

Załącznik nr 1

Obowiązek lojalności członka rady nadzorczej wobec spółki w warunkach wrogiego przejęcia na gruncie statutów polskich spółek akcyjnych notowanych na GPW

I. ZAŁOŻENIA:

1. **Cel badania:** ustalenie stanu postanowień statutowych dotyczących obowiązku lojalności członka rady nadzorczej wobec spółki, szczególnie w warunkach wrogiego przejęcia.
2. **Przedmiot badania:** wszystkie statuty spółek notowanych na GPW, które dostępne były na stronach internetowych w dniach 02.01.2011 – 02.02.2011 r., tj. 317 spółek, czyli ponad 75% wszystkich notowanych.
3. **Metoda badawcza:** metoda dogmatyczno-prawną z zastosowaniem wykładni obiektywnej.
4. **Kryteria badawcze:**
 - A- określenie celu spółki
 - B- zdefiniowanie interesu spółki
 - C- określenie liczby członków rady nadzorczej
 - D- określenie czasu trwania kadencji
 - E- wprowadzenie zasady neutralności
 - F- wprowadzenie zasady przełamania
 - G- sformułowanie ogólnego obowiązku lojalności wobec spółki
 - H- przejaw obowiązku lojalności - regulacje nt. działalności konkurencyjnej
 - I- przejaw obowiązku lojalności - regulacje nt. konfliktu interesów
 - J- przejaw obowiązku lojalności - regulacje nt. rezygnacji z wykonywania mandatu
 - K- przejaw obowiązku lojalności - regulacje nt. obowiązku poufności
 - L- przejaw obowiązku lojalności - regulacje nt. obowiązku obecności w WZ
 - Ł- przejaw obowiązku lojalności - regulacje nt. zasad ustalania wynagradzania członków RN
 - M- liczba członków niezależnych, która „musi” być w składzie RN
 - N- liczba członków niezależnych, która „powinna” być w składzie RN
 - O- liczba członków niezależnych, która „może” być w składzie RN
 - P- wymóg obecności w składzie RN więcej niż połowy członków niezależnych
 - R- dodatkowe kompetencje niezależnych członków RN
 - S- odwołanie się do zapisów kodeksów ładu korporacyjnego
 - T- odwołanie się do zapisów kodeksów etycznych
 - W- odstępstwo od kodeksowych zasad powoływania członków RN
5. **Metoda prezentacji wyników:** wyniki analizy przedstawione zostaną w formie: tabeli wyników, syntetycznego komentarza do poszczególnych kryteriów oraz wniosków końcowych.

