

Janusz Malarczyk

Pojęcie przedsiębiorstwa zarobkowego prowadzonego w większym rozmiarze

Niedawno uchwalone przez Sejm prawo działalności gospodarczej¹ wprowadza do polskiego porządku prawnego pojęcia „mały i średni przedsiębiorca”. Rozdział 6 ustawy, zatytułowany właśnie w ten sposób, wszedł w życie z dniem 01.01.2000 r. Ustawa zawiera kryteria kwalifikujące przedsiębiorcę jako małego lub średniego. Odwołuje się w tym względzie do takich wskaźników, jak średnioroczne zatrudnienie, przychód netto ze sprzedaży towarów, wyrobów, usług i operacji finansowych oraz suma aktywów bilansu przedsiębiorcy na koniec roku obrotowego (por. art. 54 i 55 ust.). Ustawa zawiera też deklarację stwarzania przez państwo, z poszanowaniem zasad równości i konkurencji, korzystnych warunków do funkcjonowania małych i średnich przedsiębiorców i wylicza przykładowo pola, na których ta pomoc ma być realizowana (art. 53 ust.).

Normy umiejscowione w tym akcie mają w przeważającej mierze charakter administracyjnoprawny. Odnoszą się więc do relacji między organami administracji państwowej bądź samorządowej a przedsiębiorcami. Niemniej jednak wyrażona w ustawie wola tworzenia przez państwo warunków rozwoju małej i średniej przedsiębiorczości czyni jeszcze bardziej aktualnym problem dostosowania obecnego prawa do prowadzenia tego rodzaju działalności.

¹ Ustawa z dnia 19.11.1999 r. (Dz.U. Nr 101, poz. 1178).

W polskim systemie prawnym znane są też inne regulacje różnicujące sytuację prawną przedsiębiorców ze względu na rozmiar prowadzonej działalności gospodarczej. W niniejszym opracowaniu chciałbym się skupić na zagadnieniach z zakresy prawa prywatnego, a mianowicie na pojęciu „przedsiębiorstwa zarobkowego prowadzonego w większym rozmiarze”.

Kategoria „przedsiębiorstwo zarobkowe prowadzone w większym rozmiarze” pojawiła się po raz pierwszy w dekrecie z dnia 7.02.1919 r. o rejestrze handlowym². Przedsiębiorstwo zarobkowe rozumiano tu w znaczeniu funkcjonalnym, tzn. jako trwałe, obliczone na zysk proceder gospodarczy. Przepisy tego aktu prawnego wyróżniały kategorię kupca rejestrowego, która obejmowała zarówno osoby fizyczne prowadzące działalność gospodarczą jednoosobowo, jak i spółki handlowe, spółdzielnie i inne osoby prawne. Podmioty te, jeżeli prowadziły przedsiębiorstwo zarobkowe w większym rozmiarze, miały obowiązek wpisać się do rejestru handlowego.

Regulację tę przejął kodeks handlowy z 1934 r.³ Uogólniając pojęcie kupca jako osoby fizycznej lub prawnej, prowadzącej we własnym imieniu przedsiębiorstwo zarobkowe, kodeks handlowy dzielił kupców w zależności od rozmiaru prowadzonego przez nich przedsiębiorstwa na dwie kategorie: rejestrowych i nierejestrowych („zwykłych”). Kupcem był ten, kto prowadził przedsiębiorstwo zarobkowe (art. 2 k.h.), zaś kupcem rejestrowym ten, kto prowadził przedsiębiorstwo zarobkowe w większym rozmiarze (art. 4 § 1 k.h.). Wszyscy inni kupcy byli kupcami nierejestrowymi.

Kupcami rejestrowymi z mocy samego prawa były wszystkie spółki handlowe: jawna, komandytowa, z ograniczoną odpowiedzialnością i akcyjna (art. 5 § 1 k.h.). W normatywnej definicji dwóch spośród czterech typów spółek handlowych występuje pojęcie „przedsiębiorstwa zarobkowego prowadzonego w większym rozmiarze”. Chodzi tu o art. 75 § 1 k.h. określający, kiedy mamy do czynienia ze spółką jawną oraz o art. 143 k.h. – przepis zawierający elementy definicji umowy spółki komandytowej.

Spółki te, jak i inni kupcy rejestrowi, powinny być wpisane do rejestru handlowego, z którym to wpisem łączyło się szereg praw i obowiązków związanych z uczestnictwem w obrocie profesjonalnym. Kodeks handlowy nie regulował natomiast kwestii prowadzenia na zasadzie spółki przedsię-

² Dziennik Praw Nr 14, poz. 164.

³ Rozporządzenie Prezydenta RP z dnia 27.06.1934 r. (Dz.U. Nr 57, poz. 502 z późn. zm.).

biorstw mniejszego rozmiaru⁴. Prowadzenie przedsiębiorstw w mniejszym rozmiarze przez kilka osób dokonywało się przy wykorzystaniu formy spółki cywilnej, regulowanej przez przepisy kodeksu zobowiązań z 1933 r.⁵

