

ANNA KORONKIEWICZ

Uniwersytet Wrocławski

O podmiotowości cywilnoprawnej spółki cichej uwag kilka

I. Wprowadzenie

Opracowanie niniejsze powinno sprowadzać się do rozważań o charakterze *de lege ferenda*, co ma swe uzasadnienie po pierwsze, w braku *de lege lata* takiej formy prawnej w prawie polskim, jaką jest spółka cicha¹, po drugie, w braku *de facto* podmiotowości prawnej istniejącej na gruncie przepisów Kodeksu handlowego z 1934 r.² spółki cichej. Jednak zanim wysunięte zostaną postulaty *de lege ferenda*, należałoby sięgnąć do źródeł spółki cichej, a następnie przedstawić jej sytuację obecną, albowiem brak prawnej regulacji nie oznacza jej faktycznego niebytu, jeśli tylko respektowana jest zasada swobody umów³. Charakter prawny owej figury normatywnej od zawsze budził wątpliwości, do czego przyczyniała się i jej nazwa sugerująca, że mamy do czynienia, jeśli nie z podmiotem na wzór

¹ Na temat genezy spółki cichej zob. S. Machalski, *Spółka cicha*, PPH 1993, nr 7–8, s. 32; M. Pałtynowicz, *Spółka cicha wczoraj i dziś*, P. Spółek 1997, nr 2, s. 22; A. Redzik, *Spółka cicha – kilka uwag na tle porównawczym*, Palestra 2006, nr 5–6, s. 137–140.

² Dalej: k.h. (Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z 27 czerwca 1934 r., Dz.U. Nr 57, poz. 502 ze zm.). Spółka cicha uregulowana była w ks. II. Zobowiązania, Dz. III. Czynności handlowe, art. 682–695, które to przepisy zostały uchylone przez art. VI przepisów wprowadzających kodeks cywilny (dalej: k.c.) – ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r., Dz.U. Nr 16, poz. 94 – i do dziś nie doczekały się ponownej regulacji.

³ Tak też dominujące stanowisko doktryny. Szeroko na temat zasady swobody umów: P. Machnikowski, *Swoboda umów według art. 353¹ k.c., Konstrukcja prawna*, C.H. Beck, Warszawa 2005, zob. s. 165 i n., zwłaszcza rozważania dotyczące relacji przepisu art. 353¹ do 58 k.c. (s. 361–373); R. Trzaskowski, *Swoboda umów w orzecznictwie sądowym*, cz. I, Przegląd Sądowy 2002, nr 3, s. 63–87, oraz cz. II, nr 6, s. 96 i n.

spółek handlowych⁴ – osobą prawną bądź ustawową⁵, to z jednostką organizacyjną niewyposażoną ani w osobowość prawną, ani w zdolność prawną, a jednak tworzącą pewną strukturę, jaką jest choćby spółka cywilna. Uwidaczniało się to zwłaszcza w stosunku do nietypowej spółki cichej⁶, a więc odbiegającej od modelu klasycznego, jaki przewidywał k.h. Wątpliwości nie ustały, a nawet spiętrzyły się po uchynieniu przepisów k.h. dotyczących tej intrygującej doktryny instytucji. I chyba „źle” się stało, bowiem taka deregulacja oznaczała jednocześnie spadek zainteresowania judykatury spółką cichą, tym bardziej że dotychczasowy dorobek orzecznictwa w tym zakresie nie był bynajmniej imponujący⁷. Wydawać by się mogło – i teoretycznie chyba tak powinno być – że spółka cicha na zawsze „ucichnie” na polskiej scenie prawnogospodarczej. Praktyka jednak wymusiła nie tylko dalszą jej egzystencję, ale nawet rozkwit, co jest związane

⁴ Posługuję się tym terminem umownie wobec spółek uregulowanych w ustawie z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych (Dz.U. Nr 94, poz. 1037 ze zm., dalej: k.s.h.) w „opozycji” do spółki uregulowanej w k.c., zdając sobie sprawę, że *de facto* wszystkie spółki należą do prawa cywilnego, skoro prawo handlowe jest jego wyspecjalizowaną gałęzią. Szerzej: A.W. Wiśniewski, *Prawo o spółkach, podręcznik praktyczny*, t. 1: *Wiadomości ogólne, Spółka cywilna*, wyd. 2, Twigger SA, Warszawa 1998, s. 60.

⁵ Termin ten zaproponował dla jednostek organizacyjnych nieposiadających osobowości prawnej, ale wyposażonych w zdolność prawną (art. 33¹ k.c.) J. Frąckowiak, *Instytucje prawa handlowego w kodeksie cywilnym*, Rejent 2003, nr 6, s. 29, i tym terminem posługuje się w niniejszych rozważaniach. Proponowano również nazwę „podmiot ustawowy” – A. Kidyba, *Niektóre skutki dla obrotu handlowego wprowadzenia trzeciej kategorii podmiotowej*, PPH 2004, nr 12, s. 12, czy „niepełna osoba prawna”, Z. Radwański (red.), *Komisja Kodyfikacyjna Prawa Cywilnego działająca przy Ministrze Sprawiedliwości, Zielona Księga. Optymalna wizja Kodeksu cywilnego w Rzeczypospolitej Polskiej*, Ministerstwo Sprawiedliwości, Warszawa 2006, s. 46. Najpowszechniej przyjętą w doktrynie nazwą jest „ułonna osoba prawna” zaproponowana przez A. Woltera, zob. A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej*, Warszawa 2001, s. 230. Adekwatność tych terminów rozważa K.J. Matuszyk, *Zagadnienie ułomnych osób prawnych w świetle art. 33¹ k.c.*, [w:] M. Warciński, K. Zaradkiewicz (red.), *Wybrane zagadnienia prawa cywilnego*, C.H. Beck, Warszawa 2006, s. 218 i n., podkreślając, że najlepiej pozostać przy nazwie „ułonne osoby prawne”, co szeroko uzasadnia.

⁶ Szeroko o niej: A. Jędrzejewska, *Z problematyki nietypowej spółki cichej*, PPH 1995, nr 3, s. 1–5.

⁷ Dotychczas ukazało się niewiele orzeczeń dotyczących spółki cichej, w tym większość NSA dotyczy rozgraniczenia tej umowy od innych instytucji prawnych dla celów podatkowych – por. w. NSA w Warszawie z dnia 5 czerwca 1996 r., III SA 594/95, M. Podatkowy 1997, nr 1, poz. 17; w. NSA w Gdańsku z dnia 7 lutego 1997 r., I SA/Gd 916/96, Lex Polonica nr 340084; w. NSA w Katowicach z dnia 8 czerwca 1998 r., ISA/Ka 1855/96, M. Podatkowy 1999, nr 4, poz. 3 – szerzej: A. Koronkiewicz, *Spółka cicha w praktyce*, Prawo Spółek 2007, nr 7–8, s. 57–60. SN poruszył problematykę spółki cichej, zajmując się kwestią rozliczeń wspólników po ustaniu spółki wewnętrznej – postanowienie SN z dnia 24 października 2003 r., III CzP 67/03, OSNC 2004, nr 12, poz. 199. Zob. też J. Jacyszyn, *Spółki cywilne i handlowe w orzecznictwie Sądu Najwyższego i Naczelnego Sądu Administracyjnego*, Wrocław 1992, s. 30 i n. Dotychczasową polską literaturę dotyczącą spółki cichej przytacza częściowo A. Koronkiewicz, *Reaktywacja prawna spółki cichej*, Radca Prawny 2007, nr 3, s. 48, przypis 5. Na temat spółki cichej też: G. Jędrejek, *Spółka cicha*, Wolters Kluwer Polska – ABC, Warszawa 2008; A. Koronkiewicz, [w:] J. Jacyszyn (red.), *Spółka handlowa w pytaniach i odpowiedziach*, LexisNexis, Warszawa 2008, s. 87–93, 453.

przede wszystkim z zaletami⁸ tej formy prowadzenia działalności gospodarczej, choć tak naprawdę, z powodu „tajności” całego przedsięwzięcia, rzeczywistej popularności spółki cichej zbadać nie można⁹. Warto natomiast spojrzeć raz jeszcze na jej charakter prawny w kontekście podmiotowości cywilnoprawnej, tym bardziej że mimo iż już pobieżna analiza przepisów jej poświęconych prowadziła do wniosku o braku jakiejkolwiek podmiotowości, to jednak wnikliwsze zbadanie owej instytucji wskazywało, że ma ona pewne cechy charakterystyczne spółek i tym samym za klasyczny stosunek zobowiązaniowy uznana być nie mogła. Rozważania takie zasługują tym bardziej na uwagę, że coraz liczniejsze są głosy doktryny za przywróceniem spółki cichej ustawodawstwu polskiemu¹⁰, co nie powinno chyba oznaczać automatycznej recepcji tej figury z k.h. Warto więc odświeżyć nieobowiązującą już regulację, by móc postawić postulaty *de lege ferenda* i zaproponować być może nowy, bardziej adekwatny w obecnej prawnogospodarczej rzeczywistości kształt dla tej spółki niebędącej *de facto* spółką. Czym był więc ów twór i czym być mógłby – czy powinien *de lege ferenda*? Czy warto uczynić z niej podmiot prawa i – co ważniejsze – czy jest to możliwe bez zatracenia istoty spółki cichej? Odpowiedź na te pytania wymaga, poza przedstawieniem charakteru prawnego spółki cichej, przypomnienia choćby w zarysie takich instytucji jak podmiotowość cywilnoprawna, ale również sięgnięcie do konstrukcji spółki cywilnej, która podmiotem prawa nie jest¹¹, jednak jej charakter prawny wywoływał

⁸ Szeroko: A. Koronkiewicz, *Reaktywacja...*, s. 51–56.

