Law* 2024/2, s. 165-178.

⁸ R.J. Rhee, *The Tort Foundation of Duty of Care and Business Judgment*, *Notre Dame Law Review* 2013/88(3), s. 1140.

postępowanie oraz 2) niepociąganie do odpowiedzialności za „dobre” postępowanie - decyzje biznesowe podjęte starannie, lojalnie, w dobrej wierze, zgodne z prawem, które jednak miały negatywne skutki w postaci szkody poniesionej przez spółkę.

Koncepcja *business judgment rule* odnosi się do uwzględnienia wpływu czynników gospodarczo-biznesowych na proces podejmowania decyzji przez członków organów spółek kapitałowych. Gdyby postawić na wadze z jednej strony swobodę decyzyjną menedżerów, a z drugiej strony surową kontrolę sądową podjętych decyzji, wówczas koncepcja *business judgment rule* stanowiłaby „złoty środek”⁹. Pełni ona bowiem funkcję punktu równowagi pomiędzy swobodą menedżerów w podejmowaniu decyzji biznesowych a ich odpowiedzialnością za szkodę wyrządzoną spółce w konsekwencji podjętych decyzji. Pociąganie menedżerów do odpowiedzialności za każdą szkodę wyrządzoną spółce miałoby równie negatywny wpływ na rozwój i funkcjonowanie spółki, jak uwolnienie menedżerów od wszelkiej odpowiedzialności. Z tego względu rola BJR jest tak istotna w praktyce funkcjonowania spółek.

Niniejszy rozdział poświęcony jest analizie modelowej koncepcji *business judgment rule* (dalej także jako: modelowa koncepcja albo koncepcja *business judgment rule*, albo koncepcja BJR), jako centralnego elementu amerykańskiej regulacji prawnej w zakresie odpowiedzialności menedżerów za szkodę wyrządzoną spółce w wyniku podjętej decyzji biznesowej. Mimo że modelowa koncepcja BJR została zapoczątkowana na gruncie amerykańskiej regulacji prawnej, konieczne jest odróżnienie jej od amerykańskiej koncepcji BJR oraz od amerykańskiej konstrukcji *business judgment rule* (dalej także jako: amerykańska konstrukcja BJR, reguła BJR albo *business judgment rule*). Modelowa koncepcja *business judgment rule* stanowi jedynie punkt wyjścia, pewnego rodzaju podstawę, na której można zbudować ochronną konstrukcję prawną dopasowaną do potrzeb konkretnego porządku prawnego. Odnosi się ona do ponadnarodowej funkcji, jaką regulacja prawna ma pełnić w systemie prawa korporacyjnego - funkcji *business judgment rule* (dalej także jako: funkcja BJR). Amerykańska koncepcja *business judgment rule* stanowi zespół elementów, które łącznie wdrażają modelową koncepcję BJR do amerykańskiego porządku prawnego i umożliwiają realizację funkcji *business judgment rule*. Konstrukcja *business judgment rule*, to wąsko rozumiana konstrukcja prawna będąca jednym z elementów - standardem kontroli - amerykańskiej koncepcji BJR.

⁹ Z. Kuniewicz, Odpowiedzialność odszkodowawcza członka zarządu niemieckiej spółki akcyjnej wobec spółki (§ 93 AktG), *Przegląd Prawa Handlowego* 2024/1, s. 17.

Początkowo omówione zostaną motywy leżące u podstaw ukształtowania modelowej koncepcji *business judgment rule*. Następnie zostaną wskazane elementy kształtujące standard postępowania oraz standard kontroli na gruncie amerykańskiego prawa korporacyjnego. Szczególnie istotne będzie zanalizowanie obowiązków powierniczych nałożonych na członków rad dyrektorów. Rozważania będą zmierzały do wskazania istoty amerykańskiej konstrukcji *business judgment rule* jako jednego z kilku standardów sądowej kontroli decyzji biznesowych współkształtujących amerykańską koncepcję *business judgment rule*.

2. Motywy ukształtowania modelowej koncepcji *business judgment rule*

Członkowie organu zarządczego spółki (rady dyrektorów) obowiązani są prowadzić sprawy spółki. Nie działają oni przy tym jako osoby fizyczne reprezentujące swoje własne interesy, lecz jako powiernicy spółki. Mają swoim działaniem dążyć do realizacji celu spółki, a ich głównym obowiązkiem jest maksymalizacja zysków spółki. Ze względu na pełnioną funkcję na członków rady dyrektorów nałożone są obowiązki, których realizacja umożliwia właściwe funkcjonowanie spółki. Członek organu zarządczego ponosi odpowiedzialność za szkodę wyrządzoną spółce swoim działaniem albo zaniechaniem niezgodnym z nałożonymi na niego obowiązkami.

Ponoszenie odpowiedzialności odszkodowawczej przez menedżerów spółek nie budziło początkowo wątpliwości na gruncie amerykańskiego prawa. Odpowiedzialność była wręcz postrzegana jako naturalne następstwo szkody. Sędziowie zaczęli jednak dostrzegać ułomność ingerencji w prowadzenie spraw spółki i zastępowanie decyzji menedżerskich decyzjami sądowymi. Kontrola merytoryczna podjętych przez organy spółki decyzji zaczęła być postrzegana jako przekroczenie granic swobody prowadzenia działalności gospodarczej. Świadomość istnienia ryzyka związanego z podejmowaniem decyzji biznesowych uzasadniła potrzebę znalezienia narzędzia umożliwiającego odróżnienie „złych decyzji” (ang. *bad decision*), które powinny podlegać pełnej kontroli sądowej, od „dobrych decyzji” o złych konsekwencjach (ang. *good decision that turned out badly*), które nie powinny być kwestionowane przez sędziów.

Sędziowie, orzekając w sprawach odpowiedzialności menedżerów

po wystąpieniu szkody, znali konsekwencje podjętych decyzji menedżerskich. Byli przez to narażeni na tzw. efekt wiedzy po fakcie (ang. *hindsight bias*)¹⁰. Znajomość negatywnych konsekwencji działania menedżerów w postaci szkody poniesionej przez spółkę powodowała większą przychylność sędziów do dokonania równie negatywnej oceny ich postępowania. Sędziowie, znając konsekwencje decyzji, łatwiej uznawali, że zaistniałe konsekwencje były do przewidzenia, dlatego częściej podważali decyzje biznesowe podjęte przez członków rady dyrektorów. Wobec potrzeb obrotu gospodarczego, konieczne stało się wykształcenie regulacji prawnej umożliwiającej urealnienie odpowiedzialności, tj. wymierzanie jej w przypadkach błędnego postępowania decydentów, ale niewymierzanie jej w przypadkach prawidłowo podjętych decyzji, na których efekt miało wpływ jedynie zmaterializowanie się ryzyka z nimi związanego. Problemem wpływającym na zasadność pociągania do odpowiedzialności nie było rozróżnienie zachowań prawidłowych od nieprawidłowych jako takich, ale rozróżnienie ich *ex post*, znając ich konsekwencje. Jasne było bowiem, że wobec materii, jaką stanowią decyzje biznesowe obarczone ryzykiem niepowodzenia, nie można dokonywać oceny przez pryzmat szkody. Stwierdzenie, że wystąpienie szkody oznacza, iż decydent postąpił nieprawidłowo, nie znalazło uzasadnienia. Odpowiedź na pytanie, co zrobić, by dalej poddawać kontroli postępowanie menedżerów, ale nie poddawać kontroli biznesowych decyzji pozostających w granicach menedżerskiego uznania, nie była oczywista i, pomimo upływu czasu, nadal nie jest oczywista.

Podjęto próbę ograniczenia ingerencji sądu w biznesowe sprawy korporacyjne¹¹. Dążono do tego, by sędziowie mogli powstrzymać się od orzekania w sprawach odnoszących się do decyzji biznesowych. Oczywiście, nie mogło być mowy o wyłączeniu kontroli sądowej w odniesieniu do wszelkich decyzji, lecz jedynie ograniczenie jej w odniesieniu do decyzji biznesowych podjętych w nienależyty sposób. Niemożliwe było idealne i bezbłędne oddzielenie spraw wymagających kontroli od spraw, przy których kontrola sądowa nie była niezbędna. Konieczne było wobec tego zaakceptowanie, że albo część spraw, które nie powinny podlegać kontroli, zostanie jej poddana, albo część spraw, które powinny być ocenione przez sąd, uniknie tej oceny.

¹⁰ S.M. Bainbridge, *The Business Judgment Rule as Abstention Doctrine*, *Vanderbilt Law Review* 2019/72(1), s. 114.

¹¹ Zob. orzeczenie w sprawie *Percy v. Millaudon*, która jest uważana za pierwszą sprawę, w której zastosowano *business judgment rule*; *Percy v. Millaudon*, 8 Mart. (n.s.) 68 (La. 1829) 77-78.

Sądy amerykańskie podjęły próbę wdrożenia narzędzia, które pozytywnie wpłynie na funkcjonowanie spółek. Narzędziem tym była właśnie konstrukcja *business judgment rule* - „reguła nieponoszenia niesprawiedliwej odpowiedzialności za podjęte decyzje biznesowe”, która miała pełnić funkcję BJR. Funkcję tę należy przy tym rozumieć jako ochronę członków zarządu spółki przed odpowiedzialnością za szkodę wyrządzoną spółce w wyniku zmaterializowania się ryzyka, związanego z podjętą decyzją biznesową poprzez budowanie *good corporate governance* (pol. ład korporacyjny) wspierającego procesy zarządzania spółką. Po wielu latach funkcjonowania koncepcji *business judgment rule* w prawie korporacyjnym można wskazać, że tworząc ją, sądy kierowały się tym, że prawo nie jest i nie musi być idealne. Wystarczy, że będzie coraz lepsze. Przyjęcie takiego podejścia umożliwiło wdrożenie nowej koncepcji, która nie musiała być idealna już przy pierwszym jej zastosowaniu. Miała jednak rozpocząć dalszą merytoryczną dyskusję nad jej pełnym ukształtowaniem.

Kluczowym elementem koncepcji *business judgment rule* jest decyzja biznesowa. U podstaw tej koncepcji nie legła bowiem potrzeba łagodzenia wszelkiej odpowiedzialności członków organów zarządczych, tylko zaś takiej, która odnosi się do biznesowych decyzji zarządczych, które bywają nieprzewidywalne, nawet jeśli zostaną starannie podjęte. Decyzja biznesowa jest pojmowana jako świadomy akt woli menedżera, zmierzający do osiągnięcia konkretnego celu, przedstawiająca przynajmniej jedno, a zazwyczaj kilka możliwych do podjęcia działań, z których każde ma zarówno wady, jak i zalety¹². Decyzja powinna wiązać się z jakąś intencją decydenta, powinna zależeć od jego woli, nie może być wynikiem przypadku, zdarzenia losowego czy nieuniknionym elementem ciągu wydarzeń. Menedżer musi przy podejmowaniu decyzji uwzględnić ryzyko z nią związane, nie może go ignorować ani nie mieć świadomości jego istnienia. Należy przy tym zauważyć, że pojęcie ryzyka występuje zazwyczaj w konotacji negatywnej. Nie spotyka się sformułowań, że istnieje ryzyko powodzenia. Ryzyko często wiążemy z niepowodzeniem (stratą).

Koncepcja *business judgment rule* odnosi się jedynie do płaszczyzny działań podejmowanych przez funkcjonariusza spółki. Jako działanie w jej ramach uważane jest także podjęcie decyzji o niedziałaniu¹³, przy czym niedziałanie nie może stanowić braku jakiegokolwiek aktywności, lecz ma być konsekwencją podjętej decyzji o niedziałaniu, wobec czego samo podjęcie takiej decyzji stanowi wystarczającą aktywność. Koncepcja

¹² S. Mutter, *Unternehmerische Entscheidungen und Haftung*, Köln 1994, s. 22-24.

¹³ *Aronson v. Lewis*, 473 A.2d 805,812 (Del. 1984).

business judgment rule nie znajdzie zastosowania, gdy członkowie zarządu zrezygnują z pełnienia funkcji, działają nieświadomie albo nie działają wcale¹⁴. W takim ujęciu, decyzja biznesowa stanowi podstawową i zarazem konieczną przesłankę zastosowania koncepcji *business judgment rule*.

Jak już wskazano, koncepcja *business judgment rule* pełni funkcję wspierającą wobec procesów *good corporate governance*, chroniąc menedżerów przed niesłuszną odpowiedzialnością za szkodę wyrządzoną spółce podjętą decyzję biznesową. Dążąc do realizacji wskazanej funkcji, ukształtowano rozwiązanie dostosowane do warunków amerykańskiego systemu prawnego - konstrukcję *business judgment rule*. Konstrukcja ta pozwala rozdzielić przypadki, w których decyzja biznesowa powinna zostać przyjęta bez dalszej kontroli, od przypadków, w których konieczne jest przeprowadzenie kontroli w oparciu o standard całkowitej uczciwości (ang. *entire fairness*). Reguła ta (ang. *rule*) stanowi narzędzie umożliwiające sędziom powstrzymanie się od kwestionowania, analizy i oceny decyzji biznesowej. W tym kontekście umożliwia ona wyłączenie kontroli sądowej. Aby sąd mógł przystąpić do kontroli decyzji biznesowej pod kątem jej całkowitej uczciwości, konieczne jest obalenie domniemań kształtujących *business judgment rule*. Wówczas ciężar wykazania, że decyzja była podjęta uczciwie, zostanie przeniesiony na stronę pozwaną. Oznacza to, że utrata ochrony reguły BJR nie przesądza o odpowiedzialności, a jedynie umożliwia przeprowadzenie kontroli przez sąd¹⁵.

Zastosowanie przez sąd standardu *entire fairness* zmierza do ustalenia całkowitej, obiektywnej uczciwości decyzji biznesowej. Analiza przeprowadzana jest z uwzględnieniem wszystkich okoliczności sprawy¹⁶. Sąd poddaje analizie, czy zarząd dochował ciążących na nim obowiązków powierniczych, biorąc pod uwagę uczciwość postępowania (ang. *fair dealing*) oraz uczciwość ceny (ang. *fair price*)¹⁷. Ciężar wykazania owej uczciwości spoczywa na stronie pozwanej. Uczciwość postępowania obejmuje szeroki zakres elementów, od samego inicjowania warunków transakcji i jej struktury poprzez negocjacje, aż po decyzję piastuna organu jako taką¹⁸. Uczciwość ceny odnosi się natomiast do finansowych i ekonomicznych uwarunkowań transakcji między

¹⁴ Ibidem.

¹⁵ Cinerama, Inc. v. Technicolor, Inc., 663 A2d 1156, 1165 (Del. 1995).

¹⁶ L. Mitchell, Fairness and Trust in Corporate Law, Duke Law Journal 1993/43(3), s. 425–491.

¹⁷ Emerald Partners v. Berlin, 787 A2d 85, 97 (Del. 2001).

¹⁸ Weinberger v. UOP, Inc., 457 A2d 701, 711 (Del. 1983).

innymi, z uwzględnieniem wartości rynkowej, zysków czy wpływu na akcje spółki¹⁹. Wskazuje się, że standard *entire fairness* jest najbardziej rygorystycznym standardem oceny działania członków zarządu²⁰. Zastosowanie standardu *entire fairness* stanowi istotną ingerencję sądu w biznesowe sprawy korporacyjne. Konstrukcja *business judgment rule* ogranicza jego zastosowanie jedynie do przypadków, w których jest to niezbędne i uzasadnione.

3. Standardy postępowania oraz kontroli

Należyte rozumienie koncepcji *business judgment rule* wymaga podkreślenia roli następujących standardów: 1) standardu postępowania (ang. *standard of conduct*) oraz 2) standardu kontroli (ang. *standard of review*). Przy pobieżnej analizie problematyki reguły BJR można by powiedzieć, że przedmiotem badań powinien być jedynie *standard of review*, bowiem reguła BJR została ukształtowana jako standard kontroli²¹. Jednak problematyka *business judgment rule* jest bardziej złożona. Aby należycie zrozumieć istotę reguły BJR jako standardu kontroli, konieczne jest dokonanie pogłębionej analizy standardu postępowania. To właśnie standard postępowania wyznacza sposób działania określonego podmiotu w konkretnych okolicznościach. Standard kontroli stanowi natomiast test, który powinien przeprowadzić sąd, oceniając postępowanie funkcjonariusza spółki²². Właściwe rozumienie, czym jest standard kontroli, pozwala poprawnie wskazać elementy testu, a w konsekwencji elementy podlegające ewentualnej ocenie sądu.

Jak już wspomniano, amerykańska reguła BJR kształtuje domniemanie, zgodnie z którym proces podejmowania decyzji biznesowej przez członka rady dyrektorów spółki był przeprowadzony z należyłą starannością, w dobrej wierze i w sposób lojalny. Dołożenie należytej staranności, dochowanie lojalności oraz działanie w dobrej wierze stanowią elementy standardu postępowania objęte domniemaniem. Są to jednak również elementy standardu kontroli, a wręcz standardu braku kontroli (ang. *standard of non-*

¹⁹ Ibidem.

²⁰ *Reis v. Hazelett Strip-Casting Corporation*, 28 A. 3d 442 (Del. Ch. 2011).

²¹ J. Told, *Business Judgment Rule: A Generally Applicable Principle?*, *European Business Law Review* 2015/26(5), s. 713-732.

²² M.A. Eisenberg, *The Divergence of Standards of Conduct and Standards of Review in Corporate Law*, *Fordham Law Review* 1993/62(3), s. 437.

review) aż do momentu obalenia domniemania²³. Sąd nie przystąpi do kontroli decyzji biznesowej, dopóki domniemanie nie zostanie wzruszone.

Ujmując *business judgment rule* holistycznie, należy powiedzieć, że jest to doktryna wstrzymywania się (ang. *abstention doctrine*). Reguła BJR stanowi bowiem sądowe narzędzie wstrzymania się od przeprowadzenia kontroli całkowitej uczciwości podjętej decyzji biznesowej²⁴. Jeśli zostaną wypełnione warunki wstępne, rozumiane jako domniemania przeprowadzenia słusznego procesu decyzyjnego, nie ma już miejsca na sądową ocenę słuszności decyzji biznesowej.

3.1. Standard postępowania (*standard of conduct*)

Odejście przez sąd od oceny opartej na standardzie *entire fairness* jest możliwe przy kumulatywnym zaistnieniu pewnych przesłanek. Istnieje wiele opracowań wskazujących przesłanki zastosowania *business judgment rule*. Trudno byłoby wybrać jedną wiążącą klasyfikację, która określałaby stały katalog elementów niezbędnych do zastosowania reguły BJR. Różne opracowania przez lata kształtowania się reguły kładły bowiem nacisk na nieco inne elementy.

Można jednak wskazać elementy stanowiące trzon *business judgment rule*, do których należą: 1) podjęcie decyzji biznesowej jako takiej (ang. *business judgment*); 2) podjęcie owej decyzji z należytą starannością (ang. *duty of care*); 3) podjęcie decyzji w sposób lojalny wobec spółki (ang. *duty of loyalty*) oraz 4) podjęcie decyzji w dobrej wierze (ang. *duty of good faith*). Wymienione obowiązki staranności, lojalności oraz dobrej wiary, stanowiące triadę obowiązków powierniczych, zostały ukształtowane przez orzecznictwo sądów amerykańskich, w szczególności w Stanie Delaware. Zostały one również wskazane w podstawach ładu korporacyjnego przygotowanych przez American Law Institute (dalej także jako: ALI)²⁵. Zgodnie z nimi, piastun organu ma podjąć decyzję biznesową przy uwzględnieniu następujących przesłanek: 1) w dobrej wierze; 2) na podstawie szczerego przekonania, że podejmowana decyzja leży w najlepszym interesie organizacji oraz 3) ze starannością wymaganą od przeciętnego rozsądnego

²³ D.M. Branson, *Corporate Governance, Cumulative Supplement*, Michie Law Publishers, 1997, § 7.01-7.20.

²⁴ B.S. Sharfman, *The Importance of the Business Judgment Rule*, *New York University Journal of Law & Business* 2017/14(1), s. 27.

²⁵ The American Law Institute, *Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations IV*, proposed final draft, 1992.

człowieka w podobnych okolicznościach. Wymienione obowiązki kształtują standard postępowania członka zarządu spółki.

3.1.1. Obowiązek należytej staranności (*duty of care*)

Jak już wcześniej wspomniano, jednym z podstawowych obowiązków powierniczych członków zarządu jest obowiązek dołożenia staranności przy podejmowaniu decyzji biznesowych. Jednak w ramach ogólnego obowiązku należytej staranności można wyodrębnić jeszcze inne, bardziej szczegółowe obowiązki. Pierwszym z nich jest obowiązek kontroli (ang. *duty to monitor*). Drugi z obowiązków stanowi obowiązek podjęcia działań następczych na podstawie przeprowadzonych procesów kontrolnych²⁶. Dla podejmowania należytych decyzji biznesowych nie wystarczy bowiem jedynie stworzenie procesów kontrolnych celem zapewnienia dostępu do aktualnych i wyczerpujących informacji o działalności organizacji. Konieczne jest dodatkowo dalsze wykorzystanie tych informacji i podjęcie w oparciu o nie adekwatnych działań. Ta aktywność nazywana jest obowiązkiem dochodzenia/badania/weryfikacji (ang. *duty of inquiry*)²⁷. Trzecim obowiązkiem jest stosowanie racjonalnego procesu decyzyjnego. Czwartym zaś jest obowiązek podejmowania racjonalnych decyzji²⁸. Dopiero po spełnieniu powyższych obowiązków przez członka zarządu będzie można uznać, że jego działanie było zgodne ze standardem postępowania - należyte staranne.

Jak już wskazano, istotnym elementem obowiązku staranności jest obowiązek kontroli. W związku z nim pojawia się pytanie, czy członek rady dyrektorów ma obowiązek zapobieżenia wyrządzeniu spółce szkody. Innymi słowy, czy należy pociągać członków rady dyrektorów do odpowiedzialności za szkodliwe dla spółki skutki ich decyzji, niewynikające jednak ani z błędnego, ani z niezgodnego z prawem działania. Sądy Stanu Delaware pozytywnie odpowiedziały na powyższe pytanie. Zgodnie ze stanowiskiem tamtejszego orzecznictwa, członek zarządu ma obowiązek zapobieżenia wyrządzeniu spółce szkody - obowiązek kontroli (ang. *duty to monitor*)²⁹. Obowiązek ten zostaje naruszony w sytuacji, gdy do szkody spółki dojdzie w wyniku nieuważnego działania albo braku działania członka zarządu. Obowiązek kontroli stanowi pewnego

²⁶ M.A. Eisenberg, *The Divergence ...*, s. 437-440.

²⁷ Ibidem.

²⁸ Ibidem.

²⁹ W.T. Allen, R.H. Kraakman, G. Subramanian, *Commentaries and Cases on the Law of Business Organization*, 2003, s. 261-262.

rodzaju spoiwo łączące dwa fundamentalne obowiązki powiernicze (ang. *fiduciary duties*): 1) *duty of care* oraz 2) *duty of loyalty*³⁰.

Jak już wcześniej wspomniano, *duty of care* nakłada na członka rady dyrektorów obowiązek działania starannego, w sposób odzwierciedlający działanie rozważnego człowieka w podobnych okolicznościach, a *duty of loyalty* nakazuje działać w dobrej wierze, w najlepszym interesie spółki. Natomiast *duty to monitor* nakłada na członka rady dyrektorów odpowiedzialność w oparciu o to, czego ów członek rady dyrektorów nie zrobił, a powinien zrobić (ang. *fail to do*)³¹. Wobec tak ukształtowanej zasady odpowiedzialności, niezwykle trudno wyznaczyć jej zakres w taki sposób, by nie zniechęcić rady dyrektorów do podejmowania decyzji ryzykownych, ale o potencjalnie wysokim poziomie korzyści w przypadku ich powodzenia. Obowiązek kontroli (*duty to monitor*), ukształtowany przez orzecznictwo Stanu Delaware, znalazł odzwierciedlenie w czterech kluczowych sprawach sądowych. Należą do nich: 1) *Graham v. Allis-Chalmers*³²; 2) *Caremark*³³; 3) *Stone v. Ritter*³⁴; 4) *In re Citigroup*³⁵.

Na gruncie *Graham v. Allis-Chalmers* Sąd Kanclerski Stanu Delaware (ang. Delaware Chancery Court) orzekł o istnieniu po stronie rady dyrektorów spółki obowiązku monitorowania - *duty to monitor*, jednak ostatecznie oddalił powództwo, wskazując, że rada dyrektorów mogła polegać na szczerości i integralności pracowników³⁶. Sąd ukształtował obowiązek monitorowania w następujący sposób: 1) *duty to monitor* został podciągnięty pod obowiązek dochowania należytej staranności (*duty of care*); 2) zdefiniowano obowiązek monitorowania jako obowiązek pasywny; 3) orzeczono, że rada dyrektorów ma obowiązek powstrzymania działalności korporacyjnej tylko, jeśli jest nielegalna³⁷. Rozwijając „pasywność obowiązku”, Sąd odniósł się do orzeczenia z 1891 r. w sprawie *Briggs v. Spaulding*, wskazując, że rada dyrektorów miałaby obowiązek powstrzymania niewłaściwego postępowania tylko w przypadku, gdyby coś wzbudziło jej podejrzenia³⁸. Rada dyrektorów nie ma bowiem, w ocenie Sądu, obowiązku poszukiwania, tzw. czerwonych flag (ang. *red flag*),

³⁰ E.J. Pan, Rethinking the board's duty to monitor: a critical assessment of the Delaware Doctrine, Florida State University Law Review 2011/38(2), s. 209.

³¹ *Caremark International, Inc. Derivative Litigation*, 698 A.2d 959, 967 (Del. Ch. 1996).

³² *Graham v. Allis-Chalmers Manufacturing Co.*, 188 A.2d.125, 130 (Del. 1963).

³³ *Caremark International, Inc. Derivative Litigation*, 698 A.2d 959 (Del. Ch. 1996).

³⁴ *Stone v. Ritter*, 911 A.2d 362 (Del. Ch. 2006).

³⁵ *In re Citigroup Inc, Shareholder Derivative Litigation*, 964 A.2d 106 (Del. Ch. 2009).

³⁶ *Graham v. Allis-Chalmers Manufacturing Co.*, 188 A.2d.125, 130 (Del. 1963).

³⁷ E.J. Pan, A Board's Duty to Monitor, New York Law School Law Review 2009/54(10), s. 721-722.

³⁸ *Graham v. Allis-Chalmers Manufacturing Co.*, 188 A.2d.125, 130 (Del. 1963).

a odpowiedzialność poniosłaby jedynie w przypadku zignorowania (intencjonalnego albo poprzez nieuwagę) oczywistych znaków złego postępowania pracowników.

Drugą sprawą, na gruncie której kształtował się obowiązek rady dyrektorów do sprawowania kontroli, była sprawa *In re Caremark* z 1996 roku. Na gruncie tej sprawy Sąd Kancelarski Stanu Delaware (Delaware Court of Chancery) orzekł, że rada dyrektorów ma obowiązek dołożyć starań (w dobrej wierze), by zapewnić istnienie i adekwatność systemu informacji i raportowania w organizacji, bowiem brak zapewnienia takiego systemu może w pewnych okolicznościach generować odpowiedzialność za szkodę powstałą w wyniku braku zgodności (ang. *non-compliance*) ze znajdującymi zastosowanie standardami prawnymi³⁹. Tym samym, Sąd wykroczył poza zakres orzeczenia w sprawie *Graham v. Allis-Chalmers* i wypełnił treścią obowiązek monitorowania, stwierdzając, że po 33 latach od orzeczenia w sprawie *Graham v. Allis-Chalmers* należy zreinterpretować dotychczasowe podejście. Argumentował przy tym, między innymi, że system informacyjno-raportowy jest kluczowy dla rady dyrektorów, by mogła ona wypełniać swoje obowiązki kontrolne.

Trzecim orzeczeniem, które miało duży wpływ na zdefiniowanie obowiązku kontroli było orzeczenie Sądu Najwyższego Stanu Delaware (ang. Delaware Supreme Court) w sprawie *Stone v. Ritter* z 2006 roku⁴⁰. We wskazanym orzeczeniu Sąd ponownie zdefiniował *duty to monitor*, wskazując trzy istotne punkty mające wpływ na ukształtowanie obowiązku kontroli: 1) zrównał obowiązek kontroli z obowiązkiem postępowania w dobrej wierze (ang. *duty of good faith*); 2) dokonał subsumpcji obowiązku działania w dobrej wierze do *duty of loyalty*, zamiast jak dotychczas, do *duty of care*; 3) zakwalifikował świadomość (ang. *scienter*) jako element złej wiary (ang. *bad faith*). Ostatecznie Sąd orzekł, że przypisanie odpowiedzialności wymaga wykazania, że członkowie rady dyrektorów wiedzieli, iż nie wypełniają swoich obowiązków powierniczych.

Do grona kluczowych orzeczeń kształtujących *duty to monitor* należy jeszcze dodać orzeczenie w sprawie *In re Citigroup, Inc. Shareholder Derivative Litigation*, na gruncie którego podkreślono ograniczenia obowiązku kontroli⁴¹. W podanej sprawie Sąd orzekł, że obowiązek kontroli (ang. *Delaware's duty to monitor*) wymaga jedynie, by rada dyrektorów wprowadziła do organizacji systemy pozwalające na kontrolę

³⁹ *Caremark International, Inc. Derivative Litigation*, 698 A.2d 959 (Del. Ch. 1996).

⁴⁰ *Stone v. Ritter*, 911 A.2d 362 (Del. 2006).

⁴¹ *In re Citigroup Inc, Shareholder Derivative Litigation*, 964 A.2d 106 (Del. Ch. 2009).

oszustw albo nielegalnej aktywności korporacji, jednak dyrektorzy nie powinni ponosić odpowiedzialności za brak monitorowania ryzyka biznesowego. Dyrektorzy nie mogą bowiem ponosić odpowiedzialności za negatywny wynik biznesowy podjętych decyzji.

Każda z przedstawionych wyżej spraw sądowych, wnosząc pewne elementy, współkształtuje spoczywający na członkach rady dyrektorów obowiązek kontroli. Ostatecznie zatem można przyjąć, że realizując obowiązek kontroli, dyrektorzy powinni zachować się w następujący sposób: 1) podjąć aktywność, jeśli dowiedzą się o szkodliwych lub niezgodnych z prawem działaniach spółki (pracowników); 2) działać w obliczu oczywistych znaków ostrzegawczych - czerwonych flag; 3) wdrożyć adekwatne systemy informacyjno-raportowe w organizacji, by zapewnić zgodność funkcjonowania spółki z obowiązującymi regulacjami.

Należy pozytywnie ocenić dorobek judykatury Stanu Delaware w zakresie samego nałożenia na członków rady dyrektorów obowiązku kontroli - *duty to monitor*. Jednak konieczne jest przy tym krytyczne spojrzenie na jego zdefiniowanie i wyznaczenie jego granic. Sądy Stanu Delaware w swoich orzeczeniach zawężyły zakres obowiązku kontroli jedynie do złego postępowania oraz niezgodności z prawem. O ile pozytywnym tego efektem jest podkreślenie potrzeby zapewnienia przez radę dyrektorów zgodności funkcjonowania organizacji z prawem, o tyle stanowi to jednocześnie niedoszacowanie menedżerskiej roli rady dyrektorów i marginalizowanie potrzeby biznesowej aktywności organizacji oraz jej zgodności ze standardami, możliwościami gospodarczymi oraz oczekiwaniami współników. Skupienie się przez Sądy na tym, co rada dyrektorów wiedziała, zamiast na tym, co powinna wiedzieć, podejmując decyzje, może negatywnie wpływać na chęć jej członków do poszukiwania czerwonych flag - ryzyk związanych z funkcjonowaniem i zarządzaniem organizacją. Zakwalifikowanie obowiązku kontroli, jako mieszczącego się w obowiązku lojalności, również jest zabiegiem kontrowersyjnym. Obowiązek kontroli wydaje się związany z obowiązkiem dochowania należytej staranności. Staranne podjęcie decyzji biznesowej wymaga pozyskania niezbędnych informacji. Wdrożenie systemów informacyjno-raportowych stanowi narzędzie pozyskania informacji o działalności organizacji i ryzykach, na jakie jest narażona. Mogą one bowiem nie tylko być narzędziem monitorowania wpływu podjętych decyzji biznesowych na funkcjonowanie organizacji, ale również źródłem informacji o sytuacji organizacji oraz czerwonych flagach przed podjęciem decyzji zarządczej.

Na gruncie spraw Caremark oraz Stone v. Ritter sędziowie próbowali wykształcić standard łagodzący odpowiedzialność za naruszenie obowiązku kontroli. Wskazane złagodzenie manifestuje się poprzez kwalifikację obowiązku kontroli w ramach obowiązku dochowania lojalności, który może być naruszony tylko poprzez działanie w złej wierze⁴². Taka klasyfikacja obowiązku kontroli jest przedmiotem dyskusji nie tylko w Stanach Zjednoczonych, ale również na gruncie porządków europejskich, np. w Niemczech⁴³. Z jednej strony, przyjęcie stanowiska przeciwnego (klasyfikacji obowiązku kontroli w ramach obowiązku dołożenia staranności⁴⁴) i zaaprobowanie ponoszenia odpowiedzialności za postępowanie osób trzecich, wydaje się bardzo surowym podejściem. Z drugiej zaś strony, złagodzenie odpowiedzialności w tym zakresie może prowadzić do nierozważnych zachowań menedżerów, które jednak mieściłyby się w granicach dobrej wiary.

Do obowiązku kontroli i jego rozumienia, w szczególności na gruncie orzeczenia Caremark, odniósł się w 2023 r. T. S. Stein, prezentując orzeczniczą działalność sądów w nowym ujęciu⁴⁵. Korzystając ze swojej teorii odnośnie do modyfikatorów oceny (ang. *scrutiny modifiers*), o których będzie mowa w dalszej części rozdziału, skrytykował „manewr orzeczniczy”, polegający na zmianie kwalifikacji obowiązku kontroli, jako pierwotnie mieszczącego się w obowiązku staranności na jego kwalifikację jako elementu obowiązku lojalności. Zmianę orzeczniczej dokonanej przez sądy zarzucił, że została ona niewłaściwie przeprowadzona na gruncie standardów postępowania, zamiast na gruncie standardów kontroli. Wskazał, że takie działanie powoduje problemy interpretacyjne, wpływa bowiem negatywnie na przejrzysty podział na standardy postępowania oraz standardy kontroli.

Obowiązek kontroli jest jednym z obowiązków składających się na obowiązek staranności. Nie jest on jednak obowiązkiem samodzielnym. Po zrealizowaniu obowiązku kontrolnego, konieczne jest dalsze aktywne działanie dyrektorów, obejmujące podjęcie działań następczych na podstawie danych pozyskanych w wyniku wdrożenia i funkcjonowania systemów raportowych. Informacje pozyskane w wyniku

⁴² A. Schall, Compliance-Pflicht als Loyalitätspflicht – weist Delaware einen Weg zur Haftungsbegrenzung ohne Übernahme des arbeitsrechtlichen Haftungsprivilegs?, [w:] B. Grunewald, J. Koch, J. Tielmann (red.), Festschrift für Eberhard Vetter, Köln 2019, s. 659-668.

⁴³ A. Schall, Stock corporations: Corporate governance, [w:] A. Vicari, A. Schall (red.), Company laws of the EU: A handbook, München, Oxford, Baden-Baden 2020, s. 275-276.

⁴⁴ M.A. Eisenberg, The Divergence ..., s. 440.

⁴⁵ T.S. Stein, A Theory of Substantive Standards of Review: The Case of Corporate Law, University of Tennessee Legal Studies Research Paper 2023/8(2), s. 53, [dostęp: <https://ssrn.com/abstract=4553450> albo <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4553450>].

monitorowania działalności spółki i jej pracowników, wskazujące na nieprawidłowości lub czerwone flagi, nie mogą być ignorowane przez radę dyrektorów⁴⁶. Innymi słowy, członkowie rady dyrektorów mają obowiązek starannego zweryfikowania niepokojących informacji, sygnalizujących pewne uchybienia czy istniejące ryzyka dla funkcjonowania organizacji.

Ostatnim elementem kształtującym obowiązek staranności jest dołożenie staranności przy podejmowaniu decyzji. Na gruncie tego obowiązku można wyodrębnić dwa aspekty: 1) proceduralny oraz 2) merytoryczny⁴⁷. Aspekt proceduralny odnosi się do procesu podejmowania decyzji. Menedżer musi pozyskać informacje adekwatne do podejmowanej decyzji oraz okoliczności jej towarzyszących. Nie ma jednolitego schematu wyznaczającego należyty poziom informacji, bowiem ich szczegółowość jest każdorazowo zależna od konkretnych okoliczności, np. skali podejmowanej decyzji, dostępnego czasu czy kosztów pozyskania tych informacji. Członek rady dyrektorów musi często wziąć pod uwagę nie tylko ryzyko ekonomiczne związane z podejmowaną decyzją, ale również ryzyko wynikające z braku posiadania wystarczającej ilości czasu, by zdobyć wszelkie konieczne dane⁴⁸.

Aspekt merytoryczny dołożenia staranności przy podejmowaniu decyzji odnosi się do jej „jakości” (ang. *quality*) i jest ściśle związany ze standardem oceny *business judgment rule*. Szerzej na temat standardu oceny opartym na *business judgment rule* będzie mowa w dalszej części rozdziału, jednak już w tym miejscu warto wskazać, że ocena „jakości” decyzji może odnosić się, zgodnie z ALI’s Principles of Corporate Governance, do tego, czy była ona podjęta rozsądnie albo zgodnie z ujęciem „*pure good faith rule*” (pol. reguła w pełni oparta na dobrej wierze), do tego, czy była podjęta w dobrej wierze⁴⁹.

⁴⁶ B. Manning, The business judgment rule and the director’s duty of attention: Time for reality, The Business Lawyer 1984/39(4), s. 1477–1484.

⁴⁷ M.A. Eisenberg, The Duty of Care of Corporate Directors and Officers, University of Pittsburgh Law Review 1990/51(4), s. 945–958.

⁴⁸ The American Law Institute, Principles of Corporate Governance, Draft nr 4, 1985, § 4.01, §§ 4.01(a)(1) – (a)(2), s. 46–47.

⁴⁹ In re RJR Nabisco, Inc. Shareholders Litigation, Fed. Sec. L. Rep., CCCH, (Del. Ch. 1989); Sędzia Allen wskazał, że umożliwienie sądowej oceny decyzji biznesowej, podjętej przez prawdziwie bezinteresownych członków zarządu, w dobrej wierze oraz przy zachowaniu odpowiedniej staranności, pod kątem jej „słuszności” albo „racjonalności”, albo „rozsądku” prowadziłoby do przyjęcia przez sąd roli superdyrektora.

3.1.2. Obowiązek lojalności (*duty of loyalty*)

Kolejnym obowiązkiem powierniczym, wynikającym z relacji łączącej członka rady dyrektorów ze spółką, jest obowiązek lojalności. Nie jest możliwe, ani tym bardziej słuszne, sformułowanie definicji, która jednoznacznie określałaby zakres tego obowiązku. Wiele zachowań lub zaniechań będzie można uznać za lojalne względem organizacji. Próbując jednak wskazać, czym jest obowiązek lojalności względem spółki, można najogólniej ująć go jako brak konfliktu pomiędzy interesem spółki a partykularnym interesem funkcjonariusza⁵⁰. Tak rozumiany konflikt interesów może mieć wiele postaci; od zachowań funkcjonariuszy, które godzą w dobro organizacji, aż po wykorzystanie organizacji w celu osiągnięcia prywatnych korzyści.

Do najbardziej powszechnych konfliktów interesów zaliczane są następujące: 1) wykonywanie funkcji zarządczej w organizacji przy jednoczesnym uzyskiwaniu utajonych korzyści prywatnych (ang. *self-dealing*) oraz 2) przywłaszczanie biznesowych szans organizacji (ang. *usurp a corporate oportunity*)⁵¹. Podkreślenia wymaga, że *self-dealing* może polegać nie tylko na „podwójnym” działaniu członka rady dyrektorów, ale również na wykorzystaniu pozycji przez spółkę dominującą celem odniesienia przez nią korzyści kosztem spółki zależnej⁵². Odnosząc się natomiast do przywłaszczenia szans biznesowych przynależnych organizacji, warto zwrócić uwagę na wytyczne dla członków rady dyrektorów - *Corporate Director's Guidebook* - zgodnie z którymi, kiedy dyrektor dowie się o jakiegokolwiek szansie rozwoju organizacji, która jednocześnie byłaby korzystna dla niego samego, musi on zaoferować ją najpierw organizacji. W sytuacji, gdy organizacja (poprzez niezaangażowanych prywatnie funkcjonariuszy) zdecyduje się nie skorzystać z oferty, dopiero wówczas będzie mógł ją wykorzystać zainteresowany członek rady dyrektorów⁵³.

W wątpliwość został podany w orzecznictwie i doktrynie aspekt zaakceptowania decyzji biznesowej przez większość niezaangażowanych prywatnie członków rady dyrektorów. Podnoszono bowiem, że niezainteresowani transakcją dyrektorzy mogą nie być w pełni bezstronni, akceptując decyzję jednego z dyrektorów, a przynajmniej nie

⁵⁰ Guth v. Loft., Inc., 5, A.2d 503 (Del. Ch. 1939).

⁵¹ M.M. McMurray, An Historical Perspective on the Duty of Care, the Duty of Loyalty, and the Business Judgment Rule, Vanderbilt Law Review 1987/40(3), s. 605-629.

⁵² Sinclair Oil v. Levien, 280 A.2d, 720 (Del. 1971).

⁵³ American Bar Association, Corporate Director's Guidebook, The Business Lawyer 1978/33(3), s. 1591-1644.

w stopniu, w jakim byliby bezstronni wobec transakcji „podmiotu trzeciego”⁵⁴. Pojawił się wobec tego problem zdefiniowania „bezinteresowności”. Dla potrzeb prawa korporacyjnego wystarczające okazało się zdefiniowanie „zainteresowania” jedynie w odniesieniu do relacji finansowych oraz rodzinnych⁵⁵.

Obowiązek lojalności ma szczególne znaczenie z perspektywy zarzutu braku maksymalizacji zysków spółki. Sądowa kontrola naruszenia obowiązku dochowania lojalności wobec spółki nie opiera się na zarzucie braku maksymalizacji zysków jako takim. Opiera się ona na zarzucie podjęcia decyzji biznesowej w sytuacji istnienia konfliktu interesów lub braku niezależności w jej podjęciu⁵⁶. Przyjmuje się bowiem, że takie nielojalne postępowanie samo w sobie naznaczone jest błędem decyzyjnym, przez co prowadzi do odpowiedzialności członka rady dyrektorów za szkodę powstałą w wyniku decyzji podjętej z naruszeniem obowiązku lojalności⁵⁷. Jeśli bowiem decyzja została podjęta w partykularnym interesie członka rady dyrektorów, to tym samym nie mogła być podjęta w najlepszym interesie spółki i wspólników⁵⁸.

3.1.3. Obowiązek dobrej wiary (*duty of good faith*)

W doktrynie prawa amerykańskiego nie ma jednolitości co do tego, czy obowiązek dobrej wiary (ang. *duty of good faith*) stanowi jeden z obowiązków powierniczych członków rady dyrektorów wobec spółki. Wykształciły się bowiem dwa ujęcia obowiązków powierniczych: 1) ujęcie dualistyczne, zgodnie z którym obowiązkami powierniczymi są obowiązki należytej staranności i lojalności oraz 2) ujęcie triadyczne, zgodnie z którym, oprócz obowiązków należytej staranności oraz lojalności, do grupy obowiązków powierniczych zaliczyć należy również obowiązek dobrej wiary. Obowiązek dobrej wiary ma swoje normatywne odzwierciedlenie między innymi w *Model Business Corporation Act* (dalej także jako: MBCA)⁵⁹. Zgodnie z § 8.30, każdy członek rady dyrektorów, wykonując swoje obowiązki powiernicze ma działać w dobrej wierze. Analogiczny obowiązek został nałożony również na oficerów (§ 8.42).

⁵⁴ M.A. Eisenberg, *The Divergence ...*, s. 453.

⁵⁵ OECD, *G20/OECD Principles of Corporate Governance* 2023, § 123(a)(2)-(a)(3).

⁵⁶ Rich v. Yu Kwai Chong, 66 A.3d 963, 975 (Del.Ch. 2013).

⁵⁷ M.P. Dooley, Two Models of Corporate Governance, *The Business Lawyer* 1992/47(2), s. 461–527.

⁵⁸ B.S. Sharfman, Shareholder Wealth Maximization and Its Implementation Under Corporate Law, *Florida Law Review* 2013/66(1), s. 389-431.

⁵⁹ Corporate Laws Committee, American Bar Association Business Law Section, *Model Business Corporation Act* (2016 Revision), *The Business Lawyer* 2017/72(2), s. 421–430.

Sąd Najwyższy Stanu Delaware w 1993 r. w orzeczeniu w sprawie Cede & Co. przeciwko Technicolor (Cede II)⁶⁰ odniósł się do triady obowiązków powierniczych. Wskazał wówczas, że na powódzie ciąży obowiązek wykazania, iż dyrektorzy, podejmując kwestionowaną decyzję biznesową, naruszyli jeden z trzech obowiązków powierniczych: dobrej wiary, lojalności lub należytej staranności. Triada obowiązków powierniczych została także wskazana dwa lata później w sprawie Cinerama przeciwko Technicolor (Cede III), w której Sąd oparł się na treści orzeczenia z Cede II⁶¹. W 1998 r. w sprawie Malone przeciwko Brincat Sąd ponownie wskazał na istnienie triady obowiązków powierniczych, orzekając, że dyrektorzy działali z należyłą starannością, w dobrej wierze oraz lojalnie względem spółki i jej wspólników⁶². Przytoczone orzeczenia nie są jedynymi, które dotyczą omawianego zagadnienia. W swoim artykule C. Hansen wskazał ponad dwanaście orzeczeń sądowych odnoszących się do triady obowiązków powierniczych, które zapadły do 2002 r.⁶³.

Przechodząc do dualistycznego ujęcia obowiązków powierniczych, należy wskazać, że zostało ono przyjęte, między innymi, przez Sędziego Sądu Kanclerskiego Stanu Delaware (Delaware Court of Chancery) - Leo Strine. Argumentował on (w sprawach: *In re ML/EQ Real Estate Partnership Litigation*⁶⁴, *In re Gaylord Container Corp. Shareholders Litigation*⁶⁵, *Nagy v. Bistricher*⁶⁶ oraz *Guttman v. Huang*⁶⁷), że istnieją dwa obowiązki powiernicze: obowiązek należytej staranności oraz obowiązek lojalności, a obowiązek dobrej wiary stanowi jedynie element obowiązku lojalności, nie zaś samodzielny obowiązek powierniczy.

Brak jednolitości w zakresie zaliczenia obowiązku dobrej wiary do obowiązków powierniczych nie umniejsza jednak jego istotności dla oceny aktywności członków rad dyrektorów w procesie podejmowania decyzji biznesowych. Na podkreślenie zasługuje również fakt, iż nawet wśród przedstawicieli doktryny, opowiadających się za triadą obowiązków powierniczych, wskazuje się, że obowiązek dobrej wiary ma inną charakterystykę niż obowiązki należytej staranności oraz lojalności. Tę odmienność wyjaśnił M. A. Eisenberg, stwierdzając, że obowiązki należytej staranności oraz

⁶⁰ Cede & Co. v. Technicolor, 634 A.2d 345, 361 (Del. 1993).

⁶¹ Cinerama, Inc. v. Technicolor, Inc., 663 A2d 1156 (Del. 1995).

⁶² Malone v. Brincat, 722 A2d 5, 10 (Del. 1998).

⁶³ C. Hansen, Sowing the seeds of confusion: The ephemeral triad, Aspen Law & Business Corporate 2002/73(11), s. 1-2.

⁶⁴ In re ML/EQ Real Estate Partnership Litigation, 15, 741 (Del. Ch. 1999).

⁶⁵ In re Gaylord Container Corp. Shareholders Litigation, 753 A2d 462 (Del. Ch. 2000).

⁶⁶ Nagy v. Bistricher, 770 A2d 43 (Del. Ch. 2000).

⁶⁷ Guttman v. Huang, 823 A2d 492 (Del. Ch. 2003).

lojalności stanowią podstawy odpowiedzialności, a obowiązek dobrej wiary, mimo że w niektórych przypadkach może stanowić podstawę odpowiedzialności, to jednak w większości sytuacji jest jedynie warunkiem, którego spełnienie pozwala na zastosowanie reguły, a dopiero owa reguła stanowi podstawę wymierzenia albo niewymierzenia odpowiedzialności⁶⁸.

Jako trafne należy przyjąć istnienie triady obowiązków powierniczych, zarówno ze względu na wyszczególnienie trzech obowiązków powierniczych przez orzecznictwo, jak również ze względu na fakt, że pewne postępowania nie dają się zakwalifikować ani jako naruszające obowiązek należytej staranności, ani jako wykraczające poza postępowanie lojalne, a które to postępowania wymagają oceny pod kątem ich racjonalności⁶⁹. Należy przy tym jednak mieć na względzie, że obowiązek dobrej wiary ma odmienny od pozostałych obowiązków charakter.

W znakomitej większości Stanów Stanów Zjednoczonych Ameryki Północnej przepisy prawa stanowego uzależniają zastosowanie reguł odpowiedzialności od dobrej wiary piastuna organu. Przykład w tym względzie może stanowić § 145(a) i § 145(b) *Delaware General Corporation Law*, zgodnie z którymi spółka ma możliwość, przy zachowaniu pewnych warunków, uwolnić członka organu (menedżera) od kosztów i rezultatów postępowania sądowego, jeśli menedżer działał w dobrej wierze⁷⁰. Takie uwolnienie przewidywała, np. umowa spółki Conticommodity Services⁷¹. Co więcej, możliwość indemnifikacji menedżera spółki przewidziana w umowie nie była warunkowana jego dobrą wiarą. Sąd Apelacyjny - United States Court of Appeals, Second Circuit - orzekł w przedmiotowej sprawie, że niezależnie od braku w wewnętrznych regulacjach spółki wymogu działania w dobrej wierze, uwolnienie od odpowiedzialności menedżera, którego działanie pozbawione było dobrej wiary, stanowiłoby naruszenie regulacji *Delaware General Corporation Law*, umożliwiającej owo uwolnienie. Sąd wskazał, że wewnętrzne regulacje spółki umożliwiające indemnifikację jej menedżerów w braku dobrej wiary, są nieważne.

Istotna rola obowiązku dobrej wiary jako obowiązku powierniczego została również podkreślona w § 102(b)(7) *Delaware General Corporation Law*⁷². Zgodnie

⁶⁸ M.A. Eisenberg, The Duty of Good Faith in Corporate Law, *Delaware Journal of Corporate Law* 2005/31(1), s. 30.

⁶⁹ Szerzej na ten temat w dalszej części niniejszego rozdziału.

⁷⁰ *Delaware General Corporation Law*, Del. Code Ann. tit. 8, § 145(a)-(b) (2025).

⁷¹ *Waltuch v. Conticommodity Services, Inc.*, 88 F.3d 87 (2d Cir. 1996).

⁷² *Delaware General Corporation Law*, Del. Code Ann. tit. 8, § 102(b)(7) (2025).

z tą regulacją akt założycielski spółki może wyłączać albo ograniczać odpowiedzialność osobistą członka rady dyrektorów za szkody materialne wynikające z naruszenia jego obowiązków powierniczych, pod warunkiem, że nie wyłącza ani nie ogranicza odpowiedzialności w jednej z następujących okoliczności: 1) naruszenia obowiązku lojalności; 2) działania albo zaniechania w złej wierze lub obejmujących intencjonalne złe postępowanie lub świadome naruszenie prawa; 3) zawarcia transakcji, z których dyrektor czerpał prywatne korzyści.

Orzecznictwo oraz doktryna Stanów Zjednoczonych nie wskazały jak dotąd jednolitej definicji dobrej wiary. Obowiązek dobrej wiary został zdefiniowany w *Uniform Commercial Code* jako uczciwość w prowadzeniu transakcji⁷³. Należy podkreślić, że nie jest to wyczerpująca definicja. W literaturze prawa korporacyjnego wypracowano trzy podstawowe elementy tego obowiązku: 1) nienaruszanie standardów przyzwoitości; 2) nienaruszanie norm korporacyjnych oraz 3) wierność względem pełnionej funkcji, czyli pełnienie jej w sposób racjonalny, biorąc pod uwagę charakter samej funkcji, jak również charakter organizacji⁷⁴. Wymienione charakterystyki niewątpliwie mogą stanowić wskazówki należytego rozumienia obowiązku dobrej wiary, jednak dalekie są od wyczerpującego ujęcia tego zagadnienia. W sprawie Disney IV Sędzia Sądu Kanclerskiego wskazał, że można przytoczyć różne przykłady złej wiary, jednak do trzech najbardziej istotnych należą następujące: 1) działanie fiducjariusza spółki w celu innym niż w najlepszym interesie spółki; 2) z zamiarem naruszenia przepisów obowiązującego prawa lub 3) działanie świadomie lekceważące jego obowiązki⁷⁵. Katalog zaproponowany w sprawie Disney IV również nie jest dokładny. Staranne zdefiniowanie obowiązku dobrej wiary nie może bowiem ograniczać się do wyróżnienia zachowań, które się w nim nie mieszczą, ale musi również wskazywać obowiązki, które mieszczą się w *duty of good faith*.

Jednym z obowiązków zawierających się w *duty of good faith* jest niepowodowanie naruszenia przez spółkę prawa, nawet jeśli owo naruszenie zwiększyłoby zyski organizacji⁷⁶. Wsparciem dla istnienia tego obowiązku są wspomniane już *Ali's Principles of Corporate Governance*. Zgodnie z § 2.01(a), spółka

⁷³ The American Law Institute and the National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, *Uniform Commercial Code*, U.C.C. § 1-201(20) (1990).

⁷⁴ Zob. np. D.A. DeMott, *Puzzles and parables: Defining good faith in the MBO context*, *Wake Forest Law Review* 1990/25, s. 15-36; M.A. Eisenberg, *The Duty of Good Faith ...*, s. 24-25.

⁷⁵ *Disney IV*, 2005 Del. Ch. LEXIS 113, at 169-70, 173-77, reprinted in 31 *Del. J. Corp. L.* 422-25 (2006).

⁷⁶ M.A. Eisenberg, *The Duty of Good Faith ...*, s. 31.

powinna za swój cel przyjąć prowadzenie aktywności biznesowej w sposób zwiększający zyski zarówno spółki, jak i jej wspólników. W § 2.01(b)(1) wyrażono natomiast zasadę, zgodnie z którą spółka jest zobowiązana, tak jak osoba fizyczna, do działania w ramach granic wyznaczonych przez prawo, nawet jeśli nie wpływa to na zwiększenie zysków. Przytoczone zasady należy rozpatrywać łącznie, bowiem, o ile np. przyjęcie łapówki, w określonych okolicznościach, mogłoby maksymalizować zysk, to jednak byłoby to działanie niezgodne z prawem. Doprecyzowaniem powyższych obowiązków jest § 4.01(a) wskazujący, że dyrektor albo oficer naruszają obowiązek wykonywania funkcji w dobrej wierze, jeśli świadomie powodują naruszenie prawa przez spółkę. Sąd Kanclerski Stanu Delaware (Delaware Court of Chancery), między innymi, w orzeczeniu w sprawie *Metro Communications v. Advanced Mobilecomm* stwierdził, że na gruncie prawa Delaware, fiduciarz spółki nie może podjąć decyzji o zarządzaniu spółką w sposób niezgodny z prawem, nawet jeśli wierzy, iż naruszenie prawa byłoby intratne dla organizacji⁷⁷.

W obowiązku dobrej wiary mieści się również obowiązek szczerości (ang. *candor*)⁷⁸. Obowiązek ten ma dwa aspekty: 1) niewprowadzania w błąd oraz 2) należytego informowania⁷⁹. Dyrektorzy nie mogą ani umyślnie, ani lekkomyślnie zataić pewnych istotnych w danych okolicznościach informacji. Wspólnicy mają prawo wymagać od rady dyrektorów przekazywania posiadanych i prawdziwych informacji. Obowiązek szczerości należy rozpatrywać na dwóch płaszczyznach: 1) szczerości rady dyrektorów (żąającej aktywności wspólników) względem wspólników oraz 2) szczerości poszczególnych dyrektorów względem rady dyrektorów⁸⁰.

Obowiązek szczerości rady dyrektorów (względem wspólników), żądającej aktywności wspólników, jako wielokrotnie przywoływany przez sądy, nie budzi wątpliwości⁸¹. Słuszne jest jednak zastanowienie się nad oceną sytuacji, w której rada dyrektorów, przekazując wspólnikom informacje, nie żąda ich aktywności. W sprawie *Malone v. Brincat* zawisłej przed Sądem Najwyższym Stanu Delaware (Delaware Supreme Court) w 1999 r. wspólnicy spółki *Mercury Finance* wnieśli pozew zbiorowy przeciwko radzie dyrektorów, zarzucając, że dyrektorzy, przekazując wspólnikom

⁷⁷ *Metro Communications Corp. BVI v. Advanced Mobilecomm Technologies, Inc.*, 854 A.2d 121 (Del. Ch. 2004).

⁷⁸ H.A. Sale, *Delaware's Good Faith*, *Cornell Law Review* 2004/89(2), s. 456.

⁷⁹ M.A. Eisenberg, *The Duty of Good Faith ...*, s. 39.

⁸⁰ *Ibidem*.

⁸¹ Zob. np. *Loudon v. Archer-Daniels-Midland Co.*, 700 A.2d 135, 137 (Del. 1997); *Stround v. Grace*, 606 A.2d 75, 84 (Del. 1992); *Alessi v. Braca*, 849 A.2d 939 (Del. Ch. 2004).

informacje o zyskach spółki, świadomie je zawyżali⁸². W przytoczonej sprawie, z udzielaniem nieprawdziwych informacji o zyskach spółki, nie łączyła się żadna późniejsza aktywność wspólników. Na gruncie przytoczonego stanu faktycznego Sąd orzekł, że komunikacja rady dyrektorów ze wspólnikami w odniesieniu do działalności spółki musi być prowadzona z należytą starannością, lojalnie i w dobrej wierze, niezależnie czy wymagane jest powzięcie jakichkolwiek działań przez wspólników, czy nie jest wymagane. Sąd wskazał ponadto, że warunkiem *sine qua non* dla takiej komunikacji jest szczerłość. Zatem obowiązek szczerości rady dyrektorów względem wspólników odnosi się nie tylko do sytuacji, w których wymagane jest podjęcie jakiejś aktywności przez wspólników, ale w sytuacji każdego przepływu informacji.

W tym miejscu warto podkreślić, że obowiązek niewprowadzania w błąd najlepiej wpisuje się w szerszy obowiązek powierniczy - dobrej wiary. Rada dyrektorów może bowiem naruszyć obowiązek szczerości poprzez wprowadzenie wspólników w błąd, a przy tym nie naruszyć obowiązku lojalności ani obowiązku należytej staranności. Takie pozbawione szczerości działanie rady może nie być bowiem dokonane w celu realizacji partykularnego interesu, a co więcej, może być realizowane wręcz w celu maksymalizacji zysków spółki.

W stosunkach korporacyjnych szczerłość w komunikacji musi występować również w relacji: członek rady dyrektorów - rada dyrektorów. Zgodnie z § 8.31(c) *Model Business Corporation Act*, dyrektor ma obowiązek informować radę dyrektorów o wszystkich informacjach, które mogą mieć wpływ na proces podejmowania decyzji albo sprawowanie funkcji nadzorczych. Podobnie jak w przypadku obowiązku niewprowadzania w błąd, trudno byłoby zakwalifikować obowiązek dyrektora do szczerzej komunikacji z radą dyrektorów w ramach obowiązków należytej staranności czy lojalności, bowiem zatajenie istotnych informacji nie musi jednocześnie stanowić naruszenia pozostałych obowiązków powierniczych.

Członek rady dyrektorów naruszy obowiązek dobrej wiary, także dopuszczając się manipulacji, która wykraczałaby poza powszechnie zaakceptowane podstawowe normy korporacyjne⁸³. Na wstępie należy zaznaczyć, że naruszenie tego obowiązku nie skutkuje przypisaniem odpowiedzialności, a powoduje jedynie nieważność czynności⁸⁴. Doniosłość konieczności postępowania pozostającego w granicach powszechnie

⁸² Malone v. Brincat, 722 A.2d 5 (Del. 1998).

⁸³ M.A. Eisenberg, The Duty of Good Faith ..., s. 51.

⁸⁴ Ibidem.

zaakceptowanych podstawowych norm korporacyjnych pokazuje, między innymi, orzeczenie w sprawie *Adlerstein v. Wertheimer*⁸⁵. Przedmiotowa sprawa dotyczyła spółki *SpectruMedix* założonej przez J. Adlerstein'a (CEO) posiadającego większość głosów. Członkowie zarządu ze względu na złą sytuację finansową spółki (spowodowaną brakiem kompetencji biznesowych J. Adlerstein'a) chcieli ją dokapitalizować. W tym celu zwrócili się do I. Reich'a z ofertą zainwestowania w spółkę. Uzgodnili, bez wiedzy J. Adlerstein'a, że I. Reich zainwestuje milion dolarów w zamian za akcje dające mu kontrolę nad spółką. Uchwała w tym przedmiocie została podjęta, mimo sprzeciwu J. Adlerstein'a. Gdyby J. Adlerstein wiedział o planach członków zarządu, mógłby zapobiec podjęciu takiej decyzji. Z tego względu Sąd, uchylając decyzję zarządu, wskazał, że J. Adlerstein miał prawo wiedzieć z wyprzedzeniem o planach emisji akcji uprzywilejowanych, które miały pozbawić go kontroli nad spółką. Sąd wskazał ponadto, że prawo do informacji w tym zakresie wynika z podstawowych wymogów prawa korporacyjnego, zgodnie z którymi rada dyrektorów prowadzi swoje działania w sposób zgodny z minimalnym standardem słuszności. Dyrektorzy w przytoczonej sprawie działali dla dobra spółki w sposób lojalny; nie byli zainteresowani osobiście decyzją o emisji akcji w zamian za doinwestowanie spółki. Z tego względu ich postępowanie nie naruszyło obowiązków należytej staranności ani lojalności. Sposób ich działania był jednak niewłaściwy i wykraczający poza powszechnie akceptowane podstawowe normy prawa korporacyjnego, wobec czego przekroczyli oni swoim postępowaniem obowiązek dobrej wiary.

Istotnym elementem wpływającym na rolę obowiązku dobrej wiary jest także uwzględnienie motywacji menedżera. Na gruncie *In re RJR Nabisco, Inc. Shareholders Litigation* Sąd wskazał, że menedżer nie działa w dobrej wierze, jeśli motywują go nienawiść, pożądanie, zazdrość, zemsta, wstyd lub duma⁸⁶. Granica pomiędzy obowiązkiem dobrej wiary a obowiązkiem lojalności zaciera się na gruncie rozważań dotyczących motywacji członka organu do działania. Jednak za zakwalifikowaniem naruszeń racjonalności procesu decyzyjnego, wynikających ze „złej” motywacji dyrektora, w obrębie obowiązku dobrej wiary, przemawiają trzy argumenty. Po pierwsze,

⁸⁵ *Adlerstein v. Wertheimer*, No. 19,101, 2002 Del. Ch. LEXIS 13 (Del. Ch. Jan. 25, 2002). Zob. także: *Koch v. Stearn*, No. 12,515, 1992 Del. Ch. LEXIS 163 (Del. Ch. July 28, 1992), reprinted in 18 Del. J. Corp. L. 730 (1993). *VGS, Inc. v. Castiel*, No. 17,995, 2000 Del. Ch. LEXIS 122 (Del. Ch. Aug. 31, 2000), reprinted in 27 Del. J. Corp. L. 454 (2002), *aff'd*, 781 A.2d 696 (Del. 2001) (table), No. 564, 2000 (Del. May 23, 2001).

⁸⁶ *In re RJR Nabisco, Inc. Shareholders Litigation*, Fed. Sec. L. Rep., CCCH, (Del. Ch. 1989).

tradycyjne ujęcie obowiązku lojalności obejmuje jedynie prywatne korzyści finansowe, podczas gdy nienależyta motywacja decydenta odnosi się w tym przypadku do aspektów pozafinansowych⁸⁷. Po drugie, wypełnienie obowiązku lojalności nie wymaga, by decyzja była pozbawiona korzyści prywatnych, a odnosi się jedynie do obiektywnej uczciwości decyzji podjętej przez zainteresowany nią prywatnie podmiot. W odniesieniu natomiast do obowiązku dobrej wiary, wymaga się, by decyzja była wolna od „złych” motywacji. Nie da się takiej decyzji w żaden sposób „uważyć” czy postracjonalizować przez niezainteresowanych nią członków rady dyrektorów. Po trzecie, co niezwykle istotne, nie ma możliwości wyłączenia ani ograniczenia odpowiedzialności za naruszenie obowiązku dobrej wiary. Wobec powyższego, kwalifikacja naruszenia obowiązku należytej motywacji członka rady dyrektorów jako naruszenia obowiązku lojalności mogłaby uniemożliwić wyciąganie jakichkolwiek ewentualnych konsekwencji z jego postępowania.

Ostatnim postępowaniem naruszającym obowiązek dobrej wiary jest istotne lekceważenie obowiązków korporacyjnych. Jest to szczególny typ naruszenia *duty of good faith*, bowiem lekceważenie obowiązków zarządczych stanowi zazwyczaj naruszenie obowiązku należytej staranności. Jednak istnieją przypadki, w których poziom lekceważenia obowiązków jest tak duży, że członek organu narusza jednocześnie obowiązek dobrej wiary⁸⁸.

Przykładem naruszenia obowiązku należytej staranności, stanowiącym jednocześnie naruszenie obowiązku dobrej wiary, jest sprawa Caremark. Rada dyrektorów nie może wypełnić obowiązku pozyskania adekwatnych informacji odnoszących się do funkcjonowania i działalności operacyjnej spółki bez wdrożenia odpowiednich systemów monitorowania i raportowania⁸⁹. Zapewnienie funkcjonowania takich systemów w organizacji umożliwia menedżerom pozyskanie informacji kluczowych dla podejmowanych decyzji biznesowych. Obowiązek kontrolny organu zarządczego spółki, oparty na adekwatnych systemach raportowych, jest elementem obowiązku należytej staranności. Jednak na gruncie już przytoczonej sprawy Caremark, Sąd wskazał, że systematyczne naruszanie przez zarząd obowiązków kontrolnych, jak np.

⁸⁷ M.A. Eisenberg, *The Duty of Good Faith ...*, s. 58.

⁸⁸ Ibidem, s. 62.

⁸⁹ Caremark International, Inc. *Derivative Litigation*, 698 A.2d 970 (Del. Ch. 1996).

całkowity brak podjęcia prób zapewnienia rozsądnego systemu informacyjno-raportowego, stanowi naruszenie obowiązku dobrej wiary⁹⁰.

Do naruszenia obowiązku dobrej wiary odniósł się również Sąd na gruncie sprawy *McCall v. Scott*⁹¹. Przedmiotowa sprawa dotyczyła rady dyrektorów spółki Columbia/HCA Corporation i rzekomego dopuszczenia przez radę dyrektorów do oszustw popełnionych przez starszych menedżerów, które polegały na zawyżaniu zysków spółki. Rada dyrektorów podnosiła, że oskarżenia odnośnie do naruszenia *duty of care* były bezpodstawne, bowiem regulacje wewnętrzne spółki wyłączały odpowiedzialność za naruszenie obowiązku należytej staranności zgodnie z § 102(b)(7) *Delaware General Corporation Law*. Argumentacja rady dyrektorów nie zyskała aprobaty Sądu, który wskazał, że zarzuty odnoszące się do naruszenia obowiązku należytej staranności oparte na lekkomyślnie lub intencjonalnie niewłaściwym postępowaniu, nie podlegają wyłączeniu, o którym mowa w § 102(b)(7) DGCL, gdyż świadome lekceważenie znanych ryzyk nie może być uznane za dokonane w dobrej wierze.

Analogiczną argumentację do przedstawionej w sprawie *McCall* przyjął Sąd w sprawie *Abbott Laboratories Derivative Shareholders Litigation*⁹². Sąd stwierdził wówczas, że decyzje rady dyrektorów były pozbawione dobrej wiary, bowiem przez wiele lat naruszali oni obowiązek nadzoru (dwa obiekty produkcyjne funkcjonowały poniżej standardów wyznaczonych przez Food and Drug Administration - FDA), ignorując inspekcje, ostrzeżenia, których rezultatem były nakaz wstrzymania produkcji oraz nałożenie przez FDA jednej z największych kar, co spowodowało niemal 250-milionową szkodę dla spółki.

Istotne naruszenie obowiązków korporacyjnych należy ująć jako warunek prawny, a nie jako podstawę odpowiedzialności. Analiza przywołanych spraw prowadzi do wniosku, iż menedżer, który istotnie narusza swoje obowiązki korporacyjne, narusza obowiązek należytej staranności. Naruszenie obowiązku dobrej wiary „nie dodaje” w tym względzie nowej odpowiedzialności, a jedynie pozwala na pociągnięcie menedżera do odpowiedzialności w sytuacji, gdy wewnętrzne regulacje spółki chronią menedżera przed odpowiedzialnością za naruszenie *duty of care*.

⁹⁰ Ibidem, s. 971.

⁹¹ *McCall v. Scott*, 239 F.3d 808 (6th Cir. 2001), 250 F.3d 977 (6th Cir. 2001).

⁹² *In re Abbott Labs.*, 325 F.3d 808-09, 811 (7th Cir. 2003).

3.2. Standard kontroli (*standard of review*)

3.2.1. Istota standardu kontroli

Podjęcie racjonalnej decyzji biznesowej w sposób staranny, lojalny, w dobrej wierze jest bardzo wymagającym zadaniem postawionym przed członkami rady dyrektorów spółki. Równie wymagające zadanie zostało nałożone na sądy. Sąd ma bowiem ocenić kwestię odpowiedzialności członków organów, którzy swoim postępowaniem wyrządzili spółce szkodę. Orzekając o odpowiedzialności, sąd ocenia postępowanie przyczynowo związane ze szkodą. Sądowa kontrola nie może być nazbyt surowa, by nie wymuszać na członkach zarządu zachowawczego podejścia do ryzyka ani nazbyt łagodna, by nie wywołać wrażenia iluzorycznej kontroli i nie pogłębiać szkody poniesionej przez spółkę poprzez brak należytej rekompensaty.

Standard postępowania oraz standard kontroli różnią się od siebie zarówno pod względem przedmiotowym, jak i podmiotowym. Standard postępowania kierowany jest do podmiotu działającego - członka rady dyrektorów podejmującego decyzję biznesową, a standard kontroli kierowany jest do sądu, który ma ocenić postępowanie (wstrzymać się od oceny). Analogiczna różnica występuje w ujęciu przedmiotowym. Przedmiotem standardu postępowania są uregulowane obowiązki członka rady dyrektorów, natomiast standard kontroli odnosi się do kryteriów sądowej oceny wypełnienia owych obowiązków. Standard kontroli jest zatem „standardem postępowania egzekwowanym przez sąd”.

Przepisy prawa nie nakazują członkom rady dyrektorów, by podejmowali decyzje racjonalne (*standard of review*). Nakładają zaś na nich obowiązek działania starannego (*standard of conduct*)⁹³. Uzasadnienie powyższej dyferencjacji przedstawił M. A. Eisenberg w tekście na temat rozróżnienia standardów postępowania oraz kontroli na gruncie prawa korporacyjnego. Autor wskazał, że prawo zapewnia dyrektorom możliwość działania z należyłą starannością bez obawy przed odpowiedzialnością, poprzez pozostawienie „przestrzeni do działania” (ang. *running room*), która zapobiega przybieraniu postawy awersji do ryzyka. Jego zdaniem tę rolę pełni przestrzeń pomiędzy bardziej rygorystycznymi wymaganiami stawianymi przez standard postępowania a łagodniejszymi wyznaczanymi przez standard kontroli⁹⁴.

⁹³ M.A. Eisenberg, *The Divergence ...*, s. 464.

⁹⁴ *Ibidem*, s. 465.

Zastosowanie łagodniejszego standardu kontroli może niekiedy prowadzić do sytuacji, w której członek rady dyrektorów swoim nierozsądnym działaniem naruszy obowiązek należytej staranności wyznaczony przez standard postępowania. Nie poniesie on jednak odpowiedzialności, wobec zastosowania przez sąd łagodniejszego standardu kontroli. Należy jednak zgodzić się z opinią M. A. Eisenberg-a, że ujednolicenie standardów postępowania oraz kontroli, uniemożliwiające uniknięcie odpowiedzialności w przypadku naruszenia obowiązku staranności, niosłoby za sobą dalej idące konsekwencje dla funkcjonowania spółek niż „przyzwolenie” na uniknięcie odpowiedzialności, będące konsekwencją zastosowania łagodniejszego standardu kontroli⁹⁵.

Rozróżnienie standardów postępowania oraz kontroli jest konstrukcją prawną obcą prawu polskiemu. Wyróżnienie standardu postępowania oraz standardu oceny można jednak na gruncie polskiej rzeczywistości prawnej obrazowo przyrównać do mandatów za przekroczenie dozwolonej prędkości. Dozwolona prędkość na terenie zabudowanym wynosi 50 km/h. Mandat za przekroczenie dozwolonej prędkości, czyli 50-ciu km/h otrzyma jednak kierowca pojazdu poruszającego się dopiero z prędkością przekraczającą 60 km/h. Obsługa administracyjna mandatu za przekroczenie prędkości poniżej 60 km/h przewyższa kwotę kary, wobec czego sankcjonowanie naruszenia prędkości nieprzekraczającej 60 km/h jest nieopłacalne ekonomicznie. Niezależnie jednak od powodów takiego stanu rzeczy, różnicę pomiędzy obowiązkiem jazdy z prędkością nieprzekraczającą 50 km/h oraz sankcją za jego naruszenie dopiero po przekroczeniu 60 km/h można określić jako różnicę pomiędzy standardem postępowania (obowiązek jazdy z maksymalną prędkością 50 km/h) a standardem oceny (ocena postępowania jako niezgodnego z obowiązkiem dopiero przy przekroczeniu 60 km/h).

Jak już wspomniano, standard kontroli stanowi test, który ma zostać przeprowadzony przez sąd celem orzeczenia o ewentualnej odpowiedzialności członka organu spółki za działania zarządcze - podjętą decyzję biznesową. Można wyróżnić trzy poziomy sądowej kontroli, w zależności od stosowanego standardu: 1) bardzo wymagający - *standard entire fairness*; 2) pośredni - *Unocal* albo *Revlon* oraz 3) bardzo łagodny - *business judgment rule*⁹⁶.

⁹⁵ Ibidem, s. 468.

⁹⁶ J. Told, *Business Judgment Rule* ..., s. 723.

Zastosowanie konkretnego standardu oceny przez sąd związane jest nie tylko z poziomem sądowej kontroli, ale również jej rodzajem pod kątem szczegółowości oceny (ang. *scrutiny*) oraz respektowania decyzji decydenta (ang. *deference*). Samo wskazanie stosowanego standardu jest jednak zbyt ogólne i nie wyznacza stopnia zaufania sądu do oceny dokonanej przez menedżera przy podejmowaniu decyzji biznesowej⁹⁷.

W tekście odnoszącym się do standardów sądowej oceny T. S. Stein wskazał, że standardy sądowej kontroli nie stanowią różnych stopni oceny, lecz odmienne rodzaje oceny. Wyróżnił on następujące standardy: 1) niezależne standardy oceny (ang. *independent standards of review*) oraz 2) pomocnicze standardy oceny (ang. *auxiliary standards of review*). Autor wskazał, że zastosowanie niezależnego standardu oceny umożliwia rozstrzygnięcie sporu prawnego, natomiast zastosowanie pomocniczych standardów oceny stanowi sądowe procedury preselekcji niezależnego standardu oceny, które określił jako modyfikatory oceny (ang. *scrutiny modifiers*)⁹⁸. Wyróżniając powyższe standardy, T. S. Stein posłużył się przykładem obrazującym zaproponowaną dyferencjację standardów, wskazując, że zastosowanie standardu *business judgment rule* umożliwia rozstrzygnięcie zawisłej przed sądem sprawy⁹⁹, zaś dokonanie pozytywnej albo negatywnej oceny na podstawie pomocniczego standardu, jakim jest np. *Unocal*, nie rozstrzyga sporu, a jedynie uzasadnia dalsze zastosowanie właściwego standardu: *business judgment rule* albo *entire fairness*¹⁰⁰.

Odnosząc się zaś do modyfikatorów, T. S. Stein podkreślił ich rolę jako kreujących, wpływających na postępowanie menedżerów. Autor wskazał, że jeśli członek rady dyrektorów planuje dokonanie transakcji na rzecz spółki, która w przypadku wytoczenia przeciwko niemu powództwa mogłaby z dużym prawdopodobieństwem nie sprostać wymaganiom zastosowania *business judgment rule*, może on już wcześniej pozyskać aprobatę większości w pełni poinformowanych oraz niezainteresowanych nią prywatnie dyrektorów albo wspólników i w taki sposób uchronić się przed *entire fairness review*¹⁰¹. Jak słusznie argumentował autor, określenie tego „uprzedniego wyboru standardu oceny” (ang. *pre-select a standard of review*), polegające na konkretnym postępowaniu menedżera, należy określić mianem modyfikatora oceny. Ma to na celu podkreślenie, że postępowanie menedżera umożliwiające skorzystanie przez sąd

⁹⁷ T.S. Stein, *A Theory ...*, s. 4,5.

⁹⁸ Ibidem, s. 8,9.

⁹⁹ Johnson v. Robison, 415 U.S. 361, 362 (1974).

¹⁰⁰ Unitrin, Inc. v. American General Corp., 651 A.2d 1361, 1377 (Del. 1995).

¹⁰¹ Marciano v. Nakash, 535 A.2d 400, 405 (Del. 1987).

z łagodniejszego standardu oceny, a nie z surowszego, nie stanowi ani zmiany na płaszczyźnie standardu postępowania, ani zmiany na płaszczyźnie standardu oceny, lecz stanowi jedynie wskazówkę, jaki zestaw zachowań umożliwi sądowi skorzystanie z łagodniejszego standardu oceny¹⁰². Na gruncie sprawy Corwin przeciwko KKR Holdings Sąd wskazał, że pozyskanie wymienionych wyżej zgód uchroniłoby menedżera także przed zastosowaniem standardów *Unocal* czy *Revlon* i zapewniłoby ocenę jego decyzji w oparciu o *business judgment rule*¹⁰³.

W kontekście stosowania modyfikatorów T. S. Stein odniósł się również do już przywoływanego w niniejszym tekście orzeczenia Caremark, traktującego o obowiązku kontroli i jego zakwalifikowaniu przez sąd jako mieszczącego się w ramach obowiązku lojalności, nie zaś w obowiązku należytej staranności. Zdaniem T. S. Stein-a zamiast dokonać wspomnianej zmiany orzeczniczej na płaszczyźnie standardu postępowania, zmiana powinna zająć na płaszczyźnie sądowej oceny i miałyby polegać na wskazaniu przez sądy innych poziomów szczegółowości oceny oraz respektowania podjętych przez menedżerów decyzji biznesowych (ang. *scrutiny-deference pairings*)¹⁰⁴.

3.2.2. Standard oceny wypełnienia obowiązków powierniczych

Na gruncie menedżerskich obowiązków lojalności względem spółki oraz dobrej wiary standardy postępowania oraz kontroli są identyczne. Treść obowiązków lojalności oraz dobrej wiary jest wyznaczana przez orzecznictwo, które w oparciu o konkretne sprawy wskazuje granice postępowania lojalnego i w dobrej wierze. Rozróżnienie standardów postępowania oraz kontroli jest natomiast związane z obowiązkiem należytej staranności (*duty of care*).

Wypełnienie obowiązku dołożenia należytej staranności przez menedżerów nie zawsze było przedmiotem kontroli sądowej. Do 1985 roku sędziowie sądów w Stanie Delaware powstrzymywali się od dokonywania kontroli postępowania menedżerów, naruszającego inne obowiązki niż obowiązek lojalności. Brak kontroli sądowej w zakresie przestrzegania obowiązku staranności miał związek z amerykańską oraz angielską tradycją respektowania decyzji podjętych przez menedżerów, działających

¹⁰² T.S. Stein, A Theory ..., s. 49.

¹⁰³ Corwin v. KKR Fin. Holdings LLC, 125 A. 3d 304, 312-13 (Del. 2015).

¹⁰⁴ T.S. Stein, A Theory ..., s. 52.

w dobrej wierze i w najlepszym interesie spółki¹⁰⁵. Pomimo że przyjęta linia orzecznicza wskazywała na możliwość pociągnięcia menedżera do odpowiedzialności jedynie przy naruszeniu obowiązku dobrej wiary, regulacje prawne kształtowały obowiązek dołożenia staranności jako staranności wymaganej od rozsądnego człowieka (ang. *prudent man standard*). Pogłębiło to rozdźwięk pomiędzy regulacją prawną a poglądem wyrażanym w orzecznictwie. W ten sposób ukształtowały się dwa odrębne standardy wypełnienia obowiązku należytej staranności: standard postępowania oraz standard kontroli¹⁰⁶.

Przesłanką warunkującą zastosowanie reguły BJR jest dołożenie przez członka rady dyrektorów należytej staranności przy podjęciu decyzji biznesowej. Analiza szeregu spraw odwołujących się do dochowania należytej staranności pozwoliła wyodrębnić w tym względzie trzy standardy, do których należą: 1) poziom staranności pozwalający na uniknięcie rażącego niedbalstwa (ang. *gross negligence standard*)¹⁰⁷; 2) poziom staranności, którego dochowałby przeciętny, rozważny dyrektor w podobnej sytuacji i okolicznościach (ang. *prudent director standard*)¹⁰⁸ oraz 3) poziom staranności, którego dochowałaby przeciętna, rozważna osoba podczas prowadzenia własnych spraw gospodarczych (ang. *prudent man standard*)¹⁰⁹.

Zgodnie z pierwszym ze wskazanych standardów - *gross negligence standard* - członek rady dyrektorów działa z należyłą starannością dopóty, dopóki nie postąpi w sposób rażąco niedbały. Mimo że przypisanie dyrektorowi odpowiedzialności dopiero w przypadku podjęcia decyzji rażąco niedbałej wydaje się zbyt niskim standardem postępowania, sądy niejednokrotnie opierały na nim swoje rozstrzygnięcia. Jednym z nich jest Sąd Najwyższy Stanu Delaware (Delaware Supreme Court), który w 1984 roku na gruncie sprawy *Aronson v. Levis* orzekł, że mimo, iż sądy Stanu Delaware używały wielu pojęć na opisanie adekwatnego standardu staranności, to jednak satysfakcjonujący poziom staranności na gruncie *business judgment rule* opiera się na rażącym niedbalstwie¹¹⁰. Delaware Supreme Court potwierdził to stanowisko również na gruncie orzeczenia wydanego rok później w sprawie *Smith v. Van Gorkom*, wskazując, że

¹⁰⁵ W.T. Allen, J.B. Jacobs, L.E. Strine, *Realigning the Standard of Review of Director Due Care with Delaware Public Policy: A Critique of Van Gorkom and its Progeny*, *Northwestern University Law Review* 2002/96(2), s. 449-502.

¹⁰⁶ W.T. Allen, *The corporate director's fiduciary duty of care and the business judgment rule under US corporate law*, [w:] K.J. Hopt (red.), *Comparative Corporate Governance: State of the Art and Emerging Research*, Oxford 1998, s. 321-324.

¹⁰⁷ *Godbold v. Branch Bank*, 11 Ala. 200 (1847).

¹⁰⁸ *Briggs v. Spaulding*, 141 U.S. 132 (1891).

¹⁰⁹ *Burkhart v. Smith*, 157 A. 299 (Md. 1931).

