

Rozdział I. Ogólna charakterystyka spółek kapitałowych

Spis treści

	Nb
§ 1. Podstawy wyodrębnienia spółek kapitałowych	1
§ 2. Poszukiwania skutecznych instrumentów ochrony wierzycieli w spółkach kapitałowych	8
§ 3. Zakres zastosowania zasady wolności umów	13
§ 4. Spółki atypowe i o szczególnym reżimie ustawowym	19
§ 5. Próby doktrynalnego wyjaśnienia natury spółek kapitałowych	26
§ 6. Stosunki prawne spółek kapitałowych	39
§ 7. Cel spółki	44
§ 8. Obowiązki lojalności	49
§ 9. Interes spółki. Wspólnicy i interesariusze	60
§ 10. Wykładnia konstytucji spółek kapitałowych	67

Literatura: *T. Baums, K. Scott*, Taking Shareholder Protection Seriously? Corporate Governance in the United States and Germany, *J.W. Goethe – Universität Frankfurt am Main, Arbeitspapiere* 2003, Nr 11; *L. A. Bebchuk, M. J. Roe*, A Theory of Path Dependence In Corporate Ownership and Governance, *Stanford Law Review* 1999, Nr 1, t. 52; *J. Bieniak*, w: Kodeks spółek handlowych. Komentarz, Warszawa 2014; *K. Bilewska*, Sankcja sprzeczności uchwał walnego zgromadzenia z normami dyspozytywnymi – polemika, *PPH* 2011, Nr 6; *S. Czepita, Z. Kuniewicz*, Kompetencja zgromadzenia wspólników do odwołania członka zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, *KPP* 2009, Nr 2; *F. Easterbrook, D. Fischel*, The Economic Structure of Corporate Law, Cambridge 1991; *J. Frąckowiak*, Handlowe czynności kreujące, *PPH* 2008, Nr 12; *Ł. Gasiński*, Dopuszczalność wprowadzenia „złotej akcji” do konstrukcji spółki akcyjnej, *PPH* 1999, Nr 3; tenże, Granice swobody kształtowania treści statutu spółki akcyjnej, Warszawa 2014; *J. N. Gordon*, What Euron Means for the Management and Control of the Modern Business Corporation: Some Initial Reflections, *The University of Chicago Law Review* 2002, Nr 3, t. 69; *F. Grzegorzczak*, Charakter prawny i skutki „złotego weta” w nowej ustawie o szczególnych uprawnieniach ministra Skarbu Państwa, *PPH* 2011, Nr 3; *P. Grzesiok*, Pojęcie i charakter prawny uchwały organu spółdzielni, *KPP* 2005, Nr 1; *E. Holewińska-Lapińska*, Uznanie dziecka według kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, Warszawa 1979; *W. J. Katner*, Komerccjalizacja i prywatyzacja. Komentarz, Warszawa 2003; tenże, Prawa mniejszości w spółkach kapitałowych, *PPH* 2002, Nr 3; *A. Kidyba*, Atypowe spółki handlowe, Warszawa 2011; tenże, Festiwal kodeksowych życzeń trwa, *Rzeczp. z 15.7.2008 r.*; tenże, Kodeks spółek handlowych. Komentarz, t. 2, Warszawa 2014; *A. Koch*, Charakter prawny sankcji sprzecznych z prawem uchwał spółek kapitałowych, *PPH* 2007, Nr 2; *R. L. Kwaśnicki*, Autonomia woli w kształtowaniu postanowień umowy (akt założycielski) spółki z o.o., *Pr.Sp.* 2003, Nr 8; tenże, Swoboda w kształtowaniu treści umów i statutów spółek kapitałowych (na tle prawa niemieckiego), Warszawa 2010; *Z. Kwaśniewski, E. Chowaniec-Sientawski*, Zaskarżanie uchwał zgromadzeń spółek kapitałowych, *Pr.Sp.* 2006, Nr 12; *M. Łolik*, Współczesne prawo kontraktów – wybrane zagad-

nienia, Warszawa 2014; *E. Marszałkowska-Krześ*, Charakter prawny uchwały, PPH 1998, Nr 6; *M. Mataczyński*, Swoboda przepływu kapitału a złota akcja Skarbu Państwa, Warszawa 2007; *J. Okolski, J. Modrzejewski, L. Gasiński*, Natura stosunku korporacyjnego spółki akcyjnej, PPH 2000, Nr 8; *J. Okolski, M. Szyszka*, Ocena najważniejszych zmian kodeksu spółek handlowych dokonanych nowelizacją z 23.10.2008 r., PPH 2009, Nr 61; *A. Opalski*, Kapitał zakładowy: skuteczny instrument ochrony wierzycieli czy przestarzała koncepcja prawna? Próba porównania modeli ochrony wierzycieli w prawie państw europejskich i Stanów Zjednoczonych, KPP 2004, Nr 2; tenże, O pojęciu interesu spółki handlowej, PPH 2008, Nr 11; tenże, Obowiązek lojalności w spółkach kapitałowych, KPP 2008, Nr 2; tenże, Rada nadzorcza w spółce akcyjnej, Warszawa 2006; tenże, Prawo zgrupowań spółek, Warszawa 2012; tenże, Projekt reformy struktury majątkowej spółki z o.o. i jego kontrowersyjna krytyka, MPH 2011, Nr 1; *D. Opalska*, Obowiązek lojalności w spółkach kapitałowych, Warszawa 2015; *K. Oplustil*, Projekt reformy struktury majątkowej spółki z o.o., MoP 2011, Nr 24, dodatek; tenże, Reforma kapitału zakładowego w prawie europejskim i polskim, w: Kodeks spółek handlowych po pięciu latach, Wrocław 2006; *K. Pawłowicz*, Złota akcja Skarbu Państwa jako instytucja prawa publicznego, PiP 2007, Nr 2; *M. Pazdan*, Kodeks spółek handlowych a kodeks cywilny, PiP 2001, Nr 2; *P. Piniór*, Nadzór wspólników w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością, Warszawa 2013; *E. Płonka*, Uczestnictwo osób prawnych w zgrupowaniu spółki kapitałowej, PiP 1990, Nr 1; *W. Popiołek, S. Soltysiński*, Legitymacja czynna odwołanych członków władz spółki do zaskarżenia uchwał sprzecznych z ustawą, PPH 2007, Nr 10; *J. Preusser-Zamorska*, Nieważność czynności prawnej w prawie cywilnym, Warszawa 1983; *A. Radwan, Ł. Gorywoda*, Zaskarżanie uchwał walnego zgromadzenia, KPP 2009, Nr 2; *M. J. Roe*, Political Preconditions to Separating Ownership From Corporate Control, Stanford Law Review 2000, Nr 3, t. 53; *M. Romanowski*, Czy uchwała zgromadzenia udziałowców spółki kapitałowej sprzeczna z normą dyspozytywną jest sprzeczna z prawem?, PPH 2011 Nr 4; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, Köln 1994; *E. Skibińska*, Kodeks spółek handlowych, Warszawa 2010; *P. Sobolewski*, Kontrowersje wokół pojęcia nieistnienia i nieważności czynności prawnych, PPH 2009, Nr 5; *S. Soltysiński*, Indywidualne i kolektywne uprawnienia pracowników w ustawie o komercjalizacji i prywatyzacji: zagadnienia wybrane; tenże, Kodeks spółek handlowych (Podstawowe założenia), PiP 2000, Nr 11; tenże, Nieważne i wzruszalne uchwały zgromadzeń spółek kapitałowych, PPH 2006, Nr 1; tenże, Osobiste uprawnienia udziałowca w spółkach kapitałowych. Przyczynek do analizy art. 159 i 354 KSH, w: Studia z prawa prywatnego gospodarczego. Księga Pamiątkowa ku czci prof. Ireneusza Weissa, Kraków 2003; tenże, Rozważania o nieważnych i „nieistniejących” czynnościach prawnych ze szczególnym uwzględnieniem uchwał zgromadzeń spółek kapitałowych i spółdzielni, w: Księga pamiątkowa dedykowana profesorowi Jerzemu Rajskiemu (pod red. *A. Brzozowskiego, W. Kocota, K. Michałowskiej*), Warszawa 2007; tenże, Skutki działań piastunów wadliwego składu zarządu lub rady nadzorczej w spółkach kapitałowych oraz spółdzielniach, w: Rozprawy prawnicze. Księga pamiątkowa Profesora M. Pazdana (pod red. *L. Ogiegły, W. Popiołka, M. Szpunara*), Kraków 2005; tenże, Skutki naruszenia norm względnie wiążących polemicznie, PPH 2011 Nr 6; tenże, „Złota akcja” Skarbu Państwa w świetle prawa unijnego i polskiego, w: Współczesne wyzwania europejskiej przestrzeni prawnej. Księga pamiątkowa dla uczczenia 70. urodzin Profesora Eugeniusza Piontka (pod red. *A. Łazowskiego, R. Ostrihansky’ego*), Kraków 2005; *T. Sójka*, Forma uchwał rady nadzorczej spółek kapitałowych, PPH 2005, Nr 12; *P. Starzyk*, Wpływ wspólników spółki kapitałowej na zarządzanie spółką, MPH 2013, Nr 4; *L. E. Strine*, Derivative Impact? Some Early Reflections on the Corporation Law Implications of the Enron Bebeacfe, The Business Lawyer 2004, Nr 4, t. 57; *A. Szlęzak*, Sprzeczność z normą dyspozytywną to jednak sprzeczność z prawem – polemika, PPH 2011, Nr 7; tenże, Sprzeczność z normą dyspozytywną to mimo wszystko sprzeczność z prawem – odpowiedź na replikę, PPH 2011, Nr 11; *A. Szpunar*, O konwalidacji nieważnej czynności prawnej, PiP 1986, Nr 5; *A. Szumański*, Hybrydalne typy spółek handlowych, PPH 2000, Nr 6; tenże, w: Kodeks spółek handlowych z wprowadzeniem, Warszawa 2009; tenże, Ograniczona wolność umów w prawie spółek handlowych, w: Księga Pamiątko-

