

Piotr Bielski

Cel niezarobkowy spółek kapitałowych a status przedsiębiorcy

I. Wprowadzenie

Wejście w życie ustawy – Prawo działalności gospodarczej¹, ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym² oraz ustawy – Kodeks spółek handlowych³ w znaczący sposób przebudowuje istotną część prawa przedsiębiorców. Niemało rozwiązań przyjętych w powołanych aktach prawnych wywołuje wątpliwości interpretacyjne, i to zasadniczej natury. Niestety, niektóre z przyjętych rozwiązań zawierają błędy o charakterze systemowym. Jednym z takich rozwiązań jest pozostawienie w dotychczasowym kształcie przepisów o firmie i prokurze, w sytuacji gdy kodeks spółek handlowych uchylił (już po raz drugi!) ogólną normą derogacyjną kodeks handlowy. Efekt wymienionej decyzji legislacyjnej można opisać w następujący sposób. Autorzy kodeksu spółek handlowych, rezygnując z regulacji problematyki firmy i prokury w nowej ustawie, dali wyraz swej negatywnej ocenie co do zakresu podmiotowego przepisów o firmie i prokurze po 1965 r. Jednak wobec braku koordynacji prac legislacyjnych nie zdążono przygotować

¹ Ustawa z dnia 19 listopada 1999 r. – Prawo działalności gospodarczej (Dz.U. Nr 101, poz. 1178 ze zm.).

² Ustawa z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym (Dz.U. Nr 121, poz. 769 ze zm.).

³ Ustawa z dnia 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych (Dz.U. Nr 94, poz. 1037).

stosownej regulacji prawnej obu klasycznych instytucji prawa handlowego (nie tylko prawa spółek handlowych⁴). W konsekwencji trafna co do zasady decyzja o wyłączeniu przepisów o firmie i prokurze z zakresu regulacji kodeksu spółek handlowych zaowocowała pozostawieniem stanu prawnego, w którym zakres podmiotowy firmy i prokury obejmuje wyłącznie spółki handlowe. Jeżeli tak ma wyglądać przebudowa prawa przedsiębiorców, to w żadnym razie nie zasługuje ona na aprobatę.

Innym przykładem błędu legislacyjnego, ale także i błędu o daleko idących skutkach merytorycznych, jest definitywne uchylene tych przepisów kodeksu handlowego, które po 1965 r. odnosić się miały wyłącznie do stosunków handlu zagranicznego. Zakres art. 518-524 i 531 k.h. powinien zostać raczej rozszerzony w taki sposób, by można było objąć nimi wszystkich przedsiębiorców⁵. W tej sytuacji decyzja o uchyleniu kodeksu handlowego, i to przy braku regulacji o charakterze przejściowym, dotyczących wymienionych przepisów, musi budzić sprzeciw. Sprzeciw ten pogłębiony jest poprzez fakt, iż kodeks spółek handlowych w ogóle stosownej regulacji nie przewiduje. A zatem nowa ustawa o zakresie regulacji węższym od starej uchyla tę ostatnią bez wskazania uzasadnienia dla rezygnacji z omawianych instytucji prawnych. Przedstawione rozwiązanie przy braku jakiegokolwiek odniesienia w uzasadnieniu do projektu ustawy wręcz sugeruje, iż derogacja art. 518-524 i 531 k.h. nie była zamierzona. Jeśli pogląd powyższy miałby się potwierdzić, oznaczałoby to, że ustawodawca zupełnie się pogubił, dokonując zasadniczej przebudowy znaczącej części prawa przedsiębiorców, eliminując jednocześnie nie wchodzące w zakres tych zmian przepisy prawa handlowego.

Na przykładzie przedstawionych błędów można stwierdzić, że zasadniczym uchybieniem ustawodawcy przy uchwaleniu kodeksu spółek han-

⁴ Instytucję prokury oraz miejsce i sposób jej docelowego uregulowania w prawie polskim analizuję w opracowaniu: *Prokura jako instytucja prawa przedsiębiorców rejestrowych*, Przegląd Prawa Handlowego 2001 (w druku).