¹¹⁰ *Aronson v. Lewis*, 473 A.2d 805 (Del. 1984).

wypełnienie przez członków zarządu obowiązków wymaga czegoś więcej niż tylko braku złej wiary i nadużycia, oszustwa¹¹¹. *Gross negligence standard* został również zastosowany przez Sąd Najwyższy Stanu Alabama (Alabama Supreme Court) w orzeczeniu w sprawie Godbold v. Branch Bank¹¹². Sąd przyjął wówczas, że członkowie zarządu banku ponoszą odpowiedzialność jedynie za największe błędy.

Standard oceny sądowej oparty na rażącym niedbalstwie stanowi odzwierciedlenie polityki społecznej w Stanie Delaware. Można wskazać, że judykatura tego Stanu przyjęła politykę szacunku wobec powierników spółek. Taki poziom zaufania był widoczny na gruncie orzecznictwa odnoszącym się do standardu *gross negligence* jako właściwego standardu oceny sądowej¹¹³.

Sędziowie Delaware Court of Chancery - W. T. Allen, J. B. Jacobs oraz L. E. Strine w artykule na temat dostosowania standardu sądowej oceny do polityki społecznej podnieśli, że dotychczasowe orzeczenia oparte na standardzie *gross negligence* zapadłe w sprawach: Van Gorkom, Cede II, Emerald Partners oraz Brehm v. Eisner należy poddać ponownej analizie. Wskazali, iż konieczne jest dostosowanie wyrażonych w nich argumentów do reżimu oceny sprzyjającego dobrze umotywowanym działaniom dyrektorów, który jest ugruntowany w polityce społecznej Delaware i odpowiada tradycyjnym funkcjom *business judgment rule*¹¹⁴. Zdaniem wskazanych autorów, orzeczenia w sprawach Van Gorkom, Cede II oraz Emerald Partners są sprzeczne z polityką społeczną w Stanie Delaware, na gruncie której ingerencja sądowa w decyzje menedżerskie powinna być ograniczona wyłącznie do sytuacji dochodzenia odszkodowania ze względu na ekstremalne naruszenie standardu postępowania wyrażonego poprzez *duty of care* i przy jednoczesnym braku wyłączenia odpowiedzialności menedżerów za działania niestaranne przez wewnętrzne regulacje spółki¹¹⁵.

Drugi z podanych standardów - poziom staranności, którego dochowałby przeciętny, rozsądny dyrektor w podobnej sytuacji i okolicznościach - stanowi wyraz zaostrzenia wymagań co do poziomu staranności, którego powinien dochować członek rady dyrektorów przy podejmowaniu decyzji biznesowych. Względem *gross negligence standard*, standard rozsądnego dyrektora należy wręcz uznać za skrajnie rygorystyczny,

¹¹¹ Smith v. Van Gorkom 488 A.2d 858 (Del. 1985).

¹¹² Godbold v. Branch Bank, 11 Ala. 200 (1847).

¹¹³ W.T. Allen, J.B. Jacobs, L.E. Strine, Realigning the Standard ..., s. 449.

¹¹⁴ Ibidem, s. 465.

¹¹⁵ Ibidem, s. 450.

bowiem relatywizuje postępowanie dyrektora do zachowania, jakiego można by się racjonalnie spodziewać po osobie zajmującej podobne stanowisko i przy założeniu podobnych okoliczności. Tak wysoki poziom wymaganej staranności został wyrażony, między innymi, w orzeczeniu *Swentzel v. Penn Bank* na gruncie, którego Sędzia Paxson wskazał, że przy ocenie dochowania staranności przez członka rady dyrektorów należy wziąć pod uwagę okoliczności, w których decyzja została podjęta i odnieść je do poziomu staranności członków rad dyrektorów banków w tym samym mieście podczas prowadzenia spraw banku¹¹⁶. Standard staranności rozsądnego dyrektora wyrażony w orzeczeniu *Swentzel v. Penn Bank* jest w najlepszym wypadku jedynie tworem teoretycznym. Aktywność rad dyrektorów w dużych miastach jest bardzo zróżnicowana i uzależniona od wielu czynników. Zastosowanie tego standardu w praktyce wydaje się niemożliwe, ponieważ pomiar poziomu staranności dyrektorów banków byłby uzależniony od zbyt wielu zmiennych.

Trzeci ze wskazanych standardów - *prudent man standard* wydaje się stanowić rozwiązanie kompromisowe. Należyta staranność członka rady dyrektorów oparta na standardzie rozsądnego człowieka prowadzącego własne sprawy gospodarcze została wskazana, między innymi, na gruncie orzeczeń w sprawach: *Percy v. Millaudon*¹¹⁷, *Scott v. Depeyster*¹¹⁸, *Litwin v. Allen*¹¹⁹, *Burkhart v. Smith*¹²⁰, *Marschall v. Farmers' & Mechanics Sav. Bank*¹²¹, *Escort v. Barchris Constr. Corp.*¹²² czy *Gamble v. Brown*¹²³. W sprawie *Escort v. Barchris Constr. Corp.* Sąd uznał, że zewnętrzny dyrektor zna swoje obowiązki już od momentu, w którym zostaje dyrektorem. Może on uwolnić się od odpowiedzialności jedynie poprzez staranne sprawdzenie faktów w taki sposób, w jaki zrobiłby to rozsądny człowiek, zarządzając swoją własnością. Sąd podkreślił, że rozsądny człowiek nie działałby w ważnej sprawie bez znajomości istotnych faktów, jedynie w oparciu o podstawowe informacje nieoddające stanu konkretnej sprawy¹²⁴. Do podobnego wniosku doszedł również Sąd na gruncie orzeczenia w sprawie *Gamble v. Brown*, wskazując, że członkowie zarządu banku są obowiązani do dochowania

¹¹⁶ *Swentzel v. Penn Bank*, 147 Pa. 140 (Pa. 1892).

¹¹⁷ *Percy v. Millaudon*, 8 Mart., (n.s.) 68, 77-78 (La. 1829).

¹¹⁸ *Scott v. Depeyster*, 1 Edw. Ch. 513 (1832).

¹¹⁹ *Litwin v. Allen*, 25 N.Y.S.2d 667, 1940 N.Y. Misc. LEXIS 2596 (N.Y. Sup. Ct. 1940).

¹²⁰ *Burkhart v. Smith*, 157 A. 299 (Md. 1931).

¹²¹ *Marschall v. Farmers' & Mechanics Sav. Bank*, 8 S.E. 586, 85, 676, (Va. 1889).

¹²² *Escort v. Barchris Constr. Corp.*, 283 F. Supp. 643 (S.D.N.Y. 1968).

¹²³ *Gamble v. Brown*, 29 F.2d 366 (4th Cir. 1928).

¹²⁴ *Escort v. Barchris Constr. Corp.*, 283 F. Supp. 643 (S.D.N.Y. 1968).

należytej staranności, której dochowałby rozważny człowiek w podobnych okolicznościach¹²⁵.

Jak już wskazano, także Sąd Najwyższy Stanu Luizjana (Supreme Court of Louisiana) orzekł, że dyrektor nie może być pociągnięty do odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną spółce w wyniku błędu, który popełniłby także człowiek ostrożny¹²⁶. New York Chancery Court w swoim orzeczeniu w sprawie Scott v. Depeyster również przychylił się do standardu rozważnego człowieka. Sąd po analizie faktów ocenił, że rada dyrektorów mogła, z racjonalnego punktu widzenia, polegać na działaniach sekretarki, wobec czego nie naruszyła standardu staranności i nie poniesie odpowiedzialności.¹²⁷

Standard rozważnego człowieka w podobnych okolicznościach został również przyjęty na gruncie *Model Business Corporation Act*¹²⁸ oraz *Revised Model Business Corporation Act (Revised MBCA)*¹²⁹ - przygotowanych przez Amerykańską Izbę Adwokatów (ang. *American Bar Association*). Należy przy tym zauważyć, że przesłanka „podobnych okoliczności”, przywoływana na gruncie standardu rozważnego człowieka, podkreśla, że przy ocenie właściwego poziomu staranności należy brać pod uwagę okoliczności konkretnego przypadku. Taka optyka przybliży nieco standard rozważnego człowieka do modelu, zgodnie z którym do różnych spółek, w zależności od ich rozmiaru i typu, powinny być stosowane różne standardy, a każda sprawa powinna być oceniana w oparciu o indywidualne fakty i okoliczności¹³⁰. Należy jednak wskazać, że rolą standardu jest stworzenie pewnego rodzaju punktu odniesienia służącego do oceny postępowania menedżera. Przyjęcie wielu różnych standardów w zależności od okoliczności konkretnej sprawy nie przyczyniłoby się do dokonywania bardziej efektywnej i lepszej oceny, a raczej wprowadziłoby chaos i zachwiałoby i tak niestabilny sposób oceny procesu podejmowania decyzji w oparciu o ukształtowane już przez orzecznictwo standardy oceny adekwatnego poziomu należytej staranności.

Za przychyleniem się do *prudent man standard* przemawia nie tylko obszerna linia orzecznicza, ale również okoliczność, że w najpełniejszy sposób pozwala on

¹²⁵ Gamble v. Brown, 29 F.2d 366 (4th Cir. 1928).

¹²⁶ Percy v. Millaudon, 8 Mart. (n.s.) 68, 77-78 (La. 1829).

¹²⁷ Scott v. Depeyster, 1 Edw. Ch. 513 (1832).

¹²⁸ Corporate Laws Committee, American Bar Association Business Law Section, Model Business Corporation Act (2016 Revision), The Business Lawyer 2017/72(2), s. 421-430.

¹²⁹ Revised MBCA inkorporuje zmiany wprowadzane do MBCA od 1984 r.

¹³⁰ M.C. Lynch, Diligence of Directors in the Management of Corporations, California Law Review 1914/3(1), s. 28-29.

na realizację założenia o zachowaniu równowagi pomiędzy otwartością członków zarządu na ryzyko a utrzymaniem należytego poziomu kontroli procesu podejmowania decyzji biznesowych. Wydaje się jednak, że standard ten stanowiłby przede wszystkim kompromisowy standard postępowania, a nie standard kontroli. Opowiadając się za jednym z trzech przedstawionych standardów, należy bowiem zwrócić szczególną uwagę na uwarunkowania społeczne, regulacje prawne oraz orzecznictwo i motywy leżące u podstaw wdrożenia *business judgment rule* do porządku prawnego.

Podejście orzecznicze uznające szeroką autonomię menedżerów przy podejmowaniu decyzji biznesowych w najszerszym zakresie wypełnia standard oparty na rażącym niedbalstwie. Mimo że *gross negligence standard* związany jest ze stosunkowo dużym marginesem błędu, odnoszącym się do decyzji naruszających standard postępowania, ale nie naruszających łagodniejszego standardu oceny, to jednak jest to akceptowalny „koszt” wdrożenia *business judgment rule*, której nadrzędnym celem jest ograniczenie sądowej ingerencji w proces podejmowania decyzji biznesowych.

Jak już wskazano, standard postępowania oraz standard oceny dochowania lojalności są tożsame. Mimo to, kontrola dochowania lojalności przez członka rady dyrektorów podczas podejmowania decyzji biznesowej jest bardzo ważnym elementem badania procesu decyzyjnego towarzyszącego podjętej decyzji. Jak już wcześniej wspomniano, akt założycielski spółki może wyłączać albo ograniczać odpowiedzialność osobistą członka rady dyrektorów za szkody materialne wynikające z naruszenia jego obowiązków powierniczych pod warunkiem, że, między innymi, nie wyłącza ani nie ogranicza odpowiedzialności za szkody wynikłe z naruszenia obowiązku lojalności. Brak możliwości ograniczenia albo wyłączenia odpowiedzialności za szkodę w przypadku naruszenia obowiązku lojalności sprawia, że obowiązek ten jest niezwykle istotnym obowiązkiem powierniczym.

Większość Stanów, kodyfikując obowiązek lojalności, wskazywała, że działanie członka rady dyrektorów w warunkach konfliktu interesów nie oznacza automatycznie nieważności czy bezskuteczności podjętej decyzji, a w rezultacie nie powoduje naruszenia obowiązku postępowania lojalnego. Nie można bowiem zarzucić dyrektorowi braku lojalności w sytuacji, gdy ujawnił on konflikt interesów, a podjęta decyzja była słuszna i uzasadniona albo podjęta (zaakceptowana) przez większość niezaangażowanych w nią prywatnie członków rady dyrektorów¹³¹. Niektóre regulacje Stanowe wskazywały

¹³¹ M.M. McMurray, *An Historical Perspective ...*, s. 625.

jednak, że nawet przy akceptacji niezainteresowanych dyrektorów, transakcja powinna podlegać kontroli uczciwości (ang. *fairness review*)¹³². Wskazywano również, że akceptacja niezainteresowanych prywatnie dyrektorów powinna być dokonana w dobrej wierze¹³³.

Zgodnie z *Principles of Corporate Governance* - § 1.42 - kontrola decyzji „prywatnie zainteresowanych”, które uzyskały akceptację niezainteresowanych dyrektorów, powinna odbywać się w oparciu o standard kontroli marnowania aktywów spółki (ang. *waste of corporate assets*)¹³⁴. Zgodnie z tym standardem transakcja stanowi marnowanie aktywów spółki, jeśli obejmuje wydatkowanie albo rozdysponowanie środków spółki pozbawione świadczenia wzajemnego oraz racjonalnego celu biznesowego albo, za które spółka otrzymuje świadczenie wzajemne niewspółmiernej wartości. W § 5.02. podkreślono natomiast, że jeśli niezainteresowani dyrektorzy zaakceptują prywatnie zainteresowaną transakcję, wówczas to powód powinien ponosić ciężar dowodu. Sądowa kontrola miałaby wykazać, czy niezainteresowani dyrektorzy mogli racjonalnie sądzić, że transakcja była uczciwa względem spółki. Taki standard oceny miałby stanowić standard pośredni pomiędzy standardem *business judgment rule* a standardem *entire fairness*.

Standardem pośrednim (ang. *intermediate standard*) jest standard oparty na rozszerzonym standardzie oceny (ang. *enhanced scrutiny*). Znajduje on zastosowanie w przypadkach, w których nie ma potrzeby przeprowadzania oceny *entire fairness*, a jednocześnie, przy dokonaniu oceny w oparciu o *business judgment rule*, naruszenie obowiązków powierniczych nie byłoby poddane sankcji¹³⁵. W takich przypadkach - wymykającym się zarówno ocenie *entire fairness*, jak i *business judgment rule* - konieczne jest zastosowanie właśnie standardów pośrednich.

Do standardów pośrednich należy zaliczyć standardy *Unocal*¹³⁶ oraz *Revlon*¹³⁷. Pierwszy ze wskazanych standardów odnosi się do przedsięwzięcia środków ochronnych przez członków rady dyrektorów w przypadku zagrożenia wrogim przejęciem spółki (ang. *defensive measures against a hostile takeover*). Drugi zaś należy odnieść do starań

¹³² Zobacz np. California Corporations Code, § 310 (1990).

¹³³ Zobacz np. Del. Code Ann. Tit. 8, § 144 (1991).

¹³⁴ OECD, G20/OECD Principles of Corporate Governance 2023, § 1.42.

¹³⁵ M. White-Smith, Revisiting Revlon: Should judicial scrutiny of mergers depend on the method of payment?, University of Chicago Law Review 2012/79(4), s. 1177-1182.

¹³⁶ *Unocal Corp. v. Mesa Petroleum Co.*, 493 A.2d 946, 955 (Del. 1985).

¹³⁷ *Revlon, Inc. v. MacAndrews & Forbes Holdings, Inc.*, 506 A.2d 173, 182 (Del. 1986).

dyrektorów w kierunku uzyskania jak najwyższej ceny akcji na rzecz wspólników (ang. *best price for the stockholders*).

Szczególnie doniosła w odniesieniu do obowiązku lojalności była sprawa *Unocal* odnosząca się do wrogiego przejęcia spółki i obronnego względem spółki postępowania członków rady dyrektorów¹³⁸. Sąd Najwyższy Stanu Delaware pochylił się wówczas nad „nieodłącznym konfliktem interesów” towarzyszącym wrogiemu przejęciu. Sąd wskazał, że rada dyrektorów winna wykazać się działaniem w dobrej wierze¹³⁹. Wobec obronnych zachowań członków rady dyrektorów wrogo przejmowanej spółki dochodzi do odwrócenia ciężaru dowodu, który w takiej sytuacji obciąża stronę pozwaną. Rada dyrektorów musi wykazać, że rozpoznała zagrożenie oraz, iż wobec wykrytego zagrożenia, podjęła adekwatne w danych okolicznościach działania. Sąd podkreślił także, że rada dyrektorów przejmowanej spółki podlega rozszerzonemu obowiązkowi wykazania dobrej wiary ze względu na potencjalny konflikt działania we własnym interesie (ochrona stanowisk dyrektorskich) zamiast w najlepszym interesie spółki, wobec czego Sąd zastosował dodatkowy „próg” przed implementacją *business judgment rule* - *waste of corporate assets* standard.

Na gruncie przytoczonej sprawy wykształcił się nowy standard sądowej oceny - *Unocal*. *Unocal* stanowi standard oceny, który T. S. Stein określił jako standard pomocniczy. Poprzedza on ocenę albo na podstawie standardu *business judgment rule* - w przypadku pozytywnego przejścia testu *Unocal*, albo na podstawie standardu *entire fairness* - w przypadku negatywnego wyniku tego testu¹⁴⁰.

Zastępca Kanclerza Sądu Kanclerskiego - L. Strine odniósł się do orzeczenia w sprawie *Unocal* negatywnie, stwierdzając, że w przypadku zastosowania wskazanych przez Sąd progów, których wypełnienie umożliwiałoby implementację reguły BJR, powód nie miałby możliwości obalenia domniemania BJR, gdyż pozwani już na wcześniejszym etapie wykazaliby działanie w dobrej wierze i w sposób proporcjonalny do okoliczności¹⁴¹. Jak wskazał jednak Sąd w sprawie *Air Products and Chemicals, Inc. v. Airgas, Inc.*, przytoczone wyżej sprawy nie wyznaczają innego standardu kontroli, a jedynie rozszerzony standard oceny (ang. *enhanced scrutiny*) na gruncie *business judgment rule* i wyznaczają, przede wszystkim, granicę pomiędzy

¹³⁸ *Unocal Corp. v. Mesa Petroleum Co.*, 493 A.2d 946, 955 (Del. 1985).

¹³⁹ *Cheff v. Mathes*, 199 A.2d 548, 554 (Del. 1964).

¹⁴⁰ *Unitrin, Inc. v. American General Corp.*, 651 A.2d, 1377 (Del. 1995).

¹⁴¹ *In re Gaylord Container Corp. Shareholders Litigation*, 753 A.2d 462, 475-76 (Del. Ch. 2000).

kontrolą sądów a poszanowaniem autonomii spółek w podejmowaniu decyzji biznesowych (ang. *deference - scrutiny*)¹⁴². Nieco odmienne w swej treści stanowisko, jednak zgodne z kierunkiem wskazanym w orzeczeniu *Air Products*, przedstawił również T. S. Stein, argumentując, że pomocniczy standard *Unocal* stanowi jedynie narzędzie umożliwiające rozstrzygnięcie wątpliwości, który z niezależnych standardów oceny należy zastosować w konkretnej sprawie¹⁴³.

Standardem oceny związanym z obowiązkiem lojalności jest również standard sądowej oceny *Revlon* ukształtowany w 1986 r. przez Sąd Najwyższy Stanu Delaware¹⁴⁴. Standard ten odnosi się do jednej z trzech sytuacji: 1) nieuniknionej sprzedaży, reorganizacji albo likwidacji spółki¹⁴⁵; 2) porzucenia długoterminowej strategii i dążenia do alternatywnej transakcji obejmującej podział spółki¹⁴⁶; 3) objęcia kontroli nad spółką w wyniku fuzji albo przejęcia prowadzących do objęcia udziałów większościowych, gdy w spółce nie ma narzędzi chroniących udziałowców mniejszościowych¹⁴⁷. Istotą standardu *Revlon* jest poszukiwanie przez menedżerów, w wyżej wskazanych okolicznościach, najlepszej oferty dla wspólników - „najwyższa cena za sprzedaż spółki” (ang. *best price for the stockholders at a sale of the company*)¹⁴⁸.

Mimo mylącego posługiwania się przez judykaturę określeniem: „*Revlon duty*” (pol. obowiązek *Revlon*), które to określenie wskazuje na istnienie dodatkowego obowiązku (oprócz obowiązków staranności, lojalności, dobrej wiary), należy podkreślić, że *Revlon* nie jest standardem postępowania, lecz standardem oceny. Na członków zarządu spółki nałożone są jedynie obowiązki powiernicze staranności, lojalności oraz dobrej wiary (niezależnie od ujmowania obowiązku dobrej wiary jako oddzielnego obowiązku albo obowiązku wpisanego w obowiązek lojalności), zatem traktowanie *Revlon* jako obowiązku postępowania jest błędne¹⁴⁹. Zastosowanie standardu oceny *Revlon* wymusza odejście od oceny postępowania menedżerów, polegającego na działaniu w najlepszym interesie wspólników w kontekście trwania spółki, na rzecz oceny postępowania menedżerów polegającego na poszukiwaniu i uzyskaniu najwyższej możliwej ceny za udziały.

¹⁴² *Air Products and Chemicals, Inc. v. Airbags, Inc.*, 16 A.3d 48, 93-94 (Del. Ch. 2011).

¹⁴³ T.S. Stein, *A Theory ...*, s. 39.

¹⁴⁴ *Revlon, Inc. v. MacAndrews & Forbes Holdings, Inc.*, 506 A.2d 173, 182 (Del. 1986).

¹⁴⁵ *Ibidem*.

¹⁴⁶ *Paramount Communications, Inc. v. Time Inc.*, 571 A2d 1140, 1150 (Del. 1989).

¹⁴⁷ *Paramount Communications, Inc. v. QVC Network Inc.*, 637 A.2d 34, 48 (Del. 1994).

¹⁴⁸ *Lyondell Chem. Co. v. Ryan*, 970 A.2d 235, 242-43 (Del. 2009).

¹⁴⁹ J.T. Laster, *Revlon is a standard of review: Why it's true and what it means*, *Fordham Journal of Corporate & Financial Law* 2013/19(1), s. 5-25.

Zakwalifikowanie *Revlon* jako standardu oceny, a nie standardu postępowania, zasadniczo nie budzi wątpliwości. Jednak zdefiniowanie standardu *Revlon* jako takiego nie jest już kwestią oczywistą. Zdaniem sędziego J. T. Laster-a, zastosowanie standardu *Revlon* wymaga od sądu ustalenia, czy decyzja menedżerska była rozsądna, co jak wskazał, jest analogicznym standardem do tego zastosowanego przy *Unocal*¹⁵⁰. Odmienne zdanie wyraził T. S. Stein, klasyfikując *Revlon* jako niezależny standard oceny (w odróżnieniu od *Unocal*, który stanowi standard pomocniczy). Jego zdaniem *Revlon* charakteryzuje się niższym poziomem zaufania do decyzji niż *business judgment rule*, ale wyższym poziomem zaufania niż *entire fairness standard*¹⁵¹. Jak wskazał Sąd w sprawie *Barkan v. Amsted*, nie istnieje żaden schemat, którym miałyby podążać zarząd, dążąc do osiągnięcia najwyższej ceny¹⁵². Z tego względu sąd, stosując rozszerzony standard oceny, musi ustalić adekwatność procesu decyzyjnego zastosowanego przez dyrektorów, w tym adekwatność informacji, na których dyrektorzy oparli swoją decyzję oraz zbadać racjonalność działań dyrektorów wobec istniejących wówczas okoliczności¹⁵³. Ciężar udowodnienia, że podjęta decyzja była oparta na adekwatnych informacjach i była ona racjonalna, spoczywa zaś na członkach zarządu, a nie jak w przypadku oceny w oparciu o *business judgment rule* - na spółce¹⁵⁴.

4. Istota modelowej koncepcji *business judgment rule* oraz amerykańskiej konstrukcji *business judgment rule*

Modelowa koncepcja *business judgment rule* ogranicza się do oceny decyzji biznesowej z perspektywy przeprowadzonego procesu decyzyjnego. Zmiana podejścia kontrolnego z oceny *ex post* - oceny skutku - na ocenę *ex ante* - ocenę z chwili podejmowania decyzji - umotywowana jest potrzebą wsparcia podstawowego obowiązku rady dyrektorów - maksymalizacji zysków udziałowców (ang. *stockholder wealth maximization*)¹⁵⁵. Dążenie do maksymalizacji zysków udziałowców stanowi podstawowy element ładu korporacyjnego oraz nadrzędny cel prawa korporacyjnego¹⁵⁶. Członkowie

¹⁵⁰ Ibidem, s. 19.

¹⁵¹ T.S. Stein, *A Theory ...*, s. 42.

¹⁵² *Barkan v. Amsted Indus., Inc.*, 567 A.2d 1279, 1286 (Del. 1989).

¹⁵³ Zob. np. In re *Baker Hughes Inc. Merger Litig.*, 2020 WL 6281427 at *7 (Del. Ch. Oct. 27, 2020); *Paramount Communications Inc. v. QVC Network Inc.*, 637 A.2d 34, 45 (Del. 1994).

¹⁵⁴ *Paramount Communications, Inc. v. QVC Network Inc.*, 637 A.2d 34, 48 (Del. 1994).

¹⁵⁵ B.S. Sharfman, *The Importance ...*, s. 31.

¹⁵⁶ B.S. Sharfman, *Shareholder Wealth Maximization ...*, s. 391.

radę dyrektorów, podejmując kluczowe decyzje, np. odnośnie do polityki płacowej, strategicznych kierunków rozwoju czy inwestycji, powinni kierować się przede wszystkim ekonomicznym interesem wspólników¹⁵⁷. W tekście o ekonomicznej strukturze prawa korporacyjnego L. S. Zacharias, F. H. Easterbrook oraz D. R. Fischel wskazali, że maksymalizacja zysków wspólników stanowi operacyjne założenie firm odnoszących sukcesy i z tego względu jest to domyślna zasada prawa korporacyjnego¹⁵⁸.

Najprościej rzecz ujmując, modelowa koncepcja BJR ma wspierać *good corporate governance*. Jest to najdalej idąca funkcja *business judgment rule*, która może być realizowana na różne sposoby. W amerykańskim porządku prawnym wsparcie ładu korporacyjnego przybrało formę wyłączenia sądowej kontroli decyzji biznesowych podjętych lojalnie względem spółki, z należytą starannością i w dobrej wierze. Wyłączenie sądowej kontroli było zaś możliwe poprzez ukształtowanie amerykańskiej koncepcji *business judgment rule*, której centralnym elementem jest konstrukcja *business judgment rule*.

Konstrukcja *business judgment rule* polega na ukształtowaniu standardu kontroli - standardu *business judgment rule*. Jest to najważniejszy standard sądowej kontroli na gruncie prawa korporacyjnego¹⁵⁹. Chroni on decyzje menedżerów spółki przed sądową kontrolą opartą na standardzie całkowitej słuszności (ang. *entire fairness*), chyba że strona powodowa uprawdopodobni naruszenie przez członków rady dyrektorów ich obowiązków powierniczych¹⁶⁰. Konstrukcja *business judgment rule* w formie standardu kontroli umożliwia realizację podstawowego założenia korporacyjnego - prymatu zasad ładu korporacyjnego przyjętych w danej organizacji, przyznających radzie dyrektorów dużą swobodę w zakresie podejmowania decyzji na rzecz spółki. Sędziowie nie są ekspertami w dziedzinie biznesu, wobec czego nie powinni wzruszać decyzji biznesowych podjętych przy zachowaniu standardów staranności, dobrej wiary i lojalności.

Podjęcie decyzji biznesowej przez menedżerów przy zachowaniu standardów staranności, dobrej wiary i lojalności objęte jest domniemaniem. Obowiązek dochowania lojalności należy rozumieć jako działanie w najlepszym interesie spółki, natomiast

¹⁵⁷ J.R. Macey, Corporate Governance: Promises Kept, Promises Broken, *An International Review* 2012/20(4), s. 405-406

¹⁵⁸ L.S. Zacharias, F.H. Easterbrook, D.R. Fischel, Review of The Economic Structure of Corporate Law, *The Business History Review* 1993/67(3), s. 472-475.

¹⁵⁹ B.S. Sharfman, The Importance ..., s. 28-29.

¹⁶⁰ *Cede & Co. v. Technicolor, Inc.*, 634 A.2d 345, 361 (Del. 1993).

należyta staranność jako działanie w sposób odzwierciedlający postępowanie rozsądnego człowieka w podobnych okolicznościach. Wykazanie, iż decyzja piastuna organu została podjęta nielojalnie, niestaranie lub w złej wierze, spoczywa na stronie powodowej. Z tego względu amerykańska konstrukcja *business judgment rule* jest określana jako bezpieczna przystań (ang. *safe harbour*)¹⁶¹. Obalenie domniemania przenosi ciężar dowodu na pozwanego - menedżera, który będzie musiał wykazać przed sądem całkowitą uczciwość swojej decyzji (ang. *entire fairness*)¹⁶².

Business judgment rule nie jest innowacyjnym, samodzielny narzędnym. Jest to reguła oparta na ocenie wielu elementów, takich jak: funkcja menedżera w organizacji, realizacja obowiązków wobec spółki, ryzyko związane z podejmowaniem decyzji, podjęcie decyzji biznesowej jako takiej. Określenie *business judgment rule* mianem „standardu oceny”, „domniemania” albo „bezpiecznej przystani” nie oddaje w pełni istoty tej instytucji. *Business judgment rule* jest złożonym standardem sądowej kontroli decyzji biznesowych, podejmowanych w oparciu o obowiązki powiernicze menedżerów, tj. obowiązki lojalności, należytej staranności i dobrej wiary. Wypełnienie tych obowiązków jest objęte domniemaniem, tworząc tym samym bezpieczną przystań odnoszącą się do braku sądowej kontroli, dopóki domniemanie nie zostanie obalone i nie będzie konieczne przeprowadzenie sądowej oceny podjętych decyzji w oparciu o standard *entire fairness*.

Samo przystąpienie przez sąd do oceny decyzji biznesowej jest związane z niebezpieczeństwem dokonania błędnej, niesprawiedliwej kontroli wynikającej z posiadania przez sędziego „wiedzy po fakcie”. Dlatego też istotą amerykańskiej konstrukcji *business judgment rule* jest wspomniane domniemanie lojalności, staranności i dobrej wiary w procesie podejmowania decyzji, które umożliwia odstąpienie od sądowej oceny podjętej decyzji biznesowej oraz jej skutków. Na gruncie orzecnictwa amerykańskiego wykazano bowiem, że przypisanie menedżerowi odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną spółce w wyniku podjętej decyzji biznesowej nie może odbyć się na podstawie oceny jej skutków dokonanej z perspektywy *ex-post*.

Osiągnięcie na gruncie amerykańskiego *common law* stanu „braku kontroli decyzji biznesowych” nie jest możliwe wyłącznie dzięki ukształtowaniu konstrukcji BJR, lecz poprzez wdrożenie następujących rozwiązań prawnych: 1) rozróżnienie standardu postępowania oraz standardu kontroli; 2) ukształtowanie kilku różnych standardów

¹⁶¹ S.M. Bainbridge, *The Business Judgment Rule ...*, s. 87.

¹⁶² *McMullin v. Beran*, 765 A.2d 910 (Del. 2000).

sądowej kontroli; 3) ukształtowanie standardu sądowej kontroli - *business judgment rule*; 4) ukształtowanie domniemania podjęcia decyzji biznesowej w sposób lojalny wobec spółki, z należytą starannością i w dobrej wierze; 5) wykształcenie orzecznictwa wyznaczającego jasne granice dokonywanej oceny sądowej. Amerykańska konstrukcja *business judgment rule* jest zatem tylko jednym z kilku elementów współkształtujących amerykańską koncepcję *business judgment rule*. Osiągnięcie stanu „braku sądowej kontroli decyzji biznesowych podjętych starannie, lojalnie i w dobrej wierze”, stanowiącego istotę amerykańskiej koncepcji BJR, wymagało wdrożenia zespołu konstrukcji prawnych. Jedną z konstrukcji współkształtujących amerykańską koncepcję *business judgment rule* jest konstrukcja standardu kontroli *business judgment rule*. Wobec powyższego, za niezwykle trafne należy uznać określenie amerykańskiej konstrukcji *business judgment rule* mianem standardu braku kontroli decyzji biznesowych. Twierdzenie to w sposób najwłaściwszy opisuje istotę amerykańskiej konstrukcji *business judgment rule*. Nie można tej konstrukcji jednak utożsamiać z amerykańską koncepcją BJR, która odnosi się nie tylko do wąsko rozumianego *standard of non-review*, ale do odstąpienia od sądowej kontroli decyzji biznesowych poprzez wdrożenie wszystkich pięciu wyżej wskazanych elementów.

5. Uwagi końcowe

Przeprowadzenie analizy problematyki *business judgment rule* w amerykańskim porządku prawnym miało na celu odnalezienie elementów stanowiących istotę regulacji prawnej odnoszącej się do odpowiedzialności menedżerów za szkodę wyrządzoną spółce w wyniku podjętej decyzji biznesowej. Centralnym punktem tej odpowiedzialności jest modelowa koncepcja *business judgment rule*, która stanowi instrument najbardziej generalny. Koncepcja ta odnosi się do oceny decyzji biznesowych z perspektywy procesu decyzyjnego. Decyzję biznesową i ocenę procesu decyzyjnego można zatem wyciągnąć poza nawias amerykańskiej koncepcji BJR. Modelowa koncepcja BJR wyznacza ponadnarodową funkcję, jaką regulacja prawna ma pełnić w systemie prawa korporacyjnego - funkcję *business judgment rule*. Funkcja *business judgment rule* polega na dążeniu do efektywności ekonomicznej podejmowanych decyzji oraz dążeniu do urealnienia poziomu odpowiedzialności funkcjonariuszy spółki. Funkcję *business judgment rule* można najogólniej ująć jako wsparcie *good corporate governance* poprzez ochronę swobody decyzyjnej menedżerów.

Amerykańska koncepcja *business judgment rule* stanowi zespół elementów, które łącznie wdrażają modelową koncepcję BJR do amerykańskiego porządku prawnego, ponieważ umożliwiają realizację funkcji *business judgment rule*. Omawiana koncepcja BJR umożliwia całkowite odstępianie przez sąd od kontroli menedżerskich decyzji biznesowych podjętych starannie, lojalnie oraz w dobrej wierze. Konstrukcja *business judgment rule* to zaś standard braku kontroli decyzji biznesowych, stanowiący jeden z elementów amerykańskiej koncepcji *business judgment rule*.

Zrozumienie i rozróżnienie istoty modelowej koncepcji *business judgment rule* oraz istoty amerykańskiej koncepcji *business judgment rule* i konstrukcji *business judgment rule* stanowi punkt wyjścia do analizy regulacji polskiej w zakresie zasad ponoszenia przez członków zarządu odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną spółce, ukształtowanych w oparciu o nowelizację przepisów kodeksu spółek handlowych przeprowadzoną w latach 2019-2022.

Konieczne jest sformułowanie trzech charakterystycznych elementów amerykańskiej koncepcji BJR, które są najistotniejsze z perspektywy dalej prowadzonych rozważań. Pierwszym elementem jest wyróżnienie standardów postępowania menedżerów i standardów sądowej kontroli podjętych przez nich decyzji biznesowych. Drugim elementem jest wypracowanie kilku różnych standardów sądowej kontroli decyzji menedżerskich. Trzecim elementem jest zaś ukształtowanie standardu sądowej kontroli decyzji menedżerskich - *business judgment rule*.

Wyróżnienie standardów postępowania oraz standardów kontroli stanowi na gruncie regulacji amerykańskiej przemysłane narzędzie umożliwiające jednoczesne funkcjonowanie do pewnego stopnia wykluczających się regulacji. Z jednej strony, regulacja odnosząca się do standardu postępowania nakłada na członków rady dyrektorów spółki obowiązek staranności wymaganej od przeciętnego człowieka, działającego w przestrzeni gospodarczej. Z drugiej zaś strony, regulacja odnosząca się do standardu sądowej kontroli nakłada na sąd obowiązek oceny podjętej przez członka rady dyrektorów decyzji biznesowej przez pryzmat wypełnienia miernika staranności do granic rażącego niedbalstwa.

Precedensowe rozwiązanie rozdzielenia standardów postępowania oraz kontroli pełni istotną funkcję „urealnienia odpowiedzialności”. Umożliwia ono bowiem wprowadzenie do regulacji prawnej elementu, który można nazwać „doświadczeniem życiowym”. Sformułowanie obowiązku staranności w stopniu wyższym niż jest akceptowalne ma taki efekt, że postępowanie menedżera może nie będzie w pełni zgodne

z wzorcowym, ale będzie bardziej staranne niż w przypadku, w którym obowiązek starannego postępowania (standard postępowania) byłby sformułowany mniej rygorystycznie.

Drugim istotnym elementem regulacji amerykańskiej jest sformułowanie kilku różnych standardów oceny decyzji biznesowych. Oprócz *business judgment rule*, uważanego za bardzo łagodny standard sądowej kontroli, można wskazać również standard *entire fairness* - uważany za bardzo surowy oraz standardy pośrednie - standardy rozszerzonej kontroli, takie jak: *Unocal* oraz *Revlon*. Ukształtowanie kilku różnych standardów sądowej kontroli stanowi narzędzie umożliwiające osiągnięcie „złotego środka” pomiędzy pełną kontrolą decyzji niestarannych czy nielojalnych oraz brakiem kontroli decyzji podjętych starannie i lojalnie względem spółki. Niemożliwe byłoby precedensowe ukształtowanie konstrukcji *business judgment rule* przy braku innych standardów kontroli przeznaczonych do oceny decyzji, które nie spełniają przesłanek zastosowania reguły BJR.

Jak już wskazano, najważniejszym standardem sądowej kontroli decyzji menedżerskich jest *business judgment rule*. Standard ten zakłada wysoki poziom zaufania sądu do decyzji menedżerskiej i niski poziom sądowej kontroli. Jest to najczęściej stosowany standard, który skutecznie zabezpiecza decyzję menedżerską przed ingerencją sądu. *Business judgment rule* pozwala wyeliminować negatywne skutki zjawiska określanego jako „efekt wiedzy po fakcie”.

Judykatura wypracowała rozwiązanie umożliwiające odstępianie od sądowej kontroli decyzji menedżerskiej spełniające następujące przesłanki: 1) podjęcie decyzji biznesowej; 2) dołożenie staranności, której dołożyłby przeciętny człowiek w podobnych okolicznościach; 3) dochowanie lojalności względem spółki oraz 4) działanie w dobrej wierze. Wymienione elementy są ukształtowane jako domniemania. Oznacza to, że sąd nie przystąpi do oceny decyzji biznesowej podjętej przez funkcjonariusza spółki tak długo, jak długo powód nie uprawdopodobni, że działanie pozwanego nie spełnia którejs z przesłanek. Jeśli domniemanie nie zostanie obalone, *business judgment rule* uchroni menedżera przed kontrolą jego decyzji, więc sąd oddali sprawę (ang. *dismiss the case*). Jeśli zaś powód sprostą ciężarowi obalenia domniemania, wówczas postępowanie menedżera będzie podlegało sądowej kontroli w oparciu o standard *entire fairness*. Jako słuszny należy ocenić wniosek, że *business judgment rule* stanowi standard braku sądowej kontroli decyzji biznesowej podjętej starannie, lojalnie i w dobrej wierze.

Modelowa koncepcja *business judgment rule* wspiera budowanie w spółce *good corporate governance*. Chroni ona spółkę przed podejmowaniem przez jej funkcjonariuszy zachowawczych decyzji w obawie przed ewentualną odpowiedzialnością za decyzje bardziej ryzykowne, ale przy tym również bardziej opłacalne w przypadku ich powodzenia. Wspiera ona podejmowanie ambitnych decyzji o wyższym poziomie ryzyka, bowiem dyrektor, realizując swoje obowiązki powiernicze, zdaje sobie sprawę z tego, że jego decyzje nie będą kwestionowane przez sąd i poddawane ocenie *ex post*.

Wyróżnienie standardów postępowania menedżerów i standardów sądowej kontroli podjętych przez nich decyzji biznesowych, wypracowanie kilku różnych standardów sądowej kontroli decyzji menedżerskich oraz ukształtowanie *business judgment rule* współtworzą spójną regulację prawną zakorzenioną w amerykańskim systemie *common law*, odnoszącą się do odpowiedzialności menedżerów za szkodę wyrządzoną spółce w wyniku podjętej decyzji biznesowej. Wymienione elementy umożliwiają realizację funkcji BJR. Brak któregośkolwiek z nich znacząco ograniczyłby funkcjonalność pozostałych. Co więcej, te same elementy, ale na gruncie innego systemu oraz porządku prawnego, nie pełniłyby takiej samej funkcji, bowiem są one ukształtowane w sposób odpowiadający wymogom systemu precedensowego. Mimo dużego poziomu złożoności zaprezentowanych w niniejszym rozdziale rozwiązań prawnych, należy wskazać, że spełniają one swoją nadrzędną rolę - wspierają rozwój przedsiębiorstw. Umożliwiają zachowanie równowagi pomiędzy rozwojem biznesu, który wiąże się z koniecznością podejmowania odważnych i przy tym często ryzykownych decyzji a ponoszeniem odpowiedzialności za szkody wyrządzone spółce w ich wyniku.

Amerykański model *business judgment rule* nie jest narzędziem samoistnym. Elementami warunkującymi należyte funkcjonowanie reguły BJR są: spójny system prawny, który zapewnia komplementarne regulacje prawne oraz wsparcie sądów, które dostrzegły, że najlepszą kontrolą jest brak kontroli i które przez lata wypracowały rozwiązanie odpowiadające dynamice korporacyjnej. Ze względu na przywołany warunek spójnego systemu prawnego, szczególnie istotne jest oddzielne postrzeganie modelowej koncepcji BJR, amerykańskiej koncepcji BJR oraz amerykańskiej konstrukcji BJR.

Konstrukcja BJR ukształtowana na gruncie porządku amerykańskiego jest tylko jednym z elementów współkształtujących amerykańską koncepcję BJR, który nie daje się

samodzielnie zastosować na gruncie odmiennego otoczenia prawnego. Modelowa koncepcja BJR natomiast może znaleźć odzwierciedlenie na gruncie innych porządków prawnych w postaci zupełnie innych konstrukcji prawnych. Funkcję wspierającą wobec ładu korporacyjnego oraz w konsekwencji funkcję ochronną wobec menedżerów (funkcję BJR) mogą bowiem pełnić regulacje prawne różniące się od elementów kształtujących amerykańską koncepcję *business judgment rule*. Modelowa koncepcja *business judgment rule* jest zatem bez wątpienia nie tylko regulacją aktualną, ale przede wszystkim jest regulacją elastyczną, regulacją zmieniającego się prawa, która uwzględnia potrzeby współczesnego międzynarodowego biznesu.

II. Koncepcje *business judgment rule* w europejskich porządkach prawnych

1. Uwagi wprowadzające

Modelowa koncepcja *business judgment rule* została wykształcona przez orzecznictwo w Stanach Zjednoczonych Ameryki Północnej - w systemie opartym na *common law*. Należy jednak przypisać jej ponadnarodowy i ponadsystemowy walor. W wielu europejskich porządkach prawnych kształtowane są regulacje odpowiadające funkcji *business judgment rule*. Jest to zarówno wyzwanie legislacyjne, jak i wyzwanie w zakresie stosowania oraz interpretacji prawa. Z jednej strony, konieczne jest ukształtowanie rozwiązania prawnego, które w konkretnym porządku prawnym pełniłoby funkcję BJR. Z drugiej strony, niezbędne jest uwzględnienie istniejących realiów gospodarczych oraz prawnych konkretnego państwa. Stworzone rozwiązanie musi uzupełniać dotychczasowe regulacje prawne. Nie może wprost przenosić konstrukcji prawa precedensowego na płaszczyznę prawa stanowionego.

Dodatkową trudnością jest już sam poziom skomplikowania materii, którą stanowi koncepcja *business judgment rule*. Amerykański przedstawiciel doktryny - H. G. Manne stwierdził, że „*business judgment rule* jest jedną z najmniej zrozumiałych koncepcji w całej dziedzinie prawa spółek”¹⁶³. Z tego względu, wobec wdrażania rozwiązań prawnych inspirowanych amerykańską koncepcją *business judgment rule* do porządków europejskich, należy mieć na względzie, że rozwiązania te odnoszą się do modelowej koncepcji *business judgment rule*, nie zaś do amerykańskiej koncepcji BJR czy amerykańskiej konstrukcji BJR. Państwa europejskie, dążąc do realizacji funkcji BJR, zatem funkcji wspierającej budowanie *good corporate governance*, kształtują własne rozwiązania prawne.

Wśród państw europejskich, jako pierwsza (w 2005 r.) regulację opartą na koncepcji *business judgment rule* wprowadziła Republika Federalna Niemiec, stanowiąc tym samym inspirację dla wielu innych porządków prawnych. Do 2014 r., oprócz Republiki Federalnej Niemiec, podobne regulacje przyjęły również: Portugalia, Rumunia, Chorwacja, Grecja oraz Republika Czeska¹⁶⁴. Po 2014 r. do państw, które

¹⁶³ H.G. Manne, Our two corporation systems: Law and economics, *Virginia Law Review* 1967/53(2), s. 259–284.

¹⁶⁴ A. Ponta, R.N. Catana, The business judgment rule and its reception in European countries, *The Macrotheme Review* 2015/4(7), s. 136.

wdrożyły rozwiązanie prawne inspirowane *business judgment rule*, choćby jedynie na gruncie orzecznictwym, dołączyły między innymi: Austria, Dania, Szwecja, Węgry, Włochy, Francja, Litwa oraz Hiszpania.

W niektórych porządkach prawnych reguła biznesowego osądu była szeroko omawiana w doktrynie na długo przed oficjalną jej kodyfikacją¹⁶⁵. W innych, potrzeba implementacji rozwiązania pełniącego funkcję *business judgment rule* stanowiła efekt zainspirowania się zmianami prawodawczymi w sąsiednich państwach¹⁶⁶. Niektóre kraje zaczęły stosować konstrukcje BJR w praktyce orzeczniczej przed uregulowaniem ich w przepisach¹⁶⁷, a jeszcze inne ukształtowały samodzielne rozwiązania prawne, dla których amerykańska *business judgment rule* nie stanowiła inspiracji¹⁶⁸. Niezależnie od sposobów wdrożenia zmian prawnych, ustawodawstwa europejskie dążyły i dążą nadal do stworzenia optymalnych warunków rozwoju biznesu, w których regulacje prawne pozytywnie wpływają na podejmowanie odważnych decyzji biznesowych umożliwiających rozwój spółek.

Konieczne jest zatem zbadanie, jak w różnych porządkach europejskich wspierane jest funkcjonowanie spółek w obliczu ryzyk zagrażających ich działalności, wynikających z menedżerskich decyzji biznesowych. Celem niniejszego rozdziału jest wskazanie różnorodnych konstrukcji prawnych realizujących funkcję *business judgment rule* w europejskich porządkach prawnych, zatem konstrukcji współkształtujących krajowe koncepcje *business judgment rule*. Prowadzone rozważania nie mają na celu wnikliwego porównywania poszczególnych elementów odmiennych konstrukcji prawnych. Mają one zapewnić poszerzoną perspektywę badawczą dla dokonania analizy konstrukcji odpowiadającej *business judgment rule* w polskim porządku prawnym oraz stanowić inspirację do poszukiwania takiego ukształtowania polskiej konstrukcji prawnej, które umożliwiłoby najpełniejszą realizację funkcji BJR w polskim prawie korporacyjnym.

Wybór porządków prawnych analizowanych w niniejszym rozdziale nie jest przypadkowy. Przedmiotem nieco szerszej analizy będą regulacje: zachodnioeuropejska - niemiecka oraz wschodnioeuropejska - litewska. Niemiecki porządek prawny jest wiodącym na płaszczyźnie regulacji europejskich. Ustawodawca niemiecki jako

¹⁶⁵ Np. w Republice Federalnej Niemiec; zob. np. Wyrok Sądu Najwyższego z 21 kwietnia 1997 r. w sprawie ARAG/Garmenbeck, II ZR 175/35, 135, 244.

¹⁶⁶ Np. w Austrii; szerzej na ten temat w dalszej części rozdziału.

¹⁶⁷ Np. Włochy; szerzej na ten temat w dalszej części rozdziału.

¹⁶⁸ Np. Szwecja, Niderlandy; szerzej na ten temat w dalszej części rozdziału.

pierwszy spośród prawodawstw europejskich uregulował konstrukcję *business judgment rule*. Wiele porządków prawnych, tworząc regulacje prawne, wzoruje się na rozwiązaniach niemieckich. Prym legislacji niemieckiej w zakresie kształtowania prawa korporacyjnego nie wywołuje zaskoczenia. Niemcy są największą europejską gospodarką, ze wskaźnikiem PKB wynoszącym ponad 4.18 milionów euro¹⁶⁹. Taki wynik gospodarczy niewątpliwie ma swoje uzasadnienie w postępującym rozwoju przedsiębiorstw. Dynamice gospodarczej muszą towarzyszyć równie dynamiczne zmiany prawne „nadążające” za rozwojem biznesu. Przykładem takiej zmiany, która nie tylko „nadąża”, ale dodatkowo inspiruje inne ustawodawstwa do podjęcia analogicznych kroków prawnych, jest ukształtowanie niemieckiej koncepcji *business judgment rule*.

Na gruncie litewskiego porządku prawnego, pierwsze bezpośrednie odniesienia do *business judgment rule* można odnaleźć dopiero w orzecznictwie Sądu Najwyższego Republiki Litewskiej z 2014 r. Z tego względu litewska koncepcja BJR jest przedmiotem ciągle aktualnych badań w doktrynie oraz orzecznictwie zmierzających do udzielenia odpowiedzi na pytanie, czy w litewskim porządku prawnym obowiązuje *business judgment rule*.

Uzupełnieniem rozważań będzie syntetyczna analiza konstrukcji prawnych realizujących funkcję BJR w następujących porządkach prawnych: austriackim, niderlandzkim, włoskim oraz szwedzkim. Ma ona na celu zbadanie procesu recepcji przepisów, zachodzącego pomiędzy europejskimi porządkami prawnymi oraz wpływu krajowego otoczenia prawnego na kształt koncepcji *business judgment rule*, zatem koncepcji wspierającej budowanie w spółkach *good corporate governance* poprzez wsparcie członków ich organów zarządczych w podejmowaniu decyzji biznesowych.

¹⁶⁹ Produkt Krajowy Brutto w aktualnych cenach rynkowych wybranych europejskich państw w 2023 r. [dostęp: <https://www.statista.com/statistics/685925/gdp-of-european-countries/>].

2. Koncepcja *business judgment rule* w niemieckim porządku prawnym

2.1. Geneza

Koncepcja *business judgment rule* została uregulowana przez prawodawcę niemieckiego w wyniku reformy UMAG 2005¹⁷⁰. Została ona ukształtowana w ustawie o spółce akcyjnej w § 93 AktG¹⁷¹. Celem reformy było wdrożenie rozwiązań umożliwiających nie tylko wzmocnienie ładu korporacyjnego, ale również ochronę spółek przed nadużyciami i naruszeniami podmiotów nimi zarządzających. Mimo że koncepcja BJR została skodyfikowana w Niemczech dopiero w XXI w., kwestia odpowiedzialności członków zarządu za ryzykowne decyzje była przedmiotem dyskusji już od 1885 r. W orzeczeniu Najwyższego Sądu Rzeszy Niemieckiej (niem. *Reichsgericht*) z 28 kwietnia 1885 r. wskazano, że ze względu na konieczność szybkiego podejmowania decyzji, zarząd ponosi odpowiedzialność tylko za rażące niedbalstwo lub umyślne uchybienia w bieżącym prowadzeniu spraw spółki. Paraliż działalności zarządu miałby negatywny wpływ na spółkę¹⁷².

Kluczowym orzeczeniem odwołującym się do koncepcji *business judgment rule* było zaś orzeczenie Federalnego Sądu Najwyższego z 1997 r. w sprawie ARAG v. Garmenbeck¹⁷³. Zgodnie z jego treścią członek zarządu może być pociągnięty do odpowiedzialności tylko wtedy, gdy: 1) znacznie przekroczy granice odpowiedzialnego prowadzenia działalności oceniane z perspektywy realizacji interesu spółki; 2) nieodpowiedzialnie przekroczy granice ryzyka biznesowego; 3) w jakikolwiek inny sposób postąpi wbrew swoim obowiązkom.

2.2. Obowiązki członków zarządu

W strukturze organizacyjnej spółki akcyjnej funkcjonują: walne zgromadzenie, rada nadzorcza oraz zarząd. Walne zgromadzenie, stanowiące sferę właścicielską spółki, podejmuje uchwały w najistotniejszych sprawach związanych z jej utworzeniem

¹⁷⁰ Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts z 22.09.2005, BGBl. I S. 2802.

¹⁷¹ Niemiecka ustawa o spółce akcyjnej z 6.09.1965 r. (*Aktiengesetz*) (BGBl. s. 1089 ze zm.), (dalej także jako: AktG).

¹⁷² Wyrok Najwyższego Sądu Rzeszy Niemieckiej z 28 kwietnia 1885 r. - III 3/85, RGZ 13, 43, 46.

¹⁷³ Wyrok Sądu Najwyższego z 21 kwietnia 1997 r. w sprawie ARAG/Garmenbeck, II ZR 175/35, 135, 244.

i istnieniem jako struktury prawno-ekonomicznej. Rada nadzorcza sprawuje kontrolę nad poczynaniami zarządu. Jednak najistotniejszą funkcję z perspektywy bieżącego funkcjonowania spółki sprawuje zarząd, który reprezentuje spółkę i podejmuje w jej imieniu decyzje biznesowe. Realizacja tej fundamentalnej funkcji przez zarząd wymaga nałożenia na jego członków adekwatnych obowiązków oraz ustalenia zasad odpowiedzialności za ich naruszenie.

Obowiązki, których realizacja spoczywa na członkach zarządu spółki, zostały częściowo wprost wysłowione w przepisach prawa lub statucie spółki, a częściowo wynikają ze sprawowanej funkcji zarządczej i nie są związane z żadnym skonkretyzowanym postępowaniem. Do obowiązków wprost wymienionych w ustawie można zaliczyć np. obowiązki: regularnego raportowania wobec rady nadzorczej (§ 90 AktG), wykonywania uchwał walnego zgromadzenia (§ 83 AktG), prowadzenia ksiąg spółki (§ 91 ust. 1 AktG). Obowiązkami o charakterze ogólnym są natomiast obowiązki zarządzania spółką (§ 76 AktG) oraz obowiązki reprezentacji spółki (§ 78 AktG).

Kluczowym obowiązkiem wynikającym ze sprawowanej przez członków zarządu funkcji jest obowiązek należytej staranności uregulowany w § 93 ust. 1 zd. 1 AktG, zgodnie z którym członkowie zarządu podczas zarządzania spółką muszą zachować staranność ostrożnego i sumiennego menedżera. Przytoczony przepis obejmuje nie tylko istnienie obowiązku należytej staranności, ale również wskazuje miernik wymaganej staranności. Zarówno w niemieckim orzecznictwie, jak i w literaturze przedmiotu, ukształtował się większościowy pogląd przypisujący normie prawnej z § 93 ust. 1 zd. 1 AktG podwójną funkcję¹⁷⁴. Przyjęto bowiem, że omawiane uregulowanie, z jednej strony, wyznacza standard opieki (czyli miarę staranności), natomiast z drugiej strony, formułuje w sposób generalny obiektywne obowiązki członków zarządu, których naruszenie uzasadnia powstanie odpowiedzialności odszkodowawczej¹⁷⁵.

Wspomnianym miernikiem wymaganej staranności jest standard postępowania ostrożnego i sumiennego menedżera. W przypadku, gdy dochowanie staranności ostrożnego i sumiennego menedżera jest przedmiotem sporu, wówczas zgodnie

¹⁷⁴ E. Temel, Die zivile Haftung der Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft gem. § 93 AktG. Erciyes University Law Review 2013/1, s. 20; J. Göppert, Die Rechtweite der Business Judgment Rule bei unternehmerischen Entscheidungen des Aufsichtsrats der Aktiengesellschaft, Berlin 2009, s. 90.

¹⁷⁵ Ibidem.

z § 93 ust. 2 zd. 2 AktG, to członek zarządu musi wykazać, że wypełnił obowiązek dochowania staranności. Wobec powyższego, na członku zarządu spoczywa ciężar udowodnienia, że jego postępowanie było zgodne z miernikiem staranności ostrożnego i sumiennego menedżera, a przez to stanowiło realizację obowiązku, o którym mowa w § 93 ust. 1 zd. 1 AktG.

Szczególnym obowiązkiem, wpisującym się w dołożenie należytej staranności, jest wymóg działania zgodnego z prawem (ang. *corporate compliance*). Przedstawiciele niemieckiej doktryny nie mają wątpliwości co do tego, że w ramach *corporate compliance* należy wyodrębnić zarówno obowiązek działania zgodnego z prawem, jak również obowiązek kontroli działań menedżerów niższego szczebla i pracowników pod kątem zgodności z prawem podejmowanych przez nich działań¹⁷⁶. O ile obowiązek działania zgodnego z prawem nie stwarza żadnych problemów interpretacyjnych, o tyle sprawowanie kontroli nad pracownikami wymaga głębszej analizy. Obowiązek kontroli istotnie wkracza w sferę *compliance* - sferę zapewnienia zgodności funkcjonowania organizacji w zgodzie z (ang. *in compliance with*) regulacjami prawnymi, branżowymi, których nieprzestrzeganie wiąże się z tzw. „ryzykiem braku zgodności”.

W Niemieckim Kodeksie Ładu Korporacyjnego - Deutscher Corporate Governance Kodex¹⁷⁷ sprecyzowano, że odpowiedzialne zarządzanie ryzykiem, wynikającym z działalności gospodarczej, wymaga skutecznego systemu kontroli wewnętrznej oraz systemu zarządzania ryzykiem. Adekwatność i skuteczność systemu kontroli wewnętrznej oraz systemu zarządzania ryzykiem zakłada ich wewnętrzne monitorowanie (reguła 4). W regule 5. wskazano zaś, że zarząd zapewnia, iż wszystkie przepisy prawa i polityki wewnętrzne są przestrzegane oraz dąży do ich przestrzegania przez przedsiębiorstwo. System kontroli wewnętrznej i system zarządzania ryzykiem obejmują system zarządzania zgodnością dostosowany do ryzyka przedsiębiorstwa.

Wśród przedstawicieli niemieckiej doktryny wykształcił się pogląd, zgodnie z którym obowiązek zarządu kontroli zgodności z prawem działań podległych im menedżerów oraz pracowników nie powinien być kwalifikowany jako obowiązek należytej staranności, lecz analogicznie do amerykańskiego obowiązku

¹⁷⁶ A. Schall, *Stock corporations ...*, s. 275.

¹⁷⁷ Regierungskommission, *Deutscher Corporate Governance Kodex* z 28 kwietnia 2022 r.: [dostęp: https://www.dcgk.de/files/dcgk/usercontent/en/download/code/220627_German_Corporate_Governance_Code_2022.pdf].

*Caremark-duty*¹⁷⁸, powinien stanowić element obowiązku lojalności¹⁷⁹. Takie rozumienie i kwalifikacja obowiązku nadzoru pozwoliłyby na uzależnienie odpowiedzialności za szkodę w wyniku błędów w nadzorze od złej wiary członka zarządu.

W odniesieniu do odpowiedzialności za naruszenie przez członków zarządu obowiązku nadzoru proponowano również rozwiązania łagodzące poziom odpowiedzialności oraz wysokość odszkodowań. Jednym z nich było wdrożenie koncepcji BJR do oceny naruszenia przez członków zarządu obowiązku zgodności z przepisami. Większość przedstawicieli doktryny skrytykowała pomysł stosowania w tym zakresie koncepcji *business judgment rule*, argumentując, że nie może być mowy o żadnym poziomie dyskrecjonalności sędziego przy ocenie zachowań niezgodnych z prawem¹⁸⁰. Inną propozycją było ograniczenie ponoszenia przez członków zarządu pełnej odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną w wyniku naruszenia obowiązku nadzoru tylko w sytuacji rażącego niedbalstwa, tak jak ma to miejsce w odniesieniu do pracowników i ich ograniczonej odpowiedzialności za szkodę¹⁸¹. Sąd Najwyższy przesądził jednak, że członków zarządu należy traktować jak pracodawców, a nie pracowników, wobec czego ograniczenia odpowiedzialności przewidziane dla pracowników nie mogą znaleźć do nich zastosowania¹⁸².

Przepisy prawa niemieckiego, w odróżnieniu od prawa amerykańskiego, nie wyodrębniają obok obowiązku staranności wprost obowiązków lojalności (ang. *duty of loyalty*) oraz dobrej wiary (ang. *duty of good faith*). Nie oznacza to jednak, że obowiązki te są obce regulacji niemieckiej. Zasadniczo obowiązek dochowania lojalności rozumiany jest jako obowiązek unikania sytuacji generujących konflikt interesów, jak również obowiązek ujawnienia konfliktu w przypadku jego zaistnienia¹⁸³. Przepisy prawa nakładają na członków zarządu również pewne szczególne obowiązki, które w sposób pośredni wyrażają obowiązek dochowania lojalności. Można wymienić następujące przykłady takich obowiązków: 1) zakaz przyjmowania pożyczek od spółki bez zgody rady nadzorczej (§ 89 ust. 1 AktG); 2) zakaz podejmowania działalności konkurencyjnej bez zgody rady nadzorczej (§ 88 ust. 1 zd. 1 i zd. 2); 3) zakaz przyjmowania korzyści w trakcie pełnienia funkcji zarządczej - obowiązek ten został wyrażony w przepisach

¹⁷⁸ Stone v. Ritter, 911 A.2d 362, 364 (Del. 2006).

¹⁷⁹ A. Schall, Compliance-Pflicht ..., s. 659-668.

¹⁸⁰ A. Schall, Stock corporations ..., s. 276.

¹⁸¹ U. Huffer, J. Koch, § 76, [w:] Aktiengesetz. Kommentar, Auflage 13, München 2018, nb. 51.

¹⁸² Bundesgerichtshof (BGH), 1975, WM 467, 469. Zob. również A. Schall, Stock corporations ..., s. 276.

¹⁸³ E. Schmidt, F. Westphal, [w:] G. Ring, H. Grziwotz, Systematischer Praxiskommentar GmbH-Recht für Unternehmer und Berater, Köln 2019, s. 591.

antykorupcyjnych (§ 299 StGB¹⁸⁴). Członkowie zarządu nie mogą również wykorzystywać możliwości biznesowych spółki (ang. *corporate opportunities*), nawet jeśli dowiedzieli się o nich w okolicznościach natury prywatnej¹⁸⁵.

Obowiązek dobrej wiary można natomiast wyinterpretować z § 93 ust. 1 zd. 2, zgodnie z którym członek zarządu, podejmując decyzję biznesową, mógł zasadnie zakładać, że działa w najlepszym interesie spółki. Nie ma wątpliwości co do tego, że działanie w złej wierze nie może zostać objęte ochroną *business judgment rule*¹⁸⁶. Należy jednak podkreślić, że wykazanie dobrej albo złej wiary jest często trudne. Wymaga przedstawienia uzasadnienia, iż członek zarządu podejmując decyzję biznesową, był przekonany, że jego działanie pozytywnie wpływa na realizację interesu spółki.

2.3. Działanie w najlepszym interesie spółki

Jak już wspomniano, na zarządzie ciąży obowiązek reprezentacji spółki i podejmowania w jej imieniu decyzji biznesowych. Realizując ten obowiązek, członkowie zarządu muszą kierować się „najlepszym interesem spółki”. Zrozumienie, czym jest interes spółki, stanowi zaś fundamentalny element ładu korporacyjnego, pojmowanego jako system zarządzania i kontroli organizacji¹⁸⁷.

W niemieckim prawie spółek można wyróżnić dwa ujęcia „interesu spółki” - ujęcie szerokie oraz ujęcie wąskie. W ujęciu szerokim, interes spółki oznacza interes zarówno wspólników, jak również interesariuszy spółki (ang. *stakeholder approach*), tj.: pracowników, wierzycieli oraz ogółu społeczeństwa¹⁸⁸. Przyjmując szerokie ujęcie interesu spółki, należy wziąć pod uwagę, że zarząd musi wykazać się umiejętnościami ważenia i balansowania interesów poszczególnych grup podmiotów. Wskazane podejście przewiduje w ramach kompetencji zarządu możliwość priorytetyzowania interesu niektórych grup ponad interesem innych grup.

W węższym ujęciu interes spółki oznacza interes samych wspólników. Realizacja interesu spółki w rozumieniu interesu wspólników albo, mówiąc inaczej, interesu

¹⁸⁴ Niemiecki Kodeks Karny z 13.11.1998r. (Strafgesetzbuch) (BGBl. I S. 3322).

¹⁸⁵ Bundesgerichtshof (BGH), 1986, NJW 585, 586.

¹⁸⁶ Por. A. Schall, *Stock corporations ...*, s. 274. Autor wymienił dobrą wiarę (*bona fide*) jako jedną z przesłanek domniemania, zgodnie z którym decyzja menedżerska nie narusza obowiązku działania starannego.

¹⁸⁷ The Committee on the Financial Aspects of Corporate Governance, *The Financial Aspects of Corporate Governance*, 1992, par. 2.5, [dostęp: <https://www.ecgi.global/sites/default/files/codes/documents/cadbury.pdf>].

¹⁸⁸ U. Huffer, J. Koch, § 76 ..., nb. 28.

wartości (ang. *shareholder/value approach*), odnosi się wyłącznie do maksymalizacji zysków. Wzięcie pod uwagę innych elementów jest możliwe tylko, jeśli ich nieuwzględnienie mogłoby spowodować szkodę dla spółki¹⁸⁹.

Na aktualne rozumienie interesu spółki w niemieckim porządku prawnym (zgodne z ujęciem szerokim albo z ujęciem wąskim) istotny wpływ mają panujące warunki społeczno-gospodarcze. W tradycyjnym ujęciu interes spółki oznaczał zarówno interes wspólników, jak i pozostałych interesariuszy spółki. Pod wpływem rozwijającej się gospodarki podkreślono jednak potrzebę rozumienia interesu spółki jako interesu wartości¹⁹⁰.

Wobec wpływów pogarszającej się sytuacji gospodarczo-finansowej oraz wdrażanej strategii zarządzania Społecznej Odpowiedzialności Biznesu (ang. *Corporate Social Responsibility* - CSR), rozumienie interesu spółki wyłącznie w perspektywie dążenia do maksymalizacji zysków traci obecnie na znaczeniu¹⁹¹. Można dostrzec ponowną zmianę postrzegania interesu spółki w kierunku klasycznego jego ujęcia - *stakeholder approach*¹⁹².

Działanie w interesie spółki ma istotne znaczenie przy ocenie wypełnienia obowiązków zarządczych - reprezentacji spółki i podejmowania w jej imieniu decyzji biznesowych. Korelatem działania w interesie spółki są obowiązki staranności, lojalności oraz dobrej wiary. Działanie menedżera niezgodne z tymi obowiązkami podlega odpowiedzialności odszkodowawczej przewidzianej w przepisach prawa.

2.4. Charakter oraz przesłanki odpowiedzialności na gruncie § 93 AktG

Ocena charakteru oraz przesłanek odpowiedzialności członków zarządu z § 93 AktG uwarunkowana jest charakterem relacji łączącej piastuna organu zarządczego ze spółką. Zgodnie z § 84 ust. 1 AktG, członków zarządu powołuje rada nadzorcza. W wyniku powołania członka zarządu, powstaje pomiędzy nim a spółką umowny stosunek obligacyjny związany na płaszczyźnie prawa korporacyjnego¹⁹³. Zdarzenie prawne, jakim jest powołanie, stanowi źródło stosunku członkostwa

¹⁸⁹ A. Schall, *Stock corporations* ..., s. 265.

¹⁹⁰ Ukierunkowanie działalności spółki wyłącznie na zysk zostało jednak uznane za jeden z głównych powodów kryzysu finansowego z 2007 r. Zob. np. H. Fleischer, § 76, [w:] G. Spindler, E. Stilz (red.), *Kommentar zum Aktiengesetz*, München 2015, nb. 35.

¹⁹¹ A. Schall, *Stock corporations* ..., s. 266.

¹⁹² *Ibidem*.

¹⁹³ E. Temel, *Die zivile Haftung* ..., s. 16-17.

w zarządzie¹⁹⁴. Jego skutkiem jest zaś powierzenie osobie powoływanej mandatu członka zarządu, który stanowi kompetencję do reprezentacji oraz prowadzenia spraw spółki¹⁹⁵. Od tego momentu, zgodnie z teorią organów¹⁹⁶, działania członka organu są uważane za działania samego organu, mimo że członek organu nie jest organem, a jedynie osobą w organie¹⁹⁷.

Jak już wskazano, ogólny obowiązek kierowania spółką przez zarząd został uregulowany w § 76 ust. 1 AktG. Charakter odpowiedzialności za naruszenie tego obowiązku oraz jej przesłanki wynikają zaś z § 93 AktG. Przepis ten kształtuje odpowiedzialność członka zarządu za szkodę wyrządzoną spółce jako odpowiedzialność kontraktową, wynikającą z relacji łączącej piastuna organu z organem. Odpowiedzialność uregulowana w § 93 AktG nie obejmuje naruszeń obowiązków wynikających ze stosunków prawnych wykraczających poza stosunek organizacyjny.

Odpowiedzialność członka zarządu spółki akcyjnej ma charakter odszkodowawczy. Opiera się bowiem na tradycyjnych przesłankach odszkodowawczej odpowiedzialności kontraktowej, do których należą: zdarzenie szkodzące (naruszenie obowiązków przez członków zarządu), szkoda (w obu postaciach: *damnum emergens* oraz *lucrum cessans*) oraz adekwatny związek przyczynowy pomiędzy nimi. Taki wniosek daje się wywieść wprost z brzmienia przepisu § 93 ust. 2 AktG, zgodnie z którym członkowie zarządu, którzy naruszają swoje obowiązki, obowiązani są do naprawienia spółce szkody wynikłej z ich działalności. W razie wątpliwości, co do dochowania staranności rozważnego i sumiennego menedżera, to na nich spoczywa ciężar dowodu.

Uzupełnieniem treści § 93 ust. 2 AktG statuującego przesłanki odpowiedzialności członka zarządu za szkodę wyrządzoną spółce jest § 93 ust. 1 zd. 2 AktG. Przepis ten reguluje, w jakich okolicznościach nie dochodzi do naruszenia obowiązku dołożenia staranności. Jeżeli obowiązek staranności będzie zrealizowany (w braku innych naruszeń), działania członka zarządu nie wypełnią przesłanek odpowiedzialności, o których mowa w § 93 ust. 2 AktG.

¹⁹⁴ W. Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft, Berlin, Heidelberg, New York, Tokyo 1983, s. 377 i przywołana tam literatura.

¹⁹⁵ Ibidem.

¹⁹⁶ Szerzej zob. K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, Köln 2002, s. 251 i nast. U podstaw teorii organów legła teoria organiczna, za której twórcę uznaje się O. von Gierke. Postrzegał on osobę prawną jako organizm, który może działać przez swoje organy.

¹⁹⁷ C.H. Seibt, § 76 Vorstand, [w:] K. Schmidt, M. Lutter (red.), AktG. Kommentar, Köln 2020, s. 1088.

2.5. Konstrukcja *business judgment rule* na gruncie AktG

Zgodnie z § 93 ust. 1 zd. 2 AktG, do naruszenia obowiązku dołożenia staranności ostrożnego i sumiennego menedżera nie dochodzi, jeśli członek zarządu, podejmując decyzję biznesową, mógł zasadnie zakładać, że działa na podstawie odpowiednich informacji w najlepszym interesie spółki. Wśród przedstawicieli niemieckiej doktryny wyrażane są różne poglądy odnośnie do charakteru § 93 ust. 1 zd. 2 AktG. Na szczególną uwagę zasługują dwa z nich. Zgodnie z pierwszym, przytoczony przepis kształtuje domniemanie dochowania przez członka zarządu staranności ostrożnego i sumiennego menedżera w przypadku, gdy podjął on decyzję biznesową w oparciu o odpowiednie informacje oraz w dobrej wierze¹⁹⁸. Zgodnie z drugim, regulacja ta stanowi wyłącznie próbę zdefiniowania obowiązku staranności¹⁹⁹.

Interpretacja § 93 ust. 1 zd. 2 AktG jako domniemania pozytywnie wpływa na sytuację członka zarządu. Przyjęcie tej koncepcji oznacza bowiem, że piastun organu zarządczego nie musi wykazywać dochowania staranności ostrożnego i sumiennego menedżera, co samo w sobie stanowi wyzwanie ze względu na trudność określenia granic staranności mieszczącej się w ustawowym mierniku. Wystarczy, że członek zarządu wykaże, iż podjął decyzję biznesową na podstawie adekwatnych informacji, które w danych okolicznościach były należyte i wystarczające oraz że biorąc pod uwagę okoliczności, mógł racjonalnie zakładać, iż działa w interesie spółki. Pierwszy warunek wpisuje się w obowiązek dochowania należytej staranności, podczas gdy drugi, jak już wspomniano, wskazuje na działanie w dobrej wierze²⁰⁰. Jeśli członek zarządu, podejmując decyzję biznesową, spełnił powyższe warunki, powstanie domniemanie, że wypełnił on ciężący na nim obowiązek staranności. Domniemanie ochroni go wówczas przed odpowiedzialnością za szkodę wyrządzoną spółce. W przypadku obalenia domniemania, konieczne będzie dalsze wykazywanie, że decyzja biznesowa była podjęta z należyłą starannością, wypełniającą miernik staranności ostrożnego i sumiennego menedżera. Obalenie domniemania BJR nie pociąga bowiem za sobą domniemania

¹⁹⁸ Zob. np. A. Schall, *Stock corporations ...*, s. 274; E. Temel, *Die Zivile ...*, s. 30; V. Sailer-Coceani, § 93 *Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder*, [w:] K. Schmidt, M. Lutter (red.), *Aktiengesetz Kommentar ...*, s. 1380.

¹⁹⁹ Zob. np. K.J. Hopt, M. Roth, § 93, [w:] H. Hirte, P.O. Mülbert, M. Roth (red.), *Aktiengesetz. Großkommentar*, Bad Hersfeld 2015, nb. 67.

²⁰⁰ A. Schall, *Stock corporations ...*, s. 273.

niedopełnienia obowiązków zarządczych²⁰¹. Sytuacja członka zarządu będzie jednak znacznie trudniejsza. Będzie on pozbawiony domniemania działającego na jego korzyść. W razie niewykazania wypełnienia obowiązku z § 93 ust. 1 zd. 1 AktG, członek zarządu poniesie odpowiedzialność z § 93 ust. 2 zd. 1 AktG, zgodnie z którym członkowie zarządu, którzy naruszają swoje obowiązki, są zobowiązani do naprawienia szkody wyrządzonej spółce.

Za stanowiskiem, zgodnie z którym § 93 ust. 1 zd. 2 AktG należy postrzegać jako konkretyzację obowiązku starannego działania, opowiedział się Z. Kuniewicz, wskazując, że § 93 ust. 1 zd. 2 AktG nie stanowi domniemania, a jedynie określa pewne okoliczności (działanie na podstawie informacji, na korzyść spółki), których wypełnienie przez członka zarządu pozwala przyjąć, że działał on starannie²⁰². Zdaniem tego autora, wymienione okoliczności stanowią jedynie wskazówkę oceny dołożenia staranności, a nie przesłankę domniemania²⁰³. Autor podkreślił ponadto, że zarówno § 93 ust. 1 zd. 2, jak i ust. 2 zd. 2 AktG odnoszą się do staranności członka zarządu, wobec czego przyjęcie, iż § 93 ust. 1 zd. 2 AktG stanowi domniemanie, prowadzi do konstatacji, że przepisy te zawierają sprzeczne domniemania, bowiem jedno z nich odnosi się do domniemania dochowania staranności, a drugie do domniemania winy²⁰⁴.

Należy przychylić się do stanowiska Z. Kuniewicza, zgodnie z którym konstrukcja prawna zawarta w § 93 ust. 1 zd. 2 AktG nie stanowi domniemania²⁰⁵. Działanie na podstawie informacji na korzyść spółki stanowi jedynie wskazówkę interpretacyjną, jak rozumieć obowiązek dołożenia staranności²⁰⁶. Przyjęcie poglądu przeciwnego oznaczałoby, że podjęcie przez członka zarządu decyzji biznesowej na podstawie odpowiednich informacji, w najlepszym interesie spółki, stanowi podstawę domniemania z § 93 ust. 1 zd. 2 AktG, a wniosek domniemania stanowi wówczas dochowanie staranności ostrożnego i sumiennego menedżera. Oznaczałoby to, że dopiero, gdy zostanie wykazane, iż decyzja biznesowa została podjęta na podstawie odpowiednich informacji i przy racjonalnym założeniu działania w interesie spółki, członka zarządu obejmie domniemanie dochowania staranności ostrożnego i sumiennego menedżera. Nie można jednak pominąć faktu, że podjęcie decyzji biznesowej

²⁰¹ Wyrok Wyższego Sądu Krajowego w München z dnia 12 stycznia 2017 r. 23 U 3582/16, AG 2017, s. 750 i nast.

²⁰² Z. Kuniewicz, Odpowiedzialność odszkodowawcza ..., s. 17.

²⁰³ Ibidem.

²⁰⁴ Ibidem, s. 18.

²⁰⁵ Ibidem.

²⁰⁶ Ibidem, s. 17.

na podstawie adekwatnych informacji i przy racjonalnym założeniu, iż taka decyzja zmierza do realizacji interesu spółki, wymaga udowodnienia. Wykazanie takich okoliczności pozwala przyjąć, że działanie menedżera było staranne, podobnie jak brak ich wykazania oznacza, że jego działanie nie było staranne, a przez to było niezgodne z obowiązkiem, wobec czego menedżer powinien ponosić odpowiedzialność. Gdyby przyjąć za słuszne istnienie domniemania, wówczas brak wykazania podjęcia decyzji biznesowej na podstawie adekwatnych informacji i przy racjonalnym założeniu, że taka decyzja leży w interesie spółki, oznaczałby jedynie, że menedżer pozbawiony jest ochrony wynikającej z domniemania i musi wszelkimi innymi możliwymi sposobami wykazać, że dochował staranności ostrożnego i sumiennego menedżera.

W tym miejscu warto przytoczyć kontrowersyjne stanowisko przedstawicieli niemieckiej doktryny (zgodne ze wspomnianym już wyrokiem Wyższego Sądu Krajowego w München z dnia 12 stycznia 2017 r.), z którego wynika, iż brak ochrony *business judgment rule* powinien pociągać za sobą sądową kontrolę realizacji obowiązków²⁰⁷. Brak ochrony *business judgment rule* można rozumieć zarówno jako obalenie domniemania BJR, jak również jako brak możliwości zastosowania BJR. Zgodnie z przywołanym stanowiskiem, sądowa kontrola realizacji obowiązków następowałaby niezależnie od przyjętego rozumienia charakteru prawnego § 93 ust. 1 zd. 2 AktG - jako domniemania albo jako konkretyzacji obowiązków.

Z powyższym wnioskiem nie można się zgodzić. Wydaje się, że dołożenie staranności ostrożnego i sumiennego menedżera wyczerpuje się podjęciem decyzji biznesowej na podstawie odpowiednich informacji i przy racjonalnym założeniu, że działanie to zmierza do realizacji interesu spółki. Innymi słowy, podjęcie decyzji biznesowej bez uzyskania odpowiednich informacji lub w sytuacji, gdy założenie o realizacji interesu spółki nie było racjonalne, powinno jednoznacznie wskazywać na naruszenie obowiązku staranności. Nie powinno zaś otwierać drogi do dalszego wykazywania dołożenia staranności w oparciu o jeszcze inne okoliczności czy postępowania.

Koncepcja *business judgment rule* ma na celu zapobieżenie zbyt dużej ostrożności (awersji do podejmowania ryzyka) członków zarządu podczas podejmowania decyzji biznesowych. Podejmowanie decyzji w granicach uzasadnionego ryzyka stanowi kluczowy element funkcji członka zarządu i ma na celu realizację interesu spółki.

²⁰⁷ K.J. Hopt, M. Roth, § 93 ..., nb. 116.

Zdaniem przedstawicieli niemieckiej doktryny, § 93 ust. 1 zd. 2 AktG zapewnia członkom zarządu pewnego rodzaju bezpieczną przystań (ang. *safe harbour*)²⁰⁸. Nie jest ona tak rozległa jak w przypadku amerykańskiej konstrukcji BJR, jednak członkowie zarządu są objęci ochroną przed sądowym podważaniem (ang. *second-guess*) ich biznesowych decyzji. Sędziowie znając konsekwencje podjętych decyzji biznesowych, są podatni na tzw. efekt wiedzy po fakcie (ang. *hindsight bias*), wynikający ze znajomości konsekwencji podjętych decyzji. Ocena decyzji biznesowej z perspektywy czasu rodzi ryzyko pociągnięcia członka zarządu do odpowiedzialności za dobrze podjętą decyzję, która jednak spowodowała szkodę dla spółki, zamiast jedynie za decyzję źle podjętą. Należy przy tym pamiętać, że ocena przesłanek odpowiedzialności członka zarządu powinna uwzględniać jedynie proces podejmowania decyzji, nie zaś jej skutek.

Nasuwa się pytanie, czy powszechne twierdzenie o istnieniu bezpiecznej przystani jest uzasadnione. Niezależnie od kwalifikacji normy z § 93 ust. 1 zd. 2 AktG jako zawierającej wskazówki interpretacyjne albo jako domniemania dołożenia staranności, działanie na podstawie odpowiednich informacji oraz w najlepszym interesie spółki musi zostać wykazane, zatem nie domniemuje się, że członek organu działał na podstawie informacji i w najlepszym interesie spółki. Konieczność udowodnienia tych okoliczności przez pozwanego członka zarządu, zdecydowanie osłabia funkcję ochronną niemieckiej regulacji prawnej. Warto również zwrócić uwagę na treść uzasadnienia do UMAG, zgodnie z którym § 93 ust. 1 zd. 2 AktG ma na celu rozróżnienie naruszenia obowiązku staranności od działania mieszczącego się w ramach uznania menedżerskiego²⁰⁹. Wydaje się, że powyższe twierdzenie należyć definiuje niemiecką koncepcję *business judgment rule*, odnosząc ją do kryteriów oceny wypełnienia przez członka zarządu obowiązku staranności, nie zaś do samodzielnego narzędzia prawnego, które po wypełnieniu określonych przesłanek zapewniałoby „bezpieczną przystań”. Regulacja § 93 ust. 1 zd. 2 AktG umożliwia rozstrzygnięcie, jakie postępowania należy uznać za mieszczące się w ramach uznania menedżerskiego (w konsekwencji za zgodne z prawem), a jakie postępowania wykraczają poza uznanie menedżerskie i stanowią naruszenie obowiązku staranności, które powinno podlegać sankcji.

²⁰⁸ Zob. np. H. Fleischer, § 93, [w:] G. Spindler, E. Stilz (red.), beek-online Großkommentar zum Aktiengesetz, München 2020, nb. 82.

²⁰⁹ Uzasadnienie do projektu Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG), Deutscher Bundestag – 15. Wahlperiode, Drucksache 15/5092, s. 11.

Niemiecka koncepcja BJR pełni funkcję wspierającą w budowaniu *good corporate governance* poprzez wsparcie menedżerów i wdrożenie rozwiązań ochronnych względem podejmowania ryzykownych decyzji biznesowych. Omawiana regulacja prawna nie zapewnia jednak członkom zarządu ochrony tak daleko idącej, by określić ją mianem „bezpiecznej przystani”. Niewątpliwie niemiecka koncepcja BJR pełni funkcję BJR, o której była mowa w poprzednim rozdziale. Nie ma to jednak wpływu na ostateczny wniosek, iż niemiecka *business judgment rule* stanowi koncepcję odmienną od amerykańskiej, chociaż analogicznie umotywowaną, zmierzającą do osiągnięcia podobnego efektu. Uwzględnia ona możliwości i ograniczenia wynikające z osadzenia w systemie prawa stanowionego.

