

Zeszyty Naukowe *Prawa Gospodarczego i Handlowego*



Zeszyt 2 (1/2012)

Studenckie Koło Naukowe Prawa Gospodarczego i Handlowego
Wydział Prawa i Administracji
Uniwersytet Śląski w Katowicach

Katowice 2012

Rada Naukowa:

prof. zw. dr hab. Janusz A. Strzępka
(przewodniczący)
dr Piotr Pinior (zastępca przewodniczącego)
prof. UŚ dr hab. Leszek Wilk
dr hab. Rafał Blicharz
dr Michał Kania
dr Mirosław Pawełczyk
dr Ewa Zielińska

Redaktor naczelny: Kamil Żbikowski

Zastępca redaktora naczelnego: Łukasz Kuder

Sekretarz redakcji: Katarzyna Grotkowska

Skarbnik redakcji: Monika Nowak

Rzecznik redakcji: Bartosz Kubista

Główny edytor: Joanna Zwolennik

Główny redaktor techniczny: Mateusz Wnuk

Główny korektor: Celina Nowrotek

Główny tłumacz: Agata Węgrzyk

Zespół recenzji: Katarzyna Grotkowska

Łukasz Kuder
Mateusz Wnuk
Kamil Żbikowski

Zespół korekty: Ines Bernais

Celina Nowrotek
Ewelina Suszek
Weronika Szafrńska
Kamil Żbikowski

Zespół promocji: Ines Bernais

Michał Czech
Katarzyna Grotkowska
Bartosz Kubista
Łukasz Kuder
Monika Nowak
Mateusz Wnuk
Joanna Zwolennik
Kamil Żbikowski

Zespół tłumaczeń: zob. tłumacze obok; oraz:

Sebastian Cimalla (*en*)
Anna Galot (*fr*)
Katarzyna Leśniewska (*en*)
Daria Poda (*en*)

Kontakt:

Redakcja „ZNPGiH”
Wydział Prawa i Administracji
Uniwersytet Śląski w Katowicach
40-006 Katowice, ul. Bankowa 11B
sites.google.com/site/znpgih
spolka.znpgih@gmail.com
www.znpgih.us.edu.pl, znpgih@us.edu.pl

Wydawca:

Studenckie Koło Naukowe
Prawa Gospodarczego i Handlowego UŚ
40-006 Katowice, ul. Bankowa 11B
www.knpgih.us.edu.pl

Opracowanie zeszytu:**Recenzje naukowe:**

prof. dr hab. Jacek Napierała
prof. UW dr hab. Remigiusz W. Kaszubski
dr hab. Rafał Blicharz
dr Iwona Ciepiela
dr Barbara Jelonek-Jarco
dr Piotr Pinior
dr Michał Rojewski
dr Ewa Zielińska

Tłumaczenia: Katarzyna Baranowska (*ru*)

Anna Brandt (*it*)
Maria Czerwińska (*en*)
Marzena Janik (*es*)
Barbara Janikula (*it*) +k
Adam Knapik (*fr*) +k
Katarzyna Kołodziejczyk (*fr*)
Małgorzata Lubelska (*de*)
Lucyna Marcol (*it*) +k
Karolina Moska (*en*)
Joanna Mrozińska (*en, fr*)
Justyna Palica (*es*)
Andrzej Paterek von Sperling (*de*) +k
Magdalena Piotrowska (*fr*) +k
Joanna Podolińska (*de*)
Anna Slotorska (*de, es*)
Weronika Szafrńska (*de*)
Krystyna Szurmańska (*en*)
Agata Węgrzyk (*en*) +k

Korekta tłum.: zob. tłumacze „+k” powyżej; oraz:
Bożena Gach (*en*), Paulina Górnik (*en*),
Daria Karcz (*es*), Agnieszka Podruczna (*en*),
Kamil Żbikowski (*en*)

Korekta: Celina Nowrotek, Ewelina Suszek,
Weronika Szafrńska, Kamil Żbikowski

Koordinacja recenzji: Katarzyna Grotkowska,
Łukasz Kuder, Kamil Żbikowski

Koordinacja tłumaczeń i korekty: Kamil Żbikowski

Skład i łamanie komputerowe: Kamil Żbikowski

Projekt okładki: Joanna Zwolennik

Druk i oprawa wersji drukowanej: PrimeDruk
41-215 Sosnowiec, ul. Wopistów 15B, www.primedruk.com

Druk ukończono we wrześniu 2012 r.

Stan prawny na: kwiecień 2012 r.

Nakład wersji drukowanej: 245 egz.

ISSN (druk): 2084-2554

Indeks: Pr 2371

ISSN (online): 2084-4344

Lokalizacja wersji cyfrowej:

sites.google.com/site/znpgih/archiwum/ZNPGiHonline2.pdf

Partner wydania:

Pawełczyk & Szura
KANCELARIA RADCÓW PRAWNYCH
spółka partnerska

Spis treści

Od Redakcji	4
--------------------------	---

ARTYKUŁY

Błażej Kuźniacki (UMK): <i>Proces harmonizacji prawa spółek w Unii Europejskiej</i>	5
--	---

Streszczenia	30
--------------------	----

Maksymilian Saczywko (UAM): <i>Odpowiedzialność likwidatorów spółki z ograniczoną odpowiedzialnością na podstawie art. 299 § 1 KSH</i>	36
---	----

Streszczenia	53
--------------------	----

Joanna Zelmańska (UJ): <i>Następstwa czynności prawnych dokonanych bez umocowania albo z przekroczeniem jego zakresu</i>	58
---	----

Streszczenia	70
--------------------	----

Agnieszka Olkowicz (UW): <i>Ochrona wspólników mniejszościowych w transgranicznym łączeniu się spółek kapitałowych w świetle przepisów ustawy o europejskim zgrupowaniu interesów gospodarczych i spółce europejskiej oraz Kodeksu spółek handlowych</i>	76
---	----

Streszczenia	91
--------------------	----

Łukasz Żabik (ALK): <i>Zmiana wynagrodzenia należnego wykonawcy z tytułu umowy o roboty budowlane</i>	96
--	----

Streszczenia	107
--------------------	-----

Bartosz Kubista (UŚ): <i>Charakter i znaczenie art. 158 i 159 ustawy Prawo bankowe dla systemu upadłości banku krajowego prowadzonego w formie spółki akcyjnej</i>	114
---	-----

Streszczenia	135
--------------------	-----

Renata Mianowana (UW): <i>Wolność działalności gospodarczej jako podstawowa zasada w XXI wieku</i>	141
---	-----

Bibliografia	154
--------------------	-----

Streszczenia	157
--------------------	-----

<i>Economic Freedom as a Fundamental Principle in the 21st Century</i>	163
---	-----

Wykaz skrótów	177
----------------------------	-----

Od Redakcji

Oddajemy do rąk Czytelników drugi zeszyt czasopisma naukowego wydawanego przez Studenckie Koło Naukowe Prawa Gospodarczego i Handlowego funkcjonujące przy Katedrze Prawa Gospodarczego i Handlowego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Śląskiego w Katowicach. Jego publikacja była nie mniejszym wyzwaniem niż wydanie zeszytu pierwszego. Przy tej okazji czujemy się obowiązani przypomnieć, że...

„Celem powstania czasopisma jest, oprócz względu na merytoryczny rozwój tej dziedziny nauk prawnych, stworzenie nowego pola wymiany osiągnięć naukowych dla pracowników naukowych, praktyków, doktorantów i studentów różnych dziedzin w ramach wyznaczonego zakresu tematycznego. »ZNPGiH« mają również za zadanie wspieranie procesu kształcenia studentów oraz ich integrację wokół wspólnych przedsięwzięć wydawniczych.

Zakres tematyczny tekstów publikowanych w czasopiśmie obejmuje szeroko rozumiane prawo gospodarcze oraz inne gałęzie prawa w stopniu, w jakim dotyczą stosunków ekonomicznych i wykonywania działalności gospodarczej, a także problemy z zakresu innych dziedzin nauki, o ile korespondują one z tematyką gospodarki lub prawa ją regulującego oraz są przydatne dla zrozumienia tej tematyki”¹.

Kamil Żbikowski
redaktor naczelny „ZNPGiH”

¹ K. Żbikowski, *Od Redakcji*, ZNPGiH 2011/1(1), s. 4.

Proces harmonizacji prawa spółek w Unii Europejskiej

1. Wprowadzenie

Sformułowanie „proces” w odniesieniu od harmonizacji prawa spółek odzwierciedla nie tylko ciągłość, ale i złożoność oraz spójność działań podejmowanych w tym celu przez Wspólnoty Europejskie już od końca lat 50. XX wieku. Warto przy tym pamiętać, iż pojęcia harmonizacji prawa nie należy utożsamiać z jego unifikacją, gdyż unifikacja prawa oznacza niejako zastąpienie prawa krajowego przez przepisy wspólne dla wszystkich państw członkowskich². Dla osiągnięcia tego celu stosuje się przepisy rozporządzeń unijnych, mających bezpośredni skutek oraz obowiązywanie, co zapewnia jednolitość stosowania zunifikowanych przepisów w obrębie całej Unii Europejskiej. Natomiast harmonizacja prawa polega na zbliżeniu poszczególnych odmiennych porządków prawnych w celu likwidacji występujących pomiędzy nimi różnic, najczęściej poprzez dyrektywy. Uznaje się również, że pojęcie „harmonizacja” występuje zamiennie z pojęciem „zbliżenie” i „koordynacja”. Zatem proces harmonizacji prawa spółek oznacza szereg następujących po sobie, złożonych oraz spójnych działań, dokonywanych najpierw przez Wspólnoty, a następnie przez UE, w celu koordynacji oraz zbliżania do siebie różnych systemów prawa spółek występujących w poszczególnych państwach członkowskich. W efekcie procesu harmonizacji prawa spółek uczestnicy obrotu gospodarczego w obrębie UE mogą mieć daleko idącą pewność, że „spółki podlegające prawu innego państwa członkowskiego istnieją i funkcjonują na podobnych zasadach, nawet jeśli poszczególne systemy nie są ze sobą we wszystkich punktach całkowicie zbieżne. Wzmacnia się przez to zaufanie do zagranicznych partnerów handlowych, a zarazem zmniejszeniu ulegają koszty, które powstawałyby ze względu na

* Autor jest doktorantem na II roku stacjonarnych studiów doktoranckich w zakresie nauk prawnych w Katedrze Prawa Finansów Publicznych WPiA UMK w Toruniu. Zdobywał doświadczenie naukowe oraz zawodowe w krajowych oraz zagranicznych jednostkach naukowych, między innymi w: Uniwersytecie i Bergen, Lisbon Law School – University of Lisbon, IBFD in Amsterdam, University of Economics and Business in Vienna, CDiSP w Łodzi, KPMG oraz CMS w Warszawie. Jest autorem publikacji z zakresu prawa podatkowego oraz prawa międzynarodowego prywatnego.

² Zwrot „państwa członkowskie” odnosi się zarówno do członków Wspólnot Europejskich, jak i, następnie, Unii Europejskiej.

konieczność stosowania dodatkowych zabezpieczeń oraz korzystania z usług doradztwa prawnego³.

W niniejszym artykule zostaną omówione określone problemy dotyczące genezy, podstawy prawnej, przyczyn oraz środków prawnych harmonizacji prawa spółek. Omówieniu będą podlegać nie tylko obowiązujące akty prawne harmonizujące prawo spółek, ale również projekty takich aktów, które z różnych przyczyn nie doczekały się wprowadzenia w życie. W tym kontekście przeanalizowane zostaną nie tylko charakterystyczne dla osiągnięcia harmonizacji dyrektywy unijne, ale także niewiążące środki prawne, za pomocą których można stworzyć model prawa spółek w UE.

Analiza dotycząca harmonizacji prawa spółek państw członkowskich będzie obejmować również w pewnym zakresie ocenę potrzeby równoległej harmonizacji prawa podatkowego. Wynika to z przenikania się tych dwóch gałęzi prawnych w praktyce funkcjonowania podmiotów gospodarczych w obrębie UE. W końcowej części artykułu będą ocenione dotychczasowe działania Wspólnot/UE w celu zharmonizowania prawa spółek oraz możliwe rozwiązania w tym zakresie na przyszłość.

2. Geneza i przyczyny harmonizacji prawa spółek w Unii Europejskiej

Akty prawne powołujące Wspólnoty Europejskie zostały wprowadzone w życie w latach 50. XX wieku. Pierwszym z nich był tzw. Traktat paryski, powołujący Europejską Wspólnotę Węgla i Stali (EWWiS)⁴. EWWiS została powołana w celu utworzenia wspólnego rynku węgla i stali, zapewnienia równego dostępu do tych produktów, poprzez ich swobodny przepływ w obrębie Wspólnot (brak ceł i podatków), oraz podniesienia poziomu zatrudnienia i standardów życia. Poza czynnikami *stricto* ekonomicznymi, utworzeniu EWWiS przyświecał również cel polityczny, którym była potrzeba zapobieżenia kolejnej wojnie światowej. Cel ten miał zostać osiągnięty właśnie poprzez przeniesienie władztwa nad najbardziej strategicznymi w okresie wojny produktami (węgiel i stal) na organizację ponadnarodową. W 1957 r. zostały zawarte dwa kolejne akty prawne,

³ T. Drygała, [w:] M. Cejmer, J. Napierała, T. Sójka, *Europejskie prawo spółek. Tom I. Instytucje prawne dyrektywy kapitałowej*, Kraków 2004.

⁴ Traktat Paryski został podpisany 18.04.1951 r. przez sześć państw: Belgię, Francję, Holandię, Luksemburg, Republikę Federalną Niemiec i Włochy. Z biegiem czasu do EWWiS przystępowały kolejne państwa: Dania, Irlandia i Wielka Brytania (od 1973 r.), Grecja (od 1981 r.), Hiszpania i Portugalia (od 1986 r.) oraz Austria, Finlandia i Szwecja (od 1995 r.). Akt ten wszedł w życie 25.07.1952 r. i był zawarty na okres 50 lat – wygasł z dniem 25.07.2002 r. Nie został opublikowany w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich. Więcej na: http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/treaties/treaties_ecsc_en.htm [dostęp: 19.05.2012].

konstytuujące dwie kolejne Wspólnoty Europejskie: Traktat ustanawiający Europejską Wspólnotę Energii Atomowej⁵ (Euratom) oraz Traktat ustanawiający Europejską Wspólnotę Gospodarczą (EWG)⁶.

Wymienione traktaty dały podstawę do rozpoczęcia procesu harmonizacji w zakresie prawa spółek w ramach ponadnarodowej organizacji, utworzonej głównie w celu wspierania rozwoju jednolitego rynku wewnętrznego⁷. Warto tu zauważyć, że tworzenie rynku wewnętrznego nie byłoby możliwe bez likwidowania przeszkód w wymianie handlowej między państwa członkowskimi, która dokonuje się przede wszystkim za pośrednictwem spółek o charakterze międzynarodowym. Można zatem skonkludować, że spółki działające na rynku gospodarczym odgrywają jedną z najważniejszych ról w tworzeniu rynku wewnętrznego, zwłaszcza, że coraz częściej działają one na poziomie międzynarodowym⁸. Wynika z tego, że jeden z głównych celów Wspólnot jest nieodzownie związany z potrzebą harmonizacji prawa spółek. Wydaje się również, że nawet wprowadzenie swobód unijnych nie pozwoliłoby na utworzenie rynku wewnętrznego bez likwidacji znacznych różnic w prawie spółek poszczególnych państw członkowskich⁹.

⁵ Traktat ustanawiający Europejską Wspólnotę Energii Atomowej (wersja skonsolidowana), Dz.U. 2010/C 84/01 z 30.03.2010 r., s. 1.

⁶ Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską [dalej: TWE], Dz.U. C 321 E z 29.12.2006, wersja skonsolidowana. EWG przestała istnieć 30.11.2009 r. Do 1.11.1993 r. nosiła nazwę Europejskiej Wspólnoty Gospodarczej, by następnie, na mocy Traktatu z Maastricht z 7.02.1992 r. – Traktat o Unii Europejskiej [dalej: TUE] (wszedł w życie 1.11.1993 r.), Dz.Ur.UE, C 191 z 29.07.1992 r., s. 1 – zmienić nazwę na „Wspólnota Europejska” [dalej: WE]. W 2002 r. WE przejęła kompetencje EWWiS. Na mocy Traktatu lizbońskiego z dnia 13.12.2007 r. – Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej [dalej: TFUE] (wszedł w życie 1.12.2009 r.), 2007/C 306/01, Dz.Ur.UE z 17.12.2007 r., s. 1 – Unia Europejska nabyła osobowość prawną i zastąpiła Wspólnotę Europejską, przejmując wszystkie jej kompetencje. Zniesiony został również podział na filary.

⁷ Za pierwszego twórcę koncepcji rynku wewnętrznego uważa się Adama Smitha, który krytykował merkantylistyczne podziały rynku ogólnoswiatowego na oddzielone od siebie i niezależne rynki krajowe. W zamian, sformułował koncepcję rynku jednolitego dla wszystkich państw. Zob: <http://www.owp.trzcianka.pl/Wiadomosci/Pazdziernik/w10pazd.html> [dostęp: 19.05.2012]. Odwołanie do koncepcji rynku wewnętrznego odnaleźć można bezpośrednio w art. 2 TWE, zgodnie z którym: „[...] zadaniem Wspólnoty jest, przez ustanowienie wspólnego rynku, unii gospodarczej i walutowej oraz urzeczywistnianie wspólnych polityk [...] popieranie w całej Wspólnocie harmonijnego, zrównoważonego i stałego rozwoju działalności gospodarczej [...], wysokiego stopnia konkurencyjności i konwergencji dokonań gospodarczych, wysokiego poziomu ochrony i poprawy jakości środowiska naturalnego, podwyższania poziomu i jakości życia, spójności gospodarczej i społecznej oraz solidarności między Państwami Członkowskimi”.

⁸ A. Hicks, S.H. Goo, *Cases and Materials on Company Law*, London 1997, p. 5.

⁹ L.C. Backer, *Comparative Corporate Law*, Durham 2003, p. 617. Podstawowe swobody unijne to: swoboda przepływu towarów, osób, usług, kapitału oraz swoboda przedsiębiorczości. Zostały one wprowadzone Traktatem z Maastricht, a obecnie są zawarte w Traktacie z Lizbony (zob. przypis nr 5).

Oprócz Wspólnot Europejskich, harmonizacją prawa spółek są zainteresowane także poszczególne państwa członkowskie oraz przedsiębiorcy prowadzący działalność gospodarczą za pośrednictwem spółek.

Dla państw członkowskich harmonizacja prawa spółek może oznaczać zatrzymanie tzw. „wyścigu regulacyjnego” (*race to the bottom*), który polega na tym, że niektóre państwa wprowadzają preferencyjne przepisy prawne, zwłaszcza w odniesieniu do prawa spółek oraz prawa podatkowego, przyciągające zagranicznych inwestorów¹⁰. W tym kontekście niektórzy przedstawiciele nauki prawa spółek podnieśli problem powstania w Europie „europejskiego Delaware”¹¹, czyli kraju/terytorium przyciągającego znaczną, w porównaniu z innymi państwami, ilość zagranicznych inwestycji. W prawie krajowym państw członkowskich nie ma instytucji prawnej na wzór tzw. *franchise tax* obowiązującej w Delaware¹², a przepisy prawa spółek oraz prawa podatkowego różnią się od siebie. Obecnie UE obejmuje 27 państw członkowskich, które posiadają *de facto* odmienne systemy prawne zarówno w odniesieniu do prawa spółek, jak i prawa podatkowego w odniesieniu do podatków dochodowych¹³. Niektóre z nich posiadają bardzo „uprzywilejowaną” legislację w zakresie zakładania i prowadzenia działalności gospodarczej, co może pociągać za sobą ryzyko powstania „europejskiego Delaware”¹⁴.

¹⁰ Koncepcja „wyścigu regulacyjnego” powstała w późnych latach XIX w. i rozwinęła na początku XX w. w Stanach Zjednoczonych Ameryki Północnej, kiedy to między poszczególnymi stanami można było zaobserwować „prześciganie się” w tworzeniu przepisów przyciągających inwestorów. Klasycznym przykładem takiej legislacji było prawo stanu New Jersey z 1890 r. oraz, wydane nieco później, ustawodawstwo stanu Delaware. Zob. szerzej: C. Grandy, *New Jersey Corporate Chartermongering: 1875-1929*, „The Journal of Economic History” 1989/49, p. 677–92; C.M. Yablon, *The historical race competition for corporate charters and the rise and decline of New Jersey: 1880-1910*, „The Journal of Corporation Law” 2007/32, <http://www.freepatentsonline.com/article/Journal-Corporation-Law/161502277.html> [dostęp: 19.05.2012].

¹¹ T.H. Tröger, *Choice of Jurisdiction in European Corporate Law – Perspectives of European Corporate Governance*, „European Business Organization Law Review” 2005, vol. 6, p. 1.

¹² *Franchise tax* jest szczególnego rodzaju podatkiem, który nie jest nakładany na dochód spółek, lecz zostaje obliczony w zależności od występowania innych czynników, w szczególności ilości wyemitowanych przez spółkę akcji. Jest to bardzo preferencyjny sposób opodatkowania, który obecnie, niezależnie od wysokości przychodu spółki założonej w stanie Delaware, wynosi od 35 do 165 000 dolarów. Zob. http://revenue.delaware.gov/services/Business_Tax/Franchise_Tax.shtml [dostęp: 19.05.2012].

¹³ Podatki pośrednie (podatek akcyzowy oraz podatek od wartości dodanej) są w znacznej mierze zharmonizowane, natomiast regulacje prawne dotyczące podatków dochodowych nadal w znakomitej większości pozostają w gestii państw członkowskich i nie są zharmonizowane. Zob. P. Merks, *Corporate Tax and the European Commission*, „Intertax” 2008, vol. 36, p. 2; D. Webber, *Tax Coordination: A Joint Responsibility of the Member States. Still a Fantasy?*, „EC Tax Review” 2007/35, p. 162.

¹⁴ L. Enriques, *EC Company Law and the Fears of a European Delaware*, „European Business Law Review” 2004, vol. 15, p. 1259.

W kontekście problemu możliwości powstania „europejskiego Delaware” warto zwrócić uwagę na jurysdykcję Cypru, która posiada bardzo preferencyjne przepisy prawa handlowego, w tym prawa spółek. Obowiązuje tam m.in. najniższa w UE stawka podatku dochodowego od osób prawnych (10%) oraz najniższa stawka podatku od wartości dodanej (15%)¹⁵. W państwie tym obowiązują także preferencyjne przepisy regulujące założenie oraz funkcjonowanie spółek. W szczególności, koszty założenia spółki na Cyprze należą do jednych z najniższych na całym świecie i wynoszą średnio 103 euro¹⁶. Warte uwagi jest to, że tylko w ciągu pierwszych 12 miesięcy od wejścia Cypru do UE liczba zagranicznych inwestorów na Cyprze znacznie wzrosła. W 2002 r. wynosiła około 500, by na koniec 2005 r. sięgnąć około 14 500. Obecnie liczba zagranicznych inwestorów na Cyprze wciąż stale rośnie, co pozwala na konstatację, że to państwo członkowskie może być uznane za „europejskie Delaware”. Przy czym, Cypr jako jurysdykcja przyciągająca zagranicznych inwestorów nie jest odosobniona, gdyż bardzo preferencyjne przepisy w zakresie prawa spółek oraz prawa podatkowego posiadają również Luksemburg, Holandia oraz Irlandia¹⁷.

Z powyższych informacji wynika, że przyczyną harmonizacji prawa spółek w UE jest m.in. potrzeba zapobieżenia „wyścigowi regulacyjnemu”. Właściwie zharmonizowane przepisy prawa spółek, w korelacji z harmonizacją prawa podatkowego, pozwalają bowiem na zmniejszenie się różnic między państwami członkowskimi na polu szkodliwej konkurencji gospodarczej oraz podatkowej; to z kolei zapobiega powstaniu w obrębie Unii Europejskiej jurysdykcji na wzór amerykańskiego stanu Delaware.

Z perspektywy przedsiębiorców harmonizacja prawa spółek jest również bardzo korzystna, gdyż zapewnia możliwość mniej skomplikowanego i kosztownego oraz bardziej skutecznego prowadzenia działalności gospodarczej na terytorium wielu państw członkowskich. Z kolei, możliwość prowadzenia działalności gospodarczej w różnych państwach skutkuje zwiększeniem się oraz dywersyfikacją klienteli, będącej źródłem zysków. Harmonizacja następuje bowiem w szczególności poprzez stopniowe wypełnianie luk prawnych w tworzeniu i funkcjonowaniu spółek na poziomie międzynarodowym oraz zbliżanie do siebie różnych systemów prawa spółek państw członkowskich. Proces

¹⁵ *A taxation of companies*, Supplementary Service to “European Taxation”, “European Taxation” 2003/5, p. 5-6.

¹⁶ E. Neocleos, A. Neocleos, K. Georgiades, *Cyprus – Classification of Business Organization*, [in:] J. Maitland-Walker (ed.), *Guide to European Company Laws*, London 2008, p. 201.

¹⁷ Warto zauważyć, że w Luksemburgu liczba spółek publicznych jest 10 razy większa niż w Niemczech, chociaż Luksemburg jest 140 razy mniejszym państwem niż Niemcy oraz posiada 173 razy mniej obywateli. Zob. R. Susło, *Raje podatkowe w Europie*, <http://manager.money.pl/news/arttykul/raje;podatkowe;w;europie,236,0,309228.html> [dostęp: 19.05.2012].

harmonizacji prawa spółek to również tworzenie wspólnych standardów bezpieczeństwa, zapewnianie większej transparentności prawa, a nade wszystko zakaz dyskryminacyjnego traktowania przedsiębiorców działających w obrębie UE. W konsekwencji, harmonizacja prawa spółek stwarza szanse przedsiębiorcom unijnym na funkcjonowanie w jurysdykcjach posiadających nowe, lepsze oraz często tańsze źródła materiałów, pracy oraz kapitału. Tym samym, za motywację harmonizacji prawa spółek można także uznać zapewnianie przedsiębiorcom szansy działania na nowych rynkach, w których mogą oni funkcjonować w sposób, który nie byłby możliwy do osiągnięcia na terytorium wyłącznie jednego państwa członkowskiego¹⁸.

Kolejną istotną przyczyną harmonizacji prawa spółek w UE jest wprowadzenie minimalnych standardów ochrony prawnej w stosunku do różnych uczestników przedsięwzięć gospodarczych, niezależnie od miejsca założenia lub funkcjonowania spółek, za pomocą których realizowane są te przedsięwzięcia. Dotyczy to głównie udziałowców, wierzycieli oraz pracowników spółek. W odniesieniu do udziałowców oraz innych wierzycieli (na przykład kredytodawców) celem harmonizacji prawa spółek jest zapewnienie zbliżonych do siebie i transparentnych przepisów. Dzięki temu, wierzyciele będą mogli uniknąć czasochłonnej i kosztownej analizy właściwych przepisów prawa spółek, które obowiązują w państwach, gdzie znajdują się spółki, za pośrednictwem których dokonują inwestycji. Natomiast intencją harmonizacji prawa spółek w zakresie ochrony pracowników jest wprowadzenie jednolitych, niedyskryminacyjnych warunków zatrudnienia, procedur oraz możliwości uczestniczenia przez pracowników w procesach podejmowania ważnych dla funkcjonowania spółek decyzji¹⁹.

3. Podstawa prawna harmonizacji prawa spółek w Unii Europejskiej

Wysiłki w celu harmonizacji prawa spółek były podejmowane przez Wspólnoty już w latach 50. XX wieku. Obecnie za podstawę prawnej harmonizacji

¹⁸ T.L. Blackburn, *The Unification of Corporate Laws: The United States, The European Community and The Race to Laxity*, "George Mason Independent Law Review" 1994/3, p. 11.

¹⁹ Jednolite lub tylko zbliżone do siebie uregulowanie kwestii udziału pracowników w pracach zarządu spółki w całej UE jest problematyczne, biorąc pod uwagę różnice występujące między brytyjskim monistycznym modelem zarządu (*one-tier board*), gdzie występuje wyłącznie rada dyrektorów (*board of directors*), a jego dualistyczną wersją europejską (*two-tier board*), gdzie oprócz rady dyrektorów organem zarządzającym, a w zasadzie sprawującym kontrolę nad pracami zarządu spółki, jest rada nadzorcza (*supervisory board*). Zob. tamże, p. 19; A. Opalski, *Monistyczny i dualistyczny system organizacyjny spółki akcyjnej – ewolucja, problemy, perspektywy*, PrSp 2005/11-12.

prawa spółek można uznać przepisy znajdujące się w TFUE. W szczególności są to przepisy art. 49-55, art. 114 oraz art. 352 TFUE.

Artykuły 49-55 TFUE wprowadziły jedną z fundamentalnych swobód unijnych – swobodę prowadzenia działalności gospodarczej, która zapewnia każdemu obywatelowi UE, zarówno osobom fizycznym, jak i prawnym, swobodę w założeniu, prowadzeniu oraz przemieszczaniu działalności gospodarczej. W szczególności, zgodnie z art. 49 TFUE: „Ograniczenia swobody przedsiębiorczości obywateli jednego Państwa Członkowskiego na terytorium innego Państwa Członkowskiego są zakazane w ramach poniższych postanowień (tzw. swoboda prowadzenia pierwotnej działalności gospodarczej). Zakaz ten obejmuje również ograniczenia w tworzeniu agencji, oddziałów lub filii przez obywateli danego Państwa Członkowskiego, ustanowionych na terytorium innego Państwa Członkowskiego (tzw. swoboda prowadzenia wtórnej działalności gospodarczej)”. Zrównanie prawa do korzystania ze swobody prowadzenia działalności gospodarczej w odniesieniu do osób fizycznych i osób prawnych zostało wyrażone przez unijnego ustawodawcę wprost w art. 54 TFUE, zgodnie z którym: „na potrzeby stosowania postanowień niniejszego rozdziału spółki założone zgodnie z ustawodawstwem Państwa Członkowskiego i mające swoją statutową siedzibę, zarząd lub główne przedsiębiorstwo wewnątrz Unii są traktowane jak osoby fizyczne mające obywatelstwo Państwa Członkowskiego”. Zatem art. 49 w zw. z art. 54 TFUE zapewnia spółce utworzonej zgodnie z prawem jednego z państw członkowskich prawo do przeniesienia swojej siedziby do innego państwa członkowskiego lub rozpoczęcia działalności w innym państwie członkowskim, za pośrednictwem agencji, oddziału lub spółki zależnej itp.

Co do zasady, spółki funkcjonujące w obrębie UE uzyskują wiele korzyści dzięki swobodzie prowadzenia działalności gospodarczej. Swoboda ta przyczynia się w sposób bezpośredni do ożywienia i rozwoju gospodarki UE oraz tworzenia wspólnego, zintegrowanego rynku, co potwierdza rosnąca liczba inwestycji bezpośrednich między państwami członkowskimi w ciągu ostatnich lat²⁰. Wskazane powyżej przepisy są uważane za najważniejsze źródła pierwotnego prawa unijnego odnoszące się do harmonizacji prawa spółek²¹. Przepis art. 50 ust. 2

²⁰ Oczywiście obecny stopień swobody przedsiębiorczości nie byłby możliwy do osiągnięcia bez wcześniejszych etapów rozwoju harmonizacji prawa spółek. Przez wiele lat, począwszy od 1968 r. (data wprowadzenia Pierwszej Dyrektywy dotyczącej prawa spółek), aż do r. 1989 (data wprowadzenia Dwunastej Dyrektywy dotyczącej prawa spółek), Wspólnoty Europejskie podejmowały działania skupione na zapewnieniu równego poziomu ochrony wspólników spółek, jak i osób trzecich. Obecnie podstawą prawną do wprowadzania i zapewniania ochrony w tym zakresie jest art. 54 ust. 2 lit. g TFUE. Zob. P. Pelle, *Companies crossing borders within Europe*, „Utrecht Law Review” 2008/4, p. 7.

²¹ J. Sadomski, *Swoboda prowadzenia działalności gospodarczej w świetle Układu Europejskiego*, [w:] M. Safjan, I. Hykawy, *Prawo Wspólnot Europejskich. Prawo gospodarcze*, Warszawa 2002, s. 47.

lit. f TFUE jest w szczególności główną podstawą prawną pozwalającą na harmonizowanie prawa spółek, co potwierdza fakt wydania na jego podstawie wszystkich dyrektyw dotyczących prawa spółek, wliczając w to dyrektywy regulujące kwestie rachunkowe²².

Kolejnym przepisem będącym podstawą prawną harmonizacji prawa spółek w UE jest art. 114 TFUE, dotyczący zbliżania ustawodawstw państw członkowskich. W szczególności, art. 114 TFUE jest podstawą wprowadzania aktów prawnych likwidujących prawne i ekonomiczne bariery w tworzenie jednolitego rynku oraz minimalizujących administracyjne koszty prowadzenia działalności gospodarczej w 27 państwach członkowskich. Art. 114 TFUE upoważnia unijnego ustawodawcę do wydawania aktów prawnych zbliżających do siebie ustawodawstwa państw członkowskich – obejmuje to nie tylko dyrektywy, ale również rozporządzenia. Dla przykładu, określone postanowienia art. 114 TFUE zostały powołane w Rozporządzeniu 1606/2002/EC, Dyrektywie 2003/6/EC oraz w preambułach Dyrektyw: 2001/34/EC, 2003/71/EC i 2004/109/EC²³.

Jako podstawę prawną harmonizacji prawa spółek można wskazać również nieobowiązujący już art. 293 TWE. Przepis ten upoważniał państwa członkowskie do rozpoczęcia negocjacji w celu zawarcia dwustronnych porozumień, pozwalających m.in. na wzajemne uznanie spółek, utrzymanie osobowości prawnej w przypadku przeniesienia siedziby z państwa założenia spółki do państwa docelowego oraz łączenie spółek podlegających ustawodawstwu różnych państw. Artykuł 293 TWE był podstawą prawną podpisania w Brukseli Konwencji z dnia 29.02.1968 r. o wzajemnym uznawaniu spółek i osób prawnych. Niestety, konwencja ta nigdy nie weszła w życie ze względu na sprzeciw Holandii, która w tym okresie dokonała transformacji systemu prawa spółek, polegającej na przejściu z systemu siedziby (*real seat system*) do systemu inkorporacyjnego (*incorporation system*)²⁴.

Ostatnim z opisanych w niniejszym opracowaniu przepisów, który jest uznawany za podstawę prawną harmonizacji prawa spółek, jest art. 352 TFUE. Przepis art. 352 TFUE upoważnia Radę Unii Europejskiej (stanowiącą jednomyślnie, na wniosek Komisji i po uzyskaniu zgody Parlamentu Europejskiego) do przyjęcia stosownych przepisów niezbędnych do osiągnięcia jednego z celów traktatowych, jeżeli Traktaty nie przewidywały uprawnień do działania wymaganego w tym celu. Artykuł ten był podstawą prawną do wydania Rozporządzenia Rady EWG 2137/85 z dnia 25.07.1985 r. w sprawie europejskiego

²² J. Napierała, *Europejskie prawo spółek*, Warszawa 2006, s. 94.

²³ Zob. więcej: L. Enriques, *Company Law Harmonization. Reconsidered: What Role for the EC?*, „Law Working Paper” 2005/35, p. 4.

²⁴ J. Okolski, D. Wajda, *Prawo Wspólnoty Europejskiej*, [w:] J. Okolski (red.), *Prawo handlowe*, Warszawa 2008, s. 38.

zgrupowania interesów gospodarczych (EUIG)²⁵ oraz Rozporządzenia Rady WE 2175/2001 z dnia 8.10.2001 r. w sprawie statutu spółki europejskiej (*Societas Europaea*)²⁶.

4. Środki prawne harmonizacji prawa spółek w Unii Europejskiej

Podstawę prawną dla harmonizacji prawa spółek stanowią w szczególności przepisy następujących artykułów TFUE: 52 ust. 2 lit. f, 114 oraz 352. Przepisy te *de facto* określają również środki prawne, za pomocą których może być realizowana harmonizacja prawa spółek. Są to przede wszystkim dyrektywy oraz, w mniejszym stopniu, rozporządzenia i konwencje. Niemniej jednak wskazane środki prawne nie są jedynymi w zakresie harmonizacji prawa spółek, bowiem cel ten jest osiągany także za pomocą orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TS)²⁷ oraz niewiążących aktów prawnych (*soft law*), wydawanych przez Komisję Europejską (KE) w postaci komunikatów, zaleceń i opinii.

Przepisy art. 114 oraz 352 TFUE są podstawą prawną harmonizowania prawa spółek za pomocą określonych rozporządzeń. Warto też zauważyć, że rozporządzenia są częściej środkiem prawnym unifikacji prawa unijnego, a nie jego harmonizacji. Wynika to z tego, że, zgodnie z art. 288 zd. 2 TFUE, rozporządzenia mają zasięg ogólny, są wiążące w całości oraz są bezpośrednio stosowane we wszystkich państwach członkowskich. Z tego względu rozporządzenia nie są dominującą formą środków prawnych służących harmonizacji prawa spółek w UE.

Natomiast za najbardziej powszechny środek prawny harmonizacji prawa, w tym prawa spółek, uznawane są dyrektywy. Harmonizacyjny charakter dyrektyw wynika z tego, że wiążą one każde państwo członkowskie wyłącznie w odniesieniu

²⁵ Dz.Urz.WE L 199 z dnia 31.07.1985 r., s. 1-9; Dz.Urz.UE Polskie wydanie specjalne 2004, rozdz. 17, t. 1, s. 83.

²⁶ Dz.Urz.WE L 294 z dnia 10.11.2001 r., s. 1-21, Dz.Urz.UE Polskie wydanie specjalne, rozdz. 6, t. 4, s. 251-271.

²⁷ Przed dniem 1.12.2009 r. (wejście w życie TFUE) TS był nazywany Europejskim Trybunałem Sprawiedliwości [ETS]. Dlatego też w odniesieniu do wyroków wydanych przed wspomnianą datą właściwe jest posługiwanie się nazwą „ETS”. Z dniem 1.12.2009 r. Trybunał Sprawiedliwości został podzielony na trzy odrębne sądy: Trybunał Sprawiedliwości, Sąd i Sąd do spraw Służby Publicznej. Zob. http://europa.eu/about-eu/institutions-bodies/court-justice/index_pl.htm [dostęp: 19.05.2012]. Do najbardziej istotnych dla harmonizacji prawa spółek wyroków ETS należą w szczególności wyroki w sprawach: z dnia 27.09.1988 r., *Daily Mail*, 81/87, ECR z 1988 r., s. 05483, zob. pkt 27 wyroku; z dnia 9.03.1993 r., *Centros*, C-212/97, ECR z 1999 r., s. I-01459, zob. pkt 39 wyroku; z dnia 5.11.2002 r., *Überseering*, C-208/00, ECR z 2002 r., s. I-09919, zob. pkt 95 wyroku; z dnia 30.09.2003 r., *Inspire Act*, C-167/01, ECR z 2001 r., s. I-10155, zob. pkt 143 wyroku; z dnia 16.12.2008 r., *Cartesio*, C-210/06, ECR z 2005 r., s. I-10805, zob. pkt 124 wyroku. Objętość niniejszego opracowania nie pozwala na szerszą analizę problematyki harmonizacji przez TS prawa unijnego, w tym prawa spółek.

do rezultatu, który ma być osiągnięty, pozostawiając jednak organom krajowym swobodę wyboru formy i środków osiągnięcia wskazanego w nich rezultatu (zob. art. 288 zd. 3 TFUE). Zatem to od poszczególnych państw członkowskich zależy sposób, w jaki nastąpi osiągnięcie wskazanego w dyrektywie rezultatu. Może to nastąpić, na przykład, poprzez wprowadzenie odrębnych przepisów, czy też poprzez rozbudowanie lub zmianę przepisów aktualnie obowiązujących. Do państw członkowskich należy także kwestia wyboru rangi prawnej aktu prawnego realizującego postanowienia dyrektyw, np. aktu rangi ustawowej lub aktu wykonawczego w stosunku do ustawy. Jeżeli postanowienia dyrektyw zostaną wprowadzone do prawa krajowego państwa członkowskiego w odpowiednim terminie oraz w sposób pełny i prawidłowy, wtedy podstawą praw dla obywateli są postanowienia aktu implementującego prawa krajowego, a nie samej dyrektywy. Warto tu zauważyć, iż, zgodnie z orzecnictwem ETS, dostatecznie precyzyjne i bezwarunkowe postanowienia dyrektyw są bezpośrednio skuteczne w relacjach wertykalnych, tj. zachodzących pomiędzy państwem a jego obywatelami (zarówno osobami fizycznymi, jak i osobami prawnymi), nawet jeśli postanowienia dyrektyw zostały wprowadzone do prawa krajowego w sposób nieprawidłowy lub niepełny²⁸. Na postanowienia nieimplementowanych lub nieprawidłowo implementowanych dyrektyw nie mogą natomiast powoływać się organy państwa członkowskiego (głównie sądy i urzędy administracyjne). Z kolei, horyzontalny bezpośredni skutek dyrektyw jest znacznie ograniczony i odnosi się wyłącznie do sfery zatrudnienia i relacji o charakterze przemysłowym. W literaturze wyrażany jest pogląd, zgodnie z którym bezpośredni skutek dyrektyw występuje wyłącznie w układzie wertykalnym, podczas gdy w układzie horyzontalnym można jedynie mówić o pośrednim (ograniczonym) oddziaływaniu dyrektyw, jako że przyznanie praw jednej stronie powoduje jednocześnie obciążenie obowiązkami drugiej strony²⁹. Co więcej, zgodnie z poglądami doktryny prawa unijnego oraz orzecnictwem ETS, dyrektywy w układzie horyzontalnym mogą być wyłącznie źródłem praw, nigdy zaś obowiązków dla obywateli państw członkowskich³⁰.

²⁸ Na przykład wyrok ETS z dnia 19.01.1992 r., *Ursula Becker*, 8/81, ECR z 1982 r., s. 00053, zob. pkt 25 wyroku: „[...] w każdym przypadku, w którym przepisy Dyrektywy wydają się być, co do ich przedmiotu, bezwarunkowe i wystarczająco precyzyjne, a przepisy wprowadzające nie zostały przyjęte w wyznaczonym terminie, na przepisy Dyrektywy można powoływać się w związku z jakimkolwiek przepisem krajowym niezgodnym z Dyrektywą, bądź w zakresie, w jakim przepisy Dyrektywy określają prawa przysługujące osobom fizycznym w sprawach przeciwko Państwu Członkowskiemu”. Zob. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61975J0043:EN:HTML> [dostęp: 19.05.2012].

²⁹ T.C. Hartley, *The Foundations of European Community Law*, Oxford University Press, 1998, p.206; A. Arnall, *The European Union and Its Court of Justice*, Oxford 2006, p. 185 i n.

³⁰ Wyrok ETS z 26.02.1986 r., *Marshall*, 152/84, ECR z 1986 r., s. 723 (zob. pkt 48 wyroku); A.K. Yilmaz, *An Overview to the Concept of Direct Effect and the Approach of the European Court of Justice Concerning Indirect Effect*, www.onurhukuk.com/makaleler/Effect.doc, p. 6.

5. Obecna oraz proponowana legislacja w zakresie prawa spółek

Głównymi źródłami obecnie obowiązującego oraz proponowanego prawa unijnego (wspólnotowego) w zakresie harmonizacji prawa spółek jest kilkanaście dyrektyw dotyczących prawa spółek. W zakresie harmonizacji prawa spółek zostało wydanych także kilka rozporządzeń oraz akty prawne o charakterze niewiążącym – komunikaty i rekomendacje. W związku z tym, że to dyrektywy stanowią najobszerniejszy i największy katalog prawa dotyczącego harmonizacji prawa spółek, zostaną one omówione w pierwszej kolejności. Niektóre spośród przedstawionych dyrektyw dotyczących prawa spółek zostały zastąpione ich nowszymi odpowiednikami, które, w mniejszym lub w większym stopniu, zmieniły ich pierwowzory oraz przyjęły inną nazwę i numerację. Niezależnie od tego, dyrektywy zostaną omówione chronologicznie, a ich zmiany kolejnymi wersjami zostaną skomentowane łącznie z dyrektywami pierwotnymi.

Pierwsza Dyrektywa Rady 68/151/EWG z 9.03.1968 r. w sprawie koordynacji gwarancji, jakie są wymagane w państwach członkowskich od spółek w rozumieniu art. 58 akapit drugi Traktatu, w celu uzyskania ich równoważności w całej Wspólnocie, dla zapewnienia ochrony interesów zarówno wspólników, jak i osób trzecich³¹ ma budowę trójdzielną, regulując trzy zasadnicze części odnoszące się do trzech kwestii: 1) obowiązku ujawniania i publikowania danych spółek, 2) zasad reprezentacji spółki i odpowiedzialności osób działających w jej imieniu oraz 3) możliwości stwierdzenia nieważności spółki w orzeczeniu sądowym. W odniesieniu do pierwszej kwestii, publikacji podlegają: statut wraz ze zmianami, dane członków władz spółki, kapitał zakładowy, przeniesienie siedziby, likwidacja spółki, a także jej bilans oraz rachunek zysków i strat. Co więcej, wskazane informacje muszą być opublikowane w krajowym rejestrze centralnym lub rejestrze spółek oraz ogłoszone w ogólnokrajowym dzienniku. Istotne jest, że na wspomniane informacje można się powoływać wobec osób trzecich dopiero od momentu ich publikacji. Dyrektywa z dnia 15.06.2003 r. zmieniająca Pierwszą Dyrektywę umożliwia składanie danych w wersji elektronicznej oraz dodatkowo w innym języku UE, a także wykonywanie w wersji elektronicznej pewnych czynności administracyjnych, takich jak uzyskiwanie odpisu dokumentów z rejestru³². Jeżeli chodzi o zasady reprezentacji spółki, to Pierwsza Dyrektywa wskazuje, że państwa członkowskie są zobowiązane do wydania przepisów o solidarnej i nieograniczonej odpowiedzialności tych osób, o ile spółka nie przejmuje zobowiązań. Ponadto, Pierwsza Dyrektywa wprowadza także zasadę, zgodnie z którą ograniczenia kompetencji członków zarządu lub rady nadzorczej

³¹ Dz.Urz.WE 1968 r., L 65, s. 8.

³² Dyrektywa 2003/58/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 15.06.2003 r. zmieniająca dyrektywę Rady 68/151/EWG w zakresie wymagań dotyczących jawności w odniesieniu do niektórych typów spółek, Dz.Urz.Ue L 221 z 4.09.2003 r., s. 13-16.

spółki zawarte w statucie są nieważne wobec osób trzecich, nawet po ich ogłoszeniu. Natomiast w odniesieniu do nieważności spółki, Pierwsza Dyrektywa wprowadza ogólną zasadę, zgodnie z którą nieważność spółki jest jedną z sankcji za uchybienie powstałe przed jej zarejestrowaniem. W przepisie art. 11 pkt 2 znajduje się kumulatywny katalog przesłanek nieważności³³. Warto zauważyć, że Pierwsza Dyrektywa była wiele razy zmieniana, a z dniem 21.10.2009 r. została zastąpiona Dyrektywą Parlamentu Europejskiego z dnia 16.09.2009 r. (2009/101/EC)³⁴. Dyrektywa 2009/101/EC została wprowadzona głównie ze względu na potrzebą jednolitego uregulowania poprzednich zmian Pierwszej Dyrektywy w jednym akcie prawnym. W szczególności, Dyrektywa ta uchyla w całości Dyrektywę 68/151/EEC oraz w części Dyrektywę 2006/99/EC i poszczególne rozdziały aktów akcesyjnych z lat 1972, 1979, 1985, 1994 i 2003. Ponadto, Dyrektywa ta zobowiązuje KE do przedstawienia Parlamentowi i Radzie, w terminie do dnia 1.01.2012 r., sprawozdania ze stosowania jej przepisów, uwzględniając w szczególności cele i zaobserwowany w tym czasie rozwój technologiczny³⁵.

Druga Dyrektywa Rady 77/91/EWG z dnia 13.12.1976 r. w sprawie koordynacji gwarancji, jakie są wymagane w państwach członkowskich od spółek w rozumieniu art. 58 akapit drugi Traktatu, w celu uzyskania ich równoważności w całej Wspólnocie, dla ochrony interesów zarówno wspólników, jak i osób trzecich w zakresie tworzenia spółki akcyjnej oraz utrzymania i zmian jej kapitału (dalej: Dyrektywa Kapitałowa)³⁶. Dyrektywa Kapitałowa jest jedną z najważniejszych dyrektyw dla tworzenia jednolitego rynku i dotyczy kwestii minimalnych wymogów tworzenia spółki akcyjnej oraz zmian w jej kapitale zakładowym. Jednym z najważniejszych zagadnień uregulowanych w tej Dyrektywie jest konieczność pokrycia kapitału zakładowego spółki, który

³³ W odniesieniu do nieważności spółek istotne są również postanowienia zawarte w preambule Pierwszej Dyrektywy, zgodnie z którymi „ochrona osób trzecich musi być zapewniona w drodze przepisów ograniczających w możliwie najszerszym zakresie przyczyny nieważności zobowiązań zaciągniętych w imieniu spółki, a w celu zapewnienia pewności prawnej w stosunkach między spółką a osobami trzecimi, jak też między wspólnikami, niezbędne staje się ograniczenie przypadków nieważności oraz retroaktywnego skutku orzeczenia nieważności i ustalenie krótkiego terminu dla sprzeciwu osoby trzeciej od takiego orzeczenia”.

³⁴ Dyrektywa 2009/101/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 16.09.2009 r. w sprawie koordynacji gwarancji, jakie są wymagane w państwach członkowskich od spółek w rozumieniu art. 48 akapit 2 Traktatu, w celu uzyskania ich równoważności, dla zapewnienia ochrony interesów zarówno wspólników, jak i osób trzecich (tekst mający znaczenie dla EOG), Dz.Urz.UE L 258 z 1.10.2009 r., s. 11-19.

³⁵ Zob. tamże, art. 15.

³⁶ Dz.Urz.WE L 26 z 31.01.1977 r., s. 1-13.

teoretycznie stanowi zabezpieczenie interesów jej wierzycieli³⁷, w celu oddzielenia majątku spółki od majątku jej akcjonariuszy. Pociąga to za sobą możliwość wypłat na rzecz akcjonariuszy wyłącznie w sytuacji, gdy spółka ma nadwyżkę bilansową. Dyrektywa Kapitałowa wprowadziła również minimalny poziom kapitału zakładowego spółki akcyjnej, który nie może być mniejszy niż 25 000 euro, oraz reguluje szereg innych, bardzo istotnych kwestii, dotyczących m.in. możliwości nabywania własnych akcji przez spółkę, czy też umorzenia i przymusowego wycofania akcji przy jednoczesnej ochronie interesów wierzycieli i akcjonariuszy. Dyrektywa Kapitałowa została zmieniona Dyrektywą Rady 92/101/EWG z dnia 23.11.1992 r., która rozciągnęła zasady nabywania własnych akcji na spółkę zależną³⁸. Następna zmiana Dyrektywy Kapitałowej nastąpiła poprzez wprowadzenie Dyrektywy 2006/68/WE Parlamentu i Rady z dnia 6.09.2006 r., która uprościła procedury tworzenia spółki akcyjnej³⁹.

Trzecia dyrektywa Rady 78/855/EWG z dnia 9.10.1978 r.⁴⁰, wydana na podstawie art. 54 ust. 3 lit. g Traktatu, dotyczy łączenia się spółek akcyjnych i została w całości zastąpiona Dyrektywą Parlamentu i Rady 2011/35/UE z dnia 5.04.2011 r.⁴¹ (dalej: Dyrektywa o Fuzji). Przewiduje dwie możliwości łączenia się spółek akcyjnych: 1) poprzez przejęcie spółki lub 2) przez utworzenie nowej spółki w drodze inkorporacji spółek ją tworzących. Warto zauważyć, że Dyrektywa o Fuzji oddzielnie reguluje przejęcie spółki zależnej, w której spółka przejmująca ma ponad 90% akcji⁴². Niezależnie od sposobu przejęcia spółki, procedura łączenia się spółek składa się kolejno ze: 1) sporządzenia planu połączenia oraz sprawozdania, 2) badania ich przez niezależnego biegłego oraz 3) zatwierdzenia planu połączenia przez walne zgromadzenia każdej ze spółek, przez większość co najmniej 2/3 głosów obecnych wspólników. Ostatecznym rezultatem połączenia się spółek jest sukcesja uniwersalna (przejsięcie aktywów i pasywów spółki przejmowanej na spółkę przejmującą), wskutek której akcjonariusze spółki przejmowanej stają się akcjonariuszami spółki przejmującej, natomiast spółka przejmowana przestaje istnieć. Dyrektywa o Fuzji nakłada także na państwa członkowskie obowiązek zapewnienia odpowiedniej ochrony wierzycielom łączących się spółek, jeżeli wymaga tego sytuacja finansowa łączących się spółek, a wierzyciele nie mają wystarczających zabezpieczeń finansowych⁴³.

Czwarta Dyrektywa Rady 78/660/EWG z dnia 25.07.1978 r., wydana na podstawie art. 54 ust. 3 lit. g Traktatu, w sprawie rocznych sprawozdań

³⁷ W dalszej części artykułu zostanie wykazane, iż kapitał zakładowy nie stanowi realnego zabezpieczenia interesów finansowych wierzycieli spółki.

³⁸ Dz.Urz.WE L 347 z 28.11.1992 r., s. 64-66, zob. art. 1.

³⁹ Dz.Urz.WE L 264 z 25.09.2006, s. 32-36.

⁴⁰ Dz.Urz.WE L 295 z 20.10.1978r., s. 36-43.

⁴¹ Dz.U. L 110/1 z 29.04.2011 r.

⁴² Zob. art. 27-29 Dyrektywy o Fuzji.

⁴³ Zob. art. 13 Dyrektywy o Fuzji.

finansowych niektórych rodzajów spółek (dalej: Dyrektywa o Rachunkowości)⁴⁴ – reguluje zasady rachunkowości stosowane przy sporządzaniu dokumentacji zamknięcia rocznego sprawozdania finansowego oraz określa zasady, jakimi powinni kierować się biegli rewidenci przy sporządzaniu opinii finansowej o spółce. Dyrektywa ta określa także wymagane do sporządzenia sprawozdania finansowego dokumenty (bilans spółki, rachunek zysków i strat oraz suplement), a także określa ich treść oraz różnicuje wymogi publikacji, zależnie od wielkości spółki. Dyrektywa o Rachunkowości została zmieniona dyrektywami precyzującymi treść sprawozdań z działalności spółki oraz opinii biegłego rewidenta⁴⁵.

Propozycja Piątej Dyrektywy została po raz pierwszy zgłoszona przez KE 28.08.1972 r.⁴⁶. Obecny projekt tej dyrektywy pochodzi z dnia 20.11.1991 r.⁴⁷. Do dnia dzisiejszego Dyrektywa Piąta nie weszła w życie i nadal jest w fazie projektu. Dotyczy ona struktury władz w spółce akcyjnej i określa dwa modelowe systemy organów w tej spółce. Początkowo, pod wpływem Niemiec, projekt Piątej Dyrektywy wprowadzał system dualistyczny, w którym istnieją oddzielny organ zarządzający oraz organ nadzorczy⁴⁸. Następne wersje projektu Piątej Dyrektywy określały, pod wpływem Wielkiej Brytanii, system monistyczny, gdzie powołuje się jeden organ, pełniący jednocześnie funkcje zarządcze i nadzorcze⁴⁹. Jako główny powód trudności we wprowadzeniu Piątej Dyrektywy w życie podaje się brak konsensusu co do ustalenia zakresu zaangażowania pracowników w proces podejmowania decyzji w spółce akcyjnej⁵⁰. Według przedstawicieli doktryny europejskiego prawa spółek, nie jest prawdopodobnym, aby proponowana Piąta Dyrektywa, nawet po dokonywanych zmianach, mających na celu uelastycznienie

⁴⁴ Dz.Urz.WE L 222 z 14.08.1978 r., s. 11-31.

⁴⁵ Zob. Dyrektywa 2006/46/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 14.06.2006 r., zmieniająca dyrektywy Rady 78/660/EWG w sprawie rocznych sprawozdań finansowych niektórych rodzajów spółek, 83/349/EWG w sprawie skonsolidowanych sprawozdań finansowych, 86/635/EWG w sprawie rocznych i skonsolidowanych sprawozdań finansowych banków i innych instytucji finansowych oraz 91/674/EWG w sprawie rocznych i skonsolidowanych sprawozdań finansowych zakładów ubezpieczeń, Dz.Urz.Ue L 224 z 16.08.2008 r., s. 1-7.

⁴⁶ COM (72) 887 final, "Bulletin of the European Communities", Suppl. 10(72).

⁴⁷ Dz.Urz.WE C 321 z 1991 r., s. 90.

⁴⁸ T.P. Conlon, *Industrial Democracy and EEC Company Law: A Review of the Draft 5th Directive*, "International and Comparative Law Quarterly" 1975/24, p. 348.

⁴⁹ J. Dine, *Implications for the United Kingdom of the EC Fifth Directive*, "International and Comparative Law Quarterly" 1989/38, p. 547.

⁵⁰ Wynika to z tego, że udział pracowników w organach zarządczych spółki może ograniczać podejmowanie decyzji przez pozostałych członków zarządu, którzy, w przeciwieństwie do pracowników spółki, posiadają wysokie kwalifikacje i duże doświadczenie w zakresie zarządzania. Tamże, s. 559.

kwestii udziału pracowników w zarządzie oraz systemu głosowania akcjonariuszy, weszła w życie w obecnym kształcie⁵¹.

Szоста Dyrektywa Rady 82/891/EWG z dnia 17.12.1982 r., wydana na podstawie art. 54 ust. 3 lit. g Traktatu, dotyczy podziału spółek akcyjnych⁵². Należy zauważyć, że państwa członkowskie, na zasadzie wyjątku od reguły, nie są zobowiązane do implementowania postanowień tej dyrektywy. Niemniej jednak, jeśli ustawodawstwo krajowe państw członkowskich przewiduje podział spółek w drodze: 1) przejęcia lub 2) utworzenia nowych spółek – wtedy przepisy krajowe w tym zakresie muszą być zgodne odpowiednio z przepisami rozdziału I i II tej dyrektywy. W odniesieniu do ochrony akcjonariuszy i osób trzecich oraz unieważnienia podziału, Dyrektywa dotycząca podziału spółek akcyjnych odwołuje się do przepisów zastosowanych w Dyrektywie o łączeniu spółek akcyjnych.

Siódma Dyrektywa Rady 83/349/WE z dnia 13.06.1983 r., wydana na podstawie art. 54 ust. 3 lit. g Traktatu, dotyczy skonsolidowanych sprawozdań finansowych⁵³. Reguluje ona kwestie skonsolidowanych zamknięć rachunkowych spółek powiązanych kapitałowo, tzw. koncernów. Głównym celem tej dyrektywy jest uniemożliwienie podawania nieprawdziwych informacji określających sytuację finansową koncernu poprzez dokonywanie sztucznych przesunięć kapitałowych między spółkami, co skutkuje zniekształcaniem ich bilansu. Przepisy tej dyrektywy mają zastosowanie w stosunku do tych koncernów, w których jedna ze spółek (spółka-córka lub spółka-matka) jest dużą spółką kapitałową, a spółka-matka ma siedzibę na terenie jednego z państw członkowskich. Warto zauważyć, że umiędzynarodowienie wymiany handlowej doprowadziło do potrzeby wprowadzenia aktu prawnego ujednolicającego kwestie sporządzania sprawozdań finansowych koncernów międzynarodowych. Dlatego w dniu 3.11.2008 r. KE wydała Rozporządzenie nr 1126/2008, przyjmujące określone międzynarodowe standardy rachunkowości, zgodnie z rozporządzeniem (WE) nr 1606/2002 Parlamentu i Rady⁵⁴. Rozporządzenie to zmieniło Dyrektywę o Rachunkowości i Dyrektywę dotyczącą skonsolidowanych sprawozdań finansowych oraz upoważniło państwa członkowskie do stosowania wobec spółek wymogów sporządzania skonsolidowanych i rocznych sprawozdań finansowych w oparciu o międzynarodowe standardy rachunkowości.

Ósma Dyrektywa Rady 84/253/EWG z dnia 10.04.1984 r., wydana na podstawie art. 54 ust. 3 lit. g Traktatu, w sprawie zatwierdzania osób

⁵¹ Zob. M. Tønnesson, M. Andenæs, M. Andenas, F. Wooldridge, *European Comparative Company Law*, Cambridge 2009, p. 28.

⁵² Dz.Urz.WE L 378 z 1981 r., s. 47-54.

⁵³ Dz.Urz.WE L 193 z 18.07.1983 r., s. 1-27. Siódma Dyrektywa została zmieniona przez Dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2003/51/WE z dnia 18.06.2003 r. o zmianie dyrektyw 78/760/WE, 83/349/WE, 86/635/WE i 91/764/WE, Dz.Urz.UE L 178/16 z 17.07.2003 r., s. 271-279.

⁵⁴ Dz.Urz.UE L 320 z 29.11.2008 r., s. 1-481.

odpowiedzialnych za dokonywanie ustawowych kontroli dokumentów rachunkowych⁵⁵ – dotyczy formalnych kwestii związanych z kontrolowaniem spółek oraz określa zasady kwalifikowania i uznawania osób zajmujących się profesjonalnie badaniem i zatwierdzaniem bilansów spółek (biegli rewidenty). Ósma Dyrektywa została zastąpiona przez Dyrektywę 2006/43/WE Parlamentu i Rady z dnia 17.05.2006 r. w sprawie ustawowych badań rocznych sprawozdań finansowych i skonsolidowanych sprawozdań finansowych⁵⁶, która wprowadziła przepisy dotyczące nadzoru publicznego nad biegłymi rewidentami i firmami audytorskimi oraz zatwierdzania biegłych rewidentów z państw trzecich.

Projekt Dziewiątej Dyrektywy Rady z 1984 r., dotyczący prawa koncernowego, nie został do tej pory przedstawiony w formie oficjalnej. Przedstawiciele doktryny europejskiego prawa spółek stwierdzają, że przedmiotowy projekt nie doczekał się oficjalnej publikacji, ponieważ jest zbyt „dosadną kopią” niemieckich przepisów dotyczących tworzenia grup spółek⁵⁷. Zgodnie z postanowieniami tego projektu, osoba fizyczna lub prawna ma obowiązek informowania o nabyciu 10% akcji spółki (oraz każdego nabycia dalszych 5% akcji). Ponadto, projekt Dziewiątej Dyrektywy reguluje kwestie ochrony wierzycieli i akcjonariuszy mniejszościowych spółki zależnej oraz możliwość wydania tzw. jednostronnej deklaracji koncernowej, czyli utworzenia koncernu w drodze jednostronnej deklaracji spółki dominującej, gdy spółka-matka ma ponad 90% akcji spółki-córki⁵⁸.

Dziesiąta Dyrektywa Parlamentu Rady 2005/56/WE z 26.10.2005 r., w sprawie transgranicznego łączenia się spółek kapitałowych (dalej: Dyrektywa o Fuzji Transgranicznej)⁵⁹ – była przez 20 lat przedmiotem sporów między państwami członkowskimi, ze względu na problem umożliwienia pracownikom podejmowania decyzji zarządczych oraz uczestniczenia ich przedstawicieli w organach zarządczych i nadzorujących spółki powstałej w wyniku połączenia⁶⁰. W literaturze podaje się, że „kamieniem milowym” dla wprowadzenia tej dyrektywy w życie było wydanie przez Radę (WE) Rozporządzenia nr 2157/2001

⁵⁵ Dz.Urz.WE L 126 z 12.05.1984 r., s. 20-25.

⁵⁶ Zmieniającą dyrektywy Rady 78/660/EWG i 83/349/EWG oraz uchylającą dyrektywę Rady 84/253/EWG, Dz.Urz.WE L 157 z 9.06.2006 r., s. 87-107.

⁵⁷ K. Bohloff, J. Budde, *Company Groups – The ECC Proposal for a Ninth Directive in the Light of the Legal Situation in the Federal Republic of Germany*, „Journal of Comparative Business and Capital Market Law” 1984/6, p. 177; M. Tønnesson, M. Andenæs, M. Andenas, F. Wooldridge, dz. cyt., p. 32.