⁵ Ponownej analizie wymaga problem wielu innych instytucji prawa handlowego, zarówno prawa kupców, jak i prawa czynności handlowych, które zostały ze względów pozamerytorycznych uchylone w 1965 r., a po 1989 r. nie dokonano oceny ich przydatności w obecnej praktyce obrotu gospodarczego. Dobrą ilustracją sygnalizowanego zagadnienia może być pełnomocnictwo handlowe, które analizuję w opracowaniu: *Pełnomocnictwo handlowe (uwagi de lege lata i de lege ferenda)*, Przegląd Prawa Handlowego 2001, nr 5, 19 i nast.

dłowych i jednoznacznym uchyleniu ogólną normą derogacyjną utrzymanych w mocy przepisów kodeksu handlowego było nieuwzględnianie odmienności funkcji pełnionych przez kodeks handlowy i kodeks spółek handlowych. Nowa ustawa to w istocie tylko ustawa ustrojowa dla spółek handlowych. Kodeks handlowy w chwili jego wejścia w życie w 1934 r. był regulacją o zupełnie innych funkcjach. Pomijając nawet niezwykle istotną rolę art. 1 k.h., wystarczy wskazać, że w księdze pierwszej znalazły miejsce wszystkie ważne zagadnienia części ogólnej prawa kupców, których zasięg daleko wykraczał poza prawo spółek handlowych. To samo należy powiedzieć o zawartej w księdze drugiej części ogólnej prawa czynności handlowych. Jeżeli tak zasadniczo różniły się funkcje obu regulacji prawnych, trzeba było z niezwykłą ostrożnością analizować konsekwencje uchylecia kodeksu handlowego, w szczególności z uwagi na fakt, iż skutki takiego uchylecia będą występowały daleko poza zakresem regulacji prawa spółek handlowych. Niestety, jak widać, stan prawny po wejściu w życie kodeksu spółek handlowych zdaje się zaprzeczać zastosowaniu owej pożądanej ostrożności.

Przedstawione zagadnienia mają wymiar wykraczający poza prawo spółek handlowych⁶. Okazuje się jednak, iż brak wskazanej ostrożności przy analizowaniu skutków definitywnego uchylecia kodeksu handlowego, a także uwzględniania funkcji tego aktu prawnego w jego kształcie z 1934 r., wywołuje negatywne konsekwencje także w obszarze regulacji kodeksu spółek handlowych. Stwierdzenie tego faktu budzi poważne zaniepokojenie. Powodem niepokoju jest bowiem ustalenie, iż brak części ogólnej prawa przedsiębiorców przy jednoczesnym regulowaniu określonych zagadnień z zakresu części szczególnej prawa przedsiębiorców nieuchronnie prowadzi do popełniania kolejnych błędów i uchwalania kolejnych wadliwych aktów prawnych.

⁶ Należy zwrócić uwagę na uregulowanie w kodeksie spółek handlowych publiczno-prawnych skutków sukcesji uniwersalnej w przepisach o łączeniu, podziale i przekształcaniu spółek handlowych. Efektem tej regulacji jest nie tylko zupełnie niepotrzebne pomieszczenie materii prawa prywatnego i prawa publicznego, ale także, a może nawet przede wszystkim, powstanie stanu nierówności przedsiębiorców wobec prawa. To poważny zarzut pod adresem racjonalnego ustawodawcy. W tej kwestii zob. szerzej P. Bielecki, *Nowe prawo przedsiębiorców*, Gdańsk 2000, s. 112, 114-116.

Jednym z błędów o charakterze systemowym nowej regulacji prawa spółek handlowych jest – w moim przekonaniu – rezygnacja z zasadniczego na gruncie polskiego prawa handlowego pojęcia kupca rejestrowego. Zagadnieniem tym zajmuję się w innym miejscu⁷. W niniejszym opracowaniu chciałbym przedstawić konsekwencje uchylecia art. 5 § 1 k.h. dla kwalifikacji spółek handlowych tworzonych w celach niezarobkowych jako przedsiębiorców.

II. Spółki handlowe jako przedsiębiorcy

Kodeks spółek handlowych jest ustawą o charakterze ustrojowym, regulującą między innymi tworzenie i funkcjonowanie spółek handlowych⁸. W art. 1 § 2 k.s.h. wymieniony jest nawet katalog spółek handlowych, niewątpliwie przypominający art. 5 § 2 k.h. Chociaż nowa ustawa zawiera przepisy ogólne, nie znajdziemy w nich odpowiednika np. art. 1 ustawy o przedsiębiorstwach państwowych czy art. 1 § 1 ustawy – Prawo spółdzielcze, które kwalifikują wymienione podmioty jako przedsiębiorców⁹. Ze zdumieniem natomiast odnaleźć możemy podstawę prawną uznania spółek handlowych za przedsiębiorców w ustawie – Prawo działalności gospodarczej¹⁰. Ale art. 2 ust. 2 tej ustawy pozwala na taką kwalifikację wyłącznie

⁷ Zob. P. B i e l s k i, *Spółki handlowe jako przedsiębiorcy rejestrowi*, cz. I i cz. II, Prawo Spółek 2001, nr 2, s. 8 i nast., nr 3, s. 27 i nast.

