

# Andrzej Herbet

---

## W kwestii dopuszczalności udzielenia prokuratury przez spółkę kapitałową w organizacji

---

Palestra 58/3-4(663-664), 9-19

---

2013

Artykuł został opracowany do udostępnienia w internecie przez Muzeum Historii Polski w ramach prac podejmowanych na rzecz zapewnienia otwartego, powszechnego i trwałego dostępu do polskiego dorobku naukowego i kulturalnego. Artykuł jest umieszczony w kolekcji cyfrowej [bazhum.muzhp.pl](http://bazhum.muzhp.pl), gromadzącej zawartość polskich czasopism humanistycznych i społecznych.

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach  
dozwolonego użytku.

## W KWESTII DOPUSZCZALNOŚCI UDZIELENIA PROKURY PRZEZ SPÓŁKĘ KAPITAŁOWĄ W ORGANIZACJI

### WPROWADZENIE

Regulacja prawna prokury ma w Polsce stosunkowo długą tradycję<sup>1</sup>. Jak na nasze warunki jest też relatywnie stabilna: poświęcone prokurze przepisy art. 109<sup>1</sup>–109<sup>3</sup> k.c.<sup>2</sup>, wprowadzone ustawą z dnia 14 lutego 2003 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny<sup>3</sup>, w znacznej mierze nawiązują bowiem do rozwiązań przedwojennych. Mimo to generuje ona wiele rozbieżności interpretacyjnych, które nie mają bynajmniej charakteru czysto akademickiego. Jak wskazuje praktyka, wątpliwości dotyczą przede wszystkim legitymacji czynnej do udzielenia prokury. Jest to do pewnego stopnia zrozumiałe, jeśli zestawić treść art. 43 i art. 109<sup>1</sup> § 1 k.c. oraz art. 36 ustawy z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym<sup>4</sup>. Powstające na tym tle problemy „materialnego” czy też „formalnego” (autonomicznego, rejestrowego) rozumienia pojęcia przedsiębiorcy na tle art. 109<sup>1</sup> § 1 k.c. oraz dopuszczalności udzielenia prokury przez osobę fizyczną prowadzącą działalność gospodarczą (tzw. przedsiębiorcę indywidualnego) zasługują na odrębne omówienie<sup>5</sup>. Z pewnym zaskoczeniem można natomiast odnotować, że *de lege lata* jedną z kwestii spornych pozostaje ciągle dopuszczalność udzielenia prokury przez spółkę kapitałową w organizacji, kontestowana przez niektóre sądy i organy administracji.

### DOTYCHCZASOWE POGLĄDY DOKTRYNY

W analizowanej kwestii brak dotychczas wyraźnych wypowiedzi najwyższych instancji orzeczniczych: sądów apelacyjnych czy Sądu Najwyższego, względnie Naczelnego Sądu Administracyjnego. Z kolei pobieżny przegląd piśmiennictwa ujawnia brak jednolitości wyrażanych w tej mierze stanowisk. Znaczna część doktryny aprobuje legitymację spółki kapitałowej w organizacji do udzielenia prokury<sup>6</sup>. W opinii innych prokury może

---

<sup>1</sup> Zob. art. 36–43 dekretu z 7 lutego 1919 r. o rejestrze handlowym (Dz.U. nr 14, poz. 164 ze zm.), a także art. 60–65 rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 27 czerwca 1934 r. – Kodeks handlowy (Dz.U. nr 57, poz. 502 ze zm.; dalej: k.h.).

<sup>2</sup> Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. nr 16, poz. 93 ze zm.; dalej: k.c.).

<sup>3</sup> Dz.U. nr 49, poz. 408; dalej: u. zm. k.c.

<sup>4</sup> Dz.U. z 2007 r. nr 168, poz. 1186 ze zm.; dalej: u. KRS.

<sup>5</sup> Zob. A. Herbet, *Pojęcie i koncepcja legislacyjna prokury – uwagi na tle art. 109<sup>1</sup> i n. k.c. oraz art. 168 i n. projektu książki Ik.c.*, referat wygłoszony na VIII Zjeździe Katedr Prawa Handlowego w Białowieży (25 września 2011 r.) i przywoływana tam literatura (tekst wystąpienia zostanie opublikowany w materiałach zjazdowych). Co do drugiej kwestii zob. także A. Herbet, *Czy przedsiębiorca indywidualny może udzielić prokury?*, „LawBlog.pl – Forum Prawa Handlowego”, [www.lawblog.pl](http://www.lawblog.pl)

<sup>6</sup> Zob. przykładowo: J. Grykiel, *Powstanie prokury*, Warszawa 2008, s. 176 i n.; L. Moskwa, *Prokura – kilka uwag*

udzielić tylko przedsiębiorca wpisany już do rejestru przedsiębiorców<sup>7</sup>. Trzeba jednak podkreślić, że argumentacja przytaczana przez zwolenników tego nurtu poglądowego jest zróżnicowana; starannej oceny wymaga także aktualność wyrażanych w tej mierze zapatrywań. Wyrażany jest też pogląd, że spółka kapitałowa w organizacji może udzielić prokury, jednak prokurent będzie mógł działać dopiero po wpisie spółki do rejestru<sup>8</sup>. Nie brak wreszcie wypowiedzi – przynajmniej *prima facie* – wewnętrznie niespójnych, wedle których jakkolwiek „prokura może udzielić spółka handlowa wpisana do rejestru”, to „[s]półka taka wniosek o wpisanie prokury do rejestru przedsiębiorców może złożyć najwcześniej jednocześnie z wnioskiem o wpisanie do rejestru samej spółki”<sup>9</sup>. Tytułowe zagadnienie nie jest jednolicie rozstrzygane również w doktrynie obcej<sup>10</sup>.

