

Piotr Bielski

Przedsiębiorstwo większych rozmiarów w kodeksie spółek handlowych (cz. I)

I. Zagadnienia wprowadzające

Kodeks spółek handlowych¹ zrezygnował z wymogu prowadzenia przedsiębiorstwa zarobkowego w większym rozmiarze jako cechy konstrukcyjnej handlowych spółek osobowych, obowiązującej pod rządami kodeksu handlowego². Na podstawie kolejnych wersji projektu ustawy – Prawo spółek handlowych, publikowanych w czasopiśmie prawniczych, można zorientować się, że powyższa decyzja nie zapadła od razu. Dopiero w drugiej wersji projektu ustawy pominięto wymóg prowadzenia przez handlową spółkę osobową przedsiębiorstwa zarobkowego w większym rozmiarze³. Ostatecznie zatem w kodeksie spółek handlowych odzruciono wskazaną cechę konstrukcyjną handlowych spółek osobowych⁴.

¹ Ustawa z dnia 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych (Dz.U. Nr 94, poz. 1037 ze zm.).

² Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 27 czerwca 1934 r. – Kodeks handlowy (Dz.U. Nr 57, poz. 502 ze zm.).

³ Zob. S. Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, *Ustawa – Prawo spółek handlowych. Projekt z 20 maja 1998 r. Uzasadnienie projektu ustawy*, Studia Prawnicze 1998, nr 1-2 (art. 6, 22 i 23 projektu ustawy, a także s. 151 i nast.); S. Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, *Ustawa – Prawo spółek handlowych. Projekt z 31 marca 1999 r. Uzasadnienie projektu ustawy*, Studia Prawnicze 1999, nr 1-2 (art. 22 projektu ustawy, a także s. 152-153 oraz s. 163), powoływany dalej jako Projekt z 1999 r.

⁴ Zob. art. 22 § 1, 86 § 1, 102 i 125 k.s.h.

Wobec tego, że decyzje w sprawie omawianej regulacji zmieniały się w toku prac koncepcyjnych, interesująca powinna być analiza argumentacji autorów projektowanych przepisów, przemawiającej za przyjętym rozwiązaniem. Wynika z niej, że cechą konstrukcyjną handlowych spółek osobowych – zakładającą wymóg prowadzenia przedsiębiorstwa zarobkowego w większym rozmiarze – porzucono, gdyż w praktyce obrotu gospodarczego okazała się nieprzydatna, a przy tym ograniczająca swobodę wyboru formy spółki handlowej przez podejmujących działalność gospodarczą⁵. Wydawałoby się, że w przedstawionej sytuacji jest oczywiste, iż rozstanie z tak krytycznie ocenianą powołaną cechą handlowych spółek osobowych będzie stanowcze i definitywne. W związku z takim uzasadnieniem ze zdumieniem należy odnotować, że w art. 26 § 4 k.s.h. pojawił się jednak termin „przedsiębiorstwo większych rozmiarów”. Pełnić miał on jednak wyłącznie funkcję wymuszającą na spółkach cywilnych, o których mowa w tym przepisie, dokonanie wpisu do rejestru przedsiębiorców, w wyniku czego spółki te miały stać się spółkami jawnymi⁶. Jak więc widać, ustawodawca okazał się niekonsekwentny, skoro negatywnie oceniając funkcjonowanie dotychczasowych cech konstrukcyjnych handlowych spółek osobowych, wyeliminował wymóg prowadzenia przedsiębiorstwa w większym rozmiarze z tych cech, a jednocześnie wprowadził go do art. 26 § 4 k.s.h. Należałoby zatem chyba przyjęć, że mimo odmiennych deklaracji ustawodawca dostrzegł jednak jakąś (choćby ograniczoną) przydatność pojęcia przedsiębiorstwa w większym rozmiarze w prawie spółek handlowych. Zagadnienie to wymaga pogłębionej refleksji.

W niniejszym opracowaniu przedstawiona zostanie analiza regulacji art. 26 § 4 k.s.h., mająca na celu wskazanie konsekwencji rezygnacji z wymogu prowadzenia przedsiębiorstwa w większym rozmiarze jako cechy konstrukcyjnej handlowych spółek osobowych, ocenę uzasadnie-

⁵ Tak S. Sołtysiński, *Założenia projektu ustawy – Prawo spółek handlowych, dotyczące spółek osobowych*. [w:] *Księga Pamiątkowa dla uczczenia pracy naukowej Profesora Kazimierza Kruczalaka*, Gdańskie Studia Prawnicze 1999, t. V, s. 396.

⁶ S. Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, *Projekt z 1999 r.*, s. 163; S. Sołtysiński, [w:] S. Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwa-
ja, *Kodeks spółek handlowych*, t. I, *Komentarz do artykułów 1-150*, Warszawa 2001, s. 261.

nia dla wprowadzenia powołanego wyżej przepisu do kodeksu spółek handlowych przy jednoczesnym porzuceniu wymogu prowadzenia przedsiębiorstwa w większym rozmiarze jako cechy konstrukcyjnej handlowych spółek osobowych, ocenę samej regulacji art. 26 § 4 k.s.h. oraz konsekwencji wynikających z unormowania tej materii w nowym prawie spółek handlowych.

II. Konsekwencje rezygnacji z wymogu prowadzenia przedsiębiorstwa w większym rozmiarze jako cechy konstrukcyjnej handlowych spółek osobowych

Zasadnicze znaczenie dla rozważań przewidzianych w niniejszym opracowaniu ma ustalenie, czy rzeczywiście uzasadniona była rezygnacja z wymogu prowadzenia przedsiębiorstwa w większym rozmiarze jako cechy konstrukcyjnej handlowych spółek osobowych. Jak wskazano wyżej, uzasadnieniem dla rezygnacji z omawianej cechy miało być uznanie jej za nieprzydatną, ograniczającą swobodę wyboru formy spółki handlowej przez podejmujących działalność gospodarczą. Przyjrzyjmy się zatem bliżej, na czym miałyby polegać owo ograniczanie przy istnieniu wskazanej cechy konstrukcyjnej, a ponadto jakie konsekwencje powoduje rezygnacja z wymogu prowadzenia przedsiębiorstwa w większym rozmiarze przez handlowe spółki osobowe. Wtedy także możliwe stanie się udzielenie odpowiedzi na pytanie o przydatność kryterium przedsiębiorstwa w większym rozmiarze jako cechy konstrukcyjnej handlowych spółek osobowych.

Istotę prowadzenia przedsiębiorstwa zarobkowego w większym rozmiarze jako realizację koncepcji legislacyjnej kupca rejestrowego przedstawiłem w innym miejscu⁷, nie ma więc potrzeby omawiania tej kwestii w niniejszym opracowaniu. Odsyłając zainteresowanych do publikacji poświęconej tej tematyce, można skoncentrować się na wskazaniu konsekwencji wynikających z rezygnacji z wymogu prowadzenia przedsiębiorstwa w większym rozmiarze jako cechy konstrukcyjnej handlowych spółek osobowych.

Pierwszym zagadnieniem zasługującym na zainteresowanie jest analiza cechy konstrukcyjnej handlowych spółek osobowych w postaci wymogu

⁷ Zob. P. Bielski, *Podstawy organizacji i funkcjonowania rejestru przedsiębiorców – zagadnienia wybrane*, Rejent 2000, nr 2, s. 30-34.