⁸ Ustrojowy charakter tej ustawy, nawet przy założeniu, iż reguluje ona w sposób kompleksowy problematykę spółek handlowych, nie zasługuje – w mojej ocenie – na miano kodeksu. Jeżeli bowiem zaakceptować zakres regulacji jako uzasadnienie dla nazwy ustawy, nie ma żadnych przeszkód, by obok kodeksu spółek handlowych pojawił się np. kodeks spółdzielni, kodeks własności przemysłowej itp. Nie sądzę, by ktokolwiek poważnie twierdził, iż dla ostatnio wymienionych regulacji zasadne miałyby być określenie „kodeksy”.

⁹ Ustawa z dnia 25 września 1981 r. o przedsiębiorstwach państwowych (Dz.U. z 1991 r. Nr 18, poz. 80 ze zm.) czyni to wprost, uznając przedsiębiorstwo państwowe za przedsiębiorcę, natomiast ustawa z dnia 16 września 1982 r. – Prawo spółdzielcze (Dz.U. z 1995 r. Nr 54, poz. 288, ze zm.) reguluje tę kwestię pośrednio, poprzez odwołanie się do prowadzenia działalności gospodarczej.

¹⁰ Okazuje się zatem, iż wbrew deklaracji art. 1 § 1 k.s.h., a także wbrew dotychczasowej technice legislacyjnej, dotyczącej np. przedsiębiorstw państwowych i spółdzielni, tak istotna kwestia ustrojowa spółek handlowych, jak status przedsiębiorcy, znalazła się w odrębnej ustawie. Jakże jest systemowe uzasadnienie dla takiego rozwiązania? Ustawa – Prawo działalności gospodarczej nie zasługuje na miano regulacji części ogólnej prawa przedsiębiorców. W istocie jedynym zagadnieniem z zakresu prawa handlowego (prawa przedsiębiorców) w tej ustawie jest nieudolna definicja przedsiębiorcy.

w odniesieniu do nie mających osobowości prawnej spółek prawa handlowego¹¹. Zresztą znajduje to potwierdzenie w przepisach kodeksu spółek handlowych, dotyczących poszczególnych spółek osobowych. W art. 22 § 1, art. 86 § 1, art. 102 oraz art. 125 k.s.h. pojawia się jednoznaczny w treści zwrot „prowadzi przedsiębiorstwo”, który nie może wskazywać innej konkluzji, niż uznanie handlowej spółki osobowej za przedsiębiorcę. „Prowadzenie przedsiębiorstwa” jest przecież prowadzeniem działalności gospodarczej w rozumieniu art. 2 ust. 1 ustawy – Prawo działalności gospodarczej.

Problem pojawia się przy spółkach z ograniczoną odpowiedzialnością i spółkach akcyjnych. Nie wymienia ich *in extenso* jako przedsiębiorców art. 2 ust. 2 ustawy – Prawo działalności gospodarczej. W ich cechach konstrukcyjnych na gruncie kodeksu spółek handlowych nie ma też zwrotu „prowadzi przedsiębiorstwo”. Byłoby to rozwiązanie błędne przy założeniu, że obecnie obie spółki kapitałowe mogą być tworzone w każdym celu prawnie dopuszczalnym, co jest nowością na gruncie dotychczasowej regulacji kodeksu handlowego o spółce z ograniczoną odpowiedzialnością, a tylko powtórzeniem w odniesieniu do spółki akcyjnej. Brak w cechach konstrukcyjnych omawianych spółek zwrotu „prowadzi przedsiębiorstwo” czy innego o podobnym charakterze, przy jednoczesnym braku w przepisach ogólnych kodeksu spółek handlowych regulacji stanowiącej podstawę uznania spółki handlowej za przedsiębiorcę, powoduje, iż w odniesieniu do spółek z ograniczoną odpowiedzialnością i spółek akcyjnych każdorazowa ich kwalifikacja jako przedsiębiorców wymaga spełnienia warunków z art. 2 ust. 2 ustawy – Prawo działalności gospodarczej. Nie nasuwa to żadnych wątpliwości, gdy chodzi o spółki z ograniczoną odpowiedzialnością i spółki akcyjne w istocie prowadzące działalność gospodarczą w rozumieniu art. 2 ust. 1 ustawy – Prawo działalności gospodarczej.

