

Wprowadzenie

1. Przedmiot badań

Przedmiotem badań są propozycje reformy instytucji prawnej kapitału zakładowego. Pojęcie reformy jest pojęciem *in statu nascendi*, wciąż żywym i nie do końca sprecyzowanym. Z tego względu uzasadnione jest, z jednej strony, mówienie o reformie w ogólności oraz badanie jej wpływu na system ochrony wierzycieli spółek kapitałowych, z drugiej zaś zasadne jest odnoszenie się do konkretnych propozycji legislacyjnych zawartych, których krótka charakterystyka zostanie przedstawiona poniżej. Tytułowe pojęcie reformy w odniesieniu do regulacji prawnej kapitału zakładowego w niniejszej pracy ma trzy znaczenia, dla odróżnienia których, jak wyjaśniono poniżej, używane są określenia „reformy”, „Projektu Komisji” oraz „Projektu Sejmowego”.

Po pierwsze, samoistnie występujące pojęcie „**reformy**” oznacza radykalne obniżenie ustawowej minimalnej kwoty kapitału zakładowego spółki z o.o. oraz towarzyszący temu zabiegowi całokształt postulatów ideologicznych polegających na odejściu od ochrony wierzycieli spółek kapitałowych opartych na kapitale zakładowym na rzecz alternatywnych systemów ochrony wierzycieli. W tym ujęciu reforma kapitału zakładowego jest procesem, który został już zainicjowany w polskim ustawodawstwie, ponieważ od 8.1.2009 r. minimalna wysokość kapitału zakładowego niezbędnego do założenia spółki z o.o. została obniżona w stosunku do wymaganej w pierwotnym brzmieniu KSH z 50 000 zł do 5000 zł (art. 154 § 1 KSH)¹. Projekty ustawodawcze omówione poniżej przewidują zaś dalsze obniżenie wysokości minimalnego kapitału zakładowego do kwoty 1 zł. Nie sposób byłoby jednak poprzestać na tak ogólnym rozumieniu pojęcia reformy, w obliczu konkretnych projektów nowelizacji KSH omówionych poniżej.

Po drugie, w dalszym toku pracy będzie mowa również o „**Projekcie Komisji**” rozumianym jako projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks spółek handlowych i ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym², przedstawiony przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Cywilnego działającą przy Ministerstwie Sprawiedliwości, w skład której weszli: prof. Adam Opalski oraz dr hab. Krzysztof Oplustil, prof. Stanisław Sołtysiński, prof. Andrzej Szumański oraz dr iur Joanna Warchol. Projekt ten stanowił przedmiot szerokiej debaty m.in. obrad konferencji naukowej „Forum Prawa Spółek” zorganizowanej w maju

¹ Ustawa z 23.10.2008 r. o zmianie ustawy – Kodeks spółek handlowych (Dz.U. Nr 217, poz. 1381).

² Opublikowany w PPH 2011, Nr 12, s. 5 i n.

2013 r. na Wydziale Prawa Uniwersytetu Łódzkiego, a także konsultacji ze środowiskami sędziowskimi, praktykami prawa oraz środowiskiem biznesowym³.

Po trzecie, można mówić o projekcie ustawy z 22.6.2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks spółek handlowych oraz ustawy o komercjalizacji i prywatyzacji⁴, który w 2015 r. został skierowany do prac sejmowych, jednak ostatecznie nie został przyjęty (dalej jako „Projekt Sejmowy”). Projekt Sejmowy, jak wynika z przedstawionej dalej ogólnej charakterystyki, stanowi efekt ponad czteroletnich konsultacji pierwotnego Projektu. Projekt Sejmowy uznać można poniekąd za projekt kompromisowy pomiędzy zwolennikami i przeciwnikami reformy, ponieważ usuwa on najbardziej kontrowersyjne przepisy wprowadzające udziały beznominałowe i kapitał udziałowy.