⁹ K. Załucki, *Spółka cicha w wybranych europejskich systemach prawnych i w prawie polskim*, Rejent 2005, nr 2, s. 208–209.

¹⁰ Ostatnio: G. Jędrejek, *op. cit.*, s. 12, 36–38; A. Koronkiewicz, *Spółka cicha w praktyce...*, s. 61–62; tejsze, *Spółka cicha na tle prawa i doktryny*, PPH 2007, nr 5, s. 39, 41 i 43; tejsze, *Reaktywacja...*, s. 59–60; tejsze, *O spółce cichej wcale nie tak cicho*, Edukacja Prawnicza 2007, nr 3, s. 32 i 37; tejsze, *Spółka cicha jako mowa sui generis*, Rejent 2007, nr 1, s. 144; K. Załucki, *op. cit.*, s. 222–223. Zob. też np. D. Fuchs, *Spółka cicha – wyłączenie wspólnika w świetle obowiązujących przepisów*, Monitor Prawniczy 1997, nr 6, s. 228; T. Iwanek, *Spółki prawa cywilnego i handlowego*, wyd. 2, Jaktorów 2000, s. 76 i n.; J. Jacyszyn, *Czy wróci spółka cicha?*, Gazeta Prawna 1999, nr 19, s. 31; J. Jacyszyn, *Spółka cicha jako forma prowadzenia działalności gospodarczej w Polsce*, Rejent 1994, nr 7–8, s. 115–117; W. Jaślan, *Spółki ciche*, Fiskus 1993, nr 2 s. 14–15; A. Jędrzejewska, „Cywilna” spółka o charakterze wewnętrznym a „handlowa” spółka cicha, PPH 1995, nr 5, s. 19; tejsze, *Spółka cicha na tle innych podobnych form kapitałowego współdziałania osób*, PPH 1995, nr 4, s. 14; A. Jakubecki, A. Kidyba, J. Mojak, R. Skubisz, *Prawo spółek. Zarys*, wyd. 2, Warszawa 1999, s. 88; R. Kołodziejcki, *Spółka cicha – uwagi ogólne*, PPH 1998, nr 9, s. 53; R. Łyczywek, *O restytucję spółki cichej*, Palestra 1992, nr 11–12, s. 73–74; W. Małachowski, *Spółka cicha w polskim systemie prawno-ekonomicznym*, PO1993, nr 8, s. 15; A.W. Wiśniewski, *op. cit.*, s. 125; K. Żurek, *Spółka cicha, Charakter prawny, forma i zalety, wzory pism*, Zakamycze 1999, s. 106–108. W konsekwencji także: J. Frąckowiak, *Ustawodawstwo dotyczące przedsiębiorców pod rządami zasady jedności prawa cywilnego*, PPH 2000, nr 11, s. 5. Przeciwni prawnej regulacji spółki cichej są m.in. A. Redzik, *op. cit.*, s. 148; J. Wiszniewski, *Problemy legislacyjne spółek handlowych*, PUG 1988, s. 148.

¹¹ Warto zaznaczyć, że wpływ na obowiązującą regulację polskiej spółki cywilnej miał, poza regulacją niemiecką, odrzucony ostatecznie projekt konkurencyjny tej instytucji w Kodeksie zobowiązań – dalej: k.z. (autorstwa członka Komisji Kodyfikacyjnej H. Konica), który zakładała osobowość prawną spółki cywilnej; M. Podleś, *Charakter prawny spółki cywilnej w świetle prawa pol-*

i nadal wywołuje wątpliwości, prowadząc w pewnym okresie do gospodarczego „upodmiotowienia” tej struktury¹², a spółka cicha była i nadal jest – o czym najdobitniej świadczy orzecznictwo podatkowe – właśnie ze spółką cywilną najczęściej utożsamiana¹³. Zwieńczeniem tego będzie konfrontacja owych rozwiązań z konstrukcją spółki cichej. Ze względu na ramy opracowania naszkicowany zostanie jedynie charakter niniejszych rozważań, które – zważywszy na bogactwo źródeł¹⁴ i zagadnień wartychy uwagi – powinny doczekać się obszerniejszej analizy.

II. Podmiotowość cywilnoprawna

O podmiotowości cywilnoprawnej¹⁵ pisano wiele. Kwestie niegdyś szeroko dyskutowane, jak fundamentalny problem rodzajów – liczby podmiotów prawa

skiego na tle statusu spółki cywilnej w prawie niemieckim, [w:] *Kodeks spółek handlowych po pięciu latach*, Wrocław 2006, s. 397, powołując się na L. Domańskiego (*Institucje kodeksu zobowiązań. Część szczególna*, Warszawa 1938, s. 552). Zob. też: L. Górnicki, *Prawo cywilne w pracach komisji kodyfikacyjnej Rzeczypospolitej Polskiej w latach 1919–1939*, Wrocław 2000, s. 401. Ostateczny zaś kształt spółki cywilnej w k.c. jest połączeniem rozwiązania niemieckiego i rozwiązania z k.z. – S. Grzybowski, *Nowe oraz istotnie zreformowane w kodeksie cywilnym rodzaje umów*, NP 1965, nr 1, s. 15. Porównanie spółki cywilnej w Niemczech i w Polsce – zwłaszcza M. Podleś, *op. cit.*, s. 396 i n.; tenże, *Charakter prawny spółki cywilnej na tle prawa polskiego i niemieckiego*, Rozprawa doktorska napisana pod kierunkiem prof. dr. hab. J. Frąckowiaka, Wrocław 2006, s. 225 – 259.

¹² Co wiązało się z uznaniem jej za podmiot gospodarczy (przedsiębiorcę) na tle ustawy z dnia 23 grudnia 1988 r. o działalności gospodarczej, Dz.U. Nr 41, poz. 324. W związku z wejściem w życie 1 stycznia 2001 r. ustawy z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym, Dz.U. Nr 121, poz. 769 ze zm. i ustawy z dnia 19 listopada 1999 r. Prawo działalności gospodarczej, Dz.U. Nr 101, poz. 1178, nastąpiło odejście od uznania spółki cywilnej za przedsiębiorcę i tak też jest obecnie – por. art. 4 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej, Dz.U. Nr 173, poz. 1807 ze zm. Szeroko: M. Podleś, *Wątpliwości związane z występowaniem spółki cywilnej w obrocie gospodarczym oraz zagadnienie jej charakteru prawnego na tle najnowszych zmian w prawodawstwie*, Przegląd Prawa i Administracji LXIV, Wrocław 2004, s. 145 i n.

¹³ Zob. w NSA w Gdańsku z dnia 7 lutego 1997 r., I SA/Gd 916/96, Lex Polonica nr 340084; w NSA w Katowicach z dnia 8 czerwca 1998 r., ISA/Ka 1855/96, M. Podatkowy 1999, nr 4, poz. 3. Odnośnie do porównania spółki cichej ze spółką cywilną w doktrynie – zob. np.: S. Grzybowski, [w:] S. Grzybowski (red.), *System prawa cywilnego*, t. III, cz. 2: *Prawo zobowiązań, część szczegółowa*, Ossolineum, Wrocław 1976, s. 889; A. Koch, *Spółka cicha w świetle przepisów Kodeksu Cywilnego*, PPH 1995, nr 7, s. 3–7; A. Koronkiewicz, *O spółce...*, s. 35; A.W. Wiśniewski, *op. cit.*, s. 122 i n.; K. Żurek, *op. cit.*, s. 73–93. O traktowaniu spółki cichej jako podtypu spółki cywilnej czy porównaniu z wewnętrzną spółką cywilną zob. np.: D. Fuchs, *op. cit.*, s. 226–227, oraz rozdz. III pkt 3 niniejszej pracy.

¹⁴ I to zarówno dotyczących spółki cichej – jeśli wziąć pod uwagę bogaty dorobek doktryny niemieckiej (a polska regulacja była wzorowana na niemieckiej), jak i przede wszystkim samej podmiotowości cywilnoprawnej. Zob. też przypis 7.