Na jakiej jednak podstawie prawnej uznać można za przedsiębiorców spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, które w zgodzie z art. 151 § 1

¹¹ Termin „spółka prawa handlowego” użyty w art. 2 ust. 2 ustawy – Prawo działalności gospodarczej jest jaskrawym przykładem braku koordynacji prac legislacyjnych, już choćby tylko ze względu na aspekt terminologii. Pojawia się w związku z tym pytanie o realizację zasady jedności prawa cywilnego w obszarze regulacji prawa handlowego, w kontekście zwrotu sugerującego odrębność gałęzi prawa handlowego.

k.s.h. utworzono w celach niezarobkowych? Identyczne pytanie dotyczyć będzie spółek akcyjnych utworzonych dla realizacji wymienionego celu. Ewidentne powiązanie pojęcia przedsiębiorcy, o którym mowa w art. 2 ust. 2 ustawy – Prawo działalności gospodarczej, z pojęciem działalności gospodarczej powoduje, iż zwrot „zarobkowa działalność”, o którym mowa w art. 2 ust. 1 tej ustawy, bezwzględnie wyklucza możliwość przyjęcia, że spółki z ograniczoną odpowiedzialnością i spółki akcyjne utworzone w celach niezarobkowych są przedsiębiorcami. Ustalenie tego faktu jest zdumiewające, zważywszy, iż z pojęciem przedsiębiorcy wiele przepisów wiąże daleko idące skutki prawne.

Ustawa o Krajowym Rejestrze Sądowym w art. 1 ust. 2 przewiduje prowadzenie rejestru przedsiębiorców, a zakres podmiotowy tego rejestru, określony w art. 36 tej ustawy, wymienia – co oczywiste – spółki z ograniczoną odpowiedzialnością i spółki akcyjne. Z art. 36 ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym mogłoby zatem wynikać, iż wpisowi do rejestru przedsiębiorców podlegają wszystkie spółki z ograniczoną odpowiedzialnością i spółki akcyjne, bez względu na cel, dla którego realizacji zostały utworzone. Pogląd taki należy jednak zdecydowanie odrzucić, gdyż zakłada on, iż ustawa o Krajowym Rejestrze Sądowym posługuje się pojęciem przedsiębiorcy w innym znaczeniu niż określone w art. 2 ust. 2 ustawy – Prawo działalności gospodarczej, czego zaaprobować nie sposób. W szczególności ustawa o Krajowym Rejestrze Sądowym nie definiuje pojęcia przedsiębiorcy na własny użytek. Ale przecież także przyjęcie poglądu, że spółki z ograniczoną odpowiedzialnością i spółki akcyjne utworzone w celach niezarobkowych, jako nie będące przedsiębiorcami, nie podlegają wpisowi do rejestru przedsiębiorców, jest niemożliwe do zaakceptowania. Wtedy bowiem spółki te nie podlegałyby wpisowi do żadnego rejestru.

Poszukiwanie rozwiązania przedstawionego problemu *de lege lata* nie prowadzi do pozytywnych rezultatów. Przede wszystkim trzeba stwierdzić, że zaskakujące jest samo ustalenie, iż mogą istnieć spółki handlowe, które nie są przedsiębiorcami. Wydaje się to nieprawdopodobne, tym bardziej iż kodeks spółek handlowych wcale nie zwalnia spółek z ograniczoną odpowiedzialnością i spółek akcyjnych utworzonych w celach niezarobkowych z obowiązków przewidzianych dla takich samych spółek w sytuacji, gdy prowadzą one działalność gospodarczą w rozumieniu art. 2 ust. 1 ustawy – Prawo działalności gospodarczej. Wszystkie bowiem spółki kapitałowe

muszą w szczególności zgromadzić określony, znaczący kapitał zakładowy, wpisać się do rejestru, stosować przepisy ustawy o rachunkowości i wiele innych.