⁵⁸ A. Witwicka, *Europejskie prawo spółek*, http://www.uniaeuropejska.org/files/europejskie_prawo_spolek_AW2_TB.pdf [dostęp: 19.05.2012], s. 5-6.

⁵⁹ Dz.Urz.WE., L 310 z 25.11.2005 r., s. 1-9.

⁶⁰ M. Stollt, *Briefing in Mitbestimmung – international edition 2005*, <http://www.seeurope-network.org/homepages/seeurope/eu-level/cg.html#10th> [dostęp: 19.05.2012]. Zob. także: uwagi do projektu Piątej Dyrektywy.

z dnia 8.10.2001 r. w sprawie statutu spółki europejskiej (SE)⁶¹ oraz Dyrektywy Rady 2001/86/WE z tegoż dnia, uzupełniającej statut spółki europejskiej w odniesieniu do uczestnictwa pracowników⁶². Zgodnie z przepisami Dyrektywy o Fuzji Transgranicznej, połączenia mogą dokonać wyłącznie dwie spółki kapitałowe, podlegające prawu dwóch różnych krajów UE. Dyrektywa o Fuzji Transgranicznej przewiduje trzy rodzaje fuzji: 1) w drodze przejęcia, 2) przez utworzenia nowej spółki oraz 3) w drodze tzw. fuzji koncernowej (połączenia spółki-matki ze spółką-córką), wobec której stosowane są uproszczone procedury. Wskazać należy, iż Dyrektywa o Fuzji Transgranicznej ma na celu zredukowanie kosztów fuzji transgranicznych, zagwarantowanie pewności prawa w tej mierze oraz umożliwienie sfinalizowania takiej fuzji jak największej liczbie spółek funkcjonujących w obrębie UE, w szczególności małym i średnim spółkom, które nie są zainteresowane założeniem spółki europejskiej⁶³.

Jedenasta Dyrektywa Rady 89/666/EWG z dnia 2.12.1989 r. dotyczy wymogów ujawniania informacji odnośnie do oddziałów utworzonych w państwie członkowskim przez niektóre rodzaje spółek podlegających prawu innego państwa (dalej: Dyrektywa o Oddziałach Spółek Zagranicznych)⁶⁴. Należy stwierdzić, że dyrektywa ta jest bardziej uzupełnieniem Pierwszej Dyrektywy Rady niż odrębną dyrektywą prawa spółek. Wynika to z tego, że w głównej mierze odnosi się ona do postanowień Pierwszej Dyrektywy Rady, dotyczących ujawniania informacji; z jednym wyjątkiem – ujawnieniu podlegają w tym wypadku dane oddziałów spółki. Warto zauważyć, że postanowienia Dyrektywy o Oddziałach Spółek Zagranicznych dotyczące ujawniania informacji odnoszą się zarówno do oddziałów spółki utworzonej na terytorium UE, jak i do oddziałów spółki z państwa trzeciego, jeżeli spółka ta za pośrednictwem swoich oddziałów funkcjonuje na terytorium UE.

Dwunasta Dyrektywa Rady 89/667/EWG z dnia 21.12.1989 r. zobowiązuje państwa członkowskie do wprowadzenia przepisów umożliwiających utworzenie i funkcjonowanie jednoosobowych spółek z ograniczoną odpowiedzialnością⁶⁵. Pod pewnymi warunkami, państwa członkowskie, które w krajowym prawie spółek przewidują możliwość założenia przedsiębiorstw o odpowiedzialności ograniczonej do sumy przeznaczanej na określoną działalność, nie muszą wprowadzić przepisów o możliwości utworzenia jednoosobowej spółki z o.o. Zgodnie z postanowieniami

⁶¹ Dz.U. L 294 z 10.11.2001, s. 1-31.

⁶² Dz.Urz.WE L 294 z 10.11.2001 r., s. 22-32. Zob. J. Napierała, dz. cyt., Warszawa 2006, s. 78.

⁶³ P. Masons, *Cross-border mergers directive adopted*, <http://www.out-law.com/page-6396> [dostęp: 19.05.2012].

⁶⁴ Dz.Urz.WE L 395 z 30.12.1989 r., s. 36-39.

⁶⁵ Dz.Urz.WE L 395 z 30.12.1989 r., s. 40-42. Na podstawie art. 6 Dwunastej Dyrektywy, jeżeli przepisy Państwa Członkowskiego pozwalają na utworzenie spółki akcyjnej z jednym wspólnikiem w momencie jej zakładania, postanowienia tej Dyrektywy stosuje się również do jednoosobowej spółki akcyjnej.

Dwunastej Dyrektywy, jednoosobowa spółka z o.o. może powstać na dwa sposoby: 1) poprzez bezpośrednie założenie przez przedsiębiorcę (tzw. spółka jednoosobowa pierwotna) oraz 2) w wyniku zgromadzenia wszystkich udziałów w istniejącej spółce przez jedną osobę (tzw. spółka jednoosobowa pochodna) – w tym drugim przypadku fakt przejęcia wszystkich udziałów należy opublikować w aktach spółki. Dyrektywa Dwunasta stanowi również, że jedyny wspólnik pełni w spółce z o.o. funkcje zgromadzenia wspólników, a wszystkie jego uchwały oraz umowy między nim a reprezentowaną przezeń spółką należy protokołować lub sporządzać w formie pisemnej. Dyrektywę Dwunastą zmieniła Dyrektywa Parlamentu i Rady 2009/102/WE z dnia 16.09.2009 r.⁶⁶, w której ujednolicono dotychczasowe przepisy Dyrektywy Dwunastej oraz uzupełniono listę spółek podlegających przepisom tej dyrektywy o spółki z o.o., jakie mogą być utworzone zgodnie z prawem spółek państw członkowskich, które przystąpiły do UE w 2007 r.

Trzynasta dyrektywa Parlamentu i Rady 2004/25/WE z dnia 21.04.2004 r. reguluje kwestie oferty przejęcia spółki (dalej: Trzynasta Dyrektywa)⁶⁷. Dyrektywa ta uznawana jest za jedną z najbardziej kontrowersyjnych w ramach europejskiego prawa spółek. Jej projekt początkowo został odrzucony przez PE w 1997 r., by dzięki tzw. włosko-portugalskiemu kompromisowi mógł wejść w życie w 2004 r.⁶⁸. Trzynasta Dyrektywa reguluje nabywanie przez spółkę publiczną papierów wartościowych innej spółki z prawem głosu w celu przejęcia nad nią kontroli (oferta dobrowolna) oraz po fakcie przejęcia kontroli (oferta obowiązkowa). Instytucja oferty obowiązkowej ma na celu ochronę akcjonariuszy mniejszościowych poprzez możliwość opuszczenia przez nich przejmowanej spółki przez przyjęcie oferty sprzedaży akcji. Państwa członkowskie zobowiązane są

⁶⁶ Dz.Urz.UE L 258 z 1.10.2009 r., s. 20-25.

⁶⁷ Dz.Urz.UE L 142 z 30.04.2004 r., s. 12-23.

⁶⁸ Kompromis wypracowany w czasie włoskiej, a następnie portugalskiej prezydencji w Unii Europejskiej – stąd nazwa włosko-portugalskiego kompromisu. Podczas włoskiej prezydencji ustalono ograniczony zakres zasady przełamania, która tym samym nie obejmuje akcji uprzywilejowanych w odniesieniu do prawa głosu. Kwestia ta wzbudziła bardzo wiele kontrowersji (szczególnie wśród krajów skandynawskich, zwłaszcza Szwecji), stąd też zrezygnowano z objęcia zakresem Trzynastej Dyrektywy tego rodzaju akcji, w obawie przed zablokowaniem dalszych prac. Ostatni etap prac legislacyjnych nad Trzynastą Dyrektywą pokazał, że obligatoryjny charakter zasad odnoszących się do obrony spółki przed przejęciem po wystąpieniu oferty przejęcia może doprowadzić do rozwiązania prac nad tą dyrektywą bez jej uchwalenia. Dlatego też wypracowano tzw. włosko-portugalski kompromis, na skutek którego w art. 12 Trzynastej Dyrektywy wprowadzono fakultatywność wspomnianych zasad. Pomimo że owa fakultatywność wprowadzenia zasad ochrony przed przejęciem po wystąpieniu oferty przejęcia jest krytykowana w literaturze prawa spółek, należy stwierdzić, że wejście w życie Trzynastej Dyrektywy było kolejnym „kamieniem milowym” w procesie harmonizacji prawa spółek. Por. M. Ventoruzzo, *The Thirteenth Directive and the Contrasts Between European and U.S. Takeover Regulation: Different (Regulatory) Means. Not so Different (Political and Economic) Ends?*, “Bocconi Legal Studies Research Paper” 2005/6-7, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=819764 [dostęp: 19.05.2012], p. 4-5.

umożliwić oferentowi kupno papierów wartościowych od pozostałych akcjonariuszy (tzw. *squeeze-out*), natomiast akcjonariuszom mniejszościowym sprzedaż swoich papierów oferentowi (tzw. *sell-out*). Zgodnie z postanowieniami Dyrektywy Trzynastej, zarząd spółki podlegającej przejęciu zobowiązany jest do powstrzymania się od działań mogących udaremnić powodzenie oferty przejęcia (środki reakcyjne) do czasu uzyskania autoryzacji podejmowanych działań obronnych ze strony walnego zgromadzenia (zasada neutralności). Ponadto, w czasie trwania oferty przejęcia statutowe i umowne ograniczenia możliwości wrogiego przejęcia spółki nie wywierają skutku prawnego (zasada przełamania). Mimo iż zasady neutralności i przełamania stanowią kluczowe regulacje tej dyrektywy, to mają one charakter jedynie fakultatywny⁶⁹. Fakultatywność w tym przypadku oznacza, że państwa członkowskie nie są zobligowane do implementacji obu tych zasad oraz mogą zrezygnować w krajowym prawie spółek z ogólnego zakazu stosowania środków obronnych (reguła *opt out*). W takim przypadku zobowiązane są jednak do wprowadzenia przepisów, które upoważniają spółki do prawa wyboru przyjęcia zasady neutralności i zasady przełamania (reguła *opt in*).

Projekt Czternastej Dyrektywy z dnia 22.04.1997 r. umożliwia przeniesienie siedziby spółki z państwa członkowskiego bez potrzeby likwidacji i zakładania jej na nowo w innym państwie⁷⁰. Zgodnie z postanowieniami projektu, zmiana statusu personalnego spółki następuje z chwilą wpisania jej do rejestru spółek w państwie, do którego przeniosła swoją siedzibę⁷¹. W literaturze można odnaleźć stanowisko, zgodnie z którym niektóre rozwiązania zaproponowane w projekcie tej dyrektywy mogą naruszać swobodę przedsiębiorczości. Dotyczy to w szczególności wymogu tożsamości siedziby statutowej i faktycznej⁷², polegającego na tym, że państwo członkowskie, do którego spółka przeniosła swoją siedzibę z innego państwa, może odmówić jej wpisu do rejestru, jeżeli siedziba faktyczna spółki nie znajduje się w państwie nowej siedziby statutowej. W doktrynie podkreśla się natomiast, że przeniesienie siedziby faktycznej nie powinno prowadzić do zmiany statutu personalnego spółki, czyli zmiany prawa, któremu ma podlegać ocena istnienia

⁶⁹ Brak obligatoryjności w implementacji tych postanowień Trzynastej Dyrektywy jest techniką transponowaną z płaszczyzny instytucjonalnego prawa unijnego, stosowaną zresztą coraz częściej na gruncie prawa materialnego, w tym przede wszystkim europejskiego prawa spółek. Zob. L. Enriques, *EC Company Law Directive and Regulations: How Trivial are They?*, "University of Pennsylvania Journal of International Economic Law", vol. 27, p. 18.

⁷⁰ K.E. Sosen, M. Neville, *Corporate Migration In The European Union. An Analysys Of The Proposed 14th EC Company Law Directive On The Transfer Of The Registered Office Of A Company From One Member State To Another With A Change of Applicable Law*, "Columbia Journal of European Law" 2000/181, p. 195.

⁷¹ G.J. Vossestein, *Transfer of the register office The European Commission's decision not to submit a proposal for a Directive*, "Utrecht Law Review", p. 54.

⁷² Zgodnie z art. 2 lit. b projektu, siedziba faktyczna to miejsce, w którym spółka ma siedzibę głównego przedsiębiorstwa oraz w którym jest ona zarejestrowana. Zob. J. Napierała, dz. cyt., s. 68.

spółki oraz kwestie związane ze stosunkami dotyczącymi jej ustroju i zarządu⁷³. Wynika to z tego, że spółka przenosząca swoją siedzibę do innego państwa powinna wciąż podlegać prawu państwa jej założenia, gdyż efektem transferu jej siedziby jest zmiana państwa (narodowości) siedziby spółki, ale nie zmiana identyfikacji samej spółki⁷⁴. Wydaje się jednak, że takie stwierdzenie jest właściwe w odniesieniu do sytuacji, w której spółka przenosząca swoją siedzibę do innego państwa została założona w państwie stosującym tzw. teorię założenia⁷⁵, a nie teorię siedziby⁷⁶, co *de facto* potwierdza wyrok TS w sprawie *Cartesio* z dnia 16.12.2008 r.⁷⁷.

⁷³ Zob. uzasadnienie do postanowienia SN z dnia 27.04.1997 r., II CKN 133/97, OSCN 1997/10, poz. 154. W literaturze zob. szerzej: M. Cejmer, J. Napierała, T. Sójka (red.), *Europejskie prawo spółek. Tom IV. Spółki zagraniczne w Polsce*, Warszawa 2008, s. 118.

⁷⁴ Problematyka transferu siedziby spółki między państwami członkowskimi jest szeroko opisana w literaturze fachowej. Zob. w szczególności: J. Bisacre, *The Migration of Companies Within the European Union and the Proposed Fourteenth Company Law Directive*, "International and Comparative Law Journal" 2001, p. 251-270; F.M. Mucciarelli, *The Transfer of the Registered Office and Forum-Shopping in International Insolvency Cases: an Important Decision from Italy – Case Note on the Decision B & C of the Italian Corte di Cassazione*, "European Company and Financial Law Review" 2005, p. 512–533; E. Vaccaro, *Transfer of Seat and Freedom of Establishment in European Company Law*, "European Business Law Review" 2005, p. 1348-136; E. Wymeersch, *Is a Directive on Corporate Mobility Needed?*, "European Business Organization Law Review" 2007, p. 161-169.

⁷⁵ Teoria założenia spółki zakłada, że o zdolności prawnej spółki decyduje prawo państwa, w którym posiada ona swoją siedzibę statutową, a nie rzeczywistą. W konsekwencji stosowane nawet w innym państwie członkowskim prawo pochodzi z państwa, w którym spółka została założona. Zgodnie z tą teorią, zmiana rzeczywistej siedziby spółki nie ma zatem wpływu na stosowane wobec niej prawo. Teoria ta w odmiennych wariantach stosowana jest w Wielkiej Brytanii, Irlandii, Danii, Szwecji, Finlandii oraz Holandii. Zob. E. Werlauff, *Ausländische Gesellschaft für inländische Aktivitäten. „Centros aus dänischer Sicht”* (Anmerkung zu: EuGH, U. v. 09.03.1999 – Rs. C-212/97), „Zeitschrift für Wirtschaftsrecht” 1999/21, S. 867 [za:] B. Makowicz, *Teoria siedziby spółki i teoria założenia spółki a ograniczenie wspólnotowej swobody przedsiębiorczości na przykładzie RFN*, „Studia Europejskie” 2006/3, s. 77-78.

⁷⁶ Teoria siedziby spółki stanowi, że czynnikiem decydującym o statucie spółki jest miejsce, w którym ma ona rzeczywistą siedzibę głównego zarządu. Zatem właściwym prawem są przepisy państwa, w którym spółka posiada taką siedzibę. Oznacza to, że spółka, przenosząc swoją siedzibę do innego państwa, przestaje podlegać prawu państwa, z którego się przenosi. Teorię siedziby spółki w różnych odmianach stosuje się w Niemczech, Francji, Włoszech, Belgii, Luksemburgu, Austrii, Grecji, Hiszpanii oraz Portugalii, a zatem w większości „starych” państw członkowskich Wspólnoty Europejskiej. Zob. A. Jüttner, *Gesellschaftsrecht und Niederlassungsfreiheit – nach Centros, Überseering und Inspire Art*, Frankfurt a.M. 2005, S. 18 [za:] B. Makowicz, dz. cyt., s. 77-78.

⁷⁷ C-210/06, ECR z 2008 r., s. I-0000. Zgodnie z tezą tego wyroku: „w obecnym stanie prawa wspólnotowego art. 43 WE i 48 WE należy interpretować w ten sposób, że nie stoją one na przeszkodzie uregulowaniom państwa członkowskiego uniemożliwiającym spółce utworzonej na mocy prawa krajowego tego państwa członkowskiego, by przeniosła swoją siedzibę do innego państwa członkowskiego, zachowując przy tym status spółki podlegającej prawu krajowemu państwa członkowskiego, zgodnie z którego prawem została ona utworzona”.

Ostatnią z omawianych tu dyrektyw, które harmonizują prawo spółek w UE, jest Dyrektywa 2007/36/WE Parlamentu i Rady z dnia 11.07.2007 r. w sprawie wykonywania niektórych praw akcjonariuszy spółek notowanych na rynku regulowanym⁷⁸. Głównym celem tej dyrektywy jest wzmocnienie ochrony prawnej akcjonariuszy, w szczególności poprzez umożliwienie im dokonania wyboru metody głosowania na odległość podczas walnych zgromadzeń (głosowanie listowne, drogą elektroniczną lub przez pełnomocnika), publikowanie na stronie internetowej spółki wyników głosowania na walnym zgromadzeniu oraz wprowadzenie zakazu blokowania akcji przed dniem walnego zgromadzenia (*share blocking*). Wejście w życie Dyrektywy dotyczącej praw akcjonariuszy było spowodowane postępem technologicznym, zwłaszcza możliwością komunikowania się i przesyłania informacji na odległość za pomocą Internetu.

Opisane powyżej dyrektywy stanowią (obok rozporządzeń) tzw. twarde prawo unijne (*hard law*), które, w odróżnieniu od tzw. miękkiego prawa unijnego (*soft law*), ma charakter wiążący. Stanowią one główne środki prawne harmonizujące prawo spółek w Europie. Niemniej jednak, w ciągu ostatniej dekady to nie tyle harmonizacja *sensu stricto*, ile zbliżanie się do siebie ustawodawstw państw członkowskich w zakresie prawa spółek jest głównym celem działań legislacyjnych podejmowanych na poziomie UE⁷⁹. W tym kontekście stwierdzić można, że to akty prawa unijnego, które nie mają wiążącego charakteru, stanowią bardziej skuteczne środki prawne konwergencji prawa spółek niż akty prawne o charakterze wiążącym.

Znaczenie aktów unijnego „prawa miękkiego” polega na tym, że są one tworzone przez wysoko wykwalifikowanych specjalistów z określonych dziedzin oraz że wydają je organy UE. W przeciwieństwie do aktów prawa wiążącego, nie nakazują określonych zachowań, lecz jedynie postulują dokonanie ich wyboru, co niejednokrotnie może przynieść bardziej pożądane rezultaty. Adresatami aktów prawa niewiążącego, w szczególności komunikatów i rekomendacji, są zarówno państwa członkowskie, jak i osoby fizyczne oraz prawne⁸⁰. Warto tu zauważyć, że

Wyrok ten był zaskoczeniem zarówno dla teoretyków, jak i praktyków europejskiego prawa spółek, gdyż jego teza była niejako powrotem do koncepcji wyrażonej w wyroku w sprawie *Daily Mail*. Teza tego wyroku odbiega także od linii orzeczniczej rozwiniętej w sprawach *Überseering*, *Inspire Art* i *Centros*, znacznie ograniczając zastosowanie swobody przedsiębiorczości. Zob. A. Opalski, *Europejski Trybunał Sprawiedliwości ogranicza mobilność spółek*, „Rzeczpospolita” 2009/1, s. 14; P. Metzinger, *Freedom of Establishment for Companies: The European Court of Justice Confirms and Refines its Daily Mail Decision in the Cartesio*, ECJ, Case C-210/06, „European Company and Financial Law Review” 2009/6, p. 125-161.

⁷⁸ Dz.Urz.WE L 184 z 14.07.2007 r., s. 17-23.

⁷⁹ S. Sołtysiński, T. Baums, *Projekt europejskiej ustawy modelowej o spółkach*, PPH 2009/1, s. 6.

⁸⁰ Zob. [http://www.cie.gov.pl/HLP/files.nsf/0/B2B7D29682610684C12576A10046FA06/\\$file/prawo_europejskie_internet_MSZ_a.pdf](http://www.cie.gov.pl/HLP/files.nsf/0/B2B7D29682610684C12576A10046FA06/$file/prawo_europejskie_internet_MSZ_a.pdf) [dostęp: 19.05.2012].

komunikaty i rekomendacje stanowią dużo bardziej elastyczne środki prawne mające na celu zbliżanie się do siebie ustawodawstw państw członkowskich w zakresie prawa spółek niż dyrektywy i rozporządzenia. W szczególności dyrektywy jako środek harmonizacji i konwergencji są oceniane negatywnie pod tym względem, jako prowadzące do „petryfikacji prawa” – prawo wprowadzone przez państwa członkowskie wskutek implementacji danej dyrektywy jest trudne do zmiany, podczas gdy obecnie obserwuje się bardzo dynamiczny rozwój gospodarczy, pociągający za sobą potrzebę częstej modyfikacji prawa spółek. Z taką opinią możemy się spotkać w dokumencie konsultacyjnym o nazwie *A Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe*, który został opracowany przez Grupę Ekspertów Prawa Spółek (*High Level Group of Company Law Experts*), utworzoną przez KE⁸¹.

Dokument Grupy Ekspertów został oficjalnie wydany przez KE 2.09.2001 r., w celu zainicjowania dyskusji o potrzebie modernizacji prawa spółek w Europie⁸². Raport Grupy Ekspertów stanowił podstawę merytoryczną dla KE do opracowania „Planu Działania” na 2003 r.⁸³, który zapoczątkował intensywne prace nad dalszym zbliżaniem do siebie ustawodawstw państw członkowskich w zakresie prawa spółek⁸⁴. Zgodnie z Planem Działania, istnieją trzy „wiodące kryteria polityczne”, które należy brać pod uwagę podczas działalności regulacyjnej w zakresie prawa spółek na poziomie europejskim: 1) zasada subsydiarności oraz proporcjonalności, wyrażona w Traktacie; 2) wymóg, by działalność regulacyjna była elastyczna w praktyce, ale jednocześnie oparta na niewzruszonych zasadach; oraz 3) regulacja unijna powinna promować i wspierać rozwój regulacji międzynarodowych⁸⁵.

⁸¹ *A Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe: A Consultative Document of the High Level Group of Company Law Experts*, http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/consult_en.pdf [dostęp: 19.05.2012].

⁸² Członkami Grupy Ekspertów byli: J.W. Winter (przewodniczący), J.S. Christensen, J.M. Garrido Garcia, K.J. Hopt, J. Rickford, G. Rossi, J. Simon. Warto tu zauważyć, że dokument Grupy Ekspertów był *de facto* odpowiedzią Komisji Europejskiej na krytyczną ocenę jej działania w zakresie harmonizacji prawa spółek. Ocena taka została dokonana między innymi przez J. Woutersa, który w jednym z artykułów stwierdził, że Komisja Europejska nigdy nie miała spójnej wizji, czy też programu harmonizacji prawa spółek. Zob. J. Wouters, *European Company Law: Quo Vadis?*, „Common Law Market Review” 2000/37, p. 257-307, zwłaszcza p. 275. Zob. również: J. Andersson, *The High Level Group and the issue of European Community Law Harmonization – Europe Stumbles Along?*, p. 183.

⁸³ *Communication From the Commission to the Council and the European Parliament: Modernising Company Law and Enhancing Corporate Governance in the European Union – A Plan to Move Forward – COM (2003) 284 final of 21.05.2003. A Working Document of DG Internal Market*, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2003:0284:FIN:EN:PDF> [dostęp: 19.05.2012].

⁸⁴ Zob. R. Skog, *Harmoniseringen af bolags- og børsrätten indom EU – ny vind I seglen?*, „Nordisk Journal of Company Law” 2001, p. 333.

⁸⁵ *Communication From the Commission to the Council and the European Parliament: Modernising Company Law...*, dz. cyt., p. 4.

Z raportu Grupy Ekspertów wynika również, że obecnie nie istnieje potrzeba harmonizacji prawa spółek poprzez dyrektywy, lecz raczej za pomocą nowych, alternatywnych środków prawnych⁸⁶. Komisja, wyrażając to stanowisko, niejako zapowiedziała rozpoczęcie prac nad „europejskim modelem prawa spółek”, który miałby być opracowany na podstawie dotychczasowych doświadczeń państw członkowskich⁸⁷.

Specjalna „Komisja Robocza”, utworzona z inicjatywy prof. dr. Theodora Baumsa oraz prof. dr. Paula Krügera Andersena, w dniach 27-28.09.2007 r. w Aarhus (Dania) odbyła swoje pierwsze zebranie, dotyczące analizy celów projektu Europejskiego Modelu Prawa Spółek (*European Model Company Law Act*; dalej: EMCLA)⁸⁸. W założeniach autorów, celem EMCLA nie jest wiążąca harmonizacja krajowego prawa spółek, czy też stworzenie w przyszłości formy europejskiej spółki, lecz stworzenie modelu zasad prawa spółek, który może być wprowadzony przez krajowych ustawodawców w całości lub w części na zasadzie dobrowolności. Można zatem stwierdzić, że projekt EMCLA został stworzony jako środek alternatywny i uzupełniający w stosunku do obecnie obowiązujących środków prawnych konwergencji prawa spółek⁸⁹. Komisja Robocza podkreśliła także, iż ECMLA będzie zawierał nie tylko powszechnie akceptowane zasady prawa spółek, które wyrosły ze wspólnych tradycji prawnych państw członkowskich oraz z *acquis communautaire*, ale również najlepsze praktyki zawarte w obecnie obowiązujących aktach prawnych różnych państw⁹⁰. Ponadto, Komisja Robocza oświadczyła, że w celu stworzenia EMCLA będzie opierała się na doświadczeniach USA w zakresie zbieżności prawa spółek⁹¹, w szczególności poprzez analizę amerykańskiego modelu ustawy prawa spółek (*Model Business Corporation Act*), wydanego w 1946 r. przez Amerykańską Izbę Adwokacką (*American Bar Association*), a następnie znowelizowanego w 1984 r. (*Revised Model Business Corporation Act*)⁹². Komisja Robocza stwierdziła również, że jej prace będą w pierwszej kolejności skupiać się na ustaleniu modelowych zasad

⁸⁶ Tamże, p. 6-7.

⁸⁷ S. Sołtyński, T. Baums, *Projekt...*, dz. cyt., s. 6.

⁸⁸ P. Krüger Andersen, *Regulation or Deregulation in European Company Law – a Challenge*, [in:] U. Bernitz (ed.), *Modern Company Law for a European Economy – Ways and Means*, 2006, p. 263 i n.; T. Baums, *The law of corporate finance in Europe – an essay*, „Nordic Company Law” 2008, p. 31

⁸⁹ T. Baums, P. Krüger Andersen, *The European Model Company Act Project*, „Law Working Paper” 2008, No. 097, p. 1.

⁹⁰ Tamże, p. 7.

⁹¹ Komisja Robocza stwierdziła, że w tym celu powoła amerykańskiego eksperta prawa spółek, który będzie pełnił rolę konsultanta podczas tworzenia EMCLA.

⁹² R.W. Hamilton, *The Revised Model Business Corporation Act: Comment and Observation. Reflections of a Reporter*, „Texas Law Review” 1985/63, p. 1455. *Model Business Corporation Act* jest nowelizowany co roku, a propozycje jego zmian są publikowane w „Business Lawyer Magazine”, wydawanym przez Amerykańską Izbę Adwokacką.

prawa spółek w odniesieniu do spółek akcyjnych (również spółek notowanych na giełdzie), a w dalszej kolejności w odniesieniu do spółek z o.o.; natomiast poza zakresem prac Komisji Roboczej znajdują się zasady prawa spółek dotyczące spółek osobowych⁹³.

Z informacji zamieszczonym w projekcie EMCLA przez Komisję Roboczą można wywnioskować, że EMCLA będzie stanowił środek prawny zbliżający do siebie ustawodawstwa państw członkowskich w zakresie prawa spółek w sposób skuteczniejszy i bardziej odpowiedni niż dyrektywy czy rozporządzenia. Taka konstatacja wynika z tego, że EMCLA będzie miał charakter niewiążącego aktu prawnego, który będzie mógł być stosowany w całości lub w części. Będzie on również odpowiadał tendencjom panującym w państwach członkowskich w odniesieniu do prawa spółek, gdyż zostanie oparty na wspólnych zasadach prawa spółek obowiązujących w państwach członkowskich. Co więcej, konstrukcja i treść EMCLA zostanie stworzona w oparciu o bogate doświadczenia amerykańskiego systemu prawa spółek w tej mierze, co zapewni możliwie jak najbardziej pragmatyczny charakter tego aktu prawnego. Należy także zauważyć, że prace nad EMCLA będzie wspierała KE, włączając w to jej czynny udział w tych pracach, bez potrzeby wydawania wiążących aktów prawnych. Biorąc pod uwagę wszystkie cechy EMCLA, w opinii przedstawicieli doktryny specjalizujących się w porównawczym prawie handlowym, akt ten jest obecnie najlepszym z możliwych środków prawnych prowadzących do zbieżności ustawodawstw państw członkowskich w zakresie prawa spółek w Europie⁹⁴.

6. Podsumowanie

Proces harmonizacji prawa spółek w Europie rozpoczął się ponad 50 lat temu. W tym okresie wspólnotowy, a następnie unijny ustawodawca wydał kilkanaście aktów prawnych harmonizujących prawo spółek. Zdecydowana większość tych aktów to dyrektywy. Niemniej jednak, zgodnie ze stanowiskiem praktyków i teoretyków prawa spółek, dyrektywy nie są obecnie wystarczającymi i właściwymi środkami prawnymi dla osiągnięcia celów UE w zakresie prawa spółek. Ponadto, około dekadę temu priorytetem w odniesieniu do prawa spółek w UE przestała być harmonizacja *sensu stricto*, a jej rolę zajęła potrzeba zapewnienia zbieżności ustawodawstw państw członkowskich. Cel ten może być osiągnięty przez środki prawne, które zapewniają swobodę w ich wprowadzeniu oraz elastyczność w zastosowaniu. Dlatego też w tej mierze bardziej właściwe od

⁹³ T. Baums, P. Krüger Andersen, *The European Model...*, dz. cyt., p. 11.

⁹⁴ J. Andersson, *Model Business Corporation Act for Europe – The Alternative to Harmonisation by Directives, or?*, "Scandinavian Studies in Law – Company Law", vol. 45, Stockholm 2003, p. 44.

dyrektyw są środki prawne o charakterze niewiążącym (należy do nich przede wszystkim Europejski Model Prawa Spółek).

Oczywiście nie należy zapominać, że całkowite zaprzestanie harmonizacji prawa spółek może spowodować negatywne konsekwencje dla UE. Harmonizacja prawa spółek prowadzi bowiem do wypracowania standardowych norm prawnych, pozwalających na redukcję kosztów związanych z uzyskiwaniem informacji o różnych systemach prawnych⁹⁵. Całkowity brak harmonizacji prawa spółek jest również przyczyną „wyścigu regulacyjnego” (*race to the bottom*), który przejawia się w szczególności wprowadzaniem coraz bardziej preferencyjnych przepisów w zakresie prawa spółek i prawa podatkowego, w celu przyciągania do danej jurysdykcji państwowej jak największej ilości zagranicznych inwestorów (jak np. w przypadku wcześniej wspomnianych jurysdykcji cypryjskiej i luksemburskiej)⁹⁶.

W ciągu następnych kilku lat powinno okazać się, czy i w jakim zakresie w Europie dojdzie do dalszej harmonizacji prawa spółek oraz zbieżności ustawodawstw państw członkowskich. Czas również pokaże, czy UE zdecyduje się na stosowanie „sztywnych” i wiążących aktów prawnych w tym celu, czy też będzie stosowała elastyczne w zastosowaniu środki prawne o charakterze niewiążącym (w szczególności Europejski Model Prawa Spółek). Obecnie trudno jest udzielić jednoznacznej odpowiedzi na te pytania, jednak pewne jest to, że dalszy proces harmonizacji oraz konwergencji prawa spółek w UE nie może być kontynuowany z większościowym udziałem dyrektyw. W tym zakresie zarówno przedstawiciele nauki, jak i praktyki europejskiego i porównawczego prawa spółek, a także przedstawiciele władz UE i państw członkowskich – są zgodni: dalsza harmonizacja i konwergencja prawa spółek w Unii powinna być oparta w głównej mierze na aktach prawnych o charakterze niewiążącym, zapewniających swobodne i elastyczne podejście do ich realizacji i stosowania.

⁹⁵ E. Kitch, *Business Organization Law: State or Federal? – An Inquiry into the Allocation of Political Competence in Relation to Issues of Business Organization Law in a Federal System*, [in:] R.M. Buxbaum (ed.), *European Business Law – Legal and Economic Analyses on Integration and Harmonization*, 1991, p. 35, 40 i n.

⁹⁶ Zob. J. Andersson, *Competition between Member States as Corporate Legislator*, [in:] U. Bernitz (ed.), *Modern Company Law for a European Economy – Ways and Means*, 2006, p. 143 i n.; H. Søndergård Birkmose, *Regulatory Competition and the European Harmonisation Process*, “European Business Law Review” 2006/17, p. 1079-1097; M. Airaïksinen, *The Delaware of Europe Financial Instruments in the new Finnish Company Act*, [in:] P. Krüger Andersen, K. Engsig Sørensen (ed.), *Company Law and Finance*, 2007, p. 311 i n.

STRESZCZENIE

Błażej Kuźniacki*

Proces harmonizacji prawa spółek w Unii Europejskiej

Niniejszy artykuł stanowi syntetyczny opis procesu harmonizacji prawa spółek od początku istnienia Wspólnot Europejskich aż do powstania Unii Europejskiej i zniesienia podziału na filary (czyli do wejścia w życie Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej).

Lektura artykułu pozwala skonstatować, iż proces harmonizacji prawa spółek od samego początku napotykał problemy natury politycznej oraz ekonomicznej i prawnej, które były związane z trudnością w uzyskaniu konsensusu wszystkich państw członkowskich w odniesieniu do uchwalenia poszczególnych dyrektyw. W konsekwencji niektóre ważne elementy prawa spółek nie zostały nigdy zharmonizowane na szczeblu WE/UE. Dlatego też w artykule poświęcono także uwagę alternatywnym środkom prawnym pozwalającym na harmonizację prawa spółek, jakim są środki prawne o charakterze niewiążącym, w szczególności Europejski Model Prawa Spółek – środek prawny stanowiący obecnie najważniejsze narzędzie, za pomocą którego różne systemy prawa spółek państw członkowskich mogą zostać do siebie zbliżone.

* Autor jest doktorantem na II roku stacjonarnych studiów doktoranckich w zakresie nauk prawnych w Katedrze Prawa Finansów Publicznych WPiA UMK w Toruniu. Zdobywał doświadczenie naukowe oraz zawodowe w krajowych oraz zagranicznych jednostkach naukowych, między innymi w: Universitetet i Bergen, Lisbon Law School – University of Lisbon, IBFD in Amsterdam, University of Economics and Business in Vienna, CDiSP w Łodzi, KPMG oraz CMS w Warszawie. Jest autorem publikacji z zakresu prawa podatkowego oraz prawa międzynarodowego prywatnego.

SUMMARY

Błażej Kuźniacki*

The Process of Harmonization of Company Law in the European Union

This article constitutes a synthetic description of the process of harmonization of company law from the beginning of the European Communities till the creation of the European Union and the abolition of the division into pillars (i.e. since Treaty on the Functioning of the European Union came into force).

This article allows us to realise that the process of harmonization of company law has been facing obstacles of a political and economic as well as legal nature, which were connected with the difficulty in reaching a consensus of all member states in relation to passing particular directives. In consequence, certain important elements of company law have never been harmonised at the EC/EU level. Therefore, some

attention in this article is also devoted to alternative legal remedies enabling the harmonization of company law, that is the legal remedies of a non-bounding character, especially the European Model Company Law – a legal remedy that currently is the most important tool with the use of which different systems of company law of member states might be brought closer.

* The author is a second-year PhD student in the field of juridical sciences at the Department of Public Finance Law at the Faculty of Law and Administration at the Nicolaus Copernicus University in Toruń. He has gained his scholarly and work experience at domestic and foreign research institutes, e.g. the University of Bergen, Lisbon Law School – University of Lisbon, IBFD in Amsterdam, University of Economics and Business in Vienna, the Centre of Tax Documentation and Studies (CDiSP) in Łódź, KPMG and CMS in Warsaw. His is an author of Tax Law and International Private Law publications.

(tran. Maria Czerwińska)

RÉSUMÉ

Błażej Kuźniacki*

Processus d'harmonisation du droit des sociétés à l'Union européenne

Ce texte constitue une description synthétique du processus d'harmonisation du droit des sociétés dès l'institution des Communautés européennes jusqu'à la création de l'Union européenne et à la suppression de la structure en trois piliers (jusqu'à l'entrée en vigueur du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne).

La lecture du texte nous permet de constater que le processus d'harmonisation du droit des sociétés a rencontré, dès son début, des obstacles de nature politique, économique et juridique. Ces obstacles étaient liés à la difficulté d'obtenir un consensus de tous les États membres par rapport à l'adoption de différentes directives. En conséquence certains éléments importants du droit des sociétés n'ont jamais été harmonisés au niveau des Communautés européennes / de l'Union européenne. C'est pour cette raison que dans ce texte on fait également attention aux moyens juridiques alternatifs qui permettent l'harmonisation du droit des sociétés. Ce sont des moyens juridiques d'un caractère facultatif, par exemple, la loi modèle européenne du droit des sociétés qui est actuellement l'outil le plus important grâce auquel les divers systèmes du droit des sociétés des États membres peuvent être rapprochés.

* L'auteur du texte est doctorant en deuxième année en matière des sciences juridiques à la Chaire en droit des finances publiques de la Faculté de droit et de l'administration de l'Université de Nicolas-Copernic à Toruń. Il a acquis son expérience scientifique et professionnelle dans des départements scientifiques nationaux et étrangers, entre autres à : Universitetet i Bergen, Lisbon Law School – University of Lisbon, IBFD à Amsterdam,

University of Economics and Business à Vienne, CDiSP à Łódź, KPMG et CMS à Varsovie.
Il est aussi auteur de publications sur le droit fiscal et le droit privé international.

(trad. par Adam Knapik)

ZUSAMMENFASSUNG

Błażej Kuźniacki*

Harmonisierungsprozess des Gesellschaftsrechts in der Europäischen Union

Der vorliegende Artikel stellt eine zusammenfassende Beschreibung der Harmonisierung des Gesellschaftsrechts vom Beginn der Europäischen Gemeinschaften bis zur Gründung der Europäischen Union und Abschaffung der Teilung in sog. Säulen (d.h. bis zum Inkrafttreten des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union dar).

Anhand des Artikels lässt sich feststellen, dass der Harmonisierungsprozess ganz vom Anfang an auf politische, wirtschaftliche und rechtliche Probleme stieß, die mit den Schwierigkeiten in der Sache der Übereinstimmung aller Mitgliedstaaten hinsichtlich des Erlassens einzelner Richtlinien zusammenhingen. Folglich sind manche wichtigen Aspekte des Gesellschaftsrechts nie auf der EG/EU-Ebene harmonisiert worden. Deshalb widmet sich der Artikel auch den alternativen rechtlichen Mitteln, die die Harmonisierung des Gesellschaftsrechts ermöglichen und keinen bindenden Charakter haben, wie insbesondere Europäisches Modellgesetz im Gesellschaftsrecht (European Model Company Law Act) – rechtliches Mittel, das heutzutage die Rolle des wichtigsten Instruments spielt, mit dessen Hilfe verschiedene Gesellschaftsrechtssysteme in der Mitgliedstaaten einander angeglichen werden können.

* Der Verfasser ist Doktorand im zweiten Studienjahr des Doktorstudiums im Bereich der Rechtswissenschaften am Lehrstuhl für Öffentliches Finanzrecht an der Fakultät der Rechts- und Verwaltungswissenschaften der Nikolaus-Kopernikus-Universität in Toruń. Seine wissenschaftliche und berufliche Erfahrung erwarb er sowohl an einheimischen als auch an ausländischen wissenschaftlichen Einrichtungen, u.a. an: der Universität Bergen, an Lisbon Law School – Universität Lissabon, IBFD (International Bureau of Fiscal Documentation) in Amsterdam, der Wirtschaftsuniversität Wien, The Centre of Tax Documentation and Studies in Łódź und in KPMG und CMS in Warschau. Er ist Autor der Veröffentlichungen aus den Bereichen: Steuerrecht und internationales Privatrecht.

(Übersetzung: Joanna Podolińska)

RESUMEN

Błażej Kuźniacki*

El proceso de armonización de la ley de sociedades en la Unión Europea

Este artículo es una descripción sintética del proceso de armonización de la ley de sociedades desde el comienzo de la existencia de las Comunidades Europeas hasta la formación de la Unión Europea y la abolición de la división en pilares (es decir hasta la entrada en vigor del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea).

La lectura del artículo permite deducir que el proceso de armonización de la ley de sociedades desde el principio encontraba problemas políticos, económicos y legales vinculados con las dificultades en la obtención de un consenso de todos los Estados miembros en relación con la aprobación de las directivas específicas. En consecuencia algunos elementos importantes de la ley de sociedades nunca han sido armonizados a nivel de la CE/UE. Consecuentemente, en el artículo se destaca las alternativas legales que permiten a la armonización de la ley de sociedades como medios legales desvinculantes, sobre todo el Modelo Europeo de la Ley de Sociedades – un medio legal que constituye actualmente la herramienta principal con la que se puede acercar diferentes sistemas de la ley de sociedades de los Estados miembros.

* El autor es doctorando del segundo curso de los estudios de doctorado en Derecho en el Departamento de Derecho y Finanzas Pública, facultad de Derecho y Administración en la Universidad Mikołaj Kopernik de Toruń. Ha adquirido su experiencia laboral y en investigación tanto en las entidades universitarias nacionales como internacionales, entre otros: Universitetet i Bergen, Lisbon Law School – University of Lisbon, IBFD in Amsterdam, University of Economics and Business in Vienna, CDiSP de Łódź, KPMG y CMS de Varsovia. Es el autor de publicaciones sobre derecho fiscal y derecho internacional privado.

(trad. Justyna Palica)

РЕЗЮМЕ

Блажей Кузняцки*

Процесс гармонизации торговых товариществ и обществ в Европейском Союзе

Настоящая статья представляет собой синтетическое описание процесса гармонизации права торговых товариществ и обществ сначала существования Европейских Сообществ до момента возникновения Европейского Союза и снесения деления на опоры (значит от вступления в силу Договора о Европейском Союзе).

Чтение статьи позволяет отметить тот факт, что процесс гармонизации права торговых товариществ и обществ с самого начала встречал проблемы политического, экономического и юридического характера. Они были связаны с трудностями в достижении консенсуса всех членских стран по вопросу того, как принимать отдельные директивы. В результате, некоторые важные элементы права торговых товариществ и обществ никогда не были гармонизированы на уровне Европейского Сообщества/Европейского Союза. В связи с этим в статье принимаются во внимание тоже альтернативные юридические меры, позволяющие на гармонизацию права торговых товариществ и обществ, какими являются юридические меры необязательного характера. Это в особенности Европейский модель права торговых товариществ и обществ – юридическая мера, которая в настоящее время представляет собой самое важное орудие, с помощью которого разные системы права торговых товариществ и обществ членских государств могут приблизиться друг к другу.

* Автор является аспирантом II года стационарной студии в области юридических наук в Кафедре Права публичных финансов на Факультете Права и Администрации Университета им. Николая Коперника в Торуне. Он получил научный опыт в университетах и школах в нескольких странах Европы. Он является автором научных публикаций в области налогового и международного частного права.

(Пер. Катажина Барановска)

RIASSUNTO

Błażej Kuźniacki*

Il processo di armonizzazione del diritto societario nell'Unione Europea

Il presente articolo costituisce una sintetica descrizione del processo di armonizzazione del diritto societario a partire dalla costituzione della Comunità Europea ed abolizione della suddivisione in parti (vale a dire a partire dall'entrata in vigore del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea).

In base a quanto scritto nell'articolo è possibile concludere che il processo di armonizzazione del diritto societario ha incontrato, sin dal suo esordio, problemi di natura politica, economica e giuridica dovuti alla mancata univocità consensuale da parte di tutti gli stati membri al momento dell'approvazione delle successive direttive. Di conseguenza, alcune importanti parti del diritto societario non sono mai state armonizzate all'interno delle CEE/UE. Nell'articolo si cerca di indicare le risoluzioni giuridiche alternative in grado di armonizzare tale diritto. Si pensa qui alle risoluzioni giuridiche non impegnative ed in particolare al Diritto Societario Europeo – tramite il quale diversi diritti societari degli stati membri vengono resi correlati.

* L'autore è dottorando al secondo anno di Dottorato in Scienze Giuridiche presso la Cattedra della Legge delle Finanze Pubbliche (Facoltà di Giurisprudenza ed Amministrazione) dell'Università di Mikołaj Kopernik di Toruń. Ha maturato la sua esperienza scientifica e professionale presso numerosi istituti nazionali ed esteri come ad esempio: Universitetet i Bergen, Lisbon Law School – University of Lisbon, IBFD ad Amsterdam, University of Economics and Business a Vienna, CDiSP (Centro di documentazione e di studi sulle imposte) di Łódź nonché KPMG (una rete internazionale di ditte di carattere uditivo e consultivo) e CMS di Varsavia. È autore di pubblicazioni di carattere giuridico inerenti alla legge sulle imposte ed al diritto privato internazionale.

(trad. Lucyna Marcol)

Odpowiedzialność likwidatorów spółki z ograniczoną odpowiedzialnością na podstawie art. 299 § 1 KSH

1. Odpowiedzialność z art. 299 KSH – wprowadzenie

Przepis art. 299 § 1 KSH¹ stanowi podstawę szczególnego rodzaju odpowiedzialności cywilnoprawnej, którą objęci są funkcjonariusze w spółkach z ograniczoną odpowiedzialnością (na podstawie art. 11 ust. 1 ustawy o europejskim zgrupowaniu interesów gospodarczych i spółce europejskiej² przepis art. 299 § 1 KSH stosuje się odpowiednio do zarządców EZIG, a na podstawie art. 97 § 2 KSH przepis art. 299 § 1 KSH stosuje się także odpowiednio do członków zarządu spółki partnerskiej). Założenia konstrukcyjne tego przepisu zostały wykorzystane przez ustawodawcę także w sferze odpowiedzialności za zobowiązania podatkowe (art. 116 i 116a Ordynacji podatkowej³) spółek kapitałowych i innych osób prawnych. Odpowiedzialność ta w obecnym kształcie wywodzi się z oryginalnego polskiego rozwiązania legislacyjnego, przyjętego przez ustawodawcę przedwojennego m.in. w art. 298 KH⁴.

Przepis art. 299 KSH reguluje kwestię odpowiedzialności członków zarządu za zobowiązania spółki z o.o. wobec jej wierzycieli w przypadku bezskuteczności egzekucji z majątku spółki. Odpowiedzialność członka zarządu ma charakter osobisty, akcesoryjny, solidarny ze spółką i posiłkowy⁵. Członek zarządu może

* Autor jest studentem IV roku prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu. Współpracuje z Instytutem Allerhanda w Krakowie oraz kancelarią Sójka&Maciak Adwokaci sp.k. w Poznaniu. Interesuje się zagadnieniami prawa spółek (w szczególności organami i ich uchwałami oraz odpowiedzialnością cywilnoprawną), prawa i postępowania cywilnego oraz prawa energetycznego.

¹ Ustawa z dnia 15.09.2000 r. – Kodeks spółek handlowych, Dz.U. z 2000 r., Nr 94, poz. 1037 z późn. zm.

² Ustawa z dnia 4.03.2005 r. o europejskim zgrupowaniu interesów gospodarczych i spółce europejskiej, Dz.U. z 2005 r., Nr 62, poz. 551 z późn. zm.

³ Ustawa z dnia 29.08.1997 r. – Ordynacja podatkowa, Dz.U. z 1997 r., Nr 137, poz. 926 z późn. zm.

⁴ Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 27.06.1934 r. – Kodeks handlowy, Dz.U. z 1934 r., Nr 57, poz. 502 z późn. zm.

⁵ Por. A. Kappes, *Odpowiedzialność członków zarządu za zobowiązania spółki z o.o.*, Warszawa 2009, s. 228 i n.; A. Karolak, [w:] A. Karolak, A. Mariański i in., *Odpowiedzialność członków zarządu spółki z o.o.*, Warszawa 2006, s. 113.

uwolnić się od odpowiedzialności, jeżeli wykaze, że we właściwym czasie zgłoszono wniosek (niezależnie od tego, kto taki wniosek zgłosił) o ogłoszenie upadłości spółki (przepis stanowi także o wszczęciu postępowania układowego, jednak w związku z wejściem w życie 1.10.2003 r. nowej ustawy Prawo upadłościowe i naprawcze⁶ postępowanie układowe zostało zniesione i zastąpione upadłością z możliwością zawarcia układu). Pozostałe przesłanki zwalniające członka zarządu z omawianej odpowiedzialności to: brak winy w niezgłoszeniu wniosku o ogłoszenie upadłości lub wykazanie, że pomimo niezgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości, wierzyciel nie poniósł szkody. Pojęcie szkody zawarte w treści art. 299 § 2 KSH ma inne znaczenie niż to zawarte w treści art. 361 § 2 KC⁷ i oznacza pogorszenie możliwości zaspokojenia wierzyciela spółki będące skutkiem niezgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości we właściwym czasie⁸.

Odpowiedzialność z art. 299 § 1 KSH jest przedmiotem licznych rozważań doktrynalnych oraz wypowiedzi judykatury. Trudno znaleźć w polskim prawie prywatnym inną jednostkę redakcyjną aktu normatywnego, która doczekałaby się tak bogatego dorobku orzeczniczego. Największe wątpliwości wywołuje z pewnością sam charakter tejże odpowiedzialności. Część doktryny przyjmuje pogląd o gwarancyjnym jej charakterze⁹, jednak sądy w zdecydowanej większości przyjmują w tym względzie teorię odszkodowawczą¹⁰. Obecne prace legislacyjne, prowadzone przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Cywilnego, mogą doprowadzić do ostatecznego rozstrzygnięcia tej kwestii¹¹. Przedstawiony przez Komisję projekt nowelizacji kodeksu, przewidujący odszkodowawczy charakter odpowiedzialności

⁶ Ustawa z dnia 28.02.2003 r. – Prawo upadłościowe i naprawcze, Dz.U. z 2003 r., Nr 60, poz. 535 z późn. zm.

⁷ Ustawa z dnia 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny, Dz.U. z 1964 r., Nr 16, poz. 93 z późn. zm.

⁸ Zob. A. Kidyba, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz. Tom I*, Warszawa 2007, s. 1212; A. Karolak, *Odpowiedzialność członków zarządu za zobowiązania spółki z o.o. na podstawie art. 299 KSH*, PrSp 2002/9, s. 24.

⁹ Zob. A. Kappes, dz. cyt., s. 176 i n.; T. Siemiątkowski, [w:] S. Sołtysiński (red.), *System prawa prywatnego. Tom 17a. Prawo spółek kapitałowych*, Warszawa 2010, s. 634 i n.; A. Kidyba, *Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością. Komentarz*, Warszawa 2009, komentarz do art. 299, Nb. 2; M. Gutowski, *Charakter prawny i zakres przedmiotowy odpowiedzialności członków zarządu spółki z o.o. na podstawie art. 299 k.s.h.*, PPH 2008/11, s. 24 i n.

¹⁰ Zob. P. Granecki, *Odpowiedzialność członków zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością na podstawie art. 298 k.h.*, PPH 2000/1, s. 29; K. Strzelczyk, [w:] J.P. Naworski, K. Strzelczyk, T. Siemiątkowski, R. Potrzeszcz, *Komentarz do kodeksu spółek handlowych. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością*, Warszawa 2001, s. 641; orzeczenie SN z dnia 7.11.2008 r., III CZP 72/08, OSNC 2009/2, poz. 20; uchwała SN z dnia 19.11.2008 r., III CZP 94/08, niepubl.

¹¹ A. Opalski, K. Oplustil i in., *Projekt reformy struktury majątkowej spółki z o.o.*, PPH 2010/12, s. 10.

z art. 299 § 1 KSH, od razu stał się jednak przedmiotem burzliwej dyskusji przedstawicieli nauki i praktyki prawa¹².

2. Zakres podmiotowy odpowiedzialności z art. 299 § 1 KSH

Istotne kontrowersje w literaturze i orzecznictwie wywołują również kwestie związane z zakresem podmiotowym odpowiedzialności z art. 299 § 1 KSH¹³. Przepis wyraźnie stanowi, że odpowiedzialność w nim przewidzianą ponoszą członkowie zarządu spółki z o.o. Sama treść art. 299 KSH nie pozwala jednak na odtworzenie wszystkich norm prawnych odnoszących się do odpowiedzialności funkcjonariuszy za zobowiązania spółki. Rozstrzygnięcie sporów o zakres podmiotowy tej odpowiedzialności wymaga interpretacji nie tylko art. 299 KSH, ale i innych jednostek redakcyjnych kodeksu.

Wśród wyzwań, jakie stawia się doktrynie i judykaturze w kwestii zakresu podmiotowego odpowiedzialności wynikającej z przepisu art. 299 § 1 KSH, wyróżnić można przede wszystkim problemy przypisania odpowiedzialności: odwołanym członkom zarządu, osobom powołanym do zarządu, a nieujawnionym w rejestrze, wspólnikom¹⁴, prokurentom, tzw. zarządom faktycznym (*shadow directors, dirigeants de fait*)¹⁵ oraz likwidatorom. Ostatnimi czasy to właśnie odpowiedzialność likwidatorów była przedmiotem największych kontrowersji. *Prima facie* wydawać by się mogło, że likwidatorzy spółki z o.o., niewymienieni obok członków zarządu w treści art. 299 § 1 KSH, odpowiedzialności za zobowiązania spółki nie ponoszą. Jak jednak wskazałem powyżej, analiza tego zagadnienia wymaga dokonania wykładni nie tylko art. 299 KSH, ale również sięgnięcia do innych przepisów kodeksu.

Proces interpretacyjny powinien obejmować następujące fazy: porządkującą, rekonstrukcyjną i percepcyjną; a w obrębie tej ostatniej etapy wykładni językowej, systemowej oraz funkcjonalnej, tak aby mogło dojść do odtworzenia jednoznacznej

¹² Zob. W.J. Katner, A. Kappes, Ł. Janeta, *Kontrowersyjny projekt reformy struktury majątkowej spółki z ograniczoną odpowiedzialnością*, PPH 2011/4, s.14-17; R. Pabis, *Projekt reformy przepisów o spółce z o.o. – głos w dyskusji*, PPH 2011/7, s. 20-24.

¹³ Por. A. Kappes, dz. cyt., s. 125 i n.; A. Kidyba, *Spółka...*, dz. cyt., komentarz do art. 299, Nb. 3.

¹⁴ Por. J. Trzebiński, *Odpowiedzialność organizacyjna wspólników i członków organów spółek handlowych*, Warszawa 2004, s. 61-65; wyrok SN z dnia 14.02.2003 r., IV CKN 1779/00, OSNC 2004/5, s. 79 i n.

¹⁵ Por. wyrok SN z dnia 27.11.1936 r., I C 273/36, OSNC 1937/11, s. 407; wyrok SA w Katowicach z dnia 20.12.2001 r., I ACa 886/01, „Prawo Gospodarcze” 2002/9, s. 60; M. Romanowski, *W sprawie spółki z o.o. light i efektywności kapitału zakładowego*, PPH 2010/1, s. 7-9; M. Saczywko, *O zasadności rozszerzenia odpowiedzialności z art. 299 k.s.h. na tzw. zarządców faktycznych*, „Zeszyty Stowarzyszenia Naukowego Prawa Prywatnego” 2012/1, s. 71 i n.

normy postępowania¹⁶. Przystąpienie do procesu interpretacji przepisów powinno zostać poprzedzone skrótowym porównaniem kompetencji oraz pozycji prawnej likwidatora i członka zarządu w spółce z o.o.

3. Likwidator a członek zarządu w spółce z o.o.

Zarówno likwidator, jak i członek zarządu to osoby fizyczne¹⁷, którym w określonej sytuacji przysługują kompetencje w zakresie prowadzenia spraw spółki z o.o. i jej reprezentacji w stosunkach z osobami trzecimi.

Normatywnym źródłem kompetencji członków zarządu, będących piastunami organu wykonawczego spółki (zarządu), jest norma wyrażona w przepisie art. 201 § 1 KSH. Powyższe kompetencje obejmują okresy trwania następujących etapów „cyklu organizacyjnego” spółki z o.o.:

- a) spółki w organizacji (z zastrzeżeniem, że do czasu ustanowienia zarządu spółkę w organizacji reprezentuje pełnomocnik, powołany jednomyślną uchwałą wspólników – art. 161 § 2 KSH)¹⁸,
- b) spółki wpisanej już do rejestru, która nie została postawiona w stan likwidacji lub co do której nie orzeczono o ogłoszeniu jej upadłości (kompetencje do prowadzenia spraw i reprezentacji spółki w takiej sytuacji przysługują zarządowi jedynie w przypadku ogłoszenia upadłości z możliwością zawarcia układu, jeżeli sąd nie pozbawił upadłego zarządu majątkiem)¹⁹.

W spółkach kapitałowych znajduje zastosowanie zasada domniemania kompetencji zarządu²⁰ w przedmiocie prowadzenia spraw spółki. Zostaje ona przełamana jedynie w nielicznych przypadkach (przykładowo można wymienić art. 228 KSH, zawierający wyliczenie spraw, w których niezbędne jest podjęcie uchwały przez wspólników).

¹⁶ Zob. Z. Radwański, M. Zieliński, [w:] M. Safjan (red.), *System prawa prywatnego. Tom 1. Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2007, s. 426-427; M. Zieliński, *Wykładnia prawa. Zasady, reguły, wskazówki*, Warszawa 2010, s. 325-343.

¹⁷ Art. 18 § 1 KSH stanowi, że członkiem zarządu i likwidatorem (spółki kapitałowej) może być tylko osoba fizyczna mająca pełną zdolność do czynności prawnych. Nie mogą pełnić wskazanych funkcji osoby skazane prawomocnym wyrokiem za przestępstwa wymienione w art. 18 § 2 KSH.

¹⁸ Por. A. Barczak-Oplustil, K. Oplustil, *Spółki kapitałowe w stadium organizacji*, Warszawa 2002, s. 146; M. Trzebiatowski, *Spółka z o.o. w organizacji*, Lublin 2000, s. 412-413.

¹⁹ F. Zedler, [w:] A. Koch, J. Napierała, *Prawo spółek handlowych*, Warszawa 2011, s. 76.

²⁰ Por. A. Szajkowski, M. Tarska, A. Szumański, [w:] S. Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz do art. 1-633*, Warszawa 2005, komentarz do art. 201, Nb. 39.

Likwidator, podobnie jak członek zarządu, jest podmiotem powołanym do prowadzenia spraw i reprezentacji spółki (art. 283 § 1 KSH), jednak wyłącznie w okresie jej likwidacji, tj. od momentu rozwiązania spółki do jej wykreślenia z rejestru. Odmienne niż w przypadku członków zarządu, kompetencje likwidatorów są istotnie ograniczone przez cel likwidacji i obejmują przede wszystkim tzw. czynności likwidacyjne, wymienione w art. 282 § 1 KSH, polegające na: zakończeniu bieżących interesów spółki, ściągnięciu wierzytelności, wypełnieniu zobowiązań spółki i upłynnieniu jej majątku. Nowe interesy mogą być wszczynane przez likwidatorów jedynie wówczas, gdy jest to potrzebne do ukończenia spraw w toku (art. 282 § 1 zd. 2 KSH). Ograniczenie kompetencji likwidatorów, wyznaczone przez zakres pojęciowy czynności likwidacyjnych, nie wywołuje jednak negatywnych skutków prawnych wobec osób trzecich działających w dobrej wierze, gdyż, zgodnie z domniemaniem z art. 283 § 3 KSH, czynności podjęte przez likwidatorów wobec takich osób uważa się za czynności likwidacyjne²¹.

Istotną różnicą w statusie prawnym likwidatora i członka zarządu jest ich pozycja w strukturze korporacyjnej spółki. Członek zarządu jest piastunem organu spółki (zarządu). Zgodnie z art. 38 KC w zw. z art. 2 KSH, spółka (jako osoba prawna) działa przez swoje organy. Przyjęcie założeń teorii organów implikuje stwierdzenie, że członek zarządu, działając w graniach swoich kompetencji i w sposób przewidziany w ustawie oraz umowie spółki, działa jako spółka (za spółkę, nie zaś jedynie w imieniu spółki)²². Odmienne kształtuje się status likwidatorów. Zgodnie z dominującym w doktrynie poglądem, likwidator nie jest organem spółki kapitałowej. Niektórzy autorzy próbują przypisywać mu status *quasi-organu* albo organu o szczególnym charakterze²³, jednak bardziej odpowiednie jest tutaj odniesienie się do teorii przedstawicielstwa. Likwidatora należy zaliczyć do kategorii przedstawicieli ustawowych spółki²⁴.

Źródłem umocowania członka zarządu do działania za spółkę może być jedynie akt powołania przez zgromadzenie wspólników lub inny uprawniony do tego podmiot²⁵. Źródłami umocowania likwidatora mogą być: ten sam akt, który jest źródłem umocowania członka zarządu (w przypadku, gdy likwidatorem

²¹ Zob. A. Szajkowski, M. Tarska, [w:] S. Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja, dz. cyt., komentarz do art. 283, Nb. 23-25; T. Dziurzyński, [w:] T. Dziurzyński, Z. Fenichel, M. Honzatko, *Kodeks handlowy. Komentarz*, Łódź 1992, s. 448.

²² Por. Z. Radwański, *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2009, s. 183.

²³ Zob. I. Weiss, [w:] J. Frąckowiak, A. Kidyba, K. Kruczałak, W. Pyziół, I. Weiss, *Kodeks handlowy. Komentarz*, Warszawa 1999, s. 146; W. Popiołek, [w:] J.A. Strzępka (red.), *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, Warszawa 2012, komentarz do art. 466, Nb. 1; M. Bielecki, *Relacje pomiędzy spółką z o.o. a jej likwidatorem*, PrSp 2007/9, s. 2.

²⁴ Por. K. Kopaczyńska-Pieczniak, [w:] A. Kidyba (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom I*, Warszawa 2009, s. 556; A. Kidyba, *Prawo handlowe*, Warszawa 2010, s. 117.

²⁵ Art. 201 § 4 KSH.

zostaje, z momentem otwarcia likwidacji, dotychczasowy członek zarządu); uchwała wspólników lub decyzja innego uprawnionego przezeń podmiotu; postanowienie umowy spółki „na wypadek likwidacji”; czy wreszcie prawomocne orzeczenie sądu powołujące daną osobę na likwidatora. Likwidator jest traktowany, odmiennie niż członek zarządu, jako osoba niebędąca elementem struktury organów spółki (piastunem czy samym organem), stąd czynności prawne (głównie czynności likwidacyjne) są dokonywane przez niego w imieniu spółki (a nie za spółkę)²⁶. Ta szczególna pozycja likwidatora wiąże się z celem jego działalności na rzecz spółki, którym jest zakończenie jej bytu prawnego²⁷.

Na tle powyższych rozważań, dotyczących statusu członka zarządu i likwidatora w spółce z o.o., można przystąpić do rozpatrywania kwestii odpowiedzialności likwidatorów za zobowiązania spółki na podstawie art. 299 § 1 KSH. W tym względzie należy wyróżnić dwa przeciwstawne poglądy. Zwolennicy pierwszego z nich wyłączają możliwość pociągnięcia likwidatora do odpowiedzialności cywilnoprawnej za zobowiązania spółki z o.o., formułując ewentualnie postulaty *de lege ferenda*²⁸. Zwolennicy drugiego dowodzą, że likwidator spółki z o.o. jest objęty zakresem podmiotowym przepisu art. 299 § 1 KSH, i nie widzą potrzeby interwencji ustawodawcy w tym zakresie²⁹.