3. Koncepcja *business judgment rule* w litewskim porządku prawnym

3.1. Geneza

Inspirację dla ustawodawstwa Republiki Litewskiej w zakresie prawa spółek stanowią zachodnie porządki prawne, przede wszystkim prawo niemieckie²¹⁰. Republika Litewska czerpie również rozwiązania prawne z amerykańskiego *common law*. Jednym z takich rozwiązań jest koncepcja *business judgment rule*. Mimo że w litewskiej ustawie o spółkach²¹¹ nie ma przepisu wprost regulującego *business judgment rule*, to jednak nawiązują do niej w pewnym zakresie regulacje litewskiego kodeksu cywilnego²¹², odnoszące się do obowiązków członków organu osoby prawnej pełniących funkcje zarządcze (art. 2.87 k.c.l.). Jednakże należy zwrócić uwagę, że reguła biznesowego osądu jest stosowana przez Sąd Najwyższy Republiki Litewskiej.

Mimo wykształconej w Republice Litewskiej praktyki orzeczniczej, stosującej koncepcję *business judgment rule*, nie jest jasne, jak mają postępować członkowie organów zarządczych spółki podczas podejmowania decyzji biznesowej *ex ante*, by pozytywnie przejść ocenę dokonywaną przez sąd *ex post*. Ze względu na brak przepisów bezpośrednio regulujących konstrukcję *business judgment rule*,

²¹⁰ Zob. np. Z. Kuniewicz, Reguła biznesowego osądu w spółce akcyjnej prawa litewskiego, *Przegląd Prawa Handlowego* 2024/6, s. 18.

²¹¹ Lietuvos Respublikos akcinių bendrovių įstatymas 2000 m. liepos 13 d. Nr. VIII-1835 (Valstybės žinios, 2000-07-31, Nr. 64-1914), (dalej także jako: u.s.a.l.).

²¹² Lietuvos Respublikos Civilinis Kodeksas 2000 m. liepos 18 d. Nr. VIII-1864 (Valstybės žinios, 2000-09-06, Nr. 74-2262), (dalej także jako: k.c.l.).

przy jednoczesnym stosowaniu tej reguły przez orzecznictwo, litewski porządek prawny stanowi szczególnie wartościową płaszczyznę analizy funkcji *business judgment rule*.

3.2. Obowiązki członków organu zarządczego spółki

W litewskim porządku prawnym przez organ zarządczy spółki należy rozumieć dyrektora generalnego (lit. *bendrovės vadova*) oraz zarząd spółki (lit. *valdyba*). Ustawodawca przyznał dyrektorowi generalnemu kompetencje do zarządzania oraz reprezentacji spółki (art. 19 ust. 6 u.s.a.l. oraz art. 33 ust. 8 u.s.a.l.). Zarząd natomiast ma za zadanie wyrażać zgodę, oceniać, zatwierdzać dokonanie wymienionych w ustawie aktywności (art. 34 ust. 4 u.s.a.l.). Członkowie organu zarządczego dysponują dużą swobodą w zakresie podejmowania decyzji biznesowych, jednak nie jest ona nieograniczona. Po pierwsze, piastun organu powinien działać zgodnie z przepisami litewskiego kodeksu cywilnego, w szczególności z art. 2.87 k.c.l. Po drugie, na podstawie art. 19 ust. 8 u.s.a.l., organy spółki mają wykonywać swoje obowiązki zgodnie z przepisami prawa oraz regulacjami statutu spółki. Dodatkowo, w odniesieniu do dyrektora generalnego, art. 37 ust. 7 u.s.a.l. stanowi, że kieruje się on w swoich działaniach przepisami prawa, regulacjami i statutem spółki, decyzjami Walnego Zgromadzenia Akcjonariuszy, decyzjami Rady Nadzorczej i Zarządu oraz swoim zakresem obowiązków. Po trzecie, na piastunie organu zarządczego ciąży obowiązek należytej staranności, wynikający z wspomnianego już art. 6.246 ust. 1 k.c.l. Po czwarte, decyzje biznesowe nie mogą być sprzeczne z zasadami rozsądku ani z dobrą wiarą (art. 2.42 ust. 4 k.c.l.). Ponadto, Sąd Najwyższy Republiki Litewskiej wskazał, że decyzje nie mogą być sprzeczne z standardowymi biznesowymi praktykami ani z wymaganiami uczciwego prowadzenia biznesu²¹³.

Szczególną uwagę należy zwrócić na wspomniany już art. 2.87 k.c.l. Przepis ten reguluje obowiązki powiernicze członków organu zarządczego spółki, w pewnym zakresie powtarzając obowiązki wskazane powyżej²¹⁴. Zgodnie z art. 2.87 k.c.l., członkowie organu zarządczego mają: 1) działać w dobrej wierze i kierować się rozsądkiem (ust. 1); 2) dochować lojalności i poufności (ust. 2); 3) unikać konfliktu interesów (ust. 3); 4) nie czerpać korzyści prywatnych z informacji pozyskanych jako

²¹³ Uchwała Sadu Najwyższego Republiki Litewskiej z 25 maja 2006 r. w sprawie cywilnej K. J. J. v. J. B., V. K. (3K-7-226/2006).

²¹⁴ Por. Z. Kuniewicz, Reguła biznesowego osądu ..., s. 23.

piastun organu bez zgody spółki (ust. 4); 5) ujawnić ewentualny konflikt interesów (ust. 5) oraz 6. ujawnić transakcję zawartą ze spółką (ust. 6). Wymienione obowiązki wpisują się w szersze kategorie obowiązków, mianowicie: należyta staranność, lojalność oraz dobrą wiarę²¹⁵.

Obowiązki staranności, lojalności oraz dobrej wiary powinny być realizowane w sposób zmierzający do maksymalizacji zysków spółki. Obowiązek maksymalizacji zysków spółki należy przy tym rozumieć jako maksymalizację zysków wspólników. Takie ujęcie odpowiada treści art. 19 ust. 8 u.s.a.l., zgodnie z którym organy spółki muszą działać w najlepszym interesie spółki i jej akcjonariuszy. Nieprzestrzeganie obowiązków zarządczych przez piastuna organu zagrożone jest zaś odpowiedzialnością odszkodowawczą.

3.3. Odpowiedzialność odszkodowawcza na gruncie litewskiej ustawy o spółkach oraz litewskiego kodeksu cywilnego

Odpowiedzialność członków organu zarządczego za szkodę wyrządzoną spółce, analogicznie do odpowiedzialności na gruncie prawa niemieckiego, jest odpowiedzialnością odszkodowawczą o charakterze kontraktowym. Wynika ona z więzi łączącej piastuna organu ze spółką. Ze względu na wspomniany już rozkład kompetencji pomiędzy niezależnymi organami zarządczymi - dyrektorem generalnym oraz zarządem - na wstępie warto zaznaczyć, że kwestie związane z ponoszeniem odpowiedzialności, w większym stopniu odnoszą się do piastuna organu jednoosobowego²¹⁶.

Przepisy litewskiej ustawy o spółkach kształtują pozycję dyrektora generalnego w sposób dualistyczny²¹⁷. Z jednej strony, jest on, zgodnie z art. 19 ust. 1 w zw. z art. 37 ust. 1 u.s.a.l., jednoosobowym organem zarządczym. Z drugiej zaś strony, jest on również pracownikiem spółki - art. 37 ust. 4 u.s.a.l. Odpowiedzialność odszkodowawcza dyrektora generalnego wynika jedynie z naruszenia jego obowiązków

²¹⁵ Ibidem.

²¹⁶ Ustawodawca przyznał prezesowi spółki kompetencje do zarządzania oraz reprezentacji spółki (art. 19 ust. 6 u.s.a.l. oraz art. 33 ust. 8 u.s.a.l.). Zarząd natomiast ma za zadanie wyrażać zgodę, oceniać, zatwierdzać dokonanie wymienionych w ustawie aktywności (art. 34 ust. 4 u.s.a.l.). Por. Z. Kuniewicz, Reguła biznesowego osądu ..., s. 20.

²¹⁷ R. Jokubauskas, M. Kirkutis, ĮMONĖS VADOVO CIVILINĖ ATSAKOMYBĖ DĖL LAIKU NEINICIJUOTO NEMOKUMO PROCESO, Jurisprudencija 2021/28(2), s. 443.

jako jednoosobowego organu zarządczego spółki. Naruszenie przez niego obowiązków pracowniczych podlega zaś odpowiedzialności wynikającej z przepisów prawa pracy²¹⁸.

Odpowiedzialność członków organu zarządczego uregulowana w litewskich przepisach prawa opiera się na tradycyjnych przesłankach odszkodowawczej odpowiedzialności kontraktowej, do których zalicza się: zdarzenie szkodzące (naruszenie obowiązków przez piastuna organu zarządczego), szkodę, adekwatny związek przyczynowy pomiędzy nimi oraz winę²¹⁹. Oznacza to, że podmioty upoważnione do wniesienia powództwa odszkodowawczego przeciwko członkowi organu zarządczego muszą uprawdopodobnić, że funkcjonariusz podjął biznesową decyzję, działając niezgodnie z prawem, co doprowadziło do szkody spółki o uzasadnionej wysokości²²⁰. W orzecznictwie Sądu Najwyższego Republiki Litewskiej wskazano ponadto, że ewentualnej odpowiedzialności podlega nie tylko podjęcie decyzji, ale również niepodjęcie wymaganej decyzji²²¹ oraz że w przypadku wykazania pozostałych przesłanek odpowiedzialności odszkodowawczej, wina jest domniemywana²²².

Odpowiedzialność odszkodowawczą w sposób ogólny regulują przepisy litewskiego kodeksu cywilnego. Na podstawie art. 6.246 ust. 1 k.c.l., odpowiedzialność cywilna powstaje w przypadku niewypełnienia obowiązków ustanowionych przez prawo lub umowę (bezprawne zaniechanie) lub poprzez dokonanie czynu zabronionego przez prawo lub umowę (bezprawne działanie) lub poprzez naruszenie ogólnego obowiązku działania ostrożnego i starannego. Na podkreślenie zasługuje przede wszystkim ostatni element przytoczonego przepisu - odpowiedzialność za naruszenie obowiązku działania starannego. Odpowiedzialność odszkodowawczą za naruszenie obowiązków powierniczych wymienionych w art. 2.87 ust. 1-6 k.c.l. lub w dokumentach założycielskich spółki wskazano natomiast w art. 2.87 ust. 7 k.c.l. Odpowiedzialność ta może wynikać z niewykonania lub nienależytego wykonania obowiązków.

²¹⁸ Ibidem.

²¹⁹ Uchwała Sądu Najwyższego Republiki Litewskiej z 20 listopada 2009 r. w sprawie cywilnej BUAB „Optimalus finansami” v. G. P. (3K-7444/2009).

²²⁰ Uchwała Sądu Najwyższego Republiki Litewskiej z 1 lutego 2012 r. w sprawie cywilnej UAB „Penevezio spaustuve” v. R. S., A. B., A. G. (3 K-3-19/2012).

²²¹ Uchwała Sądu Najwyższego Republiki Litewskiej z 12 czerwca 2007 r. w sprawie UAB, ‘Liunete v. 91-oji gyvenamu ju, namu, statybos bendrija, R. B., A. G., V. P., P. R., V. S., A. K. (3K-3-233/2007).

²²² Uchwała Sądu Najwyższego Republiki Litewskiej z 5 maja 2011 r. w sprawie cywilnej BUAB ‘Vajalio medienos gaminiai’ v. R. K., N. K. (3 K-3-228/2011).

Dodatkowo, odpowiedzialność odszkodowawcza organu zarządczego spółki została doprecyzowana w art. 16 ust. 1 pkt 5 u.s.a.l, zgodnie z którym akcjonariusze mają prawo wystąpić do sądu z powództwem o naprawienie szkody wyrządzonej spółce, która powstała w wyniku niewykonania lub nienależytego wykonania obowiązków zarządczych wynikających z przepisów prawa, regulaminu spółki oraz umowy spółki²²³.

Z perspektywy dalszych rozważań szczególne znaczenie należy przypisać odpowiedzialności odszkodowawczej za naruszenie obowiązków powierniczych. Ich realizacja ma istotny wpływ na sądową ocenę procesu podejmowania decyzji zarządczych.

3.4. Kryteria sądowej oceny decyzji biznesowych

W doktrynie litewskiej wskazuje się, że w obowiązujących przepisach nie ma sprecyzowanych zasad podejmowania ryzykownych decyzji biznesowych ²²⁴ . Argumentem przytaczanym na poparcie tej tezy jest uchylene przez ustawodawcę art. 18 ust. 6 ustawy o spółkach akcyjnych Republiki Litewskiej z 1994 r.²²⁵. Artykuł ten stanowił, że decyzje biznesowe nie mogą: 1) naruszać statutu spółki ani być sprzeczne z celami działalności spółki; 2) oczywiście wykraczać poza normalne ryzyko praktyk biznesowych; 3) być w sposób oczywisty nieopłacalne lub niemające ekonomicznego uzasadnienia dla spółki. Należy jednak stanąć na stanowisku, że wymienione zasady nie stanowiły, nawet w momencie ich obowiązywania, realnych wskazówek postępowania, bowiem posługiwały się zwrotami niedookreślonymi takimi jak: „oczywiście wykraczać”, „normalne ryzyko”, „oczywiście nieopłacalne” ²²⁶ . Co więcej, należy wskazać, że reguły wyrażone w uchylonym art. 18 ust. 6. p.u.s.a.l. mają swoje odzwierciedlenie w obowiązkach aktualnie wysłowionych w przepisach prawa. Uzasadnione jest zatem twierdzenie, że decyzje biznesowe należy podejmować w sposób umożliwiający jak najpełniejszą realizację obowiązków powierniczych przez członków organu zarządczego.

²²³ Ustawa o spółkach akcyjnych Republiki Litewskiej reguluje dwie formy prowadzenia działalności w postaci: spółki akcyjnej oraz spółki z ograniczoną odpowiedzialnością (art. 1 ust. 1 u.s.a.l.). Ze względu na znaczne podobieństwa konstrukcyjne występujące pomiędzy wskazanymi typami spółek, ustawa zawiera wspólne im regulacje oraz przepisy szczególne odnoszące się do spółki akcyjnej.

²²⁴ V. Bite, G. Gumuliauskiene, The business judgment rule in Lithuania, European Business Organization Law Review 2016/17(3), s. 555–576.

²²⁵ Lietuvos Respublikos akcinių bendrovių įstatymas 1994 m. liepos 5 d. Nr. I-528 (Valstybės žinios, 1994-07-20, Nr. 55-1046), (dalej także jako: p.u.s.a.l.).

²²⁶ Z. Kuniewicz, Reguła biznesowego osądu ..., s. 21.

Odniesienie sposobu podejmowania decyzji biznesowych do realizacji obowiązków powierniczych wpływa na trudność wyznaczenia granic sądowej kontroli decyzji biznesowej. Konieczne jest bowiem udzielenie odpowiedzi na pytanie, w jakim stopniu sąd może, ingerując w podjętą decyzję biznesową, oceniać ją i podważać. Sąd nie jest, co oczywiste, organem spółki, a jedynie ostatecznym organem kontrolnym, którego rolą jest badanie zgodności z prawem, a nie prowadzenie merytorycznych rozważań wokół materii biznesowej.

Odpowiadając na postawione pytanie można wskazać dwa odmienne stanowiska reprezentowane przez przedstawicieli litewskiej doktryny²²⁷. Zgodnie z pierwszym z nich, sędziowie nie powinni oceniać treści decyzji biznesowych. Argumentem przemawiającym za tym stanowiskiem jest fakt, że sędziowie nie są przedsiębiorcami, a tym bardziej członkami organów spółki, przez co nie posiadają kwalifikacji i wiedzy niezbędnych do podejmowania, czy oceniania decyzji biznesowych²²⁸. Zgodnie natomiast ze stanowiskiem przeciwnym, sędziowie powinni mieć swobodę oceny decyzji biznesowych, niemniej tylko w sytuacjach, kiedy są spełnione pewne przesłanki tj.: kiedy zostanie ustalone, że piastun organu nie wypełnił swoich obowiązków, w szczególności, gdy dowody wskazują na podjęcie decyzji biznesowej w złej wierze, przy naruszeniu obowiązku unikania konfliktu interesów lub w przypadku, gdy menedżer nie posiadał wystarczających informacji w zakresie okoliczności i konsekwencji podejmowanej decyzji. Sąd Najwyższy Republiki Litewskiej w uchwale z 11 lutego 2008 r. opowiedział się za dokonaniem sądowej oceny zasadności i opłacalności decyzji biznesowej²²⁹. Przyjmując taką optykę postrzegania ingerencji w merytoryczną sferę decyzji, skład orzekający Sądu Najwyższego Republiki Litewskiej zwrócił uwagę na specyfikę związaną z podejmowaniem decyzji biznesowych. Podkreślił, że wobec występowania różnych cykli i fluktuacji w działalności komercyjnej, nie da się jednoznacznie określić stałości przewidywanych zysków²³⁰.

W orzecznictwie Sądu Najwyższego Republiki Litewskiej można jednak dostrzec wskazówki, jakimi kryteriami kierują się i powinny kierować się sądy przy ocenie decyzji

²²⁷ Zob. Z. Kuniewicz, Reguła biznesowego osądu ..., s. 22.

²²⁸ N. Dietrich, The 'business judgment rule': Whose judgment?, *Corporate Governance Review* 2002/14, s. 7–10.

²²⁹ Uchwała Sądu Najwyższego Republiki Litewskiej z 11 lutego 2008 r. w sprawie cywilnej Laivu, krovos akcine bendrove 'Klaipe dos Smelte' v. UAB 'Birių, krovinių terminalas', D. B., R. M. (3K-3-73/2008).

²³⁰ Uchwała Sądu Najwyższego Republiki Litewskiej z 16 Grudnia 2011 r. w sprawie cywilnej BUAB 'Balmeto Medis' v. AB 'Simega' (3K-3-511/2011).

biznesowych. Do głównych wyznaczników należą: 1) spowodowanie oczywistej szkody dla spółki ²³¹; 2) podjęcie nieuzasadnionego ryzyka ²³²; 3) naruszenie prawa, wewnętrznych dokumentów spółki lub dobrych praktyk/standardów biznesowych²³³; 4) postępowanie nieuzasadnione ekonomicznie - niezyskowe²³⁴.

Wymienione kryteria są niczym innym, niż jedynie przeformułowanymi obowiązками wyrażonymi w przepisach prawa. Spowodowanie oczywistej szkody dla spółki wyraża element szkody oraz jej wysokości. Kryterium naruszenia prawa, dokumentów wewnętrznych lub dobrych praktyk zostało wyrażone chociażby w art. 37 ust. 7 u.s.a.l. Z kolei postępowanie nieuzasadnione ekonomicznie - niezyskowe, wprost odnosi się do obowiązku działania w interesie spółki. Konieczność działania w granicach uzasadnionego ryzyka wpisuje się natomiast w obowiązek dochowania należytej staranności uregulowany w art. 6.246 k.c.l.

Pomimo szerokiego orzecznictwa w sprawach dotyczących odpowiedzialności odszkodowawczej piastunów organów, należy wskazać, iż kryteria, jakimi kierują się sądy przy ocenie decyzji biznesowych, mają charakter płynny i ewoluują wraz ze zmiennymi okolicznościami. Brak stałości w tej materii wymusza dokonanie każdorazowej oceny konkretnych okoliczności na gruncie jednostkowej sprawy. Szczególnie istotne jest również to, że są to jedynie kryteria oceny zachowań, a nie standardy postępowania. Nie wypracowano bowiem żadnych jasnych, stałych i bezpiecznych wskazówek postępowania nadających się do wykorzystania w procesie podejmowania decyzji. Nawet szerokie orzecznictwo w zakresie sądowej kontroli decyzji biznesowych nie oferuje członkom organów zarządczych standardów postępowania, lecz jedynie niestabilne podpowiedzi w zakresie tego, jak owo postępowanie będzie oceniane przez sąd.

²³¹ Uchwała Sądu Najwyższego Republiki Litewskiej z 21 maja 2014 r. w sprawie cywilnej BUAB 'Taurus– Ekspres' v. K. N. Oraz Lithuanian and German UAB 'Transdelta' (3K-3-283/2014).

²³² Uchwała Sądu Najwyższego Republiki Litewskiej z 29 maja 2015 r. w sprawie cywilnej BUAB 'Mantrida' v. L. V., E. M., osoba trzecia E. Z. (3K-3-331-695/2015).

²³³ Uchwała Sądu Najwyższego Republiki Litewskiej z 25 marca 2011 r. w sprawie cywilnej BUAB 'Limantra' v. N. G. (3K-3-130/2011).

²³⁴ Uchwała Sądu Najwyższego Republiki Litewskiej z 17 maja 2013 r. w sprawie cywilnej Laivu, krovos akcine_ bendrove_ 'Klaipe_ dos Smelte_ 'v. L. A. (3K-3-290/2013).

3.5. Koncepcja *business judgment rule* w litewskim orzecznictwie

W orzecznictwie Sądu Najwyższego Republiki Litewskiej zwrócono uwagę na trudność podejmowania decyzji biznesowych naznaczonych permanentnie większym albo mniejszym poziomem ryzyka. Potrzebę zapewnienia wsparcia w zakresie funkcjonowania spółek wobec ryzyka biznesowego wypełniła koncepcja *business judgment rule*.

Szczególnie doniosłą kwestią na gruncie odpowiedzialności odszkodowawczej było określenie dozwolonego poziomu niedbalstwa. W litewskiej praktyce orzeczniczej co najmniej od 2011 r. sygnalizowano potrzebę wdrożenia standardu rozsądnego i ostrożnego menedżera²³⁵. Uchwałą Sądu Najwyższego Republiki Litewskiej sprecyzowano, że piastun organu zarządczego może ponieść odpowiedzialność za naruszenie swoich obowiązków tylko, jeśli naruszenie wynikało z umyślnego, niewłaściwego postępowania albo rażącego niedbalstwa²³⁶. Tym samym, niewątpliwie stało się, że zwykłe niedbalstwo nie jest wystarczającą podstawą pociągnięcia piastuna organu do odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną spółce.

Rozstrzygnięcie kwestii dozwolonego poziomu niedbalstwa umożliwiło skierowanie rozważań prawnych w kierunku dopuszczalnego poziomu ryzyka podczas podejmowania decyzji zarządczych. W orzeczeniu Sądu Najwyższego Republiki Litewskiej z 26 czerwca 2013 r. wskazano, że dyrektor nie będzie pociągnięty do odpowiedzialności, jeśli jego decyzja jest zgodna z wymogami prawa, nie wykracza ponad normalne ryzyko ekonomiczne i nie szkodzi spółce w sposób oczywisty²³⁷. Podkreślenie konieczności podejmowania decyzji w granicach normalnego ryzyka ekonomicznego stanowiło kolejny krok w kierunku ujednolicenia kryteriów oceny decyzji menedżerskich.

Pierwsze bezpośrednie odniesienie do *business judgment rule* pojawiło się niespełna rok później w orzeczeniu Sądu Najwyższego Republiki Litewskiej z 9 stycznia 2014 r. Zgodnie z tym orzeczeniem, *business judgment rule* ma chronić dyrektorów przed pociąganiem ich do odpowiedzialności odszkodowawczej pod warunkiem, że działali oni

²³⁵ Uchwała Sądu Najwyższego Republiki Litewskiej z 12 kwietnia 2011 r. w sprawie cywilnej BUAB 'Geosprendimai' v. G. K. (3K-3-177/2011).

²³⁶ Uchwała Sądu Najwyższego Republiki Litewskiej z 1 lutego 2012 r. w sprawie cywilnej UAB 'Paneve žio spaustuve' v. R. S., A. B., A. G. (3K-3-19/2012).

²³⁷ Uchwała Sądu Najwyższego Republiki Litewskiej z 26 czerwca 2013 r. w sprawie cywilnej BUAB 'Stagena' v. SEB bankas, G. S. (3K-3-420/2013).

w dobrej wierze, przy dołożeniu należytej staranności²³⁸. Przesądzono, że to powód musi obalić domniemanie prawne, zgodnie z którym decyzja biznesowa została podjęta w dobrej wierze i w najlepszym interesie spółki. Musi on wykazać: 1) szkodę; 2) naruszenie obowiązków; 3) niewątpliwe przekroczenie uzasadnionego ryzyka biznesowego oraz 4) niewątpliwe niedbalstwo lub przekroczenie kompetencji zarządczych przez piastuna organu. Możliwość zastosowania koncepcji *business judgment rule* jest przy tym ograniczona do sytuacji, gdy piastun organu zarządczego działał lojalnie.

Istotne orzeczenie w odniesieniu do stosowania konstrukcji *business judgment rule* zapadło w maju 2014 r. Zgodnie z nim, konstrukcja BJR nie powinna być stosowana w sytuacji, gdy doszło do złamania prawa lub umowy spółki²³⁹. Niewątpliwie należy uznać to stwierdzenie za słuszne, bowiem w przypadku przekroczenia normy prawnej nie może być mowy o szczególnej ochronie wynikającej ze specyfiki podejmowania decyzji biznesowej.

Mimo bezpośredniego odniesienia do koncepcji BJR w orzecznictwie Sądu Najwyższego Republiki Litewskiej, w doktrynie nie ma zgody, co do tego, czy w Republice Litewskiej funkcjonuje konstrukcja BJR w rozumieniu konstrukcji wykształconej na gruncie *common law*²⁴⁰. Należy podzielić powyższą wątpliwość. Orzecznictwo litewskie odniosło się bezpośrednio do koncepcji *business judgment rule*, jednak wydaje się, że nie było to związane z realną potrzebą wdrożenia nowej konstrukcji prawnej, lecz raczej z chęcią wpasowania się w europejski trend kształtowania rozwiązań prawnych odpowiadających amerykańskiej koncepcji *business judgment rule*.

Litewska koncepcja *business judgment rule* ogranicza się do sformułowania wskazówek w zakresie przeprowadzenia sądowej kontroli decyzji menedżerskich oraz do sprecyzowania kryteriów przesądzających, jakie postępowanie pozostaje w granicach swobody menedżerskiej, a jakie stanowi naruszenie obowiązków zarządczych i wiąże się z odpowiedzialnością odszkodowawczą decydenta. Na podkreślenie zasługuje jednak ukształtowanie domniemania (odmiennie niż w regulacji niemieckiej), zgodnie z którym decyzja biznesowa została podjęta w dobrej wierze i z należyłą starannością.

²³⁸ Uchwała Sądu Najwyższego Republiki Litewskiej z 9 stycznia 2014 r. w sprawie cywilnej UAB 'Mitnija' and UAB 'MG Baltic Investment' v. V. G., E. R. (3K-7-124/2014).

²³⁹ Uchwała Sądu Najwyższego Republiki Litewskiej z 5 maja 2014 r. w sprawie cywilnej BUAB 'Star 1 Airlines' v. M. L. (3K-3-244/2014).

²⁴⁰ R. Greicius, *Fiduciary duties of a private legal entity*, Teisinės informacijos centras, Vilnius 2007, s. 139–147; V. Bite, G. Gumuliauskiene, *The Business Judgment Rule ...*, s. 570.

Domniemanie to działa na korzyść menedżera, bowiem ciężar jego wzruszenia spoczywa na powodzie.

Ze względu na istnienie domniemanie podjęcia decyzji w dobrej wierze i z należytą starannością, początkowa sytuacja menedżera wydaje się korzystniejsza niż, np. w przypadku regulacji niemieckiej, na gruncie której w razie wątpliwości, czy członek zarządu dołożył wymaganej staranności, musi on wykazać, że działał starannie. Niemniej należy pamiętać, że zarówno w litewskim, jak i w niemieckim porządku prawnym, dołożenie staranności przez menedżera podlega kontroli sądu. Istnienie domniemanie nie oznacza, jak w przypadku regulacji amerykańskiej, że decyzja biznesowa nie będzie poddana ocenie sądowej. Domniemanie wskazuje jedynie, na której stronie procesowej spoczywa ciężar dowodzenia. Oznacza to, że nawet jeśli w regulacji litewskiej ukształtowano domniemanie podjęcia decyzji w dobrej wierze i z należytą starannością, nie jest to identyczne domniemanie z tym, o którym mowa w systemie *common law*.

Powyższe rozważania prowadzą do wniosku, iż na gruncie litewskiego porządku prawnego mamy do czynienia z litewską koncepcją *business judgment rule*, która jest odmienna od koncepcji amerykańskiej. Litewską koncepcję BJR należy rozumieć jako regulację prawną w zakresie kompetencji i obowiązków organu zarządczego spółki, w połączeniu z przepisami odnośnie do odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną spółce, wraz z orzecznictwem, które ukształtowało domniemanie podjęcia menedżerskiej decyzji w dobrej wierze i z należytą starannością. Te trzy elementy ujęte łącznie składają się na litewską koncepcję *business judgment rule* realizującą funkcję BJR, tj. wspierającą *good corporate governance* poprzez zdefiniowanie i ujednolicenie kryteriów oceny menedżerskich decyzji biznesowych.

4. Koncepcje *business judgment rule* w innych wybranych porządkach prawnych

Analiza regulacji niemieckiej oraz litewskiej uzasadnia wniosek, iż ustawodawstwa europejskie dążą do stworzenia optymalnych warunków rozwoju biznesu i wsparcia *good corporate governance*. W tym miejscu warto zatem postawić jeszcze pytanie, jakie inne konstrukcje prawne sprzyjają realizacji tego celu. Poszukując odpowiedzi na powyższe pytanie, dalszej analizie poddano regulacje austriacką, niderlandzką, włoską oraz szwedzką.

Na podstawie dotychczasowych rozważań można wyznaczyć katalog określonych, powtarzających się elementów związanych z badaną problematyką. Należą

do nich: powiernicza relacja menedżera ze spółką, obowiązki zarządcze, decyzja biznesowa, ryzyko, szkoda, związek przyczynowy pomiędzy decyzją i szkodą oraz odpowiedzialność. Wymienione elementy już na tym etapie pracy zaczynają tworzyć spójny krajobraz prawny. Z tego względu uzasadnione jest ograniczenie dalszych rozważań jedynie do syntetycznej analizy zastosowanych w poszczególnych porządkach prawnych rozwiązań odpowiadających modelowej koncepcji *business judgment rule*, bez rozwijania podstawowych elementów menedżerskiej odpowiedzialności odszkodowawczej.

Jednym z porządków prawnych, w którym realizowana jest modelowa koncepcja *business judgment rule*, jest porządek austriacki. Regulacja odpowiadająca BJR została wprowadzona do austriackiego prawa korporacyjnego 1 stycznia 2016 r.²⁴¹ Warto jednak podkreślić, iż pewne elementy koncepcji *business judgment rule* można odnaleźć w orzecznictwie Sądu Najwyższego Republiki Austrii jeszcze przed jej kodyfikacją²⁴². W oparciu o orzeczenia Sądu Najwyższego Republiki Austrii²⁴³ w doktrynie sformułowano następujące charakterystyki nawiązujące do koncepcji BJR: 1) podjęcie menedżerskiej decyzji biznesowej; 2) w interesie spółki; 3) na podstawie odpowiednich informacji oraz 4) w granicach uzasadnionego ryzyka²⁴⁴.

Jeszcze przed uregulowaniem koncepcji BJR w porządku austriackim menedżerowie mieli dużą swobodę decyzyjną - odpowiadali wyłącznie za rażące naruszenie jej granic (ang. *gross negligence*)²⁴⁵. Konieczne było jednak sformułowanie wskazówek, jakie działania piastunów organów zarządczych należy uznawać za właściwe²⁴⁶.

²⁴¹ M. Winner, The Duty of Care and Business Judgment Rule in Austrian Company Law, *Acta Universitatis Carolinae - Iuridica* 2022/2, s. 15; M. Winner, Business Judgment Rule, [w:] S. Kalss, P. Schörghofer, *Handbuch für den Vorstand*, Wien 2017, s. 1239; P. Nimmerfall, L.J. Peissl, The Business Judgment Rule and its Impact on Austrian Law, *Časopis pro právní vědu a praxi* 2015/4, s. 353, 356.

²⁴² Zob. np. P. Nimmerfall, L.J. Peissl, The Business Judgment Rule ..., s. 356 i przywołana tam literatura.

²⁴³ Zob. np. orzeczenie Sądu Najwyższego Republiki Austrii z 4 czerwca 1998 r., (3 Ob 34/97i.); orzeczenie Sądu Najwyższego Republiki Austrii z 26 lutego 2002 r., (1 Ob 144/01k.); orzeczenie Sądu Najwyższego Republiki Austrii z 11 czerwca 2008 r., (7 Ob 58/08t.). Odniesienia do koncepcji BJR w orzecznictwie Sądu Najwyższego Republiki Austrii zapoczątkowało niemieckie orzeczenie w sprawie ARAG/Garmenbeck, II ZR 175/35, 135, 244. Zob. P. Nimmerfall, L.J. Peissl, The Business Judgment Rule ..., s. 354.

²⁴⁴ Zob. np. M. Lutter, Die Business Judgment Rule in Österreich und Deutschland, *Der Gesellschafter* 2007/3, s. 79, 85; P. Nimmerfall, L.J. Peissl, The Business Judgment Rule ..., s. 354.

²⁴⁵ P. Nimmerfall, L.J. Peissl, The Business Judgment Rule ..., s. 353.

²⁴⁶ M. Lutter, Die Business Judgment Rule ..., s. 81.

Ustawodawca austriacki ukształtował konstrukcję odpowiadającą *business judgment rule* w ustawie o spółkach akcyjnych²⁴⁷ (§ 84 AktG AT) oraz w ustawie o spółkach z ograniczoną odpowiedzialnością²⁴⁸ (§ 25 GmbHG AT)²⁴⁹. Zgodnie z § 84 ust. 1 AktG AT (analogicznie także z § 25 GmbHG AT) członkowie zarządu muszą zachować staranność ostrożnego i sumiennego menedżera. Przytoczony przepis nakłada na członków zarządu obowiązek starannego sprawowania funkcji. Miernik należytej staranności został zaś wyrażony w § 84 ust. 1a AktG AT, zgodnie z którym członek zarządu w każdym przypadku działa zgodnie ze starannością ostrożnego i sumiennego menedżera, jeśli przy podejmowaniu decyzji biznesowych nie kieruje się zewnętrznymi interesami i może założyć, na podstawie odpowiednich informacji, że działa na korzyść spółki. W § 84 ust. 2 zd. 2 AktG AT uregulowano ciężar rozkładu dowodu. Zgodnie z tym przepisem, członkowie zarządu mogą uwolnić się od obowiązku zapłaty odszkodowania, wykazując, że dochowali staranności ostrożnego i sumiennego menedżera.

Centralnym elementem konstrukcji *business judgment rule* na gruncie austriackiego porządku prawnego (przesłanką BJR) jest podjęcie przez menedżera decyzji biznesowej²⁵⁰. Sąd Najwyższy Republiki Austrii w orzeczeniu z 2016 r., wskazał, iż decyzja nie jest biznesowa, jeśli członek zarządu jest zobligowany do jej podjęcia przez prawo albo inny oficjalny akt (takie postrzeganie decyzji biznesowych nie było oczywiste w regulacji niemieckiej)²⁵¹. C. Nowotny zdefiniował decyzję biznesową jako decyzję obarczoną niepewnością, tj. o charakterze prognostycznym, związaną z ryzykiem²⁵².

Istotę konstrukcji *business judgment rule*, o której mowa w § 84 ust. 1a AktG AT (analogicznie również w § 25 GmbHG AT), stanowi podjęcie decyzji biznesowej na podstawie adekwatnych informacji, w interesie spółki oraz w dobrej wierze²⁵³. Adekwatność pozyskanych informacji należy przy tym każdorazowo oceniać

²⁴⁷ Austriacka ustawa o spółkach akcyjnych z 31 marca 1965 r. (Bundesgesetz über Aktiengesellschaften) (BGBl. Nr. 98/1965), (dalej także jako: AktG AT).

²⁴⁸ Austriacka ustawa o spółkach z ograniczoną odpowiedzialnością z 6 marca 1906 r. (Gesetz über Gesellschaften mit beschränkter Haftung) (RGBl. Nr. 58/1906), (dalej także jako: GmbHG AT).

²⁴⁹ P. Nimmerfall, L.J. Peissl, *The Business Judgment Rule ...*, s. 356; M. Winner, *The Duty of Care ...*, s. 15.

²⁵⁰ Zob. np. orzeczenie Sądu Najwyższego Republiki Austrii z 23 lutego 2016 r. (6 Ob 160/15). Odmienne np. w regulacji szwedzkiej, o której będzie mowa w dalszej części rozdziału.

²⁵¹ Orzeczenie Sądu Najwyższego Republiki Austrii z 23 lutego 2016 r. (6 Ob 160/15). Zob. również M. Winner, *The Duty of Care ...*, s. 16, 17.

²⁵² C. Nowotny, *Unternehmerische Entscheidung und Organhaftung*, Festschrift für Georg Koppensteiner II, Wien 2016, s. 197. Podobnie także M. Winner, *The Duty of Care ...*, s. 16, 17.

²⁵³ M. Winner, *The Duty of Care ...*, s. 16-20.

z perspektywy konkretnej sprawy²⁵⁴. Obowiązek działania w interesie spółki wpisuje się w obowiązek lojalności²⁵⁵ (§ 84 ust. 1a AktG AT *in fine*). Działanie w dobrej wierze należy zaś łączyć z podjęciem rozsądnej decyzji (ang. *reasonable judgment*)²⁵⁶. Na ochronę wynikającą z austriackiej konstrukcji BJR nie zasługują decyzje podjęte niestaranie, w złej wierze lub nielojalnie, np. w przypadku konfliktu interesów²⁵⁷. Decyzja biznesowa, która nie zmierza do realizacji interesu spółki wykracza poza granice biznesowego ryzyka spółki²⁵⁸.

Piastun organu zarządczego spółki poniesie odpowiedzialność odszkodowawczą względem spółki w przypadku niedochowania staranności ostrożnego i sumiennego menedżera, tj. działając na podstawie nieadekwatnych informacji, w złej wierze lub nielojalnie. Spółka ma wykazać postępowanie menedżera, które doprowadziło do szkody, szkodę oraz związek przyczynowy pomiędzy nimi²⁵⁹. Należy przy tym zwrócić szczególną uwagę na rozkład ciężaru dowodu i określić, na której stronie procesowej spoczywa ciężar wykazania wypełnienia (niewypełnienia) przesłanek BJR. Zgodnie z poglądem większościowym, to pozwany menedżer ma obowiązek wykazania, że jego decyzja biznesowa była podjęta na podstawie adekwatnych informacji, w interesie spółki oraz w dobrej wierze²⁶⁰. Stanowisko przeciwne wyrazili zaś P. Nimmerfall, L.J. Peissl, wskazując, że skoro austriacka konstrukcja BJR ma zapewniać menedżerom „bezpieczną przystań”, to ciężar wykazania naruszenia obowiązku staranności powinien zostać przeniesiony na stronę powodową²⁶¹. W ich ocenie należy przyjąć, iż na spółce spoczywa ciężar wykazania (oprócz szkody oraz decyzji menedżerskiej, która do niej przyczynowo doprowadziła) niewypełnienia przez menedżera choć jednej z przesłanek BJR (podjęcia decyzji biznesowej na podstawie adekwatnych informacji, w interesie spółki oraz

²⁵⁴ Ibidem, s. 17, 18.

²⁵⁵ H. Torggler, Business Judgment Rule und unternehmerische Ermessensentscheidungen, Zeitschrift für Europarecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung 2002/4, s. 133-139.

²⁵⁶ Zob. np. J. Gasser, Die Business Judgment Rule in Liechtenstein, Die Privatstiftung 2011/ 62, s. 71; A.R. Grass, Business Judgment Rule - Schranken der richterlichen Überprüfbarkeit von Management-Entscheidungen in aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsprozessen, Zürich 1988, s. 64 ff, który wskazał, iż zła wiara wykracza poza rozsądny osąd.

²⁵⁷ *A contrario* § 84 ust. 1a AktG AT. Zob. także H. Torggler, Business Judgment Rule ..., s. 133-139.

²⁵⁸ H. Torggler, Business Judgment Rule ..., s. 139.

²⁵⁹ P. Nimmerfall, L.J. Peissl, The Business Judgment Rule ..., s. 357.

²⁶⁰ Zob. np. C. Nowotny, Unternehmerische Entscheidung ..., s. 202; M. Karollus, Unternehmerische Ermessensentscheidung und Business Judgment Rule aus primär gesellschaftsrechtlicher Sicht mit besonderem Blick auf Versicherungsunternehmer, DieVersicherungsrundschau 2015/10, s. 26. Tak również Orzeczenie Sądu Najwyższego Republiki Austrii z 16 marca 2007 r. (6 Ob 34/07d.).

²⁶¹ P. Nimmerfall, L.J. Peissl, The Business Judgment Rule ..., s. 357.

w dobrej wierze), zaś na członku organu spoczywa ciężar wykazania działania należycie starannego²⁶².

Austriacka regulacja prawna opierająca się na modelowej koncepcji *business judgment rule* stanowi w znacznym stopniu tzw. „transplant prawny” regulacji niemieckiej²⁶³. Ustawodawca austriacki uregulował konstrukcję BJR w 2016 r. po latach jej funkcjonowania w niemieckim porządku prawnym, znając zarówno aspekty regulacji, które pozytywnie wpłynęły na funkcjonowanie spółek, jak i te elementy, które budziły wątpliwości w doktrynie niemieckiej. Z dorobku judykatury niemieckiej skorzystało w pewnym stopniu również austriackie sądownictwo. W tym samym roku, w którym uregulowano konstrukcję *business judgment rule* (2016 r.), zapadło wspomniane już orzeczenie Sądu Najwyższego Republiki Austrii, w którym zdefiniowano, jak należy rozumieć decyzje biznesowe²⁶⁴. O ile nie jest kwestią najwyższej wagi, czy pewne standardy oceny zostaną wykształcone od razu, po roku, czy po trzech latach funkcjonowania nowej regulacji, to jednak taka sytuacja - znajomość funkcjonowania regulacji prawnej na gruncie sąsiedniego, podobnego porządku prawnego - daje pewnego rodzaju „przewagę regulacyjną”, bowiem niewątpliwie wpływa na budowanie pewności prawa wśród podmiotów, których ta regulacja dotyczy.

Celem ukształtowania konstrukcji BJR jest dążenie do poprawy funkcjonowania spółek. Za funkcjonowanie spółek w znacznej mierze odpowiadają członkowie ich organów zarządczych. Zatem, uregulowanie austriackiej *business judgment rule* w sposób jasny i spójny oraz, od samego początku jej funkcjonowania, połączony z jednolitym i konsekwentnym orzecznictwem, zwiększa poziom rozumienia przepisów oraz, w ślad za nim, poczucia bezpieczeństwa związanego z podejmowaniem decyzji, wśród menedżerów.

Opisany powyżej „efekt uprzedzenia” pełni funkcję podobną do zapowiedzi filmowej - daje wgląd, czego można się spodziewać, umożliwiając przygotowanie się, zaplanowanie adekwatnych działań oraz zmiętygowanie efektu zaskoczenia i niepewności zarówno wśród menedżerów, jak i sędziów w chwili wejścia w życie nowej regulacji prawnej. Ten stan można wręcz przyrównać do „efektu wiedzy po fakcie”, który nie

²⁶² Ibidem. W tym kierunku również M. Winner, *The Duty of Care ...*, s. 21. W jego ocenie spółka powinna przynajmniej uprawdopodobnić, że postępowanie menedżera naruszyło obowiązek staranności. Dopiero wówczas członek zarządu miałby wykazać, że jego postępowanie w konkretnych okolicznościach było staranne.

²⁶³ Por. P. Nimmerfall, L.J. Peissl, *The Business Judgment Rule ...*, s. 356; M. Winner, *The Duty of Care ...*, s. 15.

²⁶⁴ Orzeczenie Sądu Najwyższego Republiki Austrii z 23 lutego 2016 r. (6 Ob 160/15).

odnosi się jednak do świadomości konsekwencji podjętej decyzji biznesowej, ale do świadomości konsekwencji wdrożenia nowej regulacji prawnej. Ów „legislacyjny efekt wiedzy po fakcie” dotyczy nie tylko ustawodawcy, który ma możliwość wprowadzenia pewnych poprawek w „transplantowanej” konstrukcji prawnej przed jej wejściem w życie. Odnosi się on także do sędziów, którzy mają dostęp do orzeczeń zapadłych w kontekście *business judgment rule* w sąsiednim porządku prawnym oraz do menedżerów, którzy zdają sobie sprawę z realnego wpływu koncepcji BJR na funkcjonowanie spółek. Ze względu na doniosłą rolę, jaką pełni „legislacyjny efekt wiedzy po fakcie” w kształtowaniu austriackiej koncepcji BJR, należy ująć go jako jeden z elementów kształtujących tę koncepcję. Świadomość szans i zagrożeń związanych z uregulowaniem konstrukcji BJR współkształtuje austriacką koncepcję *business judgment rule* obok samej treści regulacji prawnej oraz otaczającego ją porządku prawnego.

Kolejnym porządkiem prawnym, w ramach którego ustawodawca uwzględnił potrzebę stworzenia regulacji sprzyjającej podejmowaniu odważnych decyzji biznesowych przez menedżerów, bez obawy przed ewentualną odpowiedzialnością w przypadku ich niepowodzenia, są Niderlandy. Przepisy niderlandzkiego kodeksu cywilnego²⁶⁵ regulują podstawowe obowiązki powiernicze członków zarządu oraz źródło ponoszenia przez nich odpowiedzialności cywilnej za szkodę wyrządzoną spółce. W orzecznictwie Niderlandzkiego Sądu Najwyższego wypracowano zaś adekwatny standard oceny postępowania piastuna organu zarządczego.

Podstawowym zadaniem zarządu zarówno w spółce akcyjnej (nl. *Naamloze Vennootschap* - NV), jak i w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością (nl. *Besloten Vennootschap* - BV) jest zarządzanie (nl. *bestuur*) spółką. Obowiązek ten został uregulowany w art. 2:129 BW w odniesieniu do zarządu spółki akcyjnej oraz w art. 2:239 BW w odniesieniu do zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością. Jest to obowiązek zarządu wynikający z relacji o charakterze korporacyjnym łączącej członka organu ze spółką²⁶⁶. Zarządzanie spółką odnosi się do trzech następujących obowiązków: 1) reprezentacji spółki (art. 2:130/240 BW); 2) prowadzenia bieżących spraw spółki oraz 3) ustalania strategii spółki.

²⁶⁵ Burgerlijk Wetboek, Stb. 1838, 90, (dalej także jako: BW).

²⁶⁶ T.M. Steins Bisschop, H.C. Roelkin, Stock Corporations: Corporate governance, [w:] A. Vicari, A. Schall (red.), Company laws ..., s. 1311.

Członkowie zarządu, realizując swoje obowiązki, powinni kierować się najlepszym interesem spółki (nl. *vennootschappelijk belang*) (art. 2:129 § 5 BW). Nie ma regulacji prawnej, która jednoznacznie wskazywałaby, jak należy rozumieć pojęcie interesu spółki. Kryterium oceny realizacji interesu spółki nie posiada stałej, mierzalnej treści. Na gruncie niderlandzkiego prawa korporacyjnego przyjęło się podejście oparte zarówno na interesie wspólników, jak i interesie interesariuszy. Podobnie jak w Republice Federalnej Niemiec, oznacza to, że zarząd musi brać pod uwagę interes spółki jako składową interesów wspólników, pracowników oraz wierzycieli²⁶⁷. Wskazówkę należytego rozumienia interesu spółki stanowi w tym względzie również Niderlandzki Kodeks Ładu Korporacyjnego, który wskazuje, że zarząd powinien kierować się budowaniem długoterminowej wartości spółki²⁶⁸.

Realizując politykę spółki, członkowie zarządu muszą wykazać się nie tylko wiedzą merytoryczną, ale również kreatywnością, odwagą oraz intuicją rynkową. Zarząd musi ważyć potencjalne zyski i straty oraz szacować możliwości powodzenia przedsięwzięć. Ze względu na złożoność procesu podejmowania decyzji biznesowych, które charakteryzują się ryzykiem, ustawodawca niderlandzki uregulował podstawę ponoszenia odpowiedzialności menedżerów za szkodę wyrządzoną spółce w postaci otwartej normy prawnej. Zgodnie z art. 2:9 BW, każdy członek zarządu jest zobowiązany wobec spółki do należytego wykonywania obowiązków zarządczych. W przypadku postawienia poważnego zarzutu, członkowie zarządu ponoszą odpowiedzialność, chyba że, próbując zapobiec konsekwencjom, nie działali niedbale.

Przepis art. 2:9 BW wyznacza standard wykształcony przez prawo precedensowe - poważnego naruszenia (ang. *serious reproach*)²⁶⁹. Jest to standard sądowej oceny postępowania członków zarządu, umożliwiający ustalenie, czy wykonali oni swoje obowiązki należycie. Pierwszym orzeczeniem, odwołującym się do tego standardu, jest orzeczenie w sprawie *Staleman v. Van de Ven*, na gruncie którego Sąd wskazał, że badając odpowiedzialność członków zarządu, sędziowie muszą dokonywać

²⁶⁷ M.K. Seenacherry, Liability of company directors: The business judgment rule as developed in the US and adopted by Germany compared to the Netherlands 'approach, *Amsterdam Law Forum* 2020/12(1), s. 75-105.

²⁶⁸ De Nederlandse Corporate Governance Code z 2003 r. zmieniony w 2008 r., 2016 r. oraz w 2022 r., [dostęp: <https://www.mccg.nl/documenten/2022/12/20/corporate-governance-code-2022>]. Niderlandzki Kodeks Ładu Korporacyjnego nie stanowi wiążącej regulacji prawnej, jednak przyjęło się, że odzwierciedla on podstawowe zasady holenderskiego prawa korporacyjnego. Stanowi on „miękkie prawo” oparte na zasadzie „*comply or explain*”, tj. organizacje powinny stosować się do ukształtowanych reguł albo wyjaśnić, dlaczego ich nie zastosowały.

²⁶⁹ *Staleman v. Van der Ven*, HR 10 januari 1997, NJ 1997, 360.

wielopłaszczyznowej oceny wszystkich okoliczności sprawy²⁷⁰. Standard poważnego naruszenia pozostawia duży zakres elastyczności podczas dokonywania sądowej oceny, przez co może być postrzegany jako rozwiązanie zwiększające niepewność prawa i brak jasnych kryteriów branych pod uwagę przez sądy.

Mimo teoretycznego zagrożenia wykształcenia stanu niepewności prawa, orzecznictwo Niderlandzkiego Sądu Najwyższego jest jednak jednolite. Przy dokonywaniu oceny stosowany jest następujący model kontroli: 1) identyfikacja naruszonej normy prawnej; 2) obiektywna ocena poziomu naruszenia; 3) uwzględnienie wszystkich okoliczności sprawy²⁷¹. Brak sztywnych zasad oceny wynikający z charakteru otwartej normy prawnej, połączony z wielopłaszczyznową analizą okoliczności każdej sprawy, pozwala na dokonanie racjonalnej oceny postępowania menedżera, która wymagana jest przez art. 2:8 BW. Przepis ten stanowi standard racjonalności i uczciwości. Sądy, orzekając w sprawach odnośnie do odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną spółce, powinny stosować test racjonalności (nl. *redelijkheidstoets*), który w niderlandzkim prawie korporacyjnym jest formą „marginalnej oceny” (ang. *marginal review*)²⁷².

Marginal review uwzględnia swobodę menedżerów w działaniu²⁷³. Zgodnie z tą koncepcją, sąd może ingerować w decyzję członka organu zarządczego dopiero, gdy zostaną wykazane dowody jego niewłaściwego postępowania. Niewłaściwe postępowanie nie zasługuje bowiem, w myśl tej koncepcji, na ochronę. Zastosowanie marginalnej oceny związane jest z tym, że ciężar dowodu leży po stronie powodowej, która musi w sposób dostateczny wykazać, że członek zarządu naruszył swoje obowiązki. Rozkład ciężaru dowodu przybliża *marginal review* do koncepcji domniemania wykształconej na gruncie anglosaskiej reguły BJR, jednak nie jest to analogiczna konstrukcja. Obalenie domniemania niderlandzkiego jest trudniejsze niż domniemania amerykańskiego. Dla obalenia amerykańskiego domniemania BJR wystarczające jest uprawdopodobnienie, że członek zarządu naruszył swoje obowiązki powiernicze. Gdy

²⁷⁰ Ibidem.

²⁷¹ N.T. Pham, Directors' liability. A legal and empirical study, 2017, s. 59, [dostęp: https://www.researchgate.net/profile/Thy-Pham/publication/330689158_DIRECTORS'_LIABILITY_A_LEGAL_AND_EMPIRICAL_STUDY/links/5c4f896aa6fdccd6b5d16053/DIRECTORS-LIABILITY-A-LEGAL-AND-EMPIRICAL-STUDY.pdf] - rozprawa doktorska napisana pod kierunkiem Prof. mr. B.F. Assink, Prof. mr. L. Timmerman oraz Dr. T.F.C. Fischer, Erasmus University Rotterdam 2017.

²⁷² B.F. Assink, Kan de Delaware business judgment rule wat betekenen voor het Nederlandse vennootschapsrecht, specifiek het enquêterecht?, Ondernemingsrecht 2008, s. 230-236.

²⁷³ Ibidem.

strona powodowa obali domniemanie BJR, sąd przystąpi do oceny decyzji biznesowej, stosując *entire fairness* standard i wówczas to członek zarządu będzie musiał wykazać, że decyzja była w całości uczciwa. W przypadku regulacji niderlandzkiej sąd przystąpi do oceny postępowania menedżera dopiero, gdy strona powodowa wykaże dostateczne dowody na to, że menedżer nie zasługuje na ochronę. Zgodnie z niderlandzkim kodeksem postępowania cywilnego, powód ma uzasadnić swoją skargę, w jak największym stopniu (art. 111 (3)). Mimo że początkowa sytuacja menedżera na gruncie domniemania BJR oraz regulacji niderlandzkiej jest analogiczna - jego decyzja podlega ochronie, a ciężar dowodu spoczywa na powodzie, to jednak amerykańska konstrukcja wymaga jedynie obalenia domniemania, podczas gdy na gruncie konstrukcji niderlandzkiej powód musi sprostać rygorystycznym wymaganiom co do wykazania, że swoboda decyzyjna menedżera nie zasługuje na ochronę.

Przytoczony opis niderlandzkiej regulacji prawnej w żadnej mierze nie odnosi się do *business judgment rule*. Po zapoznaniu się z nim, nasuwa się jednak pewna obserwacja. Przepisanie powyższego fragmentu przy zastosowaniu kilku podstawień, umożliwiłoby zmianę optyki postrzegania charakteru regulacji niderlandzkiej. Gdyby „porządek niderlandzki” zamienić na „porządek amerykański”, „standard poważnego naruszenia” zamienić na „standard BJR”, a zamiast „*marginal review*” wpisać „koncepcję *business judgment rule*”, wówczas otrzymamy opis adekwatny do *business judgment rule*. Oznacza to, że jak wskazano już w pierwszym rozdziale, modelowa koncepcja *business judgment rule* to nie jest konstrukcja prawna, lecz funkcja prawna, którą można wypełnić innymi narzędziami prawnymi.

Ustawodawca niderlandzki zapewnił piastunom organu zarządczego swobodę decyzyjną, mimo braku odniesień wprost do *business judgment rule*. Uregulował otwartą normę prawną kształtującą jednocześnie standard poważnego naruszenia, którego sądowa kontrola opiera się na ocenie marginalnej. Wymienione elementy współkształtują niderlandzką koncepcję BJR, która bez wątpienia sprzyja budowaniu *good corporate governance* i wspiera pełne wykorzystanie kompetencji zarządczych przez menedżerów.

Modelowa koncepcja *business judgment rule* została wdrożona również do włoskiego porządku prawnego. Nie można odnaleźć w nim jednak konkretnego przepisu regulującego konstrukcję *business judgment rule*, bowiem koncepcja BJR została zaimplementowana przez orzecznictwo Sądu Najwyższego - Corte di Cassazione. Włoski Sąd Najwyższy wykształcił pewnego rodzaju standard oceny decyzji

biznesowych oparty na ocenie wypełnienia obowiązku staranności, wynikającego z przepisów włoskiego kodeksu cywilnego²⁷⁴.

Podstawowym obowiązkiem dyrektorów²⁷⁵ jest zarządzanie spółką. Zgodnie z art. 2392 c.c., dyrektorzy muszą wykonywać obowiązki wynikające z przepisów prawa lub umowy spółki ze starannością wymaganą przez naturę obowiązku i ich szczególne kompetencje. Poziom wymaganej staranności zależy nie tylko od konkretnych obowiązków nałożonych na piastuna organu, ale również od natury obowiązku i jego indywidualnych umiejętności²⁷⁶. Oznacza to, że menedżer oprócz staranności wymaganej dla profesjonalisty wynikającej z art. 1176 c.c., który wskazuje minimalny poziom staranności, może podlegać wyższym, indywidualnym wymaganiom²⁷⁷.

Na gruncie włoskiego porządku prawnego odpowiedzialność dyrektora ma charakter kontraktowej odpowiedzialności odszkodowawczej. Spółka, dochodząc odszkodowania, musi wskazać naruszenie przez dyrektora obowiązków, wykazać szkodę oraz związek przyczynowy pomiędzy szkodą a postępowaniem piastuna organu. Dyrektor musi zaś wykazać, że jego postępowanie było zgodne z nałożonymi obowiązkami²⁷⁸.

Sądy, stosując koncepcję *business judgment rule* przy ocenie menedżerskich decyzji, realizują podejście oparte na standardzie kontroli, zamiast na standardzie postępowania²⁷⁹. Wobec tego, orzeczenia są nakierowane na wskazanie standardów przeprowadzania oceny procesu decyzyjnego, zamiast na wskazanie standardów starannego postępowania dyrektorów. Przy ocenie ewentualnej odpowiedzialności dyrektorów, sędzia nie może weryfikować stosowności, celowości i rentowności ich decyzji, lecz jedynie prawidłowość odpowiedniego procesu decyzyjnego²⁸⁰. Włoskie sądy, oceniając postępowanie dyrektorów, muszą mieć na względzie, że obowiązek piastuna organu zarządczego nie jest zobowiązaniem rezultatu, lecz zobowiązaniem starannego działania, przez co członek organu nie może ponosić odpowiedzialności

²⁷⁴ Włoski Kodeks Cywilny (Codesso Civile) - Regio Decreto z 16 marca 1942 r., nr 262, (dalej także jako: c.c.).

²⁷⁵ We Włoszech po reformie prawa korporacyjnego z 2003 r. funkcjonują dwa systemy zarządzania i kontroli w spółce: monistyczny oraz dualistyczny, z tego względu regulacje odnoszące się do dyrektorów, odnoszą się również do członków zarządu, w zależności od wybranego w spółce systemu.

²⁷⁶ A. De Nicola, Commento all'art. 2392 c.c., [w:] F. Ghezzi (red.), Commentario alla riforma delle società, 2005, s. 557.

²⁷⁷ A. Tina, L'esonero da responsabilità degli amministratori di s.p.a., Milano 2008, s. 44.

²⁷⁸ Orzeczenie Włoskiego Sądu Najwyższego - Corte di Cassazione z 31 sierpnia 2016 r., nr 17441.

²⁷⁹ A. Ponta, R.N. Catana, The business judgment rule ..., s. 139.

²⁸⁰ Orzeczenie Włoskiego Sądu Najwyższego - Corte di Cassazione z 28 kwietnia 1997 r., nr 3652.

za rezultat podjętej decyzji, jeśli nie ma on związku z naruszeniem obowiązków lub brakiem wymaganej staranności²⁸¹.

Granice sądowej oceny decyzji biznesowych zostały wyczerpująco wskazane w orzeczeniu Włoskiego Sądu Najwyższego z 2017 r. Na jego gruncie podniesiono, iż test racjonalności decyzji biznesowych ma być przeprowadzony z uwzględnieniem następujących elementów: 1) na podstawie okoliczności *ex ante*; 2) z uwzględnieniem parametrów staranności wskazanych w art. 2392 c.c.; 3) biorąc pod uwagę zastosowane środki ostrożności, przeprowadzone oceny oraz zebrane informacje normalnie wykorzystywane przy podejmowaniu analogicznych decyzji; 4) badając staranność dochowaną podczas dokonywania analizy ryzyka związanego z transakcją²⁸². Dodatkowo, podczas dokonywania oceny decyzji biznesowej, sąd ma kierować się standardem rażącego niedbalstwa w procesie decyzyjnym²⁸³.

Włoski porządek prawny stanowi przykład wdrożenia koncepcji *business judgment rule* poprzez wykładnię istniejących przepisów prawa, bez ingerencji w kształt regulacji prawnej. Regulacja ustawowa stanowi jedynie podstawę do ukształtowania standardu sądowej oceny postępowania dyrektora. Włoski model reguły BJR w sposób szczególny nawiązuje do modelu amerykańskiego, bowiem kładzie nacisk na standard kontroli, zamiast na standard postępowania. Ustawodawca włoski nie próbował uregulować konstrukcji prawa precedensowego na płaszczyźnie prawa stanowionego. Regulacja prawna w zakresie wymaganego poziomu staranności okazała się wystarczająca i nie wymagała nowelizacji, lecz jedynie reinterpretacji. Potwierdza to słuszność postawionej tezy, iż koncepcja BJR nie wyczerpuje się w konstrukcji BJR, ale odnosi się do wielu różnych elementów krajobrazu prawnego. We włoskim porządku prawnym do elementów tych należą: regulacja prawna w zakresie obowiązków menedżerskich oraz wymaganego poziomu zawodowej staranności, połączona z orzecznictwem kształtującym standard sądowej oceny decyzji biznesowych. Włoskie regulacja prawna oraz orzecznictwo współkształtują włoską koncepcję BJR realizującą funkcję wspierającą wobec ładu korporacyjnego.

Porządkiem prawnym istotnym z perspektywy analizy konstrukcji prawnych realizujących funkcję *business judgment rule* jest również Szwecja. Próba

²⁸¹ A. Tina, L'esonero da ..., s. 44.

²⁸² Orzeczenie Włoskiego Sądu Najwyższego - Corte di Cassazione z 22 czerwca 2017 r., nr 15470.

²⁸³ Orzeczenie Włoskiego Sądu Najwyższego - Corte di Cassazione z 12 listopada 1965 r., nr 2359 (1966) Diritto Fallimentare 29; Orzeczenie Włoskiego Sądu Najwyższego - Corte di Cassazione z 6 marca 1970 r., nr 558 (1970) Diritto Fallimentare 81.

ujęcia problematyki podejmowania decyzji biznesowych na gruncie prawa szwedzkiego jednym zdaniem wyglądałaby następująco: „w prawie szwedzkim nie obowiązuje reguła BJR, jednak występuje konstrukcja podobna”²⁸⁴.

Zgodnie z § 4 rozdziałem 8 szwedzkiej ustawy o spółkach, zarząd jest odpowiedzialny za organizację i prowadzenie spraw spółki²⁸⁵. Członkowie zarządu, wykonując swoje obowiązki, mają działać lojalnie i z należytą starannością. Obowiązek lojalności nie został wprost wysłowiony w SCA, jednak może być wyinterpretowany z regulacji odnoszącej się do konfliktu interesów²⁸⁶. Doktryna nie wypracowała jednolitego stanowiska w odniesieniu do wymaganego poziomu należytej staranności, jednak dominujący pogląd wskazuje na zwykłą staranność²⁸⁷.

Na podstawie rozdziału 3 § 3 SCA zarząd ma obowiązek realizacji celu spółki, który stanowi generowanie zysków (chyba że umowa spółki stanowi inaczej). Członkowie zarządu odpowiadają indywidualnie za szkodę wyrządzoną spółce w wyniku działania umyślnego albo zaniedbania (rozdział 29 § 1 SCA). Przy czym odpowiedzialność ta ma charakter odpowiedzialności kontraktowej, wynikającej z relacji łączącej członka organu ze spółką i opiera się na klasycznych przesłankach odpowiedzialności odszkodowawczej, tj. zdarzeniu szkodzącym, szkodzie oraz związku przyczynowym pomiędzy nimi²⁸⁸.

Szwedzkie sądy, rozpatrując sprawy o pociągnięcie członka zarządu spółki do odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną spółce, przyjmują „teorię odpowiedzialności za metodę” (ang. *method liability theory*). Zgodnie z tą teorią, sędzia dokonujący oceny postępowania członka zarządu, ma rozważyć jedynie prawidłowość procesu decyzyjnego²⁸⁹. *Method liability theory* została wyrażona w orzeczeniu Sądu

²⁸⁴ Zob. np. R. Dotevall, *Aktiebolagsrätt: fördjupning och komparativ belysning*, Stockholm 2015, s. 375; R. Dotevall, *Bolagsledningens skadeståndsansvar*, Göteborg 2017, s. 89; R. Dotevall, *Skadeståndsansvar för styrelseledamot och verkställande direktör: En aktierättslig studie i komparativ belysning*, Stockholm 1989, s. 169; C. Svernlöv, *Styrelse- och VD-ansvar i aktiebolaget: En introduktion*, Stockholm 2012, s. 58; J. Östberg, *Styrelseledamöters lojalitetsplikt: Särskilt om förbudet att utnyttja affärsmöjligheter*, Stockholm 2016, s. 449.

²⁸⁵ Szwedzka ustawa o spółkach - *Aktiebolagslagen* (2005:551), (dalej także jako: SCA).

²⁸⁶ R. Dotevall, *Aktiebolagsrätt* ..., s. 292.

²⁸⁷ J. Östberg, *Styrelseledamöters* ..., s. 319.

²⁸⁸ A. Båvestam, *Något om den skadeståndsrättsliga betydelsen av försäkransmeningar i börsbolagen årsredovisningar*, *Svensk Juristtidning*, *Svensk Juristtidning* 2006, [dostęp: <https://svjt.se/svjt/2006/6/>]; R. Dotevall, *Aktiebolagsrätt* ..., s. 348; *Aktiebolagets organisation*, SOU 1995:44, Regeringens offentliga utredningar, 1995, s. 241, [dostęp: <https://www.regeringen.se/contentassets/c8a20de554a7408288b374eadaf50c62/aktiebolagets-organisation/>].

²⁸⁹ T. Svanidze, *Evaluating introduction of the business judgment rule in Sweden: A comparative study of accountability of the board of directors in Sweden and Delaware*, 2020, s. 67 - praca magisterska napisana pod kierunkiem Rebecca Söderström, Uppsala University 2020.

Najwyższego Szwecji z 2012 r., zgodnie z którym ocena, czy zarząd postąpił niestaranie powinna, odnieść się do tego, czy zarząd w zaistniałej sytuacji działał w sposób zasługujący na ochronę²⁹⁰. Decyzje i postępowanie członków zarządu rzadko wymagają sądowej oceny, jeśli członkowie zarządu pozyskali bieżące informacje i przeprowadzili rzetelną analizę sytuacji spółki. Na szczególną uwagę, na kanwie przytoczonego orzeczenia, zasługuje fakt, że ocenie nie podlegała podjęta decyzja członka zarządu, zaś zaniechanie. Stan faktyczny nie odnosił się przy tym do podjęcia decyzji o niedziałaniu, lecz do zaniechania przygotowania sprawozdania finansowego spółki, czyli do zaniechania podjęcia decyzji związanej treścią przepisów prawa.

Przytoczone orzeczenie podkreśla odmiennność *method liability theory* od *business judgment rule*. Koncepcja BJR odnosi się wyłącznie do decyzji rzeczywiście podjętych, nawet jeśli były to decyzje o niedziałaniu. Nie obejmuje decyzji niepodjętych, tj. zaniechań podjęcia jakiejkolwiek decyzji. *Business judgment rule* nie obejmuje także decyzji związanych przepisami prawa, bowiem realizacja obowiązku wprost wysłownionego w przepisach prawa nie stanowi decyzji biznesowej w rozumieniu decyzji związanej z ryzykiem niepowodzenia.

Odpowiedni sposób przeprowadzenia sądowej oceny został również przedstawiony w orzeczeniu Sądu Najwyższego Szwecji z 2013 r.²⁹¹ Wskazano wówczas, że oceniając decyzję profesjonalisty, sąd powinien wziąć pod uwagę jedynie to, w jaki sposób doszło do powzięcia tej decyzji. Decyzję należy uznać za akceptowalną, jeśli została oparta na dobrym porządku metodologicznym. Dobry porządek metodologiczny należy zaś odnieść do okoliczności konkretnego przypadku, w zależności od tego, kto podjął decyzję, czego ona dotyczyła i jak szybko musiała być podjęta. Wszystkie wymienione okoliczności powinny być udokumentowane przez decydenta. Powyższe orzeczenie stanowi uzupełnienie orzeczenia z 2012 r. Wskazuje bowiem, że *method liability theory* należy zawsze odnieść do okoliczności konkretnego przypadku. Podkreśla zatem konieczność oceny metodologii procesu decyzyjnego na tle towarzyszących mu okoliczności.

Znamienne jest, iż przytoczona sprawa (orzeczenie Sądu Najwyższego Szwecji z 2013 r.) nie dotyczyła podjęcia decyzji biznesowej - elementu koniecznego

²⁹⁰ Orzeczenie Sądu Najwyższego Szwecji, Szwedzki Raport Prawny Sądu Najwyższego Szwecji - Nytt Juridiskt Arkiv, 2012, s. 858, note 1.

²⁹¹ Orzeczenie Sądu Najwyższego Szwecji, Szwedzki Raport Prawny Sądu Najwyższego Szwecji - Nytt Juridiskt Arkiv, 2013, s. 145, note 1-8.

dla zastosowania *business judgment rule*. Odnosiła się do szkody w postaci spalenia centrum handlowego przez dziecko - piromankę, która uciekła z domu matki po tym, gdy została tam umieszczona przez opiekę społeczną. Podmiot, który ubezpieczał spalone centrum handlowe, pozwał gminę, zarzucając brak staranności w umieszczeniu dziecka w domu matki, zamiast pod należytą opieką i ochroną w odpowiednim ośrodku pomocy. Powództwo miało wykazać, że gmina nie zastosowała dobrego porządku metodologicznego, podejmując decyzję o tym, co zrobić z dzieckiem, żeby zapewnić mu (i jego otoczeniu) bezpieczeństwo. Stan faktyczny przytoczonej sprawy pokazuje, że *method liability theory* nie jest stosowana jedynie do oceny decyzji biznesowych podjętych przez członków organów spółek, ale ma szerszy zakres zastosowania - do wszelkich decyzji, łącznie z decyzjami wykraczającymi poza gałąź prawa korporacyjnego.

Warto odnieść się również do orzeczenia Sądu Najwyższego Szwecji z 2014 r., w którym podkreślono, że postępowanie decydenta ma podlegać „ostrożnej rozwadze”, którą będzie można poddać analizie. Jeśli bowiem oceniane postępowanie było poprzedzone ostrożną rozważą, wówczas nie ma znaczenia fakt, że jego efekt był niewłaściwy. Wykazanie należytego procesu decyzyjnego umożliwia przyjęcie, że postępowanie dokonane na jego podstawie jest staranne²⁹².

Przedstawione orzeczenia uzasadniają słuszność twierdzenia, że stosowana przez szwedzkie orzecznictwo *method liability theory* różni się od koncepcji *business judgment rule*. Przede wszystkim, *method liability theory* nie odnosi się wyłącznie do decyzji biznesowych podjętych przez członków organów zarządczych (decyzji na płaszczyźnie prawa korporacyjnego), ale do wszelkich decyzji podejmowanych przez dowolnego decydenta. Teoria odpowiedzialności za metodę jest stosowana nawet do zaniechań podjęcia obowiązkowej aktywności. Jej zastosowanie jest zatem szersze niż koncepcji BJR. Konstrukcja *method liability theory* jest samodzielną regulacją prawną. Jej samodzielność nie ujawnia się bynajmniej w tym, że stanowi *novum* na tle innych regulacji odnoszących się do odpowiedzialności za szkodę. Wręcz przeciwnie, teoria odpowiedzialności za metodę, podobnie do *business judgment rule* czy do *marginal review*, opiera się na ocenie procesu decyzyjnego. Jej samodzielność należy odnieść do tego, że nie nawiązuje bezpośrednio do *business judgment rule*. Jest to na tyle jasna,

²⁹² Orzeczenie Sądu Najwyższego Szwecji, Szwedzki Raport Prawny Sądu Najwyższego Szwecji - Nytt Juridiskt Arkiv, 2014, s. 798, note 1-3.

zrozumiała i utrwalona w orzecznictwie teoria, że nie wymaga nawiązań do „popularnej” koncepcji BJR. Co więcej, *method liability theory* ma znacznie szerszy zakres zastosowania niż koncepcja *business judgment rule*.

Odmienność konstrukcyjna *method liability theory* nie umniejsza pełnionej przez nią funkcji wspierającej *good corporate governance* w spółkach. Sąd, dokonując kontroli postępowania menedżera, ma rozstrzygnąć, czy piastun organu zarządczego w zaistniałej sytuacji działał w sposób zasługujący na ochronę. Orzecznictwo szwedzkie nie pozostawia wątpliwości, że sądowa ocena ma uwzględniać wyłącznie metodologię procesu decyzyjnego oraz towarzyszące mu okoliczności. Jednolitość orzecznicza w tym zakresie wpływa na poczucie bezpieczeństwa menedżerów podczas podejmowania decyzji biznesowych oraz pozwala im na podejmowanie decyzji w zgodzie z własnym doświadczeniem i intuicją. Rola sądów jest w tym względzie nieocenionym sprzymierzeńcem regulacji prawnej. Niejednolite orzecznictwo kształtujące dwie różne linie orzecznicze destabilizowałoby funkcjonowanie zarządów, tym samym również funkcjonowanie spółek, bowiem wywoływałoby poczucie niepewności co do tego, jak może zostać oceniona decyzja biznesowa.

5. Uwagi końcowe

Wszystkie omówione w niniejszym rozdziale porządki prawne charakteryzuje indywidualna dynamika gospodarcza oraz samodzielne regulacje prawne. Mimo występujących odmienności, można jednak wskazać pewną wspólną, ponadnarodową potrzebę zapewnienia spółkom środowiska prawnego, które sprzyja ich rozwojowi. Ustawodawstwa państw europejskich kształtują regulacje prawne, które mają wspierać procesy zarządcze w spółkach poprzez ograniczenie sądowej kontroli decyzji menedżerskich. Kluczowe jest w tym względzie zwrócenie uwagi, iż mowa o „ograniczeniu sądowej kontroli”, nie zaś - jak w przypadku amerykańskiej koncepcji BJR - o wyłączeniu jej. Ta podstawowa różnica wynika z systemowych odmienności pomiędzy prawem precedensowym oraz prawem stanowionym. W porządku amerykańskim przeskalowano funkcję ochronną BJR. Amerykańska koncepcja BJR została tak ukształtowana, że może wręcz wyłączyć ochronę decyzji, która powinna zostać poddana sądowej kontroli. Funkcje ochronne koncepcji europejskich zostały natomiast ograniczone. Żadna z przeanalizowanych koncepcji BJR nie wyłącza sądowej kontroli menedżerskiej decyzji biznesowej w takim znaczeniu, że decyzja nie zostanie

poddana ocenie sądu. Wyłączenie sądowej kontroli byłoby bowiem możliwe dopiero po ustaleniu, że decyzja biznesowa wypełnia obowiązki zarządcze, zatem została podjęta zgodnie z prawem, w dobrej wierze, z należytą starannością i lojalnie względem spółki. Ustalenie tych elementów wymaga natomiast przeprowadzenia sądowej kontroli. Nawet jeśli na gruncie konkretnego porządku prawnego obowiązuje domniemanie na korzyść pozwanego piastuna organu zarządczego, jest to domniemanie prawne, które może być wykorzystane w procesie sądowym²⁹³, nie zaś domniemanie pozwalające uniknąć procesu sądowego. Osłabia to funkcję ochronną europejskich regulacji prawnych, gdy za punkt odniesienia przyjmiemy rozwiązanie amerykańskie. Jeśli jednak weźmiemy pod uwagę możliwości systemu prawa stanowionego, ograniczenie sądowej kontroli decyzji biznesowych, wydaje się wypełniać funkcję ochronną.

Ograniczenie sądowej kontroli decyzji menedżerskich na gruncie europejskich porządków prawnych odnosi się do ukształtowania kryteriów oceny, których zastosowanie umożliwia oddzielenie decyzji mieszczących się w zakresie menedżerskiej swobody decyzyjnej od decyzji wykraczających poza zakres menedżerskiego uznania. W istocie rzeczy jest to oddzielenie sytuacji, w której szkoda wynika wyłącznie ze zmaterializowania się ryzyka związanego z podjętą decyzją biznesową, od sytuacji, w której szkoda jest związana z wadami szeroko rozumianego procesu decyzyjnego przeprowadzonego przez członków zarządu.

Ograniczenie sądowej kontroli decyzji biznesowych zostało w poszczególnych porządkach europejskich zrealizowane różnymi metodami. Wdrożenie konstrukcji prawnej identycznej do amerykańskiej *business judgment rule*, posiadającej analogiczne do niej elementy, nie jest jedynym środkiem do osiągnięcia tego celu. Jak już wskazano, *business judgment rule* nie pełniłaby tak istotnej funkcji w amerykańskim systemie prawnym, gdyby nie istnienie innych konstrukcji, współkształtujących zasady ponoszenia odpowiedzialności menedżerskiej za szkodę wyrządzoną spółce.

Z tego względu niezwykle istotne było ukształtowanie europejskich koncepcji BJR w sposób uwzględniający dynamikę korporacyjną, dopełniający już istniejące regulacje prawne oraz sprzyjający ich pełnej realizacji. Słusznym jest zatem wniosek, że

²⁹³ Domniemanie prawne jest wypowiedzią o charakterze normatywnym, która składa się z następujących elementów: 1) podstawy domniemania (inaczej mówiąc, jest to przesłanka domniemania); 2) wniosku domniemania (fakt lub stosunek prawny, który należy przyjąć wobec ustalenia podstawy domniemania) oraz 3) funktora normotwórczego nakazującego sądowi przyjąć wniosek domniemania bez dowodu w przypadku ustalenia podstawy domniemania. Zob. np. Z. Kuniewicz, Odpowiedzialność odszkodowawcza ..., s. 17 i przywołana tam literatura.

o wdrożeniu modelu *business judgment rule* przesądzą nie kształt regulacji i jej poszczególne elementy, ale funkcja, jaką ma ona pełnić w konkretnym systemie prawnym. Należy mieć na względzie zapewnienie członkom zarządu takich warunków prawnych, w których będą oni mogli podejmować odważne decyzje biznesowe bez obawy, że zostaną pociągnięci do odpowiedzialności za ich skutek, pomimo starannego i lojalnego wykonywania swoich obowiązków menedżerskich.

Funkcja *business judgment rule* została wypełniona w każdym przeanalizowanym porządku prawnym. W każdym została ona jednak wypełniona przy użyciu innych narzędzi prawnych. Żaden z tych porządków nie wdrożył regulacji realizującej amerykańską koncepcję BJR. Każdy z tych porządków ma swoją własną koncepcję BJR, która jest mniej lub bardziej podobna do koncepcji amerykańskiej, niemniej nie owo podobieństwo przesądza o jej istocie. Modelową koncepcję *business judgment rule* należy rozumieć w sposób ograniczony do podjęcia ryzykownej decyzji biznesowej i jej oceny z perspektywy procesu decyzyjnego zamiast perspektywy skutku. Tylko te elementy (decyzja biznesowa oraz ocena *ex ante*) stanowią podstawę modelowej koncepcji BJR. Każdy dodatkowy element jest indywidualny, zależny od regulacji prawnej danego państwa. Pomimo wąskiego zdefiniowania modelowej koncepcji BJR, odnosi się ona do uniwersalnej funkcji, jaką konkretna konstrukcja prawna ma pełnić - wsparcie *good corporate governance*.

W europejskich porządkach prawnych została wdrożona modelowa koncepcja *business judgment rule* poprzez ukształtowanie indywidualnych koncepcji BJR, w szczególności koncepcji niemieckiej, litewskiej, austriackiej, niderlandzkiej, włoskiej oraz szwedzkiej. Koncepcje te opierają się na zdefiniowaniu zakresu menedżerskiego uznania, w ramach którego menedżerowie podejmują decyzje biznesowe. Sposób zdefiniowania tego zakresu jest jednak indywidualną kwestią pozostawioną ustawodawcy. W niemieckim porządku prawnym koncepcja BJR sprowadza się do regulacji prawnej wynikającej z § 93 AktG, który możliwie precyzyjnie odzwierciedla intencję ustawodawcy, by umożliwić sądowi oddzielenie decyzji biznesowych mieszczących się w granicach menedżerskiego uznania od decyzji wykraczających poza jego zakres. Kluczowym elementem niemieckiej koncepcji jest przy tym uwzględnienie dobrej wiary menedżera w procesie podejmowania decyzji. Istota litewskiej koncepcji BJR legła natomiast u podstaw orzecznictwa, które ukształtowało domniemanie podjęcia menedżerskiej decyzji w dobrej wierze i z należytą starannością. Prawodawca austriacki umiejętnie skorzystał z rozwiązania niemieckiego, kształtując konstrukcję prawną wprost

odnoszącą się do dołożenia należytej staranności, tj. podjęcia decyzji biznesowej na podstawie adekwatnych informacji, w dobrej wierze oraz lojalnie względem spółki, która od początku funkcjonowania, ze względu na „legislacyjny efekt wiedzy po fakcie”, budziła zaufanie menedżerów. Odnosząc się do włoskiego porządku prawnego, należy podkreślić, że to nie włoski ustawodawca uregulował konstrukcję BJR. Standard oceny decyzji biznesowych został wypracowany przez włoskie orzecznictwo w odpowiedzi na potrzeby obrotu gospodarczego. W Niderlandach oraz Szwecji, co szczególnie istotne, nie znajdziemy żadnych bezpośrednich odniesień do *business judgment rule*. W tych porządkach wypracowane zostały odrębne, jednak niemniej skuteczne rozwiązania prawne w zakresie zasad ponoszenia odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną spółce przez członka organu zarządczego.

Przeprowadzona analiza europejskich koncepcji *business judgment rule* wykazała istnienie różnorodnych konstrukcji prawnych realizujących ponadnarodową funkcję - wsparcie procesów zarządczych w spółkach kapitałowych. Rozważania te stanowią inspirację do poszukiwania kształtu polskiej konstrukcji *business judgment rule* umożliwiającego najpełniejszą realizację funkcji BJR w sposób odpowiadający polskiemu modelowi prawa korporacyjnego.

III Odpowiedzialność odszkodowawcza członka zarządu spółki kapitałowej (art. 293 § 1, 300¹²⁵ § 1 oraz 483 § 1 ksh)

1. Uwagi wprowadzające

Przedmiotem rozważań zawartych w niniejszym rozdziale jest regulacja odpowiedzialności cywilnej członków zarządu spółki kapitałowej (członków rady dyrektorów prostej spółki akcyjnej²⁹⁴) zawarta w art. 293 § 1, 300¹²⁵ § 1 oraz 483 § 1 ksh. Punkt wyjścia badanej problematyki stanowi analiza relacji łączącej członka zarządu ze spółką. Kluczowe dla dalszych rozważań jest określenie charakteru prawnego stosunku członkostwa w zarządzie spółki kapitałowej.

Piastowanie funkcji w organie zarządczym spółki wiąże się z pewnymi obowiązkami, których nieprzestrzeganie w przypadku powstania szkody może prowadzić do poniesienia przez piastuna organu odpowiedzialności wobec spółki. Ukształtowanie wspomnianych obowiązków oraz charakter odpowiedzialności za ich naruszenie stanowią istotny element rozważań, zmierzających do wskazania i analizy przesłanek odpowiedzialności, do których klasycznie należą: szkoda, bezprawne postępowanie, związek przyczynowy pomiędzy postępowaniem a szkodą oraz вина²⁹⁵. Szczególnie istotne jest poddanie analizie przesłanki bezprawności postępowania członka zarządu oraz dokonanie kwalifikacji niedołożenia należytej staranności jako wpływającej na bezprawność lub na winę menedżera.