¹⁵ Zob. np. A. Stelmachowski, *Zarys teorii prawa cywilnego*, Warszawa 1998, s. 149–169 – zwłaszcza szeroko przedstawiona geneza podmiotowości w prawie cywilnym. Por. J. Kosik, *Zdolność państwowych osób prawnych w zakresie prawa cywilnego*, Wrocław 1963, s. 19 i n.; A. Stelmachowski, *Czy kryzys osoby prawnej?*, RPEiS 1968, nr 3–4, s. 202 i n.

cywilnego¹⁶, są *de lege lata* zasadniczo rozstrzygnięte, aczkolwiek w „zderzeniu” z regulacją całego porządku cywilnoprawnego wciąż nie pozbawione kontrowersji i wątpliwości¹⁷. Mimo bowiem czytelnej regulacji ustawodawcy i raczej powszechnej aprobaty doktryny i judykatury dotyczącej istnienia trzech rodzajów podmiotów prawa cywilnego – osób fizycznych, osób prawnych i kontrowersyjnych od początku egzystencji ułomnych osób prawnych¹⁸ – nadal nie do końca jasne są relacje między dwoma ostatnimi, przywracając częstokroć pytanie o granice osobowości prawnej¹⁹, mimo że ta jest kategorią normatywną²⁰. Skoro bowiem zdolność prawna jest podstawowym wyznacznikiem osób prawnych i owej trzeciej kategorii osób nobilitujących je do grona podmiotów prawa, to gdzie tkwi różnica między tymi podmiotami, abstrahując oczywiście od normatywnego charakteru osobowości prawnej²¹. Czy tylko nazwanie przez ustawodawcę danego podmiotu osobą prawną powinno decydować o uzyskaniu takiego statusu²²? „Teoria normatywna” osób prawnych, a na niej właśnie opiera się prawo pol-

¹⁶ Przed wprowadzeniem przepisu art. 33¹ k.c. (ustawą z dnia 14 lutego 2003 r., Dz.U. Nr 49, poz. 408) zob. m.in. S. Grzybowski, *Kilka uwag o rzekomych podmiotach stosunków cywilnoprawnych*, S.C. 1976, t. XXVII, s. 11 i n.; L. Moskwa, „Ułomne osoby prawne” – czy koniec zadawnionego sporu?, PUG 2002, nr 11, s. 19–23; E. Rzepka, *Z problematyki osobowości prawnej*, NP 1978, nr 7–8, s. 1127–1128; S. Szer, *Państwowe osoby prawne*, PiP 1964, nr 12, s. 846, tenże, *Z problematyki osób prawnych na tle kodeksu cywilnego*, PUG 1968 Nr 6, s. 195–196. Por. np. H. Mądrzak, *Zdolność prawna a zdolność sądowa (uwagi wokół upodmiotowienia niektórych struktur organizacyjnych w prawie cywilnym i procesowym)*, [w:] R. Szytk (red.), *II Kongres Notariuszy Rzeczypospolitej Polskiej. Referaty i opracowania*, Poznań–Kluczbork 1999, s. 175 i n.; Z. Radwański, *Podmioty prawa cywilnego w świetle zmian kodeksu cywilnego przeprowadzonych ustawą z dnia 14 lutego 2003 r.*, Przegląd Sądowy 2003, nr 7–8, s. 3–12. Zob. też przypis 5 oraz podsumowanie poglądów doktryny na temat podmiotów prawa cywilnego – P. Kaczmarek, *Zdolność sądowa jako problem teorii prawa*, Zakamycze 2006, s. 16–17. Struktury organizacyjne nienależące – ze względu na brak zdolności prawnej – do żadnej z kategorii podmiotów cywilnoprawnych, ale posiadające pewne ich przymioty (jak zdolność sądowa), P. Kaczmarek (*op. cit.*, s. 17) nazywa „upodmiotowionymi (personifikowanymi) strukturami organizacyjnymi”.

¹⁷ Chodzi zwłaszcza o problem relacji art. 33¹ k.c. do art. 1 k.c. i podnoszonych w związku z tym postulatów dostosowania tego drugiego do nowej rzeczywistości prawnej, jaką zapoczątkowało wprowadzenie trzeciej kategorii podmiotów.

¹⁸ W znaczeniu jednostek organizacyjnych nieposiadających osobowości prawnej, ale wyposażonych w zdolność prawną (art. 33¹ k.c.), których obszernej analizie, począwszy od genezy, dokonał zwłaszcza K.J. Matuszyk, *op. cit.*, s. 203–253.

¹⁹ Co sprowadza się w istocie do sporu o pojęcie podmiotowości. Zob. np. W. Wąsowicz, *Powstawanie osoby prawnej. Praktyka uzyskiwania osobowości prawnej*, Warszawa 2002, s. 30 i n., i przytoczona przez niego literatura.

²⁰ Por. art. 33 i 37 k.c. Walory tegoż – zob. Z. Radwański (red.), *Komisja Kodyfikacyjna...*, s. 44 i n.

²¹ Której tym samym nie można domniemywać.

²² Kryteria, które powinien wziąć pod uwagę ustawodawca, wskazuje m.in. K.J. Matuszyk, *op. cit.*, s. 208. Zob. też cechy charakterystyczne osoby prawnej – S. Szer, *Prawo cywilne, część ogólna*, Warszawa 1967, s. 196–197. Por.: A. Klein, *Osobowość prawna – zmiany i kierunki ewolucji*, [w:] *Problemy współczesnego prawa cywilnego*, Warszawa 1982, s. 63 i n.

skie²³, określa wyraźnie, że tak. Czasem jednak konkretny podmiot wykazuje tak zaawansowany stopień zorganizowania, że tylko ów „szczegół” w postaci braku osobowości prawnej nadanej przez ustawodawcę różni go od osób prawnych. W tym momencie pojawia się pytanie, czy aby teoria normatywna, mimo niewątpliwych jej zalet, jest wystarczająca, czy spełnia należycie swe zadanie? Jako przeciwwagę wspomnieć można teorię osobowości sformułowaną przez Alfreda Kleina²⁴, która mimo że w konsekwencji nie zyskała poparcia, to jednak nierzadko kusi trafnymi uwagami. Z kolei te same wątpliwości podnieść można w przypadku granicy – *in concreto* – pomiędzy osobą ustawową a jednostką, strukturą „quasi-podmiotem” niezaliczanym do trzeciej kategorii podmiotów prawa cywilnego, pomijając oczywistą uwagę, że jednostki te nie mają zdolności prawnej. Częstokroć bowiem spełniają one wiele wymogów przewidzianych dla bycia podmiotem prawa cywilnego, a jednak – właśnie ze względu na brak wyraźnej „aprobaty” ustawodawcy w postaci przyznania im zdolności prawnej – za podmiot taki uznane być nie mogą. Jest o tyle istotne, że ma nie tylko wymiar teoretyczny, lecz przede wszystkim praktyczny, co widoczne jest zwłaszcza na tle kontrowersji wokół charakteru prawnego spółki cywilnej²⁵, a wcześniej – handlowych spółek

²³ Można wyprowadzić ją z brzmienia przepisu art. 33 k.c. Zob. np.: S. Grzybowski, *Kilka uwag...*, s. 4. Inne teorie wraz z rysem historycznym rozwoju osoby prawnej szeroko przedstawia m.in. K.A. Dadańska, *Działanie osoby prawnej*, C.H. Beck, Warszawa 2006, s. 1–24. Z punktu widzenia teorii prawa por. J. Wróblewski, *Teorie osób prawnych – zarys podejścia semiotycznego*, [w:] *Studia z prawa cywilnego*, Warszawa–Łódź 1983, s. 69–81.

²⁴ A. Klein, *Ewolucja instytucji osobowości prawnej*, [w:] E. Łętowska (red.), *Tendencje rozwoju prawa cywilnego*, Ossolineum 1983, s. 108 i n., 124, 154 i n. Według niego przymiotu osobowości prawnej nie należy uzależniać od nazwania danego podmiotu osobą prawną, ale chodzi o to, aby przepisy prawne mu taki przymiot przydawały. Następuje to zawsze wtedy, gdy przepisy określają konstrukcję danego rodzaju osób prawnych, a z całokształtu uregulowania w k.c. prawnego stosunku spółki cywilnej wynika, że k.c. przyznaje jej status osoby prawnej. W konsekwencji w odniesieniu do stosunku zobowiązaniowego rozumie on osobę prawną jako każdy podmiot, który „nie jest” osobą fizyczną, a więc także i te, które nie mają wyraźnie nadanej osobowości prawnej – E. Klein, *Elementy zobowiązaniowego stosunku prawnego*, Wrocław 2005, s. 33 w związku ze s. 149 (przypis 99). Niewątpliwie autor ma wiele racji, samo kryterium formalne „nadania” osobowości prawnej budzi częstokroć niedosyt, jednak oparcie się znów tylko na kryterium materialnym – szeroko rozumianej treści konkretnego stosunku prawnego – w praktyce powodowałoby więcej „złego” niż „dobrego”, prowadziło do sporów o uznanie danej jednostki za osobę prawną, a więc w konsekwencji podważało zaufanie do zasady bezpieczeństwa obrotu prawnogospodarczego.