## DOPUSZCZALNOŚĆ UDZIELENIA PROKURY A STATUS PODMIOTOWY SPÓŁKI KAPITAŁOWEJ W ORGANIZACJI

W mojej opinii na postawione na wstępie pytanie należy udzielić odpowiedzi twierdzącej. Co więcej, w świetle obowiązującej regulacji prawnej ten kierunek wnioskowa-

---

w kwestii nowej regulacji, (w:) *W kręgu teoretycznych i praktycznych aspektów prawoznawstwa. Księga jubileuszowa Profesora Bronisława Ziemanina* (red. M. Zieliński), Szczecin 2005, s. 174 i 180; M. Pazdan, (w:) *System Prawa Prywatnego*, t. 2, *Prawo cywilne – część ogólna* (red. Z. Radwański), wyd. 2, Warszawa 2008, s. 536–537; tenże, (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. I, *Komentarz do artykułów 1–449<sup>11</sup>* (red. K. Pietrzykowski), Warszawa 2005, s. 428, Nb 12; J. Strzebińczyk, (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz* (red. E. Gniewek), Warszawa 2006, s. 250; D. Wajda, *Prokura – problemy praktyczne*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2008, nr 6, s. 40. Podobnie w odniesieniu do spółki jawnej na tle pierwotnego brzmienia art. 24 i n. k.s.h.: W. Pyziół, (w:) W. Pyziół, A. Szumański, I. Weiss, *Prawo spółek*, Bydgoszcz 1998, s. 115; S. Soltysiński, (w:) S. Soltysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, t. I, Warszawa 2001, s. 233.

<sup>7</sup> Zob. przykładowo: P. Bielski, *Prokura jako instytucja prawa przedsiębiorców rejestrowych*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2001, nr 9, s. 44–45; A. Doliwa, *Prokura w świetle zmienionych przepisów kodeksu cywilnego*, „Monitor Prawniczy” 2003, nr 20, s. 921; B. Kozłowska, *Udzielenie prokury*, „Przegląd Prawa Handlowego” 1996, nr 5, s. 25; L. Moskwa, *Nowe przepisy o prokurze*, „Rejent” 2001, nr 9, s. 29; T. Siemiątkowski, *Prokura w spółkach prawa handlowego*, Warszawa 1999, s. 24; J. Szwaja, *Pojęcie przedsiębiorcy a instytucja prokury. Przedsiębiorca jako podmiot udzielający prokury*, (w:) *Prawo prywatne czasu przemian. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Stanisławowi Soltysińskiemu* (red. A. Nowicka), Poznań 2005, s. 294; J. Szwaja, B. Mika, (w:) *System prawa handlowego*, t. 1, *Prawo handlowe – część ogólna* (red. S. Włodyka), Warszawa 2009, s. 902–903.

<sup>8</sup> Zob. A. Kidyba, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, t. II, Warszawa 2007, s. 143.

<sup>9</sup> Zob. J. Szwaja, (w:) S. Soltysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, t. V, wyd. 2, Warszawa 2008, s. 495; tenże, *Ustanowienie, udzielenie oraz odwołanie prokury przez spółkę handlową*, „Prawo Spółek” 2003, nr 7–8, s. 26. Autor, traktując jako podstawowe dla rozstrzygnięcia kwestii legitymacji czynnej pojęcie przedsiębiorcy rejestrowego, zdaje się w tym kontekście traktować wpis do rejestru spółki jako *conditio iuris* dopuszczalności udzielenia i wpisu prokury. Istota problemu sprowadza się jednak do oceny dopuszczalności udzielenia prokury, której należy dokonać, zgodnie z ogólną zasadą *tempus regit actum*, na dzień złożenia jednostronnego oświadczenia woli o udzieleniu umocowania.

<sup>10</sup> Zob. zwłaszcza kontrowersje wokół dopuszczalności udzielenia prokury przez spółkę kapitałową w organizacji na tle § 48 ust. 1 w zw. z § 1 ust. 2 HGB w piśmiennictwie niemieckim. Zob. zamiast wielu J. Grykiel, *Powstanie*, s. 178–179 i cyt. tam literatura obca. Twierdząco w tej mierze: K. Weber, (w:) *Handelsgesetzbuch* (red. C. T. Ebenroth, K. Boujong, D. Joost, L. Strohn), München 2008, s. 481–482; C. Schubert, (w:) *Kommentar zum Handelsgesetzbuch* (red. H. Oetker), München 2011, s. 389; Koller/Roth/Morck, RdNr 2; Scholz/K. Schmidt, GmbHG, § 11, RdNr 65, a przed nowelizacją HGB z 1998 r. Staub/Joost, RdNr 10. Odmienne przykładowo: Münch-KommHGB/Krefa, RdNr 7; Röhricht/Graf von Westphalen/Wagner, RdNr 5.

nia wydaje się dość oczywisty. Punktem wyjścia powinna być analiza charakteru prawnego i statusu podmiotowego spółki kapitałowej – tj. spółki z o.o. albo spółki akcyjnej – w organizacji. Po ponad dekadzie od wejścia w życie k.s.h.<sup>11</sup> i ośmiu latach obowiązywania zmian wprowadzonych przez u. zm. k.c. za wręcz oczywiste i niewymagające szerszego wywodu należy uznać dwie podstawowe w tej mierze tezy.

Po pierwsze, od daty zawiązania, tj. zawarcia umowy założycielskiej (aktu założycielskiego) spółki z o.o. albo podpisania statutu i objęcia wszystkich akcji w nowo inkorporowanej spółce akcyjnej (art. 161 § 1, art. 310, art. 323 § 1 k.s.h.), **spółce kapitałowej w organizacji przysługuje własna**, przyznana *explicite* przez ustawę **zdolność prawna i sądowa** (art. 11 k.s.h., art. 33<sup>1</sup> § 1 k.c., art. 64 § 1<sup>1</sup> k.p.c.<sup>12</sup>). Nie będąc (jeszcze) osobą prawną, jest więc ona niewątpliwie podmiotem prawa cywilnego, zaliczanym – w zależności od stosowanej terminologii – do kategorii tzw. ułomnych (niepełnych) osób prawnych, podmiotów nieosobowych czy osób ustawowych<sup>13</sup>. Jest to spółka kapitałowa, działająca w swojej pierwotnej (inicjalnej) formie ustrojowej (stadialnej)<sup>14</sup>, tożsama organizacyjnie i podmiotowo ze spółką „właściwą” (zarejestrowaną)<sup>15</sup>, do której, w kwestiach nieuregulowanych odrębnie, należy stosować odpowiednio przepisy o spółce z o.o. lub akcyjnej po wpisie do rejestru (art. 11 § 2 k.s.h.).