Przytoczone przykładowo obowiązki spółek z ograniczoną odpowiedzialnością i spółek akcyjnych utworzonych w celach niezarobkowych jednoznacznie świadczą o tym, że ustawodawca nie zamierzał różnicować sytuacji prawnej tych spółek w porównaniu z sytuacją spółek kapitałowych utworzonych w celach zarobkowych. Wydawać mogłoby się także oczywiste, iż termin „spółka handlowa” musi nieuchronnie oznaczać, że mamy do czynienia z przedsiębiorcą, a nawet z przedsiębiorcą kwalifikowanym, prowadzącym działalność gospodarczą w większym rozmiarze. Niestety, rozwiązania ustawy – Kodeks spółek handlowych, ustawy – Prawo działalności gospodarczej oraz ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym nie dają podstaw do takiego poglądu. Jeżeli zatem obecnie nie jest możliwa kwalifikacja spółek z ograniczoną odpowiedzialnością i spółek akcyjnych utworzonych w celach niezarobkowych jako przedsiębiorców, pojawia się pytanie, czym różniła się regulacja prawna dotychczas obowiązująca, skoro podobny problem nie występował. Wnioski są bardzo pouczające. Otóż analizowany błąd legislacyjny nowej regulacji prawnej jest konsekwencją nieuwzględnienia funkcji kodeksu handlowego w systemie prawa handlowego w okresie międzywojennym. W szczególności odnosi się to do zasadniczego instrumentarium pojęciowego polskiego kodeksu handlowego.

III. Spółka handlowa jako kupiec rejestrowy

Model polskiego prawa handlowego w okresie międzywojennym oparty został na koncepcji podmiotowej. Odmiennie jednak, w porównaniu z rozwiązaniem niemieckim, polska regulacja części ogólnej prawa kupców zbudowana została zasadniczo w oparciu o pojęcie kupca rejestrowego. Na gruncie kodeksu handlowego kupcem rejestrowym był kupiec, który prowadził przedsiębiorstwo zarobkowe w większym rozmiarze. Pojęcie to miało wymiar uniwersalny, gdyż każdy, kto był kupcem, mógł również zostać w określonej sytuacji kupcem rejestrowym. Szczegółową analizę realizacji koncepcji kupca rejestrowego przeprowadzam w innym miejscu¹², ważne

¹² Zob. P. Bielecki, *Podstawy organizacji i funkcjonowania rejestru przedsiębiorców – zagadnienia wybrane*, Rejent 2000, nr 2, s. 30 i nast.

jest jednak, iż w art. 5 § 1 k.h. stwierdzono, że spółka handlowa jest kupcem rejestrowym. W art. 5 § 2 k.h. sprecyzowano, jakie spółki są spółkami handlowymi¹³.

Artykuł 5 § 1 k.h. pełnił dwie zasadnicze funkcje. Po pierwsze, stanowił podstawę do przyjęcia, że każda spółka handlowa prowadzi przedsiębiorstwo zarobkowe w większym rozmiarze. Dowodem tego były zdefiniowane w art. 75 § 1 i 2 oraz art. 143 k.h. konstytutywne cechy handlowych spółek osobowych oraz istotne wymogi o charakterze kapitałowym, przewidziane dla spółek z ograniczoną odpowiedzialnością i spółek akcyjnych w przepisach art. 159 § 2 oraz 311 § 1 k.h.¹⁴ Drugą funkcją art. 5 § 1 k.h. było przesądzenie, iż kupcem rejestrowym jest każda spółka handlowa bez względu na to, dla realizacji jakiego celu została utworzona¹⁵. Zwrócić trzeba uwagę, że art. 5 § 1 k.h. w systematyce kodeksu handlowego znajdował się po art. 2 § 1 i 4 § 1. Rozwiązanie to nie było przypadkowe. Art. 4 i 5 uznawały spółki handlowe za kupców rejestrowych (prowadzących przedsiębiorstwo zarobkowe w większym rozmiarze). Dzięki posiadaniu tej cechy spółki handlowe obowiązywały do wpisu do rejestru handlowego, używania firmy, prowadzenia rachunkowości kupieckiej, wreszcie ustanawiania prokury. W powyższe atrybuty wyposażone były także spółki z ograniczoną odpowiedzialnością i spółki akcyjne utworzone w celach niezarobkowych, a podstawą prawną korzystania z wymienionych atrybutów był art. 5 § 1 w związku z art. 4 § 1 i art. 2 § 1 k.h. Przepis art. 5