4. Argumenty uzasadniające niestosowanie do likwidatorów przepisu art. 299 § 1 KSH

Pogląd negujący odpowiedzialność likwidatorów na podstawie art. 299 § 1 KSH był prezentowany przez niektórych przedstawicieli doktryny, którzy jednak nie zawsze podejmowali się dogłębnej analizy stanu prawnego uzasadniającego jego przyjęcie³⁰. Nieobjęcie likwidatorów zakresem podmiotowym odpowiedzialności z art. 299 § 1 KSH było również przyjmowane powszechnie w orzecznictwie sądowym na początku XXI wieku. Stanowisko takie zajął m.in. SN w wyrokach z 9.06.2006 r. (IV CK 415/05)³¹ i 6.07.2007 r. (III CSK 2/07)³². Uzasadnienie takiego rozwiązania opierało się przede wszystkim na rezultacie

²⁶ Zob. K.A. Dadańska, *Działanie osoby prawnej*, Warszawa 2006, s. 361 i n.

²⁷ M. Borkowski, *Reprezentacja spółki z ograniczoną odpowiedzialnością*, Warszawa 2009, s. 128. Zob. J. Namitkiewicz, J. Stecki, *Likwidacja spółki akcyjnej według polskiego prawa akcyjnego*, Warszawa 1933, s. 65 i n.

²⁸ A. Karolak, [w:] A. Karolak, A. Mariański i in., dz. cyt., s. 89. Por. A. Kappes, dz. cyt., s. 145.

²⁹ Tamże, s. 140 i n. Por. A. Kidyba, *Kodeks spółek...*, dz. cyt., s. 1208-1209.

³⁰ Zob. A. Karolak, [w:] A. Karolak, A. Mariański i in., dz. cyt., s. 89-90.

³¹ Wyrok SN z dnia 9.06.2006 r., IV CK 415/05, „Głosa” 2007/4, s. 15 i n.

³² Wyrok SN z dnia 6.07.2007 r., III CSK 2/07, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Cywilna – Zbiór Dodatkowy” 2008/3, s. 63 i n.

wykładni językowej oraz systemowej przepisów KSH, jak również na tezie o wyjątkowym charakterze przepisu art. 299 § 1 KSH.

Przedstawiając stanowisko, zgodnie z którym odpowiedzialnością z art. 299 § 1 KSH są objęci wyłącznie członkowie zarządu (a już nie np. likwidatorzy), rozpocząć należy od genezy wskazanej instytucji. Jak już wspomniałem wyżej, przepis art. 299 § 1 KSH opiera się na oryginalnym polskim rozwiązaniu legislacyjnym. Ustawodawca polski w okresie międzywojennym wprowadził podobny przepis już w dekrete z dnia 8.02.1919 r. o spółkach z ograniczoną odpowiedzialnością³³. W tym i w kolejnych aktach prawnych zawierających przepisy o spółce z o.o. posługiwano się pojęciem „zarządca”. Zakres tego terminu jest z pewnością szerszy niż termin „członek zarządu”. Jeśli (hipotetycznie) obecny ustawodawca zmieniłby brzmienie art. 299 § 1 KSH, zastępując pojęcie członka zarządu pojęciem zarządcy, wtedy doprowadziłoby to do sytuacji, w której objęcie hipotezą normy zawartej w tym przepisie także np. likwidatorów czy tzw. zarządców faktycznych nie wymagałoby sięgania do innych przepisów ustawy w procesie interpretacji. W kontekście historycznym wydaje się jednak, że odejście od pojęcia „zarządca” na rzecz pojęcia „członek zarządu” w KH z 1934 r. miało jedynie charakter porządkujący i wprowadzało termin dostosowany do ówczesnego języka prawnego (aktualny także na gruncie obecnego ustawodawstwa)³⁴.

W związku z obecną treścią art. 299 § 1 KSH, który *expressis verbis* wymienia jedynie członków zarządu, należy przyjąć, iż bezpośrednio ze wskazanego przepisu można wywodzić odpowiedzialność jedynie tych osób, które aktualnie pełnią funkcję członka zarządu (czyli zostały prawidłowo powołane, a ich mandat nie wygasł), jak również osób, które pełniły funkcję członka zarządu w czasie, w którym zaistniał stan bezskuteczności egzekucji (i zaktualizował się obowiązek złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości)³⁵. Bezpośrednio z treści art. 299 § 1 KSH nie można wywodzić odpowiedzialności ani likwidatorów, ani tzw. zarządców faktycznych³⁶. Inne przepisy ustawy mogą jednak zawierać odesłanie do

³³ Dekret z dnia 8.02.1919 r. – o spółkach z ograniczoną odpowiedzialnością, Dz.U. z 1919 r., Nr 15, poz. 201.

³⁴ Por. A. Szajkowski, M. Tarska, A. Szumański, [w:] S. Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja, dz. cyt., komentarz do art. 201, Nb. 6-7.

³⁵ Zob. A. Kappes, dz. cyt., s. 74-78; T. Siemiątkowski, *Odpowiedzialność cywilnoprawna w spółkach kapitałowych*, Warszawa 2007, s. 210-213; wyrok SN z dnia 17.01.2007 r., II CSK 322/06, „Glosa” 2007/4, s. 17.

³⁶ Ustawodawcy w niektórych krajach europejskich wyraźnie przewidują odpowiedzialność tzw. zarządców faktycznych obok odpowiedzialności członków zarządu (zarządców prawnych). W prawie holenderskim odpowiedzialność zarządców za zobowiązania spółki z o.o. (*besloten vennootschap*) przewidują przepisy art. 2:248 Burgerlijk Wetboek (Kodeksu cywilnego) z 1.01.1992 r., Boek 2. (Księga 2), Stb. 1991, No 600. Por. J.H.P.M. Raaijmakers, *Bestuurdersaansprakelijkheid*, Deventer 2010, p. 48-50. W prawie francuskim odpowiedzialność zarządców faktycznych (*dirigeants de fait*) spółek z o.o. (*société*

art. 299 KSH (odesłanie do konkretnego przepisu bądź ogólne, nakazujące stosować przepisy o członkach zarządu czy o odpowiedzialności członków zarządu). Przepisem takim jest właśnie art. 280 KSH, nakazujący stosowanie do likwidatorów spółki z o.o. przepisów o członkach zarządu, chyba że przepisy rozdziału o rozwiązaniu i likwidacji spółki z o.o. stanowią inaczej. Argumenty związane ze stosowaniem tego przepisu w odniesieniu do odpowiedzialności z art. 299 § 1 KSH zostaną przedstawione w punkcie poniżej.

Istotnym argumentem przeciwników objęcia hipotezą normy wyrażonej w art. 299 § 1 KSH likwidatorów spółki z o.o., jest wynik wykładni systemowej, której przedmiotem są przepisy statuujące odpowiedzialność odszkodowawczą członków organów i likwidatorów spółki z o.o. Pominięcie w hipotezie art. 299 § 1 KSH likwidatorów jako podmiotów odpowiedzialnych za zobowiązania spółki jest konfrontowane z treścią art. 293 § 1 KSH, ustanawiającego odpowiedzialność odszkodowawczą funkcjonariuszy wobec spółki za szkodę wyrządzoną działaniem lub zaniechaniem sprzecznym z prawem lub postanowieniami umowy spółki³⁷. Przepis art. 293 § 1 KSH wymienia, obok członków rady nadzorczej i komisji rewizyjnej, także członków zarządu i likwidatorów. Podobne rozwiązanie przyjął ustawodawca także w przepisach ustanawiających odpowiedzialność karną w spółkach handlowych. Przykładowo w art. 586, 588 czy 589 KSH obok członków zarządu wymienieni są likwidatorzy spółki. Brzmienie wskazanych wyżej przepisów jest, zdaniem zwolenników tezy, iż likwidatorzy nie są objęci hipotezą normy wyrażonej w art. 299 § 1 KSH, dowodem na to, że ustawodawca świadomie wyłączył możliwość pociągnięcia ich do odpowiedzialności za zobowiązania spółki w przypadku bezskuteczności egzekucji z jej majątku³⁸. SN w wyroku z dnia 6.07.2007 r. wyraźnie stwierdza, że „gdyby [...] likwidator spółki miał odpowiadać na podstawie art. 299 § 1 KSH – podobnie jak odpowiada na podstawie art. 293 § 1 KSH – zostałby wymieniony jako podmiot odpowiedzialny obok członka zarządu³⁹”. Ze wskazanym twierdzeniem, którego implikacją jest teza samego wyroku SN, nie sposób się zgodzić, z uwagi na treść przepisu art. 280 KSH. Stwierdzić natomiast należy, że umieszczenie przez ustawodawcę likwidatorów *expressis verbis* w treści art. 293 § 1 KSH obok członków zarządu jest zabiegiem zbędnym i stanowiącym, w kontekście odesłania z art. 280 KSH, *superfluum* ustawowe⁴⁰. Ponadto, wskazane stanowisko SN oparte zostało na rezultacie wykładni językowej i systemowej, pominięto natomiast

à *responsabilité limitée*) przewiduje artykuł L651-2 Code de commerce (Kodeksu handlowego), modifié par Ordonnance n° 2010-1512 du 9.12.2010 – art. 6.

³⁷ Por. A. Kappes, dz. cyt., s. 141; wyrok SN z dnia 17.01.2007 r., dz. cyt., s. 18-19; J. Szewczyk, *Glosa do uchwały SN z dnia 28 lutego 2008 r., III CZP 143/07*, Lex el. 2011.

³⁸ Zob. R. Pabis, *Spółka z o.o. Komentarz*, Warszawa 2006, s. 624.

³⁹ Wyrok SN z dnia 6.07.2007 r., III CSK 2/07, dz. cyt., s. 66. Por. W. Wyrzykowski, *Glosa do uchwały SN z dnia 28.02.2008 r., III CZP 143/07*, OSP 2009/6, s. 476.

⁴⁰ Por. J. Szewczyk, dz. cyt.; A. Kappes, dz. cyt., s. 141-142.

funkcjonalny etap interpretacji przepisów, co jest niezgodne z podstawowym założeniem derywacyjnej koncepcji wykładni prawa⁴¹.

Przeciwnicy stanowiska dopuszczającego odpowiedzialność likwidatorów z art. 299 § 1 KSH przekonują również, że niedopuszczalne jest dokonywanie wykładni rozszerzającej przepisu stanowiącego wyjątek⁴². Uznać należy, że przepis art. 299 § 1 KSH ma charakter wyjątkowy, z uwagi na to, że przewiduje odpowiedzialność osób trzecich za zobowiązania spółki (regułą jest, że spółka z o.o. jako osoba prawna sama odpowiada za swoje zobowiązania). Ponadto, ustanawia on odpowiedzialność bardzo surową, o treści niespotykanej w innych przepisach statuujących odpowiedzialność cywilnoprawną. Wyjątkowy charakter odpowiedzialności z art. 299 § 1 KSH nie uzasadnia jednak zastosowania w kwestii odpowiedzialności likwidatorów reguły *exceptiones non sunt extendendae*. Reguła ta ustępuje w tym przypadku dyrektywom wykładni językowej i funkcjonalnej, opartym na założeniu racjonalności ustawodawcy i spójnych podstawach aksjologicznych stanowionego przezeń prawa. Istotne znaczenie ma w tym kontekście *ratio legis* przepisu art. 299 § 1 KSH, jaką jest ochrona wierzycieli⁴³. Wątpliwości natury aksjologicznej budzi, moim zdaniem, stanowisko odmawiające wierzycielom stosownej ochrony w przypadku, gdy dłużnikiem przysługujących im wierzytelności jest spółka w likwidacji, a do powstania lub pogłębienia się stanu niewypłacalności doprowadzili jej likwidatorzy⁴⁴.

5. Argumenty uzasadniające stosowanie do likwidatorów przepisu art. 299 § 1 KSH

Stanowisko aprobowane objęcie likwidatorów zakresem podmiotowym odpowiedzialności z art. 299 § 1 KSH było obecne w doktrynie już na gruncie KH. W obecnym stanie prawnym potwierdzano je niejednokrotnie w komentarzach i innych opracowaniach doktrynalnych⁴⁵. SN potwierdził jego zasadność w dwóch

⁴¹ Por. S. Wronkowska, Z. Ziemiński, *Zarys teorii prawa*, Poznań 1997, s. 164 i n.; M. Zieliński, *Interpretacja jako proces dekodowania tekstu prawnego*, Poznań 1972, s. 30 i n.; Z. Radwański, *Uwagi o wykładni prawa cywilnego*, RPEiS 2009/1, s. 9 i n.

⁴² W. Wyrzykowski, dz. cyt., s. 477.

⁴³ Zob. S. Buczkowski, *Ograniczona odpowiedzialność przedsiębiorcy. Studium prawnohandlowe*, Warszawa 1937, s. 34-36; R. Szczepaniak, *Nadużycie prawa do posługiwania się formą osoby prawnej*, Toruń 2009, s. 232-233; A. Kappes, dz. cyt., s. 27-28.

⁴⁴ Odmienne: W. Wyrzykowski, dz. cyt., s. 477.

⁴⁵ Zob. A. Kidyba, *Kodeks spółek...*, dz. cyt., s. 1208-1209; J.P. Naworski, [w:] T. Siemiątkowski, R. Potrzeszcz (red.), *Kodeks spółek handlowych. Komentarz. Tytuł III. Spółki kapitałowe. Dział I. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością. Tom 2*, Warszawa 2011, s. 626; M. Rodzyńkiewicz, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 568; S. Sołtyński, *Odpowiedzialność zarządców za długi spółki z o.o.*, „Rzeczpospolita” 2007-11-14, s. C5; A. Kappes, dz. cyt., s. 140-141.

uchwałach: pierwszej, podjętej w składzie trzech sędziów, z dnia 28.02.2008 r. (III CZP 143/07)⁴⁶, i drugiej, podjętej w składzie siedmiu sędziów, z dnia 28.01.2010 r. (III CZP 91/09)⁴⁷.

Uzasadnienie twierdzenia, że odpowiedzialność z art. 299 § 1 KSH ponoszą, obok członków zarządu, także likwidatorzy spółki z o.o., wymaga przeprowadzenia procesu wykładni w zasadzie dwóch przepisów KSH.

W pierwszej kolejności rozważyć należy treść normatywną przepisu art. 280 KSH, który nakazuje stosować do likwidatorów przepisy dotyczące członków zarządu, chyba że przepisy „niniejszego rozdziału” stanowią inaczej. „Niniejszy rozdział”, o którym mowa w treści art. 280 KSH, to rozdział VI („Rozwiązanie i likwidacja spółki”) działu I („Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością”) tytułu III („Spółki kapitałowe”) KSH. Rozdział ten obejmuje przepisy art. 270-290 KSH, a więc art. 299 KSH usytuowany jest poza nim (w rozdziale VII – „Odpowiedzialność cywilnoprawna”). Dostrzec należy, że przepis art. 299 § 1 KSH dotyczy członków zarządu spółki z o.o., a więc mieści się w zakresie odesłania z art. 280 KSH. Przepisy rozdziału VI nie zawierają postanowień o wyłączeniu stosowania przepisów o odpowiedzialności cywilnoprawnej członków zarządu, a tym bardziej samego art. 299 KSH, do likwidatorów⁴⁸. W wyniku literalnej wykładni tych przepisów należy więc przyjąć, że hipoteza normy, nakazująca członkom zarządu ponosić odpowiedzialność za zobowiązania spółki w przypadku bezskutecznej egzekucji z jej majątku, obejmuje w swoim zakresie podmiotowym także likwidatorów.

W tym miejscu porównać również trzeba przepis art. 280 KSH z jego poprzednikiem, jakim był art. 269 KH. Przepis art. 269 KH zawierał odesłanie do konkretnego działu przepisów KH, a mianowicie do działu XI („Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością”)⁴⁹. Na gruncie tej regulacji całkowicie jasne było więc objęcie zakresem odniesienia z art. 269 KH także przepisu art. 298 KH. W obecnym stanie prawnym zakres odniesienia jest podobny (obejmuje wszystkie przepisy o członkach zarządu spółki z o.o., zamieszczone zarówno w tytule III KSH, jak i w przepisach ogólnych dotyczących spółek kapitałowych) i nie ma podstaw do wysuwania argumentów natury historycznej, uzasadniających odmienne niż na gruncie KH rozstrzygnięcie ustawodawcy w kwestii odpowiedzialności likwidatora za zobowiązania spółki z o.o.⁵⁰.

⁴⁶ Uchwała SN z dnia 28.02.2008 r., III CZP 113/07, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Cywilna” 2009/3, s. 38 i n.

⁴⁷ Uchwała SN(7) z dnia 28.01.2010 r., III CZP 91/09, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Cywilna” 2010/6, s. 15 i n.

⁴⁸ Por. A. Kappes, dz. cyt., s. 142; uchwała SN(7) z dnia 28.01.2010 r., III CZP 91/09, dz. cyt., s. 19-20.

⁴⁹ Zob. M. Allerhand, *Kodeks handlowy. Komentarz*, Bielsko-Biała 1998, s. 243-244.

⁵⁰ J. Szewczyk, dz. cyt., Lex el. 2011.

Pewne wątpliwości mogą się jednak pojawić na tym tle w związku z charakterem odesłania z art. 280 KSH. Część przedstawicieli doktryny, w tym autorzy nienegujący tezy o objęciu likwidatorów odpowiedzialnością z art. 299 § 1 KSH, przedstawia argumenty, że art. 280 KSH nakazuje stosować do likwidatorów przepisy dotyczące członków zarządu jedynie odpowiednio, nie zaś wprost. A. Kidyba argumentuje to w ten sposób, iż „[...] nie wszystkie przepisy rozdziału III [...] możemy stosować do likwidatorów⁵¹”. Autor wskazuje przykładowo, że „[...] w przypadku likwidatorów nie można mówić o kadencyjności” (kadencyjność dopuszcza jedynie jako wyjątek od zasady)⁵². A. Kappes twierdzi natomiast, że było „[...] świadomą decyzją ustawodawcy, by przepisy dotyczące członków zarządu były do likwidatorów stosowane wprost, a nie odpowiednio⁵³”. Autor ten konfrontuje art. 280 KSH z art. 269 KH, w którego treści ustawodawca zawarł sformułowanie „o ile nic innego nie wynika [...] z celu likwidacji”. Pogląd niniejszy podzielają także inni przedstawiciele doktryny oraz SN⁵⁴. J. Nowacki, porównując pojęcia „stosowania” i „odpowiedniego stosowania” przepisów, wskazał wręcz, że „[...] w wielu wypadkach prawodawcy nie przypisują zbytnej wagi do samych sformułowań i korzystają z pewnych zwrotów retorycznych czy uświęconych tradycją języka prawnego⁵⁵”. Spór na płaszczyźnie treści art. 280 KSH pozostaje więc nierozstrzygnięty. Znamienne jest jednak, że zarówno zwolennicy tezy o stosowaniu wprost przepisów dotyczących członków zarządu spółki z o.o. do jej likwidatorów, jak i większość opowiadających się za ich stosowaniem odpowiednio – stoją na stanowisku, że art. 299 § 1 KSH w odniesieniu do likwidatorów po prostu znajdzie zastosowanie.

W kontekście odpowiedzialności likwidatorów z art. 299 § 1 KSH należy rozważyć także przesłankę uzasadniającą jej powstanie. Stan bezskuteczności egzekucji może dotyczyć zarówno spółki przed jej rozwiązaniem, reprezentowanej przez zarząd, jak i spółki w likwidacji⁵⁶. W szczególności, stan likwidacji nie wyklucza możliwości zaciągania nowych zobowiązań, o ile jest to niezbędne do ukończenia spraw w toku (granice wyznaczone przez cel postępowania likwidacyjnego). Postawienie spółki w stan likwidacji, odmiennie niż w przypadku ogłoszenia upadłości, nie wywołuje skutków w odniesieniu do wymagalności zobowiązań wierzycieli spółki czy odsetek za opóźnienie. Bez wątpliwości stwierdzić można, że stan bezskuteczności egzekucji może zaistnieć w związku z tym, iż dane zobowiązanie stanie się wymagalne już po rozwiązaniu spółki

⁵¹ A. Kidyba, *Kodeks spółek...*, dz. cyt., s. 1144.

⁵² Tamże.

⁵³ A. Kappes, dz. cyt., s. 143.

⁵⁴ Por. J. Szewczyk, dz. cyt., Lex el. 2011; M. Rodzyńkiewicz, dz. cyt., s. 533; uchwała SN(7) z dnia 28.01.2010 r., III CZP 91/09, dz. cyt., s. 23.

⁵⁵ J. Nowacki, „*Odpowiednie*” stosowanie przepisów prawa, PiP 1964/3, s. 374.

⁵⁶ Por. J. Szewczyk, dz. cyt., Lex el. 2011; A. Kappes, dz. cyt., s. 144.

(w okresie likwidacji), czy też z powodu stopniowego narastania odsetek za opóźnienie w spełnieniu świadczeń pieniężnych. W okresie likwidacji funkcje likwidatorów pełnią najczęściej dotychczasowi członkowie zarządu. Pomimo różnic w zakresie kompetencji tych podmiotów, przed i po otwarciu likwidacji nie ma prawnych ani prakseologicznych argumentów uzasadniających różnicowanie zakresu ich odpowiedzialności za zobowiązania spółki. Zarówno na członkach zarządu, jak i na likwidatorach, jako podmiotach uprawnionych do reprezentowania spółki, ciąży prawny obowiązek zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości w terminie dwóch tygodni od zaistnienia przesłanek określonych w art. 11 PrUpNaprz. Na podstawie art. 20 § 1 pkt. 2 PrUpNaprz każdy członek zarządu i każdy likwidator mogą samodzielnie złożyć taki wniosek do sądu, niezależnie od regulacji (ustawowych lub wewnętrznych) dotyczących zasad reprezentacji spółki⁵⁷. Ponadto, otwarcie likwidacji spółki należy zdecydowanie odróżniać od złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości. Postępowanie upadłościowe, jako egzekucja generalna, prowadzone jest z obligatoryjnym udziałem organu władzy sądowniczej (sąd, sędzia-komisarz), natomiast w postępowaniu likwidacyjnym rola sądu ogranicza się do orzeczenia o rozwiązaniu spółki w przypadkach wskazanych w ustawie i ewentualnie do ustanowienia lub odwołania likwidatorów⁵⁸. Otwarcie likwidacji nie może więc powodować w sferze odpowiedzialności cywilnoprawnej zarządców skutków takich, jak zgłoszenie wniosku o upadłość. Akceptacja stanowiska, zgodnie z którym uzyskanie przez członka zarządu spółki z o.o. statusu likwidatora w wyniku otwarcia likwidacji uniemożliwiałoby pociągnięcie go do odpowiedzialności z art. 299 § 1 KSH w przypadku, gdy stan bezskuteczności egzekucji nastąpił już po otwarciu likwidacji, mogłaby doprowadzić do wykształcenia się praktyki godzącej w interesy wierzycieli⁵⁹. Praktyka ta polegałaby zapewne na tym, że członkowie zarządu, zdając sobie sprawę z niekorzystnego położenia finansowego spółki, celowo doprowadzaliby do podejmowania uchwały o jej rozwiązaniu w celu uniknięcia odpowiedzialności z art. 299 § 1 KSH. W przypadku takim, odmiennie niż w razie ogłoszenia upadłości, członkowie zarządu dalej prowadziliby sprawy spółki, jednak już jako likwidatorzy. Zdaniem J. Szewczyka, sytuacja taka prowadziłaby do powstania „[...] luki w całym spójnym systemie ochrony wierzycieli przed nieuczciwymi zarządcami spółki⁶⁰”. *Ratio legis* przepisu art. 299 § 1 KSH oraz jego wykładnia funkcjonalna w związku z art. 280 KSH także przemawiają więc za tym, że

⁵⁷ Zob. A. Jakubecki, [w:] A. Jakubecki, F. Zedler, *Komentarz do ustawy Prawo upadłościowe i naprawcze*, Kraków 2004, s. 71; S. Gurgul, *Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz*, Warszawa 2011, komentarz do art. 20, Nb. 9.

⁵⁸ Zob. A. Szajkowski, M. Tarska, [w:] S. Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja, dz. cyt., komentarz do art. 271, Nb. 1-10a; A. Kidyba, *Kodeks spółek...*, dz. cyt., s. 1118-1120.

⁵⁹ Por. J. Szewczyk, dz. cyt., Lex el. 2011.

⁶⁰ Tamże.

likwidatorzy spółki z o.o. powinni ponosić odpowiedzialność taką, jak członkowie zarządu.

Kolejne istotne argumenty uzasadniające objęcie hipotezą normy wyinterpretowanej z przepisu art. 299 § 1 KSH także likwidatorów spółki z o.o. zostały zaprezentowane przez Rzecznika Praw Obywatelskich (RPO) we wniosku do SN z dnia 18.08.2009 r. o rozstrzygnięcie przedmiotowego zagadnienia prawnego. Zdaniem RPO, rozbieżności pojawiające się w orzecznictwie sądowym uzasadniały potrzebę ostatecznego rozstrzygnięcia tej kwestii przez SN w uchwale 7 sędziów⁶¹. Uchwała, w swej istocie uwzględniająca argumenty wnioskodawcy, została podjęta 28.01.2010 r. RPO wskazywał, że nieobjęcie likwidatorów zakresem podmiotowym odpowiedzialności z art. 299 § 1 KSH jest wątpliwe z punktu widzenia art. 64 ust. 2 Konstytucji i przewidzianej w nim zasady równych praw majątkowych⁶². W uzasadnieniu uchwały SN nie odniósł się bezpośrednio do tych argumentów RPO, wystarczająca bowiem okazała się wykładnia przepisów KSH, bez potrzeby odniesienia się do norm wyrażonych w przepisach aktu normatywnego hierarchicznie wyższego. Sama istota i sens wskazanej uchwały potwierdzają jednak zasadność tego argumentu przedstawionego przez wnioskodawcę.

Reasumując, już rezultaty wykładni językowej przepisów art. 299 § 1 i 280 KSH przesądzają o tym, że likwidatorzy spółki z o.o. ponoszą odpowiedzialność wskazaną w pierwszym z nich. Rezultaty wykładni systemowej, przedstawione powyżej, także nie stanowią przeszkody dla uzasadnienia tego stanowiska. Doniosłe znaczenie mają ponadto argumenty wynikające z rezultatów wykładni funkcjonalnej, które ostatecznie przesądziły o jednoznacznym rozstrzygnięciu przez SN, w uchwałach podjętych najpierw w składzie trzech, a następnie siedmiu sędziów, kwestii odpowiedzialności likwidatorów za zobowiązania spółki z o.o. na podstawie art. 299 § 1 KSH⁶³.

6. Likwidatorzy ustanowieni przez sąd a odpowiedzialność z art. 299 § 1 KSH

W kontekście odpowiedzialności likwidatorów za zobowiązania spółki z o.o. szczególną uwagę należy zwrócić na pozycję likwidatorów powołanych przez sąd. Z prawnego punktu widzenia kryterium klasyfikacji likwidatorów spółki z o.o. jest sposób ich ustanowienia. W ramach tego podziału można wyróżnić likwidatorów:

⁶¹ Uchwała SN(7) z dnia 28.01.2010 r., III CZP 91/09, dz. cyt., s. 14.

⁶² Tamże, s. 15.

⁶³ Zob. K. Strzelczyk, [w:] T. Siemiątkowski, R. Potrzeszcz (red.), dz. cyt., s. 723; J.A. Strzępka, E. Zielińska, [w:] J.A. Strzępka (red.), dz. cyt., s. 758-764.

- a) byłych członków zarządu, którzy objęli funkcję likwidatorów *ex lege* z chwilą rozwiązania spółki (otwarcia likwidacji),
- b) ustanowionych w umowie spółki na wypadek otwarcia likwidacji (oznaczone osoby, np. wspólnik lub przewodniczący rady nadzorczej)⁶⁴,
- c) powołanych uchwałą zgromadzenia wspólników,
- d) powołanych przez sąd.

Sąd ustanawia likwidatorów spółki z o.o. w dwóch przypadkach: po pierwsze, gdy sam orzeka o rozwiązaniu spółki (na podstawie art. 21 i 271 KSH); po drugie zaś, z ważnych powodów, na żądanie osób mających w tym interes prawny, sąd może odwołać dotychczasowych likwidatorów i ustanowić innych (art. 276 § 4 KSH)⁶⁵. Przepis art. 21 KSH dotyczy fundamentalnych uchybień związanych z samą umową spółki (lub jej brakiem), natomiast art. 271 KSH odnosi się do szczególnych i nadzwyczajnych z punktu widzenia praktyki korporacyjnej sytuacji, w których działalność spółki naruszająca prawo zagraża interesowi publicznemu (wtedy sąd orzeka na żądanie oznaczonego w ustawie organu państwowego – art. 271 pkt 2 KSH) lub osiągnięcie celu spółki stało się niemożliwe, albo zaszły inne ważne przyczyny wywołane stosunkami spółki (wtedy sąd orzeka na żądanie wspólnika lub członka organu spółki – art. 271 pkt 1 KSH).

Z prawnego punktu widzenia przedstawiona wyżej klasyfikacja nie odgrywa dużej roli. Pewne odmienności należy wiązać jedynie z pozycją likwidatorów ustanowionych przez sąd. Trzeba wskazać w tym miejscu, że likwidatorów takich może odwołać tylko sąd (*ergo*: nie mogą być oni odwołani uchwałą wspólników – art. 276 § 2 zd. 2 KSH). Sąd ustanawiający likwidatorów jest obowiązany do określenia ich wynagrodzenia (art. 276 § 5 KSH). Ponadto, inaczej ukształtowany jest zakres samodzielności likwidatorów w stosunkach wewnętrznych spółki, gdyż, zgodnie z art. 282 § 2 zd. 1 KSH, likwidatorzy są obowiązani stosować się, w stosunku wewnętrznym, do uchwał wspólników, jednakże likwidatorzy ustanowieni przez sąd mają obowiązek stosowania się wyłącznie do jednomyślnych uchwał wspólników oraz osób, które spowodowały ich ustanowienie (czyli wnioskodawców z art. 276 § 4 KSH)⁶⁶. Zakres obowiązków każdego likwidatora, niezależnie od prawnej podstawy jego powołania, jest identyczny. Dotyczy to także obowiązku sporządzenia bilansu otwarcia likwidacji czy obowiązku zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości we właściwym czasie (przesłanka zwalniająca z odpowiedzialności z art. 299 § 1 KSH). Doniosłą różnicą w pozycji likwidatorów

⁶⁴ A. Szajkowski, M. Tarska, [w:] S. Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja, dz. cyt., komentarz do art. 276, Nb. 11.

⁶⁵ Zob. J.A. Strzępka, E. Zielińska, [w:] J.A. Strzępka (red.), dz. cyt., komentarz do art. 276, Nb. 3-4; A. Kidyba, *Kodeks spółek...*, dz. cyt., s. 1135-1136.

⁶⁶ Por. M. Borkowski, dz. cyt., s. 128.

ustanowionych przez sąd w porównaniu z innymi jest jednak zakres interesów, jakie faktycznie reprezentują oni w spółce. Należy wskazać, że likwidator ustanowiony przez sąd reprezentuje w pewnej mierze interes publiczny. Jego zadania w dużym stopniu opierają się na potrzebie ochrony współników, a przede wszystkim wierzycieli spółki, w procedurze likwidacyjnej. Takie same zadania przypisuje się zresztą również każdemu innemu likwidatorowi.

W kontekście odpowiedzialności z art. 299 § 1 KSH nie należy, moim zdaniem, różnicować sytuacji prawnej likwidatorów w zależności od podstawy ich ustanowienia. Zakres praw i obowiązków każdego likwidatora jest identyczny. Odmienności wiążą się jedynie z charakterem interesu, jaki, obok interesu spółki, reprezentuje dany likwidator. Każdy z nich jest obowiązany do dokonywania czynności w ramach sprawowanej funkcji zgodnie z kwalifikowanym wzorcem należytej staranności (art. 293 § 2 KSH)⁶⁷. Uprawnienie do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości przysługuje w równym stopniu każdemu z likwidatorów, przez co możliwość uwolnienia się od odpowiedzialności z art. 299 § 1 KSH nie jest w żadnym wypadku utrudniona.

Przykładem rozwiązania legislacyjnego, które przewiduje istotne odrębności w przedmiocie odpowiedzialności likwidatorów ustanowionych przez sąd i pozostałych likwidatorów, jest przepis art. 33 ust. 1 lit. c holenderskiej ustawy z dnia 30.05.1990 r. – *Invorderingswet* (Ustawa o ściąganiu należności podatkowych)⁶⁸, który *expressis verbis* wyłącza likwidatorów ustanowionych przez sędziego (*door de rechter benoemde vereffenaar*) z zakresu podmiotowego odpowiedzialności za należności publicznoprawne osób prawnych, w tym spółek z o.o. (*besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid*). Przepis ten wyraźnie różnicuje kwestię odpowiedzialności likwidatora ustanowionego przez sędziego od innych likwidatorów (np. powołanych uchwałą współników)⁶⁹. Przepis art. 33 ust. 1 lit. c *Invorderingswet*, podobnie jak art. 116 Ordynacji podatkowej, dotyczy jednak odpowiedzialności za należności publicznoprawne. Odpowiednika przepisu art. 299 § 1 KSH w prawie holenderskim można doszukiwać się w zbliżonym doń rozwiązaniu przyjętym w przepisie art. 2:248 *Burgerlijk Wetboek* (Kodeksu cywilnego; dalej: BW)⁷⁰. Przepis ten ustanawia odpowiedzialność zarządców (*bestuurders*) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością⁷¹ za

⁶⁷ Zob. w odniesieniu do członków zarządu (do likwidatorów na podstawie art. 293 § 2 i 280 KSH): wyrok SN z dnia 9.02.1996 r., V CSK 128/05, MoP 2006/5, s. 226 i n.; K. Bilewska, *Bezprawność a niedochowanie należytej staranności w rozumieniu art. 293 KSH*, „Palestra” 2007/3-4, s. 275 i n.

⁶⁸ *Invorderingswet* van 30.05.1990, Stb. 1990, No 221.

⁶⁹ Zob. J.A. Booijs, *Aansprakelijkheid van bestuurders voor belastingsschulden*, Deventer 2003, p. 116-118.

⁷⁰ *Burgerlijk Wetboek* van 1.01.1992, Boek 2., Stb. 1991, No 600.

⁷¹ W odniesieniu do spółki akcyjnej (*naamloze vennootschap*) analogicznym przepisem jest art. 2:138 BW.

zobowiązania spółki w przypadku jej upadłości (*in geval van faillissement*). Odpowiedzialność ta ma charakter posiłkowy, a do jej przesłanek zalicza się niewłaściwe prowadzenie spraw spółki (jako przyczynę niemożności całkowitego zaspokojenia wierzycieli ze środków spółki) oraz uprawdopodobnienie, że owo niewłaściwe prowadzenie spraw było ważną przyczyną ogłoszenia upadłości⁷². Objęcie zakresem podmiotowym przepisu art. 2:248 BW również likwidatorów spółki wynika z przepisu art. 2:23a ust. 1 BW. Stanowi on, że do likwidatorów stosuje się przepisy o odpowiedzialności członków zarządu. Wątpliwości w literaturze wywołuje jednak kwestia odpowiedzialności likwidatorów ustanowionych przez sędziego, gdyż przepis art. 2:248 ust. 7 BW, rozszerzający zakres podmiotowy odpowiedzialności za zobowiązania spółki na tzw. zarządców faktycznych, wyraźnie wyłącza odpowiedzialność zarządcy masy upadłości (*bewindvoerder*) ustanowionego przez sąd. Na tle tego przepisu pojawił się w literaturze holenderskiej pogląd, iż art. 2:248 ust. 7 BW stanowi podstawę do przyjęcia twierdzenia, że także likwidator ustanowiony przez sąd nie odpowiada za zobowiązania spółki na podstawie art. 2:248 ust. 1 BW⁷³. Stanowisko to wywołuje wątpliwości w doktrynie⁷⁴. Na uwagę zasługuje fakt, że ustawodawca holenderski nie zdecydował się na wyraźne wyłączenie odpowiedzialności likwidatorów ustanowionych przez sędziego za zobowiązania cywilnoprawne spółek tak, jak uczynił to w odniesieniu do należności publicznoprawnych.

Postulat *de lege ferenda* odnoszący się do wyłączenia z zakresu podmiotowego przepisu art. 299 § 1 KSH likwidatorów ustanowionych przez sąd wymagałby szczegółowego rozważenia w odrębnym opracowaniu. Wyłączenie takie mogłoby, z jednej strony, skutkować tym, iż każda osoba pełniąca funkcję likwidatora dążyłaby do swoistej legitymizacji swojej pozycji poprzez postanowienie sądu. Rezultatem wprowadzenia takiej regulacji byłby więc zapewne lawinowy wzrost wniosków składanych na podstawie art. 276 § 4 KSH. Z drugiej natomiast strony, pozycja niektórych likwidatorów ustanowionych przez sąd, przede wszystkim osób, które nie były uprzednio związane z działalnością spółki, uzasadnia potrzebę zapewnienia im skuteczniejszej ochrony przed dochodzeniem roszczeń przez wierzycieli spółki. Wziąwszy więc pod uwagę pozycję w spółce niektórych likwidatorów powołanych przez sąd, należy postulować *de sententiae ferenda* bardziej wnikliwe i uwzględniające tę szczególną pozycję badanie przez sądy orzekające w sprawach z art. 299 § 1 KSH przesłanki braku winy takich osób w odniesieniu do niezłożenia we właściwym czasie

⁷² Zob. J.H.P.M. Raaijmakers, dz. cyt., p. 48-49.

⁷³ S.N. de Valk, *Aansprakelijkheid van leidinggevenden*, Groningen 2009, p. 237.

⁷⁴ Zob. H. den Tonkelaar, [w:] J.H. Nieuwenhuis, C.J.J.M. Stolker, W.L. Valk (red.), *Burgerlijk Wetboek. Tekst & Commentaar. Boeken 1-4*, Deventer 2007, p. 679.

wniosku o ogłoszenie upadłości⁷⁵. Ewentualna interwencja legislacyjna w tym zakresie nie byłaby w obecnym stanie prawnym wskazana. Asumptem do rozstrzygnięcia tego zagadnienia przez ustawodawcę mogłoby jednak być wprowadzenie do KSH przepisów o odpowiedzialności tzw. zarządców faktycznych.

7. Podsumowanie

Rozstrzygnięcia SN przesądzające o dopuszczalności i zasadności pociągania likwidatorów spółki z o.o. do odpowiedzialności z art. 299 § 1 KSH należy w pełni zaaprobować. Przemawia za tym zarówno wykładnia językowa przepisów KSH (art. 280 i 299 § 1 KSH, interpretowanych łącznie jako przepisy zawierające elementy jednej normy prawnej), jak i wykładnia systemowa oraz funkcjonalna. Podstawową funkcją odpowiedzialności z art. 299 § 1 KSH jest ochrona wierzycieli spółki w sytuacji jej niewypłacalności (bezskuteczności egzekucji). Całkowicie nieuzasadnione jest zajęcie stanowiska, zgodnie z którym rozwiązanie spółki i otwarcie likwidacji mogłoby stanowić skuteczny sposób na uniknięcie surowej, lecz uzasadnionej aksjologicznie odpowiedzialności z art. 299 § 1 KSH⁷⁶. Przeciwnie, przyjąć należy, że w związku z istotnym podobieństwem zakresu kompetencji członka zarządu i likwidatora spółki z o.o. różnicowanie zakresu ich odpowiedzialności byłoby błędem. Jedynym uzasadnionym wyjątkiem, choć niemającym znaczenia fundamentalnego, jest wskazane w niniejszej pracy wyróżnienie likwidatorów ustanowionych przez sąd. W związku z tym, należy postulować *de sententiae ferenda* bardziej wnikliwe badanie przez sądy przesłanki braku winy w niezgłoszeniu wniosku o ogłoszenie upadłości w odniesieniu do niektórych likwidatorów ustanowionych postanowieniem sądu.

Uchwały SN we wskazanym przedmiocie stanowią dobry przykład na to, w jaki sposób powinno dokonywać się wykładni przepisów prawa prywatnego mających fundamentalne znaczenie dla obrotu gospodarczego.

⁷⁵ Zob. A. Kidyba, *Kodeks spółek...*, dz. cyt., s. 1211-1212; K. Dąbek-Krajewska, *Przepis art. 298 k.h. jako podstawa odpowiedzialności członków zarządu spółki z o.o.*, „Rejent” 1999/9, s. 15 i n.; A. Kappes, dz. cyt., s. 293 i n.

⁷⁶ Uchwała SN(7) z dnia 28.01.2010 r., III CZP 91/09, dz. cyt., s. 22.

STRESZCZENIE

Maksymilian Saczywko^{*}

Odpowiedzialność likwidatorów spółki z ograniczoną odpowiedzialnością na podstawie art. 299 § 1 KSH

Odpowiedzialność likwidatorów na podstawie art. 299 § 1 KSH była przedmiotem kontrowersji w doktrynie i orzecznictwie. Rozbieżności pojawiały się na tle zakresu stosowania przepisów o członkach zarządu do likwidatorów spółki z o.o. (art. 280 KSH), jak również w związku z argumentami o charakterze systemowym i celowościowym. Autor porównuje pozycję prawną i zakres kompetencji likwidatora i członka zarządu, a następnie przedstawia argumenty przeciwników i zwolenników objęcia likwidatorów zakresem podmiotowym art. 299 § 1 KSH. Wyrażając się aprobowo o uchwałach SN, które przesądziły przedmiotową kwestię, autor przedstawia także własne rozważania dotyczące pozycji likwidatorów ustanowionych przez sąd na tle odpowiedzialności z art. 299 § 1 KSH.

^{*} Autor jest studentem IV roku prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu. Współpracuje z Instytutem Allerhanda w Krakowie oraz kancelarią Sójka&Maciak Adwokaci sp. k. w Poznaniu. Interesuje się zagadnieniami prawa spółek (w szczególności organami i ich uchwałami oraz odpowiedzialnością cywilnoprawną), prawa i postępowania cywilnego oraz prawa energetycznego.

SUMMARY

Maksymilian Saczywko^{*}

The Liability of Liquidators of a Limited Liability Company, Based on Art. 299 § 1 CCC

Liability of liquidators based on art. 299 § 1 CCC used to be a controversial issue in both in legal doctrine and jurisdiction. The differences appeared in when it came to the scope of the provisions on management board members when applied to liquidators of a limited liability company, based on art. 280 CCC, as well as in connection with systemic and teleological arguments. The author compares the legal position and competences of a liquidator and a management board member. Then he presents the arguments of opponents and supporters of including liquidators in the scope of liability based on art. 299 § 1 CCC. Expressing approval of the Supreme Court resolutions, which have settled the issue, the author presents his own reflections on the position of liquidators established by a court who become liable on the basis of art. 299 § 1 CCC.

(tran. Maksymilian Saczywko)

* The author is a fourth-year law student at the Faculty of Law and Administration, at the Adam Mickiewicz University of Poznań. He cooperates with The Allerhand Institute in Cracow as well as with a law firm Sójka&Maciak Barristers KG in Poznań. He is interested in company law (specifically the executive authorities and their resolutions as well as civil liability), civil law and civil law procedure as well as energy law.

(tran. Agata Węgrzyk)

RÉSUMÉ

Maksymilian Saczywko*

La responsabilité des liquidateurs de la société à responsabilité limitée en vertu de l'article 299 § 1 du CSC

La question de la responsabilité des liquidateurs en vertu de l'article 299 § 1 du CSC a suscité beaucoup de controverses dans la doctrine et dans la jurisprudence. Des divergences sont apparues lorsque l'on a commencé à appliquer les dispositions aux membres du conseil d'administration et aux liquidateurs (l'article 288 du CSC), et puisque l'on a fait valoir les arguments systématique et théologique. Tout d'abord, l'auteur compare la situation juridique ainsi que les compétences d'un liquidateur et d'un membre du conseil d'administration. Par la suite, il présente les arguments des opposants et des partisans de l'idée qui propose d'inclure les liquidateurs d'une société à responsabilité limitée en vertu de l'article 299 § 1 du CSC. Après avoir donné raison aux résolutions de la Cour suprême, qui ont été décisives en ce qui concerne la question, l'auteur présente ses réflexions sur la position des liquidateurs établie par le tribunal dans le cadre de la responsabilité en vertu de l'article 299 § 1 du CSC.

* L'auteur est étudiant en quatrième année de droit à la Faculté de Droit et d'Administration de l'Université de Adam Mickiewicz à Poznań. Il coopère avec l'Institut d'Allerhand à Cracovie ainsi qu'avec le Cabinet Sójka&Maciak Avocats. Il s'intéresse au droit des sociétés (particulièrement aux organes des sociétés et à leurs résolutions et à la responsabilité civile) et au droit de la procédure civile ainsi qu'au droit de l'énergie.

(trad. par Magdalena Piotrowska)

ZUSAMMENFASSUNG

Maksymilian Saczywko^{*}

Die Verantwortung der Liquidatoren der Gesellschaft mit begrenzter Haftung gemäß Art. 299 des polnischen HGB

Die Verantwortung der Liquidatoren in der Gesellschaft mit begrenzter Haftung gemäß Art. 299 des polnischen Handelsgesetzbuches bildete viele Kontroversen in der Lehre und in der Rechtsprechung. Die Gegensätze zeigten sich vor dem Hintergrund der Diskussion über die Grenzen der Anwendung an die Liquidatoren von GmbH der Vorschriften, die die Vorstandsmitglieder betreffen. Da diente auch als Hintergrund der Zusammenhang dieser Frage mit der Argumentation die den systemischen und teleologischen Charakter haben. Der Autor vergleicht die rechtliche Lage und den Kompetenzbereich solcher Liquidators mit der rechtlichen Lage und dem Kompetenzbereich des Vorstandsmitglieds. Danach stellt der Autor auch die Argumenten der Anhänger und der Gegner der Umfassung der Liquidatoren durch die Vorschrift des Art. 299 des polnischen HGB vor. Der Autor gibt seine Zustimmung für die Beschlüsse des Obersten Gerichts (entspricht dem deutschen Bundesgerichtshof – Bemerkung des Übersetzers), die über die angegebene Frage entschieden haben und stellt auch seine eigenen Überlegungen über die Lage der gerichtlich bestellten Liquidatoren im Hintergrund der Verantwortung nach Art. 299 des polnischen Handelsgesetzbuches vor.

^{*} Der Autor ist Student des 4. Studienjahres an der Fakultät der Rechts- und Verwaltungswissenschaften der Universität in Posen. Er ist Mitarbeiter des Allerhand Instituts in Krakau und der Kanzlei Sójka&Maciak Adwokaci sp. k. in Posen. Er interessiert sich für das Handelsgesellschaftsrecht (insbesondere für die Probleme, die die Organe, ihre Beschlüsse und die Zivilrechtliche Verantwortung betreffen, sowie auch für das Zivil- und Zivilprozessrecht und das Energierecht.

(Übersetzung: Małgorzata Lubelska)

RESUMEN

Maksymilian Saczywko^{*}

Responsabilidad de los liquidadores de las sociedades limitadas conforme con el artículo 299 § 1 de KSH (Código de Sociedades Mercantiles Polaco)

La responsabilidad de los liquidadores conforme con el artículo 299 § 1 de KSH era el tema de controversia en la doctrina así como en la jurisdicción. Las contradicciones surgieron a causa del ámbito de la aplicación de las normas de los miembros de la junta directiva de los liquidadores de las sociedades limitadas (art. 280 KSH), así como respecto a los argumentos de carácter sistémico y general. El autor

compara la posición jurídica con la competencia de un liquidador y un miembro de la junta directiva. A continuación, presenta los argumentos de los adversarios y los partidarios de la inclusión de los liquidadores en el ámbito material del art. 299 § 1 KSH. Al aprobar las resoluciones del Tribunal Supremo, que prejuzgaron el caso en cuestión, el autor presenta también reflexiones propias que se tratan de las posiciones de los liquidadores establecidas por el juez a causa de la responsabilidad del art. 299 § 1 KSH.

* El autor es estudiante del cuarto curso en la Facultad de Derecho y Administración de la Universidad Adam Mickiewicz de Poznań. Colabora con el Instituto de Allerhand en Cracovia así como con Sójka&Maciak Adwokaci S.Com. de Poznań. Se interesa por el derecho de sociedades (sobre todo de los órganos y sus resoluciones, así como de la responsabilidad civil), procedimiento civil y el Derecho energético (referido a las empresas energéticas con arreglo a la Ley sobre la energía, de 10 de abril de 1997).

(trad. Marzena Janik)

РЕЗЮМЕ

Максимилиан Сачивко*

Ответственность ликвидационной комиссии общества с ограниченной ответственностью на основании ст. 299 § 1 Кодекса торговых обществ и товариществ

Ответственность ликвидационной комиссии на основании ст. 299 § 1 Кодекса торговых обществ и товариществ являлась предметом разногласий в доктрине и судебной практике. Расхождения по взглядах появлялись в связи с пределами применения положений о членах правления по отношению к ликвидационной комиссии ООО (ст. 299 § 1 Кодекса торговых обществ и товариществ), а также ввиду аргументов системного и целевого характера. Автор сравнивает правовую позицию и пределы компетенций ликвидационной комиссии и члена правления, затем представляет аргументы противников и сторонников касающиеся охвата ликвидационной комиссии правосубъектным пределом ст. 299 § 1 Кодекса торговых обществ и товариществ. Высказываясь одобрительно о решениях Верховного суда, которые предопределили предметный вопрос, автор представляет тоже собственные размышления касающиеся позиции ликвидационной комиссии установленной судом ввиду ответственности из ст. 299 § 1 Кодекса торговых обществ и товариществ.

* Автор является студентом IV года на Факультете Права и Администрации университета им. Адама Мицкевича в Познани. Он сотрудничает с институтом Allerhanda в Кракове и канцелярией Sójka&Maciak Adwokaci в Познани. Он

интересуется вопросами права товариществ и обществ (особенно органов и их решений, а также гражданско-правовой ответственностью), гражданским процессуальным правом и энергетическим правом.

(Пер. Катажина Барановска)

RIASSUNTO

Maksymilian Saczywko*

La responsabilità dei liquidatori di società a responsabilità limitata in base all'art. 299 § 1 KSH

La responsabilità dei liquidatori in base all'art. 299 § 1 KSH (Kodeks spółek handlowych – Codice delle società) è stata l'oggetto di controversia sia nella dottrina sia nella giurisprudenza. Le divergenze apparivano nell'ambito dell'applicazione della legge sui soci del consiglio di gestione, in quanto ai liquidatori di s.r.l. (art. 280 KSH), ma anche venivano messe in evidenza a proposito degli argomenti di carattere sistematico e intenzionale. L'autore paragona la situazione giuridica e l'ambito di competenze del liquidatore e il socio del consiglio di gestione. Presenta anche i pro ed i contro dell'applicazione dell'art. 299 § 1 KSH ai liquidatori. Esprimendosi in maniera positiva delle delibere di SN (Sąd Najwyższy – Suprema Corte di Cassazione), l'autore espone inoltre le proprie riflessioni ed analisi riguardanti la posizione dei liquidatori, stabiliti dal tribunale, in materia dell'art. 299 § 1 KSH.

* L'autore è lo studente del IV anno presso la Facoltà di Giurisprudenza ed Amministrazione dell'Università di A. Mickiewicz a Poznań, collabora con l'Istituto di Allerhand a Cracovia e con lo studio legale Sójka&Maciak Adwokaci s.a.s. a Poznań. Si interessa del diritto delle società (in particolare degli organi e le loro delibere, ed anche della questione di responsabilità civile), della legge e provvedimento civile, inoltre della legge energetica.

(trad. Barbara Janikula)

Następstwa czynności prawnych dokonanych bez umocowania albo z przekroczeniem jego zakresu

1. Wprowadzenie

W związku z dynamicznym rozwojem gospodarki, coraz więcej czynności prawnych na rynku jest dokonywanych z udziałem pełnomocników. Pozwala to uelastyczyć stosunki ekonomiczne, gdyż umożliwia działanie bez obecności osoby, której mają dotyczyć skutki danej czynności prawnej, co ułatwia obrót gospodarczy. Należy jednak zwrócić uwagę na ryzyko, jakie niesie za sobą szerokie dopuszczenie pełnomocników, istnieje bowiem możliwość ich działania bez ważnego umocowania lub z przekroczeniem jego granic. Sytuacje takie w sposób negatywny wpływają na pewność obrotu gospodarczego, w związku z czym ustawodawca postanowił nałożyć określone sankcje na rzekomego pełnomocnika oraz uregulował skutki dokonanych przez niego czynności. Stworzenie precyzyjnych zasad postępowania na etapie zawierania umowy oraz zasad odpowiedzialności w razie ich naruszenia jest konieczne dla prawidłowego funkcjonowania gospodarki i jej rozwoju. Ponadto, ustawodawca ma na celu zrównoważenie interesów podmiotów występujących na rynku poprzez ochronę dobrej wiary uczestnika obrotu dokonującego czynności z pełnomocnikiem oraz zabezpieczenie interesów osoby przez pełnomocnika reprezentowanej.

Zagadnienie konsekwencji działania rzekomego pełnomocnika jest istotne, gdyż dotyczy zarówno obrotu profesjonalnego, jak i nieprofesjonalnych stosunków prawnych osób fizycznych oraz jednostek organizacyjnych, w tym spółek. Niniejsza praca ma na celu określenie następstw czynności prawnych dokonanych bez umocowania lub z przekroczeniem jego granic, wynikających z przepisów art. 103 i 104 Kodeksu cywilnego oraz przepisów art. 118 i 138 Kodeksu spółek handlowych. Konieczne jest także zwrócenie uwagi na relacje między uregulowaniami KSH a tymi wynikającymi z KC, poprzez rozstrzygnięcie zbiegu przepisów. Pozwoli to w pełni określić konsekwencje działania komandytariusza będącego pełnomocnikiem spółki oraz reżim, jakiemu podlega on w konkretnych sytuacjach. Największe kontrowersje w doktrynie budzi jednak zakwalifikowanie odpowiedzialności rzekomego pełnomocnika z przepisu art. 103 § 3 KC jako

* Autorka jest absolwentką Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego.

odpowiedzialności *ex culpa in contrahendo*. Obie te kwestie będą przedmiotem rozważań niniejszego opracowania.

2. Działanie bez umocowania lub z przekroczeniem jego zakresu

Stanem, z którym w omawianym wypadku ustawodawca łączy określone konsekwencje, a występującym we wszystkich analizowanych przepisach, jest działanie pełnomocnika bez umocowania lub z przekroczeniem jego zakresu.

Brak umocowania ma miejsce w sytuacji, w której w chwili dokonywania przez pełnomocnika czynności prawnej nie legitymuje się on skutecznie udzielonym pełnomocnictwem do dokonania tej czynności. Brak umocowania może wynikać z różnych sytuacji, na przykład z udzielenia pełnomocnictwa niespełniającego wymogów dotyczących formy, czy też udzielenia pełnomocnictwa przez osobę nieuprawnioną. Może być również spowodowany celowym działaniem rzekomego pełnomocnika, który zamierza wprowadzić drugą stronę w błąd. Natomiast, wbrew twierdzeniom niektórych przedstawicieli doktryny¹, jako działanie bez umocowania nie może być traktowana czynność dokonana przez pełnomocnika tajnego, ze względu na zasadę jawności działania w cudzym imieniu. W cudzym imieniu działa wyłącznie ta osoba, która ujawnia swoje umocowanie². W powyższym przypadku pełnomocnik nieujawniający charakteru, w jakim działa, sam stanie się stroną tej czynności prawnej³. Taka konstrukcja, lepiej niż roszczenie odszkodowawcze wynikające z przepisu art. 103 § 3 KC, chroni zaufanie drugiej strony i sankcjonuje zachowanie tajnego pełnomocnika, które można zakwalifikować jako świadomą próbę wprowadzenia kontrahenta w błąd.

Przekroczenie zakresu umocowania następuje natomiast wtedy, gdy dokonano czynności nim nieobjętej, czyli przekroczono granice danego pełnomocnikowi umocowania. Mogą być to granice podmiotowe (dotyczące ewentualnych kontrahentów), przedmiotowe (co do treści lub rodzaju czynności, których należy dokonać), jak i czasowe (w tym także, w niektórych sytuacjach, wypadki działania pomimo wygaśnięcia pełnomocnictwa)⁴.

Za przekroczenie granic umocowania nie można natomiast uznać naruszenia wewnętrznych ustaleń między pełnomocnikiem a reprezentowanym. Tym samym, nie stosujemy w tym przypadku dyspozycji art. 103 KC. Czynność taka jest w pełni skuteczna, jednak pełnomocnik może być pociągnięty przez mocodawcę do

¹ P. Drapała, *Odpowiedzialność odszkodowawcza pełnomocnika rzekomego*, PPH 2002/9, s. 35.

² B. Gawlik, *System prawa cywilnego*, Warszawa 1985, s. 759.

³ Tamże, s. 760.

⁴ M. Smyk, *Pełnomocnictwo według kodeksu cywilnego*, Warszawa 2010, s. 299.

odpowiedzialności na podstawie przepisów o niewykonaniu lub nienależytym wykonaniu zobowiązania⁵. Jest to możliwe, jeżeli nie dołożył on należytej staranności przy reprezentowaniu swojego mocodawcy⁶. Ponadto, w niektórych sytuacjach rzekomy pełnomocnik może odpowiadać na podstawie przepisów o czynach niedozwolonych.

Z jeszcze innymi skutkami mamy do czynienia w sytuacji, kiedy pełnomocnik działa świadomie na niekorzyść mocodawcy w porozumieniu z drugą stroną czynności prawnej. Czynność taka jest bezwzględnie nieważna na mocy przepisu art. 58 KC, z uwagi na jej sprzeczność z zasadami współżycia społecznego⁷. Przepisy art. 103 KC nie będą miały tutaj zastosowania.

Warto podkreślić, iż działanie pełnomocnika po wygaśnięciu dotychczasowego pełnomocnictwa, pomimo że również jest działaniem bez umocowania⁸, nie jest zazwyczaj objęte przepisem art. 103 KC, a przepisem szczególnym art. 105 KC, który ma zastosowanie zarówno do dokonanych przez rzekomego pełnomocnika czynności jednostronnych, jak i do zawartych przez niego umów. W tym szczególnym przypadku ustawodawca nie przewiduje ani sankcji nieważności, ani bezskuteczności zawieszanej. Gdy pełnomocnik dokonał czynności w granicach pierwotnego umocowania, a druga strona działała w zaufaniu do umocowania, którym do tej pory legitymował się pełnomocnik, czynność prawna jest ważna. Jak można zauważyć, nad interesem mocodawcy przeważała ochrona zaufania odbiorcy oświadczenia jednostronnej czynności prawnej. W innych wypadkach wygaśnięcia umocowania, w których nie są spełnione przesłanki z art. 105 KC i nie ma potrzeby wzmocnionej ochrony zaufania drugiej strony, będą miały zastosowanie przepisy art. 103 i 104 KC.

3. Bezskuteczność zawieszona czynności dwustronnych

Konsekwencje działania rzekomego pełnomocnika są zależne od rodzaju czynności dokonanej bez umocowania albo z przekroczeniem jego granic. Inne skutki pociąga szeroko pojęty brak umocowania w wypadku umów, a inne – jednostronnych czynności prawnych. Za modelowe, w związku z odesłaniem umieszczonym w przepisie art. 104 zd. 4 KC, należy traktować rozwiązanie przyjęte w wypadku umów⁹, które przewiduje, iż umowa zawarta przez rzekomego pełnomocnika dotknięta jest sankcją bezskuteczności zawieszanej. W czasie

⁵ P. Drapała, dz. cyt., s. 36.

⁶ B. Gawlik, dz. cyt., s. 751.

⁷ Tamże, s. 757.

⁸ J. Strzebińczyk, *Komentarz do art. 105 k.c.*, [w:] E. Gniewek (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2006, s. 245.

⁹ J. Strzebińczyk, dz. cyt., s. 243.

między zawarciem umowy a jej potwierdzeniem jest ona kwalifikowana jako *negotium claudicans*, czyli czynność prawna kulejąca – nie wywiera zatem żadnych skutków poza związaniem stron. Strony nie mogą więc, pomimo wadliwości czynności prawnej dokonanej przez rzekomego pełnomocnika, uwolnić się od umowy, powołując się na jej nieważność¹⁰. Rozwiązanie takie podyktowane jest wolą utrzymania w mocy umowy, próbą zrównoważenia interesów stron. Chroni jednocześnie uzasadnione zaufanie będącego w dobrej wierze kontrahenta, a także interesy rzekomego mocodawcy, który może uznać, iż dokonana czynność prawna jest dla niego korzystna.

Jak już zostało stwierdzone powyżej, skuteczność umowy zależy od jej potwierdzenia. Może być ono dokonane przez osobę, w imieniu której została zawarta, lub przez jej należycie umocowanego przedstawiciela¹¹. Jest to prawo kształtujące, które umożliwia rzekomemu mocodawcy potwierdzenie lub odmowę potwierdzenia dokonanej uprzednio czynności. Potwierdzenie należy traktować jako przejaw zgody osoby trzeciej z art. 63 KC. W doktrynie został również przedstawiony pogląd, iż jest ono następczym udzieleniem pełnomocnictwa ze skutkiem wstecznym¹²; nie można się jednak z nim zgodzić, gdyż potwierdzenie mocodawcy posiada wszelkie cechy zgody z przepisu art. 63 KC. Przepis ten znajduje zastosowanie wtedy, gdy dokonanie czynności prawnej wymaga zgody jakiejś osoby z mocy ustawy¹³, co ma miejsce w omawianym przypadku. Nie ma potrzeby budowania konstrukcji udzielenia następczego pełnomocnictwa, jeśli na mocy przepisu art. 63 KC czynność prawna również jest ważna *ex tunc*.

Jak słusznie podkreślono w doktrynie, potwierdzenia może żądać także rzekomy pełnomocnik, gdyż ma on interes w usunięciu stanu niepewności ze względu na grożącą mu odpowiedzialność odszkodowawczą¹⁴. Uprawnienie powinno być wykonane wobec co najmniej jednej ze stron czynności prawnej (rzekomego pełnomocnika lub jego kontrahenta)¹⁵. W praktyce jednak konieczne będzie poinformowanie o tym obu podmiotów.

Potwierdzenie, co do zasady, może być dokonane w dowolnej formie, nawet konkludentnie. Forma szczególna takiego oświadczenia wymagana jest jednak w przypadku przewidzianym w przepisie art. 63 § 2 KC, tj. gdy czynność dokonana przez rzekomego pełnomocnika wymaga formy szczególnej. Jak zostało już stwierdzone powyżej, w wypadku potwierdzenia umowa jest w pełni skuteczna *ex tunc*.

¹⁰ Z. Radwański, *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2007, s. 341.

¹¹ Orzeczenie SN z dnia 16.05.2002 r., V CKN 1279/00.

¹² J. Fabian, *Pełnomocnictwo*, Warszawa 1963, s. 58.

¹³ P. Machnikowski, *Komentarz do art. 63 k.c.*, [w:] E. Gniewek (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2006, s. 148.

¹⁴ M. Smyk, dz. cyt., s. 297.

¹⁵ Tamże, s. 296.

Przez wzgląd na interesy osoby rzekomo reprezentowanej, przewidziano również, że może ona odmówić związania się stosunkiem prawnym. Odmowa potwierdzenia może wynikać bądź z wyraźnego oświadczenia woli mocodawcy, bądź z upływu wyznaczonego przez drugą stronę terminu. O odmowie potwierdzenia w razie milczenia mocodawcy można mówić od chwili upływu wyznaczonego mu przez drugą stronę terminu¹⁶. Co więcej, milczenie osoby reprezentowanej nie może być traktowane jako oświadczenie woli oraz interpretowane na gruncie przepisów ich dotyczących. Skutek w postaci nieważności umowy powstaje bowiem *ex lege* w momencie upływu terminu, bez względu na to, jakie skutki przypisywał milczeniu rzekomy mocodawca¹⁷. Przede wszystkim, nie może powoływać się na swoje błędne przekonanie dotyczące znaczenia milczenia. Co do zasady, odmowa potwierdzenia, tak jak i samo potwierdzenie, może być dokonana w dowolnej formie.