Po drugie, korzystając z powyższych atrybutów, spółka kapitałowa w organizacji może prowadzić działalność gospodarczą lub zawodową, względnie podejmować kwalifikowane w taki sam sposób czynności przygotowawcze – co też w większości wypadków faktycznie czyni<sup>16</sup>. Niejednokrotnie podjęcie tego typu aktywności stanowi swego rodzaju „gospodarczy imperatyw”, m.in. z uwagi na konieczność eksploatacji składników majątkowych wniesionych tytułem wkładów czy stopień zorganizowania przedsiębiorstwa. W rezultacie **spółka w organizacji uzyskuje status przedsiębiorcy – zarówno w rozumieniu prawa prywatnego (cywilnego; zob. art. 43<sup>1</sup> k.c.), jak i publicznego (zob. przede wszystkim art. 4 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej<sup>17</sup>)**. Należy w tym kontekście podkreślić, że **przesłanki uznania danej jednostki za przedsiębiorcę zostały na tle prawa cywilnego określone w sposób autonomiczny i, co do zasady, niezależny od regulacji publicznoprawnej**. Konse-

<sup>11</sup> Ustawa z dnia 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych (Dz.U. nr 94, poz. 1037 ze zm.; dalej: k.s.h.).

<sup>12</sup> Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. nr 43, poz. 294 ze zm.; dalej: k.p.c.).

<sup>13</sup> Co do terminologii zob. J. Frąckowiak, (w:) *System Prawa Prywatnego*, t. 1, *Prawo cywilne – część ogólna* (red. M. Safjan), Warszawa 2007, s. 1087 i n.; M. Pazdan, (w:) *System Prawa Prywatnego*, t. 1, *Prawo cywilne – część ogólna* (red. M. Safjan), Warszawa 2007, s. 916 i n.; A. Szajkowski, *Koncepcja legislacyjna spółki handlowej*, (w:) *Prawo XXI w. Księga pamiątkowa 50-lecia Instytutu Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk* (red. W. Czapliński), Warszawa 2006, s. 870. Co do zdolności prawnej i sądowej spółek kapitałowych w organizacji zob. przykładowo: A. Szajkowski, M. Tarska, (w:) A. Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, t. II, wyd. 2, Warszawa 2006, s. 123; M. Tarska, *Podmiotowość spółki kapitałowej w organizacji*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2001, nr 5, s. 2; też, *Spółka z o.o. Istota, ustrój, funkcjonowanie*, Warszawa 2004, s. 137; M. Trzebiatowski, *Spółka z o.o. w organizacji w praktyce notarialnej*, Warszawa 2001, s. 33 i n.

<sup>14</sup> Zob. A. Szajkowski, *Formy ustrojowe spółek handlowych*, „Państwo i Prawo” 2001, z. 8, s. 13 i n.

<sup>15</sup> Zob. przykładowo: G. Nita-Jagielski, (w:) *System Prawa Prywatnego*, t. 17A, *Prawo spółek kapitałowych* (red. S. Sołtysiński), Warszawa 2010, s. 165–166.

<sup>16</sup> Zob. G. Nita-Jagielski, (w:) *System Prawa Prywatnego*, t. 17A (red. S. Sołtysiński), s. 165.

<sup>17</sup> Dz.U. z 2010 r. nr 220, poz. 1447 ze zm.; dalej jako: u.s.d.g.

kwentnie, niezależnie od braku na gruncie *legis latae* odpowiednika dawnego art. 11 k.h.<sup>18</sup>, trzeba uznać, że kwalifikacja profesjonalisty w sferze prywatnoprawnej nie jest determinowana przez wynik „testu zgodności” wykonywanej faktycznie działalności z przepisami u.s.d.g. lub innych aktów prawnych reglamentujących podejmowanie aktywności zawodowej danego typu<sup>19</sup>. Jak trafnie zauważa się w piśmiennictwie, jest to refleksem odmienności celów realizowanych przez ustawodawcę w ramach każdej z tych gałęzi prawa, czy nawet na tle poszczególnych aktów prawnych<sup>20</sup>. Na gruncie prawa publicznego w odniesieniu do spółek kapitałowych w organizacji nieaktualne są także zgłaszane niegdyś zastrzeżenia, związane z powiązaniem możliwości „legalnego” prowadzenia działalności gospodarczej i statusu przedsiębiorcy (w rozumieniu art. 4 u.s.d.g.) z wpisem do właściwego rejestru. Występujące na tym tle wątpliwości przesądził sam ustawodawca, stanowiąc najpierw w art. 14 ust. 1 zd. 2 u.s.d.g., a następnie w art. 14 ust. 4 u.s.d.g., że: „Spółka kapitałowa w organizacji może podjąć działalność gospodarczą przed uzyskaniem wpisu do rejestru przedsiębiorców”<sup>21</sup>.

### STATUS SPÓŁKI KAPITAŁOWEJ W ORGANIZACJI A LEGITYMACJA CZYNNA DO UDZIELENIA PROKURY W UJĘCIU ART. 109<sup>1</sup> K.C.

Konfrontacja poczynionych dotychczas ustaleń z treścią art. 109<sup>1</sup> § 1 k.c. wypada – moim zdaniem – dość jednoznacznie. Przywołany przepis stanowi *explicite*: „Prokura jest pełnomocnictwem udzielonym przez przedsiębiorcę podlegającego obowiązkowi wpisu do rejestru przedsiębiorców, które obejmuje umocowanie do czynności sądowych i poza-

<sup>18</sup> Przepis art. 11 k.h. stanowił: „Przepisy kodeksu niniejszego, dotyczące kupców, stosuje się do prowadzących przedsiębiorstwo nawet wówczas, gdy prawo publiczne zakazuje im prowadzenia takich przedsiębiorstw lub zezwolenie na prowadzenie uzależnia od spełnienia pewnych warunków”.