¹³ Warto w tym miejscu przywołać rozwiązania prawa niemieckiego w powyższej kwestii. Otóż w § 6 ust. 1 niemieckiego kodeksu handlowego (HGB) możemy z łatwością rozpoznać pierwowzór art. 5 § 1 k.h., tyle tylko, że polskie rozwiązanie, realizując koncepcję kupca rejestrowego, modyfikuje – co oczywiste – regulację HGB. Z kolei w § 3 niemieckiej ustawy o spółkach akcyjnych wyraźnie wskazano, iż brak przedsiębiorstwa zarobkowego nie stanowi przeszkody dla uznania spółki akcyjnej za spółkę handlową (w rozumieniu § 6 ust. 1 HGB). Podobne rozwiązanie odnajdziemy w § 13 ust. 3 niemieckiej ustawy o spółce z ograniczoną odpowiedzialnością. Z przedstawionej regulacji wynika więc w sposób jednoznaczny, że ustawodawca niemiecki dostrzega istotę zagadnienia. Trzeba jednak stanowczo podkreślić, iż obie ustawy o spółkach kapitałowych stanowią regulację z zakresu części szczególnej niemieckiego prawa przedsiębiorców i pozostają w oczywistym związku z jego częścią ogólną, zawartą w HGB.

¹⁴ W tej kwestii szerzej P. Bielski, *Spółki handlowe...*, cz. I, s. 11-17.

¹⁵ Odmienne jednak A.D. Szczygielski, *Zasady prawa handlowego*, t. I, *Podstawy konstrukcyjne polskiego Kodeksu handlowego*, Warszawa. 1936, s. 168 i nast.

§ 1 k.h. był *lex specialis* w stosunku do art. 2 § 1 i art. 4 § 1 k.h. Oznacza to w konsekwencji, że regulował status spółek handlowych w sposób szczególny, przesądzając, iż kryterium uznania za kupca rejestrowego jest już sama forma spółki handlowej. Naturalnym potwierdzeniem i uzupełnieniem funkcji art. 5 § 1 k.h. w odniesieniu do handlowych spółek osobowych były więc art. 75 § 1 i 2 oraz art. 143 k.h., które wpisywały w cechy konstrukcyjne spółki jawnej i spółki komandytowej prowadzenie przedsiębiorstwa zarobkowego w większym rozmiarze. Natomiast w odniesieniu do spółki z ograniczoną odpowiedzialnością i spółki akcyjnej podobną funkcję pełniły art. 159 § 2 i art. 311 § 1 k.h., które wyznaczały niemałe progi kapitałowe przy ich tworzeniu.

Przedstawiona technika legislacyjna przesądzała w sposób definitywny kwalifikację jako kupca rejestrowego także spółki z ograniczoną odpowiedzialnością i spółki akcyjnej, utworzonych w celach niezarobkowych. W związku z powyższym pojawia się pytanie, dlaczego art. 5 k.h. umieszczony został w przepisach działu I (Pojęcie kupca) księgi pierwszej kodeksu handlowego, nie zaś przy regulacji części szczególnej, którą niewątpliwie pełniły przepisy o spółkach handlowych. Lokalizacja ta nie może być uznana za przypadkową. Wydaje się bowiem, iż w przepisach ogólnych kodeksu handlowego ustawodawcy chodziło nie tyle o zdefiniowanie spółki handlowej (art. 5 § 2 k.h.), co o stworzenie podstawowych pojęć o bardziej ogólnym, uniwersalnym zastosowaniu. Stąd tak „wysoko” w systematyce kodeksu handlowego znalazł się art. 5 § 1 k.h. Warto też pamiętać, że dla spółdzielni, przedsiębiorstw państwowych, towarzystw ubezpieczeń wzajemnych istniały poza kodeksem handlowym regulacje prawne, zawierające przepisy powiązane z przepisami części ogólnej prawa kupców. Dla spółek handlowych polski ustawodawca regulację ustrojową przewidział w samym kodeksie handlowym. Stąd też i swoiste powiązanie przepisów o spółkach handlowych z częścią ogólną prawa kupców, które zrealizowane zostało inaczej, niż we wspomnianych innych aktach prawnych¹⁶.

¹⁶ Rozwiązanie przyjęte w prawie niemieckim zachowało pierwotny układ. Definiowanie spółek handlowych jako kupców w przepisach ogólnych HGB pozostało, chociaż „rozdwojeniu” uległa regulacja prawa spółek handlowych (przepisy o spółce jawnej i komandytowej mieszczą się w HGB, natomiast regulacje pozostałych spółek handlowych zawarte są w odrębnych aktach prawnych).

