

*Andrzej Szumański*

## **Wypłata dywidendy zaległej w spółce akcyjnej**

### **I. Uwagi wprowadzające**

1. Prawo do dywidendy, a więc prawo do udziału w zysku spółki jest jednym z podstawowych praw akcjonariusza w spółce akcyjnej<sup>1</sup>. Dywidenda może być określona za ubiegły rok obrotowy, zaś w sprawie jej wypłaty akcjonariuszom podejmowania jest uchwała zwyczajnego walnego zgromadzenia spółki (art. 395 § 2 pkt 2 k.s.h.) na podstawie uprzednio rozpatrzonego i zatwierdzonego przez to zgromadzenie sprawozdania finansowego za ostatni rok obrotowy (art. 393 pkt 1 k.s.h.). Jeżeli zysk wykazany przez spółkę za dany ostatni rok obrotowy nie jest przewidziany na wypłatę dywidendy, to znaczy, że pozostaje on w spółce i wówczas mocą uchwały zwyczajnego walnego zgromadzenia jest przeznaczany, zajmując określoną pozycję w bilansie spółki po stronie pasywów, na:

a) powiększenie kapitału zapasowego (pozycja A.IV) lub

b) określony kapitał rezerwowy (pozycja A.VI) czy też w ogóle nie zostaje rozdzielony (w całości albo w części) pomiędzy akcjonariuszy, tworząc,

---

<sup>1</sup> K. Kruczałak, *Prawo handlowe, zarys wykładu*, Warszawa 2001, s. 200 i 206-207; A. Kidyba, *Prawo handlowe*, Warszawa 2002, s. 391-394; J. Napierała, [w:] *Prawo handlowe, spółki handlowe, umowy gospodarcze*, red. A. Koch, J. Napierała, Kraków 2002, s. 414-422, A. Szumański, [w:] W. Pyziół, A. Szumański, I. Weiss, *Prawo spółek*, Kraków-Bydgoszcz 2002, s. 633-646; W. Popiołek, *Akcje uprzywilejowane co do dywidendy*, [w:] *Księga Pamiątkowa ku czci Profesora Kazimierza Kruczałaka*, Gdańskie Studia Prawnicze 1999, t. V, s. 344-346,

c) zysk z lat ubiegłych (pozycja A.VII)<sup>2</sup>.

2. Cechą wspólną wymienionych wyżej pozycji w bilansie spółki po stronie pasywów jest to, że są one tworzone z zysku spółki, z wyjątkiem kapitału zapasowego, który oprócz zysku spółki może być tworzony także z wkładu akcjonariusza, a ściśle – z nadwyżki wartości emisyjnej akcji nad jej wartością nominalną (art. 396 § 2 w zw. z art. 309 § 1 i 2 k.s.h.), czyli z tzw. agio (premii emisyjnej). Skoro poza sporem pozostaje fakt, że podczas trwania spółki nie wolno zwracać akcjonariuszowi dokonanych wpłat na akcje ani w całości, ani w części, gdyż jest w tej materii wyraźny zakaz ustawowy (art. 344 § 1 k.s.h.), wówczas powstaje pytanie, czy wspomniane wyżej kwoty powstałe z zatrzymanego w spółce zysku za lata ubiegłe (a więc nie z wkładu) mogą być w późniejszym czasie rozdzielone pomiędzy akcjonariuszy. Mamy wówczas do czynienia z problemem tzw. dywidendy zaległej lub, innymi słowy, dywidendy za lata ubiegłe czy też dywidendy skumulowanej. Wszystkie te pojęcia mają charakter doktrynalny, gdyż nie występują na gruncie przepisów prawa.

3. Problem dywidendy zaległej pojawia się często w praktyce, zwłaszcza gdy akcjonariusz strategiczny spółki, prowadząc własną politykę finansową, chce „wyprowadzić” ze spółki, będącej jego spółką zależną (art. 4 § 1 pkt 4 k.s.h.), znaczące kwoty pod szyldem „dywidenda zaległa”. Problem ten, jakkolwiek w innym stopniu, dotyczy też każdego akcjonariusza, w tym także drobnego, który oczekuje ze spółki określonych profitów, jeżeli nie traktuje objęcia czy nabycia akcji czysto w kategoriach spekulacyjnych.

4. Odpowiedzi na to pytanie winien udzielić przepis art. 348 § 1 k.s.h., który reguluje granice wypłaty dywidendy na rzecz akcjonariusza, w tym tzw. dywidendy zaległej (dywidendy skumulowanej). Jest to nowy przepis polskiego prawa spółek, nie posiadający swego odpowiednika na gruncie kodeksu handlowego, gdyż przepis ten powstał w ramach kodeksu spółek handlowych w wyniku dostosowania prawa polskiego do prawa europejskiego, a ściśle do art. 15 ust. 1c Drugiej Dyrektywy Unii Europejskiej o ochronie kapitału z 1976 r.<sup>3</sup>

<sup>2</sup> Zob. Załącznik nr 1 do ustawy z dnia 29 IX 1994 r. o rachunkowości (tekst jedn.: Dz.U. z 2002 r. Nr 76, poz. 694).