<sup>19</sup> Zob. przykładowo: M. Pazdan, (w:) *Kodeks cywilny*, t. I (red. K. Pietrzykowski), s. 428; odmiennie: A. Doliwa, *Prokura*, s. 921; J. Szwaja, *Ustanowienie*, s. 7–8. Szerzej na ten temat: M. Trzebiatowski, *Spółka z o. o.*, s. 34 i n. oraz powołana tam literatura. *De lege lata* ma to znaczenie przede wszystkim w razie podejmowania i prowadzenia działalności gospodarczej wymagającej uzyskania koncesji lub zezwolenia bez stosownej, pozytywnej decyzji w tej mierze (zob. art. 14 ust. 5 u.s.d.g.). W kierunku wykluczenia tego kierunku wykładni zmierza – moim zdaniem słusznie – projekt księgi I nowego Kodeksu cywilnego (zob. art. 64 projektu).

<sup>20</sup> Zob. przykładowo: J. Grykiel, *Pojęcia działalności gospodarczej i zawodowej w rozumieniu art. 43<sup>1</sup> k.c.*, „*Studia Prawnicze*” 2005, nr 4, s. 31 i n.; T. Szancilo, *Przedsiębiorca w prawie polskim*, „*Przegląd Prawa Handlowego*” 2005, nr 3, s. 5 i n. W przeciwnym razie doszlibyśmy do absurdu z punktu widzenia funkcjonalnego wniosku, że np. skutkiem braku zezwolenia na prowadzenie określonej działalności jest niestosowanie do kontrahentów przedsiębiorcy mechanizmów ochronnych prawa konsumenckiego, a w analizowanym wypadku – nieważność lub bezskuteczność czynności dokonanych *per procura* z osobami trzecimi będącymi w dobrej wierze.

<sup>21</sup> W kwestii systemowych implikacji podmiotowości prawnej spółek kapitałowych w organizacji zob. przywoływane wyżej wypowiedzi A. Szajkowskiego i M. Tarskiej; przeciwko tej koncepcji P. Bielski, *Spółka kapitałowa w organizacji a status przedsiębiorcy*, „*Przegląd Prawa Handlowego*” 2002, nr 6, s. 1. Jakkolwiek zagadnienie to nie ma bezpośredniego znaczenia z punktu widzenia prowadzonych rozważań, warto podkreślić, że od 31 marca 2009 r. także w odniesieniu do przedsiębiorców indywidualnych art. 14 ust. 1 u.s.d.g. obowiązuje w zmienionym brzmieniu, stanowiąc, że mogą oni podejmować działalność gospodarczą już w dniu złożenia wniosku o wpis do ewidencji działalności gospodarczej (aktualnie: Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej). Zob. ustawę z dnia 19 grudnia 2008 r. o zmianie ustawy o swobodzie działalności gospodarczej oraz o zmianie niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2009 r. nr 18, poz. 97).

sądowych, jakie są związane z prowadzeniem przedsiębiorstwa” [podkr. moje – A. H.]. W świetle rezultatów wykładni językowej art. 109<sup>1</sup> § 1 k.c. należy zatem przyjąć, że **określenie „przedsiębiorca podlegający obowiązkowi wpisu do rejestru przedsiębiorców” obejmuje jednostki (organizacyjne), wobec których zaktualizował się wskazany obowiązek – niezależnie od tego, czy *in casu* obowiązkowi temu uczyniono zadość, czy termin do dokonania zgłoszenia już upłynął, jakie są powody braku wpisu do rejestru *etc.***<sup>22</sup>

W rezultacie nawet gdyby przyjąć za poglądem dominującym w piśmiennictwie, że termin „przedsiębiorca” został użyty w art. 109<sup>1</sup> § 1 k.c. w znaczeniu „materialnym”, nadanym przez art. 43<sup>1</sup> k.c. (a obejmującym każdy podmiot prawa cywilnego, który we własnym imieniu prowadzi działalności gospodarczą lub zawodową)<sup>23</sup>, trudno byłoby wskazać dostatecznie przekonujące argumenty przemawiające przeciwko tezie, że spółka kapitałowa w organizacji spełnia (*scil.* może spełniać) kryteria konieczne dla takiej kwalifikacji – przynajmniej w sytuacji, w której jeszcze przed wpisem do rejestru przedsiębiorców podejmuje ona aktywność odpowiadającą charakterystyce „działalności gospodarczej lub zawodowej” na tle art. 43<sup>1</sup> k.c.<sup>24</sup> Z kolei przyjmując preferencję dla (przynajmniej częściowo) autonomicznego znaczenia określenia „przedsiębiorca podlegający wpisowi do rejestru przedsiębiorców”, nie można abstrahować od aktualnej treści art. 36 u. KRS, art. 33<sup>1</sup> § 1 k.c. oraz art. 11, art. 161 § 1 i art. 323 k.s.h. Innymi słowy, **rekonstruując i posługując się *de lege lata* określeniem „przedsiębiorca rejestrowy”, nie sposób przyjmować, że kwalifikację taką spełniają wyłącznie podmioty (jednostki organizacyjne) faktycznie wpisane do rejestru przedsiębiorców**<sup>25</sup>.

Przyjęty kierunek wnioskowania potwierdza analiza procesu legislacyjnego u. zm. k.c. z 2003 r. oraz kształtowania się treści art. 109<sup>1</sup> § 1 k.c. Zgodnie z pierwotnym projektem przygotowanym przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Cywilnego<sup>26</sup> art. 109<sup>1</sup> § 1 k.c. miał stanowić wprost, że: „Prokura jest pełnomocnictwem udzielonym przez **przedsiębiorcę wpisanego do rejestru przedsiębiorców (...)**” (podkr. moje – A. H.). W uzasadnieniu założeń projektu argumentowano w szczególności, że proponowane brzmienie przepisu pozwoli na uniknięcie wątpliwości, jakie mogą powstawać odnośnie do istnienia ewentualnej zależności pomiędzy wpisem do właściwego rejestru a legitymacją czynną do udzielenia prokury – zwłaszcza wobec braku w obowiązującym stanie prawnym normatywnej kategorii kupca rejestrowego lub jego odpowiednika (przynajmniej w mate-

<sup>22</sup> Odrębnym zagadnieniem jest to, czy przed wpisem do rejestru możemy wskazać adresata tego obowiązku, który byłby równocześnie uprawniony do udzielenia prokury. Jak już wskazano, ze względu na treść art. 11 § 1 k.s.h. i art. 33<sup>1</sup> § 1 k.c. problem ten nie powstaje w wypadku spółek kapitałowych w organizacji.