Nie ulega zatem dla mnie najmniejszej wątpliwości, iż przedstawiona regulacja części ogólnej prawa kupców tworzyła mocne podstawy systemu prawa handlowego, zbudowanego przeciw na koncepcji podmiotowej. Wydaje się ponadto, że funkcja art. 5 § 1 k.h. znajdowała zastosowanie także i po uchyleniu kodeksu handlowego w 1965 r., w szczególności po wejściu w życie ustawy o działalności gospodarczej¹⁷. Choć ustawa ta zawierała definicję podmiotu gospodarczego (przedsiębiorcy) odmienną od definicji kupca z art. 2 § 1 k.h., to jednak w oparciu o art. VI § 1 p.w.k.c. można było zasadnie bronić poglądu, że art. 4 i 5 k.h. uzupełniały, teraz jako *lex specialis* (także art. 4 k.h. odnosić mógł się po 1965 r. wyłącznie do spółek handlowych), art. 2 ust. 2 ustawy o działalności gospodarczej. Zwrócić należy także uwagę, że dopiero w 1990 r. w prawie upadłościowym i prawie o postępowaniu układowym termin „kupiec” zastąpiono terminem „podmiot gospodarczy (przedsiębiorca)”.

Artykuł 5 § 1 k.h. w odniesieniu do spółek z ograniczoną odpowiedzialnością i spółek akcyjnych utworzonych w celach niezarobkowych stanowił podstawę poglądu, że są one przedsiębiorcami, chociaż nie spełniają warunków określonych w art. 2 ust. 2 ustawy o działalności gospodarczej¹⁸. Z chwilą uchylenia kodeksu handlowego przez kodeks spółek handlowych w aktualnym stanie prawnym brak jest przepisu, który mógłby zostać uznany za następcę art. 5 § 1 k.h. Brak takiego przepisu stanowi zatem – w mojej ocenie – przeszkodę do bezwzględnie zasadnego kwalifikowania każdej spółki handlowej nie tylko jako przedsiębiorcy, ale wręcz przedsiębiorcy rejestrowego¹⁹.

IV. Propozycje *de lege ferenda*

Naprawienie przedstawionego błędu legislacyjnego wymaga stanowczej i pilnej interwencji ustawodawcy. Tolerowanie bowiem stanu prawnego uniemożliwiającego zakwalifikowanie spółek kapitałowych tworzonych

¹⁷ Ustawa z dnia 23 grudnia 1988 r. o działalności gospodarczej (Dz.U. Nr 41, poz. 324 ze zm.).

¹⁸ Odmiennie, ale bez uzasadnienia A. K i d y b a, *Prawo handlowe*, Warszawa 2000, s. 16.

¹⁹ Pojęcie to zdefiniowałem, wykorzystując jako model pojęcie kupca rejestrowego z polskiego prawa handlowego obowiązującego w okresie międzywojennym. Zob. P. B i e l s k i, *Podstawy...*, s. 41 i nast.

w celach niezarobkowych jako przedsiębiorców grozi trudnymi do przewidywania konsekwencjami w praktyce obrotu gospodarczego. Wystarczy przykładowo wskazać, iż zastosowanie przepisów kodeksu cywilnego, odnoszących się do przedsiębiorców i dokonywanych przez nich czynności handlowych, przepisów prawa upadłościowego, prawa o postępowaniu układowym czy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie jest możliwe w sytuacji, gdy dany podmiot nie ma statusu przedsiębiorcy.

Propozycje *de lege ferenda* można jednak rozpatrywać w kategoriach minimum, usuwających wskazany problem, ale nie rozwiązujących wielu innych istotnych kwestii, lub też w kategoriach optimum. Wtedy likwidacja ujawnionego błędu legislacyjnego nie byłaby jedyną zmianą przyjętej ustawy – Kodeks spółek handlowych. Postulat minimum zrealizowany zostanie już wtedy, gdy w art. 1 k.s.h. po § 1 dodany zostanie nowy „§ 1a” w brzmieniu: „§ 1a. Spółka handlowa jest przedsiębiorcą”. Proponowany przepis, nawiązujący częściowo do art. 5 § 1 k.h., zlikwiduje stan prawny wykluczający uznanie spółek kapitałowych tworzonych w celach niezarobkowych za przedsiębiorców. Należy jednak zwrócić uwagę, iż ograniczenie zmiany tylko do przedstawionej propozycji, natychmiast ujawnia problem obecnej definicji przedsiębiorcy z art. 2 ust. 2 ustawy – Prawo działalności gospodarczej, która *expressis verbis* wymienia jako przedsiębiorców nie mające osobowości prawnej handlowe spółki osobowe. Można oczywiście wyobrazić sobie odpowiednią modyfikację treści art. 2 ust. 2 ustawy – Prawo działalności gospodarczej²⁰. Dokonanie zmian legislacyjnych we wskazanym zakresie pozostawiłoby jednak wrażenie niedosytu. Zwrócić trzeba uwagę na fakt, iż przy postulacie minimum proponowane brzmienie art. 1 § 1a k.s.h. istotnie różniłoby się od art. 5 § 1 k.h. Przepis ten nie zadowalał się przecież zwrotem „spółka handlowa jest kupcem”, lecz stanowczo kwalifikował spółki handlowe jako kupców rejestrowych (prowadzących przedsiębiorstwo zarobkowe w większym rozmiarze). Dopiero zatem nadanie proponowanemu art. 1 § 1a k.s.h. brzmienia „spółka handlowa jest przedsiębiorcą rejestrowym” należałoby ocenić jako rozwiązanie modelowe. Przedsiębiorca rejestrowy to przedsiębiorca prowadzący