Przesądzenie o winie lub bezprawności postępowania członka zarządu, polegającego na niedołożeniu staranności wynikającej z zawodowego charakteru jego działalności wymaga w istocie udzielenia odpowiedzi na z pozoru trywialne wręcz pytanie, czy dołożenie staranności wynikającej z zawodowego charakteru działalności stanowi przedmiot relacji łączącej członka zarządu ze spółką, rozumianej jako reprezentacja i prowadzenie spraw spółki. Ustalenie powyższej kwestii ma

²⁹⁴ Ze względu na możliwość utworzenia w prostej spółce akcyjnej rady dyrektorów zamiast zarządu i rady nadzorczej, pojęcia „zarząd” oraz „członek zarządu” występujące w niniejszej pracy odnoszą się odpowiednio również do „rady dyrektorów” oraz „członka rady dyrektorów” albo „dyrektora”.

²⁹⁵ D. Buszmał, Działanie lub zaniechanie sprzeczne z prawem lub postanowieniami umowy spółki jako przesłanka odpowiedzialności odszkodowawczej członków zarządu na podstawie art. 293 k.s.h., Przegląd Prawa Handlowego 2016/5, s. 51; por. M. Kaliński, Odpowiedzialność odszkodowawcza, [w:] A. Olejniczak (red.) System Prawa Prywatnego. Prawo zobowiązań - część ogólna, Tom 6, Warszawa 2023, s. 38-41, który wskazuje, iż przesłankami odpowiedzialności odszkodowawczej są: 1) bezprawna szkoda; 2) zdarzenie, z którym ustawa wiąże powstanie odpowiedzialności oraz 3) związek pomiędzy zdarzeniem i szkodą. Autor odnosi zatem bezprawność do szkody, nie zaś do zdarzenia sprawczego będącego przyczyną jej powstania.

fundamentalne znaczenie dla dalszych rozważań w zakresie istoty polskiej koncepcji *business judgment rule* zawartych w rozdziale IV niniejszej rozprawy.

2. Stosunek członkostwa w organie zarządczym spółki

Pomiędzy spółką a członkiem jej zarządu istnieje pewna więź, która została uregulowana w przepisach kodeksu spółek handlowych²⁹⁶. Wiąż ta powstaje z momentem powołania²⁹⁷ osoby fizycznej do zarządu spółki dokonanego uchwałą wspólników (w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością), uchwałą akcjonariuszy albo przez radę nadzorczą (w przypadku zarządu w prostej spółce akcyjnej), uchwałą akcjonariuszy (w przypadku rady dyrektorów w prostej spółce akcyjnej) albo przez radę nadzorczą (w spółce akcyjnej), o ile umowa spółki albo statut nie stanowią inaczej (art. 201 § 4, 300⁶² § 3 i § 4, 300⁷³ § 3, 368 § 4 ksh)²⁹⁸.

Charakter relacji występującej pomiędzy spółką a członkiem zarządu nie został zdefiniowany w przepisach kodeksu spółek handlowych. Można jednak uznać, iż stosunek członkostwa w zarządzie spółki jest stosunkiem prawnym, tj. relacją o charakterze normatywnym, która istnieje pomiędzy co najmniej dwoma podmiotami, w której działania jednego podmiotu wpływają na drugi podmiot²⁹⁹. Członkostwo w organie zarządczym spółki jest nie tylko stosunkiem prawnym, ale przede wszystkim stosunkiem cywilnoprawnym³⁰⁰. Jest to stosunek wyznaczany przez normy prawa

²⁹⁶ T. Stawecki, P. Winczorek, Wstęp do prawoznawstwa, Warszawa 2003, s. 203.

²⁹⁷ Powołanie jest jedynie zbiorczym określeniem form powierzenia członkowi zarządu sprawowania mandatu. Zob. np. M. Michalski, A. Kidyba (red. naukowa), Spółka akcyjna, wyd. 3, Warszawa 2014, s. 654; K. Kułak, Stosunek członkostwa w zarządzie spółki kapitałowej, Warszawa 2015, s. 69; A. Kidyba, Kodeks spółek handlowych. Komentarz do art. 1-300¹³⁴, Tom I, Warszawa 2023, s. 832.

²⁹⁸ Zob. np. P. Piniór, Powoływanie i wynagradzanie członków organów spółki kapitałowej w świetle nowych regulacji prawnych, [w:] J. Frąckowiak (red. naukowa), Kodeks spółek handlowych po 15 latach obowiązywania, Warszawa 2018, s. 684-687.

²⁹⁹ A. Szumański, Zagadnienia konstrukcyjne odpowiedzialności członka zarządu spółki kapitałowej względem wspólnika, [w:] M. Pyziak-Szafnicka (red.), Odpowiedzialność cywilna. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Adama Szpunara, Kraków 2004, s. 600.

³⁰⁰ Z. Kuniewicz, Członek zarządu prokurentem w spółce kapitałowej, Przegląd Prawa Handlowego 2000/5, s. 44; M. Pazdan, Kodeks spółek handlowych a kodeks cywilny, Państwo i Prawo 2001/2, s. 32; S. Sołtysiński, A. Opalski, Zaskarżanie uchwał zarządów i rad nadzorczych spółek kapitałowych, Przegląd Prawa Handlowego 2010/11, s. 8; K. Kułak, Stosunek członkostwa ..., s. 53, który odnosi się do „swoistego stosunku cywilnoprawnego”. Odmienne zob. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 22 października 2009 r., III CZP 63/09, Legalis nr 173471.

cywilnego, w szczególności autonomię woli stron³⁰¹ oraz równość stron³⁰².

Należy zauważyć, że charakter prawny stosunku członkostwa w zarządzie spółki jest konsekwencją charakteru powołania członka zarządu do pełnienia funkcji w jej organie zarządczym³⁰³. Powołanie można przy tym rozpatrywać z dwóch perspektyw. Po pierwsze, jako jeden z elementów kształtujących strukturę organizacyjną spółki - czynność kreującą³⁰⁴. Po drugie, jako zdarzenie prawne polegające na powierzeniu osobie powoływanej mandatu do sprawowania funkcji zarządczej w organie spółki³⁰⁵. W pierwszym ujęciu powołanie jest warunkiem *sine qua non* struktury spółki³⁰⁶. Zarząd jest bowiem obligatoryjnym organem spółki kapitałowej (art. 201 § 1, 300⁶² § 1, 300⁷³ § 1, 368 § 1 ksh). Z tego względu członkostwo w organie zarządczym należy postrzegać jako stosunek prawny o charakterze organizacyjnym³⁰⁷.

Szczególną uwagę warto jednak poświęcić powołaniu jako powierzeniu mandatu (umocowaniu) do sprawowania funkcji w zarządzie spółki. Do powierzenia mandatu

³⁰¹ M. Niedośpiał, Autonomia woli w części ogólnej prawa cywilnego, Państwo i Prawo 1984/12, s. 64.

³⁰² A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, Prawo cywilne. Zarys części ogólnej, Warszawa 2001, s. 107.

³⁰³ Szeroko na temat powołania zob. K. Kułak, Stosunek członkostwa ..., s. 66-162.

³⁰⁴ R.L. Kwaśnicki, Charakter zatrudnienia członków zarządów spółek kapitałowych z uwzględnieniem kształtowania zasad ich odpowiedzialności wobec spółki oraz zakazu konkurencji, Prawo Spółek 2002/3, s. 16; K. Kułak, Stosunek członkostwa ..., s. 119.

³⁰⁵ M. Michalski, A. Kidyba (red. naukowa), Spółka akcyjna, wyd. 2, Warszawa 2010, s. 504; M. Michalski, A. Kidyba (red. naukowa), Spółka akcyjna, wyd. 3 ..., s. 654.

³⁰⁶ Powołanie stanowi jedną z przesłanek powstania spółki kapitałowej - art. 163 pkt 3, 300⁴ pkt 2, 306 pkt 3 ksh.

³⁰⁷ Zob. np. M. Bieniak, Komentarz do art. 300⁶⁴ ksh, [w:] J. Bieniak, M. Bieniak, G. Nita-Jagielski, K. Oplustil, R. Pabis, A. Rachwał, M. Spyra, G. Suliński, M. Tafel, M. Wawer, R. Zawłocki, Kodeks spółek handlowych. Komentarz, Warszawa 2022, s. 1020; A. Kidyba, Kodeks spółek handlowych. Komentarz do art. 1-300¹³⁴ ..., s. 832; A. Kidyba, Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością. Komentarz, Warszawa 2014, s. 485, 487; wyrok Sądu Najwyższego z 23 marca 2012 r., II PK 169/11, Legalis nr 490543, zgodnie z którym: „W orzecznictwie Sądu Najwyższego panuje zgodny pogląd, według którego osoba fizyczna pełniąca funkcję członka zarządu w spółce prawa handlowego może być podwójnie powiązana z tą spółką. Może ją wiązać ze spółką stosunek organizacyjno-prawny i jednocześnie stosunek pracy.”. Zob. także A. Kidyba, Charakter prawny rezygnacji członka zarządu z pełnionej funkcji. Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 26 listopada 2002 r., I PKN 597/01, Glosa 2005/3, s. 40; A. Koch, Zasady i przesłanki odpowiedzialności za szkody wyrządzone spółce z ograniczoną odpowiedzialnością – na tle przepisów kodeksu spółek handlowych [w:] M. Pyziak-Szafnicka (red.), Odpowiedzialność ..., s. 540; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 26 września 2006 r., II PK 47/06, Legalis nr 77034; uchwała Sądu Najwyższego z dnia 22 października 2009 r., III CZP 63/09, Legalis nr 173471 w której Sąd odniósł się do więzi organizacyjnej powstającej pomiędzy piastunem organu zarządczego spółki oraz spółką, jednak niesłusznie wskazał, iż więź ta nie ma charakteru cywilnoprawnego. Szeroko na temat stosunku organizacyjnego członkostwa w zarządzie także K. Kułak, Stosunek członkostwa ..., s. 40-46, który podkreśla, że stosunku członkostwa w zarządzie nie należy zamiennie nazywać stosunkiem organizacyjnym. W jego ocenie „stosunek organizacyjny” jest pojęciem szerszym od pojęcia „stosunek członkostwa w zarządzie”, wobec czego konstatuje, iż precyzyjne, lecz jednocześnie nieuzasadnione z perspektywy ekonomiki słowa byłoby posługiwanie się pojęciem „stosunek organizacyjny członkostwa w zarządzie”. Pojęcie: „stosunek organizacyjny członkostwa w zarządzie osoby prawnej” używa zaś A. Opalski, Pojęcie organu osoby prawnej, Państwo i Prawo 2009/1, s. 21,22, który wskazał, że „organy kreują porządek instytucjonalny osoby prawnej, skupiając w jej strukturze kompetencje”.

dochodzi z chwilą powołania do zarządu³⁰⁸. Mandat należy odnieść do przyznania członkowi zarządu uprawnienia (kompetencji) do sprawowania funkcji w organie spółki poprzez wykonywanie wynikających z tej funkcji obowiązków³⁰⁹. Powierzenie mandatu nie ma zatem wyłącznie charakteru kompetencyjnego, ale przede wszystkim charakter obligacyjny. Członek zarządu ma zarówno kompetencje (upoważnienie) do reprezentacji oraz prowadzenia spraw spółki, jak również obowiązek czynienia użytku z powierzonych kompetencji³¹⁰.

Podstawą stosunku członkostwa w organie spółki jest porozumienie pomiędzy piastunem organu oraz spółką. Dla skuteczności powołania do pełnienia funkcji w organie zarządczym spółki niezbędne jest wyrażenie zgody na pełnienie funkcji przez osobę powoływaną³¹¹. Należy przy tym przyjąć, że zgoda na pełnienie funkcji ma swoje uzasadnienie w cywilnoprawnym charakterze stosunku członkostwa w zarządzie spółki, tj. wynika z autonomii woli stron³¹².

³⁰⁸ M. Michalski, A. Kidyba (red. naukowa), *Spółka akcyjna*, wyd. 3 ..., s. 659.

³⁰⁹ A. Opalski, *Komentarz do art. 201 ksh*, [w:] A. Opalski (red.), R. Pabis, A.W. Wiśniewski, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz. Art. 151-226, Tom IIA. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością*, Warszawa 2018, s. 876, 896; uchwała Sądu Najwyższego z 24 listopada 2016 r., III CZP 72/16, *Legalis* nr 1533143; M. Michalski, A. Kidyba (red. naukowa), *Spółka akcyjna*, wyd. 3 ..., s. 658; S.K. Rymar, *Cywilna odpowiedzialność zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością*, Kraków 1938, s. 34; A. Kidyba, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz do art. 1-300*¹³⁴ ..., s. 842, który definiuje mandat jako „upoważnienie do pełnienia obowiązków i wykonywania praw członka zarządu”. Zob. także A. Kidyba, *Spółka z ograniczoną ...*, s. 494; K. Kopaczyńska-Pieczniak, A. Kidyba (red.), *Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością*, Warszawa 2007, s. 387; Z. Kuniewicz, *Nowe zasady obliczania kadencji członków zarządów oraz rad nadzorczych w spółkach kapitałowych*, *Przegląd Prawa Handlowego* 2023/11, s. 24; wyrok Sądu Najwyższego z 24 września 2008 r., II CSK 118/08, *Legalis* nr 114125, w którym Sąd słusznie przyjął, iż „Z powołaniem w skład organu spółki (...) łączy się obowiązek wykonywania określonych zadań, objętych treścią danego stosunku organizacyjnego, wyznaczoną przez przepisy obowiązującego prawa (...) oraz przez postanowienia umowy spółki”; wyrok Sądu Najwyższego z 10 listopada 2006 r., I CSK 246/06, *Legalis* nr 86065, zgodnie z którym: „Mandat członka zarządu spółki akcyjnej jest uprawnieniem do sprawowania funkcji piastuna organu osoby prawnej, natomiast kadencja wyznacza okres pełnienia funkcji w zarządzie”.

³¹⁰ Zob. np. K. Kułak, *Stosunek członkostwa ...*, s. 250.

³¹¹ A. Opalski, *Komentarz do art. 201 ...*, s. 874-876; uchwała Sądu Najwyższego z 10 maja 1994 r., III CZP 63/94, *Legalis* nr 28614, w której wskazano, iż o prawidłowości powołania przesądza „zgoda na kandydowanie do zarządu”. Wątpliwe jest jednak wyrażone w uchwale zapatrywanie, jakoby konieczność wyrażenia zgody na powołanie miała źródło w przepisach kodeksu pracy. Zob. również R. Pabis, *Komentarz do art. 201 ksh*, [w:] J. Bieniak, M. Bieniak, G. Nita-Jagielski, K. Oplustil, R. Pabis, A. Rachwał, M. Spyra, G. Suliński, M. Tafel, M. Wawer, R. Zawłocki, *Kodeks spółek ...*, s. 701-702. Autor ujął konieczność wyrażenia zgody na powołanie jedynie w odniesieniu do art. 19a ust. 5 ustawy z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym (Dz.U. z 2024 r., poz. 1186 ze zm.), tj. jako warunek wpisu do rejestru. Szeroko na temat zgody osoby powołanej do zarządu także K. Kułak, *Stosunek członkostwa ...*, s. 106 i nast.

³¹² K. Kułak, *Stosunek członkostwa ...*, s. 108 i przywołana tam literatura.

Powołanie jest dwustronną czynnością prawną składającą się z powierzenia mandatu oraz zgody na objęcie funkcji³¹³, stanowiącej oświadczenie woli osoby powoływanej. Oświadczenie woli obejmuje zobowiązanie się piastuna organu do wykonywania powierzonych obowiązków. Obowiązki wynikające z powierzenia mandatu nie obciążają osoby, która nie wyrazi zgody na objęcie funkcji w zarządzie.

Wobec ujęcia powołania do pełnienia funkcji w organie zarządczym spółki jako czynności o charakterze cywilnoprawnym, z której wynikają określone prawa i obowiązki powierzone piastunowi organu za jego zgodą, zasadne jest przyjęcie, iż więź pomiędzy członkiem zarządu a spółką ma charakter obligacyjny³¹⁴. Zakwalifikowanie powołania do zarządu jako czynności prawnej o charakterze umownym determinuje przyjęcie zobowiązaniowego charakteru samego stosunku członkostwa w zarządzie spółki. Należy wobec tego uznać, iż stosunek korporacyjny członkostwa w zarządzie spółki kapitałowej jest stosunkiem cywilnoprawnym o charakterze zobowiązaniowym, którego źródłem jest akt powołania³¹⁵.

Oprócz odniesień do charakteru prawnego stosunku członkostwa w zarządzie spółki kapitałowej istotne jest również odwołanie się do jego treści oraz przedmiotu. Treść należy przy tym rozumieć jako uprawnienia i odpowiadające im obowiązki członków zarządu wyprowadzone z normy prawnej. Przedmiot należy zaś odnieść

³¹³ Zob. np. J. Frąckowiak, Uchwały zgromadzeń wspólników spółek kapitałowych sprzeczne z ustawą, *Przegląd Prawa Handlowego* 2007/11, s. 7; odmiennie K. Kułak, *Stosunek członkostwa ...*, s. 109-112, który argumentuje, iż powołanie jest jednostronną czynnością prawną. Autor wskazuje, że zgodę na pełnienie funkcji należy traktować jako oświadczenie woli oderwane od powołania. Jego zdaniem „zgoda osoby powoływanej nie współtworzy ani treści powołania, ani treści stosunku członkostwa w zarządzie, chociaż jej przejawienie stanowi konieczny warunek powstania tego stosunku”. K. Kułak definiuje przyjęcie mandatu jedynie jako „reakcję na powołanie”. W ocenie autora powołanie członka zarządu stanowi czynność prawną upoważniającą, zaś mandat stanowi upoważnienie do działania.

³¹⁴ K. Bilewska, Odpowiedzialność odszkodowawcza członków zarządu spółki z o.o. jako odpowiedzialność ex contractu, *Glosa do wyroku SN z dnia 24 września 2008 r., II CSK 118/08, Monitor Prawniczy* 2009/19, s. 1070 i nast.; A. Koch, *Zasady i przesłanki odpowiedzialności ...*, s. 538-546.

³¹⁵ A. Opalski, K. Oplustil, Niedochowanie należytej staranności jako przesłanka odpowiedzialności cywilnoprawnej zarządców spółek kapitałowych, *Przegląd Prawa Handlowego* 2013/3, s. 14; A. Opalski, K. Oplustil, Jeszcze w sprawie odpowiedzialności członków organów spółek kapitałowych, *Przegląd Prawa Handlowego* 2013/6, s. 26; wyrok Sądu Najwyższego z 16 listopada 2001 r., I PKN 686/00, *Legalis* nr 59007; wyrok Sądu Najwyższego z 3 listopada 2010 r., V CSK 129/10, *Legalis* nr 373114; postanowienie Sądu Najwyższego z 29 lutego 2024 r., I CSK 933/23, *LEX* nr 3704208; odmiennie: K. Kułak, *Stosunek członkostwa ...*, s. 88, 195 i nast., który kwalifikuje stosunek członkostwa jako stosunek podległości kompetencji. Autor ten podkreśla, że powołanie do zarządu jest czynnością prawną upoważniającą, mandat zaś stanowi „kompetencję do zaktualizowania (zdezaktualizowania) cudzego obowiązku”. Jest to zatem jego zdaniem kompetencja członka zarządu do zaktualizowania obowiązku podmiotu jej podległego, czyli spółki, która nie ma możliwości „przeciwstawienia się powstaniu w jej sferze prawnej skutków prawnych czynności zdziałanych prawidłowo przez członka zarządu”.

do nakazanych, zakazanych oraz dozwolonych postępowań wyznaczonych treścią stosunku członkostwa w organie zarządczym³¹⁶.

W tym miejscu warto poczynić pewną wstępną uwagę odnośnie do ustawowych kompetencji zarządczych oraz odpowiadających im obowiązkom zarządu. Zgodnie z art. 201 § 1, 300⁶² § 1, 300⁷³ § 1 oraz 369 § 1 ksh zarząd prowadzi sprawy spółki i reprezentuje spółkę. Treść wskazanych przepisów odnosi się do zarządu jako organu, nie zaś do jego członków jako osób pełniących funkcje w organie. Mimo takiego zabiegu legislacyjnego należy sprecyzować, że uprawnienia i obowiązki przynależą członkom zarządu jako osobom fizycznym piastującym funkcje w organie. Mają one być wykonywane zgodnie z zasadami reprezentacji i prowadzenia spraw ustalonych w konkretnej spółce. Organ osoby prawnej mieści się w strukturze spółki. Nie można przypisać mu waloru odrębnego bytu prawnego charakteryzującego się samodzielnością w stosunkach cywilnoprawnych³¹⁷. Relację o charakterze cywilnoprawnym można odnieść jedynie do członków organu³¹⁸.

Stosunek korporacyjny członkostwa w zarządzie spółki obejmuje kompetencję (oraz odpowiadający jej obowiązek czynienia z niej użytku) organu zarządczego do działania na rzecz osoby prawnej. Działanie spółki przez swoje organy, w szczególności organ zarządczy, zgodnie z art. 38 kc³¹⁹ wyraża teorię organów³²⁰.

³¹⁶ Zob. np. K. Kułak, Stosunek członkostwa ..., s. 248, 304.

³¹⁷ Szerzej zob. A. Opalski, Pojęcie organu ..., s. 20–21, 28: „organ nie jest podmiotem prawa cywilnego, zdolnym do nabywania praw czy zaciągania obowiązków. Kompetencje mu przypisane nie stanowią praw podmiotowych. Organ zyskuje specyficzną podmiotowość wyłącznie w wewnętrznych relacjach osoby prawnej jako niesamodzielna część (jednostka, składnik ustrojowy) organizacji, jaką ta osoba tworzy”. Zob. również P. Widerski, Status prawny członków organów osób prawnych po nowelizacji kodeksu cywilnego z 9.11.2018 r., Państwo i Prawo 2020/7, s. 114;

³¹⁸ Członkowie organu zarządczego osoby prawnej nie mogą być postrzegani jako przedstawiciele. Przedstawiciel działa „w czyimś imieniu, na czyjąś rzecz”, nie jest zatem związany ze strukturą spółki. Zob. np. P. Widerski, Status prawny ..., s. 114, który podkreślił, iż „Nieprawidłowe jest więc określanie osób wchodzących w skład organów osób prawnych mianem przedstawicieli, a należy mówić o piastunach organów osób prawnych.”; Zob. również A. Kidyba, Kodeks spółek handlowych. Komentarz do art. 1-300¹³⁴ ..., s. 824; postanowienie Sądu Najwyższego z 18 października 2002 r., V CKN 111/01, LEX nr 56065; P. Widerski, Pełnomocnictwo w prawie polskim, Warszawa 2018, s. 114 i nast.

³¹⁹ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. - kodeks cywilny, (Dz.U. z 2024 r., poz. 1061 z zm.), (dalej także jako: kc).

³²⁰ A. Kidyba, Komentarz do art. 38 kc, [w:] A. Kidyba (red.), Kodeks cywilny. Komentarz. Część ogólna, Tom I, Warszawa 2009, s. 169 i nast.; A. Kidyba, Kodeks spółek handlowych. Komentarz do art. 1-300¹³⁴ ..., s. 824; uchwała Sądu Najwyższego z 22 października 2009 r., III CZP 63/09, Legalis nr 173471; Z. Kuniewicz, Odpowiedzialność odszkodowawcza ..., s. 13; J. Wróblewski, Teorie osób prawnych – zarys podejścia semiotycznego, [w:] Studia z prawa cywilnego: Księga pamiątkowa dla uczczenia 50-lecia pracy naukowej prof. dr. hab. Adama Szpunara, Warszawa-Lódź 1983 s. 69 i nast.; M. Michalski, A. Kidyba (red. naukowa), Spółka akcyjna, wyd. 3 ..., s. 654; A. Klein, Ewolucja instytucji osobowości prawnej, [w:] E. Łętowska (red.), Tendencje rozwoju prawa cywilnego, Wrocław 1983, s. 54 i nast.; A. Klein, Charakter prawny organów osób prawnych, [w:] J. Błęszyński, J. Rajski (red.), Rozprawy z prawa cywilnego. Księga pamiątkową ku czci Witolda Czachórskiego, Warszawa 1985, s. 121 i nast.

Działania podejmowane przez zarząd w ramach kompetencji zarządczych są działaniami samej spółki³²¹. Do uznania działań zarządu za działania spółki konieczne jest wystąpienie następujących przesłanek: 1) istnienie w strukturze spółki organu uregulowanego przepisami kodeksu spółek handlowych; 2) powołanie do zarządu osoby fizycznej oraz 3) działanie organu (jego piastunów) zgodnie z przepisami powszechnie obowiązującego prawa i wewnętrznymi regulacjami spółki³²².

Jak już wspomniano, treść stosunku członkostwa w organie zarządczym spółki odnosi się do uprawnień i odpowiadających im obowiązków członków zarządu wynikających z powołania do pełnienia funkcji w organie. Treść stosunku członkostwa w organie wyznaczana jest jednak nie tylko przez czynność prawną powołania, ale także przez powszechnie obowiązujące przepisy prawa, umowę spółki (statut), uchwały wspólników i rady nadzorczej oraz regulamin zarządu (art. 207, 300⁵³, 375 ksh)³²³.

Na treść stosunku członkostwa w zarządzie składają się kompetencje piastuna organu³²⁴ opisane jako reprezentacja i prowadzenie spraw spółki oraz odpowiadający im obowiązek należytego sprawowania mandatu w formie prowadzenia jej spraw i reprezentacji, wyrażające zobowiązaniowy charakter tego stosunku³²⁵. Członek zarządu sprawuje mandat, z którym połączony jest obowiązek czynienia z niego użytku w interesie spółki³²⁶, zgodnie z powszechnie obowiązującym prawem oraz wewnętrznymi regulacjami spółki.

Obowiązki piastuna organu wynikające z członkostwa w zarządzie tylko częściowo kształtowane są przez konkretne normy prawne. Ze względu na zobowiązaniowy charakter stosunku członkostwa w zarządzie na jego treść wpływają

³²¹ Zob. np. A. Opalski, Pojęcie organu ..., s. 21; wyrok Sądu Najwyższego z 1 grudnia 2022 r., II CSKP 658/22, LEX nr 3559563; wyrok Sądu Najwyższego z 25 listopada 2022 r., II CSKP 246/22, Legalis nr 2899590; wyrok Sądu Najwyższego z 20 lutego 2020 r., IV CSK 546/18, LEX nr 3221519.

³²² M. Michalski, A. Kidyba (red. naukowa), Spółka akcyjna, wyd. 3 ..., s. 644-645; P. Widerski, Status prawny ..., s. 112 i przywołana tam literatura. Autor wskazał, iż „w doktrynie podnosi się, że zachowanie osób fizycznych występujących jako organ osoby prawnej może stanowić działanie tej osoby, gdy są spełnione następujące przesłanki: osoby te występowały w sposób wyraźny lub dorozumiany jako organ; faktycznie były tym organem; nie przekroczyły granic kompetencji wynikających z przepisów o ustroju danej osoby prawnej”. Zob. również uchwała Sądu Najwyższego z 29 listopada 1965 r., III PO 30/65, Legalis nr 220989.

³²³ Zob. np. K. Kułak, Stosunek członkostwa ..., s. 253.

³²⁴ Zob. np. A. Opalski, Pojęcie organu ..., s. 23.

³²⁵ Stosunek członkostwa w zarządzie ma umożliwiać spółce działanie w obrocie, zatem spółka może żądać sprawowania mandatu w jej interesie. Zob. np. K. Kułak, Stosunek członkostwa ..., s. 250.

³²⁶ Szerzej na temat interesu spółki w dalszej części rozdziału.

nie tylko normy ustawowe oraz wewnętrzne regulacje spółki, ale także cel zobowiązania (art. 354 § 1 kc³²⁷).

Wyznaczenie pełnej treści stosunku członkostwa w zarządzie wymaga pogłębionej analizy zarówno obowiązków zarządczych związanych ze sprawowanym mandatem wyznaczonych przepisami powszechnie obowiązującego prawa, jak również obowiązków wynikających z celu stosunku zobowiązaniowego. Uwzględnić przy tym należy dwie sfery funkcjonowania spółki: 1) wewnętrzną w postaci prowadzenia spraw spółki oraz 2) zewnętrzną w postaci reprezentacji³²⁸.

3. Obowiązki członka zarządu spółki kapitałowej

Jak już wskazano, źródłem obowiązków zarządczych nie są przepisy powszechnie obowiązującego prawa. Przepisy powszechnie obowiązującego prawa wyznaczają granice, w których ma być sprawowany mandat, zatem granice reprezentacji i prowadzenia spraw spółki³²⁹. Źródłem obowiązków zarządczych jest stosunek członkostwa w zarządzie spółki powstały na mocy powołania w skład organu³³⁰. Przepisy kodeksu spółek handlowych współkształtują jedynie treść stosunku organizacyjnego, determinując ustawowe obowiązki (bezwzględnie obowiązujące oraz względnie obowiązujące) wynikające ze sprawowania mandatu³³¹.

Analizując treść stosunku członkostwa w organie zarządczym spółki, należy zwrócić szczególną uwagę na cel tej relacji. Stosunek organizacyjny członkostwa

³²⁷ Zgodnie z art. 354 § 1 kc dłużnik powinien wykonać zobowiązanie zgodnie z jego treścią i w sposób odpowiadający jego celowi społeczno-gospodarczemu oraz zasadom współżycia społecznego, a jeżeli istnieją w tym zakresie ustalone zwyczaje - także w sposób odpowiadający tym zwyczajom.

³²⁸ M. Bieniak, Komentarz do art. 368 ksh, [w:] J. Bieniak, M. Bieniak, G. Nita-Jagielski, K. Oplustil, R. Pabis, A. Rachwał, M. Spyra, G. Suliński, M. Tafel, M. Wawer, R. Zawłocki, Kodeks spółek ..., s. 1191; szerzej na ten temat w dalszej części rozdziału.

³²⁹ Por. R. Stefanicki, Obowiązek lojalności członków organów spółki kapitałowej, Radca Prawny. Zeszyty Naukowe 2019/2(19), s. 26, 27.

³³⁰ A. Kidyba, Kodeks spółek handlowych. Komentarz do art. 1-300¹³⁴ ..., s. 832.

³³¹ Oprócz przepisów powszechnie obowiązującego prawa, treść stosunku członkostwa stanowią także wewnątrzkorporacyjne regulacje, tj. umowa spółki (statut), uchwały jej organów oraz regulamin zarządu. Zob. np. A. Opalski, K. Oplustil, Niedochowanie ..., s. 14, którzy wskazali, iż „stosunek korporacyjny wynikający z członkostwa w zarządzie i radzie nadzorczej jest umownym stosunkiem zobowiązaniowym, nawiązywanym z mocy aktu powołania w skład organu. Treść tego stosunku określają przepisy kodeksu spółek handlowych determinujące obowiązki wynikające ze sprawowania mandatu.” oraz: „uzupełniając treść stosunku korporacyjnego może określać sam akt powołania.”. Zob. również K. Kułak, Stosunek członkostwa ..., s. 253, który wskazał, że „poza powołaniem członka zarządu i przepisami prawa powszechnie obowiązującego źródłem treści stosunku organizacyjnego może być również, zgodnie z art. 207 i 375 k.s.h., umowa spółki (statut), uchwały właścicielskie i nadzorczych organów spółki czy regulamin zarządu.”

w organie zarządczym ma umożliwiać spółce działanie w obrocie (art. 38 kc). Jako że celem relacji funkcjonariusza spółki ze spółką jest umożliwienie jej działania w obrocie, kluczowym elementem stosunku członkostwa w zarządzie jest wykonywanie funkcji w interesie spółki³³² z uwzględnieniem zmiennych warunków obrotu gospodarczego, które same w sobie nie współkształtują treści tego stosunku, jednak mają wpływ na ocenę aktywności zarządczej piastunów organu.

Treść stosunku członkostwa w zarządzie należy odróżnić od zakresu mandatu. Członek zarządu ma kompetencje (i obowiązek czynienia z nich użytku) do reprezentacji i prowadzenia spraw spółki³³³. Reprezentacja oraz prowadzenie spraw spółki zostały uregulowane w art. 201 § 1, 300⁶² § 1, 300⁷³ § 1 oraz 369 § 1 ksh, które wyznaczają zakres mandatu³³⁴. Są to obowiązki o charakterze ogólnym. Ustawodawca odniósł je do czynności sądowych i pozasądowych spółki (art. 204 § 1, 300⁶⁵ § 1, 300⁷⁷ § 1 oraz 372 § 1 ksh). Takie ujęcie nie wpływa istotnie na zawężenie zakresu mandatu. Akty pozaustawowe oraz cel zobowiązania nie modyfikują ustawowego zakresu mandatu, ale wpływają na sposób jego wykonywania³³⁵.

Nie dziwi zatem sformułowanie obowiązków zarządczych w sposób generalny i brak wyczerpującego katalogu, który wyznaczałby postępowanie członków zarządu w sposób kazuistyczny. Przepisy kodeksu spółek handlowych kształtują domniemanie kompetencji zarządu niezastrzeżonych dla innych organów spółki³³⁶. Członkostwo w zarządzie jest stosunkiem „otwartym na przyszłość” (ang. *open ended contract*)³³⁷. Sformułowanie katalogu obowiązków mogłoby wywołać skutek odwrotny od oczekiwanego - ograniczyć funkcjonowanie spółki w obrocie gospodarczym. Generalny charakter obowiązków zarządczych silnie podkreśla, iż wynikają one z istoty

³³² Zob. np. R. Stefanicki, Obowiązek lojalności ..., s. 12, który wskazał, że „standard postępowania członków organów spółek kapitałowych wyznaczony jest nie tylko ramami prawa pozytywnego rozumianego ściśle, lecz także odnoszony jest do więzi organizacyjnych, współgrających z aksjologią prawa, w których centralną pozycję zajmuje interes spółki rozumiany jako interes prawny, istniejący obiektywnie, zasługujący na ochronę prawną, a więc wiązany z potrzebą jego skutecznego zabezpieczenia.”.

³³³ Odmienne np. S. Koczur, Subsidiarne stosowanie klauzuli działania w granicach dopuszczalnego ryzyka w ocenie ryzyka biznesowego, Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego 2023/10, s. 30.

³³⁴ Zakres mandatu podlega również ustawowym ograniczeniom wynikającym np. z art. 210 § 1, 300⁶⁷, 300⁷⁹ oraz 379 § 1 ksh. Może on być także rozszerzony na mocy umowy spółki (statutu), np. zgodnie z art. 194, 300¹⁷ § 1 oraz 349 § 1 ksh.

³³⁵ Zob. np. A. Szumański, Regulaminy zarządów i rad nadzorczych spółek kapitałowych, Przegląd Prawa Handlowego 2003/1, s. 4, który definiuje pojęcie regulaminu zarządu jako dokumentu wewnętrznego spółki regulującego „organizację i sposób wykonywania czynności (...) danego organu”. Zob. również K. Kułak, Stosunek członkostwa ..., s. 253.

³³⁶ A. Opalski, A.W. Wiśniewski, W sprawie autonomii zarządu spółki z o.o., Przegląd Prawa Handlowego 2005/1, s. 57.

³³⁷ A. Opalski, K. Oplustil, Niedochowanie ..., s. 18; R. Stefanicki, Obowiązek lojalności ..., s. 26.

więzi łączącej członka zarządu ze spółką i z zobowiązaniowego charakteru członkostwa w zarządzie.

Jak już wspomniano, prowadzenie spraw spółki odnosi się do sfery wewnętrznych stosunków spółki. Można je zatem sprowadzić do kompleksowego organizowania jej działalności, obejmującego wszelkie czynności organizacyjne, porządkowe, planistyczne, jak również czynności faktyczne³³⁸. Reprezentacja powiązana jest ze sferą zewnętrzną, zatem wpisującą się w relacje spółki ze światem zewnętrznym³³⁹. Reprezentację można obrazowo zdefiniować jako wdrażanie aktywności zarządczych podejmowanych w ramach prowadzenia spraw spółki.

Przepisy powszechnie obowiązującego prawa, w szczególności kodeksu spółek handlowych, regulują pewne konkretne obowiązki zarządcze, jednak ograniczają się one do sfery formalno-organizacyjnego funkcjonowania spółki³⁴⁰. Należy w tym miejscu podkreślić, że istotą funkcjonowania spółki nie jest funkcjonowanie formalno-organizacyjne, zatem zgodne z przepisami prawa, wypełniające potrzebę prowadzenia sprawozdawczości korporacyjnej czy raportowania finansowego (i pozafinansowego). Te elementy stanowią zaledwie minimum tego, co jest konieczne do utrzymania w przestrzeni gospodarczej bytu prawnego, jakim jest spółka. Istotą funkcjonowania spółki jest działalność biznesowa. Spółka ma aktywnie uczestniczyć w obrocie, generując zyski. Utrzymanie funkcjonującej zgodnie z prawem struktury organizacyjnej oraz działalność biznesowa stanowią dwie wzajemnie zależne sfery funkcjonowania spółki. Nie ma gospodarczego uzasadnienia dla funkcjonowania „formy spółki”, która byłaby pozbawiona treści, tj. biznesowej aktywności.

Wyróżnienie potrzeb spółki o charakterze formalno-organizacyjnym oraz biznesowym uzasadnia analogiczny podział obowiązków menedżerskich na obowiązki formalno-organizacyjne i biznesowe. Rola członków zarządu jako piastunów organu zarządczego spółki nie ogranicza się do zapewnienia bieżącego jej funkcjonowania w zgodzie z obowiązującym prawem, zatem realizowania obowiązków ustawowych. Niewątpliwie jednym z obowiązków zarządczych jest sprawowanie „funkcji *compliance*”, czyli wypełnianie obowiązku formalno-organizacyjnego, odnoszącego się

³³⁸ Zob. np. A. Opalski, Komentarz do art. 201 ..., s. 866; A. Kidyba, Kodeks spółek handlowych. Komentarz do art. 1-300¹³⁴ ..., s. 825; M. Bieniak, Komentarz do art. 368 ..., s. 1191.

³³⁹ Zob. np. A. Opalski, Komentarz do art. 201 ..., s. 867; A. Kidyba, Kodeks spółek handlowych. Komentarz do art. 1-300¹³⁴ ..., s. 826; M. Bieniak, Komentarz do art. 368 ..., s. 1192.

³⁴⁰ A. Opalski określił te czynności jako „korporacyjne i porządkowe”, wskazując, że nie wiążą się one z kierowaniem przedsiębiorstwem, ale gwarantują zgodne z przepisami prawa funkcjonowanie korporacji. Zob. A. Opalski, Komentarz do art. 201 ..., s. 866, 867.

do samego funkcjonowania spółki jako osoby prawnej oraz obowiązku zapewnienia zgodności funkcjonowania operacyjnego spółki z przepisami prawa i pozaprawnymi regulacjami branżowymi. Na marginesie należy wskazać, że te zadania najlepiej wykonają eksperci, np.: prawnik, księgowy, *compliance officer*. Członkowie zarządu powinni zapewnić sobie merytoryczne wsparcie tych osób w zakresie prowadzenia spraw spółki³⁴¹.

Funkcja formalno-organizacyjna nie wyczerpuje roli członków zarządu pełnionej w spółce. Członkowie zarządu mają zajmować się również, a może nawet przede wszystkim, sferą biznesową funkcjonowania spółki. Wiąże się to, w szczególności z: podejmowaniem działalności operacyjnej, rozwojem organizacji w sferze jej głównej aktywności biznesowej oraz inwestycyjnej, z reagowaniem na zmieniające się okoliczności, warunki rynkowe oraz podejmowaniem decyzji biznesowych. Wymienione zadania zarządcze mieszczą się w prowadzeniu spraw spółki, jednak nie zostały skonkretyzowane w przepisach prawa. Ustawodawca nie sformułował wprost katalogu obowiązków biznesowych, których realizowanie zmierzałoby do generowania zysków dla spółki³⁴². Obowiązki te należy wyinterpretować z celu stosunku członkostwa w zarządzie, który sprowadza się do umożliwienia spółce działania w obrocie gospodarczym. Powierzenie członkom zarządu funkcji w organie spółki implikuje konieczność realizowania przez nich celu spółki, którego osiągnięcie wymaga podejmowania działań biznesowych w najlepszym jej interesie³⁴³. Obowiązek ustawowy

³⁴¹ W odniesieniu do powyższego konieczne jest jednak podkreślenie, że podmiotem, któremu zostaje powierzony mandat jest członek zarządu, wobec czego to członek zarządu ma obowiązek osobistego wykonywania mandatu. Zob. np. A. Opalski, Pojęcie organu ..., s. 25, 26; A. Kidyba, Spółka z ograniczoną ..., s. 489. Członek zarządu nie może przenieść odpowiedzialności za podejmowane decyzje na żaden inny podmiot. Skorzystanie z wsparcia czy usług profesjonalisty nie oznacza automatycznie dopełnienia obowiązku dochowania staranności. Zob. np. wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z 11 października 2012 r., I ACa 336/12, Legalis nr 737666.

³⁴² Obowiązki biznesowe zostały wskazane w Dobrych Praktykach Spółek Notowanych na GPW 2021, [dostęp: https://www.gpw.pl/pub/GPW/files/PDF/dobre_praktyki/DPSN21_BROSZURA_wersja_do_druku.pdf], (dalej także jako: Dobre Praktyki 2021). Dobre Praktyki nie są źródłem powszechnie obowiązującego prawa. Stanowią one zbiór zasad ładu korporacyjnego skierowanych do emitentów akcji notowanych na Głównym Rynku GPW. W rozdziale 2. Zarząd i rada nadzorcza podkreślono, iż „członkowie zarządu działają w interesie spółki i ponoszą odpowiedzialność za jej działalność. Do zarządu należy w szczególności przywództwo w spółce, zaangażowanie w wyznaczanie jej celów strategicznych i ich realizacja oraz zapewnienie spółce efektywności i bezpieczeństwa”.

³⁴³ Zob. również Dobre Praktyki w spółkach Publicznych 2005 opracowane przez Komitet Dobrych Praktyk Forum – Corporate Governance, Warszawa 2004, [dostęp: https://www.gpw.pl/pub/GPW/files/PDF/dobre_praktyki/dp2005.pdf], (dalej także jako: Dobre Praktyki 2005). W dobrej praktyce nr 32 wprost nawiązano do interesu spółki poprzez sformułowanie: „zarząd, kierując się interesem spółki, ...”.

prowadzenia spraw spółki należy zatem postrzegać przez pryzmat współkształtującego go obowiązku działania w interesie spółki.

Podział na obowiązki zarządcze o charakterze formalno-organizacyjnym oraz biznesowym odzwierciedla zobowiązaniowy charakter stosunku członkostwa w zarządzie. Obowiązki formalno-organizacyjne członków zarządu są określane, w szczególności przez kodeks spółek handlowych, zaś obowiązki biznesowe wpisujące się w prowadzenie spraw spółki współkształtowane są przez cel stosunku członkostwa w zarządzie spółki jako stosunku cywilnoprawnego o charakterze zobowiązaniowym opartym na zaufaniu, w ramach którego członek zarządu ma prowadzić sprawy spółki w najlepszym jej interesie. Działanie w interesie spółki należy zatem postrzegać jako obowiązek zarządczy o charakterze ogólnym, wynikający z celu stosunku członkostwa w zarządzie spółki³⁴⁴. Doniosłość rozpatrywania działań członka zarządu w perspektywie celu stosunku członkostwa w zarządzie podkreśla również art. 65 § 2 kc, zgodnie z którym w umowach należy raczej badać, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na jej dosłownym brzmieniu.

Członek organu ma reprezentować spółkę i prowadzić jej sprawy w sposób zgodny z przepisami prawa, umową (statutem) spółki, uchwałami jej organów, regulaminem zarządu oraz celem zobowiązania. Tak opisana treść stosunku członkostwa wyznacza jego przedmiot. Działania członka zarządu wyznaczone treścią stosunku organizacyjnego będą stanowiły realizację przedmiotu stosunku członkostwa w zarządzie spółki kapitałowej³⁴⁵. Działania wykraczające poza treść tego stosunku, tj. niezgodne z normami ustawowymi, regulacjami wewnętrznymi spółki lub celem zobowiązania nie będą uważane za realizację stosunku członkostwa w zarządzie.

³⁴⁴ Zob. np. A. Opalski, K. Oplustil, Jeszcze w sprawie ..., s. 26; J. Jastrzębski, W sprawie odpowiedzialności członków organów spółek kapitałowych, Przegląd Prawa Handlowego 2013/7, s. 15-16; zob. również R. Stefanicki, Koncepcja interesu spółki jako kluczowej konstrukcji w procesie dokonywania oceny sposobu pełnienia funkcji przez zarząd spółki, Wrocławsko-Lwowskie Zeszyty Prawnicze 2019/10, s. 141, który wskazał, że interes spółki należy postrzegać jako punkt odniesienia przy ocenie pełnienia funkcji przez członków zarządu.

³⁴⁵ K. Kułak, Stosunek członkostwa ..., s. 306. Zob. również M. Michalski, A. Kidyba (red. naukowa), Spółka akcyjna, wyd. 3 ..., s. 644.

3.1. Działanie w interesie spółki

Stosunek członkostwa w zarządzie jest relacją o charakterze powierniczym³⁴⁶. Z powierzeniem pełnienia funkcji w organie zarządczym spółki wiąże się szczególnie element stanowiący podstawę relacji członka zarządu ze spółką, mianowicie zaufanie. Sprawowanie mandatu przez członka zarządu, zatem wykonywanie obowiązków z niego wynikających, wymaga istnienia więzi opartej na zaufaniu pomiędzy spółką oraz członkiem zarządu³⁴⁷.

Niewątpliwie to wspólnicy (akcjonariusze) mają darzyć członka zarządu zaufaniem. Jak trafnie wskazał Trybunał Konstytucyjny, „istotą powierzenia określonej osobie zarządzania danym podmiotem jest zaufanie, jakie w wykształceniu, kwalifikacjach i doświadczeniu konkretnego menedżera pokłada np. właściciel przedsiębiorstwa”³⁴⁸. Jednak obecnie, w szczególności wobec zmian zachodzących w prawie korporacyjnym, uwzględniających perspektywę *business judgment rule*, należy podkreślić, iż członek zarządu również powinien darzyć zaufaniem spółkę, tzn. ufać, że wspólnicy (akcjonariusze) uszanują jego swobodę decyzyjną podczas sprawowania mandatu, w szczególności w związku z podejmowaniem decyzji biznesowych. Zaufanie, nawet w relacjach o charakterze normatywnym, nie może być jednostronne. Podanie tej tezy w wątpliwość prowadziłoby do kontestowania fundamentów spółki jako struktury opartej na więziach. Niepewność członka zarządu w zakresie tego, czy jego swoboda decyzyjna w granicach realizowanych obowiązków zarządczych zostanie uszanowana, mogłoby zniekształcić jego perspektywę decyzyjną.

Oparcie stosunku członkostwa w spółce na dwustronnym zaufaniu uzasadnia wniosek, iż nie jest możliwe należyte sprawowanie mandatu przez piastuna organu zarządczego ani w sytuacji braku zaufania co do jego działań ze strony pionu właścicielskiego spółki, ani w sytuacji zachwiania zaufania funkcjonariusza względem spółki. Członek zarządu nie będzie wówczas należycie wykonywał swoich obowiązków

³⁴⁶ Zob. np. R. Stefanicki, *Koncepcja interesu spółki ...*, s. 144, który zarządzających spółką określił mianem „powierników cudzego majątku”; wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 19 lipca 2007 r., K 11/06, *Legalis* nr 84111, w którym podkreślono rolę, jaką pełni zaufanie w odniesieniu do powierzenia funkcji w zarządzie.

³⁴⁷ Zob. np. M. Michalski, A. Kidyba (red. naukowa), *Spółka akcyjna*, wyd. 3 ..., s. 661, który wskazuje, że zaufanie stanowi podstawę powołania osoby fizycznej na członka zarządu spółki.

³⁴⁸ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 19 lipca 2007 r., K 11/06, *Legalis* nr 84111. Zob. również R. Stefanicki, *Koncepcja interesu spółki ...*, s. 144.

zarządczych, w szczególności obowiązku działania w interesie spółki, którego realizacja skupia się wokół generowania zysków dla spółki.

Nie ma jednolitości co do tego, jak należy rozumieć interes spółki³⁴⁹. Ustawodawca nie ukształtował definicji tego pojęcia³⁵⁰. Warto jednak podkreślić, iż zdefiniowanie interesu spółki w sposób abstrakcyjny nie jest możliwe. Ocena, czy członek zarządu działał w interesie spółki każdorazowo musi uwzględniać sytuację spółki oraz wpływające na nią okoliczności obrotu³⁵¹.

Spółka jako byt prawny zawiązany przez wspólników nie ma „swoistego interesu”, który byłby odrębny od interesu samych wspólników³⁵². Interes spółki jest ściśle związany z interesem osób zaangażowanych w jej funkcjonowanie³⁵³. Sąd Najwyższy w orzeczeniu z 2009 r. ujął interes spółki jako "wypadkową interesów wszystkich wspólników wynikającą z celu spółki"³⁵⁴. Należy jednak podkreślić, że w krajach europejskich interes spółki jest coraz częściej postrzegany w szerszej perspektywie jako interes wspólników oraz interesariuszy spółki, w szczególności pracowników, a nawet wierzycieli³⁵⁵.

³⁴⁹ R. Stefanicki przypisał interesowi spółki „rolę busoli przy dokonywaniu wyborów aksjologicznych”. Zob. R. Stefanicki, *Koncepcja interesu spółki* ..., s. 143.

³⁵⁰ Szerzej na temat interesu spółki zob. np. A. Opalski, O pojęciu interesu spółki handlowej, *Przegląd Prawa Handlowego* 2008/11, s. 16-23, który wskazał, że kodeks spółek handlowych (podobnie jak ustawodawstwa zagraniczne) nie definiuje pojęcia „interesu spółki”. Autor podkreślił jednak, iż przepisy kodeksu spółek handlowych przypisują interesowi spółki „rolę wyznacznika wzorca działań wspólników i członków organów”, wobec czego należałoby mu przypisać funkcję wypadkową interesów osób zaangażowanych w funkcjonowanie spółki. W takim ujęciu interes spółki należy ostatecznie rozumieć jako interes jej wspólników, w ramach którego jedynie uzupełniająco bierze się pod uwagę interes otoczenia spółki, np. wierzycieli, pracowników. Interes otoczenia spółki należy uwzględniać w takim zakresie, w jakim wspiera on realizację interesu wspólników w ramach długoterminowego funkcjonowania spółki. Zob. również wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 21 czerwca 2005 r., P 25/02, *Legalis* nr 69111.

³⁵¹ A. Opalski, O pojęciu ..., s. 23; M. Romanowski, Znaczenie sporu o metodę odczytywania pojęcia „interes spółki kapitałowej”, *Przegląd Prawa Handlowego* 2015/7, s. 14; R. Stefanicki, *Koncepcja interesu spółki* ..., s. 142.

³⁵² M. Romanowski, *Natura spółki jako determinanta jej ustroju i funkcji jej władz - kilka refleksji*, [w:] K. Bilewska (red.), *Efektywność zarządzania i nadzoru w spółce handlowej. W poszukiwaniu optymalnego modelu ustroju spółki*, Warszawa 2018, s. 73; D. Wieczorkowska, *Działanie w interesie spółki jako przesłanka wyłączenia prawa poboru akcji*, [w:] J. Frąckowiak (red. naukowa), *Kodeks spółek handlowych* ..., s. 1035, 1036.

³⁵³ D. Wieczorkowska, *Działanie w interesie* ..., s. 1036.

³⁵⁴ Wyrok Sądu Najwyższego z 5 listopada 2009 r., I CSK 158/09, *Legalis* nr 188463. Zob. również P. Błaszczyk, *Pojęcie interesu spółki handlowej. Glosa do wyroku SN z dnia 5 listopada 2009 r., I CSK 158/09*, *Glosa. Prawo gospodarcze w orzeczeniach i komentarzach* 2012/3, s. 29 i nast.

³⁵⁵ Szerzej na ten temat była mowa w rozdziale II.; zob. również *Dobre Praktyki* 2005, w których w ramach *Zasad ogólnych* zdefiniowano realizację interesu spółki jako „powiększenie wartości powierzonego jej przez akcjonariuszy majątku, z uwzględnieniem praw i interesów innych niż akcjonariusze podmiotów, zaangażowanych w funkcjonowanie spółki, w szczególności wierzycieli spółki oraz jej pracowników”. W praktyce nr 32 wskazano ponadto, że „przy ustalaniu interesu spółki należy brać pod uwagę uzasadnione w długookresowej perspektywie interesy akcjonariuszy, wierzycieli, pracowników spółki oraz innych podmiotów i osób współpracujących ze spółką w zakresie jej działalności gospodarczej, a także interesy

Niezależnie jednak od perspektywy przyjętej przy interpretacji interesu spółki, niewątpliwe jest, że wyznacza on granice swobody działania organów spółki, w szczególności członków zarządu. Wykonując mandat, członkowie zarządu nie reprezentują siebie i nie prowadzą własnych spraw. Ich działania są działaniami samej spółki, wobec czego powinny zmierzać do realizacji jej interesu. Realizacja długoterminowego interesu organizacji (jako interesu jej wspólników) może obejmować także pośrednio uwzględnianie interesów innych grup jako środka do osiągnięcia nadrzędnego celu - dążenia spółki do generowania zysków w perspektywie długoterminowej³⁵⁶.

Działanie w najlepszym interesie spółki należy połączyć z działaniem w sposób należycie staranny oraz lojalny względem spółki³⁵⁷. Wymóg działania starannego oraz lojalnego wynika z charakteru relacji łączącej członka zarządu ze spółką. Działanie niestaranne lub nielojalne niewątpliwie nie zmierza do realizacji interesu spółki, przez co nie mieści się w prowadzeniu spraw spółki. Przedmiot stosunku członkostwa w zarządzie stanowi tylko takie postępowanie członka zarządu polegające na reprezentacji oraz prowadzeniu spraw spółki, które prawidłowo realizuje związane z jego funkcją obowiązki, wynika z przepisów prawa, regulacji wewnętrznych spółki lub z celu zobowiązania. Działanie na szkodę spółki, polegające na działaniu niestaranym lub nielojalnym wykracza poza przedmiot stosunku członkostwa w zarządzie.

Obowiązki działania starannego i lojalnego, mimo że dają się wyprowadzić z generalnego obowiązku działania w interesie spółki, zostały wprost wysłowione przez ustawodawcę w art. 209¹ § 1, 300⁵⁴ oraz 377¹ § 1 ksh. Zgodnie ze wskazanymi przepisami członek zarządu powinien **przy wykonywaniu swoich obowiązków** dołożyć staranności wynikającej z zawodowego charakteru działalności oraz dochować lojalności wobec spółki. Artykuły 209¹ § 1, 300⁵⁴ oraz 377¹ § 1 ksh zostały dodane w wyniku wspomnianej już reformy prawa handlowego. Artykuł 300⁵⁴ ksh, jako że prosta spółka akcyjna została dopiero wprowadzona do systemu prawnego, jest całkowicie nowym

społeczności lokalnych”. Por. także M. Spyra, Walne zgromadzenie, [w:] S. Włodyka (red.), System Prawa Handlowego, t. 2. Prawo spółek handlowych, Warszawa 2012, s. 1296 oraz M. Romanowski, Znaczenie sporu o metodę ..., s. 10 i nast.

³⁵⁶ Zob. np. A. Opalski, O pojęciu ..., s. 19; D. Wieczorkowska, Działanie w interesie ..., s. 1041, która słusznie wskazuje, że „maksymalizacja zysków, a zatem, jak by się wydawało, działanie dla dobra akcjonariuszy, kosztem interesów otoczenia spółki, w ostatecznym rozrachunku nie musi wcale prowadzić do lepszego zabezpieczenia interesów wspólników.”

³⁵⁷ Działanie w interesie spółki łączy z obowiązkiem lojalności np. R. Stefanicki, Obowiązek lojalności ..., s. 12-15, 25. Zob. również A. Opalski, Odpowiedzialność cywilnoprawna. Art. 479-490, [w:] A. Opalski (red.), Kodeks spółek handlowych. Komentarz, tom IIIB, Spółka akcyjna. Komentarz. Art. 393-490, Warszawa 2016, s. 1361; R. Stefanicki, Koncepcja interesu spółki ..., s. 144, 147.

przepisem. Natomiast art. 209¹ § 1 oraz 377¹ § 1 ksh miały swoje częściowe odzwierciedlenie w regulacji art. 293 § 2 oraz 483 § 2 ksh. Zgodnie z nimi członek zarządu powinien przy wykonywaniu swoich obowiązków dołożyć staranności wynikającej z zawodowego charakteru swojej działalności. Porównanie treści powyższych jednostek redakcyjnych przed i po nowelizacji uzasadnia wnioski, iż ustawodawca: po pierwsze, utrzymał regulację w zakresie obowiązku dołożenia należytej staranności, po drugie, dodał obowiązek dochowania lojalności wobec spółki, który dotychczas nie był skodyfikowany, po trzecie, zmienił umiejscowienie tych norm (zostały one przeniesione z rozdziału odnoszącego się do odpowiedzialności cywilnoprawnej do rozdziału regulującego organy spółki - zarząd). Przeprowadzone zmiany legislacyjne uzasadniają poszerzoną analizę obowiązków powierniczych staranności oraz lojalności³⁵⁸.

3.1.1. Lojalność wobec spółki

Obowiązek lojalności podkreśla rolę, jaką pełni zaufanie w relacji podmiotów danego stosunku. Jak wskazała D. Opalska, „intensywność obowiązku lojalności zależeć będzie od rodzaju zobowiązania - będzie ona tym silniejsza, im głębiej dany podmiot „wkracza” w pozycję prawną drugiego podmiotu”³⁵⁹. Lojalność wiąże się bezpośrednio z zaufaniem, które jest tym większe pomiędzy podmiotami relacji, im bardziej są one ze sobą związane, np. wspólnym celem, wspólnym interesem. Takie ścisłe relacje występują przede wszystkim w spółkach handlowych.

Obowiązek lojalności da się wyinterpretować z art. 3 ksh, zgodnie z którym przez umowę spółki handlowej wspólnicy albo akcjonariusze zobowiązują się dążyć do osiągnięcia wspólnego celu przez wniesienie wkładów oraz, jeżeli umowa albo statut spółki tak stanowi, przez współdziałanie w inny określony sposób. Przepis ten dotyczy wspólników (akcjonariuszy) spółki, jednak może stanowić inspirację do zdefiniowania obowiązku lojalności nałożonego na członków zarządu. Warto wobec tego przywołać orzeczenie Sądu Najwyższego, w którym lojalność wspólników została określona jako

³⁵⁸ Obowiązki powiernicze należy rozumieć jako obowiązki wynikające z samego stosunku członkostwa w zarządzie, zatem relacji polegającej na powierzeniu piastunowi organu funkcji w zarządzie - reprezentacji oraz prowadzenia spraw spółki - wraz z obowiązkiem czynienia użytku z powierzonych kompetencji.

³⁵⁹ D. Opalska, Lojalność i staranność jako kryteria określające sposób wykonywania zobowiązań, *Monitor Prawniczy* 2013/5, s. 231. Zob. również D. Opalska, Obowiązek lojalności w spółkach kapitałowych, Warszawa 2015, s. 136 i nast. D. Opalska wskazała, że obowiązek lojalności jest „pochodną stosunku uczestnictwa w organie spółki”.

wynikająca z konstrukcji spółki oraz współdziałania w realizacji celu, stanowiących podstawy jej utworzenia³⁶⁰. Obowiązek lojalności został zdefiniowany jako uniwersalny, bowiem odzwierciedlający powinność postępowania zgodnego z dobrymi obyczajami oraz zasadą dobrej wiary i uczciwego postępowania we wszystkich spółkach prawa handlowego³⁶¹. W argumentacji Sądu wskazano również, że obowiązek lojalności wynika już z samych założeń spółki oraz dążenia do osiągnięcia wspólnego celu.

Przytoczone orzeczenie, mimo że odnosi się do lojalności wspólników, jest niezwykle istotne również z perspektywy funkcji pełnionej w spółce przez członków zarządu. Podkreśla ono rolę obowiązku lojalności w spółce jako takiej. Dochowanie lojalności jest obowiązkiem zarówno wspólników, jak również członków organów spółki, przede wszystkim członków jej zarządu³⁶². Członkowie zarządu, dążąc do osiągnięcia celu spółki, obowiązani są do działania lojalnego, a ich obowiązek dochowania lojalności wynika z istniejącego pomiędzy nimi a spółką stosunku organizacyjnego³⁶³. Wspólnicy obdarzają członków zarządu zaufaniem, że będą oni działali lojalnie, tj. uczciwie, rzetelnie i sumiennie³⁶⁴. Wobec wyinterpretowania obowiązku dochowania lojalności z samej konstrukcji prawnej spółek kapitałowych, przepisy nakładające na członków zarządów obowiązek jej dochowania przy wykonywaniu swoich obowiązków wobec spółki (art. 209¹ § 1, 300⁵⁴ § 1 oraz 377¹ § 1 ksh) stanowią swoisty rodzaj *superfluum* i jedynie podkreślają rolę, jaką pełni lojalność członków organów dla należytego funkcjonowania spółki³⁶⁵.

Warto również zwrócić szczególną uwagę na sformułowanie, jakim posłużył się ustawodawca w treści art. 209¹ § 1, 300⁵⁴ § 1 oraz 377¹ § 1 ksh. Członek zarządu ma dochować lojalności wobec spółki **przy wykonywaniu swoich obowiązków**. Taka redakcja przepisów sugeruje, że dochowanie lojalności nie jest samodzielnym

³⁶⁰ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 kwietnia 2018 r., IV CSK 352/17, Legalis nr 1786843.

³⁶¹ Ibidem; Por. również K. Kopaczyńska-Pieczniak, Zasada uczciwości kupieckiej jako zasada prawa handlowego, *Studia Iuridica Lublinensia* 2016/1, s. 173; P. Wiórek, Obowiązek lojalności wspólników spółek kapitałowych, [w:] W. Katner, U. Promińska (red.), *Prawo handlowe po przystąpieniu Polski do Unii Europejskiej*, Warszawa 2010, s. 330 i nast.; por. A. Szumański, Spór wokół istnienia prawnego obowiązku lojalności wspólnika względem spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, [w:] A. Janik (red.), *Studia i rozprawy. Księga jubileuszowa dedykowana prof. A. Całusowi*, Warszawa 2009, s. 524 i nast.

³⁶² R. Stefanicki, Należyta staranność zawodowa członka zarządu spółki kapitałowej, Warszawa 2020, s. 81.

³⁶³ Zob. np. S. Koczur, Subsidiarne stosowanie ..., s. 29; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22 października 2009 r., III CZP 63/09, Legalis nr 173471.

³⁶⁴ K. Oplustil, Instrumenty nadzoru korporacyjnego (corporate governance) w spółce akcyjnej, 2010, s. 514.

³⁶⁵ Por. R. Stefanicki, Obowiązek lojalności ..., s. 21.

obowiązkiem, zaś jedynie wyznacznikiem kierunku lojalności - lojalności wobec spółki³⁶⁶. Członek zarządu ma wykonywać obowiązki zarządcze (wynikające z przepisów prawa, regulacji wewnętrznych spółki oraz celu stosunku członkostwa w zarządzie), zaś miarą wykonania tych obowiązków ma być ocena ich wykonania w interesie spółki. Realizacja obowiązków zarządczych w sposób nielojalny nie może być uznana za ich wykonanie.

Obowiązek lojalności znajduje swoje rozwinięcie przede wszystkim w art. 209 oraz art. 211 ksh w odniesieniu do spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, w art. 300⁵⁵ § 1, § 2 ksh w odniesieniu do prostej spółki akcyjnej oraz w art. 377 i 380 ksh w odniesieniu do spółki akcyjnej. Wskazane przepisy regulują odpowiednio kwestie zaistnienia konfliktu interesów oraz zakazu konkurencji³⁶⁷.

W przypadku sprzeczności interesów spółki z interesami członka zarządu, jego współmałżonka, krewnych i powinowatych do drugiego stopnia oraz osób, z którymi jest powiązany osobiście, członek zarządu powinien ujawnić sprzeczność interesów i wstrzymać się od udziału w rozstrzyganiu takich spraw oraz może żądać zaznaczenia tego w protokole (art. 209, 300⁵⁵ § 1, 377 ksh). Treść przytoczonego przepisu wprost nawiązuje do obowiązku działania w najlepszym interesie spółki. Z przyczyn oczywistych niemożliwe jest działanie w najlepszym interesie spółki przy jednoczesnym realizowaniu partykularnych interesów swoich lub osób bliskich. Jest to klasyczny przykład działania nielojalnego, wobec czego członek zarządu powinien ujawnić zaistnienie konfliktu i wycofać się od podejmowania decyzji w spornej sprawie.

Do zachowań nielojalnych względem spółki należy również zakwalifikować ujawnienie jej tajemnic w trakcie sprawowania funkcji członka zarządu. W ustaleniu definicji pojęcia tajemnicy pomocne mogą być przepisy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji³⁶⁸. Zgodnie z art. 11 ust. 2 wskazanej ustawy przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne

³⁶⁶ Można wręcz wskazać na obowiązek członka zarządu do pozostania „lojalnym względem interesu spółki”. Wymóg dochowania lojalności przy wykonywaniu obowiązków zarządczych podkreśla rolę, jaką pełni zaufanie w powierniczej relacji członkostwa w zarządzie. Szerzej na temat charakteru prawnego obowiązku dochowania lojalności w dalszej części rozdziału.

³⁶⁷ Konkretyzacja obowiązku lojalności w poszczególnych przepisach kodeksu spółek handlowych dodatkowo podkreśla jego niesamoistość.

³⁶⁸ Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022 r., poz. 1233).

dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. Należy jednak mieć na względzie, że przydanie informacjom przymiotu tajemnic spółki nie jest zależne wyłącznie od woli ich nieujawniania, ale przede wszystkim od pojęcia interesu spółki³⁶⁹. Ujawnienie poufnych informacji spółki podczas pełnienia funkcji w jej organie jest niezgodne z obowiązkiem działania w interesie spółki. Obowiązek zachowania poufności przez członka zarządu należy zatem wywieść z samej relacji łączącej go ze spółką - stosunku podstawowego. Nie jest w tym wypadku konieczne zawieranie dodatkowych umów o zachowaniu poufności.

Inaczej wygląda kwestia zachowania w tajemnicy informacji spółki po wygaśnięciu mandatu członka organu. Dotychczas materia ta nie była przedmiotem regulacji kodeksu spółek handlowych. Zakaz ujawniania tajemnic spółki po wygaśnięciu mandatu został uregulowany w wyniku reformy prawa handlowego w latach 2019-2022 w odniesieniu do wszystkich spółek kapitałowych. Regulacja ta jednak wykracza poza ramy niniejszego opracowania.

Postępowaniem niełojalnym względem spółki jest także zajmowanie się przez członka zarządu interesami konkurencyjnymi, na które spółka nie wyraziła zgody (art. 211, 300⁵⁵ § 3, 380 ksh). Należy zatem przyjąć, że w przypadku uzyskania zgody spółki, działalność konkurencyjna jest działalnością lojalną. Lojalność wynika wówczas z faktu, że spółka ma świadomość takiej działalności przez członka zarządu i jednocześnie godzi się na nią, wskazując przy tym, że takie działanie nie narusza jej interesów. W doktrynie przyjmuje się, że „interesy konkurencyjne” należy rozumieć szeroko jako wszelkie wsparcie działalności związanej z działalnością spółki³⁷⁰. Warto w tym miejscu podkreślić, że regulacje odnośnie do zakazów konkurencji są aktualnie powszechnie stosowane w obrocie. Przedsiębiorcy, w szczególności spółki kapitałowe, niezwykle precyzyjnie podchodzą do wskazywania granic działalności konkurencyjnej, tym samym wypełniając treścią obowiązek dochowania lojalności.

³⁶⁹ W. Sawicz, Obowiązek lojalności członka rady nadzorczej wobec spółki akcyjnej w warunkach wrogiego jej przejęcia, 2013, s. 257, [dostęp: <https://repozytorium.amu.edu.pl/server/api/core/bitstreams/4af6a1ae-37ec-40d3-853c-884f10d0ef39/content>] - rozprawa doktorska napisana pod kierunkiem Prof. UAM dr. hab. Andrzeja Janiaka, Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu 2013.

³⁷⁰ Z. Niedbała, Regulacja prawna zakazu zajmowania się interesami konkurencyjnymi, Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny 1996/3, [dostęp: <https://repozytorium.amu.edu.pl/server/api/core/bitstreams/3a72faaa-dc10-489b-b6c5-5f0155397b22/content>].

Szczególnym przypadkiem naruszenia obowiązku dochowania lojalności względem spółki jest wykorzystanie szans przynależnych spółce (ang. *corporate opportunity*). Członek zarządu w związku z pełnioną funkcją w organie spółki może wejść w posiadanie informacji, których wykorzystanie byłoby korzystne dla spółki. Może wówczas ulec pokusie zatajenia tych informacji przed spółką lub wykorzystania ich we własnym interesie, zamiast w interesie spółki. Jest to niewątpliwie przypadek naruszenia lojalności względem spółki, jednak w zależności od konkretnej sytuacji może być to naruszenie zakazu konkurencji lub zakazu ujawniania poufnych informacji spółki³⁷¹. Z jednej strony, jeśli członek zarządu wykorzysta informację pozyskaną w związku z pełnioną funkcją w organie spółki, ujawniając ją, skorzysta z informacji „przynależnej” spółce. Z drugiej zaś strony, członek zarządu, wchodząc w posiadanie pewnej szansy „przynależnej” spółce, może naruszyć zakaz konkurencji, wykorzystując ową szansę w swojej działalności czy działalności bliskich³⁷².

3.1.2. Staranność wynikająca z zawodowego charakteru działalności

Pojęcie należytej staranności zostało zdefiniowane w kodeksie cywilnym. Zgodnie z art. 355 § 1 kc, dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Paragraf drugi stanowi ponadto, że należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Regulacja odnośnie do należytej staranności w kodeksie cywilnym stanowi regulację ogólną względem przepisów odnoszących się do staranności wynikającej z zawodowego charakteru działalności w kodeksie spółek handlowych. Artykuł 355 kc stanowi jedynie o staranności ogólnie wymaganej oraz staranności w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej. Nie reguluje zaś staranności członków zarządu spółki kapitałowej.

W kodeksie spółek handlowych wymóg dołożenia zawodowej staranności **przy wykonywaniu obowiązków zarządczych** przez piastuna organu spółki kapitałowej został wysłowny w art. 209¹ § 1, 300⁵⁴ oraz 377¹ § 1 ksh. Treść wymienionych przepisów jasno wskazuje, że dołożenie staranności wynikającej z zawodowego

³⁷¹ S. Sołtysiński, [w:] S. Sołtysiński, A. Szajkowski, J. Szwaja, Kodeks handlowy. Komentarz, t. I, Warszawa 1994, s. 61, 62.

³⁷² Szerzej na temat szans przynależnych spółce: D. Opalska, Obowiązek lojalności ..., s. 136 i nast.

charakteru działalności należy odnieść do obowiązków menedżerskich³⁷³. Należyta staranność powinna być analizowana w kontekście należytego wykonywania mandatu³⁷⁴. Staranność zawodową należy przy tym odnieść nie tylko do obowiązków ustawowych, ale również do obowiązków wynikających z aktów wewnętrznych spółki oraz celu stosunku członkostwa w zarządzie³⁷⁵. Nie można oceniać dołożenia zawodowej staranności w oderwaniu od interesu spółki³⁷⁶.

Z obowiązkiem dochowania przez członka zarządu staranności wynikającej z zawodowego charakteru działalności ściśle związany jest standard postępowania menedżera - standard zawodowej staranności. Z art. 209¹ § 1, 300⁵⁴ oraz 377¹ § 1 ksh można wywieść miernik wymaganej staranności³⁷⁷. Zgodnie z nim menedżer ma postępować starannie, w stopniu odpowiadającym staranności zawodowej. Nie chodzi o to, by od członka organu wymagać „staranności nadzwyczajnej”³⁷⁸. Istotne jest, by staranność odpowiadała okolicznościom konkretnego przypadku³⁷⁹. Członek zarządu powinien znać procesy organizacyjne zachodzące w spółce, jej sytuację finansową, obowiązujące przepisy prawa oraz normy z nich wynikające³⁸⁰.

Relacje korporacyjne i przyjęte w spółce *corporate governance* ulegają zmianom wraz z rozwojem organizacji oraz warunków rynkowych, dlatego również wzorzec profesjonalnej, zawodowej staranności jest zmienny³⁸¹. Poziom wymaganej zawodowej

³⁷³ Szerzej na temat wymogu dołożenia zawodowej staranności oraz wpływie jej niedołożenia na ponoszenie odpowiedzialności odszkodowawczej w dalszej części rozdziału.

³⁷⁴ P. Pinior, Komentarz do art. 209¹ ksh, [w:] P. Pinior, J.A. Strzępka (red.), Kodeks spółek handlowych. Komentarz, Warszawa 2024, Legalis, nb. 2.

³⁷⁵ Zgodnie z Dobrymi Praktykami 2021 zarząd ma wykonywać swoje obowiązki w sposób efektywny, zatem

³⁷⁶ R. Stefanicki, Koncepcja interesu spółki ..., s. 147.

³⁷⁷ Por. P. Słup, Odpowiedzialność cywilna członków organów wobec prostej spółki akcyjnej (cz. I), Przegląd Prawa Handlowego 2023/2, s. 28. R. Pabis, Komentarz do art. 293 ksh, [w:] J. Bieniak, M. Bieniak, G. Nita-Jagielski, K. Oplustil, R. Pabis, A. Rachwał, M. Spyra, G. Suliński, M. Tafel, M. Wawer, R. Zawłocki, Kodeks spółek ...; L. Modzelewska, Komentarz do art. 300¹²⁵ ksh, [w:] Z. Jara (red.), Kodeks spółek handlowych. Komentarz, Warszawa 2024, s. 1596.

³⁷⁸ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 29 stycznia 2002 r. K 19/01, Legalis nr 52829. Zob. również M. Rodzyńkiewicz, Kodeks spółek handlowych. Komentarz, Warszawa 2012, s. 553; podobnie R. Stefanicki, Model staranności członków zarządu spółki kapitałowej w świetle współczesnych wyzwań, [w:] J. Frąckowiak (red. naukowa), Kodeks spółek handlowych ..., s. 698.

³⁷⁹ R. Stefanicki, Obowiązek lojalności ..., s. 25 i przywołana tam literatura; zob. również wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 25 października 2017 r. I ACa 418/17, Legalis nr 1732997.

³⁸⁰ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 19 kwietnia 2018 r., I AGa 63/18, Legalis nr 1820090; wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z 26 kwietnia 2019 r., I AGa 4/19, Legalis nr 2180790.

³⁸¹ Szerzej na ten temat zob. np. Ł. Boberek, Granice odpowiedzialności menedżera za odporność przedsiębiorstwa na kryzys, czyli o skutkach nieugruntowanych w orzecznictwie kryteriów prawnych, będących podstawą ustalania adekwatnej awersji menedżera do ryzyka, Studia i Prace Kolegium Zarządzania i Finansów. Szkoła Główna Handlowa 2016/150, s. 185-206. Zob. także R. Stefanicki, Koncepcja interesu spółki ..., s. 149.

staranności członka zarządu 20 lat temu był inny niż obecnie³⁸². Liczba nowych regulacji prawnych, w szczególności wdrażających do polskiego porządku prawnego przepisy unijne sprawia, że standard zawodowej staranności jest coraz bardziej surowy. Z tego względu uzasadnione jest pozostawienie możliwości dokonania interpretacji obowiązku dołożenia staranności - wymaganego jej poziomu - w zależności od okoliczności konkretnego przypadku ³⁸³. Wyznaczenie katalogu zachowań starannych oraz niestarannych jest niemożliwe oraz niecelowe. Posłużenie się przez ustawodawcę odniesieniem do staranności wynikającej z zawodowego charakteru działalności członka zarządu umożliwia elastyczne i dynamiczne podejście do starannego zarządzania spółką.

Treść art. 209¹ § 1, 300⁵⁴ oraz 377¹ § 1 ksh uzasadnia wniosek, iż dołożenie staranności stanowi jeden z obowiązków powierniczych nałożonych na członka zarządu spółki kapitałowej. Normatywne ukształtowanie granic tego obowiązku (miernika staranności) - do granic zawodowej staranności - precyzuje, że nie chodzi o obowiązek dołożenia jakiegokolwiek staranności, lecz o dołożenie staranności zawodowej.

Szczególną uwagę należy zwrócić również na uzależnienie oceny dołożenia zawodowej staranności, jako obowiązku wynikającego z istoty stosunku członkostwa w zarządzie, od działania w interesie spółki. Niedołożenie zawodowej staranności, podobnie jak niedochowanie lojalności, wykracza poza przedmiot stosunku członkostwa w zarządzie.

4. Charakter odpowiedzialności

Odpowiedzialność należy postrzegać w oderwaniu od podstawowego stosunku prawnego - stosunku członkostwa w spółce³⁸⁴. Niemniej, konieczne jest podkreślenie, że odpowiedzialność jest z tym stosunkiem ściśle związana, stanowiąc konsekwencję niewykonania lub nienależytego wykonania obowiązków kształtujących treść stosunku członkostwa w zarządzie spółki.

Określenie charakteru odpowiedzialności członka zarządu spółki kapitałowej, o której mowa w art. 293 § 1, 300¹²⁵ § 1 oraz 483 § 1 ksh wymaga poczynienia pewnych uwag wstępnych odnoszących się do odpowiedzialności jako takiej. Dopiero w oparciu

³⁸² Podobnie R. Stefanicki, Model staranności ..., s. 699.

³⁸³ R. Stefanicki, Należyta staranność ..., s. 177; postanowienie Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z 29 lutego 2024 r., I CSK 933/23, LEX nr 3704208.

³⁸⁴ J. Frąckowiak, Odpowiedzialność za zobowiązania spółki przed jej wpisem do rejestru, [w:] M. Pyziak-Szafnicka (red.), Odpowiedzialność ..., s. 499.

o elementarne ustalenia w zakresie struktury odpowiedzialności cywilnej jako rodzaju odpowiedzialności prawnej możliwe będzie scharakteryzowanie istoty odpowiedzialności członka zarządu względem spółki.

Pomimo powszechności używania terminu „odpowiedzialność” zarówno w języku prawnym, jak i prawniczym, ustawodawca nie sformułował definicji legalnej tego pojęcia, która charakteryzowałaby się dostatecznym poziomem ogólności³⁸⁵. Można wskazać, że odpowiedzialność odnosi się do „ponoszenia przez podmiot przewidzianych prawem ujemnych konsekwencji za zdarzenia lub stany rzeczy podlegające ujemnej kwalifikacji normatywnej i przypisywane prawnie określonemu podmiotowi w danym porządku prawnym”³⁸⁶.

Z perspektywy niniejszych rozważań, wobec cywilnoprawnego charakteru członkostwa w zarządzie spółki, na uwagę zasługuje odpowiedzialność prawna, w szczególności odpowiedzialność cywilna. Źródłem odpowiedzialności cywilnej są przepisy prawa cywilnego³⁸⁷. Jedną z jej postaci jest odpowiedzialność odszkodowawcza, w ramach której występuje: 1) odpowiedzialność kontraktowa (łac. *ex contractu*) oraz 2) odpowiedzialność deliktowa (łac. *ex delicto*)³⁸⁸. Odpowiedzialność kontraktowa jest odpowiedzialnością za szkodę wyrządzoną niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem świadczenia dłużnego, zaś odpowiedzialność deliktowa wynika ze szkody wyrządzonej czynem niedozwolonym³⁸⁹.

W ramach zasad ponoszenia odpowiedzialności odszkodowawczej wyróżnia się zasadę winy, zasadę bezprawności³⁹⁰, zasadę ryzyka, zasadę odpowiedzialności absolutnej oraz zasadę słuszności³⁹¹. Ze względu na analizowaną problematykę na uwagę zasługuje zasada winy³⁹². Zasada winy sprowadza się do ujemnej oceny nastawienia

³⁸⁵ B. Czech, „Wina” czy „odpowiedzialność” za rozkład pożycia małżeńskiego? Uwagi do projektu kodeksu rodzinnego, Przegląd Sądowy 2019/7–8, s. 31.

³⁸⁶ W. Lang, Struktura odpowiedzialności prawnej, Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu. Nauki Humanistyczno-Społeczne 1968, z. 8/31, s. 12.

³⁸⁷ Odnosi się ona do sytuacji, w której zobowiązanie jest zagrożone sankcją cywilną. Zob. A. Stelmachowski, Wstęp do teorii prawa cywilnego, Warszawa 1984, s. 308.

³⁸⁸ W. Czachórski, Zarys prawa zobowiązań - Część ogólna, Warszawa 1962, s. 49; R. Longchamps de Berier, Polskie prawo cywilne. Zobowiązania, Lwów 1938, s. 230.

³⁸⁹ W. Czachórski, Zarys prawa ..., s. 224, 294-297.

³⁹⁰ Poglądy w zakresie tego, czy bezprawność należy ujmować jako odrębną zasadę ponoszenia odpowiedzialności, czy jako element zasady ryzyka są podzielone. Zob. np. H. Ciepla, J. Skibińska-Adamowicz, Status prawny komornika i podstawy jego odpowiedzialności odszkodowawczej po uchyleniu art. 769 k.p.c., Przegląd Prawa Egzekucyjnego 2006/4–6, s. 19–20; uchwała Sądu Najwyższego z dnia 13 października 2004 r., III CZP 54/04, Legalis nr 65403; E. Bagińska, Odpowiedzialność odszkodowawcza za wykonywanie władzy publicznej, Warszawa 2006, s. 216–224.

³⁹¹ M. Kaliński, Szkoda na mieniu i jej naprawienie, Warszawa 2021, s. 91 i nast.

³⁹² B. Czech, „Wina” czy „odpowiedzialność” ..., s. 34 i przywołana tam literatura.

sprawcy do popełnionego czynu³⁹³. Ponoszenie odpowiedzialności na zasadzie winy, oprócz funkcji represyjnej, pełni również funkcję zapobiegającą powstawaniu szkód, motywując podmioty jej podlegające do starannego działania³⁹⁴.

Omawiana odpowiedzialność członka zarządu w spółce kapitałowej jest w doktrynie i judykaturze uznawana za odpowiedzialność o charakterze kontraktowym³⁹⁵ lub quasi-kontraktowym³⁹⁶. Odmienny pogląd w tym względzie przyjęli T. Siemiątkowski oraz T. Szczurowski, wskazując, iż trudno jest jednoznacznie zakwalifikować odpowiedzialność menedżerów, bowiem wskazuje ona zarówno cechy odpowiedzialności kontraktowej, jak i deliktowej³⁹⁷. Za odpowiedzialnością deliktową opowiedział się R. Szczesny, argumentując, że stosunek łączący członka organu ze spółką ma charakter nieobligacyjny³⁹⁸. Na uwagę zasługuje także stanowisko A. Kocha, który konstatawał, że samodzielne uregulowanie odpowiedzialności odszkodowawczej w art. 293 § 1, 300¹²⁵ § 1 i 483 § 1 ksh sprawia, że przesądzenie o jej naturze nie ma istotnego znaczenia³⁹⁹.

Odpowiedzialność kontraktowa to taka odpowiedzialność, której źródłem jest naruszenie stosunku prawnego łączącego określone podmioty, wyznaczającego obowiązki pomiędzy tymi podmiotami. Innymi słowy, więź pomiędzy podmiotami relacji istnieje apriorycznie względem ewentualnej szkody. Warto podkreślić, że wystarczające jest, aby obowiązek był nałożony na jeden z podmiotów stosunku prawnego. Odpowiedzialności kontraktowej nie należy łączyć wyłącznie z zobowiązaniem polegającym na żądaniu od dłużnika świadczenia przez wierzyciela⁴⁰⁰.