<sup>3</sup> Treść dyrektywy zob. M. S a f j a n, I. H y k a w y, *Prawo Wspólnot Europejskich*

5. Przepis ten został sformułowany restrykcyjnie, ograniczając praktycznie wypłatę dywidendy zaległej tylko do specjalnie w tym celu utworzonego kapitału (funduszu) rezerwowego w poprzednich latach, zwanego często w praktyce mianem „dywidendowego kapitału rezerwowego” (o czym niżej, zob. pkt 2). Ze względu na fakt, że wiele spółek akcyjnych w Polsce nie utworzyło jeszcze takiego kapitału rezerwowego, posiadając jednocześnie spore zyski z lat ubiegłych zatrzymane w spółce, powstaje pytanie o dopuszczalność wypłaty dywidendy zaległej z innego źródła, np. z nierozdzielonego zysku z lat ubiegłych (pozycja A.VII) albo z kapitału zapasowego, czy też konieczne jest podjęcie pozorowanego działania prawnego w postaci utworzenia dywidendowego kapitału rezerwowego wskutek obniżenia kapitału zapasowego po to tylko, aby na następnym posiedzeniu walnego zgromadzenia podjąć uchwałę o wypłacie z tego kapitału rezerwowego dywidendy zaległej na rzecz akcjonariuszy.

6. Niniejsze opracowanie stawia sobie za cel próbę udzielenia odpowiedzi na powyższe pytania, z jednoczesnym określeniem granic ryzyka prawnego członków zarządu, którzy na podstawie uchwały walnego zgromadzenia o wypłacie dywidendy zaległej (w jeden z wyżej wskazanych sposobów) będą musieli w imieniu spółki dokonać wypłaty tej dywidendy (art. 350 § 1 w zw. z art. 483 § 1 k.s.h.), mając na względzie okoliczność, że odpowiedzialność akcjonariuszy jest co do zasady wyłączona (art. 301 § 4 i 5 k.s.h.).

Pomijając praktyczną doniosłość poruszanych kwestii, wypada stwierdzić, że jest to materia z zakresu problematyki majątkowej spółki kapitałowej, a więc problematyki stanowiącej przedmiot szczególnego zainteresowania prof. Kazimierza Kruczałaka, który pozostanie na zawsze w pamięci środowiska akademickiego polskiego prawa handlowego.

## **II. Granice dopuszczalności dywidendy zaległej za lata ubiegłe (art. 348 § 1 zd. 1 k.s.h.)**

1. Przepis art. 348 § 1 zd. 1 k.s.h. stanowi, że: „Kwoty przeznaczone do podziału między akcjonariuszy nie mogą przekraczać zysku za ostatni

rok obrotowy, powiększonego o **zysk przeniesiony z kapitałów rezerwowych (funduszy) utworzonych w tym celu w poprzednich latach**, [podkr. A.S.] pomniejszonego o poniesione straty oraz o kwoty umieszczone w kapitałach rezerwowych, utworzonych zgodnie z ustawą lub statutem, które nie mogą być przeznaczone na wypłatę dywidendy”.

2. Z wykładni literalnej powyższego przepisu jednoznacznie wynika, że tzw. zysk za lata ubiegłe (zysk skumulowany) może być wypłacany tylko wówczas, gdy spółka:

a) utworzyła w tym celu specjalny fundusz rezerwowy (tzw. dywidendowy kapitał rezerwowy),

b) tworzyła go kolejno w poprzednich latach obrotowych z zysku spółki, licząc wstecz od roku, w którym ma nastąpić wypłata dywidendy zaległej (np. w roku 2003), z tym jednak, że

c) nie więcej niż za trzy lata wstecz (np. za lata 2000-2002).

To ostatnie ograniczenie jest konsekwencją treści art. 348 § 1 zd. 2 k.s.h. i ma ono miejsce tylko na gruncie spółki akcyjnej (por. art. 192 k.s.h. ze spółki z o.o., zob niżej pkt 4). Innymi słowy, dywidenda zaległa może być wypłacona jedynie z powyższego kapitału rezerwowego, co oznacza, że wypłata jej z pozostałych środków spółki jest – z mocy art. 348 § 1 zd. 1 w zw. z 344 § 1 k.s.h. – niedozwolona.

3. Jednakże powyższa wykładnia nie jest jedyną w doktrynie polskiego prawa spółek, jakkolwiek jest ona bez wątpienia wykładnią dominującą. Mianowicie, za zakazem rozdziału zysku za lata ubiegłe, który nie został przeniesiony wyraźnie na dywidendowy kapitał rezerwowy utworzony z zysku spółki, opowiada się I. Komarnicki<sup>4</sup>. Pogląd ten reprezentują także J. Frąckowiak<sup>5</sup>, W. Popiołek<sup>6</sup> oraz A. Kidyba<sup>7</sup>.

---

<sup>4</sup> I. Komarnicki, *Kwota zysku do podziału w spółce kapitalowej*, PPH 2001, nr 11, s. 35.

<sup>5</sup> J. Frąckowiak, [w:] J. Frąckowiak, A. Kidyba, K. Kruczałak, W. Opalski, W. Popiołek, W. Pyziół, *Kodeks spółek handlowych, komentarz*, Warszawa 2001.

<sup>6</sup> W. Popiołek, [w:] J. Strzępka, E. Zielińska, W. Popiołek, P. Pinior, H. Urbańczyk, *Kodeks spółek handlowych, komentarz*, Warszawa 2003, s. 1039.