prowadzenia przedsiębiorstwa pod rządami kodeksu spółek handlowych na przykładzie regulacji spółki partnerskiej. Z art. 22 § 1, art. 86 § 1, art. 102 oraz art. 125 k.s.h. wynika, że każda z handlowych spółek osobowych zawiązywana jest w celu prowadzenia przedsiębiorstwa. O ile w odniesieniu do spółki jawnej, komandytowej i komandytowo-akcyjnej kwestia ta *prima facie* nie budzi co do zasady wątpliwości, o tyle w stosunku do spółki partnerskiej wydaje się niezrozumiała. Jeżeli spółkę partnerską zawiązać mogą tylko osoby fizyczne uprawnione do wykonywania wolnego zawodu, a jej celem ma być wyłącznie wspólne wykonywanie tego zawodu, to należy zapytać, w jaki sposób wspólne wykonywanie wolnego zawodu można uznać za prowadzenie przedsiębiorstwa. W okresie międzywojennym między wykonywaniem (choćby wspólnym) wolnego zawodu a prowadzeniem przedsiębiorstwa różnicę dostrzegały nie tylko przepisy prawa przemysłowego⁸, ale także przepisy kodeksu handlowego. Prowadzącymi przemysł mogli być zatem zarówno podejmujący zatrudnienie zarobkowe (w tym wykonujący wolne zawody), jak i prowadzący przedsiębiorstwa (art. 1 pr. przemysł.). Zatrudnienie zarobkowe charakteryzowało się wyłącznie osobistym dokonywaniem czynności związanych bezpośrednio z prowadzoną działalnością gospodarczą. Nawet jeśli obok wykonującego zatrudnienie zarobkowe w jego działalności występowały inne osoby (co było np. charakterystyczne dla wykonujących wolne zawody), to stanowiły one wyłącznie personel pomocniczy. Personel taki tworzyły zarówno osoby prowadzące biuro wykonującego wolny zawód, jak i osoby, które odbywały praktykę zawodową przygotowującą do przyszłego wykonywania wolnego zawodu – aplikanci. Prowadzenie przedsiębiorstwa wymagało natomiast zorganizowania zespołu składników materialnych i niematerialnych (w tym także zatrudnienia pracowników), w oparciu o które możliwa stałaby się realizacja określonych zadań gospodarczych. Chociaż osobiste zaangażowanie prowadzących przedsiębiorstwo w prowadzenie działalności gospodarczej nie było wykluczone, sprowadzało się jednak nie tyle i nie tylko do osobistego dokonywania czynności związanych bezpośrednio z prowadzoną działalnością gospodarczą, lecz raczej organizowania, zarządzania, nadzorowania i oczywiście reprezentacji w stosunkach zewnętrznych. Z kolei ko-

⁸ Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 7 czerwca 1927 r. o prawie przemysłowym (Dz.U. Nr 53, poz. 468 ze zm.).

deks handlowy przesądzał, że kupcem jest wyłącznie ten, kto prowadzi we własnym imieniu przedsiębiorstwo zarobkowe (art. 2 § 1 k.h.). Wynikało z tego, że wykonujący zatrudnienie zarobkowe (wykonujący wolny zawód) nie mógł być uznany za kupca, gdyż nie prowadził przedsiębiorstwa (art. 3 k.h.). Jeżeli w art. 86 § 1 k.s.h. ustawodawca przewiduje, że spółka zawiązana w celu wspólnego wykonywania wolnego zawodu prowadzi przedsiębiorstwo, to z punktu widzenia zasadniczych różnic między zatrudnieniem zarobkowym (wykonywaniem wolnego zawodu) a prowadzeniem przedsiębiorstwa jest to rozwiązanie całkowicie niezrozumiałe. Oznacza bowiem zrównanie tych pojęć przez ustawodawcę, co w okresie międzywojennym było nie do pomyślenia, natomiast nie jest wykluczone pod rządami prawa działalności gospodarczej, a także kodeksu cywilnego. W konsekwencji dochodzimy do wniosku, zgodnie z którym obecnie co do zasady za przedsiębiorców uznać należy nie tylko prowadzących przedsiębiorstwo, ale także wykonujących zatrudnienie zarobkowe, w tym wolny zawód⁹. Wygląda na to, że kodeks spółek handlowych, posługując się w art. 22 § 1, art. 86 § 1, art. 102 oraz art. 125 określeniem „prowadzi przedsiębiorstwo” rozumie je diametralnie odmiennie niż to miało miejsce w okresie międzywojennym. Ta odmienność nie ma przy tym – w mojej ocenie – żadnego merytorycznego uzasadnienia, a zatem należy ją uznać za wadliwą z powodów, o których będzie mowa niżej. Wskazany sposób rozumienia pojęcia prowadzenia przedsiębiorstwa jako synonimu pojęcia prowadzenia działalności gospodarczej (w obu jej wymienionych wyżej postaciach) powoduje jednak, że przepisy prawa dawniej dotyczące tylko kupców rejestrowych, teraz objęły także nie tylko dawnych kupców nierejestrowych, ale ponadto w ogóle niekupców (!). Dodajmy: chodzi tutaj o przepisy nakładające (w interesie uczestników obrotu gospodarczego – ich kontrahentów) szereg mniej czy bardziej uciążliwych dla przedsiębiorców obowiązków.

Z omówioną wyżej specyfiką regulacji spółki partnerskiej jako spółki handlowej prowadzącej przedsiębiorstwo wiąże się druga kwestia, istotna dla oceny uzasadnienia rezygnacji w kodeksie spółek handlowych z cechy konstrukcyjnej handlowych spółek osobowych w postaci wymogu pro-

⁹ Zob. art. 43¹ k.c. Chaosu terminologicznego dopełnia fakt, że z przepisów szczególnych wynikają wyłączenia poszczególnych wolnych zawodów spod pojęcia przedsiębiorcy, określonego w art. 2 ust. 2 p.d.g.

wadzenia przedsiębiorstwa w większym rozmiarze. W okresie międzywojennym prowadzący przemysł, ale nie prowadzący przedsiębiorstwa nie był kupcem, a zatem nie obejmowały go obowiązki przewidziane w przepisach prawa handlowego (w tym w szczególności w zakresie znajomości zwyczajów handlowych, domniemań związanych z zapewnieniem bezpieczeństwa obrotu w stosunku do jego uczestników wchodzących w stosunki prawne z kupcami, staranności sumiennego kupca, zob. np. art. 1, 498, 500 i 501 k.h.). Chociaż odrębności między wykonującymi zatrudnienie zarobkowe (niekupcami) a prowadzącymi przedsiębiorstwa zarobkowe (kupcami) były dostatecznie duże, to jednak ustawodawca przedwojenny na tym nie poprzestawał. W kodeksie handlowym obok pojęcia kupca pojawiło się bowiem pojęcie kupca rejestrowego (prowadzącego przedsiębiorstwo zarobkowe w większym rozmiarze, art. 4 § 1 k.h.). Wymienione wyżej cechy prowadzących przedsiębiorstwa były wspólne dla kupców i kupców rejestrowych, a jednak kodeks handlowy istotnie modyfikował zakresy praw i obowiązków wewnątrz regulacji prawa kupców. Tylko kupiec rejestrowy obowiązany był wpisać się do rejestru handlowego, mógł używać firmy, ustanawiać prokurę, dotyczył go obowiązek prowadzenia rachunkowości kupieckiej. Opisane zróżnicowanie sytuacji prawnej kupców i kupców rejestrowych nie było przypadkowe. Ustawodawcy przyświecała niezwykle pragmatyczna idea, polegająca na stopniowaniu praw i obowiązków podejmujących działalność gospodarczą ze względu na aktualne jej rozmiary i stopień organizacji. Podejmujący zatrudnienie zarobkowe nie był uważany za kupca, a tym samym nie można było nakładać na niego obowiązków charakterystycznych dla prowadzących przedsiębiorstwa. Ustawodawca pozostawiał początkującemu przemysłowcowi czas na okrzepnięcie działalności, bez nakładania na niego uciążliwych obowiązków związanych z występowaniem w obrocie gospodarczym i zapewniających bezpieczeństwo obrotu jego uczestnikom – kontrahentom takiego przemysłowca. Z chwilą, gdy działalność ta rozwinęła się i przybrała postać prowadzenia przedsiębiorstwa, ustawodawca modyfikował z mocy prawa status takiego uczestnika obrotu, czyniąc go kupcem, a zatem zobowiązując już do przestrzegania zwyczajów handlowych, a ponadto wskazując inne obowiązki. Jeżeli jednak następnie rozmiary prowadzonego przedsiębiorstwa przekroczyły ustalony próg, ponownie z mocy prawa kupiec taki

stawał się kupcem rejestrowym (prowadzącym przedsiębiorstwo zarobkowe w większym rozmiarze). Wszystkie powołane wyżej transformacje następowały bez udziału czynnika zewnętrznego, gdyż spełnienie przesłanek ustawowych dokonywało się w okolicznościach obiektywnych, faktycznych, bez żadnych działań ze strony organów państwa (np. wskazania konstytucyjnego obowiązku wpisu do rejestru przedsiębiorców¹⁰). Dzięki takiemu automatycznemu mechanizmowi zapewnione zostało elastyczne oddziaływanie systemu prawa na standardy prowadzenia działalności gospodarczej. Z chwilą, gdy kodeks spółek handlowych zrezygnował z odróżniania prowadzących przedsiębiorstwa od prowadzących je w większym rozmiarze, obowiązki wszystkich handlowych spółek osobowych zostały ukształtowane na stosunkowo wysokim poziomie (w okresie międzywojennym obowiązującym tylko kupców rejestrowych), bez względu na to, jakie są rozmiary prowadzonego przedsiębiorstwa i czy w ogóle z prowadzeniem przedsiębiorstwa w konkretnym przypadku mamy do czynienia. O spółce partnerskiej, która nie prowadzi w istocie żadnego przedsiębiorstwa, była już mowa. Warto wspomnieć także o braku swoistej taryfy ulgowej dla handlowych spółek osobowych, powstających dla realizacji małych, drobnych przedsięwzięć gospodarczych (prowadzenie przedsiębiorstwa w nie większym rozmiarze albo nieprowadzenie przedsiębiorstwa w ogóle). Obecnie wszystkie handlowe spółki osobowe mają obowiązek wpisu do rejestru przedsiębiorców i od razu traktuje się je jak pełnoprawnych (profesjonalnych) uczestników obrotu gospodarczego, choć brak jest do takiej kwalifikacji merytorycznych podstaw, szczególnie w początkowym okresie prowadzenia działalności gospodarczej, kiedy jej faktyczne rozmiary nie są jeszcze znaczące.