Występują dość istotne różnice normatywne między spółką cywilną a spółką jawną, decydujące o handlowym charakterze tej drugiej. Przede wszystkim spółką w rozumieniu kodeksu zobowiązań był stosunek obligacyjny oparty na umowie, który nie stwarzał (w przeciwieństwie do spółki handlowej – art. 81 k.h.) odrębnego od wspólników podmiotu prawnego. Dlatego wszędzie, gdzie mowa była o spółce zawartej na podstawie przepisów k.z., chodziło właściwie o wspólników; oni tylko figurować mogli w księgach wieczystych jako właściciele wspólnego majątku, oni zaciągać mogli zobowiązania i oni też, a nie spółka jako taka odpowiadali za te zobowiązania⁶. Z kolei spółka jawna była powoływana wyłącznie do prowadzenia działalności zarobkowej w większym rozmiarze. Stosownie do treści art. 81 k.h. mogła ona nabywać prawa i zaciągać zobowiązania, pozywać i być pozywaną. Spółka jawna posiadała własny majątek. Wszystko to sprawia, że zaliczana była i jest do kategorii tzw. ułomnych osób prawnych, a więc, nie będąc osobą prawną, w obrocie handlowym traktowana jest tak, jakby posiadała osobowość prawną. W literaturze podkreśla się, że spółka jawna jest niczym innym, jak wyspecjalizowanym typem (czy podtypem) spółki prawa cywilnego, przystosowanym do potrzeb obrotu gospodarczego⁷. O tym przystosowaniu świadczy m.in. to, iż wspólnicy spółki jawnej mieli obowiązek zgłosić fakt jej zawiązania do rejestru handlowego, mogli udzielać prokury, powinni prowadzić rachunkowość. Ponadto spółka ta mogła być uznana za upadłą, nie pociągając za sobą upadłości wspólników. Posiadała także zdolność układową.

⁴ M. A l l e r h a n d, *Kodeks handlowy. Komentarz*, ks. I, Lwów 1935, reprint, Warszawa 1991, s. 13.

⁵ Rozporządzenie Prezydenta RP z dnia 27.10.1933 r. (Dz.U. Nr 82, poz. 598).

⁶ J. K o r z o n e k, I. R o s e n b l ü t, *Kodeks zobowiązań, Komentarz*, t. I, Kraków 1934, s. 1121.

⁷ S. G r z y b o w s k i, [w:] *System prawa cywilnego*, t. III, cz. 2, Wrocław-Warszawa-Kraków-Gdańsk 1976, s. 856, szerzej na temat statusu prawnego spółki jawnej: J. J a c y s z y n, *Charakter prawny spółki jawnej*, *Prawo Spółek* 1997, nr 7-8, s. 4 i nast.; T. M r ó z, *Niektóre problemy teoretycznej konstrukcji umowy spółki cywilnej i jawnej*, *Studia Prawnicze* 1986, nr 3-4, s. 199 i nast.

Kluczowe znaczenia dla odróżnienia spółek cywilnych prowadzących przedsiębiorstwo zarobkowe od spółek jawnych, jak też dla określenia spółek komandytowych, miało ustawowe pojęcie „przedsiębiorstwo prowadzone w większym rozmiarze”.

Podstawą do ustalenia, że dane przedsiębiorstwo osiągnęło rozmiar zobowiązujący kupca je prowadzącego do zarejestrowania swojej działalności, było rozporządzenie Ministra Przemysłu i Handlu wydawane w porozumieniu z Ministrami Skarbu, Sprawiedliwości oraz Rolnictwa i Reform Rolnych na podstawie delegacji ustawowej zawartej w art. 4 § 2 k.h. Pierwsze z serii rozporządzeń wydanych w tej sprawie pochodzi z dnia 02.07.1934 r.⁸ W myśl jego postanowień, o rozmiarze przedsiębiorstwa decydowała wielkość obrotu w stosunku rocznym ustalana prawomocnym orzeczeniem władzy skarbowej oraz zaliczenie danego przedsiębiorstwa do jednej z kategorii przedsiębiorstw przemysłowych lub handlowych, określonych przez przepisy ustawy z dnia 15.07.1925 r. o państwowym podatku przemysłowym⁹. Następne rozporządzenie w sprawie przedsiębiorstw zarobkowych prowadzonych w większym rozmiarze pochodzi z dnia 23.10.1936 r.¹⁰ Odwoływało się ono również do kryteriów zawartych w ustawie o podatku przemysłowym z 1925 r.

Po wojnie Ministrowie Przemysłu, Aprowizacji i Handlu oraz Żeglugi i Handlu Zagranicznego, w porozumieniu z Ministrami Sprawiedliwości, Skarbu oraz Rolnictwa i Reform Rolnych, wydali kolejny akt wykonawczy¹¹. Zgodnie z jego postanowieniami, za przedsiębiorstwo zarobkowe prowadzone w większym rozmiarze uważało się:

a) wszystkie przedsiębiorstwa państwowe i samorządowe oraz pozostające pod zarządem państwowym i samorządowym z mocy przepisów szczególnych w czasie trwania tego zarządu;

b) przedsiębiorstwa przewozowo-ekspedycyjne, przeładunkowe, usług portowych, domy składowe, biura pośrednictwa handlowego, przedsiębiorstwa komisowe, wywiadownie, przedsiębiorstwa wydawnicze i apteki¹²;

⁸ Dz.U. Nr 60, poz. 515.

⁹ Tekst jednolity: Dz.U. z 1932 r. Nr 17, poz. 110.

¹⁰ Dz.U. Nr 84, poz. 590.

¹¹ Rozporządzenie z dnia 11.07.1946 r. (Dz.U. Nr 36, poz. 223).

¹² Apteki zostały skreślone z tego wykazu na mocy rozporządzenia Ministra Przemysłu i Handlu z dnia 02.10.1947 r. (Dz.U. Nr 73, poz. 465).

c) przedsiębiorstwa, których obrót przewyższa kwotę 5 mln zł w stosunku rocznym¹³.