<sup>7</sup> A. Kidyba, *Kodeks spółek handlowych, komentarz*, t. II, Kraków 2002, s. 250.

Natomiast za dopuszczalnością podziału, lecz tylko tzw. zysku z lat ubiegłych (dawniej określanego mianem niepodzielonego wyniku finansowego z lat ubiegłych), nawet wtedy, jeżeli nie przeszedł on formalnie na dywidendowy kapitał rezerwy, opowiada się A. Szumański<sup>8</sup>. Pogląd ten popiera S. Sołtysiński<sup>9</sup>, przynajmniej gdy chodzi o okres przejściowy, tj. do końca 2003 roku, ze względu na treść art. 623 § 1 k.s.h.

4. Za dopuszczalnością wypłaty w ramach tzw. dywidendy zaległej zysku z lat ubiegłych, który formalnie nie przeszedł na dywidendowy kapitał rezerwy, przemawia przede wszystkim fakt, że **przepis art. 348 § 1 zd. 1 k.s.h. nie w pełni recypował normę art. 15 ust. 1 pkt c II Dyr. UE**, która ma charakter szerszy od strony przedmiotowej niż powstały na jej podstawie przepis art. 348 § 1 k.s.h. Mianowicie, w świetle przepisu dyrektywy powiększenie zysku za dany rok obrotowy o tzw. dywidendę zaległą następuje „o zysk przeniesiony, jak również o wypłaty z rezerw utworzonych w tym celu”. Oznacza to, że rezerwa utworzona w tym celu, a więc dywidendowy kapitał rezerwy, o którym mowa w art. 348 § 1 zd. 1 k.s.h., nie obejmuje całego zysku przeniesionego z ubiegłe lata obrotowe. Na fakt ten zwraca też uwagę S. Sołtysiński<sup>10</sup>.

Mamy więc do czynienia z **luką prawną w przepisie art. 348 § 1 zd. 1 k.s.h.**, który milczy w sprawie dopuszczalności rozdziału w ramach dywidendy zaległej tej części zysku za lata ubiegłe, który nie został formalnie przeniesiony na dywidendowy kapitał rezerwy. Luka ta, jak każda luka w prawie, powinna być wypełniona w drodze interpretacji. W tym przypadku należy zastosować nowy sposób interpretacji polskiego prawa spółek, tj. **wykładnię europejską**, stosowaną powszechnie przy wykładni prawa krajowego państw Unii Europejskiej<sup>11</sup>.

---

<sup>8</sup> A. Szumański, [w:] W. Pyziół, A. Szumański, I. Weiss, *Prawo spółek...*, s. 641.

<sup>9</sup> S. Sołtysiński, [w:] S. Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja, *Kodeks spółek handlowych, komentarz*, t. III, Warszawa 2003, s. 349-350,

<sup>10</sup> Tamże, s. 348.

<sup>11</sup> Tzw. wykładnię europejską przewiduje *expressis verbis* art. 9 ust. 1 lit. c pkt i) Rozporządzenia Nr 2157/2001 Rady z dnia 8 X 2001 r. o statucie Spółki Europejskiej; tekst zob. K. Oplustil, *Europejska Spółka Akcyjna, Teksty aktów prawnych z omówieniem*, Warszawa 2002, s. 192-193, który w sprawach nieuregulowanych w rozporządzeniu lub w przypadku kwestii uregulowanych jedynie częściowo, w odniesieniu do aspektów

Skoro więc przepis art. 15 ust. 1 pkt c II Dyr. UE, który winien być uwzględniony w prawie polskim z mocy art. 68 Układu Stowarzyszeniowego Polski z UE<sup>12</sup>, przewiduje do rozdziału pomiędzy akcjonariuszy w ramach dywidendy zaległej także i pozostałą część zysku przeniesionego, to należy uznać, że zakresem przedmiotowym dywidendy zaległej także i w polskim prawie spółek jest objęta ta pozostała część zysku przeniesionego, tj. „Zysk z lat ubiegłych” (pozycja A, VII w bilansie spółki po stronie pasywów), która nie przeszła na dywidendowy kapitał rezerwowy.

5. Wskazana wyżej wykładnia wypełnia też naturalną lukę prawną dotyczącą wypłaty dywidendy za lata ubiegłe przez spółki akcyjne, gdyż z chwilą wejścia w życie kodeksu spółek handlowych w dniu 1 stycznia 2001 r., który uzależnił (w wykładni literalnej) wypłatę dywidendy zaległej od stworzenia dywidendowego kapitału rezerwowego, nie byłoby w ogóle dopuszczalne dokonanie takiej wypłaty, gdyż spółki akcyjne nie mogły przed dniem ogłoszenia tekstu kodeksu spółek handlowych w Dzienniku Ustaw (tj. przed listopadem 2000 r.) wiedzieć o potrzebie tworzenia takiego kapitału rezerwowego. Oznacza to, że wypłata dywidendy zaległej byłaby możliwa dopiero w roku 2002, zaś pełny limit dywidendy zaległej (w myśl art. 348 § 1 zd. 2 k.s.h.) byłby do wykorzystania *de facto* dopiero w roku 2004, skoro zwyczajne walne zgromadzenia mają się odbyć, zgodnie z ustawą o rachunkowości, do dnia 30 czerwca następnego roku obrotowego.