²⁵ Aczkolwiek warto zwrócić uwagę, że w Niemczech niektóre spółki cywilne mają zdolność prawną, a sama przynależność do kategorii „wyposażonych w zdolność prawną spółek osobowych” zależy nie od nadania przez przepis szczególny zdolności prawnej, ale od zdolności do nabywania praw i zaciągania zobowiązań – szerzej: M. Podleś, *Charakter prawny spółki cywilnej w świetle...*, s. 410 i n. Na gruncie polskim problem zdolności prawnej (osobowości prawnej) spółki cywilnej, zdolności sądowej, bycia przedsiębiorcą szeroko omawia m.in.: K. Konieczny, *Charakter prawny spółki cywilnej – ewolucja poglądów w orzecznictwie i doktrynie*, PPH 2000, nr 7, s. 29–33; M. Podleś, *Charakter prawny spółki cywilnej w świetle...*, s. 396–414. Zob. też D. Pawłyszczke, *Podmioty gospodarcze – zagadnienia procesowe*, PPH 1993, nr 6, s. 19; tenże, *Spółka cywilna – zdol-*

osobowych²⁶. Przykład tych ostatnich właśnie najdobitniej pokazuje omawiana problematykę. Tutaj bowiem widać całą ewolucję poglądów doktryny dotyczącej podmiotowości cywilnoprawnej, począwszy od uznania handlowych spółek osobowych za trzecią kategorię podmiotów prawa, co zostało ostatecznie normatywnie spetryfikowane²⁷, a skończywszy na nierzadkich postulatach *de lege ferenda* odnośnie do uczynienia z nich osób prawnych, tym bardziej że stan taki nie jest obcy ustawodawstwu zagranicznemu²⁸. W doktrynie wskazuje się bowiem co najmniej dwie cechy różnicujące istotnie osobowe spółki handlowe od klasycznych osób prawnych – odpowiedzialność wspólników za zobowiązania spółki oraz możliwość pełnienia funkcji organu przez każdego wspólnika, co jednak nie wydaje się przeszkodą do uczynienia z nich osób prawnych²⁹. Argumenty przeciwników takiego zabiegu niekoniecznie przekonują³⁰.

Ze względu na ramy opracowania – abstrahując od szczegółowej analizy owej problematyki i odsyłając do bogatej literatury – zarysować należy to zagadnienie jedynie pod kątem jego „przydatności” dla przedmiotu niniejszej analizy, tj. charakteru prawnego spółki cichej. Ta bowiem często bywa porównywana ze spółką cywilną³¹, a nawet uznawana za jej rodzaj, tj. spółkę o charakterze wewnętrznym, będącą spółką cichą. Nierzadko zestawia się ją również ze spółką komandytową³², choć zawsze – zarówno pod rządami k.h., jak i obecnie – konsekwentnie odmawia jakiegokolwiek podmiotowości. Nie przesądza to charakteru prawnego spółki cichej *de lege ferenda* przy założeniu powtórnej jej normatywnej regulacji, aczkolwiek – jak zostanie wykazane – uznanie jej za podmiot prawa byłoby nie tylko niecelowe, lecz przede wszystkim niemożliwe³³. Przed rozpoczęciem analizy charakteru prawnego spółki cichej pod rządami k.h. oraz spółki cichej *de lege lata*, jak i *de lege*

ność prawna i sądowa – analiza orzeczeń, PPH 1994, nr 1, s. 10–14; A. Herbet, *Istota spółki cywilnej i jej miejsce w systemie prawa polskiego na tle prawnoporównawczym*, [w:] *Kodeks spółek handlowych...*, s. 351–357; A. Jędrzejewska, *Istota spółki cywilnej jako podmiotu gospodarczego*, PPH 1993, nr 2, s. 1–6; A. Kidyba, *Prawo handlowe*, C.H. Beck, Warszawa 2007, s. 203–205; M. Litwińska, *Spółka cywilna w świetle nowych regulacji prawnych*, PPH 2001, nr 7, s. 1–16.

²⁶ Szerzej np. J. Frąckowiak, *Podmiotowość spółek osobowych*, [w:] R. Szytk (red.), *II Kongres...*, s. 31–43; J. Frąckowiak, R. Potrzyszcz, *Czy nadanie osobowości prawnej handlowym spółkom osobowym wymaga zasadniczej reformy prawa podatkowego?*, PPH 2000, nr 1, s. 1–7; J. Jacyzyn, *Charakter prawny spółki jawnej*, *Prawo Spółek* 1997, nr 7–8, s. 11; tenże, *Notariusz jako wspólnik spółki partnerskiej*, [w:] R. Szytk (red.), *II Kongres...*, s. 69–72; tenże, *Trzeba dać szansę nowemu prawu spółek*, *Prawo Spółek* 1999, nr 9, s. 58–59.

²⁷ Art. 8 k.s.h. i art. 33¹ k.c.

²⁸ Zob. L. Moskwa, *op. cit.*, s. 20.

²⁹ J. Frąckowiak, *Podmiotowość spółek...*, s. 41–42.

³⁰ Zob. np. A. Kappes, *Uwagi o reformie prawa spółek*, *Palestra* 1998, nr 9–10, s. 8–10.

³¹ Zob. przypis 13 oraz pkt III. 2 i III. 3 niniejszych rozważań.

³² Szeroko: K. Żurek, *op. cit.*, s. 93–96. Zob. też: A. Jakubecki, A. Kidyba, J. Mojak, R. Skubisz, *op. cit.*, s. 87; A. Jędrzejewska, *Spółka cicha na tle...*, s. 8–9; R. Lyczewek, *op. cit.*, s. 74; S. Machalski, *op. cit.*, s. 33; J. Wiszniewski, *op. cit.*, s. 148.

³³ Zważywszy na istotę spółki cichej.

ferenda z odniesieniem się w niezbędnym zakresie do adekwatnego ustawodawstwa zagranicznego warto przytoczyć najpowszechniej wskazywane w doktrynie i orzecznictwie „kryteria” podmiotowości cywilnoprawnej. Należy mieć na uwadze, że dana jednostka niespełniająca kryteriów podmiotowości cywilnoprawnej może być uznana za podmiot na tle innych gałęzi prawa³⁴. Samo z kolei pojęcie podmiotu prawa należy do pojęć narzędzi teorii prawa i służy określeniu istoty normy prawnej³⁵. Za J. Frąckowiakiem rozumieć go można jako pewną konstrukcję prawną odtworzoną ze znaczenia normy prawnej i dopuszczonych przez nią innych wyznaczników³⁶, a substratem tak rozumianego podmiotu jest człowiek oraz jednostka organizacyjna. Warto zwrócić uwagę na to drugie pojęcie pod kątem ewentualnego – abstrahując od kwestii samej podmiotowości – zakwalifikowania pod nie spółki cichej, tym bardziej że nie ma ono swojej definicji normatywnej. Istotna jest uwaga, że samo wyodrębnienie jednostki organizacyjnej przez ustawodawcę ma miejsce wówczas, gdy chce on powiązać z nią określone prawa i obowiązki, a więc owa jednostka ma być tworem odrębnym od osób ją tworzących³⁷. Wówczas to uznana być może przez ustawodawcę za osobę prawną, bądź – w zależności od tego, czy zostanie wyposażona w zdolność prawną – za osobę ustawową albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą zdolności prawnej, ale właśnie ze względu na jej wyodrębnienie, strukturę, „zorganizowanie” stanowiącą „byt odrębny” od osób ją tworzących. W literaturze³⁸ wskazuje się minimalne cechy³⁹ tej ostatniej jednostki, by mogła być punktem regulacji prawnej. Należą do niej: powiązanie skutków pewnych zachowań człowieka nie z nim jako osobą fizyczną, ale z jednostką organizacyjną; istnienie podstaw dla oznaczenia i wyodrębnienia takiej jednostki⁴⁰ oraz dla

³⁴ Czego przykładem jest spółka cywilna, której *de lege lata* (słusznie) odmawia się podmiotowości cywilnoprawnej, ale jest ona podmiotem gospodarki narodowej według przepisów ustawy z dnia 29 czerwca 1995 r. o statystyce publicznej, Dz.U. Nr 88, poz. 439 ze zm. czy podmiotem podatku VAT według ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług, Dz.U. Nr 54, poz. 535.

³⁵ Zob. S. Wronkowska, Z. Ziemiński, *Zarys teorii prawa*, Poznań 2001, s. 100, 114; E. Klein, *Elementy...*, s. 33. O rozumieniu pojęcia „podmiot” w prawie cywilnym por.: E. Gniewek (red.), *Kodeks cywilny, Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2006, s. 8 i n.; J. Frąckowiak, *Jednostka organizacyjna jako substrat osoby prawnej i ustawowej*, [w:] L. Ogieńko, W. Popiołek, M. Szpunar (red.), *Rozprawy prawnicze. Księga pamiątkowa Profesora Maksymiliana Pazdana*, Zakamycze 2005, s. 899–901; A. Klein, *Ewolucja...*, s. 55–81; T. Targosz, *Nadużycie osobowości prawnej*, Zakamycze 2004, s. 21 i n.

³⁶ Oświadczeń woli, decyzji administracyjnych, norm pozaprawnych – J. Frąckowiak, *Jednostka...*, s. 900.