wa dla uczczenia pracy naukowej Profesora Kazimierza Kruczalaka, GSP 1999, t. V; J. Szwaja, R. Kwaśnicki, W sprawie wykładni nowego art. 375¹ KSH, a także art. 375, art. 207 oraz art. 219 § 2 k.s.h., PPH 2004, Nr 8; M. Tarska, Zakres swobody umów w spółkach handlowych, Warszawa 2012; M. S. Toefel, Nieważność uchwał na gruncie art. 252 § 1 KSH i art. 425 § 2 KSH, PPH 2006, Nr 8; P. Turowicz, Prawo przyznane osobiście poszczególnym wspólnikom i akcjonariuszom, Pr.Sp. 1999, Nr 7; D. Wajda, Obowiązek lojalności w spółkach handlowych, Warszawa 2009; A. W. Wiśniewski, Prawo o spółkach. Podręcznik praktyczny, t. III, Warszawa 1993; K. Zawada, Zaskarżanie uchwał wspólników spółki z ograniczoną odpowiedzialnością oraz uchwał walnego zgromadzenia akcjonariuszy, w: Prawo prywatne czasu przemian. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi S. Sołtysińskiemu (pod red. A. Nowickiej), Poznań 2004.

§ 1. Podstawy wyodrębnienia spółek kapitałowych

Podział na **spółki osobowe** i **kapitałowe** jest szeroko przyjęty w ustawodawstwie kontynentalnym na gruncie prawa germańskiego i romańskiego¹. Wyodrębnienie spółek kapitałowych i osobowych jest mniej akcentowane w ustawodawstwach państw *common law*. Odpowiada mu jednak w znacznej mierze podział na *partnerships* (odpowiednik spółek osobowych) i *corporation* (amer.) oraz *companies* (ang.). Z chwilą wejścia w życie KSH rozróżnienie między spółkami osobowymi i kapitałowymi stało się podstawą systematyki kodeksu, a pojęcia „**spółka osobowa**” i „**spółka kapitałowa**” zostały zdefiniowane w art. 4 § 1 pkt 1 i 2. Powołane przepisy wyjaśniają jedynie pośrednio znaczenie tych pojęć, odsyłając do pozostałych przepisów kodeksu. Bliższe wyjaśnienie natury spółek kapitałowych stanowi domenę doktryny. Doktrynalny podział spółek handlowych polega na uogólnieniu charakterystycznych cech spółek kapitałowych i osobowych, przy czym za najbardziej syntetyczne kryterium wyróżnienia spółek kapitałowych uważa się decydującą rolę czynnika kapitałowego, podczas gdy w spółkach osobowych kluczową rolę odgrywa składnik osobowy (umiejętności i zasoby majątkowe wspólników)².

Normatywne wyodrębnienie spółek kapitałowych i osobowych ma istotne znaczenie nie tylko w ramach systematyki tytułu I KSH, który składa się z trzech działów (przepisów wspólnych, spółek osobowych i spółek kapitałowych). Na podstawie tych samych kryteriów uregulowano treść kolejnych dwóch tytułów kodeksu (Tytuły II i III) oraz na nich podstawie dokonano podziału materii ustawodawczej w Tytule IV o łączeniu, podziale i przekształceniu spółek. Kodeksowa nomenklatura stosowana jest przez ustawodawcę w wielu innych ustawach.

Analiza doktrynalna spółek osobowych i kapitałowych dowodzi niemożliwości wytyczenia ostrego kryterium podziału obu postaci spółek handlowych. Doktrynalne wyróżnienie spółek kapitałowych, podobnie jak spółek osobowych, ma charakter typologiczny, biorąc za podstawę nasilenie ich charakterystycznych cech. Przeciwwstawienie spółek kapitałowych spółkom osobowym uzasadnia się m.in. różnicami dotyczącymi strony podmiotowej. Spółki kapitałowe są osobami prawnymi, podczas gdy spółki osobowe posiadają „ułamną” podmiotowość prawną (art. 8 KSH w zw. z art. 33¹ KC).

¹ Por. S. Włodyka, w: System PrHandl, t. 2A, s. 50.

² S. Włodyka, w: System PrHandl, t. 2A, s. 51.

Ponadto, tylko spółki kapitałowe mogą być tworzone przez jedną osobę (art. 156 i 303 KSH). Kolejną cechą spółek kapitałowych jest konstrukcja uprawnień współników (akcjonariuszy). Spółki kapitałowe oparte są na zasadach **rządów większości i proporcjonalności uprawnień** oraz **obowiązków**, podczas gdy w spółkach osobowych dochodzą do głosu zasady równości uprawnień i jednorodności³.

- 4 Swoiście, odmiennie niż w spółkach osobowych, uregulowany jest system zarządzania i nadzoru w spółkach kapitałowych. Prowadzenie spraw spółki stanowi kompetencję organu menedżerskiego, gdy tymczasem w typowej spółce osobowej każdy współnik ma prawo i obowiązek prowadzić sprawy spółki (art. 39 § 1 i art. 40 oraz 201 § 1–4 i art. 368 § 1–4 KSH). W spółkach kapitałowych obowiązują surowsze przesłanki zawarcia umowy założycielskiej i zmiany konstytucji spółki. W „czystej” spółce osobowej zawarcie i zmiana umowy wymaga jedynie zachowania formy pisemnej pod rygorem nieważności (art. 23 KSH). Umowy założycielskie spółek kapitałowych i ich modyfikacje wymagają nie tylko dopełnienia formy aktu notarialnego, lecz również wpisu do rejestru⁴. Ustawodawca zdecydował się na wprowadzenie pewnych wyjątków od powyższych zasad. Zmiany wprowadzone do KSH w 2011 r.⁵ umożliwiły zawarcie umowy spółki z o.o. przy wykorzystaniu wzorca umownego udostępnianego w systemie teleinformatycznym (157¹ § 1–3 KSH). Natomiast kolejne modyfikacje ustawy, które weszły w życie w styczniu 2015 r.⁶, wprowadziły dalsze udogodnienia, gdzie dopuszczono internetową rejestrację spółek jawnych i komandytowych. Wykorzystanie wzorca zamieszczonego w systemie teleinformatycznym pozwala także na wprowadzanie zmian w umowach spółek jawnych, komandytowych oraz spółek z o.o.

W przeciwieństwie do spółek osobowych, których współnicy odpowiadają solidarnie za zobowiązania spółki całym swoim majątkiem (art. 22 § 2 KSH), współnicy (akcjonariusze) spółek kapitałowych nie odpowiadają za zobowiązania spółki i są zobowiązani jedynie do świadczeń określonych w umowie spółki (art. 151 § 3 i 4 oraz art. 301 § 4 i 5 KSH). Powyższe cechy nie wyczerpują wszystkich różnic konstrukcyjnych obu typów normatywnych spółki handlowej⁷. Wiele wyróżnianych przez doktrynę tradycyjnych cech różniących spółki kapitałowe i osobowe przyjęło postać zasad, które są ograniczone przez unormowania o charakterze wyjątkowym. Tytułem przykładu zasada proporcjonalności uprawnień w spółkach kapitałowych uległa istotnej modyfikacji wskutek dopuszczenia przez ustawodawcę udziałów i akcji uprzywilejowanych oraz uprawnień o charakterze osobistym (art. 174 § 2–5 i art. 351–354 KSH). Niektóre spółki osobowe mogą posiadać organy zarządcze lub nadzorcze (por. art. 97 i 142 KSH)⁸.

³ Por. art. 51 oraz art. 152, 153 i 347 § 2 oraz art. 352 KSH, a także art. 29 § 1–3, art. 39 § 1–3, art. 42 i 43 KSH oraz np. art. 242 § 1 i 2, art. 245–246, 414 i 415 § 5 KSH.

⁴ Por. art. 157 § 2, art. 163 pkt 1–5, art. 255 § 1 i 3 KSH oraz art. 301 § 2, art. 306 pkt 1–4 i art. 430 § 1 KSH.