II. OPIS KRYTERIÓW BADAWCZYCH

LP	TREŚĆ KRYTERIUM	Tak	Nie	OPIS KRYTERIÓW
A	określenie celu spółki	8	309	W statutach tylko ośmiu spółek sformułowało cel działalności. W warunkach wrogiego przejęcia spółki, brak statutowego celu działalności utrudnia wykonywanie mandatu członka rady nadzorczej. Z drugiej strony określenie celu spółki może stanowić podstawę do podejmowania działań obronnych nie zawsze zgodnych z interesem spółki i akcjonariuszy. Założyciele spółki (akcjonariusze) nie wykorzystują nawet ogólnych klauzul określających cel działania spółki zamieszczany w kodeksach ładu korporacyjnego a nawiązujący zazwyczaj do „zwiększenia wartości spółki” w interesie akcjonariuszy z uwzględnieniem interesów interesariuszy.
B	zdefiniowanie interesu spółki	0	317	W żadnym statucie nie zamieszczono postanowień dookreślających pojęcie „interesu spółki”. Taka sytuacja nie ułatwia wykonywania mandatu członka rady nadzorczej w warunkach wrogiego przejęcia spółki..
C	określenie liczby członków rady nadzorczej	317	0	Zgodnie z ustawowym wymogiem w statucie każdej spółki znalazły się postanowienia określające liczbę członków rady nadzorczej. W 44 przypadkach określono tę liczbę sztywno (najczęściej 5), w pozostałych 263 określając ją widełkowo (najczęściej 5-7) lub wskazując na minimalną liczbę (najczęściej min. 5). W 6 przypadkach zastosowano formułę alternatywy „lub” (np. 5 lub 7). W 22 tych przypadkach rada nadzorcza może składać się nawet z kilkunastu członków, w skrajnym przypadku nawet 20 osób.
D	określenie czasu trwania kadencji	315	2	Zgodnie z ustawowym wymogiem w każda spółka określiła czas trwania kadencji członków rady nadzorczej. Najkrótszy czas to 1 rok najdłuższy to 5 lat. Najczęściej kadencja trwa 3 lata (223 przypadków).
E	wprowadzenie zasady neutralności	0	317	W żadnym z analizowanych statutach nie znalazły się klauzule wprowadzające zasadę neutralności funkcjonariuszy spółki (art. 9 XIII Dyrektywy UE). Tym samym założyciele (akcjonariusze) nie skorzystali z ustawowej (art. 80a OfertaPublU) możliwości ukształtowania zasady wykonywania mandatu przez członków zarządu i rady nadzorczej w warunkach przejęcia kontroli nad spółką.
F	wprowadzenie zasady przełamania	0	317	W żadnym z analizowanych statutach nie znalazły się zapisy wprowadzające zasadę przełamania (art.11. XIII Dyrektywa UE). Tym samym założyciele (akcjonariusze) nie skorzystali z ustawowej (art. 80a OfertaPublU) możliwości ograniczenia barier blokujących przejęcie kontroli nad spółką.
G	sformułowanie ogólnego obowiązku lojalności wobec spółki	5	312	Zasadniczo jedynie w statucie spółki DWORY S.A. wprowadzono postanowienia konstruujące ogólny obowiązek lojalności członków rady nadzorczej wobec spółki: „(...) członkowie Rady Nadzorczej powinni zachować pełną lojalność wobec spółki (...)”. W pozostałych 4 przypadkach zapisy nie są już tak jednoznaczne i odnoszą się raczej do kategorii „interesów spółki” i „dobra spółki”. Taka sytuacja świadczy albo o uznaniu przez założycieli (akcjonariuszy), iż lojalność wobec spółki wynika jednoznacznie z KSH i istoty mandatu członka rady nadzorczej lub o uznaniu, że członek rady nadzorczej powinien być lojalny wobec swoich mocodawców a nie spółki. Praktyka wskazuje raczej na to drugie.
H	przejaw obowiązku lojalności – regulacje nt. działalności konkurencyjnej	10	307	Regulacje dotyczące działalność konkurencyjnej znalazły się jedynie w 10 przypadkach. W żadnym ze statutów nie sprecyzowano znaczenia pojęcia „działalność konkurencyjna”, „interesy konkurencyjne”, „podmiot konkurencyjny”. Tylko w jednym przypadku wyjaśniono w jaki sposób należy rozumieć pojęcie „zakaz konkurencji” (OPONEO S.A.).
I	przejaw obowiązku lojalności - regulacje nt. konfliktu interesów	13	304	Tylko w 13 przypadkach postanowienia statutowe odnoszą się do problematyki konfliktu interesów. Zazwyczaj sprowadza się to do nakazu ujawniania konfliktu interesów i powstrzymania się od głosowania oraz ewentualnie od udziału w dyskusji.
J	przejaw obowiązku lojalności – regulacje nt. rezygnacji z wykonywania mandatu	22	295	Regulacje dotyczące sposobu rezygnacji z wykonywania mandatu członka rady nadzorczej wprowadzono w 22 przypadkach. Tylko w statucie spółki DWORY S.A. wyraźnie określono, iż rezygnacja nie może nastąpić bez ważnego powodu, jeżeli miałoby to uniemożliwić działanie rady nadzorczej a w szczególności mogłoby to uniemożliwić terminowe podjęcie istotnej uchwały..
K	przejaw obowiązku lojalności – regulacje nt. obowiązku poufności	17	300	W 17 przypadkach sformułowano obowiązek poufności. W zasadzie w każdym statucie różnie określono zakres przedmiotowy. Poufność ma dotyczyć albo „informacji poufnych w rozumieniu obowiązujących przepisów prawa”, „tajemnicy służbowej zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa”, „tajemnicy handlowej”, „tajemnicy spółki”, itp. Tylko w jednym przypadku wprowadzono klauzulę „(...) zachowania w tajemnicy wszelkich informacji na temat spółki, o których dowiedział