<sup>23</sup> Zob. przykładowo: J. Strzebińczyk, (w:) *Kodeks cywilny* (red. E. Gniewek), s. 250; J. Szwaja, I. Mika, (w:) *System prawa handlowego*, t. 1 (red. S. Włodyka), s. 898–900 i cyt. tam literatura.

<sup>24</sup> Problem znaczenia określeń „działalność gospodarcza” i „działalność zawodowa”, a w konsekwencji i terminu „przedsiębiorca” na tle art. 43<sup>1</sup> k.c. jest (m.in. w kontekście regulacji art. 2 i 4 u.s.d.g.) przedmiotem poważnych kontrowersji w doktrynie. Zob. przykładowo: M. Pazdan, (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz* (red. K. Pietrzykowski), t. I, Warszawa 2008, s. 497 i n. oraz powoływana tam literatura. Z punktu widzenia niniejszego opracowania zagadnienie to nie ma jednak charakteru kluczowego i jest jedynie sygnalizowane.

<sup>25</sup> Metoda odmienna, polegająca na wywodzeniu pewnych skutków prawnych z treści pojęć doktrynalnych, w oderwaniu od treści obowiązujących norm prawnych, zbliża się niebezpiecznie do odrzucanej współcześnie tzw. jurysprudencji pojęciowej (niem. *Begriffjurisprudenz*).

<sup>26</sup> Zob. Uzasadnienie do projektu zmian Kodeksu cywilnego w zakresie przedstawicielstwa (prokury), „Przegląd Legislacyjny” 2000, nr 1, s. 166.



rialnym znaczeniu tego określenia)<sup>27</sup>. Ostatecznie w przedłożeniu rządowym<sup>28</sup> zmieniono proponowany pierwotnie sposób regulacji. Ustawodawca utrzymał – jako rozstrzygnięcie kierunkowe – koncepcję powiązania legitymacji czynnej do udzielenia prokury z kategorią przedsiębiorców „rejestrowych”, zastąpił jednak określenie „przedsiębiorca wpisany do rejestru przedsiębiorców” zwrotem „przedsiębiorca podlegający wpisowi do rejestru przedsiębiorców”. Trudno uznać, że zmiana ta nie ma (nie miała) charakteru merytorycznego, ale jedynie redakcyjny. W toku dyskusji nad projektem wskazywano bowiem, że niektóre jednostki organizacyjne mogą uzyskać zdolność prawną i sądową oraz kwalifikację przedsiębiorcy jeszcze przed wpisem do rejestru przedsiębiorców. Jakkolwiek wskutek zmian k.s.h. wprowadzonych ustawą z dnia 12 grudnia 2003 r. o zmianie ustawy – Kodeks spółek handlowych oraz niektórych innych ustaw<sup>29</sup> wskazana kategoria uległa zawężeniu<sup>30</sup>, okoliczność ta wydaje się zbyt wątplą podstawą dla reinterpretacji art. 109 § 1 k.c. w kierunku zbieżnym z pierwotnym przedłożeniem rządowym.

### ARGUMENTY PRZEMAWIAJĄCE PRZECIWKO DOPUSZCZALNOŚCI UDZIELENIA PROKURY PRZEZ SPÓŁKĘ KAPITAŁOWĄ W ORGANIZACJI I ICH OCENA

Już w nawiązaniu do dotychczasowych ustaleń można wskazać, że znaczna część argumentów używanych przez przeciwników dopuszczalności udzielenia prokury przez spółkę kapitałową w organizacji, odwołujących się do szczególnego statusu tej spółki, braku możliwości uzyskania przez nią statusu przedsiębiorcy czy też sposobu określenia legitymacji czynnej do udzielenia prokury, na gruncie *legis latae* uległa dezaktualizacji. Odrębnej analizy wymagają natomiast te kontrargumenty, które odnoszą się – w pewnym stopniu – do obowiązującego stanu prawnego, a nawiązują do specyfiki funkcjonowania spółki w tej formie ustrojowej (teza o wyłączności sposobów reprezentacji wymienionych w art. 161 i art. 323 k.s.h.) bądź do obowiązku ujawnienia prokury ze skutkiem wobec osób trzecich (teza o niespójności wynikającej z braku możliwości wykonania wynikającego z art. 109<sup>8</sup> § 1 k.c. obowiązku zgłoszenia spółki do rejestru).

Co do pierwszej z wymienionych kwestii wystarczy skonkludować, że wbrew wyra-

<sup>27</sup> Szczegółowe uzasadnienia tego rozwiązania przytoczane w piśmiennictwie różnią się jednak, niekiedy dość istotnie. Zob. przykładowo: L. Moskwa, *Nowe przepisy*, s. 29 oraz T. Siemiątkowski, *Instytucja prokury w projekcie Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego*, „Przeгляд Sądowy” 2002, nr 5, s. 104. Ten ostatni autor przywołuje przede wszystkim zamiar uzgodnienia treści projektowanej regulacji z treścią art. 7 ustawy z dnia 19 listopada 1999 r. – Prawo działalności gospodarczej (Dz.U. nr 101, poz. 1178 ze zm.), stanowiącym odpowiednik dzisiejszego art. 14 ust. 1 u.s.d.g.

<sup>28</sup> Zob. Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw (druk sejmowy IV kad. nr 666).

<sup>29</sup> Dz.U. nr 229, poz. 2276.