⁵ Por. art. 1 pkt 1 ustawy z 1.4.2011 r. o zmianie ustawy Kodeks spółek handlowych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 92, poz. 531).

⁶ Por. art. 1 pkt 3 ustawy z 28.11.2014 r. o zmianie ustawy Kodeks spółek handlowych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2015 r. poz. 4).

⁷ Por. więcej Pyziół, Szumański, Weiss, *Prawo spółek*, 2000, s. 32 i n.; A. Szajkowski, w: *System PrPryw*, t. 16, s. 44 i n.; S. Włodyka, w: *System PrHandl*, t. 2A, s. 52–56; M. Romanowski, w: *System PrPryw*, t. 16, s. 85 i n.

⁸ A. Szajkowski, *Status prawny zarządu spółki partnerskiej*, w: *Prawo prywatne czasu przemian. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi S. Sołtysińskiemu* (pod red. A. Nowickiej), Poznań 2004, s. 539 i n.

Zatarcie ostrych różnic między spółkami kapitałowymi i osobowymi stanowi świadomy wybór wielu współczesnych ustawodawców. Na przełomie XX i XXI w. tendencje te ilustruje przede wszystkim wzrost liczby spółek-hybrid, które łączą cechy klasycznych spółek kapitałowych i osobowych. Liczne nowe formy spółek wykorzystują struktury „przejrzyste” podatkowo, tzn. niewymagające, aby spółka była obciążona podatkiem dochodowym. Są one z reguły zwolnione od obowiązku wniesienia minimalnego kapitału zakładowego przewidzianego dla spółek kapitałowych, a jednocześnie zapewniają wspólnikom w większym lub mniejszym stopniu przywilej ograniczonej odpowiedzialności. Wyrazem tej tendencji w KSH są unormowania spółki partnerskiej i spółki komandytowo-akcyjnej⁹.

Istotną cechą spółek kapitałowych są **wymogi dotyczące kapitału zakładowego**. Podczas gdy w spółkach osobowych, z wyjątkiem spółki komandytowo-akcyjnej, o przedmiocie i wielkości wkładów decyduje umowa spółki (art. 25 pkt 2 KSH), w spółkach kapitałowych ustawa określa minimum kapitałowe oraz terminy wniesienia wkładów do spółki (art. 154, 158, 163, 306, 308 i 309 KSH). Kodeks spółek handlowych zawiera także rozbudowane przepisy o ochronie kapitału zakładowego (por. np. art. 189–192, 199–200, 346–348 i 360 KSH). Ich celem jest ochrona wierzycieli i samej spółki przed wypłatami na rzecz wspólników (akcjonariuszy), jeżeli spółka nie posiada zysku stanowiącego nadwyżkę ponad sumę pasywów, do których zalicza się również kwoty reprezentujące kapitał zakładowy. Instytucja kapitału zakładowego jest jednak przedmiotem dyskusji, której wyrazem stał się projekt zmian do KSH gruntownie modernizujący zasady rządzące kapitałem zakładowym w spółce z o.o.¹⁰

Asumptem do rozpoczęcia prac nad planowanymi zmianami była przede wszystkim utrata znaczenia kapitału zakładowego, którego minimalna kwota została obniżona w spółce z o.o. z 50 000 zł do 5000 zł nowelizacją KSH z 2008 r. Podstawową wadą kapitału zakładowego jest jego „arbitralny” charakter. Obowiązkiem wspólników jest wniesienie wkładów pokrywających minimalną, wymaganą ustawowo kwotę, ale kapitał ten nie pozostaje w jakiegokolwiek relacji do wielkości spółki i zakresu prowadzonej przez nią działalności gospodarczej. Nie odzwierciedla on również jej kondycji finansowej, co stanowi kluczowe kryterium dla potencjalnych wierzycieli przy podjęciu decyzji co do kontraktowania ze spółką. Autorzy omawianego projektu zmian do KSH nie zrezygnowali jednak całkowicie z instytucji kapitału zakładowego. Przy założeniu, że poziom kapitału zakładowego jest utrzymany w odpowiedniej proporcji do prowadzonej działalności, może on stanowić skuteczną gwarancję wypłacalności spółki.

Planowany projekt zmian w KSH przewidywał istnienie trzech alternatywnych modeli struktury majątkowej spółki z o.o.:

- 1) system kapitału zakładowego, podzielonego na udziały o określonej wartości nominalnej. Jest to model tradycyjny, obowiązujący obecnie;
- 2) system bez kapitału zakładowego, który zastąpiony zostaje kapitałem udziałowym składającym się z udziałów pozbawionych wartości nominalnej, niebędących ułamkiem kapitału zakładowego. Wkłady wniesione przez wspólników zasilają

⁹ Por. więcej S. *Soltyśiński*, Kodeks spółek handlowych (Podstawowe założenia), s. 3–28; A. *Szumański*, Hybrydalne typy spółek, s. 20; S. *Włodyka*, w: System PrHandl, t. 2A, s. 59–60.

¹⁰ Projekt założeń ustawy o zmianie ustawy – Kodeks spółek handlowych oraz niektórych innych ustaw z 13.5.2014 r.

nowy rodzaj kapitału podstawowego, a środki na tym kapitale zgromadzone mogą zostać – przy spełnieniu określonych dodatkowych kryteriów – przeznaczone na wypłaty dla wspólników, podobnie jak zysk osiągnięty przez spółkę; oraz

- 3) system mieszany, łączący oba powyższe systemy, a w konsekwencji dopuszczający istnienie obok siebie obu form udziałów, zarówno nominalowych, jak i beznominałowych.

Istotne *novum* w prezentowanym projekcie stanowił model spółki z kapitałem udziałowym ustanowionym przez wspólników¹¹, na który składają się udziały pozbawione wartości nominalnej. Z udziałami beznominałowymi związane będą takie sama prawa i obowiązki, co z udziałami nominalowymi. Kapitał zakładowy staje się więc instytucją fakultatywną, a jego ustawowe minimum zostało zredukowane do symbolicznej „złotówki”.

Istotą typu spółki z o.o. opierającej się na kapitale udziałowym jest swoboda w rozporządzaniu środkami wchodzącymi w skład kapitału udziałowego i uelastycznienie zarządzania kapitałem właścicielskim. Wspólnicy mogą wycofać całość lub część zaangażowanych wkładów bez potrzeby prowadzenia wymaganego w obecnie obowiązującej regulacji postępowania konwokacyjnego, które jest immanentnie związane z obniżeniem kapitału zakładowego (art. 264 KSH)¹². Nie oznacza to jednak, że wspólnicy będący w posiadaniu udziałów beznominałowych będą mogli swobodnie i w każdym czasie wypłacać ze spółki wniesione wkłady (zob. uwagi poniżej). Wprowadzenie analizowanych zmian do KSH miało na celu także obniżenie kosztów i uproszczenie restrukturyzacji zadłużonych spółek. Zakaz obejmowania udziałów poniżej wartości nominalnej (art. 154 § 3 KSH) zostanie zniesiony, co oznacza, że możliwe stanie się szybkie obejmowanie udziałów zadłużonych i nierentownych spółek poniżej tej wartości, umożliwiając podjęcie próby zapobieżenia niewypłacalności spółki.

Należy odnieść się jednocześnie do opinii krytycznych, według których taki zabieg (wprowadzenie kapitału udziałowego) prowadzi do zniwelowania różnic między spółkami osobowymi a kapitałowymi¹³ i do stworzenia hybrydy, umiejscowionej na ich pograniczu. Pogląd ten należy ocenić krytycznie. O kapitałowym charakterze spółki nie przesądza bowiem kapitał zakładowy, lecz kapitałowy charakter udziału wspólnika, niezależnie od tego, czy jest on związany z kapitałem zakładowym, czy też obejmuje go inny reżim prawny¹⁴, a ponadto skorelowanie uprawnień korporacyjnych wspólnika z wysokością zaangażowanego przez niego kapitału oraz zasada braku odpowiedzialności osobistej wspólnika za zobowiązania spółki.

W ramach omawianych zmian do KSH przewidziane było także wprowadzenie nowych instrumentów bądź unowocześnienie dotychczasowych, które mają za zadanie ochronę wierzycieli i wspólników spółki z o.o., w kontekście ustanowienia nowych reguł rządzących kapitałem zakładowym. Projekt reformy KSH przewiduje wprowadzenie testu wypłacalności, przeprowadzanego przy każdej wypłacie *corporationis causa* (np. przy wypłacie dywidendy lub należności z tytułu umorzenia udziałów), który ma zapobiegać wyprowadzaniu majątku ze spółki poprzez dokonywanie wypłat na rzecz

¹¹ W literaturze błędnie nazywa się ten model mianem spółki „bezkapitałowej”; jest to spółka z kapitałem, a jedynie bez udziałów o wartości nominalnej.

¹² A. Opalski, Projekt reformy, s. 22–33.

¹³ A. Kidyba, Krytycznie o reformie kapitału zakładowego w spółce z o.o., Rzeczp. z 12.2.2011 r.