O charakterze odpowiedzialności z art. 293 § 1, 300¹²⁵ § 1 i 483 § 1 ksh przesądza istniejąca apriorycznie więź zobowiązaniowa wynikająca z członkostwa w zarządzie

³⁹³ W. Lang, *Struktura odpowiedzialności ...*, s. 11.

³⁹⁴ W. Warkalło, *Odpowiedzialność odszkodowawcza: funkcje, rodzaje, granice*, Warszawa 1972, s. 211.

³⁹⁵ W. Popiołek, *Komentarz do art. 483 ksh*, [w:] J.A. Strzępka (red.), *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 1183; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24 września 2008 r., II CSK 118/08, *Legalis* nr 114125; K. Bilewska, *Odpowiedzialność odszkodowawcza ...*, s. 1071–1072; postanowienie Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z 29 lutego 2024 r., I CSK 933/23, *LEX* nr 3704208.

³⁹⁶ K. Bilewska, *Dochodzenie roszczeń spółki kapitałowej przez jej wspólników (actio pro socio)*, Warszawa 2008, s. 142; T. Siemiątkowski, *Odpowiedzialność cywilnoprawna w spółkach kapitałowych*, Warszawa 2007, s. 180; L. Modzelewska, *Komentarz ...*, s. 1596.

³⁹⁷ T. Siemiątkowski, T. Szczurowski, *Odpowiedzialność wobec spółki oraz wspólników (akcjonariuszy) z tytułu nienależytego sprawowania mandatu członka organu*, [w:] S. Sołtysiński (red.), *Prawo spółek kapitałowych. System Prawa Prywatnego*, t. 17A, wyd. 2, Warszawa 2015, s. 707.

³⁹⁸ R. Szczesny, *Zarząd w spółkach kapitałowych*, Kraków 2004, s. 412.

³⁹⁹ A. Koch, *Zasady i przesłanki odpowiedzialności ...*, s. 539; podobnie K. Oplustil, *Instrumenty ...*, s. 758.

⁴⁰⁰ A. Koch, *Zasady i przesłanki odpowiedzialności ...*, s. 540.

spółki⁴⁰¹. Tak scharakteryzowana odpowiedzialność członka zarządu za szkodę wyrządzoną spółce kapitałowej wpisuje się w reżim odpowiedzialności kontraktowej⁴⁰². Wynikiem powołania członka zarządu do pełnienia funkcji zarządczej w organie spółki jest powstanie po jego stronie kompetencji i obowiązku do reprezentacji i prowadzenia spraw spółki. Spółka może oczekiwać należytego wykonywania obowiązków przez członka organu. Treść tak opisanej relacji o charakterze zobowiązaniowym, jak już wielokrotnie wskazano, wyznaczają powszechnie obowiązujące przepisy prawa, wewnętrzne regulacje spółki oraz cel zobowiązania, tj. obowiązek działania w interesie spółki⁴⁰³. Członek zarządu będzie podlegał odpowiedzialności w przypadku postępowania niezgodnego z treścią stosunku członkostwa w zarządzie.

Z treści art. 293 § 1 ksh oraz analogicznie art. 300¹²⁵ § 1 i 483 § 1 ksh wynika także wprost, że: „członek zarządu (...) odpowiada wobec spółki za szkodę (...) chyba że nie ponosi winy”. Tym samym, odpowiedzialność menedżera jest odpowiedzialnością odszkodowawczą istniejącą z mocy prawa, opartą na zasadzie winy⁴⁰⁴.

Scharakteryzowanie odpowiedzialności członków zarządu względem spółki jako cywilnoprawnej odpowiedzialności odszkodowawczej mieszczącej się w reżimie odpowiedzialności kontraktowej opartej na zasadzie winy jest wprowadzeniem do omówienia jej przesłanek. Należy przy tym pamiętać, że art. 293 § 1, 300¹²⁵ § 1 i 483 § 1 ksh stanowią samodzielne podstawy odpowiedzialności menedżerów, zatem przepisy kodeksu cywilnego należy stosować odpowiednio jedynie w kwestiach nieuregulowanych w kodeksie spółek handlowych.

5. Przesłanki odpowiedzialności

Odpowiedzialność kontraktowa jest odpowiedzialnością za szkodę wyrządzoną niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem świadczenia dłużnego.

⁴⁰¹ Podobnie K. Bilewska, *Odpowiedzialność odszkodowawcza* ..., s. 1071.

⁴⁰² Zob. np. A. Koch, *Zasady i przesłanki odpowiedzialności* ..., s. 538-546; M. Michalski, A. Kidyba (red. naukowa), *Spółka akcyjna*, wyd. 3 ..., s. 668; W. Popiołek, ..., s. 1183; K. Kopaczyńska-Pieczniak, A. Kidyba (red.), *Spółka z ograniczoną* ..., s. 562; T. Siemiątkowski, *Odpowiedzialność cywilnoprawna* ..., s. 180; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24 września 2008 r., II CSK 118/08, Legalis nr 114125; K. Bilewska, *Odpowiedzialność odszkodowawcza* ..., s. 1071–1072 i przywołana tam literatura; K. Bilewska, *Dochodzenie* ..., s. 141-146; P. Błaszczuk, *Odpowiedzialność odszkodowawcza menedżerów spółek za zawieranie umów opcji walutowych*, *Prawo Spółek* 2009/6, s. 4; postanowienie Sądu Najwyższego z 29 lutego 2024 r., I CSK 933/23, LEX nr 3704208.

⁴⁰³ Jak już wskazano, działanie w interesie spółki wynika z treści stosunku zobowiązaniowego członkostwa w zarządzie i celu tej relacji.

⁴⁰⁴ Zob. np. K. Oplustil, *Instrumenty* ..., s. 757.

Jak już wskazano, do przesłanek odpowiedzialności odszkodowawczej⁴⁰⁵ należą: bezprawne postępowanie, szkoda, związek przyczynowy pomiędzy postępowaniem a szkodą oraz wina.

Przesłanki szkody oraz związku przyczynowego nie budzą większych wątpliwości interpretacyjnych. Z tego względu, poza ich uwzględnieniem dla zachowania porządku i spójności rozważań, nie jest konieczne dokonywanie szerszej analizy. Niemniej, głębsza refleksja jest niezbędna odnośnie do przesłanki bezprawności.

5.1. Szkoda oraz związek przyczynowy

Szkoda jest jedną z przesłanek poniesienia odpowiedzialności zgodnie z art. 293 § 1, 300¹²⁵ § 1 oraz 483 § 1 ksh⁴⁰⁶. Szkodą jest uszczerbek w dobrach poszkodowanego, polegający na różnicy między stanem tych dóbr powstałym wskutek zdarzenia szkodzącego a stanem, jaki by istniał, gdyby nie zaszło to zdarzenie⁴⁰⁷. Szkoda, o której mowa we wskazanych wyżej przepisach, jest szkodą majątkową, czyli uszczerbkiem w dobrach i interesach o wartości majątkowej, który daje się wyrazić w pieniądzu albo uszczerbkiem w dobrach niemajątkowych, który daje się wyrównać w sposób majątkowy⁴⁰⁸. Element szkody ma bezpośredni związek ze spółką, bowiem chodzi o uszczerbek, którego doznała spółka kompensowany w pełnej wysokości⁴⁰⁹. Spółka może ponieść stratę rozumianą jako pomniejszenie aktywów lub zwiększenie pasywów, ale może również utracić korzyści, które należy rozumieć jako wartość aktywów, które nie weszły do majątku spółki lub wartość pasywów, które nie zostały zmniejszone w wyniku zdarzenia szkodzącego⁴¹⁰. Do wyliczenia wysokości szkody stosuje się metodę dyferencjacji polegającą na porównaniu dwóch stanów majątku poszkodowanego (przed i po szkodzie), biorąc przy tym pod uwagę kryteria

⁴⁰⁵ Szerzej na temat odpowiedzialności odszkodowawczej zob. np. W. Warkało, Odpowiedzialność odszkodowawcza ..., s. 77 i nast.; M. Kaliński, Odpowiedzialność ..., s. 29 i nast.

⁴⁰⁶ W. Warkało, Odpowiedzialność odszkodowawcza ..., s. 124. Autor podkreśla, iż nie może być mowy o odszkodowaniu w przypadku braku szkody.

⁴⁰⁷ M. Kaliński, Szkoda ..., s. 172 i przywołana tam literatura.

⁴⁰⁸ T. Dybowski, Szkoda na mieniu i szkoda na osobie, [w:] Z. Radwański (red.), System prawa cywilnego, Prawo zobowiązań - część ogólna, cz. 1, Wrocław 1981, s. 227;

⁴⁰⁹ M. Michalski, Komentarz do art. 293, [w:] A. Kidyba (red.), Kodeks spółek handlowych. Tom II. Komentarz do art. 151-300, Warszawa 2018; W. Warkało, Odpowiedzialność odszkodowawcza ..., s. 97, 100, który, odnosi się do nałożenia na sprawcę ciężaru wyrządzonej szkody w postaci pełnego odszkodowania.

⁴¹⁰ J. Domagała, Komentarz do art. 300¹²⁵, [w:] R. Adamus, P. Malinowski (red.), Prosta spółka akcyjna. Komentarz, Warszawa 2021, LEX WKP 2021.

ekonomiczne⁴¹¹. Kodeks spółek handlowych nie reguluje kwestii związanych z wysokością szkody, wobec czego, na podstawie art. 2 ksh, zastosowanie znajduje art. 361 § 2 kc, wyrażający zasadę pełnego odszkodowania⁴¹². Każdy uszczerbek w prawnie chronionych dobrach spółki, zatem zarówno o charakterze majątkowym, jak i o charakterze niemajątkowym, stanowi podstawę odpowiedzialności odszkodowawczej. Menedżer ma przy tym obowiązek wyrównać spółce zarówno szkodę rzeczywiście poniesioną, jak i utracone korzyści (*damnum emergens* oraz *lucrum cessans*)⁴¹³.

Konieczną przesłanką odpowiedzialności odszkodowawczej członka zarządu jest również związek przyczynowy pomiędzy zdarzeniem a szkodą. Ogólną regulację odnoszącą się do związku przyczynowego zawiera art. 361 § 1 kc. Zgodnie z tym przepisem, zobowiązany do odszkodowania członek zarządu ponosi odpowiedzialność tylko za normalne następstwa działania lub zaniechania, z którego szkoda wynikła. Tym samym, nie ponosi on odpowiedzialności za nienormalne następstwa⁴¹⁴. Normalność jest również rozumiana jako adekwatność albo odpowiedniość i oznacza, że zdarzenie szkodzące musi ogólnie sprzyjać wystąpieniu szkody⁴¹⁵. Podkreślenia wymaga dwojaka rola związku przyczynowego. Z jednej strony jest on przesłanką odpowiedzialności odszkodowawczej. Z drugiej zaś strony wyznacza granice tej odpowiedzialności - wielkość odszkodowania⁴¹⁶. Granice wyznaczone przez normalne następstwa mogą zostać zmienione odpowiednimi przepisami prawa albo postanowieniami umowy (art. 361 § 2 kc).

Warto również wskazać, że badanie wystąpienia związku przyczynowego należy podzielić na dwa etapy. Po pierwsze, należy przeprowadzić test warunku koniecznego polegający na sprawdzeniu, czy między zdarzeniem a szkodą występuje relacja przyczyna-skutek. Po drugie, konieczne jest sprawdzenie, czy związek przyczynowy charakteryzuje się normalnością⁴¹⁷. Dopiero ustalenie adekwatnego związku przyczynowego pomiędzy postępowaniem członka zarządu a szkodą poniesioną

⁴¹¹ Z. Radwański, Zadośćuczynienie pieniężne za szkodę niemajątkową. Rozwój i funkcja społeczna, Poznań 1956, s. 168.

⁴¹² A. Szpunar, Odszkodowanie za szkodę majątkową. Szkoda na mieniu i osobie, Bydgoszcz 1998, s. 83; W. Warkalło, Odpowiedzialność odszkodowawcza ..., s. 123.

⁴¹³ A. Szajkowski, M. Tarska, Art. 483, [w:] S. Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja (red.), Kodeks spółek handlowych. Komentarz do artykułów 301-490, Warszawa 2013, s. 1916.

⁴¹⁴ B. Lewaszkiewicz-Petrykowska, Wyrządzenie szkody przez kilka osób, Warszawa 1978, s. 67.

⁴¹⁵ M. Kaliński, Szkoda ..., s. 383.

⁴¹⁶ A. Koch, Związek przyczynowy jako podstawa odpowiedzialności odszkodowawczej w prawie cywilnym, Warszawa 1975, s. 126-128.

⁴¹⁷ B. Lewaszkiewicz-Petrykowska, Wyrządzenie szkody ..., s. 66.

przez spółkę umożliwia badanie wypełnienia pozostałych przesłanek odpowiedzialności odszkodowawczej, tj. bezprawności oraz winy.

5.2. Bezprawność

Szczególnie istotną przesłanką odpowiedzialności odszkodowawczej jest bezprawność. Analiza przesłanki bezprawności na płaszczyźnie prawa korporacyjnego wymaga uprzedniego sięgnięcia do dorobku prawa cywilnego. Można w nim bowiem wyodrębnić dwa ujęcia bezprawności. Po pierwsze, bezprawność może być rozumiana szeroko, jako postępowanie naruszające przepisy prawa, jak również sprzeczne z zasadami współżycia społecznego⁴¹⁸. Po drugie, bezprawność w ujęciu wąskim może odnosić się wyłącznie do sprzeczności z przepisami prawa powszechnie obowiązującego⁴¹⁹.

Za wąskim ujęciem bezprawności opowiedział się w szczególności K. Pietrzykowski, wskazując, że przyjęcie, jakoby naruszenie zasad współżycia społecznego przesądzało o bezprawności byłoby możliwe jedynie, gdyby takie zastrzeżenie było poczynione w konkretnym przepisie prawa⁴²⁰. Słuszność aksjologicznego ujęcia bezprawności (szerokiego ujęcia) przyjęli zaś przede wszystkim: R. Longchamps de Berier⁴²¹, F. Zoll⁴²², J. Namitkiewicz⁴²³, Z. K. Nowakowski⁴²⁴, A. Szpunar⁴²⁵, P. Kardas⁴²⁶ oraz J. M. Kondek⁴²⁷.

W szerokim ujęciu bezprawność jest rozumiana w powiązaniu z art. 5 kc⁴²⁸, zgodnie z którym nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia

⁴¹⁸ Zob. np. W. Czachórski, A. Brzozowski, M. Safjan, E. Skowrońska-Bocian, *Zobowiązania. Zarys wykładu*, Warszawa 2009, s. 215; K. Patora, *Pojęcie „bezprawności” w różnych gałęziach prawa*, *Prokuratura i Prawo* 2018/10, s. 68; K. Kułak, *Stosunek członkostwa ...*, s. 291; K. Bilewska, *Odpowiedzialność odszkodowawcza ...*, s. 1071–1072; J.M. Kondek, *Bezprawność jako przesłanka odpowiedzialności odszkodowawczej*, Warszawa 2013, s. 44.

⁴¹⁹ K. Patora, *Pojęcie „bezprawności” ...*, s. 69; K. Kułak, *Stosunek członkostwa ...*, s. 291;

⁴²⁰ K. Pietrzykowski, *Bezprawność jako przesłanka odpowiedzialności deliktowej a zasady współżycia społecznego i dobre obyczaje*, [w:] M. Pyziak-Szafnicka (red.), *Odpowiedzialność ...*, s. 179.

⁴²¹ R. Longchamps de Bérrier, *Uzasadnienie projektu Kodeksu zobowiązań*, Warszawa 1934, s. 193.

⁴²² F. Zoll, *Zobowiązania*, Warszawa 1948, s. 132.

⁴²³ J. Namitkiewicz, *Komentarz do kodeksu zobowiązań*, Łódź 1949, s. 202.

⁴²⁴ Z.K. Nowakowski, *Wina jako podstawa odpowiedzialności za wyrządzoną szkodę*, *Przegląd Notarialny* 1950/1-2, s. 134-135.

⁴²⁵ A. Szpunar, *Czyny niedozwolone w kodeksie cywilnym*, *Studia cywilistyczne* 1970, t. XV, s. 51.

⁴²⁶ P. Kardas, *Wykładnia i stosowanie prawa w procesie opartym na Konstytucji*, Warszawa 2017, s. 378.

⁴²⁷ J.M. Kondek, *Bezprawność jako przesłanka ...*, s. 55.

⁴²⁸ K. Patora, *Pojęcie „bezprawności” ...*, s. 69.

społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony. Interpretacja przytoczonego przepisu prowadzi do wniosku, iż zasady współżycia społecznego - zasady słuszności - wyznaczają granice korzystania z prawa podmiotowego. Postępowanie sprzeczne z zasadami współżycia społecznego nie stanowi, w myśl art. 5 kc, wykonywania prawa.

Zasady współżycia społecznego ograniczają swobodę działania podmiotów prawa cywilnego wszędzie tam, gdzie normy prawa stanowionego pozostawiają luki prawne⁴²⁹. Przepisy prawne powinny uwzględniać i poddawać ochronie normy aksjologiczne. Zasady słuszności winny leżeć u podstaw regulacji prawnych, zwłaszcza u podstaw norm kształtujących zasady ponoszenia odpowiedzialności, które pełnią w systemie prawnym nie tylko funkcję represyjną, ale przede wszystkim prewencyjną⁴³⁰.

Wobec przeprowadzonej analizy pojęcia bezprawności należy opowiedzieć się za szerokim jej ujęciem, obejmującym zarówno sprzeczność z prawem, jak również sprzeczność z zasadami współżycia społecznego. Nawet jeśli miałyby one mieć aktualnie marginalne znaczenie przy ocenie wypełnienia przesłanek odpowiedzialności odszkodowawczej w konkretnych stanach faktycznych, nie należy ich zupełnie pomijać. Ocena zgodności postępowania z zasadami współżycia społecznego cechuje się większą elastycznością od oceny opartej wyłącznie na przepisach prawa stanowionego, przez co umożliwia dynamiczne podejście do zmiennej rzeczywistości i ochronę norm natury aksjologicznej.

Na przedmiotowej analizie nie można jednak poprzestać. Rozważania w zakresie ogólnego rozumienia przesłanki bezprawności w prawie cywilnym należy odnieść do specyfiki prawa korporacyjnego. Artykuły 293 § 1, 300¹²⁵ § 1 i 483 § 1 ksh *expressis verbis* nie stanowią o bezprawności. Zgodnie z treścią art. 293 § 1 oraz 483 § 1 ksh członek zarządu odpowiada wobec spółki za szkodę wyrządzoną działaniem lub zaniechaniem **sprzecznym z prawem, lub postanowieniami umowy spółki**. Artykuł 300¹²⁵ § 1 ksh statuuje zaś odpowiedzialność członka zarządu wobec spółki za szkodę wynikłą z **niewykonania lub nienależytego wykonania obowiązków**, w tym z niedołożenia należytej staranności wynikającej z zawodowego charakteru działalności lub niedochowania lojalności wobec spółki. Ustawodawca odniósł zatem przesłankę odpowiedzialności odszkodowawczej do działania lub zaniechania sprzecznego z prawem, lub postanowieniami umowy spółki/statutu (spółki z ograniczoną

⁴²⁹ Ibidem, s. 63.

⁴³⁰ M. Kaliński, Szkoła ..., s. 383.

odpowiedzialnością oraz akcyjna) oraz do niewykonania lub nienależytego wykonania obowiązków (prosta spółka akcyjna).

Rozumienie omawianej przesłanki odpowiedzialności odszkodowawczej na podstawie literalnego brzmienia przytoczonych przepisów, jako odbiegającej od tradycyjnego cywilistycznego ujęcia⁴³¹ jest jednak zbyt pochopne. Specyfika relacji menedżerskich nie odbiega istotnie od relacji zobowiązaniowych, do których wprost zastosowanie znajdują przepisy kodeksu cywilnego. Nie należy wobec tego w odniesieniu do stosunku członkostwa w organie spółki pomijać istotności zasad współżycia społecznego, które w kontekście prawa korporacyjnego należałoby trafniej ująć jako zasady słuszności. Owe zasady należy odczytywać w odniesieniu do więzi pomiędzy członkiem organu oraz spółką opartych na zaufaniu. Zasady słuszności znajdują wręcz swoje odzwierciedlenie w obowiązkach staranności oraz lojalności⁴³².

5.2.1. Działanie albo zaniechanie sprzeczne z prawem lub postanowieniami umowy spółki

Artykuły 293 § 1 oraz 483 § 1 ksh statuują odpowiedzialność odszkodowawczą członków zarządu względem spółek z o.o. oraz akcyjnej. Zgodnie z tymi przepisami członek zarządu odpowiada wobec spółki za szkodę wyrządzoną działaniem lub zaniechaniem sprzecznym z prawem, lub postanowieniami umowy spółki (statutu), chyba że nie ponosi winy. Jak już wspomniano, ustawodawca ukształtował przesłankę odpowiedzialności odszkodowawczej jako sprzeczność z prawem lub postanowieniami umowy spółki.

Nie budzi wątpliwości, że działaniem (zaniechaniem) implikującym poniesienie odpowiedzialności będzie takie postępowanie członka zarządu, które jest sprzeczne z przepisami powszechnie obowiązującego prawa, nie zaś wyłącznie z normami zawartymi w kodeksie spółek handlowych⁴³³. Oprócz sprzeczności z prawem, przesłankę odpowiedzialności stanowi również sprzeczność z postanowieniami umowy spółki.

⁴³¹ K. Kułak, Stosunek członkostwa ..., s. 291; K. Bilewska, Odpowiedzialność ..., s. 1070 i nast. Autorka argumentuje, że na gruncie art. 293 ksh (analogicznie zatem na gruncie art. 483 ksh) ustawodawca wprost odniósł się do sprzeczności z prawem z pominięciem zasad współżycia społecznego. Gdyby intencją ustawodawcy było ustanowienie odpowiedzialności za działanie (zaniechanie) bezprawne, wówczas posłużyłby się *expressis verbis* pojęciem bezprawności.

⁴³² Normatywne próby precyzowania regulacji prawnych zmierzające do wyeliminowania wątpliwości interpretacyjnych nie odbierają normom aksjologicznym ich ponadczasowej wartości.

⁴³³ Zob. np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24 lipca 2014 r., II CSK 627/13, Legalis nr 1162511.

W doktrynie i judykaturze wykształcił się pogląd, zgodnie z którym nie jest wystarczające stwierdzenie ogólnej sprzeczności z prawem czy postanowieniami umowy spółki (statutu), konieczne jest wskazanie konkretnych przepisów prawa lub umowy spółki (statutu), które są przedmiotem naruszenia⁴³⁴. Konkretność przepisu prawa należy przy tym rozumieć w kontekście skonkretyzowanej normy prawnej wyznaczającej ściśle określony obowiązek zarządczy, nie zaś jedynie obowiązek natury generalnej statuujący kompetencje do prowadzenia spraw spółki oraz jej reprezentacji. Pogląd ten został poddany krytyce w doktrynie. Wskazano, że kwalifikacja relacji łączącej piastuna organu ze spółką jako stosunku quasi-kontraktowego implikuje ponoszenie odpowiedzialności za naruszenie szeroko rozumianego stosunku łączącego członka zarządu ze spółką, a nie uzależnienie poniesienia odpowiedzialności od naruszenia konkretnego przepisu prawa⁴³⁵. W tym kontekście T. Szczurowski podkreślił, że skoro przepis wskazuje na „sprzeczność z prawem”, a nie na „sprzeczność z przepisem prawa”, wobec tego powód nie musi wskazywać skonkretyzowanej normy prawnej naruszonej przez członka zarządu⁴³⁶. Wystarczające jest w tym względzie, by za podstawę odpowiedzialności wskazać normę o charakterze ogólnym, tj. art. 201 albo 368 ksh.

Wątpliwości co do ogólnego albo konkretnego charakteru normy prawnej, której naruszenie stanowi podstawę sprzeczności z prawem lub postanowieniami umowy spółki, zapoczątkowały spór w przedmiocie rozumienia niedochowania należytej staranności. Zarówno doktryna, jak i judykatura próbowały odpowiedzieć na pytanie: czy niedołożenie należytej staranności wynikającej z zawodowego charakteru działalności członka zarządu stanowi samodzielną podstawę pociągnięcia go do odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną spółce? Innymi słowy, czy niedołożenie należytej staranności wynikającej z zawodowego charakteru działalności członka zarządu stanowi postępowanie sprzeczne z prawem lub postanowieniami umowy spółki.

Spór dotyczący właściwej kwalifikacji prawnej niedołożenia należytej staranności jako przesłanki winy albo bezprawności toczył się już na gruncie poprzedniego stanu prawnego - przed nowelizacją kodeksu spółek handlowych w latach

⁴³⁴ Zob. np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 lutego 2006 r., V CSK 128/05, Legalis nr 72648; P. Błaszczuk, Przesłanka bezprawności w ramach odpowiedzialności odszkodowawczej menedżerów spółek, Głosa do wyroku SN z dnia 9 lutego 2006 r. V CSK 128/05, Monitor Prawniczy 2012/1, s. 47; K. Bilewska, Dochodzenie roszczeń spółki ..., s. 161.

⁴³⁵ J. Jastrzębski, W sprawie odpowiedzialności ..., s. 15; A. Opalski, K. Oplustil, Jeszcze w sprawie ..., s. 26.

⁴³⁶ T. Szczurowski, Komentarz do art. 293 ksh, [w:] Z. Jara (red.), Kodeks spółek handlowych ..., s. 1302.

2019-2022. Warto zatem sięgnąć do dotychczasowego dorobku prawnego celem udzielenia odpowiedzi na pytanie, czy omawiane w doktrynie wątpliwości związane z kształtem regulacji prawnej odnośnie do odpowiedzialności członków zarządu spółek kapitałowych (z o.o. i akcyjnej) dalej są aktualne, czy reforma prawa korporacyjnego pozytywnie wpłynęła na przejrzystość przepisów i umożliwiła rozstrzygnięcie toczącego się sporu.

Uzasadnione jest podjęcie następujących kroków badawczych: 1) przeprowadzenie analizy treści przepisów regulujących odpowiedzialność członków zarządu za szkodę wyrządzoną spółce, tj. art. 293 § 1 oraz 483 § 1 ksh; 2) zbadanie wpływu treści uchylonych art. 293 § 2 oraz 483 § 2 ksh na reguły ponoszenia odpowiedzialności przez piastunów organu zarządczego spółki oraz 3) wykazanie, czy ukształtowanie art. 209¹ ksh oraz 377¹ ksh przesądziło właściwą kwalifikację niedochowania należytej staranności jako przesłanki winy albo sprzeczności z prawem lub postanowieniami umowy spółki (statutu). Analiza charakteru norm prawnych statuowanych w art. 293 § 1 w zw. z art. 209¹ ksh oraz w art. 483 § 1 w zw. z art. 377¹ ksh w kontekście podstaw prawnych odpowiedzialności pozwoli na przeprowadzenie dalszych rozważań w zakresie przesłanki niewykonania lub nienależytego wykonania obowiązków, o której mowa w art. 300¹²⁵ § 1 ksh.

5.2.1.1. Niedochowanie należytej staranności na gruncie art. 293 § 1 i § 2 ksh (art. 483 § 1 i § 2 ksh)

Jak już wskazano, przed nowelizacją kodeksu spółek handlowych nie było w doktrynie ani judykaturze wątpliwości co do tego, że wypełnieniem przesłanki działania lub zaniechania sprzecznego z prawem lub postanowieniami umowy spółki (statutu) było naruszenie przez członka zarządu przepisu powszechnie obowiązującego prawa lub postanowienia umowy spółki (statutu). Spór wykształcił się jednak w odniesieniu do kwalifikacji działania (zaniechania), które nie stanowiło ani naruszenia konkretnego przepisu prawa, ani postanowienia umowy spółki (statutu), a polegało jedynie na niestarym, niedbałym wykonaniu obowiązków zarządczych. Zgodnie z jednym ze stanowisk prezentowanych wówczas w doktrynie, niedołożenie należytej staranności nie stanowiło samo w sobie (bez jednoczesnego naruszenia konkretnej normy prawnej czy postanowienia umowy spółki/statutu) o sprzeczności z prawem lub postanowieniami umowy spółki (statutu) postępowania menedżera, lecz mogło stanowić

jedynie o jego zawinieniu⁴³⁷. Zgodnie zaś z odmiennym stanowiskiem niedołożenie należytej staranności - takiej, która wynika z zawodowego charakteru działalności piastuna organu zarządczego spółki - było uważane za wypełniające przesłankę sprzeczności z prawem lub postanowieniami umowy spółki (statutu)⁴³⁸.

Rozstrzygnięcie wskazanego problemu miało istotne znaczenie dla możliwości pociągnięcia członka zarządu do odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną spółce. Skoro do przesłanek odpowiedzialności zgodnie z art. 293 § 1 oraz 483 § 1 ksh należały działanie lub zaniechanie sprzeczne z prawem, lub postanowieniami umowy spółki (statutu), szkoda, związek przyczynowy pomiędzy dwoma pierwszymi komponentami oraz wina, wobec tego działanie zawinione, ale niesprzeczne z prawem lub postanowieniami umowy spółki, nie pociągało za sobą odpowiedzialności cywilnoprawnej za szkodę. Tym samym, niedołożenie należytej staranności przez menedżera, które było zawinione, ale nie było sprzeczne z prawem lub postanowieniami umowy spółki, nie stanowiło podstawy poniesienia odpowiedzialności odszkodowawczej. Podstawą odpowiedzialności odszkodowawczej było tylko postępowanie sprzeczne z prawem lub postanowieniami umowy spółki (statutu) i zawinione jednocześnie. Kolejność zaistnienia stanu sprzeczności oraz zawinienia nie była przy tym przypadkowa, bowiem tylko czyn sprzeczny z prawem lub postanowieniami umowy spółki (statutu) mógł być oceniany pod kątem zawinienia⁴³⁹. Z tego względu tak istotne było wskazanie, jakie postępowania mogą być kwalifikowane jako sprzeczne z prawem lub postanowieniami umowy spółki.

Spór w zakresie rozumienia sprzeczności z prawem lub postanowieniami umowy spółki na gruncie art. 293 § 1 w zw. z art. 293 § 2 ksh oraz art. 483 § 1 w zw. z art. 483 § 2 ksh był wynikiem braku jednolitości co do funkcji miernika staranności na płaszczyźnie cywilnoprawnej odpowiedzialności odszkodowawczej dłużnika⁴⁴⁰. Zgodnie z poglądem większościowym, brak należytej staranności dłużnika przy wykonywaniu

⁴³⁷ Zob. np. K. Bilewska, Bezprawność a niedochowanie należytej staranności w rozumieniu art. 293 k.s.h., *Palestra* 2007/3-4, s. 275; P. Błaszczyk, Przesłanka bezprawności ..., s. 47; P. Błaszczyk, Odpowiedzialność odszkodowawcza ..., s. 40; P. Błaszczyk, Koncepcja „biznesowej oceny sytuacji” na tle prawa polskiego (uwagi de lege lata i de lege ferenda), *Państwo i Prawo* 2012/3, s. 83; T. Siemiątkowski, Odpowiedzialność ..., s. 177-178; T. Siemiątkowski, T. Szczurowski, *Zasady odpowiedzialności cywilnoprawnej w spółkach kapitałowych*, [w:] S. Sołtysiński (red.), *Prawo spółek kapitałowych* ..., s. 708.

⁴³⁸ Zob. np. Z. Banaszczyk, P. Granecki, O istocie należytej staranności, *Palestra* 2002/7-8, s. 15-17; D. Buszmak, Działanie lub zaniechanie ..., s. 51; R. Stefanicki, Należyta staranność ..., s. 117; R. Stefanicki, Koncepcja interesu spółki ..., s. 148.

⁴³⁹ Z. Radwański, A. Olejniczak, *Zobowiązania: Część ogólna*, Warszawa 2008, s. 209.

⁴⁴⁰ A. Opalski, K. Oplustil, *Niedochowanie* ..., s. 14.

zobowiązania należy rozpatrywać w kategorii zawinienia⁴⁴¹. Zwolennicy tego poglądu wskazują, że dochowanie należytej staranności nie może być kwalifikowane jako element treści zobowiązania⁴⁴². Wyłączenie należytej staranności poza treść zobowiązania pociąga za sobą konieczność uprzedniego przesądzenia o bezprawności postępowania. Dopiero po ustaleniu bezprawności można badać naruszenie standardu wymaganej staranności. Cywilnoprawnym miernikiem wymaganej staranności jest art. 355 § 1 kc, zgodnie z którym dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Rozstrzygając kwestię winy, należy odnieść postępowanie dłużnika do modelu ukształtowanego przez art. 355 § 1 kc. Stwierdzenie postępowania odbiegającego od tego modelu będzie skutkowało przypisaniem winy⁴⁴³.

W myśl poglądu mniejszościowego, brak należytej staranności dłużnika przy wykonywaniu zobowiązania winien być kwalifikowany jako działanie bezprawne⁴⁴⁴. Bezprawność niedochowania należytej staranności ma wynikać z samego istnienia normy nakazującej staranne wykonanie zobowiązania, np. art. 355 § 1 kc stanowiącego najbardziej ogólną podstawę należytej staranności. Na gruncie tego poglądu przyjmuje się, że działanie (zaniechanie) sprzeczne z nakazem staranności jest bezprawne⁴⁴⁵. Jeżeli przyjąć, że dołożenie należytej staranności stanowi element treści zobowiązania, wówczas w konsekwencji należy również przyjąć, że niedołożenie należytej staranności powinno być rozpatrywane jako nienależyte wykonanie zobowiązania⁴⁴⁶. Podobne stanowisko zajął również J. Jastrzębski, który wskazał, za T. Pajorem, że „staranność sama dla siebie nie istnieje”⁴⁴⁷, wobec czego musi być ona odniesiona do treści stosunku obligacyjnego, konkretniej do postępowania wymaganego od dłużnika⁴⁴⁸. Autor ten wskazał, że niekiedy stosunek obligacyjny odnosi się jedynie do abstrakcyjnego wzorca postępowania, wówczas odstępstwo od wzorca stanowi

⁴⁴¹ Z. Radwański, A. Olejniczak, *Zobowiązania* ..., s. 318; M. Safjan, Art. 355, [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny. Tom I. Komentarz. Art. 1-449*¹⁰, Warszawa 2018, s. 1138; J. Jastrzębski, O umownych modyfikacjach podstawy odpowiedzialności odszkodowawczej dłużnika, *Kwartalnik Prawa Prywatnego* 2007/3, s. 807-808.

⁴⁴² M. Safjan, Art. 355 ..., s. 1138.

⁴⁴³ M. Gutowski, Art. 355, [w:] M. Gutowski (red.), *Kodeks cywilny. Tom II. Komentarz. Art. 353-626*, Warszawa 2022, s. 54-55.

⁴⁴⁴ Zob. np. Z. Banaszczyk, P. Granecki, O istocie ..., s. 15-18; M. Krajewski, Niezachowanie należytej staranności – problem bezprawności czy winy?, *Państwo i Prawo* 1997/10, s. 41.

⁴⁴⁵ M. Krajewski, Niezachowanie należytej staranności ..., s. 32.

⁴⁴⁶ A. Opalski, K. Oplustil, *Niedochowanie* ..., s. 15.

⁴⁴⁷ T. Pajor, *Odpowiedzialność dłużnika za niewykonanie zobowiązania*, Warszawa 1982, s. 84.

⁴⁴⁸ J. Jastrzębski, *W sprawie odpowiedzialności* ..., s. 17.

naruszenie zobowiązania. Według niego, takie odstępstwo nie powinno być rozpatrywane w kategorii należytej staranności, a należytego wykonania zobowiązania opisanego jako *open ended contract*. Autor trafnie wskazał, że wykonanie zobowiązania niezgodne z jego treścią należy odróżnić od braku należytej staranności, która może stanowić przyczynę nienależytego wykonania⁴⁴⁹. Na poparcie swojej koncepcji J. Jastrzębski wskazał regulację art. 354 § 1 kc (należyte wykonanie zobowiązania) oraz 355 kc (należyta staranność), których kształt, jego zdaniem, potwierdza rozdzielenie należytego wykonania zobowiązania od należytej staranności. Analogicznie odwołał się do treści art. 471 kc (niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania) i art. 472 kc (niezachowanie należytej staranności), które także uwypuklają odmiennność należytego wykonania i należytej staranności.

Zarysowany problem braku jednolitości co do funkcji miernika staranności na płaszczyźnie cywilnoprawnej odpowiedzialności odszkodowawczej dłużnika stanowił niejako wstęp do analizy braku należytej staranności jako przesłanki odpowiedzialności odszkodowawczej na gruncie kodeksu spółek handlowych. Można wskazać dwa główne poglądy w zakresie kwalifikacji niedochowania należytej staranności jako przesłanki odpowiedzialności odszkodowawczej członka zarządu spółki⁴⁵⁰. Powyższa teza stanowi pewnego rodzaju uproszczenie, bowiem nie jest tak, że przedstawiciele doktryny i judykatury wprost opowiadali się za jednym czy drugim poglądem. Sytuacja jest nieco bardziej złożona, bowiem nawet stanowiska opowiadające się za jednym z poglądów różniły się między sobą i odnosiły do różnych płaszczyzn sporu. Niemniej, w najbardziej ogólny sposób spór co do kwalifikacji niedochowania należytej staranności jako przesłanki odpowiedzialności cywilnoprawnej członków zarządu można odnieść do kwalifikacji niedołożenia należytej staranności jako przesłanki winy albo jako przesłanki sprzeczności z prawem lub postanowieniami umowy spółki⁴⁵¹. Rozstrzygnięcie o sprzeczności z prawem lub postanowieniami umowy spółki albo o winie było fragmentem szerszej perspektywy. Podzielenie stanowiska, iż niedołożenie należytej staranności odnosiło się do sprzeczności z prawem lub postanowieniami umowy spółki, pozostawiało otwartym pytanie, jak wykazać zawinienie. Analogicznie, przyjęcie, że niedołożenie należytej staranności odnosiło się do zawinienia, inicjowało pytanie, jak

⁴⁴⁹ Ibidem, s. 18 i przywołana tam literatura.

⁴⁵⁰ Zgodnie z pierwszym poglądem, niedochowanie należytej staranności jest przesłanką winy. Zgodnie zaś z drugim, niedochowanie należytej staranności jest przesłanką sprzeczności z prawem lub postanowieniami umowy spółki. Zob. np. K. Oplustil, *Instrumenty ...*, s. 761.

⁴⁵¹ K. Oplustil, *Instrumenty ...*, s. 761.

wypełnić zatem przesłankę sprzeczności z prawem lub postanowieniami umowy spółki, by móc pociągnąć piastuna organu do odpowiedzialności. Odpowiedź na te pytania pozwala na rozstrzygnięcie kwestii fundamentalnej, a mianowicie stwierdzenie, czy odpowiedzialność członków zarządu na gruncie dotychczasowego stanu prawnego była nazbyt rygorystyczna i wymagała załagodzenia, czy wręcz przeciwnie, odpowiedzialność ta była niezwykle łagodna i konieczne było jej urealnienie do potrzeb funkcjonowania spółki w przestrzeni gospodarczej.

Jak już wskazano, dominującym zarówno w doktrynie jak i w judykaturze, był pogląd, zgodnie z którym samo niedochowanie staranności przez członka zarządu, bez jednoczesnego naruszenia konkretnego przepisu prawa lub postanowienia umowy spółki/statutu, nie mogło stanowić podstawy odpowiedzialności odszkodowawczej na rzecz spółki, gdyż wypełniało jedynie przesłankę zawinienia, a nie sprzeczności z prawem lub postanowieniami umowy spółki⁴⁵². Zgodnie natomiast z poglądem mniejszościowym, członkowi zarządu można było przypisać odpowiedzialność za szkodę wyrządzoną spółce już za samo naruszenie należytej staranności, ponieważ wypełniało ono przesłankę sprzeczności z prawem lub postanowieniami umowy spółki⁴⁵³.

Odnosząc się do pierwszego z wymienionych poglądów, wskazywano, że ustawodawca wyraźnie określił w art. 293 § 1 oraz 483 § 1 ksh podstawy sprzeczności z prawem lub postanowieniami umowy spółki, do których należały działanie (zaniechanie) sprzeczne z prawem lub działanie (zaniechanie) sprzeczne z postanowieniami umowy spółki (statutu). W treści wskazanych przepisów ustawodawca nie przewidział jako podstawy sprzeczności z prawem lub postanowieniami umowy spółki naruszenia miernika staranności. Co więcej, by orzec o sprzeczności z prawem lub postanowieniami umowy spółki, konieczne było wskazanie konkretnego przepisu prawa lub postanowienia umowy spółki (statutu), które zostały naruszone przez piastuna organu⁴⁵⁴.

⁴⁵² Zob. np. K. Bilewska, *Bezprawność a niedochowanie ...*, s. 275; P. Błaszczuk, *Odpowiedzialność odszkodowawcza ...*, s. 40; T. Siemiątkowski, *Odpowiedzialność ...*, s. 177-178; T. Siemiątkowski, T. Szczurowski, *Zasady odpowiedzialności ...*, s. 708; A. Kidyba, *Kodeks spółek handlowych*, t. II. Komentarz do art. 1-300, Warszawa 2019, s. 1050.

⁴⁵³ K. Oplustil, *Instrumenty ...*, s. 763; D. Buszmał, *Działanie lub zaniechanie ...*, s. 51; R. Stefanicki, *Należyta staranność ...*, s. 117; J. Jastrzębski, *W sprawie odpowiedzialności ...*, s. 1; M. Romanowski, *Spółka nie jest domkiem z bajki Fredry*, *Rzeczpospolita* 2012/ 9, s. 7.

⁴⁵⁴ Zob. np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 lutego 2006 r. V CSK 128/05, *Legalis* nr 72648.

W tym miejscu warto zaznaczyć, że podstawy sprzeczności z prawem lub postanowieniami umowy spółki w kodeksie handlowym⁴⁵⁵ były ukształtowane nieco inaczej - bardziej klarownie. Artykuł 292 § 1 kh stanowił, że członek władz spółki odpowiada wobec spółki za szkodę wyrządzoną przez działalność sprzeczną z prawem lub postanowieniami umowy spółki. Zgodnie natomiast z art. 292 § 2 kh, członek władz spółki odpowiadał wobec spółki za szkodę spowodowaną brakiem staranności sumiennego kupca. W kodeksie handlowym nie było zatem wątpliwości, że brak dołożenia staranności sumiennego kupca stanowił podstawę sprzeczności postępowania z prawem lub postanowieniami umowy spółki.

Wobec deregulacji odpowiedzialności za szkodę spowodowaną brakiem staranności sumiennego kupca, zwolennicy pierwszego poglądu argumentowali, że na gruncie kodeksu spółek handlowych, niedołożenie należytej staranności nie wypełniało przesłanki sprzeczności z prawem lub postanowieniami umowy spółki⁴⁵⁶. Zwolennicy poglądu przeciwnego (jakoby niedołożenie staranności przesądzało o sprzeczności z prawem lub postanowieniami umowy spółki) odwoływali się natomiast do uzasadnienia do projektu kodeksu spółek handlowych, w którym wskazano, że „projekt zachowuje co do istoty dotychczasowe zasady odpowiedzialności cywilnoprawnej uczestników spółki oraz członków organów spółki i likwidatorów”, wobec czego niedochowanie należytej staranności dalej należało uznawać za sprzeczne z prawem lub postanowieniami umowy spółki⁴⁵⁷.

W kwestii właściwej kwalifikacji niedołożenia należytej staranności wielokrotnie wypowiadały się sądy. W orzeczeniu z dnia 9 lutego 2006 r. Sąd Najwyższy stanął na stanowisku, zgodnie z którym miernik staranności uregulowany w art. 293 § 2 ksh wypełniał kryterium winy. Wykazanie postępowania niestaranego nie stanowiło zatem podstawy odpowiedzialności, bowiem konieczne było ustalenie sprzeczności z prawem lub postanowieniami umowy spółki⁴⁵⁸. Sąd Apelacyjny w Warszawie podzielił pogląd Sądu Najwyższego, zgodnie z którym samo naruszenie art. 293 § 2 ksh nie stanowiło działania lub zaniechania sprzecznego z prawem lub postanowieniami umowy spółki⁴⁵⁹. Na gruncie tego orzeczenia Sąd odniósł się do dwóch istotnych kwestii. Po pierwsze,

⁴⁵⁵ Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z 27.06.1934 r. Kodeks handlowy (Dz.U. z 1934 r., nr 57, poz. 502), (dalej także jako: kh).

⁴⁵⁶ P. Błaszczuk, Przesłanka bezprawności ..., s. 48.

⁴⁵⁷ Uzasadnienie projektu ustawy - kodeks spółek handlowych z 4 lutego 2000 r., Sejm III kadencji, druk sejmowy nr 1687, s. 41.

⁴⁵⁸ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 lutego 2006 r. V CSK 128/05, Legalis nr 72648.

⁴⁵⁹ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 18 sierpnia 2011 r. I ACa 54/11, Legalis nr 385358.

wskazał, że dochodząc odszkodowania z art. 293 ksh, powód musiał wskazać konkretny przepis, który swoim postępowaniem naruszył pozwany piastun organu. Po drugie, w ocenie Sądu, przepisem tym nie mógł być art. 201 ksh, statuujący prawo do prowadzenia spraw spółki, gdyż przepis ten nie precyzował, jak owe sprawy powinny być prowadzone. Z przepisu tego nie dało się zatem wyprowadzić obowiązku starannego prowadzenia spraw spółki. W treści orzeczenia został sformułowany obowiązek wspólników, by w umowie spółki uregulować katalog działań i zaniechań, które winny być uznawane za sprzeczne z prawem lub postanowieniami umowy spółki. Jeżeli taka regulacja nie zostanie wprowadzona do umowy spółki, wówczas, wobec braku naruszenia konkretnego przepisu prawa, nie będzie można pociągnąć piastuna organu do odpowiedzialności za niedołożenie należytej staranności. Powyższe orzeczenie wyrażało stanowisko, zgodnie z którym do spełnienia przesłanki sprzeczności z prawem lub postanowieniami umowy spółki konieczne było wskazanie konkretnego przepisu prawa lub umowy spółki/statutu, a przepisem tym nie mogły być art. 201 ksh ani art. 368 ksh, ponieważ były zbyt ogólne i dalekie od normowania konkretnych obowiązków⁴⁶⁰.

Przedstawiciele doktryny odnieśli się krytycznie do kwalifikacji niedochowania należytej staranności jako przesłanki winy⁴⁶¹. Wskazywano, że przyjęcie trafności tego poglądu prowadziłoby do drastycznego obniżenia ochrony spółki w przypadku szkody wyrządzonej postępowaniem członka zarządu, jako że oznaczałoby wręcz wyłączenie ochrony w sytuacji nawet skrajnej niestaranności czy niekompetencji, które nie naruszałoby jednak konkretnego przepisu prawa czy umowy spółki/statutu. Oznaczałoby to utworzenie bardzo rozległej „bezpiecznej przystani” (ang. *safe harbour*) dla członków zarządu, albowiem ponosiliby oni odpowiedzialność odszkodowawczą jedynie w sytuacji naruszenia wysłowionych wprost obowiązków korporacyjno-organizacyjnych, a nie kluczowych dla prowadzenia spraw spółki obowiązków menedżerskich⁴⁶².

Zgodnie z drugim poglądem, członkowi zarządu można było przypisać odpowiedzialność za szkodę wyrządzoną spółce już za samo naruszenie należytej staranności. Orzeczeniem wspierającym tę tezę był wyrok Sądu Najwyższego z 24 lipca 2014 r.⁴⁶³. Wskazano w nim, że samo niedochowanie należytej staranności uregulowanej

⁴⁶⁰ P. Błaszczyk, Odpowiedzialność odszkodowawcza ..., s. 41.

⁴⁶¹ Zob. np. A. Opalski, K. Oplustil, Niedochowanie ..., s. 13 i przywołana tam literatura.

⁴⁶² Ibidem, s. 16.

⁴⁶³ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24 lipca 2014 r., II CSK 627/13, Legalis nr 1162511.

w art. 293 § 2 ksh nie stanowiło samodzielnej podstawy odpowiedzialności menedżera, gdyż szkoda musiała wynikać z działania sprzecznego z prawem lub postanowieniami umowy spółki. Sąd odniósł się również do tego, że należyta staranność wynikająca z zawodowego charakteru działalności stanowiła miernik oceny postępowania menedżera. Do tego momentu wydawać by się mogło, że Sąd opowiedział się za ujęciem niedochowania staranności jako przesłanki zawinienia. W orzeczeniu podkreślono jednak, że członek zarządu powinien kierować się w swoim postępowaniu interesem spółki. Zawinione działanie, wykraczające poza granice ryzyka gospodarczego, było sprzeczne z interesem spółki, przez co naruszało art. 201 ksh. Na tej podstawie orzeczono, że członek zarządu ponosi odpowiedzialność na podstawie art. 293 § 1 ksh, ponieważ działanie sprzeczne z ogólnym obowiązkiem prowadzenia spraw spółki w jej interesie, jest wystarczającą przyczyną sprzeczności z prawem lub postanowieniami umowy spółki.

Przytoczone orzeczenie było w pewnym zakresie wewnątrznie sprzeczne. Z jednej strony, Sąd wskazał, że naruszenie należytej staranności nie stanowiło samodzielnej podstawy odpowiedzialności. Z drugiej jednak strony, odniósł się do tego, że naruszenie polegające na przekroczeniu granic ryzyka gospodarczego, które nie stanowiło samo w sobie postępowania sprzecznego z prawem lub postanowieniami umowy spółki, było wystarczającą przyczyną uzasadniającą poniesienie odpowiedzialności, jako że naruszało ogólny obowiązek prowadzenia spraw spółki w jej najlepszym interesie. Sprzeczność wysłowionych tez polegała na jednoczesnym przyjęciu, że art. 201 ksh stanowił ogólny nakaz działania w interesie spółki, ale nie stanowił ogólnego nakazu działania z należytą starannością. Wobec tego albo było tak, że art. 201 ksh mógł stanowić niejako „pośrednią” podstawę sprzeczności z prawem lub postanowieniami umowy spółki zarówno dla przekroczenia granic ryzyka gospodarczego jako sprzecznych z interesem spółki, jak i dla naruszenia należytej staranności albo nie był podstawą pociągnięcia do odpowiedzialności ani za naruszenie należytej staranności, ani za przekroczenie granic ryzyka gospodarczego.

Przytoczone orzeczenie, niezależnie od wskazanej niekonsekwencji, niewątpliwie było przykładem zmieniającej się linii orzeczniczej i odejścia, przynajmniej w pewnym zakresie, od dotychczasowego poglądu panującego w orzecznictwie i doktrynie, zgodnie z którym przyjęcie sprzeczności z prawem lub postanowieniami umowy spółki postępowania menedżera wymagało wskazania konkretnego przepisu prawa, który tym postępowaniem został naruszony. Sąd za podstawę sprzeczności z prawem lub postanowieniami umowy spółki przyjął przepis, który, jak sam wskazał, był „ogólnym

nakazem” i nie regulował konkretnego obowiązku - obowiązku podejmowania decyzji w granicach ryzyka gospodarczego.

Stanowisko Sądu Najwyższego zawarte w orzeczeniu z 24 lipca 2014 r. przyjęto również na gruncie wyroku z 14 kwietnia 2016 r., w którym Sąd Najwyższy wskazał, że prowadząc sprawy spółki, członek zarządu miał się kierować interesem spółki, a przekroczenie granic ryzyka, jako sprzeczne z tym interesem i naruszające art. 201 ksh, było podstawą odpowiedzialności z art. 293 § 1 ksh⁴⁶⁴. W orzeczeniu z 9 lutego 2018 r. Sąd Najwyższy stwierdził, że art. 201 ksh zobowiązywał członka zarządu do postępowania, które nie prowadziło do wyrządzenia spółce szkody, a w przypadku przekroczenia dopuszczalnego ryzyka biznesowego, można było uznać, że członek organu naruszył swoim postępowaniem prawo⁴⁶⁵. Sąd tym orzeczeniem podkreślił rolę art. 201 ksh i wskazał, że mógł on stanowić podstawę wielu obowiązków menedżerskich.

Możliwość wyinterpretowania z art. 201 ksh bardziej szczegółowych obowiązków, które winni wypełniać członkowie zarządu spółki, potwierdzało również orzeczenie Sądu Najwyższego z 10 czerwca 2021 r.⁴⁶⁶. We wskazanej sprawie Sąd orzekł, że interpretacja art. 201 § 1 w związku z art. 293 § 2 ksh uzasadniała wniosek, zgodnie z którym członek zarządu miał nie tylko prawo, ale również obowiązek prowadzenia spraw spółki. Przy prowadzeniu spraw spółki członek zarządu miał uwzględniać interes spółki oraz dochować należytej staranności wynikającej z zawodowego charakteru działalności. Sąd stanął na stanowisku, że art. 293 § 2 ksh pełnił podwójną funkcję. Przepis ten stanowił jednocześnie miernik staranności oraz powinność dołożenia staranności przy wykonywaniu obowiązków menedżerskich. Przyjęcie dokonanej przez Sąd kwalifikacji art. 293 § 2 ksh jako miernika staranności i jednocześnie obowiązku jej dochowania umożliwiałoby pociągnięcie członka zarządu do odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną spółce już samym niedochowaniem należytej staranności. Pogląd Sądu odnoszący się do podwójnej funkcji normy z art. 293 § 2 ksh nie znalazł jednak odzwierciedlenia w polskiej doktrynie.

Na poparcie poglądu, zgodnie z którym niedochowanie należytej staranności przesądzało o sprzeczności z prawem lub postanowieniami umowy spółki postępowania członka zarządu, A. Opalski i K. Oplustil wskazali, że relacja członka zarządu ze spółką ma charakter otwarty na przyszłość, przez co nie było możliwe

⁴⁶⁴ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 kwietnia 2016 r., II CSK 430/15, Legalis nr 1472302.

⁴⁶⁵ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 lutego 2018 r., I CSK 246/17, Legalis nr 1765969.

⁴⁶⁶ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10 czerwca 2021 r., IV CSKP 81/21, Legalis nr 2587493.

skonkretyzowanie obowiązków menedżerskich. Brak możliwości enumeratywnego wyliczenia obowiązków tworzących treść relacji piastuna organu ze spółką implikowało konieczność stworzenia modelu starannego i lojalnego prowadzenia spraw spółki. Postępowanie niezgodne z tym modelem stanowiło zdaniem tych autorów niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania, a w konsekwencji bezprawność względną postępowania⁴⁶⁷.

Powyższy pogląd poddał krytyce J. Jastrzębski, główny zarzut kierując przeciwko przyjęciu podwójnej funkcji normy. Wskazał, że pogląd wyrażony przez A. Opalskiego i K. Oplustilą zakładał, iż art. 293 § 2 oraz 483 § 2 ksh pełniły zarówno funkcję miernika staranności, jak i normy nakładającej obowiązek starannego działania. Taka interpretacja oznaczałaby jego zdaniem, że niedochowanie należytej staranności stanowiło zarówno o sprzeczności z prawem lub postanowieniami umowy spółki, jak i o winie menedżera⁴⁶⁸.

W odpowiedzi na krytykę A. Opalski i K. Oplustil zaprzeczyli zarzutowi, jakoby norma z art. 293 § 2 oraz 483 § 2 ksh miała mieć podwójny charakter, wskazując, że niedochowanie należytej staranności stanowiło o nienależytym wykonaniu zobowiązania, a dopiero odpowiedź na pytanie, czy piastun organu powinien ponosić odpowiedzialność za skutki nienależytego wykonania mogła świadczyć o winie⁴⁶⁹.

Podsumowując przedstawione stanowiska doktryny i judykatury w świetle charakteru prawnego stosunku członkostwa w zarządzie spółki, należy przyjąć, iż przed nowelizacją przepisów kodeksu spółek handlowych postępowanie niestaranne stanowiło wystarczającą podstawę odpowiedzialności odszkodowawczej piastuna organu. Postępowanie menedżera niezgodne z wzorcem zawodowej staranności było naruszeniem normatywno-aksjologicznego obowiązku prowadzenia spraw spółki w jej interesie. Niedołożenie wymaganej w danych okolicznościach staranności należało postrzegać jako nienależyte sprawowanie mandatu, wykraczające poza treść stosunku członkostwa w zarządzie spółki⁴⁷⁰. W przedstawionym ujęciu postępowanie niestaranne było jednocześnie sprzeczne z prawem. Przy kumulatywnym spełnieniu pozostałych przesłanek odpowiedzialności odszkodowawczej z art. 293 § 1 oraz 483 § 1 ksh (szkoda,

⁴⁶⁷ A. Opalski, K. Oplustil, *Niedochowanie ...*, s. 17; M. Krajewski, *Niezachowanie należytej staranności ...*, s. 39, 41.

⁴⁶⁸ J. Jastrzębski, *W sprawie odpowiedzialności ...*, s. 17.

⁴⁶⁹ A. Opalski, K. Oplustil, *Jeszcze w sprawie ...*, s. 28.

⁴⁷⁰ Członkostwo w zarządzie spółki jest stosunkiem prawnym o charakterze umownym. Uprawnienia do reprezentacji i prowadzenia spraw spółki stanowią jednocześnie obowiązki. Obowiązek prowadzenia spraw spółki jest spełniony tylko w przypadku należytego prowadzenia spraw, zatem zgodnego z prawem, regulacjami wewnętrznymi spółki oraz w interesie spółki. Działanie w interesie spółki jest przy tym postrzegane jako obowiązek wynikający z treści stosunku członkostwa w zarządzie.

związek przyczynowy pomiędzy szkodą i naruszeniem wzorca staranności oraz wina) stanowiło podstawę poniesienia odpowiedzialności względem spółki przez członka zarządu.

Spór odnoszący się do możliwości pociągnięcia członka zarządu do odpowiedzialności za działanie/ zaniechanie niestaranne niewątpliwie przyczynił się do przeprowadzenia reformy przepisów odnoszących się do spółek z o.o. oraz akcyjnej. Reforma prawa handlowego miała na celu między innymi harmonizację przepisów odnoszących się do wszystkich trzech spółek kapitałowych: spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, spółki akcyjnej oraz prostej spółki akcyjnej⁴⁷¹. Z uwagi na fakt, że reforma w pierwszej kolejności objęła wprowadzenie do kodeksu spółek handlowych regulacji w zakresie prostej spółki akcyjnej, ustawodawca, znając dotychczasowe wątpliwości wypracowane przez doktrynę i judykaturę, co do interpretacji przepisów regulujących cywilnoprawną odpowiedzialność członków zarządów w spółkach z ograniczoną odpowiedzialnością i akcyjnej, mógł ukształtować przepisy odnoszące się do nowego typu spółki kapitałowej - prostej spółki akcyjnej - w sposób rozstrzygający spory interpretacyjne. Podkreślenia wymaga fakt, że ustawodawca nie przeprowadził najpierw nowelizacji przepisów dotyczących spółek z ograniczoną odpowiedzialnością i akcyjnej. Najpierw uregulował, niejako od podstaw, przepisy stanowiące o odpowiedzialności cywilnoprawnej w prostej spółce akcyjnej, a dopiero później zharmonizował przepisy odnośnie do spółek z ograniczoną odpowiedzialnością oraz akcyjnej.

W niniejszej części pracy, ze względu na zachowanie pewnego porządku rozważań, najpierw zostanie przeprowadzona analiza znowelizowanych przepisów odnoszących się do odpowiedzialności cywilnoprawnej za szkodę wyrządzoną spółce na gruncie przepisów o spółce z ograniczoną odpowiedzialnością oraz spółce akcyjnej. Dopiero w dalszej kolejności będzie przeprowadzona analiza regulacji odpowiedzialności cywilnoprawnej członków zarządu w oparciu o przepisy o prostej spółce akcyjnej.

⁴⁷¹ Uzasadnienie do ustawy z dnia 9 lutego 2022 r. o zmianie ustawy - kodeks spółek handlowych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2022 r., poz. 807), druk 1515, str. 59, (dalej także jako: uzasadnienie do ustawy z 2022 r.).

5.2.1.2. Niedochowanie należytej staranności w ujęciu art. 209¹ ksh (art. 377¹ ksh)

Jak już wskazano, art. 293 § 1 oraz 483 § 1 ksh nie uległy zmianie w wyniku reformy prawa handlowego z 9 lutego 2022 roku. Zmiana zaszła jednak w odniesieniu do art. 293 § 2 oraz 483 § 2 ksh, które zostały uchylone. Zostały one „zastąpione” nowymi art. 209¹ oraz 377¹ ksh. Jeśli zatem nie doszło do zmiany brzmienia art. 293 § 1 oraz 483 § 1 ksh, wobec tego na gruncie aktualnej regulacji prawnej obowiązują analogiczne przesłanki odpowiedzialności odszkodowawczej: postępowanie sprzeczne z prawem lub postanowieniami umowy spółki, szkoda, związek przyczynowy pomiędzy postępowaniem a szkodą oraz wina. Nie traci zatem na aktualności postawione już pytanie, czy samo niedochowanie należytej staranności wypełnia przesłankę sprzeczności z prawem lub postanowieniami umowy spółki, czy wina. Mając jednak na względzie uchylenie art. 293 § 2 oraz 483 § 2 ksh, jak również dodanie, niejako w ich miejsce, art. 209¹ § 1 oraz 377¹ § 1 ksh, można zadać nieco odmienne pytanie, a mianowicie: czy uchylenie art. 293 § 2 oraz 483 § 2 ksh stanowiących miernik staranności i uregulowanie powinności dołożenia przez członka zarządu staranności wynikającej z zawodowego charakteru działalności oraz dochowania lojalności wobec spółki przy wykonywaniu obowiązków w art. 209¹ § 1 oraz 377¹ § 1 ksh, rozwiązuje istniejący dotychczas spór o charakter niedochowania należytej staranności? Czy przeniesienie normy prawnej z jednej jednostki redakcyjnej do innej ma tak doniosłe znaczenie, by przesądzić o kwalifikacji niedołożenia staranności wynikającej z zawodowego charakteru działalności?

Jeszcze na gruncie poprzedniego stanu prawnego - przed nowelizacją z 9 lutego 2022 r. - został wyrażony pogląd, zgodnie z którym umiejscowienie miernika staranności w kodeksie spółek handlowych ma istotne znaczenie. Jak wskazał P. Błaszczyk, niedochowanie należytej staranności nie może stanowić samodzielnej przesłanki odpowiedzialności, bowiem miernik staranności został uregulowany w części kodeksu spółek handlowych odnoszącej się do odpowiedzialności cywilnoprawnej funkcjonariuszy spółki, zamiast w części odnoszącej się do ich obowiązków⁴⁷². Podobne stanowisko zajął J. Jastrzębski wskazując, że brak pozytywnej regulacji w zakresie obowiązków członków zarządu do prowadzenia spraw spółki w jej interesie stanowi wręcz źródło wątpliwości interpretacyjnych i rozbieżności poglądów co do przesłanek

⁴⁷² P. Błaszczyk, Przesłanka bezprawności ..., s. 48.

odpowiedzialności odszkodowawczej⁴⁷³. Stanowiska te były jednak odosobnione i zostały poddane krytyce⁴⁷⁴. Wskazano bowiem, że dyrektywa wykładni systemowej uwzględniająca umiejscowienie przepisów w tekście aktu prawnego (łac. *argumentum a rubrica*) nie zasługuje na uznanie⁴⁷⁵. O ile należy zgodzić się ze stwierdzeniem A. Łatała-Kremer, iż dyrektywa ta nie stanowi samodzielnego uzasadnienia⁴⁷⁶, to jednak trzeba podkreślić, że ustawodawca z jakiegoś względu zdecydował się na zmianę umiejscowienia obowiązku staranności.

Przedstawiciele doktryny nie są jednomyślni co do stanowienia przez art. 209¹ § 1 oraz 377¹ § 1 ksh samodzielných podstaw roszczeń odszkodowawczych⁴⁷⁷. Niemniej obecnie dominującym jest pogląd, zgodnie z którym naruszenie obowiązku dołożenia należytej staranności należy zakwalifikować jako sprzeczne z prawem lub postanowieniami umowy spółki⁴⁷⁸.

W ocenie F. Ostrowskiego, efektem nowelizacji z 9 lutego 2022 r. jest potwierdzenie, że naruszenie przez członka zarządu standardu staranności wynikającego z zawodowego charakteru działalności, stanowi samoistną podstawę przypisania odpowiedzialności⁴⁷⁹. Podobnie wskazał również R. Pabis, który stanął na stanowisku, iż pogląd, na gruncie którego sprzeczność z prawem lub postanowieniami umowy spółki wynika jedynie z naruszenia konkretnego przepisu prawa lub postanowienia umowy spółki, wobec czego niedochowanie należytej staranności nie jest podstawą odpowiedzialności, nie zasługuje na uwzględnienie, ponieważ naruszeniem prawa jest już samo nienależyte prowadzenie spraw spółki wbrew normie zawartej w art. 209¹ § 1 ksh⁴⁸⁰. Do tezy, zgodnie z którą art. 209¹ § 1 ksh nakłada na członka organu spółki obowiązek dochowania staranności wynikającej z zawodowego charakteru działalności, rozszerzając tym samym odpowiedzialność cywilnoprawną piastuna organu o sprzeczność z prawem lub postanowieniami umowy spółki wynikającą z samego

⁴⁷³ J. Jastrzębski, W sprawie odpowiedzialności ..., s. 18.

⁴⁷⁴ A. Łatała-Kremer, Odpowiedzialność cywilna ..., s. 84.

⁴⁷⁵ Ibidem.

⁴⁷⁶ Ibidem.

⁴⁷⁷ A. Kidyba, Komentarz do art. 293 ksh, [w:] M. Dumkiewicz, A. Kidyba, (red.) Komentarz aktualizowany do art. 1-300 Kodeksu spółek handlowych, LEX/el. 2024.

⁴⁷⁸ F. Ostrowski, Komentarz do art. 483 ksh, [w:] A. Szumański, R.L. Kwaśnicki, F. Ostrowski (red.), Kodeks spółek handlowych. Komentarz do zmian (tzw. prawo holdingowe), Warszawa 2022, Legalis, nb. 4; R. Pabis, Komentarz do art. 293 ..., s. 936; T. Szczurowski, Komentarz ..., s. 1304; A. Łatała-Kremer, Odpowiedzialność cywilna ..., s. 91; J. Jankowiak, Charakter prawny polskiego modelu zasady biznesowej oceny sytuacji, Przegląd Prawa Handlowego 2024/2, s. 51.

⁴⁷⁹ F. Ostrowski, Komentarz do art. 483 ..., nb. 4.

⁴⁸⁰ R. Pabis, Komentarz do art. 293 ..., s. 1304.

naruszenia art. 209¹ § 1 ksh, przychylił się również P. Pinior⁴⁸¹. Jego zdaniem, uregulowanie obowiązków staranności i lojalności w sposób pozytywny miało na celu usankcjonowanie ich naruszeń⁴⁸². Autor ten wskazał jednak jednocześnie, że taka interpretacja wprowadza wątpliwości w zakresie rozumienia przesłanek bezprawności i winy na gruncie cywilnoprawnym.

Odmienny pogląd wyraził A. Kidyba, wskazując, że nie można zgodzić się, że niedochowanie staranności jest samodzielną podstawą roszczenia odszkodowawczego⁴⁸³. Autor ten podkreślił, że wprawdzie uchylone art. 293 § 2 oraz 483 § 2 ksh zostały zastąpione art. 209¹ § 1 oraz 377¹ § 1 ksh, to jednak zmiana ta nie ma wpływu na odpowiedzialność uregulowaną w art. 293 § 1 oraz 483 § 1 ksh. Jego zdaniem art. 209¹ § 1 oraz 377¹ § 1 ksh stanowią miernik staranności i pełnią funkcję dodatkową względem art. 293 § 1 oraz 483 § 1 ksh.

Przytoczone poglądy reprezentowane w doktrynie wskazują, że nowelizacja z 9 lutego 2022 r. w zakresie uchylenia art. 293 § 2 i 483 § 2 ksh oraz uregulowania obowiązków staranności i lojalności w art. 209¹ § 1, 377¹ § 1 ksh nie miała istotnego wpływu na kwalifikację niedochowania należytej staranności jako bezpośredniej przesłanki sprzeczności z prawem lub postanowieniami umowy spółki.

Jak już wskazano, art. 293 § 1 oraz 483 § 1 pozostały niezmienione. Artykuły 293 § 2 oraz 483 § 2 ksh w brzmieniu: „członek zarządu (...) powinien przy wykonywaniu swoich obowiązków dołożyć staranności wynikającej z zawodowego charakteru swojej działalności” zostały zastąpione art. 209¹ § 1 oraz 377¹ § 1 ksh w niemal identycznym brzmieniu: „członek zarządu powinien przy wykonywaniu swoich obowiązków dołożyć staranności wynikającej z zawodowego charakteru swojej działalności oraz dochować lojalności wobec spółki”. Nowelizacja w tym zakresie odnosiła się zatem jedynie do zmiany umiejscowienia przepisów w kodeksie spółek handlowych oraz do dodania regulacji odnoszącej się do dochowania lojalności wobec spółki.

Należy zgodzić się z dominującym poglądem i wskazać, że niedołożenie staranności wynikającej z zawodowego charakteru działalności oraz niedochowanie lojalności wobec spółki stanowią przesłanki sprzeczności z prawem lub postanowieniami

⁴⁸¹ P. Pinior, Komentarz do art. 209¹ ksh, [w:] A. Szumański, R.L. Kwaśnicki, F. Ostrowski (red.), Kodeks spółek handlowych ..., nb. 3.

⁴⁸² Ibidem, nb. 1.

⁴⁸³ A. Kidyba, Komentarz do art. 293 ksh ..., LEX/el. 2024.

umowy spółki. Odwołanie się do sprzeczności z prawem niedołożenia należytej staranności nie jest jednak wystarczające, gdyż w ramach tego poglądu można wskazać dwa zasadnicze stanowiska. Zgodnie z pierwszym z nich, dołożenie staranności wynikającej z zawodowego charakteru działalności jest obowiązkiem samoistnym. Źródłem obowiązku dołożenia staranności wynikającej z zawodowego charakteru działalności są art. 209¹ § 1 oraz art. 377¹ § 1 ksh. Niedołożenie przez menedżera staranności zawodowej skutkuje zatem naruszeniem art. 209¹ § 1 albo art. 377¹ § 1 ksh. Powyższy pogląd przyjął, między innymi, P. Pinior, wskazując, że rozszerzono odpowiedzialność członków zarządu, o której mowa w art. 293 § 1 ksh na przypadki, w których bezprawność wynika z naruszenia art. 209¹ § 1 ksh, bowiem art. 209¹ § 1 ksh należy interpretować jako nałożenie na członka zarządu obowiązku dołożenia staranności, którego naruszenie uzasadnia odpowiedzialność⁴⁸⁴.

Zgodnie natomiast z drugim stanowiskiem, również wskazującym na sprzeczność z prawem niedołożenia zawodowej staranności, art. 209¹ § 1 oraz 377¹ § 1 ksh stanowią miernik należytej staranności i dopiero po powiązaniu ich z art. 201 § 1 albo art. 368 § 1 ksh można wskazać na nienależyte prowadzenie spraw spółki⁴⁸⁵. Podstawą tego stanowiska jest przyjęcie, że art. 293 § 1 oraz 483 § 1 ksh, przy wykazywaniu sprzeczności z prawem lub postanowieniami umowy spółki, nie statuuje wymogu wskazania konkretnego przepisu prawnego, precyzującego obowiązki członka zarządu, które zostały przez niego naruszone. Nie jest możliwe wymienienie wszystkich obowiązków ciążących na członkach zarządu spółki w związku z pełnioną funkcją, zatem należy przyjąć, że na treść stosunku łączącego menedżera ze spółką ma wpływ również łącząca oba podmioty więź polegająca na prowadzeniu spraw spółki i jej reprezentacji. Jeśli zatem członek zarządu ma prowadzić sprawy spółki, wobec tego nie można uznać za wypełnienie tego obowiązku niestaranego prowadzenia spraw spółki. Niestaranne działanie pozostaje poza treścią stosunku łączącego członka organu z organem.

Należy przychylić się do powyższej interpretacji nie tylko z tego względu, że uwzględnia złożony charakter prawny stosunku członkostwa w organie spółki, ale również ze względu na to, że jest to interpretacja zgodna z rozumieniem niedołożenia należytej staranności jako przesłanki niewykonania lub nienależytego wykonania obowiązków uregulowanej przepisami odnoszącymi się do prostej spółki akcyjnej.

⁴⁸⁴ P. Pinior, Komentarz do art. 209¹ ..., nb. 3; F. Ostrowski, Komentarz do art. 483 ..., nb. 4.

⁴⁸⁵ R. Pabis, Komentarz do art. 293 ..., nb. 6; J. Jankowiak, Charakter prawny polskiego modelu ..., s. 51.

Przyjęcie, iż niedołożenie przez funkcjonariusza spółki zawodowej staranności implikuje (przy spełnieniu pozostałych przesłanek) poniesienie przez niego odpowiedzialności odszkodowawczej z art. 293 § 1 ze względu na naruszenie art. 201 § 1 w zw. z art. 209¹ § 1 ksh (483 § 1 w zw. z 368 § 1 oraz 377¹ § 1) nie oznacza jednak, że zmiana umiejscowienia miernika staranności w kodeksie spółek handlowych miała wpływ na interpretację przepisów odnoszących się do odpowiedzialności cywilnej za szkodę wyrządzoną spółce ⁴⁸⁶ . Niedołożenie zawodowej staranności przy wykonywaniu obowiązków zarządczych przed nowelizacją przepisów kodeksu spółek handlowych również należało traktować jako nienależyte prowadzenie spraw spółki wpływające na poniesienie przez piastuna organu odpowiedzialności odszkodowawczej z art. 293 § 1 w zw. z art. 201 § 1 oraz 293 § 2 ksh (483 § 1 w zw. z art. 368 § 1 oraz 483 § 2 ksh).

5.2.2. Niewykonanie lub nienależyte wykonanie obowiązków na gruncie art. 300¹²⁵ § 1 ksh

Działanie lub zaniechanie sprzeczne z prawem lub postanowieniami umowy spółki nie są jedynymi przesłankami odpowiedzialności ukształtowanymi na gruncie odpowiedzialności cywilnoprawnej członków zarządu spółki kapitałowej. Regulacja art. 300¹²⁵ § 1 ksh jest nieco odmienna od tej zawartej w art. 293 § 1 oraz 483 § 1 ksh. Zgodnie z art. 293 § 1 oraz 483 § 1 ksh, członek zarządu odpowiada wobec spółki za szkodę wyrządzoną działaniem lub zaniechaniem sprzecznym z prawem, lub postanowieniami umowy spółki, chyba że nie ponosi winy. Zgodnie natomiast z art. 300¹²⁵ § 1 ksh, członek organu⁴⁸⁷ odpowiada wobec spółki za szkodę wynikłą z niewykonania lub nienależytego wykonania swoich obowiązków, w tym z niedołożenia należytej staranności wynikającej z zawodowego charakteru swojej działalności lub niedochowania lojalności wobec spółki, chyba że nie ponosi winy.

Ustawodawca na gruncie regulacji odnoszącej się do prostej spółki akcyjnej odszedł od przesłanek w postaci działania lub zaniechania sprzecznego z prawem, lub

⁴⁸⁶ Zob. jednak uzasadnienie do ustawy z dnia 9 lutego 2022 r. o zmianie ustawy - kodeks spółek handlowych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2022 r., poz. 807), s. 59-60, zgodnie z którym „wprowadzenie proponowanych zmian stanowi również krok w stronę harmonizacji rozwiązań obowiązujących w spółce z o.o. i spółce akcyjnej z tymi, które zostały wprowadzone w prostej spółce akcyjnej, a brak jest w tym zakresie argumentów za różnicowaniem regulacji”.

⁴⁸⁷ Przez członka organu należy rozumieć zarówno członka zarządu, jak i członka rady dyrektorów.

postanowieniami umowy spółki, a ustanowił przesłankę niewykonania lub nienależytego wykonania obowiązków. Podkreślił przy tym, że przesłankami odpowiedzialności odszkodowawczej w ramach niewykonania lub nienależytego wykonania obowiązków są także niedołożenie należytej staranności wynikającej z zawodowego charakteru działalności, jak również niedołożenie lojalności wobec spółki. Takie ukształtowanie przesłanki odpowiedzialności uzasadnia poddanie szerszej analizie zarówno elementu odnoszącego się do niewykonania lub nienależytego wykonania obowiązków, jak również elementu niedołożenia należytej staranności oraz niedołożenia lojalności wobec spółki.

Wydaje się, że ustawodawca, ustanawiając przepisy odnośnie do odpowiedzialności członków zarządu prostej spółki akcyjnej za szkodę wyrządzoną spółce, w szczególności w zakresie przesłanek niewykonania lub nienależytego wykonania obowiązków, zrealizował postulaty doktryny formułowane w literaturze przedmiotu na gruncie przepisów dotyczących spółki z ograniczoną odpowiedzialnością oraz spółki akcyjnej. Wielu przedstawicieli doktryny sformułowało postulaty *de lege ferenda* odnoszące się do regulacji art. 293 oraz 483 ksh przed nowelizacją z 9 lutego 2022 roku. P. Błaszczyk wskazał, że na gruncie regulacji dotyczącej odpowiedzialności członków zarządu za szkodę wyrządzoną spółce, słusznym byłoby wskazanie postępowania naruszającego miernik staranności jako przesłanki bezprawności⁴⁸⁸. A. Guzewicz i M. Jagodziński postulowali ustanowienie regulacji, na gruncie której członkowie zarządu ponosiliby odpowiedzialność już za samo niedochowanie należytej staranności, tj. bez wymogu wykazania, że naruszono konkretny przepis prawa lub postanowienie umowy spółki (statutu)⁴⁸⁹. Za wprowadzeniem możliwości pociągnięcia członków zarządu do odpowiedzialności odszkodowawczej za samo naruszenie należytej staranności opowiedziała się również A. Chełkowska⁴⁹⁰. Konkretnie brzmienie przepisu regulującego ponoszenie odpowiedzialności odszkodowawczej przez członka zarządu, w pewnym zakresie nawiązującego do regulacji z kodeksu handlowego, zaproponowali zaś A. Opalski oraz K. Oplustil. Autorzy wskazali, że członek zarządu powinien ponosić odpowiedzialność za szkodę wyrządzoną spółce wynikłą z niewykonania lub nienależytego wykonania swoich obowiązków, chyba że nie ponosi winy. Co więcej, ich

⁴⁸⁸ P. Błaszczyk, Koncepcja „biznesowej oceny sytuacji” ..., s. 87.

⁴⁸⁹ M. Guzewicz, M. Jagodziński, Przesłanki odpowiedzialności członków zarządu w świetle art. 293 i art. 483 k.s.h. - *de lege lata* i *de lege ferenda*, Przegląd Prawa Handlowego 2013/11, s. 49.

⁴⁹⁰ A. Chełkowska, Regulacja odpowiedzialności odszkodowawczej członków zarządu z perspektywy zasad ładu korporacyjnego, Przegląd Prawa Handlowego 2016/10, s. 39.

zdaniem, członek zarządu powinien przy wykonywaniu swoich obowiązków dołożyć staranności wynikającej z zawodowego charakteru swojej działalności, a niedołożenie należytej staranności powinno stanowić naruszenie obowiązków⁴⁹¹. Z postulatem A. Opalskiego i K. Oplustila w pewnym zakresie zgodził się J. Jastrzębski. Wskazał, że słuszne jest oderwanie odpowiedzialności od przesłanek sprzeczności z prawem lub z umową spółki/statutem i zastąpienie ich przesłankami niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Podkreślił przy tym konieczność pozytywnej regulacji obowiązku działania w interesie spółki. Nie zgodził się jednak z postulatem zrównania niedochowania należytej staranności z nienależytym wykonaniem zobowiązania. Zdaniem tego autora, wystarczające byłoby w tym zakresie zastosowanie art. 354 § 1 kc, regulującego sposób wykonania zobowiązania⁴⁹².

Należy zaaprobować rozwiązanie przyjęte przez ustawodawcę na gruncie regulacji art. 300¹²⁵ § 1 ksh. Podstawy odpowiedzialności członka zarządu nie wyczerpują się z przekroczeniem prawa czy umowy spółki/statutu, ale sięgają znacznie dalej do niewykonania lub nienależytego wykonania obowiązków polegających na podejmowaniu decyzji biznesowych, których nie da się skatalogować. Wobec odniesienia odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną spółce do niewykonania lub nienależytego wykonania obowiązków, ustawodawca podkreślił istotną rolę ustalenia treści relacji łączącej członka zarządu ze spółką. Dopiero odniesienie konkretnego postępowania do treści zobowiązania pozwoli na ustalenie, czy obowiązki zostały należycie wykonane.

Podobnie uzasadnione jest przesądzenie, iż niedochowanie należytej staranności należy rozumieć jako niewykonanie lub nienależyte wykonanie obowiązków. Treść art. 300¹²⁵ ksh nie pozostawia wątpliwości, co do tego, że członek zarządu ponosi odpowiedzialność odszkodowawczą za niestaranne prowadzenie spraw spółki. Wniosek przeciwny stwarzałby pole do przyjęcia, iż nieudolne, niestaranne postępowanie członka zarządu jest zgodne z treścią jego zobowiązania do prowadzenia spraw spółki. Słusznie wskazano zatem w uzasadnieniu do ustawy z 2019 r., iż nowa regulacja „w sposób jednoznaczny przesądza, że członek organu odpowiada wobec spółki za szkodę wynikłą z niewykonania lub nienależytego wykonania swoich obowiązków, w tym z niedołożenia wymaganej staranności lub niedochowania lojalności. Niestaranne wykonywanie obowiązków związanych z członkostwem w danym organie (np. niestaranne prowadzenie

⁴⁹¹ A. Opalski, K. Oplustil, *Niedochowanie ...*, s. 21-23.

⁴⁹² J. Jastrzębski, *W sprawie odpowiedzialności ...*, s. 19, 20.

spraw spółki przez członka zarządu albo dyrektora), jeżeli ma charakter zawiniony, będzie prowadzić do odpowiedzialności członka organu za wynikłą stąd szkodę spółki”⁴⁹³.

5.3. Wina

Ostatnią przesłanką odpowiedzialności członków zarządu za szkodę wyrządzoną spółce jest wina, którą należy rozumieć jako ujemną ocenę postępowania sprawcy umożliwiającą sformułowanie przeciwko niemu zarzutu⁴⁹⁴. Ujemna ocena może odnosić się zarówno do zarzutu podjęcia niewłaściwego postępowania, jak i niepodjęcia postępowania właściwego⁴⁹⁵. Sąd Najwyższy w jednym z orzeczeń wskazał, że wyrządzenie szkody z własnej winy odnosi się do postępowania odbiegającego od zachowania człowieka ostrożnego, szanującego prawa innych, które polega na niedołożeniu staranności wymaganej w określonej sytuacji⁴⁹⁶.

Ponoszenie odpowiedzialności przez członka zarządu na zasadzie winy wynika wprost z treści art. 293 § 1, 300¹²⁵ § 1 oraz 483 § 1 ksh⁴⁹⁷. We wszystkich wskazanych przepisach ustawodawca użył sformułowania: „chyba że nie ponosi winy”. Takie ukształtowanie przepisów wskazuje nie tylko na odpowiedzialność na zasadzie winy, ale również implikuje rozkład ciężaru dowodu w przypadku dochodzenia odszkodowania od członka zarządu. Wina członka zarządu jest domniemana. Powód musi wykazać postępowanie, szkodę, związek przyczynowy pomiędzy nimi oraz działanie lub zaniechanie sprzeczne z prawem lub postanowieniami umowy spółki albo niewykonanie lub nienależyte wykonanie obowiązków. Na pozwanym spoczywa ciężar wykazania braku zawinienia⁴⁹⁸. Wykazanie braku zawinienia odnosi się zaś

⁴⁹³ Uzasadnienie do ustawy z dnia 19 lipca 2019 r. o zmianie ustawy - kodeks spółek handlowych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2019 r., poz. 1655), s. 92.