<sup>30</sup> Do dnia wejścia w życie przywoływanej nowelizacji k.s.h., tj. do 15 stycznia 2004 r., spółka jawna tworzona w trybie pierwotnym powstawała już z chwilą zawarcia umowy, a jej wpis do rejestru miał znaczenie deklaratywne. Zgodnie z dodanym na jej podstawie art. 25<sup>1</sup> § 1 k.s.h. wpis spółki jawnej do rejestru uzyskał znaczenie konstytutywne – w tym sensie, że dopiero z tą chwilą spółka powstaje „jako taka”, tj. jako jednostka organizacyjna wyposażona we własną zdolność prawną i sądową. Argument ten przywołują m.in. J. Szwaja i B. Mika, (w:) *System prawa handlowego*, t. 1 (red. S. Włodyka), s. 902.

żanym niekiedy poglądom, treść normatywna art. 161 § 2 i art. 323 § 2 k.s.h. nie sprowadza się do ustanowienia swego rodzaju *numerus clausus* sposobów reprezentacji spółki kapitałowej w organizacji<sup>31</sup>. Wręcz przeciwnie, przywołane przepisy podkreślają – w nawiązaniu do ogólnej dyrektywy z art. 11 § 3 k.s.h. – że podstawowym i typowym sposobem występowania spółki w organizacji na zewnątrz jest reprezentacja dokonywana przez zarząd, na zasadzie wyjątku zaś – i tylko do momentu skutecznego powołania tego organu – przez pełnomocnika ustanowionego jednomyślną uchwałą wspólników lub założycieli, bądź też przez wszystkich założycieli działających łącznie. Ustawodawca nie przesądza w nich natomiast tego, czy zarząd będzie wykonywał powierzone mu kompetencje bezpośrednio, czy też ustanowi w tym celu pełnomocników. Dopuszczalność udzielenia prokury przez zarząd spółki w organizacji jest zresztą w doktrynie dość często aprobowana<sup>32</sup>.

Poważniejszy walor i „ciężar gatunkowy” ma drugi z przytoczonych wyżej zarzutów. Niewątpliwie jednym z wyznaczników przyjętej przez polskiego ustawodawcę koncepcji legislacyjnej prokury jest powiązanie legitymacji czynnej do udzielenia prokury i obowiązku ujawnienia jej udzielenia w rejestrze publicznym korzystającym z przymiotów jawności formalnej i materialnej. Wagę tego argumentu osłabia jednak to, że – niezależnie od istnienia owego związku – wpis prokury do rejestru przedsiębiorców ewidentnie ma jedynie deklaracyjny charakter, „żywołot” prokury udzielonej przez spółkę w organizacji jest zaś – podobnie jak funkcjonowanie samej spółki w tej formie ustrojowej – ograniczony w czasie (zob. art. 169, art. 325 § 1 k.s.h.). Po tym terminie problem prokury w spółce w organizacji staje się nieaktualny – nie tylko dlatego, że *lege non distinguente* nie podlega już ona obowiązkowi wpisu do rejestru, ale również dlatego, że wchodzi w fazę likwidacji (zob. art. 284 w zw. z art. 170 § 2 oraz art. 470 w zw. z art. 326 § 2 k.s.h.). Z tego punktu widzenia konstrukcja „nieregistrowanej” (do czasu) prokury udzielonej przez spółkę w organizacji nie stanowi systemowej anomalii, ale rozwiązanie szczególne (i to jedynie do pewnego stopnia), dostosowane do specyfiki spółki – mocodawcy<sup>33</sup>.

### SPOSÓB UDZIELENIA PROKURY PRZEZ SPÓŁKĘ KAPITAŁOWĄ W ORGANIZACJI

Udzielenie prokury przez spółkę kapitałową w organizacji następuje na takich samych zasadach, jakie obowiązują w spółce zarejestrowanej. Czynność ta wymaga przede wszystkim zgody wszystkich członków zarządu (art. 208 § 6, art. 371 § 4 k.s.h.) oraz złożenia przez ten organ stosownego oświadczenia woli w formie pisemnej pod rygorem nieważności (art. 109<sup>2</sup> § 1 k.c.) i zgodnie z przyjętymi w danej spółce zasadami

<sup>31</sup> Odmienne: M. Litwińska-Werner, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, wyd. 3, Warszawa 2007, s. 414–415; R. Pabis, *Spółka z o.o. Komentarz*, wyd. 2, Warszawa 2003, s. 69; T. Raczek, *Reprezentacja spółki z o.o.*, Kraków 2002, s. 116.

<sup>32</sup> Zob. przykładowo: R. Potrzezecz, (w:) *Komentarz do kodeksu spółek handlowych. Spółka akcyjna i przepisy karne* (red. T. Siemiątkowski, R. Potrzezecz), t. I, Warszawa 2003, s. 260; S. Soltysiński, (w:) S. Soltysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, t. III, s. 189–190 (wszakże z wyłączeniem możliwości ustanawiania prokury).

<sup>33</sup> Trafne stanowisko przedstawia w tej mierze J. Grykiel, *Powstanie*, s. 16 i n.



reprezentacji (art. 205 § 1, art. 373 § 1 k.s.h.)<sup>34</sup>. Reprezentanci spółki powinni przy tym działać zgodnie z jednomyślnie podjętą uchwałą w sprawie ustanowienia prokury (powołania prokurenta)<sup>35</sup>. Trzeba natomiast odrzucić możliwość udzielenia prokury przez pełnomocnika ustanowionego jednomyślną uchwałą wspólników lub założycieli, który występuje w imieniu spółki w organizacji do czasu ustanowienia zarządu (art. 161 § 2 *in fine*, art. 323 § 2 *in fine* k.s.h.), bądź też przez samych wspólników lub założycieli działających łącznie (art. 323 § 2 *in principio* k.s.h.). Przemawiają przeciwko temu zarówno względy funkcjonalne, jak i dogmatyczne: regulację art. 161 § 2 czy art. 323 § 2 k.s.h. trudno bowiem uznać za *lex specialis* w stosunku do art. 208 § 6 i art. 371 § 4 k.s.h. Także szczególny tryb podejmowania decyzji w sprawie ustanowienia prokury i powołania prokurenta oraz ścisły związek między zakresem działania tego szczególnego pełnomocnika i zarządu spółki kapitałowej przemawiają za zarezerwowaniem tej kompetencji dla organu menedżerskiego na zasadzie wyłączności. Podobnie jak w sytuacji typowej, prokura udzielona na etapie organizacyjnym podlega obowiązkowi wpisu do rejestru przedsiębiorców, który ma wszak charakter obligatoryjny, ale deklaracyjny<sup>36</sup>. Z oczywistych względów wpis prokury do rejestru może nastąpić najwcześniej łącznie z wpisem samej spółki; wnioski w tych sprawach mogą zostać objęte jednym zgłoszeniem.