³⁷ Przy czym odróżnić ją należy od stosunku prawnego, co nie zawsze jest proste. Szeroko: J. Frąckowiak, *Jednostka...*, s. 907–910.

³⁸ Szeroko: J. Frąckowiak, *Jednostka...*, s. 903 i n.

³⁹ Tworzące katalog otwarty.

⁴⁰ Co najmniej nazwa i siedziba jednostki.

wyodrębnienia jej majątku⁴¹; istnienie struktury owej jednostki organizacyjnej⁴², przy czym samo powstanie tej jednostki może mieć różne źródła⁴³. Wyróżnione cechy bez wątpienia mają osoby prawne oraz osoby ustawowe. Również spółkę cywilną niebędącą żadną z tych kategorii należy uznać za jednostkę organizacyjną⁴⁴, skoro oprócz stosunku zobowiązaniowego jest ona także tworem, organizacją wyznaczającą pozycję współników przy dążeniu do osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego⁴⁵, choć nieposiadającą zdolności prawnej⁴⁶. O przyznaniu bowiem zdolności prawnej danej jednostce organizacyjnej decyduje ustawodawca⁴⁷, nie zaś stopień wyodrębnienia czy organizacji danej jednostki, co może „razić” w praktyce. Można bowiem wyobrazić sobie przypadek dobrze prosperującej, dużej, świetnie zorganizowanej i dominującej na rynku spółki cywilnej⁴⁸, choć pozbawionej zdolności prawnej, a „niedużej”, słabo rozwijającej się spółki jawnej, ale „za to” mającej zdolność prawną, co czyni ją „pełnoprawnym” podmiotem praw i obowiązków⁴⁹.

⁴¹ Niekoniecznie rozumianego jako „kolejnego”, odrębnego majątku od majątków osób ją tworzących, ale również jako pewnej masy majątkowej, stanowiącej wspólny majątek tych osób, jak w przypadku spółki cywilnej (majątek do niepodzielnej ręki).

⁴² W przypadku osób prawnych będą to ich organy, w przypadku osób ustawowych, np. spółki jawnej, określone zasady prowadzenia spraw (jako swoisty „zarząd”) i reprezentacji tejże, podobnie jak w odniesieniu do spółki cywilnej, co oznacza, że istnieje pewna sfera – struktura zewnętrzna, indywidualizująca daną jednostkę wobec osób trzecich.

⁴³ Zob. J. Frąckowiak, *Jednostka...*, s. 904–905.

⁴⁴ Por. J. Frąckowiak, *Pojęcie, powstanie i ustanie podmiotowości gospodarczej. Zagadnienia cywilnoprawne*, Rejent 1998, nr 5, s. 37 i n.; A.W. Wiśniewski, *op. cit.*, s. 61 – według niego spółka cywilna jest czymś więcej niż „tylko” umową: jest „utworzoną na mocy umowy, uregulowaną przez prawo organizacją współników”. Zob. też np. uchwała SN z dnia 27 maja 1993 r., III CzP 61/93, OSNC 1994, nr 1, poz. 7, LEX nr 3946; postanowienie SN z dnia 11 marca 1998 r., III CzP 2/98, Prok. i Pr. 1998, nr 6, s. 29, LEX nr 33245.

⁴⁵ Tak też J. Frąckowiak, *Jednostka...*, s. 909.

⁴⁶ Co J. Frąckowiak zgrabnie ujął następująco: „jest to więc jednostka organizacyjna, która zamiast sama być podmiotem – stwarza tylko podstawę do wyodrębnienia jej od poszczególnych współników jako swoistego zbioru podmiotów działających łącznie” – J. Frąckowiak, *Jednostka...*, s. 910.

⁴⁷ W ustawie, toteż „katalog” osób ustawowych jest otwarty, a „wyrażenie legislacyjnego zamiaru wyposażenia określonych jednostek organizacyjnych w zdolność prawną może nastąpić nawet przy użyciu pośredniej metody opisowej, wskazującej na istotne cechy przyznawanej zdolności”, takie jak „zdolność do nabywania praw i zaciągania zobowiązań”, „zdolność do nabywania we własnym imieniu praw i zaciągania zobowiązań” – E. Gniewek, *Subsydiarna odpowiedzialność członków ułamnych osób prawnych w kodeksie cywilnym i kodeksie spółek handlowych*, [w:] *Kodeks spółek...*, s. 320. Słuszne są więc obawy, że „przy ustalaniu listy tych jednostek mogą pojawiać się wątpliwości zwłaszcza wtedy, gdy przyznanie zdolności prawnej danej jednostce organizacyjnej nie nastąpiło w sposób wyraźny” – por. M. Pazdan, [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny*, t. I: *Komentarz do artykułów 1–449¹¹ k.c.*, C.H. Beck, Warszawa 2005, s. 131.

⁴⁸ Mając oczywiście na uwadze ustawowy wymóg przekształcenia spółki cywilnej w spółkę jawną po spełnieniu przez nią kryteriów z art. 26 § 4 k.s.h.

⁴⁹ Z tego względu może warto rozważyć pojawiające się w doktrynie postulaty przyznania spółkom cywilnym prowadzącym działalność gospodarczą w formie przedsiębiorstwa zdolności prawnej na wzór spółki jawnej (zob. np. A. Jędrzejewska, *Podmiotowość prawna spółki będącej podmiotem*

Toteż granica, między tymi jednostkami, jak i między osobami ustawowymi a osobami prawnymi jest płynna i *de facto* arbitralna decyzja ustawodawcy przesądza o kwalifikacji danej jednostki do określonej kategorii. Ostatecznie decydują więc przesłanki formalne, a nie materialne, aczkolwiek spółka cywilna właśnie dzięki odrębnemu majątkowi, strukturze organizacyjnej i możliwości identyfikacji ma jednak „materialnie zawarty w niej substytut podmiotowości prawnej”⁵⁰, czego nie „odbierze” jej nawet brak zdolności prawnej. Dlatego, jak to wyraziście i zarazem syntetycznie ujęto w doktrynie, pozostaje ona póki co takim „wariantem pośrednim”, której konstrukcja zmierzała do pogodzenia dwóch cech na przeciwległych biegunach – braku podmiotowości i wyodrębnienia podmiotowego⁵¹.

Warto zastanowić się nad „miejscem” spółki cichej w tak wyodrębnionej „strukturze podmiotowości i *quasi*-podmiotowości”.

III. Charakter prawny spółki cichej

Wzorowana na konstrukcji niemieckiej⁵² polska spółka cicha została uregulowana w Kodeksie handlowym w dziale poświęconym nie spółkom, jak w niemieckim k.h.⁵³, lecz czynnościom handlowym⁵⁴, co już od początku wywoływało spory

gospodarczym, PPH 1993, nr 4, s. 7; B. Myszką, *Status prawny spółki cywilnej w świetle orzecznictwa Sądu Najwyższego*, Przegląd Sądowy 1994, nr 6, s. 33; przy czym A. Jędrzejewska określa taką spółkę – za H. Wiedemannem, *Gesellschaftsrecht*, t. I, München 1980, s. 284 – jako „spółkę handlową prawa cywilnego”; M. Podleś, *Charakter prawny spółki cywilnej na tle...*, s. 259, i wskazane przez niego „warunki” takiego rozwiązania), tym bardziej że takie „upodmiotowione” spółki cywilne funkcjonują np. w Niemczech. Również we Francji i Szkocji spółki cywilne stanowią odrębny od wspólników podmiot prawa – J. Frąckowiak, *Konstrukcja prawna spółki cywilnej*, [w:] *Ars et usus. Księga Pamiątkowa ku czci Sędziego Stanisława Rudnickiego*, W. P. Lexis Nexis Warszawa 2005, s. 107 (przypis 1). Jednocześnie rola spółki jawnej i możliwe negatywne konsekwencje uczynienia spółki cywilnej podmiotem prawa skłaniają do pozostawienia dotychczasowego stanu prawnego. Zob. też argumenty za i przeciw upodmiotowieniu spółki cywilnej szeroko przedstawione przez M. Podlesia (*Charakter prawny spółki cywilnej w świetle...*, s. 410–412). Szeroko o niemieckich spółkach cywilnych mających zdolność prawną i kryterium tejże: M. Podleś, *Charakter prawny spółki cywilnej na tle...*, s. 182–187.

⁵⁰ M. Podleś, *Charakter prawny spółki cywilnej w świetle...*, s. 406.

⁵¹ *Ibidem*, s. 413–414.

⁵² Szeroko: A. Redzik, *op. cit.*, s. 137 i n. Nazwa „spółka cicha” oraz sama instytucja – *stille Gesellschaft* – wykształciła się w niemieckim porządku prawnym i po raz pierwszy została uregulowana w 1861 r. w art. 250–265 *Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch (ADHGB)*, przy czym art. 250 zawierał jej definicję. Niemieckie rozwiązania szeroko przedstawił P. Grzesiok, *O konstrukcji spółki cichej. Uwagi de lege ferenda (w świetle rozwiązań prawa niemieckiego)*, Prawo Spółek 2001, nr 11, s. 10–24. Analizują je również S. Machalski, *op. cit.*, s. 32; M. Pałynowicz, *op. cit.*, s. 22–23; K. Załucki, *op. cit.*, s. 203–223.