				się podczas pełnienia swoich obowiązków (...)” (EMPERIA S.A.). W warunkach wrogiego przejęcia takie sformułowanie jest najwłaściwsze. W przypadku 5 spółek obowiązek poufności obowiązuje również po zakończeniu pełnienia funkcji członka rady nadzorczej.
L	przejaw obowiązku lojalności–obowiązek obecności w WZ	1	316	W żadnym z analizowanych statutach nie sformułowano obowiązku obecności członka rady nadzorczej na walnym zgromadzeniu. Jedynie w spółce HERMAN S.A. postanowienie statutowy nakazuje, aby na walnym zgromadzeniu było obecnych przynajmniej dwóch członków rady nadzorczej. Tym samym w warunkach wrogiego przejęcia spółki akcjonariusze mogą znaleźć się w sytuacji, iż nie będą mogli zadać pytań członkom rady nadzorczej odnoszących się do warunków wezwania do sprzedaży lub zamiany akcji.
Ł	przejaw obowiązku lojalności - regulacje dotyczące wynagrodzenia członków RN	184	33	W 184 statutach spółek wprowadzono postanowienia stanowiące o wynagrodzeniu członków rady nadzorczej. Jednocześnie tylko w 4 przypadkach (MIDAS S.A., PANOVA S.A., KOMPAP S.A., PRÓCHNIK S.A.) postanowienia te wprowadzają wymóg adekwatności wynagrodzenia członków rady nadzorczej najczęściej do wyników finansowych spółki.
M	liczba członków niezależnych, która „musi” być w składzie RN	8	309	W 8 statutach spółek sformułowano obecność niezależnych członków rady jako obowiązkową w składzie rady nadzorczej („musi”, „muszą”). Ich liczba określana jest różnie. W jednym przypadku (OPONEO S.A.) w składzie rady nadzorczej musi znajdować się przynajmniej jeden niezależny członek rady, w 2 przypadkach (SFINKS S.A., SUWARY S.A.) trzech członków, a w pozostałych 5 przypadkach musi ich być przynajmniej dwóch.
N	liczba członków niezależnych która „powinna” być w składzie RN	75	242	W co czwartym statucie (75) wprowadzono postanowienie stwierdzające, iż w składzie rady nadzorczej „powinni” zasiadać niezależni członkowie. Zazwyczaj zapisy stanowią, iż powinno być ich przynajmniej dwóch. W kilku statutach wymaga się obecności jednego, a w siedmiu wymagana jest obecność trzech lub przynajmniej trzech niezależnych członków rady nadzorczej. W spółce BPH S.A. w radzie nadzorczej przynajmniej 30% członków powinno spełniać kryterium niezależności.
O	liczba członków niezależnych która „może” być w składzie RN	31	286	W co dziesiątym statucie (31) obecność niezależnych członków rady nadzorczej określono w sposób jeszcze bardziej „miękki”, stwierdzając, że w skład rady nadzorczej „może” wchodzić określona liczba niezależnych członków. Ich liczba precyzowana jest jako: „jeden”, „dwóch”, „trzech” lub „przynajmniej jeden”, „przynajmniej dwóch”, „przynajmniej trzech”. W połowie przypadków zrezygnowano nawet z podawania ich liczby, poprzestając na stwierdzeniu, iż : „w skład rady może wchodzić niezależny członek rady”.
P	wymóg obecności w składzie RN więcej niż połowy członków niezależnych	20	297	W 20 statutach wprowadzono klauzulę nakazującą, aby w radzie nadzorczej więcej niż połowę stanowiły osoby spełniające kryterium niezależności. W warunkach wrogiego przejęcia taki skład rady może stanowić gwarancję, iż decyzję rady nadzorczej będą podejmowane zgodnie z interesami spółki, a nie jej poszczególnych akcjonariuszy czy interesariuszy.
R	dodatkowe kompetencje niezależnych członków RN	39	278	W 39 statutach wprowadzono istotną klauzulę zwiększającą kompetencje niezależnych członków rady nadzorczej. Zazwyczaj sprowadza się to do wymogu wyrażenia zgody na określone decyzje jednego lub wszystkich niezależnych członków rady nadzorczej. W żadnym ze statutowych decyzje te nie dotyczyły bezpośrednio wrogich przejęć. Pośrednio niektóre z nich mogą mieć natomiast wpływ na możliwość podejmowania środków obrony.
S	odwołanie się do postanowień kodeksów dobrych praktyk	3	314	Tylko w 3 statutach znalazły się postanowienia odnoszące się do kodeksów ładu korporacyjnego. W 2 przypadkach (GRAAL S.A., VARIANT S.A.) stosowna klauzula stanowi wręcz, iż: „(...) Rada nadzorcza działa zgodnie z zasadami ładu korporacyjnego spółek akcyjnych uchwalonymi przez Radę i Zarząd Giełdy papierów Wartościowych S.A. w Warszawie (...)” lub „(...) Rada nadzorcza działa zgodnie z zasadami ładu korporacyjnego spółek akcyjnych uchwalonymi przez Radę i Zarząd Giełdy papierów Wartościowych S.A. w Warszawie w zakresie określonym w oświadczeniu składanym przez Zarząd (...)” (RELPOŁ S.A.).
T	odwołanie się do postanowień kodeksów etycznych	0	317	W żadnym z analizowanych statutowych nie zamieszczono postanowień nawiązujących w jakikolwiek sposób do kodeksów etycznych. W statutach pięciu spółek (NG2 S.A., FAM S.A., POLCOLORIT S.A., SECO S.A., TP S.A.) znalazły się zapisy odwołujące się do wartości moralnych członków rady nadzorczej. I tak, statuty tych spółek stanowią , iż członek rady nadzorczej: „(...) powinien reprezentować wysoki poziom moralny (...)”.
W	odstępstwo od kodeksowych zasad powoływania członków RN	79	238	W co czwartej spółce wprowadzono zapisy stanowiące odstępstwo od kodeksowych zasad powoływania członków rady nadzorczej. Zazwyczaj regulacje sprowadzają się do udzielenia kompetencji do powoływania jednej lub określonej liczby członków rady nadzorczej wskazanym osobom lub podmiotom.