²⁰ Zagadnienie lokalizacji pojęcia przedsiębiorcy w ustawie – Prawo działalności gospodarczej stanowi odrębny problem o charakterze systemowym. Szerzej w tej kwestii P. Bielecki, *Nowe prawo...*, s. 119 i nast.

działalność gospodarczą w większym rozmiarze. Taka kwalifikacja spółek handlowych pozwoliłaby na zapewnienie między innymi spójności z ustawą o rachunkowości, która wszystkim spółkom handlowym nakazuje prowadzenie ksiąg handlowych, co oznacza (i słusznie), że uznaje je za prowadzących działalność gospodarczą w większym rozmiarze. Problem obecnej regulacji kodeksu spółek handlowych polega jednak na tym, że poza spółkami kapitałowymi (wymogi o charakterze kapitałowym) oraz ewentualnie spółką komandytowo-akcyjną, pozostałe spółki handlowe nie muszą prowadzić działalności gospodarczej w większym rozmiarze. Paradoksalne jest natomiast to, że wymóg taki odnosi się do spółek cywilnych, o których mowa w art. 26 § 4 i 626 k.s.h., które przecież spółkami handlowymi nie są²¹.

Zdefiniowanie spółki handlowej jako przedsiębiorcy rejestrowego wymuszałoby zatem daleko idące zmiany dotyczące obecnej regulacji handlowych spółek osobowych, a ponadto ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym. Konieczne byłoby zdefiniowanie pojęcia przedsiębiorcy rejestrowego oraz zasad uzyskiwania i utraty jego statusu. Wymienione zagadnienia prowadziłyby do znaczącego przebudowania dopiero co przyjętych regulacji prawnych ustawy – Prawo działalności gospodarczej, ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym oraz ustawy – Kodeks spółek handlowych.

V. Podsumowanie

Z powyższych rozważań wynika, iż skutki uchylecia art. 5 § 1 k.h. są bardzo daleko idące. Jeszcze raz warto podkreślić, że zasadniczy błąd legislacyjny polegał na nieuwzględnieniu funkcji art. 5 § 1, a w istocie funkcji całego kodeksu handlowego w systemie prawa handlowego w okresie międzywojennym. Polskie prawo handlowe obowiązujące w okresie międzywojennym było przykładem regulacji, w której poprawne założenia systemowe mają znaczący wpływ na spójność istniejącego w tamtym czasie prawa kupców (przedsiębiorców). Wydawałoby się oczywiste, że skoro istniały takie wzorce systemowego ujęcia regulacji prawa handlowego, to będą one podstawowym źródłem inspiracji dla powstających nowych aktów prawnych, już choćby tylko z uwagi na istnienie tych ogólnych, fun-

²¹ Zagadnienie to analizuję szczegółowo w opracowaniu: *Spółki handlowe...*, cz. II, s. 30-31.

damentalnych założeń. Niestety, okazało się, iż podstawowe koncepcje legislacyjne polskiego prawa handlowego obowiązującego w okresie międzywojennym zostały zasadniczo odrzucone. Nowy stan prawny nie tylko nie uporządkował prawa przedsiębiorców, ale wprowadził jeszcze większy chaos do tego obszaru regulacji. Wynika to – w mojej ocenie – przede wszystkim z braku koncepcji rozwoju prawa handlowego w ogóle, a prawa przedsiębiorców w szczególności. Brakuje przy tym w szczególności spójnej wizji części ogólnej prawa przedsiębiorców²².

²² W sprawie zakresu i sposobu regulacji części ogólnej prawa przedsiębiorców zob. P. B i e l s k i, *Nowe prawo...*, s. 119-124.