Pod rządami kodeksu handlowego podstawą wpisu do rejestru handlowego było prowadzenie przedsiębiorstwa w większym rozmiarze, co oznaczało, że działalność danego kupca wykraczała poza lokalny wymiar, a zatem wchodziła w obszar regulacji prawnej, gdzie obowiązują już inne standardy uczestnictwa w obrocie gospodarczym. Charakter stosunków handlowych kupca rejestrowego wymagał stworzenia wiarygodnego źródła

¹⁰ Działania organów państwa nastawione były na egzekwowanie wynikających z przepisów prawa konsekwencji uznania określonych kupców z mocy prawa za kupców rejestrowych; zob. w tej kwestii art. 11, 17 k.h., a także art. LXI-LXIV przepisów wprowadzających kodeks handlowy.

informacji o tym kupcu, stąd też obowiązek wpisu do rejestru handlowego i szeroki zakres danych ujawnianych w tym rejestrze, w szczególności obowiązek prowadzenia ksiąg handlowych, sporządzania bilansu oraz zgłaszania jego odpisu do rejestru handlowego. To właśnie dlatego spółka cywilna prowadząca przedsiębiorstwo, chociaż była kupcem¹¹, nie podlegała obowiązkowi wpisu do rejestru handlowego, nie dotyczył jej też obowiązek prowadzenia ksiąg handlowych, natomiast wszystkie wskazane obowiązki obejmowały spółkę jawną, potwierdzając, że istotną różnicą konstrukcyjną między spółką cywilną a spółką jawną jest właśnie rozmiar prowadzonego przedsiębiorstwa.

Kodeks spółek handlowych porzucił wymóg prowadzenia przedsiębiorstwa w większym rozmiarze jako cechy konstrukcyjnej handlowych spółek osobowych, co oznacza, że spółki te można tworzyć nawet dla prowadzenia przedsiębiorstwa w nie większym rozmiarze, a także – jak pokazał przykład spółki partnerskiej (i nie tylko) – w ogóle nie dla prowadzenia przedsiębiorstwa w rozumieniu przyjętym pod rządami kodeksu handlowego, natomiast art. 2 ust. 1 pkt 1 ustawy o rachunkowości¹² poddawał wszystkie spółki handlowe obowiązkowi prowadzenia ksiąg rachunkowych (handlowych), bez względu na progi przychodów osiągniętych przez przedsiębiorstwa tych spółek. Rozwiązanie takie nawiązywało wyraźnie (ale niekonsekwentnie) do regulacji obowiązującej pod rządami kodeksu handlowego. Wtedy jednak do prowadzenia ksiąg rachunkowych (handlowych) zobowiązany był tylko kupiec rejestrowy, czyli prowadzący przedsiębiorstwo zarobkowe w większym rozmiarze (zob. art. 54 w zw. z art. 4 § 1 oraz art. 2 § 1 k.h.). Skoro każda spółka handlowa była kupcem rejestrowym, było także oczywiste, że obowiązek prowadzenia ksiąg rachunkowych (handlowych) dotyczył wszystkich spółek handlowych. Obecnie zawiązanie np. spółki jawnej czy komandytowej nie jest uzależnione od wykazania, czy spółki te prowadzą przedsiębiorstwo w większym rozmiarze. Wystarczy oświadczenie wspólników, że zawiązują którąś z handlowych spółek osobowych (z wyjątkiem spółki

¹¹ W sprawie uzasadnienia dla tego poglądu zob. P. Bielski, *Spółka cywilna pod rządami prawa działalności gospodarczej*, Gdańsk 2001, s. 94-95.

¹² Ustawa z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości (Dz.U. z 2002 r. Nr 76, poz. 694 ze zm.).

komandytowo-akcyjnej)¹³, by z chwilą wpisu do rejestru przedsiębiorców powstała taka spółka handlowa. Niestety, takie ukształtowanie cech konstrukcyjnych handlowych spółek osobowych automatycznie spowodowało, że wszystkie obowiązane były do prowadzenia ksiąg rachunkowych (handlowych), bez względu na to, czy osiągały określone progi przychodów, czy też nie.

Wskazany przykład jest – w moim przekonaniu – jednoznacznym dowodem na brak uzasadnienia dla rezygnacji z wymogu prowadzenia przedsiębiorstwa w większym rozmiarze jako cechy konstrukcyjnej handlowych spółek osobowych. Nie zmienia tej oceny dokonana w wielkim pośpiechu nowelizacja kodeksu spółek handlowych i ustawy o rachunkowości, będąca próbą naprawienia ewidentnej wady merytorycznej regulacji prawa spółek handlowych¹⁴. Dodajmy – próbą nie zasługującą na aprobatę z powodów o charakterze systemowym¹⁵.

Nie jest więc tak, jak chcieli autorzy kodeksu spółek handlowych, że istnienie cechy konstrukcyjnej handlowych spółek osobowych w postaci wymogu prowadzenia przedsiębiorstwa w większym rozmiarze ogranicza swobodę wyboru formy spółki handlowej, pogarszając warunki prowadzenia działalności gospodarczej. Jest bowiem dokładnie odwrotnie. W obecnym stanie prawnym brak jest regulacji, której istota sprowadzałaby się do absolutnie uzasadnionego stopniowania obowiązków uczestników obrotu gospodarczego, dostosowanego do rozmiarów prowadzonej przez nich działalności gospodarczej¹⁶. Nie chodzi tutaj przy tym o żadne przywileje dla jednych czy też dyskryminację innych. Inaczej powinni być traktowani wykonujący zatrudnienie zarobkowe, inaczej prowadzący przedsiębiorstwo, a jeszcze inaczej prowadzący przedsiębiorstwo w większym

¹³ Spółkę komandytowo-akcyjną można bowiem uznać za objętą wymogiem prowadzenia przedsiębiorstwa w większym rozmiarze ze względu na prawny wymóg zgromadzenia kapitału zakładowego w określonej, znacznej wysokości (art. 126 § 2 k.s.h.). Szerzej w tej kwestii zob. P. B i e l s k i, *Spółki handlowe jako przedsiębiorcy rejestrowi*, (cz. II), Prawo Spółek 2001, nr 3, s. 32-33.

¹⁴ Ustawa z dnia 23 sierpnia 2001 r. o zmianie ustawy o rachunkowości oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 102, poz. 1117).

¹⁵ Zob. P. B i e l s k i, *Obowiązek prowadzenia ksiąg handlowych przez spółki cywilne i handlowe – problem modelu regulacji prawnej*, Rejent 2002, nr 7, s. 40-44.

¹⁶ Z pewnością nie pełnią takiej funkcji przepisy art. 53-56 p.d.g., przewidujące tworzenie korzystnych warunków dla rozwoju małych i średnich przedsiębiorstw.

rozmiarze. Wynikający z ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym¹⁷ wymóg rejestrowania każdej, nawet najdrobniejszej działalności gospodarczej w rejestrze przedsiębiorców w żadnym razie nie służył bezpieczeństwu obrotu gospodarczego. Było tak dlatego, że działalność gospodarcza drobnego przedsiębiorcy nie obejmuje takiej skali, jaka uzasadniałaby wprowadzenie wiarygodnego źródła informacji o nim, a taką (i tylko taką) funkcję powinien pełnić rejestr handlowy.