By uniknąć zbyt długiego stanu zawieszenia i związania stron, zgodnie z przepisem art. 103 § 2 KC, druga strona czynności prawnej dokonanej z rzekomym pełnomocnikiem może wyznaczyć osobie reprezentowanej odpowiedni termin do potwierdzenia umowy i staje się wolna po upływie tego terminu. Przesłanka odpowiedniości terminu wydaje się być spełniona, kiedy okres, który został wyznaczony, umożliwia podjęcie przez mocodawcę przemyślanej decyzji bez zbędnej zwłoki. Zarówno w razie odmowy potwierdzenia, jak i upływu wyznaczonego terminu – umowa staje się ze skutkiem wstecznym bezwzględnie nieważna.

4. Nieważność czynności jednostronnych

Jak już zostało stwierdzone powyżej, ustawodawca przewidział inne konsekwencje działania rzekomego pełnomocnika w wypadku jednostronnych czynności prawnych dokonanych bez umocowania albo z przekroczeniem jego granic. Zasadniczo są one dotknięte sankcją bezwzględnej nieważności. Reguła ta nie ma wyjątków w przypadku jednostronnych czynności prawnych, w których oświadczenie nie jest skierowane do innej osoby¹⁸. Inaczej sytuacja została ukształtowana w wypadku oświadczeń woli komunikowanych przez pełnomocnika drugiej osobie, dopuszczalna jest bowiem zgoda (również konkludentna) drugiej strony na działanie pełnomocnika bez umocowania. Skutkuje to odpowiednim stosowaniem przepisów o zawarciu umowy bez umocowania, czyli art. 103 KC. W takim wypadku jednostronna czynność prawna, zamiast nieważnością, zostanie

¹⁶ B. Gawlik, dz. cyt., s. 764.

¹⁷ Tamże, s. 765.

¹⁸ M. Smyk, dz. cyt., s. 297.

dotknięta sankcją bezskuteczności zawieszonej i pojawi się możliwość potwierdzenia jej przez odpowiednią osobę. Po raz kolejny mamy do czynienia z ochroną zaufania drugiego podmiotu, nakazującą utrzymywanie w mocy czynności prawnej, w której biorą udział dwie strony.

Należy jednak podkreślić, iż na mocy odesłania z przepisu art. 104 zd. 2 KC zastosowanie znajdzie tylko § 1 i 2 art. 103 KC. Nie będzie natomiast możliwe odpowiednie stosowanie przepisu art. 103 § 3 KC, więc adresat jednostronnej czynności prawnej nie będzie mógł dochodzić odszkodowania od rzekomego pełnomocnika. Jest to związane z faktem, iż przesłanką zastosowania odesłania z art. 104 zd. 2 KC jest pozytywna wiedza adresata oświadczenia o działaniu pełnomocnika bez umocowania, podczas gdy roszczenie odszkodowawcze z przepisu art. 103 § 3 wymaga braku takiej wiedzy. Należy stwierdzić, iż przesłanki te wzajemnie się wykluczają i uniemożliwiają żądanie odszkodowania od rzekomego pełnomocnika¹⁹.

5. Obowiązek zwrotu nienależnego świadczenia

W wypadku zawarcia umowy bez umocowania lub z przekroczeniem jego zakresu i w braku potwierdzenia jej przez uprawnioną do tego osobę aktualizuje się możliwość pociągnięcia rzekomego pełnomocnika do odpowiedzialności. Druga strona umowy może żądać zwrotu tego, co otrzymał od niej w wykonaniu umowy *falsus procurator*, oraz naprawienia wyrządzonej przez niego szkody. Mamy tu do czynienia z koniunkcją roszczeń, o czym świadczy użyty w przepisie spójnik „oraz”.

Pierwsze z roszczeń dotyczy zwrotu nienależnego świadczenia²⁰. Roszczenie o zwrot powstaje zarówno wtedy, gdy strona nie wiedziała o braku umocowania, jak i wtedy, gdy zgodziła się na działanie bez umocowania²¹. Jest to uzasadnione, ponieważ w tym przypadku świadczenie jest nienależne z uwagi na nieważność czynności prawnej (*conditio sine causa*)²² i nie wymaga po stronie kontrahenta niewiedzy o braku umocowania rzekomego pełnomocnika.

Przedmiotem nienależnego świadczenia, które podlega zwrotowi, jest wszystko to, co *falsus procurator* otrzymał od drugiej strony, czyli zarówno świadczenie główne, jak i uboczne. Należy przyjąć, że stosuje się tu odpowiednio przepisy o bezpodstawnym wzbogaceniu²³. Nieprzekonujące jest bowiem twierdzenie, że art. 103 § 3 KC samodzielnie reguluje kwestię zwrotu i nie wymaga

¹⁹ P. Drapała, dz. cyt., s. 35.

²⁰ J. Strzebińczyk, dz. cyt., s. 250.

²¹ M. Smyk, dz. cyt., s. 296.

²² Tamże, s. 300.

²³ Tamże, s. 301.

korzystania z przepisów art. 415 i następnych. Podobnie, nie można uznać za słuszne wyłączenia stosowania przepisu art. 409 KC, który przewiduje, iż: „obowiązek wydania korzyści lub zwrotu jej wartości wygasa, jeżeli ten, kto korzyść uzyskał, zużył ją bądź utracił w taki sposób, iż nie jest już wzbogacony, chyba że wyzbywając się korzyści lub zużywając ją powinien był liczyć się z obowiązkiem zwrotu”. Należy raczej stwierdzić, że dobra wiara rzekomego pełnomocnika również podlega ochronie i w pewnych przypadkach nie będzie on obowiązany do wydania korzyści²⁴. Nastąpi to wówczas, kiedy rzekomy pełnomocnik, usprawiedliwiony okolicznościami, nie powinien był liczyć się z obowiązkiem zwrotu. *Falsus procurator*, pomimo wyzbycia się tego, co od drugiej strony otrzymał, będzie zmuszony wydać korzyści lub zwrócić ich wartość, gdy wiedział on o braku umocowania lub przekroczeniu jego granic, a także gdy nie wiedział, ale ze zwrotem powinien był się liczyć²⁵.

Odpowiedzialność rzekomego pełnomocnika nie nastąpi jednak, jeśli umowa przez niego zawarta już w chwili jej zawarcia była bezwzględnie nieważna, np. ze względu na niedochowanie formy szczególnej *ad solemnitatem*, wymaganej dla umowy w takim konkretnym przypadku²⁶.

6. Odpowiedzialność odszkodowawcza wobec kontrahenta

Znaczna część doktryny uważa, iż w przypadku przepisu art. 103 § 3 KC mamy do czynienia z odpowiedzialnością odszkodowawczą rzekomego pełnomocnika na zasadzie ryzyka. Odpowiedzialność taka miałaby być niezależna nie tylko od winy, lecz nawet od tego, czy rzekomy pełnomocnik w ogóle wiedział o braku swojego umocowania lub przekroczeniu jego granic²⁷. Należy się zastanowić, czy konsekwencje takie nie są zbyt daleko idące. Twierdzenie wydaje się być uzasadnione w kwestii obowiązku zwrotu tego, co rzekomy pełnomocnik otrzymał od drugiej strony, jednak wydaje się, że samo naprawienie szkody uzależnione jest już od winy i stanowi przejaw odpowiedzialności za *culpam in contrahendo*.

Poza sporem pozostaje natomiast kwestia zakresu ewentualnego odszkodowania, ograniczającego się do ujemnego interesu umownego. Pod pojęciem ujemnego interesu umownego określone zostały przypadki powstania szkody w związku z niedojściem umowy do skutku. Szkoda w granicach negatywnego interesu umownego obejmuje bowiem szkodę, jaką strona poniosła,

²⁴ Tamże.

²⁵ Tamże, s. 302.

²⁶ Tamże.

²⁷ M. Barczak, *Konsekwencje czynności prawnych dokonanych przez rzekomego pełnomocnika (art. 103-104 k.c.)*, PS 2006/12, s. 43.

ufając, że umowa dojdzie do skutku²⁸. Jest to więc pewien sposób ograniczenia zakresu odszkodowania. Według przyjętej interpretacji tego pojęcia, strona poszkodowana może żądać od drugiej strony wszystkiego, co ta pierwsza miałaby, gdyby nie podjęła bezowocnych rokowań. Strona może więc dochodzić przywrócenia stanu, w jakim znajdowałby się jej majątek w wypadku, gdyby nie wdała się w bezowocne negocjacje z dłużnikiem.

Poglądy doktryny na zakres odszkodowania w granicach ujemnego interesu umownego nie są jednolite. Nie ulega wątpliwości, że szkoda taka obejmuje *damnum emergens*, sporne jest natomiast, czy w jej zakres wchodzi także *lucrum cessans*. Część doktryny odrzuca możliwość uzyskania w ramach odpowiedzialności przedkontraktowej pełnego odszkodowania, twierdząc, że zakres ujemnego interesu umownego nie obejmuje utraconych korzyści²⁹. Coraz więcej autorów opowiada się jednak za włączeniem utraconych korzyści do tego rodzaju odszkodowania, i z tym poglądem należy się zgodzić³⁰.

Zakresem odszkodowania w granicach negatywnego interesu umownego należy objąć również utracone korzyści, jeśli przemawia za tym adekwatny związek przyczynowy. Warto jednak zauważyć, iż odszkodowanie w zakresie ujemnego interesu umownego nie może obejmować utraconych korzyści, które miałby wierzyciel, gdyby negocjowana umowa doszła do skutku i została wykonana. Należy to bowiem do zakresu pozytywnego interesu umownego.

7. Odpowiedzialność z tytułu winy w kontraktowaniu

Pomimo innych głosów pojawiających się w doktrynie³¹, kwalifikujących obowiązek naprawienia szkody przez rzekomego pełnomocnika jako odpowiedzialność na zasadzie ryzyka, przepis art. 103 § 3 KC należy uznać za przejaw winy w kontraktowaniu³².

Przed wszystkim, trzeba stwierdzić, iż obciążanie rzekomego pełnomocnika odpowiedzialnością na zasadzie ryzyka, czyli mimo jego niewiedzy o braku umocowania, byłoby zbyt daleko idące. Nieuzasadnione byłoby żądanie odszkodowania od osoby, która działając w dobrej wierze, w żaden sposób nie przyczyniła się do zawarcia umowy nieważnej.

²⁸ Zob. Z. Radwański, A. Olejniczak, *Zobowiązania – część ogólna*, Warszawa 2006, s. 95-96.

²⁹ P. Skibiński, *Odpowiedzialność odszkodowawcza za niestaranne prowadzenie negocjacji*, „Rejent” 2006/10, s. 133.

³⁰ P. Machnikowski, dz. cyt., s. 194.

³¹ P. Drapała, dz. cyt., s. 38-39.

³² Z. Radwański, *System prawa cywilnego. Prawo zobowiązań – część ogólna*, t. III, cz. 1, Wrocław 1981, s. 407.

W związku z powyższym, należy rozdzielić przesłanki podmiotowe roszczeń restytucyjnych z przepisu art. 103 § 3 KC, czyli roszczenia o zwrot i roszczenia odszkodowawczego, i zgodzić się, że odpowiedzialność rzekomego pełnomocnika opiera się na zasadzie winy. Obowiązek wydania korzyści jest, co do swej treści, tożsamy z obowiązkiem zwrotu bezpodstawnego wzbogacenia (art. 405 KC) i nie zależy od zaistnienia winy po stronie wzbogaconego, a tym samym może opierać się na zasadzie ryzyka. Natomiast obowiązek wynagrodzenia szkody z przepisu art. 103 § 3 KC jest, co do zasady, uwarunkowany winą sprawcy. O zastosowaniu zasady winy w przepisie art. 103 § 3 KC świadczy również podobieństwo jego konstrukcji do budowy przepisów art. 415 i 471 w zw. z art. 472 KC.

W omawianym przypadku problematyczny wydaje się przede wszystkim fakt, że w art. 103 § 3 KC nie wprowadzono winy jako przesłanki odpowiedzialności. Należy jednak zauważyć, iż w regule ogólnej odpowiedzialności za *culpam in contrahendo*, czyli w przepisie art. 72 § 2 KC, przesłanka winy również nie została bezpośrednio wprowadzona. Mimo to powszechnie przyjmuje się, iż jest to specyficzna odpowiedzialność deliktowa, polegająca na zachowaniu sprzecznym z dobrymi obyczajami. Podobnie powinno się interpretować przepis art. 103 § 3 KC, który wydaje się nakładać na pełnomocnika obowiązek lojalnego i uczciwego zachowania, zgodnego z dobrymi obyczajami.

Analizując przepis art. 103 § 3 KC przez pryzmat reguły ogólnej odpowiedzialności przedkontraktowej, można stwierdzić, iż spełnia on wszelkie wymagania pozwalające zakwalifikować go jako przejaw winy w kontraktowaniu. Czynności rzekomego pełnomocnika mają bowiem miejsce na etapie zawierania umowy, a świadoma lub niedbała próba zawarcia umowy bez umocowania jest działaniem nielojalnym i może być traktowana jako naruszenie zasady dobrych obyczajów, które wyznaczają reguły zachowania podczas zawierania umowy. Ponadto, działanie rzekomego pełnomocnika narusza regułę ogólną odpowiedzialności przedkontraktowej z art. 72 § 2 KC, gdyż zakresy przepisów art. 72 § 2 KC i 103 § 3 KC pokrywają się w pewnej części. Naruszenie art. 103 KC jest równocześnie działaniem sprzecznym z dobrymi obyczajami, więc stanowi także naruszenie przepisu art. 72 § 2 KC³³.

Za zakwalifikowaniem odpowiedzialności rzekomego pełnomocnika jako przejawu *culpa in contrahendo* przemawia również specyficzne sformułowanie zakresu obowiązku odszkodowawczego w postaci negatywnego interesu umownego, będącego charakterystycznym dla odpowiedzialności za winę w kontraktowaniu.

³³ P. Sobolewski, *Culpa in contrahendo – odpowiedzialność deliktowa czy kontraktowa?*, PPH 2005/2, s. 24.

Nie można zgodzić się z argumentem przeciwników kwalifikowania odpowiedzialności rzekomego pełnomocnika jako przejawu odpowiedzialności za *culpam in contrahendo*, jakoby zdarzeniem, z którego wynika szkoda, było nie działanie, jakiego dokonał *falsus procurator*, a brak potwierdzenia umowy przez mocodawcę³⁴. Ewentualna szkoda może wynikać jedynie z niezgodnego z dobrymi obyczajami działania rzekomego pełnomocnika, którego odpowiedzialność może zostać wyłączona przez potwierdzenie dokonanej czynności lub niemożliwości przypisania mu winy.

Odpowiedzialność rzekomego pełnomocnika, w razie zakwalifikowania jej jako przejawu odpowiedzialności za *culpam in contrahendo*, nie zostanie zbyt wąsko zawężona, ponieważ sankcjonowane będą wszelkie postaci winy: zarówno wina umyślna, jak i niedbalstwo. Wystarczy więc, żeby rzekomy pełnomocnik nie dochował należytej staranności, jeśli powinien był wiedzieć o braku umocowania, a możliwe stanie się pociągnięcie go do odpowiedzialności.

W związku z powyższym, przesłankami odpowiedzialności w tym przypadku są:

- 1) zawarcie przez rzekomego pełnomocnika umowy w cudzym imieniu bez umocowania lub z jego przekroczeniem, naruszające nakaz zachowania się na etapie zawierania umowy w zgodzie z dobrymi obyczajami,
- 2) brak potwierdzenia czynności przez osobę uprawnioną,
- 3) brak wiedzy osoby trzeciej o braku umocowania lub przekroczeniu jego granic.

Przesłanki te zostały już powyżej omówione, jednak w tym miejscu warto jeszcze raz podkreślić, iż przepis art. 103 § 3 KC sankcjonuje nielojalne postępowanie jednej ze stron, polegające na zawarciu umowy przez osobę do tego nieuprawnioną. Próba zawarcia umowy przez kogoś, kto nie ma do tego legitymacji i, w związku z tym, nie może zawrzeć ważnej umowy, z pewnością jest przejawem nielojalnego zachowania. Świadome lub wynikające z niedbalstwa budzenie u kontrahenta przekonania o możliwości zawarcia umowy jest zachowaniem nagannym, sprzecznym z dobrymi obyczajami³⁵.

³⁴ M. Smyk, dz. cyt., s. 301.

³⁵ P. Sobolewski, dz. cyt., s. 24.

8. Odpowiedzialność odszkodowawcza wobec reprezentowanego

Oprócz obowiązku naprawienia szkody drugiej stronie umowy, rzekomemu pełnomocnikowi może grozić również odpowiedzialność odszkodowawcza wobec podmiotu, który reprezentował³⁶.

Jeżeli pomiędzy pełnomocnikiem a mocodawcą istnieje stosunek podstawowy (np. zlecenie), *falsus procurator* będzie odpowiadał na zasadach ogólnych za niewykonanie zobowiązania (471 KC).

Dyskusyjna jest natomiast podstawa odpowiedzialności w braku takiego stosunku. Przedstawiane są tu dwa poglądy. Pierwszy, nakazujący brać pod uwagę przepis ogólny o odpowiedzialności deliktowej³⁷, oraz drugi, wskazujący jako podstawę przepisy o prowadzeniu cudzych spraw bez zlecenia (art. 752 KC).

9. Przepis art. 118 § 2 i 138 § 2 KSH

Szczególną regulację działania bez umocowania lub z przekroczeniem jego granic zawiera KSH, w odniesieniu do spółek komandytowych i komandytowo-akcyjnych. Przepis art. 118 § 2 KSH przewiduje bowiem, że jeżeli komandytariusz nie ujawni swojego pełnomocnictwa, nie jest umocowany w ogóle lub przekroczy zakres swojego umocowania, odpowiada za skutki tej czynności bez ograniczeń wynikających z jego statusu w spółce. Ponosi więc rozszerzoną odpowiedzialność osobistą ponad sumę komandytową określoną w umowie spółki komandytowej.

W pierwszej kolejności należy zastanowić się nad relacją przepisu art. 118 § 2 KSH do przepisów art. 103 i 104 KC. Nie można bowiem przychylić się do pojawiającego się w doktrynie poglądu, zgodnie z którym art. 118 § 2 KSH jest przepisem szczególnym wobec przepisu art. 103 KC³⁸. Powodowałoby to wyłączenie regulacji KC, podczas gdy przepisy 118 § 2 KSH oraz 103 i 104 KC regulują dwie różne kwestie.

Należy odróżnić skutki działania komandytariusza jako rzekomego pełnomocnika w zakresie ważności czynności prawnej, której dokonał, od skutków tego działania w zakresie jego odpowiedzialności cywilnej³⁹. Sytuację komandytariusza należy oceniać dwuetapowo, w zależności od tego, czy spółka potwierdziła czynność rzekomego pełnomocnika, czy też nie.

W razie braku potwierdzenia przez spółkę umowy dotkniętej, zgodnie z art. 103 KC, bezskutecznością zawieszoną, a dokonanej przez komandytariusza działającego bez umocowania lub z przekroczeniem jego granic, kontrahentowi

³⁶ M. Barczak, dz. cyt., s. 43.

³⁷ J. Fabian, dz. cyt., s. 58.

³⁸ S. Rudnicki, *Komentarz do kodeksu cywilnego. Część ogólna*, t. I, Warszawa 2001, s. 326.

³⁹ P. Drapała, dz. cyt., s. 41.

będzie przysługiwało roszczenie odszkodowawcze. Podstawą tego roszczenia będzie art. 103 § 3 KC. Co więcej, zakres odpowiedzialności odszkodowawczej komandytariusza nie będzie ograniczony do wysokości sumy komandytowej, ponieważ nie jest to zobowiązanie spółki, lecz dług własny komandytariusza⁴⁰. W takim przypadku nie stosujemy w ogóle przepisów KSH, gdyż następstwa działania komandytariusza jako rzekomego pełnomocnika występują tylko na płaszczyźnie cywilnoprawnej i dotyczą jedynie jego osoby.

Szczególne następstwa, przewidziane w przepisie art. 118 § 2 KSH, wystąpią natomiast w wypadku, gdy spółka potwierdzi zawartą przez komandytariusza umowę. Stanie się wtedy ona *ex tunc* ważna i wyłączone będzie stosowanie KC. Odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie tej, zawartej przez komandytariusza, umowy ponosić będzie solidarnie spółka oraz wspólnicy, w tym komandytariusz; co ważne, jak stanowi przepis art. 118 § 2 KSH, bez ograniczenia⁴¹. W tym wypadku odpowiedzialność odszkodowawcza komandytariusza z przepisu art. 103 § 3 KC nie zaistnieje.

Analogiczna regulacja ma miejsce na gruncie spółek komandytowo-akcyjnych. Na podstawie przepisu art. 138 § 2 KSH akcjonariusz działający bez umocowania z przekroczeniem jego granic lub w wypadku nieujawnienia pełnomocnictwa odpowiada tak samo, jak komandytariusz w spółce komandytowej.

10. Podsumowanie

Podsumowując, należy jeszcze raz zauważyć, iż coraz więcej czynności jest dokonywanych przez pełnomocników. Obowiązujące przepisy pozwalają na bardzo szerokie korzystanie z tej instytucji. Pod wieloma względami jest to zjawisko korzystne, gdyż pozwala na usprawnienie obrotu gospodarczego, ale warto dostrzec także pewne niebezpieczeństwa z nim związane. Zawsze istnieje bowiem zagrożenie działania pełnomocnika wbrew wcześniejszym uzgodnieniom z mocodawcą oraz działania bez umocowania lub z przekroczeniem jego zakresu.

Ustawodawca uregulował te kwestie szeroko w KC. Można zaobserwować tendencję do utrzymywania w mocy czynności dokonywanych przez rzekomego pełnomocnika, w której biorą udział dwie strony (umowy oraz jednostronne czynności prawne, w których oświadczenie jest kierowane do innego podmiotu), oraz większy rygorizm w odniesieniu do pozostałych jednostronnych czynności prawnych, skutkujący ich nieważnością.

⁴⁰ J. Szwaja, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz do art. 1-150*, t. I, Warszawa 2001, s. 596.

⁴¹ P. Drapała, dz. cyt., s. 41.

Regulacja kodeksowa próbuje zrównoważyć interesy kontrahenta rzekomego pełnomocnika oraz osoby przez niego reprezentowanej. Konieczne jest bowiem zapewnienie zarówno pewności obrotu, jak i ochrony zaufania stron. Interesy kontrahenta ma zabezpieczać roszczenie o zwrot i roszczenie odszkodowawcze z tytułu winy w kontraktowaniu, natomiast interesy mocodawcy – możliwość potwierdzenia korzystnych dla niego czynności rzekomego pełnomocnika, które skutkuje utrzymaniem ich w mocy.

Poza KC pojawiają się dodatkowe uregulowania kwestii działania bez umocowania lub z przekroczeniem jego granic. Przykładem są przepisy art. 118 § 2 i 138 § 2 KSH, które funkcjonują obok regulacji KC i nie są wobec nich przepisami szczególnymi, a więc ich nie wyłączają. Przepisy szczegółowe regulujące tę kwestię pojawiają się także w art. 8 Prawa wekslowego, czy też w art. 760³ KC.

Należy stwierdzić, że kwestię skutków działania bez umocowania lub z przekroczeniem jego granic uregulowano kompleksowo. Można jednak zadać pytanie: czy w pewnych przypadkach powrót do konstrukcji z KH, przewidującej możliwość żądania od rzekomego pełnomocnika wykonania umowy, nie chroniłby kontrahentów lepiej niż roszczenie odszkodowawcze?

STRESZCZENIE

Joanna Zelmańska*

Następstwa czynności prawnych dokonanych bez umocowania albo z przekroczeniem jego zakresu

Dokonywanie czynności prawnych przez przedstawiciela jest obecnie normą na rynku. Usprawnia obrót gospodarczy z uwagi na fakt, iż osoba bezpośrednio zainteresowana nie musi być obecna przy dokonywaniu czynności prawnej. Sytuacja ta niesie ze sobą również rozmaite zagrożenia, takie jak działanie pełnomocnika bez umocowania, z przekroczeniem jego zakresu czy wbrew wewnętrznym ustaleniom z mocodawcą. Działanie rzekomego pełnomocnika powoduje zakłócenie stosunków na rynku i może prowadzić do naruszenia interesów zarówno mocodawcy, jak i osoby trzeciej będącej jego kontrahentem. Konieczne więc stało się uregulowanie tych sytuacji, pozwalające na zrównoważenie interesów wszystkich uczestników obrotu. Ustalenie jasnych zasad obowiązujących strony na etapie zawierania umowy jest niezwykle ważnym zagadnieniem z uwagi na dynamiczny rozwój gospodarki i coraz większą liczbę zawieranych na rynku kontraktów. Ustawodawca zdecydował się więc na uregulowanie tej kwestii, przewidując następstwa czynności dokonanych bez umocowania lub z przekroczeniem umocowania, a także odpowiedzialność odszkodowawczą rzekomego pełnomocnika. Wiele spośród tych zagadnień wymaga

omówienia, a szczególnie kontrowersyjnym wydaje się zakwalifikowanie odpowiedzialności odszkodowawczej rzekomego pełnomocnika jako odpowiedzialności za winę w kontraktowaniu.

* Autorka jest absolwentką Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego.

SUMMARY

Joanna Zelmańska*

The Effects of Legal Acts Performed Without the Power of Attorney or Beyond Its Scope

The performance of legal acts by a representative is currently a norm on the market. It facilitates business trading because an interested party does not have to participate directly in the performance of legal acts. It also causes numerous risks, such as the case of the attorney-at-law acting without the power of attorney, beyond its scope or against the internal provisions made with the principal. The actions of the alleged representative result in disruptions in the relations on the market and are able to lead to infringements on the interests of the principal as well as those of a third party (the contractor). It has become necessary to regulate those kinds of situations, as it would permit to balance the interests of all trading participants. The establishment of clear rules binding all parties when signing a contract constitutes an extremely crucial issue because of the rapid development of economy and the growing number of contracts being signed on the market. The legislator has decided to regulate this issue by anticipating the effects of legal acts performed without the power of attorney, as well as the liability for damages of the alleged representative within the liability for a fault in contracting.

* The author is a graduate of the Faculty of Law and Administration of the Jagiellonian University.

(tran. Joanna Mrozińska)

RÉSUMÉ

Joanna Zelmańska*

Les conséquences des actes juridiques effectués sans pouvoir ou hors mandat

La réalisation d'actes juridiques par un représentant est actuellement une norme sur le marché, car elle améliore le circuit économique du fait que la personne directement intéressée ne doit pas être présente lors de la réalisation d'un acte

juridique. La situation entraîne des menaces diverses, telles que l'agissement du représentant sans pouvoir, hors mandat ou encore contre les décisions convenues avec le mandant. L'agissement d'un soi-disant représentant cause des perturbations de relations sur le marché et peut mener au non-respect des intérêts du mandant de même qu'à son contractant – la tierce personne. La régulation de ces situations est donc devenue nécessaire pour permettre d'équilibrer les intérêts de tous les participants du circuit. La fixation de principes clairs obligeant les parties au niveau de la conclusion de contrat est une question d'importance extraordinaire du fait d'un développement dynamique d'économie et un nombre croissant de contrats conclus sur le marché. Le législateur a donc décidé de régler cette question en prévoyant les conséquences des actes faits sans pouvoir ou hors mandat, mais aussi la responsabilité indemnitaire de soi-disant représentant. Beaucoup de ces questions exigent d'être traitées, dont une particulièrement controversée est celle du classement de la responsabilité indemnitaire du soi-disant représentant comme la responsabilité de la faute dans la conclusion du contrat.

* L'auteur est diplômée de la Faculté de Droit et d'Administration de l'Université jagellonne de Cracovie.

(trad. par Joanna Mrozińska)

ZUSAMMENFASSUNG

Joanna Zelmańska*

Die Folgen der rechtsgeschäftlichen Handlungen ohne Vollmacht oder im Fall des Überschreitens der Grenzen der Vollmacht

Die Erledigung der rechtsgeschäftlichen Handlungen durch den Vertreter gehört heutzutage zu den Normen des geschäftlichen Lebens. Dadurch wird das Wirtschaftsverkehr verbessert und das gerade aus dem Grunde, dass die, in einem Geschäft wirkende, Partei nicht unbedingt während der Handlung anwesend sein muss. Diese Situationen bringen aber auch verschiedenartige Gefahren, wie: Handlung ohne Vollmacht oder mit Überschreiten der Grenzen der Vollmacht, oder auch entgegen den inneren Bestimmungen mit dem Vollmachtgeber. Die Handlungen des sog. vermeintlichen Beauftragter verursachen die Störung der Verhältnisse auf dem Markt und können auch zur Verletzung der Interessen nicht nur des Vollmachtgebers, aber auch des Dritten, als Kontrahent handelnden, führen. Notwendig war also die Regelung dieser Lage, um die Geschäfte aller Teilnehmer der Wirtschaftsverkehr auszugleichen. Die Bestimmung der klaren Prinzipien, die alle Parteien auf der Etappe der Schließung des Vertrags verbinden, scheint das wichtige Problem aus der Sicht der dynamischen Entwicklung des Wirtschaftslebens und immer größerer Zahl der geschlossenen Verträge zu sein. Der Gesetzgeber, vorsehend die Folgen der

rechtgeschäftlichen Handlungen ohne Vollmacht oder im Fall des Überschreitens der Grenzen der Vollmacht, sowie auch vorsehend die Entschädigungsverantwortung des vermeintlichen Beauftragter, entschied sich also diese Frage zu normalisieren.

* Die Autorin absolvierte die Rechtsstudien an der Fakultät der Rechts- und Verwaltungswissenschaften der Jagiellonen Universität zu Krakau.

(Übersetzung: Andrzej Paterek von Sperling)

RESUMEN

Joanna Zelmańska*

Consecuencias de las acciones legales realizadas sin formación o excediendo de su alcance

La interposición de las acciones legales por un representante constituye actualmente un hecho común en el mercado. Mejora la facturación debido al hecho de que la persona en cuestión no está obligada a estar presente en el emprendimiento de la acción legal. La situación puede causar ciertos peligros; como la aptitud y la actitud del representante sin formación, el abuso o contravenir las disposiciones internas de la relación jurídica principal. Los males citados provocan una distorsión de las relaciones mercantiles y acarean perjuicios tanto en los intereses del contratante principal como en los de un tercero, es decir, un subcontratista. Es imprescindible regular la situación para compensar los intereses de todos los participantes del proceso. Se subraya la importancia de establecer unas normas claras en aras al desarrollo dinámico de la economía y el incremento del número de contratos. El legislador ha decidido resolver la cuestión previendo las consecuencias de las acciones realizadas sin formación o con abuso, y la responsabilidad y compensación del supuesto apoderado. Muchos asuntos requieren ser discutidos, sobre todo la cualificación de la responsabilidad compensativa del apoderado en cuestión o la responsabilidad por *culpa in contrahendo*.

* La autora es graduada de la Facultad de Derecho y Administración de la Universidad Jagiellónica de Cracovia.

(trad. Justyna Palica)

РЕЗЮМЕ

Иоанна Зельманьска*

Последствия правовых действий совершенных без полномочия или с превышением его пределов

В настоящее время совершение правовых действий представителем является нормой на рынке. Это улучшает хозяйственный оборот в связи с тем, что лицу непосредственно заинтересовану не надо присутствовать при совершении правового действия. Такая ситуация влечет за собой тоже разные опасности, такие как деятельность уполномоченного без полномочия, с превышением его пределов или вопреки внутренним установлениям с доверителем. Деятельность мнимого уполномоченного может привести к нарушению интересов как доверителя, так и третьего лица, являющегося его контрагентом. Следует урегулировать такие ситуации, что позволит сбалансировать интересы всех участников оборота. Определение ясных принципов обязывающих стороны на этапе заключения договора является чрезвычайно важным вопросом ввиду динамичного развития экономики и все большего количества заключаемых на рынке контрактов. Законодатель решил урегулировать этот вопрос, предвидя последствия совершенные без полномочия или с превышением его пределов, а также ответственность по возмещению вреда мнимого уполномоченного. Много из этих вопросов требует обсуждения, особенно спорным кажется квалификация ответственности по возмещению вреда мнимого уполномоченного как ответственности по вине в контрактowaniu.

* Автор является универсанткой Факультета Права и Администрации Ягеллонского университета.

(Пер. Катажина Барановска)

RIASSUNTO

Joanna Zelmańska*

Le conseguenze dell'attività giuridica senza abilitazione oppure con l'eccesso delle competenze

L'avvenimento dell'attività giuridica da un rappresentante è la norma sul mercato nei tempi odierni. Migliora il fatturato grazie al fatto che la persona interessata non deve essere presente durante l'avvenimento dell'attività giuridica. Tale situazione, però, porta con sé diversi pericoli, tra cui l'agire del rappresentante senza abilitazione, con l'eccesso delle competenze oppure contro gli accordi stabiliti con il consiglio di gestione. L'agire del *falsus procurator* causa dei problemi nei rapporti sul

mercato e può indurre alla violazione degli interessi sia del consiglio di gestione che della persona terza – contraente. Risulta allora necessario regolare queste situazioni per bilanciare gli interessi di tutti i partecipanti del fatturato. La stabilizzazione delle regole chiare e precise nel momento della stipolazione del contratto è la questione molto importante, considerando il dinamico sviluppo economico e il numero crescente dei contratti redatti sul mercato. Il legislatore ha deciso dunque di regolare il problema in questione, prevedendo le conseguenze dell'attività giuridica senza abilitazione oppure con l'eccesso delle competenze, ma anche la responsabilità d'indennizzo del *falsus procurator*. Tanti di questi argomenti dovrebbero essere analizzati. In particolare controversa pare la classificazione della responsabilità d'indennizzo del *falsus procurator* come la responsabilità per gli errori nel contrattare.

* L'autrice si è laureata in giurisprudenza presso la Facoltà di Giurisprudenza e l'Amministrazione dell'Università di Jagellonica (Cracovia).

(trad. Barbara Janikula)

Ochrona wspólników mniejszościowych w trans granicznym łączeniu się spółek kapitałowych w świetle przepisów ustawy o europejskim zgrupowaniu interesów gospodarczych i spółce europejskiej oraz Kodeksu spółek handlowych

1. Wprowadzenie

Rozwój gospodarczy i technologiczny oraz tendencja do globalizacji stosunków społecznych i współpracy pomiędzy przedsiębiorcami z różnych krajów świata powodują, że w obecnych stosunkach społeczno-gospodarczych nawiązywanie stosunków handlowych coraz częściej odbywa się między przedsiębiorcami prowadzącymi działalność na obszarze różnych państw. Zjawisko globalizacji skłania wiele podmiotów gospodarczych, chcących przetrwać i rozwijać się w dobie światowej gospodarki, do sięgnięcia po instrument fuzji, który może zwiększyć efektywność przez racjonalizację struktur.

Przez długi okres nie istniały w Unii Europejskiej instrumenty prawne umożliwiające dokonanie transgranicznego połączenia podmiotów gospodarczych. Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską (TWE) w art. 220 przewidywał jedynie uchwalenie aktu zapewniającego możliwość połączenia spółek podlegających różnym prawom krajowym.

Transgraniczne połączenie spółek po raz pierwszy uregulowane zostało przepisami dotyczącymi powstania spółki europejskiej, wskazującymi jako metodę utworzenia *Societas Europea* (S.E.) między innymi transgraniczną fuzję – art. 2 Rozporządzenia Rady (WE) nr 2157/2001 w sprawie statutu spółki europejskiej (Rozporządzenie SE)¹.

Pierwszy projekt rozporządzenia został przygotowany w 1966 r. przez grupę ekspertów powołanych przez Komisję WE. Przedstawiony on został Radzie Europejskiej w 1970 r.². Komisja Europejska, uwzględniając zmiany wprowadzone

* Autorka jest doktorantką w Katedrze Prawa Cywilnego Porównawczego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego.

¹ Rozporządzenie Rady (WE) nr 2157/2001 z 8.10.2001 r. w sprawie statutu spółki europejskiej, Dz.Urz.WE L 294 z 10.11.2001.

² Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Verordnungsvorschlag über das Statut einer Societas Europea, ABI EG, Nr C, 10.10.1970, S. 1-5; R. Lewandowski, *Statut spółki europejskiej. Komentarz*, t. I, Warszawa 2008, s. 17.

przez Parlament Europejski, przygotowała kolejny projekt rozporządzenia i w 1975 r. przedstawiła go Radzie Wspólnot Europejskich. Przygotowany projekt nie został jednak uchwalony z powodu braku konsensu państw członkowskich w zakresie wewnętrznej organizacji spółki europejskiej, unormowaniu prawa koncernowego i podatkowego, a także w kwestii udziału pracowników w zarządzaniu przedsiębiorstwem³. Prace nad europejską spółką akcyjną zostały podjęte ponownie w związku z tzw. Białą Księgą, której celem było urzeczywistnienie wspólnego rynku i wprowadzenie instrumentu prawnego w formie spółki europejskiej, ułatwiającego współpracę między przedsiębiorcami. W 1989 r. KE przedstawiła kolejny projekt rozporządzenia⁴. Przygotowany projekt był podzielony na dwa akty: pierwszy, dotyczący samego rozporządzenia; drugi – uczestnictwa pracowników w zarządzaniu spółką europejską. Kolejny projekt KE, przedstawiony w 1991 r., odsyłał w wielu kwestiach do regulacji poszczególnych państw członkowskich, np. w zakresie opodatkowania spółki oraz prawa koncernowego, jednak również ta propozycja nie została przychylnie przyjęta⁵.

Prace nad przygotowaniem rozporządzenia zostały wznowione przez grupę ekspertów pod przewodnictwem byłego wiceprezydenta KE, Étienne’a Davignon. Zaproponowany model miał charakter kompromisowy i nie powodował automatycznie osłabienia praw pracowników na skutek utworzenia spółki europejskiej. Na bazie raportu wskazanej grupy ekspertów, KE przedstawiła nową propozycję rozporządzenia i dyrektywy. Rada Ministrów w dniu 8.10.2001 r. uchwaliła jednomyślnie Rozporządzenie w sprawie statutu spółki europejskiej (Rozporządzenie SE) i dyrektywę uzupełniającą to rozporządzenie o uczestnictwo pracowników (Dyrektywa SE), które zostały ogłoszone w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 10.11.2001 r.⁶.

Prace nad przygotowaniem dyrektywy w sprawie transgranicznego połączenia spółek kapitałowych trwały również przez wiele lat i nie zawsze kończyły się sukcesem. W 1973 r. przygotowano projekt konwencji normującej fuzję transgraniczną, który następnie został przedstawiony przez KE Radzie,

³ Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Vorschlag einer Verordnung des Rates über das Statut für Europäische Aktiengesellschaft, Bulletin der EG, Beilage 4-1975, S. 1-200; R. Lewandowski, dz. cyt., s. 17 i n.

⁴ Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Geänderter Vorschlag einer Verordnung über das Statut der Europäischen Aktiengesellschaft, KOM (89) 268 endg, 25.08.1989; Vorschlag einer Richtlinie zur Ergänzung des SE-Statuts hinsichtlich der Stellung der Arbeitnehmer, KOM (89) 268 endg, 25.08.1989; R. Lewandowski, dz. cyt., s. 18.

⁵ Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Dritter geänderter Vorschlag einer Verordnung über das Statut der Europäischen Aktiengesellschaft, Abl EG, Nr C 176, 8.07.1991, S. 1-68; R. Lewandowski, dz. cyt., s. 18; M. Minas, *Spółka europejska w pracach Komisji Wspólnot Europejskich*, KPP 1996/1, s. 70.

⁶ R. Lewandowski, dz. cyt., s. 19.

jednakże prace nad projektem zostały przerwane aż do lat osiemdziesiątych⁷. Pierwszy oficjalny projekt Dziesiątej Dyrektywy pochodził z 1985 r., jednak nie został pozytywnie sfinalizowany⁸. Dyrektywa nie została przekazana do Rady w celu ostatecznego jej uchwalenia, lecz utknęła w toku prac nad pierwszym czytaniem w Parlamencie Europejskim. Przyczyną nieuchwalenia tej dyrektywy w ówczesnym kształcie były liczne kontrowersje, jakie zarysowały się między państwami członkowskimi, zwłaszcza na tle kwestii związanych z udziałem pracowników w zarządzaniu spółką. Na temat tej dyrektywy negatywną opinię wyraził Komitet spraw prawnych oraz obywateli, do którego dyrektywa została odesłana po pierwszym czytaniu w Parlamencie⁹. Komisja w 2003 r. przedstawiła nową propozycję uregulowania transgranicznego łączenia się spółek, wzorowaną w dużej mierze na rozporządzeniu Rady (WE) w sprawie statutu spółki europejskiej¹⁰.

Dziesiąta Dyrektywa nr 2005/56/WE Parlamentu i Rady w sprawie transgranicznego łączenia się spółek została ostatecznie przyjęta w dniu 26.10.2005 r. i weszła w życie 15.12.2005 r. Państwa członkowskie zobowiązane zostały do jej implementacji do krajowych porządków prawnych najpóźniej do 15.12.2008 r.

2. Łączenie się spółek akcyjnych podlegających prawu różnych państw członkowskich prowadzące do powstania spółki europejskiej

2.1. Źródła regulacji prawnej spółki europejskiej

Rozporządzenie Rady Unii Europejskiej nr 2157/2001 w sprawie statutu spółki europejskiej jest podstawowym aktem prawnym regulacji *Societas Europaea*¹¹. Reguluje podstawowe aspekty działania S.E., z wyjątkiem zagadnienia uczestnictwa pracowników, które jest uregulowane w Dyrektywie SE¹².

Zgodnie z art. 288 akapit 2 TFUE (dawny art. 249b akapit 2 TWE), rozporządzenie ma charakter generalny i obowiązuje bezpośrednio na terenie całej

⁷ Projekt z 1973 r. Konwencji o międzynarodowej fuzji spółek akcyjnych wydanej na podstawie art. 297 TEWG (obecnie jest to art. 293 TWE). Por. A. Szajkowski, *Harmonizacja polskiego prawa spółek z prawem Wspólnot Europejskich*, PS 1996/1-4, s. 59 i n.; K. Bilewska, *Spółka europejska*, Warszawa 2006., s. 84.

⁸ Projekt z 14.01.1985 r., Dz.Urz.WE 1985 C 23/11.

⁹ M. Szydło, *Transgraniczne łączenie się spółek kapitałowych na rynku wewnętrznym Unii Europejskiej*, „Rejent” 2006/12, s. 115.

¹⁰ COM (2003) 703. Zob. <http://europa.eu.int/scadplus/leg/en/lvb/126041.htm> [dostęp: 24.06.2005].

¹¹ Rozporządzenie Rady UE nr 2157/2001 w sprawie statutu spółki europejskiej (SE), uchwalone 8.10.2001 r., Dz.Urz.WE L 294 z 10.11.2001.

¹² Dyrektywa 2001/86/WE Rady UE, Dz.Urz.WE L 294/22 z 10.11.2001.

Unii Europejskiej, bez potrzeby wydawania dodatkowych aktów wykonawczych prawa krajowego¹³. Rozporządzenie ma przy tym prymat nad sprzecznym z nim prawem krajowym, co oznacza, że wszelkie regulacje krajowe niezgodne z tymi przepisami nie mogą być stosowane, a normy prawa wspólnotowego powinny być stosowane bez zbędnej zwłoki¹⁴.

Zgodnie z wyrokiem Trybunału Sprawiedliwości (TS) z dnia 15.07.1996 r., żadne normy prawa wewnętrznego nie mogą mieć pierwszeństwa przed prawem stanowionym przez Traktat i wypływającymi z niego niezależnymi źródłami prawa¹⁵.

W sprawach nieuregulowanych Rozporządzeniem SE znajdują zastosowanie przepisy prawa krajowego (art. 9 ust. 1 lit. C Rozporządzenia SE). Przez prawo krajowe, do którego odsyła rozporządzenie, należy rozumieć normy krajowe państwa siedziby statutowej S.E., ewentualnie, na mocy przepisu szczególnego, normy państwa siedziby spółek założycielskich¹⁶. W Polsce przepisy rozporządzenia wykonuje ustawa o europejskim zgrupowaniu interesów gospodarczych i spółce europejskiej (Ustawa SE)¹⁷.

2.2.Przepisy chroniące interesy wspólników mniejszościowych przy powstaniu spółki europejskiej w drodze transgranicznej fuzji

Transgraniczna fuzja spółek prowadząca do powstania spółki europejskiej uregulowana jest w art. 17-31 Rozporządzenia SE i odbywa się zgodnie z reżimem łączenia się spółek akcyjnych zharmonizowanych Trzecią Dyrektywą¹⁸.

W art. 24 ust. 2 Rozporządzenie SE upoważniło każde państwo członkowskie do tego, aby w stosunku do łączących się spółek, które podlegają jego prawu, przyjąć przepisy w celu zapewnienia odpowiedniej ochrony akcjonariuszy, którzy wyrazili sprzeciw wobec łączenia się spółek. Zauważyć przy tym należy, iż w polskiej wersji wskazany przepis dotyczy akcjonariuszy, natomiast w wersji angielskiej czy niemieckiej mowa jest o akcjonariuszach mniejszościowych. Należałoby zatem przyjąć, iż przedmiotem regulacji art. 24 ust. 2 Rozporządzenia SE jest jedynie ochrona akcjonariuszy mniejszościowych.

¹³ Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, Dz.Urz.UE z 9.5.2008, nr C 115/47 (TFUE); Traktat ustanawiający Unię Europejską, Dz.Urz.UE z 29.12.2006, nr C 321 E/37 (TWE).

¹⁴ E. Skibińska, M. Żuk, A. Lankamer-Prasolek, *Transgraniczne łączenie się spółek kapitałowych. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 5.

¹⁵ Wyrok TS z dnia 15.07.1996 r. w sprawie 6/64 *Costa v. ENEL*, Zb. Orz. 1964, s. 1141.

¹⁶ K. Bilewska, dz. cyt., s. 45.

¹⁷ Ustawa z dnia 4.03.2005 r. o europejskim zgrupowaniu interesów gospodarczych i spółce europejskiej, Dz.U. z 2005 r., Nr 62, poz. 551.

¹⁸ Trzecia Dyrektywa Rady nr 78/855/EWG z 9.10.1978 r. wydana na podstawie art. 54 ust. 3 lit. G Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską (Traktat), dotycząca łączenia się spółek akcyjnych, Dz.Urz.WE L 295 z 20.10.1978.

Państwo członkowskie może przyjąć przepisy w celu zapewnienia ochrony wspólnikom mniejszościowym. Jednak zwrot „może” powoduje, iż wprowadzenie norm ochronnych nie jest obowiązkowe. Polski ustawodawca skorzystał z tego uprawnienia w akcie wykonawczym – Ustawie SE¹⁹. Akcjonariuszami mniejszościowymi są akcjonariusze, którzy nie dysponują odpowiednią ilością głosów, aby można było zapobiec podjęciu określonej uchwały przez walne zgromadzenie. Status akcjonariusza mniejszościowego będzie się zatem różnić, w zależności od tego, jaka większość głosów jest wymagana do podjęcia określonej uchwały²⁰.

W polskim systemie prawnym jako środki ochrony akcjonariuszy mniejszościowych przyjęto:

- wymóg jawnego i imiennego głosowania, w którym każda akcja ma jeden głos, nad uchwałą w sprawie połączenia prowadzącego do powstania spółki europejskiej,
- prawo żądania przez akcjonariusza wykupu jego akcji,
- prawo do zaskarżenia przez akcjonariusza uchwały o połączeniu,
- prawo do żądania naprawienia szkody powstałej wskutek dokonania wpisów na podstawie uchwały uznanej za nieważną lub uchylonej.

Połączenie transgraniczne spółek prowadzące do powstania spółki europejskiej wymaga podjęcia uchwały przez walne zgromadzenie większością 3/4 głosów, reprezentujących co najmniej połowę kapitału zakładowego, przy czym statut może przewidywać surowsze warunki; a w przypadku spółek publicznych większością 2/3 głosów. Ustawa SE wprowadza ponadto dodatkowe wymogi w zakresie procedury podejmowania uchwały w przypadku, gdy tworzona spółka europejska ma mieć siedzibę statutową poza granicami Polski – wymaga, aby uchwała o połączeniu była podjęta w drodze jawnego i imiennego głosowania, w którym każda akcja ma jeden głos (art. 16 ust. 1 i 2 Ustawy SE)²¹.

Zgodnie z art. 17 Ustawy SE, wspólnicy głosujący jawnie i imiennie przeciwko fuzji transgranicznej prowadzącej do powstania spółki europejskiej z siedzibą poza granicami Polski mogą żądać wykupu swoich akcji przez pisemne żądanie wykupu, złożone spółce w terminie 10 dni od powzięcia uchwały. Wykupu akcji po cenie notowanej na rynku regulowanym bądź ustalonej przez biegłego

¹⁹ S. Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja (red.), *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, t. V, Warszawa 2008, s. 1422-1426.

²⁰ K. Kohutek, *Komentarz do rozporządzenia Rady (WE) nr 2157/2001 z dnia 8 października 2001 r. w sprawie statutu spółki europejskiej (SE)*, Lex el. 2006.

²¹ K. Bilewska, dz. cyt., s. 93.

(wyznaczonego przez sąd rejestrowy) mogą dokonać zarówno inni akcjonariusze, jak i osoby trzecie, a także sama spółka²².

Wykupu akcji dokonuje się za pośrednictwem łączącej się spółki. Cena ustalona przez biegłego jest ogłaszana przez zarząd w dzienniku o zasięgu ogólnopolskim w terminie 14 dni od jej ustalenia. Osoby, które zamierzają wykupić te akcje, wpłacają należność, równą cenie wszystkich nabywanych akcji, na rachunek bankowy spółki w terminie 3 tygodni od dnia ogłoszenia ceny wykupu. W przypadku, gdy sama spółka dokonuje wykupienia akcji, łączna wartość akcji (wraz z akcjami własnymi dotychczas już nabytymi przez spółkę, przez jej spółki lub spółdzielnie zależne, lub przez inne osoby działające na ich rachunek) nie może przekroczyć 25% kapitału zakładowego spółki²³. Jeżeli wykup obejmuje więcej niż 10% kapitału zakładowego, a w spółce działa rada nadzorcza, wymagana jest zgoda rady nadzorczej.

Spółka powinna wypłacić akcjonariuszom żądającym wykupu cenę wykupu w terminie 14 dni od daty upływu terminu określonego w art. 18 ust. 4 Ustawy SE (3 tygodnie od dnia ogłoszenia ceny wykupu przez spółkę). W tym terminie spółka powinna również wydać nabywcom wykupywanych akcji dokumenty uprawniające do wykonywania praw z akcji. W przypadku, gdy przedmiotem wykupu są akcje dopuszczone do publicznego obrotu papierami wartościowymi, ich przeniesienie następuje na podstawie umowy, zawartej między akcjonariuszem żądającym wykupu i nabywcą, z chwilą dokonania odpowiedniego zapisu na rachunku papierów wartościowych nabywcy. Ustawa SE jednocześnie wykluczyła stosowanie ograniczeń w rozporządzaniu akcjami, które wynikają ze statutu spółki, odnośnie do wykupu akcji akcjonariuszy realizujących swe uprawnienie z art. 17 Ustawy SE²⁴.

Kolejnym środkiem ochrony mniejszościowego akcjonariusza jest prawo do zaskarżenia uchwały o połączeniu. Prawo to wynika z art. 20 ust. 1 i 3 Ustawy SE, w którym jest mowa o wytoczeniu powództwa o uchylenie albo stwierdzenie nieważności uchwały o połączeniu. Wskazane powództwa wytaczane są w trybie przepisów art. 422 i 425 KSH, które mają zastosowanie również do uchwały w sprawie połączenia spółek prowadzącego do powstania spółki europejskiej; przy czym, odnosić się to będzie nie tylko do sytuacji, gdy tworzona spółka europejska będzie miała siedzibę statutową w Polsce, ale także, gdy jej siedziba znajdować się będzie poza terytorium Polski. Przepis art. 20 ust. 3 Ustawy SE stanowi o powództwach kwestionujących uchwałę o połączeniu, nie przesadzając, iż chodzi tylko o połączenie w celu założenia spółki europejskiej w Polsce²⁵.

²² Tamże.

²³ R. Lewandowski, dz. cyt., s. 304.

²⁴ K. Kohutek, dz. cyt.

²⁵ Tamże.

Wytoczenie przez współnika powództwa stanowi prawną przeszkodę do wydania przez sąd rejestrowy zaświadczenia ostatecznie potwierdzającego wykonanie wszystkich czynności prawnych i formalności wymaganych przed przeprowadzeniem połączenia spółek. Zaświadczenie takie będzie więc mogło być wydane dopiero po oddaleniu przez sąd danego powództwa. Jednak pomimo zaskarżenia uchwały, sąd może wydać zaświadczenie, jeżeli zostanie uprawdopodobnione, że powództwo to jest oczywiście bezzasadne.

W przypadku, gdy po wydaniu zaświadczenia sąd prawomocnym orzeczeniem stwierdzi nieważność uchwały o połączeniu albo ją uchyli, akcjonariusz, który poniósł szkodę wskutek dokonania wpisów na podstawie uchwały uznanej za nieważną lub uchylonej, może dochodzić jej naprawienia od nowo powstałej spółki europejskiej, bez względu na winę członków jej organów (art. 20 ust. 3 Ustawy SE). Uprawnienie do żądania naprawienia szkody nie ma charakteru samoistnego, ponieważ zależy od uprzedniej realizacji prawa akcjonariusza do zaskarżenia uchwały o połączeniu, a także wydania przez sąd rejestrowy zaświadczenia, o którym mowa w art. 25 ust. 2 Rozporządzenia SE (potwierdzającego, że wszystkie wymogi prawne do przeprowadzenia transgranicznej fuzji zostały spełnione), mimo wniesienia powództwa o stwierdzenie nieważności lub uchylenie uchwały o połączeniu. Dochodzenie odszkodowania powinno dokonywać się w trybie określonym przepisami prawa państwa członkowskiego, w którym znajduje się siedziba statutowa spółki europejskiej utworzonej w drodze połączenia (art. 9 ust. 1 lit. C tiret 2 oraz art. 15 ust. 1 Rozporządzenia SE).

3. Ochrona współników mniejszościowych w transgranicznym łączeniu się spółek kapitałowych określona przepisami Dziesiątej Dyrektywy oraz KSH

3.1. Prawo pierwotne Wspólnot Europejskich oraz przepisy stanowiące implementację Dziesiątej Dyrektywy do prawa krajowego państw członkowskich – jako podstawa transgranicznego łączenia się spółek

Dziesiąta Dyrektywa w sprawie transgranicznego łączenia się spółek kapitałowych reguluje fuzję spółek kapitałowych podlegających prawu różnych państw członkowskich²⁶.

Przed transpozycją norm Dziesiątej Dyrektywy wiele systemów prawnych państw członkowskich nie dopuszczało możliwości międzynarodowej fuzji, mimo że podstawa prawna do dokonywania transgranicznych połączeń wynika dla spółek

²⁶ Dyrektywa 2005/56/WE Parlamentu i Rady z 26.10.2005 r. w sprawie transgranicznego łączenia się spółek kapitałowych, Dz.Urz.UE L 310/1 z 25.11.2005.

z przepisów europejskiego prawa pierwotnego, tj. art. 43-48 TWE (obecnie art. 49-54 TFUE), które wywołują bezpośredni skutek. Przepisy te zawierają regulacje swobody przedsiębiorczości, która oznacza samodzielne wykonywanie działalności gospodarczej za pomocą stałego przedsiębiorstwa w innym państwie członkowskim przez czas nieokreślony. Rzecznik generalny A. Tizzano w opinii z 7.07.2005 r. podkreślił, że zakres stosowania swobody przedsiębiorczości obejmuje wszelkie środki, które umożliwiają lub choćby ułatwiają dostęp do państwa członkowskiego innego niż państwo siedziby i prowadzenie działalności gospodarczej w tym państwie, czyniąc możliwym faktyczny udział zainteresowanych przedsiębiorców w życiu gospodarczym tego państwa na takich samych warunkach, jak przewidziane dla podmiotów krajowych. Swoboda przedsiębiorczości należy do najważniejszych swobód wspólnotowych, obok swobody świadczenia usług, swobody przepływu kapitału i płatności, swobody przepływu towarów oraz swobody przemieszczania się pracowników. W precedensowym wyroku w sprawie *Sevic* TS zakwalifikował transgraniczne łączenie się spółek jako przejaw swobody przedsiębiorczości²⁷.

Dziesiąta Dyrektywa czyni zbędnym powoływanie się przez spółki wprost na Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej w celu przeprowadzenia transgranicznego łączenia. Formułuje ona czytelne reguły międzynarodowej fuzji, które wszystkie państwa członkowskie mają obowiązek implementować do krajowych porządków prawnych. Zakazuje dyskryminacji spółek zagranicznych i usuwa w ten sposób trudności wiążące się z procesem międzynarodowej konsolidacji²⁸.

Moc prawną i skutki dyrektywy opisuje art. 288 akapit 3 TFUE (dawny art. 249 zd. 3 TWE), zgodnie z którym dyrektywa wiąże każde państwo członkowskie, do którego jest kierowana, w odniesieniu do celu (rezultatu), który ma być osiągnięty; pozostawia jednak organom krajowym swobodę wyboru formy i środków realizacji tego celu²⁹.

Zgodnie z wyrokiem TS z 5.04.1979 r. w sprawie 148/78 *Ratti*, warunkiem bezpośredniego skutku dyrektywy jest upływ terminu implementacyjnego. Jednostki mogą powoływać się na przepis dyrektywy wyłącznie od momentu, w którym kończy się termin na implementację, a państwo członkowskie naruszyło postanowienia art. 288 TFUE poprzez przekroczenie dopuszczalnego terminu³⁰.

Z kolei w wyroku z 10.04.1984 r. w sprawie 14/83 *Von Colson* TS wskazał, że zobowiązania państw członkowskich do realizacji celu określonego w dyrektywie oraz, w szerszym znaczeniu, obowiązek lojalnego wykonywania

²⁷ Wyrok z 13.12.2005 r., C-411/03, *Sevic Systems AG*, Zb. Orz. 2005, s. I-10805.

²⁸ A. Opalski, *Europejskie prawo spółek. Zasady prawa europejskiego i ich wpływ na polskie prawo spółek*, Warszawa 2010, s. 440 i n.

²⁹ Tamże, s. 64.

³⁰ Wyrok TS z dnia 5.04.1979 r. w sprawie 148/78 *Ratti*, Zb. Orz. 1979, s. 1629.

zobowiązań wynikających z Traktatu oznaczają, że w stosowaniu prawa wewnętrznego, a zwłaszcza regulacji wprowadzonych w celu implementacji dyrektywy, sąd krajowy powinien interpretować prawo wewnętrzne w świetle przedmiotu i celu dyrektywy, aby zrealizować zobowiązanie w niej zawarte, czyli żeby osiągnąć skutek określony w art. 249 akapit 3 TWE (obecnie 288 akapit 3 TFUE)³¹.

Podstawą prawną uchwalenia Dziesiątej Dyrektywy w sprawie transgranicznego łączenia się spółek kapitałowych jest art. 44 TWE (obecnie art. 50 TFUE), zgodnie z którym w celu urzeczywistnienia swobody zakładania przedsiębiorstw Rada, stanowiąc zgodnie z procedurą współdecydowania, uchwała dyrektywę. Jednym z podstawowych celów Rady i Komisji jest ochrona wspólników i osób trzecich³².

Przepisy Dziesiątej Dyrektywy stanowią jedynie uzupełnienie przepisów znajdujących zastosowanie do łączenia się krajowych spółek kapitałowych. Procedura transgranicznego połączenia podlega więc odpowiednio przepisom krajowym, w zakresie jakim Dyrektywa nie stanowi inaczej. Państwow członkowski pozostawiony został znaczny zakres swobody w sposobie wprowadzenia poszczególnych procedur do ich porządków prawnych³³.

Do polskiego prawa Dyrektywa w sprawie transgranicznego łączenia się spółek kapitałowych została implementowana ustawą z dnia 25.04.2008 r., wprowadzającą zmiany do przepisów KSH³⁴.

3.2. Model ochrony wspólników mniejszościowych przypadku transgranicznego łączenia się spółek kapitałowych przyjęty w polskim systemie prawnym

Przepisy KSH przewidują stosowne środki, mające służyć ochronie interesów wspólników mniejszościowych spółek uczestniczących w transakcji połączenia, również transgranicznego, a w szczególności:

- zaostrzone wymogi obowiązujące przy podejmowaniu uchwały w sprawie połączenia,
- prawo do zaskarżenia uchwały w sprawie połączenia spółek,
- odpowiedzialność spółki za szkodę wyrządzoną uchwałą o połączeniu sprzeczną z ustawą, umową bądź statutem spółki lub dobrymi obyczajami,
- odpowiedzialność odszkodowawczą członków zarządu, rady nadzorczej lub komisji rewizyjnej łączących się spółek za zawinioną szkodę wyrządzoną

³¹ Wyrok TS z dnia 10.04.1984 r. w sprawie 14/83 *Von Colson*, Zb. Orz. 1984, s. 1891.

³² E. Skibińska, M. Żuk, A. Lankamer-Prasolek, dz. cyt., s. 13 i n.

³³ M. Koralewski, *Transgraniczne prawo spółek*, Warszawa 2010, s. 10.

³⁴ Ustawa z dnia 25.04.2008 r. o zmianie ustawy – Kodeks spółek handlowych, Dz.U. Nr 86, poz. 524.

- działaniem lub zaniechaniem sprzecznym z prawem lub postanowieniami umowy albo statutu spółki,
- odpowiedzialność biegłego wobec łączących się spółek oraz ich wspólników za szkody wyrządzone z jego winy.

W celu ochrony wspólników mniejszościowych spółek krajowych, które w wyniku fuzji transgranicznej są przejmowane przez spółkę zagraniczną, polski ustawodawca w art. 516¹¹ KSH przewidział dodatkowy mechanizm ochrony, w postaci prawa wspólnika do żądania odkupu jego udziałów lub akcji. Zgodnie z powołanym przepisem, wspólnik spółki krajowej, który głosował przeciwko uchwale o połączeniu i zażądał zaprotokołowania sprzeciwu, może domagać się odkupu jego udziałów lub akcji, jeżeli spółką przejmującą lub spółką nowo zawiązaną jest spółka zagraniczna. Polski prawodawca, regulując kwestię przymusowego odkupu akcji lub udziałów, nawiązał do rozwiązań zawartych w art. 17 Ustawy SE (jednak, odmiennie niż w art. 16 ust. 1 Ustawy SE, KSH nie wymaga, aby uchwała o połączeniu transgranicznym została podjęta w głosowaniu jawnym).

Charakterystyczne jest, że instrumenty ochrony wspólników mniejszościowych przewidziane w art. 516¹¹ KSH odnoszą się tylko do sytuacji, gdy spółką przejmującą lub nowo zawiązaną jest spółka zagraniczna. Nie ma on zastosowania, gdy spółką przejmującą lub nowo zawiązaną jest spółka krajowa. W tym ostatnim przypadku, na zasadzie art. 516¹ KSH, zastosowanie mają instrumenty ochrony przyjęte dla łączenia spółek krajowych.

Przepisy regulujące procedurę połączenia transgranicznego nie normują sposobu podejmowania uchwały o połączeniu. Wyjątkiem w tym zakresie jest art. 516⁸ KSH, który stanowi, że w uchwale o połączeniu można uzależnić skuteczność połączenia od zatwierdzenia przez zgromadzenie wspólników lub walne zgromadzenie warunków uczestnictwa przedstawicieli pracowników. W pozostałym zakresie krajowe spółki uczestniczące w połączeniu transgranicznym stosują te same zasady, co spółki uczestniczące w połączeniu krajowym. Zgodnie z art. 506 KSH, uchwała łączeniowa powinna być podjęta większością 3/4 głosów, reprezentujących co najmniej połowę kapitału zakładowego, chyba że umowa lub statut spółki przewidują surowsze warunki. Uchwała walnego zgromadzenia spółki publicznej wymaga natomiast większości 2/3 głosów, chyba że statut spółki przewiduje warunki surowsze³⁵.