¹⁴ M. Rodzyńkiewicz, Spółka z o.o.: w obronie reformy struktury majątkowej, Rzeczp. z 5.5.2011 r.

wspólników w sytuacji, w której spółka nie dysponuje w tym zakresie dostatecznymi środkami. Test wypłacalności będzie miał charakter obligatoryjnego narzędzia, które ma zastosowanie do wszystkich typów spółek z o.o. bez względu na model, który reprezentują¹⁵. Test ten ma podstawowe znaczenie z punktu widzenia ochrony interesów wierzycieli spółki. W przeciwieństwie do testu bilansowego, który służy badaniu wyłącznie relacji między sumą aktywów, także niepiętnych i o wątpliwej wartości zbywczej, a wyceną zobowiązań, test wypłacalności ma na celu odzwierciedlenie rzeczywistej sytuacji płatniczej spółki z perspektywy kolejnych 12 miesięcy¹⁶.

Omawiany projekt zmian do KSH przewidywał obowiązkowe tworzenie rezerwy z zysków na pokrycie przyszłych strat, w postaci „związanego” kapitału zapasowego (regulacja wzorowana na art. 396 KSH), co oznacza, że wysokość rezerwy nie jest dobrowolna, lecz uzależniona od kwoty kapitałów własnych spółki. Obowiązek odpisów na kapitał zapasowy zostanie odniesiony do zmiennych wartości wynikających z cyklicznych sprawozdań finansowych spółki. Spółka będzie miała obowiązek tworzyć rezerwę z 10% wypracowanego zysku za dany rok obrotowy (maksymalnie 25%), dopóki kapitał ten nie osiągnie 5% dodatnich składników kapitału własnego, przy zastrzeżeniu minimalnej kwoty 50 000 zł¹⁷. Zarząd zostanie zobligowany również do dokonywania oceny płynności finansowej spółki nie rzadziej niż raz na kwartał, co ma na celu prewencyjną sygnalizację kryzysu finansowego spółki.

Dalsze postulowane zmiany dotyczą m.in. wprowadzenia obowiązkowej ustawowej hierarchii źródeł pokrycia strat spółki. Proponuje się przyjęcie zasady, że w pierwszej kolejności poniesione straty powinny być pokryte tzw. wolnymi środkami, a dopiero w ostateczności spółka może sięgnąć do obniżenia kapitału zakładowego.

W momencie redagowania zmian do niniejszego wydania, prace nad reformą KSH w zakresie kapitału zakładowego trwają¹⁸. Ostatnie modyfikacje zmierzają w kierunku ograniczenia planowanych zmian i utrzymania wyłącznie tradycyjnego kapitału zakładowego, którego wysokość ma wynosić co najmniej 1 zł (odstąpienie w najnowszej wersji projektu od wprowadzenia systemu bez kapitału zakładowego). Rezygnację na obecnym etapie z szerszej reformy planowanej w ramach projektu z roku 2014 należy ocenić krytycznie.

Spółki kapitałowe podlegają większym niż spółki osobowe rygorom w zakresie zwoływania i organizacji posiedzeń organów stanowiących (zgromadzeń wspólników i walnych zgromadzeń). W spółkach akcyjnych uchwały walnego zgromadzenia powinny być umieszczone w protokole sporządzonym przez notariusza (art. 421 KSH). Wiele norm określających kompetencje, sposób zwoływania zgromadzeń, wyłączenia prawa głosu i zaskarżanie uchwał i wiele innych postanowień dotyczących porządku i trybu obrad ma charakter imperatywny bądź semiimperatywny (por. np. art. 227, 228 pkt 1–3, 5 i art. 248–252, art. 393 pkt 1–3, 5–7, art. 397, 402–402³, 409–410, 413, 422–429). Spółki kapitałowe podlegają również licznym obowiązkom nakazującym ujawniać stan ich kapitału zakładowego, sprawozdania finansowe, zmiany w skła-

7

¹⁵ M. Domagalski, Spółka za złotówkę budzi nadzieje i opór, Rzeczp. z 8.5.2014 r.

¹⁶ M. Rodzyńkiewicz, Spółka z o.o.

¹⁷ K. Oplustil, Projekt reformy, s. 26.

¹⁸ Projekt zmian do KSH został ponownie w zmodyfikowanej wersji przedstawiony Radzie Ministrów w dniu 5.8.2015 r.: <http://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/237400>.

dzie zarządu i rady nadzorczej oraz inne informacje zapewniające transparentność stosunków wewnętrznych w spółce (np. informacje o osiągnięciu lub utracie pozycji dominującej). Obowiązki te wynikają nie tylko z KSH, lecz również z innych ustaw (por. np. art. 5 § 1–4 KSH, art. 38 pkt 8 i 9 i art. 39 KrRejSU oraz art. 36, 36a i 53 RachunkU). Obowiązki w zakresie rachunkowości dotyczące spółek komandytowo-akcyjnych i innych większych spółek osobowych są zbliżone do obowiązków spółek kapitałowych (por. np. art. 2 pkt 1 i 2 i art. 49 RachunkU).

§ 2. Poszukiwania skutecznych instrumentów ochrony wierzycieli w spółkach kapitałowych

8 Postulaty ułatwiania tworzenia i prowadzenia spółek doprowadziły do istotnych zmian w dziedzinie spółek kapitałowych. Ich wyrazem jest radykalne złagodzenie wymogów minimalnego kapitału zakładowego w spółce z o.o. do kwoty 5000 zł oraz do 100 000 zł w spółce akcyjnej¹⁹. W piśmiennictwie proponuje się rozluźnienie gorszego norm imperatywnych także w spółce akcyjnej²⁰. Zgodnie z treścią omawianego w Nb 6 powyżej projektu zmian do KSH, minimalna wysokość kapitału zakładowego w spółce z o.o. ma zostać zmniejszona do 1 zł.

9 W przeszłości, postulaty dalszej deregulacji prawa spółek kapitałowych w zakresie kapitału zakładowego spotkały się z krytyką. Trafnie podniesiono, że zmniejszając kapitał zakładowy do kwoty pozbawionej istotnego znaczenia dla podejmowania działalności gospodarczej, nie zastąpiono go innym, skuteczniejszym instrumentem zabezpieczenia wierzycieli²¹. W piśmiennictwie wskazującym wady kapitału zakładowego trafnie zwrócono uwagę, że ustawowe minima są z natury rzeczy arbitralne i niedostosowane do rzeczywistej skali działalności danej spółki. Środki te mogą być niemal natychmiast użyte przez spółkę. Stanowią w związku z tym często słabe lub wręcz iluzoryczne zabezpieczenie jej wierzycieli²². Powyższe poglądy doktryny znalazły odzwierciedlenie w analizowanym projekcie zmian do KSH. Po pierwsze, wierzyciele spółki z o.o. mają podlegać ochronie opierającej się o test wypłacalności (spółka nie powinna dokonać wypłaty, jeżeli w ciągu roku od jej realizacji może utracić zdolność regulowania swoich bieżących zobowiązań). Po drugie, twórcy projektu postulują, aby zarząd dokonywał kwartalnej oceny sytuacji spółki, w ramach której ma zostać przeprowadzona weryfikacja, czy spółce grozi sytuacja, w której strata spółki przewyższy połowę sumy dodatnich składników kapitału własnego. Instrumenty te mają zapewnić

¹⁹ Zob. art. 154 § 1 i art. 308 § 1 KSH w brzmieniu ustawy z 23.10.2008 r. o zmianie ustawy – Kodeks spółek handlowych (Dz.U. Nr 217, poz. 1381).

²⁰ J. Bąk, K. Oplustil, *Ius cogens* w prawie spółki akcyjnej – analiza prawno-ekonomiczna, HUK 2007, Nr 2, s. 144 i n.

²¹ J. Okolski, M. Szyszka, Ocena najważniejszych zmian, s. 2–7; A. Kidyba, Festiwal kodeksowych życzeń. Zob. także wypowiedzi A. Kidyby, M. Romanowskiego, A. Wiśniewskiego i Z. Gintowta w debacie Gazety Prawnej z 2.9.2008 r. pt. „Obniżenie kosztów zakładania i prowadzenia spółek nie wyzwoli przedsiębiorczości”.