Trudno dzisiaj dostrzegać w stopniu porównywalnym do okresu międzywojennego działanie zwyczajów handlowych, które pod rządami kodeksu handlowego nie mogły dotyczyć wykonujących zatrudnienie zarobkowe, lecz dopiero kupców, w tym oczywiście także kupców rejestrowych (zob. art. 500 k.h.). Ale jeśli w konkretnych sytuacjach znajdują one obecnie zastosowanie, to ze względu na obowiązującą definicję przedsiębiorcy obejmą zarówno wykonujących zatrudnienie zarobkowe (w tym wykonujących wolny zawód), jak i prowadzących przedsiębiorstwa. Czy także w tej sytuacji można zasadnie twierdzić, że rezygnacja z wymogu prowadzenia przedsiębiorstwa, rozumianego jednak tak, jak to przyjęto w niniejszym opracowaniu, spowodowała korzystne dla uczestników obrotu gospodarczego zmiany? Czy regulacja prawa przedsiębiorców (w tym także prawa spółek handlowych) we wskazanym wyżej kształcie, z jej negatywnymi dla rozwoju przedsiębiorczości konsekwencjami, była świadomym wyborem ustawodawcy?

Obowiązujący stan prawny w obszarze prawa przedsiębiorców (prawa handlowego) nie przewiduje zróżnicowania statusu przedsiębiorców, a jednocześnie nakłada na nich szereg obowiązków, które w okresie międzywojennym nakładano dopiero na kupców albo wręcz dopiero na kupców rejestrowych. Brak stopniowania obowiązków wobec podejmujących działalność gospodarczą powoduje, że najdrobniejszy, początkujący dopiero przedsiębiorca zobowiązany jest stosować takie same standardy związane z uczestnictwem w obrocie gospodarczym, jakie dotyczą przedsiębiorców o wieloletnim doświadczeniu w prowadzeniu działalności gospodarczej, w tym także, jeśli chodzi o rozmiary tej działalności. Nasuwa się uwaga, że tak skonstruowany system prawny sam w sobie kreuje swoistą „nieuczciwą konkurencję”, gdyż większości obowiązków

¹⁷ Ustawa z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym (Dz.U. z 2001 r. Nr 17, poz. 209 ze zm.).

drobni przedsiębiorcy nie są w stanie sprostać lub czynią to z olbrzymim, niepotrzebnym przecież wysiłkiem.

Taki stan prawny na pewno nie pełni funkcji zachęcającej do podejmowania działalności gospodarczej, stanowi bowiem antymotywacyjny mechanizm, który ustawodawca ustanowił dla przedsiębiorców. W konsekwencji trzeba wyrazić dezaprobatę dla twierdzenia autorów projektu ustawy – Kodeks spółek handlowych, zgodnie z którym kryterium rozmiaru prowadzonego przedsiębiorstwa jako podstawa zróżnicowania sytuacji prawnej drobnych i pozostałych przedsiębiorców w aktualnym stanie prawnym jest nieprzydatne. Potwierdzeniem trafności wskazanego spostrzeżenia jest także regulacja małego i średniego przedsiębiorcy, przewidziana w ustawie – Prawo działalności gospodarczej¹⁸. Tym samym w odniesieniu do spółek handlowych porzucenie koncepcji kupca rejestrowego jako podstawy regulacji cech konstrukcyjnych handlowych spółek osobowych należy uznać za istotną wadę o charakterze systemowym i daleko idących negatywnych konsekwencjach, z których najważniejsze przedstawiłem powyżej¹⁹.

III. Ocena uzasadnienia wprowadzenia art. 26 § 4 k.s.h. do prawa spółek handlowych wobec braku wymogu prowadzenia przedsiębiorstwa w większym rozmiarze jako cechy konstrukcyjnej spółki jawnej

Jeżeli funkcją art. 26 § 4 k.s.h. w zamyśle ustawodawcy miało być wyłącznie wymuszenie na „dużych” spółkach cywilnych obowiązku wpisu

¹⁸ Ustawa z dnia 19 listopada 1999 r. – Prawo działalności gospodarczej (Dz.U. Nr 101, poz. 1178 ze zm.). Fakt, że regulacja małego i średniego przedsiębiorstwa znalazła się w tej ustawie jest dowodem na celowość wprowadzenia stopniowania obowiązków uczestników obrotu gospodarczego. Problem w tym, że poza zdefiniowaniem wskazanych pojęć system prawa nie zapewnia realnej ochrony małym i średnim przedsiębiorstwom przed nadmiernymi obciążeniami, szczególnie w początkowej fazie działalności gospodarczej.

¹⁹ W literaturze prezentowane są generalnie wypowiedzi aprobujące rezygnację przy prowadzeniu przedsiębiorstwa w większym rozmiarze z cech konstrukcyjnych spółki jawnej (handlowych spółek osobowych); zob. M. Tomczak, *Większy rozmiar działalności*, Rzeczpospolita z dnia 20 października 2000 r.; M. Litwińska, *Spółka cywilna w świetle nowych regulacji prawnych*, Przegląd Prawa Handlowego 2001, nr 7, s. 6; A. Kidyba, *Dwie drogi spółki cywilnej*, Monitor Prawniczy 2001, nr 20, s. 1020; K. Strzelczyk, [w:] J.P. Naworski, K. Strzelczyk, T. Siemiątkowski, R. Potrzebszcz, *Komen-*

do rejestru przedsiębiorców i przez wpis stania się spółką jawną, to zasadne staje się poszukiwanie odpowiedzi na pytanie o sens tej regulacji w kontekście braku w cechach konstrukcyjnych spółki jawnej wymogu prowadzenia przedsiębiorstwa w większym rozmiarze. Jak się wydaje, jedynym merytorycznym uzasadnieniem dla regulacji takiej jak art. 26 § 4 k.s.h. powinien być fakt, że dla spółki jawnej prowadzenie przedsiębiorstwa w większym rozmiarze jest wymogiem o charakterze konstytutywnym. Na tle art. 26 § 4 k.s.h. pojawiły się w literaturze poglądy wskazujące na zachowanie przez spółkę jawną cechy konstrukcyjnej w postaci przedsiębiorstwa w większym rozmiarze²⁰. Należy stanowczo stwierdzić, że poglądy te nie znajdowały *de lege lata* żadnych podstaw prawnych. Artykuł 26 § 4 k.s.h., który ewentualnie mógłby stanowić o dopuszczalności wymienionego wyżej poglądu, nie miał przecież na celu wskazania istotnej cechy konstrukcyjnej spółki jawnej (te zostały wymienione w art. 22 § 1 k.s.h.), lecz – jak twierdzą sami autorzy kodeksu spółek handlowych – wyłącznie wymuszenie na „dużych” spółkach cywilnych obowiązku wpisu do rejestru przedsiębiorców i przez wpis stania się spółką jawną. Poza tym art. 26 § 4 k.s.h. dotyczył przecież tylko następczego powstania spółki jawnej, a zatem jej pierwotne powstanie na pewno nie było objęte tym przepisem. Chciałbym jednak w tym miejscu zwrócić uwagę na istotne kwestie wadliwości redakcyjnej art. 26 § 4 i 6 k.s.h. Przy porównaniu art. 22 § 1 i art. 26 § 4 k.s.h. *prima facie* nasuwa się spostrzeżenie, że kodeks spółek handlowych kreował dwoistość cech kon-

tarz do kodeksu spółek handlowych. Spółki osobowe, Warszawa 2001, s. 94; J.A. Strzępka, E. Zielińska, [w:] J.A. Strzępka, W. Popiołek, A. Witosz, E. Zielińska, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz. Orzecznictwo*, Warszawa 2001, s. 63; K. Kruczałak, [w:] J. Frąckowiak, A. Kidyba, K. Kruczałak, W. Opalski, W. Popiołek, W. Pyziół, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, Warszawa 2001, s. 62-63; W. Pyziół, [w:] W. Pyziół, A. Szumański, I. Weiss, *Prawo spółek*, Bydgoszcz-Kraków 2002, s. 104.