### **„NIEREJESTROWY” CHARAKTER PROKURY UDZIELONEJ PRZEZ SPÓŁKĘ KAPITAŁOWĄ W ORGANIZACJI A MOŻLIWOŚCI DZIAŁANIA PROKURENTA**

Odrębnym zagadnieniem jest ocena rzeczywistych możliwości działania prokurenta spółki kapitałowej w organizacji jeszcze na tym etapie, tj. przed wpisem samej spółki i udzielonej przez nią prokury do rejestru przedsiębiorców, a także analiza związanego z tym ryzyka, postrzeganego przede wszystkim z punktu widzenia osób trzecich. Jak się

<sup>34</sup> Na marginesie rozważań pozostawiam ocenę sensowności rozróżniania „udzielenia prokury” i „ustanowienia prokury”, względnie „powołania prokurenta” oraz konsekwencji ustawodawcy w tej mierze (zob. art. 109<sup>1</sup>, 109<sup>2</sup> i 109<sup>6</sup> k.c. oraz art. 41, 205, 208, 371 i 373 k.s.h.). Zob. w tej kwestii: A. Szajkowski, *Prawo spółek handlowych*, wyd. 2, Warszawa 1998, s. 141–142; J. Szwaja, *Ustanowienie*, s. 6 i n. Podobnie co do niespecyficznego dla badanego problemu zagadnienia, czy oświadczenie woli o umocowaniu powinno jedynie dotrzeć do prokurenta, czy też wymaga ono przyjęcia przez tego ostatniego. Zob. zamiast wielu J. Grykiel, *Powstanie*, s. 357 i n. oraz cyt. tam literatura.

<sup>35</sup> Zob. J. Szwaja, I. Mika, (w:) *System prawa handlowego*, t. 1 (red. S. Włodyka), s. 905; A. Szajkowski, A. Szumański, (w:) S. Sołtysiński, A. Szajkowski, S. Szumański, J. Szwaja, *Kodeks spółek handlowych*, t. III, s. 493 i n.

<sup>36</sup> Powyższa charakterystyka jest jednomyślnie przyjmowana zarówno w judykaturze, jak i w doktrynie prawa. Zob. przykładowo: wyrok Sądu Najwyższego z 20 października 2005 r., sygn. akt II CK 120/05, „Monitor Prawniczy” 2005, nr 22, s. 1095; wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 10 listopada 2009 r., sygn. akt I FSK 1186/08 (niepublikowany), w którym stwierdzono m.in.: „Co prawda udzielenie i wygaśnięcie prokury przedsiębiorca powinien zgłosić do rejestru przedsiębiorców, jednak prokura trwa od momentu jej udzielenia, a nie dopiero od chwili wpisu do rejestru. Sam wpis prokury do KRS nie stanowi zatem o jej bycie, ma on bowiem charakter jedynie deklaracyjny”. W piśmiennictwie zob. przykładowo: J. Minkus, *Udzielenie i odwołanie prokury w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością*, „Prawo Spółek” 1998, nr 9, s. 12; T. Siemiątkowski, *Prokura*, s. 54, a pod rządem przepisów k.c. i k.s.h.: M. Pazdan, (w:) *System prawa prywatnego*, t. 2, *Prawo cywilne – część ogólna* (red. Z. Radwański), wyd. 2, Warszawa 2008, s. 544; J. Szwaja, I. Mika, (w:) *System prawa handlowego*, t. 1 (red. S. Włodyka), s. 913.

wyduje, w praktyce sytuacja taka nie będzie występować zbyt często. **Udzielenie prokury przez spółkę w organizacji nastąpi zazwyczaj wyłącznie po to, aby objąć wnioski o wpis spółki i prokury do rejestru przedsiębiorców jednym zgłoszeniem** i uniknąć w ten sposób dodatkowych kosztów i komplikacji. Dla pełnej jasności wypada zresztą podkreślić, że akceptacja tezy o dopuszczalności udzielenia prokury przez spółkę kapitałową w organizacji jest jedynym sposobem, aby ten pragmatycznie uzasadniony rezultat osiągnąć. Instrumentem zapobiegającym zbyt lekkomyślnemu działaniu pełnomocnika jest ponadto rygorystyczny reżim odpowiedzialności za skutki czynności podejmowanych w imieniu spółki w organizacji; kwalifikacja prokurenta jako „osoby działającej” w rozumieniu art. 13 § 1 k.s.h. nie powinna zaś budzić wątpliwości.

Wbrew wyrażanym niekiedy opiniom aktywne wykonywanie przez prokurenta kompetencji do działania w imieniu mocodawcy jest jednak, także w tym okresie, teoretycznie i praktycznie możliwe – właśnie z uwagi na przyjmowaną powszechnie ocenę skuteczności udzielenia prokury i deklaracyjny charakter jej wpisu do rejestru. **Prokurent spółki kapitałowej w organizacji** – podobnie jak nieujawniony jeszcze w rejestrze przedsiębiorców prokurent spółki zarejestrowanej („właściwej”) – **może występować w imieniu mocodawcy, legitymując się pisemnym dokumentem obejmującym oświadczenie o udzieleniu prokury**. W tym kierunku wypowiedział się Naczelny Sąd Administracyjny w przywoływanym wyżej wyroku z 10 listopada 2009 r. (sygn. akt I FSK 1186/08). Odmienne stanowisko, sformułowane na użytek postępowania cywilnego w cytowanym już także wyroku Sądu Najwyższego z 20 października 2005 r. (sygn. akt II CK 120/05), wydaje się wewnętrznie niespójne i nie zasługuje na poparcie<sup>37</sup>.