6. Brak pełnej recepcji art. 15 ust. 1 pkt c II Dyr. UE do art. 348 § 1 zd. 1 k.s.h., a ściślej wątpliwości co do dopuszczalności wypłat zysku za lata ubiegłe nieprzeniesionego na dywidendowy kapitał rezerwowy, a także wątpliwości co do takich wypłat, lecz z kapitału zapasowego stworzonego z zysku, a nie z agio (w obawie przed naruszeniem zakazu wypłaty akcjonariuszowi wkładu w trakcie trwania spółki z art. 344 § 1 k.s.h., zob. niżej pkt 3), stały się podstawą zmiany redakcji art. 348 § 1 k.s.h., w ramach proponowanej nowelizacji kodeksu spółek handlowych. Celem tej nowelizacji nie jest zmiana merytoryczna kodeksu, ale **jedynie**

---

nie objętych tym rozporządzeniem, każe stosować przepisy prawa wydane przez państwa członkowskie w wyniku implementacji szczególnych regulacji wspólnotowych dotyczących SE.

<sup>12</sup> Dz.U. z 1994 r. Nr 11, poz. 38.

**doprecyzowanie tych przepisów**, które budzą wątpliwości, zaś ich znaczenie dla praktyki jest ogromne.

Przepis art. 348 § 1 k.s.h. w świetle proponowanej nowelizacji brzmi: „Kwoty przeznaczone do podziału między akcjonariuszy nie mogą przekraczać zysku za ostatni rok obrotowy, **powiększonego o niepodzielone zyski z lat poprzednich** [podkr. A.S.] oraz o kwoty przeniesione **z kapitałów zapasowego** [podkr. A.S.] i rezerwowych, które mogą być przeznaczone na wypłatę dywidendy, pomniejszonego o niepokryte straty, akcje własne oraz o kwoty, które zgodnie z ustawą lub statutem powinny być przekazane na kapitały zapasowy lub rezerwowe, które nie mogą być przeznaczone na wypłatę dywidendy”.

### **III. Problem dopuszczalności utworzenia w spółce akcyjnej dywidendowego kapitału rezerwowego z kapitału zapasowego i dokonania następnie z niego wypłaty dywidendy na rzecz akcjonariuszy**

1. Zaprezentowana wyżej rozszerzająca wykładnia art. 348 § 1 zd. 1 k.s.h., oparta na argumencie wykładni europejskiej, nie odnosi się jednak do stanu faktycznego pojawiającego się najczęściej w obecnej praktyce i będącego zarazem przedmiotem zadawanego pytania prawnego, czy wobec restrykcyjnej (literalnej) wykładni powyższego przepisu jest dopuszczalne podjęcie uchwały w sprawie przeniesienia do nowo utworzonego dywidendowego kapitału rezerwowego części kapitału zapasowego, a następnie dokonania z niego wypłaty dywidendy na rzecz akcjonariuszy. Jeżeli nawet te dwa zdarzenia prawne potraktuje się odrębnie, w ten sposób, że będą one przedmiotem dwóch różnych uchwał walnego zgromadzenia, zaś uchwały zostaną podjęte na dwóch różnych posiedzeniach (w pewnej odległości czasowej), to jednak oba takie zdarzenia należy traktować łącznie. Trudno sobie bowiem wyobrazić tworzenie dywidendowego kapitału rezerwowego dla samego istnienia takiego kapitału, bez możliwości dokonywania z niego późniejszych wypłat na rzecz akcjonariuszy.

2. Oceniając dopuszczalność prawną pierwszej chronologicznie z podanych wyżej uchwał walnego zgromadzenia spółki akcyjnej (tj. o przeniesieniu części kapitału zapasowego tworzonego z zysku za lata ubiegłe

na utworzony dywidendowy kapitał rezerwowy), należy stwierdzić, że następuje naruszenie obecnie obowiązującego przepisu art. 348 § 1 zd. 1 k.s.h., gdyż dywidendowy kapitał rezerwowy w rozumieniu tego przepisu **ma być tworzony z zysku „w poprzednich latach”, a nie z przeniesienia części kapitału zapasowego.**

Nie można powołać się tutaj na art. 397 § 5 k.s.h., z którego wynika, że o użyciu kapitału zapasowego rozstrzyga walne zgromadzenie, jednakże części kapitału zapasowego, w wysokości jednej trzeciej kapitału zakładowego, można użyć jedynie na pokrycie straty wykazanej w sprawozdaniu finansowym. Zakładając, że część kapitału zapasowego przeznaczana na dywidendowy kapitał rezerwowy nie narusza powyższego ograniczenia, to jednak takie zadysponowanie przez walne zgromadzenie kapitałem zapasowym należy uznać za niedopuszczalne, gdyż **przepis art. 348 § 1 zd. 1 k.s.h. stanowi *lex specialis* wobec art. 397 § 5 k.s.h.**

3. Ponadto należy zauważyć, że zysk osiągnięty w poprzednich latach obrotowych, który z mocy uchwały walnego zgromadzenia spółki akcyjnej został przekazany na kapitał zapasowy, **przeszedł już podpadać pod pojęcie zysku**, gdyż nie jest on ani zyskiem do podziału (za ostatni rok obrotowy), ani zyskiem za lata ubiegłe (zyskiem niepodzielonym za lata ubiegłe), bowiem stał się już częścią kapitału zapasowego.