²⁰ W. Kubala, *Prowadzenie działalności gospodarczej przez spółki handlowe*, Prawo Spółek 2001, nr 11, s. 34. Autor stwierdza, że „pojęcie przedsiębiorstwa większych rozmiarów zostało wprowadzone do zespołu znamion spółki jawnej (art. 26 § 4 k.s.h.)”; zob. też K. Kruczałak, *Prawo handlowe. Zarys wykładu*, Warszawa 2001, s. 138, który wypowiada pogląd: „[z] literalnej wykładni powyższego (art. 22 § 1 k.s.h. – dop. mój) przepisu wynika, że obecnie rozmiar prowadzonego przedsiębiorstwa przez spółkę jawną nie ma istotnego znaczenia dla jej charakterystyki prawnej. Co prawda z treści art. 26 § 4 k.s.h. mogłoby wynikać co innego, niemniej sprawa jest (...) dyskusyjna.”

strukcyjnych spółki jawnej. Zasadę, że spółka jawna nie musi prowadzić przedsiębiorstwa większych rozmiarów ustanawiał art. 22 § 1 k.s.h.²¹ Z powstaniem pierwotnym spółki jawnej związane było spełnienie warunków określonych w art. 22-25 k.s.h., przy czym spółka jawna powstawała z chwilą zawarcia umowy. Warto jeszcze zwrócić uwagę na brzmienie art. 26 § 6 k.s.h., z którego *a contrario* można było wyciągnąć wniosek, że spółka jawna (?) zgłoszona do rejestru w trybie innym niż określony w art. 26 § 4 k.s.h. poddana miała być ocenie sądu rejestrowego w celu ustalenia, czy prowadzi ona przedsiębiorstwo większych rozmiarów. Chociaż przepis ten zredagowany był ewidentnie wadliwie (o czym będzie jeszcze mowa), opowiedzieć się należy za rozwiązaniem, zgodnie z którym cechą konstrukcyjną spółki jawnej zawiązywanej w trybie pierwotnym nie był wymóg prowadzenia przedsiębiorstwa większych rozmiarów.

Drugi tryb powstania spółki jawnej to tryb obligatoryjny, a jednocześnie następczy, wynikający wprost z art. 26 § 4 k.s.h. W tym przypadku warunki uznania za spółkę jawną spełnione były (musiały być, o czym niżej) już w chwili zgłoszenia do rejestru przedsiębiorców, a mimo to spółka ta stawała się spółką jawną dopiero z chwilą wpisu do rejestru przedsiębiorców. We wskazanym trybie powstania spółki jawnej jej cechą szczególną było prowadzenie przedsiębiorstwa większych rozmiarów, ale tylko w tym sensie, że bez wskazanej cechy nie powstawał obowiązek, o którym mowa w art. 26 § 4 k.s.h. Z drugiej jednak strony, skoro w świetle art. 26 § 6 k.s.h. sąd rejestrowy nie badał zaistnienia tej przesłanki, można zasadnie twierdzić, że nie była to cecha konstrukcyjna spółki jawnej powstającej w omawianym trybie, lecz tylko warunek powstania obowiązku zgłoszenia do rejestru przedsiębiorców. Potwierdza ten wniosek fakt, że ustawa nie przewidywała sytuacji, gdy w kolejnych latach obrotowych nie zostaną osiągnięte progi przychodów określone w art. 26 § 4 k.s.h., a tym samym nie dopuszczała zmiany statusu ze spółki jawnej na spółkę cywilną²².

²¹ Zob. też S. Sołtysiński, [w:] S. Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja, *op. cit.*, s. 223; a także K. Kruczałak, [w:] J. Frąckowiak, A. Kidyba, K. Kruczałak, W. Opalski, W. Popiołek, W. Pyziół, *op. cit.*, s. 62.

²² Przewidywały takie rozwiązanie przepisy kodeksu handlowego.

Poza wskazanymi dwoma trybami powstania spółki jawnej zwrócić należy uwagę na tryb trzeci, będący konsekwencją regulacji przekształcenia spółek handlowych. Tryb ten wynikał z art. 551 § 3 k.s.h. Wobec tego, że do przekształcenia spółki cywilnej w spółkę jawną nie stosowało się przepisów art. 551 i nast. k.s.h., wniosek o wpis do rejestru przedsiębiorców spółki cywilnej, nie spełniającej wymogów określonych w art. 26 § 4 k.s.h., należało mimo to złożyć w trybie art. 26 § 4 w zw. z art. 551 § 3 k.s.h.²³ Oczywiście w takim przypadku problem oceny, czy spółka taka prowadzi przedsiębiorstwo większych rozmiarów w ogóle nie wystąpił²⁴.

Na podstawie dotychczasowych rozważań można stwierdzić, że nawet w przypadku regulacji art. 26 § 4 k.s.h. cechą konstrukcyjną spółki jawnej nie był wymóg prowadzenia przedsiębiorstwa w większym rozmiarze. Tym bardziej więc nie dotyczył on spółki jawnej powstającej w trybie pierwotnym (art. 22 § 1 k.s.h.) czy też w trybie art. 26 § 4 w zw. z art. 551 § 3 k.s.h. Powyższe stwierdzenie upoważnia do wyrażenia poglądu, że założenie leżące u podstaw regulacji art. 26 § 4 k.s.h., w sytuacji gdy zrezygnowano definitywnie z wymogu prowadzenia przedsiębiorstwa w większym rozmiarze jako cechy konstrukcyjnej spółki jawnej (handlowych spółek osobowych), było nielogiczne i merytorycznie nieuzasadnione, a w konsekwencji jednoznacznie wadliwe. Jak można wymuszać na „dużych” spółkach cywilnych dokonanie wpisu do rejestru przedsiębiorców, z którym wiąże się powstanie spółki jawnej, skoro dla tej ostatniej ustawa wymogu prowadzenia przedsiębiorstwa w większym rozmiarze nie ustanawiała? W efekcie omawianego stanu prawnego obok siebie funkcjonować miały spółki jawne powstałe w trybie art. 22 § 1 k.s.h. i w trybie art. 26 § 4 w zw. z art. 551 § 3 k.s.h. (nie prowadzące

²³ Podobnie M. Litwińska, *op. cit.*, s. 5; L. Mieroszewski, *Dobrowolnie, nie z przymusu*, Rzeczpospolita z dnia 2 października 2001 r. („Dobra Firma”); odmiennie A. Zacharzewski, *Przekształcenia spółek cywilnych w spółki handlowe – tryb i konsekwencje dla banku*, Prawo Bankowe 2001, nr 7-8, s. 57; W. Łukowski, *Przymusowe przekształcenie*, Rzeczpospolita z dnia 13 listopada 2001 r. („Dobra Firma”), a także, jak się wydaje, A. Kidyba, *op. cit.*, s. 1020-1021.

²⁴ J.A. Strzępka i E. Zielińska, [w:] J.A. Strzępka, W. Popiołek, A. Witosz, E. Zielińska, *op. cit.*, s. 85 krytycznie odnoszą się do regulacji art. 26 § 4 k.s.h., twierdząc, że umożliwiał on zarejestrowanie spółki cywilnej na podstawie art. 26 § 4 k.s.h., mimo niezachowania warunków w nim przewidzianych.

przedsiębiorstwa większych rozmiarów) oraz spółki jawne powstałe w trybie art. 26 § 4 k.s.h. (prowadzące przedsiębiorstwo większych rozmiarów).

Zasadniczym celem regulacji art. 26 § 4 k.s.h. było niewątpliwie rozwiązanie istotnego problemu (występującego w praktyce obrotu gospodarczego pod rządami ustawy o działalności gospodarczej i kodeksu handlowego), dotyczącego zagrożenia bezpieczeństwa obrotu występowaniem w nim spółek cywilnych prowadzących przedsiębiorstwa w większym rozmiarze. Wtedy jednak (pod rządami kodeksu handlowego) cechą konstrukcyjną spółki jawnej był wymóg prowadzenia przedsiębiorstwa w większym rozmiarze. Można byłoby zatem dopatrzeć się w proponowanym w art. 26 § 4 k.s.h. rozwiązaniu próby naprawy wadliwej regulacji prawnej, gdyby nie fakt, że stan prawny w omawianym zakresie z dniem 1 stycznia 2001 r. uległ radykalnej zmianie. Rozwiązanie powołanego wyżej problemu w proponowany w art. 26 § 4 k.s.h. sposób, pod rządami kodeksu spółek handlowych, musi być uznane za nieporozumienie, a tym samym ocenione zdecydowanie krytycznie, jeśli spółka jawna (handlowa spółka osobowa) nie musi prowadzić przedsiębiorstwa w większym rozmiarze. Uzasadnieniem dla rozwiązania takiego jak art. 26 § 4 k.s.h. było i jest wyłącznie przesądzenie w cechach konstrukcyjnych spółki jawnej (handlowych spółek osobowych), że prowadzi ona przedsiębiorstwo w większym rozmiarze. Wskazana cecha była (i powinna pozostać) zasadniczą z punktu widzenia prawa handlowego cechą odróżniającą spółkę cywilną prowadzącą przedsiębiorstwo od spółki jawnej.