Uchwała w sprawie transgranicznej fuzji może zostać zaskarżona w drodze powództwa o stwierdzenie nieważności lub o uchylenie uchwały (art. 509 w zw. z art. 516¹ KSH), przy czym uchwała nie podlega zaskarżeniu ze względu na

³⁵ M. Koralewski, *Transgraniczne łączenie się spółek kapitałowych na tle połączeń krajowych*, Warszawa 2009, s. 179-180.

zastrzeżenia dotyczące wyłącznie stosunku wymiany udziałów lub akcji. Powództwo może być wytoczone nie później niż w terminie miesiąca od dnia powzięcia uchwały. Jednak po dniu połączenia niedopuszczalne jest uchylenie albo stwierdzenie nieważności uchwały łączeniowej. Przepis art. 17 Dziesiątej Dyrektywy wprowadził zakaz unieważnienia transgranicznego połączenia, które stało się skuteczne, a więc po ukończeniu etapu kontroli legalności połączenia przez uprawniony organ w państwie, gdzie znajduje siedziba spółki nowo zawiązanej lub spółki przejmującej. W przypadku spółek polskich organem właściwym jest sąd rejestrowy. Określenie daty, od której następuje połączenie transgraniczne, należy do państwa członkowskiego. W myśl art. 493 KSH, połączenie następuje z dniem wpisania połączenia do rejestru według siedziby spółki przejmującej lub nowo zawiązanej.

Zakaz unieważnienia transgranicznego połączenia został implementowany przepisami art. 516¹⁷ KSH, zgodnie z którym po dniu połączenia niedopuszczalne jest uchylenie albo stwierdzenie nieważności uchwały o połączeniu. Konsekwencją niemożności wzruszenia uchwały łączeniowej po dniu połączenia jest wyłączenie przepisów KSH, które to umożliwiały (art. 509 § 1, art. 510, art. 21 oraz art. 497 § 2 KSH). Postępowanie wszczęte przed tym dniem – po dniu połączenia zostanie przez sąd umorzone. Osoba legitymowana do zaskarżenia uchwały łączeniowej nie zostaje jednak pozbawiona ochrony prawnej – może na podstawie art. 516¹⁷ § 3 KSH wystąpić przeciwko spółce przejmującej lub nowo zawiązanej z powództwem odszkodowawczym, dotyczącym szkody wyrządzonej uchwałą o połączeniu, która jest sprzeczna z ustawą, umową bądź statutem spółki lub dobrymi obyczajami. Legitymowany może, na podstawie art. 193 KPC, dokonać przedmiotowej zmiany powództwa (jeżeli nie wpływa to na właściwość miejscową i rzeczową sądu), czyli wystąpić z nowym roszczeniem zamiast roszczenia pierwotnego³⁶. Wskazane w art. 516¹⁷ § 3 KSH przesłanki pokrywają się w zasadzie z przesłankami uchylenia i stwierdzenia nieważności uchwały (określonymi w art. 249 i 252 KSH w odniesieniu do spółki z o.o. oraz art. 422 i 425 KSH w odniesieniu do spółki akcyjnej). Ustawodawca zrezygnował z przesłanki godzenia przez uchwałę w interesy spółki bądź powzięcia jej w celu pokrzywdzenia wspólnika³⁷.

Przepis art. 512 w zw. z art. 516¹ KSH wyposaża wspólników spółek uczestniczących w transgranicznej fuzji w kolejny środek ochrony. Zgodnie z powołanym przepisem, członkowie zarządu, rady nadzorczej lub komisji rewizyjnej oraz likwidatorzy łączących się spółek odpowiadają wobec wspólników tych spółek solidarnie za szkody wyrządzone działaniem lub zaniechaniem sprzecznym z prawem lub postanowieniami umowy albo statutu spółki, chyba że nie ponoszą winy. Przesłankami odpowiedzialności są zatem: działanie sprzeczne

³⁶ E. Skibińska, M. Żuk, A. Lankamer-Prasolek, dz. cyt., s. 77-78.

³⁷ M. Koralewski, *Transgraniczne łączenie się...*, dz. cyt., s. 207.

z prawem lub umową (statutem) spółki, wina (zarówno umyślna, jak i nieumyślna), szkoda (zarówno *damnum emergens*, jak i *lucrum cessans*), istnienie związku przyczynowego pomiędzy zachowaniem się członka zarządu, rady nadzorczej bądź komisji rewizyjnej lub likwidatora a powstałą szkodą. Należy przy tym zaznaczyć, iż wskazany przepis odwołuje się do winy indywidualnej każdego z członków organu spółki, nie może więc służyć za podstawę odpowiedzialności zbiorowej wszystkich osób wchodzących w skład organu za działanie lub zaniechanie jednej osoby³⁸. Ponadto, przepis art. 512 KSH określa zasady odpowiedzialności osób pełniących wymienione w nim stanowiska w procesie łączenia spółek, a nie osób które pełnią te stanowiska w chwili wnoszenia powództwa o odszkodowanie³⁹.

Wobec wspólników łączących się spółek odpowiada również biegły, który badał plan połączenia transgranicznego (art. 513 w zw. z art. 516¹ KSH). Odpowiedzialność biegłego jest również oparta na zasadzie winy, a w przypadku, gdy biegłych jest kilku, odpowiadają oni solidarnie. Odpowiedzialność solidarna dotyczy jednak tylko tych biegłych, którym udowodniono winę. Biegły odpowiada za szkody wyrządzone wszelkim działaniem lub zaniechaniem, nie zaś tylko działaniem i zaniechaniem sprzecznym z prawem albo przepisami umowy bądź statutu spółki. Do odpowiedzialności biegłego stosuje się odpowiednio przepis art. 512 § 2 KSH. Biegły może zatem odpowiadać np. za niedołożenie należytej staranności w trakcie badania planu połączenia (w zakresie, w jakim będzie to dotyczyć wspólników łączących się spółek), niezażądanie dodatkowych wyjaśnień i dokumentów od członków zarządu (gdy okoliczności wskazywały na taką konieczność), czy też bezzasadne kwestionowanie parytetu wymiany⁴⁰.

Roszczenia wynikające z art. 512 i 513 w zw. z art. 516¹ KSH przedawniają się z upływem trzech lat od dnia ogłoszenia o połączeniu.

3.3. Prawo żądania odkupu udziałów lub akcji wspólnika mniejszościowego w przypadku przejęcia spółki krajowej przez spółkę zagraniczną lub zawiązania nowej spółki zagranicznej

W przypadku, gdy spółką przejmującą lub nowo zawiązaną jest spółka zagraniczna, wspólnik mniejszościowy może żądać odkupu swoich udziałów bądź akcji, jeżeli głosował przeciwko uchwale o połączeniu i żądał zaprotokołowania sprzeciwu. Jeżeli wspólnik nie złożył takiego sprzeciwu, nie może zostać objęty ochroną norm przyjętych przez polskiego prawodawcę.

W celu realizacji swojego uprawnienia, wspólnik powinien złożyć spółce pisemne żądanie odkupu w terminie 10 dni od dnia podjęcia uchwały o połączeniu. W przypadku, gdy żądającym odkupu jest akcjonariusz, wówczas do swego

³⁸ Tamże, s. 76-77.

³⁹ A. Szumański, [w:] S. Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja (red.), dz. cyt., s. 475.

⁴⁰ M. Koralewski, *Transgraniczne łączenie się...*, dz. cyt., s. 78-79.

żądania powinien dołączyć dokument akcji. W odniesieniu natomiast do wspólników spółek publicznych, których akcje zostały zdematerializowane, do żądania odkupu należy dołączyć imienne świadectwo depozytowe, wystawione zgodnie z przepisami o obrocie instrumentami finansowymi; termin ważności takiego świadectwa nie może upływać przed datą dokonania odkupu udziałów.

Odkupu udziałów lub akcji wspólników nieakceptujących połączenia dokonują wspólnicy, którzy godzą się na połączenie, albo spółka. Żądanie odkupu powinno zostać złożone spółce krajowej, ponieważ akcjonariusze w chwili składania swojego żądania są nadal wspólnikami spółki dotychczasowej (przejmowanej lub łączącej się w celu zawiązania nowej)⁴¹.

Przepis art. 516¹¹ KSH wprowadza górny limit nabycia przez spółkę udziałów lub akcji w trybie przymusowego odkupu. Ich łączna wartość nominalna, razem z dotychczas nabytymi (przez samą spółkę lub spółkę zależną, spółdzielnię zależną bądź inne osoby działające na rachunek spółki) udziałami własnymi, nie może przekraczać 25% kapitału zakładowego.

Spółka nie może odmówić nabycia udziałów bądź akcji wspólnika, który wykonuje uprawnienie przyznane mu przez art. 516¹¹ KSH. Jest to przepis bezwzględnie wiążący oraz ustawowo gwarantujący określone uprawnienie na rzecz wspólnika. Odkupu udziałów lub akcji dokonuje spółka na rachunek własny bądź na rachunek wspólników pozostających w spółce.

W razie nabycia udziałów bądź akcji przez pozostałych wspólników (którzy głosowali za połączeniem) nastąpi zwiększenie zaangażowania kapitałowego tych wspólników w spółce. Omawiany przepis nie określa jednak, w jakich proporcjach pozostali wspólnicy nabywają (za pośrednictwem spółki) udziały lub akcje wspólników, którzy zażądali wykupu. Wydaje się, że słusznym rozwiązaniem jest przyjęcie, iż wspólnicy dokonujący odkupu powinni nabyć udziały lub akcje proporcjonalnie do ilości dotychczas posiadanych, chyba że odmienne rozwiązanie zostanie przyjęte po uprzednich uzgodnieniach z zainteresowanymi wspólnikami⁴².

Przepisy nie wskazują, który podmiot ustala cenę odkupu. W art. 516¹¹ § 7 KSH określono jedynie, że cena odkupu nie może być niższa niż wartość ustalona dla celów połączenia. Zazwyczaj cenę odkupu ustala spółka zobligowana do nabycia udziałów lub akcji.

⁴¹ A. Witosz, *Wspólnik lub akcjonariusz spółki krajowej w transgranicznym łączeniu się, gdy spółką przejmującą jest spółka zagraniczna*, PrSp 2009/3.

⁴² K. Kohutek, dz. cyt.

4. Wnioski końcowe

Przepisy Rozporządzenia SE oraz Dziesiątej Dyrektywy nie harmonizują standardu ochrony wspólników, którzy nie dysponują odpowiednią ilością głosów, aby mogli zapobiec podjęciu uchwały o połączeniu spółki z inną spółką kapitałową, mającą siedzibę poza granicami kraju. Ustanawiają jedynie regułę kolizyjną, zgodnie z którą problematyka ta należy do zakresu statutu personalnego każdej z łączących się spółek (art. 24 Rozporządzenia SE, art. 4 Dziesiątej Dyrektywy). Jednocześnie wskazują na instrumenty ochronne *ex ante*, czyli aktualizujące się jeszcze przed dojściem do skutku połączenia, nie odnosząc się do mechanizmów *ex post*, realizowanych po połączeniu – tego rodzaju mechanizmy są poddane temu prawu, któremu podlega spółka przejmująca lub spółka nowo zawiązana.

Przepis art. 4 Dziesiątej Dyrektywy wskazuje przy tym, iż państwa członkowskie mogą przyjąć przepisy szczególne, nieznajdujące odpowiednika przy łączeniach krajowych, w celu zapewnienia właściwej ochrony wspólnikom mniejszościowym, którzy zgłosili sprzeciw wobec transgranicznego połączenia⁴³. Polski ustawodawca wyposażył wspólników mniejszościowych spółek uczestniczących w transgranicznej fuzji w uprawnienie żądania wykupu swoich akcji (udziałów), jeżeli zgłosili sprzeciw przeciwko uchwale w sprawie połączenia spółek.

Analizując przepisy Ustawy SE, jak też KSH, przyznające wspólnikom mniejszościowym wskazane uprawnienie, można zauważyć jednak pewne różnice dotyczące ustalania ceny wykupu akcji bądź udziałów. Przepis art. 18 Ustawy SE wskazuje bowiem, iż wykupu akcji dokonuje się po cenie notowanej na rynku regulowanym, według przeciętnego kursu z ostatnich 3 miesięcy przed podjęciem uchwały o połączeniu, albo też, gdy akcje nie są notowane na rynku regulowanym, po cenie ustalonej przez biegłego wyznaczonego przez sąd rejestrowy. Natomiast art. 516¹¹ § 7 KSH określa jedynie, iż cena odkupu udziałów lub akcji nie może być mniejsza niż wartość ustalona dla celów połączenia.

Zgodnie z art. 516³ KSH, przygotowując plan połączenia transgranicznego, dokonuje się wyceny udziałów lub akcji spółek uczestniczących w połączeniu, w celu ustalenia stosunku wymiany udziałów lub akcji po dokonaniu wyceny majątków łączących się spółek. Przepisy KSH nie określają przy tym metody wyceny, a, zgodnie z art. 516⁶ § 3 w zw. z art. 503¹ § 1 pkt 3 KSH, wspólnicy mogą zdecydować, że plan połączenia nie będzie podlegał badaniu przez biegłego. Może zatem dojść do sytuacji, iż wartość udziałów lub akcji ustalona dla celów transgranicznego połączenia nie będzie odpowiadała rzeczywistej wartości

⁴³ M. Romanowski, A. Opalski, *Nowelizacja Kodeksu spółek handlowych w sprawie transgranicznego łączenia się spółek kapitałowych*, MoP 2008/15.

rynkowej, a przepisy KSH nie przyznają jednocześnie wspólnikom uprawnienia do żądania wyceny udziałów lub akcji przez biegłego.

Omawiając przyjęty przez polskiego ustawodawcę model ochrony wspólników mniejszościowych w przypadku transgranicznej fuzji spółek kapitałowych, należy również wskazać odmienne rozwiązania przyjęte w innych państwach europejskich.

Zgodnie z § 11 austriackiej ustawy o transgranicznym łączeniu się spółek, żądanie unieważnienia decyzji o połączeniu nie może opierać się na zarzucie, że zaproponowane w ramach połączenia rekompensaty pieniężne są nieodpowiednie lub że nie odpowiadają one sprawozdaniu sporządzonemu dla celów połączenia, sprawozdaniu z badania lub raportom biegłego rewidenta. Jednak oferta proponująca rekompensaty musi uwzględniać treść przepisów prawnych, w tym zawierać uzasadnienie zaproponowanej ceny. Wspólnicy, którzy głosowali przeciwko uchwale o połączeniu, mogą złożyć wniosek o przeprowadzenie kontroli otrzymanego odszkodowania pieniężnego⁴⁴.

Hiszpańska ustawa 3/2009 o strukturalnych zmianach spółek handlowych przyznaje wspólnikom, którzy głosowali przeciwko zamierzonemu połączeniu transgranicznemu, prawo do odstąpienia, o ile spółka powstająca będzie miała siedzibę w innym państwie członkowskim⁴⁵.

W myśl art. 5 włoskiego dekretu w sprawie transgranicznego łączenia się spółek kapitałowych, wspólnikom mniejszościowym włoskich spółek przejmowanych bądź łączących się przez zawiązanie nowej spółki, którzy nie zgadzają się na połączenie transgraniczne, przysługuje prawo wystąpienia ze spółki⁴⁶.

⁴⁴ M. Koralewski, *Transgraniczne prawo spółek*, dz. cyt., s. 32; Bundesgesetz über die grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften in der Europäischen Union (EU-Verschmelzungsgesetz – EU-VerschG), BGBl, I Nr 72/2007.

⁴⁵ M. Koralewski, *Transgraniczne prawo spółek*, dz. cyt., s. 80; Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.

⁴⁶ M. Koralewski, *Transgraniczne prawo spółek*, dz. cyt., s. 211; Attuazione della direttiva 2005/56/CE, relativa alle fusioni transfrontaliere delle società di capitali.

STRESZCZENIE

Agnieszka Olkowicz*

Ochrona wspólników mniejszościowych w transgranicznym łączeniu się spółek kapitałowych w świetle przepisów ustawy o europejskim zgrupowaniu interesów gospodarczych i spółce europejskiej oraz Kodeksu spółek handlowych

Rozwój współpracy przedsiębiorstw na płaszczyźnie międzynarodowej zaowocował stworzeniem ram prawnych dla międzynarodowych procesów koncentracji gospodarczej. Pierwszą regulacją europejską obejmującą swym zakresem transgraniczną fuzję było Rozporządzenie Rady (WE) nr 2157/2001/WE z 8 października 2001 r. w sprawie statutu spółki europejskiej (SE). Następnie, 26 października 2005 r. przyjęto Dziesiątą Dyrektywę nr 2005/56/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie transgranicznego łączenia się spółek kapitałowych. W celu ochrony wspólników, którzy nie dysponują odpowiednią ilością głosów, aby sprzeciwić się uchwale w sprawie transgranicznej fuzji, wskazane przepisy prawa unijnego upoważniły prawodawcę krajowego do przyjęcia regulacji zapewniających im właściwą ochronę. Regulacje ochronne wspólników mniejszościowych polskiej spółki uczestniczącej w połączeniu transgranicznym zostały zawarte w przepisach art. 16-18 ustawy z dnia 4 marca 2005 r. o europejskim zgrupowaniu interesów gospodarczych i spółce europejskiej oraz art. 516¹¹ KSH.

* Autorka jest doktorantką w Katedrze Prawa Cywilnego Porównawczego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego.

SUMMARY

Agnieszka Olkowicz*

Protection of Minor Shareholders in Cross-border Mergers of Limited Liability Companies in View of the Provisions of the Act on the European Economic Interest Grouping and the European Company as well as the Code of Commercial Companies

The increase in the international cooperation between companies has led to the creation of a legal framework for international processes of market concentration. The first European Union regulation related to cross-border mergers was Council Regulation 2157/2001/EC of 8 October 2001 on the Statute for a European Company (SE). Then, on 26 October 2005, the Tenth Directive 2005/56/EC of the European Parliament and of the Council on Cross-border Mergers of Limited Liability Companies was passed. The following provisions of the European Union law allowed national legislators to pass regulations providing an appropriate protection to shareholders who do not have a sufficient number of votes to oppose a decision

concerning a cross-border merger. Regulations protecting minor shareholders of Polish limited liability companies participating in a cross-border merger were included in articles 16-18 of the Act of 4 March 2005 on the European Economic Interest Grouping and the European Company as well as in article 516 of the Code of Commercial Companies.

* The author is a doctoral student at the Department of Comparative Civil Law at the Faculty of Law and Administration at the University of Warsaw.

(tran. Krystyna Szurmańska)

RÉSUMÉ

Agnieszka Olkowicz*

La protection des associés minoritaires dans le groupement transfrontalier des sociétés de capitaux à la lumière de la loi sur le Groupement européen d'intérêt économique et la Société européenne et aussi le Code des sociétés commerciales

Le développement de la coopération des entreprises sur le plan international a entraîné la création des cadres juridiques pour les processus internationaux de concentration économique. Le Règlement du Conseil de l'Union européenne (CE) n°2157/2001/CE du 8 octobre 2001 concernant le statut de la Société européenne était la première réglementation européenne incluant dans son champ la fusion transfrontalière. Ensuite, le 26 octobre 2005, le Parlement européen et le Conseil de l'Union européenne ont adopté la Directive X n°2005/56/CE sur le groupement transfrontalier des sociétés de capitaux. En vue de la protection des associés qui ne disposent pas d'un nombre suffisant de votes pour s'opposer à une résolution sur la fusion transfrontalière, les réglementations déterminées par le droit de l'Union européenne ont autorisé le législateur national à adopter des réglementations leur permettant la protection appropriée. Les réglementations de protection des associés minoritaires de la société polonaise participant à un groupement transfrontalier ont été prévues dans les articles 16-18 de la loi du 4 mars 2005 sur le Groupement européen d'intérêts économiques et la Société européenne et aussi dans l'article 516¹¹ du Code des sociétés commerciales (KSH).

* L'auteur est doctorante à la Chaire du Droit civil comparé de la Faculté de Droit et d'Administration de l'Université de Varsovie.

(trad. par Joanna Mrozińska)

ZUSAMMENFASSUNG

Agnieszka Olkowicz*

Schutz der Gesellschafter mit Minderheitsanteilen in der grenzüberschreitenden Verschmelzung von Kapitalgesellschaften im Licht des Gesetzes über die Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung und Europäische Gesellschaft sowie des polnischen HGB

Die Entwicklung der Zusammenarbeit unter den Unternehmen auf der europäischen Ebene hat eine Erschaffung der rechtlichen Rahmen für die internationalen Prozesse der wirtschaftlichen Konzentrierung verursacht. Die erste europäische Regelung die die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten umfasste, war die Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 8. Oktober 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE). Demnächst, hat das Europäische Parlament und der Rat am 26. Oktober 2005 die Richtlinie Nr. 2005/56/EG über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten verabschieden. Zum Zweck des Schutzes der Interessen der Gesellschafter, die nicht genug Stimmen haben, um sich der Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten entgegen zu stellen, ermächtigen die angebrachten Rechtsvorschriften der Europäischen Union den nationalen Gesetzgeber zum Verabschieden der Regelung, die einen angemessenen Schutz ermöglichen. Die Schutzregelungen der Gesellschafter mit Minderheitsanteilen in einer polnischen Gesellschaft, die in einer Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten teil nimmt, sind in den Art. 16-18 des Gesetzes vom 4. März 2005 über die Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung und Europäische Gesellschaft sowie im Art. 516¹¹ des polnischen HGB reguliert.

* Die Autorin ist Doktorandin am Lehrstuhl für das vergleichende Zivilrecht an der Fakultät der Rechts- und Verwaltungswissenschaften der Universität Warschau.

(Übersetzung: Małgorzata Lubelska)

RESUMEN

Agnieszka Olkowicz*

Protección de socios minoritarios en fusiones transfronterizas de sociedades de capital según las normas de la ley de la agrupación europea de interés económico y de la Sociedad Anónima Europea y KSH (Código de las Sociedades Mercantiles Polaco)

El desarrollo de la cooperación entre las empresas en el nivel internacional resultó en la creación de unos marcos legales para procesos internacionales de la

concentración económica. El Reglamento (CE) No 2157/2001 del Consejo de 8 de octubre de 2001 por el que se aprobó el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE) fue la primera regulación europea que abarcó la fusión transfronteriza. El 26 de octubre de 2005 se adoptó la Directiva 2005/56/CE del Parlamento Europeo y del Consejo referida a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital. Con el fin de proteger a los socios que no tienen la cantidad necesaria de votos para oponerse a una resolución sobre la fusión transfronteriza, las normas indicadas autorizan al empleador nacional la adopción de regulaciones convenientes para la protección de los socios. Las regulaciones protectoras para los socios minoritarios de una sociedad polaca que participe en una fusión transfronteriza se encuentran en los art. 16-18 de la ley del 4 de marzo del 2005 de la agrupación europea de interés económico y de la Sociedad Anónima Europea y por el art. 51611 de KSH.

* La autora es doctoranda en la Cátedra del Derecho Civil Comparado de la Facultad del Derecho y Administración de la Universidad de Varsovia.

(trad. Anna Slotorsz)

РЕЗЮМЕ

Агнешка Олькович*

Защита миноритарных партнеров в трансграничном соединении обществ в аспекте положений закона о европейском объединении экономических интересов и европейском обществе, а также Кодекса торговых товариществ и обществ

Развитие международного сотрудничества предприятий привело к необходимости правового регулирования международных процессов экономической концентрации. Первым европейским регулированием охватывающим своими пределами трансграничное слияние являлось Распоряжение Совета (Европейских Сообществ) номер 2157/2001/WE от 8 октября 2001 г. по вопросу устава европейского общества (ЕО). Затем 26 октября 2005 г. принято Десятую Директиву номер 2005/56/WE Европейского Парламента и Совета по вопросу трансграничного соединения обществ. С целью защищать партнеров, которые не располагают соответствующим количеством голосов, чтобы возразить против решения о трансграничном слиянии, указанные положения права ЕС уполномочили отечественного работодателя ввести регулирования, гарантирующие им правильную защиту. Регулирования защищающие миноритарных партнеров польского общества, участвующего в трансграничном соединении, были заключены в положениях ст. 16-18 закона о европейском объединении экономических интересов и европейском обществе от 3 марта 2005 г., а также ст. 516 Кодекса торговых товариществ и обществ.

* Автор является аспиранткой в Кафедре гражданского сравнительного права на Факультете Права и Администрации Варшавского университета.

(Пер. Катажина Барановска)

RIASSUNTO

Agnieszka Olkowicz*

La tutela dei soci minoritari nel processo transnazionale di coesione delle società di capitali sia dal punto di vista delle disposizioni della legge relativa alla fusione degli interessi economici europei sia alla società europea ed al Codice delle società commerciali

Lo sviluppo della cooperazione tra le diverse imprese su scala internazionale ha contribuito all'individuazione dell'ambito legale per i processi internazionali della concentrazione economica. La fusione transnazionale è stata per la prima volta regolata dalla disposizione del Consiglio (CE) N° 2157/2001 dell' 8 Ottobre 2001 relativa allo statuto della società europea (SE). In seguito, il 26 ottobre 2005, è stata approvata dalla Decima Direttiva N° 2005/56/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio dell'Unione Europea relativa alle fusioni transfrontaliere delle società di capitali. In base alle disposizioni della legge comunitaria è stato autorizzato un datore di lavoro statale ad approvare le regolazioni che garantiscono un'apposita tutela ai soci che non dispongono del numero dei voti sufficiente per poter opporsi alla legge relativa alle fusioni transfrontaliere. Le regolamentazioni di tutela dei soci minoritari delle società polacche che acconsentono all'idea della fusione transfrontaliera sono state regolarizzate nelle disposizioni degli art. 16 e 18, della legge del 4 marzo 2005 relativa alla fusione europea degli interessi economici, nonché dalla società europea e dall'art. 516¹¹ del Codice delle società commerciali.

* L'autrice del presente articolo è dottoranda presso la Cattedra del Diritto Civile e di Comparazione Giuridica dell'Università di Varsavia.

(trad. Lucyna Marol)

Zmiana wynagrodzenia należnego wykonawcy z tytułu umowy o roboty budowlane

1. Wprowadzenie

W niniejszym opracowaniu skoncentrowano się na przedstawieniu problematyki związanej ze zmianą wynagrodzenia należnego wykonawcy z tytułu umowy o roboty budowlane, równocześnie badając obecne regulacje prawne z wymienionego zakresu. Podstawowe rozważania dotyczą zasadności stosowania *analogiae legis* przepisów art. 629 i 632 § 2 Kodeksu cywilnego w stosunku do umowy o roboty budowlane. W pracy analizie poddano kodeksowy kształt umowy o roboty budowlane, w ramach którego zastrzeżono model wynagrodzenia ryczałtowego lub kosztorysowego.

Punktem wyjścia do rozpoczęcia niniejszego wywodu jest określenie pojęcia umowy o roboty budowlane. Definicja umowy o roboty budowlane została zdeterminowana przez cel tej umowy, którym jest realizacja przedsięwzięcia inwestycyjnego oraz osiągnięcie zamierzonego rezultatu, określonego przez strony kontraktu. Jak pokazuje praktyka gospodarcza, strony nie zawsze mają świadomość tego, na co w rzeczywistości się umawiają. Należy zauważyć, iż tytuł XVI KC, stanowiący grupę przepisów dotyczących umowy o roboty budowlane¹, nie reguluje wielu doniosłych kwestii, takich jak: modyfikacja wynagrodzenia w razie nadzwyczajnej zmiany stosunków, której strony nie mogły przewidzieć w momencie zawierania umowy; wykonanie prac dodatkowych, nieobjętych umową; czy też zmiana cen lub stawek podatkowych. Konsekwencją niedostatecznej regulacji prawnej wzmiankowanego tytułu prawnego są liczne spory między stronami umowy oraz zachwianie stabilności i pewności obrotu gospodarczego. Dodatkowo, aktualny stan prawny wskazuje na duże podobieństwo kształtu prawnego między umową o dzieło a umową o roboty budowlane. Skutkiem tak dużej zbieżności jest problem związany z prawidłową subsumcją zawartej umowy pod przepisy pierwszego lub drugiego z tych kontraktów, który to problem nierzadko wymaga rozstrzygnięcia dopiero przez Sąd Najwyższy. Jest to

* Autor jest uczestnikiem III roku seminarium doktoranckiego w Akademii Leona Koźmińskiego w Warszawie.

¹ Ustawa z dnia 23.04.1964 r. Kodeks cywilny (Dz.U. 64.16.93).

poniekąd konsekwencja nowelizacji KC z 28.07.1990 r.², która zmieniła w sposób istotny charakter podmiotowy umowy o roboty budowlane, tym samym czyniąc ją tematem szerszych dyskusji w literaturze. Kolejna zmiana KC, z dnia 14.02.2003 r.³, która określiła niezależność omawianego kontraktu od umowy o dzieło, nadal nie rozwiązywała problemu kwalifikacji umowy, pozostawiając znaczące wątpliwości praktyczne co do wyboru właściwych dla niej przepisów dotyczących wynagrodzenia. W rezultacie ustawodawczych zmian przepisów, umowa o roboty budowlane, która wcześniej zarezerwowana była jedynie dla jednostek gospodarki społecznej⁴, stała się dostępna dla wszystkich stron obrotu gospodarczego. Rozważania na temat dopuszczalności stosowania przepisów regulujących kwestię zmiany wynagrodzenia z tytułu umów o roboty budowlane z przepisów umowy o dzieło mają nie tylko wymiar czysto teoretyczny, ale również doniosłe skutki praktyczne. Powstaje zatem pytanie: **czy przepisy art. 629 oraz 632 § 2 KC mają zastosowanie w drodze analogii do umowy o roboty budowlane, gdy zastrzeżono w jej ramach wynagrodzenie kosztorysowe lub ryczałtowe?**

Pytanie to także budzi olbrzymie wątpliwości, zarówno w piśmiennictwie, jak i w, znacząco rozbieżnych, orzeczeniach sądowych. Następstwem niejednolitej linii orzeczniczej był wniosek Rzecznika Praw Obywatelskich skierowany do SN o rozstrzygnięcie istotnej dla stron kwestii dopuszczalności *analogiae legis* przepisów z umowy o dzieło do umowy o roboty budowlane. Należy podkreślić, iż w samym uzasadnieniu wniosku RPO w wyraźny sposób zwrócił uwagę na liczne rozbieżności orzecznictwa w tym zakresie. W odpowiedzi, SN (w składzie 7 sędziów) dnia 29.09.2009 r. podjął uchwałę dopuszczającą stosowanie w drodze analogii przepisów art. 629 KC i 632 § 2 KC w stosunku do umowy o roboty budowlane⁵. Rozstrzygnięcie dokonane przez SN należałoby uznać za, co najmniej, kontrowersyjne. Teza uchwały nie tylko wywołuje szereg zastrzeżeń, lecz budzi wręcz zasadniczy sprzeciw. Wątpliwości w tej sprawie wzbudza także stanowisko RPO, który początkowo słusznie dokonał oceny przedstawionego zagadnienia prawnego, uznając obydwie umowy za odrębne rodzaje umów nazwanych i wykazując brak podstaw do traktowania umowy o roboty budowlane jako podtypu umowy o dzieło. Tym samym dziwi fakt, iż Rzecznik równocześnie opowiedział się za koncepcją uprawniającą do stosowania w drodze analogii przepisów art. 629 KC oraz 632 § 2 KC do umów o roboty budowlane, w których ustalono wynagrodzenie ryczałtowe lub kosztorysowe. Wskazał także, że linia

² Ustawa z dnia 28.07.1990 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny (Dz.U. 90.55.321).

³ Ustawa z dnia 14.02.2003 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. 2003.49.408).

⁴ A. Damasiewicz, *Komentarz do ustawy z dnia 14 lutego 2003 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw* (Dz.U. 03.49.408), LEX 2003.

⁵ Uchwała SN(7) z dnia 29.09.2009 r., III CZP 41/09, OSNC 2010/3/33.

orzecznictwa sprzeciwiająca się możliwości analogicznego stosowania przepisów z umowy o dzieło spotkała się z krytyką w literaturze⁶. W odniesieniu do tej argumentacji należy zauważyć, iż w piśmiennictwie wielokrotnie opowiadano się za stanowiskiem, w którym umowa o roboty budowlane stanowi samoistny typ umów nazwanych, niezależnie od istniejących przed 1.10.1990 r. dodatkowych odrębności natury podmiotowej⁷. Powyższa argumentacja pokrywa się ze stanowiskiem SN w wyroku z dnia 6.05.2004 r., w którym trafnie zauważono, iż przepis art. 656 § 1 KC w sposób enumeratywny określa zamknięty przedmiotowo zakres dopuszczalnego odpowiedniego stosowania przepisów poświęconych umowie o dzieło do stosunku prawnego zawiązanego w wyniku umowy o roboty budowlane⁸.

2. Modele wynagrodzeń za roboty budowlane

W celu dokonania prawidłowej analizy prawnej pojawiających się w powyższej uchwale wątpliwości niezbędne wydaje się omówienie modeli wynagrodzeń stosowanych w umowie o roboty budowlane. Występujące w obrocie gospodarczym kontrakty zasadniczo zawierają jeden z dwóch modeli wynagrodzeń: ryczałtowy lub kosztorysowy. Jednakże praktyka pokazuje, że zastosowanie posiada także wynagrodzenie mieszane, będące połączeniem wyżej wymienionych modeli, które w sposób szczegółowy określa zasady rozliczania kontraktu przez strony. Należy mieć na uwadze, iż wybór systemu wynagrodzeń jest elementem przedmiotowo istotnym. Ponadto, dopiero brak tego składnika lub jego wyłączenie jest okolicznością uniemożliwiającą zakwalifikowanie kontraktu jako umowy o roboty budowlane⁹. Powszechnym problemem dla stron umowy jest właściwy wybór oraz prawidłowe określenie odpowiedniego systemu wynagradzania. W przypadku ewentualnego sporu, brak prawidłowo określonego wynagrodzenia może wywołać często występujący w praktyce skutek w postaci konieczności dokonywania wykładni dopiero przez sąd.

2.1. Wynagrodzenie ryczałtowe

Istota wynagrodzenia ryczałtowego opiera się na uzgodnieniu z góry sztywnej kwoty z tytułu należności, a w efekcie – na jego niezmienności. Po stronie

⁶ J.E. Nowicki, *Zamówienia publiczne na roboty budowlane*, „Zamówienia Publiczne Doradca” 2009/12, s. 46.

⁷ K. Gawelko, *Glosa do wyroku SN z dnia 13.07.2005 r., I CK 77/05. Essentialia negotii umowy o roboty budowlane*, „Glosa” 2007/4, s. 54.

⁸ Wyrok SN z dnia 6.05.2004 r., II CK 315/03, OSP 2005/5, poz. 60.

⁹ J.P. Naworski, *Glosa do wyroku SN z dnia 13.07.2005 r., I CK 77/05. Zwykła umowa o dzieło a umowa o roboty budowlane*, „Glosa” 2008/2, s. 33.

wykonawcy, czyli profesjonalnej stronie umowy, leży powinność przewidzenia zawczasu tendencji rozwojowych oraz ryzyka wzrostu cen istotnych elementów wpływających na wynagrodzenie. Zmiana umowy poprzez żądanie podwyższenia ceny na niekorzyść zamawiającego, przy jednoczesnym braku zgody dwóch stron, jest w tym wypadku wykluczona. Istnieje natomiast sposób umożliwiający zapobieżenie sytuacji, w której wykonanie kontraktu groziłoby rażącą stratą. Poprzez zastosowanie klauzul waloryzacyjnych na wypadek inflacji, zmian podatków zależnych, kursu walut czy zmian giełdowych, można skutecznie zabezpieczyć wykonawcę kontraktu przed poniesieniem rażącej straty. Warto zwrócić uwagę na charakterystyczną cechę ryczałtowego modelu wynagradzania, jaką jest brak podziału na poszczególne składniki – powoduje to, że wymaga on od przyjmującego zamówienie dokładnej znajomości treści kontraktu oraz potrzebnych do jego wykonania nakładów¹⁰. Ten sposób wynagradzania powinno się stosować w szczególności przy zamówieniach mniejszych rozmiarów, w których ocena wartości poszczególnych składników całości zamówienia jest znacznie prostsza. Wykonawca zawsze powinien zakładać margines nieprzewidywalnych czynników, które mogą mieć wpływ na koszty całego przedsięwzięcia przy ustalaniu ceny. W przypadku, gdy ryczałt jest ustalony niewłaściwie, może to się odbić negatywnie na jakości wykonania przedmiotu kontraktu. Hipotetycznie, mógłby nadejść taki moment podczas realizacji przedsięwzięcia, w którym okazałoby się, iż wysokość ustalonego wynagrodzenia nie jest w stanie pokryć kosztów wykonania, a w takiej sytuacji wykonawca poszukiwałby oszczędności za wszelką cenę. Sposób na zwiększenie zysku zapewne znalazłby w systematycznym dążeniu do znacznych oszczędności oraz zminimalizowania kosztów przedsięwzięcia.

Znaczącą konsekwencją stosowania ryczałtowego systemu wynagradzania jest brak możliwości zmiany ceny. W takim przypadku stronom umowy nie przysługują żadne roszczenia do jednostronnej modyfikacji treści zobowiązania. Kolejny parametr mający wpływ na niezmiennosc wynagrodzenia wynika z faktu, iż brak wyszczególnienia określonych składników ceny uniemożliwia sensowną oraz sprawiedliwą modyfikację przy zaistnieniu okoliczności niemających wpływu na całość kontraktu. Obok problemu ryczałtu, istnieje także kwestia wynagrodzenia za prace dodatkowe, których wykonanie okazałoby się niezbędne w celu prawidłowej realizacji całości kontraktu. W momencie, gdy inwestor odmawia zawarcia aneksu do umowy, wydaje się oczywiste, że zmiana ceny jest niemożliwa¹¹, ponieważ ustalone wynagrodzenie należy się za kompleksowe wykonanie całego przedmiotu zamówienia. Ponadto, zmiana wynagrodzenia

¹⁰ D. Szczepański, *Cena ryczałtowa*, „Zamówienia Publiczne Doradca” 2009/10, s. 25.

¹¹ R. Pruszkowski, *Błędy w obliczeniu ceny ofertowej*, „Zamówienia Publiczne Doradca” 2008/6, s. 42.

w trakcie wykonywania zobowiązania byłaby również sprzeczna z zasadą *pacta sunt servanda*, która stanowi, iż umów należy dotrzymywać¹². Z drugiej strony, w doktrynie panuje pogląd, iż w obrocie cywilnoprawnym nie może mieć miejsca sytuacja, w której zmiana stosunków występująca w okresie pomiędzy powstaniem a wykonaniem zobowiązania decyduje o jego wykonaniu. W przyjętym stanowisku, modyfikacja treści zobowiązania mogłaby wystąpić jedynie za jednoczesną i zgodną wolą obu stron umowy. Z punktu widzenia strony praktycznej można wywnioskować, iż bezwzględne stosowanie zasady *pacta sunt servanda* mogłoby spowodować niesprawiedliwy rezultat¹³.

2.2. Wynagrodzenie kosztorysowe

Drugim sposobem ustalenia wynagrodzenia z tytułu umowy o roboty budowlane jest zastosowanie modelu kosztorysowego, który powszechnie jest uważany za bardziej obiektywny oraz dokładniejszy niż model ryczałtowy. Pierwszą, zasadniczą różnicą jest podstawa ustalania wynagrodzenia, które w tym przypadku jest określane na podstawie kosztorysu, zawierającego zestawienie planowanych prac potrzebnych do wykonania dzieła oraz przewidywanych kosztów. Ten model powinien być stosowany zwłaszcza przy zamówieniach większych rozmiarów, znacząco rozciągniętych w czasie. Warto podkreślić, że kosztorys stanowi integralną część umowy po zaakceptowaniu przez zamawiającego. Kolejną charakterystyczną cechą kosztorysu jest to, że pełni on funkcję opisową wobec całości świadczenia, określa nakłady potrzebne do jego wykonania oraz ustala koszty jednostkowe¹⁴. Fundamentalną różnicą pomiędzy ryczałtowym a kosztorysowym modelem określenia wynagrodzenia jest możliwość modyfikacji tego drugiego. Jest to bardzo znaczące z praktycznego punktu widzenia. Zasadniczo, zmian można dokonać jedynie w tych okolicznościach, które zaistniały w trakcie wykonywania zobowiązania. Jest to zupełnym przeciwieństwem wynagrodzenia ryczałtowego, przy którym zmiana w takiej sytuacji jest niedopuszczalna. Ponadto, model wynagrodzenia kosztorysowego przewiduje możliwość zmiany wynagrodzenia na podstawie wykonania prac dodatkowych. Ograniczeniem w tej sytuacji jest wymóg, iż prace powinny być konieczne do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia. Istotną przesłanką jest także to, że prace dodatkowe powinny zostać objęte nowym zamówieniem oraz sporządzeniem dodatkowego kosztorysu, a to powoduje konieczność uzyskania zgody zamawiającego.

¹² Wyrok SN z dnia 19.05.2005 r., V CK 646/04, LEX Nr 3809393.

¹³ J. Rajski, *Z problematyki funkcjonowania zasady pacta sunt servanda i klauzuli rebus sic stantibus we współczesnym klimacie gospodarczym*, PPH 2010/3, s. 4.

¹⁴ R. Szostak, *Wynagrodzenie za roboty budowlane*, „Zamówienia Publiczne Doradca” 2007/2, s. 9.

3. Nieuprawniona *analogia legis* przepisów art. 629 i 632 § 2 KC w stosunku do umowy o roboty budowlane

Podczas lektury uzasadnienia omawianej uchwały z dnia 29.09.2009 r. można odnieść wrażenie, że stanowisko SN jest niejasne. Chwilami da się odczuć wyraźną niepewność oraz wątpliwości samego autora uzasadnienia co do treści wydanego wyroku. Powyższe stwierdzenie potwierdza między innymi zwrócenie przez sąd uwagi na fakt, iż w aktualnym orzecznictwie, tudzież literaturze, położono duży nacisk na wyraźne wyodrębnienie w KC umów o roboty budowlane oraz umów o dzieło jako odrębnych typów umów nazwanych. Przyjęto jednak za przeważający pogląd dopuszczający możliwość analogicznego stosowania określonych przepisów umowy o dzieło w stosunku do umowy o roboty budowlane. Z obiektywnego punktu widzenia powyższe stanowisko jest rzeczywiście dominujące wśród prawników, ale występuje przede wszystkim w orzecznictwie i literaturze sprzed nowelizacji KC z dnia 14.02.2003 r. Przykładem może być wyrok SN z dnia 7.11.1997 r., w którym SN uznaje, iż nie ulega wątpliwości, że umowa o roboty budowlane jest postacią szczególną umowy o dzieło¹⁵. Późniejsza nowela podkreśliła natomiast niezależność oraz odrębny charakter umowy o roboty budowlane w stosunku do umowy o dzieło, w związku z tym stanowisko takie straciło na wyrazistości oraz możliwości stosowania¹⁶. Biorąc pod uwagę powyższy stosunek do problemu, odwoływanie się do starszych orzeczeń należy uznać za bezzasadne i nieuprawnione. Trzeba mieć na uwadze, iż SN odniósł się także do stanowiska dopuszczającego „ostrożne” lub „w sposób dorozumiany” stosowanie w drodze analogii przepisów art. 629 oraz 632 § 2 KC, wskazując orzeczenie SN z dnia 20.11.1998 r. W treści tego orzeczenia uznano, że jeżeli przy umowie o roboty budowlane strony umówiły się o wynagrodzenie ryczałtowe, zasadą jest, że jedynie z „dużą dozą ostrożności” można sięgnąć do odpowiedniego stosowania przepisów dotyczących umowy o dzieło¹⁷. Stosowanie tego typu nieostrych zwrotów, które są niezwykle krzywdzące dla obu stron umowy o roboty budowlane, należy uznać za dyskwalifikujące, ponieważ wywołują niepewność sytuacji prawnej, w jakiej strony się znajdują, oraz prowadzą do już wcześniej wspomnianego niebezpiecznego zjawiska, jakim jest zachwianie stabilności oraz pewności obrotu gospodarczego.

¹⁵ Wyrok SN z dnia 7.11.1997 r., II CKN 446/97, OSNC 1998/4, poz. 6.

¹⁶ M. Zieliński, Z. Radwański, *Wykładnia prawa cywilnego*, „Studia Prawa Prywatnego” 2006/1.

¹⁷ Wyrok SN z dnia 20.11.1998 r., II CKN 913/97, LEX Nr 138655.

4. Katalog zamknięty odesłań do przepisów umowy o dzieło

Zagadnieniem budzącym wyraźny sprzeciw wobec uzasadnienia omawianego wyroku jest treść art. 656 § 1 KC, w myśl którego w pewnych kwestiach w stosunku do umowy o roboty budowlane stosuje się przepisy kodeksowe dotyczące umowy o dzieło¹⁸. Zostało tu zastosowane wyraźne odesłanie do stosowania przepisów dotyczących umowy o dzieło, ale jedynie w zakresie związanym z opóźnieniem przez wykonawcę rozpoczęcia lub ukończenia obiektu, wykonania robót w sposób wadliwy lub sprzeczny z umową, rękojmią za wady oraz uprawnieniem inwestora do odstąpienia od umowy przed ukończeniem obiektu. Warto zauważyć, że samo zastosowanie ograniczonego odesłania w tym artykule byłoby zbędne, gdyby umowa o roboty była uznana przez ustawodawcę jedynie za podtyp umowy o dzieło. Przychylnie do tego stanowiska odniósł się SN w wyroku z dnia 6.05.2004 r., niezwykle trafnie zauważając, iż przepis art. 656 § 1 KC w sposób enumeratywny określa zamknięty przedmiotowo zakres dopuszczalnego odpowiedniego zastosowania przepisów dotyczących umowy o dzieło do stosunku prawnego zawiązanego w wyniku zawarcia umowy o roboty budowlane¹⁹. W wyroku z dnia 5.03.1997 r. SN jednoznacznie podkreślił natomiast odrębność obydwu umów, odnosząc się do charakteru art. 656 § 1 KC. Należałoby podkreślić, że zwrócono wówczas uwagę, iż wobec jego treści sięganie do odpowiedniego stosowania przepisów o umowie o dzieło jest mocno ograniczone²⁰.

Niezwykle istotną kwestię stanowi postawione w kontekście prawidłowego dokonania rozstrzygnięcia przez RPO i wymagające odpowiedzi SN pytanie, czy w zakresie regulacji dotyczącej wynagrodzenia wykonawcy robót budowlanych, zawartej w KC, występuje luka prawna uzasadniająca stosowanie przepisów umowy o dzieło w drodze analogii. W kontrakcji SN błędnie dokonał oceny art. 656 § 1 KC, uznając, że o istnieniu luki bezpośrednio nie decyduje niedostateczny zakres odesłania zawarty w tym przepisie, i przeprowadzając rozróżnienie między odpowiednim stosowaniem określonych przepisów, wynikających z odesłania do pewnej regulacji, a stosowaniem przepisów w drodze analogii, którą uzasadnia właśnie brak odpowiednich przepisów²¹. Wbrew stanowisku, jakie wyraża SN, należy w pełni przyjąć, iż rozszerzająca interpretacja tego przepisu jest nieuprawniona. Podobne stanowisko zajął W. Białończyk²²,

¹⁸ J. Okolski, *Stosunki umowne w procesie inwestycyjnym (umowa o roboty budowlane)*, Warszawa 1976, s. 98.

¹⁹ Uchwała SN z dnia 6.05.2004 r., II CK 315/03, OSP 2005/5, poz. 60.

²⁰ Wyrok SN z dnia 5.03.1997 r., II CKN 28/97, OSNC 1997/6-7, poz. 90.

²¹ Zob. J.A. Strzępka (red.), *Prawo umów budowlanych*, Warszawa 1999.

²² W. Białończyk, *Glosa do wyroku SN z dnia 6.05.2004 r., II CK 315/03*, OSP 2005/5, poz. 60.

uznając powyższą interpretację przepisu za niedopuszczalną. Słusznie zauważył, iż artykuł 656 § 1 KC cechuje się brakiem zwrotów typu „w szczególności” albo „zwłaszcza”, co przesądza o tym, że przepis ten zawiera taksatywne określenie przedmiotowego zakresu dopuszczalnych odesłań. Zauważmy, że zamknięty katalog odesłań zawartych w tym artykule jest świadomą decyzją ustawodawcy, związaną z analogicznym stosowaniem tych przepisów w umowie o dzieło oraz w umowie o roboty budowlane. Intencją ustawodawcy poprzez konstrukcję tego przepisu była chęć zapewnienia systemowej spójności określonego katalogu rozwiązań dla obydwu umów, ale jedynie w zakresie związanym z opóźnieniem się wykonawcy z rozpoczęciem lub wykończeniem obiektu, wykonania robót w sposób wadliwy lub sprzeczny z umową, rękojmią za wady oraz uprawnieniem inwestora do odstąpienia od umowy przed ukończeniem obiektu. W kontekście powyższej interpretacji, przeciwstawne stanowisko SN w omawianej uchwale może wydawać się zadziwiające. Pomijając głębszą analizę i argumentację, SN opowiedział się za istnieniem luki prawnej. Z zasady, z luką prawną mamy do czynienia w razie wyraźnego braku regulacji określonego zagadnienia, mimo wyraźnej woli ustawodawcy. Logicznie rozumując, należy stwierdzić, że nie mamy do czynienia z tego typu brakiem regulacji, mając oczywiście na względzie regulację ogólną, która zezwala na modyfikację wynagrodzenia wykonawcy robót budowlanych, z uwzględnieniem szczególnego brzmienia art. 357¹ KC²³.

5. Zastosowanie klauzuli *rebus sic stantibus* w stosunku do umowy o roboty budowlane

Szereg wątpliwości w doktrynie budzi zastosowanie zasad klauzuli *rebus sic stantibus* w stosunku do umowy o roboty budowlane. Sama reguła została wprowadzona do KC w związku z ryzykiem nieoczekiwanej zmiany istotnych stosunków stron umowy²⁴, na wypadek sytuacji, w której bezwzględne spełnienie zobowiązania z umowy o roboty budowlane rodziłoby ryzyko rażącej straty po stronie zamawiającego lub wykonawcy oraz byłoby nieracjonalne pod względem ekonomicznym. Historycznie rzecz ujmując, u podstaw decyzji ustawodawcy o wprowadzeniu instrumentów prawnych dających możliwość modyfikacji treści zobowiązań zawartych w umowie leżała znacznie postępująca inflacja oraz coraz

²³ Art. 357¹ KC: „Jeżeli z powodu nadzwyczajnej zmiany stosunków spełnienie świadczenia byłoby połączone z nadmiernymi trudnościami albo groziłoby jednej ze stron rażącą stratą, czego strony nie przewidywały przy zawarciu umowy, sąd może po rozważeniu interesów stron zgodnie z zasadami współżycia społecznego oznaczyć sposób wykonania zobowiązania, wysokość świadczenia lub nawet orzec o rozwiązaniu umowy. Rozwiązując umowę, sąd może w miarę potrzeby orzec o rozliczeniach stron, kierując się zasadami określonymi w zdaniu poprzedzającym”.

²⁴ Ł. Lapiere, *Umowy w procesie budowlanym*, Warszawa 1997, s. 21.

bardziej pogłębiający się kryzys ekonomiczny, towarzyszący upadkowi systemu socjalistycznego. Powrót klauzuli *rebus sic stantibus* stworzył nowe możliwości, pozwalając na waloryzację świadczeń pieniężnych w trybie postępowania sądowego²⁵.

Aby właściwie uwidocznić kontekst, warto przytoczyć stanowisko SN z wyroku z dnia 22.04.2005 r., w którym to trafnie zauważono, iż w przypadku modyfikacji umowy dokonywanej na podstawie art. 357¹ KC następstwem jest konieczność poniesienia dodatkowych kosztów. Podczas podejmowania decyzji o rozłożeniu kosztów między stronami zasadne wydaje się być uwzględnienie przez sąd w pierwszej kolejności tego, w interesie której ze stron zmiana umowy jest dokonywana²⁶. Warto podkreślić, że zastosowanie środków przewidzianych w art. 357¹ jest możliwe jedynie w przypadku spełnienia czterech kumulatywnie występujących przesłanek. Najważniejszą z nich, na której w dużej mierze opiera się możliwość zastosowania tej instytucji, jest wstępne stwierdzenie nadzwyczajnej zmiany stosunków²⁷. Ważne, aby spełnienie warunku umówionego świadczenia groziło wskutek tej zmiany rażącą stratą jednej ze stron albo byłoby połączone z nadmiernymi trudnościami²⁸.

Niezwykle ważną, a zarazem dyskusyjną, kwestię stanowi interpretacja charakteru nadzwyczajnej zmiany stosunków. Wątpliwości budzi także bezpodstawne uznawanie za nadzwyczajną zmianę wyłącznie zmiany o charakterze powszechnym, znanym oraz ogólnym. W poszukiwaniu przyczyny powstania tego poglądu należy także wziąć pod uwagę względy historyczne, gdyż w polskiej doktrynie jego obecność była wyrażana na tle art. 269 Kodeksu zobowiązań²⁹. Od czasów KZ spotkać się można jednak także z odmiennym poglądem, i do niego należałoby się przychylić, iż nadzwyczajna zmiana okoliczności może mieć charakter nie tylko powszechny, ale również miejscowy lub nawet indywidualny³⁰. Istotne wydaje się, że pogładowi temu nie sprzeciwia się również przepis art. 357¹ KC, ponieważ w jego treści brak jest jakichkolwiek ograniczeń w tym zakresie.

Katalog okoliczności o charakterze powszechnym (np. takich jak nieurodzaj, zaraza lub wojna) zawarty był w art. 269 KZ. W obecnie obowiązującym porządku prawnym brak jest jednoznacznego wskazania konkretnych okoliczności, co także przemawia za prezentowanym powyżej poglądem. Regułą jest także to, że umowa

²⁵ B. Giesen, W.J. Katner, P. Księżak, B. Lewaszkiewicz-Petrykowska, R. Majda, E. Michniewicz-Broda, T. Pajor, U. Promińska, M. Pyziak-Szafnicka, W. Robaczyński, M. Serwach, Z. Świdorski, M. Wojewoda, *Kodeks cywilny. Część ogólna. Komentarz*, LEX 2009.

²⁶ Wyrok SN z dnia 22.04.2005 r., II CK 594/04.

²⁷ A. Szpunar, *Glosa do uchwały SN z dnia 29.12.1994 r., III CZP 120/94*, PiP 1995/7, s. 95.

²⁸ Wyrok SN z dnia 29.12.1994 r., III CZP 120/94.

²⁹ W. Czachórski, *Zarys prawa zobowiązań. Część ogólna*, Warszawa 1962, s. 264.

³⁰ M. Bieniak, *Klauzula rebus sic stantibus – możliwości jej aktualnego zastosowania (uwagi na tle art. 357[1] KC)*, MoP 2009/12, s. 639.

objęta modyfikacją nie może być wykonana w całości lub przynajmniej w takiej części, do jakiej może odnosić się żądanie jej modyfikacji. Przypomnijmy, że zmiana stosunków, o której mowa w art. 357¹ KC, powinna zasadniczo skutkować zniweczeniem pierwotnych kalkulacji stron zobowiązania³¹. Właściwie, modyfikacja nie jest wyłączona, jeśli nieprzewidywalna zmiana nastąpiła w okresie między powstaniem zobowiązania a jego wykonaniem, przy czym oznaczenie przez sąd może nastąpić tylko i wyłącznie w odniesieniu do części umowy jeszcze niewykonanej³².

Istotne jest także orzeczenie SN z dnia 9.04.2003 r., w którym sąd trafnie zauważył, iż w przypadku, gdy nadzwyczajna zmiana stosunków nastąpiła po częściowym wykonaniu kontraktu, przesłanki zastosowania klauzuli z przepisu 357¹ KC mogą być oceniane jedynie w odniesieniu do niewykonanej części tego zobowiązania³³. Strona powinna wystąpić z odpowiednim roszczeniem zmiany wysokości świadczenia lub rozwiązania umowy na podstawie art. 357¹ KC w czasie, gdy możliwość oznaczenia sposobu wykonania zobowiązania istnieje, czyli w sytuacji, kiedy trwa jeszcze stosunek zobowiązaniowy. W konsekwencji, późniejsze żądanie zmiany wysokości świadczenia (gdy zostało już spełnione) jest niedopuszczalne. Natomiast kwestia wysokości spełnionego świadczenia nie może być oznaczona przez sąd nawet w sytuacji, gdy zdaniem strony nie zostało ono wykonane w sposób należyty lub w ogóle nie zostało wykonane. W sytuacji zaś, kiedy dłużnik nie wykonał lub wykonał zobowiązanie nienależycie³⁴, po stronie wierzyciela leży powinność skorzystania z jednego z uprawnień przewidzianych w art. 471 KC, które regulują skutki niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Ponadto, klauzula *rebus sic stantibus* wynika z przekonania, iż normy etyczne powinny uzupełniać normy prawne, a wola stron nie powinna być z nimi sprzeczna. W tym kontekście ustawodawca oparł się na zasadzie, iż obowiązujące prawo powinno być zgodne z zasadami współżycia społecznego oraz zasadą słuszności³⁵. Stosowanie tego mechanizmu powinno być jednak ostrożne, a nawet stanowić swoistą ostateczność.

Wobec powyższego dość oczywiste wydaje się, że sąd, podejmując decyzję i rozważając interes obu stron, powinien kierować się przede wszystkim zasadami współżycia społecznego. Biorąc pod uwagę tło, jakie tworzy obecnie obowiązujący stan prawny, oraz brak kodeksowych regulacji dotyczących wynagrodzenia z tytułu umowy o roboty budowlane, należy zająć stanowisko, iż dopuszczenie rozwiązania

³¹ A. Brzozowski, *Regulacja wpływu zmiany okoliczności na zobowiązania w świetle nowelizacji kodeksu cywilnego z dnia 28 lipca 1990 r.*, „Palestra” 1992/5-6, s. 19.

³² W. Robaczyński, *Powrót klauzuli rebus sic stantibus*, „Palestra” 1991/11-12, s. 7.

³³ Wyrok SN z dnia 9.04.2003 r., I CKN 255/01, LEX Nr 78890.

³⁴ Wyrok SN z dnia 21.07.2006 r., III CSK 119/05, LEX Nr 445269.

³⁵ Z. Gawlik, *Klauzula rebus sic stantibus w znowelizowanym Kodeksie cywilnym*, NP 1990/10-12, s. 36.

w postaci klauzuli *rebus sic stantibus* zdaje się być jedynym słusznym rozwiązaniem omawianego problemu.

Zdaniem składu orzekającego, zastosowanie przepisu art. 357¹ KC doprowadziłoby do znacznego zróżnicowania sytuacji prawnej wykonawcy dzieła oraz wykonawcy robót budowlanych³⁶. W takiej sytuacji bezzasadne wydaje się być również twierdzenie, że zróżnicowanie to byłoby zjawiskiem nieusprawiedliwionym przy istniejących podobieństwach obydwu umów, gdyż przepis art. 357¹ KC można stosować tylko w razie „nadzwyczajnej zmiany stosunków”, podczas gdy art. 632 § 2 KC wymaga „zmiany stosunków, której nie można było przewidzieć”, natomiast art. 629 – zmiany urzędowych cen i stawek. Warto wspomnieć, że SN zwrócił uwagę na konstytucyjną zasadę równej ochrony praw majątkowych, zawartą w art. 64 ust. 2 Konstytucji³⁷, powołując się tym samym na wyrok TK z dnia 2.06.1999 r.³⁸ Co ciekawe, w treści orzeczenia TK stwierdził, że ochrona zawarta w Konstytucji dotyczy nie tylko prawa własności, ale również praw majątkowych, a to skutkuje powstaniem na ustawodawcy obowiązku przyjmowania takich regulacji, które chronią prawa majątkowe obydwu stron w równy sposób, przy czym równość ta może odnosić się jedynie do praw tej samej kategorii. Wyrok TK jest całkowicie słuszny. Natomiast za bezpodstawne należy uznać odwołanie się do niego w omawianej uchwale przez SN, ponieważ wyrok ten nie dotyczył nawet w znikomym stopniu omawianego problemu, lecz był podjęty w kwestii zróżnicowanej ochrony praw majątkowych przysługujących najemcom lokali mieszkaniowych od Wojskowej Agencji Mieszkaniowej.

Wskazane jest, aby zwrócić szczególną uwagę na kwalifikację umowy o roboty budowlane jako odrębnej kategorii problemu. Ponadto, pozycja wykonawcy dzieła, jako profesjonalnej, poniekąd silniejszej strony umowy, dyskwalifikuje argument złamania zasady ochrony praw majątkowych zawartej w art. 64 ust. 2 Konstytucji.

Podsumowaniem powyższych kwestii może być wyobrażenie sytuacji, w której inwestor, jako słabsza, nietrudniąca się profesjonalnie wykonawstwem budowlanym strona umowy, otrzymuje większą ochronę swoich praw – takie zapatrywanie jest jak najbardziej uprawnione.

6. Zakończenie

Podsumowując rozważania, za prawidłowy należy uznać pogląd, iż przepisy dotyczące wynagrodzenia umowy o roboty budowlane w KC wymagają szerszej

³⁶ Uchwała SN z dnia 29.09.2009 r., III CZP 41/09, OSNC 2010/3, poz. 33.

³⁷ Konstytucja RP z dnia 2.04.1997 r., Dz.U. z dnia 16.07.1997 r.

³⁸ Wyrok TK z dnia 2.06.1999 r., K 34/98, OTK 1999/5, poz. 94.

regulacji³⁹. Wydaje się być logiczne, gdy ma się na uwadze fakt świadomego zamiaru ustawodawcy wyodrębnienia umowy o roboty budowlane jako nowego typu umowy nazwanej, że modyfikacja regulacji poprzez analogię oraz podporządkowanie przepisom z umowy o dzieło jest rozwiązaniem nieuprawnionym. Natomiast samo ograniczanie się do porównania wyłącznie *essentialia negotii* obydwu umów jest niewystarczające i sprzeczne z suwerenną wolą ustawodawcy do rozróżnienia tych kontraktów. Kwestię luki prawnej, a dokładnie jej braku, przesądza przecież istnienie ogólnych mechanizmów zmiany wynagrodzenia.

Po głębszej analizie problemu, wydaje się, że do czasu niezbędnej interwencji ustawodawcy w tej sprawie pozostaje mieć jedynie nadzieję, że, wbrew nieznajdującym głębszego uzasadnienia argumentom zastosowanym w uchwale SN z dnia 29.09.2009 r., kwestie zmiany wynagrodzenia z tytułu o roboty budowlane będą rozstrzygane na zasadach ogólnych, zawartych w art. 357¹ KC. Biorąc pod uwagę wcześniejsze stwierdzenia, należy wywnioskować, iż przepisy art. 629 oraz 632 § 2 KC nie znajdują zastosowania w drodze analogii do umowy o roboty budowlane, gdy zastrzeżono w jej ramach wynagrodzenie kosztorysowe lub ryczałtowe.

STRESZCZENIE

Łukasz Żabik*

Zmiana wynagrodzenia należnego wykonawcy z tytułu umowy o roboty budowlane

Przedmiotem artykułu jest problem wynagrodzenia należnego wykonawcy z tytułu umowy o roboty budowlane. Autor zwięźle omawia tematykę związaną z umowami o roboty budowlane, bezpośrednio badając jeden z najistotniejszych elementów tejże umowy, mianowicie wynagrodzenia. Szczególna uwaga została zwrócona na kodeksowy podział modeli wynagrodzeń: wynagrodzenie ryczałtowe i kosztorysowe. Powołując się na praktykę stosowania umów o roboty budowlane, autor wskazuje na istnienie trzeciego rodzaju wynagrodzenia, jakim jest wynagrodzenie mieszane. Następnie autor przeprowadza szczegółową analizę przepisów regulujących poszczególne rodzaje wynagrodzeń, zwłaszcza problemu modyfikacji wynagrodzenia, w efekcie dochodząc do wniosku, iż proponowane przez doktrynę stosowanie *analogiae legis* z przepisów art. 629 KC oraz 632 § 2 KC w stosunku do umowy o roboty budowlane jest nieuprawnione i bezzasadne.

³⁹ J. Frąckowiak, *O konieczności dalszych zmian prawa cywilnego szczególnie w odniesieniu do podmiotów i umów w obrocie gospodarczym*, PPH 1999/3, s. 7.