III. WNIOSKI KOŃCOWE ANALIZY TREŚCI STATUTÓW

1. W żadnym z analizowanych statutów:
 - a) nie zamieszczono regulacji odnoszących się bezpośrednio do wrogiego przejęcia spółki akcyjnej. Pośrednio nieliczne statuty zawierają postanowienia mogące być wykorzystane jako post-offer środki obrony. W zasadzie brak jakichkolwiek regulacji utrudniających lub uniemożliwiających podejmowanie reaktywnych środków obrony przez funkcjonariuszy spółki,
 - b) nie skorzystano z ustawowej możliwości zamieszczenia zasady neutralności i zasady przełamania (art. 80a i art. 80b OfertaPublU),
 - c) nie zamieszczono regulacji odnoszących się do zasad wykonywania mandatu członka rady nadzorczej w warunkach wrogiego przejęcia,
 - d) nie wprowadzono wyodrębnionej jednostki redakcyjnej odnoszącej się do zasad wykonywania mandatu członka rady nadzorczej,
 - e) nie sformułowano postanowień nawiązujących do kodeksów etycznych i tylko w kilku nawiązano do wzorców i wartości moralnych.
2. Tylko w jednym statucie:
 - a) sformułowano ogólny obowiązek lojalności wobec spółki. W nielicznych statutach znajdują się postanowienia stanowiące przejawy obowiązku lojalności. Regulacje te dotyczą przede wszystkim kwestii działalności konkurencyjnej (10), konfliktu interesów (13), zasad składania rezygnacji (22), poufności (17), obecności na WZ (1). Jednocześnie, w co czwartym statucie wprowadzono postanowienia modyfikujące zasady powoływania członków rady nadzorczej. W istocie odstępstwa te sprowadzają się do uprawnień określonych osób do powoływania jednego lub więcej członków rady nadzorczej. Każde tego rodzaju odstępstwo stawia pod znakiem zapytania możliwość wykonywania mandatu członka rady nadzorczej zgodnie z obowiązkiem lojalności wobec spółki,
 - b) w co drugim statucie wprowadzono wymóg odbywania posiedzeń rady nadzorczej częściej niż trzy razy do roku jak wymaga to KSH. Zazwyczaj postanowienia statutu nakazują odbywać posiedzenie rady nadzorczej raz na kwartał.
3. Tylko w trzech statutach znalazły się postanowienia stanowiące, iż rada nadzorcza w swym postępowaniu stosuje się do zasad dobrych praktyk przyjętych przez GPW.
4. Tylko w ośmiu statutach wprowadzono postanowienie określające cel spółki. W żadnym statucie nie doprecyzowano pojęcia „interesu spółki”.
5. W kilkunastu statutach (17) sformułowano ogólny nakaz poufności. Zakres przedmiotowy klauzuli formułowany jest bardzo różnie od „informacji poufnych w rozumieniu przepisów prawa”, tajemnicy służbowej zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, „tajemnicy handlowej”, „tajemnic spółki”. Tylko w jednym przypadku sformułowano postanowienie o konieczności zachowania w tajemnicy wszelkich informacji na temat spółki, o których członek rady nadzorczej dowiedział się podczas pełnienia swoich obowiązków. W warunkach wrogiego przejęcia taka formuła nakazu poufności jest najbardziej właściwa.
6. Niemalże, w co drugim analizowanym statucie (126), zamieszczono postanowienia dotyczące obecności w składzie rady nadzorczej tzw. niezależnych członków. Najczęściej (75) zastosowano zwrotu oznaczającego powinność obecności niezależnego członka rady („powinno”), rzadziej (31) sformułowano obecność niezależnego członka jako możliwość („może”), a w tylko kilku przypadkach (8), jako obowiązek („musi”). W 39 przypadkach niezależni członkowie rad