⁴⁹⁴ A. Szpunar, Wina poszkodowanego ..., s. 7; P. Machnikowski, Obiektywna nieprawidłowość postępowania, [w:] A. Olejniczak (red.), System Prawa Prywatnego, t. 6, Prawo zobowiązań – część ogólna, Warszawa 2018, s. 408 i nast.; W. Czachórski, Znamiona czynu sprawcy w ogólności, [w:] Z. Radwański (red.), System prawa cywilnego ..., s. 544-549; Z. Radwański, A. Olejniczak, Zobowiązania ..., s. 196; K. Oplustil, Instrumenty ..., s. 756; M. Kaliński, Odpowiedzialność ..., s. 60-64; Orzeczenie Sądu Najwyższego z 3 stycznia 1959 r., 3 CR 461/58, Legalis nr 11679.

⁴⁹⁵ W. Czachórski, A. Brzozowski, M. Safjan, E. Skowrońska-Bocian, Zobowiązania. Zarys wykładu, Warszawa 2007, s. 216.

⁴⁹⁶ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 grudnia 1964 r., I CR 218/64, Legalis nr 104501.

⁴⁹⁷ K. Osajda, Odpowiedzialność członków organów prostej spółki akcyjnej, [w:] S. Byczko, A. Kappes, B. Kucharski, U. Promińska (red.), Non omne quod licet honestum est. Studia z prawa cywilnego i handlowego w 50-lecie pracy naukowej Profesora Wojciecha Jana Katnera, Łódź 2022, s. 642.

⁴⁹⁸ B. Kucharski, Business judgment rule - kwestia bezprawności czy winy, Przegląd Prawa Handlowego 2023/10, s. 52.

do wykazania, że członkowi zarządu nie można zarzucić braku staranności lub braku lojalności⁴⁹⁹. Domniemanie obejmuje jedynie winę, nie obejmuje zaś bezprawności⁵⁰⁰. Należy przy tym podkreślić, że nie ma znaczenia stopień winy członka zarządu. Odpowiada on nawet za najmniejszy stopień winy⁵⁰¹. Wina, w kontekście ponoszenia odpowiedzialności przez piastunów organu zarządczego spółki, rozumiana jest ponadto w ujęciu subiektywnym, jako że aspekt obiektywny brany jest pod uwagę przy ocenie bezprawności⁵⁰².

Ze względu na wprowadzenie do kodeksu spółek handlowych regulacji odnoszącej się do obowiązków członków zarządu dochowania staranności oraz lojalności, w doktrynie podnosi się, że odpowiedzialność menedżerów zbliża się do odpowiedzialności na zasadzie bezprawności⁵⁰³. Wydaje się jednak, że takie stanowisko nie znajduje uzasadnienia w treści przepisów odnoszących się do odpowiedzialności członków zarządu za szkodę wyrządzoną spółce. Wobec zakwalifikowania naruszenia obowiązku dołożenia staranności jako przesądzającego sprzeczność z prawem lub postanowieniami umowy spółki albo niewykonanie, lub nienależyte wykonanie obowiązków członka zarządu, konieczne jest jeszcze ustalenie zawinienia, które ma odnosić się do możliwości postawienia członkowi zarządu zarzutu uchybienia standardowi starannego i lojalnego wykonywania jego obowiązków. Wina członka zarządu objęta jest domniemaniami. Menedżer może uwolnić się od zarzutu winy, wykazując, że szkoda spółki nie wynika z okoliczności obejmujących jego odpowiedzialność⁵⁰⁴.

6. Uwagi końcowe

Odpowiedzialność cywilna członków zarządu względem spółki kapitałowej została ukształtowana przez ustawodawcę w art. 293 ksh w odniesieniu do spółki z o.o., w art. 300¹²⁵ ksh w odniesieniu do prostej spółki akcyjnej oraz w art. 483 ksh

⁴⁹⁹ M. Wawer, Komentarz do art. 300¹²⁵ ksh, [w:] J. Bieniak, M. Bieniak, G. Nita-Jagielski, K. Oplustil, R. Pabis, A. Rachwał, M. Spyra, G. Suliński, M. Tafel, M. Wawer, R. Zawłocki, Kodeks spółek ..., s. 1080; M. Trociuk, Komentarz do art. 300¹²⁵ ksh, [w:] M. Kożuchowski, M. Macieszczak, B. Woźniak (red.), Prosta spółka akcyjna. Komentarz, Warszawa 2021, s. 442-448.

⁵⁰⁰ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 lutego 2006 r. V CSK 128/05, Legalis nr 72648.

⁵⁰¹ T. Szczurowski, Komentarz ..., s. 1303.

⁵⁰² L. Modzelewska, Komentarz ..., s. 1597.

⁵⁰³ T. Szczurowski, Komentarz ..., s. 1304.

⁵⁰⁴ A. Kidyba, Komentarz do art. 293 ..., LEX/el. 2024; I. Domagała, Komentarz do art. 300¹²⁵ ksh ..., LEX WKP 2021; A. Łatała-Kremer, Odpowiedzialność cywilna ..., s. 109.

w odniesieniu do spółki akcyjnej. Regulacja zawarta w art. 300¹²⁵ ksh została wprowadzona do kodeksu spółek handlowych w wyniku reformy z 19 lipca 2019 r., a przepisy odnośnie do spółek z ograniczoną odpowiedzialnością oraz akcyjnej zostały znowelizowane w wyniku reformy z 9 lutego 2022 r. Wskazane przepisy regulują charakter oraz zasady ponoszenia odpowiedzialności przez członków organu zarządczego spółki wynikającej z działania lub zaniechania wykraczających poza stosunek członkostwa w zarządzie.

Stosunek członkostwa w organie zarządczym spółki jest stosunkiem cywilnoprawnym o charakterze zobowiązaniowym wynikającym z powołania. Powołanie do pełnienia funkcji w zarządzie kreuje strukturę organizacyjną spółki. Stanowi przy tym również czynność prawną o charakterze obligacyjnym, której skutkiem jest udzielenie funkcjonariuszowi mandatu do działania w imieniu spółki. Warto przy tym podkreślić, że mandat wyraża kompetencje oraz obowiązki członka organu zarządczego do reprezentacji i prowadzenia spraw spółki.

Odniesienie obowiązków zarządczych do reprezentacji i prowadzenia spraw spółki podkreśla, że członkostwo w zarządzie jest stosunkiem otwartym na przyszłość. Akty prawne, w szczególności kodeks spółek handlowych, regulują wprost obowiązki formalno-organizacyjne odnoszące się do zgodnego z prawem funkcjonowania spółki w przestrzeni gospodarczej. Nie wyznaczają jednak precyzyjnie, w sposób kazuistyczny obowiązków biznesowych.

Obowiązki działania starannego i lojalnego wynikają z istoty stosunku członkostwa w zarządzie spółki - relacji opartej na wzajemnym zaufaniu. Są to obowiązki powiernicze, których przestrzeganie umożliwia prowadzenie spraw spółki w jej interesie.

Wobec zobowiązaniowego charakteru stosunku członkostwa w zarządzie, odpowiedzialność za jego naruszenie ma charakter cywilnoprawnej odpowiedzialności odszkodowawczej, mieszczącej się w reżimie odpowiedzialności kontraktowej opartej na zasadzie winy. Do przesłanek tej odpowiedzialności należy zaliczyć: szkodę wyrządzoną działaniem lub zaniechaniem sprzecznym z prawem, lub postanowieniami umowy spółki albo wynikłą z niewykonania lub nienależytego wykonania obowiązków zarządczych, związek przyczynowy pomiędzy postępowaniem a szkodą (ciężar dowodu spoczywa na powodzie) oraz winę (brak winy musi wykazać członek zarządu, broniąc się przed odpowiedzialnością).

Jeszcze przed nowelizacją kodeksu spółek handlowych przedstawiciele doktryny i judykatury wyrażali wątpliwości co do możliwości zakwalifikowania niedołożenia

staranności wynikającej z zawodowego charakteru działalności jako podstawy odpowiedzialności z art. 293 § 1 oraz 483 § 1 ksh. Oś sporu stanowi pytanie, czy niedochowanie należytej staranności wypełnia przesłankę sprzeczności z prawem lub postanowieniami umowy spółki, czy przesłankę winy. Początkowo dominującym poglądem był ten, zgodnie z którym niedochowanie staranności wynikającej z zawodowego charakteru działalności stanowiło o winie członka organu zarządczego.

W świetle doktrynalno-jurydycznego sporu ustawodawca zdecydował się ukształtować przesłankę odpowiedzialności odszkodowawczej względem prostej spółki akcyjnej odmiennie niż na gruncie spółek z o.o. i akcyjnej. Przesłanka niewykonania lub nienależytego wykonania obowiązków uregulowana w art. 300¹²⁵ § 1 ksh wprost obejmuje niedołożenie zawodowej staranności oraz niedochowanie lojalności.

Ustawodawca nie wprowadził jednak analogicznej zmiany w art. 293 § 1 oraz 483 § 1 ksh. Niemniej, realizując postulaty doktryny, uregulował wymóg postępowania starannego oraz lojalnego przy wykonywaniu obowiązków zarządczych w art. 209¹ § 1 oraz 377¹ § 1 ksh, tym samym uchylając art. 293 § 2 oraz 483 § 2 ksh. Przeniesienie obowiązku staranności z przepisu odnoszącego się do odpowiedzialności odszkodowawczej członka organu do art. 209¹ § 1 oraz 377¹ § 1 ksh i jednocześnie doregulowanie obowiązku lojalności nie stanowi jednak istotnej zmiany w zakresie charakteru prawnego niedołożenia zawodowej staranności lub niedochowania lojalności względem spółki. Artykuły 209¹ § 1 oraz 377¹ § 1 ksh (podobnie jak art. 300⁵⁴ ksh) normują jedynie miernik zawodowej staranności i lojalności względem spółki. Obowiązki dołożenia staranności oraz dochowania lojalności względem spółki wynikają z samego celu stosunku członkostwa w zarządzie, którym jest umożliwienie spółce funkcjonowania w obrocie. Członkowie zarządu działają za spółkę, wobec czego korelatem relacji członkostwa w organie jest działanie w interesie spółki. Działanie niestaranne lub nielojalne niewątpliwie nie mogą zostać zakwalifikowane jako zmierzające do realizacji interesu spółki.

W świetle obowiązujących przepisów prawnych należy wskazać, iż niedołożenie staranności wynikającej z zawodowego charakteru działalności lub niedochowanie lojalności względem spółki przez menedżera stanowi niewykonanie lub nienależyte wykonanie obowiązków menedżerskich wynikających ze stosunku członkostwa w zarządzie. Niestaranne, nielojalne wykonywanie obowiązków wykracza poza stosunek członkostwa w zarządzie, przez co narusza art. 201 § 1 w zw. z art. 209¹ § 1, art. 300⁶² § 1 w zw. z art. 300⁵⁴, art. 300⁷³ § 1 w zw. z art. 300⁵⁴ albo art. 368 § 1 w zw.

z art. 377¹ § 1 ksh. Takie działanie (zaniechanie) stanowi niewykonanie lub nienależyte wykonanie obowiązków wynikających ze stosunku członkostwa w zarządzie, wobec czego, przy jednoczesnym spełnieniu pozostałych przesłanek odpowiedzialności odszkodowawczej, podlega negatywnej kwalifikacji prawnej z art. 293 § 1, 300¹²⁵ § 1 oraz 483 § 1 ksh.

Powyższe rozważania odnoszą się jedynie do przesłanek odpowiedzialności członka organu zarządczego za szkodę wyrządzoną spółce, tym samym są wstępem do dalszych analiz związanych z regulacją art. 293 § 3, 300¹²⁵ § 2 oraz 483 § 3 ksh, które stanowią normatywne odzwierciedlenie polskiej koncepcji *business judgment rule*.

IV Koncepcja *business judgment rule* w polskim porządku prawnym

1. Uwagi wprowadzające

W wyniku nowelizacji kodeksu spółek handlowych z 2019 r. ustawodawca ustanowił art. 300¹²⁵ § 2 ksh. W jego treści posłużył się sformułowaniem „działanie w granicach uzasadnionego ryzyka gospodarczego”. Kodeks spółek handlowych w dotychczasowym brzmieniu nie odnosił się do ryzyka, w szczególności ryzyka gospodarczego. Posługując się tym sformułowaniem, prawodawca dał wyraz potrzebie uwzględnienia wpływu postępującego rozwoju gospodarczego na funkcjonowanie spółek i wyznaczył kierunek zmian zachodzących w jego wyniku na płaszczyźnie prawa korporacyjnego. Uwzględnił przy tym poziom skomplikowania transakcji biznesowych dokonywanych przez spółki kapitałowe i złożoność procesów z nimi związanych, wskazując, że podejmowanie działań na rynku wymaga przeprowadzenia analizy ryzyka gospodarczego. W uzasadnieniu do ustawy z 2019 r. wskazano, że przepis art. 300¹²⁵ § 2 ksh stanowi "normatywne ujęcie wykształconej na gruncie prawa amerykańskiego *business judgment rule*"⁵⁰⁵.

Dążąc do harmonizacji rozwiązań prawnych wprowadzanych na gruncie spółek z ograniczoną odpowiedzialnością oraz akcyjnej z rozwiązaniami ukształtowanymi w przepisach dotyczących prostej spółki akcyjnej, ustawodawca ustanowił art. 293 § 3 oraz 483 § 3 ksh zawierające regulacje analogiczne do tej ustanowionej wcześniej w art. 300¹²⁵ § 2 ksh. W odróżnieniu od uzasadnienia do ustawy z 2019 r., odnoszącego się w głównej mierze do rozumienia art. 300¹²⁵ § 2 ksh, w uzasadnieniu do ustawy z 2022 r. podano motywy wprowadzanych zmian. Wskazano, że zmiany stanowią normatywne dostrzeżenie tego, iż ryzyko jest jednym z nieodzownych elementów prowadzenia działalności gospodarczej⁵⁰⁶. Podkreślono, że podejmowanie ryzyka jest kluczowe dla działalności spółek, ponieważ umożliwia generowanie zysków oraz wspiera rozwój i wdrażanie innowacji. Przede wszystkim zaś zwrócono uwagę, że nowelizacja ma wesprzeć zmianę perspektywy dokonywania oceny działań funkcjonariuszy spółki,

⁵⁰⁵ Uzasadnienie do ustawy z dnia 19 lipca 2019 r. o zmianie ustawy - kodeks spółek handlowych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2019 r., poz. 1655), druk 3236, s. 93.

⁵⁰⁶ Uzasadnienie do ustawy z dnia 9 lutego 2022 r. o zmianie ustawy - kodeks spółek handlowych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2022 r., poz. 807), druk 1515, s. 59.

związanych z ryzykiem z perspektywy retrospektywnej (perspektywy rezultatów) na perspektywę prawidłowości trybu podejmowania decyzji.

Wobec przedmiotowych zmian legislacyjnych na płaszczyźnie polskiego prawa korporacyjnego oraz w oparciu o dokonane we wcześniejszych rozdziałach analizy modelowej koncepcji *business judgment rule* oraz koncepcji i konstrukcji BJR w porządku amerykańskim, a także w porządkach europejskich, należy udzielić odpowiedzi na fundamentalne pytanie: jak należy rozumieć zasadę biznesowej oceny sytuacji uregulowaną w kodeksie spółek handlowych?

W tym celu konieczne jest zbadanie konstrukcji prawnej zasady biznesowej oceny sytuacji oraz funkcji jaką pełni w polskim prawie korporacyjnym. W ustaleniu funkcji polskiej konstrukcji BJR pomocne będzie udzielenie odpowiedzi na pytania: czy znowelizowane przepisy zapewniają członkom zarządu rzeczywistą ochronę na wypadek, gdyby *ex post* okazało się, że decyzja była nietrafna i doprowadziła do wyrządzenia spółce szkody⁵⁰⁷ oraz czy „gwarantują zarządom i dyrektorom odpowiedzialnym za prowadzenie spraw spółki swoistą bezpieczną przystań, tj. wyłączenie odpowiedzialności funkcjonariuszy korporacyjnych za szkody poniesione przez spółkę wskutek błędnych decyzji gospodarczych”⁵⁰⁸? Ze względu na wyznaczone w poprzednich rozdziałach elementy kształtujące konstrukcje *business judgment rule* oraz elementy stanowiące istotę modelowej koncepcji BJR, konieczne jest również wykazanie, czy wdrożenie zasady biznesowej oceny sytuacji do kodeksu spółek handlowych odnosi się wyłącznie do regulacji z art. 293 § 3, 300¹²⁵ § 2 oraz 483 § 3 ksh, czy polską regulację prawną w tym zakresie należy odnieść również do innych przepisów kodeksu spółek handlowych.

Udzielenie odpowiedzi na postawione pytania wymaga przeprowadzenia analizy art. 293 § 3, 300¹²⁵ § 2 oraz 483 § 3 ksh. Szczególnie istotne będzie w tym względzie odniesienie się do pojęć staranności⁵⁰⁹, lojalności⁵¹⁰, działania w granicach

⁵⁰⁷ Ibidem.

⁵⁰⁸ Uzasadnienie do ustawy z dnia 19 lipca 2019 r. o zmianie ustawy - kodeks spółek handlowych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2019 r., poz. 1655), druk 3236, s. 93.

⁵⁰⁹ Szerzej na temat zawodowej staranności zob. np. P. Pinior, Komentarz do art. 209¹ ..., nb. 2; R. Stefanicki, Koncepcja interesu spółki ..., s. 147; wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 29 stycznia 2002 r. K 19/01, Legalis nr 52829; M. Rodzyńkiewicz, Kodeks spółek handlowych..., s. 553; R. Stefanicki, Model staranności ..., s. 698; R. Stefanicki, Obowiązek lojalności ..., s. 25 i przywołana tam literatura. Zob. również wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 25 października 2017 r. I ACa 418/17, Legalis nr 1732997; Ł. Boberek, Granice odpowiedzialności ..., s. 185-206.

⁵¹⁰ Zob. np. R. Stefanicki, Należyta staranność ..., s. 81; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22 października 2009 r., III CZP 63/09, Legalis nr 173471; K. Oplustil, Instrumenty ..., s. 514;

uzasadnionego ryzyka gospodarczego oraz do relacji zachodzących pomiędzy zakresami tych pojęć. Konieczne będzie również zanalizowanie, czym jest „biznesowa ocena sytuacji”, do której odwołano się w uzasadnieniu do nowelizacji kodeksu spółek handlowych oraz, czym jest „działanie w granicach uzasadnionego ryzyka gospodarczego” uregulowane w art. 293 § 3, 300¹²⁵ § 2 oraz 483 § 3 ksh.

Analiza poszczególnych elementów nowej regulacji prawnej pozwoli na dokonanie interpretacji „normatywnego ujęcia wykształconej na gruncie prawa amerykańskiego *business judgment rule*” oraz oceny, czy uregulowana konstrukcja w rzeczywistości pełni funkcję ochronną wobec członków zarządu, która legła u podstaw nowelizacji przepisów kodeksu spółek handlowych. W konsekwencji dokonania powyższej analizy udzielona zostanie również odpowiedź na pytanie, czy nowelizacja kodeksu spółek handlowych w odniesieniu do odpowiedzialności cywilnoprawnej członków zarządu stanowi merytoryczną zmianę dotychczasowej regulacji, czy mimo wprowadzonych zmian, sytuacja członka zarządu podejmującego decyzję biznesową nie uległa zmianie. Oceniając sytuację prawną członka zarządu w sytuacji wystąpienia szkody, zostanie oceniony przede wszystkim wpływ wprowadzonych zmian prawnych na sytuację spółki. Należy bowiem udzielić odpowiedzi na pytanie, czy zasada biznesowej oceny sytuacji stanowi narzędzie wspierające budowanie ładu korporacyjnego w Polsce.

1. Pojęcie staranności wynikającej z zawodowego charakteru działalności (art. 293 § 3, 300¹²⁵ § 2 oraz 483 § 3 ksh)

Zgodnie z art. 293 § 3 oraz 483 § 3 ksh członek zarządu nie narusza obowiązku dołożenia staranności wynikającej z zawodowego charakteru swojej działalności, jeżeli postępując w sposób lojalny wobec spółki, działa w granicach uzasadnionego ryzyka gospodarczego, w tym na podstawie informacji, analiz i opinii, które powinny być w danych okolicznościach uwzględnione przy dokonywaniu starannej oceny. Na marginesie warto wskazać, że w art. 300¹²⁵ § 2 ksh występuje drobna zmiana literalnego brzmienia przepisu względem przytoczonej wyżej regulacji. Norma wyrażona w tym przepisie odwołuje się do obowiązku dołożenia należytej staranności, zamiast do obowiązku dołożenia staranności wynikającej z zawodowego charakteru działalności. Przedmiotowa niespójność wynika z odmiennego ukształtowania art. 300¹²⁵ § 1 ksh, który odnosi się między innymi do szkody wynikłej z „niedołożenia należytej staranności

wynikającej z zawodowego charakteru działalności”. Wobec takiego ukształtowania art. 300¹²⁵ § 1 ksh, nie ma konieczności ponownego odniesienia do zawodowego charakteru działalności w art. 300¹²⁵ § 2 ksh, który odnosi się już jedynie do należytej staranności. Niewątpliwie jest jednak, iż staranność określona jako należyta to taka, która wynika z zawodowego charakteru działalności.

W przytoczonych przepisach można wyodrębnić trzy podstawowe pojęcia wymagające przeprowadzenia szerszej analizy. Jednym z nich jest samo pojęcie staranności wynikającej z zawodowego charakteru działalności. Drugim jest postępowanie w sposób lojalny wobec spółki. Trzecim jest działanie w granicach uzasadnionego ryzyka gospodarczego. O obowiązkach staranności oraz lojalności była już mowa w poprzednim rozdziale. Jednak dotychczasowe rozważania skupiały się wokół charakteru prawnego tych obowiązków. W świetle art. 293 § 3, 300¹²⁵ § 2 oraz 483 § 3 ksh konieczne jest zaś dokonanie analizy relacji zachodzących pomiędzy dołożeniem staranności, dochowaniem lojalności oraz działaniem w granicach uzasadnionego ryzyka gospodarczego. Ukształtowanie tych przepisów wskazuje bowiem, że dochowanie lojalności oraz działanie w granicach uzasadnionego ryzyka gospodarczego stanowią przesłanki, których spełnienie umożliwia przyjęcie, że działanie członka zarządu było staranne w rozumieniu dołożenia zawodowej staranności.

2.1. Obowiązki staranności oraz lojalności

Obowiązki staranności oraz lojalności członków zarządu są obecnie wyodrębnione w art. 209¹, 300⁵⁴ oraz 377¹ ksh. Zgodnie z treścią wskazanych przepisów członek zarządu powinien przy wykonywaniu obowiązków dołożyć staranności wynikającej z zawodowego charakteru swojej działalności oraz dochować lojalności wobec spółki. Przytoczona regulacja wyraża obowiązek działania starannego przy wykonywaniu obowiązków zarządczych wynikających ze sprawowanego w spółce mandatu członka zarządu. Wyznacza ona również poziom wymaganej staranności - staranność zawodową, która ma odpowiadać przedmiotowi działalności oraz okolicznościom konkretnego przypadku⁵¹¹, jak również wskazuje „kierunek lojalności” - lojalność wobec spółki. Przedmiotowa lojalność w najogólniejszym ujęciu odnosi się do podejmowania przez członków zarządu wyłącznie takich działań, które zmierzają

⁵¹¹ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 25 października 2017 r. I ACa 418/17, Legalis nr 1732997.

do realizacji interesu spółki⁵¹². Nie jest możliwe wyczerpujące wskazanie zachowań, które byłyby uznane za staranne czy lojalne. Staranność nie jest zawieszona w próżni i do oceny jej dochowania konieczne jest odniesienie się do okoliczności panujących podczas podejmowania konkretnej aktywności⁵¹³. Podobnie lojalność oceniana jest względem konkretnego podmiotu.

Ukształtowanie treści art. 209¹, 300⁵⁴ oraz 377¹ ksh sugeruje, że staranność oraz lojalność stanowią dwa odrębne obowiązki powiernicze. Tym samym, zakresy pojęć staranności i lojalności winny być przynajmniej częściowo rozłączne. Jednak na gruncie art. 293 § 3, 300¹²⁵ § 2 oraz 483 § 3 ksh dochowanie lojalności względem spółki wydaje się jedną z przesłanek dołożenia staranności wynikającej z zawodowego charakteru działalności członka zarządu. Brzmienie wskazanych przepisów wskazuje zatem, że zakresy pojęć staranności i lojalności krzyżują się. Możliwe jest wyróżnienie następujących postępowań: 1) starannego i lojalnego; 2) lojalnego i niestarannego; 3) nielojalnego i niestarannego. W ocenie ustawodawcy nie ma możliwości, by postępowanie członka zarządu było staranne i nielojalne⁵¹⁴. Należy przychylić się do takiego rozumienia pojęć staranności i lojalności. Wszak postępowanie staranne i nielojalne należy obrazowo przyrównać do sytuacji „strzelenia gola do własnej bramki”. Bez znaczenia pozostaje dołożenie przez członka zarządu należytej staranności, jeżeli nie jest ona ukierunkowana na realizację „należytego interesu” - interesu spółki⁵¹⁵.

Ujęcie obowiązku dochowania lojalności w ramach obowiązku dołożenia staranności w pewnym sensie odbiera temu pierwszemu przymiot samodzielności. Wskazuje bowiem na to, że sąd, oceniając postępowanie menedżera, powinien brać pod uwagę jedynie dołożenie należytej staranności. Nie da się działać starannie i jednocześnie nielojalnie, wobec czego wykazanie sprzeczności z prawem lub

⁵¹² A. Opalski, Odpowiedzialność cywilnoprawna..., s. 1361; R. Stefanicki, Obowiązek lojalności ..., s. 12-15, 25; R. Stefanicki, Koncepcja interesu spółki ..., s. 144, 147.

⁵¹³ R. Stefanicki, Obowiązek lojalności ..., s. 25; wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 25 października 2017 r. I ACa 418/17, Legalis nr 1732997.

⁵¹⁴ Warto przypomnieć, że w odróżnieniu od regulacji polskiej, obowiązki staranności oraz lojalności w porządku amerykańskim stanowią dwa odrębne obowiązki i dwie odrębne przesłanki umożliwiające zastosowanie *business judgment rule*. Naruszenie obowiązku dochowania lojalności na gruncie regulacji amerykańskiej nie implikuje naruszenia obowiązku dołożenia staranności. Uzasadnieniem takiego całkowitego rozdzielenia obowiązków powierniczych jest możliwość wyłączenia przez spółkę odpowiedzialności menedżera za naruszenie obowiązku staranności. Taka możliwość nie istnieje w przypadku obowiązku postępowania lojalnego względem spółki. Umowne wyłączenie, stanowiące mechanizm elastycznego regulowania relacji spółki z członkami zarządu, nie byłoby możliwe, gdyby naruszenie obowiązku lojalności pociągało za sobą jednocześnie naruszenie obowiązku staranności.

⁵¹⁵ W odniesieniu do interesu spółki zob. np. R. Stefanicki, Koncepcja interesu spółki ..., s. 143; A. Opalski, O pojęciu ..., s. 16-23; M. Romanowski, Znaczenie sporu o metodę ..., s. 14; M. Romanowski, Natura spółki ..., s. 73; D. Wiczorkowska, Działanie w interesie ..., s. 1035, 1036.

postanowieniami umowy spółki albo niewykonania, lub nienależytego wykonania obowiązków członka zarządu zawsze sprowadza się do oceny dołożenia przez niego staranności. Postępowanie niestaranne może wynikać: 1) wyłącznie z niedochowania lojalności; 2) zarówno z niedochowania lojalności, jak i innego (niż niedochowanie lojalności) niestaranego postępowania; 3) wyłącznie z innego niestaranego działania lub zaniechania. Postępowanie menedżera jednak nigdy nie będzie uznane za należyte staranne, jeśli jest nielojalne względem spółki.

W kodeksie spółek handlowych dochowanie lojalności względem spółki stanowi jedną z przesłanek umożliwiających ocenę danego postępowania jako należyte staranne. Kwestię kwalifikacji prawnej niedołożenia przez członka zarządu staranności wynikającej z zawodowego charakteru działalności poruszono już w poprzednim rozdziale. Wskazano wówczas, że postępowanie niestaranne wypełnia przesłankę sprzeczności z prawem lub postanowieniami umowy spółki⁵¹⁶. Ciężar jej wykazania spoczywa przy tym na stronie powodowej. Jeśli powód wykaże, że pozwany członek zarządu zachował się nielojalnie, wykaże tym samym, że jego postępowanie było niestaranne, a zatem, że było ono sprzeczne z prawem.

2.2. Działanie w granicach uzasadnionego ryzyka gospodarczego

Drugą przesłanką, umożliwiającą przyjęcie, że działanie członka zarządu było staranne w stopniu wynikającym z zawodowego charakteru jego działalności, jest działanie w granicach uzasadnionego ryzyka gospodarczego. W art. 293 § 3, 300¹²⁵ § 2 oraz 483 § 3 ksh *in fine* uregulowano zaś dodatkowe elementy pozwalające na przyjęcie, że działanie funkcjonariusza spółki mieści się w granicach uzasadnionego ryzyka gospodarczego. Członek zarządu nie narusza obowiązku dołożenia staranności wynikającej z zawodowego charakteru działalności, jeżeli działa w granicach uzasadnionego ryzyka gospodarczego, w tym na podstawie informacji, analiz i opinii, które powinny być w danych okolicznościach uwzględnione przy dokonywaniu starannej oceny.

Analizę obowiązku działania w granicach uzasadnionego ryzyka gospodarczego odnieść należy zatem do następujących czterech elementów: 1) zdefiniowania, czym jest

⁵¹⁶ F. Ostrowski, Komentarz do art. 483 ..., nb. 4; R. Pabis, Komentarz do art. 293 ..., s. 936; T. Szczurowski, Komentarz ..., s. 1304; A. Łatała-Kremer, Odpowiedzialność cywilna ..., s. 91; J. Jankowiak, Charakter prawny polskiego modelu ..., s. 51.

ryzyko gospodarcze; 2) wskazania, czym jest „uzasadnione ryzyko gospodarcze”; 3) wyznaczenia okoliczności implikujących konieczność zastosowania konkretnych narzędzi w postaci: pozyskania informacji, dokonania analiz i zasięgnięcia opinii oraz 4) określenia, czym jest dokonywanie starannej oceny. Dopiero zbadanie powyższych elementów pozwoli na ocenę relacji zachodzącej pomiędzy dołożeniem staranności oraz działaniem w granicach uzasadnionego ryzyka gospodarczego.

2.2.1. Ryzyko gospodarcze

Pojęcie ryzyka nie zostało zdefiniowane przez ustawodawcę w kodeksie spółek handlowych. Wskazówki, jak należy je rozumieć, można odnaleźć w literaturze z zakresu ekonomii. Nawet jednak na płaszczyźnie nauk o ekonomii i zarządzaniu nie wypracowano jednej, wiążącej definicji ryzyka. Jest ono różnie definiowane w zależności od przyjętych kryteriów.

W naukach ekonomicznych ryzyko prawne odnosi się do obowiązywania przepisów mających wpływ na funkcjonowanie podmiotu gospodarczego, jak również do realizacji zawartych umów⁵¹⁷. Z perspektywy prowadzonych rozważań istotne jest jednak zwrócenie szczególnej uwagi na ryzyko występujące w działalności gospodarczej. Regulacja zawarta w art. 293 § 3, 300¹²⁵ § 2 oraz 483 § 3 ksh odnosi się bowiem do „ryzyka gospodarczego”. Pojęcie użyte przez ustawodawcę wydaje się odnosić właśnie do ryzyka występującego w działalności gospodarczej, w ramach którego wyodrębnia się wiele rodzajów ryzyka, między innymi ryzyko finansowe. W ramach ryzyka finansowego można w szczególności wyróżnić wspomniane już ryzyko prawne, ryzyko biznesu, które odnosi się do zmian warunków ekonomicznych prowadzenia działalności gospodarczej oraz ryzyko operacyjne rozumiane jako ryzyko poniesienia straty wynikłej z niewłaściwego funkcjonowania procesów wewnętrznych przedsiębiorstwa lub systemów, jak również niewłaściwego działania ludzi⁵¹⁸. Ryzyko gospodarcze, o którym mowa w kodeksie spółek handlowych należy zatem rozumieć szeroko jako ryzyko związane z prowadzeniem działalności gospodarczej przez spółkę.

W ogólnym ujęciu ryzyko opisywane jest np. jako „stopień prawdopodobieństwa zajścia zdarzeń niezależnych od podmiotu działającego, których nie może on dokładnie

⁵¹⁷ K. Jajuga, *Koncepcja ryzyka i proces zarządzania ryzykiem - wprowadzenie* [w:] K. Jajuga (red.), *Zarządzanie ryzykiem*, Warszawa 2019, s. 20-21.

⁵¹⁸ Ibidem, s. 26, 36, 38.

przewidzieć i którym nie można w pełni zapobiec”⁵¹⁹. Ryzyko jest również przedstawiane w postaci mierzonej odchyleniem standardowym zmienności strumieni przepływów pieniężnych netto⁵²⁰ albo jako mierzoną w kategoriach następstw i prawdopodobieństw możliwość wystąpienia zdarzeń mogących mieć wpływ na osiągnięcie zamierzonych celów⁵²¹.

Pomimo trudności w wypracowaniu jednolitej siatki pojęciowej, w naukach ekonomicznych ukształtowano dwie podstawowe koncepcje ryzyka: 1) negatywną oraz 2) neutralną. Zgodnie z pierwszą z nich, ryzyko jest rozumiane jako zagrożenie - możliwość nieosiągnięcia oczekiwanego efektu. Zgodnie z drugą koncepcją, ryzyko stanowi zarówno zagrożenie, jak i szansę - możliwość uzyskania efektu różniącego się od oczekiwanego efektu⁵²². Podejmując decyzje, należy mierzyć ryzyko z nimi związane i dostosować je do poziomu ryzyka, jakie jest akceptowane w danej organizacji. Akceptowalny poziom ryzyka, inaczej określany jako tzw. „apetyt na ryzyko”, to poziom umożliwiający dalsze funkcjonowanie przedsiębiorstwa bez zagrożenia upadłością. Podejmowanie decyzji prowadzących do osiągnięcia akceptowalnego poziomu ryzyka stanowi efekt przeprowadzonego procesu zarządzania ryzykiem, który odnosi się do następujących etapów: 1) identyfikacji ryzyka; 2) pomiaru ryzyka; 3) sterowania ryzykiem oraz 4) monitorowania i kontroli ryzyka⁵²³. Ryzyko należy zatem odnieść do stanu, w którym nie jest znany rezultat zdarzenia, ale jest znane albo możliwe do oszacowania prawdopodobieństwo realizacji poszczególnych możliwości⁵²⁴. Warto zaakcentować, że od pojęcia ryzyka należy odróżnić pojęcie niepewności, które odnosi się do stanu, w którym zarówno możliwości, jak i szanse wystąpienia tych możliwości, są nieznane⁵²⁵.

Nie można pominąć, iż ryzyko gospodarcze w kodeksie spółek handlowych zostało uregulowane w ramach przepisów odnoszących się do odpowiedzialności członków zarządu za szkodę wyrządzoną spółce. Wobec tego należy je rozpatrywać, stosując negatywną koncepcję ryzyka. Uzasadnione jest odniesienie ryzyka gospodarczego do zagrożenia związanego z nieosiągnięciem oczekiwanych efektów

⁵¹⁹ T. Pszczołowski, *Mała encyklopedia prakseologii i teorii organizacji*, Wrocław 1978, s. 215.

⁵²⁰ D.G. Uyemura, D.R. van Deventer, *Financial risk in banking management: The theory and application of asset and liabilities management*, 1993, s. 17.

⁵²¹ M. Szemraj, *Zarządzanie ryzykiem w jednostce sektora finansów publicznych*, *Biuletyn Finansów Publicznych* 2006/4, s. 4.

⁵²² K. Jajuga, *Koncepcja ryzyka ...*, s. 17-18.

⁵²³ *Ibidem*, s. 20-21.

⁵²⁴ T. Tyszka, T. Zaleśkiewicz, *Racjonalność decyzji. Pewność i ryzyko*, Warszawa 2001, s. 56.

⁵²⁵ *Ibidem*.

działalności przez spółkę, tj. do szkody. Spółka działa przez swoje organy - przez członków zarządu, którzy podejmują określone działania w jej imieniu⁵²⁶. Wobec sprawowanej funkcji, w szczególności prowadzenia spraw spółki, członkowie zarządu zarządzają ryzykiem gospodarczym związanym z funkcjonowaniem spółki. Muszą podejmować decyzje prowadzące do osiągnięcia akceptowalnego poziomu ryzyka, czyli ryzyka nieprzekraczającego poziomu wyznaczonego przez spółkę.

2.2.2. Uzasadnione ryzyko

Ustawodawca w art. 293 § 3, 300¹²⁵ § 2 oraz 483 § 3 ksh nie odniósł się do „akceptowalnego ryzyka gospodarczego”, które stanowi pewnego rodzaju punkt odniesienia dla oceny ryzyka związanego z działalnością spółki, lecz do „uzasadnionego ryzyka gospodarczego”. Prawodawca nie sformułował jednak definicji legalnej, która określałaby, jakie ryzyko jest ryzykiem uzasadnionym. Należy podkreślić, że użyte przez ustawodawcę pojęcie „uzasadniony” może powodować wątpliwości interpretacyjne, dlatego zasadne jest podjęcie próby dokonania pogłębionej analizy, jak należy rozumieć uzasadnione ryzyko gospodarcze uregulowane w kodeksie spółek handlowych. Pomocne w tym względzie jest odniesienie się do dorobków prawa amerykańskiego oraz prawa niemieckiego. Nie zawarto w nich bynajmniej rozstrzygnięcia wątpliwości interpretacyjnych związanych z pojęciem uzasadnionego ryzyka. Mogą one jednak stanowić inspirację, na co zwrócić uwagę i jakie pytania warto zadać, dokonując interpretacji tego pojęcia na płaszczyźnie regulacji polskiej.

W prawie amerykańskim w odniesieniu do *business judgment rule*, poddano szerokiej analizie pojęcia *reasonable* (pol. rozsądne, uzasadnione) oraz *rational*

⁵²⁶ A. Kidyba, Komentarz do art. 38 kc ..., s. 169 i nast.; A. Kidyba, Kodeks spółek handlowych. Komentarz do art. 1-300¹³⁴ ..., s. 824; Z. Kuniewicz, Odpowiedzialność odszkodowawcza ..., s. 13; J. Wróblewski, Teorie osób prawnych ..., s. 69 i nast.; M. Michalski, A. Kidyba (red. naukowa), Spółka akcyjna, wyd. 3 ..., s. 654; A. Klein, Ewolucja instytucji ..., s. 54 i nast.; A. Klein, Charakter prawny organów ..., s. 121 i nast.; A. Opalski, Pojęcie organu ..., s. 21; P. Widerski, Status prawny ..., s. 112; uchwała Sądu Najwyższego z 22 października 2009 r., III CZP 63/09, Legalis nr 173471; wyrok Sądu Najwyższego z 1 grudnia 2022 r., II CSKP 658/22, LEX nr 3559563; wyrok Sądu Najwyższego z 25 listopada 2022 r., II CSKP 246/22, Legalis nr 2899590; wyrok Sądu Najwyższego z 20 lutego 2020 r., IV CSK 546/18, LEX nr 3221519.

(pol. racjonalne)⁵²⁷. Natomiast w prawie niemieckim uregulowano pojęcie decyzji biznesowej (niem. *unternehmerische Entscheidung*), podczas podejmowania której członek zarządu mógł rozsądnie zakładać, że działa na podstawie adekwatnych informacji oraz w interesie spółki (niem. *das Vorstandsmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln*). Poszerzenie analizy polskiej regulacji prawnej o analizę dorobków prawa amerykańskiego oraz prawa niemieckiego pozwoli na dokonanie oceny przesłanki działania w granicach uzasadnionego ryzyka gospodarczego w szerszej perspektywie.

W regulacji amerykańskiej można dostrzec pewne charakterystyki związane z pojęciem „reasonable”⁵²⁸. Po pierwsze, pojęcie to odniesiono do postępowania menedżera, a konkretniej do podejmowanej przez niego decyzji biznesowej. Decyzja biznesowa ma być podjęta w sposób uzasadniony, lecz oceniona pod kątem jej racjonalności⁵²⁹. Pojęcia tego nie odniesiono do ryzyka jako takiego. Ryzyko stanowi

⁵²⁷ Analizy amerykańskich standardów *rationality* oraz *reasonability* zmierzały do podkreślenia roli *business judgment rule* jako standardu oceny odmiennego od standardu postępowania. Rozróżnienie wskazanych standardów jest w pewnym sensie nieintuicyjne. W znakomitej większości przypadków standard oceny będzie identyczny ze standardem postępowania. Jeśli bowiem posłużyć się przykładem normy postępowania: nie zabijaj, ocena przestrzegania tej normy będzie wymagała odpowiedzi na pytanie, czy doszło do zabójstwa. Przykład na gruncie prawa handlowego może stanowić zaś obowiązek zawarty w art. 228 ksh. Przepis ten statuuje, jakie czynności wymagają podjęcia uchwały wspólników. Obowiązek podjęcia uchwały wspólników w sprawie rozpatrzenia i zatwierdzenia sprawozdania zarządu z działalności spółki, sprawozdania finansowego za ubiegły rok obrotowy oraz udzielenia absolutorium członkom organów spółki z wykonania przez nich obowiązków (art. 228 pkt 1 ksh) wyznacza zarówno standard postępowania, jak i standard oceny. Z jednej strony, wskazuje bowiem sposób, w jaki dane działanie powinno być przeprowadzone, tj. sposób rozpatrzenia i zatwierdzenia sprawozdań oraz udzielenia absolutorium - w postaci uchwały wspólników. Z drugiej zaś strony, wyznacza standard kontroli identyczny do standardu postępowania. Kontroli będzie podlegało ustalenie, czy wspólnicy podjęli uchwałę w sprawie rozpatrzenia i zatwierdzenia sprawozdań oraz udzielenia absolutorium. Nie ma pomiędzy tymi dwoma elementami miejsca na kontrolę wykonania obowiązku w oparciu o inny standard oceny.

⁵²⁸ Na różnicę występującą pomiędzy tym, co jest rozsądne/uzasadnione (ang. *reasonable*), a tym, co jest racjonalne (ang. *rational*) z perspektywy amerykańskiej regulacji prawnej wskazał M. A. Eisenberg. Zdaniem tego autora, znacznie łatwiej jest sprostać standardowi racjonalności decyzji niż standardowi jej rozsądnosci, gdyż standard rozsądnosci decyzji stanowi standard postępowania (*standard of conduct*), a standard racjonalności jest standardem oceny (*standard of review*). Standard postępowania oraz standard oceny różnią się od siebie na płaszczyźnie kontroli dołożenia staranności. M. A. Eisenberg wskazał, że w przypadku spełnienia przesłanek *business judgment rule* (podjęcie decyzji biznesowej, pozyskanie koniecznych w danych okolicznościach informacji, podjęcie decyzji w dobrej wierze i przy dochowaniu lojalności wobec spółki), stosowany jest *business judgment standard* (pol. standard oceny biznesowej), zgodnie z którym członek zarządu nie będzie odpowiedzialny za podjętą decyzję biznesową, w wyniku której powstała szkoda, nawet jeśli decyzja biznesowa była nierozsądna, pod warunkiem, że była ona racjonalna. Tym samym, można wskazać, że członek zarządu nie poniesie odpowiedzialności za podjętą decyzję, o ile będzie można ją ocenić jako racjonalną w momencie podjęcia. Zob. M. A. Eisenberg, *The Divergence ...*, s. 442-443.

⁵²⁹ Odróżnienie standardów racjonalności oraz rozsądnosci pełni istotną rolę w amerykańskim prawie korporacyjnym, ponieważ ocena postępowania członka zarządu w oparciu o standard racjonalności zamiast o standard rozsądnosci zapewnia członkowi zarządu większą swobodę w zakresie decyzji obarczonych

wyłącznie jeden z wielu elementów związanych z podejmowaniem decyzji biznesowej. Punktem odniesienia jest decyzja biznesowa i to względem niej należy rozpatrywać staranność wszelkich działań oraz zaniechań, nie zaś względem ryzyka, które jest ściśle związane z podejmowaniem decyzji biznesowych, niemniej stanowi jedynie okoliczność towarzyszącą podejmowanej decyzji. Po drugie, pojęcie „*reasonable*” zestawiono z pojęciem „*rational*”, a nie dokonywano analizy pojęcia „*reasonable*” *per se*. Zestawienie jednego pojęcia z innym przy dokonywaniu analizy wpływa na jej fragmentaryczność i tworzy konkretny punkt odniesienia, nadaje kontekst. Rozpatruje się wówczas jedno pojęcie w odniesieniu do drugiego⁵³⁰. Należy jednak podsumować, że w koncepcji amerykańskiej członek zarządu ma działać rozsądnie, w sposób uzasadniony (standard postępowania), ale sądowa kontrola jego postępowania będzie odnosiła się do oceny czy owo postępowanie było racjonalne, zatem dające się wytłumaczyć (standard oceny).

Pojęciem „*reasonable*” (niem. *vernunftigerweise*; pol. rozsądny) posłużył się również ustawodawca niemiecki, wskazując, że „przy podejmowaniu decyzji biznesowej, członek zarządu mógł rozsądnie zakładać, że działa na podstawie adekwatnych informacji oraz w interesie spółki”⁵³¹.

Regulacja niemiecka jasno również wskazuje, że proces decyzyjny ma być racjonalny w ocenie członka zarządu. Tak ukształtowany przepis § 93 ust. 1 AktG przesądza o sposobie dokonywania oceny sądowej. Sąd ma ocenić, czy okoliczności towarzyszące podejmowaniu decyzji biznesowej umożliwiały członkowi zarządu racjonalne przyjęcie, że działa on na podstawie adekwatnych informacji oraz w interesie spółki. Nie posłużono się przy tym konstrukcją rozróżniającą dwa standardy (postępowania oraz oceny), charakterystyczną dla prawa amerykańskiego, niemniej zwrócono uwagę na element dobrej wiary członka zarządu.

ryzykiem. Decyzja racjonalna stanowi przeciwieństwo decyzji nieracjonalnej. Decyzja nieracjonalna została zaś zdefiniowana jako decyzja rażąco nierozważna i niewytłumaczalna z uwagi na to, że żadna osoba, posiadająca odpowiedni motyw oraz minimalne informacje, by takiej decyzji nie podjęła. Zob. W.T. Allen, *The corporate director's fiduciary duty ...*, s. 307; M.A. Eisenberg, *The Divergence ...*, s. 443.

⁵³⁰ Analizę pojęcia „*reasonable*” należy zatem uznać za niepełną, bowiem ograniczoną do wąskiego kontekstu jedynie w zestawieniu z pojęciem „*rational*”.

⁵³¹ Podobnie do regulacji amerykańskiej, pojęcie „rozsądny” zostało odniesione do podejmowania decyzji biznesowej. Podkreślenia wymaga przy tym, że czym innym jest odniesienie do „podejmowania decyzji biznesowej”, a czym innym odniesienie do „decyzji biznesowej”. Jak już wskazano, „racjonalną decyzję” należy odróżnić od „decyzji racjonalnie podjętej”. Pierwsza uwzględnia przede wszystkim skutek wynikający z podjęcia decyzji, podczas gdy druga uwypukla racjonalność procesu podejmowania decyzji niezależnie od jej skutku.

Treść § 93 ust. 1 AktG, odnosząca się do podejmowania decyzji biznesowej oraz uwzględniająca subiektywną perspektywę członka zarządu, wyklucza pewne ewentualne wątpliwości interpretacyjne w tym zakresie. Członek zarządu ma podjąć decyzję biznesową w taki sposób, by móc racjonalnie przyjąć, że działa na podstawie adekwatnych w danych okolicznościach informacji oraz, że w tych okolicznościach działa w interesie spółki. Niewątpliwie jest zatem, że sąd, dokonując kontroli, musi ograniczyć się do oceny procesu podejmowania decyzji, a nie jej skutków. Przeprowadzona ocena ma zaś odnosić się do subiektywnej racjonalności (racjonalności w ocenie menedżera), wynikającej z konkretnych okoliczności z chwili podejmowania decyzji, a nie z chwili przeprowadzania oceny.

Rozważania odnoszące się do regulacji amerykańskiej oraz niemieckiej pozwalają sformułować kilka wątpliwości w zakresie rozumienia uzasadnionego ryzyka gospodarczego w kodeksie spółek handlowych. Po pierwsze, nie jest oczywiste, czy w kodeksie spółek handlowych ryzyko gospodarcze ma być uzasadnione obiektywnie czy jedynie subiektywnie. Po drugie, nie jest jasne, czy słowo „uzasadniony” samo w sobie należycie wyraża intencję ustawodawcy w odniesieniu do ryzyka gospodarczego. Wszak użycie nomenklatury ekonomicznej uzasadniałoby odniesienie treści art. 293 § 3, 300¹²⁵ § 2 oraz 483 § 3 ksh do „akceptowalnego ryzyka”, zamiast do „uzasadnionego ryzyka”. Po trzecie, wątpliwe jest również, czy „uzasadnienie” odnosi się, zgodnie z literalnym brzmieniem wskazanych przepisów, do ryzyka, czy powinno odnosić się do podjętej przez członka zarządu decyzji biznesowej albo do przeprowadzonego przez niego procesu decyzyjnego. Ponadto, polski ustawodawca posłużył się sformułowaniem „ryzyka gospodarczego”, nie zaś jak np. w regulacji amerykańskiej „ryzyka biznesowego”. Należy zatem rozważyć, czy oba sformułowania mają identyczne znaczenie, czy różnią się od siebie na płaszczyźnie merytorycznej.

Zgodnie z definicją słownikową słowo „uzasadniony” oznacza „oparty na obiektywnych racjach, podstawach”⁵³². Można również wskazać, że uzasadniony to taki, który posiada uzasadnienie, przy czym „uzasadnienie” oznacza zbiór argumentów, motywów, dowodów itp. uzasadniających czyjeś działanie⁵³³. Przytoczone definicje potwierdzają, że pojęcie „uzasadniony” odnosi się do obiektywnego standardu oceny. Pewne działanie, decyzja czy też ryzyko mają być oparte na argumentach nie tylko

⁵³² Hasło: „uzasadniony”, [w:] Słownik Języka Polskiego PWN, [dostęp: <https://sjp.pwn.pl/szukaj/akceptowany.html>].

⁵³³ Ibidem.

w ocenie podmiotu podejmującego określone działanie lub decyzję albo badającego ryzyko, ale w ocenie każdego podmiotu w analogicznych okolicznościach. Przenosząc powyższą definicję na płaszczyznę rozważań odnośnie do staranności członka zarządu wynikającej z zawodowego charakteru jego działalności, należy doprecyzować, że pewne działanie, decyzja, czy też ryzyko mają być oparte na argumentach w ocenie każdego profesjonalnego podmiotu w analogicznych okolicznościach. Profesjonalny podmiot to zaś taki, który posiada pewne zawodowe przymioty, w szczególności: określone kompetencje, wiedzę, umiejętności, doświadczenie⁵³⁴. W literaturze przedmiotu wskazano, że postępowanie menedżera należy zestawić z obiektywnym wzorcem funkcjonariusza zapobiegliwego, racjonalnego, ale niestroniącego od ryzyka⁵³⁵.

Słownik Języka Polskiego wskazuje na subiektywne znaczenie słowa „rozsądny”, które oznacza: „kierujący się rozsądkiem w swoim postępowaniu”, „będący objawem czyjegoś rozsądku”⁵³⁶. Niewątpliwie jest przy tym stwierdzenie, że kierować się można jedynie własnym, nie zaś „cudzym” rozsądkiem⁵³⁷.

Zestawienie pojęć „uzasadniony” oraz „rozsądny” w pewnym stopniu wspiera argumentację obiektywnego charakteru „uzasadnionego postępowania”. Jest to jednak porównanie zaczerpnięte z obcych regulacji prawnych, operujących nieco innymi siatkami terminologicznymi. Wracając na grunt regulacji polskiej, należy odnieść się do wspomnianego już używanego w ekonomii określenia: „akceptowalne ryzyko”. „Akceptowalny” oznacza „możliwy do zaakceptowania”⁵³⁸. Można już intuicyjnie wskazać, że słowo „akceptowalny” odnosi się do subiektywnego standardu, zależnego od oceny konkretnego podmiotu, np. spółki. Dla jednego podmiotu określony poziom

⁵³⁴ Sąd Apelacyjny w Łodzi wskazał w swoich orzeczeniach, że podjęcie się wykonywania obowiązków członka zarządu w sytuacji braku odpowiedniego wykształcenia i wiadomości lub doświadczenia potrzebnego do prowadzenia spraw spółki powinno być kwalifikowane jako naruszenie wymaganej staranności i sumienności - wyrok z dnia 16 kwietnia 2014 r., I ACa 1157/13, Legalis nr 1067291; wyrok z 16 czerwca 2015 r., I ACa 20/15, Legalis nr 1326296; wyrok z dnia 15 stycznia 2016 r., I ACa 1003/15, Legalis nr 1408642.

⁵³⁵ K. Oplustil, *Instrumenty ...*, s. 770-771.

⁵³⁶ Hasło: „rozsądny”, [w:] Słownik Języka Polskiego PWN, [dostęp: <https://sjp.pwn.pl/szukaj/rozsadny.html>].

⁵³⁷ Warto w tym miejscu przypomnieć, że § 93 ust. 1 AktG ujmuje rozsądne założenie działania na podstawie informacji oraz w interesie spółki na płaszczyźnie subiektywnej. Przepis ten wprost stanowi, że to członek zarządu mógł rozsądnie zakładać, iż działa na podstawie adekwatnych informacji oraz w interesie spółki. Subiektywny charakter wzorca uzasadnia nie tylko brzmienie przepisu, ale również użyte przez ustawodawcę niemieckiego pojęcie: „*vernünftigerweise*” (pol. rozsądnie). Prawodawca niemiecki w § 93 ust. 1 AktG wskazał, że członek zarządu ma „rozsądnie zakładać” (niem. *vernünftigerweise annehmen*), nie zaś, że ma „w sposób uzasadniony zakładać” (niem. *begründeterweise annehmen*).

⁵³⁸ Hasła: „uzasadniony”, „akceptowalny”, [w:] Słownik Języka Polskiego PWN, [dostęp: <https://sjp.pwn.pl/szukaj/akceptowany.html>].

ryzyka może być akceptowalny, podczas gdy ten sam poziom ryzyka będzie nie do zaakceptowania w ocenie innego podmiotu, wykazującego mniejszy apetyt na ryzyko.

W świetle przeprowadzonych rozważań należy przyjąć, że pojęcie ryzyka nie ma w kodeksie spółek handlowych swoistego znaczenia, które byłoby odmienne od tego, które zostało wypracowane na płaszczyźnie nauk ekonomicznych. Z tego względu uzasadnione byłoby posłużenie się przez ustawodawcę sformułowaniem „akceptowalnego ryzyka gospodarczego” zamiast „uzasadnionego ryzyka gospodarczego”. Taki wniosek zasługuje jednak na aprobatę tylko, jeśli *a priori* przyjmiemy, że niewątpliwie adekwatnym komponentem treści wskazanej regulacji prawnej jest ryzyko. Jeśli natomiast przyjmiemy za punkt wyjścia inny komponent, tj. uzasadnienie, wówczas odniesienie się przez ustawodawcę do ryzyka, uznamy za nieuzasadnione, a wręcz błędne. Przyjęcie za słuszne odniesienia do akceptowalnego ryzyka, czyli ryzyka akceptowanego przez spółkę, mogłoby z jednej strony prowadzić do niemal absolutnej odpowiedzialności członków zarządu, ponieważ spółka zawsze mogłaby podnosić, że ów członek zarządu przekroczył swoim postępowaniem poziom akceptowalnego przez nią ryzyka. Z drugiej jednak strony, nie można przy dokonywanej analizie pominąć faktu, że członek zarządu prowadzi sprawy spółki i podejmuje decyzje w imieniu i na rzecz spółki, wobec czego spółka ma prawo wskazać granice dopuszczalnego przez nią ryzyka gospodarczego czy biznesowego⁵³⁹.

Krytykę ustawowego sformułowania odnoszącego się do uzasadnionego ryzyka podjął T. Szczurowski. Autor kontestował, że art. 293 § 3, 300¹²⁵ § 2 oraz 483 § 3 ksh w zakresie odnoszącym się do „uzasadnionego ryzyka” zostały niewłaściwie sformułowane, gdyż uzasadnione powinno być działanie funkcjonariusza spółki w warunkach ryzyka, nie zaś samo ryzyko⁵⁴⁰. Do podobnych wniosków skłania również analiza regulacji amerykańskiej oraz niemieckiej, które wprost odnoszą się do decyzji biznesowych (ang. *business judgment*, niem. *unternehmerische Entscheidung*). Przyjmuje się, że ryzyko jest immanentnie związane z podejmowaniem decyzji biznesowych. Z tego względu decyzję biznesową należy rozumieć właśnie jako działanie członka zarządu w warunkach ryzyka, a samo ryzyko, jak już wcześniej wskazano, jako jeden z elementów wymagających zanalizowania przy podejmowaniu decyzji biznesowej. Należy mieć przy tym na względzie, że nie byłoby wystarczające

⁵³⁹ Szerzej na temat „ryzyka gospodarczego” oraz „ryzyka biznesowego” w dalszej części rozprawy.

⁵⁴⁰ T. Szczurowski, Komentarz ..., s. 1301; do tego stanowiska przychylił się również np.: J. Jankowiak, Charakter prawny polskiego modelu ..., s. 54.

ukształtowanie regulacji art. 293 § 3, 300¹²⁵ § 2 oraz 483 § 3 ksh odnoszącej się do „uzasadnionej decyzji biznesowej”, zamiast do „uzasadnionego ryzyka”, bowiem takie sformułowanie (podobnie jak „uzasadnione ryzyko”) nie przenosi punktu ciężkości oceny z oceny skutków na ocenę procesu podejmowania decyzji. Konieczne byłoby zatem odniesienie regulacji kodeksu spółek handlowych do „uzasadnionego procesu podejmowania decyzji biznesowych”. Warto również zaakcentować intencjonalne wskazanie „uzasadnionego procesu podejmowania decyzji biznesowych”, zamiast „uzasadnionego procesu podejmowania decyzji gospodarczych”⁵⁴¹.

Bazując na ogólnych motywach, uzasadniających wdrożenie rozwiązania inspirowanego *business judgment rule* do kodeksu spółek handlowych, warto zwrócić uwagę na zmianę postrzegania biznesowej decyzji menedżerskiej z perspektywy jej skutku na perspektywę procesu decyzyjnego. Podobny zabieg można przeprowadzić zatem w kontekście ryzyka i odnieść „ryzyko” jako takie do „procesu podejmowania ryzyka”. W takim ujęciu, proces podejmowania ryzyka oznacza proces decyzyjny odnoszący się do: 1) podjęcia ryzyka, które jest przeciwstawione przyjęciu postawy zachowawczej; 2) podjęcia konkretnego ryzyka zamiast innego ryzyka, tj. podjęcie decyzji związanej z określonym ryzykiem, zamiast innej decyzji związanej z innym rodzajem lub poziomem ryzyka albo 3) niepodjęcia ryzyka i przyjęcia postawy zachowawczej. Wówczas „uzasadnione ryzyko gospodarcze” należy rozumieć jako „uzasadniony proces podejmowania ryzyka gospodarczego”.

W tym miejscu konieczne jest także wyjaśnienie, jak należy rozumieć pojęcia „ryzyko gospodarcze” oraz „ryzyko biznesowe”. Analiza płaszczyzny ryzyka jest elementem szerszej problematyki, mianowicie rozróżnienia decyzji gospodarczych oraz decyzji biznesowych. Warto nadmienić, że dalsze rozważania odnoszą się jedynie do podejmowania decyzji mieszczących się w granicach menedżerskiego uznania, czy też ujmowanych jako menedżerskie decyzje dyskrecjonalne⁵⁴², zatem nie odnoszą się do decyzji ujmowanych jako decyzje związane⁵⁴³, czyli postępowanie wymagane przepisami prawa czy umowy spółki. Należy bowiem zgodzić się ze stanowiskiem prezentowanym w literaturze przedmiotu, zgodnie z którym rozważania odnoszące się

⁵⁴¹ Rozważania odnośnie do pojęć: „decyzja gospodarcza” oraz „decyzja biznesowa” są przedstawione w dalszej części rozprawy.

⁵⁴² Zob. np. P. Słup, Odpowiedzialność cywilna członków organów wobec prostej spółki akcyjnej (cz. 2), *Przegląd Prawa Handlowego* 2023/3, s. 24.

⁵⁴³ Zob. np. J. Jankowiak, *Charakter prawny polskiego modelu ...*, s. 53.

do ryzyka gospodarczego wykluczają sprzeczność postępowania z prawem lub postanowieniami umowy spółki⁵⁴⁴.

W literaturze przedmiotu nie wskazuje się różnicy pomiędzy decyzjami gospodarczymi oraz decyzjami biznesowymi. Wyrażono stanowisko, zgodnie z którym wszystkie decyzje menedżerskie stanowią decyzje gospodarcze, wobec czego wszystkie zasługują na ochronę wynikającą z regulacji *business judgment rule*⁵⁴⁵. Pojęcia „decyzja gospodarcza” i „decyzja biznesowa” są również stosowane zamiennie⁵⁴⁶. W uzasadnieniu do ustawy z 2019 r. jest mowa o ryzyku gospodarczym⁵⁴⁷, a w uzasadnieniu do ustawy z 2022 r. jest mowa o ryzyku biznesowym⁵⁴⁸. Powyższa rozbieżność sugeruje dwojakiego rodzaju wnioski: 1. zamienne używanie pojęć „ryzyko gospodarcze” oraz „ryzyko biznesowe” albo 2. brak zachowania konsekwencji terminologicznej przy założeniu istnienia dwóch rodzajów ryzyka.

Jednolite postrzeganie decyzji gospodarczych oraz decyzji biznesowych należy uznać za błędne. Można dokonać rozróżnienia pojęć „decyzja gospodarcza” oraz „decyzja biznesowa”, wskazując iż zakresy pojęć „decyzja gospodarcza” oraz „decyzja biznesowa” krzyżują się w taki sposób, że każda decyzja biznesowa jest jednocześnie decyzją gospodarczą, ale nie każda decyzja gospodarcza stanowi decyzję biznesową. Przyjmując słuszność powyższej perspektywy, należy odnieść się do znaczenia słów „biznes” oraz „gospodarka”, „gospodarczy”. Pojęcie „biznes” jest definiowane jako „przedsięwzięcie handlowe lub produkcyjne przynoszące zysk”⁵⁴⁹, podczas gdy „gospodarka” oznacza dysponowanie i zarządzanie czymś, całość mechanizmów i warunków działania podmiotów gospodarczych związana z wytwarzaniem i podziałem dóbr i usług⁵⁵⁰, zaś „gospodarczy” to taki, który dotyczy spraw porządkowych i administracyjnych⁵⁵¹.

⁵⁴⁴ T. Siemiątkowski, Odpowiedzialność ..., s. 183-184; T. Szczurowski, Komentarz ..., s. 1300; P. Słup, Odpowiedzialność cywilna członków organów ... (cz. 2), s. 24.

⁵⁴⁵ Zob. np. F. Ostrowski, Komentarz do art. 483 ..., nb. 9; J. Jankowiak, Charakter prawny polskiego modelu ..., s. 53-54.

⁵⁴⁶ J. Jankowiak, Charakter prawny polskiego modelu ..., s. 53.

⁵⁴⁷ Uzasadnienie do ustawy z dnia 19 lipca 2019 r. o zmianie ustawy - kodeks spółek handlowych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2019 r., poz. 1655), druk 3236, s. 93.

⁵⁴⁸ Uzasadnienie do ustawy z dnia 9 lutego 2022 r. o zmianie ustawy - kodeks spółek handlowych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2022 r., poz. 807), druk 1515, s. 59.

⁵⁴⁹ Hasło: „biznes” [w:] Słownik Języka Polskiego PWN, [dostęp: <https://sjp.pwn.pl/szukaj/biznes.html>].

⁵⁵⁰ Hasło: „gospodarka” [w:] Słownik Języka Polskiego PWN, [dostęp: <https://sjp.pwn.pl/szukaj/gospodarka.html>].

⁵⁵¹ Hasło: „gospodarczy” [w:] Słownik Języka Polskiego PWN, [dostęp: <https://sjp.pwn.pl/szukaj/gospodarczy.html>].

Przytoczone definicje uzasadniają przyjęcie szerokiego rozumienia „decyzji gospodarczej” jako każdej decyzji odnoszącej się do prowadzenia działalności gospodarczej w formie spółki. W konsekwencji przyjęcia takiego ujęcia decyzji gospodarczej, „decyzja biznesowa” to będzie taka decyzja gospodarcza, która oprócz tego, że odnosi się do prowadzenia działalności gospodarczej w formie spółki, ma jeszcze na celu dążenie do generowania zysków oraz szeroko rozumianego rozwoju spółki, a przy tym związana jest z ryzykiem biznesowym wynikającym z możliwości zmaterializowania się negatywnych konsekwencji podjęcia odważnej decyzji zamiast zachowawczej. Przykładem decyzji biznesowej może być chociażby decyzja odnosząca się do wyboru, czy spółka powinna zainwestować w złoto, czy w dzieła sztuki. Przykładem decyzji gospodarczej może być zaś decyzja odnośnie do wyboru kontrahenta oferującego usługi sprzątające. W drugim przykładzie trudno byłoby przyjąć, że decyzja członka zarządu ma charakter biznesowy i wiąże się z wyborem pomiędzy opcją zachowawczą i opcją ryzykowną, a w konsekwencji, że taka decyzja powinna być objęta ochroną regulacyjną. Podobnych przykładów jest wiele. Zakwalifikowanie decyzji o wyborze zmywarek do siedziby spółki czy wyborze dostawcy ekspresów do kawy albo środków higieny (np. mydło, ręczniki papierowe) jako decyzji biznesowych nie wydaje się adekwatne. Niemniej, niewątpliwie są to decyzje, które odnoszą się do spółki i jej funkcjonowania, zatem należy je zakwalifikować jako decyzje gospodarcze.

Trudno wyznaczyć jasną granicę pomiędzy decyzjami gospodarczymi będącymi jednocześnie decyzjami biznesowymi oraz decyzjami gospodarczymi, które nie posiadają przymiotu decyzji biznesowej. Tym, co rozróżnia decyzje gospodarcze od biznesowych, jest rodzaj związanego z nimi ryzyka. Decyzje gospodarcze związane są z ryzykiem gospodarczym, zaś decyzje biznesowe z ryzykiem biznesowym. Należy przy tym podkreślić, że podejmowanie ryzyka biznesowego ma umożliwiać spółkom osiąganie zysków, wprowadzanie innowacji czy podejmowanie działań w nowych obszarach⁵⁵². Kwestie administracyjne, operacyjne zabezpieczające bieżące funkcjonowanie spółki, czy kwestie związane z gospodarowaniem zasobami spółki, mimo że wymagające podjęcia decyzji jako takich oraz związane z określonym ryzykiem, nie powinny być traktowane jako decyzje biznesowe, lecz jako decyzje gospodarcze. Rozróżnienie decyzji gospodarczych odnoszących się do ryzyka gospodarczego oraz decyzji biznesowych odnoszących się do ryzyka biznesowego znajduje uzasadnienie również w naukach

⁵⁵² Uzasadnienie do ustawy z dnia 19 lipca 2019 r. o zmianie ustawy - kodeks spółek handlowych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2019 r., poz. 1655), druk 3236, s. 59.

ekonomicznych, ponieważ w ramach ryzyka występującego w działalności gospodarczej wyróżnia się wiele innych rodzajów ryzyka, w szczególności ryzyko biznesowe, o czym była mowa już wcześniej⁵⁵³.

Ocena ukształtowania treści art. 293 § 3, 300¹²⁵ § 2 oraz 483 § 3 ksh w zakresie działania w granicach uzasadnionego ryzyka gospodarczego powinna zostać dokonana z perspektywy funkcjonalnej, tj. przy uwzględnieniu motywów leżących u podstaw jej uregulowania w kodeksie spółek handlowych. Warto przy tym odnieść ją do następujących elementów: 1) przedmiotu sądowej oceny; 2) perspektywy dokonywania oceny oraz 3) celu dokonywania oceny. Innymi słowy, konieczne jest dokonanie subsumpcji tego, jaki był cel wdrożenia analizowanej regulacji prawnej do tego, co faktycznie zostało poprzez nią uregulowane.

Powyższa analiza zmierzała do udzielenia odpowiedzi na pytanie o przedmiot sądowej oceny. Odnosiła się ona do ryzyka, decyzji gospodarczej, decyzji biznesowej, procesu podejmowania decyzji biznesowej oraz procesu podejmowania ryzyka. Ujęcie obiektywne zostało przeciwstawione ujęciu subiektywnemu, poszukując odpowiedzi na pytanie, realizacji jakiej wartości sprzyja regulacja prawna: 1) czy postępowaniu, które członek zarządu uważał za zmierzające do najpełniejszej realizacji interesu spółki, czy 2) postępowaniu członka zarządu, które nawet wbrew jego najlepszej ocenie, zmierzało do „zrobienia tego, co zrobiłby każdy menedżer w analogicznych okolicznościach”. Prezentując zaś rozważania w szerszym kontekście, należy podsumować, iż zmierzały one do wskazania, jaki jest cel dokonywania sądowej oceny działania w granicach uzasadnionego ryzyka gospodarczego. Odpowiedź na to pytanie jest kluczowa dla zrozumienia konstrukcji prawnej uregulowanej w art. 293 § 3, 300¹²⁵ § 2 oraz 483 § 3 ksh.

Wobec przeprowadzonej analizy można wskazać, że uzasadnione ryzyko należy rozumieć jako uzasadniony proces podejmowania ryzyka. Proces podejmowania ryzyka stanowi swoistą drogę podejmowania decyzji i poprzedza moment podjęcia decyzji, czyli moment podjęcia ryzyka rozumianego jako: podjęcie ryzyka, powzięcie decyzji o niepodjęciu ryzyka albo wybór jednej z dostępnych możliwości działania związanej z określonym rodzajem i poziomem ryzyka. Przed podjęciem ryzyka konieczne jest zebranie danych dotyczących kondycji, oczekiwań i możliwości finansowych czy operacyjnych spółki oraz dokonanie analizy tych danych w kontekście

⁵⁵³ Zob. 2.2.1.

dostępnych scenariuszy postępowania zmierzającej do wyboru scenariusza, z którego realizacją związane będzie określone ryzyko akceptowalne przez spółkę. Wskazane postępowanie poprzedzające podjęcie ryzyka ma być natomiast uzasadnione, co oznacza, że ma być oparte na obiektywnych racjach. Postępowanie to ma być zatem przemyślane, a nie przypadkowe, a członek zarządu nie może ignorować istniejących ryzyk, lecz musi je wziąć pod uwagę i zbadać, jakimi narzędziami mitygowania ryzyka dysponuje spółka i jakiego poziomu ryzyka spółka jest w stanie zaakceptować.

Należy jednak zwrócić uwagę, że element ryzyka powinien odnosić się do ryzyka biznesowego, nie zaś do ryzyka gospodarczego. Konstrukcję „uzasadnionego ryzyka gospodarczego” należy ocenić jako zbyt szeroką względem motywów uzasadniających jej wdrożenie. Nowelizacja przepisów dotyczących odpowiedzialności członka zarządu za szkodę wyrządzoną spółce miała na celu zachęcenie członków zarządu do podejmowania ryzyka biznesowego, które umożliwia spółkom osiąganie zysków, wprowadzanie innowacji czy podejmowanie działań w nowych obszarach, w opozycji do przyjmowania postawy awersji do ryzyka w obawie przed odpowiedzialnością odszkodowawczą w sytuacji, gdy ryzyko się zmaterializuje. Celem regulacji nie było zachęcanie menedżerów do lekkomyślności podczas podejmowania decyzji gospodarczych w bieżących sprawach działalności spółki w przekonaniu, że każda decyzja jest związana z ryzykiem, wobec czego każda decyzja powinna być oceniana przez pryzmat regulacji prawnej odpowiadającej *business judgment rule*. Z tego względu zasadne byłoby oparcie regulacji na ryzyku biznesowym, nie zaś na ryzyku gospodarczym.

Należy również zwrócić uwagę na ryzyko, które ma być uzasadnione. Jak już wskazano, istotne w tym zakresie jest postawienie pytania o rolę, jaką ma pełnić regulacja prawna i jaki ma mieć wpływ na postępowanie członków organów i w konsekwencji na funkcjonowanie spółki. Czy ma ona skłaniać członka zarządu do podjęcia określonej decyzji, bo taką decyzję podjąłby każdy inny menedżer w podobnych okolicznościach, czyli decyzji uzasadnionej, czy ma jednak skłaniać menedżera do podjęcia decyzji, która zgodnie z jego najlepszą wiedzą i doświadczeniem zawodowym byłaby najkorzystniejsza dla spółki.

Nie można pominąć, iż członka zarządu ze spółką łączy więź oparta na zaufaniu. Spółka wybiera członka zarządu, kierując się, między innymi, jego wiedzą, doświadczeniem i umiejętnościami w roli menedżera. Członek zarządu ma prowadzić sprawy spółki w jak najlepszym jej interesie. Aby działać lojalnie, menedżer powinien

posiadać swobodę decyzyjną, jednak nie tylko taką, która przejawia się na płaszczyźnie jego działania, ale również taką, która znajdzie odzwierciedlenie na płaszczyźnie ewentualnej sądowej oceny jego postępowania. Swoboda decyzyjna ograniczona do momentu podejmowania decyzji jest iluzoryczna w obliczu sądowej oceny dokonywanej miarą „każdego innego profesjonalisty” w podobnych okolicznościach.

Miarą sukcesu może być postępowanie w sposób, w jaki inni by nie postąpili. Z tego względu słusznym byłoby dokonywanie sądowej oceny menedżerskiej decyzji w sposób bardziej subiektywny, uwzględniający ocenę sytuacji dokonaną przez członka zarządu, w oparciu o jego najlepszą wiedzę oraz doświadczenie, a zatem przez pryzmat dobrej wiary⁵⁵⁴. Istotne byłoby wówczas zbadanie, czy członek zarządu mógł racjonalnie zakładać, że jego postępowanie jest uzasadnione, czyli oparte na adekwatnych do okoliczności podstawach, informacjach, analizach, opiniach, a zatem czy jego postępowanie znamionuje dobra wiara. Ciężar dokonywanej sądowej oceny przesuwają się wówczas w stronę poszukiwania elementów wykazujących działanie w dobrej wierze, zamiast poszukiwania schematu działania, który byłby zastosowany przez każdego menedżera w danych okolicznościach. Można sobie wszak wyobrazić sytuację, w której członek zarządu dochowa wymaganej staranności, pozyskując informacje, wnikliwie je analizując i postępując lojalnie wobec spółki, ale proces jego decyzji odbiegałby od procesu decyzyjnego, jaki zastosowałby każdy inny menedżer w analogicznej sytuacji. Zastosowanie odmiennego od „wzorcowego” procesu decyzyjnego, czyli zestawienie i analiza innych informacji niż „ogólnie uznawane za adekwatne w danych okolicznościach” wynikałoby nie z braku staranności czy braku wiedzy, ale z ponadprzeciętnego doświadczenia zawodowego, które w dobrej wierze podpowiadałoby zastosowanie odważnego, ale jednocześnie nietuzinkowego podejścia. Wszak, jakie znaczenie miałoby dołożenie staranności przy podejmowaniu decyzji, polegającej na zebraniu i wnikliwej analizie informacji, jeśli ich ocena menedżerska byłaby dokonana w sprzeczności z najlepszą wiedzą doświadczonego decydenta.

Regulacja prawna powinna wspierać nie tylko przemyślane i odważne postępowania menedżerów, ale również takie, które są dodatkowo innowacyjne lub nietuzinkowe. Pozyskiwanie informacji, analiz i opinii w sposób niemal rzemieślniczy, niewątpliwie będzie wypełniało znamiona starannego procesu decyzyjnego i może doprowadzić do satysfakcjonujących rezultatów, niemniej proces decyzyjny

⁵⁵⁴ W tym kierunku P. Słup, Odpowiedzialność cywilna członków organów ... (cz. 2), s. 24-25.

przeprowadzony w sposób błyskotliwy, wręcz zaskakujący, może doprowadzić do niespodziewanego sukcesu, który byłby poza zasięgiem w przypadku podjęcia bardziej zachowawczej decyzji. Zamiast kształtować przepis wymagający stworzenia miernika wskazującego, jakie informacje, analizy i opinie powinny być w danych okolicznościach uwzględnione, należałoby odnieść informacje, analizy i opinie do przekonania członka zarządu o ich adekwatności w określonych okolicznościach.

2.2.3. Działanie na podstawie informacji, analiz oraz opinii

Rozważania odnoszące się do działania w granicach uzasadnionego ryzyka gospodarczego należy uzupełnić o analizę działania na podstawie informacji, analiz i opinii, które powinny być w danych okolicznościach uwzględnione przy dokonywaniu starannej oceny. Zgodnie z treścią art. 293 § 3, 300¹²⁵ § 2 oraz 483 § 3 ksh, członek zarządu nie narusza obowiązku dołożenia staranności wynikającej z zawodowego charakteru swojej działalności, jeżeli (...) działa w granicach uzasadnionego ryzyka gospodarczego, w tym na podstawie informacji, analiz i opinii, które powinny być w danych okolicznościach uwzględnione przy dokonywaniu starannej oceny. Mimo że przy dokonaniu pobieżnej oceny, mogłoby się wydawać, iż przytoczony przepis jest zrozumiały i wręcz nie wymaga przeprowadzenia szerszych rozważań, to jednak może stanowić źródło trudności interpretacyjnych. Analizie należy poddać następujące dwa elementy: 1) powinność uwzględnienia informacji, analiz i opinii w zależności od okoliczności oraz 2) sformułowanie zawarte *in fine* art. 293 § 3, 300¹²⁵ § 2 oraz 483 § 3 ksh: „przy dokonywaniu starannej oceny”.

Najistotniejszy element analizy „działania na podstawie informacji, analiz i opinii, które powinny być w danych okolicznościach uwzględnione” pozornie stanowią wymienione przez ustawodawcę informacje, analizy i opinie. Kluczowym elementem jest jednak odniesienie do okoliczności, ponieważ to one każdorazowo wyznaczają, jakie informacje, jakie analizy i jakie opinie powinny być uwzględnione.

Wskazanie, jak należy rozumieć informacje, analizy i opinie nie stwarza wielu trudności. Pomimo braku zdefiniowania tych pojęć przez ustawodawcę, już intuicyjnie można wskazać, co oznaczają. Informacjami są wszelkie przekazywane treści niezależnie od nośnika: dane (np. liczbowe, statystyczne), wskazówki, wiadomości czy komunikaty. Informacje należy zatem odnieść do wszystkiego, co w jakikolwiek sposób zwiększa wiedzę podmiotu informowanego, wpływa na rozumienie rzeczywistości czy rozwija

umiejętności. Jest to pojęcie charakteryzujące się bardzo dużym poziomem ogólności. Ustawodawca w żaden sposób nie starał się przypisać temu słowu swoistego znaczenia. Odnosząc się do analiz, można posłużyć się definicją słownikową, zgodnie z którą „analiza” oznacza rozpatrywanie jakiegoś problemu, zjawiska z różnych stron w celu jego zrozumienia lub wyjaśnienia, jak również wyjaśnienie lub opis, będące wynikiem takiego rozpatrywania⁵⁵⁵. Przeprowadzenie analizy należy uznać za czynność następczą, dokonywaną po zebraniu informacji, które owej analizie można poddać. Przeprowadzenie analizy wymaga pewnego substratu, który stanowią informacje. Ostatnim elementem wskazanym w art. 293 § 3, 300¹²⁵ § 2 oraz 483 § 3 ksh są opinie. Wydaje się, że opinia jest najbardziej zaawansowaną formą przekazu spośród wymienionych przez ustawodawcę. Najpierw bowiem konieczne jest pozyskanie informacji, by móc dokonać ich analizy, na podstawie której będzie można sformułować opinię. Jak słusznie zasygnalizował R. Szyszko, złożoność problematyki i konieczność jej bardzo dobrego rozumienia oraz wyciągania adekwatnych wniosków wymagają, by opinie były sporządzane przez specjalistów w danym zakresie⁵⁵⁶.

Ustawodawca nie zdefiniował pojęć: informacja, analiza, opinia. Wskazał jednak, że chodzi o informacje, analizy oraz opinie, które powinny być w danych okolicznościach uwzględnione. Treść ukształtowanej regulacji zawęża katalog informacji, analiz i opinii do takich, które są adekwatne do okoliczności. Podkreślenie roli okoliczności powoduje, że nie da się sformułować jednolitego miernika wyznaczającego tzw. „drzewko decyzyjne”, czyli schemat postępowania w konkretnym przypadku. Podejmowanie decyzji biznesowych charakteryzuje się dużą dynamiką i różnorodnością okoliczności, nie jest możliwe posługiwanie się utrwalonym schematem.

Dokonywanie oceny przez pryzmat okoliczności jest słusznym podejściem, niemniej może stwarzać trudności na płaszczyźnie dokonywania sądowej oceny, czy członek zarządu zebrał właśnie te informacje, analizy, opinie, które powinien. Z jednej strony, niewątpliwe i ze wszech miar słuszne jest stwierdzenie, że sąd powinien dokonywać oceny postępowania menedżera *ex ante*, a nie *ex post*⁵⁵⁷. Wiadomo ponadto, że dokonując sądowej oceny postępowania przy posiadanej wiedzy na temat jego konsekwencji, występuje tzw. zjawisko wiedzy po fakcie, które wpływa na skłonność

⁵⁵⁵ Hasło: „analiza” [w:] Słownik Języka Polskiego PWN, [dostęp: <https://sjp.pwn.pl/szukaj/analiza.html>].

⁵⁵⁶ R. Szyszko, Komentarz do art. 293 ksh, [w:] Grupa spółek. Zmiany towarzyszące (corporate governance, business judgment rule). Komentarz, Warszawa 2023, nb. 45.

⁵⁵⁷ Zob. np. P. Słup, Odpowiedzialność cywilna członków organów ... (cz. 2), s. 22.

do uznawania, że konsekwencje były do przewidzenia, że dało się ich uniknąć, że okoliczności bezspornie wskazywały, iż negatywny skutek podjętej decyzji wystąpi⁵⁵⁸. Nasuwa się wobec tego pytanie, jak ocenić, które informacje, analizy i opinie powinny być zebrane przed podjęciem decyzji, dokonując oceny *ex post*. Innymi słowy, na jakiej podstawie należy dokonać oceny, czy menedżer pozyskał wszystkie informacje, analizy i opinie, które powinien pozyskać w sytuacji, gdy nie istnieje żaden miernik wskazujący, jakie informacje, analizy i opinie były w danych okolicznościach konieczne. Wykreowanie miernika *ex post*, w momencie, gdy znane są konsekwencje działania, który miałby być adekwatny do okoliczności z chwili podejmowania decyzji, stwarza bardzo duże ryzyko, że miernik ten zostanie zawyżony. Trudno bowiem stworzyć punkt odniesienia do oceny, czy pozyskano wszystkie niezbędne informacje, analizy i opinie, tworząc go w zupełnie innych okolicznościach i dodatkowo przy znajomości konsekwencji podjętej decyzji.