Zasadniczym argumentem prowadzącym do takiego wniosku jest świadome zastosowanie przez ustawodawcę w tytule XVI KC zamkniętego katalogu możliwych odesłań do przepisów umowy o dzieło. Autor w przeprowadzonej analizie powołuje się na niejednorodną linię orzecznictwa w zakresie dopuszczalności wzmiankowanej analogii, uznając, iż rzekoma luka prawna w zakresie wynagrodzeń za roboty budowlane nie istnieje, natomiast enumeratywne wyliczenie możliwych odesłań jest świadomym zabiegiem ustawodawcy. W obowiązującym KC w przypadku braku szczegółowej regulacji zastosowanie mają przepisy ogólne kodeksu, w związku z tym autor powołuje się na stosowanie *klauzuli rebus sic stantibus* w ewentualnej modyfikacji umownego wynagrodzenia. W konkluzji należy dojść do wniosku, że obecne regulacje dotyczące umowy o roboty budowlane są niewystarczające i budzą szereg wątpliwości, co w szczególności dotyczy kwestii wynagrodzenia z tytułu umowy o roboty budowlane. W świetle powyższego autor stwierdza, iż obecny stan prawny umowy o roboty budowlane wymaga zmian i szerszej regulacji prawnej.

* Autor jest uczestnikiem III roku seminarium doktoranckiego w Akademii Leona Koźmińskiego w Warszawie.

SUMMARY

Łukasz Żabik*

The Change in Remuneration for a Contractor on the Basis of a Contract for Construction Work

The topic of the article is the change in remuneration for a contractor on the basis of a contract for construction work. The author briefly discusses the theme of building contracts, focusing on the question of remuneration, one of the key elements of a contract. He pays the special attention to the division of remuneration patterns. In the Civil Code one can find the division for the lump sum remuneration and the remuneration by cost estimation. However, the observation of the way in which building contracts are applied into practice points out the existence of the third kind of remuneration, which comprises the features of different remuneration patterns. What follows is an analysis of the regulations that define the different kinds of remuneration, with the emphasis on the question of the remunerations modification. The author reaches the conclusion that application of *analogiae legis* from regulations art. 629 and 632 § 2 of the Civil Code is unsupported in the case of building contracts. The main argument confirming this statement is that in the title XVI of the Civil Code, the legislator has introduced a closed catalogue of possible references to the regulations of the contract for specific work. The author in his analysis refers to diversified jurisdiction concerning the scope of admissibility of the mentioned analogy. He states that the alleged gap in the law concerning remuneration for building works' domain

does not exist, whereas the enumeration of the possible references is the purposeful movement of the legislator. According to the current Civil Code the general regulation shall be applied in the case of lack of detailed regulations. Thus, the author instructs the use of clause *rebus sic stantibus* in the potential modifications of contractual remunerations. In conclusion the author states that the current regulations of building contracts are insufficient and questionable, especially the ones that concern remuneration on the basis of a contract for construction work. The author asserts that the current legal status of building contracts requires changes.

* The author is a third-year PhD student at Kozminski University in Warsaw.

(tran. Karolina Moska)

RÉSUMÉ

Łukasz Żabik*

Changement de la rémunération due à un réalisateur au titre du contrat pour des travaux de construction

L'article touche le problème de la rémunération due à un réalisateur au titre des travaux de construction. L'auteur présente brièvement la thématique liée aux contrats pour des travaux de construction en examinant directement un des points principaux de cette convention, à savoir la rémunération. L'attention a été attirée en particulier sur la division des modèles de rémunération dans le Code civil (rémunération forfait et devis). En s'appuyant sur la pratique de l'usage des contrats pour les travaux de construction, l'auteur dénote l'existence d'un troisième type de rémunération, la rémunération mixte. Ensuite, l'auteur examine scrupuleusement les normes réglant les diverses rémunérations en accentuant le problème de la modification de la rémunération. Cette analyse mène à la conclusion que l'usage d'*analogiae legis* des articles 629 et 632 § 2 du Code civil, proposée par la doctrine, par rapport au contrat pour des travaux de construction est injustifié et sans fondement. L'application consciente faite par le législateur d'un catalogue clos des renvois possibles aux normes du contrat d'œuvre inclus dans le titre du chapitre XVI du Code civil est présentée en tant qu'argument fondamental menant à cette conclusion. Dans son examen l'auteur indique une jurisprudence hétérogène en matière de l'admissibilité de l'analogie mentionnée ci-dessus déclarant que le *vide juridique* présumé dans le champ des rémunérations pour les travaux de construction n'existe pas. Cependant, l'énumération scrupuleuse des renvois possibles constitue une démarche consciente du législateur. Le Code civil en vigueur, en cas du manque de réglementations plus détaillées, rend valides les normes générales. Par conséquent, l'auteur se réfère à l'usage de la clause *rebus sic stantibus* dans la modification éventuelle de rémunérations fixées. En

conclusion, il est nécessaire de reconnaître que les réglementations actuelles concernant les contrats pour des travaux de construction sont insuffisantes et suscitent de nombreux doutes, ce qui touche surtout le champ de la rémunération au titre des contrats pour les travaux de construction. Ces réflexions engendrent chez l'auteur l'opinion que l'état législatif actuel du contrat pour les travaux de construction exige des modifications et une réglementation législative plus ample.

* L'auteur est doctorant en troisième année à l'Université de Leon Kozminski de Varsovie.

(trad. par Katarzyna Kołodziejczyk)

ZUSAMMENFASSUNG

Łukasz Żabik*

Änderung der Vergütung des Ausführers im Bauvertrag

Der Gegenstand des Artikels ist das Problem der dem Ausführer des Bauvertrags zustehenden Vergütung. Der Autor bespricht bündig die mit den Bauverträgen verbundene Thematik, analysierend ein von den wichtigsten Elementen dieses Vertrages, nämlich die Vergütung. Seine Aufmerksamkeit weckt hier die gesetzliche Gliederung des Vergütungsmodells: Pauschal- und Kostenrechnungsvergütung. Unter Bezugnahme auf die Praxis der Anwendung von Bauverträgen, weist der Autor darauf hin, dass es auch die dritte Art der Vergütung gibt – die gemischte Vergütung. Danach führt der Autor, vor allem aus der Sicht der Frage der Vergütungsmodifizierung, seine ausführliche Analyse der Regelungen, die die einzelnen Arten der Vergütungen bestimmen. Daraus zieht er seine Stellungnahme, dass die in der Lehre vorgeschlagene Anwendung *analogiae legis* gemäß Art. 629 poln. BGB und Art. 632 § 2 poln. BGB im Bezug auf den Bauvertrag, unberechtigt und nicht gerechtfertigt sei. Als Hauptargument für diese Schlussfolgerung dient das, im Titel XVI des poln. BGB, eingeführte geschlossene Katalog der möglichen Verweise auf die Vorschriften über den Werkvertrag. In seiner Analyse bezieht sich der Autor auf die uneinige Rechtsprechung über die Zulässigkeit der genannten Analogie. Seiner Meinung nach, es gibt keine (angebliche) Lücke im Gesetz, die die Vergütung im Bauvertrag betrifft. Die enumerative Aufzählung der möglichen Verweise wurde aber durch den Gesetzgeber bewusst eingeführt. Laut dem geltenden polnischen BGB, im Fall des Mangels der Sonderregelung, ihre entsprechende Anwendung finden die allgemeinen Vorschriften dieses Gesetzbuches. Deshalb nennt der Autor hier die Zulässigkeit der Anwendung der Klausel *rebus sic stantibus* als Methode der eventuellen Änderung der vertragsmäßigen Vergütung. Abschließend, kommt der Autor zur Überzeugung, dass die heutzutage geltenden Regelungen über den Bauvertrag, ungenügend sind und viele Zweifel erwecken, was

besonders die Vergütung im Bauvertrag betrifft. In Anbetracht dessen, stellt der Autor die Forderung, dass die heutzutage geltende gesetzliche Regelung des Bauvertrags viele Änderungen und einer breiteren Regelungen erfordert.

* Der Autor ist Teilnehmer des juristischen Doktorseminars an der Leon Koźmiński Hochschule in Warschau.

(Übersetzung: Weronika Szafrńska)

RESUMEN

Łukasz Żabik*

Cambio en la retribución del contratista en virtud del contrato de construcción

El objetivo de este artículo consiste en presentar el problema de la remuneración de contratista en virtud del contrato de construcción. El autor describe brevemente el tema de los contratos de construcción, investigando directamente uno de los elementos más importantes de este tipo de contrato. Destaca la división de modelos de la remuneración en retribución fija y variable. Refiriendo a las prácticas del uso de los contratos de construcción, el autor subraya la existencia del tercer tipo de retribución – de forma mixta. El autor analiza detalladamente las normas que rigen diferentes tipos de remuneración, sobre todo describe el problema de las modificaciones de remuneración observando que las *analogiae legis* de los artículos 629 y 632 § 2 del Código Civil (polaco) propuestos en la doctrina en caso del contrato de construcción como ilegítimos e irrazonable. El argumento básico que lleva a la conclusión que el legislador usa deliberadamente en el título XVI del Código Civil el catálogo cerrado de posibles referencias al contrato de obra. El autor en su análisis subraya la línea irregular de las decisiones jurídicas en la analogía mencionada declarando que esta laguna jurídica en el campo de retribución por el trabajo de construcción no existe, mientras que la enumeración de posibles referencias es una acción deliberada del legislador. En el Código Civil aplicable en caso de falta de una regulación especificada, se usa las normas generales del código, por eso el autor hace referencia a la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* en una posible modificación de la retribución. Se puede llegar a la conclusión que las regulaciones presentes sobre el contrato de construcción son insuficientes y pueden provocar dudas, sobre todo en la cuestión de la retribución en virtud del contrato de construcción. Según el autor, la ley de construcciones requiere cambios y la regulación legal más amplia.

* El autor es participante del tercer año del seminario de doctorado de la Academia de Leon Koźmiński de Varsovia.

(trad. Justyna Palica)

Изменение вознаграждения следуемого по праву договора строительного подряда

Предметом статьи является проблема вознаграждения следуемого по праву договора строительного подряда. Автор сжато обсуждает тематику связанную с договорами строительного подряда, непосредственно изучая один из самых важных элементов этого договора – вознаграждения. Особенно принимается во внимание кодексное деление моделей вознаграждений: паушальный платеж и цена работы, выполняемой в соответствии со сметой. Ссылаясь на практику применения договоров строительного подряда, автор указывает на существование третьего вида вознаграждения, каким является смешанное вознаграждение. Затем автор подробно анализирует положения регулирующие отдельные виды вознаграждений, особенно проблему изменения вознаграждения. В результате этого анализа автор приходит к выводу, что предлагаемое доктриной применение *analogiae legis* из положений ст. 629 ГК и 632 § 2 ГК по отношению к договору строительного подряда является необоснованным. Основным аргументом, подтверждающим этот вывод, является сознательное применение законодателям в заглавии XVI ГК закрытого каталога возможных отосланий к положениям договора подряда. Автор в своем анализе ссылается на неоднородность в судебной практике в области допустимости упомянутой аналогии, считая, что мнимый пробел в праве в сфере вознаграждений за строительные работы не существует, зато перечисление возможных отосланий является сознательной процедурой законодателя. В действующем ГК в случае отсутствия подробного регулирования применяются общие положения кодекса, в связи с чем автор ссылается на применение клаузулы *rebus sic stantibus* в возможном изменении договорного вознаграждения. Следует прийти к выводу, что настоящие регулирования касающиеся договора строительного подряда вызывают ряд сомнений, что в особенности относится к вопросу вознаграждения следуемого по праву договора строительного подряда. В связи с вышеуказанным автор констатирует, что настоящее правовое состояние договора строительного подряда требует изменений и более широкого правового регулирования.

* Автор является участником III года аспирантского семинара Академии им. Леона Козьминского в Варшаве.

(Пер. Катажина Барановска)

**Modifica della retribuzione dovuta al esecutore
ai sensi del contratto per i lavori di costruzione**

Questo articolo tocca la problematica del salario che spetta al contraente ai sensi del contratto per i lavori di costruzione. L'autore esamina brevemente gli argomenti relativi ai contratti per i lavori di costruzione, analizzando direttamente uno degli elementi più rilevanti, ossia lo stipendio. È stata riservata particolare attenzione alla divisione dei modelli di retribuzione previsti dal codice: renumerazione fissa e valutazione approssimativa dei costi.

Facendo riferimento alla pratica di utilizzare i contratti per lavori di costruzione, l'autore mette in rilievo l'esistenza di un terzo tipo di retribuzione, cioè quella mista. L'autore poi esegue un'attenta analisi delle norme che regolano vari tipi di renumerazione, sottolineando la problematica della modifica di retribuzione, e in effetti, trae una conclusione che la l'applicazione *legis analogiae* proposta dalla dottrina degli art. del Codice Civile (CC) 629 e 632 § 2 del CC in relazione ai contratti di costruzioni risulta del tutto infondata e insensata. L'argomento principale che porta a questa conclusione è la consapevole applicazione del catalogo dell'elenco dei riferimenti alle disposizioni da parte del legislatore nel titolo del XVI CC. In quest'analisi l'autore si appoggia su una linea irregolare di giurisprudenza in merito all'ammissibilità di sovrarmenionata analogia, considerando che la presunta lacuna delle retribuzioni per le opere non esiste, mentre l'elenco completo dei possibili riferimenti è la consapevole opera del legislatore. Nell'attuale CC, in assenza di disposizioni specifiche, si applicano le regole generali del codice, e l'autore fa ricorso all'applicazione della clausula *rebus sic stantibus* nel caso di eventuale modifica del salario contrattuale. In conclusione bisogna trarre una riflessione che le norme vigenti in materia di contratti di costruzione sono inadeguate e fanno insorgere molti dubbi in merito, specialmente riguardo alla questione di retribuzione per l'appalto di lavori. Alla luce dei fatti esposti, l'autore conclude che l'attuale status giuridico del contratto di opere richiede modifiche e una maggiore regolamentazione.

* L'autore è un membro del terzo anno di un seminario di dottorato presso L'Università di Varsavia Kozminski.

(trad. Anna Brandt)

Charakter i znaczenie art. 158 i 159 ustawy Prawo bankowe dla systemu upadłości banku krajowego prowadzonego w formie spółki akcyjnej

1. Wprowadzenie

1.1. Tło społeczno-gospodarcze

W świetle istniejącej obecnie na rynkach finansowych sytuacji społeczno-gospodarczej, kwestia stabilności instytucji finansowych i kredytowych, w szczególności zaś banków krajowych, powinna być traktowana jako zagadnienie o znaczeniu kardynalnym. Wpływ sektora bankowego na gospodarkę nie może zostać niedoceniony. Zawirowania w jego obrębie będą zawsze negatywnie wpływać na funkcjonowanie gospodarki, a w konsekwencji nawet na sytuację i pozycję makroekonomiczną państwa.

Nie sposób nie zauważyć, że światowy kryzys finansowy, którego efekty i skutki wciąż odczuwane są niezwykle silnie również w Polsce, w istocie jest efektem nieprawidłowości występujących w nadzorze nad sektorem bankowym, w tym również słabości procedur sanacyjnych. Choć za datę rozpoczęcia panującego obecnie kryzysu gospodarczego uważa się powszechnie dzień ogłoszenia upadłości banku inwestycyjnego Lehmann Brothers Holding Inc.¹, podkreślenia wymaga fakt, że to nie upadłość Lehman Brothers, a właśnie słabość procedur nadzorczych i sanacyjnych² doprowadziła do załamania koniunktury na rynkach światowych. Wszczęcie największego w dotychczasowej historii postępowania upadłościowego nie było bowiem bezpośrednią przyczyną kryzysu, a ostatnim podrywem, ostatnią z prób przywrócenia stabilności finansowej tegoż rynku. Dopiero otoczka medialna narosła wobec upadłości Lehman Brothers ukazała (niesłusznie zresztą) wspomniany bank jako głównego winowajcę kryzysu. Po prawdzie zaś, upadłość Lehman Brothers zobrazowała tylko (w sposób

* Autor jest studentem IV roku Prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Śląskiego. Do jego zainteresowań naukowych należą w szczególności Prawo Bankowe oraz obrót instrumentami finansowymi, Prawo Reklamy, a także Prawo Międzynarodowe Publiczne ze szczególnym uwzględnieniem Prawa Dyplomatycznego.

¹ Dalej: Lehman Brothers.

² T. Obal, M. Szymońska, *Upadłość banku inwestycyjnego na przykładzie Lehman Brothers*, „Bezpieczny Bank” 2009/1(38), s. 56.

niezwykle dosadny) istniejącą słabość światowych rynków finansowych³, a zakorzenione w Lehman Brothers nieprawidłowości wewnętrzne ukazały, jak ważny dla obrotu finansowego jest sprawnie działający system nadzoru nad nim. Nie ulega jednak wątpliwości, że upadłość tak dużego banku, jakim był Lehman Brothers, musiała wywołać zamieszanie na rynku finansowym⁴.

Większa skuteczność nadzoru nad rynkiem finansowym pozwoliłaby bez wątpienia uniknąć zaistniałej sytuacji i jej katastrofalnych skutków gospodarczych. Tymczasem, niewykryte w porę nieprawidłowości powstałe w zarządzie Lehman Brothers i jej obrocie finansowym, w tym dwukrotnie przewyższająca przyjęte normy wysokość dźwigni finansowej, doprowadziły w efekcie do największej w historii upadłości, której sprawne przeprowadzenie stanowi prawdziwe wyzwanie dla powołanych likwidatorów⁵.

Nie wdając się szczegółowo w przyczyny występującego obecnie kryzysu finansowego (jest to pole bardziej ekonomistów niż prawników⁶), należy jednak zaznaczyć, że w obecnej sytuacji często jest już zbyt późno na zaaplikowanie skutecznych metod nadzorczych i uzdrowienie kondycji finansowej banku w drodze sprawnie zastosowanego audytu wewnętrznego.

Upadłość, ze względu na swe gospodarcze i społeczne konsekwencje, powinna być postrzegana jako *ultima ratio*, a pierwszeństwo nad nią powinno być przyznane procedurom sanacyjnym o łagodniejszym charakterze. Te łagodniejsze procedury nie zawsze okazują się jednak wystarczające. Gdy niemożliwe staje się już zastosowanie procedur o mniej daleko idącym charakterze, konieczność wszczęcia postępowania upadłościowego staje się faktem. Ogłoszenie upadłości nie może być jednak postrzegane jako coś negatywnego (podobnie jak w kategoriach negatywnych nie można oceniać upadłości banku Lehman Brothers). Przeciwnie – przeprowadzenie postępowania upadłościowego, a w konsekwencji wyeliminowanie danej instytucji bankowej z systemu, powinno być postrzegane jako kolejna z prób zmierzających w kierunku utrzymania stabilności finansowej rynku.

Co za tym idzie, na kwestię upadłości banku należy spoglądać również (jeżeli nie przede wszystkim) z perspektywy utrzymania stabilności całego systemu finansowego i gospodarki w ogóle. Niezwykle istotną kwestią staje się zatem przemyślane i jasne uregulowanie procedury upadłościowej banku, pozwalającej na skuteczne zaspokojenie wierzycieli przedsiębiorstwa bankowego, przy

³ Tamże.

⁴ A. Janiak, *Bank jako instytucja zaufania publicznego*, „Glosa” 2003/2, s. 19.

⁵ Szerzej na temat zaistniałych przy likwidacji Lehman Brothers trudności: T. Obal, M. Szymońska, dz. cyt., s. 60-61.

⁶ Szerzej na temat genezy kryzysu np.: A. Jurowski, P. Zegadło, *Geneza i dotychczasowy przebieg światowego kryzysu finansowego*, „Bezpieczny Bank” 2009/1(38), s. 75 i n.

jednoczesnej, możliwie najpełniejszej, ochronie klientów indywidualnych takiego banku.

Właśnie w celu ochrony ludności w polskim publicznym prawie bankowym przewidziane zostały procedury pozwalające Komisji Nadzoru Finansowego, jako instytucji, na pełnienie znamiennej funkcji w systemie gwarantowania depozytów i udziału w postępowaniu upadłościowym⁷. To do zadań KNF należy bowiem zapewnienie prawidłowego funkcjonowania rynku finansowego, dbanie o utrzymanie jego stabilności, czuwanie nad przejrzystością systemu oraz budowanie jego zaufania (art. 2 w zw. z art. 3 ust. 2 ustawy z 21.07.2006 r. o nadzorze nad rynkiem finansowym⁸)⁹.

Nie sposób jednak wyobrazić sobie skutecznego wykonywania określonych funkcji, jeżeli instytucja nadzorująca pozbawiona byłaby możliwości zastosowania określonych środków prawnych (w tym również tych związanych z władczym ingerowaniem w strukturę i funkcjonowanie instytucji bankowych), w celu wykonania stawianych przed nią zadań.

W okolicznościach występującego kryzysu prawo po raz kolejny zostało skonfrontowane z potrzebami, jakie postawiła przed nim rzeczywistość społeczno-gospodarcza, i w takim kontekście należy oceniać przedstawione poniżej instytucje i rozważania.

1.2. Zagadnienia ogólne

1.2.1. Definicja banku krajowego

W niniejszym artykule mowa jedynie o instytucji banku krajowego, w rozumieniu przepisu art. 4 ust. 1 pkt. 1 PrBank w zw. z art. 2 PrBank, a więc osobie prawnej utworzonej zgodnie z przepisami ustaw, działającej na podstawie zezwoleń uprawniających do wykonywania czynności bankowych obciążających ryzykiem środki powierzone pod jakimkolwiek tytułem zwrotnym, której siedziba znajduje się na terytorium RP. Nie ulega wątpliwości pozycja banku jako instytucji zaufania publicznego¹⁰, w związku z prowadzeniem przez niego działalności depozytowej oraz masowym gromadzeniem w depozytach środków finansowych ludności, przedsiębiorców i organizacji społecznych¹¹. To właśnie z powodu publicznego zaufania, jakim darzone są banki, niezwykle istotne stają się reglamentacja dostępu do prowadzenia działalności bankowej oraz roztoczenie szczegółowego nadzoru nad nimi. Szczególna pozycja i znaczenie banku znajduje silne odzwierciedlenie w istnieniu nadzorczych procedur sanacyjnych,

⁷ B. Smykla, *Prawo bankowe. Komentarz*, Kraków 2005, s. 516.

⁸ Dz.U. z 2006 r. Nr 157, poz. 119 z późn. zm.

⁹ A. Janiak, *Bank jako instytucja...*, dz. cyt., s. 18.

¹⁰ R. Kaszubski, A. Tupaj-Cholewa, *Prawo Bankowe*, Kraków 2010, s. 195; A. Janiak, *Bank jako instytucja...*, dz. cyt., s. 17.

¹¹ Tamże, s. 19.

podejmowanych w celu ratowania zagrożonego banku¹², a także w konstrukcji i odrębnościach postępowania upadłościowego wobec banku, zmierzających do przeprowadzenia tego procesu w sposób „najmniej dotkliwy dla wierzycieli i klientów banku upadającego”¹³.

W niniejszym tekście, poza zakresem rozważań pozostają zarówno banki zagraniczne, jak i międzynarodowe instytucje kredytowe, za które uznają również międzynarodowe instytucje bankowe¹⁴.

Geograficzne kryterium położenia siedziby banku, stanowiące jedyne w rozumieniu PrBank kryterium dystingujące bank krajowy od zagranicznych instytucji finansowych i banków, nie przesądza jeszcze o wyborze odpowiedniej procedury upadłościowej banku. Należy bowiem zaznaczyć, że, zgodnie z treścią art. 451 pkt. 1 PrUpNap, odrębną procedurę upadłościową, przewidzianą dla instytucji wymienionych w tym artykule, należy stosować również w odniesieniu do banku krajowego, jeżeli tylko prowadzi on działalność także poza granicami RP, w co najmniej jednym państwie członkowskim UE lub państwie członkowskim EFTA będącym stroną umowy o EOG. Należy jednak przy tym zaznaczyć, że również we wskazanej sytuacji ogłoszenie upadłości banku krajowego odbywa się na zasadach przewidzianych w prawie polskim, a dalsza procedura jest prowadzona zgodnie z przepisami art. 451 i n. PrUpNap¹⁵.

Zaznaczenia wymaga fakt będący następstwem unormowania zawartego w art. 426 PrUpNap, zgodnie z którym przepisy rozdziału 1 tytułu II części III PrUpNap stosuje się do banków niezależnie od tego, w jakiej formie prawnej zostały utworzone i zorganizowane¹⁶. Co więcej, zakresem zastosowania art. 426-450 PrUpNap (a tym samym niniejszym opracowaniem) objęte zostały nie tylko banki o charakterze uniwersalnym (a więc tworzone na podstawie PrBank), ale również specjalistyczne, takie jak banki hipoteczne, tworzone na podstawie ustawy o listach zastawnych i bankach hipotecznych z 1997 r. (Dz.U. 2003.99.919)¹⁷.

By uniknąć nieścisłości terminologicznych, w dalszych wywodach mianem banku krajowego będę oznaczał jedynie bank krajowy w rozumieniu art. 4 ust. 1 pkt. 1 PrBank, nieprowadzący jednocześnie działalności poza granicami RP, a więc taki, do którego nie mają zastosowania przepisy art. 451-470 PrUpNap, przy czym opracowaniem niniejszym obejmę zarówno banki uniwersalne, jak i hipoteczne.

¹² Tamże.

¹³ C. Kosikowski, *Publiczne Prawo Bankowe*, Warszawa 1999, s. 207.

¹⁴ S. Szuster, K. Kohutek, [w:] F. Zoll (red.), *Prawo Bankowe. Komentarz*, Kraków 2005, t. 1, s. 40.

¹⁵ A. Jakubecki, [w:] A. Jakubecki, F. Zedler, *Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 876 i n.

¹⁶ Tamże, s. 844.

¹⁷ S. Gurgul, *Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 1164.

Pewnych problemów interpretacyjnych nastroczają tzw. parabanki, czyli podmioty, które, nie będąc bankami, uzyskały jednak uprawnienie do dokonywania czynności bankowych na podstawie ustaw szczególnych¹⁸. W związku z wciąż niejednolitym systemem prawa bankowego w strukturach wewnętrznych i poszczególnych krajach UE¹⁹, należałoby właściwie odciąć się od rozważań dotyczących charakteru instytucji kredytowych występujących w pozostałych państwach członkowskich i skupić się na polskich instytucjach o charakterze parabankowym, głównie na Spółdzielczych Kasach Oszczędnościowo-Kredytowych²⁰ oraz innych jednostkach mających charakter instytucji finansowych w rozumieniu art. 4 ust. 1 PrBank²¹. Biorąc pod rozwagę, że do dziś brakuje jednolitej koncepcji w przedmiotowej kwestii, a także zinstytucjonalizowanego i jasnego systemu nadzoru ze strony KNF w tej materii, należałoby jednak wyłączyć spod zakresu pojęciowego słowa „bank” w rozumieniu PrBank parabanki, ze względu na ich odmienny zakres działalności²². Poza tym zakresem powinny również pozostać kasy mieszkaniowe, które, jako wyodrębniona finansowo działalność banków, polegająca na prowadzeniu imiennych rachunków oszczędnościowo-kredytowych i udzielaniu kredytów konsumenckich (art. 2 ustawy o niektórych formach popierania budownictwa mieszkaniowego z 2000 r.), nie stanowią organizacyjnie wyodrębnionych struktur²³.

Należy zaznaczyć, że, pomimo faktu, iż parabanki mieszczą się w zakresie pojęcia instytucji kredytowych w rozumieniu Dyrektywy 2006/48/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 14.06.2006 r. w sprawie podejmowania i prowadzenia działalności przez instytucje kredytowe, nie powinny one być uznawane za banki. Z tego powodu parabanki znajdują się poza zakresem niniejszego opracowania.

1.2.2. Zakres regulacji art. 158 i 159 PrBank

Do czasu wejścia w życie ustawy PrUpNapR przepisy regulujące upadłość oraz postępowanie w przedmiocie upadłości banków możliwie najpełniej regulowane były w przepisach art. 158-168 PrBank. W sytuacji wprowadzenia osobnej regulacji, przewidzianej w art. 426 i n. PrUpNapR, uchylone zostały art. 160-168 PrBank, a skróceniu uległa treść art. 158 PrBank. Należy podkreślić, że, pomimo (nieprecyzyjnego) brzmienia tytułu rozdziału 12c PrBank, ustawa ta nie reguluje całości kwestii postępowania upadłościowego banku. W istocie,

¹⁸ A. Mikos-Sitek, P. Zapadka, *Polskie prawo bankowe*, Warszawa 2009, s. 82, 90-91.

¹⁹ W. Szpringer, *Problem parabanków na tle pojęcia banku jako instytucji kredytowej w Unii Europejskiej*, „Prawo Bankowe” 2004/11, *passim*.

²⁰ Tamże, s. 57.

²¹ R. Kaszubski, A. Tupaj-Cholewa, dz. cyt., s. 28.

²² Tamże, s. 197.

²³ S. Gurgul, dz. cyt., [2010], s. 1164.

w PrBank pozostawiono regulację dotyczącą zawieszenia banku i jego prawnych skutków, co trudno uznać za fortunne rozwiązanie²⁴.

De lege lata, to ustawa PrUpNapr zawiera uregulowania dotyczące postępowania upadłościowego banku. Szczegółowe rozwiązania w odniesieniu do banków spółdzielczych zawierają art. 130 i n. ustawy z 16.09.1982 r. Prawo spółdzielcze²⁵. Ze względu na charakter opracowania oraz brak związku niniejszych uregulowań z kwestią upadłości banków skonstruowanych w formie spółki akcyjnej, akt ten nie będzie przedmiotem dalszych rozważań, z tym zastrzeżeniem, że uregulowania Prawa spółdzielczego nie mogą zostać pominięte przy ocenie upadłości banku skonstruowanego w formie spółdzielni²⁶.

W chwili obecnej, z zastrzeżeniem wspomnianych odrębności w odniesieniu do banków spółdzielczych, normami regulującymi zagadnienie upadłości banków są zatem w istocie nieuchylone art. 158-159 oraz art. 426-470 PrBank (z tym jednak zastrzeżeniem, że przepisy art. 451-470, jak zostało już wspomniane, regulują zagadnienie upadłości banków zagranicznych i innych instytucji wymienionych w art. 451)²⁷.

O ile jednak przepisy PrUpNapr przewidują rozwiązania dotyczące prowadzenia postępowania upadłościowego i jego kształtu, począwszy od wystąpienia ze stosownym wnioskiem przez KNF, o tyle normy art. 158 i 159 PrBank pozostają nie bez wpływu na całą strukturę upadłości banków. Niezależnie od wprowadzania przez te przepisy szczególnych i odrębnych przesłanek wszczęcia postępowania upadłościowego wobec banków, art. 158 ust. 1 PrBank kreuje zupełnie odrębny od postępowania upadłościowego sposób przejęcia aktywów niewypłacalnego banku, jakim jest jego przejęcie przez inny bank²⁸. Ta, na pierwszy rzut oka marginalna, kwestia, wobec istniejącej niepewnej sytuacji na rynkach finansowych, będzie miała znaczny wpływ na ochronę klienta indywidualnego banku i jego depozytów, co nadaje jej pozycję niezwykle istotną.

Tym też zagadnieniom, dotyczącym procedur występujących na swoistym przedpolu (a więc przed wszczęciem postępowania upadłościowego przed sądem), powinno się poświęcić uwagę choćby ze względu na ich ogromne znaczenie w odniesieniu do ochrony deponentów banku²⁹.

²⁴ M. Bączyk, [w:] E. Fojcik-Mastalska (red.), *Prawo Bankowe. Komentarz*, Warszawa 2005, s. 733.

²⁵ Dz.U.2003.188.1848 t.j., z późn. zm.

²⁶ Szerzej na temat upadłości banków w formie spółdzielni m.in.: A. Zalcewicz, *Bank spółdzielczy. Aspekty prawne tworzenia i funkcjonowania*, Warszawa 2009, s. 354-376. Zob. przywołana tamże literatura.

²⁷ S. Gurgul, dz. cyt., [2010], s. 1163.

²⁸ L. Mazur, *Prawo bankowe. Komentarz*, Kraków 2008, s. 799.

²⁹ A. Pokora, [w:] A. Witosz (red.), *Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 743.

2. Przesłanki ogłoszenia upadłości banku krajowego

Kwestię wszczęcia postępowania upadłościowego w stosunku do banku krajowego reguluje w głównej mierze przepis art. 426 PrUpNap, wskazujący, że postępowanie upadłościowe wszczynane jest na stosowny wniosek, składany wyłącznie przez KNF. Nie należy jednak uznać przytoczonej tam regulacji za wyczerpującą i pełną, konieczne staje się bowiem odwołanie do normy wyznaczonej przez art. 158 ust. 1 i 2 PrBank, określający przesłanki wszczęcia stosownej procedury³⁰.

Zgodnie z art. 158 ust. 1 PrBank, przesłanką wystąpienia z wnioskiem o ogłoszenie upadłości banku jest niemożność zaspokojenia zobowiązań banku z jego aktywów, wyznaczana bilansem sporządzonym na koniec okresu sprawozdawczego, a więc stanem niewypłacalności bilansowej. Brakuje jednak zgodności w doktrynie co do charakteru wspomnianej przesłanki. Część komentatorów zajmuje stanowisko uznania jej jako przesłanki odrębnej (samodzielnej)³¹, konstruującej zatem niezależną, ale jednocześnie równorzędną podstawę do wystąpienia z wnioskiem o ogłoszenie upadłości banku. Inni autorzy³² widzą w niej przesłankę szczególną, stanowiącą jedyną i wyłączną podstawę ogłoszenia upadłości banku.

Zagadnienie to należy rozpatrywać w oparciu o podejście historyczne. Przed nowelizacją PrBank wprowadzoną art. 3 pkt. 4 ustawy o zmianie ustawy o Bankowym Funduszu Gwarancyjnym i niektórych innych ustaw z 16.12.2010 r. (Dz.U. 2010.257.1724), wprowadzającą m.in. art. 158 ust. 2 PrBank, kwestia odrębności, samoistności czy wyłączności przesłanki niewypłacalności bilansowej i relacji art. 158 ust. 1 PrBank do art. 11 PrUpNap była szeroko dyskutowana. Pojęcie niewypłacalności bilansowej konfrontowano z treścią art. 11 ust. 1 PrUpNap, zgodnie z którym przesłanką wystąpienia z wnioskiem o wszczęcie postępowania upadłościowego jest stan niewypłacalności, definiowany w art. 11 ust. 1 PrUpNap jako stan niemożliwości wypełniania przez dłużnika swoich wymagalnych zobowiązań³³. Pod dawnym stanem prawnym za zasadne należało uznać stanowisko przedstawione przez L. Mazura³⁴, uznające, że pomiędzy wspomnianymi artykułami nie zachodzi sprzeczność, a przesłanka nadmiernego zadłużenia³⁵ z art. 158 ust. 1 nie miała charakteru wyłącznego³⁶.

³⁰ A. Jakubecki, dz. cyt., s. 844 i n.

³¹ Odrębny charakter przesłanki przyznają m.in.: A. Pokora, dz. cyt., s. 744; L. Mazur, dz. cyt., s. 795; M. Bączyk, [w:] E. Fojcik-Mastalska (red.), dz. cyt., s. 788.

³² Odmienne, jako szczególną przesłankę ogłoszenia upadłości banku, regulację zawartą w art. 158 PrBank określa: B. Smykła, *Prawo Bankowe. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 647-649.

³³ L. Mazur, dz. cyt., s. 795.

³⁴ Tamże, s. 795.

³⁵ Takim mianem określa wskazany stan m.in.: S. Gurgul, dz. cyt., [2010], s. 1165.

Zaprzestanie płacenia długów (czy też – pod rządami PrUpNap – niewykonywanie wymagalnych zobowiązań pieniężnych) powinno zatem być także traktowane jako podstawa ogłoszenia upadłości banku³⁷.

Art. 11 ust. 1 można bowiem bez cienia wątpliwości uznać za przepis o charakterze ogólnym, wyznaczającym podstawowe kryteria prowadzenia w danej sprawie postępowania upadłościowego³⁸, co w żaden sposób nie stoi na przeszkodzie stosowania w odniesieniu do banków jako podstawy ogłoszenia upadłości kryterium „niewykonywania wymagalnych zobowiązań”³⁹.

W tym samym kierunku zmierza również S. Gurgul, uznając, iż niewykonywanie wymagalnych zobowiązań „stanowi zawsze podstawę ogłoszenia upadłości, w stosunku do wszystkich przedsiębiorców”⁴⁰, zaś stan nadmiernego zadłużenia – jedynie „dodatkową podstawę ogłoszenia upadłości, relewantną tylko w odniesieniu do pewnej kategorii przedsiębiorców, zajmujących szczególną pozycję w życiu gospodarczym”⁴¹.

Takie ukształtowanie poglądów doktryny, zwracającej uwagę na konieczność uwzględniania treści art. 11 PrUpNap (i tym samym przyznania charakteru przesłanki ogłoszenia upadłości banku również stanowi niewypłacalności rzeczywistej), wynikało bez wątpienia z problemu niepokrywania się jego niewypłacalności bilansowej z niewypłacalnością o charakterze rzeczywistym (niewypłacalnością ekonomiczną)⁴². Uznanie art. 158 ust. 1 PrBank za przesłankę wyłączną niosło za sobą poważne ryzyko w tym znaczeniu, iż bank *de facto* niewypłacalny mógł w zasadzie kontynuować swoją działalność, w związku z niepełnym wykazem księgowym⁴³ lub nieprawidłowościami i machinacjami w procesie ustalania wartości jego aktywów w sprawozdaniu finansowym⁴⁴.

Choć w doktrynie pojawiały się głosy, zgodnie z którymi za wyraz zamiaru ustawodawcy, polegającego na oparciu podstawy niewypłacalności banku na

³⁶ Szerzej na temat zagrożeń płynących z uznania przesłanki wyszczególnionej w art. 158 ust. 1 PrBank: K. Kohutek, [w:] F. Zoll (red.), dz. cyt., t. 2, s. 671-672.

³⁷ A. Jakubecki, dz. cyt., s. 846-847; S. Gurgul, dz. cyt., [2010], s. 1165; J. Mojak, [w:] J. Mojak, Z. Żywko, *Polskie i europejskie prawo bankowe w zarysie*, Lublin 2010.

³⁸ L. Mazur, dz. cyt., s. 795.

³⁹ A. Jakubecki, dz. cyt., s. 1046.

⁴⁰ S. Gurgul, dz. cyt., [2010], s. 1165.

⁴¹ Tamże, s. 1165.

⁴² K. Kohutek, [w:] F. Zoll (red.), dz. cyt., t. 2, s. 671. Tak samo: A. Pokora, dz. cyt., s. 744.

⁴³ Szerzej na ten temat: A. de Juan, *Does bank insolvency matter? And what to do about it?*, Washington 2000, p. 3.

⁴⁴ Na to potencjalne ryzyko uwagę zwraca: A. Jakubecki, dz. cyt., s. 846; jednocześnie jednak podkreślając za: T. Narożny, *Prawo Bankowe*, Poznań 1998, s. 244 i n.; iż „z drugiej strony ewentualne nierzetelności powinny być ujawnione w opinii i raporcie biegłych rewidentów z badania sprawozdania finansowego, co umożliwia KNF właściwą ocenę zaistnienia podstawy upadłości banku, a zatem wskazana przez ustawodawcę podstawa ogłoszenia upadłości banku została wybrana prawidłowo”.

podstawie sporządzanego bilansu księgowego, należało uznać przyspieszenie momentu ogłoszenia upadłości banku i zwiększenie szans na skuteczną jego sanację⁴⁵, jednocześnie zgłaszane były szerokie obawy przed nieprzewidywanymi negatywnymi konsekwencjami, jakie mogą z takiego uregulowania wyniknąć.

Zapratrywania komentatorów nie uszły uwadze ustawodawcy, który w zasadzie, poprzez nowelizację PrBank wprowadzoną art. 3 pkt. 4 ustawy o zmianie ustawy o Bankowym Funduszu Gwarancyjnym i niektórych innych ustaw z 16.12.2010 r. (Dz.U. 2010.257.1724), przyniósł koniec wszelkiej dyskusji.

W obliczu zmiany brzmienia art. 158 ust. 2 PrBank, w obecnym stanie prawnym stan niewypłacalności rzeczywistej uregulowany został przez art. 158 ust. 2 PrBank, który stanowi wyraźnie, że „[j]eżeli z powodów związanych bezpośrednio z sytuacją finansową banku nie reguluje on swoich zobowiązań w zakresie wypłaty środków, o których mowa w art. 2 pkt 2 ustawy o Bankowym Funduszu Gwarancyjnym (BFG), wobec deponentów w rozumieniu art. 2 pkt 1 tej ustawy [...]”, KNF zobligowana jest do podjęcia decyzji dotyczących zawieszenia działalności banku i zadecydowania o jego dalszych losach (art. 158 ust. 2 PrBank).

Takie ukształtowanie art. 158 ust. 2 PrBank daje podstawę do skłonienia się ku stanowisku B. Smykli⁴⁶, zgodnie z którym przesłanki konstruowane przez art. 158 ust. 1 i 2, po nowelizacji wprowadzonej wspomnianą powyżej ustawą, należy uznawać za wyłączne. Obejmują one bowiem swoim zakresem zarówno stan niewypłacalności bilansowej, jak i, w znowelizowanym art. 158 ust. 2 PrBank, stan niewypłacalności rzeczywistej. Ten drugi jednak został ukształtowany w sposób szczególny, bowiem odnosi się do regulowania zobowiązań deponentów w rozumieniu art. 2 pkt. 1 ustawy o BFG, w zakresie środków, o których mowa w art. 2 pkt. 2 ustawy o BFG. Na tej podstawie nie powinno już budzić wątpliwości, że art. 158 ust. 2 PrBank stanowi *lex specialis* wobec art. 11 PrUpNap, przez co PrBank konstruuje w chwili obecnej wyłączne przesłanki ogłoszenia upadłości banku krajowego, wyłączając w tym zakresie uregulowania ogólne PrUpNap.

Co zaś dotyczy samego charakteru niewypłacalności banku: nie ulega wątpliwości, że o upadłości banku nie może być mowy w sytuacji, w której stan niewypłacalności ma charakter jedynie przejściowy, rysujący szanse na stosunkowo rychłą poprawę; jak w też sytuacji, w której niewypłacalność banków nie ma charakteru *strictie* obiektywnego⁴⁷. Stałoby to w znacznej sprzeczności z gwarancyjnymi powodami odrębnej regulacji upadłości banków – trudno bowiem pogodzić postulat stabilności i pewności sytuacji deponentów banku z możliwymi w takiej sytuacji zawirowaniami. Odmienne założenie prowadziłoby do

⁴⁵ K. Kohutek, [w:] F. Zoll (red.), dz. cyt., t. 2, s. 671.

⁴⁶ B. Smykla, dz. cyt., [2011], s. 647-649.

⁴⁷ A. Pokora, dz. cyt., s. 744.

przedwczesnego i często niewłaściwego wszczynania postępowania upadłościowego wobec banku, co miałyby wpływ również na jego pewność w obrocie.

W literaturze⁴⁸ podkreśla się cechy konstytutywne pojęcia niewypłacalności jako podstawy ogłoszenia upadłości banku krajowego; wymienia się m.in., oprócz wspomnianego już obiektywnego charakteru, także trwałość wskazanego stanu i niemożność skutecznego wykonywania zobowiązań, przy czym niewystarczalność aktywów może mieć charakter całkowity lub częściowy⁴⁹.

Odzwierciedleniem gwarancyjnej i ochronnej roli unormowania z art. 158 PrBank wydaje się również nałożony na zarząd banku, zarząd komisaryczny (o ile został wcześniej ustanowiony) oraz likwidatora obowiązek powiadomienia KNF o niewypłacalności banku. Co jednak ważniejsze, opieszałość ze strony wspomnianych organów nie wstrzymuje i nie może stanowić przyczyny opóźnienia podjęcia stosownych decyzji przez KNF, zgodnie bowiem z art. 158 ust. 4 PrBank, KNF władna jest do podjęcia stosownych decyzji również z własnej inicjatywy⁵⁰, na podstawie posiadanych przez siebie informacji⁵¹.

3. Skutki i konsekwencje niewypłacalności banku krajowego

3.1. Zagadnienia ogólne

Już na wstępie należy podkreślić, że zaistnienie podstawy ogłoszenia upadłości banku i powzięcie o niej wiadomości przez KNF nie warunkuje obligatoryjnego i automatycznego wystąpienia z wnioskiem, a w konsekwencji wszczęcia postępowania w przedmiocie ogłoszenia upadłości banku⁵². Zgodnie bowiem z 158 ust. 1 PrBank, KNF nie jest na skutek powzięcia wiadomości o zaistnieniu stanu niewypłacalności czy nadmiernego zadłużenia (nie zapominając przy tym o ogólnej podstawie upadłości, jaką jest niemożność wypełniania wymaganych zobowiązań) zobowiązana do wystąpienia z wskazanym wnioskiem⁵³.

Jedyną obligatoryjną konsekwencją powzięcia przez Komisję informacji o zaistnieniu stanu niewypłacalności po stronie banku (zarówno na skutek zawiadomienia złożonego przez zarząd banku, zarząd komisaryczny lub

⁴⁸ M. Bączyk, „*Stan zagrożenia niewypłacalności*” i „*stan niebezpieczeństwa niewypłacalności*”. *Ekwiwalentność czy odmiennność formuł prawnych?*, „Bezpieczny Bank” 2001/1-2, s. 66 i n.; A. Jakubecki, dz. cyt., s. 847.

⁴⁹ Por. M. Bączyk, [w:] M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyziół, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 789.

⁵⁰ Tamże.

⁵¹ B. Smykła, dz. cyt., [2011] s. 516.

⁵² Tamże.

⁵³ A. Janiak, *Bank jako depozytariusz szczególnego rodzaju*, PUG 8/2002, s. 13.

likwidatora banku, albo też z własnej inicjatywy⁵⁴) jest wydanie niezaskarżalnej⁵⁵ decyzji, w której KNF przesądza obligatoryjnie o zawieszeniu działalności banku⁵⁶, wraz ze skutkami przewidzianymi w art. 159 i 11 ust. 1 pkt. 23 PrBank⁵⁷, oraz – od czasu nowelizacji wprowadzonej art. 3 pkt. 4 ustawy o zmianie ustawy o BFG i innych ustaw z 16.12.2010 r., zmieniającej ustawę PrBank – **obligatoryjnie** o ustanowieniu zarządu komisarycznego.

3.2. Zawieszenie działalności banku

Jak zostało już nadmienione, zawieszenie działalności banku stanowi pierwszą, co więcej – obligatoryjną, konsekwencję powzięcia przez KNF informacji o zaistnieniu stanu niewypłacalności banku⁵⁸. Szczegółowe i wyczerpujące uregulowanie zawieszenia i jego skutków w art. 159 PrBank. wymaga podkreślenia. Jest to bowiem instytucja o charakterze wyjątkowym, nieprzewidziana ani przez KSH, ani przez Prawo spółdzielcze (w odniesieniu do banków będących spółdzielniami). Okres zawieszenia działalności banku ma charakter szczególny. Należy zwrócić należy na jego przejściowy charakter – stanowi on swego rodzaju pomost pomiędzy typową działalnością banku a procesami sanacyjnymi, które w konsekwencji mają doprowadzić do zakończenia jego prawnego bytu⁵⁹.

Zawieszenie działalności banku oznacza całkowite wstrzymanie regulowania zobowiązań banku oraz zupełne zaniechanie jego kredytowej działalności inwestycyjnej⁶⁰. Zgodnie z treścią art. 159 PrBank, w okresie zawieszenia działalność bank w sferze zewnętrznej doznaje licznych ograniczeń⁶¹. Czynności, do dokonywania których bank jest uprawniony i zobowiązany w okresie zawieszenia, szczegółowo wymienia art. 159 PrBank. Wobec powyższego, bank w okresie zawieszenia:

- 1) nie reguluje swoich zobowiązań, z wyjątkiem tych związanych z ponoszeniem uzasadnionych kosztów bieżącej działalności, przy czym uznać należy, że mowa tu o wszystkich zobowiązaniach banku istniejących

⁵⁴ K. Kohutek, [w:] F. Zoll (red.), dz. cyt., t. 2, s. 674-675; L. Mazur, dz. cyt., s. 798.

⁵⁵ Niezaskarżalność wskazanej decyzji w świetle jasnego i precyzyjnego stypizowania art. 158 ust 6 PrBank nie budzi wątpliwości. Por.: A. Pokora, dz. cyt., s. 744; A. Janiak, *Bank jako depozytariusz...*, dz. cyt., s. 13; L. Mazur, dz. cyt., s. 795.

⁵⁶ M. Bączyk, [w:] M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyziół, dz. cyt., Warszawa 2007, s. 789-790.

⁵⁷ Tamże, s. 789-790.

⁵⁸ A. Hajos-Iwańska, [w:] A. Hajos-Iwańska, M. Lampart, W. Walasek (red.), dz. cyt., s. 251; a także: K. Kohutek, [w:], F. Zoll (red.), dz. cyt., t. 1.

⁵⁹ B. Smykła, dz. cyt., [2011], s. 652-653.

⁶⁰ S. Gurgul, dz. cyt., [2010], s. 1167.

⁶¹ M. Bączyk, [w:] M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyziół, dz. cyt., s. 791; L. Mazur, dz. cyt., s. 801.

w chwili zawieszenia jego działalności, bez względu na datę ich powstania lub wymagalności⁶²;

- 2) nie prowadzi działalności bankowej poza windykacją należności (od czasu nowelizacji PrBank z 1.04.2004 r. bank może dokonywać czynności związanych z windykacją wszystkich należności, niezależnie od źródła ich pochodzenia – nowelizacja zniosła bowiem ograniczenie prawa windykacji tylko i wyłącznie wobec wierzytelności pochodzących z tytułu udzielonych kredytów, pożyczek i akredytyw⁶³) oraz wykonywaniem poleceń przelewu na rachunki organów podatkowych z tytułu należności, o których mowa w art. 55 ust. 1 ustawy z dnia 19.08.2011 r. o usługach płatniczych;
- 3) nie wypłaca środków pochodzących z nadwyżki bilansowej ani oprocentowania wkładów⁶⁴.

W okresie zawieszenia w stosunku do banku nie może zostać wszczęte postępowanie egzekucyjne, a wszczęte wcześniej – ulega zawieszeniu, podobnie zresztą jak egzekucja z rachunków bankowych prowadzonych przez ten bank (art. 159 ust. 2 PrBank).

Szczegółowe warunki i zakres działalności banku w okresie zawieszenia działalności powinny określać decyzje KNF (art. 159 ust. 3 PrBank), o których mowa w art. 158 ust. 1 i 2 PrBank. Unormowanie takie ma miejsce ze względu na niemożność precyzyjnego uregulowania kwestii działalności banku w okresie zawieszenia w akcie prawnym o charakterze generalnym⁶⁵ – byłoby to niewskazane, chociażby ze względu na konieczność dostosowania procedur do każdego indywidualnego przypadku. Należy również podkreślić, że w obecnym stanie prawnym brakuje przepisów regulujących maksymalny czas trwania zawieszenia działalności banku⁶⁶. Ustawa nie precyzuje również chwili rozpoczęcia tego okresu, ani jego zakończenia. Przyjąć jednak należy, że czas zawieszenia działalności rozpocznie się z dniem uzyskania mocy obowiązującej przez decyzję KNF w tej kwestii, a okres ten trwać będzie do czasu wydania ostatecznego postanowienia w przedmiocie ogłoszenia upadłości banku lub do dnia poprzedzającego dzień przejęcia banku przez inny bank⁶⁷.

⁶² Tamże.

⁶³ S. Gurgul, dz. cyt., [2010], s. 1167.

⁶⁴ Szerzej na temat skutków zawieszenia działalności banku m.in.: K. Kohutek, [w:] F. Zoll (red.), dz. cyt., t. 1; M. Bączyk, [w:] M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyziół, dz. cyt., s. 791; K. Kohutek, *Sanacja banku w bankowych procedurach naprawczych i w postępowaniu upadłościowym*, Kraków 2005, s. 484-509.

⁶⁵ Tamże, s. 480-481.

⁶⁶ M. Bączyk, [w:] M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyziół, dz. cyt., s. 791.

⁶⁷ K. Kohutek, [w:] F. Zoll (red.), dz. cyt., t. 2, s. 470-471.

Powierzenie KNF obowiązku uregulowania szczegółowych zasad i zakresu funkcjonowania banku w okresie zawieszenia jego działalności stanowi konsekwencję indywidualności każdego osobnego przypadku⁶⁸. Ustawodawca słusznie odstępuje od ustawowego uregulowania kwestii szczegółowych, mając na względzie potrzebę każdorazowego dostosowania zakresu uprawnień banku w okresie zawieszenia do konkretnej, jednostkowej sytuacji. Nie należy zapominać, że przy określaniu owych warunków KNF jest dość znacznie ograniczona treścią art. 158 ust. 1 i 2 PrBank, mającego bez wątpienia charakter imperatywny⁶⁹.

Nie ulega wątpliwości, że powyższe uregulowanie ma na celu ochronę interesów wierzycieli banku oraz substratu jej majątku⁷⁰, poprzez możliwie maksymalne ograniczenie wpływu aktywów z majątku banku, a w przyszłości – majątku przejmowanego przez inny bank lub masy upadłościowej⁷¹.

Należy jeszcze raz zaznaczyć, że okres zawieszania działalności banku ma charakter przejściowy i stanowi swoisty most pomiędzy normalną działalnością banku, a działaniami, które w sposób jednoznaczny zmierzają do zakończenia jego istnienia⁷².

Pewnym mankamentem polskiego uregulowania kwestii działalności banku w okresie zawieszenia stanowi brak ustawowego uregulowania konsekwencji niezastosowania się banku do nałożonych na niego, w związku z zawieszeniem jego działalności, ograniczeń⁷³. Przyjęcie założenia, że czynności wykraczające poza zakres uprawnień banku w okresie zawieszenia są bezskuteczne, w związku z ich sprzecznością z normami art. 159 ust. 1 i 2 oraz pośrednio ust. 3 PrBank, a także przewidziane w art. 23 ust. 1 ustawy o BFG wyłączenie spod mechanizmu gwarancyjnego BFG wpłat na rachunek dokonanych później niż w dniu poprzedzającym dzień zawieszenia działalności banku⁷⁴ – osobiście uważam za wysoce niewystarczające, i *de lege ferenda* należałoby postulować szczegółowe uregulowanie wskazanej kwestii.

3.3. Decyzja KNF w przedmiocie wyboru jednej z alternatywnych procedur postępowania wobec stwierdzenia niewypłacalności banku krajowego

KNF nie jest uprawniona do podjęcia decyzji w sprawie dalszych działań w odniesieniu do niewypłacalnego banku, jeżeli nie została wcześniej podjęta

⁶⁸ B. Smykla, dz. cyt., [2011], s. 518.

⁶⁹ S. Gurgul, dz. cyt., [2010], s. 1167.

⁷⁰ M. Bączyk, [w:] M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyzioł, dz. cyt., s. 790; L. Mazur, dz. cyt., s. 801.

⁷¹ B. Smykla, dz. cyt., [2011], s. 517. W zasadzie zgodnie: K. Kohutek, [w:] F. Zoll (red.), dz. cyt., t. 2, s. 678; K. Kohutek, *Sanacja banku...*, dz. cyt., s. 469-473.

⁷² B. Smykla, dz. cyt., [2011], s. 517.

⁷³ K. Kohutek, [w:] F. Zoll (red.), dz. cyt., t. 2, s. 682 i n.

⁷⁴ Tamże, s. 683-684.

decyzja o zawieszeniu jego działalności⁷⁵. Gdy działalność banku zostanie już zawieszona, zgodnie z treścią art. 158 PrBank, KNF zostaje umocowana do podjęcia decyzji w przedmiocie wyboru odpowiedniej procedury w związku ze stwierdzeniem niewypłacalności banku. Możliwe jest bowiem podjęcie decyzji o przejęciu niewypłacalnego banku przez inny bank (rzecz jasna za zgodą banku przejmującego, co wynika zresztą z literalnej treści art. 158 ust. 1 PrBank) albo wystąpienie ze stosownym wnioskiem o ogłoszenie upadłości do właściwego sądu.

O ile uprawnienie KNF do podjęcia stosownych działań nie budzi wątpliwości, o tyle wzajemna relacja obu dróg przyszłego postępowania (a więc zadecydowania o przejęciu banku lub skierowaniu wniosku o ogłoszenie jego upadłości) jest już polem burzliwej dyskusji wśród komentatorów. Kontrowersje w doktrynie stwarza bowiem zagadnienie równorzędności obu wymienionych w art. 158 ust. 1 PrBank dróg postępowania w sprawie niewypłacalnego banku, a mianowicie kwestia uznaniowości decyzji KNF w przedmiocie wystąpienia z wnioskiem o ogłoszenie upadłości banku oraz możliwości skierowania postępowania na tę drogę bez uprzedniego wyczerpania procedury przejęcia banku. Zgodnie z treścią art. 158 ust. 1 PrBank, KNF podejmuje decyzję o przejęciu banku przez inny bank za jego zgodą albo występuje do właściwego sądu z wnioskiem o ogłoszenie upadłości. Pomimo stosunkowo oczywistego kwantyfikatora „albo”, zawartego w dyspozycji art. 158 ust. 1, w doktrynie przeważają głosy przemawiające za tym, że KNF może wystąpić z wnioskiem o ogłoszenie upadłości dopiero w chwili bezskutecznego wykorzystania drogi przejęcia niewypłacalnego banku przez inny bank⁷⁶.

Na zgoła odmiennym stanowisku stoją m.in. L. Mazur⁷⁷ i A. Jakubecki⁷⁸, którzy traktują obie drogi jako zupełnie równoważne co do mocy, w związku z czym uprawnienie do wystąpienia ze stosownym wnioskiem o ogłoszenie upadłości aktualizuje się już z chwilą pojawienia się przesłanek i jest niezależne od podjęcia uprzedniej próby przejęcia niewypłacalnego banku.

Kwestię tę bez wątpienia należy rozpatrywać w odniesieniu do istoty banku, jako instytucji zaufania publicznego, oraz znaczenia, jakie wywiera stabilność systemu bankowego dla całego systemu finansowego. Jak zostało już bowiem zaznaczone we wstępie, wszystkie środki nadzoru bankowego zmierzają do utrzymania lub przywrócenia stabilności systemu bankowego. Pierwszeństwo powinno być jednak w tym względzie przyznawane środkom łagodniejszym,

⁷⁵ A. Jakubecki, dz. cyt., s. 845. Następcość owej decyzji podkreśla również: A. Hajos-Iwańska, dz. cyt., s. 251.

⁷⁶ Na tym stanowisku m.in.: A. Pokora, dz. cyt., s. 744; K. Kohutek, [w:] F. Zoll (red.), dz. cyt., t. 2, s. 673-674; M. Bączyk, [w:] M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyziół, dz. cyt., s. 790; S. Gurgul, dz. cyt., [2011], s. 1199.

⁷⁷ L. Mazur, dz. cyt., s. 799.

⁷⁸ A. Jakubecki, dz. cyt., s. 845.

bardziej przewidywalnym i wprowadzającym mniej zamieszania na rynkach finansowych.

Tak szerokie spojrzenie na kwestię wyboru pomiędzy przejęciem banku przez inny bank (a więc środkiem nadzoru dającym łatwe do przewidzenia konsekwencje i sprawnym) a skierowaniem wniosku o ogłoszenie upadłości banku (co powinno być traktowane jako ostateczność⁷⁹) skłania mnie do opowiedzenia się za pierwszym z prezentowanych stanowisk. Słusznie bowiem zauważa M. Bączyk, że możliwość zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości „pojawi się dopiero w ostatniej kolejności po wyczerpaniu prób zastosowania innej, korzystniejszej dla wierzycieli banku formuły sanacyjnej”⁸⁰. Przyznanie bowiem pierwszeństwa literalnemu brzmieniu przepisu art. 158 PrBank nad kwestią stabilności systemu bankowego nie może zostać uznane za słuszne. Przyjęcie odmiennego stanowiska byłoby nie do zaakceptowania w obliczu celów nadzoru nad rynkiem finansowym. Ustawodawca, przyznając wyłączną legitymację postulacyjną KNF, podkreśla fakt, że „jedynie Komisja jest w stanie należycie ocenić, czy w okresie zawieszenia działalności banku istnieje możliwość przejęcia go przez inny bank, co stanowi alternatywę do ogłoszenia upadłości tego pierwszego”⁸¹. Odmówienie więc decyzji, o której mowa w art. 158 ust. 1 PrBank, charakteru uznaniowego byłoby nie do pogodzenia z pozycją, jaką KNF zajmuje w naszym systemie finansowym.

Podsumowując powyższe rozważania, należy zatem przyjąć, że możliwość wystąpienia z wnioskiem o ogłoszenie upadłości niewypłacalnego banku powstaje dopiero w chwili, gdy nie udało się doprowadzić do jego przejęcia przez inny bank⁸².

Na gruncie PrBank, wspomniana powyżej decyzja KNF nie podlega zaskarżeniu, choć podkreślenia wymaga fakt, że w sytuacji wystąpienia przez KNF z wnioskiem o ogłoszenie upadłości wniosek ten podlegać będzie pośredniej kontroli sądowej⁸³.

Podjęte decyzje: zarówno o zawieszeniu działalności banku, jak i, towarzyszącą pierwszej, decyzję o ustanowieniu zarządu komisarycznego, ale i o przejęciu banku albo skierowaniu wniosku o ogłoszenie jego upadłości – ogłasza się publicznie przez umieszczenie ich w dzienniku o charakterze ogólnopolskim oraz „Monitorze Sądowym i Gospodarczym”. O podjętej decyzji KNF zawiadamia też BFG (art. 158 ust. 1 i 5 PrBank).

⁷⁹ S. Gurgul, dz. cyt., [2011], s. 1199.

⁸⁰ M. Bączyk, [w:] M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyziół, dz. cyt., s. 790.

⁸¹ K. Kohutek, [w:] F. Zoll (red.), dz. cyt., t. 1.

⁸² S. Gurgul, dz. cyt., [2011], s. 1199.

⁸³ Tamże, s. 800.

3.4. Podjęcie decyzji o przejęciu banku jako alternatywa dla skierowania wniosku o ogłoszenie upadłości banku

Uprzednie wyczerpanie procedury przejęcia banku, o której mowa w art. 158 ust. 1 PrBank, stanowi, jak zostało już wspomniane, formalną przesłankę wystąpienia przez KNF z wnioskiem o ogłoszenie upadłości niewypłacalnego banku i, w konsekwencji, przeprowadzenia postępowania upadłościowego oraz zakończenia bytu prawnego niewypłacalnego banku⁸⁴.

W związku z brakiem ścisłego uregulowania w art. 158 PrBank charakteru i procedury przejęcia, dokonywanego w ramach alternatywy wobec ogłoszenia upadłości, należy poprzeć stanowisko nakazujące w tym miejscu analogiczne stosowanie przepisów art. 147-152 PrBank, dotyczących również przejęcia banku, lecz jako alternatywy jego likwidacji⁸⁵.

Pewne wątpliwości narosły wokół charakteru i zakresu pojęcia przejęcia niewypłacalnego banku przez inny bank. Częstokroć bowiem instytucja ta rozumiana jest *sensu largo*, jako wszelkie formy sanacji banku poprzez przejęcie go przez inwestora strategicznego⁸⁶. W takim przypadku uzasadnione byłoby wyróżnienie trzech zasadniczych form przejęcia innego banku, a mianowicie: jego inkorporacji, zachowania odrębności podmiotu przejmowanego (przy czym bank przejmowany staje się własnością banku przejmującego) oraz zachowania formalnej odrębności pomiędzy bankami, przy jednoczesnej i daleko idącej współpracy organizacyjno-operacyjnej⁸⁷. Właściwe jednak wydaje się zgoda odmiennie stanowisko, uznające za przejęcie wyłącznie stosowną publicznoprawną instytucję nadzoru bankowego, w wyniku której przejmujący bank inkorporuje cały majątek jednostki przejmowanej, a ta przestaje istnieć⁸⁸.