Ponadto, bez względu na wielkość obrotu, przedsiębiorstwo uważa się za prowadzone w większym rozmiarze, jeżeli za takie uzna je sąd rejestrowy, właściwy według siedziby przedsiębiorstwa, po zasięgnięciu opinii izby skarbowej i izby przemysłowo-handlowej (§ 1 rozp.). Wreszcie do tej kategorii zalicza się inne niż wyżej wymienione przedsiębiorstwa przemysłowe, jeżeli kupcy je prowadzący posiadają zakłady sprzedaży artykułów własnej produkcji, zaliczane lub podlegające zaliczeniu do przedsiębiorstw zarobkowych w większym rozmiarze oraz przedsiębiorstwa przemysłowe uboczne, związane z gospodarstwem rolnym, jeżeli przerabiają ponad 50% produktów, nie pochodzących z gospodarstw z nimi związanych (§ 3 i 4 rozp.).

W swojej pierwotnej postaci kodeks handlowy obowiązywał do 01.01.1965 r., kiedy to w znacznej części został uchylony przez art. VI § 1 przepisów wprowadzających kodeks cywilny¹⁴ (p.w.k.c.). Pozostawiono przepisy dotyczące spółek jawnych, z ograniczoną odpowiedzialnością i akcyjnych, przy czym w stosunku do tych spółek pozostały również w mocy przepisy o firmie, prokurze i rejestrze handlowym. Utracił natomiast moc art. 2 i 4 k.h. Usunięto więc normatywną podstawę do odróżniania kupców rejestrowych od kupców nierejestrowych. Pojęcie kupca rejestrowego nie znikło jednak całkowicie z polskiego porządku prawnego. Pozostało w wielu utrzymany w mocy przepisach kodeksu handlowego, np. w art. 5, art. 6 czy art. 26. Również termin „przedsiębiorstwo zarobkowe prowadzone w większym rozmiarze” nadal występuje w przepisach kodeksu handlowego (art. 75 § 1 k.h., art. 143 k.h.¹⁵). Zarysował się więc problem, jakie znaczenie ma to pojęcie w systemie prawa handlowego, w szczególności zaś, czy nadal stanowi podstawę delimitacji między formą spółki prawa cywilnego a spółką jawną. Zagadnienie to nabrało ostrości w związku z wejściem

¹³ Kwotę tę najpierw podwyższono do 12 mln zł (rozp. Ministra Przemysłu i Handlu z dnia 02.10.1947 r.), a następnie do kwoty 18 mln zł (rozp. Przewodniczącego Państwowej Komisji Planowania Gospodarczego z dnia 21.12.1949 r. – Dz.U. Nr 64, poz. 514).

¹⁴ Ustawa z dnia 23.04.1964 r. (Dz.U. Nr 16, poz. 94 z późn. zm.).

¹⁵ Ustawą z dnia 30.08.1991 r. (Dz.U. Nr 94, poz. 418) przywrócono na grunt obowiązującego prawa instytucję spółki komandytowej.

w życie ustawy o działalności gospodarczej z dnia 23.12.1988 r.¹⁶ i datowanym na ten okres renesansem spółek w polskim życiu gospodarczym.

Kwestia, czy przedsiębiorstwo, które ma być prowadzone przez spółkę jawną (komandytową), musi być, zgodnie z literalnym brzmieniem art. 75 § 1 k.h. i art. 143 k.h., przedsiębiorstwem „w większym rozmiarze”, była przedmiotem ostrych kontrowersji doktrynalnych.

Wobec niepewności stanu prawnego w tej mierze proponowano różne rozwiązania mające umożliwić funkcjonowanie spółek jawnych i komandytowych w obrocie gospodarczym. Ujmując rzecz ogólnie, można wyróżnić dwa zasadnicze kierunki interpretacji przepisów kodeksu handlowego posługujących się zwrotem „przedsiębiorstwo prowadzone w większym rozmiarze”:

1) ponieważ pojęcie to należy do elementów przedmiotowo istotnych umowy spółki jawnej (komandytowej), to należy w oparciu o obowiązujące przepisy ustalić, jakie kryteria decydują o tym, że przedsiębiorstwo jest prowadzone w większym rozmiarze;

2) omawiane pojęcie, chociaż stanowi element definicji spółki jawnej i komandytowej, jest bezprzedmiotowe wobec braku adekwatnych do obecnych realiów gospodarczych przepisów definiujących „większy rozmiar przedsiębiorstwa”.

Za pierwszym z wyżej wymienionych stanowisk opowiedział się A.W. Wiśniewski¹⁷. Autor ten jest zdania, że koncepcja zakładająca całkowitą utratę mocy obowiązującej art. 4 k.h. jest nie do pogodzenia z treścią art. VI § 2 p.w.k.c., pozostawiającego w mocy przepisy kodeksu handlowego o spółce jawnej. Przyjmując bowiem, że rozmiar przedsiębiorstwa nie stanowi obecnie ustawowego kryterium pozwalającego na odróżnienie spółki jawnej od spółki cywilnej, należałoby konsekwentnie uznać, że nie ma w ogóle takich kryteriów, a zatem albo spółki jawne, albo spółki cywilne nie mogą istnieć. Taka zaś interpretacja byłaby sprzeczna z celami przepisu art. VI § 2 p.w.k.c.

A.W. Wiśniewski proponuje więc dwie możliwe do przyjęcia interpretacje art. 75 § 1 k.h.

¹⁶ Dz.U. Nr 41, poz. 324 z późn. zm.

¹⁷ A.W. Wiśniewski, *Prawo o spółkach. Podręcznik praktyczny*, t. I, Warszawa 1990, s. 103-104.