Problem interpretacyjny regulacji zawartej w art. 293 § 3, 300¹²⁵ § 2 oraz 483 § 3 ksh nie kończy się jednak na niejasnym odniesieniu do informacji, analiz i opinii, które powinny być uwzględnione w danych okolicznościach. Wskazane informacje, analizy i opinie powinny być w danych okolicznościach uwzględnione przy dokonywaniu starannej oceny. Jedynie na marginesie należy wskazać, że w przytoczonym przepisie nie zawarto odniesienia, czego ma dotyczyć owa staranna ocena; czy ma to być staranna ocena sytuacji, czy pozyskanych informacji, czy może alternatywnych decyzji? Kolejny problem interpretacyjny pojawia się przy przyjęciu szerszej perspektywy, obejmującej całą jednostkę redakcyjną, czyli art. 293 § 3, 300¹²⁵ § 2 oraz 483 § 3 ksh. Można dojść wówczas do wniosku, że: „członek zarządu nie narusza obowiązku dołożenia staranności (...) przy dokonywaniu starannej oceny”. Przytoczone art. 293 § 3, 300¹²⁵ § 2 oraz 483 § 3 ksh są niewłaściwie sformułowane, gdyż stanowią, że członek zarządu nie narusza obowiązku dołożenia staranności, jeśli dokona starannej oceny. W przedmiotowym zakresie mamy do czynienia z niepotrzebnym pleonazmem, którego można byłoby uniknąć poprzez zmianę treści przepisów polegającą na usunięciu sformułowań: „przy dokonywaniu starannej oceny”. Nie ma bowiem potrzeby odwoływania się do informacji, analiz i opinii, które powinny być uwzględnione przy dokonywaniu starannej oceny w sytuacji, gdy cały przepis odnosi się do dołożenia staranności. Jasne jest w tym względzie, że skoro członek zarządu ma działać starannie,

⁵⁵⁸ Zob. np. S.M. Bainbridge, *The Business Judgment Rule ...*, s. 114.

to ma zatem pozyskać informacje, analizy oraz opinie, które umożliwią owo staranne działanie. Wobec tego, wydaje się, że „staranna ocena” ma dotyczyć całokształtu procesu decyzyjnego, którego dokonuje członek zarządu. Menedżer ma działać starannie, czyli starannie pozyskać informacje, analizy i opinie, które umożliwią mu dokonanie starannej oceny możliwości realizacji planów spółki w konkretnych okolicznościach. Hiperbolizacja staranności zawarta *in fine* analizowanych przepisów nie jest jednak zabiegiem koniecznym, przeciwnie, jedynie komplikuje dostatecznie zawiły przepis.

2.3. Przesłanki dołożenia staranności wynikającej z zawodowego charakteru działalności

Zgodnie z art. 293 § 3, 300¹²⁵ § 2 oraz 483 § 3 ksh, członek zarządu nie narusza obowiązku dołożenia staranności wynikającej z zawodowego charakteru działalności, jeżeli łącznie spełnia następujące przesłanki: 1) postępuje w sposób lojalny wobec spółki; 2) działa w granicach uzasadnionego ryzyka gospodarczego. Przytoczona regulacja prawna została ukształtowana w sposób negatywny, wskazujący, kiedy nie dochodzi do naruszenia obowiązku dołożenia staranności. Została ponadto zamieszczona w kodeksie spółek handlowych w rozdziałach dotyczących odpowiedzialności cywilnoprawnej. Takie umiejscowienie w akcie prawnym oznacza, że intencją ustawodawcy nie było nałożenie dodatkowych, szczegółowych obowiązków na członków zarządu, lecz wskazanie kryteriów, jakie powinny być brane pod uwagę przy dokonywaniu oceny, czy menedżer wywiązał się z obowiązku dołożenia zawodowej staranności wynikającego z istoty stosunku członkostwa w zarządzie i doprecyzowanego w art. 209¹, 300⁵⁴ oraz 377¹ ksh.

Opierając się na rozważaniach przeprowadzonych w poprzednim rozdziale, należy wskazać, że naruszenie obowiązku dołożenia staranności wynikającej z zawodowego charakteru działalności nie może być uznane za prowadzenie spraw spółki, wobec czego stanowi postępowanie sprzeczne z prawem w myśl art. 293 § 1, 300¹²⁵ § 1 oraz 483 § 1 ksh⁵⁵⁹ albo niewykonanie lub nienależyte wykonanie obowiązków zarządczych zgodnie z art. 300¹²⁵ § 1 ksh. Stroną procesową, która ma wykazać postępowanie sprzeczne z prawem lub postanowieniami umowy spółki albo niewykonanie, lub nienależyte wykonanie obowiązków zarządczych, zatem naruszenie

⁵⁵⁹ R. Pabis, Komentarz do art. 293 ..., nb. 6; J. Jankowiak, Charakter prawny polskiego modelu ..., s. 51.

obowiązku dołożenia staranności oraz szkodę i adekwatny związek przyczynowy pomiędzy postępowaniem oraz szkodą, jest powód⁵⁶⁰ - spółka albo wspólnik (w spółce akcyjnej - akcjonariusz, zaś w prostej spółce akcyjnej - akcjonariusz lub osoba, której służy inny tytuł uczestnictwa w zyskach lub podziale majątku - art. 295 § 1, 300¹²⁷ § 1 oraz 486 § 1 ksh). Jeśli strona powodowa wykaże sprzeczność z prawem lub postanowieniami umowy spółki albo niewykonanie, lub nienależyte wykonanie obowiązków przez menedżera, wówczas jego wina będzie domniemana⁵⁶¹. Żeby uwolnić się od odpowiedzialności, członek zarządu będzie musiał wykazać, że nie można mu przypisać winy, a zatem, że nie można mu zarzucić niestaranego postępowania albo że szkoda spółki jest następstwem okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności⁵⁶².

Rozkład ciężaru dowodu wskazany powyżej nie oznacza jednak, że członek zarządu musi przyjąć bierną postawę procesową, podczas gdy strona powodowa stara się wykazać jego bezprawne postępowanie⁵⁶³. Pozwany członek zarządu może bronić się także (wręcz powinien) przed zarzutem postępowania sprzecznego w prawem lub postanowieniami umowy spółki albo niewykonania, lub nienależytego wykonania obowiązków, dowodząc że jego postępowanie stanowiło wypełnienie obowiązków menedżerskich i było staranne. Aby jednak wskazać, jakie działania mogą podjąć strony procesowe i jakie mogą mieć one skutki, należy poddać analizie art. 293 § 3, 300¹²⁵ § 2 oraz 483 § 3 ksh pod kątem tego, jaki charakter mają: 1) postępowanie w sposób lojalny wobec spółki oraz 2) działanie w granicach uzasadnionego ryzyka gospodarczego. Konieczne jest więc udzielenie odpowiedzi na pytanie: jakie będą skutki wykazania, że członek zarządu nie działał lojalnie albo przekroczył granice uzasadnionego ryzyka gospodarczego?

Postępowanie w sposób lojalny wobec spółki oraz działanie w graniach uzasadnionego ryzyka gospodarczego, o których mowa w art. 293 § 3, 300¹²⁵ § 2 oraz

⁵⁶⁰ B. Kucharski, *Business judgment rule* ..., s. 51.

⁵⁶¹ Ibidem, s. 51, 52.

⁵⁶² M. Wawer, *Komentarz do art. 300¹²⁵ ..., nb. 2.*

⁵⁶³ Nie należy w tym względzie pominąć możliwości skorzystania przez sąd z domniemania faktycznego, tj. art. 231 kpc, zgodnie z którym sąd może uznać za ustalone fakty mające istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, jeżeli wniosek taki można wyprowadzić z innych ustalonych faktów. Szerzej na temat domniemań faktycznych zob. np. E. Rudkowska-Ząbczyk, *Komentarz do art. 231 kpc*, [w:] E. Marszałkowska-Krześ, I. Gil (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*. wyd. 35, Warszawa 2024, Legalis; Wyrok Sądu Najwyższego z 11 grudnia 2007 r., I PK 157/07, Legalis nr 97648; Wyrok Sądu Najwyższego z 30 marca 2000 r., III CKN 811/98, Legalis nr 362265. Domniemanie faktyczne jest określane jako „rozumowanie sędziego oparte na wiedzy i doświadczeniu”. Zob. np. J. Paszkowski, *Komentarz do art. 231 kpc*, [w:] T. Szanciło (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*. Art. 1–458¹⁶. Tom I. wyd. 2, Warszawa 2023, Legalis, nb. 6.

483 § 3 ksh można postrzegać w sposób następujący: 1) jako podstawy domniemania dołożenia staranności wynikającej z zawodowego charakteru działalności⁵⁶⁴ albo 2) jako przesłanki, których spełnienie pozwala przyjąć, że członek zarządu działał ze starannością wynikającą z zawodowego charakteru działalności⁵⁶⁵. Opowiedzenie się za jedną z powyższych możliwości jest znamienne w skutkach, ponieważ istotnie zmienia sytuację menedżera w przypadku wykazania, że działał nielojalnie lub z przekroczeniem granic uzasadnionego ryzyka gospodarczego.

Na wstępie należy zaznaczyć, że zarówno przy przyjęciu perspektywy przesłanek, jak i przy przyjęciu perspektywy podstawy domniemania, mamy do czynienia z uszczegółowieniem miernika staranności⁵⁶⁶. Jak już wspomniano, ustawodawca uwzględnił poziom skomplikowania transakcji biznesowych dokonywanych przez spółki kapitałowe i złożoność procesów z nimi związanych, wskazując, że wobec takiej kompleksowości działalności spółek konieczne jest uwzględnienie ryzyka gospodarczego związanego z działaniami podejmowanymi na rynku. Regulacją prawną odzwierciedlającą powyższe stwierdzenie jest właśnie doprecyzowanie miernika zawodowej staranności wskazanego w art. 209¹ § 1, 377¹ § 1 oraz 300⁵⁴ ksh⁵⁶⁷ o elementy uregulowane w art. 293 § 3, 300¹²⁵ § 2 oraz 483 § 3 ksh⁵⁶⁸.

Zgodnie z art. 355 § 1 kc, dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). W art. 355 § 2 kc uregulowano zaś miernik zawodowej staranności, wskazując, że należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Wobec dużego poziomu skomplikowania transakcji biznesowych zawieranych przez spółki i związanego z nimi ryzyka, ustawodawca dostrzegł potrzebę doprecyzowania miernika zawodowej staranności członków zarządu spółki o elementy wpływające na mitygowanie ryzyka wystąpienia szkody. W taki sposób ustawodawca podkreślił znaczenie lojalności oraz działania w granicach uzasadnionego ryzyka gospodarczego jako elementów wpływających pozytywnie na funkcjonowanie spółki. Elementy te nie mitygują bynajmniej możliwości zmaterializowania się ryzyka związanego z konkretną decyzją

⁵⁶⁴ Zob. np. A. Łatała-Kremer, *Odpowiedzialność cywilna* ..., s. 122; P. Pinior, *Komentarz do art. 209¹ ...*, nb. 3.

⁵⁶⁵ Za takim ujęciem wydaje się opowiadać: R. Szyszko, *Komentarz do art. 293 ...*, nb. 37,52.

⁵⁶⁶ *Ibidem*, nb. 2, 4.

⁵⁶⁷ R. Pabis, *Komentarz do art. 293 ...*, nb. 4. Por. również P. Słup, *Odpowiedzialność cywilna członków organów ...* (cz. I), s. 28.

⁵⁶⁸ R. Szyszko, *Komentarz do art. 293 ...*, nb. 2, 4.

biznesową, ale zmniejszają niebezpieczeństwo podjęcia przez członka zarządu decyzji bez należytego rozeznania. Taki zabieg ustawodawcy nie oznacza, że z uregulowania miernika zawodowej staranności należy wyinterpretować obowiązki powiernicze wynikające z istoty stosunku członkostwa w zarządzie spółki, ale ma na celu wyeliminowanie rozbieżności interpretacyjnych poprzez doprecyzowanie, jak należy rozumieć zawodową staranność w przypadku decyzji biznesowych podejmowanych przez członków zarządu spółki.

Uszczegółowienie miernika zawodowej staranności zawarte w art. 293 § 3, 300¹²⁵ § 2 oraz 483 § 3 ksh może być rozumiane dwojako: jako wskazanie przesłanek, których spełnienie pozwala przyjąć, że członek zarządu działał ze starannością wynikającą z zawodowego charakteru działalności albo jako podstawy domniemania dołożenia staranności wynikającej z zawodowego charakteru działalności. Należy przy tym podkreślić, że opowiedzenie się za słusnością podejścia opartego na domniemaniu, wprost nawiązuje do dorobku prawa niemieckiego⁵⁶⁹.

Za rozumieniem art. 293 § 3, 300¹²⁵ § 2 oraz 483 § 3 ksh jako pełniących funkcję domniemań opowiedziała się A. Łatała-Kremer, wskazując, że „zasada biznesowej oceny sytuacji opisuje, jak powinien zachować się członek organu, aby sąd nie badał merytorycznej treści decyzji”. Zdaniem autorki, menedżer, aby „skorzystać z bezpiecznej przystani”, powinien podjąć decyzję gospodarczą zgodną z prawem, działać starannie oraz lojalnie. Jak wskazuje, do przesłanek zastosowania zasady biznesowej oceny sytuacji należy zaliczyć zarówno postępowanie staranne, jak i lojalne. Postępowanie staranne odnosi zaś do działania na podstawie adekwatnych informacji. Wobec takiego rozumienia przesłanek zastosowania zasady biznesowej oceny sytuacji, autorka wyraża wątpliwość co do sformułowania art. 483 § 3 ksh (analogicznie art. 293 § 3 oraz art. 300¹²⁵ § 2 ksh). Jej zdaniem przepis ten powinien odnosić się nie tylko do tego, że „członek zarządu nie narusza obowiązku dołożenia staranności wynikającej z zawodowego charakteru swojej działalności”, ale powinien mieć następujące brzmienie: „członek zarządu nie narusza obowiązków dołożenia staranności wynikającej z zawodowego charakteru swojej działalności oraz lojalności (...)”⁵⁷⁰. Przedstawione stanowisko wskazuje na pominięcie przez A. Łatałę-Kremer godnej aprobaty intencji ustawodawcy, by obowiązek lojalności był rozpatrywany jako mieszczący się w obowiązku staranności.

⁵⁶⁹ Przyjmuje się, iż § 93 ust. 1 zd. 2 AktG pełni funkcję domniemania dołożenia staranności.

⁵⁷⁰ A. Łatała-Kremer, Odpowiedzialność cywilna ..., s. 121-122.

Warto zaakcentować, że nie ma praktycznego znaczenia różnica w pojmowaniu obowiązków staranności oraz lojalności albo jako 1) dwóch odrębnych obowiązków powierniczych albo 2) rozumienie ich w taki sposób, że nie da się działać starannie, jednocześnie działając nielojalnie, bowiem w szerszej perspektywie, zarówno staranność jak i lojalność, są obowiązkami mającymi źródło w stosunku członkostwa w organie spółki, a regulacja art. 293 § 3, 300¹²⁵ § 2 oraz 483 § 3 ksh podkreśla jedynie, że nie można rozpatrywać wypełnienia obowiązku dołożenia staranności, jeśli postępowanie menedżera jest nielojalne, bowiem wówczas wprawdzie mamy do czynienia ze starannością, ale nie w interesie spółki.

Istotnym elementem w prezentowanych przez A. Łatałę-Kremer rozważaniach jest jednak nie samo rozłączne traktowanie obowiązków staranności i lojalności, ale przyjęcie jako punktu wyjścia do rozważań zasady biznesowej oceny sytuacji i potraktowanie obowiązków staranności i lojalności jako przesłanek umożliwiających jej zastosowanie, podczas gdy treść regulacji prawnej zawarta w art. 293 § 3, 300¹²⁵ § 2 oraz 483 § 3 ksh nie pozwala na tak daleko idące wnioski⁵⁷¹. Punktem odniesienia na gruncie art. 293 § 3, 300¹²⁵ § 2 oraz 483 § 3 ksh jest dołożenie staranności, nie zaś zasada biznesowej oceny sytuacji, którą A. Łatała-Kremer wyinterpretowała, sugerując się tym, jaki kształt powinna mieć zasada biznesowej oceny sytuacji inspirowana amerykańską *business judgment rule*, a nie tym, jak została ukształtowana polska regulacja prawna oraz tym, czy treść polskich przepisów pozwala na przyjęcie perspektywy *business judgment rule*.

Interpretacja postępowania lojalnego wobec spółki oraz działania w granicach uzasadnionego ryzyka, o których mowa w art. 293 § 3, 300¹²⁵ § 2 oraz 483 § 3 ksh, jako podstaw domniemania dołożenia staranności sprowadza się do identycznych konkluzji, jak przyjęcie, że elementy te stanowią przesłanki dołożenia staranności w przypadku, gdy menedżer działał lojalnie i w granicach ryzyka. Jeśli natomiast postępowanie członka zarządu nie było lojalne względem spółki lub działał on z przekroczeniem granic uzasadnionego ryzyka gospodarczego, wówczas konsekwencje przyjęcia, że art. 293 § 3, 300¹²⁵ § 2 oraz 483 § 3 ksh pełnią funkcje domniemań, są zupełnie inne niż przyjęcia, że lojalność i działanie w granicach ryzyka są przesłankami pozwalającymi na uznanie, że członek zarządu postąpił starannie.

⁵⁷¹ Szerzej na ten temat w dalszej części rozważań.

Przyjęcie, że postępowanie w sposób lojalny wobec spółki oraz działanie w granicach uzasadnionego ryzyka gospodarczego, o których mowa w art. 293 § 3, 300¹²⁵ § 2 oraz 483 § 3 ksh należy postrzegać jako podstawy domniemania dołożenia staranności wynikającej z zawodowego charakteru działalności, umożliwiające „skorzystanie z bezpiecznej przystani”, prowadzi do konstatacji, że niewypełnienie przez członka zarządu przesłanek *business judgment rule* nie prowadzi do nałożenia na niego odpowiedzialności na podstawie art. 483 § 1 ksh (analogicznie również art. 293 § 1 oraz art. 300¹²⁵ § 1 ksh)⁵⁷². Niespełnienie przesłanek *business judgment rule* prowadzi do podjęcia przez sąd merytorycznej oceny decyzji powziętej przez członka zarządu⁵⁷³.

Nie można zgodzić się z powyższym stanowiskiem. Należy wskazać, że nielojalne postępowanie członka zarządu względem spółki lub działanie z przekroczeniem granic uzasadnionego ryzyka gospodarczego wyczerpuje przesłanki braku dołożenia staranności, wynikającej z zawodowego charakteru działalności. Jeśli członek zarządu podjął decyzję, która nie leżała w najlepszym interesie spółki lub decyzję niepoprzedzoną wymaganiem w danych okolicznościach rozeznaniem, tj. pozyskaniem informacji, analiz czy opinii, wówczas należy jego postępowanie uznać za niestaranne. Nie ma w tym momencie już miejsca na dokonywanie merytorycznej analizy treści decyzji. Jeśli bowiem proces podejmowania decyzji był niestaranny, niewątpliwie jest to wystarczająca przesłanka do przyjęcia sprzeczności z prawem lub postanowieniami umowy spółki albo niewykonania, lub nienależytego wykonania obowiązków menedżerskich.

Powyższa analiza uprawnia wniosek, iż art. 293 § 3, 300¹²⁵ § 2 oraz 483 § 3 ksh nie mają charakteru domniemań prawnych. Postępowanie w sposób lojalny wobec spółki oraz działanie w granicach uzasadnionego ryzyka gospodarczego stanowią przesłanki dołożenia staranności, wynikającej z zawodowego charakteru działalności menedżera. Ich wypełnienie przez członka zarządu jest równoznaczne z dołożeniem przez niego staranności zawodowej w związku z podejmowaną decyzją, nawet jeśli była ona obarczona ryzykiem niepowodzenia, które się zmaterializowało. Niedopełnienie wskazanych przesłanek oznacza zaś, że członek zarządu prowadził sprawy spółki niestaranie, a przez to wbrew treści łączącego go ze spółką zobowiązania, czyli działał

⁵⁷² A. Łatała-Kremer, Odpowiedzialność cywilna ..., s. 122.

⁵⁷³ Ibidem.

w sposób sprzeczny z prawem lub postanowieniami umowy spółki albo w sposób stanowiący niewykonanie, lub nienależyte wykonanie obowiązków.

3. Konstrukcja *business judgment rule*

W świetle dotychczasowych rozważań, skupionych wokół interpretacji treści art. 293 § 3, 300¹²⁵ § 2 oraz 483 § 3 ksh statuujących, kiedy członek zarządu nie narusza obowiązku dołożenia staranności wynikającej z zawodowego charakteru działalności przy wykonywaniu obowiązków menedżerskich, niezbędne jest skonfrontowanie obowiązującej regulacji prawnej z dostrzegalną w doktrynie tendencją przypisywania jej walorów amerykańskiej *business judgment rule*. Poprzez nowelizację przepisów kodeksu spółek handlowych dokonaną w latach 2019-2022, ustawodawca zaakcentował potrzebę postrzegania i oceny menedżerskich decyzji przez pryzmat związanego z nimi ryzyka. Wyrazem tego pro-ryzykownego podejścia jest użycie w treści art. 293 § 3, 300¹²⁵ § 2 oraz 483 § 3 ksh sformułowania: „w granicach uzasadnionego ryzyka gospodarczego”. Działanie w granicach uzasadnionego ryzyka gospodarczego stanowi, obok dochowania lojalności, przesłankę oceny dołożenia zawodowej staranności przez członków zarządu prowadzących sprawę spółki. Wobec ukształtowania art. 293 § 3, 300¹²⁵ § 2 oraz 483 § 3 ksh, należy wskazać, że istotą regulacji w nich zawartej jest ocena dołożenia staranności przez członka zarządu. Tymczasem, już w uzasadnieniu do ustawy z 2019 r. oraz z 2022 r. można znaleźć bezpośrednie odniesienia do „wprowadzenia zasady biznesowej oceny sytuacji” oraz do „*business judgment rule*”⁵⁷⁴.

Wobec wskazanego braku konsekwencji polegającego na formułowaniu odniesień jednocześnie do działania w granicach uzasadnionego ryzyka gospodarczego, do zasady biznesowej oceny sytuacji oraz do *business judgment rule*, konieczne jest podjęcie próby uporządkowania tych rozbieżności. W tym celu niezbędne jest przeanalizowanie, jak przedstawiciele doktryny rozumieją regulację prawną zawartą w art. 293 § 3, 300¹²⁵ § 2 oraz 483 § 3 ksh. Następnie, konieczne jest zestawienie tych wniosków z treścią oraz funkcją art. 293 § 3, 300¹²⁵ § 2 oraz 483 § 3 ksh.

⁵⁷⁴ Uzasadnienie do ustawy z dnia 19 lipca 2019 r. o zmianie ustawy - kodeks spółek handlowych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2019 r., poz. 1655), druk 3236, s. 93; Uzasadnienie do ustawy z dnia 9 lutego 2022 r. o zmianie ustawy - kodeks spółek handlowych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2022 r., poz. 807), druk 1515, s. 59.

Wydaje się, że wierne tłumaczenie sformułowania „*business judgment rule*” na język polski miałyby następujące brzmienie: „reguła biznesowego osądu”. W uzasadnieniu do ustawy z 2019 r. oraz z 2022 r. nie posłużono się jednak określeniem: „reguła biznesowego osądu”, zaś określeniem: „zasada biznesowej oceny sytuacji”. Wobec wskazanej różnicy terminologicznej uzasadnione jest postawienie pytania, czy sformułowanie: „zasada biznesowej oceny sytuacji” powinno być rozumiane jako tłumaczenie pojęcia „*business judgment rule*” na język polski, czy jako odniesienie do odrębnej, samodzielnej konstrukcji prawnej ukształtowanej przez polskiego ustawodawcę, zestawianej z konstrukcją amerykańską czy wręcz nią inspirowanej.

Zarówno w uzasadnieniu do ustawy z 2019 r., jak i w uzasadnieniu do ustawy z 2022 r. można odnaleźć odniesienia do „zasady biznesowej oceny sytuacji” tłumaczonej jako „*business judgment rule*”. Wskazują na to w szczególności następujące fragmenty uzasadnień: „normatywne ujęcie tzw. zasady biznesowej oceny sytuacji (ang. *business judgment rule*)”⁵⁷⁵ oraz „5.13. *Business Judgment Rule* (zasada biznesowej oceny sytuacji)”⁵⁷⁶. Warto w tym miejscu zwrócić szczególną uwagę na zamienne stosowanie polskiego oraz amerykańskiego sformułowania: „wprowadzenie zasady biznesowej oceny sytuacji” oraz „wprowadzenie *Business Judgment Rule*”⁵⁷⁷, które sugeruje zrównanie konstrukcji amerykańskiej z konstrukcją uregulowaną w kodeksie spółek handlowych. Za zrównaniem obu konstrukcji prawnych przemawiają także fragmenty uzasadnienia, zgodnie z którymi: „zasada biznesowej oceny sytuacji (...) gwarantuje członkom organu (...) swoistą bezpieczną przystań”⁵⁷⁸ oraz „dzięki nowelizacji członkowie organu (...) zyskają ochronę na wypadek, gdyby *ex post* okazało się, że decyzja była nietrafiona i doprowadziła do wyrządzenia spółce szkody”⁵⁷⁹.

Zrównanie obu sformułowań nie wydaje się jednak zabiegiem uzasadnionym. Sformułowanie „zasada biznesowej oceny sytuacji” odnosi się do oceny sytuacji dokonywanej przez członka zarządu w związku z podejmowaną decyzją biznesową, nie zaś do oceny dokonywanej przez sąd. Należy wskazać, że użycie określenia „biznesowa

⁵⁷⁵ Uzasadnienie do ustawy z dnia 19 lipca 2019 r. o zmianie ustawy - kodeks spółek handlowych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2019 r., poz. 1655), druk 3236, s. 93.

⁵⁷⁶ Uzasadnienie do ustawy z dnia 9 lutego 2022 r. o zmianie ustawy - kodeks spółek handlowych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2022 r., poz. 807), druk 1515, s. 59.

⁵⁷⁷ Ibidem.

⁵⁷⁸ Uzasadnienie do ustawy z dnia 19 lipca 2019 r. o zmianie ustawy - kodeks spółek handlowych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2019 r., poz. 1655), druk 3236, s. 93; Jak wskazano w pierwszym rozdziale niniejszej pracy, *business judgment rule* stanowi *safe harbour*, tj. „bezpieczną przystań”.

⁵⁷⁹ Uzasadnienie do ustawy z dnia 9 lutego 2022 r. o zmianie ustawy - kodeks spółek handlowych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2022 r., poz. 807), druk 1515, s. 59.

ocena sytuacji” sugeruje odwołanie do płaszczyzny postępowania, nie zaś do płaszczyzny sądowej oceny tego postępowania. Sformułowanie odnoszące się do płaszczyzny sądowej oceny postępowania menedżerskiego stanowiłoby odniesienie do „biznesowej oceny decyzji”, nie zaś do „biznesowej oceny sytuacji”. Posługując się bardziej precyzyjnym określeniem, należałoby odnieść się wręcz do „oceny decyzji biznesowej”. Biorąc zaś pod uwagę konieczność podkreślenia, że chodzi o ocenę procesu decyzyjnego, a nie o ocenę skutku podjętej decyzji, najbardziej adekwatnym sformułowaniem byłoby określenie „ocena staranności procesu podejmowania decyzji biznesowej”.

Wskazówki interpretacyjne, jak należy rozumieć „zasadę biznesowej oceny sytuacji”, mogłyby stanowić motywy wdrożenia nowej regulacji do porządku prawnego. Uzasadnienie do ustawy z 2019 r., jak również uzasadnienie do ustawy z 2022 r. zamiast odwoływać się do motywów, które legły u podstaw wdrożenia zasady biznesowej oceny sytuacji do kodeksu spółek handlowych, kładą nacisk na uregulowanie konstrukcji rozwiniętej na gruncie amerykańskiego porządku prawnego oraz na motywy wykształcenia tej konstrukcji prawnej w systemie *common law*, odkładając na dalszy plan potrzebę dokonania analizy i oceny motywów jej wdrożenia oraz jej istoty i funkcji w kodeksie spółek handlowych. Posługiwanie się zarówno w uzasadnieniach do nowelizacji, jak i w doktrynie konstrukcją wykształconą i szeroko przez lata analizowaną w systemie *common law* sugeruje, że polski ustawodawca wdrożył rozwiązanie ze wszech miar podobne, wobec czego skłania do poszukiwania uzasadnienia nowej regulacji prawnej, w tym również jej funkcji i elementów ją kształtujących w dorobku literatury amerykańskiej.

Brak przejrzystości terminologicznej oraz odniesienie zasady biznesowej oceny sytuacji do *business judgment rule* pozbawione szerszych wyjaśnień nie wpływają pozytywnie na dokonywanie jednolitych i spójnych interpretacji norm prawnych zawartych w art. 293 § 3, 300¹²⁵ § 2 oraz 483 § 3 ksh, ani na przejrzystość regulowanej konstrukcji prawnej. Wsparcia w tym zakresie nie zapewniają bynajmniej również stanowiska prezentowane przez przedstawicieli doktryny, w których można dostrzec silne nawiązania do zagranicznych dorobków prawnych, w szczególności amerykańskiego oraz niemieckiego, jak również posługiwanie się sformułowaniami wprost zaczerpniętymi z uzasadnień do nowelizacji kodeksu spółek handlowych z 19 lipca 2019 r. oraz z 9 lutego 2022 r.

Pomimo braku bezpośredniego odniesienia do *business judgment rule* w treści art. 293 ksh (analogicznie zatem również w treści art. 300¹²⁵ oraz 483 ksh), A. Krawczyk

wskazuje, że intencją ustawodawcy było uregulowanie tej zasady⁵⁸⁰. W ocenie R. Pabisa, regulując art. 293 § 3 ksh (analogicznie zatem również art. 300¹²⁵ § 2 oraz 482 § 3 ksh), ustawodawca wprowadził do kodeksu spółek handlowych zasadę biznesowej oceny sytuacji, która nawiązuje do amerykańskiej *business judgment rule*⁵⁸¹. Autor podkreśla, że regulacja ta odnosi się do zwolnienia menedżerów z odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną spółce w wyniku prawidłowo podjętych decyzji, które dopiero *ex post* okazały się błędne. Stanowisko, zgodnie z którym regulacja art. 293 § 3 ksh (analogicznie art. 300¹²⁵ § 2 oraz 483 § 3 ksh) wyraża *business judgment rule*, zajął także T. Szczurowski⁵⁸². Natomiast R. Szyszko wskazuje na istnienie „trybu odpowiedzialności *business judgment rule*”. Wyjaśnia przy tym, że jest to odpowiedzialność z art. 293 § 1 ksh przy uwzględnieniu treści art. 293 § 3 ksh. Podnosi ponadto, iż wymogi wskazane w art. 293 § 3 ksh należy zastosować do każdego przypadku odpowiedzialności z art. 293 § 1 ksh⁵⁸³. Również zdaniem J. Jankowiaka, ustawodawca uregulował w kodeksie spółek handlowych biznesową ocenę sytuacji⁵⁸⁴. Autor podkreśla, że treść art. 293 § 3, 300¹²⁵ § 2 oraz 483 § 3 ksh wyraża „polski model BJR” oraz że wdrożone rozwiązanie, pomimo brzmienia art. 234 kpc⁵⁸⁵, stanowi niewzruszalne domniemanie prawne. Swoją tezę argumentuje zaś tym, że przyjęcie wzruszalności domniemania, w znacznym stopniu osłabiałoby poziom ochrony regulacyjnej, bowiem pozostawiałoby sądowi możliwość kontestowania decyzji biznesowych, przez co regulacja nie spełniałaby celu, dla osiągnięcia którego została wdrożona.

Powołując się na uzasadnienie do ustawy z 2019 r., L. Modzelewska wskazuje, że art. 300¹²⁵ § 2 ksh stanowi normatywne ujęcie, tzw. zasady biznesowej oceny sytuacji oraz że zapewnia członkom zarządu swoistą „bezpieczną przystań”, rozumianą jako wyłączenie odpowiedzialności za szkodę wynikającą z błędnej decyzji gospodarczej, pod warunkiem wypełnienia przesłanek wskazanych w art. 300¹²⁵ ksh⁵⁸⁶. Zdaniem autorki naruszenie obowiązków dołożenia staranności lub dochowania lojalności wobec spółki uniemożliwia powołanie się na zasadę biznesowej oceny sytuacji. Również

⁵⁸⁰ A. Krawczyk, Komentarz do art. 293 ksh, [w:] R. Adamus (red.), Kodeks spółek handlowych. Komentarz do nowelizacji. Prawo holdingowe. Zmiany w funkcjonowaniu organów spółek kapitałowych, Warszawa 2022, Legalis.

⁵⁸¹ R. Pabis, Komentarz do art. 293 ..., nb. 4.

⁵⁸² T. Szczurowski, Komentarz ..., s. 1301.

⁵⁸³ R. Szyszko, Komentarz do art. 293 ..., nb. 26.

⁵⁸⁴ J. Jankowiak, Charakter prawny polskiego modelu ..., s. 52.

⁵⁸⁵ Zgodnie z art. 234 kpc, domniemania ustanowione przez prawo (domniemania prawne) wiążą sąd. Mogą być jednak obalone, ilekroć ustawa tego nie wyłącza.

⁵⁸⁶ L. Modzelewska, Komentarz ..., s. 1598.

M. Trociuk podkreśla, że art. 300¹²⁵ § 2 stanowi normatywne ujęcie tzw. zasady biznesowej oceny sytuacji⁵⁸⁷. Podobne stanowisko wyraża także M. Wawer, wskazując, że art. 300¹²⁵ § 2 ksh "stanowi normatywne ujęcie, tzw. zasady biznesowej oceny sytuacji (ang. *business judgment rule*)", oraz że zasada ta „gwarantuje członkom organu swoistą bezpieczną przystań”⁵⁸⁸. Okoliczności wymienione w art. 293 § 3, 300¹²⁵ § 2 oraz 483 § 3 ksh, które należy brać pod uwagę przy dokonywaniu oceny naruszenia obowiązku dołożenia staranności, zdaniem A. Kidyby, stwarzają menedżerom "bezpieczną przystań" rozumianą jako wyłączenie odpowiedzialności za szkody wynikłe z decyzji biznesowych, które okazały się nietrafione⁵⁸⁹. W ocenie I. Domagały, art. 300¹²⁵ § 2 ksh (zatem analogicznie również art. 293 § 3 oraz 483 § 3 ksh) reguluje zasadę biznesowej oceny sytuacji, bowiem uszczegóławia okoliczności, które trzeba uwzględnić przy dokonywaniu oceny dołożenia zawodowej staranności przez członka zarządu⁵⁹⁰. Zdaniem zaś F. Ostrowskiego, „wystąpienie sytuacji konfliktu interesów prowadzić będzie do wyłączenia możliwości skorzystania z ochrony wynikającej z *business judgment rule*”⁵⁹¹. Podkreślenia wymaga, że autor ten wskazuje, iż naruszenie standardu zawodowej staranności jest samoistną podstawą przypisania członkowi zarządu odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną spółce.

Należy ponadto wskazać, że A. Łatała-Kremer charakteryzuje zasadę biznesowej oceny sytuacji uregulowaną w kodeksie spółek handlowych jako „standard ograniczonej sądowej kontroli decyzji gospodarczej”⁵⁹². Wskazuje następujące przesłanki, które umożliwiają zastosowanie tego standardu: 1) świadome podjęcie decyzji o działaniu lub niedziałaniu; 2) zgodność podjętej decyzji z prawem; 3) brak konfliktu interesów; 4) możliwość rozsądnego przyjęcia, że działanie (albo niedziałanie) jest podejmowane dla dobra spółki oraz na podstawie adekwatnych informacji⁵⁹³. Podkreśla przy tym, że jeśli sąd pozytywnie oceni wystąpienie wymienionych przesłanek, wówczas zakończy swoją ocenę i orzeknie o braku odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną spółce, jeśli zaś któraś z przesłanek nie zostanie spełniona, wówczas sąd powinien przystąpić do merytorycznej oceny postępowania menedżera⁵⁹⁴. Warto również odnieść się

⁵⁸⁷ M. Trociuk, Komentarz do art. 300¹²⁵ ksh ..., s. 442-448.

⁵⁸⁸ M. Wawer, Komentarz do art. 300¹²⁵ ksh ..., nb. 3.

⁵⁸⁹ A. Kidyba, Komentarz do art. 300¹²⁵ ksh. [w:] M. Dumkiewicz, A. Kidyba, (red.) Komentarz aktualizowany do art. 1-300 ..., LEX/el. 2024; A. Kidyba, Art. 293 ..., LEX/el. 2024.

⁵⁹⁰ J. Domagała, Komentarz do art. 300¹²⁵ ..., LEX WKP 2021.

⁵⁹¹ F. Ostrowski, Komentarz do art. 483 ..., nb. 6.

⁵⁹² A. Łatała-Kremer, Odpowiedzialność cywilna ..., s. 136.

⁵⁹³ Ibidem, s. 135.

⁵⁹⁴ Ibidem, s. 136.

do stanowiska P. Piniora, który wyraził pogląd, iż zasada *business judgment rule* wynika z art. 293 § 3 ksh (analogicznie zatem z art. 300¹²⁵ § 2 oraz 483 § 3 ksh) i stanowi domniemanie, że członek zarządu dołożył staranności wynikającej z zawodowego charakteru działalności, jeśli działał lojalnie i w granicach uzasadnionego ryzyka gospodarczego⁵⁹⁵. Odmienne jednak od A. Łatały-Kremer podkreśla, że naruszenie obowiązku staranności, poprzez niedochowanie lojalności lub poprzez działanie poza granicami uzasadnionego ryzyka gospodarczego, stanowi przesłankę bezprawności postępowania członka zarządu, wobec czego można mu przypisać odpowiedzialność za wyrządzoną spółce szkodę⁵⁹⁶.

Warto również zaakcentować stanowisko P. Słupa, który wskazał, że zasada biznesowej oceny sytuacji stanowi ograniczenie obowiązku staranności. Zdaniem autora zasadę biznesowej oceny sytuacji należy traktować jako merytoryczny zarzut procesowy. Stosując wykładnię językową art. 293 § 3, 300¹²⁵ § 2 oraz 483 § 3 ksh podkreślił, że zasadę biznesowej oceny sytuacji należy odnieść do dołożenia staranności. Wskazał przy tym, że nie jest słuszne powiązanie jej z żadną procedurą czy standardem, które dopiero umożliwiłyby zbadanie naruszenia obowiązku dołożenia staranności. Rozważania zaś podsumował stwierdzeniem, że zasada biznesowej oceny sytuacji wyłącza bezprawność niedołożenia staranności, wobec czego stanowi "silny instrument chroniący członków organów przed odpowiedzialnością"⁵⁹⁷.

Pomimo dużej różnorodności przytoczonych tez, można na ich podstawie sformułować pewien ogólny wniosek odnoszący się do treści art. 293, 300¹²⁵ oraz 483 ksh. Przedstawiciele polskiej doktryny prawa spółek wyrażają jednolite zapatrywanie, zgodnie z którym ustawodawca uregulował w kodeksie spółek handlowych zasadę biznesowej oceny sytuacji⁵⁹⁸. Definiują tę zasadę jako tzw. „bezpieczną przystań” pełniącą funkcję ochronną wobec decyzji podejmowanych przez menedżerów⁵⁹⁹. W tym

⁵⁹⁵ P. Pinior, Komentarz do art. 209¹ ..., nb. 3.

⁵⁹⁶ Ibidem.

⁵⁹⁷ P. Słup, Odpowiedzialność cywilna członków organów ... (cz. 2), s. 23, 26.

⁵⁹⁸ R. Pabis, Komentarz do art. 293 ..., nb. 4; T. Szczurowski, Komentarz ..., s. 1301; J. Jankowiak, Charakter prawny polskiego modelu ..., s. 52; L. Modzelewska, Komentarz ..., s. 1598; M. Trociuk, Komentarz do art. 300¹²⁵ ksh ..., s. 442-448; M. Wawer, Komentarz do art. 300¹²⁵ ksh ..., nb. 3; J. Domagała, Komentarz do art. 300¹²⁵ ..., LEX WKP 2021; F. Ostrowski, Komentarz do art. 483 ..., nb. 6; A. Łatała-Kremer, Odpowiedzialność cywilna ..., s. 136; P. Słup, Odpowiedzialność cywilna członków organów ... (cz. 2), s. 23, 26; A. Czarnecka, Zasada biznesowej oceny sytuacji (*business judgment rule*) a badanie *due diligence* w transakcjach M&A, Przegląd Prawa Handlowego 2024/4, s. 22-29.

⁵⁹⁹ Zob. w szczególności A. Kidyba, Komentarz do art. 300¹²⁵ ..., LEX/el. 2024; A. Kidyba, Komentarz do art. 293 ..., LEX/el. 2024; L. Modzelewska, Komentarz ..., s. 1598; M. Wawer, Komentarz do art. 300¹²⁵ ksh ..., nb. 3.

ujęciu zasada biznesowej oceny sytuacji ma wspierać pro-ryzykowną aktywność członków zarządu, którzy bez obawy przed odpowiedzialnością za szkodę wyrządzoną spółce w wyniku podjętej decyzji gospodarczej, mają podejmować odważne decyzje, ponieważ ich odpowiedzialność jest wyłączona, jeśli podczas podejmowania decyzji działali oni z zawodową starannością.

Zgodzić należy się z tym, że wdrożenie do kodeksu spółek handlowych konstrukcji prawnej zapewniającej członkom zarządu ochronę przed ponoszeniem odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną spółce w sytuacji dołożenia przez nich staranności stanowiło intencję polskiego ustawodawcy⁶⁰⁰. Z tego względu można wskazać, że ustawodawca rzeczywiście zmierzał do uregulowania w kodeksie spółek handlowych konstrukcji prawnej, która nawiązywałaby do amerykańskiej *business judgment rule* pod względem pełnionej funkcji - funkcji ochronnej, zapewniającej menedżerom bezpieczeństwo przy starannym i lojalnym podejmowaniu ryzykownych decyzji biznesowych⁶⁰¹. Jak bowiem wskazano we wcześniejszych rozdziałach, o wdrożeniu konstrukcji prawnej nawiązującej do modelowej koncepcji *business judgment rule* nie przesądzają poszczególne jej elementy konstrukcyjne, ale funkcja, jaką ma ona pełnić w konkretnym systemie prawnym. Wobec czego ukształtowanie konstrukcji inspirowanej *business judgment rule* w polskim ustawodawstwie należy odnieść do wdrożenia modelowej koncepcji *business judgment rule*, zatem regulacji prawnej pełniącej funkcję BJR.

Konieczne jest jednak dokonanie oceny, czy regulacja prawna z art. 293, 300¹²⁵ oraz 483 ksh pozwala na realizację założeń jej wdrożenia do kodeksu spółek handlowych. Innymi słowy, czy art. 293, 300¹²⁵ oraz 483 ksh zapewniają członkom zarządu „bezpieczną przystań” i sprzyjają dążeniom menedżerów do maksymalizacji zysków spółki poprzez podejmowanie odważnych a przy tym również ryzykownych decyzji biznesowych bez obawy przed odpowiedzialnością odszkodowawczą.

⁶⁰⁰ Por. A. Krawczyk, Komentarz do art. 293 ksh ..., Legalis.

⁶⁰¹ Zob. np. R. Pabis, Komentarz do art. 293 ..., nb. 4; T. Szczurowski, Komentarz ..., s. 1301; J. Jankowiak, Charakter prawny polskiego modelu ..., s. 52; L. Modzelewska, Komentarz ..., s. 1598.

4. Realizacja funkcji zasady biznesowej oceny sytuacji w polskim prawie korporacyjnym

Realizacja funkcji ochronnej *business judgment rule* w amerykańskim porządku prawnym była możliwa poprzez łączne wdrożenie trzech głównych konstrukcji prawnych: 1) wyróżnienie standardów postępowania oraz kontroli; 2) wykształcenie kilku różnych standardów kontroli oraz 3) ukształtowanie łagodnego standardu kontroli - standardu *business judgment rule*. Wskazane elementy zostały zakorzenione w systemie prawa precedensowego opierającym się na zasadach różniących się od tych funkcjonujących na gruncie systemów europejskich. Wobec tego, standard kontroli *business judgment rule* nie daje się zastosować wprost na gruncie prawa stanowionego. Nie można oczekiwać, że nawet analogiczne elementy konstrukcyjne regulacji prawnej będą pełnić tożsamą funkcję w innym otoczeniu prawnym. Zamiast jednak podejmować próbę przeniesienia standardu kontroli *business judgment rule* do prawa europejskiego, w szczególności polskiego, należy podjąć próbę ukształtowania regulacji prawnej w taki sposób, by realizowała ona kluczową dla wykonywania w spółce obowiązków zarządczych funkcję *business judgment rule*. Przedmiotowa funkcja opiera się na wsparciu budowania *good corporate governance* w spółce poprzez ochronę decyzji menedżerskich odnoszącą się do stworzenia członkom zarządu bezpiecznych warunków do podejmowania odważnych decyzji zmierzających do rozwoju spółki.

Rozważania na temat ochronnej funkcji zasady biznesowej oceny sytuacji uregulowanej w kodeksie spółek handlowych zmierzają zatem do udzielenia odpowiedzi na dwa pytania. Po pierwsze, czy zasada biznesowej oceny sytuacji chroni menedżerskie decyzje? Po drugie, czy zasada biznesowej oceny sytuacji wspiera budowanie ładu korporacyjnego?

4.1. Funkcja ochronna wobec menedżerów

Menedżer ma wykonywać swoje obowiązki zarządcze w zakresie reprezentacji i prowadzenia spraw spółki (art. 201, 300⁶², 300⁷³, 368 ksh) zgodnie z prawem, lojalnie, starannie, w dobrej wierze, realizując przy tym interes spółki. Jeśli nie wykonuje swoich obowiązków albo wykonuje je nienależycie - niezgodnie z prawem, nielojalnie, niestarannie lub w złej wierze - wówczas poniesie odpowiedzialność za szkodę wyrządzoną spółce swoim działaniem albo zaniechaniem. Przed nowelizacją kodeksu

spółek handlowych przeprowadzoną w latach 2019-2022 nie było jasne, czy postępowanie menedżera polegające na niedołożeniu staranności wynikającej z zawodowego charakteru działalności, które nie naruszało jednak żadnego konkretnego przepisu prawa lub umowy spółki, było działaniem (zaniechaniem) sprzecznym z prawem czy tylko zawinionym⁶⁰². Aktualnie należy przychylić się do stanowiska, zgodnie z którym w sytuacji niedołożenia staranności wynikającej z zawodowego charakteru działalności przez członka zarządu mamy do czynienia z działaniem (zaniechaniem) sprzecznym z prawem lub postanowieniami umowy spółki albo z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem obowiązków⁶⁰³. Można byłoby zatem przyjąć, że nowelizacja kodeksu spółek handlowych miała pozytywny wpływ na rzeczywistość prawną, bowiem rozstrzygnęła toczący się spór o bezprawność i winę niedołożenia zawodowej staranności. Sytuacja członków zarządu spółki stała się klarowna, ponieważ przesądzono o bezprawności niedołożenia zawodowej staranności⁶⁰⁴. Można byłoby wręcz podnieść, że sytuacja członka zarządu uległa pogorszeniu, bowiem dotychczas niedołożenie zawodowej staranności nie było równoznaczne ze sprzecznością z prawem postępowania, jeśli nie naruszało jednocześnie konkretnego przepisu prawa lub umowy spółki (statutu). Orzecznictwo było w tym względnie podzielone, więc niestaranny menedżer mógł uniknąć odpowiedzialności odszkodowawczej. Niemniej, należy stanąć na stanowisku, że urealnienia odpowiedzialności, polegającego na wymierzaniu odpowiedzialności za postępowanie,

⁶⁰² Zob. np. K. Bilewska, *Bezprawność a niedochowanie ...*, s. 275; P. Błaszczuk, *Przesłanka bezprawności ...*, s. 47; P. Błaszczuk, *Odpowiedzialność odszkodowawcza ...*, s. 40; P. Błaszczuk, *Koncepcja „biznesowej oceny sytuacji” ...*, s. 83; T. Siemiątkowski, *Odpowiedzialność ...*, s. 177-178; T. Siemiątkowski, T. Szczurowski, *Zasady odpowiedzialności ...*, s. 708; Zob. również Z. Banaszczyk, P. Granecki, *O istocie ...*, s. 15-17; D. Buszmak, *Działanie lub zaniechanie ...*, s. 51; R. Stefanicki, *Należyta staranność ...*, s. 117; R. Stefanicki, *Koncepcja interesu spółki ...*, s. 148.

⁶⁰³ Argumentację w tym zakresie przedstawiono w rozdziale III. Zob. np. F. Ostrowski, *Komentarz do art. 483 ksh ...*, nb. 4; R. Pabis, *Komentarz do art. 293 ...*, s. 936; T. Szczurowski, *Komentarz ...*, s. 1304; A. Łatała-Kremer, *Odpowiedzialność cywilna ...*, s. 91; J. Jankowiak, *Charakter prawny polskiego modelu ...*, s. 51.

⁶⁰⁴ Zob. Rozdział III, podrozdział 5.2.1.2. *Niedochowanie należytej staranności w ujęciu art. 209¹ ksh (art. 377¹ ksh)*. W podanym fragmencie wskazano, że w odniesieniu do odpowiedzialności członków zarządu spółek z o.o. oraz akcyjnej doszło jedynie do zmiany umiejscowienia miernika staranności, która nie miała istotnego wpływu na ocenę wypełnienia przesłanek odpowiedzialności odszkodowawczej z art. 293 § 1 oraz 483 § 1 ksh. Niedołożenie zawodowej staranności przy wykonywaniu obowiązków zarządczych przed nowelizacją przepisów kodeksu spółek handlowych również należało traktować jako nienależyte prowadzenie spraw spółki wpływające na poniesienie przez piastuna organu odpowiedzialności odszkodowawczej z art. 293 § 1 w zw. z art. 201 § 1 oraz 293 § 2 ksh (483 § 1 w zw. z art. 368 § 1 oraz 483 § 2 ksh). Zob. jednak uzasadnienie do ustawy z dnia 9 lutego 2022 r. o zmianie ustawy - kodeks spółek handlowych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2022 r., poz. 807), s. 59-60, zgodnie z którym nowelizacja miała na celu harmonizację przepisów odnoszących się do odpowiedzialności odszkodowawczej względem spółki we wszystkich spółkach kapitałowych.

które powinno jej podlegać, nie należy rozpatrywać w kategorii pogorszenia sytuacji członka zarządu, lecz jedynie w kategorii potwierdzenia sprzeczności z prawem postępowania wykraczającego poza treść stosunku członkostwa w zarządzie. **Niewątpliwie zatem jedną z funkcji nowej regulacji prawnej jest urealnienie odpowiedzialności członków zarządu spółki kapitałowej za szkodę wyrządzoną spółce w wyniku niestaranego postępowania, którego rezultatem jest szkoda.**

Ustawodawca doprecyzował również w treści art. 293 § 3, 300¹²⁵ § 2 oraz 483 § 3 ksh, jakie elementy należy brać pod uwagę przy ocenie dołożenia zawodowej staranności przez członków zarządu. Przepisy te regulują, że członek zarządu nie narusza obowiązku dołożenia staranności wynikającej z zawodowego charakteru działalności, jeśli postępuje w sposób lojalny wobec spółki oraz działa w granicach uzasadnionego ryzyka gospodarczego. Wobec ukształtowania art. 293 § 3, 300¹²⁵ § 2 oraz 483 § 3 ksh, podkreślono potrzebę dokonywania sądowej oceny decyzji menedżerskich z perspektywy *ex ante*, a zatem przy uwzględnieniu okoliczności z chwili podejmowania decyzji zarządczej, a nie z perspektywy *ex post*, czyli z perspektywy znajomości konsekwencji podjętej przez członka zarządu decyzji. Sąd nie ma za zadanie zatem ustalić staranności decyzji, lecz staranność procesu decyzyjnego poprzedzającego jej podjęcie. Taki zabieg legislacyjny wpływa na poprawę sytuacji prawnej członka zarządu, ponieważ sąd dokonując oceny z perspektywy staranności procesu podejmowania decyzji, ma możliwość pozytywnej oceny postępowania menedżera, zatem uznania go za staranne, nawet w przypadku, gdy owo postępowanie doprowadziło do szkody spółki. Nie oznacza to, że dokonując oceny z perspektywy *ex ante*, sąd zawsze dojdzie do wniosku, że proces decyzyjny członka zarządu był przeprowadzony z zawodową starannością. Sąd ma ustalić, czy postępowanie członka zarządu było lojalne względem spółki oraz czy pozostawało w granicach uzasadnionego ryzyka gospodarczego, w szczególności, czy było poparte informacjami, analizami, opiniami, których pozyskanie i wykorzystanie było niezbędne w okolicznościach danej sprawy. Uznanie, że członek zarządu dołożył staranności wynikającej z zawodowego charakteru działalności, wymaga dokonania uprzedniej oceny wielu współwystępujących elementów składających się na proces decyzyjny. Z tego względu można stanąć na stanowisku, że regulacja prawna w zakresie oceny decyzji menedżerskiej *ex ante* wpływa pozytywnie na sytuację prawną menedżera, którego decyzja zarządcza ma zostać poddana ocenie sądu. W przypadku dokonywania oceny sądowej przez pryzmat szkody, a zatem skutku, do którego doprowadziła decyzja

członka zarządu, możliwość menedżera, by uwolnić się od odpowiedzialności, ograniczałaby się do wykazania braku winy. Kontestowanie zaś zarzutu bezprawności byłoby bardzo trudne. W przypadku zaś oceny z perspektywy *ex ante*, członek zarządu oprócz możliwości obrony w postaci wykazania braku zawinienia, ma jeszcze możliwość realnej obrony przed zarzutem sprzeczności z prawem lub postanowieniami spółki albo niewykonania lub nienależytego wykonania obowiązków, gdyż może wykazać podjęcie decyzji w sposób lojalny wobec spółki oraz w granicach uzasadnionego ryzyka gospodarczego.

W regulacji prawnej odnoszącej się do oceny staranności procesu decyzyjnego nie można jednak upatrywać waloru tzw. „bezpiecznej przystani”⁶⁰⁵. Przesądzenie o bezprawności niedołożenia staranności wynikającej z zawodowego charakteru działalności członka zarządu ma wpływ na bardziej jednolite rozumienie przepisów w tym zakresie. Regulacja prawna stanowiąca o dokonywaniu sądowej oceny przeprowadzonego przez członka zarządu procesu decyzyjnego, zamiast oceny jego skutków, może mieć zaś wpływ na zwiększenie liczby orzeczeń wskazujących na dołożenie zawodowej staranności podczas podejmowania decyzji menedżerskiej. Taki skutek może być jednak dostrzeżony dopiero po wydaniu orzeczenia w konkretnej sprawie. Sądowa ocena, mimo że ograniczona do samego procesu decyzyjnego zmierzającego do podjęcia decyzji, dalej pozostaje sądową oceną. Członek zarządu nie może czuć się bezpiecznie w chwili podejmowania decyzji biznesowej, mając świadomość, że jeśli w wyniku jego decyzji spółka poniesie szkodę i wystąpi z powództwem odszkodowawczym, wówczas jego decyzja będzie poddana kontroli sądu.

„Bezpiecznej przystani” nie należy odnosić do tego, że większa liczba decyzji biznesowych zostanie oceniona przez sąd jako starannie podjętych, ponieważ będzie oceniana z uwzględnieniem staranności przeprowadzonego procesu decyzyjnego. Należy ją odnieść do warunków prawnych wpływających na to, że menedżer nie będzie podejmował zachowawczych decyzji biznesowych w obawie przed odpowiedzialnością za ich skutek w przypadku niepowodzenia. „Bezpieczna przystań” umożliwia członkom zarządu podejmowanie odważnych decyzji biznesowych poprzez wyłączenie ich sądowej oceny, która jest naznaczona tzw. „efektem wiedzy po fakcie”⁶⁰⁶. Efekt wiedzy po fakcie

⁶⁰⁵ Odmienne A. Kidyba, Komentarz do art. 300¹²⁵ ..., LEX/el. 2024; A. Kidyba, Komentarz do art. 293 ..., LEX/el. 2024; L. Modzelewska, Komentarz ..., s. 1598; M. Wawer, Komentarz do art. 300¹²⁵ ksh ..., nb. 3.

⁶⁰⁶ S.M. Bainbridge, The Business Judgment Rule ..., s. 114.

to zjawisko, które opisuje tendencję do uznawania po zdarzeniu, że prawdopodobieństwo jego wystąpienia było znacznie wyższe niż w rzeczywistości. Z tego powodu sędziowie mają tendencję do myślenia, że menedżerowie powinni wiedzieć lepiej i powinni postąpić inaczej, ponieważ wiedzą, że spółka poniosła szkodę. To „uprzedzone podejście” stwarza niebezpieczeństwo, że sędziowie będą wtórnie podważać decyzje biznesowe członków zarządu. Kwestionowanie decyzji biznesowych dyrektorów z powodu mylnego wrażenia przewidywalności szkód jest jednym z głównych motywów wdrożenia koncepcji *business judgment rule*. Nikt nie powinien być bowiem oceniany w oparciu o standard wiedzy, który powstał po i w wyniku określonego zdarzenia⁶⁰⁷.

Artykuły 293 § 3, 300¹²⁵ § 2 oraz 483 § 3 ksh regulują, kiedy członek zarządu nie narusza obowiązku dołożenia staranności wynikającej z zawodowego charakteru działalności. Przepisy te nie wyłączają niejako wtórnie odpowiedzialności w przypadkach, w których członek zarządu powinien odpowiadać, bowiem postąpił niestaranie, a jedynie wskazują, kiedy członek zarządu nie podlega odpowiedzialności, bowiem postąpił starannie⁶⁰⁸.

Postępowanie członka zarządu oraz towarzyszące mu okoliczności, które świadczyłyby o dołożeniu staranności podczas podejmowania decyzji biznesowej, podlegają ocenie sądu. Sąd może zaś ocenić, że menedżer dołożył zawodowej staranności albo że nie dołożył zawodowej staranności. Wynik postępowania nie jest w tym względzie z góry przesądzony. Członka zarządu nie chroni domniemanie staranności. Proces decyzyjny przeprowadzony przez członka zarządu może być zgodnie z art. 293 § 3, 300¹²⁵ § 2 oraz 483 § 3 ksh narażony na sądową ocenę, zatem członek zarządu nie może czuć się bezpiecznie, podejmując ryzykowne decyzje biznesowe⁶⁰⁹. Wobec tego możliwe jest, że członek zarządu podczas podejmowania decyzji, zamiast kierować się najlepszym interesem spółki, będzie kierował się własnym interesem. Weźmie wówczas pod uwagę ryzyko pociągnięcia go do odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną spółce, co może skłonić go do podjęcia decyzji zachowawczej ze względu

⁶⁰⁷ Litwin v. Allen, 25 N.Y.S.2d 667 (Sup. Ct. 1940).

⁶⁰⁸ Odmienne np. A. Kidyba, Komentarz do art. 300¹²⁵ ..., LEX/el. 2024; A. Kidyba, Komentarz do art. 293 ..., LEX/el. 2024.

⁶⁰⁹ Odmienne np. A. Kidyba, Komentarz do art. 300¹²⁵ ..., LEX/el. 2024; A. Kidyba, Komentarz do art. 293 ..., LEX/el. 2024; J. Jankowiak, Charakter prawny polskiego modelu ..., s. 52; L. Modzelewska, Komentarz ..., s. 1598; M. Wawer, Komentarz do art. 300¹²⁵ ksh ..., nb. 3; A. Łatała-Kremer, Odpowiedzialność cywilna ..., s. 136; P. Pinior, Komentarz do art. 209¹ ..., nb. 3; P. Słup, Odpowiedzialność cywilna członków organów ... (cz. 2), s. 23, 26.

na własne bezpieczeństwo. **Regulacja prawna odnosząca się do odpowiedzialności członka zarządu za szkodę wyrządzoną spółce nie mityguje tego rodzaju ryzyka.**

Zgodnie z art. 293 §1, 300¹²⁵ § 1 oraz 483 § 1 ksh, powód ma wykazać szkodę, bezprawne postępowanie członka zarządu oraz związek przyczynowy pomiędzy postępowaniem oraz szkodą. Jak już wskazano, niestaranne wykonywanie obowiązków wynikających ze sprawowanej funkcji zarządczej wypełnia przesłankę sprzeczności z prawem lub postanowieniami umowy spółki albo niewykonania lub nienależytego wykonania obowiązków. Jeśli zatem powód wykaże szkodę wynikającą z niestaranego prowadzenia spraw spółki, wówczas wina członka zarządu będzie domniemana. Członek zarządu może się bronić w dwojaki sposób: 1) może bronić się, wykazując, że działał lojalnie względem spółki oraz w granicach uzasadnionego ryzyka gospodarczego oraz 2) może bronić się (po wykazaniu bezprawności), wykazując brak swojej winy. Rozkład ciężaru dowodu nie zmienia tego, że sąd ma rozstrzygnąć powstały spór, zatem ma orzec czy członek zarządu, wbrew temu, co twierdzi strona powodowa, dołożył staranności wynikającej z zawodowego charakteru działalności.

Regulacja prawna, na podstawie której sądowa ocena ma obejmować proces podejmowania decyzji biznesowej, nie ma praktycznego znaczenia wobec okoliczności, że sąd przystępując do oceny, zna konsekwencje podjętej przez menedżera decyzji biznesowej, przez co niewątpliwie jest obciążony efektem wiedzy po fakcie. Efekt wiedzy po fakcie nie znajduje odzwierciedlenia w stwierdzeniu, że skoro wystąpiła szkoda, to znaczy, że menedżer podjął złą decyzję, a zatem musi ponieść konsekwencje swojego postępowania. Efekt wiedzy po fakcie odnosi się natomiast do procesu decyzyjnego i wskazania, że postępowanie członka zarządu nie było dostatecznie staranne, tj. w konkretnych okolicznościach było możliwe i zasadne podjęcie dodatkowych kroków, np. w postaci pozyskania dodatkowych informacji, które poszerzyłyby perspektywę decyzyjną, przeprowadzenia szerszych analiz, obejmujących nieuwzględnione parametry lub zlecenia dodatkowych opinii czy wręcz skonfrontowania ich z oceną dodatkowego eksperta. Tego rodzaju ocena jest słuszna, jeśli członek zarządu rzeczywiście postąpił niewłaściwie, tj. np. nie pozyskał kluczowych w konkretnym przypadku informacji, nie podjął żadnej analizy okoliczności, zlekceważył oczywiste „czerwone flagi”, nie przeczytał umowy, którą podpisał, posłużył się pozyskaną opinią w złej wierze, wiedząc, że jest niepoprawna, niepełna lub stronnicza, działał nielojalnie w konflikcie interesów.

Konsekwencji przeprowadzenia sądowej oceny obciążonej efektem wiedzy po fakcie nie odczują członkowie zarządu, którzy działali niestaranie, lecz przede wszystkim członkowie zarządu, którzy działali lojalnie, starannie i w dobrej wierze, ale proces decyzyjny, który przeprowadzili, był oceniony jako niewłaściwy albo jako niewystarczający. Negatywna sądowa ocena menedżerskiego procesu decyzyjnego jest wówczas konsekwencją niesłusznie zawyżonych kryteriów oceny przyjętych przez sąd ze względu na znajomość skutków działań niepodjętych przez członka zarządu. Sąd może kierować się mylnym przeświadczeniem, że okoliczności (teoretycznie ocenione z perspektywy *ex ante*) uzasadniały pozyskanie dodatkowej opinii, albo że ryzyko ocenione przez menedżera jako mieszczące się w granicach zasadności, jednak wykraczało poza te granice, albo że doświadczenie menedżerskie i dobra wiara decydenta nie mają znaczenia wobec ukształtowania wzorca starannego i niestroniącego od ryzyka menedżera w analogicznych okolicznościach, z którym postępowanie członka zarządu nie było zgodne.

Należy zatem stanąć na stanowisku, że regulacja art. 293 § 3, 300¹²⁵ § 2 oraz 483 § 3 ksh nie pełni funkcji „bezpiecznej przystani”⁶¹⁰. Przepisy te nie zachęcają członków zarządu do podejmowania odważnych, związanych z większym ryzykiem decyzji, ponieważ ich decyzje będą podlegały sądowej ocenie obciążonej efektem wiedzy po fakcie, którego nie da się wyeliminować. Sąd, znając konsekwencje postępowania menedżera, nie jest w stanie w pełni przyjąć perspektywy oderwanej od oceny przez pryzmat skutku - szkody wyrządzonej spółce. Treść art. 293 § 3, 300¹²⁵ § 2 oraz 483 § 3 ksh w połączeniu z aktualną literaturą przedmiotu⁶¹¹ mogą wręcz sprawiać mylne wrażenie, że członkowie zarządu są chronieni przed odpowiedzialnością, że ich działania są objęte „bezpieczną przystanią”, podczas gdy ich postępowanie nie jest wolne od sądowej oceny. Wręcz przeciwnie, proces decyzyjny członka zarządu musi przejść sądową ocenę staranności obciążoną efektem wiedzy po fakcie oraz opartą na nieprecyzyjnych i nazbyt obiektywnych kryteriach.

⁶¹⁰ Odmienne np. A. Kidyba, Komentarz do art. 300¹²⁵ ..., LEX/el. 2024; A. Kidyba, Komentarz do art. 293 ..., LEX/el. 2024; J. Jankowiak, Charakter prawny polskiego modelu ..., s. 52; L. Modzelewska, Komentarz ..., s. 1598; M. Wawer, Komentarz do art. 300¹²⁵ ksh ..., nb. 3.

⁶¹¹ Zob. np. R. Pabis, Komentarz do art. 293 ..., nb. 4; A. Kidyba, Komentarz do art. 300¹²⁵ ..., LEX/el. 2024; A. Kidyba, Komentarz do art. 293 ..., LEX/el. 2024; T. Szczurowski, Komentarz ..., s. 1301; J. Jankowiak, Charakter prawny polskiego modelu ..., s. 52; L. Modzelewska, Komentarz ..., s. 1598; M. Trociuk, Komentarz do art. 300¹²⁵ ksh ..., s. 442-448; M. Wawer, Komentarz do art. 300¹²⁵ ksh ..., nb. 3; J. Domagała, Komentarz do art. 300¹²⁵ ..., LEX WKP 2021; F. Ostrowski, Komentarz do art. 483 ..., nb. 6; A. Łatała-Kremer, Odpowiedzialność cywilna ..., s. 136; P. Słup, Odpowiedzialność cywilna członków organów ... (cz. 2), s. 23, 26; A. Czarnecka, Zasada biznesowej oceny sytuacji ..., s. 22-29.

Zasada biznesowej oceny sytuacji uregulowana w art. 293 § 3, 300¹²⁵ § 2 oraz 483 § 3 ksh nie może być rozumiana jako tzw. „bezpieczna przystań”, jednak nie oznacza to, że nie można przypisać jej funkcji ochronnej wobec członków zarządu spółki. Nowelizacje kodeksu spółek handlowych przeprowadzona w latach 2019-2022 wpłynęły na zmianę postrzegania niedołożenia zawodowej staranności jako naruszenia obowiązku wynikającego z relacji łączącej członka zarządu ze spółką. Niedołożenie przez menedżera staranności wynikającej z charakteru działalności zarządczej jest postępowaniem wykraczającym poza treść stosunku członkostwa w zarządzie, a zatem, w przypadku zawinienia, podlegającym odpowiedzialności odszkodowawczej wobec spółki. Dotychczas spór odnosił się do tego, czy niedołożenie przez członka zarządu staranności, nienaruszające żadnego konkretnego przepisu powszechnie obowiązującego prawa lub umowy spółki/statutu, stanowi postępowanie sprzeczne z prawem. Aktualnie oś problemu została przesunięta. Członek zarządu, który nie dokłada staranności wynikającej z zawodowego charakteru działalności, ponosi odpowiedzialność odszkodowawczą względem spółki. Co więcej, ustawodawca wskazał, że ocena niedołożenia wymaganej staranności ma się ograniczać do procesu decyzyjnego przeprowadzonego przez funkcjonariusza spółki, a nie do skutku podjętej przez niego decyzji. Takie ukształtowanie regulacji prawnej pozwala na wyciągnięcie wniosku, czym jest zasada biznesowej oceny sytuacji w polskim prawie korporacyjnym.

Zasada biznesowej oceny sytuacji przesądza, że przeprowadzenie starannego procesu decyzyjnego, w wyniku którego spółka ponosi szkodę, stanowi postępowanie zgodne z treścią stosunku członkostwa w zarządzie. W tym zakresie ustawodawca wsparł menedżerów, nie obciążając ich odpowiedzialnością za skutek podjętej decyzji. Zasada biznesowej oceny sytuacji nie stanowi jednak konstrukcji kompleksowej. Jest to tylko element szerszej regulacji prawnej odnoszącej się do odpowiedzialności odszkodowawczej członków zarządu za szkodę wyrządzoną spółce.

Zasadę biznesowej oceny sytuacji ukształtowaną w kodeksie spółek handlowych należy rozumieć wąsko - jako zasadę oceny procesu decyzyjnego, zatem zasadę przeprowadzania sądowej oceny przy uwzględnieniu okoliczności *ex ante*, a nie *ex post*. Tak rozumiana zasada biznesowej oceny sytuacji pełni funkcję ochronną wobec członków zarządu. Wskazanie przez ustawodawcę, że dołożenie staranności wynikającej z zawodowego charakteru działalności odnosi się wyłącznie do procesu decyzyjnego poprzedzającego podjęcie decyzji niewątpliwie pełni funkcję ochronną, sprzyjającą podejmowaniu odważnych decyzji.

Regulacja zawarta w kodeksie spółek handlowych odnośnie do odpowiedzialności członka zarządu za szkodę wyrządzoną spółce nie wyczerpuje się jednak na zasadzie biznesowej oceny sytuacji. Jest ona współkształtowana przez wiele innych elementów, które nie pełnią równie ochronnej funkcji wobec menedżerów. Każde kryterium oceny, które ma być uwzględnione przez sąd przy dokonywaniu kontroli staranności menedżerskiego procesu decyzyjnego, stanowi element osłabiający zasadę biznesowej oceny sytuacji. Sąd ma zbadać, czy członek zarządu, podejmując decyzję gospodarczą, działał lojalnie względem spółki, oraz czy działał w granicach uzasadnionego ryzyka gospodarczego, w tym na podstawie informacji, analiz i opinii, które powinny być w danych okolicznościach uwzględnione. Dokonując oceny, sąd ma zestawzić postępowanie decydenta z obiektywnym wzorcem staranności menedżera w analogicznych okolicznościach. Wskazane elementy współtworzące regulację dotyczącą odpowiedzialności odszkodowawczej nie wzmacniają funkcji ochronnej pełnionej przez zasadę biznesowej oceny sytuacji, lecz ją osłabiają. Regulacja w zakresie odpowiedzialności członka zarządu za szkodę wyrządzoną spółce ujmowana jako całokształt współtworzących ją konstrukcji prawnych nie zachęca menedżerów do podejmowania odważnych, ryzykownych decyzji. Przed udzieleniem odpowiedzi na pytanie, czy zasada biznesowej oceny sytuacji wspiera budowanie *good corporate governance*, należy odnieść się bliżej do problematyki ładu korporacyjnego.

4.2. Funkcja wspierająca budowanie *good corporate governance*

Przy stanowieniu przepisów prawa spółek handlowych należy odwoływać się do narzędzi mających na celu budowanie silnego przedsiębiorstwa funkcjonującego w myśl najwyższych standardów ładu korporacyjnego. Należy zatem wskazać, że głównym celem wdrożenia konstrukcji zasady biznesowej oceny sytuacji nie jest ograniczenie odpowiedzialności menedżerów, ale zwiększenie efektywności spółki poprzez ograniczenie tej odpowiedzialności⁶¹². W pełni wykształcona konstrukcja zasady biznesowej oceny sytuacji powinna stanowić podstawę ładu korporacyjnego, rozumianego jako standard nadzoru i kontroli organizacji kształtowanego przez wzajemnie powiązane czynniki, mające wpływ na funkcjonowanie

⁶¹² Por. L. Jedlińska, The Origins and essence of the business judgment rule, European Company Case Law 2024/2, s. 165-178.

przedsiębiorstwa⁶¹³. Celem tak rozumianego ładu korporacyjnego jest ochrona interesów akcjonariuszy przy jednoczesnym dążeniu do powiększenia wartości organizacji. Zgodnie z zasadami ładu korporacyjnego wypracowanymi przez Business Roundtable⁶¹⁴, *good corporate governance* odnosi się do systemu ustalania celów, efektywnego podejmowania decyzji oraz właściwego monitorowania zgodności (ang. *compliance*)⁶¹⁵. Zgodność oznacza przy tym postępowanie odpowiadające przyjętym regułom nie tylko w zakresie przepisów prawa, ale również norm moralnych. W tym ujęciu prawo spółek handlowych pełni rolę służebną wobec *corporate governance*; stanowi ono ramy, w obrębie których menedżerowie podejmują decyzje biznesowe⁶¹⁶.

Członkowie zarządu działają w imieniu spółki i mają prowadzić jej sprawy ze starannością wynikającą z zawodowego charakteru działalności. Podstawowym obowiązkiem menedżerów jest generowanie zysków dla spółki. Realizacja tego obowiązku wymaga podejmowania odważnych i ryzykownych decyzji biznesowych - im większy szacowany zysk, tym większe ryzyko poniesienia strat. Ryzyko jest naturalnym elementem każdej decyzji biznesowej, dlatego członkowie zarządu nie mogą stosować ogólnej zasady unikania ryzyka. Podejmowanie decyzji biznesowych jest zaś podstawowym elementem prowadzenia spraw spółki. Jak stwierdzono w ogólnych uwagach do europejskiego modelu ustawy o spółkach (rozdział 9 - Obowiązki dyrektorów), „skuteczny ład korporacyjny ma kluczowe znaczenie, ponieważ dobrze zarządzane spółki mogą być bardziej konkurencyjne i zrównoważone w dłuższej perspektywie”⁶¹⁷. Zasada biznesowej oceny sytuacji poprzez zapewnienie „bezpiecznej przystani” powinna umożliwiać efektywne zarządzanie spółką. Powinna zapewniać członkom zarządu realną możliwość podejmowania decyzji z uwzględnieniem prymatu interesu spółki, zamiast obawy przed menedżerską odpowiedzialnością. Menedżerowie powinni czuć się bezpiecznie, podejmując ryzykowne decyzje w dobrej wierze, z należytą

⁶¹³ H.R. Horsey, The duty of care component of the Delaware business judgment rule, *Delaware Journal of Corporate Law* 1994/19, s. 971.

⁶¹⁴ Business Roundtable - jest stowarzyszeniem zrzeszającym ponad 200 dyrektorów generalnych (CEO) kluczowych amerykańskich korporacji w zakresie wszystkich sektorów gospodarki USA, www.businessroundtable.org, [dostęp: <https://www.businessroundtable.org/about-us>].

⁶¹⁵ Business Roundtable (2005), *Principles of Corporate Governance*.

⁶¹⁶ E.G. Fox, M.B. Fox, R.J. Gilson, Economic crisis and the integration of law and finance: the impact of volatility spikes, *Columbia Law Review* 2016/116(325), s. 327-328.

⁶¹⁷ B. Hannigan, J. Engracia Antunes, Chapter 9 - Directors' duties, [w:] P.K. Andersen, J.B. Andersson, G. Bartkus, T. Baums, B.J. Clarke, P. Conac, I. Corbisier, W. Daskalov, J.E. Antunes, M. Fuentes, P. Giudici, B. Hannigan, S. Kalss, A. Kisfaludi, H.J. de Kluiver, A. Opalski, M. Patakyova, E.E. Perakis, J. Porkona, J. Roest, M.J. Sillanpää, S. Sołtysiński, C. Teichmann, I. Urbain-Parleani, A. Vutt, K.E. Sørensen, M. Winner, H. De Wulf (red.), *European Model Company Act (EMCA)*, 1st ed., Nordic European Company Law Working Paper 1st ed., 2017/16-26, s. 203.

starannością i działając lojalnie wobec spółki, bez obawy przed odpowiedzialnością za uczciwe błędy.

Mając jednak na uwadze kształt uregulowanej w kodeksie spółek handlowych zasady biznesowej oceny sytuacji, należy stanąć na stanowisku, iż konstrukcja ta w ograniczonym stopniu wspiera *good corporate governance*. Proces podejmowania decyzji przez członków zarządu podlega sądowej ocenie. Sędziowie zawsze oceniają postępowanie menedżerów po fakcie, znając konsekwencje podjętych decyzji. Są zatem podatni na tzw. efekt wiedzy po fakcie. Proces podjęcia decyzji biznesowej może podlegać sądowej ocenie zawsze, gdy w wyniku podjętej decyzji spółka poniesie szkodę. Z tego względu nie może być mowy o ukształtowaniu na gruncie kodeksu spółek handlowych tzw. „bezpiecznej przystani”. Niespełnienie przez regulację prawną odnoszącą się do odpowiedzialności członka zarządu za szkodę wyrządzoną spółce funkcji prawdziwie ochronnej względem członków zarządu spółki, uniemożliwia przyjęcie stanowiska, że zasada biznesowej oceny sytuacji stanowi podstawę ładu korporacyjnego. **Zasada biznesowej oceny sytuacji w wąskim znaczeniu (ocena *ex ante* zamiast *ex post*) wpisuje się w ograniczonym zakresie w koncepcję tworzenia *good corporate governance*. Jednak bez otoczenia zasady biznesowej oceny sytuacji konstrukcjami prawnymi o równie ochronnej funkcji, wsparcie ładu korporacyjnego jest jedynie marginalne.**

W tym miejscu warto odnieść się do treści przepisów art. 293 § 3, 300¹²⁵ § 2 oraz 483 § 3 ksh poddanej wnikliwej analizie we wcześniejszych fragmentach niniejszej pracy. **Przepisy te pełnią funkcję ochronną, jednak nie w stopniu umożliwiającym przyjęcie, że istotnie wspierają budowanie *good corporate governance*.** Nie stoi to jednak na przeszkodzie podjęciu próby takiego ich przeformułowania, by w wyższym stopniu realizowały intencję ustawodawcy w zakresie ochrony niezależności procesu podejmowania decyzji biznesowych.

Podczas dokonywania sądowej oceny zmierzającej do stwierdzenia, że członek zarządu dołożył staranności wynikającej z zawodowego charakteru swojej działalności, albo że tej staranności nie dołożył, kluczowe wręcz znaczenie ma adekwatne i możliwie precyzyjne określenie kryteriów oceny, jakie należy brać pod uwagę, kontestując decyzję zarządczą. Staranność procesu decyzyjnego przeprowadzonego przez członka zarządu jest bowiem pozostawiona ocenie sądu, który może dać wiarę pewnym faktom, a innym odmówić prawdziwości. Jednak kryteria brane pod uwagę przy ocenie decyzji menedżerskiej powinny być jasne, jednolicie rozumiane i przede wszystkim powinny

odpowiadać funkcji, jaką ukształtowana regulacja prawna ma pełnić. Literalna wykładnia przepisów jest bardzo ważna, jednak celem właściwego rozumienia regulacji prawnej w sposób odpowiadający potrzebom jej wdrożenia, konieczne jest również zastosowanie wykładni funkcjonalnej. Należy podkreślić, że wartościowe byłoby takie sformułowanie treści przepisów *de lege ferenda*, by pozostawić możliwie jak najmniej wątpliwości interpretacyjnych, a przynajmniej żeby rozstrzygnięcie tych wątpliwości nie przesądzało o skrajnie różnych możliwościach rozumienia przepisów.

Dokonując analizy art. 293 § 3, 300¹²⁵ § 2 oraz 483 § 3 ksh szczególną uwagę zwrócono na uzasadnione ryzyko gospodarcze. Treść przepisów w zakresie działania w granicach uzasadnionego ryzyka gospodarczego umożliwia wywiedzenie wniosku, że ustawodawca odniósł się do działania w granicach uzasadnionego w sposób obiektywny procesu podejmowania ryzyka gospodarczego. Nie jest to jednak wykładnia satysfakcjonująca, gdyż odnosi się do ryzyka gospodarczego, zamiast biznesowego oraz do jego obiektywnie uzasadnionej oceny z pominięciem aspektów subiektywnych.

Istotny element regulacji art. 293 § 3, 300¹²⁵ § 2 oraz 483 § 3 ksh stanowią informacje, analizy i opinie, które powinny być w danych okolicznościach uwzględnione przy dokonywaniu starannej oceny. Ustawodawca zmierzał do podkreślenia, że sądowa ocena ma odnosić się do procesu decyzyjnego poprzedzającego podjęcie decyzji gospodarczej. Jednak przytoczona treść przepisów może odnieść zupełnie inny efekt niż zamierzony. Po pierwsze, może prowadzić do „fasadowego” pozyskiwania analiz i opinii, celem zabezpieczenia sobie przez menedżerów możliwości ewentualnego późniejszego wykazania starannego procesu decyzyjnego, bez ich rzeczywistego uwzględnienia przy podejmowaniu decyzji, w sytuacji, gdy byłyby one niezbędne. Po drugie, wyszczególnienie informacji, analiz i opinii wprost w treści przepisów może przewrotnie prowadzić do pozyskiwania ich nawet w okolicznościach, w których nie było to konieczne. Przykład obrazujący pozyskiwanie analiz i opinii, które nie są niezbędne, stanowi pytanie zadane w systemie informacji prawnej Legalis, na gruncie którego przytoczono następujący stan faktyczny: „Spółka z.o.o. przygotowuje się do realizacji inwestycji. Wiele jej elementów jest już dopracowanych i sprawdzonych, jednakże zarząd obawia się, że może zostać pozwany przez udziałowców o szkody wyrządzone w majątku spółki. Ponadto istnieje obawa złożenia zawiadomienia do prokuratury przez udziałowców i ryzyko odpowiedzialności karnej. W związku z tym zapadła decyzja, aby zamówić opinię do wcześniej zamówionej analizy oceny efektywności ekonomicznej inwestycji. Zarząd widzi konieczność zamówienia opinii w związku

ze zmianą przepisów Kodeksu spółek handlowych i wprowadzeniem zasady BJR. Czy wydatki na tego typu opinię mogą zostać rozliczone w kosztach podatkowych spółki?”⁶¹⁸. W przytoczonym problemie prawnym potrzeba pozyskania opinii nt. efektywności ekonomicznej nie wynika z okoliczności sprawy, a jedynie z wprowadzenia zasady biznesowej oceny sytuacji.

Literalne odczytywanie normy zawartej *in fine* art. 293 § 3, 300¹²⁵ § 2 oraz 483 § 3 ksh przez członków zarządu jest znamienne w skutkach. Prowadzi do stworzenia zbyt rygorystycznego wzorca staranności odpowiadającego okolicznościom konkretnego przypadku kształtowanego każdorazowo celem skonfrontowania z nim postępowania członka zarządu. Kreowanie rygorystycznego wzorca staranności należy ocenić pozytywnie, jeśli ma swoje uzasadnienie w potrzebach obrotu gospodarczego. Natomiast w przypadku pozyskiwania przez członków zarządu opinii tylko w celu zabezpieczenia się przed ewentualną odpowiedzialnością odszkodowawczą, rygorystyczny wzorzec staranności może mieć negatywny wpływ na funkcjonowanie spółki, generując dodatkowe koszty lub niepotrzebnie wydłużając proces decyzyjny, co w sposób oczywisty zmniejsza jej efektywność.