Brak podstaw do przyjęcia stanowiska przemawiającego przeciwko stosowaniu przepisów art. 147-152 PrBank do przejęcia, o którym mowa w art. 158 ust. 1 PrBank, z zastrzeżeniem odmiennego celu regulacji z art. 158 ust. 1 PrBank. Do przejęcia, o którym mowa w art. 158 ust. 1 PrBank, dochodzi w ramach alternatywy wobec ogłoszenia upadłości banku, a nie w celu uniknięcia jego likwidacji, co stanowi cel nadrzędny regulacji art. 147-152 PrBank⁸⁹.

⁸⁴ K. Koperkiewicz-Mordel, [w:] L. Góral, M. Karlikowska, K. Koperkiewicz-Mordel, *Polskie prawo bankowe*, Warszawa 2006, s. 94.

⁸⁵ K. Kohutek, *Sanacja banku...*, dz. cyt., Kraków 2005, s. 412, 414.

⁸⁶ Por. J. Szambelańczyk, *Sanacja banku drogą przejęcia przez inwestora strategicznego (zarys problematyki w świetle doświadczeń w Polsce)*, „Bezpieczny Bank” 2000/2–3, s. 63 i n.

⁸⁷ Podział zaproponowany w: J. Majewska, T. Obal (oprac.), *Sanacja banku przez przejęcie – doświadczenia polskiego systemu bankowego (omówienie dyskusji)*, „Bezpieczny Bank” 2000/2-3, s. 100 i n.

⁸⁸ A. Skoczylas, *Przejęcie banku – zagadnienia publicznoprawne*, „Prawo Bankowe” 2001/7-8, s. 95; K. Kohutek, *Sanacja banku...*, dz. cyt., s. 414.

⁸⁹ Szerzej: tamże, s. 412.

Podobnie jak w przypadku zawieszenia działalności banku, także i w przypadku przejęcia niewypłacalnego banku szczegółowe warunki oraz tryb przejęcia określone są w wydanej przez KNF decyzji⁹⁰. Jak było już wspomniane, decyzja ta, w odróżnieniu od decyzji KNF o przejęciu banku uregulowanej w art. 147 ust. 1, nie podlega zaskarżeniu (argument z art. 158 ust. 6 PrBank). Decyzja KNF w tej kwestii powinna wskazywać termin przejęcia, stanowiący, na mocy art. 148 ust. 3 PrBank, moment przejęcia banku⁹¹.

Przejęcie może nastąpić wyłącznie przez inny bank, działający w pojedynkę⁹² (niedopuszczalne jest np. przejęcie niewypłacalnego banku przez dwa banki w stosunku do określonych udziałów); w dodatku za jego obligatoryjną zgodą⁹³. Przejęcia nie może więc dokonać żadna inna instytucja finansowa⁹⁴. Nie ma natomiast przeszkód, aby bank przejmujący zorganizowany był w innej formie prawnej niż bank przejmowany⁹⁵.

Jeśli chodzi o skutki przejęcia, w tym miejscu wystarczające i możliwie najpełniejsze będzie ogólne stwierdzenie, że z chwilą przejęcia bank przejmujący wchodzi w sytuację prawną banku przejmowanego⁹⁶. Staje się podmiotem wszystkich praw i obowiązków banku przejętego, z tym jednak zastrzeżeniem, że fundusze własne banku przejętego powinny być przeznaczone w pierwszej kolejności na pokrycie jego bilansowych strat⁹⁷. Dochodzi tu więc do klasycznego przykładu sukcesji uniwersalnej, z tym jednak ograniczeniem, że bank przejmujący staje się sukcesorem wyłącznie tych obowiązków, które wykazane zostały w bilansie przejęcia⁹⁸.

Wyboru banku przejmującego dokonuje KNF, co należy uznać za rozwiązanie prawidłowe – nie ulega wątpliwości, że to właśnie KNF dysponuje wiedzą i doświadczeniem, wymaganymi w doborze odpowiedniego kontrahenta⁹⁹.

Należy pamiętać, że bank przejmujący wstępuje w sytuację prawną banku, którego działalność została uprzednio zawieszona mocą podjętej wcześniej decyzji KNF. W konsekwencji bank przejmujący przejmuje bank, którego sytuacja finansowa nosi już pewne znamiona stabilizacji¹⁰⁰, co wynika bezpośrednio z ograniczenia jego aktywności w sferze zewnętrznej.

⁹⁰ K. Koperkiewicz-Mordel, dz. cyt., s. 94.

⁹¹ L. Mazur, dz. cyt., s. 773.

⁹² T. Narożny, dz. cyt., s. 240; A. Skoczylas, dz. cyt., s. 96. Szerzej: K. Kohutek, *Sanacja banku...*, dz. cyt., s. 422.

⁹³ K. Kohutek, [w:] F. Zoll (red.), dz. cyt., t. 2, s. 614.

⁹⁴ Por. K. Koperkiewicz-Mordel, dz. cyt., s. 94-96.

⁹⁵ Szerzej: K. Kohutek, *Sanacja banku...*, dz. cyt., s. 406-411.

⁹⁶ Szerzej o skutkach przejęcia banku: tamże, s. 438-452.

⁹⁷ K. Koperkiewicz-Mordel, dz. cyt., s. 95.

⁹⁸ K. Kohutek, *Sanacja banku...*, dz. cyt., s. 443.

⁹⁹ Tenże, [w:] F. Zoll (red.), dz. cyt., t. 2, s. 615.

¹⁰⁰ K. Kohutek, *Sanacja banku...*, dz. cyt., s. 412.

Jedynym, choć stosunkowo poważnym, uchybieniem polskiej regulacji przejęcia banku jest stosunkowo ogólnikowe i lakoniczne uregulowane samych procedur przejęcia banku, zarówno w trybie art. 147-152 PrBank, jak i w zw. z art. 158 ust. 1 PrBank¹⁰¹. Niewystarczające będzie w tej mierze odpowiednie stosowanie i odwoływanie się wyłącznie do przepisów KSH, regulujących jedynie procedury połączenia spółek akcyjnych lub spółdzielni na podstawie uchwał walnych zgromadzeń¹⁰². Brak natomiast w KSH uregulowania procedur połączenia dokonywanego w innym trybie oraz regulacji dotyczących połączenia jednostek o różnych formach prawnych¹⁰³. Jak bowiem zostało już nadmienione, bez większych sporów przyjmowana jest w doktrynie możliwość przejęcia banku przez bank zorganizowany w odmiennej formie prawnej¹⁰⁴. W takiej sytuacji konieczne stanie się posiłkowe stosowanie ogólnych przepisów KC i PrBank odnośnie sprzedaży przedsiębiorstw¹⁰⁵, ze względu na brak szczegółowego uregulowania tej kwestii. I tu jednak *de lege ferenda* konieczne byłoby dokładniejsze uregulowanie wskazanego problemu.

3.5. Obowiązek podania do wiadomości decyzji KNF

Podjęte decyzje KNF ogłasza się publicznie przez umieszczenie ich w dzienniku o charakterze ogólnopolskim oraz Monitorze Sądowym i Gospodarczym, zawiadamiając też BFG (art. 158 ust. 1 PrBank; zob. wyżej). Rozwiązanie to, jako sprzyjające przejrzystości i jawności postępowania w przedmiotowej kwestii oraz bez wątpienia służące ochronie interesów deponentów niewypłacalnego banku, należy uznać za godne aprobaty.

3.6. Uregulowania związane z wyborem wszczęcia postępowania upadłościowego jako toku postępowania wobec stwierdzenia niewypłacalności banku krajowego

3.6.1. Legitymacja czynna do wystąpienia z wnioskiem o ogłoszenie upadłości

Przytoczenia wymaga również kwestia legitymacji czynnej do wystąpienia z wnioskiem o ogłoszenie upadłości. Wyłączna legitymacja w tym zakresie na podstawie art. 426 PrUpNaprz przysługuje KNF. Ogłoszenia upadłości nie mogą więc żądać same osoby uprawnione do reprezentowania banku. Takiej możliwości nie posiada również zarządca komisaryczny, czy nawet likwidator¹⁰⁶.

¹⁰¹ K. Koperkiewicz-Mordel, dz. cyt., s. 95-96.

¹⁰² Za odpowiednim stosowaniem wymienionych przepisów opowiada się: K. Kohutek, *Sanacja banku...*, dz. cyt., s. 415.

¹⁰³ Koperkiewicz-Mordel, dz. cyt., s. 96.

¹⁰⁴ L. Mazur, dz. cyt., s. 773; A. Skoczylas, dz. cyt., s. 95.

¹⁰⁵ K. Kohutek, *Sanacja banku...*, dz. cyt., s. 415.

¹⁰⁶ Tenże, [w:] F. Zoll (red.), dz. cyt., t. 2, s. 688.

Przyznanie wyłącznej legitymacji czynnej KNF należy ocenić pozytywnie. Jest to podmiot posiadający najwnikliwszą i zarazem najszerzą wiedzę nt. szans na sanowanie banku w drodze jego przejęcia, które winno się jawić jako rozwiązanie łagodniejsze i bardziej przychylne wobec ludności, niż ogłoszenie upadłości¹⁰⁷. Takie uregulowanie kwestii legitymacji czynnej bez wątpienia znajduje też uzasadnienie w obliczu podstawowego celu nadzoru bankowego, jakim jest dążenie do zapewnienia i utrzymania stabilności systemu bankowego¹⁰⁸.

3.6.2. Sąd właściwy do rozpoznania wniosku o wszczęcie postępowania upadłościowego

Sądem właściwym nie tylko przyjęcia i rozpatrzenia wniosku, ale także do wszczęcia i prowadzenia postępowania w kwestii upadłości banku krajowego, jest sąd okręgowy¹⁰⁹ w składzie trzech sędziów zawodowych¹¹⁰. Wynika to bezpośrednio z art. 158 ust. 1 PrBank, stanowiącego *lex specialis* wobec art. 19 w zw. z art. 18 PrUpNap. Brak jest podstaw do sądenia, że w postępowaniu upadłościowym prowadzonym wobec banku właściwość sądu powinna być ustalana wedle zasad ogólnych.

Nie sposób zaakceptować poglądu reprezentowanego przez niektórych badaczy¹¹¹, zgodnie z którym wskazanie art. 158 ust 1 PrBank wskazuje wyłącznie na właściwość do złożenia wniosku, przy czym dalsze postępowanie miałoby stanowić już przedmiot działalności sądu rejonowego¹¹².

Sąd jest zobowiązany do orzeczenia w przedmiocie ogłoszenia upadłości banku najpóźniej w terminie miesiąca od otrzymania formalnie prawidłowego wniosku (art. 427 ust. 4 PrUpNap). Powszechnie wskazuje się jednak w literaturze przedmiotu, że pomimo swojego kategoriycznego brzmienia, termin ten ma charakter instrukcyjny¹¹³.

3.6.3. Wymogi formalne wniosku

PrUpNap nie przewiduje wymogów szczególnych dla wniosku KNF w przedmiocie wszczęcia postępowania upadłościowego. W oparciu o powyższe, należy uznać, że wniosek, składany przez KNF powinien odpowiadać wymogom ogólnym, wymienionym w art. 22 PrUpNap. W związku z tym, powinien wskazywać:

- 1) nazwę albo firmę dłużnego banku, jego siedzibę, reprezentantów spółki lub osoby prawnej i likwidatorów, jeżeli są ustanowieni, a ponadto, w przypadku

¹⁰⁷ A. Jakubecki, dz. cyt., s. 845.

¹⁰⁸ K. Kohutek, [w:] F. Zoll (red.), dz. cyt., t. 2, s. 688; A. Pokora, dz. cyt., s.744.

¹⁰⁹ Por. A. Jakubecki, dz. cyt., s. 845; S. Gurgul, dz. cyt., [2011], s. 1166.

¹¹⁰ A. Pokora, dz. cyt., s.746.

¹¹¹ Por. P. Zimmerman, [w:] A. Witosz (red.), dz. cyt., [2007], s. 613.

¹¹² Na stanowisku ochrony zasady *perpetuationis fori* m.in.: S. Gurgul, dz. cyt., [2010], s. 1166.

¹¹³ S. Gurgul, dz. cyt., [2005], s. 1044; A. Pokora, dz. cyt., s.743.

- spółki, imiona i nazwiska oraz miejsce zamieszkania współników odpowiadających za zobowiązania spółki bez ograniczenia;
- 2) miejsce, w którym znajduje się przedsiębiorstwo (jak wskazuje K. Kohutek: „miejsce centrali-siedziby głównej banku, a także miejsca jego oddziałów, łącznie składających się na przedsiębiorstwo bankowe”¹¹⁴) lub inny majątek dłużnika;
 - 3) okoliczności, które uzasadniają wniosek, i ich uprawdopodobnienie;
 - 4) informację, czy dłużnik jest uczestnikiem systemu płatności lub systemu rozrachunku papierów wartościowych w rozumieniu ustawy z dnia 24.08.2001 r. o ostateczności rozrachunku w systemach płatności i systemach rozrachunku papierów wartościowych oraz zasadach nadzoru nad tymi systemami (Dz.U. Nr 123, poz. 1351, z późn. zm.) – bank krajowy należy zaś uznać za takowy wobec treści art. 1 pkt. 9 w zw. z art. 1 pkt. 5 lit. c wspomnianej ustawy.
 - 5) informację, czy dłużnik jest spółką publiczną w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 29.07.2005 r. o ofercie publicznej i warunkach wprowadzania instrumentów finansowych do zorganizowanego systemu obrotu oraz o spółkach publicznych (Dz.U. Nr 184, poz. 1539, z późn. zm.).

W przypadku złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości banku utworzonego w formie spółki akcyjnej, jako podlegającego wpisowi do Krajowego Rejestru Sądowego, do wniosku należy również dołączyć odpis z tego rejestru (art. 22 ust. PrUpNaprz). W przedmiocie ogłoszenia upadłości wydaje się postanowienie, które może być zaskarżone tylko przez upadły bank.

4. Podsumowanie

Wraz z wejściem w życie ustawy PrUpNaprz uchylonych zostało wiele przepisów ustawy PrBank. Wspomniana nowelizacja nie dotknęła jednak przepisów art. 158 i 159 PrBank, w przypadku art. 158 zmieniając jedynie jego treść. Nie sposób uznać takiego rozwiązania (bez narażania się na zarzuty nielogicznego czy sprzecznego z zasadą racjonalności ustawodawcy rozumowania) za efekt przeoczenia czy pomyłki.

Bez wątpienia, przyczyną pozostawienia art. 158 i 159 PrBank w nieznacznie zmienionej treści, bez ich odrębnej rekonstrukcji w ustawie

¹¹⁴ K. Kohutek, [w:] F. Zoll (red.), dz. cyt., t. 2, s. 690.

PrUpNap, był ich swoisty charakter¹¹⁵. Nie może być wszak mowy o zaliczeniu wspomnianej regulacji *stricte* do prawa upadłościowego. Jak zostało bowiem wykazane, normy te znajdują się jak gdyby „na przedpolu” postępowania upadłościowego wobec banku, regulując alternatywne procedury, które mogą zostać podjęte wobec banku w sytuacji stwierdzenia jego niewypłacalności, oraz konkretyzując skutki zawieszenia jego działalności.

W obliczu omówionych w niniejszym tekście kwestii i wysnutych wniosków, należy podkreślić, że unormowania zawarte w art. 158 i 159 PrBank zajmują doniosłą pozycję w procedurze upadłościowej banku krajowego.

Uregulowanie odrębnych form i alternatywnych procedur postępowania w odniesieniu do zaistnienia przesłanki niewypłacalności banku należy oceniać pozytywnie. Powinno się bowiem pamiętać, że nadrzędną funkcją prawa upadłościowego jest jego funkcja windykacyjna oraz sanacyjna¹¹⁶. Bez wątpienia charakteru tego nie należy odmawiać również regulacji zawartej w art. 158 PrBank. Należy zaznaczyć, że również przejęcie banku (po uprzednim zawieszeniu jego działalności), jako alternatywa wobec ogłoszenia upadłości, zmierza właśnie do zaspokojenia roszczeń wierzycieli w jak najwyższym stopniu, niezależnie od zastosowanej procedury. Właśnie ta możliwość stosowania odrębnych procedur i pozostawienia ogłoszenia upadłości jedynie jako jednej z ewentualności zasługuje na aprobatę¹¹⁷.

Biorąc to pod uwagę, nie sposób odmówić racjonalności alternatywnemu uregulowaniu, zawartemu w art. 158 PrBank – w odniesieniu do istniejących obecnie, niepewnych i nierzadko nieprzewidywalnych wahań koniunktury rynkowej, ustanowienie alternatywnej procedury przejęcia banku w konsekwencji jego niewypłacalności i obwarowanie (co należałoby chyba podkreślić jako istotniejsze) procedury upadłościowej wobec banku krajowego odpowiednimi zaporami gwarancyjnymi (obligatoryjne zawieszenie działalności banku, wyłączna legitymacja KNF do podjęcia stosownej decyzji w tym trybie i niezaskarżalność owej decyzji) należy uznać za rozwiązanie niezwykle trafne i pozwalające na dostosowanie i dobranie w każdym konkretnym przypadku procedury najsprawniejszej w odniesieniu do owej jednostkowej sytuacji.

Gwarancyjny charakter instytucji powołanych art. 158 PrBank odgrywa niezwykle istotną rolę. Również w niezaskarżalności decyzji KNF w odniesieniu do szczegółowych zasad funkcjonowania banku w okresie zawieszenia należy dopatrywać się regulacji o charakterze, jak stwierdza K. Kohutek, „ochrony

¹¹⁵ Na podkreślenie zasługuje również pogląd prezentowany przez: A. Jakubecki, dz. cyt., s. 847; który wskazuje również na „wykraczanie materii” uregulowanej w art. 158 i 159 PrBank poza problematykę prawa upadłościowego.

¹¹⁶ K. Kohutek, *Sanacja składowana banku w świetle przepisów prawa upadłościowego i naprawczego*, TPP 2004/3-4, s. 92-93.

¹¹⁷ A. Jakubecki, dz. cyt., s. 847.

stabilności systemowej”¹¹⁸. Gwarancyjna funkcja pozostałych regulacji w tym względzie została już szczegółowo omówiona powyżej, wobec czego podkreślenia wymaga jedynie znaczenie, jakie w odniesieniu do procedur podejmowanych po zaistnieniu niewypłacalności banku odgrywają one w systemie prawnym – niemożliwe byłoby bowiem sprawne i skuteczne uregulowanie procedur upadłościowych wobec tak swoistych podmiotów jakimi są banki, bez obwarowania ich odpowiednim systemem gwarancyjnym.

Wobec tego, nawet w obliczu pozostawienia wspomnianych regulacji poza ustawą PrUpNap, normy konstruowane przepisami art. 158 i 159 PrUpNap należy uznać nie tylko za niezwykle trafne, ale i konieczne w odniesieniu do dzisiejszej sytuacji społeczno-gospodarczej.

STRESZCZENIE

Bartosz Kubista*

Charakter i znaczenie art. 158 i 159 ustawy Prawo bankowe dla systemu upadłości banku krajowego prowadzonego w formie spółki akcyjnej

Artykuł omawia procedury i instytucje stypizowane w art. 158 i 159 PrBank (oraz z nimi związane), wyznaczające charakter i tok postępowania w przypadku zaistnienia przesłanki niewypłacalności banku krajowego, z uwzględnieniem istniejących alternatyw wobec wszczęcia postępowania upadłościowego banku krajowego, jak i działań mających miejsce do czasu wszczęcia postępowania upadłościowego wobec banku krajowego (tj. do czasu złożenia stosownego wniosku włącznie).

Zakresem przedmiotowym pracy objęte są wszystkie alternatywne formy postępowania w przypadku niewypłacalności banku, niestanowiące przy tym postępowania upadłościowego, ze szczególnym podkreśleniem przejęcia banku jako alternatywy od ogłoszenia jego upadłości; a także szczegółowo porusza kwestie formalne związane ze stwierdzeniem stanu niewypłacalności banku, takie jak legitymacja procesowa do wystąpienia z wnioskiem o ogłoszenie upadłości banku krajowego, niezaskarżalny charakter decyzji KNF czy szczegółowe uregulowanie funkcjonowania banku w okresie jego zawieszenia.

Artykuł omawia racjonalność i potrzebę zachowania wspomnianych norm w systemie prawa bankowego i upadłościowego, dotykając problemu jego funkcji i przydatności w dzisiejszych realiach prawnych, jak i społeczno-gospodarczych.

¹¹⁸ K. Kohutek, *Sanacja banku...*, dz. cyt., s. 481.

* Autor jest studentem IV roku prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Śląskiego. Do jego zainteresowań naukowych należą w szczególności prawo bankowe oraz obrót instrumentami finansowymi, prawo reklamy, a także prawo międzynarodowe publiczne ze szczególnym uwzględnieniem prawa dyplomatycznego.

SUMMARY

Bartosz Kubista*

The Character and Significance of Art. 158 and 159 of the Banking Law Act for the Bankruptcy System of a Domestic Bank Run as a Joint-Stock Company

The article discusses the procedures and institutions typified in art. 158 and 159 of the Banking Law (as well as other connected regulations) that designate the character and the course of action in the case of the existence of a premise of insolvency of a domestic bank, taking into account the existing alternatives for instituting domestic bank bankruptcy proceedings, as well as actions taking place until the institution of bankruptcy proceedings against a domestic bank (i.e. until filing an appropriate application).

The scope of the paper includes all alternative forms of proceedings in the case of insolvency of a bank that at the same time are not a bankruptcy proceeding, with particular emphasis on a bank takeover as an alternative to declaring bankruptcy. This paper also addresses in detail formal issues connected with the declaration of the state of insolvency of a bank, such as the right of action to file a petition for declaration of bankruptcy against the domestic bank, a non-actionable character of the decision by PFSA or the detailed regulations of all bank operations during the period of its suspension.

The article discusses the rationality and the need for preserving the aforementioned norms in the system of banking and bankruptcy law, touching upon the issue of its function and usefulness in the present-day legal and socio-economical reality.

* The author is a fourth-year law student at the Faculty of Law and Administration at the University of Silesia. His academic interests include, in particular, banking law and turnover of financial instruments, advertising law as well as international public law, especially diplomatic law.

(tran. Maria Czerwińska)

RÉSUMÉ

Bartosz Kubista^{*}

Le caractère et la signification des articles 158 et 159 de la loi sur le Droit bancaire pour le système de faillite d'une banque nationale dirigée sous la forme de société anonyme

L'article décrit les procédures et les institutions normalisées dans les articles 158 et 159 du Droit bancaire (ainsi que des procédures et des institutions liées à ces articles), qui démontrent le caractère et le cours de procédure en cas d'insolvabilité dans une banque nationale en prenant en considération les alternatives existantes à l'engagement de la procédure de faillite de la banque nationale ainsi que les actions prises jusqu'à l'engagement de cette procédure envers la banque nationale (c'est-à-dire jusqu'au moment du dépôt de la demande adéquate inclus).

Le travail englobe toutes les formes alternatives de procédure d'insolvabilité d'une banque qui ne constituent pas la procédure de faillite, en soulignant particulièrement la reprise d'une banque en tant qu'alternative à sa faillite. L'auteur examine scrupuleusement les questions formelles liées à la déclaration d'insolvabilité d'une banque, telle que la légitimation de procédure permettant de présenter le formulaire de déclaration de faillite de la banque nationale, le caractère engageant à ne pas porter plainte contre la décision de la Commission de surveillance du secteur financier ou la réglementation détaillée du fonctionnement d'une banque pendant la période de suspension.

L'article démontre la rationalité et la nécessité de l'usage des formes évoquées dans le système du droit bancaire et du droit de faillite touchant le problème de sa fonction et de son utilité dans la réalité juridique et socio-économique d'aujourd'hui.

^{*} L'auteur est étudiant en quatrième année de droit à la Faculté de Droit et de l'Administration de l'Université de Silésie. Ses intérêts se concentrent autour du droit bancaire et du cours des instruments financiers. Il s'intéresse aussi au droit sur la publicité et au droit public international en prenant en compte en particulier le droit diplomatique.

(trad. par Katarzyna Kołodziejczyk)

ZUSAMMENFASSUNG

Bartosz Kubista^{*}

Der Charakter und die Bedeutung des Art. 158 und 159 des Gesetzes über das Bankrecht für das Konkursystem einer in der Form der Aktiengesellschaft geführten Inlandsbank

Die Publikation bespricht die im Art. 158 und 159 des Bankrechtes vorgesehenen (und damit verbundenen) Handlungen und Institutionen, die den

Charakter und den Lauf des Verfahrens im Fall der Insolvenz einer Inlandsbank bezeichnen. Dabei berührt der Verfasser die Alternativen, im Fall der Einleitung des Konkursverfahrens einer Inlandsbank, sowie auch die Handlungen, die bis zu dieser Einleitung (d.h. bis zur Stellung des im Recht vorgesehenen Antrags) zulässig sind.

Das gegenständliche Gebiet des Artikels fasst alle, außer dem Konkursverfahren, alternativen Formen der Handlungen im Fall der Insolvenz einer Bank um. Dabei unterstrichen wurde das Übernehmen einer Bank als eine von den Alternativen gegenüber dem Konkurs; da auch berührt der Autor ausführlich die, im Zusammenhang mit der Feststellung des Insolvenzstandes einer Bank stehende, formale Fragen. Zu denen gehören: das Prozessführungsbedürfnis für die Stellung des Antrags auf Bankrotterklärung einer Inlandsbank, der unanfechtbarer Charakter der Entscheidungen des KNF (Ausschuss der Finanzaufsicht – Bemerkung des Übersetzers) oder die ausführliche Regelung des Funktionieren einer Bank während seiner Aussetzung.

Im Artikel wurden auch die Zweckmäßigkeit und das Bedürfnis der Aufbewahrung der o.g. Normen im System des Bank- und Konkursrechts besprochen. Hier berührt wurde auch das Problem der Funktion und Brauchbarkeit dieser Normen in heutiger Rechtsordnung und in sozial-wirtschaftlichen Realien.

* Der Autor ist Student des 8. Semesters der Rechtsstudien an der Fakultät der Rechts- und Verwaltungswissenschaften der Schlesischen Universität zu Kattowitz. Zu seinen wissenschaftlichen Interessen gehört vor allem das Bankrecht und Zahlungsverkehr mit der Nutzung der Finanzinstrumente, sowie auch das Werbungsrecht und auch öffentliches Völkerrecht mit der Berücksichtigung des diplomatischen Rechtes.

(Übersetzung: Andrzej Paterek von Sperling)

RESUMEN

Bartosz Kubista*

El carácter y la importancia de los art. 158 y 159 de la ley Derecho bancario para el sistema de quiebra de un banco nacional realizado bajo la forma de sociedad anónima

El artículo trata de procedimientos e instituciones tipificados en los art. 158 y 159 de la ley Derecho bancario (más otras relacionadas) que determinan el carácter y el curso de procedimientos en el caso de que ocurran las premisas de la insolvencia de un banco nacional, teniendo en cuenta tanto las alternativas existentes para la incoación del procedimiento concursal de un banco nacional como las acciones realizadas hasta la incoación del procedimiento concursal contra un banco nacional (es decir hasta la presentación de una solicitud inclusive).

El contenido del artículo abarca todas formas alternativas del procedimiento en caso de insolvencia del banco que no pertenecen al procedimiento concursal, enfocándose en la toma de posesión del banco como alternativa de declaratoria de quiebra; también describe detalladamente los asuntos formales relacionados con la aprobación del estado de insolvencia como la legitimación procesal para presentar la solicitud de la declaratoria de quiebra; el carácter inapelable de decisiones de KNF (Comisión de Supervisión Financiera de Polonia) o la regulación detallada del funcionamiento del banco en el plazo de su suspensión.

El artículo discute la racionalidad y la necesidad de observación de la normativa indicada en el sistema del derecho bancario y concursal, tomando en cuenta su función y su utilidad en la actual realidad legal, social y económica.

* El autor es el estudiante del 4º curso de la Facultad de Derecho y Administración de la Universidad de Silesia. La esfera de sus intereses científicos abarca: el derecho bancario, las transacciones de los instrumentos financieros, el derecho de publicidad, el derecho internacional público, especialmente el derecho diplomático.

(trad. Anna Slotorsz)

РЕЗЮМЕ

Бартош Кубиста*

Характер и значение ст. 158 и 159 закона о банковском праве для системы банкротства отечественного банка существующего в форме акционерного общества

В статье обсуждаются процедуры находящиеся в ст. 158 и 159 закона о банковском праве (и с ними связанные), определяющие характер и ход поведения в случае возникновения предпосылки несостоятельности отечественного банка. Автор учитывает тоже существующие альтернативы, касающиеся возбуждения конкурсного производства, а также действий имеющих место до времени возбуждения конкурсного производства в отношении банка (значит до времени подачи соответствующего заявления включительно).

В предметную область статьи включаются все альтернативные формы поведения в случае несостоятельности банка, не являющиеся конкурсным производством. Среди них особенно учитывается прием банка как альтернатива объявление банкротства. Автор тоже подробно относится к формальным вопросам, связанным с удостоверением несостоятельности банка, как например урегулирование существования банка во время его приостановления.

В статье обсуждается рациональность и необходимость сохранения альтернативных форм поведения в системе банковского права и права

bankrotstva. При этом работа относится к вопросу функций и пригодностей вышеуказанных отраслей права в сегодняшних правовых и общественно-экономических реалиях.

* Автор является студентом IV года на Факультете Права и Администрации Силезского университета. Его научные увлечения это прежде всего банковское право, право рекламы, международное публичное право, в особенности дипломатическое право.

(Пер. Катажина Барановска)

RIASSUNTO

Bartosz Kubista*

Il carattere ed il significato degli artt. 158 e 159 della legge Diritto bancario per il sistema di fallimento della banca nazionale costituita sotto forma di società per azioni

L'articolo è rivolto alle procedure ed alle istituzioni tipizzate di cui negli artt. 158 e 159 del Diritto Bancario (e tutto quanto è collegato con esse) che delineano il carattere e il modo di procedere nel caso si verificasse il pericolo dell'insolvenza della banca nazionale, con riguardo all'esistenza delle condizioni per l'avviamento della procedura fallimentare della banca nazionale nonché alle operazioni che precedono l'avviamento di tale procedura (vale a dire fino a quando non verrà presentata un'apposita richiesta).

Ci si sofferma su tutte le alternative forme di procedere nel caso dell'insolvenza della banca (tranne quelle facenti parte della procedura fallimentare) con particolare riguardo alla presa di controllo sulla banca come un'alternativa successiva alla dichiarazione di fallimento. Si sollevano pure le questioni formali legate all'accertamento dello stato di insolvenza della banca: legittimazione processuale per presentare ricorso per la dichiarazione di fallimento della banca nazionale; il carattere non impugnabile delle decisioni di KNF (l'organo polacco di controllo finanziario) e una dettagliata regolazione del funzionamento della banca nel periodo della sua sospensione.

L'articolo tratta del problema della razionalità e necessità del mantenimento delle suddette norme riguardo al sistema del diritto bancario e fallimentare nonché al problema della sua finalità ed utilità nell'odierna realtà giuridica e socio-economica.

* L'autore è lo studente del IV anno di giurisprudenza presso la Facoltà di Legge ed Amministrazione dell'Università della Slesia. I suoi principali interessi scientifici riguardano il diritto bancario e la circolazione degli strumenti finanziari, il diritto della pubblicità nonché il diritto internazionale pubblico con particolare interesse al diritto diplomatico.

(trad. Lucyna Marcol)

Wolność działalności gospodarczej jako podstawowa zasada w XXI wieku

Mojemu Śp. Promotorowi, Panu Profesorowi Remigiuszowi W. Kaszubskiemu, jestem wdzięczna za wszechstronną pomoc w przygotowywaniu artykułu. Bez inspiracji, cennych wskazówek i życzliwości Pana Profesora powstanie niniejszego tekstu nie byłoby możliwe.

1. Wstęp

Konstytucyjna zasada wolności gospodarczej należy do podstawowych zasad publicznego prawa gospodarczego. Jej zakres i znaczenie dla funkcjonowania przedsiębiorców w systemie gospodarki rynkowej, w doktrynie publicznego, jak i administracyjnego prawa gospodarczego, jest powszechnie uznawana za fundament tej gospodarki¹. Jednakże w systemie prawa pojawiają się regulacje ustawowe, które zakres wolności gospodarczej poddają różnorodnym ograniczeniom. Zasięg tych ograniczeń oraz ich charakter prawny jest oczywiście zmienny w czasie i uzależniony od aktualnego ustroju gospodarczego, bądź też realizowanej aktualnie polityki gospodarczej państwa. Przy czym ujęte w literaturze publicznego prawa gospodarczego i administracyjnego prawa gospodarczego rozważania wskazują na różnorodne prawne ograniczenia konstytucyjnej zasady wolności gospodarczej.

Po pierwsze, artykuł ten wyjaśnia, co oznaczało to pojęcie na przestrzeni lat, zarówno ubiegłego, jak i obecnego wieku. Nie wdaje się w szczegóły definicji w kontekście ekonomicznym, jednak pozwala zorientować się w istocie tego pojęcia. Po drugie, opisuje jakie występują ograniczenia wolności gospodarczej. Zagadnienie to, z konieczności ograniczenia problematyki niniejszego artykułu,

* Autorka jest doktorantką IV roku na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego.

¹ A. Chmielarz, *Ograniczenia wolności działalności gospodarczej w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, [w:] K. Machowicz (red.), *Newralgiczne aspekty współczesnych relacji między człowiekiem a biznesem*, Lublin 2010, s. 21-22.

traktuje „z lotu ptaka”. Aby poddać je szczegółowej analizie, opracowanie musiałoby mieć dużo większą objętość. Z jednej strony, wolność gospodarcza jest bardzo pojemnym terminem, a z drugiej – może być ona ograniczana na wiele sposobów.

Zatem analiza zakresu wolności gospodarczej powinna odbywać się dwutorowo. Po pierwsze, należy oceniać, jak państwo wywiązuje się z obowiązku ochrony wolności gospodarczej, w tym w szczególności stanowienia i stania na straży prawa zapewniającego ludziom nienaruszalność ich majątku przez inne osoby oraz dającego im możliwość szybkiego i pełnego egzekwowania umów. Po drugie, trzeba analizować na ile państwo samo tę wolność ogranicza, dokonując interwencji wykraczających poza jego klasyczne funkcje.

Z tych przyczyn, podejmując się przedstawienia i analizy tych zagadnień, chcę zaprezentować w niniejszym artykule rozważania na temat uregulowania, jak i pojmowania wolności gospodarczej w XXI wieku.

2. Geneza historyczna kształtowania się wolności gospodarczej w Polsce i na świecie

Zasadą współczesnej gospodarki rynkowej jest wolność gospodarcza. Pojmowana jest ona w doktrynie zarówno prawa, jak i ekonomii jako: wolność przemysłowa, wolność gospodarowania, wolność przedsiębiorczości, wolność handlu, wolność ekonomiczna, wolność zawodu, wolność zarobkowania lub swoboda gospodarcza².

W ujęciu historycznym zasada wolności gospodarczej opiera się na prawie własności i wolnościach osobistych. Te wolności są pojmowane jako nabyte przez człowieka w momencie narodzin niezbywalne prawa naturalne. Konstrukcja wolności gospodarczej jako dyrektywy prawnej ukształtowana została w Anglii pod koniec XVII wieku i przybrała postać programu gospodarczego prekursorów tzw. szkoły klasycznej ekonomii politycznej. Szczególne zasługi w jej rozwoju mieli W. Petty i J. Locke. Głoszony przez prekursorów program stanowił odzew i dezaprobatę wobec merkantylistycznej reglamentacji i kontroli życia gospodarczego. Rozwój idei wolności gospodarczej nastąpił w XIX wieku. W tym okresie przyjmowano nieograniczone reguły gry rynkowej, które stanowiły podstawy ustroju gospodarczego wyłącznie na potrzeby obrotu gospodarczego wewnątrz państwa. Obrót międzynarodowy podlegał znacznej reglamentacji. Potwierdzenie takiego postępowania znajdowało wyraz m.in. w niemieckiej koncepcji „państwa-stróża”, angielskiej myśli *let alone* oraz regule, iż „najlepsze

² A. Powański, *Leksykon prawa gospodarczego. 100 podstawowych pojęć*, Warszawa 2011, s. 312-316.

co może zrobić rząd, to nic nie robić, z wyjątkiem sprawowania funkcji ochronnych i stabilizujących”³.

Po raz pierwszy normy odnoszące się do wolności gospodarczej zawarte zostały w ustawodawstwie francuskim, w takich aktach jak Konstytucja Republiki z 1793 r. oraz Konstytucja z 1848 r., choć wolność gospodarcza została ujęta już w Deklaracji Niepodległości Stanów Zjednoczonych Ameryki (4 lipca 1776 r.). Zerwanie z absolutną zasadą wolności gospodarczej nastąpiło pod koniec XIX wieku. W USA za pierwsze akty zawierające reglamentację swobody gospodarczej uznaje się Ustawę o międzystanowym handlu z 1887 r. oraz Ustawę antytrustową pochodzącą z 1890 r.⁴.

W okresie międzywojennym w prawie polskim zasadę swobody gospodarczej unormowano w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 17 marca 1921 r.⁵. Za akt prawny normujący zasadę tzw. wolności przemysłowej uznawano rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z 7 czerwca 1927 r. o prawie przemysłowym⁶, które obowiązywało do 1 stycznia 1973 r. (choć Konstytucja PRL z 22 lipca 1952 r.⁷ wykluczyła z obrotu tę zasadę, z powodów ideologicznych. Przywrócenie zasady wolności gospodarczej miało miejsce dopiero ustawą z dnia 23 grudnia 1988 r. o działalności gospodarczej⁸. Obecnie zasada ta obowiązuje w ustawie z 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (SDGU)⁹.

O ile dla wskazania istoty omawianej zasady konstytucyjnej znaczenie ma art. 20 Konstytucji (obecnie obowiązującej), to nie jest możliwe pełne ustalenie jej treści bez uwzględnienia kilkunastu innych przepisów, oddziałujących bezpośrednio lub pośrednio na inne normy konstytucyjne. Wyznaczają one dalszy – w porównaniu z art. 20 i 22 Konstytucji – kontekst interpretacyjny zasady. Adresatami tych norm są prawodawca, w szczególności ustawodawca, organy stosujące prawo oraz podmioty (jednostki organizacyjne) prowadzące działalność gospodarczą¹⁰. W całym tekście Konstytucji znajdziemy przepisy, z których wyprowadzamy normy w bardzo dużym stopniu adekwatne merytorycznie lub funkcjonalnie do norm wyrażonych w art. 20 i 22 Konstytucji. Tytułem przykładu

³ K. Strzyczkowski, *Prawo gospodarcze publiczne*, Warszawa 2009, s. 86.

⁴ Tamże, s. 86-87.

⁵ Konstytucja RP z 17 marca 1921 r. (Dz.U. z 1921, Nr 44, poz. 267).

⁶ Rozporządzenie Prezydenta RP z 7 czerwca 1927 r. o prawie przemysłowym (Dz.U. z 1927, Nr 53, poz. 468, z późn. zm.).

⁷ Konstytucja PRL z 22 lipca 1952 r. (Dz.U. z 1976, Nr 7, poz. 36, z późn. zm.).

⁸ Ustawa z 23 grudnia 1988 r. o działalności gospodarczej (Dz.U. z 1988, Nr 41, poz. 324 z późn. zm.).

⁹ Ustawa z 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz.U. z 2007, Nr 155, poz. 1095 z późn. zm.), a także: D. Kosacka-Łędzewicz, B. Olszewski, *Leksykon działalności gospodarczej*, Wrocław 2007, s. 26.

¹⁰ K. Sławik, *Działalność gospodarcza, kluczowe problemy*, Warszawa 2007, s. 21-22.

należy zwrócić uwagę na artykuły: 17 ust. 2, 23, 31 ust. 3, 64, 65 ust. 1, 74, 76, 163, 216-218 i 233 Konstytucji¹¹.

Prawo wspólnotowe w szczególnie sposób postrzega wolność gospodarczą, traktując ją jako prawo podstawowe. Układ Europejski¹², wzorowany na postanowieniach Traktatu o utworzeniu Wspólnoty Europejskiej¹³, zawiera następujące zasady:

- swobodnego przepływu towarów (art. 7), powiązaną z potrzebą wprowadzenia strefy wolnego handlu i usuwania wszelkich ograniczeń występujących w tej dziedzinie (art. 8-36);
- swobody przepływu pracowników (art. 37-43);
- swobody tworzenia przedsiębiorstw (art. 44-54);
- swobody świadczenia usług (art. 55-57);
- swobody płatności i przepływu kapitału (art. 59-62);
- swobody konkurencji (art. 63-67).

W ujęciu podmiotowym w prawie unijnym zasada wolności gospodarczej obejmuje w stosunku do przedsiębiorstw regulację dotyczącą prowadzenia działalności gospodarczej, w tym zakładanie i kierowanie przedsiębiorstwami, oddziałami i agendami. W stosunku do obywateli stanowi unormowanie, na podstawie którego istnieje możliwość prowadzenia działalności gospodarczej na zasadzie samozatrudnienia.

3. Zakres pojęcia zasady wolności gospodarczej

Pojęcie wolności jest tradycyjnie uznawane za jedną z centralnych kategorii, wokół których ogniskują się doktrynalne debaty oraz spory prawników, filozofów, teologów czy też politologów¹⁴. Mimo upływu stuleci nadal nie można uznać, aby termin ten był dostatecznie klarowny oraz w pełni objaśniony. Sprawa przedstawia się wręcz odwrotnie: pojęcie wolności – chociaż tak często i z różnych punktów widzenia analizowane – wciąż uchodzi za jedno z najbardziej niejasnych i niedających się w sposób precyzyjny wyznaczyć terminów.

Pomimo iż badanie zakresu wolności gospodarczej stało się w ostatnim czasie szczególnie popularne, w literaturze nie istnieje jedna definicja wolności gospodarczej. W. Beach i T. Kane, współautorzy publikacji Heritage Foundation

¹¹ Zob. szerzej: tamże, s. 22-24.

¹² Układ Europejski (Dz.U. z 1994, Nr 11, poz. 38, z późn. zm.).

¹³ Traktat o UE (Dz.U. UE z 2006, C 321 E/10).

¹⁴ M. Szydło, *Wolność działalności gospodarczej jako prawo podstawowe*, Bydgoszcz-Wrocław 2011, s. 9.

pt. *Index of Economic Freedom*¹⁵, twierdzą, że „[...] wolność gospodarcza jest to ta część wolności, która ma związek z materialną autonomią jednostki w relacji do państwa i innych zorganizowanych grup”. J. Gwartney i R. Lawson, autorzy publikacji *Economic Freedom of the World*¹⁶, definiują wolność gospodarczą poprzez wymienienie jej części składowych; za takie uważają prawo jednostek do podejmowania niezależnych i swobodnych decyzji gospodarczych, dobrowolną wymianę koordynowaną przez rynek, wolny dostęp i konkurencję na rynkach oraz ochronę osób i ich własności przed agresją ze strony innych podmiotów; do składników wolności gospodarczej zaliczają również gwarancję dobrej jakości pieniądza¹⁷. Autorzy ci oddzielają wolność gospodarczą od wolności politycznej i swobód obywatelskich. Ich zdaniem, wolność polityczna wyraża się w możliwości udziału w procesie politycznym oraz w istnieniu demokratycznych, uczciwych i wolnych wyborów. Swobody obywatelskie to m.in. wolność prasy, zgromadzeń, wyznania, prawo do uczciwego procesu i wyrażania własnych poglądów.

Doktryna polska w sposób zróżnicowany definiuje pojęcie wolności gospodarczej, różnie także określa przedmiotowy charakter prawny zasady. Zdaniem A. Walaszek-Pyziół, zasada wolności gospodarczej jest tzw. publicznym prawem podmiotowym o charakterze negatywnym. Prawu temu odpowiada ogólny obowiązek państwa nienaruszania swobody działania odbiorców tego prawa w sferze działalności gospodarczej¹⁸. Wolność gospodarcza w ujęciu przedmiotowym wyznacza szereg swobód odnoszących się do podejmowania, organizacji i prowadzenia działalności gospodarczej. Nie wymaga polemiki to, iż prawne zagwarantowanie przedsiębiorcom jedynie swobody podejmowania działalności gospodarczej nie miałoby większego sensu, gdyby następnie nie było możliwości swobodnego jej organizowania i prowadzenia. Według S. Biernata, wolność gospodarcza jest strukturą odpowiedniego porządku prawnego i przejawem domniemania swobody podejmowania i prowadzenia działalności przez przedsiębiorców, pod warunkiem, że nic innego nie wynika z przepisów ustawowych¹⁹.

¹⁵ Zob.: W.W. Beach, T. Kane, *Methodology: Measuring the 10 Economic Freedoms*, [w:] K.R. Holmes, E.J. Feulner, M.A. O’Grady (red.), *2008 Index of Economic Freedom*, <http://www.cubasindical.org/docs/Indexofeconomicfreedom2008.pdf> [dostęp: 3.09.2012], rozdz. 4, s. 39-56.

¹⁶ Zob.: J. Gwartney, R. Lawson, J. Hall (red.), *Economic Freedom of the World. 2011 Annual Report*, http://www.freetheworld.com/2011/reports/world/EFW2011_complete.pdf, [dostęp: 3.09.2012].

¹⁷ A. Walaszek-Pyziół, *Swoboda działalności gospodarczej*, Kraków 1994, s. 8 i n.

¹⁸ Tamże; podobnie: W. Jakimowicz, *Publiczne prawa podmiotowe*, PiP 1999/1, s. 36 i n.

¹⁹ S. Biernat, *Podejmowanie i prowadzenie działalności gospodarczej – wolność gospodarcza de lege lata i de lege ferenda*, PPH 1994/9, s. 10.

Wolność gospodarcza w ujęciu legislacyjnym jest odmianą wolności prawnie chronionej. Zdaniem S. Wronkowskiej i M. Zielińskiego, tworzy to sytuację prawną, która powstaje dla podmiotu „A” w następstwie ustanowienia normy zakazującej wszystkim, czy też niektórym podmiotom innego rodzaju niż podmiot „A” realizowania działań wkraczających w daną sferę działań podmiotu „A”. Dla stworzenia pewnemu podmiotowi sytuacji określonej jako wolność prawnie chroniona należy wskazać w przepisach prawnych: po pierwsze, zakres spraw (dziedzinę), w które zakazana jest ingerencja; po drugie, podmiot, w którego sprawy ingerować nie wolno; po trzecie, odbiorców normy, tj. podmioty, które zobowiązuje się do nieingerowania²⁰.

J. Grabowski postrzega zasadę wolności gospodarczej jako strukturę prawną, która stanowi zasadę prawa. Ta zasada wyznacza założenie występowania swobody w zakresie tworzenia i kierowania przez przedsiębiorcę działalnością gospodarczą. Wyznacza także zasięg wolności w przypadku, kiedy to państwo ingeruje w sferę życia gospodarczego. Zasada wolności gospodarczej determinuje swobodę tworzenia przedsiębiorstwa oraz wyboru miejsca, w którym działalność może być prowadzona, jak również wyboru obszaru prowadzonej działalności²¹.

Kolejny pogląd prezentuje K. Pawłowicz, twierdząc, że na pojęcie wolności gospodarczej składa się prawo własności, wolność osobista, wolność wyboru zajęcia i miejsca zamieszkania, prawo do przedsiębiorczości, prawo do równości wobec prawa, prawo do konkurencji czy wolność umów²².

C. Kosikowski w ramach wolności gospodarczej wyróżnia trzy właściwości, które należy interpretować łącznie²³. Pierwsza to element ekonomiczny, który stanowi warunek funkcjonowania gospodarki rynkowej. Gospodarka rynkowa nie może funkcjonować we właściwy sposób, zakładając jednoczesne ograniczenie funkcjonowania prawa popytu i podaży, prawa własności i konkurencji. Druga to element polityczny, tj. wyłączone związanie tej zasady z wolnością polityczną jako warunkiem jej funkcjonowania. Element prawny stanowi trzecią właściwość, gdyż to z norm prawnych wynika zakres wolności gospodarczej oraz jej treść.

W ocenie K. Sobczaka, zadaniem prawa jest stworzenie takiej konstrukcji prawnej wolności gospodarczej, w której zostaną wskazane jej cechy, granice oraz przedstawienie przyczyn i sytuacji, w których będzie istniała możliwość ograniczenia tej wolności²⁴.

²⁰ S. Wronkowska, M. Zieliński, *Problemy i zasady redagowania tekstów prawnych*, Warszawa 1993, s. 43.

²¹ J. Grabowski, *Prawne granice wolności gospodarczej. Rozprawy z prawa cywilnego i ochrony środowiska*, Prace Naukowe Uniwersytetu Śląskiego 1992, nr 1298.

²² K. Pawłowicz, *Prawo i społeczeństwo obywatelskie*, Warszawa 1990, s. 103.

²³ C. Kosikowski, *Wolność gospodarcza w prawie polskim*, Warszawa 1995, s. 28.

²⁴ K. Sobczak, *Wolność gospodarcza w kręgu problemów konstytucyjnych*, PUG 1996/3.

Według K. Strzyczkowskiego, wolność gospodarcza nie oznacza w pełni prawa przedsiębiorców do samostanowienia, lecz ustala neutralną zasadę tworzącą gospodarkę w sposób zakładający spoisty związek występujący pomiędzy prywatną autonomią, swobodą umowną, gwarancją własności a mechanizmem konkurencji²⁵.

Należy zgodzić się, że zaliczenie zasady wolności gospodarczej zarówno jako prawa podmiotowego, jak i zasady prawa nie wyklucza się wzajemnie²⁶. Co więcej, można traktować je jako elementy uzupełniające się. Wolność gospodarcza jako zasada nakierowana jest przede wszystkim na organy państwa w postępowaniu względem odbiorców prawa. Natomiast wolność gospodarcza w ujęciu podmiotowym wyznacza granice uprawnień przysługujących podmiotowi prawa. Fundamentalne dla kompletnej analizy przedmiotowej zasady jest niebudzące wątpliwości wskazanie metod i granic jej ograniczania.

Według A. Powałowskiego, nie jest możliwe rozdzielenie zasady wolności gospodarczej i zasady konkurencji. Ta druga pojmowana jest jako prawo podmiotowe kształtowane przez reguły funkcjonowania gospodarki konkurencyjnej, w której za główny czynnik weryfikujący postrzega się wypracowany rezultat (postrzegany w aspekcie ekonomicznym prowadzonej działalności gospodarczej). Tymczasem postrzeganie zasady wolności gospodarczej powinno uwzględniać także inne składniki, zarówno o charakterze etycznym, jak i moralnym²⁷. Kryteriami, które powinny być uwzględniane w przypadku działalności gospodarczej bazującej na zasadzie wolności gospodarczej, są niezmiennie normy etyczno-moralne²⁸. Termin „społeczna” (gospodarka rynkowa) świadczy o tym, że jest to ustrój gospodarczy, który, po pierwsze, akceptuje gospodarkę rynkową, po drugie zaś – ustanawia pewne regulatory przebiegu procesów gospodarczych w celu zapewnienia realizacji postulatów społecznych. Gospodarka socjalna tym różni się od gospodarki wolnorynkowej, że odtrąca jej skrajności, dopuszcza interwencję państwa w gospodarkę i zakłada ocenę stosunków gospodarczych na podstawie kryterium równości społecznej.

²⁵ K. Strzyczkowski, *Kilka uwag o istocie i granicach wolności gospodarczej*, [w:] *Granice wolności gospodarczej w systemie społecznej gospodarki rynkowej. Księga jubileuszowa z okazji 40-lecia pracy naukowej prof. dr. hab. Jana Grabowskiego*, Katowice 2004, s. 288.

²⁶ A. Powałowski, *Wolność gospodarcza a konkurencja*, [w:] *Granice wolności...*, dz. cyt., s. 204; a także: tenże, *Leksykon prawa gospodarczego publicznego*, Warszawa 2009, s. 312 i n.

²⁷ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. z 1997, Nr 78, poz. 483 z późn. zm.).

²⁸ W. Skrzydło, *Polskie prawo konstytucyjne*, Lublin 1998, s. 157-158.

4. Ograniczenia wolności gospodarczej

Obecne konstytucyjne unormowanie zasady wolności gospodarczej jako jedynie składowego elementu społecznej gospodarki rynkowej, na podstawie art. 20 Konstytucji RP, świadczy o tym, iż zasada ta nie posiada mocy absolutnej i niewzruszalnej. Niemniej jednak, próby jej ograniczenia powinny być zgodne z regułą określoną w art. 22 Konstytucji²⁹. Artykuł ten stanowi, że ograniczenie wolności działalności gospodarczej jest możliwe wyłącznie w drodze ustawy i tylko ze względu na ważny interes publiczny. Nie ulega wątpliwości, że za generalną regułą powinniśmy uznać wolność przedsiębiorcy, z kolei wyjątkiem są zakazy i ograniczenia. Powstałe zaś wątpliwości powinny każdorazowo uruchamiać zasadę działania na rzecz swobody przedsiębiorcy³⁰. Konstytucja RP w art. 22 stanowi o dwóch przesłankach, które muszą być razem spełnione, aby wprowadzić w jakiegokolwiek formie ograniczenia wolności gospodarczej: konieczności dotrzymania drogi ustawowej (w pierwszej kolejności) oraz wymogu, iż ograniczenie wolności może wystąpić wyłącznie wraz z uwzględnieniem przesłanki ważnego interesu publicznego³¹.

W ujęciu orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego, uregulowanie ustawowe jest jedyną możliwą postacią ustanawiania ograniczeń swobody. Konstytucja zakazuje samoistnego, tzn. nieopartego na właściwym upoważnieniu ustawowym, ustanawiania ograniczeń przez akty nie mające wagi ustawowej³². TK określił także mierniki oceny stosowanych ograniczeń: efektywność regulacji, konieczność regulacji w celu ochrony interesu publicznego oraz odpowiedni rozmiar efektów w stosunku do ciężarów nałożonych na podmiot. W ramach drugiego kryterium, tj. przesłanki ważnego interesu publicznego, ważne staje się orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 19 listopada 1993 r., zgodnie z którym w państwie prawa nie występują zasady nadrzędności interesu ogólnego nad interesem indywidualnym. Jest to przejawem sytuacji, w której w każdym przypadku istniejący organ ma za zadanie ustalić, o jaki interes ogólny (publiczny) chodzi, i dowieść, iż on jest na tyle istotny i wart podkreślenia, że kategorycznie wymaga ograniczenia praw poszczególnych osób. Występowanie takiego interesu, jak i jego ważność, a także warunki powodujące żądanie postawienia w ustalonym wypadku interesu publicznego ponad indywidualnym – zależą zazwyczaj od gruntownej kontroli instancyjnej i sądowej, w szczególności wtedy, gdy chodzi o dowiedzenie, iż w interesie publicznym znajduje się ograniczenie wskazanego przez Konstytucję RP prawa własności³³.

²⁹ A. Chmielarz, *Ograniczenia wolności...*, dz. cyt., s. 24-25.

³⁰ Uchwała SN(7) z 10 stycznia 1990 r., III CZP 97/89, OSN 1990, poz. 74, s. 6.

³¹ A. Chmielarz, *Ograniczenia wolności...*, dz. cyt., s. 27 i n.

³² Orzeczenie TK z 12 lutego 1991 r., K. 6/90, OTK 1991, s. 22.

³³ Wyrok SN z 18 listopada 1993 r., III ARN 49/93, OSNC 1994/9/181.

Nieodłącznym dla kompletnej analizy i wyjaśnienia pojęcia ważnego interesu publicznego jako warunku ograniczenia wolności gospodarczej jest unormowanie art. 31 Konstytucji. Artykuł ten wyznacza obszary podlegające swoistej ochronie przez państwo, m.in.: bezpieczeństwo, porządek publiczny, środowisko, zdrowie, moralność publiczną, jak i wolności i prawa innych osób. Zauważyć należy, iż wyłącznie w obszarach chronionych i zastrzeżonych w Konstytucji dla obszaru publicznego można zastosować regulacje, które ograniczają zasadę wolności gospodarczej. Dodatkowo dla wspólnej interpretacji konstytucyjnych warunków ograniczenia wolności gospodarczej istotne jest włączenie tzw. zasady proporcjonalności, która oznacza, że przy dążeniu do kompletnej realizacji wskazanego celu należy używać ograniczenia wolności gospodarczej w jak najmniejszym zakresie.

W polskim ustawodawstwie, oprócz omówionych norm określających zasadę swobody działalności gospodarczej, występują także inne normy wprowadzające ograniczenia wolności gospodarczej, m.in. w: ustawie z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji³⁴; ustawie z 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów³⁵; ustawie z 21 sierpnia 1997 r. o ograniczeniu prowadzenia działalności gospodarczej przez osoby pełniące funkcje publiczne³⁶; ustawie z 1 lipca 1981 r. o wynagrodzeniu osób zajmujących kierownicze stanowiska państwowe (tzw. ustawie kominowej)³⁷.

5. Stosowanie zasady wolności gospodarczej

Zasada wolności gospodarczej w ujęciu podmiotowym jest wykorzystywana w stosunku do przedsiębiorców³⁸ w rozumieniu SDGU, czyli osób fizycznych, osób prawnych oraz jednostek organizacyjnych niebędących osobami prawnymi, którym odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną – wykonujących we własnym imieniu działalność gospodarczą, w tym również wspólników spółek cywilnych w zakresie wykonywanej przez nich działalności gospodarczej³⁹. Jednakże przyjąć

³⁴ Ustawa z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2003, Nr 153, poz. 1503, z późn. zm.).

³⁵ Ustawa z 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2007, Nr 50, poz. 331, z późn. zm.).

³⁶ Ustawa z 21 sierpnia 1997 r. o ograniczeniu prowadzenia działalności gospodarczej przez osoby pełniące funkcje publiczne (Dz.U. z 1997, Nr 106, poz. 679, z późn. zm.).

³⁷ Ustawa z 31 lipca 1981 r. o wynagrodzeniu osób zajmujących kierownicze stanowiska państwowe (Dz.U. z 2000, Nr 26, poz. 306, z późn. zm.).

³⁸ M. Szydło, *Nadużywanie pozycji dominującej w prawie konkurencji*, Warszawa 2010, s. 11 i n.

³⁹ Ustawa z 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz.U. z 2007, Nr 155, poz. 1095 z późn. zm.), art. 4; a także: C. Kosikowski, *Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 41-56.

należy, iż wiarygodniejszym współczynnikiem określenia obszaru podmiotowego jest ujęcie przedmiotowe poprzez oznaczenie cech działalności gospodarczej, pojmowanej w SDGU jako zarobkowa działalność wytwórcza, budowlana, handlowa, usługowa oraz poszukiwanie, rozpoznawanie i wydobywanie kopalin ze złóż, a także działalność zawodowa, wykonywana w sposób zorganizowany i ciągły⁴⁰. W wyniku tego każdy podmiot wykazujący aktywność gospodarczą jest jako taki uzależniony od konstytucyjnego unormowania zasady wolności gospodarczej. O ile działalność podmiotów prywatnych jest oparta na zasadzie wolności gospodarczej, o tyle działalność podmiotów publicznych jest uwarunkowana zakresem wyznaczonych im zadań, wykonywanych na podstawie i w granicach prawa. Związanie państwa i innych podmiotów publicznych (np. jednostek samorządu terytorialnego) zasadą wolności gospodarczej wynika z jej funkcji ochronnej, jako negatywnego publicznego prawa podmiotowego, która jest konieczna tam, gdzie państwo mocą swojej władzy zagraża prawnej i gospodarczej sferze wolności gospodarczej. Państwo i inne podmioty publiczne są natomiast adresatami konstytucyjnej zasady wolności gospodarczej jako reguły zakazującej ograniczania lub wyłączenia wolności gospodarczej w przypadkach nieuzasadnionych ważnym interesem publicznym, w sposób uwzględniający zasadę proporcjonalności. Stwierdzenie to wynika z charakteru prawa wolności gospodarczej, która wskazuje władzy państwowej jej ograniczenia i jednocześnie gwarantuje swoim podmiotom (przedsiębiorcom) przestrzeń wolności samostanowienia.

Jak stwierdził TK⁴¹, zasada wolności działalności gospodarczej – w ujęciu podmiotowym – nie odnosi się w podobnym zakresie w stosunku do wszystkich podmiotów istotnie zajmujących się jej prowadzeniem. Użyty w art. 20 i art. 22 Konstytucji zwrot „wolność działalności gospodarczej” odnosi się do działalności jednostek (osób fizycznych) oraz instytucji niepaństwowych (lub niepublicznych), które posiadają możliwość niezależnego podejmowania decyzji o uczestnictwie w życiu gospodarczym, obszarze i formach tego udziału, w szczególności ewentualnego swobodnego przedsięwzięcia różnorodnych działań faktycznych i prawnych, które składają się na prowadzenie działalności gospodarczej. W tym zakresie mieszczą się osoby fizyczne i inne podmioty, które korzystają z praw i wolności przysługujących człowiekowi i obywatelowi.

Zasady wolności gospodarczej nie można stosować w odniesieniu do państwa i innych instytucji publicznych, których bezpośredni udział lub pośredni wpływ na gospodarkę nie jest wykluczony, ale których działalność podlegać musi

⁴⁰ Ustawa z 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz.U. z 2007, Nr 155, poz. 1095 z późn. zm.), art. 2; a także: C. Kosikowski, *Ustawa o swobodzie...*, dz. cyt., s. 15-37; P. Wrześniewski, *Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 19-24.

⁴¹ Wyrok TK z 7 maja 2001 r., OTK 2001/4/82.

innemu reżimowi niż działalność podmiotów prywatnych. Państwo i inne instytucje publiczne (w tym władze publiczne) nie mogą być adresatem uprawnień wynikających z konstytucyjnej gwarancji dla wolności działalności gospodarczej. Państwo może być bowiem w tym przypadku jedynie podmiotem zobowiązanym do poszanowania uprawnień jednostek i innych podmiotów spoza „sektora publicznego”. Państwo nie może być na podstawie samej Konstytucji zobowiązane wobec samego siebie ani wobec swoich jednostek organizacyjnych. Na podstawie zasady wolności działalności gospodarczej zawartej w Konstytucji nie mogą istnieć jakiegokolwiek upoważnienia instytucji publicznych w stosunku do samego państwa, w szczególności roszczenie o pominięcie ingerencji. Instytucje te wykonują swoje obowiązki w oparciu o ustawę. W związku z tym, w ujęciu podmiotowym, państwowe jednostki organizacyjne w szerokim tego słowa znaczeniu nie są adresatem konstytucyjnej gwarancji wolności działalności gospodarczej.

Państwo nie może w sposób swobodny kształtować swego udziału w sferze życia gospodarczego (ani całkowicie z niego zrezygnować). Przede wszystkim, z art. 20 Konstytucji wynika, iż prowadzenie przez państwo i jego instytucje działalności gospodarczej powinno stanowić wyjątek. W związku z teraźniejszą sytuacją, powstałą na gruncie założeń poprzedniej formacji ekonomicznej, zasada ta nie została jeszcze w pełni zrealizowana. Z drugiej strony, prowadzenie przez państwo działalności gospodarczej jest uzasadnione realizacją innych wartości zawartych w Konstytucji, w głównej mierze zapewnianiem społecznego charakteru gospodarki narodowej i zrównoważonego rozwoju (art. 5 Konstytucji). Po trzecie, działalność prowadzona przez państwo nie może łamać podstawowej dla gospodarki rynkowej zasady swobodnej konkurencji, polegającej na zakazie pierwszeństwa dla podmiotów państwowych. Wiąże się to *stricte* z zakazem wszelkiego rodzaju dyskryminacji podmiotów niepaństwowych w tym obszarze. Po czwarte, zasada społecznej gospodarki rynkowej wiąże się z postulatem, aby państwo oraz inne instytucje publiczne w relacjach z podmiotami sektora prywatnego prowadziły swoją działalność w formie i na zasadzie rynkowej. Jeżeli państwo w sposób pośredni lub bezpośredni bierze udział w życiu gospodarczym w formie współdziałania z podmiotami prywatnymi, to powinno przestrzegać zasad obowiązujących w tej współpracy podmioty prywatne.