Wprowadzenie art. 26 § 4 k.s.h. do prawa spółek handlowych w kontekście przeprowadzonej analizy stanowi podstawę do jednoznacznych konkluzji. Nie wskazano dotychczas lepszego wyróżnika cech spółki jawnej od cech spółki cywilnej prowadzącej przedsiębiorstwo niż rozmiar tego przedsiębiorstwa²⁵. Paradoksalnie, dowodem poprawności prezentowanej tezy jest także pierwotna treść art. 26 § 4 k.s.h. Autorzy kodeksu

²⁵ Zwrócić należy uwagę na pogląd W. P y z i o ł a, [w:] W. P y z i o ł, A. S z u m a Ń s k i, I. W e i s s, *op. cit.*, s. 104. Autor ten twierdzi, że „uznaje się (...), że działalność zarobkowa w większych rozmiarach wymaga szczególnego, znacznie bardziej rozbudowanego reżimuprawnego”. Mimo to nie wyciąga z tego twierdzenia wniosku o zasadności istnienia normatywnego wymogu prowadzenia przedsiębiorstwa w większym rozmiarze dla spółki jawnej (handlowych spółek osobowych).

spółek handlowych po rezygnacji w kolejnej wersji projektu ustawy z wymogu prowadzenia przedsiębiorstwa w większym rozmiarze jako cechy konstrukcyjnej spółki jawnej (handlowych spółek osobowych), najwyraźniej nie mogli poradzić sobie z rozwiązaniem problemu uczestniczących w obrocie gospodarczym w latach 1989-2000 spółek cywilnych prowadzących przedsiębiorstwa w większym rozmiarze. Stąd, mimo rezygnacji ze wskazanych cech konstrukcyjnych spółki jawnej (handlowych spółek osobowych), zdecydowali się jednak na regulację art. 26 § 4 k.s.h.

W związku z tym należy wyrazić pogląd, że porzucenie wymogu prowadzenia przedsiębiorstwa w większym rozmiarze jako cechy konstrukcyjnej spółki jawnej (handlowych spółek osobowych) było ewidentną wadą merytoryczną w obszarze regulacji prawa spółek handlowych. Przy tym, jak widać z pierwotnej treści art. 26 § 4 k.s.h., porzucenie wskazanej cechy nie mogło być definitywne przy zamiarze regulacji relacji: spółka cywilna prowadząca przedsiębiorstwo – spółka jawna, a zatem pozostawiono swoistą namiastkę regulacji, która w okresie międzywojennym stanowiła jedno z podstawowych założeń legislacyjnych nie tylko prawa spółek handlowych, ale wręcz prawa przedsiębiorców (prawa handlowego). Jeżeli znaczenie większego rozmiaru prowadzonego przedsiębiorstwa w obszarze prawa handlowego było (i jest nadal) tak istotne, to należy stanowczo stwierdzić, że fragmentaryczny sposób regulacji tej materii w kodeksie spółek handlowych w żadnym razie nie zasługiwał na aprobatę. Wobec wskazanych wniosków, po przeprowadzonej analizie, staje się oczywiste, że brak było uzasadnienia dla regulacji art. 26 § 4 k.s.h., w sytuacji gdy cechą konstrukcyjną spółki jawnej nie był już (od 1 stycznia 2001 r.) wymóg prowadzenia przedsiębiorstwa w większym rozmiarze. Na tym stwierdzeniu nie można jednak poprzestać, gdyż brak akceptacji dla rozwiązania z art. 26 § 4 k.s.h. nie oznacza braku akceptacji dla cechy konstrukcyjnej spółki jawnej w postaci wymogu prowadzenia przedsiębiorstwa w większym rozmiarze. Jeszcze raz należy podkreślić, że brak jest merytorycznych podstaw do rezygnacji z wymogu prowadzenia przedsiębiorstwa w większym rozmiarze jako cechy konstrukcyjnej spółki jawnej (handlowych spółek osobowych). Fundamentalnym wyróżnikiem spółki jawnej od spółki cywilnej prowadzącej przedsiębiorstwo był, jest i powinien pozostać większy rozmiar tego przedsiębiorstwa.

IV. Ocena pierwotnej regulacji art. 26 § 4 k.s.h.

Artykuł 1 § 1 wyraźnie wyznacza zakres podmiotowy kodeksu spółek handlowych, przewidując, że reguluje on wyłącznie kwestie z zakresu prawa spółek handlowych. W związku z tym art. 26 § 4 k.s.h., który dotyczył przecież spółki cywilnej, należało uznać za wykraczający poza zakres regulacji ustawy, a zatem sprzeczny z wymogami poprawnej legislacji²⁶. Gdyby przyjęto technikę legislacyjną zakładającą regulację całego prawa spółek, można byłoby ewentualnie uznać istnienie w takiej ustawie przepisów dotyczących spółek cywilnych prowadzących przedsiębiorstwo za uzasadnione. Istniejący stan prawny w istocie narusza zasady poprawnej legislacji, dla których fundamentalną cechą powinno być, między innymi, zachowanie tożsamości przedmiotu regulacji i jej oznaczenia (tytułu).

Nie była to, niestety, jedyna wada omawianej regulacji. Kolejny problem dotyczy ustalenia, że obowiązek z art. 26 § 4 k.s.h. został zdefiniowany podmiotowo, do czego przecież w świetle art. 2 ust. 2 i 3 p.d.g. i art. 43¹ k.c. brak było podstaw prawnych. Spółka cywilna nie była przedsiębiorcą, gdyż to jej wspólnicy mieli status przedsiębiorców. Nie będąc przedsiębiorcą, spółka cywilna nie mogła być traktowana podmiotowo, tak jak czynił to art. 26 § 4 k.s.h.²⁷ W tym miejscu zasadne jest jednak zwrócenie uwagi, że w okresie między 1 stycznia a 31 marca 2001 r., w oparciu o art. 1a ust. 3 ustawy – Przepisy wprowadzające ustawę o Krajowym Rejestrze Sądowym²⁸, były podstawy do twierdzenia, że spółka cywilna osób fizycznych (przejściowo) zachowywała status przedsiębiorcy. Chociaż art. 2 ust. 2 i 3 p.d.g. oraz art. 43¹ k.c. wykluczyły spółkę cywilną z grona przedsiębiorców, a tym samym pozbawiły także aspektów podmiotowych, mimo to art. 26 § 4 k.s.h. ustanawiał kryterium dotyczące spółki, nie zaś wspólników. Wskazane niekonsekwencje ujawniły w istocie brak uzasadnienia dla pozbawienia spółki cywilnej prowadzącej przedsiębiorstwo statusu przedsiębiorcy²⁹, przy czym staje się to

²⁶ Tak też A. K i d y b a, *op. cit.*, s. 1020; odmiennie A. S z u m a ń s k i, *Nowe prawo spółek handlowych*, Przegląd Prawa Handlowego 2001, nr 1, s. 6.

²⁷ Por. A. K i d y b a, *op. cit.*, s. 1020.

²⁸ Ustawa z dnia 20 sierpnia 1997 r. – Przepisy wprowadzające ustawę o Krajowym Rejestrze Sądowym (Dz.U. Nr 121, poz. 770 ze zm.).

²⁹ Por. A. K i d y b a, *op. cit.*, s. 1023. Autor stawia pytania o zasadność rezygnacji

jeszcze bardziej widoczne, gdy poddamy analizie zdanie drugie art. 26 § 4 k.s.h. Przepis ten stanowił, że dopiero z chwilą wpisu do rejestru przedsiębiorców spółka cywilna stawała się spółką jawną. Pojawiały się w związku z tym kolejne wątpliwości. Z pewnością adresatem obowiązku określonego w art. 26 § 4 zdanie pierwsze k.s.h. była spółka cywilna, nawet przy wskazaniu zastrzeżenia co do podmiotowych cech tej spółki. Ale od stwierdzenia, że spółka cywilna z chwilą wpisu do rejestru przedsiębiorców stawała się spółką jawną, do skutku, o którym była mowa w art. 26 § 4 zdanie drugie k.s.h., droga daleka. Z art. 23 k.s.h. jednoznacznie wynikało, że umowa spółki jawnej powinna być zawarta na piśmie pod rygorem nieważności, z kolei w art. 24 i 25 k.s.h. określono konieczne elementy umowy spółki jawnej, następnie w art. 26 § 1 k.s.h. wskazano wymogi dotyczące zgłoszenia do rejestru przedsiębiorców spółki jawnej. Wobec tego, że art. 26 § 4 zdanie pierwsze k.s.h. wyraźnie wskazywał na obowiązek stosowania § 1-3 do zgłoszenia spółki cywilnej do rejestru, stawało się oczywiste, iż wnioski o wpis musiał spełniać wymagania art. 23-26 § 1-3 k.s.h., czyli między innymi w zakresie obrania firmy, wskazania siedziby i jej adresu. Jeżeli ustalimy, że umowa spółki cywilnej po dniu 1 stycznia 2001 r. nie mogła zawierać wywołujących skutki prawne powołanych danych (co jest bezdyskusyjne), konieczne stawało się dokonanie odpowiedniej zmiany umowy spółki przed złożeniem wniosku o wpis do rejestru przedsiębiorców, w celu dostosowania jej postanowień do wymogów art. 23-26 § 1-3 k.s.h. Tym samym spółka cywilna zgłaszana do rejestru przedsiębiorców w trybie art. 26 § 4 k.s.h. musiała bezwzględnie spełniać warunki określone w art. 23-26 § 1-3 k.s.h., co przy (równie bezdyskusyjnym) ustaleniu, że wpis spółki jawnej do rejestru przedsiębiorców nie miał charakteru konstytutywnego, lecz deklaratoryjny, prowadzić już mogło tylko do jednego wniosku: sąd rejestrowy rozpatrujący zgłoszenie dokonane w trybie art. 26 § 4 k.s.h. miał w istocie do czynienia ze spółką jawną³⁰. Jeżeli spółka zgłoszona w powyższym trybie do rejestru