²² Por. więcej A. Opalski, Kapitał zakładowy, s. 435 i n.; A. Radwan, Sens i nonsens kapitału zakładowego – przyczynek do ekonomicznej analizy ustawowej ochrony wierzycieli spółek kapitałowych, w: Europejskie prawo spółek, t. II, cz. 2, s. 23 i n.; K. Oplustil, Reforma kapitału zakładowego, s. 550 i n.

skuteczniejszy poziom ochrony wierzycieli w miejsce lub łącznie z kapitałem zakładowym (zmiany te zostały utrzymane również w okrojonym projekcie reformy do KSH). Warto zwrócić uwagę, że przed opracowaniem omawianego projektu zmian do KSH propozycje *de lege ferenda* koncentrowały się na wadach kapitału zakładowego oraz ogólnej charakterystyce instytucji, które pełnią podobną funkcję, jak kapitał zakładowy w innych ustawodawstwach, zwłaszcza w prawie państw *common law*. Skuteczność większości z tych instrumentów oraz ich przydatność na gruncie polskiej kultury prawnej budzi uzasadnione wątpliwości. Dotyczy to przede wszystkim kontraktowych zabezpieczeń wierzycieli, ubezpieczeń odpowiedzialności cywilnej, wykorzystywania audytu finansowego i prawnego, opinii biegłych rewidentów oraz ratingu spółek²³. Wymienione środki ochrony wierzycieli trudno uznać za alternatywę dla kapitału zakładowego. Powodują one konieczność ponoszenia dodatkowych kosztów przez spółkę lub jej wierzycieli (np. nakładów na przeprowadzenie audytu). Umowne instrumenty ochrony wierzycieli są stosowane przez banki i inne podmioty dysponujące silną pozycją kontraktową wobec kontrahenta. Wiarygodność ratingu, przeprowadzanego na koszt spółki zainteresowanej uzyskaniem jak najwyższej oceny agencji i bez jakiegokolwiek regresu ze strony wierzycieli na wypadek, gdy ocena agencji ratingowej okaże się nietrafna lub wręcz wprowadzająca w błąd inwestorów i kontrahentów spółki, została zakwestionowana. Globalny kryzys finansowy podważył głęboko i chyba trwale nadmierne zaufanie nie tylko do skuteczności „niewidzialnej ręki rynku” i opartej na tej koncepcji przekonania o potrzebie zniesienia lub głębokiej deregulacji tradycyjnych instrumentów ochrony wierzycieli w prawie spółek, lecz również popularnego w Polsce do niedawna przekonania o wyższości modelu prawa spółek wyrosłego w tradycji *common law* nad „nadreńskimi” wzorcami prawa korporacyjnego. Przekonanie o potrzebie radykalnego rozluźnienia gorsetu norm imperatywnych, której typowym wyrazem np. w prawie polskim i niemieckim są dyrektywy ochrony kapitału zakładowego oraz ograniczonej wolności umów (zasada *Statutstreng*), zwłaszcza w spółce akcyjnej uzasadnione były do niedawna zaletami prawa amerykańskiego oraz europejskich ustawodawstw *common law*. Należy jednak zwrócić uwagę, że głównym uzasadnieniem postulatów radykalnej deregulacji, prymatu wolności umów w prawie spółek oraz konkurencji systemów krajowych o względy i uznanie przedsiębiorców była do niedawna hipoteza efektywnego rynku (*efficient market hypothesis*). Hipoteza ta została podważona już w latach 2001–2002 w następstwie ujawnienia afer *Enron*, *WorldCom* i *Tyc*o oraz innych spółek amerykańskich²⁴. Mimo zakwestionowania wielu założeń amerykańskiej doktryny prawa korporacyjnego, w tym również krytyki

²³ Por. np. A. Opalski, Kapitał zakładowy, s. 480–488. Autor omawia najszerzej w literaturze polskiej instrumenty ochrony wierzycieli w Stanach Zjednoczonych (s. 469 i n.). Proponowane dotychczas substytuty kapitału zakładowego oceniają sceptycznie J. Okolski, M. Szyszka, Ocena najważniejszych zmian, s. 5–6.

²⁴ Warto przytoczyć opinię profesora Columbia University, który zauważył, że: „Enron podważył kilka zasadniczych «praw wiary», na których opierała się akademicka analiza prawa spółek oraz instytucje amerykańskiego kapitalizmu akcjonerskiego (*shareholder capitalism*), który był przez nas agresywnie promowany na całym świecie”. J. N. Gordon, What Euron Means, s. 1234. Autor zaliczył do nich nie tylko hipotezę sprawnie działającego rynku, lecz również twierdzenia, że przyznanie szerokich kompetencji zarządczo-nadzorczych organowi menedżerskiemu (*board*) kosztem uprawnień kontrolnych akcjonariuszy stanowi najlepszy model korporacji. J. N. Gordon i inni autorzy zwrócili uwagę, że już afery korporacyjne ujawnione w latach 2001–2002 ukazały patologiczne skutki rażąco wysokich wynagrodzeń menadżerów, przyznawanych zwłaszcza w postaci opcji na akcje, które sprowadzają nadmierne ryzyko pracowników, których wy-

fundamentalnej dyrektywy maksymalizacji wartości inwestycji akcjonariusza (*shareholders value*), w Stanach Zjednoczonych nie doszło do oczekiwanych zmian ustawodawczych i istotnej korekty kierunków orzecznictwa, z wyjątkiem zaostżenia przepisów federalnych dotyczących działalności firm audytorskich i odpowiedzialności władz spółki za sprawozdania finansowe²⁵. Skandale korporacyjne ujawnione w Stanach Zjednoczonych w latach 2001–2002 nie doprowadziły do oczekiwanych reform nadzoru korporacyjnego, zwiększenia uprawnień akcjonariuszy i odpowiedzialności członków władz zarządczo-nadzorczych bądź istotnych korekt w zakresie zabezpieczenia interesów wierzycieli spółki²⁶.

- 10 Hipoteza efektywnego rynku i zalety opartego na niej modelu deregulacji doznały kolejnej porażki w czasie kryzysu, który nastąpił w 2008 r. i dotknął przede wszystkim spółki sektora finansowego, a następnie całą gospodarkę światową. Z perspektywy początku 2015 r. trudno podzielić poglądy głoszone przez znaczną część doktryny amerykańskiej i angielskiej, jak również europejskiej, w tym także przez niektórych autorów polskich, o zdecydowanej przewadze modelu ładu korporacyjnego wyrosłego w tradycji *common law*. Mimo że wiodących państw UE nie ominął obecny kryzys ani wcześniejsza fala skandali korporacyjnych²⁷, nie ulega dziś wątpliwości, że jego głównym ogniskiem są instytucje finansowe działające w Stanach Zjednoczonych i w Wielkiej Brytanii. Kryzys dotknął szczególnie dotkliwie banki i inne przedsiębiorstwa Irlandii, uchodzącej do niedawna za wzorzec sukcesu liberalnej polityki gospodarczej i ustawodawczej. Tytułem kontrastu warto zauważyć, że – jak dotąd – kryzys dotknął w mniejszym stopniu instytucje finansowe Francji, a zwłaszcza Kanady, których polityka ekonomiczna, modele nadzoru bankowego oraz ustawodawstwa gospodarczego hołdują tradycyjnie interwencjonizmowi i nie uległy wpływom szkoły chicagowskiej, która promowała hipotezę efektywności rynku, ograniczenia ustawodawczej ingerencji państwa oraz pozostawienie jak najszerszej sfery ładu korporacyjnego samoregulacji przez przedsiębiorców²⁸. Kryzys dotknął w znacznie mniejszym stopniu spółki sek-

nagrodzenia oraz uprawnienia emerytalne zależą w znacznym stopniu od wartości akcji spółki będącej ich pracodawcą. Zob. s. 1235 i n.

²⁵ W rezultacie rażących błędów popełnionych przez Arthur Andersen w sprawie Enron uchwalono ustawę Sarbanes-Oxley Act z 2002 r., która ograniczyła w pewnym stopniu konflikty interesów, jakie rodziło oferowanie przez firmy audytorskie usług doradztwa prawnego i podatkowego audytowanym przez nie spółkom. Źródłem konfliktu interesów była nie tylko okoliczność, że wartość owych dodatkowych usług przewyższała dochody ze świadczenia usług audytorów dotyczących ich podstawowej działalności na rzecz klienta, lecz podważała bezstronność audytu, który obejmował m.in. politykę podatkową spółki realizowaną zgodnie z zaleceniami firmy audytorskiej.

²⁶ Głębokich reform w tych i innych dziedzinach oczekiwali nie tylko przedstawiciele środowisk akademickich, lecz również sędziowie. Por. *J. N. Gordon*, What Euron Means, s. 1235–1250; *L. E. Strine*, Derivative Impact?, s. 1371 i n.; *L. Strine*, wicekanclerz Delaware Court of Chancery – sądu, którego orzecznictwo akcentuje najsilniej w Stanach Zjednoczonych doktrynę niemal pełnej władzy zarządu nad spółką, przyznał, że legislatorzy i sędziowie powinni dokonać krytycznej oceny panującego ładu korporacyjnego, który po klada nadmierne zaufanie w organie menedżerskim kosztem uprawnień akcjonariuszy i skłania dyrektorów do maksymalizacji wartości akcji w krótkiej perspektywie zamiast podejmować działania obliczone na długofalowy rozwój spółki.

²⁷ Np. upadłość włoskiej spółki Parmalat i holenderskiego koncernu Ahold.

²⁸ Por. np. *F. Easterbrook, D. Fischer*, The Economic Structure of Corporate Law.

tora finansowego w państwach prowadzących surowszą politykę nadzoru i wymogów kapitalizacji (np. w Polsce, Indiach, a także w Turcji)²⁹.