Według pierwszej z nich można uznać, że powołanie się na przepis art. 4 k.h. w art. 75 § 1 k.h. stanowi jedynie zabieg techniczny i nie należy do merytorycznej treści przepisu. Oznacza to, że skoro art. 4 k.h. został uchylony, wzmiankę o nim należy uznać za nie napisaną, ale nie oznacza to uchylecia pojęcia „przedsiębiorstwo w większym rozmiarze”. Kryterium to, w braku delegacji do jego określenia dla organu administracji, powinien określać sąd rejestrowy, do czego zobowiązuje go art. 17 k.h. i § 26-29 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości o rejestrze sądowym¹⁸. Rozwiązanie to, jak twierdzi sam autor, obarczone jest woluntaryzmem zabiegu polegającego na usunięciu z treści przepisu wzmianki, która przez ustawodawcę nie została uchylona.

Z tego względu A.W. Wiśniewski proponuje inną interpretację art. 75 § 1 k.h., opartą na wzajemnym stosunku tego przepisu i uchylonego art. 4 § 2 k.h. Art. 4 k.h. stanowi o tym, kto jest kupcem rejestrowym (§ 1) oraz kto i w jakim trybie określa, jakie przedsiębiorstwo jest prowadzone w większym rozmiarze (§ 2). Art. 75 nie ustala, kto jest kupcem rejestrowym, a tylko przewiduje, że ten sam tryb należy zastrzec dla ustalania „większego rozmiaru przedsiębiorstwa” w celu odróżnienia spółki jawnej od spółki cywilnej. Delegacja z art. 4 k.h. jest więc delegacją podwójną: z art. 4 k.h. – do ustalenia, kto jest kupcem rejestrowym, i z art. 75 k.h. – do stwierdzenia, jaka spółka jest spółką jawną. Pomimo uchylecia art. 4 delegacja ta nie straciła mocy w takim zakresie, w jakim jest oparta na utrzymanym w mocy art. 75. Wynika stąd wniosek, że rozporządzenie Ministrów Przemysłu, Aprowizacji i Handlu oraz Żeglugi i Handlu Zagranicznego z dnia 11.07.1946 r. formalnie nadal obowiązuje.

Również K. Kruczałak stoi na stanowisku, że pomimo uchylecia art. 4 k.h., w dalszym ciągu obowiązują przepisy wykonawcze określające, jakie przedsiębiorstwo należy uważać za prowadzone w większym rozmiarze¹⁹. Opierając się na wykładni celowościowej przepisów kodeksu handlowego o spółce jawnej, autor ten twierdzi, że rozmiar przedsiębiorstwa prowadzonego przez spółkę jawną stanowi jedno z kryteriów ustawowych

¹⁸ Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 01.07.1934 r. (Dz.U. Nr 59, poz. 511 z późn. zm.).

¹⁹ K. K r u c z a ł a k, *Spółki handlowe*, Warszawa 1998, s. 50-51.

pozwalających odróżnić tę spółkę od innych, zwłaszcza od spółki cywilnej. Skoro więc rozmiar przedsiębiorstwa należy do przedmiotowo istotnych postanowień umowy spółki jawnej, muszą mieć moc wiążącą takie przepisy, które wypełniają treścią owo pojęcie. Przyjęcie, że rozmiar przedsiębiorstwa nie stanowi obecnie ustawowego kryterium pozwalającego odróżnić spółkę jawną od spółki cywilnej, musiałoby prowadzić do wniosku, że przepisy o spółce jawnej są bezprzedmiotowe.

Stanowisko opowiadające się za zaliczeniem kryterium wielkości przedsiębiorstwa do elementów przedmiotowo istotnych podziela S. Sołtysiński²⁰. Autor uważa, że wobec braku bliższego wskaźnika, kiedy spółka stanowi przedsiębiorstwo „większych rozmiarów”, tę lukę konstrukcyjną należy wypełnić w drodze interpretacji kryterium ustawowego. Sądy rejestrowe nie są zwolnione z obowiązku czuwania z urzędu, aby spółki większych rozmiarów były wpisywane do rejestrów. Strony umowy spółki nie mogą więc swobodnie decydować o wyborze reżimu spółki jawnej bądź cywilnej w tych sytuacjach, gdy trudno ustalić, czy mamy do czynienia z przedsiębiorstwem „większych rozmiarów”. Leży to w interesie bezpieczeństwa obrotu i najczęściej też samych wspólników, których prawa i obowiązki poddane zostają bardziej wyczerpującej regulacji zawartej w kodeksie handlowym. S. Sołtysiński proponuje interpretowanie pojęcia „większych rozmiarów” przedsiębiorstwa według podobnych kryteriów, jakie stosuje się obecnie, dokonując klasyfikacji spółek prawa handlowego, które podlegają obowiązkowi prowadzenia uproszczonego bilansu oraz rachunku zysków i strat w myśl art. 50 ustawy o rachunkowości²¹. Przepis ten, zdaniem autora, zawiera swoistą definicję „przedsiębiorstw w większym rozmiarze”, zaliczając do nich podmioty, które spełniają łącznie dwa z trzech przedstawionych poniżej warunków:

- 1) średnioroczne zatrudnienie wynosi co najmniej 50 osób;
- 2) suma aktywów bilansu wynosi co najmniej 1 mln euro;
- 3) przychód netto ze sprzedaży towarów i usług oraz operacji finansowych stanowi równowartość w walucie polskiej co najmniej 2 mln euro.

²⁰ S. Sołtysiński, [w:] S. Sołtysiński, A. Szajkowski, J. Szwaja, *Kodeks handlowy – komentarz*, t. I, Warszawa 1997, s. 571-572.

²¹ Ustawa z dnia 29.09.1994 r. (Dz.U. Nr 121, poz. 591 z póź. zm.).

Kryterium tego nie należy stosować jednak zbyt rygorystycznie, gdyż mogłoby to nadmiernie ograniczyć korzystanie z formy spółki jawnej lub komandytowej. Jak twierdzi S. Sołtysiński, należy je raczej traktować jako wskazówkę, że przedsiębiorstwo o takich rozmiarach spełnia ponad wszelką wątpliwość warunek przewidziany w art. 75 § 1 k.h.