z podmiotowości spółki cywilnej, w szczególności w związku z powołanym w artykule orzeczeniem sądu niemieckiego w tej sprawie.

³⁰ Tak też M. L e ś n i a k, W. Ł u k o w s k i, *Wybrane problemy związane ze stosowaniem ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym i kodeksu spółek handlowych*, Przegląd Prawa Handlowego 2001, nr 9, s. 17; odmiennie, jak się wydaje, S. S o ł t y s i ń s k i, *Przekształcenie spółki cywilnej w jawną*, Rzeczpospolita z dnia 27 stycznia 2001 r. („Dobra

przedsiębiorców nie spełniała wymogów z art. 23-26 § 1-3 k.s.h., sąd rejestrowy nie mógł przecież dokonać wpisu do rejestru. A zatem, jeśli sąd rejestrowy nie stwierdził wad wniosku, musiało to oznaczać, że zgłaszana spółka była spółką jawną jeszcze przed uzyskaniem wpisu do rejestru przedsiębiorców. W takim razie twierdzenie (art. 26 § 4 zdanie drugie k.s.h.), że dopiero z chwilą wpisu do rejestru przedsiębiorców powstawała spółka jawna, pozostawało w oczywistej kolizji z rozwiązaniami art. 22-26 § 1-3 k.s.h. W przedstawionych okolicznościach regulacja art. 26 § 4 zdanie drugie k.s.h. raziła sztucznością.

Niewątpliwie dopełnieniem wskazanego wyżej zamieszania terminologicznego był przepis art. 26 § 6 k.s.h. Stanowił on, że sąd rejestrowy nie badał, czy spółka jawna zgłaszana do rejestru zgodnie z art. 26 § 4 k.s.h. prowadzi przedsiębiorstwo większych rozmiarów. Z § 4 zdanie drugie powołanego przepisu mogłoby wynikać, że spółką jawną stawała się zgłaszana spółka dopiero z chwilą wpisu do rejestru przedsiębiorców, natomiast z § 6 wynikało z kolei, że zgłaszana spółka była już spółką jawną³¹.

Jak sensownie wytłumaczyć zupełnie dowolne traktowanie w art. 26 § 4 zdanie drugie k.s.h. uregulowanych w art. 22-26 § 1-3 k.s.h. cech spółki jawnej, z których wynikało, że wpis do rejestru nie miał znaczenia dla bytu spółki jawnej? Nawet gdybyśmy takie uzasadnienie znaleźli, wtedy napotykalibyśmy na dokładnie odwrotny skutek wynikający z art. 26 § 6 k.s.h. W tej sytuacji wydaje się oczywiste, że regulacja art. 26 § 4 i 6 k.s.h. była całkowicie niezrozumiała, a w konsekwencji jednoznacznie chybiona. Na tym jednak wcale nie kończy się krytyczna ocena omawianej regulacji prawnej. Wątpliwości było bowiem znacznie więcej. Z art. 26 § 4 k.s.h. wynikało, że § 1-3 tego przepisu należało stosować wprost (nie zaś odpowiednio) do spółki cywilnej. To kolejna wada legislacyjna o charakterze merytorycznym. Warto zwrócić w tym miejscu uwagę, że w art. 551 § 3 k.s.h. przyjęto, iż w przypadku przekształcenia spółki

Firma³²), który – analizując art. 26 § 4 k.s.h. – stwierdza, że dostosowując umowę spółki cywilnej do wymogów kodeksu spółek handlowych należy w aneksie napisać, że „niniejszy aneks wraz z dotychczasowymi postanowieniami umowy spółki cywilnej będzie stanowić umowę spółki jawnej z chwilą wpisu spółki do KRS³³”.

³¹ Na wadliwość tę zwracają również uwagę J.A. Strzępka i E. Zielińska, [w:] J.A. Strzępka, W. Popiołek, A. Witosz, E. Zielińska, *op. cit.*, s. 85.

cywilnej w spółkę handlową inną niż spółka jawna, stosować należało odpowiednio przepisy dotyczące przekształcenia spółki jawnej w inną spółkę handlową. Chociaż przepis ten był wyjątkowo nieudany z powodów przedstawionych w innym miejscu³², to jednak – zasadnie – podkreślał istnienie różnicy między konstrukcją spółki cywilnej i spółek handlowych. Stąd też wyrażenie o odpowiednim stosowaniu przepisów należało uznać za zrozumiałe. Z art. 26 § 4 k.s.h. wynikało natomiast, że ustawodawca nie dostrzegał różnic między spółką cywilną spełniającą wymogi określone w tym przepisie a spółką jawną. Gdybyśmy przyjęli, że podstawą regulacji omawianej materii była przedwojenna koncepcja kupca rejestrowego, wskazana konkluzja byłaby uzasadniona. Spółka cywilna, której przedsiębiorstwo przybrało większy rozmiar, z tą też chwilą uważana była z mocy prawa za spółkę jawną i miała obowiązek dokonania wpisu do rejestru handlowego, ale wpis miał charakter deklaratoryjny. Wobec tego, że wskazana koncepcja nie stanowiła podstawy regulacji art. 26 § 4 k.s.h., brak wymogu odpowiedniego stosowania przepisów § 1-3 o spółce jawnej do spółki cywilnej prowadzącej przedsiębiorstwo należało uznać za merytorycznie wadliwy, skoro, zgodnie z art. 26 § 4 zdanie drugie k.s.h., dopiero z chwilą wpisu do rejestru spółka cywilna stawała się spółką jawną. Zdziwienie i sprzeciw musiało budzić ponadto zawężenie stosowania do spółki cywilnej, o której mowa w art. 26 § 4 k.s.h., tylko § 1-3 tego przepisu o spółce jawnej. Pojawiło się zatem kolejne zasadnicze pytanie: a co z przepisami art. 23-25 k.s.h.? Przecież bez stosowania tych przepisów spółka zgłaszana do rejestru przedsiębiorców nie mogła zostać do niego wpisana. Wygląda więc na to, że spółka cywilna musiała w zgłoszeniu wskazać firmę (której jako spółka cywilna używać nie mogła) i siedzibę (której, jako nie posiadająca statusu przedsiębiorcy ani jakiegokolwiek aspektu podmiotowego posiadać także nie mogła). Umowa spółki cywilnej nie wymagała nawet formy pisemnej, nie mówiąc już o formie pisemnej pod rygorem nieważności, która z kolei była bezwzględnie wymagana dla umowy spółki jawnej. Nie mogło być chyba żadnej wątpliwości, że regulacja art. 26 § 4 k.s.h. skonstruowana została wadliwie.