Dyskutując na temat wad i zalet kapitału zakładowego, warto zauważyć, że za główną przyczynę kryzysu wielu instytucji finansowych uznano zbyt niski poziom i słabą jakość kapitałów w stosunku do podejmowanej działalności gospodarczej³⁰. Zbyt niskie okazały się normy minimalnych kapitałów własnych ustanowione dla banków. Podstawowym lekarstwem na ten stan rzeczy w zagrożonych spółkach sektora finansowego, które zaleca rząd amerykański i organizacje zrzeszające największe banki komercyjne i inwestycyjne, jest zwiększenie poziomu kapitałów własnych i zapewnienie płynności³¹. Czy należy więc uznać, że ustawowe minima kapitałowe i przepisy chroniące kapitał zakładowy powinny zostać zniesione lub radykalnie złagodzone wobec innych podmiotów niż spółki sektora finansowego? W najnowszym piśmiennictwie zwrócono trafnie uwagę, że w pracach nad europejską spółką prywatną (*Societas Privata Europea*) powrócono do koncepcji minimalnego kapitału zakładowego w połączeniu z wymogiem składania przez zarząd oświadczenia o zachowaniu przez spółkę płynności w razie każdej wypłaty na rzecz wspólników³². Na uwagę zasługuje również, że gruntowna nowelizacja niemieckiej spółki z o.o. utrzymała kapitał zakładowy na niezmiennym poziomie, stwarzając jednocześnie możliwość rozpoczęcia działalności przez wspólników bez minimalnego kapitału w połączeniu z obowiązkiem przeznaczania 10% rocznego zysku na dokapitalizowanie spółki, aż osiągnie on poziom stanowiącego ustawowe minimum 25 000 euro³³.

Należy więc rozważyć, czy ustawodawca polski powinien uregulować wzorem niektórych państw drugi typ spółki z o.o., w którym kapitał zakładowy byłby zastąpiony przez inny, skuteczniejszy instrument ochrony wierzycieli (np. ustawowo określony test zachowania płynności), czy też dokonać głębszej reformy dotychczasowego modelu spółki z o.o. wprowadzając **test płynności** obok obowiązującego kapitału zakładowego, bądź zachować tradycyjny model spółki z o.o., wprowadzając drugi podtyp tej korporacji, który zakłada udziały nieposiadające minimalnego nominału. Wyrazem powyższych tendencji jest analizowany projekt zmian do KSH, gdzie nie zdecydowano się na rezygnację z instytucji kapitału zakładowego, a równocześnie wprowadzono szereg nowych instrumentów chroniących wierzycieli spółki z o.o. Ponadto, wobec pozbawienia praktycznego znaczenia kapitału zakładowego w spółce z o.o. w kontekście arbitralnego określenia jego wartości przez ustawodawcę, pozostawiono współ-

²⁹ Prasa amerykańska w połowie 2009 r. donosiła o sukcesie konserwatywnej polityki finansowej indyjskiego banku centralnego i Ministerstwa Finansów, które było w przeszłości krytykowane za odrzucanie założeń deregulacyjnych polityki uczniów szkoły Greenspana. „In India, a controversial «old school» central banker takes avictory lap”, International Herald Tribune z 25.6.2009 r., s. 20. Por. także K. Robinson, Turkish executive views old-fashioned banking as key to profit and growth, New York Times 20–21.6.2009 r., s. 13.

³⁰ Chodzi o zjawisko nadmiernego lewarowania (*leverage*), czyli dokonywania inwestycji lub emisji instrumentów finansowych przy niskiej kapitalizacji.

³¹ Por. np. zalecenia Group of Thirty, Financial Report. A Framework for Financial Stability, Washington 2009, s. 19, 43 i n.

³² J. Okolski, M. Szyszka, Ocena najważniejszych zmian, s. 8–9. O niepowodzeniu europejskiej spółki prywatnej (ESP) zdecydował w dużej mierze spór o minimum kapitałowe, kwestionowany przez część państw UE, lecz za którego potrzebą wprowadzenia do ESP wypowiedział się Parlament Europejski.

³³ Charakterystyczne, że zjazd prawników niemieckich (Juristentag w 2007 r.) opowiedział się zdecydowaną większością głosów za utrzymaniem kapitału zakładowego.

nikom wybór między dwoma podtypami spółki z o.o.: z udziałami beznominalowymi i udziałami o określonej wartości nominalnej. Oba podtypy mają charakter kapitałowy.

Kryzys gospodarczy ujawnił słabości ładu korporacyjnego wielu wiodących ustawodawstw i ostudził zapał do bezkrytycznego kopiowania rozwiązań wyrosłych w systemach prawnych *common law*, a także do maksymalistycznego inkorporowania regulacji unijnych, które pozostawiają ustawodawcom państw członkowskich margines swobody w procesie implementacji³⁴. Nie można przecenić przydatności badań prawnoporównawczych i potrzeby transplantacji obcych, dobrze funkcjonujących rozwiązań prawnych. Należy mieć jednak na uwadze postulaty kontynuacji własnych tradycji prawnych i uwzględniania kosztów wprowadzania radykalnych zmian³⁵. Decyzję o transplantacji zagranicznych rozwiązań poprzedzić powinna nie tylko ocena skutków gospodarczych, lecz również spójności przyjmowanych konstrukcji z zastanymi instytucjami kodeksowymi oraz wartościami, które leżą u podstaw polskich założeń konstytucyjnych³⁶.

§ 3. Zakres zastosowania zasady wolności umów

13 Ustawodawca polski przyjął założenie jedności prawa cywilnego i ograniczonej autonomii prawa spółek handlowych. Założenie to znalazło wyraz w art. 2 KSH, który stanowi, że w sprawach regulowanych przez KSH stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego. Jednocześnie zd. 2 powołanego przepisu nakazuje odpowiednie stosowanie przepisów KC, „jeżeli wymaga tego właściwość (natura) stosunku prawnego spółki handlowej”. Zastosowanie przepisu KC będzie zatem możliwe w sytuacji, gdy dana materia nie została włączona w zakres regulacji KSH, a ponadto, gdy pozwala na to natura stosunku prawnego danej spółki handlowej. Zgodnie z przeważającym stanowiskiem doktryny, o przesłance braku regulacji danego zagadnienia w KSH mówimy, gdy: 1) nie ma przesłanek, by przyjąć regulację negatywną, 2) mimo zastosowania wykładni funkcjonalnej, dany problem nie może być rozstrzygnięty na bazie KSH, 3) nie ma podstaw do zastosowania innych przepisów KSH w drodze analogii w celu usunięcia luki prawnej³⁷. Z kolei regulacja negatywna ma miejsce, jeśli dana kwestia jest unormowana wyczerpująco w KSH i, w konsekwencji, wykluczone jest stosowanie przepisów KC (zob. np. art. 21 § 6 KSH).

Wykładnia art. 2 KSH potwierdza opinię, że unormowania KSH przyznają spółkom handlowym ograniczoną autonomię. Odpowiednie stosowanie przepisów KC po-

³⁴ Por. trafne uwagi *J. Okolskiego* i *M. Szyszki*, Ocena najważniejszych zmian, s. 10 oraz *A. Szumańskiego*, w: Kodeks spółek handlowych z wprowadzeniem, s. X.

³⁵ Ilustrują je np. oceniane krytycznie zwroty polityki ustawodawczej w sprawach podwyższania, a następnie obniżania kapitału zakładowego; wprowadzania, a następnie znoszenia obowiązku przekształcenia spółki cywilnej w spółkę jawną itp.

³⁶ Różnice między np. amerykańskimi a kontynentalnymi modelami ładu korporacyjnego są w dużej mierze uwarunkowane odmiennymi wartościami konstytucyjnymi i politycznymi. W Stanach Zjednoczonych większą rolę odgrywa etos osobistej odpowiedzialności jednostki za swój los, większe jest przyzwolenie na rolę samopomocy jako instrumentu ochrony praw oraz skromniejszy niż w Europie Zachodniej zakres opiekuńczej roli państwa. Na temat wpływu tak zróżnicowanych systemów wartości i preferencji politycznych na konstrukcje prawa spółek por. szerzej *L. A. Bebchuk*, *M. J. Roe*, *A Theory of Path Dependence*, s. 127 i n.

³⁷ *M. Pazdan*, Kodeks spółek handlowych a kodeks cywilny, s. 33.

lega – w zależności od właściwości konkretnego stosunku prawnego – na zastosowaniu określonej normy, zastosowaniu jej z niezbędnymi modyfikacjami bądź wręcz na wyłączeniu danej normy kodeksowej. W doktrynie panuje opinia, że do stosunków prawnych spółki kapitałowej nie stosuje się np. w większości sytuacji przepisów KC o zobowiązaniach wzajemnych³⁸.