Kapitał zapasowy powstaje wprawdzie z dwóch źródeł, tj. z zysku i z agio (nadwyżki wartości emisyjnej nad wartość nominalną akcji, a więc z wkładu). Jednakże, tworząc dywidendowy kapitał rezerwowy z kapitału zapasowego, nie następuje wówczas „przeniesienie zysku”, o którym mówi art. 348 § 1 zd. 1 k.s.h., ale „przeniesienie części kapitału zapasowego”, który stanowi inną kategorią pojęciową niż zysk, nawet gdyby historycznie środki z kapitału zapasowego przenoszone na dywidendowy kapitał rezerwowy pochodziły z zysku spółki.

4. Innym zagadnieniem jest dopuszczalność podjęcia drugiej chronologicznie uchwały walnego zgromadzenia, tj. o wypłacie dywidendy zaległej akcjonariuszom spółki z utworzonego w powyższy sposób dywidendowego kapitału rezerwowego. Pomijając fakt niedopuszczalności utworzenia w tenże sposób dywidendowego kapitału rezerwowego (naruszenie art. 348 § 1 zd. 1 k.s.h.), co implikuje niedopuszczalność podjęcia tej drugiej uchwały, tę drugą uchwałę należy uznać za niedopuszczalną,



dlatego że nie będzie można do niej odnieść powołanej wyżej wykładni europejskiej art. 348 § 1 zd. 1 k.s.h. w zw. z art. 15 ust. 1c II Dyr. UE, nie mówiąc o niepodzielanej przez autora niniejszego opracowania wykładni literalnej (restrykcyjnej) art. 348 § 1 zd. 1 k.s.h.

Wspomniany zysk za lata ubiegłe (zysk przeniesiony) może być rozdzielony pomiędzy akcjonariuszy (nawet w razie nieprzekazania go na dywidendowy kapitał rezerwowy) tylko wtedy, gdyby stanowił pozycję A.VII w bilansie spółki po stronie pasywów „Zysk z lat ubiegłych”, a nie pozycję A.IV bilansu spółki po stronie pasywów, tj. „Kapitał (fundusz) zapasowy”. Zysk za lata ubiegłe będzie formalnie wypłacany z dywidendowego kapitału rezerwowego (utworzonego pierwszą uchwałą), ale merytorycznie będzie to jednak wypłata ze środków z kapitału zapasowego spółki. Wymieniony wyżej dywidendowy kapitał rezerwowy nie może być utworzony legalnie z kapitału zapasowego, ale mając na względzie przyszłą wypłatę dywidendy zaległej akcjonariuszom, niezgodnie z art. 348 § 1 zd. 1 k.s.h., tworzeniu takiego kapitału można postawić zarzut obejścia prawa.

5. Polskie tłumaczenie dyrektywy używa wprawdzie określenia „zysk przeniesiony” (*profit brought forward*), ale **chodzi tu jednak o kategorię zysku w znaczeniu dzisiejszym (pozycja w bilansie spółki „zysk”), a nie w znaczeniu historycznym** (środków, które kiedyś były zyskiem, ale teraz stały się częścią innej pozycji w bilansie spółki po stronie pasywów, np. kapitału zapasowego). Gdyby zysk w znaczeniu historycznym był zyskiem przeniesionym w rozumieniu art. 15 ust. 1c II Dyr. UE, to na przykład w razie przeniesienia go na kapitał zakładowy w ramach podwyższenia tego kapitału podlegałby późniejszemu rozdzielaniu pomiędzy akcjonariuszy jako zysk za lata ubiegłe, co oczywiście jest niedopuszczalne i absurdalne.

6. Wskazana wyżej nowelizacja art. 348 § 1 zd. 1 k.s.h. idzie w kierunku dopuszczalności wypłaty akcjonariuszom dywidendy zaległej nawet z kapitału zapasowego, pod warunkiem tylko, że kapitał ten powstał z zysku, a nie z wkładu (tj. z agia), aby nie obchodzić zakazu zwrotu akcjonariuszowi jego wkładu w trakcie istnienia spółki.

Projektowana norma prawna może być jednak *de lege lata* podstawą rozbieżnych interpretacji prawa obowiązującego, tj. że prawo obowiązują-

jące należy interpretować w duchu tej nowej normy (jeżeli jest to tzw. norma doprecyzowująca dotychczasowe prawo) albo inaczej, tj. że dopiero dzięki nowej normie możliwa jest dana interpretacja, bowiem gdyby taki wniosek dało się wyprowadzić z normy dotychczasowej, to wówczas nowelizacja byłaby niepotrzebna.

Ponadto nie ma żadnych gwarancji, że nowa wersja przepisu art. 348 § 1 k.s.h. (w podanym wyżej brzmieniu, zob. pkt 2) zostanie uchwalona, zwłaszcza, że proces tzw. płytkiej (doprecyzowującej) nowelizacji k.s.h., kojarzonej z inicjatywą Konfederacji Polskich Pracodawców Prywatnych, znacząco przesuwają się w czasie.

#### **IV. Problem czasowego ograniczenia wypłaty zaległej dywidendy (art. 348 § 1 zd. 2 k.s.h.)**

1. Przepis art. 348 § 1 zd. 2 k.s.h. wprowadza ograniczenie, że przedmiotem wypłaty dywidendy zaległej może być zysk z kapitałów rezerwowych, utworzonych w okresie nieprzekraczającym trzech ostatnich lat obrotowych.