Prokurent działający w takich warunkach musi, rzecz jasna, liczyć się z **pewną nieufnością kontrahentów i dodatkowymi problemami związanymi z wykazaniem swego umocowania**. Jest to zrozumiałe i, przynajmniej do pewnego stopnia, nieuniknione. Przyjęcie dominującego w piśmiennictwie „materialnego” rozumienia terminu „przedsiębiorca” na tle art. 109<sup>1</sup> § 1 k.c. może oznaczać m.in. konieczność wykazania (lub uprawdopodobnienia), że spółce występującej jako mocodawca rzeczywiście przysługuje taki status, co zasadniczo można uczynić wszelkimi stojącymi w dyspozycji strony dowodami. Po wpisie prokury do rejestru sytuacja dowodowa prokurenta w tym zakresie ulega istotnej zmianie. „Dzięki wpisowi do rejestru przedsiębiorców, osoby trzecie mogą bowiem uzyskać informacje o tym, kto jest prokurentem danej spółki”<sup>38</sup>. Co więcej, ustawa wyłącza możliwość powoływania się na nieusprawiedliwioną niewiedzę co do informacji (danych) ujawnionych w rejestrze (art. 15 ust. 1 i art. 16 u. KRS), chroniąc równocześnie osoby trzecie przed zarzutem nieprawdziwości zarejestrowanych danych (art. 17 ust. 1 u. KRS). Po pierwsze, w kontekście przywoływanych wyżej wypowiedzi orzecznictwa trzeba jednak podkreślić, że sygnalizowana zmiana jest skutkiem obowiązywania domniemań związanych z wpisem w rejestrze; panaceum na problemy

<sup>37</sup> W wyroku tym Sąd Najwyższy nie zakwestionował ogólnej zasady, zgodnie z którą wpis prokury do rejestru przedsiębiorców ma jedynie charakter deklaracyjny. Równocześnie stwierdził jednak, że: „Prokurent, który chce reprezentować swojego mocodawcę w postępowaniu sądowym, musi przedłożyć dokument zawierający potwierdzenie jego statusu prokurenta. Aktualnie jedynym tego rodzaju dokumentem jest wyciąg z Krajowego Rejestru Sądowego”.

<sup>38</sup> Zob. przywoływany wyżej wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 10 listopada 2009 r. (sygn. akt IFSK 1186/08).

związane z wykazywaniem przez prokurenta legitymacji do działania wobec osób trzecich nie jest natomiast (bądź tylko w niewielkim stopniu) możliwość posłużenia się odpisem lub wyciągiem z rejestru wydanym przez Centralną Informację Krajowego Rejestru Sądowego<sup>39</sup>. Po drugie, wskazane różnice odnoszą się do sfery pojęciowo odrębnej od zagadnienia legitymacji czynnej. Mogą one uzasadniać krytyczne oceny i postulaty *de lege ferenda* lub stanowić podstawę zaleceń unikania nasilania się tego typu praktyki<sup>40</sup>, nie uchylają jednak trafności wniosków sformułowanych na płaszczyźnie dogmatycznej.

## PODSUMOWANIE

Reasumując, na postawione na wstępie pytanie trzeba odpowiedzieć twierdząco. Co więcej, na gruncie *legis latae* teza o dopuszczalności udzielenia prokury przez spółkę kapitałową w organizacji wydaje się relatywnie bezsporna. Za wnioskiem takim przemawia zarówno jednoznaczna w tym kontekście treść art. 109<sup>1</sup> § 1 k.c., jak i brzmienie art. 11 § 1, art. 161 i 323 k.s.h. w zw. z art. 33<sup>1</sup> § 1 k.c. Na marginesie warto zauważyć, że skutkiem zmian normatywnych, jakie nastąpiły w okresie 2001–2004 (zarówno w przepisach k.c. i k.s.h., jak i w regulacji u.s.d.g.), jest dezaktualizacja większości argumentów przywoływanych poprzednio przez krytyków takiego rozwiązania, co oczywiście nie powinno pozostawać bez wpływu na ocenę aktualności wyrażanych na tym tle zapatorywań.

---

<sup>39</sup> Także w sytuacji typowej (tj. wówczas gdy zarówno mocodawca, jak i prokurent są lub byli wpisani do rejestru) osoba trzecia może zawrzeć umowę z prokurentem legitymującym się odpisem lub wyciągiem z rejestru przedsiębiorców, nie konfrontując stanu umocowania z treścią rejestru, podczas gdy *post factum* okaże się, że umocowanie osoby wygasło przed datą dokonania czynności. Jeżeli okoliczność ta została odnotowana w rejestrze we właściwym czasie, chroniony będzie stan wiedzy mający oparcie w treści rejestru, a nie stan zaufania związany z dokumentem wystawionym przez Centralną Informację.

<sup>40</sup> Z rezerwą do aktualnej redakcji art. 109<sup>1</sup> § 1 k.c. odnosi się m.in. M. Pazdan, (w:) *System Prawa Prywatnego*, t. 2 (red. Z. Radwański), s. 536–537.

## Summary

*Andrzej Herbet*

### ON THE ADMISSIBILITY OF GRANTING OF COMMERCIAL PROXY BY A COMPANY IN FORMATION

The problem of admissibility of granting of commercial proxy by the company in formation is the subject of divergent assessments in the doctrine. There is also a lack of clear jurisdiction's opinions. In older literature dominates the statement, which rejects this possibility. However, according to the author, for an affirmative answer to this question speaks content of provisions of art. 109<sup>1</sup> § 1 Civil Code and art. 11 § 1, art. 161 i 323 Commercial Companies Code. The decisive arguments are: legal subjectivity of companies in formation and the character of proxy's entry in the register of entrepreneurs. It is also

worth noticing that one of effects of legislative changes, which took place in 2001–2004 (both in CC and CCC), is an obsolescence of the majority of arguments previously recalled by the critics of this solution.

KEY WORDS: company in formation, commercial proxy, representation, entrepreneur, register of entrepreneurs, National court Register

POJĘCIA KLUCZOWE: spółka kapitałowa w organizacji, prokura, reprezentacja, przedsiębiorca, rejestr przedsiębiorców, Krajowy Rejestr Sądowy