⁵³ Por. przepisy § 230–237 księgi drugiej HGB „Spółki handlowe i spółka cicha”, *Kodeks Handlowy Niemiec HGB w tłumaczeniu R. Janusz*, Warszawa 1993, s. 61–62.

⁵⁴ W konsekwencji traktowano ją jako typ umowy handlowej, co według S. Machalskiego,

w doktrynie dotyczące jej charakteru prawnego. Nazwa tej instytucji wskazywała wyraźnie na bycie kolejną spółką. Tak też rozumiana była i jest nadal w Niemczech⁵⁵. Tymczasem polskie przepisy jej poświęcone wskazywały jeśli nie na coś zupełnie innego, to przynajmniej wywoływały wątpliwości. Część doktryny traktowała w związku z tym spółkę cichą jako szczególny rodzaj spółki prawa cywilnego⁵⁶, za czym wydawał się przemawiać art. 1 k.h., który w razie luki prawnej nakazywał bezpośrednie stosowanie przepisów prawa cywilnego⁵⁷. Inni, zwłaszcza po uchyleniu przepisów k.h. dotyczących spółki cichej, twierdzili, że nie jest ona spółką w znaczeniu prawnym⁵⁸, a co najwyżej można ją postrzegać jako spółkę w znaczeniu gospodarczym⁵⁹, egzystującą w gospodarczej rzeczywistości na zasadzie swobody umów. Zaznaczyć należy, że zarówno w Niemczech, jak i w Polsce odmawiano jej charakteru spółki handlowej⁶⁰ i to nie tylko dlatego, że przeciwna teza klóciłaby się *de lege lata* z zasadą *numerus clausus*⁶¹ spółek w ustawodawstwie polskim, lecz przede wszystkim z powodu konstrukcyjnej odmienności tychże; ale właśnie w Niemczech uznaje się ją za rodzaj spółki cywilnej – spółkę li tylko wewnętrzną, a koncepcja ta począwszy od lat 90 XX w. zyskuje coraz większą aprobatę i w Polsce⁶². Należałoby jednak zastanowić się, czy można przenieść na grunt polski obcą konstrukcję prawną, mając na uwadze nie jedynie zbieżne przepisy obu ustawodawstw dotyczących spółki cichej, ale cały porządek praw-

op. cit., s. 32, skutkowało tezą, że jest ona jedną z form spółki cywilnej, czemu z kolei sprzeciwiał się S. Grzybowski, [w:] S. Grzybowski (red.), *System...*, s. 889.

⁵⁵ Jako „czysta spółka wewnętrzna” będąca szczególną formą spółki cywilnej – B. Nagel, *Deutsches und europäisches Gesellschaftsrecht. Eine Einführung*, München 2000, s. 60, za: K. Załucki, *op. cit.*, s. 205–206; M.J. Ulmer, A. Kidyba, *Formy spółek prawa niemieckiego (z odniesieniem do prawa polskiego)*, Przegląd Sądowy 1996, nr 1, s. 102. Również we Francji uznaje się ją za „prawdziwą” spółkę będącą spółką wewnętrzną, podobnie w Belgii, Grecji, w konsekwencji w Luksemburgu – szerzej: K. Załucki, *op. cit.*, s. 209–213 i 216–217.

⁵⁶ Tak: K. Żurek, *op. cit.*, s. 25, powołując się na T. Dziurzyńskiego, Z. Fenichela i M. Honzatka, *Kodeks handlowy. Komentarz*, Kraków 1935, s. 1054 i n. W kwestii uznania spółki cichej za zmodyfikowaną spółkę prawa cywilnego czy też za spółkę *sensu stricto* przecząco wypowiedział się w czasie obowiązywania kodeksowej regulacji T. Dziurzyński, *Jeszcze o formie umowy spółki cichej*, Głosa do orzeczenia SN z dnia 9 kwietnia 1946 r., C. I. 105/46, PiP 1947, nr 10, s. 115–116.

⁵⁷ W czym mieściła się regulacja dotycząca spółki cywilnej.

⁵⁸ Tak m.in. S. Włodyka (red.), *Prawo spółek*, Kraków 1991, s. 18.

⁵⁹ S. Grzybowski, [w:] S. Grzybowski (red.), *System...*, s. 887–888.

⁶⁰ Obecnie byłaby to spółka regulowana k.s.h. Por. np. M. Allerhand, *Kodeks handlowy, Komentarz, księga druga*, Lwów 1935, s. 1002; orzeczenie SN z dnia 9 kwietnia 1946, C. I. 105/46 (Dod. Cywilist. do PiP 1946, nr 9–10, s. 169, oraz glosa J.J. Litauera, Dod. Cywilist. do PiP 1946, nr 9–10, s. 171–173 i T. Dziurzyńskiego, PiP 1947, nr 10, s. 114–117).

⁶¹ O spółkach handlowych zob. art. 5 § 2 k.h. i art. 1 § 2 k.s.h., zaś cywilnej: art. 860 k.c. Szerzej: T. Mróz, M. Stec (red.), *Prawo gospodarcze prywatne*, C.H. Beck, Warszawa 2005, s. 115; W. Pyziół, A. Szumański, I. Weiss, *Prawo spółek*, Bydgoszcz–Kraków 2006, s. 29; A.W. Wiśniewski, *op. cit.*, s. 19.

⁶² Zwił. A. Jędrzejewska, *Ogólne założenia typowej spółki cichej na tle przedwojennej regulacji k.h.*, PPH 1995, nr 2, s. 8. Zob. też pkt III.3 niniejszych rozważań.

ny, w tym zwłaszcza przepisy o spółce cywilnej. Jest to o tyle istotne, że od rozstrzygnięcia, czy na gruncie polskim uprawnione jest wyodrębnianie spółek wewnętrznych, zależy sens traktowania spółki cichej jako rodzaju spółki cywilnej o charakterze wewnętrznym. Zastrzec należy, że nawet wniosek przeciwny nie stoi na przeszkodzie funkcjonowaniu spółek cichych w obrocie gospodarczym *de lege lata*, bowiem według przeważającego i słusznego stanowiska doktryny możliwe jest to dzięki zasadzie swobody umów⁶³. Takie rozważania są jednak istotne dla wyjaśnienia fenomenu spółki cichej i tym samym próby odpowiedzi na pytanie, „czy” mogłaby ona być w razie jej normatywnego *retouru*; sama bowiem potrzeba takiego powrotu zdaje się nie budzić wątpliwości⁶⁴. Przedstawienie argumentów przedstawicieli teorii spółki, w tym spółki wewnętrznej, a także poglądów przeciwnych, według których spółka cicha była i *de lege lata* jest tylko stosunkiem zobowiązaniowym, wymaga krótkiego scharakteryzowania owej instytucji na gruncie rozwiązań k.h. i próby ustosunkowania się do tego.

1. Spółka cicha w polskim Kodeksie handlowym⁶⁵

Kodeks handlowy poświęcił spółce cichej 14 artykułów, w większości o charakterze dyspozytywnym⁶⁶. Dotyczyły one zawiązania umowy spółki cichej, prowadzenia spraw, zasad uczestnictwa wspólnika cichego w zysku i stratach, wypłaty zysku, „prawa do informacji”, sytuacji spadkobierców, rozwiązania spółki cichej i rozliczeń z tym związanych oraz upadłości⁶⁷. Brakowało jednak definicji spółki cichej, co czyniło charakter prawny tejże jeszcze bardziej sporny, aczkolwiek wskazać można było jej podstawowe elementy definicyjne⁶⁸, które wynikały w za-

⁶³ Art. 353¹ k.c. Szeroko na temat „legalności” spółki cichej *de lege lata* – w świetle zasady swobody umów z jednej strony, a *numerus clausus* spółek w prawie polskim z drugiej strony – A. Koronkiewicz, *Spółka cicha na tle...*, s. 40–41.

⁶⁴ Za czym przemawiają nie tylko zalety, ale i „wady” spółki cichej, rozumiane jako konsekwencje braku jej normatywnej regulacji. Szeroko: A. Koronkiewicz, *Reaktywacja...*, s. 47–60, i powołana literatura.

⁶⁵ Zob. analizę rozwiązań kodeksowych w postaci tabeli – A. Koronkiewicz, *O spółce...*, s. 33–34.

⁶⁶ Normy *iuris cogentis* regulowały jedynie: prawo wspólnika cichego domagania się odpisu bilansu rocznego oraz przeglądania ksiąg i dokumentów w celu sprawdzenia ich rzetelności (art. 686 § 1 k.h.); możliwość żądania przez niego rozwiązania spółki wyrokiem sądowym z ważnych powodów (art. 692 § 2 k.h.) oraz w konsekwencji – skoro według art. 684 § 3 umowa spółki cichej mogła zwolnić wspólnika od udziału w stratach – zakaz zwolnienia wspólnika cichego od udziału w zysku (art. 684 § 3 k.h.). Tak też M. Allerhand, *op. cit.*, s. 1005.