Zasada wolności gospodarczej, w ujęciu przedmiotowym, obejmuje swym zakresem znaczną ilość przejawów wolności, które przysługują podmiotom biorącym udział w obrocie gospodarczym. Wyróżniamy cztery obszary wolności gospodarczej:

- 1) wolność organizacyjną, czyli swobodę wyboru formy organizacyjno-prawnej, w której zainteresowany podmiot będzie uczestniczył w obrocie rynkowym;

- 2) wolność kierowania, czyli swobodę w sferze zajmowania się różnego rodzaju sprawami, jak i reprezentacji danego podmiotu;
- 3) wolność inicjowania działań rynkowych;
- 4) prawną ochronę bytu przedsiębiorcy, czyli zestawienie przepisów, które chronią przedsiębiorców (zawartych np. w KC⁴², ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czy prawie własności przemysłowej⁴³).

Granica wyszczególnionych obszarów wolności są wszystkie normy, które wprowadzają reglamentację na zasadach wyszczególnionych w art. 22 Konstytucji⁴⁴. Oznacza to, że przedmiotowe granice wolności gospodarczej są zróżnicowane. Można wskazać wiele przykładów działalności gospodarczej (bankowej, ubezpieczeniowej, użyteczności publicznej), dla których przepisy prawne wyznaczają mniejszy lub większy zakres swobodnego wyboru co do podjęcia, wykonywania i zakończenia działalności gospodarczej. Wolność gospodarcza w sensie prawnym obejmuje swobodę podejmowania czynności prawnie relewantnych i dopuszczalnych, zmierzających do realizacji uprawnień wynikających z tego prawa podmiotowego, w granicach określonych przepisami prawa (art. 6 SDGU). Przyjęty sposób rozumienia granic wolności gospodarczej stanowi podstawę do ujęcia wolności gospodarczej jako kompleksu wartości (praw podmiotowych) pozostających w związku przyczynowo-skutkowym z działalnością gospodarczą.

Rozbijając pojęcie wolności gospodarczej, wyodrębniamy następujące wchodzące w jej skład swobody⁴⁵:

- wyboru przedmiotu działalności gospodarczej,
- wyboru formy organizacyjnej działalności i gospodarczej,
- doboru środków majątkowych służących prowadzeniu działalności,
- podejmowania działalności gospodarczej osobiście lub przy udziale wspólników bądź pracowników,
- nabywania i zbywania towarów i usług, zawierania umów, ustalania cen, konkurowania,

⁴² Ustawa z 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz.U. z 1964, Nr 16, poz. 93 z późn. zm.); a także: K. Czajkowska-Matosiuk, *Prawo gospodarcze i spółek*, Warszawa 2011, s. 74-78.

⁴³ Ustawa z 30 czerwca 2000 r. Prawo własności przemysłowej (Dz.U. z 2003, Nr 119, poz. 1117, z późn. zm.).

⁴⁴ K. Strzyczkowski, *Prawo gospodarcze...*, dz. cyt., s. 91-92.

⁴⁵ Por. A. Powałowski, *Wolność gospodarcza...*, dz. cyt., s. 202; a także: M. Zdyb, *Prawo działalności gospodarczej. Komentarz do ustawy z dnia 19 listopada 1999 r.*, Kraków 2000, s. 71 i n.; H. Gronkiewicz-Waltz, M. Wierzbowski (red.), *Prawo gospodarcze. Zagadnienia administracyjnoprawne*, Warszawa 2007, s. 251.

- wyboru koncepcji i programu gospodarowania,
- wyboru miejsca prowadzenia działalności.

6. Wnioski końcowe

Reasumując: państwo, aby zapewnić możliwie szeroki zakres wolności gospodarczej, musi, z jednej strony, zbudować ramy instytucjonalne niezbędne do jej ochrony, a z drugiej strony – samo jej nie ograniczać.

Ochrona wolności gospodarczej to przede wszystkim troska o praworządność. Z praworządnością mamy do czynienia, gdy prawo jest przestrzegane przez wszystkich, w tym także przez rządzących. Zdaniem L. Balcerowicza: „aby tak się stało, prawo musi być spójne, gdyż w przeciwnym przypadku przestrzeganie pewnych praw będzie automatycznie prowadziło do łamania innych”⁴⁶. Ponadto prawo nie może działać wstecz, powinno być powszechnie znane i akceptowane. Zatem ustawodawstwo nie może wymagać niemożliwego, musi być także w miarę trwałe, a informacja na jego temat ogólnie dostępna. Wreszcie musi w takim samym stopniu dotyczyć wszystkich obywateli. Niezbędnym warunkiem praworządności jest też sprawne i sprawiedliwe egzekwowanie prawa.

Kluczowa w kwestii obrotu gospodarczego ustawa o swobodzie działalności gospodarczej z 2 lipca 2004 r. (SDGU), mimo upływu przeszło 20 lat od kluczowych dla Polski zmian gospodarczych związanych ze zmianą systemu politycznego, w dalszym ciągu posiada ważne elementy zbyt dużej reglamentacji działalności gospodarczej, co skutkuje ograniczeniami jej wolności. Hołdując zasadzie, iż podejmowanie i prowadzenie działalności gospodarczej jest zgodne z prawem, jednocześnie w sposób szeroki wskazała obszary, które wymagają uzyskania koncesji, zezwolenia lub wpisu do tzw. rejestru działalności regulowanej⁴⁷. Zgodzić się zatem można z twierdzeniem, iż *de lege lata* zasada wolności gospodarczej nie jest w pełni realizowana. Oznacza to, że jest ona rezultatem m.in. konstytucyjnego wymiaru unormowania jej, jako jednego z założeń systemu społecznej gospodarki rynkowej (art. 20 Konstytucji), nie zaś istoty ustroju gospodarczego kraju, jak miało to miejsce np. na gruncie art. 6 Konstytucji lipcowej po zmianach w 1989 roku⁴⁸. *De lege ferenda* należałoby

⁴⁶ P. Opala, A. Rzońca, *Ile wolności gospodarczej?*, „Zeszyty FOR”, z. 6, 18.11.2008, http://www.for.org.pl/upload/File/zeszyty/Zeszyt_Ile_wolnosci_gospodarczej_Opala.pdf [dostęp: 10.09.2011].

⁴⁷ M. Zdyb, *Wspólnotowe i polskie publiczne prawo gospodarcze. Tom II*, Warszawa 2008, s. 332.

⁴⁸ J. Ciapała, *Konstytucyjna wolność działalności gospodarczej w Rzeczypospolitej Polskiej*, Szczecin 2009, s. 35.

wziąć pod uwagę, czy nie przywrócić zasadzie wolności gospodarczej właściwego jej miejsca poprzez dokładne unormowanie w Konstytucji, iż wolność gospodarcza stanowi podstawę ustroju gospodarczego kraju, zapewniając jednocześnie na poziomie konstytucyjnym właściwe mechanizmy jej ochrony⁴⁹.

Rozległy obszar wolności gospodarczej w różny sposób wspiera szybki, długofalowy rozwój. W szczególności wyrabia bodźce do skutecznego działania – społeczeństwo bogaci się dzięki posiadaniu talentów i swojej pracowitości; wygrywa najlepszy, który potrafi w sposób najefektywniejszy i najtańszy zaspokajać potrzeby innych, a nie ten posiadający układy wśród polityków lub urzędników przyznających uprawnienia. Zwiększa innowacyjność gospodarki – wdrożenie nowych, wydajniejszych metod wytwarzania stanowi jeden ze sposobów stawienia czoła konkurencji. Wpływa na wzrost opłacalności inwestowania – zapewnia ludziom, że nie będą dzielili się profitami z tych inwestycji z osobami, które nic nie wniosły w ich powstanie. Ułatwia finansowanie przynoszących zyski projektów – eliminując z rynku niewydolne przedsiębiorstwa, wzmacnia zdolność gospodarki do wypracowania zysku. Gwarantuje wysoki poziom zatrudnienia – możliwości życia na rachunek innych są mocno ograniczone.

Należy zatem podkreślić jeszcze raz, że wolność gospodarcza nie jest tożsama z samowolą. Swoboda jednostki w dążeniu do realizacji własnych celów gospodarczych nie może naruszać praw (wolności) innych osób. Swoboda przedsiębiorczości wymaga reguł, np. gwarantujących prywatną własność⁵⁰ oraz pewność umów, bez których przedsiębiorcy nie mogą swobodnie podejmować decyzji gospodarczych.

Bibliografia

- literatura:

1. Biernat S., *Podejmowanie i prowadzenie działalności gospodarczej – wolność gospodarcza de lege lata i de lege ferenda*, PPH 1994/9.
2. Ciapała J., *Konstytucyjna wolność działalności gospodarczej w Rzeczypospolitej Polskiej*, Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Szczecińskiego, Szczecin 2009.
3. Czajkowska-Matosiuk K., *Prawo gospodarcze i spółek*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2011.
4. Grabowski J., *Prawne granice wolności gospodarczej. Rozprawy z prawa cywilnego i ochrony środowiska*, Prace Naukowe Uniwersytetu Śląskiego 1992, nr 1298.

⁴⁹ G. Michniewicz, *Prawo w działalności gospodarczej*, Bydgoszcz 2011, s. 35-40.

⁵⁰ H. Gronkiewicz-Waltz, M. Wierzbowski, R. Kaszubski, K. Glibowski, *Regulacja publicznoprawna rynku finansowego*, [w:] H. Gronkiewicz-Waltz, M. Wierzbowski (red.), *Prawo gospodarcze...*, dz. cyt., s. 449.

5. Gronkiewicz-Waltz H., Wierzbowski M. (red.), *Prawo gospodarcze. Zagadnienia administracyjnoprawne*, Wydawnictwo LexisNexis, Warszawa 2007.
6. Gronkiewicz-Waltz H., Wierzbowski M., Kaszubski R., Glibowski K., *Regulacja publicznoprawna rynku finansowego*, [w:] Gronkiewicz-Waltz H., Wierzbowski M. (red.), *Prawo gospodarcze. Zagadnienia administracyjnoprawne*, Wydawnictwo LexisNexis, Warszawa 2011.
7. Jakimowicz W., *Publiczne prawa podmiotowe*, PiP 1999/1.
8. Kosacka-Łędzewicz D., Olszewski B., *Leksykon działalności gospodarczej*, Oficyna Wydawnicza UNIMEX, Wrocław 2007.
9. Kosikowski C., *Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. Komentarz*, Wydawnictwo LexisNexis, Warszawa 2011.
10. Kosikowski C., *Wolność gospodarcza w prawie polskim*, Polskie Wydawnictwo Ekonomiczne, Warszawa 1995.
11. Machowicz K. (red.), *Newralgiczne aspekty współczesnych relacji między człowiekiem a biznesem*, Wydawnictwo KUL, Lublin 2010.
12. Michniewicz G., *Prawo w działalności gospodarczej*, Oficyna Wydawnicza Branta, Bydgoszcz 2011.
13. Opala P., Rzońca A., *Ile wolności gospodarczej?*, „Zeszyty FOR”, z. 6, 18.11.2008, http://www.for.org.pl/upload/File/zeszyty/Zeszyt_Ile_wolnosci_gospodarczej_Opala.pdf [dostęp: 10.09.2011].
14. Pawłowicz K., *Prawo i społeczeństwo obywatelskie*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1990.
15. Powąłowski A., *Leksykon prawa gospodarczego. 100 podstawowych pojęć*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2011.
16. Powąłowski A., *Leksykon prawa gospodarczego publicznego*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2009.
17. Powąłowski A., *Wolność gospodarcza a konkurencja*, [w:] *Granice wolności gospodarczej w systemie społecznej gospodarki rynkowej. Księga jubileuszowa z okazji 40-lecia pracy naukowej prof. dr. hab. Jana Grabowskiego*, Katowice 2004.
18. Skrzydło W., *Polskie prawo konstytucyjne*, Wydawnictwo Verba, Lublin 1998.
19. Sławik K., *Działalność gospodarcza, kluczowe problemy*, Wydawnictwo Difin, Warszawa 2007.
20. Sobczak K., *Wolność gospodarcza w kręgu problemów konstytucyjnych*, PUG 1996/3.
21. Strzyczkowski K., *Kilka uwag o istocie i granicach wolności gospodarczej*, [w:] *Granice wolności gospodarczej w systemie społecznej gospodarki rynkowej. Księga jubileuszowa z okazji 40-lecia pracy naukowej prof. dr. hab. Jana Grabowskiego*, Katowice 2004.
22. Strzyczkowski K., *Prawo gospodarcze publiczne*, Wydawnictwo LexisNexis, Warszawa 2009.
23. Szydło M., *Nadużywanie pozycji dominującej w prawie konkurencji*, Oficyna Wydawnicza Wolters Kluwer business, Warszawa 2010.
24. Szydło M., *Wolność działalności gospodarczej jako prawo podstawowe*, Oficyna Wydawnicza Branta, Bydgoszcz-Wrocław 2011.
25. Walaszek-Pyziół A., *Swoboda działalności gospodarczej*, Wydawnictwo Księgarnia Akademicka, Kraków 1994.

26. Wronkowska S., Zieliński M., *Problemy i zasady redagowania tekstów prawnych*, Urząd Rady Ministrów, Warszawa 1993.
27. Wrześniewski P., *Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. Komentarz*, Oficyna Wydawnicza Komentarz do Ustawy, Warszawa 2010,
28. Zdyb M., *Prawo działalności gospodarczej. Komentarz do ustawy z dnia 19 listopada 1999 r.*, Zakamycze, Kraków 2000.
29. Zdyb M., *Wspólnotowe i polskie publiczne prawo gospodarcze. Tom II*, Oficyna Wydawnicza Wolters Kluwer business, Warszawa 2008.

- akty prawne:

1. Konstytucja RP z 17 marca 1921 r. (Dz.U. z 1921, Nr 44, poz. 267).
2. Rozporządzenie Prezydenta RP z 7 czerwca 1927 r. o prawie przemysłowym (Dz.U. z 1927, Nr 53, poz. 468, z późn. zm.).
3. Konstytucja PRL z 22 lipca 1952 r. (Dz.U. z 1976, Nr 7, poz. 36, z późn. zm.).
4. Ustawa z 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz.U. z 1964, Nr 16, poz. 93, z późn. zm.).
5. Ustawa z 31 lipca 1981 r. o wynagrodzeniu osób zajmujących kierownicze stanowiska państwowe (Dz.U. z 2000, Nr 26, poz. 306, z późn. zm.).
6. Ustawa z 23 grudnia 1988 r. o działalności gospodarczej (Dz.U. z 1988, Nr 41, poz. 324, z późn. zm.).
7. Układ Europejski (Dz.U. z 1994, Nr 11, poz. 38, z późn. zm.).
8. Traktat o Unii Europejskiej (Dz.Urz.UE z 2006, C 321 E/10).
9. Ustawa z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2003, Nr 153, poz. 1503, z późn. zm.).
10. Konstytucja RP z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. z 1997, Nr 78, poz. 483, z późn. zm.).
11. Ustawa z 21 sierpnia 1997 r. o ograniczeniu prowadzenia działalności gospodarczej przez osoby pełniące funkcje publiczne (Dz.U. z 1997, Nr 106, poz. 679, z późn. zm.).
12. Ustawa z 30 czerwca 2000 r. Prawo własności przemysłowej (Dz.U. z 2003, Nr 119, poz. 1117, z późn. zm.).
13. Ustawa z 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2007, Nr 50, poz. 331, z późn. zm.).
14. Ustawa z 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz.U. z 2007, Nr 155, poz. 1095, z późn. zm.).

- orzecznictwo:

1. Uchwała składu 7 sędziów SN z 10 stycznia 1990 r., III CZP 97/89, OSN 1990, poz. 74.
2. Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z 12 lutego 1991 r., K. 6/90, OTK 1991.
3. Wyrok Sądu Najwyższego z 18 listopada 1993 r., III ARN 49/93 OSNC 1994/9/181.
4. Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 7 maja 2001 r., OTK 2001/4/82.

STRESZCZENIE

Renata Mianowana*

Wolność działalności gospodarczej jako podstawowa zasada w XXI wieku

Jedną z zasad współczesnej gospodarki rynkowej jest wolność gospodarcza, zwana zarówno w doktrynie prawa, jak i w ekonomii wolnością przemysłową lub swobodą gospodarczą. W okresie międzywojennym w prawie polskim na szczeblu konstytucyjnym zasadę swobody gospodarczej unormowano w Konstytucji RP z 17 marca 1921 r. Obecnie obowiązuje ona w ustawie z 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej. Prawo wspólnotowe dość szczególnie pojmuje wolność gospodarczą, traktując ją jako prawo podstawowe. Układ Europejski, wzorowany na postanowieniach Traktatu o utworzeniu Wspólnoty Europejskiej, zawiera zasadę swobodnego przepływu towarów. Wprowadza również zasady swobody: przepływu pracowników, zakładania przedsiębiorstw, świadczenia usług oraz płatności i przepływu kapitału; chroni także zasadę konkurencji. Doktryna polska zróżnicowanie traktuje samo pojęcie wolności gospodarczej.

Podmiotowo zasada wolności gospodarczej znajduje zastosowanie względem przedsiębiorców w rozumieniu SDGU. Jednakże uznać należy, iż w konsekwencji każdy podmiot, który wykazuje aktywność gospodarczą, podlega konstytucyjnej regulacji wolności gospodarczej.

Państwo, aby zapewnić możliwie szeroki zakres wolności gospodarczej, musi z jednej strony zbudować ramy instytucjonalne niezbędne do jej ochrony, a z drugiej strony samo jej nie ograniczać. Bez odpowiednich regulacji przedsiębiorcy nie mogą swobodnie podejmować decyzji gospodarczych, a tym samym korzystać z zasady swobody prowadzonej działalności.

* Autorka jest doktorantką IV roku na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego.

SUMMARY

Renata Mianowana*

Economic Freedom as a Fundamental Principle in the 21st Century

The principle of the contemporary economy market is economic freedom, called “industrial freedom” or “economic freedom” in both the doctrine of law and the economy. During the interwar period in the Polish law, at the constitutional level, the rule of economic freedom was normalized in the Polish Constitution from 17 March 1921. Nowadays it is in force on the basis of the Statute on the Freedom of Economic Activity (SDGU) from 2 July 2004. Community Law understands “economic freedom” quite particularly, treating it as a fundamental right.

The European system, modelled on the provisions of the Treaty establishing the European Community, includes the principle of free movement of goods. The system introduces also the freedom of: flow of workers, establishment, providing services and payments as well as flow of capital; it also protects the principle of competition. Polish doctrine treats the very concept of economic freedom in various ways.

Subjectively, the principle of economic freedom is applicable to entrepreneurs as understood in SDGU. However, it should be taken into consideration that each and every entity running an economic activity is subject to constitutional regulation of economic freedom.

The state, in order to enjoy the wide range of economic freedom, must on the one hand develop the institutional framework necessary for its protection, and on the other hand, it cannot restrict this freedom itself. Without the appropriate regulations the entrepreneurs are not free to make economic decisions and thus benefit from the principle of freedom of economic activity.

* The author is a PhD student at the Faculty of Law and Administration at the University of Warsaw.

(tran. Renata Mianowana)

RÉSUMÉ

Renata Mianowana*

La liberté de l'activité économique en tant que principe fondamental au XXI^e siècle

La liberté économique est l'un des principes de l'économie de marché moderne. Ce principe est connu dans la doctrine juridique et dans l'économie sous le nom de la liberté industrielle ou de l'indépendance économique. Entre deux guerres, c'est la Constitution de 17 mars 1921 qui a régularisé la liberté économique dans le droit polonais. Cette liberté est actuellement assurée par la loi du 2 juillet 2004. Le droit communautaire très précisément comprend la liberté économique, qu'il traite comme un droit fondamental.

L'Accord d'association, basé sur des dispositions du traité instituant la Communauté européenne, inclut le principe de libre circulation des marchandises. Il introduit également le principe de la liberté de circulation des travailleurs, des établissements, de la prestation de services ainsi que des paiements et des mouvements de capitaux. L'Accord d'association protège aussi le principe de la concurrence.

Selon SDGU (la Loi sur la liberté de l'activité économique), la liberté économique est appliquée d'une façon subjective aux entrepreneurs. Cependant, il faut supposer que, en conséquence, toute entité qui possède une activité économique, est soumise à une réglementation constitutionnelle.

D'un côté, l'État est responsable de faire parvenir un cadre institutionnel afin d'assurer la liberté économique. De l'autre, il ne peut pas limiter cette liberté. Les entrepreneurs n'ont pas la possibilité de prendre des décisions économiques et, en même temps, profiter du principe de la liberté économique sans réglementations adéquates.

* L'auteur est doctorante de la quatrième année à la Faculté de Droit et d'Administration de l'Université de Varsovie.

(trad. par Magdalena Piotrowska)

ZUSAMMENFASSUNG

Renata Mianowana*

Freiheit der Wirtschaftstätigkeit als Hauptprinzip im 21. Jahrhundert

Eines der Prinzipien der gegenwärtigen Marktwirtschaft ist die Wirtschaftsfreiheit, die man sowohl in der Rechts- sowie Wirtschaftslehre Industriefreiheit oder Wirtschaftsfreiheit nennt. In der Zwischenkriegszeit wurde das Wirtschaftsfreiheitsprinzip im polnischen Recht durch Grundgesetz vom 17. März 1921 geregelt. Heutzutage befindet sie sich im Gesetz vom 2. Juli 2004 über die Wirtschaftsfreiheit. Das Europarecht definiert die Wirtschaftsfreiheit ganz besonders: als ein Grundrecht. Das Europa-Abkommen, das auf den Bestimmungen des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft basiert, beinhaltet das Prinzip der Warenverkehrsfreiheit. Das Europa-Abkommen führt außerdem folgende Prinzipien ein: die Freizügigkeit der Arbeitnehmer, das Niederlassungsrecht, das freie Dienstleistungs-, Zahlungs- und Kapitalverkehr. Das Abkommen schützt auch das Konkurrenzprinzip. Die polnische Lehre in verschiedene Art und Weise definiert den Begriff: Wirtschaftsfreiheit.

Den Rechtsobjekt zufolge betrifft die Wirtschaftsfreiheit laut das Gesetz über die Wirtschaftsfreiheit. Andererseits muss man annehmen, dass jeder Rechtsobjekt, der die Wirtschaftstätigkeit ausübt, ist dem grundgesetzlichen Prinzip der Wirtschaftsfreiheit untergeordnet.

Der Staat, um einen breiten Umfang der Wirtschaftsfreiheit zu garantieren, muss einerseits einige institutionelle Schutzmaßnahmen unternehmen und andererseits darf auch der Staat die Freiheit nicht begrenzen. Ohne angemessene Regelung können die Unternehmen keine wirtschaftlichen Entscheidungen treffen und vom Wirtschaftsfreiheitsprinzip nicht profitieren.

* Die Autorin ist Doktorandin des 4. Studienjahres an der Fakultät für Rechts- und Verwaltungswissenschaften der Universität Warschau.

(Übersetzung: Anna Slotorsz)

RESUMEN

Renata Mianowana*

Libertad de la actividad económica como la regla principal del siglo XXI

Una de las reglas de la economía contemporánea es la libertad económica. En la doctrina de la ley, así como en la economía, es denominada como la libertad industrial o económica. Durante el período de entreguerras, en la ley polaca (a nivel constitucional), la regla de la libertad económica fue establecida en la Constitución de la República de Polonia de 17 de marzo de 1921. Hoy en día está vigente la Ley sobre la Libertad de Actividad Económica (SDGU) de 2 de julio de 2004. La libertad económica está concebida por el Derecho comunitario muy específicamente, es la ley principal. El Acuerdo Europeo, que respeta las disposiciones del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, incluye el principio de libre circulación de mercancías. Establece también las disposiciones relativas a la libertad de: circulación de los trabajadores, establecimiento, prestación de servicios, pago y la circulación de capital; además protege el principio de competencia. En cuanto a la misma noción de la libertad económica la doctrina polaca aplica distintos tratos.

Subjetivamente, el principio de la libertad económica está aplicada a los emprendedores en sentido de SDGU. No obstante, cabe considerar que en consecuencia cada sujeto, que demuestra una actividad económica, es subordinado por la libertad económica presente en la regulación constitucional.

Con el fin de asegurar una libertad económica lo más amplia posible, el estado ha de, por un lado, construir los marcos institucionales imprescindibles para su protección y, por otro, no limitarla por si mismo. Sin las regulaciones correctas, los emprendedores no pueden tomar las decisiones económicas libremente y por lo tanto aprovechar los principios de la libertad de la actividad efectuada.

* La autora es doctoranda del cuarto curso en la Facultad de Derecho y Administración de la Universidad de Varsovia

(trad. Marzena Janik)

РЕЗЮМЕ

Рената Мянована*

Свобода предпринимательской деятельности как основной принцип в XXI веке

Одним из основных принципов рыночного хозяйства является предпринимательская свобода, называемая промышленной или предпринимательской свободой как в правовой доктрине, так и в экономике. В межвоенный период в польском праве на конституционном уровне принцип

предпринимательской свободы был упорядочен в Конституции РП от 17 марта 1921 г. В настоящее время он действует в законе о свободе предпринимательской деятельности от 2 июля 2004 г. Право ЕС довольно особенно понимает предпринимательскую деятельность, подходя к ней как к основному праву. Европейская система, по образцу решений Договора об учреждении Европейского сообщества, содержит принцип свободного перемещения товаров, защищает принцип конкуренции, а также устанавливает следующие принципы свободы: перемещения сотрудников, создания предприятий, оказания услуг, платежа и перемещения капитала. Польская доктрина разнообразно относится к самому понятию предпринимательская свобода.

Субъектно принцип предпринимательской свободы получает применение по отношению к предпринимателям согласно закону о свободе предпринимательской деятельности. Однако следует решить, что в последствии каждый субъект, который осуществляет предпринимательскую деятельность, подлежит конституционному регулированию предпринимательской деятельности.

Государство, чтобы гарантировать возможно широкую сферу предпринимательской деятельности, с одной стороны должно создать учредительные рамки необходимые для ее защиты, а с другой стороны ему нельзя ограничивать этой свободы. Без соответствующих регулирований предприниматели не смогут свободно принимать предпринимательские решения, ни пользоваться принципом свободы осуществляемой ими деятельности.

* Автор является аспиранткой IV года на Факультете Права и Администрации Варшавского университета.

(Пер. Катажина Барановска)

RIASSUNTO

Renata Mianowana*

La libertà dell'attività economica come principio fondamentale del XXI secolo

Una delle caratteristiche dell'odierna economia di mercato è quella della libertà economica conosciuta, sia nella dottrina giuridica che in quella economica, come libertà industriale ovvero indipendenza economica. Nel periodo a cavallo fra le due guerre, il principio della libertà economica è stato regolarizzato giuridicamente dalla Carta fondante la Repubblica polacca del 17 marzo 1921. Attualmente, il principio della libertà d'iniziativa economica è stato regolarizzato nella legge del 2 luglio 2004. Nel diritto comunitario la libertà economica è diventata un diritto fondamentale.

L'accordo europeo, modellato sui principi del Trattato istitutivo della Comunità Europea, contiene il principio della libera circolazione delle merci introducendo di fatto i seguenti principi: la circolazione dei lavoratori, la costituzione delle imprese, la prestazione dei servizi ed il pagamento, la circolazione del capitale e la protezione del principio di concorrenza. Nella dottrina polacca la definizione della libertà economica non è del tutto omogenea.

Soggettivamente, il principio della libertà economica viene garantito agli imprenditori sulla base di quanto è stato stabilito dalla legge sulla libera iniziativa economica. Tuttavia bisogna tener presente che ogni soggetto, che dimostra la capacità di agire sul campo dell'economia, viene sottoposto alla regolazione costituzionale della libertà economica.

Lo Stato, per garantire la maggior possibile libertà economica, deve definire l'ambito istituzionale sia per proteggerla che per non limitarla. Gli imprenditori non debbono, senza appositi forme di regolazione, prendere decisioni economiche che contrastano con quanto è stato disciplinato e quindi approfittare del principio della libera attività economica.

* L'autrice del presente articolo è dottoranda (IV anno) presso la Facoltà di Giurisprudenza e Amministrazione dell'Università di Varsavia.

(trad. Lucyna Marcol)

Economic Freedom as a Fundamental Principle in the 21st Century

1. Introduction

The constitutional principle of economic freedom is one of the basic rules of public economic law. Its scope and importance for the functioning of entrepreneurs in the system of market economy is commonly recognized as the founding principle of this type of economy under the doctrine of public and administrative economic law.¹ However, in the legal system, there are statutory regulations emerging that impose various limitations on the scope of economic freedom. The scope of these limitations and their legal character are obviously subject to change and dependent upon the current economic system or the economic policy currently implemented in a given country. The ongoing debate in the professional literature on public economic law and administrative economic law indicates numerous legal limitations of the constitutional principle of economic freedom.

Firstly, the aim of this article is to explain the past and present meanings of this term, both in the previous and in the current century. It is not intended to go into details as far as the definition in the economic context is concerned, yet still it allows the reader to understand its core. Secondly, the following paper describes the limitations to economic freedom. Due to the necessity of narrowing the scope of this article, it shall be presented in general terms, as a detailed analysis would take much more space. On the one hand, economic freedom is a very broad term. On the other hand, it can be limited in various ways.

This is why the analysis of the scope of economic freedom shall be twofold. On the one hand, it should be evaluated how the state fulfils its duty to protect economic freedom, especially with regard to establishing and guarding of laws that guarantee the citizens inviolability of their possessions and grant them the possibility of quick and thorough enforcing of contracts. On the other hand, it is necessary to analyse to what extent the state limits the very same freedom by performing interventions that go beyond its normal scope of functioning.

* The author is a PhD student at the Faculty of Law and Administration at the University of Warsaw.

¹ A. Chmielarz, *Ograniczenia wolności działalności gospodarczej w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, [in:] K. Machowicz (ed.), *Newralgiczne aspekty współczesnych relacji między człowiekiem a biznesem*, Lublin 2010, p. 21-22.

In the light of the arguments presented above, by presenting and analysing the aforementioned issues in the following article, I would like to present various opinions on regulating and comprehending of economic freedom in the 21st century.

2. The Historical Process of the Development of Economic Freedom in Poland and Throughout the World

The principle underlying the contemporary market economy is economic freedom. It is understood both in the doctrines of law and economics as: industrial freedom, freedom of management, freedom of enterprise, freedom of trade, economic freedom, freedom of profession, freedom of gainful employment or economic liberty.²

Historically, the principle of economic freedom is based on property and personal liberty rights. These liberties are understood as inalienable natural laws, acquired by humans at birth. The construct of economic freedom as a legal directive took shape in England towards the end of the 17th century in the form of an economic program formed by the precursors of the so called school of Classical Political Economics. People that rendered considerable services for its development were, among others, W. Petty and J. Locke. The proposed program was a response to and a voice of disagreement against mercantilist rationing and the imposed control of economic life. The development of the idea of economic freedom took place in the 19th century. This was the period of accepting unrestricted rules of the economic game, which formed the foundations of economic systems that met the needs of the economic turnover only within the given state. International turnover was subjected to much rationing. The confirmation of such course of actions could be found, among others, in the German concept of “the guardian-state”, the English idea of “let-alone” and the principle that “the best thing a government can do is to do nothing apart from protecting and stabilising the state.”³

The first time norms concerning economic freedom were mentioned was in French legislation, in legal acts such as the Constitution of the Republic from 1793 and the Constitution from 1848. However, economic freedom in the USA was already incorporated into the Declaration of Independence (July 4, 1776). The first time the principle of absolute economic freedom was discarded was towards the end of the 19th century. In the USA, the first legal acts to contain rationing of the

² A. Powalowski, *Leksykon prawa gospodarczego. 100 podstawowych pojęć*, Warszawa 2011, p. 312-316.

³ K. Strzyczkowski, *Prawo gospodarcze publiczne*, Warszawa 2009, p. 86.

binding economic liberty were the Interstate Trade Bill from 1887 and the Antitrust Bill from 1890.⁴

During the interwar period in Polish legislation, the principle of economic liberty was normalized in the Constitution of the Republic of Poland on March 17, 1921.⁵ The legal act normalizing the so called principle of industrial freedom during the interwar period was the Decree of the President of the Republic of Poland on industrial law⁶ from June 7, 1927, which was in effect until January 1, 1973. Admittedly, the Constitution of PRL (People's Republic of Poland) from July 22, 1952⁷ had previously excluded this principle since it did not recognize the principle of economic freedom. After World War II the re-establishing of the principle of economic freedom took place when the Bill on business activity was passed on December 23, 1988.⁸ At present, this principle functions on the basis of the Bill on the liberty of business activity (SDGU)⁹ from July 2, 2004.

The most important for the principle are the art. 20 and 22 of Polish recent Constitution. With over a dozen of other constitutional regulations, they establish the context for interpretation of the principle. These standards are addressed to the legislative body, particularly the legislature, law enforcement and business entities.¹⁰ Throughout the text of the Constitution it is possible to find regulations from which norms, pertaining functionally as well as on the basis of content to the art. 20 and 22 of the Constitution, are derived, for example: art. 17 section 2, art. 23, art. 31 section 3, art. 64, art. 65 section 1, art. 74, art. 76, art. 163, art. 216, art. 217, art. 218 and art. 233 of the Constitution.¹¹

Community law looks at economic freedom in a very unique way, treating it as a basic law. Treaty on European Union,¹² based on the resolutions from the Treaty on establishing the European Community,¹³ contains the following principles:

⁴ Ibidem, p. 86-87.

⁵ Constitution of the Republic of Poland from March 17th, 1921 (Dz.U. from 1921, No. 44, pos. 267). This and all further legislative acts and judgements – in Polish.

⁶ The Order of the President of the Republic of Poland from June 7th, 1927 on industrial law (Dz.U. from 1927, No. 53, pos. 468, with later amendments).

⁷ Constitution of PRL from July 22nd, 1952 (Dz.U. from 1976, No. 7, pos. 36, with later amendments).

⁸ Bill from December, 23rd, 1988 on business activity [SDGU] (Dz.U. from 1988, Nr 41, pos. 324, with later amendments).

⁹ Bill from July 2nd, 2004 on liberty of business activity (Dz.U. from 2007, No. 155, pos. 1095, with later amendments); similar: D. Kosacka-Łędzewicz, B. Olszewski, *Leksykon działalności gospodarczej*, Wrocław 2007, p. 26.

¹⁰ K. Sławik, *Działalność gospodarcza, kluczowe problemy*, Warszawa 2007, p. 21-22.

¹¹ More: ibidem, s. 22-24.

¹² Europe Agreement (Dz.U. from 1994, No. 11, pos. 38, with later amendments).

¹³ Treaty on European Union (Dz. U. UE z 2006, C 321 E/10).

- the principle of free flow of wares (art. 7), linked with the need of establishing a free trade zone and removing all limitations occurring in this field (art. 8-36),
- the principle of free flow of employees (art. 37-43),
- the principle of free business launching (art. 44-54),
- the principle of freedom of providing services (art. 55-57),
- the principle of free payments and capital flow (art. 59-62),
- the principle of free market competition (art. 63-67).

In the subjective view, in European law the principle of economic freedom encompasses the following in relation to businesses – the regulation concerning running a business activity, including launching and running businesses, branches and departments. As far as citizens are concerned – it is a normalizing factor constituting the possibility of running a business activity under the principle of self-employment, as well as creating and directing the occurring actions.

3. The Scope of the Principle of Economic Freedom

The concept of freedom is traditionally regarded as one of the central categories around which to focus the debate and doctrinal disputes between lawyers, philosophers, theologians or political scientists.¹⁴ Despite the passage of time, the term still cannot be regarded as sufficiently clear and fully understood. Quite the contrary: the concept of liberty – though analysed so often and from different points of view – is still considered one of the most obscure and impossible to precisely determine.

Despite the fact that conducting research into the scope of the economic freedom has recently gained more popularity, there is no unified definition of the economic freedom in the professional literature. W. Beach and T. Kane, co-authors of the publication of Heritage Foundation entitled *Index of Economic Freedom*¹⁵, claim that “economic freedom is the part of general freedom that is connected to the material autonomy of a unit in relation to the state and other organized groups.” J. Gwartney and R. Lawson, authors of the publication *Economic Freedom of the*

¹⁴ M. Szydło, *Wolność działalności gospodarczej jako prawo podstawowe*, Bydgoszcz-Wrocław 2011, p. 9.

¹⁵ W.W. Beach, T. Kane, *Methodology: Measuring the 10 Economic Freedoms*, [in:] K.R. Holmes, E.J. Feulner, M.A. O’Grady (ed.), *2008 Index of Economic Freedom*, <http://www.cubasindical.org/docs/Indexofeconomicfreedom2008.pdf> [3.09.2012], chapter 4, p. 39-56.

*World*¹⁶, define economic freedom by enumerating its constituents. They are, among others, the right of a unit to make independent and free economic decisions, voluntary exchange coordinated by the market, free access to and competition on markets, as well as the protection of people and their property from aggression of others. Moreover, on their list, Gwartney and Lawson include the guarantee of a good quality of money¹⁷. These authors separate economic freedom from political freedom and civil liberties. According to them, political freedom is expressed in the ability to participate in political process and in the existence of democratic, fair and free elections. Civil liberties are, among others: freedom of press, freedom of assembly, freedom of religion, the right to a fair trial by court and rights to express one's views.

Polish doctrine defines the notion of economic freedom in various ways. Also, the subjective legal character of the principle is approached in several ways. According to A. Walaszek-Pyziół, the principle of economic freedom is the so-called public subjective right of a negative nature. This right is further supported by the general obligation of the state not to violate the freedom of activity of the receivers of this law in the field of business activity.¹⁸ Economic freedom in the objective view sets a number of liberties concerning launching, organizing and running a business activity. There is no need to argue over the fact that a legal guarantee for entrepreneurs granting them only the liberty of launching a business activity would be deprived of any sense, provided it was not followed by the possibility of the free organization and running of their enterprise. According to S. Biernat, economic freedom is a structure of proper legal order and expression of the presumption of liberty in launching and running activities by entrepreneurs, on the condition that there are no contrary views present in the precepts of law.¹⁹

Economic freedom from a legislative point of view is a kind of freedom under legal protection. According to S. Wronkowska and M. Zieliński, it creates a legal situation that occurs for subject "A" as a result of establishing a norm forbidding everybody, or some subjects of a different kind than subject "A", to realize activities encroaching upon the field of activities of the subject "A". To create a situation described as legally protected freedom for a given subject, it is necessary to indicate the following in legal regulations: first and foremost, the scope of affairs (field) in which interference is forbidden, then the subject whose

16 J. Gwartney, R. Lawson, J. Hall (ed.), *Economic Freedom of the World. 2011 Annual Report*, http://www.freetheworld.com/2011/reports/world/EFW2011_complete.pdf, [3.09.2012].

¹⁷ A. Walaszek-Pyziół, *Swoboda działalności gospodarczej*, Kraków 1994, p. 8 and following.

¹⁸ Ibidem; similar: W. Jakimowicz, *Publiczne prawa podmiotowe*, PiP 1999/1, p. 36 and following.

¹⁹ S. Biernat, *Podejmowanie i prowadzenie działalności gospodarczej – wolność gospodarcza de lege lata i de lege ferenda*, PPH 1994/9, p. 10.

affairs cannot be interfered with, thirdly, norm recipients, meaning the subjects that are bound not to interfere.²⁰

J. Grabowski perceives the principle of economic freedom as a legal structure that is a legal principle. This principle defines the assumption of the existence of freedom in the field of launching and running a business activity by an entrepreneur. It also defines the manifestation of freedom in the case when it is the state that interferes with the spheres of economic life. The principle of economic freedom defines the liberty of launching a business and choosing the place where this activity may be conducted, as well as the liberty of choosing the scope of the activity in question.²¹

Another view is presented by K. Pawłowicz, who claims that the constituents of the notion of economic freedom are property rights, personal freedoms, freedom to choose one's occupation, place of living, the right to entrepreneurship, the right to be equal in the face of law, the right to fair competition and the right to freedom of contracts.²²

C. Kosikowski mentions three properties of economic freedom that should be interpreted in relation to one another.²³ The first is the economic element, which is the condition for the functioning of market economy. This economy cannot function properly if it limits the right of supply and demand, property right and the right to fair competition at the same time. The second one is the political element, that is the exclusive linking of this principle with the principle of political freedom understood as the condition for its functioning. The legal element is the third part of this definition, for it is the legal norms that define the limits of economic freedom and its contents.

In K. Sobczak's opinion, the task of a legal system is to create such a construct of legal economic freedom that it would be possible to define its features, boundaries, as well as reasons and situations in which it would be possible to impose limitations upon this freedom.²⁴

According to K. Strzyczkowski, economic freedom does not mean the full right of entrepreneurs to self-determine themselves, but rather it defines a neutral principle which creates economy in a way that presupposes a cohesive relation

²⁰ S. Wronkowska, M. Zieliński, *Problemy i zasady redagowania tekstów prawnych*, Warszawa 1993, p. 43.

²¹ J. Grabowski, *Prawne granice wolności gospodarczej. Rozprawy z prawa cywilnego i ochrony środowiska*, Prace Naukowe Uniwersytetu Śląskiego 1992, No. 1298.

²² K. Pawłowicz, *Prawo i społeczeństwo obywatelskie*, Warszawa 1990, p. 103.

²³ C. Kosikowski, *Wolność gospodarcza w prawie polskim*, Warszawa 1995, p. 28.

²⁴ K. Sobczak, *Wolność gospodarcza w kręgu problemów konstytucyjnych*, PUG 1996/3.

occurring between private autonomy, pre-arranged liberty, property guarantee and the mechanism of competition.²⁵

One has to agree that taking the principle of economic freedom as both a subjective right and a legal principle is not contradictory. Additionally, they can be treated as complementary. As a principle, economic freedom is directed first and foremost at state authorities when dealing with the recipients of this law, whereas economic freedom in the subjective view defines the boundaries of rights that a legal subject is entitled to. It is fundamental for a complete objective analysis of this principle to provide methods and boundaries of limiting this principle that would not raise any doubts.²⁶

A. Powałowski is of the opinion that it is not possible to split the principles of economic freedom and of competition. The latter is understood as a subjective right shaped by the principles of functioning of competitive economy, in which the result achieved is deemed to be the main verifying factor. This result is perceived in the economic aspect of the business activity run by a given person. However, the perception of the principle of economic freedom should also take into consideration other factors, both of ethical and moral nature.²⁷ These criteria, which should be taken into consideration when running a business activity based on the principle of economic freedom, are the ethical-moral norms. The term “social” indicates that it is an economic system that, first, accepts market economy and, second, controls the course of economic processes so that social demands may be fulfilled. Social economy is different from market economy in that it rejects the extremities of the latter, allows for state interference into economy and assumes the evaluation of economic relations on the basis of the principle of social equality.²⁸

4. Limitations to Economic Liberty

Contemporary conditions of the principle of economic freedom in the Constitution, regarded as only a one of the constituents of the social market economy, based on the art. 20 of the Constitution of the Republic of Poland, state that this principle cannot be considered to be an absolute and inviolable rule. Still, the attempts at limiting it should remain in line with the regulations stated in art. 22

²⁵ K. Strzyczkowski, *Kilka uwag o istocie i granicach wolności gospodarczej*, [in:] *Granice wolności gospodarczej w systemie społecznej gospodarki rynkowej. Księga jubileuszowa z okazji 40-lecia pracy naukowej prof. dr. hab. Jana Grabowskiego*, Katowice 2004, p. 288.

²⁶ A. Powałowski, *Wolność gospodarcza a konkurencja*, [in:] *Granice wolności...*, op.cit., p. 204; also: Idem, *Leksykon prawa gospodarczego publicznego*, Warszawa 2009, p. 312 and following.

²⁷ Constitution of the Republic of Poland from April 2nd, 1997 (Dz.U. from 1997, No. 78, pos. 483, with later amendments).

²⁸ W. Skrzydło, *Polskie prawo konstytucyjne*, Lublin 1998, p. 157-158.

of the Constitution.²⁹ This article states that limitations to freedom of business activity are possible only on the basis of a specific statute and only when the good of the public interest is at stake. Undoubtedly, the freedom the entrepreneur enjoys should constitute the general principle, whereas limitations and prohibitions should be the exceptions. In the face of limitations there can be no assumptions, for they have to be explicitly normalized by a legal act. All doubts that may arise should be therefore in every case ruled in favour of the liberty of the entrepreneur³⁰. In art. 22, the Constitution defines two factors that must exist simultaneously in order for the government to be able to introduce any form of limitations upon economic freedom. Firstly, the necessity of the existence of the legal path, and secondly, the limitation of freedom may occur only when it stems from the fact that the good of the public interest may be endangered.³¹

In the view of rulings of the Constitutional Tribunal, legal regulation is the only possible way of imposing limitations of freedom. The Constitution explicitly prohibits spontaneous, that is, not supported by a proper statute, imposing of limitations by legal acts that are not of statutory significance.³² Moreover, the Constitutional Tribunal has designed the standards for evaluating the imposed limitations, i.e. the efficiency of regulation, the necessity of the regulation aimed at protecting the public interest, and the range of effects in relation to the burdens imposed on the subjects. As far as the second criterion is concerned, that is, the premise of the importance of the public interest, the ruling of the Supreme Court from November 19, 1993 becomes real, since, according to that ruling, there is no principle of precedence of general interest over individual interest. It is a manifestation of a situation in which, in every case, the existing authority is to state what the general (public) interest in question is, and prove that it is of such significance that it categorically requires limiting the rights of the individuals. The existence of such an interest and its significance, as well as the reasons for demanding that the public interest be set above the interests of the individual are usually dependent on thorough administrative and judicial control, especially when it comes to proving that it is beneficent for the public interest to limit the property rights indicated by the Constitution of the Republic of Poland.³³

It is necessary to normalize art. 31 of the Constitution for a complete analysis and explanation of notion of an important public interest regarded as a condition for limiting economic freedom. This article establishes the areas that

²⁹ A. Chmielarz, *Ograniczenia wolności...*, op.cit., p. 24-25.

³⁰ Order of 7 judges of Supreme Court from January 10th, 1990, III CZP 97/89, OSN 1990, pos. 74, p. 6.

³¹ A. Chmielarz, *Ograniczenia wolności...*, op.cit., p. 27 and following.

³² Order of Constitutional Tribunal from February 12th, 1991, K. 6/90, OTK 1991, p. 22.

³³ Verdict of the Supreme Court from November 18th, 1993, III ARN 49/93, OSNC 1994/9/181.

are under specific protection of the state, among others: security, public order, environment, health, public morality, as well as the liberties and rights of other people. One should believe that it is possible to use the regulations that limit the principle of economic freedom only in those areas which are protected and stipulated in the Constitution for the public sphere. Additionally, a crucial factor for the joint interpretation of the constitutional conditions of limiting economic freedom is the inclusion of the so called principle of proportion, which means that while aiming at fully achieving the goal, one should impose such limitations on economic freedom that are the least restrictive.

In Polish legislature, apart from the acts discussed above that delineate the boundaries of freedom of entrepreneurship, there are also other norms restricting economic freedom that have significant impact when it comes to their effectiveness, among others: the statute from April 16, 1993 on fighting unfair competition;³⁴ the statute from December 15, 2000 on protection of competition and consumers;³⁵ the statute from August 21, 1997 on limiting running business activity by people serving in public office³⁶; the statute from July 31, 1981 on salaries for people working for the state in managerial positions (the so called chimney bill)³⁷.

5. Implementing the Principle of Economic Freedom

The principle of economic freedom in the subjective view is used in relation to entrepreneurs,³⁸ as understood in SDGU, that is, the subjects indicated in the statute – natural persons, legal persons and organizational units which are not a legal person and which are granted legal capacity – running a business activity on their own behalf, including partners in civil companies, as far as running their business activity is concerned.³⁹ However, one also has to assume that a much more reliable indicator that allows to define the subjective field is the objective view which addresses the features of business activity as understood in SDGU, as

³⁴ Bill from April 16th, 1993 on fighting unfair competition (Dz.U. from 2003, No. 153, pos. 1503, with later amendments).

³⁵ Bill from December 15th, 2000 on protection of competition and consumers (Dz.U. from 2007, No. 50, pos. 331, with later amendments).

³⁶ Bill from August 21st, 1997 on limiting running business activity by people serving in public functions (Dz.U. from 1997, No. 106, pos. 679, with later amendments).

³⁷ Bill from July 31st, 1981 on salaries for people on state directorial positions (Dz.U. from 2000, No. 26, pos. 306, with later amendments).

³⁸ M. Szydło, *Nadużywanie pozycji dominującej w prawie konkurencji*, Warszawa 2010, p. 11 and following.

³⁹ Bill from July 2nd, 2004 on the freedom of business activity (Dz.U. from 2007, No. 155, pos. 1095, with later amendments), art. 4; similar: C. Kosikowski, *Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. Komentarz*, Warszawa 2011, p. 41-56.

a gainful manufacturing, constructional, trading and service activity, as well as searching, identifying and extracting natural resources from ore deposits, and professional activity performed in an organized and continuous manner.⁴⁰ As a result, each subject performing an economic activity depends on the constitutional normalization of the regulation of the principle of economic freedom. State and other public entities are obliged by the constitutional principle of economic freedom which prohibits limiting or exclusion of economic freedom in the cases which are not based upon important public interest that takes into account the principle of proportion. This statement is implicit in the nature of the rights of economic freedom, which at the same time demonstrates the limitations imposed upon the powers of the state and ensures a space of freedom for its entities (entrepreneurs).

As was stated by the Constitutional Tribunal,⁴¹ the principle of freedom of business activity – viewed subjectively – does not apply in similar scope in relation to all subjects really involved in running this type of activity. The phrase used in art. 20 and art. 22 of the Constitution, “freedom of business activity,” is the result of activity of individuals (natural persons) and “non-state-controlled” institutions that have the possibility of making independent decisions as far as participation in economic life is concerned, as well as the area and scope of this participation, especially the potential free initiation of various effective and legal actions that are contained within the framework of running a business activity. This perspective takes into account natural persons and other subjects who use rights and freedoms that all men and citizens are entitled to.

The principle of economic freedom cannot be used in relation to the state and other public institutions, which may directly participate in or indirectly influence the economy, but their activity should be subjected to an entirely different set of rules than the activity of private subjects. The state and other public institutions (including public authorities) cannot be the recipients of rights derived on the basis of the constitutional guarantee of the freedom of business activity. This stems from the fact that the state can only be the subject obliged to respect the rights of the individuals and other subjects from outside of the “public sector.” The state cannot be obliged to itself or any other organizational units on the basis of the Constitution alone. The principle of the freedom of business activity included in the Constitution cannot result in any form of authorisation for the public institutions in relation to the state itself, especially when it comes to the demand to withhold interference. These institutions perform their duties on the basis of the given statute. Therefore,

⁴⁰ Bill from July 2nd, 2004 on the freedom of business activity (Dz.U. from 2007, No. 155, pos. 1095, with later amendments), art. 2; similar: C. Kosikowski, *Ustawa o swobodzie...*, op.cit., p. 15-37; P. Wrześniewski, *Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. Komentarz*, Warszawa 2010, p. 19-24.

⁴¹ Order of Constitutional Tribunal from May 7th, 2001, OTK 2001/4/82.

in the subjective view, all state organizational units, in the broadest meaning of this term, are not the recipients of the constitutional guarantee of freedom of business activity.

The state cannot freely shape its participation (or relinquish the participation altogether) in the sphere of economic life. First and foremost, art. 20 of the Constitution indicates that any case of the state or its institutions running a business activity should be considered an exception. Due to the current situation, founded upon the assumptions of the previous economic formation, this hypothesis has not been confirmed as of yet. On the other hand, the act of the state running a business activity should be justified by the realization of other values included in the Constitution, primarily the maintaining of the social character of national economy and balanced development (art. 5 of the Constitution). Thirdly, the activity run by the state cannot abuse the main principle of market economy – freedom of free competition. This principle is mostly concerned with the ban which prevents state subjects from taking precedence. It is directly linked to the ban on any kind of discrimination against non-state-controlled subjects in this field. Fourthly, the principle of social market economy posits that the state and other public institutions, in their relations with the subjects from the private sector (in external relations, from the point of view of the public institutions), should run their own activity according to the form and principles adopted by the market. If the state indirectly or directly participates in the economic life in the form of cooperation with private subjects and allows for such cooperation in accordance with the rules of the private law, then it should abide by the rules applying to the private subjects in the case of such form of cooperation.

In the objective view, the principle of economic freedom defines the notion whose scope encompasses a large portion of rights and freedoms granted the subjects participating in economic turnover. It is possible to distinguish between four areas of economic freedom:

- 1) organizational freedom, i.e. the liberty to choose the legal-organizational form in which a given subject wishes to participate in economic turnover in an active manner;
- 2) freedom of management, i.e. the liberty in the sphere of looking after various affairs and representing a given subject;
- 3) freedom of initiating market activities;
- 4) legal protection of the existence of the entrepreneur, namely, the regulations that protect entrepreneurs (for example, the ones contained in the Civil

Code,⁴² the statute on combating unfair competition or the law on industrial property⁴³).

All of the aforementioned areas of freedom are limited by the norms that introduce rationing in accordance with the principles enumerated in art. 22 of the Constitution.⁴⁴ This means that the boundaries of economic freedom are varied. It would be possible to enumerate examples of business activities (banking, insurance, utilities), where the law in various degrees limits the free choice as far as the decisions pertaining to the founding, progress and concluding of a business activity are concerned. Economic freedom in the legal sense includes the freedom to take actions which are legally relevant and legally permissible that are aimed at attaining the powers resulting from this subjective right within the bounds set by law (art. 6 SDGU). The way in which individuals understand the boundaries of economic freedom is the basis for recognition of economic freedom as a set of values (individual rights) that enter a cause-and-effect relationship with economic activity.

By dividing the notion of economic freedom into units we can distinguish the following liberties:

- freedom of choice of the subject of business activity,
- freedom of choice of the organizational form of business activity,
- freedom of choice of the material means for launching such an activity,
- freedom in the field of launching a business activity on one's own or with the assistance of employees,
- freedom of purchasing and providing goods and services, freedom of signing contracts, freedom of setting prices, freedom of competing,
- freedom of choosing the concept and program of the management plan,
- freedom of choosing the place for running the business activity.⁴⁵

⁴² Bill from the April 23rd, 1964 – Civil code (Dz.U. from 1964, No. 16, pos. 93, with later amendments); similar: K. Czajkowska-Matosiuk, *Prawo gospodarcze i spółek*, Warszawa 2011, p. 74-78.

⁴³ Bill from June 30th, 2000 – Law on industrial property (Dz.U. from 2003, No. 119, pos. 1117, with later amendments).

⁴⁴ K. Strzyczkowski, *Prawo gospodarcze...*, op.cit., p. 91-92.

⁴⁵ Por. A. Powałowski, *Wolność gospodarcza...*, op.cit., p. 202; also: M. Zdyb, *Prawo działalności gospodarczej. Komentarz do ustawy z dnia 19 listopada 1999 r.*, Kraków 2000, p. 71 and following; H. Gronkiewicz-Waltz, M. Wierzbowski (ed.), *Prawo gospodarcze. Zagadnienia administracyjnoprawne*, Warszawa 2007, p. 251.

6. Final Remarks

To sum up, in order to provide as broad a scope of economic freedom as possible, the state must, on the one hand, create the institutional frames necessary for its protection, and on the other, not to limit it by itself.

The protection of economic freedom is mostly the concern for law and order. We are dealing with law and order when the law is obeyed by everyone, including the authorities. According to L. Balcerowicz, “in order for it to become reality, the law must be consistent, for otherwise the act of obeying certain regulations will automatically lead to breaking others.”⁴⁶ Moreover, law cannot demand the impossible, and also, it has to be as stable as possible and facilitate open access to relevant information for everybody. Finally, it has to apply to all citizens to the same extent. The indispensable condition for law and order is also the efficient and just law enforcement.

When considering economic turnover, despite the economic changes that have been occurring for over twenty years, the key statute on the freedom of business activity (SDGU) from July 2, 2004, still contains important elements of excessive rationing of business activity which lead to limitation of this freedom. By normalizing the principle that launching and running a business activity is legal, it very broadly indicates the fields which require one to obtain concession, permission or entry in the so-called register of regulated activity.⁴⁷ Thus, it is possible to agree with the statement that *de lege lata* the principle of economic freedom is generally not fully realized. It is the result of, among others, the constitutional forms of regulation which regard the principle of economic freedom as only one of the elements of the system of social market economy, based on art. 20 of the Constitution, rather than of the economic system of the state, as it was considered, for example, on the grounds of art. 6 of the July Constitution after changes in 1989.⁴⁸ *De lege ferenda*, one should take into consideration the possibility of reinstating the proper place for the principle of economic freedom by precise normalizing of the Constitution, stating that economic freedom forms the basis for the economic system of the state, at the same time ensuring, at the constitutional level, proper mechanisms for its protection.⁴⁹

A broad scope of economic freedom spurs a rapid and long-term development. Specifically, it introduces stimuli for efficient acting – the society

⁴⁶ P. Opala, A. Rzońca, *Ile wolności gospodarczej?*, „Zeszyty FOR”, No. 6, 2008-11-18, http://www.for.org.pl/upload/File/zeszyty/Zeszyt_Ile_wolnosci_gospodarczej_Opala.pdf [10.09.2011]. Tran. of the citation by R.M.

⁴⁷ M. Zdyb, *Wspólnotowe i polskie publiczne prawo gospodarcze. Tom II*, Warszawa 2008, p. 332.

⁴⁸ J. Ciapała, *Konstytucyjna wolność działalności gospodarczej w Rzeczypospolitej Polskiej*, Szczecin 2009, p. 35.

⁴⁹ G. Michniewicz, *Prawo w działalności gospodarczej*, Bydgoszcz 2011, p. 35-40.

acquires more wealth by means of using one's talents and one's industriousness; the best one wins, the one who is able to satisfy the needs of others in the best and cheapest way. It influences the innovativeness of economy – introduction of new, more efficient methods of production is one way of opposing competition. It influences the increase in cost-effectiveness of investments – assuring people that they will not have to share any benefits of such investments with people who did not participate in the costs. Also, it facilitates financing of profitable projects – by eliminating inefficient businesses from the market, it improves the capability of the economy to make profits. Last but not least, it ensures a high level of employment – the possibility of living at someone else's expense is limited.

It has to be stressed again that economic freedom is not identical with lawlessness. The freedom of an individual in his or her attempts at realizing one's own economic goals cannot violate laws (and liberties) of others. Freedom of enterprise requires regulations ensuring, for example, private property⁵⁰ and the reliability of contracts. Without them, entrepreneurs cannot make any free economic decisions.

⁵⁰ H. Gronkiewicz-Waltz, M. Wierzbowski, R. Kaszubski, K. Glibowski, *Regulacja publicznoprawna rynku finansowego*, [in:] H. Gronkiewicz-Waltz, M. Wierzbowski (ed.), *Prawo gospodarcze...*, op.cit., p. 449.

Wykaz skrótów:

§ 1. Źródła prawa

BGB - Bürgerliches Gesetzbuch
GNU - Ustawa o gospodarce nieruchomościami
KC - Kodeks cywilny
KH - Kodeks handlowy
KK - Kodeks karny
KKS - Kodeks karny skarbowy
KKW - Kodeks karny wykonawczy
KM - Kodeks morski
KPA - Kodeks postępowania administracyjnego
KPC - Kodeks postępowania cywilnego
KPK - Kodeks postępowania karnego
KRO - Kodeks rodzinny i opiekuńczy
KRSU - Ustawa o Krajowym Rejestrze Sądowym
KSH - Kodeks spółek handlowych
KSSCU - Ustawa o kosztach sądowych w sprawach cywilnych
KW - Kodeks wykroczeń
KWHU - Ustawa o księgach wieczystych i hipotece
KZ - Kodeks zobowiązań
OKiKU - Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów
PrASC - Prawo o aktach stanu cywilnego
PrAutU - Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych
PrBank - Prawo bankowe
PrCzek - Prawo czekowe
PrPM - Prawo prywatne międzynarodowe
PrPostUkł - Prawo o postępowaniu układowym
PrPW - Prawo o publicznym obrocie papierami wartościowymi
PrRzecz - Prawo rzeczowe
PrUp - Prawo upadłościowe
PrUpNaprz - Prawo upadłościowe i naprawcze
PrWeksl - Prawo wekslowe
SDGU - Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej
ZGB - Zivilgesetzbuch
ZNKU - Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji
(itp.)

§ 2. Czasopisma

Dz.U. - „Dziennik Ustaw”
Dz. Urz. UE - „Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej”
KPP - „Kwartalnik Prawa Prywatnego”
KPPub - „Kwartalnik Prawa Publicznego”
M.P. - „Monitor Polski”
MoP - „Monitor Prawniczy”
MoPod - „Monitor Podatkowy”

MSiG - „Monitor Sądowy i Gospodarczy”
NP - „Nowe Prawo”
OG - „Orzecznictwo Gospodarcze”
ONSA - „Orzecznictwo Naczelnego Sądu Administracyjnego”
OSA - „Orzecznictwo Sądów Apelacyjnych”
OSG - „Orzecznictwo Sądów Gospodarczych”
OSN - „Orzecznictwo Sądu Najwyższego”
OSP - „Orzecznictwo Sądów Polskich”
OSPiKA - „Orzecznictwo Sądów Polskich i Komisji Arbitrażowych”
OTK - „Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego”
PiP - „Państwo i Prawo”
PiZS - „Praca i Zabezpieczenie Społeczne”
PN - „Przegląd Notarialny”
PPH - „Przegląd Prawa Handlowego”
PPUW - „Przegląd Prawniczy Uniwersytetu Warszawskiego”
ProkiPr - „Prokuratura i Prawo”
PS - „Przegląd Sądowy”
PrSp - „Prawo Spółek”
PUG - „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego”
RPEiS - „Ruch Prawniczy Ekonomiczny i Socjologiczny”
RPIE - „Ruch Prawniczy i Ekonomiczny”
SC - „Studia Cywilistyczne”
SIS - „Studia Iuridica Silesiana”
SP - „Studia Prawnicze”
TPP - „Transformacje Prawa Prywatnego”
Woj.Dz.Urz. - „Wojewódzki Dziennik Urzędowy”
ZNPGiH - „Zeszyty Naukowe Prawa Gospodarczego i Handlowego”
ZNUGd - „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Gdańskiego”
ZNUJ - „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego”
ZNUŁ - „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Łódzkiego”
ZNUŚ - „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Śląskiego”
ZNUWr - „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Wrocławskiego”
(itp.)

§ 3. Instytucje

BGH - niemiecki Federalny Sąd Najwyższy
ETS - Europejski Trybunał Sprawiedliwości
KDPW - Krajowy Depozyt Papierów Wartościowych
MTS - Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości
NBP - Narodowy Bank Polski
NRA - Naczelna Rada Adwokacka
NSA - Naczelny Sąd Administracyjny
ONZ - Organizacja Narodów Zjednoczonych
ORA - Okręgowa Rada Adwokacka
PBN - Państwowe Biuro Notarialne
RM - Rada Ministrów

ROIRP - Rada Okręgowej Izby Radców Prawnych
SA - Sąd Apelacyjny
SN - Sąd Najwyższy
SN(7) - Sąd Najwyższy w składzie siedmiu sędziów
SN(PS) - Sąd Najwyższy w pełnym składzie
SO - Sąd Okręgowy
SPI - Sąd Pierwszej Instancji
SR - Sąd Rejonowy
TK - Trybunał Konstytucyjny
UE - Unia Europejska
UKIE - Urząd Komitetu Integracji Europejskiej
UNIDROIT - Międzynarodowy Instytut Unifikacji Prawa Prywatnego
UOKiK - Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów
UPRP - Urząd Patentowy RP
WSA - Wojewódzki Sąd Administracyjny
(itp.)

§ 4. Inne skróty

art. - artykuł
ew. - ewentualnie, ewentualny
EZIG - europejskie zgrupowanie interesów gospodarczych
i n. - i następne
itd. - i tak dalej
itp. - i tym podobne
j.g.u. - jednostka gospodarki uspołecznionej
m.in. - między innymi
np. - na przykład
nr - numer
p. - *page* (teksty w językach angielskim i francuskim)
pkt - punkt
poz. - pozycja
S. - *Seite* (teksty w języku niemieckim)
s. - strona (strony)
S.A. - spółka akcyjna
s.c. - spółka cywilna
S.E. - *Societas Europaea* (europejska spółka akcyjna)
S.K.A. - spółka komandytowo-akcyjna
sp. z o.o. - spółka z ograniczoną odpowiedzialnością
sp.j. - spółka jawna
sp.k. - spółka komandytowa
sp.p. - spółka partnerska
ust. - ustęp
wyr. - wyrok
(itp.)