Pomimo, iż powyższe projekty nie zostały przyjęte, to w tym pierwszym, najogólniejszym znaczeniu pojęcie „refomy” może być odnoszone nie tylko do spółki z o.o., ale również do projektu tzw. Prostej Spółki Akcyjnej (PSA)⁵. Projekt ten przewiduje, podobnie jak powyżej wspomniane projekty, ograniczenie wymogów kapitałowych wymaganych do założenia tego projektowanego typu spółki akcyjnej oraz „uelastycznienie” jej struktury majątkowej. Głównymi odbiorcami Prostej Spółki Akcyjnej miałyby być innowacyjne spółki działające w obszarze nowych technologii (*startup*). Ze względu na wspólne założenia projektów oraz zarysu koncepcji Prostej Spółki Akcyjnej, jakim jest ułatwianie działania małych i średnich przedsiębiorstw, przedstawione w niniejszym opracowaniu koncepcje i postulaty mogą być wykorzystane przy projektowaniu, ocenie i interpretacji aktualnych propozycji przepisów Prostej Spółki Akcyjnej (dotyczy to w szczególności uwag dotyczących testu wypłacalności, tworzenia rezerw na pokrycie przyszłych strat oraz możliwości wypłaty kapitału wniesionego do tzw. „funduszu udziałowego”).

Taka triada w zakresie przedmiotu badań uzasadniona jest właśnie swoistymi źródłami prawa oraz faktem, że regulację kapitału zakładowego można określić mianem „instytucji w transformacji”. Z tego względu nie sposób zająć się w szczególności wszelkimi elementami propozycji legislacyjnych, ale opracowanie niniejszej niezależnie od dalszego toku prac legislacyjnych lub ich braku stanowi pozycję aktualną, ponieważ

³ W toku konsultacji uwagi zgłosiły m.in.: Krajowa Izba Radców Prawnych, Business Center Club, Krajowa Rada Biegłych Rewidentów, Krajowa Rada Notarialna, Stowarzyszenie Sędziów Polskich Iustitia, Pracodawcy RP, Konfederacja Lewiatan, Krajowa Rada Sądownictwa, Komisja Nadzoru Finansowego, Sąd Najwyższy, Sąd Okręgowy w Warszawie, Sąd Apelacyjny w Warszawie, Sąd Okręgowy w Lublinie. W efekcie debaty w środowisku naukowym powstał również projekt profesorski, nad którym pracę koordynował prof. *Andrzej Kidyba* z UMCS w Lublinie. Por. *D. Niedzielska-Jakubczyk*, Rokosz w sprawie kodeksu spółek. Eksperti krytykują rządowy projekt, *Dziennik Gazeta Prawna* z 13.4.2015 r., <http://prawo.gazetaprawna.pl/galerie/864940,duze-zdjecie,2,rokoz-w-sprawie-kodeksu-spolek-eksperti-krytykuja-rzadowy-projekt.html>.

⁴ Projekt dostępny na stronie internetowej Rządowego Centrum Legislacji: <https://legislacja.rcl.gov.pl/docs/12/237400/237445/237446/dokument170940.pdf>.

⁵ Zarys koncepcji Prostej Spółki Akcyjnej (PSA), Ministerstwo Rozwoju, czerwiec 2016 r., dostępny na: <https://mr.bip.gov.pl/prekonsultacje/prekonsultacje-prosta-spolka-akcyjna.html>.

obniżanie wymogów kapitałowych spółki z o.o. (aktualnie odnoszone również do nowego typu Prostej Spółki Akcyjnej) jest procesem zapoczątkowanym w 2010 r. i trwającym do dziś. Fakt deprecjacji znaczenia kapitału zakładowego wywołuje określone implikacje dla systemu ochrony wierzycieli spółek kapitałowych, które w opracowaniu tym zostaną pogłębione⁶.