Odesłanie do norm Kodeksu cywilnego w art. 2 KSH dotyczy m.in. klauzul generalnych, w tym również art. 353¹ KC. Cywilnoprawny charakter stosunków spółki handlowej, opartych na konstrukcji umowy (art. 3 KSH), umożliwia współpracownikom ukształtowanie stosunku prawnego według ich uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) tego stosunku, ustawie lub zasadom współżycia społecznego³⁹.

Zakres swobody kontraktowej w spółkach kapitałowych jest ograniczony. Po pierwsze, obowiązuje zasada *numerus clausus* typów spółek handlowych. Po drugie, ustawa określa organy i ich kompetencje⁴⁰. Po trzecie, wiele elementów treści stosunku prawnego spółek kapitałowych normują przepisy o charakterze imperatywnym. Po czwarte, dla spółki akcyjnej ustawodawca ustanowił swoisty test dopuszczalności modyfikacji i uzupełniania treści stosunku prawnego (relacja art. 304 § 3 i 4 KSH do art. 353¹ KC⁴¹). Zależność między tymi przepisami jest wyjaśniana przez doktrynę i orzecznictwo w różny sposób. Według pierwszego poglądu, art. 304 § 3 oraz 4 KSH wykluczają stosowanie art. 353¹ KC, ponieważ zawarty w pierwszym przepisie zakres swobody został określony w sposób dostatecznie precyzyjny⁴². Zgodnie z poglądem drugim, art. 304 § 3 oraz art. 4 KSH, odnoszą się wyłącznie do statutu w rozumieniu materialnym, lecz nie formalnym, a stąd wniosek, że nie znajdują one zastosowania np. w kwestii zobowiązań współników wobec siebie, do których odnosi się art. 353¹ KC⁴³. Zgodnie z kolejnym stanowiskiem, przepisy art. 304 § 3 i 4 KSH stanowią *legi speciales* w stosunku do art. 353¹ KC. Zasada „surowości statutu” nie eliminuje, lecz modyfikuje swobodę jego kształtowania⁴⁴, a jednocześnie ustanawia odmienną regułę interpretacyjną, według której norma powinna być uznana za bezwzględnie wiążącą, jeżeli ustawodawca nie stanowi inaczej. W pewnym uproszczeniu można stwierdzić, że ustawa przewiduje zróżnicowany reżim dla kreowania postanowień odmiennych niż przewiduje ustawodawca i uregulowań dodatkowych. Pierwsze z nich są traktowane surowiej, gdyż takie modyfikacje reżimu normatywnego spółki akcyjnej są uzależnione od wyraźnego zezwolenia ustawodawcy (por. np. art. 334 § 2 i art. 369 § 3 KSH). Przez **dodatkowe postanowienia** należy rozumieć regulacje statutowe, które dotyczą

³⁸ Na temat odpowiedniego stosowania przepisów KC na podstawie art. 2 zd. 2 KSH por. więcej S. Sołtyśński, w: Komentarz KSH, t. I, 2012, s. 45 i n. oraz powołaną tam literaturę.

³⁹ R. L. Kwaśnicki, Swoboda w kształtowaniu treści, s. 80–181; J. Okolski, J. Modrzejewski, Ł. Gasiński, Natura stosunku korporacyjnego, s. 6 i n.; A. Szumański, Ograniczona wolność umów, s. 411, 415; S. Włodyka, w: System PrHandl, t. 2A, s. 47–48.

⁴⁰ Zasada wolności umów uzasadnia jednak np. tworzenie ciał doradczych podporządkowanych organom przewidzianym przez ustawodawcę (np. komitetów rady nadzorczej ds. audytu i wynagrodzeń). Powołanie tych komitetów stanowi obecnie wymóg należytego ładu korporacyjnego w spółkach giełdowych.

⁴¹ Ł. Gasiński, Granice swobody, s. 91 i n.

⁴² R. L. Kwaśnicki, Swoboda w kształtowaniu treści, s. 27, 33; A. Kidyba, Kodeks spółek handlowych, s. 51.

⁴³ Por. wyr. SN z 20.4.2011 r., I CSK 391/10, Legalis.

⁴⁴ S. Sołtyśński, w: Komentarz KSH, t. III, wyd. 3, s. 71.

materii nieprzewidzianej w ustawie (np. postanowienia o komitetach doradczych rady nadzorczej lub zarządu lub tworzeniu funduszków nieprzewidzianych w ustawie).

- 16 Przepisy art. 304 § 3 i 4 KSH wzorowane są na rozwiązaniach przyjętych w § 23 ust. 5 AktG, które wyrażają zasadę normatywnego kształtowania treści statutu⁴⁵. Uściślając, stanem pożądanym jest sytuacja, w której uczestnicy obrotu opierają się na standardach ustanowionych przez ustawodawcę i dysponują określonym marginesem swobody w tym zakresie. Odpowiednie zaprojektowanie umowy spółki (statutu) zapewnia transparentne działanie organów spółki w zgodzie z dyrektywą bezpieczeństwa obrotu⁴⁶. Spółka akcyjna stanowi organizację gospodarczą, która po spełnieniu określonych przesłanek może emitować akcje do szerokiego, a nawet nieoznaczonego grona adresatów (spółka publiczna), którzy powierzają swoje aktywa (wkłady) menedżerom spółki na bardzo ryzykownych warunkach. Wprawdzie wiąże ich umowa ze spółką, lecz nie mają wobec niej nawet roszczeń o zwrot wkładów, a w razie niewypłacalności spółki są zaspokajani w ostatniej kolejności po zaspokojeniu zobowiązań wobec osób trzecich. Akcjonariuszom nie przysługują również roszczenia wobec spółki i członków zarządu oraz rady nadzorczej na podstawie skarg przewidzianych w KSH⁴⁷. Mogą jedynie wytoczyć powództwo przeciwko członkom zarządu lub rady nadzorczej w interesie spółki (*actio pro socio* – art. 486 § 1–4 KSH). Akcjonariusze nie mają wpływu na zarządzanie spółką i nie służą im roszczenia wobec spółki np. z tytułu nienależytego prowadzenia jej spraw. Powyższe cechy spółki akcyjnej uzasadniają uregulowanie jej wzorca normatywnego, a w szczególności zasad emitowania akcji w obrocie publicznym głównie na podstawie norm imperatywnych mających na celu ochronę interesów spółki i jej akcjonariuszy⁴⁸. Powołując się na stanowisko, zgodnie z którym ustawowe ramy statutu nie wyłączają zupełnie swobody umów, należy przyjąć, że art. 304 § 3 i 4 KSH ma na celu zabezpieczenie interesów akcjonariuszy, zwłaszcza mniejszościowych, oraz szerzej pojmowanego bezpieczeństwa obrotu⁴⁹. Dopuszczalność modyfikacji i wzorca normatywnego oraz wprowadzania dodatkowych postanowień statutu należy oceniać, mając na uwadze interesy podmiotów ponoszących największe ryzyko inwestycji kapitałowych, a więc akcjonariuszy, a także odstępstw od zasady równego traktowania współników oraz proporcjonalności praw i obowiązków.

- 17 W piśmiennictwie zarysowały się dwa poglądy w sprawie ograniczeń swobody kontraktowej w spółce z o.o. Zdaniem części doktryny, zasadę „surowości statutu” przewidzianą w art. 304 § 3 i 4 KSH należy stosować w drodze analogii do postanowień normujących stosunki organizacyjne (korporacyjne) w spółce z o.o.⁵⁰ *M. Tarska*

⁴⁵ *S. Soltysiński*, w: Komentarz KSH, t. III, wyd. 3, s. 78 i n.

⁴⁶ Por. *P. Starzyk*, Wpływ współników spółki kapitałowej, s. 31–38.

⁴⁷ Przepis art. 490 KSH odsyłający do przepisów o naprawieniu szkody – na zasadach ogólnych, umożliwia natomiast wytoczenie przez akcjonariusza powództwa *ex delicto* przeciwko piastunom spółki na podstawie art. 415 i n. KC.

⁴⁸ Wspólną cechą unormowań spółek kapitałowych w państwach OECD jest okoliczność, że kontrakt współnika ze spółką jest połączony ze znacznym ryzykiem i słabo zabezpieczony na wypadek nienależytego funkcjonowania organów zarządu lub nadzoru spółki. Jest on narażony w wysokim stopniu na straty i wykorzystanie przez osoby kontrolujące spółkę. *T. Baums, K. Scott*, Taking Shareholder Protection Seriously?, s. 5–6.

⁴⁹ Chodzi tu o interes spółki, jej wierzycieli, państwa oraz innych interesariuszy (np. pracowników i kontrahentów).