Podobne rozwiązanie prezentuje także A. Szajkowski²². Jego zdaniem, wobec niejasności stanu prawnego w zakresie normatywnego charakteru kryterium „większego rozmiaru przedsiębiorstwa”, interpretując art. 75 § 1 k.h. lub art. 143 k.h., należy sięgnąć do ustawy o rachunkowości. W przeciwieństwie jednak do S. Sołtysińskiego proponuje oparcie się na innych przepisach tej ustawy. Zdaniem tego autora, za najbardziej uzasadnione wydaje się sięgnięcie do art. 2 ust. 1 pkt 1 i 2. Przepis ten nakazuje stosowanie zasad tzw. rachunkowości kupieckiej tym wszystkim podmiotom, m.in. i spółkom jawnym, których przychody netto ze sprzedaży towarów, produktów i operacji finansowych za poprzedni rok obrotowy wynosiły co najmniej równowartość w walucie polskiej 400 tys. euro²³. Jako alternatywne rozwiązanie A. Szajkowski proponuje też stosowanie znacznie surowszych kryteriów zawartych w art. 64 ust. 1 pkt 1 cyt. ustawy określającym przypadki obligatoryjnego badania i ogłaszania sprawozdań finansowych tych jednostek gospodarczych, które w poprzednim roku obrotowym osiągnęły lub przekroczyły granicę dwóch z trzech następujących wielkości:

- 1) średnioroczne zatrudnienie 50 osób;
- 2) suma aktywów bilansu na koniec roku obrotowego – równowartość w walucie polskiej 1 mln euro;
- 3) przychody netto ze sprzedaży towarów, produktów i usług oraz przychody z operacji finansowych – równowartość w walucie polskiej 3 mln euro.

Kryterium to, zdaniem autora, dotyczy jednak działalności w dużym, a nie w większym rozmiarze. Nie ma jednak wątpliwości, że w odniesieniu do spółek cywilnych spełniających wyżej wymienione warunki, obowiązek badania sprawozdań finansowych wprowadzono właśnie ze względu na znaczny rozmiar prowadzonej przez nie działalności.

²² A. Szajkowski, *Prawo spółek handlowych*, Warszawa 1997, s. 165-166.

²³ Kwota ta została podwyższona do wysokości 800 tys. euro przez ustawę z dnia 08.01.1999 r. o zmianie ustawy o rachunkowości (Dz.U. Nr 9, poz. 75).

Według drugiego stanowiska, „rozmiar przedsiębiorstwa” nie stanowi obecnie ustawowego kryterium pozwalającego odróżnić spółkę jawną od spółki cywilnej. Pogląd taki wyrazili m.in. A.W. Wiśniewski²⁴, T. Kwieciński i R. Sowiński²⁵. Zbliżone stanowisko zajmuje również W. Pyziół²⁶, który twierdzi, że *de lege lata* prowadzenie przedsiębiorstwa zarobkowego w większym rozmiarze nie jest warunkiem koniecznym zakwalifikowania danej spółki jako spółki jawnej. Jest nim natomiast jedynie prowadzenie przedsiębiorstwa zarobkowego pod własną firmą. Takiego samego zdania jest S. Włodyka. Według tego autora, wymóg prowadzenia przedsiębiorstwa zarobkowego w większym rozmiarze należy uznać za nieaktualny wobec uchylecia art. 4 k.h. Warunkiem utworzenia spółki jawnej czy komandytowej pozostaje więc tylko fakt prowadzenia przez nie przedsiębiorstwa zarobkowego. Tworzenie wymienionych podmiotów w innych celu spowoduje, iż akt erekcyjny spółki będzie bezwzględnie nieważny z powodu sprzeczności z ustawą (art. 58 k.c.)²⁷.

Praktyczną konsekwencją przyjęcia powyższego rozwiązania jest to, że aktualnie podmioty pragnące wspólnie (tj. w ramach spółki) prowadzić przedsiębiorstwo zarobkowe mają możliwość wyboru formy prawnej swojej działalności – od umowy stron zależy bowiem, czy będzie ona prowadzona w formie spółki cywilnej, czy też w formie spółki jawnej.

Słabym punktem tego rozwiązania, na co wskazuje W. Pyziół²⁸, jest zatarcie różnic między spółką cywilną a spółką jawną. Nie do zaakceptowania są jednak, zdaniem tego autora, propozycje nałożenia na sądy rejestrowe obowiązku badania rozmiaru przedsiębiorstwa w oparciu o takie kryteria, jak ilość zatrudnionych pracowników, wysokość płaconego podatku VAT, wartość majątku spółki itp. Prowadziłoby to do rozbieżności ocen ze strony poszczególnych sądów rejestrowych, a w konsekwencji do sytuacji, w której same strony zainteresowane (wspólnicy) nie miałyby pew-

²⁴ A. Wiśniewski, *Kodeks handlowy i inne przepisy o spółkach. Prawo upadłościowe. Prawo o postępowaniu układowym*, Warszawa 1985, s. 15.

²⁵ T. Kwieciński, R. Sowiński, *Ustrój podmiotów gospodarczych PRL*, Poznań 1984, s. 152.

²⁶ W. Pyziół, [w:] *Prawo spółek*, pod red. S. Włodyki, Kraków 1991, s. 41-42.

²⁷ S. Włodyka, [w:] *Prawo spółek*, pod red. S. Włodyki, Kraków 1996, s. 89.

²⁸ W. Pyziół, [w:] *Prawo spółek*, pod red. S. Włodyki, Kraków 1996, s. 311-312.

ności co do tego, czy ich spółka w ogóle powinna (względnie może) być zgłoszona do rejestru handlowego jako spółka jawna, czy też nie.