Założeniem pracy jest przekonanie, że analiza reformy byłaby niepełna, gdyby przedmiotem rozważań nie było otoczenie normatywne, w jakim reforma funkcjonuje. Z tego względu uzasadnione wydaje się poświęcenie uwagi w niniejszej pracy powyższym instrumentom ochrony wierzycieli oraz zależnościom pomiędzy nimi a reformą regulacji kapitału zakładowego. Reforma kapitału zakładowego musi być postrzegana przez pryzmat **znaczenia**, jakie odgrywa **w systemie ochrony wierzycieli spółek kapitałowych**. Zagadnienie reformy postrzegane jest jako element szerszego systemu ochrony wierzycieli spółek kapitałowych, do którego należą cztery grupy: 1) regulacje zapewniające wystraszający majątek na realizację roszczeń skierowanych przez wierzycieli wobec spółki, flagowym przykładem jest instytucja kapitału zakładowego wraz z zasadami pełnego pokrycia i zakazu zwrotu wkładów oraz ograniczeniami wypłat na rzecz wspólników; 2) regulacje zapewniające możliwość zaspokojenia wierzycieli z „zewnętrznego” wobec majątku spółki źródła zaspokojenia, w szczególności mowa tu o odpowiedzialności członków zarządu za spóźnione ogłoszenie upadłości (art. 299 KSH) oraz o odpowiedzialności przebijającej wspólników, a także o ubezpieczeniu od ryzyka niewypłacalności spółki; 3) regulacje stwarzające warunki do samodzielnej ochrony wierzycieli przede wszystkim poprzez zabezpieczenia umowne, które wymagają rzetelnej i niezaburzonej oceny ryzyka, dla którego z kolei kluczowy jest dostęp do informacji na temat spółki; 4) środki ochrony wierzycieli związane z niewypłacalnością spółki (bezskuteczność względna czynności dokonanych „na przedpolu” upadłości).

2. Uzasadnienie wyboru tematu

Za podjęciem badań w tym przedmiocie przemawia wiele okoliczności. Wokół przyszłości instytucji kapitału zakładowego, uważanej niegdyś za „osiągnięcie kulturowe pierwszej rangi”⁷, od kilkunastu lat trwa burzliwa dyskusja prawna, która rozpoczęła się w latach 70. ubiegłego stulecia w amerykańskiej literaturze, by na przełomie XX i XXI w. przeniesić się do europejskiej myśli prawnej, a stąd na grunt polskiego prawa spółek handlowych. W efekcie tej dyskusji w grudniu 2010 r. Komisja Kodyfikacyjna Prawa Cywilnego przedstawiła pierwszy projekt nowelizacji KSH w zakresie

⁶ O aktualności tematyki świadczy fakt poświęcenia jej VII Forum Prawa Spółek, które odbyło się 19.5.2017 r. w Łodzi – zob. *J. Janeta, E. Stec-Janeta*, Sprawozdanie z konferencji VII Forum Praw Spółek 19.05.2017 r. – „Ochrona wierzycieli w spółkach handlowych”, PPH 2017, Nr 9, s. 4 i n.

⁷ *H. Wiederman*, *Gesellschaftsrecht*, t. 1, München 1980, s. 557, podaje za *A. Radwan*, *Sens i nonsens kapitału zakładowego – przyczynek do ekonomicznej analizy ustawowej ochrony wierzycieli spółek kapitałowych*, w: *M. Cejmer, J. Napierała, T. Sójka* (red.), *Europejskie prawo spółek*, t. 2, Instytucje prawne dyrektywy kapitałowej, Kraków 2005, s. 59.

kapitału zakładowego spółki z o.o. Po obniżeniu przez ustawodawcę w 2009 r. kwoty minimalnego kapitału zakładowego spółki z o.o. do kwoty 5000 zł, tym razem przebudowa systemu prawnego miałaby mieć charakter znacznie głębszy.