nadzorczych wyposażeni zostali w dodatkowe kompetencje. Sprowadza się to zazwyczaj do wymogu wyrażenia zgody na określone decyzje jednego, kilku lub wszystkich niezależnych członków rady nadzorczej. W żadnym ze statutów, decyzje te nie dotyczyły bezpośrednio wrogich przejęć. Pośrednio, niektóre z nich mogą mieć natomiast wpływ na możliwość podejmowania środków obrony. W co piętnastym statucie (20), wprowadzono wymóg, aby niezależni członkowie rady nadzorczej stanowili przynajmniej połowę składu rady nadzorczej. W warunkach wrogiego przejęcia, obecność niezależnych członków rady nadzorczej może stanowić zabezpieczenie przed podejmowaniem nieuzasadnionych środków obrony przez funkcjonariuszy spółki niespełniających kryteriów niezależności.

7. W ponad połowie przypadków (184) w treści statutów zamieszczono klauzule dotyczące zasad wynagrodzenia członków rady nadzorczej. Tylko w kilku przypadkach postanowienia te nakazują zachowanie adekwatności wynagrodzeń członków rady nadzorczej do wyników finansowych spółki (4).

Reasumując należy stwierdzić, że statuty będące przedmiotem analizy nie zawierały w swojej treści postanowień dotyczących bezpośrednio kwestii wrogiego przejęcia spółki ani tym bardziej obowiązku lojalności członka rady nadzorczej w warunkach wrogiego przejęcia. W żadnym ze statutów nie znalazły się wyodrębnione jednostki redakcyjne zawierające zapisy formułujące ogólne zasady wykonywania mandatu członka rady nadzorczej. Założyciele spółek (akcjonariusze) nie skorzystali z ustawowej możliwości wprowadzenia zasady neutralności i zasady przełamania w okresie wezwania do sprzedaży lub zamiany akcji (odpowiednio art. 80a i art. 80b OfertaPublU). Taka sytuacja potwierdza tezę, iż dominujący akcjonariusze w polskich spółkach akcyjnych nie uznają obowiązku lojalności członków rady nadzorczej wobec spółki za zasadę niezbędną i pożądaną w funkcjonowaniu spółek. Jak wskazuje praktyka istnieje faktyczne oczekiwanie, iż członkowie rady nadzorczej powinni reprezentować w radzie interesy swoich mocodawców. Taki stan rzeczy rozmija się z oczekiwaniami ustawodawcy wyrażonymi w regulacjach funkcjonowania spółek akcyjnych. Statuty chroniąc interesy akcjonariuszy dominujących, nie służą rozwojowi polskiego rynku przejęć, a tym samym rynku kapitałowego. Tym samym, należy postulować rozważenie wprowadzenia zasady neutralności członków władz spółki w okresie wezwania na sprzedaż lub zamianę akcji jako normy bezwzględnie wiążącej – przynajmniej w stosunku do spółek publicznych.