Podobne stanowisko zajmuje J. Mojak, twierdząc, że współcześnie nie można zidentyfikować w polskim języku prawnym pojęcia przedsiębiorstwa zarobkowego w większym rozmiarze. Jest to konsekwencja uchylecia art. 4 k.h. i nieprzestrzegania w praktyce art. 75 k.h.. Nie można również uznać, iż nadal pozostają w mocy przepisy wykonawcze wydane na gruncie uchylonych przepisów kodeksu handlowego. Współczesny prawodawca nie zadbał zaś o wydanie nowych regulacji dostosowanych do realiów życia gospodarczego. Prowadzi to do nadmiernego wyeksponowania roli i rangi spółki cywilnej kosztem spółki jawnej²⁹.

Zdaniem A. Kidyby, ustalenie kryterium większego rozmiaru działalności, wobec braku stosownych regulacji, może być obecnie pozostawione wyłącznie stronom. Kryterium to nie ma więc większego znaczenia. Do zarejestrowania spółki jawnej czy komandytowej wystarczy więc, że wspólnicy zadeklarują zamiar podjęcia działalności gospodarczej w formie przedsiębiorstwa zarobkowego. Rozstrzygać tu będzie intencja wspólników, a nie faktycznie prowadzona działalność „w większym rozmiarze”³⁰.

J. Szwaja uważa, że rozmiar przedsiębiorstwa jest kwestią faktyczną, którą w razie wątpliwości rozstrzyga sąd, brak bowiem wśród przepisów kodeksu cywilnego i handlowego określenia kryteriów klasyfikacyjnych³¹.

Nieostrość ustawowego kryterium „przedsiębiorstwa w większym rozmiarze” nie stanowi jednak, jak twierdzi J. Bról, przeszkody dla sądów rejestrowych do rejestrowania spółek jawnych czy komandytowych. Sądy dokonują stosownych wpisów na podstawie oświadczeń wspólników, że spółka prowadzi lub zamierza prowadzić przedsiębiorstwo większych rozmiarów. Występuje więc istotna sprzeczność między stanem prawnym a praktyką³².

²⁹ J. Mojak, [w:] A. Jakubecki, A. Kidyba, J. Mojak, R. Skubisz, *Prawo spółek. Zarys*, Warszawa 1999, s. 90.

³⁰ A. Kidyba, [w:] A. Jakubecki, A. Kidyba, J. Mojak, R. Skubisz, *Prawo spółek...*, s. 105.

³¹ J. Szwaja, [w:] S. Sołtysiński, A. Szajkowski, J. Szwaja, *Kodeks handlowy...*, s. 812-813.

³² J. Bról, *Spółki prawa handlowego*, Warszawa 1993, s. 201.

Podsumowując wyżej zaprezentowane poglądy doktryny, należy, moim zdaniem, zgodzić się ze stanowiskiem, w myśl którego nie jest możliwe w obecnym stanie prawnym zdefiniowanie pojęcia „przedsiębiorstwo zarobkowe prowadzone w większym rozmiarze”. Niewątpliwie kryterium to stanowi element przedmiotowo istotny umowy spółki jawnej i komandytowej. Wynika to jednoznacznie z brzmienia przepisów art. 75 i 143 k.h. Użyty w tych przepisach zwrot jest jednak bezprzedmiotowy wobec braku odpowiednich aktów wykonawczych go dookreślających. Nie można w szczególności uznać, że aktem takim jest wspomniane rozporządzenie Ministrów Przemysłu, Apropowizacji Handlu oraz Żeglugi i Handlu Zagranicznego z dnia 11 lipca 1946 r. Z jednej strony istnieją poważne wątpliwości, czy rozporządzenie to nadal pozostaje w mocy, z drugiej zaś – gdyby nawet przyjąć, że jest to prawo obowiązujące – jego treść wybitnie nie przystaje do potrzeb bieżących. Szczególnie jest to widoczne, jeżeli chodzi o wielkość obrotu decydującego o uznaniu danego przedsiębiorstwa za „prowadzone w większym rozmiarze”³³. Ze względu na brak wyraźnych podstaw prawnych należy też odrzucić możliwość pomocniczego posługiwania się kryteriami zaczerpniętymi z innych aktów prawnych zawierających regulacje z zakresu prawa gospodarczego. Dotyczy to przede wszystkim ustawy o rachunkowości, jak i prawa działalności gospodarczej – części obowiązujących już przepisów o małych i średnich przedsiębiorcach. Nie ma więc w obecnym stanie prawnym możliwości określenia, jakie przedsiębiorstwo zarobkowe jest prowadzone „w większym rozmiarze”. Oczywiście nie oznacza to, że nie dopuszczalne jest prowadzenie działalności gospodarczej w formie spółki jawnej czy komandytowej. Podmioty takie są wpisywane do rejestru handlowego i funkcjonują w obrocie gospodarczym. Sądy rejestrowe rejestrują handlowe spółki osobowe na podstawie oświadczeń wspólników, że zamierzają prowadzić działalność w takiej właśnie formie. Pomimo liberalnego podejścia sądów spółki jawne i komandytowe są w niewielkim stopniu wykorzystywane w praktyce życia gospodarczego. Ich rolę przejęła spółka cywilna, po którą, z różnych względów³⁴, chętniej sięgały

³³ Por. K. Kruczałak, *Przedsiębiorstwo zarobkowe (gospodarstwo rolne) „w większym rozmiarze”*, Prawo Spółek 1998, nr 1, s. 4.