Już tutaj należy zauważyć, że projekt zmian wywołuje wiele emocji – krytycy alarmują, że prowadzi on do „demontażu” spółki z o.o. jako spółki kapitałowej i sprzyjać będzie tworzeniu swoistych „wydmuszek kapitałowych”. Wskazano na drastyczne ryzyko nadużyć umożliwiające prowadzenie działalności gospodarczej bez jakiegokolwiek odpowiedzialności, która w takim wariantcie „spółki udziałowej” byłaby przerzucona na wierzycieli oraz członków zarządu⁸. Z jednej strony przeprowadzona w literaturze krytyka kapitału zakładowego wskazuje na niską skuteczność ochrony wierzycieli przy pomocy kapitału zakładowego oraz arbitralność i ryczałtość jego kwoty. Ponieważ reżim kapitału zakładowego „wiąże” odpowiadającą mu wysokość środków, uniemożliwiając ich dystrybucję na rzecz udziałowców, całkowicie pomija jakość tych aktywów (możliwość ich szybkiego spieniężenia na zaspokojenie wymagalnych zobowiązań), ich płynność oraz wskaźniki wypłacalności spółki. W reżimie kapitału zakładowego legalne jest zatem dokonanie wypłaty według często historycznych kryteriów bilansowych, nawet jeśli spółka jest na granicy utraty płynności. Z drugiej strony powstają wątpliwości, czy spółka pozbawiona minimalnego kapitału zakładowego będzie motywować wspólników do należytej dbałości oraz nadzorowania prowadzonych interesów, ponieważ jeśli nie inwestują w spółkę żadnych środków, nie ponoszą żadnego ryzyka⁹.

O doniosłości teoretycznej tematu świadczy fakt, że kapitał zakładowy stanowi instytucję, na której oparty był system ochrony wierzycieli w polskim prawie spółek, zaś proponowana nowelizacja KSH stanowiłaby jego największą przebudowę od czasów przyjęcia KSH. Znaczenie to wynika z faktu, iż kapitał zakładowy postrzegany jest jako korelat wyłączenia osobistej odpowiedzialności udziałowców za zobowiązania spółki. Ideologicznie konstrukcji kapitału zakładowego w tradycyjnej myśli prawnej wywodzącej się z prawa niemieckiego przyswieca przekonanie, że powstanie spółki odpowiadającej za zobowiązania wyłącznie swoim własnym majątkiem uwarunkowane jest wyposażeniem tej spółki w kapitał startowy, chroniony przed zwrotem na rzecz założycieli¹⁰. Mówiąc krótko, kapitał zakładowy stanowi w tradycyjnej myśli prawnej „cenę” za ograniczoną odpowiedzialność, zatem reforma kapitału zakładowego polegająca na jego radykalnym obniżeniu otwiera konieczność rewizji związku pomiędzy kapitałem zakładowym a zasadą stanowiącą prawa spółek, jaką jest brak odpowiedzialności wspólników za zobowiązania spółki majątkiem osobistym. Wymiar **aksjologiczny** tematu

⁸ Przykładowo: A. Kidyba, K. Kopaczyńska-Pieczniak, Spółka kapitałowa bez kapitału zakładowego – głos w dyskusji nad projektem zmian kodeksu spółek handlowych, PPH 2011, Nr 3, s. 9 i n.; J. Frąckowiak, Demontaż spółki z o.o. czy nowy rodzaj spółki kapitałowej – uwagi na tle proponowanej nowelizacji kodeksu spółek handlowych, PPH 2011, Nr 6, s. 5 i n.

⁹ P. Sobolewski, W sprawie przyszłości kapitału zakładowego i innych środków ochrony wierzycieli spółek z o.o., PPH 2011, Nr 9, s. 52.