W dalszej części oceny regulacji art. 26 § 4 k.s.h. chciałbym zwrócić uwagę na jeszcze jedną istotną kwestię. Należy przyjrzeć się bliżej za-

³² Zob. P. Bielecki, *Przekształcenie spółki cywilnej w spółkę handlową (art. 551 § 2 i 3 k.s.h.)*, Przegląd Prawa Handlowego 2002, nr 3, s. 38-39.

stosowanemu w tym przepisie kryterium, decydującemu o powstaniu obowiązku zgłoszenia spółki cywilnej do rejestru przedsiębiorców. Kryterium tym było osiągnięcie w każdym z dwóch kolejnych lat obrotowych przychodów co najmniej równowartości 400.000 euro. Łatwo wykazać, że kryterium to stanowiło zmodyfikowaną postać regulacji art. 2 ust. 1 pkt 2 ustawy o rachunkowości. Z tego ostatniego przepisu wynika, że obowiązek prowadzenia ksiąg rachunkowych (handlowych) przez spółki cywilne osób fizycznych powstaje z dniem 1 stycznia kolejnego roku obrotowego, następującego po roku, w którym przychody tej spółki osiągnęły 800.000 euro. Zgodnie z art. 12 ust. 1 pkt 2 ustawy o rachunkowości, księgi rachunkowe (handlowe) otwiera się na początek następnego roku obrotowego w ciągu 15 dni od dnia zaistnienia tego zdarzenia (1 stycznia). Zwrócenie uwagi na regulację ustawy o rachunkowości w kontekście art. 26 § 4 k.s.h. wydaje się więc w pełni uzasadnione metodologicznie³³. Co jednak wynikało z istniejącego podobieństwa zastosowanych w ustawie o rachunkowości i kodeksie spółek handlowych kryteriów? Przede wszystkim podkreślić należy, że ustawa o rachunkowości, identycznie jak w art. 26 § 4 k.s.h., adresem swego obowiązku czyniła spółkę cywilną, nie zaś jej wspólników³⁴. Oznacza to, że obie ustawy w istocie nie respektowały konsekwencji wynikających z art. 2 ust. 2 i 3 p.d.g. i art. 43¹ k.c., które odebrały status przedsiębiorcy spółce cywilnej. Drugą kwestią jest wskazanie, że spółki cywilne, w których wspólnikami nie są wyłącznie osoby fizyczne, od początku swojej działalności mają obowiązek prowadzenia ksiąg rachunkowych (handlowych), bez względu na skalę osiąganych przychodów. A zatem w zakresie obowiązku prowadzenia ksiąg rachunkowych (handlowych) ta sama spółka w jednym przypadku mu podlega, w innym już nie, przynajmniej do czasu, gdy osiągnie 800.000 euro przychodów. Jest to przykład kolejnej

³³ Por. S. Sołtysiński, [w:] S. Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja, *op. cit.*, s. 263 i nast., a także J. Jacyszyn, [w:] J. Jacyszyn, S. Krześ, E. Marszałkowska-Krześ, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz. Orzecznictwo*, Warszawa 1991, s. 61.

³⁴ Pod rządami ustawy o działalności gospodarczej, przyznającej spółce cywilnej prowadzącej działalność gospodarczą status przedsiębiorcy, rozwiązanie takie było w pełni uprawnione. Negatywnie natomiast należało (i należy także obecnie) odnieść się do wprowadzenia obowiązku prowadzenia ksiąg rachunkowych (handlowych) dla spółek cywilnych w ogóle.

regulacji o dyskusyjnych – a moim zdaniem wręcz błędnych – założeniach legislacyjnych. Dla prowadzonej w niniejszym opracowaniu oceny regulacji art. 26 § 4 k.s.h. istotne znaczenie ma jednak co innego. Otóż, gdybyśmy przyjęli kryterium określone w art. 2 ust. 1 pkt 2 ustawy o rachunkowości dla oceny art. 26 § 4 k.s.h. okazałoby się, że 1 stycznia roku obrotowego następującego po dwóch kolejnych latach obrotowych, w których spółka cywilna (ale tylko osób fizycznych) osiągnęła 400.000 euro przychodów, był tym dniem, który decydował o istotnej zmianie zasad funkcjonowania spółki cywilnej. Wynika z tego, że przy zastosowaniu wskazanego kryterium ustawy o rachunkowości, to nie dzień wpisu spółki cywilnej do rejestru przedsiębiorców decydowałby (jak czynił to art. 26 § 4 zdanie drugie k.s.h.) o powstaniu obowiązku prowadzenia ksiąg rachunkowych (handlowych), lecz dzień ustalony w trybie art. 12 ust. 1 pkt 2 ustawy o rachunkowości. Rozwiązanie z art. 26 § 4 k.s.h., mimo zastosowania kryterium skali przychodów w jednostce czasu, było jednak odmienne. Przyjęto bowiem, że istotna zmiana zasad funkcjonowania spółki cywilnej powiązana miała być z dniem wpisu do rejestru przedsiębiorców. Wtedy w wyniku wpisu powstawała bowiem spółka jawna. Należy w takiej sytuacji zauważyć, że w ustawie o rachunkowości kwestię tę w podobny sposób regulował art. 12 ust. 1 pkt 3, który jako dzień otwarcia ksiąg rachunkowych (handlowych) – w przypadku powstania obowiązku ich prowadzenia – uznawał dzień zmiany formy prawnej. Przepis ten miał być przy tym stosowany z zastrzeżeniem art. 12 ust. 3 ustawy o rachunkowości, gdzie mówiło się o braku obowiązku zamykania i otwierania ksiąg rachunkowych (handlowych) w przypadku, między innymi, przekształcenia spółki cywilnej w inną spółkę osobową. Po dokonanych w 2001 r. zmianach kodeksu spółek handlowych oraz ustawy o rachunkowości, nawet w wyniku wskazanej zmiany formy prawnej, która nastąpiła w dniu wpisu do rejestru przedsiębiorców w trybie art. 26 § 4 k.s.h., mógł w ogóle nie powstać obowiązek prowadzenia ksiąg rachunkowych (handlowych).

Z przedstawionych rozważań wynika, że w art. 26 § 4 k.s.h. wykorzystano kombinowane kryterium, oparte o rozwiązania art. 12 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy o rachunkowości, przy czym uzasadnienie dla takiego rozwiązania było wysoce dyskusyjne. Przede wszystkim było zupełnie nieczytelne, gdyż w odniesieniu do regulacji, która dotyczyła określenia

warunków powstania obowiązku wpisu do rejestru przedsiębiorców dla spółki cywilnej (art. 26 § 4 k.s.h.), zastosowano instrument prawny w postaci połączenia różnych podstaw powstania obowiązku prowadzenia ksiąg rachunkowych (handlowych). A przecież konsekwencją wpisu do rejestru przedsiębiorców w trybie art. 26 § 4 k.s.h. wcale nie musiało być powstanie lub zmiana obowiązku prowadzenia ksiąg rachunkowych (handlowych), co dodatkowo zaciemniało obraz uzasadnienia tej regulacji. Sytuacja przedstawiałaby się zupełnie inaczej, gdybyśmy zastosowali do omawianego zagadnienia koncepcję legislacyjną kupca rejestrowego. Spółka cywilna prowadząca przedsiębiorstwo w większym rozmiarze stawałaby się z mocy prawa spółką jawną, co powodowałoby obowiązek wpisu do rejestru handlowego ze skutkiem deklaratoryjnym oraz obowiązek prowadzenia ksiąg handlowych już z dniem ustalenia, że rozmiar prowadzonego przedsiębiorstwa jest większy. A zatem to nie dzień wpisu do rejestru powodowałby powstanie obowiązku prowadzenia ksiąg rachunkowych (handlowych), przy czym obowiązek prowadzenia ksiąg rachunkowych (handlowych) byłby tylko jednym z wielu powiązanych ze sobą obowiązków, dotyczących prowadzącego przedsiębiorstwo w większym rozmiarze.

Analiza regulacji art. 26 § 4 k.s.h. z punktu widzenia zastosowanych w niej kryteriów, na podstawie których powstawał obowiązek wpisu do rejestru przedsiębiorców i przez wpis stania się spółką jawną, prowadzi do identycznych konkluzji jak w pozostałych przypadkach omówionych w tej części niniejszego opracowania. Potwierdza zatem wadliwość zastosowanej koncepcji legislacyjnej, a ponadto ukazuje negatywne konsekwencje dla praktyki obrotu gospodarczego. Z regulacji art. 26 § 4 k.s.h. nie dało się bowiem odczytać sensu jej istnienia. Raziła ona sztucznością, przypadkowością. Chociaż próbowała w jakimś sensie czerpać z regulacji stanowiącej podstawę koncepcji kupca rejestrowego, należy stanowczo stwierdzić, że działo się to ze skutkiem dokładnie przeciwnym w stosunku do regulacji obowiązującej pod rządami kodeksu handlowego. Nie można mieć zatem żadnych wątpliwości co do przedstawionej oceny regulacji art. 26 § 4 k.s.h. W tej sytuacji do pełnego obrazu art. 26 § 4 k.s.h. pozostaje już tylko ustalenie, czy przepis ten regulował przekształcenie spółki cywilnej w spółkę jawną. Zagadnienie to będzie przedmiotem drugiej części niniejszego opracowania.