⁶⁷ Szeroko: K. Żurek, *op. cit.*, s. 36–47; oraz A. Jędrzejewska, *Ogólne...*, s. 7–14.

⁶⁸ Szerzej: J. Jacyszyn, *Spółka cicha...*, s. 101–105; A. Jędrzejewska, *Ogólne...*, s. 7; K. Żurek, *op. cit.*, s. 36–72.

sadzie z dwóch przepisów k.h. – art. 682 i 684 k.h. Wynikało z nich, że spółka cicha była umową handlową polegającą na uczestniczeniu przez współnika cichego⁶⁹ wkładem⁷⁰ w przedsiębiorstwie kupca⁷¹ prowadzonym przez tegoż w imieniu własnym⁷². Spółka cicha nie była więc podmiotem prawa⁷³. To „wspólnik jawny” był przedsiębiorcą, jedynie on występował w obrocie⁷⁴, co nie oznaczało jednak całkowitej dowolności postępowania z jego strony. Co prawda nie był ograniczony w swych prawach przez umowę spółki cichej⁷⁵, ale był zobowiązany wobec współnika cichego do użycia wkładu w sposób w umowie określony⁷⁶. Wspólnik cichy miał zaś zagwarantowane minimum uprawnień, w tym prawo kontroli⁷⁷. Ponadto, co istotne w praktyce, nie ponosił odpowiedzialności za zobowiązania „kupca”⁷⁸

⁶⁹ Co do jego osoby brak było jakichkolwiek ograniczeń, toteż mógł nim być każdy podmiot prawa mający zdolność prawną – A. Jędrzejewska, *Ogólne...*, s. 11.

⁷⁰ Niekoniecznie pieniężnym – tak: M. Allerhand, *op. cit.*, s. 1002; M. Pałtynowicz, *op. cit.*, s. 17. Przepisy nie regulowały przedmiotu wkładu, odnoszono się do stanowiska doktryny i orzecznictwa. Zob. też: S. Machalski, *op. cit.*, s. 35–36. Na złożoność problematyki wkładu (przedmiot, status prawny) wskazuje też J. Jacyszyn, *Spółka cicha...*, s. 102–103, przytaczając poglądy doktryny.

⁷¹ Czyli podmiotu w rozumieniu art. 2 i 5 k.h.

⁷² Strony umowy spółki cichej dogłębnie analizuje m. in. S. Machalski, *op. cit.*, s. 34–35.

⁷³ Szerzej: S. Machalski, *op. cit.*, s. 33–35, który podkreśla, że spółka cicha nie jest spółką prawa handlowego, gdyż brakuje w niej wspólności majątkowej i działania pod wspólną firmą. Jednak „stosunek kupca do spółnika cichego jest handlowy i do niego należy stosować przepisy k.h.” – M. Allerhand, *op. cit.*, s. 1002. Dalej S. Machalski m.in. zaznacza, że jest ona czystą spółką wewnętrzną (*op. cit.*, s. 35).

⁷⁴ Do prowadzenia spraw przedsiębiorstwa uprawniony i zobowiązany był kupiec (art. 683 k.h.), co M. Allerhand (*op. cit.*, s. 1004) uzupełnia jeszcze reprezentacją i dodaje, że nie wyklucza to działania współnika cichego w charakterze pełnomocnika lub prokurenta. Ponadto wymaga on zgody współnika w przypadku czynności nadzwyczajnej kupca. W doktrynie podkreślano, że współnik cichy nie podlegał wpisowi do rejestru. Jeśli jako współwłaściciel przedsiębiorstwa był wpisany, to nie był wówczas współnikiem cichym, a odpowiadał jako współnik jawny – tak: S. Machalski, *op. cit.*, s. 33.

⁷⁵ Jako właściciel mógł czynić wszystko, na co prawo właścicielowi zezwalało – J. Jacyszyn, *Spółka cicha...*, s. 97.

⁷⁶ Odpowiadał wobec współnika cichego za staranność *quam in suis rebus* – szerzej: S. Machalski, *Spółka cicha*, PPH 1993, nr 10, s. 30.

⁷⁷ Art. 686 k.h. *Ibidem*, s. 31.

⁷⁸ Art. 682 § 2 k.h. Jest tak również wówczas, gdy nie uiścił swego wkładu, czym – jak wskazuje M. Allerhand, *op. cit.*, s. 1003 – spółka cicha różni się od spółki komandytowej. Jednak warto zaznaczyć, że odpowiedzialność współnika cichego należało oceniać na podstawie przepisów dotyczących odpowiedzialności współnika jawnego czy współnika w spółce cywilnej, w sytuacji pozornej umowy spółki cichej – M. Pałtynowicz, *op. cit.*, s. 18. Ponadto można wyróżnić sytuacje szczególne skutkujące odpowiedzialnością współnika cichego wobec osoby trzeciej. Jest tak, gdy sam szczególnie zobowiąże się wobec takiej osoby bądź występuje na zewnątrz tak, jakby był współnikiem spółki o charakterze zewnętrznym albo popełnia czyn niedozwolony, nadużywając formy spółki cichej – szeroko: A. Jędrzejewska, *Z problematyki...*, s. 4. Wedle komentatorów k.h., „typowy” współnik cichy odpowiadać mógł na zewnątrz tylko wówczas, gdy przyjął poręczenie lub żyrował weksel – T. Dziurzyński, Z. Fenichel, M. Honzatko, *op. cit.*, s. 1058, za: J. Jacyszyn, *Spółka cicha...*, s. 103.

i obligatoryjnie uczestniczył w zysku przez niego wypracowanym⁷⁹. W konsekwencji w doktrynie do cech charakterystycznych tak pojętej „struktury” zaliczano: anonimowość wspólnika cichego wobec osób trzecich⁸⁰; charakter stosunku dwustronnego, a nie wielostronnego⁸¹; istnienie stosunku wzajemnego zaufania i szczególnej lojalności stron wobec siebie; istnienie wspólnego celu „wspólników” w spółce cichej⁸²; brak majątku spółki czy też wspólnego majątku wspólników; brak występowania „spółki” pod własną firmą⁸³; brak uprawnień wspólnika cichego do prowadzenia spraw i reprezentacji przedsiębiorstwa oraz do udziału w przedsiębiorstwie w razie rozwiązania umowy⁸⁴ oraz brak struktur organizacyjnych właściwych spółkom. Pobieżna analiza tychże prowadzi do wniosku o „niespółkowym” charakterze prawnym spółki cichej, co *a contrario* oznaczać by mogło, że była ona „tylko zwyczajną” umową. Jednak wnikliwsze zbadanie owej instytucji, w tym spojrzenie na nią przez pryzmat ustawodawstwa zagranicznego – co przede wszystkim oznacza uwzględnienie możliwości istnienia nietypowej spółki cichej⁸⁵ – mocno nadweręża, jeśli nie niweczy tezy o „czysto” zobowiązaniowym charakterze prawnym spółki cichej⁸⁶. Choć gdyby zadecydować było trzeba, czy spółka cicha była i jest „prawdziwą” spółką⁸⁷, czy „tylko” umową, należałoby przyjąć to drugie rozwiązanie.

⁷⁹ Art. 684 § 3 k.h. w konsekwencji.

⁸⁰ Co nie było wymogiem obligatoryjnym dla istnienia spółki cichej. Czasami stronom zależało na tym, by ujawnić cały „interes”.

⁸¹ Co nie wyklucza wielości podmiotów po którejś ze stron. Zob. S. Naruszewicz (red.), *Prawo spółek*, Białystok 1999, s. 43; M. Piotrowski, *Spółka cicha na tle obowiązującego stanu prawnego*, Monitor Podatkowy 2000, nr 2, s. 16; A. Redzik, *op. cit.*, s. 144–145.

⁸² Aczkolwiek nie wszyscy się z tym zgadzają. Szeroko: A. Koronkiewicz, *Spółka cicha jako...*, s. 133 i n., oraz przytoczone tam stanowiska doktryny.

⁸³ M.in. J.J. Litauer, *op. cit.*, s. 172–173.

⁸⁴ Ma on jedynie roszczenie o wypłacenie kwoty wynikającej z rozliczenia.

⁸⁵ A możliwość taka na gruncie polskim nie budzi wątpliwości. Za nietypową spółkę cichą uznać należy taką jej postać, która „zmierza” w kierunku spółek przez rozbudowanie uprawnień wspólnika cichego w kwestiach decyzyjnych – współdecydowanie o losach przedsiębiorstwa (skutkujące tym samym innymi niż „typowe” dla tego stosunku zasadami partycypacji w substancji majątkowej przedsiębiorstwa). Nic ponadto nie stało na przeszkodzie, by wspólnik cichy – jako pełnomocnik – występował „na zewnątrz”, reprezentując przedsiębiorcę. Tym samym okazać się może, że to wspólnik cichy jest rzeczywistym decydentem, a przedsiębiorca jedynie „atrapą” – por. A. Koronkiewicz, *Spółka cicha jako...*, s. 134 i 140; tejsze, *Spółka cicha na tle...*, s. 39. Zob. też przypis 6.