¹⁰ Por. A. Opalski, Kapitał zakładowy spółki akcyjnej, SPP 2008, Nr 2, s. 32.

wynika zatem z faktu, że reforma instytucji kapitału zakładowego prowadzić może do konfliktu pomiędzy uświęconymi zasadami prawa spółek: z jednej strony wspieraniem rozwoju przedsiębiorczości i likwidowaniem barier, z drugiej strony ochroną interesów wierzycieli.

Wymiar **funkcjonalny** tematyki zasada się na konieczności zbadania, czy proponowane instrumenty mają zapobiegać nadużyciom związanym z występowaniem w obrocie spółki „bezkapitałowej”. Nowe instytucje prawne: test wypłacalności (*solvency test*), zgodnie z którym dokonanie wypłaty byłoby możliwe pod warunkiem, że spółka nie utraci zdolności do wykonywania wymagalnych zobowiązań, czyli nie stanie się niewypłacalna, obowiązek tezauryzacji zysków, tzn. tworzenia rezerw na pokrycie przyszłych długów i monitorowania wypłacalności spółki oraz sygnalizacji znacznych strat, miałyby przejąć funkcje ochrony wierzycieli dotychczas pełnione przez kapitał zakładowy.

Wybór tematyki uzasadniony jest również w kontekście jego znaczenia **systemowego** oraz jego *iunctim* z innymi dziedzinami prawa, w szczególności instytucjami prawa upadłościowego. Wśród zwolenników reformy pojawiają się głosy, że ochronę wierzycieli zapewniają instytucje prawa upadłościowego, podczas gdy w polskiej literaturze przedmiotu praktycznie pomija się tematykę związku prawa spółek z prawem upadłościowym, traktując je jako dwie odrębne dziedziny o autonomicznym rodowodzie¹¹. Tymczasem pogłębionych badań wymaga ustalenie, czy instytucje prawa upadłościowego oraz kontraktowe formy zabezpieczenia interesów wierzycieli będą wystarczająco przeciwdziałać nadużywaniu formy spółki kapitałowej przez nierzetelnych przedsiębiorców.

W końcu po aspekcie aksjologicznym oraz systemowym analiza tematyki ma ogromną **doniosłość praktyczną**. Przyjęcie Projektu oznaczać będzie potrzebę wykładni i udzielania jasnych odpowiedzi na pytania, które pojawiają się w praktyce, takie jak: co oznacza test wypłacalności, jak należy go przeprowadzić, jakie są obowiązki związane z jego przeprowadzeniem, w końcu, kto i na jakiej zasadzie ponosi odpowiedzialność za nieprawidłowe przeprowadzenie testu, na czym polegają obowiązki związane z monitorowaniem wypłacalności spółki, jakie obowiązki w związku z tym ciążyą na zarządzie i jakimi sankcjami obarczone jest ich naruszenie.

Podczas gdy literatura zagraniczna obfituje w ogromną liczbę wypowiedzi dotyczących problematyki ochrony wierzycieli w kontekście odejścia od modelu opartego na kapitale zakładowym¹², w Polsce poza nielicznymi publikacjami dotyczącymi kry-

¹¹ Znakomity wyjątek stanowić może monografia *K. Osajdy*, *Niewypłacalność spółki z o.o. Odpowiedzialność członków zarządu wobec jej wierzycieli*, Warszawa 2014.

¹² Por. tylko przykładowe wyliczenie pierwszych znaczących publikacji międzynarodowych w dziedzinie krytyki kapitału zakładowego: *P.O. Müllbert, M. Birke*, *Legal Capital – Is There a Case against the European Legal Capital Rules?*, EBOR 2002, t. 3, Nr 4, s. 695 i n.; *G. Hertig, H. Kanda*, *Creditor Protection*, w: *R. Kraakman* i in., *The Anatomy of Corporate Law*, Oxford 2004, s. 76; *M. Kahan*, *Legal Capital Rules and the Structure of Corporate Law*, w: *K. Hopt, E. Wymeersch* (red.), *Capital Markets Law and Company Law*, Oxford 2002; *W. Schön*, *The Future of Legal*