Celem doprecyzowania treści regulacji prawnej oraz ujednolicenia jej interpretacji należy zaproponować następujące brzmienie art. 293 § 3, 300¹²⁵ § 2 oraz 483 § 3 ksh: „członek zarządu (...) nie narusza obowiązku dołożenia staranności wynikającej z zawodowego charakteru swojej działalności, jeżeli postępując w sposób lojalny wobec spółki, może racjonalnie zakładać, że działa w granicach akceptowalnego ryzyka biznesowego”. Takie ukształtowanie przepisu uwzględnia potrzeby zawężenia regulacji wyłącznie do ryzyka biznesowego oraz dokonania subiektywnej oceny racjonalności postępowania członka zarządu, tj. działania w dobrej wierze. Jak wcześniej wskazano, akceptowalne ryzyko wynika ze złożonego procesu zarządzania ryzykiem, którego przeprowadzenie nie byłoby możliwe bez pozyskania adekwatnych do okoliczności informacji, analiz i opinii. Wobec tego, że akceptowalne ryzyko należy odnosić do procesu zarządzania ryzykiem, dodatkowe regulowanie działania na podstawie informacji, analiz i opinii nie jest już konieczne. Co więcej, odniesienie ryzyka do poziomu akceptowalnego oddaje nie tylko subiektywny charakter oceny ryzyka - w granicach akceptowanych przez spółkę, ale wpisuje się

⁶¹⁸ Pytanie prawne zadane w systemie informacji prawnej Legalis: „Czy zamówienie opinii ekonomiczno-finansowej przez zarząd spółki kapitałowej w związku z Business Judgment Rule stanowi koszty podatkowe spółki?

również w kontraktowy charakter stosunku członkostwa w zarządzie spółki. Członek zarządu jest zobowiązany do prowadzenia spraw spółki, zatem powinien działać w granicach ryzyka, które jest akceptowalne przez spółkę.

Zaproponowana treść regulacji art. 293 § 3, 300¹²⁵ § 2 oraz 483 § 3 ksh wyrażająca zasadę biznesowej oceny sytuacji ma na celu jej doprecyzowanie, wyeliminowanie wątpliwości interpretacyjnych oraz lepsze odzwierciedlenie intencji ustawodawcy. Na gruncie polskiego porządku prawnego nie może być mowy o wyłączeniu sądowej kontroli decyzji menedżerskich, ale regulację prawną w tym zakresie można ukształtować tak, by jej zastosowanie wspierało członków zarządu i funkcjonowanie spółki na równi z zasadą biznesowej oceny sytuacji, tworząc spójną konstrukcję o silnej funkcji BJR.

5. Uwagi końcowe

Artykuł 293 § 3, 300¹²⁵ § 2 oraz 483 § 3 ksh odnoszą się do dołożenia przez członka zarządu staranności wynikającej z zawodowego charakteru działalności. Z przepisów tych można wyinterpretować zasadę polską konstrukcję *business judgment rule*. Intencją ustawodawcy było wdrożenie regulacji prawnej chroniącej członków zarządu przed odpowiedzialnością za negatywny rezultat należycie podjętych decyzji biznesowych oraz przesądzenie, że postępowanie lojalne względem spółki, pozostające w granicach uzasadnionego ryzyka gospodarczego, jest postępowaniem starannym.

Zasadę biznesowej oceny sytuacji uregulowaną w kodeksie spółek handlowych należy odnieść wyłącznie do sądowej oceny decyzji menedżerskich dokonywanej z perspektywy *ex ante*, a nie z perspektywy *ex post*. W tym zakresie regulacja prawna pełni funkcję ochronną wobec członków zarządu i podejmowanych przez nich decyzji menedżerskich. Przedmiotowa regulacja prawna nie pełni jednak funkcji ochronnej w stopniu zapewniającym tzw. „bezpieczną przystań”. Treść art. 293 § 3, 300¹²⁵ § 2 oraz 483 § 3 ksh kształtuje nie tylko konstrukcję zasady biznesowej oceny sytuacji. Wskazane przepisy odnoszą się również do innych elementów współkształtujących regulację odnośnie do odpowiedzialności członka zarządu za szkodę wyrządzoną spółce, mianowicie do przesłanek zawodowej staranności. Przesłankami umożliwiającymi przyjęcie, że członek zarządu dołożył staranności wynikającej z zawodowego charakteru działalności są: 1) dochowanie lojalności względem spółki oraz 2) działanie w granicach uzasadnionego ryzyka gospodarczego, w tym na podstawie informacji, analiz i opinii,

które powinny być w danych okolicznościach uwzględnione przy podejmowaniu decyzji gospodarczej. Wskazane kryteria oceny dołożenia zawodowej staranności nie wspierają ochronnej funkcji zasady biznesowej oceny sytuacji. Treść tych przepisów osłabia funkcję BJR, jaką pełni wąsko rozumiana zasada biznesowej oceny sytuacji. Z tego względu regulacja prawna zawarta w art. 293 § 3, 300¹²⁵ § 2 oraz 483 § 3 ksh pełni funkcję wspierającą budowanie *good corporate governance* jedynie w ograniczonym zakresie.

Należy zatem przeformułować kryteria sądowej oceny decyzji menedżerskich, umożliwiające odróżnienie starannego procesu decyzyjnego od niestarannego procesu decyzyjnego. Uwzględniając przeprowadzoną krytykę obecnej regulacji prawnej, nasuwa się wniosek *de lege ferenda*. Proponowane brzmienie art. 293 § 3, 300¹²⁵ § 2 oraz 483 § 3 ksh poprzez przyjęte kryteria zwiększałoby szanse na dokonanie przez sąd pozytywnej oceny postępowania menedżera: „członek zarządu (...) nie narusza obowiązku dołożenia staranności wynikającej z zawodowego charakteru swojej działalności, jeżeli postępując w sposób lojalny wobec spółki, może racjonalnie zakładać, że działa w granicach akceptowalnego ryzyka biznesowego”. Zaproponowana redakcja: 1) odnosi ryzyko do ryzyka biznesowego; 2) wskazuje na konieczność dokonania subiektywnej oceny uwzględniającej nastawienie decydenta do podejmowanych aktywności umożliwiających podjęcie decyzji oraz 3) wskazuje na konieczność dokonania sądowej oceny procesu podejmowania decyzji poprzez odwołanie do akceptowalnego ryzyka, które odnosi się do procesu zarządzania ryzykiem. Odniesienie do akceptowalnego ryzyka pełni zaś dwie istotne funkcje. Po pierwsze, podkreśla kontraktowy charakter stosunku członkostwa w zarządzie ze względu na odniesienie ryzyka do poziomu akceptowalnego przez spółkę. Po drugie, podkreśla rolę procesu zarządzania ryzykiem, którego nie da się przeprowadzić bez pozyskania informacji, analiz, opinii, co pozwala na wyeliminowanie wskazania informacji, analiz i opinii wprost w treści przepisów.

Proponowane brzmienie przepisów odnoszących się do odpowiedzialności członków zarządu za szkodę wyrządzoną spółce nie ma na celu wyłączenia sądowej kontroli decyzji menedżerskich. Zaproponowana treść przedmiotowej regulacji prawnej ma umożliwić pełniejszą realizację funkcji ochronnej zasady biznesowej oceny sytuacji.

Kluczowym elementem dopełniającym konstrukcję prawną odnoszącą się do odpowiedzialności członka zarządu za szkodę wyrządzoną spółce jest rola orzecznicza sądów. Ustawodawca akcentując rolę sądowej oceny procesu decyzyjnego, zakłada, że sąd należycie oceni i rozsądzi staranne procesy decyzyjne od niestarannych procesów

decyzyjnych. Niniejsza rozprawa wskazuje jedynie ryzyko dokonania przez sąd niewłaściwej oceny przeprowadzonego przez członka zarządu procesu decyzyjnego, wynikające z niewłaściwego ukształtowanie treści przepisów art. 293 § 3, 300¹²⁵ § 2 oraz 483 § 3 ksh, jak również z tzw. „efektu wiedzy po fakcie”. Błędna ocena może prowadzić do niesłusznego pociągnięcia menedżera do odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną spółce w wyniku należycie podjętej decyzji biznesowej. Istotny wpływ na realizację ochronnej funkcji regulacji prawnej kształtującej polską koncepcję *business judgment rule* będą miały sądy. Nawet najlepsza konstrukcja prawna umieszczona w niesprzyjającym otoczeniu prawnym i pozaprawnym nie będzie w pełni realizowała swojej funkcji.

Zakończenie

Modelowa koncepcja *business judgment rule* odnosi się do ponadnarodowej funkcji, jaką regulacja prawna ma pełnić w systemie prawa korporacyjnego - funkcji *business judgment rule*. Funkcję BJR należy odnieść do: 1) ochrony członków zarządu spółki przed odpowiedzialnością za szkodę wyrządzoną spółce w wyniku zmaterializowania się ryzyka związanego z podjętą decyzją biznesową oraz 2) budowania *good corporate governance* (pol. ładu korporacyjnego) poprzez wsparcie procesów zarządzania spółką. *Business judgment rule* ukształtowana w amerykańskim porządku prawnym to koncepcja zmierzająca do realizacji funkcji BJR. Można wskazać kilka elementów amerykańskiej koncepcji *business judgment rule*, które łącznie pozwalają na realizację funkcji BJR. Pierwszym z nich jest rozróżnienie standardu postępowania (ang. *standard of conduct*) oraz standardu kontroli (ang. *standard of review*). Drugim jest wykreowanie kilku różnych standardów kontroli. Trzecim - ukształtowanie standardu kontroli - *business judgment rule*, który stanowi standard braku sądowej kontroli decyzji menedżerskiej, tzw. *safe harbour* (pol. bezpieczna przystań). Standard kontroli *business judgment rule* stanowi amerykańską konstrukcję *business judgment rule*. Potrzeba ukształtowania konstrukcji prawnej wyłączającej sądową kontrolę decyzji biznesowych podjętych starannie, lojalnie i w dobrej wierze ma swoje uzasadnienie w tzw. „efekcie wiedzy po fakcie” (ang. *hindsight bias*), ujmowanym jako zjawisko opisujące tendencję do uznawania po zdarzeniu, że prawdopodobieństwo jego wystąpienia było znacznie wyższe niż w rzeczywistości. Zastosowanie konstrukcji *business judgment rule* przez sąd oznacza, że nie przystąpi on do oceny decyzji biznesowej podjętej przez funkcjonariusza spółki tak długo, jak długo powód nie uprawdopodobni, że działanie pozwanego nie spełnia którejs z przesłanek.

Amerykańska konstrukcja *business judgment rule* nie stanowi samodzielnego narzędzia prawnego. Stanowi ona tylko jednym z elementów amerykańskiej koncepcji *business judgment rule*. Jej należyte funkcjonowanie wymaga istnienia spójnego systemu prawnego, zapewniającego uzupełniające się regulacje prawne oraz wsparcie sądów, które przez lata próbowały wykształcić standard kontroli decyzji menedżerskich odpowiadający dynamice korporacyjnej. Złożoność systemu prawnego uzasadnia oddzielne postrzeganie modelowej koncepcji BJR, amerykańskiej koncepcji BJR oraz amerykańskiej konstrukcji BJR.

Nie jest możliwe wybiórcze zastosowanie amerykańskiej konstrukcji BJR w innym otoczeniu prawnym. Odzwierciedlenie w innych porządkach prawnych może znaleźć jedynie modelowa koncepcja BJR. Będzie ona przybierała postać odmiennych konstrukcji prawnych, których kształt będzie zależny od współistniejących w danym systemie regulacji prawnych. Funkcję wspierającą wobec ładu korporacyjnego oraz funkcję ochronną wobec menedżerów (funkcję BJR) mogą pełnić regulacje prawne odmienne od amerykańskiej koncepcji *business judgment rule*. Modelowa koncepcja *business judgment rule* pozostaje otwartą na kształtowanie jej zgodnie z potrzebami współczesnego międzynarodowego biznesu, operującego w warunkach zmieniającego się prawa.

Konstrukcja prawna zmierzająca do realizacji funkcji BJR musi być dostosowana do otoczenia prawnego współkształtującego konkretny porządek prawny. Konstrukcja *business judgment rule* w każdym porządku prawnym musi współtworzyć spójną regulację, która będzie zapewniała członkom zarządu bezpieczne warunki prawne do podejmowania ryzykownych decyzji biznesowych bez obawy przed konsekwencjami odszkodowawczymi. W niektórych porządkach prawnych tworzenie spójnej regulacji prawnej oznacza zapewnienie nadmiernej wręcz ochrony, obejmującej nie tylko decyzje zasługujące na ochronę, ale również decyzje, które na ochronę nie zasługują, np. amerykańska konstrukcja BJR. W innych porządkach prawnych oznacza to zaś zapewnienie mniejszej ochrony, nieobejmującej wszystkich decyzji, które powinny być nią objęte, np. porządki europejskie, w których decyzja menedżerska podlega ocenie sądu. Członkowie organu zarządczego spółki są wówczas narażeni na błędną ocenę sądu w zakresie dołożonej przez nich staranności lub lojalności względem spółki.

Rozwiązania prawne zastosowane w europejskich porządkach prawnych - niemieckim, litewskim, austriackim, niderlandzkim, włoskim oraz szwedzkim ograniczają sądową kontrolę decyzji menedżerskich poprzez ukształtowanie kryteriów sądowej oceny, których zastosowanie umożliwia oddzielenie decyzji mieszczących się w zakresie menedżerskiej swobody decyzyjnej od decyzji wykraczających poza zakres menedżerskiego uznania. Sądowa kontrola decyzji menedżerskich została w poszczególnych europejskich porządkach prawnych ograniczona przy zastosowaniu różnych rozwiązań prawnych. Wszystkie te rozwiązania zmierzają jednak do realizacji tożsamej funkcji - funkcji *business judgment rule*. O wdrożeniu modelu *business judgment rule* nie przesądzają kształt regulacji i jej poszczególne elementy, ale funkcja, jaką ma ona pełnić w konkretnym systemie prawnym. Przeanalizowane porządki prawne

wdrożyły indywidualne koncepcje *business judgment rule* odpowiadające krajobrazowi prawnemu oraz dynamice rozwoju gospodarczego. Omawiane koncepcje nie zapewniają ochrony tak daleko idącej, jak amerykańska koncepcja *business judgment rule*, jednak nie oznacza to, że nie pełnią one funkcji ochronnej wobec funkcjonariuszy spółek.

Koncepcja *business judgment rule* została ukształtowana także w polskim porządku prawnym. W wyniku reformy prawa handlowego przeprowadzonej w latach 2019-2022 ustawodawca uregulował w kodeksie spółek handlowych zasadę biznesowej oceny sytuacji, której celem jest realizowanie funkcji BJR. Zrozumienie istoty polskiej koncepcji *business judgment rule* oraz zdefiniowanie polskiej konstrukcji *business judgment rule* wymagało uprzedniego poddania analizie charakteru oraz przesłanek odpowiedzialności członka zarządu za szkodę wyrządzoną spółce.

Odpowiedzialność cywilna członków zarządu względem spółki kapitałowej została uregulowana w art. 293 ksh w odniesieniu do spółki z o.o., w art. 300¹²⁵ ksh w odniesieniu do prostej spółki akcyjnej oraz w art. 483 ksh w odniesieniu do spółki akcyjnej. Treść art. 300¹²⁵ ksh została uregulowana w wyniku reformy z 19 lipca 2019 r., a przepisy odnoszące do spółek z ograniczoną odpowiedzialnością oraz akcyjnej zostały znowelizowane w wyniku reformy z 9 lutego 2022 r.

Punkt wyjścia do badania zasad odpowiedzialności odszkodowawczej menedżerów względem spółki stanowiła analiza stosunku członkostwa w jej organie zarządczym. Członkostwo w zarządzie jest stosunkiem cywilnoprawnym o charakterze zobowiązaniowym wynikającym z powołania. Powołanie do pełnienia funkcji w organie jest czynnością prawną o charakterze kreującym oraz obligacyjnym. Z jednej strony kreuje strukturę organizacyjną spółki, z drugiej zaś odnosi się do powierzenia funkcjonariuszowi mandatu do działania w imieniu spółki. Mandat wyraża zarówno kompetencje, jak i obowiązki członka organu zarządczego w zakresie reprezentacji i prowadzenia spraw spółki, o których mowa w art. 201 § 1, 300⁶² § 1, 300⁷³ § 1 oraz 369 § 1 ksh.

Treść stosunku członkostwa w zarządzie wyznaczona jest przez przepisy powszechnie obowiązującego prawa, akty wewnętrzne spółki oraz cel zobowiązania. Ze stosunku członkostwa w zarządzie wynikają mieszczące się w ramach reprezentacji oraz prowadzenia spraw spółki obowiązki zarządcze, które można podzielić na formalno-organizacyjne oraz biznesowe. Obowiązki formalno-organizacyjne odnoszące się do zgodnego z prawem funkcjonowania spółki w przestrzeni gospodarczej są regulowane w przepisach powszechnie obowiązującego prawa. Stosunek członkostwa w zarządzie

stanowi jednak „kontrakt otwarty na przyszłość”, co uniemożliwia kazuistyczne wyznaczenie obowiązków biznesowych. Należy przy tym pamiętać, iż swoboda działania członków organu zarządczego spółki jest ograniczona koniecznością działania w najlepszym jej interesie.

Obowiązek działania w najlepszym interesie spółki wynika z istoty stosunku członkostwa w zarządzie jako relacji o charakterze powierniczym opartej na wzajemnym zaufaniu stron. Korelatem działania w interesie spółki są obowiązki dołożenia staranności oraz dochowania lojalności. Miernik należytego wykonywania tych obowiązków został uregulowany w art. 209¹ § 1, 300⁵⁴ oraz 377¹ § 1 ksh. Zgodnie ze wskazanymi przepisami, członek zarządu powinien przy wykonywaniu swoich obowiązków dołożyć staranności wynikającej z zawodowego charakteru działalności oraz dochować lojalności wobec spółki. Działanie (zaniechanie) niestaranne lub nielojalne wykracza poza przedmiot członkostwa w zarządzie i stanowi podstawę odpowiedzialności odszkodowawczej względem spółki.

Odpowiedzialność menedżera względem spółki ma charakter kontraktowy i oparta jest na zasadzie winy. Do jej przesłanek należy zaliczyć: szkodę wyrządzoną działaniem lub zaniechaniem sprzecznym z prawem, lub postanowieniami umowy spółki (spółka z ograniczoną odpowiedzialnością oraz akcyjna) albo wynikłą z niewykonania lub nienależytego wykonania obowiązków zarządczych (prosta spółka akcyjna), związek przyczynowy pomiędzy postępowaniem a szkodą oraz winę. Powód musi wykazać szkodę, postępowanie, z którego ta szkoda wynikła, związek pomiędzy nimi oraz działanie lub zaniechanie sprzeczne z prawem, lub postanowieniami umowy spółki albo niewykonanie lub nienależyte wykonanie obowiązków zarządczych. Pozwany członek zarządu, broniąc się przed odpowiedzialnością, musi zaś wykazać brak swojej winy.

W doktrynie oraz judykaturze powstał spór co do możliwości zakwalifikowania niedołożenia staranności wynikającej z zawodowego charakteru działalności jako podstawy odpowiedzialności z art. 293 § 1 oraz 483 § 1 ksh. Oś sporu stanowi pytanie, czy niedochowanie zawodowej staranności jest jedną z przesłanek odpowiedzialności odszkodowawczej członka zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością albo spółki akcyjnej - przesłankę sprzeczności z prawem lub postanowieniami umowy spółki/ statutu. Nie ma w tym względzie wątpliwości interpretacyjnych w odniesieniu do odpowiedzialności członka zarządu prostej spółki akcyjnej. Przesłanką odpowiadającą sprzeczności z prawem lub postanowieniami umowy spółki w art. 300¹²⁵ § 1 ksh jest niewykonanie, lub nienależyte wykonanie obowiązków, w tym niedołożenie należytej

staranności wynikającej z zawodowego charakteru działalności oraz niedochowanie lojalności wobec spółki.

W świetle obowiązujących przepisów prawnych należy stanąć na stanowisku, iż niedołożenie staranności wynikającej z zawodowego charakteru działalności lub niedochowanie lojalności względem spółki stanowi niewykonanie lub nienależyte wykonanie obowiązków wynikających ze stosunku członkostwa w zarządzie. Piastun organu ma reprezentować spółkę i prowadzić jej sprawy. Niestaranne, nielojalne wykonywanie tych obowiązków wykracza poza stosunek członkostwa w zarządzie, przez co narusza art. 201 § 1 w zw. z art. 209¹ § 1, art. 300⁶² § 1 w zw. z art. 300⁵⁴, art. 300⁷³ § 1 w zw. z art. 300⁵⁴ albo art. 368 § 1 w zw. z art. 377¹ § 1 ksh. Przy jednoczesnym spełnieniu pozostałych przesłanek odpowiedzialności odszkodowawczej, podlega negatywnej kwalifikacji prawnej z art. 293 § 1, 300¹²⁵ § 1 albo 483 § 1 ksh.

Poczynione ustalenia mają istotny wpływ na rozumienie polskiej koncepcji *business judgment rule*. Należy ją wyinterpretować z całości regulacji prawnej w zakresie stosunku członkostwa w zarządzie spółki oraz działań (zaniechań) wykraczających poza jego treść, w szczególności z art. 293 § 1 i § 3 ksh w zw. z art. 201 § 1 i art. 209¹ § 1 ksh (analogicznie z art. 300¹²⁵ § 1 i § 2 w zw. z art. 300⁶² § 1 albo art. 300⁷³ § 1 i art. 300⁵⁴ ksh, jak również z art. 483 § 1 i § 3 ksh w zw. z art. 368 § 1 oraz art. 377¹ § 1 ksh). Wąsko rozumiana zasada biznesowej oceny sytuacji została natomiast uregulowana w ramach art. 293 § 3, 300¹²⁵ § 2 oraz 483 § 3 ksh. Należy ją odnieść do sądowej oceny decyzji menedżerskich dokonywanej z perspektywy *ex ante*, zamiast z perspektywy *ex post*.

Do przesłanek dołożenia przez członka zarządu staranności wynikającej z zawodowego charakteru działalności uregulowanych w ramach art. 293 § 3, 300¹²⁵ § 2 albo 483 § 3 ksh należą: 1) dochowanie lojalności względem spółki oraz 2) działanie w granicach uzasadnionego ryzyka gospodarczego, w tym na podstawie informacji, analiz i opinii, które powinny być w danych okolicznościach uwzględnione. Wskazane artykuły nie są jednak właściwie sformułowane, ponieważ: 1) odnoszą się do ryzyka gospodarczego, zamiast do ryzyka biznesowego, które jest nieco węższym i bardziej adekwatnym kryterium; 2) odwołują się do obiektywnego wzorca oceny, zamiast do subiektywnego, uwzględniającego dobrą wiarę decydenta; 3) nie oddają kontraktowego charakteru stosunku członkostwa w zarządzie, tj. nie odnoszą się do poziomu ryzyka akceptowalnego przez spółkę; 4) wymieniają w szczególności informacje, analizy i opinie, odnosząc konieczność ich pozyskania do obiektywnego

wzorca staranności, zamiast do subiektywnego; 5) wymieniają informacje, analizy i opinie, zmierzając do wyznaczenia przedmiotu badania w postaci procesu decyzyjnego, a nie skutku podjętej decyzji, tym samym jednak niemal skłaniają do jedynie fasadowego pozyskiwania informacji, analiz, opinii w sytuacji, kiedy są niezbędne albo skłaniają do pozyskiwania informacji, analiz, opinii „na wyrost” w sytuacji, kiedy nie są niezbędne, a jedynie mają zabezpieczyć członka zarządu przed ewentualnym zarzutem ich niepozyskania, co wtórnie zawyża obiektywny wzorzec staranności.

Należy wskazać, że częste odniesienia do amerykańskiej konstrukcji *business judgment rule* czynione w literaturze przedmiotu, w szczególności do, tzw. „bezpiecznej przystani” mogą wpływać na błędne rozumienie polskiej koncepcji i konstrukcji biznesowej oceny sytuacji. Interpretacja przepisów kodeksu spółek handlowych w kontekście *business judgment rule* oraz „bezpiecznej przystani” może być myląca dla członków zarządu, którzy będą przekonani o tym, że są objęci ochroną *business judgment rule*, że ich działania nie podlegają sądowej ocenie.

Ukształtowanie przepisów odnoszących się do odpowiedzialności członków zarządu za szkodę wyrządzoną spółce wpływa na zwiększenie poczucia bezpieczeństwa przy podejmowaniu decyzji biznesowej, jednak nie jest to tak daleko idąca ochrona, wyłączająca kontrolę sądu, jak w przypadku amerykańskiej regulacji. Analiza polskiej regulacji prawnej odnoszącej się do zasady biznesowej oceny sytuacji powinna być prowadzona jedynie w odniesieniu do funkcji BJR, nie zaś do amerykańskiej konstrukcji BJR.

Proces decyzyjny przeprowadzony przez członka zarządu spółki kapitałowej przed podjęciem decyzji biznesowej podlega ocenie sądu. Postępowanie menedżera będzie kontestowane pod kątem dochowania lojalności wobec spółki oraz działania w granicach uzasadnionego ryzyka, w tym na podstawie informacji, analiz i opinii, które powinny być w danych okolicznościach uwzględnione przy podejmowaniu decyzji. Nawet jeśli sąd nie ocenia merytorycznej treści decyzji i opiera rozstrzygnięcie tylko na ocenie procesu decyzyjnego, a nie jego skutku, mimo wszystko ma świadomość wystąpienia szkody i związku przyczynowego pomiędzy podjętą decyzją a szkodą. W konsekwencji sąd, oceniając staranność procesu decyzyjnego, obciążony jest efektem wiedzy po fakcie, co może powodować wyciągnięcie błędnych konkluzji, że członek zarządu nie przeprowadził starannego procesu decyzyjnego. Błędne przyjęcie przez sąd, że członek zarządu nie dołożył staranności wynikającej z zawodowego charakteru działalności, doprowadzi do wypełnienia przesłanki sprzeczności z prawem lub

postanowieniami umowy spółki albo niewykonania lub nienależytego wykonania obowiązków zarządczych. Wówczas, o ile członek zarządu nie wykaze braku swojej winy (objętej domniemaniem), poniesie odpowiedzialność za szkodę wyrządzoną spółce.

Niewątpliwie jest, że jeśli szkoda powstała wskutek zmaterializowania się ryzyka związanego z podjętą decyzją, pomimo przeprowadzenia starannego procesu decyzyjnego, wówczas należy uznać, że nie wynika ona z okoliczności obejmujących odpowiedzialność decydenta. Jeśli natomiast szkoda jest konsekwencją niestarannego procesu decyzyjnego, stanowiącego naruszenie obowiązków menedżerskich, wówczas członkowi zarządu należy zarzucić postępowanie sprzeczne z prawem lub postanowieniami umowy spółki albo niewykonanie lub nienależyte wykonanie obowiązków. Tak ukształtowana konstrukcja odpowiedzialności jest ze wszech miar słuszna, o ile opiera się na rzetelnej ocenie lojalności, staranności i dobrej wiary członka zarządu. Właściwe przeprowadzenie sądowej oceny jest zaś uzależnione od ukształtowania regulacji prawnej, która powinna w jak najwyższym stopniu umożliwiać realizację funkcji BJR.

Na obecnym etapie obowiązywania nowej regulacji prawnej nie wiadomo, jak będzie ona stosowana przez sądy. Nie ma jeszcze orzeczeń w sprawach, do których należałoby stosować nowe przepisy. Z tego względu uzasadniony jest wniosek, że nowa regulacja prawna w zakresie odpowiedzialności członków zarządu za szkodę wyrządzoną spółce zmierza w kierunku zapewnienia menedżerom ochrony przed odpowiedzialnością wynikającą wyłącznie ze zmaterializowania się ryzyka związanego z podjętą decyzją biznesową. Niewątpliwie taka też była intencja ustawodawcy, która legła u podstaw zmian do kodeksu spółek handlowych. Niemniej członkowie zarządu nie podlegają pełnej ochronie przed odpowiedzialnością, ponieważ ochrona uzależniona jest od tego, czy ich postępowanie zostanie ocenione przez sąd jako staranne i lojalne, a nie od tego, czy ich postępowanie było staranne i lojalne. Ponieważ nie ma informacji, co do tego, jak owo postępowanie będzie oceniane w praktyce orzeczniczej i jakie linie orzecznicze mogą się w tym zakresie ukształtować, nie można jednoznacznie opowiedzieć się za tym, że zasada biznesowej oceny sytuacji stanowi silny instrument ochrony członków zarządu przed odpowiedzialnością za szkodę powstałą wskutek zmaterializowania się ryzyka związanego z podjętą decyzją, pomimo przeprowadzenia starannego procesu decyzyjnego.

Analogicznie, nie można jednoznacznie wskazać, czy zasada biznesowej oceny sytuacji realizuje funkcję BJR odnoszącą się do wsparcia *good corporate governance*.

Wdrożenie koncepcji, która pełniłaby funkcję wspierającą ład korporacyjny, niewątpliwie było jednym z motywów nowelizacji kodeksu spółek handlowych. Wszak przepisy prawne sprzyjające podejmowaniu odważnych decyzji przez menedżerów, stanowią narzędzie wspierające ład korporacyjny. Słusznym wydaje się być zatem wniosek, że zasada biznesowej oceny sytuacji realizuje funkcję BJR odnoszącą się do wsparcia *good corporate governance* w takim stopniu, w jakim realizuje funkcję ochrony członków zarządu przed niesłuszną odpowiedzialnością za szkodę powstałą wskutek zmaterializowania się ryzyka związanego z podjętą decyzją, pomimo przeprowadzenia przez członka zarządu starannego procesu decyzyjnego. Funkcja ochronna przedmiotowej regulacji prawnej jest zatem mocno ograniczona.

Zmiana treści art. 293 § 3, 300¹²⁵ § 2 oraz 483 § 3 ksh *de lege ferenda* mogłaby wzmocnić ochronną funkcję zasady biznesowej oceny sytuacji: „członek zarządu (...) nie narusza obowiązku dołożenia staranności wynikającej z zawodowego charakteru swojej działalności, jeżeli postępując w sposób lojalny wobec spółki, może racjonalnie zakładać, że działa w granicach akceptowalnego ryzyka biznesowego”. Przytoczona propozycja treści przepisów nie wyłącza sądowej kontroli decyzji biznesowych, jednak uwzględnia specyfikę podejmowania decyzji biznesowych oraz zaufanie łączące członka organu zarządczego ze spółką.

Nowelizacja przepisów w zakresie odpowiedzialności członków zarządu za szkodę wyrządzoną spółce chroni należyte funkcjonowanie spółki w takim zakresie, w jakim przesądza, iż niedołożenie zawodowej staranności przez członka zarządu jest sprzeczne z prawem lub postanowieniami umowy spółki albo stanowi niewykonanie lub nienależyte wykonanie obowiązków zarządczych. Regulacja ta pozytywnie wpływa na funkcjonowanie spółki, ponieważ precyzuje, że niestaranne postępowanie nie może być uznane za mieszczące się w treści stosunku członkostwa w zarządzie, wobec czego nie zasługuje na ochronę. Regulacja ta proponuje również kryteria sądowej oceny, które mają umożliwić urealnienie odpowiedzialności odszkodowawczej poprzez sankcjonowanie postępowania niewłaściwego oraz uszanowanie menedżerskiego uznania. Jednak, pomimo ochronnej funkcji, jaką pełni wąsko rozumiana zasada biznesowej oceny sytuacji w kodeksie spółek handlowych, członek zarządu nie jest w pełni objęty ochroną, ponieważ otoczenie prawne zasady biznesowej oceny sytuacji nie wspiera jej ochronnej funkcji. Zasada biznesowej oceny sytuacji jest tylko jednym z elementów uregulowanych w kodeksie spółek handlowych, które współtworzą

zasady ponoszenia przez członka zarządu odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną spółce.

Wykaz źródeł

Źródła prawa

1. Burgerlijk Wetboek, Stb. 1838, 90.
2. Austriacka ustawa o spółkach z ograniczoną odpowiedzialnością z 6 marca 1906 r. (Gesetz über Gesellschaften mit beschränkter Haftung) (RGI. Nr. 58/1906).
3. Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z 27 czerwca 1934 r. Kodeks handlowy (Dz.U. z 1934 r., Nr 57, poz. 502).
4. Włoski Kodeks Cywilny (Codesso Civile) - Regio Decreto z 16 marca 1942 r., nr 262.
5. Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. - kodeks cywilny (Dz.U. z 2024 r., poz. 1061 z zm.) .
6. Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. - kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. z 2024 r., poz. 1568 z zm.).
7. Austriacka Ustawa o spółkach akcyjnych z 31 marca 1965 r. (Bundesgesetz über Aktiengesellschaften) (BGI. Nr. 98/1965).
8. Niemiecka ustawa o spółkach akcyjnych z 6 września 1965 r. (Aktiengesetz, BGB.I 1089 z zm.).
9. California Corporations Code (1990).
10. Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022 r., poz. 1233).
11. Lietuvos Respublikos akcinių bendrovių įstatymas 1994 m. liepos 5 d. Nr. I-528 (Valstybės žinios, 1994-07-20, Nr. 55-1046).
12. Ustawa z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym (Dz.U. z 2024 r., poz. 1186).
13. Niemiecki kodeks karny z 13 listopada 1998r. (Strafgesetzbuch, BGBI. I S. 3322).
14. Lietuvos Respublikos akcinių bendrovių įstatymas 2000 m. liepos 13 d. Nr. VIII-1835 (Valstybės žinios, 2000-07-31, Nr. 64-1914).
15. Lietuvos Respublikos Civilinis Kodeksas 2000 m. liepos 18 d. Nr. VIII-1864 (Valstybės žinios, 2000-09-06, Nr. 74-2262).
16. Ustawa z dnia 15 września 2000 r. - kodeks spółek handlowych (Dz.U. z 2024 r., poz. 18 z zm.).
17. Delaware General Corporation Law, Del. Code Ann. tit. 8 (2004).

18. Szwedzka ustawa o spółkach z 16 czerwca 2005 r. - Aktiebolagslagen (2005:551)
19. Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts z 22 września 2005, BGBl. I S. 2802.
20. Ustawa z dnia 19 lipca 2019 r. o zmianie ustawy - kodeks spółek handlowych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2019 r., poz. 1655).
21. Ustawa z dnia 9 lutego 2022 r. o zmianie ustawy - kodeks spółek handlowych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2022 r., poz. 807).

Orzecznictwo polskie

1. Orzeczenie Sądu Najwyższego z 3 stycznia 1959 r., 3 CR 461/58, Legalis nr 11679.
2. Uchwała Sądu Najwyższego z 29 listopada 1965 r., III PO 30/65, Legalis nr 220989.
3. Uchwała Sądu Najwyższego z 10 maja 1994 r., III CZP 63/94, Legalis nr 28614.
4. Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 13 października 2004 r., III CZP 54/04, Legalis nr 65403.
5. Uchwała Sądu Najwyższego z 22 października 2009 r., III CZP 63/09, Legalis nr 173471.
6. Uchwała Sądu Najwyższego z 24 listopada 2016 r., III CZP 72/16, Legalis nr 1533143.
7. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 grudnia 1964 r., I CR 218/64, Legalis nr 104501.
8. Wyrok Sądu Najwyższego z 30 marca 2000 r., III CKN 811/98, Legalis nr 362265.
9. Wyrok Sądu Najwyższego z 16 listopada 2001 r., I PKN 686/00, Legalis nr 59007.
10. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 lutego 2006 r., V CSK 128/05, Legalis nr 72648.
11. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 26 września 2006 r., II PK 47/06, Legalis nr 77034.
12. Wyrok Sądu Najwyższego z 10 listopada 2006 r., I CSK 246/06, Legalis nr 86065.
13. Wyrok Sądu Najwyższego z 11 grudnia 2007 r., I PK 157/07, Legalis nr 97648.
14. Wyrok Sądu Najwyższego z 24 września 2008 r., II CSK 118/08, Legalis nr 114125.

15. Wyrok Sądu Najwyższego z 5 listopada 2009 r., I CSK 158/09, Legalis nr 188463.
16. Wyrok Sądu Najwyższego z 3 listopada 2010 r., V CSK 129/10, Legalis nr 373114.
17. Wyrok Sądu Najwyższego z 23 marca 2012 r., II PK 169/11, Legalis nr 490543.
18. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24 lipca 2014 r., II CSK 627/13, Legalis nr 1162511.
19. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 kwietnia 2016 r., II CSK 430/15, Legalis nr 1472302.
20. Wyrok Sadu Najwyższego z dnia 9 lutego 2018 r., I CSK 246/17, Legalis nr 1765969.
21. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 kwietnia 2018 r., IV CSK 352/17, Legalis nr 1786843.
22. Wyrok Sądu Najwyższego z 20 lutego 2020 r., IV CSK 546/18, LEX nr 3221519.
23. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10 czerwca 2021 r., IV CSKP 81/21, Legalis nr 2587493.
24. Wyrok Sądu Najwyższego z 25 listopada 2022r., II CSKP 246/22, Legalis nr 2899590.
25. Wyrok Sądu Najwyższego z 1 grudnia 2022 r., II CSKP 658/22, LEX nr 3559563.
26. Postanowienie Sądu Najwyższego z 18 października 2002 r., V CKN 111/01, LEX nr 56065.
27. Postanowienie Sądu Najwyższego z 29 lutego 2024 r., I CSK 933/23, LEX nr 3704208.
28. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 18 sierpnia 2011 r. I ACa 54/11, Legalis nr 385358.
29. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z 11 października 2012 r., I ACa 336/12, Legalis nr 737666.
30. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 16 kwietnia 2014 r., I ACa 1157/13, Legalis nr 1067291.
31. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z 16 czerwca 2015 r., I ACa 20/15, Legalis nr 1326296.
32. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 15 stycznia 2016 r., I ACa 1003/15, Legalis nr 1408642.
33. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 25 października 2017 r. I ACa 418/17, Legalis nr 1732997.

34. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 19 kwietnia 2018 r., I AGa 63/18, Legalis nr 1820090.
35. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z 26 kwietnia 2019 r., I AGa 4/19, Legalis nr 2180790.
36. Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 29 stycznia 2002 r. K 19/01, Legalis nr 52829.
37. Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 21 czerwca 2005 r., P 25/02, Legalis nr 69111.
38. Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 19 lipca 2007 r., K 11/06, Legalis nr 84111.

Orzecznictwo zagraniczne

1. Percy v. Millaudon, 8 Mart. (n.s.) 68 (La. 1829).
2. Scott v. Depeyster, 1 Edw. Ch. 513 (1832).
3. Godbold v. Branch Bank, 11 Ala. 200 (1847).
4. Wyrok Najwyższego Sądu Rzeszy Niemieckiej z 28 kwietnia 1885 r. - III 3/85, RGZ 13, 43, 46.
5. Marschall v. Farmers' & Mechanics Sav. Bank, 8 S.E. 586, 85,676, (Va. 1889).
6. Briggs v. Spaulding, 141 U.S. 132 (1891).
7. Swentzel v. Penn Bank, 147 Pa. 140 (Pa. 1892).
8. Burkhardt v. Smith, 157 A. 299 (Md. 1931).
9. Gamble v. Brown, 29 F.2d 366 (4th Cir. 1928).
10. Guth v. Loft., Inc., 5, A.2d 503 (Del. Ch. 1939).
11. Litwin v. Allen, 25 N.Y.S.2d 667, 1940 N.Y. Misc. LEXIS 2596 (N.Y. Sup. Ct. 1940).
12. Graham v. Allis-Chalmers Manufacturing Co., 188 A.2d.125, 130 (Del. 1963).
13. Cheff v. Mathes, 199 A.2d 548, 554 (Del. 1964).
14. Orzeczenie Włoskiego Sądu Najwyższego - Corte di Cassazione z 12 listopada 1965 r., nr 2359 (1966) Diritto Fallimentare 29.
15. Escort v. Barchris Constr. Corp., 283 F. Supp. 643 (S.D.N.Y. 1968).
16. Orzeczenie Włoskiego Sądu Najwyższego - Corte di Cassazione z 6 marca 1970 r., nr 558 (1970) Diritto Fallimentare 81.
17. Sinclair Oil v. Levien, 280 A.2d, 720 (Del. 1971).
18. Johnson v. Robison, 415 U.S. 361, 362 (1974).

19. Bundesgerichtshof (BGH), 1975, WM 467, 469.
20. Weinberger v. UOP, Inc., 457 A2d 701, 711 (Del. 1983).
21. Aronson v. Lewis, 473 A.2d 805, 812 (Del. 1984).
22. Smith v. Van Gorkom, 488 A.2d 858 (Del. 1985).
23. Unocal Corp. v. Mesa Petroleum Co., 493 A.2d 946, 955 (Del. 1985).
24. Revlon, Inc. v. MacAndrews & Forbes Holdings, Inc., 506 A.2d 173, 182 (Del. 1986).
25. Bundesgerichtshof (BGH), 1986, NJW 585, 586.
26. Marciano v. Nakash, 535 A.2d 400, 405 (Del. 1987).
27. Paramount Communications, Inc. v. Time Inc., 571 A2d 1140, 1150 (Del. 1989).
28. Barkan v. Amsted Indus., Inc., 567 A.2d 1279, 1286 (Del. 1989).
29. In re RJR Nabisco, Inc. Shareholders Litigation, Fed. Sec. L. Rep., CCCH, (Del. Ch. 1989).
30. Stround v. Grace, 606 A.2d 75, 84 (Del. 1992).
31. Koch v. Stearn, No. 12,515, 1992 Del. Ch. LEXIS 163 (Del. Ch. July 28, 1992), reprinted in 18 Del. J. Corp. L. 730 (1993).
32. Cede & Co. v. Technicolor, 634 A.2d 345, 361 (Del. 1993).
33. Paramount Communications, Inc. v. QVC Network Inc., 637 A.2d 34, 48 (Del. 1994).
34. Cinerama, Inc. v. Technicolor, Inc., 663 A2d 1156, 1165 (Del. 1995).
35. Unitrin, Inc. v. American General Corp., 651 A.2d 1361, 1377 (Del. 1995).
36. Caremark International, Inc. Derivative Litigation, 698 A.2d 959, 967 (Del. Ch. 1996).
37. Waltuch v. Conticommodity Services Inc., 88 F.3d 87 (2d Cir. 1996).
38. Orzeczenie Włoskiego Sądu Najwyższego - Corte di Cassazione z 28 kwietnia 1997 r., nr 3652.
39. Loudon v. Archer-Daniels-Midland Co., 700 A.2d 135, 137 (Del. 1997).
40. Staleman v. Van der Ven, HR 10 januari 1997, NJ 1997, 360.
41. Wyrok Sądu Najwyższego z 21 kwietnia 1997 r. w sprawie ARAG/Garmenbeck, II ZR 175/35, 135, 244.
42. Malone v. Brincat, 722 A2d 5, 10 (Del. 1998).
43. Orzeczenie Sądu Najwyższego Republiki Austrii z 4 czerwca 1998 r., (3 Ob 34/97i.).
44. In re ML/EQ Real Estate Partnership Litigation, 15, 741 (Del. Ch. 1999).

45. *In re Gaylord Container Corp. Shareholders Litigation*, 753 A2d 462 (Del. Ch. 2000).
46. *Nagy v. Bistricher*, 770 A2d 43 (Del. Ch. 2000).
47. *McMullin v. Beran*, 765 A.2d 910 (Del. 2000).
48. *VGS, Inc. v. Castiel*, No. 17,995, 2000 Del. Ch. LEXIS 122 (Del. Ch. Aug. 31, 2000), reprinted in 27 Del. J. Corp. L. 454 (2002), *aff'd*, 781 A.2d 696 (Del. 2001).
49. *Emerald Partners v. Berlin*, 787 A2d 85, 97 (Del. 2001).
50. *McCall v. Scott*, 239 F.3d 808 (6th Cir. 2001), 250 F.3d 977 (6th Cir. 2001).
51. Orzeczenie Sądu Najwyższego Republiki Austrii z 26 lutego 2002 r., (1 Ob 144/01k.).
52. *Adlerstein v. Wertheimer*, No. 19,101, 2002 Del. Ch. LEXIS 13 (Del. Ch. Jan. 25, 2002).
53. *Guttman v. Huang*, 823 A2d 492 (Del. Ch. 2003).
54. *In re Abbott Labs.*, 325 F.3d 808-09, 811 (7th Cir. 2003).
55. *Alessi v. Braca*, 849 A.2d 939 (Del. Ch. 2004).
56. *Metro Communications Corp. BVI v. Advanced Mobilecomm Technologies, Inc.*, 854 A.2d 121 (Del. Ch. 2004).
57. *Disney IV*, 2005 Del. Ch. LEXIS 113, at 169-70, 173-77, reprinted in 31 Del. J. Corp. L. 422-25 (2006).
58. *Stone v. Ritter*, 911 A.2d 362 (Del. Ch. 2006).
59. Uchwała Sądu Najwyższego Republiki Litewskiej z 25 maja 2006 r., w sprawie cywilnej K. J. J. v. J. B., V. K. (3K-7-226/2006).
60. Uchwała Sądu Najwyższego Republiki Litewskiej z 12 czerwca 2007 r., w sprawie UAB, 'Liunete_' v. 91-oji gyvenamųjų namų statybos bendrija, R. B., A. G., V. P., P. R., V. S., A. K. (3K-3-233/2007).
61. Orzeczenie Sądu Najwyższego Republiki Austrii z 16 marca 2007 r., (6 Ob 34/07d.).
62. Uchwała Sądu Najwyższego Republiki Litewskiej z 11 lutego 2008 r., w sprawie cywilnej Laivų krovos akcinė bendrovė 'Klaipėdos Smėltė' v. UAB 'Birių krovinių terminalas', D. B., R. M. (3K-3-73/2008).
63. Orzeczenie Sądu Najwyższego Republiki Austrii z 11 czerwca 2008 r., (7 Ob 58/08t.).

64. *In re Citigroup Inc. Shareholder Derivative Litigation*, 964 A.2d 106 (Del. Ch. 2009).
65. Uchwała Sądu Najwyższego Republiki Litewskiej z 20 listopada 2009 r., w sprawie cywilnej BUAB „Optimalus finansami” v. G. P. (3K-7-444/2009).
66. *Lyondell Chem. Co. v. Ryan*, 970 A.2d 235, 242-43 (Del. 2009).
67. *Reis v. Hazelett Strip-Casting Corporation*, 28 A.3d 442 (Del. Ch. 2011).
68. *Air Products and Chemicals, Inc. v. Airgas, Inc.*, 16 A.3d 48, 93-94 (Del. Ch. 2011).
69. Uchwała Sądu Najwyższego Republiki Litewskiej z 25 marca 2011 r. w sprawie cywilnej BUAB ‘Limantra’ v. N. G. (3K-3-130/2011).
70. Uchwała Sądu Najwyższego Republiki Litewskiej z 12 kwietnia 2011 r., w sprawie cywilnej BUAB ‘Geosprendimai’ v. G. K. (3K-3-177/2011).
71. Uchwała Sądu Najwyższego Republiki Litewskiej z 5 maja 2011 r., w sprawie cywilnej BUAB ‘Vajalio medienos gaminiai’ v. R. K., N. K. (3K-3-228/2011).
72. Uchwała Sądu Najwyższego Republiki Litewskiej z 16 grudnia 2011 r., w sprawie cywilnej BUAB ‘Balmeto Medis’ v. AB ‘Simega’ (3K-3-511/2011).
73. Uchwała Sądu Najwyższego Republiki Litewskiej z 1 lutego 2012 r., w sprawie cywilnej UAB „Penevezio spaustuve” v. R. S., A. B., A. G. (3K-3-19/2012).
74. Orzeczenie Sądu Najwyższego Szwecji, Szwedzki Raport Prawny Sądu Najwyższego Szwecji - *Nytt Juridiskt Arkiv*, 2012, s. 858, note 1.
75. Uchwała Sądu Najwyższego Republiki Litewskiej z 26 czerwca 2013 r., w sprawie cywilnej BUAB ‘Stagena’ v. SEB bankas, G. S. (3K-3-420/2013).
76. Uchwała Sądu Najwyższego Republiki Litewskiej z 17 maja 2013 r., w sprawie cywilnej *Laivų krovos akcinė bendrovė ‘Klaipėdos Smėltė’ v. L. A.* (3K-3-290/2013).
77. Orzeczenie Sądu Najwyższego Szwecji, Szwedzki Raport Prawny Sądu Najwyższego Szwecji - *Nytt Juridiskt Arkiv*, 2013, s. 145, note 1-8.
78. *Rich v. Yu Kwai Chong*, 66 A.3d 963, 975 (Del.Ch.2013).
79. Uchwała Sądu Najwyższego Republiki Litewskiej z 9 stycznia 2014 r. w sprawie cywilnej UAB ‘Mitnija’ and UAB ‘MG Baltic Investment’ v. V. G., E. R. (3K-7-124/2014).
80. Uchwała Sądu Najwyższego Republiki Litewskiej z 21 maja 2014 r., w sprawie cywilnej BUAB ‘Taurus–Ekspres’ v. K. N. oraz Lithuanian and German UAB ‘Transdelta’ (3K-3-283/2014).

81. Uchwała Sądu Najwyższego Republiki Litewskiej z 5 maja 2014 r., w sprawie cywilnej BUAB 'Star 1 Airlines' v. M. L. (3K-3-244/2014).
82. Orzeczenie Sądu Najwyższego Szwecji, Szwedzki Raport Prawny Sądu Najwyższego Szwecji - Nytt Juridiskt Arkiv, 2014, s. 798, note 1-3.
83. Uchwała Sądu Najwyższego Republiki Litewskiej z 29 maja 2015 r., w sprawie cywilnej BUAB 'Mantrida' v. L. V., E. M., osoba trzecia E. Z. (3K-3-331-695/2015).
84. Corwin v. KKR Fin. Holdings LLC, 125 A.3d 304, 312-13 (Del. 2015).
85. Orzeczenie Sądu Najwyższego Republiki Austrii z 23 lutego 2016 r., (6 Ob 160/15).
86. Orzeczenie Włoskiego Sądu Najwyższego - Corte di Cassazione z 31 sierpnia 2016 r., nr 17441.
87. Orzeczenie Włoskiego Sądu Najwyższego - Corte di Cassazione z 22 czerwca 2017 r., nr 15470.
88. Wyrok Wyższego Sądu Krajowego w Monachium z dnia 12 stycznia 2017 r., 23 U 3582/16, AG 2017.
89. In re Baker Hughes Inc. Merger Litig., 2020 WL 6281427 at *7 (Del. Ch. Oct. 27, 2020).

Literatura

1. Adamus R., Malinowski P. (red.), Prosta spółka akcyjna. Komentarz, Warszawa 2021, LEX WKP 2021.
2. Adamus R. (red.), Kodeks spółek handlowych. Komentarz do nowelizacji. Prawo holdingowe. Zmiany w funkcjonowaniu organów spółek kapitałowych, Warszawa 2022.
3. Allen W.T., Kraakman R.H., Subramanian G., Commentaries and Cases on the Law of Business Organization, 2003.
4. Allen W.T., Jacobs J.B., Strine L.E., Realigning the Standard of Review of Director Due Care with Delaware Public Policy: A Critique of Van Gorkom and its Progeny, Northwestern University Law Review 2002/96(2).
5. American Bar Association, Corporate Director's Guidebook, The Business Lawyer 1978/33(3).

6. Assink B.F., Kan de Delaware business judgment rule wat betekenen voor het Nederlandse vennootschapsrecht, specifiek het enqueterecht?, Ondernemingsrecht 2008.
7. Bagińska E., Odpowiedzialność odszkodowawcza za wykonywanie władzy publicznej, Warszawa 2006.
8. Bainbridge S.M., The Business Judgment Rule as Abstention Doctrine, Vanderbilt Law Review 2019/72(1).
9. Banaszczyk Z., Granecki P., O istocie należytej staranności, Palestra 2002/7-8.
10. Båvestam A., Något om den skadeståndsrättsliga betydelsen av försäkransmeningar i börsbolagen årsredovisningar, Svensk Juristtidning, Svensk Juristtidning 2006.
11. Bieniak J., Bieniak M., Nita-Jagielski G., Oplustil K., Pabis R., Rachwał A., Spyra M., Suliński G., Tafel M., Wawer M., Zawłocki R., Kodeks spółek handlowych. Komentarz, Warszawa 2022.
12. Bilewska K., Bezprawność a niedochowanie należytej staranności w rozumieniu art. 293 k.s.h., Palestra 2007/3-4.
13. Bilewska K., Odpowiedzialność odszkodowawcza członków zarządu spółki z o.o. jako odpowiedzialność ex contractu, Glosa do wyroku SN z dnia 24 września 2008 r., II CSK 118/08, Monitor Prawniczy 2009/19.
14. Bilewska K. (red.), Efektywność zarządzania i nadzoru w spółce handlowej. W poszukiwaniu optymalnego modelu ustroju spółki, Warszawa 2018.
15. Bite V., Gumuliauskiene G., The business judgment rule in Lithuania, European Business Organization Law Review 2016/17(3).
16. Błaszczak P., Pojęcie interesu spółki handlowej. Glosa do wyroku SN z dnia 5 listopada 2009 r., I CSK 158/09, Glosa. Prawo gospodarcze w orzeczeniach i komentarzach 2012/3.
17. Błaszczak P., Przesłanka bezprawności w ramach odpowiedzialności odszkodowawczej menedżerów spółek, Glosa do wyroku SN z dnia 9 lutego 2006 r. V CSK 128/05, Monitor Prawniczy 2012/1.
18. Błaszczak P., Koncepcja „biznesowej oceny sytuacji” na tle prawa polskiego (uwagi de lege lata i de lege ferenda), Państwo i Prawo 2012/3.
19. Błaszczak P., Odpowiedzialność odszkodowawcza menedżerów spółek za zawieranie umów opcji walutowych, Prawo Spółek 2009/6.

20. Błęszyński J., Rajski J. (red.), *Rozprawy z prawa cywilnego. Księga pamiątkowa ku czci Witolda Czachórskiego*, Warszawa 1985.
21. Boberek Ł., *Granice odpowiedzialności menedżera za odporność przedsiębiorstwa na kryzys, czyli o skutkach nieugruntowanych w orzecznictwie kryteriów prawnych, będących podstawą ustalania adekwatnej awersji menedżera do ryzyka*, *Studia i Prace Kolegium Zarządzania i Finansów. Szkoła Główna Handlowa* 2016/150.
22. Branson D.M., *Corporate Governance, Cumulative Supplement*, Michie Law Publishers, 1997.
23. Buszmak D., *Działanie lub zaniechanie sprzeczne z prawem lub postanowieniami umowy spółki jako przesłanka odpowiedzialności odszkodowawczej członków zarządu na podstawie art. 293 k.s.h.*, *Przegląd Prawa Handlowego* 2016/5.
24. Byczko S., Kappes A., Kucharski B., Promińska U. (red.), *Non omne quod licet honestum est. Studia z prawa cywilnego i handlowego w 50-lecie pracy naukowej Profesora Wojciecha Jana Katnera*, Łódź 2022.
25. Chełkowska A., *Regulacja odpowiedzialności odszkodowawczej członków zarządu z perspektywy zasad ładu korporacyjnego*, *Przegląd Prawa Handlowego* 2016/10.
26. Ciepla H., Skibińska-Adamowicz J., *Status prawny komornika i podstawy jego odpowiedzialności odszkodowawczej po uchyleniu art. 769 k.p.c.*, *Przegląd Prawa Egzekucyjnego* 2006/4–6.
27. Corporate Laws Committee, American Bar Association Business Law Section, *Model Business Corporation Act (2016 Revision)*, *The Business Lawyer* 2017/72(2)..
28. Czarnecka A., *Zasada biznesowej oceny sytuacji (business judgment rule) a badanie due diligence w transakcjach M&A*, *Przegląd Prawa Handlowego* 2024/4.
29. Czachórski W., *Zarys prawa zobowiązań – Część ogólna*, Warszawa 1962.
30. Czachórski W., Brzozowski A., Safjan M., Skowrońska-Bocian E., *Zobowiązania. Zarys wykładu*, Warszawa 2009.
31. Czech B., „Wina” czy „odpowiedzialność” za rozkład pożycia małżeńskiego? Uwagi do projektu kodeksu rodzinnego, *Przegląd Sądowy* 2019/7–8.
32. DeMott D.A., *Puzzles and parables: Defining good faith in the MBO context*, *Wake Forest Law Review* 1990/25.

33. Dietrich N., The 'business judgment rule': Whose judgment?, *Corporate Governance Review* 2002/14.
34. Dooley M.P., Two Models of Corporate Governance, *The Business Lawyer* 1992/47(2).
35. Dotevall R., Skadeståndsansvar för styrelseledamot och verkställande direktör: En aktierättslig studie i komparativ belysning, Stockholm 1989.
36. Dotevall R., Aktiebolagsrätt: fördjupning och komparativ belysning, Stockholm 2015.
37. Dotevall R., Bolagsledningens skadeståndsansvar, Göteborg 2017.
38. Dumkiewicz M., Kidyba A. (red.), Komentarz aktualizowany do art. 1–300 Kodeksu spółek handlowych, LEX/el. 2024.
39. Eisenberg M.A., The Duty of Care of Corporate Directors and Officers, *University of Pittsburgh Law Review* 1990/51(4).
40. Eisenberg M.A., The Divergence of Standards of Conduct and Standards of Review in Corporate Law, *Fordham Law Review* 1993/62(3).
41. Eisenberg M.A., The Duty of Good Faith in Corporate Law, *Delaware Journal of Corporate Law* 2005/31(1).
42. Flume W., Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft, Berlin, Heidelberg, New York, Tokyo 1983.
43. Fox E.G., Fox M.B., Gilson R.J., Economic crisis and the integration of law and finance: the impact of volatility spikes, *Columbia Law Review* 2016/116(325).
44. Frąckowiak J., Uchwały zgromadzeń wspólników spółek kapitałowych sprzeczne z ustawą, *Przegląd Prawa Handlowego* 2007/11.
45. Frąckowiak J. (red. naukowa), Kodeks spółek handlowych po 15 latach obowiązywania, Warszawa 2018.
46. Gasser J., Die Business Judgment Rule in Liechtenstein, *Die Privatstiftung* 2011/62.
47. Ghezzi F. (red.), Commentario alla riforma delle società, 2005.
48. Göppert J., Die Rechtweite der Business Judgment Rule bei unternehmerischen Entscheidungen des Aufsichtsrats der Aktiengesellschaft, Berlin 2009.
49. Grass A.R., Business Judgment Rule – Schranken der richterlichen Überprüfbarkeit von Management-Entscheidungen in aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsprozessen, Zürich 1988.

50. Greicius R., Fiduciary duties of a private legal entity, Teisinės informacijos centras, Vilnius 2007.
51. Grunewald B., Koch J., Tielmann J. (red.), Festschrift für Eberhard Vetter, Köln 2019.
52. Gutowski M. (red.), Kodeks cywilny. Tom II. Komentarz. Art. 353-626, Warszawa 2022.
53. Guzewicz M., Jagodziński M. , Przesłanki odpowiedzialności członków zarządu w świetle art. 293 i art. 483 k.s.h. - de lege lata i de lege ferenda, Przegląd Prawa Handlowego 2013/11.
54. Hansen C., Sowing the seeds of confusion: The ephemeral triad, Aspen Law & Business Corporate 2002/73(11).
55. Hirte H., Mülbart P.O., Roth M. (red.), Aktiengesetz. Großkommentar, Bad Hersfeld 2015.
56. Hopt K.J. (red.), Comparative Corporate Governance: State of the Art. and Emerging Research, Oxford 1998.
57. Horsey H.R., The duty of care component of the Delaware business judgment rule, Delaware Journal of Corporate Law 1994/19.
58. Huffer U., Koch J. (red.), Aktiengesetz. Kommentar, Auflage 13, München 2018.
59. Jajuga K. (red.), Zarządzanie ryzykiem, Warszawa 2019.
60. Janik A. (red.), Studia i rozprawy. Księga jubileuszowa dedykowana prof. A. Całusowi, Warszawa 2009.
61. Jankowiak J., Charakter prawny polskiego modelu zasady biznesowej oceny sytuacji, Przegląd Prawa Handlowego 2024/2.
62. Jara Z. (red.), Kodeks spółek handlowych. Komentarz, Warszawa 2024.
63. Jastrzębski J., O umownych modyfikacjach podstawy odpowiedzialności odszkodowawczej dłużnika, Kwartalnik Prawa Prywatnego 2007/3.
64. Jastrzębski J., W sprawie odpowiedzialności członków organów spółek kapitałowych, Przegląd Prawa Handlowego 2013/7.
65. Jedlińska L., The origins and essence of the business judgment rule, European Company Case Law 2024/2.
66. Jokubauskas R., Kirkutis M., ĮMONĖS VADOVO CIVILINĖ ATSAKOMYBĖ DĖL LAIKU NEINICIJUOTO NEMOKUMO PROCESO, Jurisprudencija 2021/28(2).
67. Kalss S., Schörghofer P., Handbuch für den Vorstand, Wien 2017.

68. Kaliński M., Szkada na mieniu i jej naprawienie, Warszawa 2021.
69. Kardas P., Wykładnia i stosowanie prawa w procesie opartym na Konstytucji, Warszawa 2017.
70. Karollus M., Unternehmerische Ermessensentscheidung und Business Judgment Rule aus primär gesellschaftsrechtlicher Sicht mit besonderem Blick auf Versicherungsunternehmer, DieVersicherungsrundschau 2015/10.
71. Katner W., Promińska U. (red.), Prawo handlowe po przystąpieniu Polski do Unii Europejskiej, Warszawa 2010.
72. Kidyba A., Charakter prawny rezygnacji członka zarządu z pełnionej funkcji. Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 26 listopada 2002 r., I PKN 597/01, Glosa 2005/3.
73. Kidyba A. (red.), Kodeks cywilny. Komentarz. Część ogólna, Tom I, Warszawa 2009.
74. Kidyba A., Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością. Komentarz, Warszawa 2014.
75. Kidyba A. (red.), Kodeks spółek handlowych. Tom II. Komentarz do art. 151-300, Warszawa 2018.
76. Kidyba A., Kodeks spółek handlowych, t. II. Komentarz do art. 1-300, Warszawa 2019.
77. Kidyba A., Kodeks spółek handlowych. Komentarz do art. 1-300¹³⁴, Tom I, Warszawa 2023.
78. Koczur S., Subsidiarne stosowanie klauzuli działania w granicach dopuszczalnego ryzyka w ocenie ryzyka biznesowego, Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego 2023/10.
79. Koch A., Związek przyczynowy jako podstawa odpowiedzialności odszkodowawczej w prawie cywilnym, Warszawa 1975.
80. Kondek J.M., Bezprawność jako przesłanka odpowiedzialności odszkodowawczej, Warszawa 2013.
81. Kopaczyńska-Pieczniak K., Kidyba A. (red.), Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Warszawa 2007.
82. Kopaczyńska-Pieczniak K., Zasada uczciwości kupieckiej jako zasada prawa handlowego, Studia Iuridica Lublinensia 2016/1.
83. Kożuchowski M., Macieszczak M., Woźniak B. (red.), Prosta spółka akcyjna. Komentarz, Warszawa 2021.

84. Krajewski M., Niezachowanie należytej staranności – problem bezprawności czy winy?, *Państwo i Prawo* 1997/10.
85. Kucharski B., Business judgment rule - kwestia bezprawności czy winy, *Przegląd Prawa Handlowego* 2023/10.
86. Kułak K., *Stosunek członkostwa w zarządzie spółki kapitałowej*, Warszawa 2015.
87. Kuniewicz Z., Członek zarządu prokurentem w spółce kapitałowej, *Przegląd Prawa Handlowego* 2000/5.
88. Kuniewicz Z., Nowe zasady obliczania kadencji członków zarządów oraz rad nadzorczych w spółkach kapitałowych, *Przegląd Prawa Handlowego* 2023/11.
89. Kuniewicz Z., Odpowiedzialność odszkodowawcza członka zarządu niemieckiej spółki akcyjnej wobec spółki (§ 93 AktG), *Przegląd Prawa Handlowego* 2024/1.
90. Kuniewicz Z., Reguła biznesowego osądu w spółce akcyjnej prawa litewskiego, *Przegląd Prawa Handlowego* 2024/6.
91. Kwaśnicki R.L., Charakter zatrudnienia członków zarządów spółek kapitałowych z uwzględnieniem kształtowania zasad ich odpowiedzialności wobec spółki oraz zakazu konkurencji, *Prawo Spółek* 2002/3.
92. Lang W., *Struktura odpowiedzialności prawnej*, Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu. Nauki Humanistyczno-Społeczne 1968, z. 8/31.
93. Laster J.T., Revlon is a standard of review: Why it's true and what it means, *Fordham Journal of Corporate & Financial Law* 2013/19(1).
94. Lewaszkiewicz-Petrykowska B., *Wyrządzenie szkody przez kilka osób*, Warszawa 1978.
95. Longchamps de Bérier R., *Uzasadnienie projektu Kodeksu zobowiązań*, Warszawa 1934.
96. Longchamps de Bérier R., *Polskie prawo cywilne. Zobowiązania*, Lwów 1938.
97. Lutter M., Die Business Judgment Rule in Österreich und Deutschland, *Der Gesellschafter* 2007/3.
98. Lynch M.C., Diligence of Directors in the Management of Corporations, *California Law Review* 1914/3(1).
99. Łatała-Kremer A., *Odpowiedzialność cywilna członków organów spółki akcyjnej za decyzje gospodarcze względem spółki w perspektywie prawnoporównawczej*, Warszawa 2023.

100. Łętowska E. (red.), *Tendencje rozwoju prawa cywilnego*, Wrocław 1983.
101. Macey J.R., *Corporate Governance: Promises Kept, Promises Broken*, *An International Review* 2012/20(4).
102. Manne H.G., *Our two corporation systems: Law and economics*, *Virginia Law Review* 1967/53(2).
103. Manning B., *The business judgment rule and the director's duty of attention: Time for reality*, *The Business Lawyer* 1984/39(4).
104. Marszałkowska-Krześ E., Gil I. (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*. wyd. 35, Warszawa 2024.
105. McMurray M.M., *An Historical Perspective on the Duty of Care, the Duty of Loyalty, and the Business Judgment Rule*, *Vanderbilt Law Review* 1987/40(3).
106. Michalski M., Kidyba A. (red. naukowa), *Spółka akcyjna*, wyd. 2, Warszawa 2010.
107. Michalski M., Kidyba A. (red. naukowa), *Spółka akcyjna*, wyd. 3, Warszawa 2014.
108. Mitchell L., *Fairness and Trust in Corporate Law*, *Duke Law Journal* 1993/43(3).
109. Mutter S., *Unternehmerische Entscheidungen und Haftung*, Köln 1994.
110. Namitkiewicz J., *Komentarz do kodeksu zobowiązań*, Łódź 1949.
111. Niedośpiał M., *Autonomia woli w części ogólnej prawa cywilnego*, *Państwo i Prawo* 1984/12.
112. Niedbała Z., *Regulacja prawna zakazu zajmowania się interesami konkurencyjnymi*, *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny* 1996/3.
113. Nimmerfall P., Peissl L.J., *The Business Judgment Rule and its Impact on Austrian Law*, *Časopis pro právní vědu a praxi* 2015/4.
114. Nowakowski Z.K., *Wina jako podstawa odpowiedzialności za wyrządzoną szkodę*, *Przegląd Notarialny* 1950/1-2.
115. Nowotny C., *Unternehmerische Entscheidung und Organhaftung*, *Festschrift für Georg Koppensteiner II*, Wien 2016.
116. Olejniczak A. (red.), *System Prawa Prywatnego*, t. 6, *Prawo zobowiązań – część ogólna*, Warszawa 2018.

117. Opalska D., Lojalność i staranność jako kryteria określające sposób wykonywania zobowiązań, *Monitor Prawniczy* 2013/5.
118. Opalska D., *Obowiązek lojalności w spółkach kapitałowych*, Warszawa 2015.
119. Opalski A., O pojęciu interesu spółki handlowej, *Przegląd Prawa Handlowego* 2008/11.
120. Opalski A., Pojęcie organu osoby prawnej, *Państwo i Prawo* 2009/1.
121. Opalski A. (red.), *Kodeks spółek handlowych. Komentarz, tom IIIB, Spółka akcyjna. Komentarz. Art. 393-490*, Warszawa 2016.
122. Opalski A., Oplustil K., Niedochowanie należytej staranności jako przesłanka odpowiedzialności cywilnoprawnej zarządców spółek kapitałowych, *Przegląd Prawa Handlowego* 2013/3.
123. Opalski A., Oplustil K., Jeszcze w sprawie odpowiedzialności członków organów spółek kapitałowych, *Przegląd Prawa Handlowego* 2013/6.
124. Opalski A., Wiśniewski A.W., W sprawie autonomii zarządu spółki z o.o., *Przegląd Prawa Handlowego* 2005/1.
125. Opalski A. (red.), Pabis R., Wiśniewski A.W., *Kodeks spółek handlowych. Komentarz. Art. 151–226, Tom IIA. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością*, Warszawa 2018.
126. Oplustil K., *Instrumenty nadzoru korporacyjnego (corporate governance) w spółce akcyjnej*, 2010.
127. Östberg J., *Styrelseledamöters lojalitetsplikt: Särskilt om förbudet att utnyttja affärsmöjligheter*, Stockholm 2016.
128. Pan E.J., A Board's Duty to Monitor, *New York Law School Law Review* 2009/54(10).
129. Pan E.J., Rethinking the board's duty to monitor: a critical assessment of the Delaware Doctrine, *Florida State University Law Review* 2011/38(2).
130. Pajor T., *Odpowiedzialność dłużnika za niewykonanie zobowiązania*, Warszawa 1982.
131. Patora K., Pojęcie „bezprawności” w różnych gałęziach prawa, *Prokuratura i Prawo* 2018/10.
132. Pazdan M., *Kodeks spółek handlowych a kodeks cywilny, Państwo i Prawo* 2001/2.

133. Pietrzykowski K. (red.), Kodeks cywilny. Tom I. Komentarz. Art. 1-449¹⁰, Warszawa 2018.
134. Pinior P., Strzępka J.A. (red.), Kodeks spółek handlowych. Komentarz, Warszawa 2024, Legalis.
135. Ponta, R.N. Catana, The business judgment rule and its reception in European countries, *The Macrotheme Review* 2015/4(7).
136. Pyziak-Szafnicka M. (red.), Odpowiedzialność cywilna. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Adama Szpunara, Kraków 2004.
137. Radwański Z., Zadośćuczynienie pieniężne za szkodę niemajątkową. Rozwój i funkcja społeczna, Poznań 1956.
138. Radwański Z. (red.), System prawa cywilnego, Prawo zobowiązań – część ogólna, cz. 1, Wrocław 1981.
139. Radwański Z., Olejniczak A., Zobowiązania: Część ogólna, Warszawa 2008.
140. Rhee R.J., The Tort Foundation of Duty of Care and Business Judgment, *Notre Dame Law Review* 2013/88(3).
141. Ring G., Grziwotz H., Systematischer Praxiskommentar GmbH-Recht für Unternehmer und Berater, Köln 2019.
142. Rodzyńkiewicz M., Kodeks spółek handlowych. Komentarz, Warszawa 2012.
143. Romanowski M. , Spółka nie jest domkiem z bajki Fredry, *Rzeczpospolita* 2012/ 9.
144. Romanowski M., Znaczenie sporu o metodę odczytywania pojęcia „interes spółki kapitałowej”, *Przegląd Prawa Handlowego* 2015/7.
145. Rymar S.K., Cywilna odpowiedzialność zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, Kraków 1938.
146. Sale H.A., Delaware’s Good Faith, *Cornell Law Review* 2004/89(2).
147. Schmidt K., Gesellschaftsrecht, Köln 2002.
148. Seenacherry M.K., Liability of company directors: The business judgment rule as developed in the US and adopted by Germany compared to the Netherlands’ approach, *Amsterdam Law Forum* 2020/12(1).
149. Sharfman B.S., Shareholder Wealth Maximization and Its Implementation Under Corporate Law, *Florida Law Review* 2013/66(1).

150. Sharfman B.S., The Importance of the Business Judgment Rule, New Your University Journal of Law & Business 2017/14(1).
151. Słup P., Odpowiedzialność cywilna członków organów wobec prostej spółki akcyjnej (cz. I), Przegląd Prawa Handlowego 2023/2.
152. Słup P., Odpowiedzialność cywilna członków organów wobec prostej spółki akcyjnej (cz. 2), Przegląd Prawa Handlowego 2023/3.
153. Sołtysiński S., Opalski A., Zaskarżanie uchwał zarządów i rad nadzorczych spółek kapitałowych, Przegląd Prawa Handlowego 2010/11.
154. Sołtysiński S., Szajkowski A., Szumański A., Szwaja J. (red.), Kodeks spółek handlowych. Komentarz do artykułów 301-490, Warszawa 2013.
155. Sołtysiński S., Szajkowski A., Szwaja J., Kodeks handlowy. Komentarz, t. I, Warszawa 1994.
156. Spindler G., Stilz E. (red.), Kommentar zum Aktiengesetz, München 2015.
157. Spindler G., Stilz E. (red.), beck-online Großkommentar zum Aktiengesetz, München 2020.
158. Stawecki T., Winczorek P., Wstęp do prawoznawstwa, Warszawa 2003.
159. Stefanicki R., Koncepcja interesu spółki jako kluczowej konstrukcji w procesie dokonywania oceny sposobu pełnienia funkcji przez zarząd spółki, Wrocławsko-Lwowskie Zeszyty Prawnicze 2019/10.
160. Stefanicki R., Należyta staranność zawodowa członka zarządu spółki kapitałowej, Warszawa 2020.
161. Stefanicki R., Obowiązek lojalności członków organów spółki kapitałowej. Zeszyty Naukowe 2019/2(19).
162. Stein T.S., A Theory of Substantive Standards of Review: The Case of Corporate Law, University of Tennessee Legal Studies Research Paper 2023/8(2).
163. Stelmachowski A., Wstęp do teorii prawa cywilnego, Warszawa 1984.
164. Strzępka J.A. (red.), Kodeks spółek handlowych. Komentarz, Warszawa 2012.
165. Svernlöv C., Styrelse- och VD-ansvar i aktiebolaget: En introduktion, Stockholm 2012.

166. Szanciło T. (red.), Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Art. 1–458¹⁶. Tom I. wyd. 2, Warszawa 2023.
167. Szemraj M., Zarządzanie ryzykiem w jednostce sektora finansów publicznych, *Biuletyn Finanse Publiczne* 2006/4.
168. Szmidt K., Lutter M. (red.), *AktG. Kommentar*, Köln 2020.
169. Szpunar A., Czyny niedozwolone w kodeksie cywilnym, *Studia cywilistyczne*, t. XV, 1970.
170. Szpunar A., *Wina poszkodowanego w prawie cywilnym*, Warszawa 1971.
171. Szumański A., Regulaminy zarządów i rad nadzorczych spółek kapitałowych, *Przegląd Prawa Handlowego* 2003/1.
172. Szumański A., Kwaśnicki R.L., Ostrowski F. (red.), *Kodeks spółek handlowych. Komentarz do zmian (tzw. prawo holdingowe)*, Warszawa 2022, Legalis.
173. Szyszko R., *Grupa spółek. Zmiany towarzyszące (corporate governance, business judgment rule)*. Komentarz, Warszawa 2023.
174. Temel E., Die zivile Haftung der Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft gem. § 93 AktG. *Erciyes University Law Review* 2013/1.
175. Tina A., *L'esonero da responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, Milano 2008.
176. Told J., Business Judgment Rule: A Generally Applicable Principle?, *European Business Law Review* 2015/26(5).
177. Torggler H., Business Judgment Rule und unternehmerische Ermessensentscheidungen, *Zeitschrift für Europarecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung* 2002/4.
178. Tyszka T., Zaleśkiewicz T., *Racjonalność decyzji. Pewność i ryzyko*, Warszawa 2001.
179. Uyemura D.G., van Deventer D.R., *Financial risk in banking management: The theory and application of asset and liabilities management*, 1993.
180. Vicari A., Schall A. (red.), *Company laws of the EU: A handbook*, München, Oxford, Baden-Baden 2020.
181. Warkało W., *Odpowiedzialność odszkodowawcza: funkcje, rodzaje, granice*, Warszawa 1972.

182. Węgliński K., Geneza oraz pojęcie zasady biznesowej oceny sytuacji, *International Journal of Legal Studies* 2020/2(8).
183. White-Smith M., Revisiting Revlon: Should judicial scrutiny of mergers depend on the method of payment?, *University of Chicago Law Review* 2012/79(4).
184. Widerski P., Pełnomocnictwo w prawie polskim, Warszawa 2018.
185. Widerski P., Status prawny członków organów osób prawnych po nowelizacji kodeksu cywilnego z 9.11.2018 r., *Państwo i Prawo* 2020/7.
186. Winner M., The Duty of Care and Business Judgment Rule in Austrian Company Law, *Acta Universitatis Carolinae – Iuridica* 2022/2.
187. Włodyka S. (red.), System Prawa Handlowego, Prawo spółek handlowych, t. 2., Warszawa 2012.
188. Wolter A., Ignatowicz J., Stefaniuk K., Prawo cywilne. Zarys części ogólnej, Warszawa 2001.
189. Wróblewski J., Teorie osób prawnych – zarys podejścia semiotycznego, [w:] *Studia z prawa cywilnego: Księga pamiątkowa dla uczczenia 50-lecia pracy naukowej prof. dr. hab. Adama Szpunara*, Warszawa–Łódź 1983.
190. Zacharias L.S., Easterbrook F.H., Fischel D.R., Review of The Economic Structure of Corporate Law, *The Business History Review* 1993/67(3).
191. Zoll F., Zobowiązania, Warszawa 1948.

Pozostałe

1. Aktiebolagets organisation, SOU 1995:44, Regeringens offentliga utredningar, 1995.
2. De Nederlandse Corporate Governance Code, 2003.
3. Dobre Praktyki Spółek Notowanych na GPW 2021.
4. Dobre Praktyki w spółkach Publicznych 2005 opracowane przez Komitet Dobrych Praktyk Forum – Corporate Governance, Warszawa 2004.
5. European Model Company Act (EMCA), 1st ed., Nordic European Company Law Working Paper 1st ed., 2017/16-26, P.K. Andersen, J.B. Andersson, G. Bartkus, T. Baums, B.J. Clarke, P. Conac, I. Corbisier, W. Daskalov, J.E. Antunes, M. Fuentes, P. Giudici, B. Hannigan, S. Kalss, A. Kisfaludi, H.J. de Kluiver, A. Opalski,

- M. Patakyova, E.E. Perakis, J. Porkona, J. Roest, M.J. Sillanpää, S. Sołtysiński, C. Teichmann, I. Urbain-Parleani, A. Vutt, K.E. Sørensen, M. Winner, H. De Wulf.
6. Organizacja Współpracy Gospodarczej i Rozwoju, G20/OECD Principles of Corporate Governance, 2023.
 7. Pham N.T., Directors' liability. A legal and empirical study, Erasmus University Rotterdam 2017 - rozprawa doktorska.
 8. Produkt Krajowy Brutto w aktualnych cenach rynkowych wybranych europejskich państw w 2023 r. - źródło internetowe.
 9. Pytanie prawne zadane w systemie informacji prawnej Legalis: „Czy zamówienie opinii ekonomiczno-finansowej przez zarząd spółki kapitałowej w związku z Business Judgment Rule stanowi koszty podatkowe spółki?
 10. Regierungskommission, Deutscher Corporate Governance Kodex z 28 kwietnia 2022 r.
 11. Sawicz W., Obowiązek lojalności członka rady nadzorczej wobec spółki akcyjnej w warunkach wrogiego jej przejęcia, Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu 2013- rozprawa doktorska.
 12. Słownik Języka Polskiego PWN - wersja internetowa.
 13. Svanidze T., Evaluating introduction of the business judgment rule in Sweden: A comparative study of accountability of the board of directors in Sweden and Delaware, 2020 - praca magisterska.
 14. The American Law Institute and the National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, Uniform Commercial Code, 1990.
 15. The American Law Institute, Principles of Corporate Governance, Draft nr 4, 1985.
 16. The American Law Institute, Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations IV, proposed final draft, 1992.
 17. The Committee on the Financial Aspects of Corporate Governance, The Financial Aspects of Corporate Governance, 1992.
 18. Uzasadnienie do projektu Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG), Deutscher Bundestag – 15. Wahlperiode, Drucksache 15/5092.
 19. Uzasadnienie do ustawy z dnia 19 lipca 2019 r. o zmianie ustawy - kodeks spółek handlowych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2019 r., poz. 1655), druk 3236.
 20. Uzasadnienie projektu ustawy - kodeks spółek handlowych z 4 lutego 2000 r., Sejm III kadencji, druk sejmowy nr 1687.

21. Uzasadnienie do ustawy z dnia 9 lutego 2022 r. o zmianie ustawy - kodeks spółek handlowych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2022 r., poz. 807), druk 1515.

ABSTRACT

The subject of the thesis is an in-depth analysis of the Polish legal regulation of the business judgement rule (BJR), set against the background of the American regulation and the regulations of selected European legal orders concerning the liability of management board members for damage caused to the company as a result of a risky business decision.

The aim of the thesis is to indicate the understanding and function of the BJR under the Polish Commercial Companies Code. A further objective is to examine the influence of the American BJR on the understanding of the Polish business judgment rule.

The research adopts the following theses:

Firstly, the BJR regulated under the Polish Commercial Companies Code is a separate legal construction from the American BJR, which nevertheless performs a protective function.

Secondly, the BJR as expressed in the Polish Commercial Companies Code does not provide the same level of protection as the American concept of the BJR.

As a *de lege ferenda* proposal, the thesis puts forward the following formulation of the legal regulation relating to the BJR: 'A member of the management board (...) does not breach the duty of care arising from the professional nature of the managerial activities if, by acting loyally towards the company, can reasonably assume acting within the limits of acceptable business risk'.

The thesis is comprised of four chapters, preceded by an introduction and summarized in a conclusion.

Chapter I is focused on an analysis of the BJR, which, despite having been formed on the basis of American legal regulation, needs to be distinguished from the American BJR concept and from the American construction of the BJR. The model BJR refers to the transnational function that legal regulation ought to perform in the corporate law – the BJR function. The US concept of the BJR is a set of elements that together implement the model concept of the BJR into the US legal order. The construct of the BJR is a narrow

legal construct that is one of the elements – the standard of review – of the US BJR concept.

Chapter II delves into the various legal constructions that implement the BJR function in European legal orders, with a more comprehensive analysis of the regulations in Western Europe (Germany) and Eastern Europe (Lithuania). The study further enriches its analysis with a synthetic review of legal constructions that actualize the BJR function in the Austrian, Dutch, Italian and Swedish legal systems. The objective of this synthetic analysis is to examine the impact of the national legal environment on the shape and function of the concept of the BJR in the European legal orders.

The subject of discussion in Chapter III is the regulation of management board members' (members of the board of directors of a simple joint-stock company) liability contained in Articles 293 § 1, 300¹²⁵ § 1 and 483 § 1 of the Polish Commercial Companies Code. The starting point of the examined issues is the analysis of the relationship between the management board member and the company. The legal nature of the membership in the management board, the obligations arising therefrom and the nature and prerequisites of liability for damages for their breach are defined.

Based on the previous chapters analysis of the model BJR and the concept and construction of the BJR in the American as well as in the European orders, Chapter IV is focused on examining the understanding of the BJR regulated under the Polish Commercial Companies Code. An exhaustive examination of Articles 293 § 3, 300¹²⁵ § 2 and 483 § 3 of the Polish Commercial Companies Code was undertaken. This examination of the individual elements of the novel legal regulation concluded that the principle of BJR regulated under the Polish Commercial Companies Code should exclusively refer to the judicial assessment of managerial decisions made from an *ex ante* perspective, and not from an *ex post* perspective. The principle of the BJR is observed to have a limited protective function *vis-à-vis* board members and their managerial decisions. The legal regulation of the management board members' liability does not perform a protective function to the extent that it provides a so-called 'safe harbour'. The content of Articles 293 § 3, 300¹²⁵ § 2 and 483 § 3 of the Polish Commercial Companies Code not only shapes the construction of the BJR but also refers to other elements that co-shape the regulation concerning the liability of a management board members for damage caused to the company. These elements include the prerequisites of duty

of care, the fulfilment of which is subject to the court's assessment. The legal regulation, to the extent that it relates to judicial assessment of duty of loyalty towards the company and acting within the limits of reasonable business risk, does not support the protective function of the narrowly understood BJR. Therefore, the BJR regulated under the Polish Commercial Companies Code only supports good corporate governance to a limited extent.

The thesis concludes with a summary, including the final conclusions relating to the research theses formulated in the introduction.