³⁴ Por. S. Sołtysiński, *Założenia projektu ustawy „Prawo spółek handlowych” dotyczące spółek osobowych*, Przegląd Legislacyjny 1998, nr 3-4, s. 68-69.

osoby pragnące wspólnie prowadzić działalność gospodarczą. Niewątpliwie jednak jedną z przyczyn wielkiej „kariery” spółki cywilnej w ostatnich latach był brak ustawowej definicji pojęcia „przedsiębiorstwa zarobkowego prowadzonego w większym rozmiarze”, a w konsekwencji nieobowiązanie zasady, iż każda spółka osobowa prowadząca takie przedsiębiorstwo powinna być wpisana do rejestru handlowego i stać się spółką handlową ze wszystkimi tego konsekwencjami.

Duże znaczenie w omawianej kwestii będzie miała ustawa z dnia 20.08.1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym³⁵, która wejdzie w życie w dniu 01.01.2001 r. Art. 71 pkt 1 lit.a tej ustawy zawiera nowe brzmienie art. 2 ust. 2 ustawy o działalności gospodarczej: „Prowadzącym działalność gospodarczą, zwanym dalej „przedsiębiorcą”, może być osoba fizyczna, osoba prawna, a także spółka jawna i spółka komandytowa”. Z kręgu przedsiębiorców, uprawnionych do prowadzenia działalności gospodarczej w celach zarobkowych i podlegających rejestracji w KRS, wyeliminowana zostanie spółka cywilna. Wobec wejścia w życie przepisów nowego prawa działalności gospodarczej ustawy o działalności gospodarczej utracą moc. Ustawa z dnia 19.11.1999 r. przejmuje jednak rozwiązanie wprowadzone przez przepisy wprowadzające ustawę o KRS. Spółki cywilne nadal będą występowały w obrocie profesjonalnym, ale do rejestru wpisywani będą wspólnicy tych spółek jako osoby fizyczne prowadzące działalność gospodarczą. Zgodnie bowiem z art. 2 ust. 3 pr.dz.gosp., za przedsiębiorców w rozumieniu tej ustawy uznaje się także wspólników spółki cywilnej w zakresie wykonywanej przez nich działalności gospodarczej. Ustawodawca przesądził więc wyraźnie, że spółka cywilna nie jest przedsiębiorcą. Z dniem wejścia w życie prawa działalności gospodarczej straci aktualność kontrowersyjne orzecznictwo Sądu Najwyższego dotyczące statusu prawnego spółki cywilnej, np. w zakresie zdolności upadłościowej³⁶ czy układowej³⁷, zdolności sądowej³⁸ itd.

³⁵ Dz.U. Nr 121, poz. 769.

³⁶ Uchwała SN z dnia 27.05.1993 r. III CZP 61/91, OSNC 1994, nr 1, poz. 7.

³⁷ Uchwała SN z dnia 28.07.1993 r. III CZP 97/93, OSNC 1994, nr 1, poz. 20.

³⁸ Uchwała (7) SN z dnia 14.10.1994 r. III CZP 16/94, OSNC 1994, nr 2, poz. 40.

Koniecznym uzupełnieniem tej regulacji jest jednak określenie, kiedy mamy do czynienia ze spółką jawną czy komandytową, a to ze względu na fakt, że nadal występuje w polskim porządku prawnym niedookreślony zwrot „przedsiębiorstwo zarobkowe prowadzone w większym rozmiarze” jako *essentialia negotii* umowy spółki jawnej i komandytowej.

Jak to podkreślają wszyscy cytowani przedstawiciele doktryny, analizowany problem może zostać zadowolająco rozwiązany tylko w drodze interwencji ustawodawcy. Wchodzi tu w grę albo wydanie przepisów, które określą precyzyjnie pojęcie „przedsiębiorstwa zarobkowego w większym rozmiarze”, albo usunąć ten wymóg z definicji spółki jawnej i komandytowej.

Postulat zmian obowiązującego stanu prawnego wychodzi naprzeciw projekt ustawy o spółkach handlowych³⁹. Definicja terminu „przedsiębiorstwo w większym rozmiarze” znalazła się w art. 26 § 3 projektu. Według tego przepisu, spółka prowadzi przedsiębiorstwo w większym rozmiarze, jeżeli jej przychody netto ze sprzedaży towarów, usług lub operacji finansowych w roku obrotowym osiągnęły co najmniej równowartość w walucie polskiej 400 tys. euro. Definicja ta została sformułowana wyłącznie na potrzeby przekształcenia dużych spółek cywilnych w spółki jawne⁴⁰. Stanowi o tym art. 26 § 3 projektu, nakazujący wpisywanie do rejestru przedsiębiorców spółki w rozumieniu art. 860 k.c., której wspólnicy prowadzą przedsiębiorstwo w większym rozmiarze przez okres co najmniej dwóch kolejnych lat obrotowych. Z chwilą wpisu do rejestru spółka staje się spółką jawną (art. 26 § 3 zd. 2 proj.). Tym samym pojęcie „przedsiębiorstwa w większym rozmiarze” przestaje stanowić cechę konstytutywną spółki jawnej. Definicja spółki jawnej wprowadzona przez projekt stanowi, że jest ona spółką osobową, która prowadzi przedsiębiorstwo pod własną firmą, a nie jest inną spółką handlową. Prowadzenie przedsiębiorstwa zarobkowego w większym rozmiarze przestaje też być elementem definicji spółki komandytowej (por. art. 102 proj.). Twórcy projektu nie wprowadzili także tego pojęcia do konstrukcji nowych typów spółek osobowych, mianowicie,

³⁹ Najnowsza wersja projektu z dnia 31.03.1999 r. została opublikowana w Studiach Prawniczych 1999, nr 1-2.