Wspomniane wyżej ograniczenie czasowe jest jednak powiązane tylko z zyskiem przekazywanym przez spółkę na jej dywidendowy kapitał rezerwowy, a nie z jej niepodzielonym zyskiem za lata ubiegłe (pozycja A.VII w bilansie spółki po stronie pasywów), który nie został przekazany na mocy wyraźnej uchwały walnego zgromadzenia na ten kapitał rezerwowy. Za takim twierdzeniem przemawiają następujące argumenty:

a) wykładnia literalna art. 348 § 1 zd. 2 k.s.h., w którym jest mowa wyraźnie o „zysku z kapitałów rezerwowych”,

b) przepis art. 348 § 1 zd. 2 k.s.h. jest normą restrykcyjną (czego nie można do końca powiedzieć o przepisie art. 348 § 1 zd. 1 k.s.h.), a także i normą wyjątkową, wskutek czego nie może być on interpretowany w sposób rozszerzający, tj. nie może być rozszerzany na niepodzielony zysk, który nie został wyraźnie przeniesiony na dywidendowy kapitał rezerwowy.

2. W konsekwencji, ze sformułowania „ostatnie lata obrotowe” w rozumieniu art. 348 § 1 zd. 2 k.s.h. należy wnosić, że chodzi tu o zyski niewypłacone akcjonariuszom, które zostały **przekazane na dywidendowy kapitał rezerwowy przez trzy kolejne lata obrotowe wstecz**,

**licząc od roku, w którym jest podejmowana uchwała walnego zgromadzenia** o podziale zysku, łącznie z dywidendą zaległą. Taka regulacja – zdaniem J. Frąckowiaka<sup>13</sup> – ma zapobiegać zbyt długiemu przetrzymywaniu zysku w spółce, który ma być przeznaczony do rozdziału pomiędzy akcjonariuszy.

3. Jeżeli więc taki dywidendowy kapitał rezerwowy został stworzony w roku 2001, tj. pierwszym roku obowiązywania kodeksu spółek handlowych (gdyż kodeks handlowy nie znał takiego kapitału), i objął on zysk za rok 2000 (znany dopiero w roku 2001), a następnie w kolejnych latach obrotowych były także przekazywane zyski na ten kapitał, tj. za rok 2001 i 2002, to jeżeli dywidenda zaległa będzie wypłacana z tego kapitału w roku 2003, może ona objąć tylko „zysk przeniesiony z kapitałów rezerwowych” za lata 2000-2002.

Gdyby natomiast ta dywidenda była wypłacana dopiero w roku 2004, zakładając, że na dywidendowy kapitał rezerwowy przeniesiono także część zysku za rok 2003, to wówczas przy wypłacie dywidendy zaległej w roku 2004 niejako „przepadałby” z punktu widzenia powyższego celu zysk zgromadzony na tym kapitale za rok 2000, gdyż ten rok nie byłby już trzecim, ale czwartym, ostatnim rokiem obrotowym w rozumieniu art. 348 § 1 zd. 2 k.s.h.

4. Jeżeli zaś na dywidendowy kapitał rezerwowy (utworzony najwcześniej w roku 2001, w którym wszedł w życie k.s.h.) przekazano zysk osiągnięty za poprzednie lata obrotowe (np. 1996, 1997 itd.), a więc w latach poprzedzających trzy ostatnie lata obrotowe, kiedy kategoria „dywidendowego kapitału rezerwowego” nie była znana spółkom, to zyski te w charakterze dywidendy zaległej mogą być wypłacone akcjonariuszom w roku 2003, gdyż w interpretacji ograniczenia trzyletniego, o którym mowa w art. 348 § 1 zd. 2 k.s.h., **nie chodzi o moment osiągnięcia tego zysku, ale o moment jego przekazania na dywidendowy kapitał rezerwowy.**

Tym samym zyski osiągnięte np. w latach 1996-1997, ale przeniesione na dywidendowy kapitał rezerwowy w roku 2001, mogą być wypłacone

---

<sup>13</sup> J. Frąckowiak, [w:] J. Frąckowiak, A. Kidyba, K. Kruczałak, W. Opalski, W. Popiołek, W. Pyzioł, *Kodeks spółek handlowych, komentarz*, jw. s. 563.

w charakterze dywidendy zaległej w roku 2003, gdyż moment przeniesienia tych zysków na dywidendowy kapitał rezerwowy mieści się w granicach okresu nieprzekraczającego trzech ostatnich lat obrotowych, licząc wstecz od roku 2003.

5. Warto zauważyć, że projekt nowelizacji przepisu art. 348 § 1 k.s.h. **rezygnuje z czasowego ograniczenia wypłaty dywidendy zaległej** za okres nieprzekraczający trzech ostatnich lat obrotowych, gdyż ograniczenie to, po pierwsze, nie jest wymagane przez Drugą Dyrektywę UE, a po drugie, powoduje ono dla praktyki znaczne wątpliwości, o czym świadczą powyższe uwagi.