⁵⁰ Pogląd ten reprezentują m.in. *A. Szumański*, w: *Pyzioł, Szumański, Weiss*, Prawo spółek, 2014, s. 693 i n. oraz *A. Szajkowski*, w: Komentarz KSH, t. II, 2014, s. 79–80.

uzasadnia ten pogląd, powołując się na wykładnię systemową i umiejscowienie regulacji spółki z o.o. w Tytule III ustawy „Spółki kapitałowe” oraz wzorowanie konstrukcji spółki z o.o. na strukturze prawnej spółki akcyjnej, a dodatkowo podnosząc, że ustawodawca nie ustanowił żadnej regulacji generalnej odnoszącej się do zakresu swobody kontraktowej w spółce z o.o., co umożliwiła stosowanie w tym zakresie analogii⁵¹. Zbliżone stanowisko wyraził *K. Kruczalak*, który bronił poglądu, że postanowienia umowy spółki z o.o. mogą dotyczyć tylko spraw, których ustawa „w ogóle nie reguluje albo wyraźnie zezwala na odmienne uregulowanie przez współników”⁵². Według drugiego stanowiska, uzasadnionego najszerzej przez *R. L. Kwaśnickiego*⁵³ oraz *S. Włodykę*⁵⁴, którzy zwracają uwagę na kapitałowo-osobowy charakter spółki z o.o. i nakaz ścisłej wykładni ograniczeń swobody kontraktowej, zasada surowości statutu dotyczy wyłącznie spółki akcyjnej⁵⁵. Ten ostatni pogląd jest przekonujący przede wszystkim z uwagi na rolę czynnika osobowego w spółce z o.o., co uzasadnia szerszy zakres wolności umów w spółce z o.o. Pozycja współników jest silniejsza niż akcjonariuszy. Po pierwsze, mogą oni wywierać wpływ na zarządzanie spółką w drodze uchwał ingerujących także w sprawy zarządzania (art. 207 KSH)⁵⁶. Wzorem ustawodawstwa niemieckiego KSH wprowadził zakaz wydawania poleceń zarządowi przez organ uchwałodawczy (walne zgromadzenie) tylko w spółce akcyjnej. Z uwagi na osobowy komponent spółki z o.o. brak podstaw do stosowania tu art. 375¹ KSH w drodze analogii. Po drugie, współnikom w spółce z o.o. przysługuje szeroko ujęte prawo kontroli (art. 212 § 1–4 KSH). Po trzecie, członkowie zarządu spółki z o.o. ponoszą surowszą odpowiedzialność niż zarządcy spółki akcyjnej (art. 175 i 299 KSH). Po czwarte, ustawa określa treść umowy założycielskiej spółki z o.o. mniej szczegółowo niż statutu i nie zawiera odpowiedników art. 304 § 3 i 4 KSH. Po piąte, spółki z o.o. są przeznaczone w zasadzie do prowadzenia przedsiębiorstw mniejszej lub średniej wielkości, zarządzanych często przez samych współników i nie mogą emitować praw udziałowych przeznaczonych dla anonimowego inwestora, który zasługuje na silniejszą ochronę przy pomocy norm imperatywnych. Wszystkie te okoliczności powodują, że uzasadnione jest przyznanie współnikom większego marginesu korzystania z autonomii woli i wykluczenie dopuszczalności stosowania do spółki z o.o. art. 304 § 3 i 4 w drodze analogii⁵⁷.

Znacznie silniejszy wpływ współników niż akcjonariuszy na działalność spółki stanowi istotny argument za przyznaniem im szerszych kompetencji w zakresie kształtowania umowy założycielskiej i węższym zakresem norm imperatywnych⁵⁸. W spółce

18

⁵¹ *M. Tarska*, Zakres swobody umów, s. 381 i n.

⁵² *K. Kruczalak*, w: *Kruczalak*, Komentarz KSH, s. 304.

⁵³ *R. L. Kwaśnicki*, Swoboda w kształtowaniu treści, s. 121 i n.

⁵⁴ *S. Włodyka*, w: System PrHandl, t. 2A, s. 188–189. Por. także *I. Weiss*, *A. Szumański*, w: *Pyzioł, Szumański, Weiss*, Prawo spółek, 2002, s. 285–286.

⁵⁵ Tak też *Z. Jara*, w: *Jara*, Komentarz KSH, s. 539.

⁵⁶ Szeroko na ten temat: *P. Piniór*, Nadzór współników, s. 271 i n.

⁵⁷ Stanowisko to uzasadnia *R. L. Kwaśnicki*, Swoboda w kształtowaniu treści, s. 126–139, który powołuje także argumenty prawnoporównawcze. Tak również *S. Włodyka*, w: System PrHandl, t. 2A, s. 47–48; *J. A. Strzepka*, *E. Zielińska*, w: *Strzepka, Zielińska, Popiołek, Witosz*, Komentarz KSH, 2001, s. 329. W literaturze wyrażono również pogląd o potrzebie elastycznego stosowania w drodze analogii art. 304 § 3 i 4 KSH. Por. *A. Rachwał*, w: System PrHandl, t. 2A, s. 888.

⁵⁸ Por. szerzej *P. Potrzeszcz*, w: *Naworski, Strzelczyk, Siemiątkowski, Potrzeszcz*, Komentarz KSH. Spółka z o.o., s. 40–41.

z o.o. nie obowiązują rygory przewidziane w art. 304 § 3 i 4 KSH i należy stosować łagodniejsze standardy „dekodowania” norm dyspozytywnych niż w przepisach o spółce akcyjnej⁵⁹. Przykładem wykładni uzasadniającej dyspozytywny charakter przepisów o spółce z o.o., które budzą dotąd spory w doktrynie, są postanowienia art. 203 § 1 i 2 KSH o odwołaniu członków zarządu, które wyrażają normę dyspozytywną z uwagi na treść § 2 powołanego artykułu⁶⁰.

§ 4. Spółki atypowe i o szczególnym reżimie ustawowym

19 **Atypowe spółki kapitałowe** to spółki odpowiadające jednemu z normatywnych typów spółek kapitałowych (tzn. spółce akcyjnej, spółce z o.o. lub *Societas Europea*), w których występuje nagromadzenie cech charakterystycznych dla spółek osobowych lub w których regulacje dopuszczalne przez ustawę jako wyjątkowe odgrywają tak istotną rolę, że struktura konkretnej spółki odbiega od typowego modelu normatywnego danej spółki kapitałowej⁶¹. Dyskusyjny jest pogląd, aby zaliczać do tej kategorii spółki kapitałowe w organizacji⁶². Spółki te stanowią typowe podmioty poprzedzające dojrzałą postać spółki akcyjnej i spółki z o.o. Mogą one jednak zawierać odchylenia od modelu normatywnego, podobnie jak dojrzałe struktury spółek kapitałowych. Atypowe spółki kapitałowe stanowią przykład modeli organizacyjnych ukształtowanych przez praktykę. W piśmiennictwie przeciwstawia się normatywne i empiryczne typy spółek⁶³.

20 Tworzenie spółek atypowych umożliwia zasada wolności umów. Z uwagi na szerszy margines autonomii wspólników w spółce z o.o. łatwiej kształtować spółki atypowe na jej bazie, ponieważ jest ona mniej „doregulowana” przez ustawodawcę i pozwala tym samym na większą swobodę kształtowania treści umowy założycielskiej. Tytułem przykładu obowiązkowy zakres normatywny konstytucji spółki z o.o. jest daleko węższy niż spółki akcyjnej (por. np. art. 157 § 1 i art. 304 § 1 i 2 KSH). W spółce z o.o. nie obowiązuje restryktywna dyrektywa, że konstytucja spółki może zawierać odmiennie postanowienia niż przewiduje ustawa, tylko „jeżeli ustawa na to zezwala” (art. 304 § 3 KSH). Dlatego spółki z o.o. są wykorzystywane częściej niż spółki akcyjne jako nietypowe **spółki specjalnego przeznaczenia**, które zawiązywane są tylko dla przeprowadzenia nietypowych, konkretnych przedsięwzięć gospodarczych. Wówczas czas trwania spółki jest z reguły oznaczony. Spółki takie tworzy się np. w celu dokonania jednorazowej inwestycji giełdowej lub przejęcia przez menadżerów kontrolnego pakietu akcji. Innym przykładem spółki atypowej jest „zamknięta” **spółka rodzinna** utworzona jako spółka akcyjna. Jej atypowość może polegać np. na przy-

⁵⁹ Z uwagi na treść art. 304 § 3 KSH przyjmuje się, że dyspozytywny charakter mają tylko te normy, które wyrażają zezwolenia na odmiennie postanowienie statutu.

⁶⁰ Por. S. Czepita, Z. Kuniewicz, Kompetencje zgromadzenia wspólników, s. 504–505. Autorzy trafnie podnoszą, że przeciwstawienie *ius cogens* i *ius dispositivum* dotyczy norm prawnych, a nie przepisów. Informacja o imperatywnym bądź fakultatywnym charakterze normy może znajdować się np. w sąsiadującej jednostce redakcyjnej zespołu przepisów.

⁶¹ Por. A. Kidyba, Atypowe spółki handlowe, s. 15 i n.; S. Włodyka, w: System PrHandl, t. 2A, s. 62.

⁶² Odmiennie S. Włodyka, w: System PrHandl, t. 2A, s. 62; A. Kidyba, Atypowe spółki handlowe, s. 111 i n.

⁶³ S. Włodyka, w: System PrHandl, t. 2A, s. 45 i n.