⁴⁰ Por. uzasadnienie projektu ustawy – Prawo spółek handlowych (projekt z dnia 31.03.1999 r.), Studia Prawnicze 1999, nr 1-2, s. 163.

spółki partnerskiej (art. 86 i nast. proj.) oraz spółki komandytowo-akcyjnej (art. 125 i nast. proj.).

Zdaniem S. Sołtysińskiego⁴¹, przyjęcie takiego rozwiązania podyktowane było następującymi względami:

1) brak przekonujących argumentów za tym, aby spółki osobowe mogły być dostępne tylko dla wspólników, którzy prowadzą działalność w większym rozmiarze;

2) trudności, jakich nastęcza weryfikacja tego wymogu na etapie rejestracji spółek osobowych oraz w razie zmniejszenia rozmiarów przedsiębiorstwa spółki;

3) koszty administracyjne kontroli kontrowersyjnego wymogu;

4) brak analizowanego wymogu w ustawodawstwach najbardziej rozwiniętych państw gospodarki rynkowej (np. RFN, Stanów Zjednoczonych, Wielkiej Brytanii, Francji i in.).

Należy się zastanowić, czy uzasadniona jest rezygnacja z kryterium „przedsiębiorstwa zarobkowego prowadzonego w większym rozmiarze” jako elementu przedmiotowo istotnego umowy spółki jawnej i komandytowej. Jestem zdania, że proponowane rozwiązanie idzie w dobrym kierunku. Przede wszystkim zachowana zostanie zasada, według której wspólne prowadzenie działalności gospodarczej w większym rozmiarze powinno mieć miejsce przy wykorzystaniu formy spółki handlowej. Temu celowi służy właśnie przepis art. 26 § 3 proj. Z kolei usunięcie z definicji spółki jawnej i komandytowej wymogu prowadzenia działalności w większym rozmiarze usunie wiele wątpliwości, które pojawiłyby się na etapie rejestracji spółki. Wspólnicy nie będą musieli wykazywać, że zakładane przez nich przedsiębiorstwo osiągnie poziom obrotu wystarczający do przyjęcia, że jest to przedsiębiorstwo w większym rozmiarze. Na etapie rozpoczynania działalności gospodarczej udowodnienie tego byłoby bardzo utrudnione lub wręcz niemożliwe. Ponadto sądy rejestrowe nie są przygotowane do badania, czy przedsiębiorstwo w spółki osiągnęło wymaganą przepisami wielkość obrotu. Ocena ta wymagałaby posiadania wiedzy specjalistycznej w zakresie rachunkowości. Sądy zmuszone byłyby więc korzystać z pomocy biegłych, co znacznie wydłużyłoby i zwiększyłoby koszty rejestracji spół-

⁴¹ S. Sołtysiński, *Założenia...*, s. 69-70.

ki. Dlatego też projekt stanowi, że sąd rejestrowy nie bada, czy spółka jawna zgłoszona do rejestru prowadzi przedsiębiorstwo większych rozmiarów (art. 26 § 4 proj.). Miarodajne będą tutaj oświadczenia wnioskodawców.

Projekt prawa spółek handlowych nakłada też na wspólników już istniejących dużych spółek cywilnych obowiązek dokonania zgłoszenia spółki do rejestru, jeżeli spółka ta w dniu wejścia w życie ustawy prowadziła przedsiębiorstwo w większym rozmiarze przez okres co najmniej dwóch kolejnych lat obrotowych (art. 625 § 1 proj.). Niewywiązanie się z tego obowiązku w ciągu roku od dnia wejścia w życie ustawy zagrożone jest grzywną do 20 000 zł, którą sąd rejestrowy może nałożyć na każdego wspólnika spółki cywilnej (art. 625 § 2 i 3 proj.).

Kwestią wykraczającą poza ramy tego opracowania jest ocena, czy sądy rejestrowe dysponować będą wystarczającym (skutecznym) zespołem instrumentów, które pozwolą egzekwować obowiązek przekształcenia dużych spółek cywilnych w spółki handlowe. Jest to temat wymagający odrębnego rozważenia.

Nie można natomiast zgodzić się z poglądem, iż pojęcie przedsiębiorstwa zarobkowego prowadzonego w większym rozmiarze zniknie zupełnie z polskiego porządku prawnego⁴². Projekt prawa spółek handlowych nadal operuje tym kryterium. Zmieniła się tylko jego funkcja. Dotychczas był to element definicji handlowych spółek osobowych (co prawda w ostatnim czasie ze względów, o których wyżej, praktycznie nie wykorzystywany w procesie tworzenia tych spółek). W przyszłości, tj. po wejściu w życie projektu, kategoria ta będzie służyła wyłącznie przekształcaniu spółek cywilnych w jawne.

Trudno też uznać, że omawiane pojęcie zostało zastąpione kategorią małego i średniego przedsiębiorcy. Inne są bowiem cele przepisów, które ją wprowadziły. Prawo działalności gospodarczej używa terminów „mały” i „średni przedsiębiorcy”, aby wyodrębnić grupę przedsiębiorców, które mogą liczyć na szczególną pomoc organów państwowych i samorządowych. Rolą zaś przepisów kodeksu handlowego, a w przyszłości prawa

⁴² A. K i d y b a, *Mały i średni przedsiębiorca jako kategoria normatywna*, Prawo Spółek 2000, nr 2, s. 18.

spółek handlowych, jest dostosowanie formy organizacyjnoprawnej działalności gospodarczej do potrzeb obrotu profesjonalnego. Taki jest, moim zdaniem, sens tego rozwiązania, a jego utrzymanie wydaje się konieczne, biorąc pod uwagę patologiczną sytuację wykorzystywania na szeroką skalę spółek cywilnych w obrocie gospodarczym w latach 90-tych i kontrowersje, jakie ten stan wywoływał w doktrynie.