## V. Odpowiedzialność członków zarządu i rady nadzorczej za dokonane przez spółkę wypłaty dywidendy zaległej na rzecz akcjonariuszy

1. Przepis art. 350 § 1 zd. 3 k.s.h. naraża członków zarządu, ale także członków rady nadzorczej, na odpowiedzialność względem spółki za dokonanie nienależnych świadczeń w stosunku do akcjonariuszy **w postaci obowiązku zwrotu spółce tychże świadczeń**. Przepis ten zawęża wprawdzie wspomnianą odpowiedzialność tylko do osób, „które ponoszą odpowiedzialność za dokonanie nienależnych świadczeń”, jednakże, mając na uwadze wymóg kolegialnego działania zarządu spółki akcyjnej (art. 371 § 1 k.s.h.), odpowiedzialność ta będzie zasadniczo dotyczyła wszystkich członków zarządu spółki akcyjnej. To samo dotyczy członków rady nadzorczej (art. 390 § 1 k.s.h.), która również działa kolektywnie. Rada nadzorcza ma związek merytoryczny z powyższą sprawą, skoro w ramach swych kompetencji wynikających z ustawy opiniuje ona wnioski zarządu co do podziału zysku (art. 382 § 3 k.s.h.).

2. W doktrynie prawa spółek uważa się, że powołana wyżej odpowiedzialność jest niezależna od winy, a więc jest *de facto* odpowiedzialnością na zasadzie ryzyka. Z odpowiedzialności może się jedynie zwolnić członek organu spółki głoszący przeciwko takiej uchwale<sup>14</sup>.

---

<sup>14</sup> Tamże, s. 567 oraz S. Sołtysiński, [w:] S. Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwałaj, *Kodeks spółek handlowych...*, s. 365.

3. Odpowiedzialność członków zarządu oraz członków rady nadzorczej względem spółki w trybie art. 350 § 1 k.s.h. **jest solidarna** z akcjonariuszami, którzy otrzymali od spółki wbrew przepisom prawa lub postanowieniom statutu jakiegokolwiek świadczenia. Jednakże należy wziąć pod uwagę fakt, że akcjonariusze otrzymujący wypłaty od spółki działającej przez jej zarząd nie są odpowiedzialni za zwrot tych świadczeń, jeżeli działali w dobrej wierze (art. 350 § 1 zd. 2 k.s.h.). Mając również na uwadze okoliczność, że domniemuje się dobrą wiarę (art. 7 k.c. w zw. z art. 2 k.s.h.), a więc, innymi słowy, trzeba udowodnić złą wiarę, to jednak w praktyce odpowiedzialność z art. 350 § 1 k.s.h. za niezgodne z prawem lub ze statutem wypłaty może skupić się tylko na członkach zarządu czy rady nadzorczej.

4. Przepis art. 350 § 1 k.s.h. **nie wyłącza odpowiedzialności** członków zarządu lub rady nadzorczej względem spółki z art. 483 § 1 k.s.h., a więc odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną spółce działaniem sprzecznym z prawem lub ze statutem. Wynika to stąd, że odpowiedzialność z art. 350 § 1 k.s.h. ma charakter wyrównawczy i nie uwzględnia części szkody wyrządzonej spółce w ramach tzw. utraconego zysku. Pieniądze spółki bezpodstawnie wypłacone akcjonariuszom będą wprawdzie później spółce zwrócone przez zarząd w trybie art. 350 § 1 k.s.h., ale szkodą, którą spółka może doznać na podstawie art. 483 § 1 k.s.h., jest np. oprocentowanie, które mogłyby uzyskać, gdyby nie bezpodstawną wypłatą. Odpowiedzialność z art. 483 § 1 k.s.h. jest odpowiedzialnością na zasadzie winy.

5. Należy zauważyć, że w obu przypadkach, tj. określonym w art. 350 § 1 i art. 483 § 1 k.s.h., członków zarządu oraz członków rady nadzorczej obowiązuje tzw. **podwyższona miara staranności** (art. 483 § 2 k.s.h.), co oznacza surowszą ocenę przypadków naruszenia prawa czy statutu przez te osoby.

## VI. Wnioski

1. Wobec dokonanych wyżej ustaleń należy uznać *de lege lata* za niezgodną z prawem praktykę przekazywania części kapitału zapasowego na nowo tworzony dywidendowy kapitał rezerwowy, o którym mowa w art. 348 § 1 zd. 1 k.s.h. (pierwsza chronologicznie uchwała walnego

zgromadzenia), w celu późniejszej wypłaty dywidendy zaległej akcjonariuszom tej spółki (druga uchwała walnego zgromadzenia).

2. Uchwała pierwsza (utworzenie dywidendowego kapitału rezerwowego z kapitału zapasowego) jest sprzeczna z art. 348 § 1 zd. 1 k.s.h., który tworzenie takiego kapitału rezerwowego umożliwia tylko z zysku spółki, a nie z innego źródła. Nie ma tutaj znaczenia w ogóle okoliczność, że odpis na wspomniany kapitał rezerwowy jest dokonywany z kapitału zapasowego tworzonego z zysku osiągniętego za trzy lata wstecz, skoro jurystycznie dywidendowy kapitał rezerwowy ma być tworzony z zysku, a nie przez obniżenie kapitału zapasowego. Nie jest też możliwe skorzystanie z dyspozycji przepisu art. 397 § 5 k.s.h., uprawniającego walne zgromadzenie spółki akcyjnej do zadysponowania kapitałem zapasowym (jakkolwiek w pewnych granicach), gdyż przepis art. 348 § 1 zd. 1 k.s.h. stanowi *lex specialis* wobec art. 397 § 5 k.s.h.