tyki kapitału zakładowego, które pojawiły się w ostatnich latach ubiegłej i na początku obecnej dekady¹³, dyskurs w tym przedmiocie był ograniczony, aż do publikacji projektu nowelizacji instytucji kapitału zakładowego w 2010 r. Debata w literaturze polskiej zogniskowała się wokół projektu przedstawionego przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Cywilnego, brakuje zaś kompleksowej monografii dotyczącej problematyki reformy kapitału zakładowego – po pierwsze, zbierającej wyrażone stanowiska, po drugie, czerpiącej z kontekstu prawnoporównawczego.

3. Projekt Komisji oraz Projekt Sejmowy

Po ogólnym nakreśleniu tematyki pracy oraz uzasadnieniu jej doniosłości, należy przedstawić z większymi detalami projekty ustawodawcze stanowiące przedmiot badań. Pierwotny Projekt Komisji przewidywał uczynienie z kapitału zakładowego instytucji fakultatywnej, ponieważ to do założycieli należałaby decyzja, jaki model spółki z o.o. będą chcieli utworzyć. Obok spółek z udziałami o wartości nominalnej i kapitałem zakładowym mogłyby w obrocie funkcjonować spółki bez kapitału zakładowego (oraz z udziałami beznominalnymi), a także spółki, w których istniałyby udziały dwójakiego rodzaju, tzn. zarówno takie, którym przypisany byłby pewien procent wartości kapitału zakładowego, jak i udziały bez wartości nominalnej – system trzech modeli struktury majątkowej spółki z o.o. został wyłożony w art. 151¹–153 Projektu Komisji.

Autorzy projektu zaproponowali funkcjonowanie alternatywnej wobec kapitału zakładowego struktury majątkowej spółki z o.o. opartej na udziałach beznominalowych, tzn. udziałach w spółce, którym nie byłby przypisany żaden ułamek w kapitale zakładowym. Oznacza to, że wspólnicy spółki o udziałach bez wartości nominalnej również wnosiliby wkłady na pokrycie tzw. kapitału udziałowego. Różnica pomiędzy funduszem powstałym z kapitału udziałowego a kapitałem zakładowym polegałaby na tym, że

Capital, EBOR 2004, t. 5, Nr 3, s. 429–448; J. Rickford (red.), Reforming Capital: Report of the Interdisciplinary Group on Capital Maintenance, European Business Law Review 2004, t. 15, Nr 4, s. 919 i n.; E. Ferran, The Place for Creditor Protection on the Agenda for Modernisation of Company Law in the European Union, European Company and Financial Law Review 2006, t. 3, Nr 2, s. 178–221; J. Armour, Legal Capital: an Outdated Concept?, EBOR 2006, t. 7, Nr 1, s. 5–27.

¹³ 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, s. 438 i n.; K. Oplustil, Reforma kapitału zakładowego w prawie europejskim i polskim, w: J. Frąckowiak (red.), Kodeks spółek handlowych. Po pięciu latach, Wrocław 2006, s. 551 i n.; A. Radwan, Sens i nonsens kapitału zakładowego – przyczynek do ekonomicznej analizy ustawowej ochrony wierzycieli spółek kapitałowych, w: M. Cejmer, J. Napierała, T. Sójka (red.), Europejskie prawo spółek, t. 2, Instytucje prawne dyrektywy kapitałowej, Kraków 2005, s. 23 i n. Na uwagę zasługują również podnoszone znacznie wcześniej przez A. W. Wiśniewskiego postulaty dotyczące prawidłowej wykładni przepisów o kapitale zakładowym, por. A. W. Wiśniewski, Prawo o spółkach. Podręcznik praktyczny, t. 2, Warszawa 1995, s. 100–102 oraz C. Wiśniewski, Funkcje kapitału zakładowego w spółce z o.o., Przegląd Podatkowy 1992, Nr 2, s. 1 i n.