3. W konsekwencji podjęcie uchwały pierwszej naraża spółkę na niebezpieczeństwo zaskarżenia tej uchwały do sądu gospodarczego:

a) powództwem o stwierdzenie nieważności uchwały WZ (art. 425 § 1 k.s.h. z racji sprzeczności z prawem, tj. naruszenia art. 348 § 1 zd. 1 k.s.h.),

b) powództwem o uchylenie uchwały WZ (art. 422 § 1 k.s.h. z racji godzenia takiej uchwały w interes spółki, skoro w jej następstwie majątek spółki ulega uszczupleniu).

4. Podobne zarzuty należy zgłosić pod adresem uchwały drugiej, która nie może być podjęta bez pierwszej, podobnie jak i sama uchwała pierwsza podjęta bez drugiej nie ma żadnego sensu ekonomicznego. Podjęcie tylko samej uchwały pierwszej nie oznacza wprawdzie dokonania bezprawnej wypłaty spółki na rzecz jej akcjonariuszy, ale wobec jej naturalnego związku z uchwałą drugą może być uznana za przejaw obejścia prawa.

5. Jediną szansą dokonania legalnej wypłaty dywidendy zaległej na rzecz akcjonariuszy spółki akcyjnej, która nie ma utworzonego dywidendowego kapitału rezerwowego, jest wykazanie przez bilans spółki „Zysku z lat ubiegłych” (pozycja A.VII w bilansie spółki po stronie pasywów), gdyż wówczas taki zysk przeniesiony (nie będący zyskiem przekazany na dywidendowy kapitał rezerwowy spółki) mieści się w zakresie przed-

miotowym art. 348 § 1 zd. 1 k.s.h., interpretowanym w ramach tzw. wykładni europejskiej, tj. w duchu treści art. 15 ust. 1 pkt c Drugiej Dyrektywy Unii Europejskiej o ochronie kapitału, stanowiącej obowiązkowy wzorec dla treści art. 348 § 1 k.s.h., wynikający z podpisania przez Polskę Układu Stowarzyszeniowego z UE.

6. W razie utworzenia od podstaw dywidendowego kapitału rezerwowego (np. w roku 2003) możliwe jest przekazanie na ten kapitał zysku z lat ubiegłych (pozycja A.VII w bilansie spółki po stronie pasywów), nawet gdy ten zysk powstał w okresie wcześniejszym niż za trzy ostatnie lata obrotowe poprzedzające utworzenie wspomnianego kapitału (tj. np. w roku 1995, 1996 itd.), gdyż w ograniczeniu wypłaty dywidendy zaległej, o którym mowa w art. 348 § 1 zd. 2 k.s.h., chodzi nie o moment osiągnięcia tego zysku, ale o moment jego przekazania na dywidendowy kapitał rezerwowy.

7. Podjęcie obu wspomnianych wyżej uchwał przez walne zgromadzenie spółki akcyjnej, a więc w konsekwencji niezgodna z prawem (art. 348 § 1 k.s.h.) wypłata dywidendy zaległej akcjonariuszom, naraża członków zarządu oraz rady nadzorczej na odpowiedzialność z art. 350 § 1 k.s.h. (w postaci obowiązku zwrotu tych wypłat spółce za akcjonariuszy), tj. odpowiedzialność na zasadzie ryzyka, a także naraża na odpowiedzialność z art. 483 § 1 k.s.h. (zapłata spółce utraconych korzyści), która jest już wprawdzie odpowiedzialnością na zasadzie winy, ale winy domniemanej, co oznacza, że członek zarządu czy rady nadzorczej musi przeprowadzić dowód na swoją niewinność.

8. Powołaną wyżej nowelizację przepisu art. 348 § 1 k.s.h. należy ocenić pozytywnie, zwłaszcza, że eliminuje ona wszelkie wątpliwości prawne będące przedmiotem niniejszego opracowania, a przez to eliminuje też poważne ryzyko prawne dla członków zarządu i rad nadzorczych spółek akcyjnych. Za trafne rozwiązanie należy uznać nie tylko wyrażenie *expressis verbis* dopuszczalności wypłaty niepodzielonych zysków z lat ubiegłych w ramach dywidendy zaległej, co *de lege lata* da się wyprowadzić z treści obecnego art. 348 § 1 k.s.h., ale ponadto dopuszczenie przez ten przepis (*de lege ferenda*) możliwości dokonania wypłaty dywidendy zaległej z kapitału zapasowego w tej części, w której ten kapitał

był tworzony z zysku, a nie z wkładu akcjonariusza (agio). Takie rozwiązanie nie narusza zakazu zwrotu wkładu akcjonariuszowi w trakcie trwania spółki, wyrażonego w art. 344 § 1 k.s.h., gdyż cały czas przedmiotem wypłaty na rzecz akcjonariusza jest zysk (wprawdzie w ujęciu historycznym). Ponadto pozwoli to na wyeliminowanie niezgodnej z prawem praktyki przenoszenia kapitału zapasowego na dywidendowy kapitał rezerwowy celem wypłaty później dywidendy zaległej, gdyż w nowej sytuacji podjęcie pierwszej ze wspomnianych wyżej uchwał nie będzie w ogóle potrzebne.