⁸⁶ Szeroko: A. Koronkiewicz, *Spółka cicha jako...*, s. 127–144, przy czym artykuł ten jest polemiką z artykułem P. Grzesioka, *Spółka cicha na tle pojęcia spółki (rozważania na marginesie postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 24 października 2003 r. III CzP 67/03)*, Rejent 2006, nr 10, s. 76–90.

⁸⁷ Podaję w cudzysłowie, ponieważ podziału na spółki „prawdziwe” i „nieprawdziwe” nie ma. Tutaj chodzi o podkreślenie charakteru czysto spółkowego, a więc występującego przede wszystkim w spółkach handlowych, ale i cywilnej, w odróżnieniu od wszelkich „bytów spółkowych”, czyli takich, które mimo że spółkami nie są, wykazują podobieństwa do spółek – szerzej: A. Koronkiewicz, *Spółka cicha jako...*, s. 132–133.

2. Spółka cicha jako „prawdziwa” spółka

Zostało już powiedziane⁸⁸, że spółka cicha nigdy nie była traktowana jako „prawdziwa” spółka – spółka prawa handlowego czy „czysta” spółka cywilna, a więc jednostka organizacyjna mająca zarówno sferę stosunków wewnętrznych, jak i zewnętrznych. Podstawowymi argumentami przeciwko kwalifikowaniu jej do grona „prawdziwych” spółek są przede wszystkim: brak występowania w niej majątku spółki lub chociaż odrębnego majątku wspólników, a co się z tym wiąże – specyficznych zasad odpowiedzialności za zobowiązania, a także niewystępowanie spółki cichej pod własną firmą ani nawet nieistnienie jakiegokolwiek oznaczenia indywidualizującego tę figurę normatywną. Takiej kwalifikacji *de lege lata* skutecznie zapobiegałaby ponadto zasada *numerus clausus* spółek w ustawodawstwie polskim. Pomijając nawet tę zasadę, spółka cicha w klasycznej swej postaci i tak – właśnie ze względu na definicyjną „cichość” – spółką handlową być by nie mogła. Brakuje w niej bowiem stosunków zewnętrznych, nieodzownych dla spółek handlowych. Te ostatnie, jako odrębne podmioty prawa ujawniane w rejestrze, ze swej istoty mają charakter zewnętrzny. Nie przeczy to bynajmniej możliwości przystępowania wspólników cichych do spółek handlowych, ponieważ – zgodnie z istotą spółki cichej – to owa spółka handlowa byłaby co do zasady jedynym podmiotem występującym w obrocie, ponoszącym odpowiedzialność za swe zobowiązania własnym majątkiem, a nie „majątkiem wspólnym” ze wspólnikiem cichym. Spółka cicha byłaby jedynie wewnętrzną sprawą pomiędzy przedsiębiorcą – spółką handlową a wspólnikiem cichym i jako taka nie występowałaby w obrocie, nie będąc tym samym podmiotem prawa. Brak stosunków zewnętrznych w spółce cichej – stanowiący właśnie jej istotę – skutecznie uniemożliwia uznanie jej również za spółkę prawa cywilnego. Najczęściej podkreślano w doktrynie, że spółkę cichą od innych spółek odróżnia „postronność” wspólnika cichego w stosunku do przedsiębiorstwa jego wspólnika⁸⁹, a od spółki cywilnej spółka cicha różni się nadto tym, że „nie dochodzi tu do wspólności praw i obowiązków, że na wspólniku nie ciąży obowiązek współdziałania ani nie jest on uprawniony i zobowiązany do prowadzenia spraw oraz że nie odpowiada on za zobowiązania swego kontrahenta wobec jego wierzycieli”⁹⁰.

Wskazanie argumentów przeciwko uznaniu spółki cichej za „prawdziwą” spółkę oznacza jednocześnie potwierdzenie tezy przeciwnej, a mianowicie, że nie jest ona podmiotem prawa. Do tego momentu poglądy doktryny są zbieżne. Dalej jedni uważają ją za czysty stosunek zobowiązaniowy, inni za rodzaj spółki prawa cywilnego – spółkę o charakterze jedynie wewnętrznym. Czy jednak moż-

⁸⁸ Zob. przypis 60.

⁸⁹ Por. A.W. Wiśniewski, *op. cit.*, s. 123.

⁹⁰ S. Grzybowski, [w:] S. Grzybowski (red.), *System...*, s. 889.

na oznać spółkę cichą za spółkę wewnętrzną, a raczej czy uprawnione jest wyróżnianie kategorii spółek wewnętrznych na gruncie ustawodawstwa polskiego i wreszcie – jakie są skutki ewentualnego ujęcia spółki cichej jako spółki wewnętrznej?

3. Spółka cicha jako rodzaj spółki cywilnej

Jeszcze pod rządami k.h. uważano spółkę cichą za rodzaj spółki prawa cywilnego, uregulowanej wówczas w Kodeksie zobowiązań⁹¹. Według S. Machalskiego spółka cicha ma wszystkie elementy spółki cywilnej. Istotą jej było prowadzenie przedsiębiorstwa w celu osiągnięcia wspólnej korzyści, co właśnie stanowiło o wspólnym celu gospodarczym decydującym dla pojęcia spółki cywilnej⁹². Do poglądów tych, wspartych bogatym dorobkiem doktryny niemieckiej, powrócono po deregulacji spółki cichej, w latach 90. XX w., a ich myślą przewodnią było właśnie to, że spółka cicha *de lege lata* stanowi odmianę spółki cywilnej⁹³. Głównym argumentem przytaczanym przez zwolenników owej koncepcji było i nadal jest traktowanie „definicji” spółki cywilnej jako mieszczącej w sobie również elementy istotne „definicji” spółki cichej⁹⁴. Skoro jest ona na tyle pojemna, by wykreować spółkę zewnętrzną, to tym bardziej można poprzestać na niebędącej z nią w sprzeczności spółce wewnętrznej, a taką jest właśnie spółka cicha. Uznano tym samym, że dalsze przepisy dotyczące spółki cywilnej, w przeważającej zresztą części dyspozytywne⁹⁵, nie zawierają *essentialia negotii* tej formy. Otóż wydaje się, abstrahując na razie od kwestii dopuszczalności istnienia spółek wewnętrznych w prawie polskim, że nie do końca można się zgodzić z owym zapatrywaniem. Wynikałoby z niego bowiem, że do utworzenia spółki wystarczy spełnienie *affectio societatis*. Ani więc utworzenie odrębnego od współników „majątku”⁹⁶, ani wypływająca z niego odpowiedzialność za zobowiązania nie byłyby elementami charakterystycznymi, a już na pewno koniecznymi. Rodzi się w związku z tym pytanie, czy taki „twór” na pewno jest „czystą” spółką⁹⁷? Szukając odpowiedzi, należałoby ze względu na brak normatywnej

⁹¹ Tak: T. Dziurzyński, Z. Fenichel, M. Honzatko, *op. cit.*, s. 1054 i n., za: K. Żurek, *op. cit.*, s. 25; S. Machalski, *Spółka...*, nr 7–8, s. 32.

⁹² S. Machalski, *Spółka...*, nr 7–8, s. 32.

⁹³ A. Dyoniak, *Umowa spółki cywilnej ze skutkiem wewnętrznym*, PPH 1994, nr 6, s. 16; A. Jędrzejewska, „*Cywilna*”..., s. 19; teźże, *Istota spółki cywilnej o charakterze wewnętrznym*, PPH 1994, nr 10, s. 10 i n.; teźże, *Ogólne...*, s. 8; A.W. Wiśniewski, *op. cit.*, s. 122.

⁹⁴ Rozumianej jako elementy istotne przepisu art. 860 k.c.

⁹⁵ Do bezwzględnie obowiązujących należą jedynie art. 863 § 2, art. 864, 869 § 2, art. 874. Por. W. Pyziół, A. Szumański, I. Weiss, *Prawo spółek*, Bydgoszcz 1998, s. 64.

⁹⁶ Rozumianego w odniesieniu do spółki cywilnej jako majątek do niepodzielnej ręki.

⁹⁷ Bo może być „bytem spółkowym”.

definicji⁹⁸ wskazać podstawowe elementy definicyjne spółki, składające się zarówno na określenie spółki cywilnej, jak i spółek handlowych. Rzeczywiście, opierając się tylko na art. 3 k.s.h. i art. 860 k.c., wskazać można wspólny cel wspólników i wolę współdziałania w dążeniu do jego realizacji. Z dalszych przepisów wynika kolejna cecha charakterystyczna – równoczesne występowanie stosunków wewnętrznych i zewnętrznych, gdzie wyjątkiem byłaby właśnie spółka o charakterze jedynie wewnętrznym. Stosunki zewnętrzne często krzyżują się ze stosunkami wewnętrznymi, te pierwsze ponadto, ze względu na zasadę zaufania do porządku prawnego i bezpieczeństwa obrotu, są regulowane zazwyczaj przepisami bezwzględnie obowiązującymi⁹⁹. Gdyby więc poprzestać na stwierdzeniu, że dla oddania istoty spółki wystarczające są więzi wewnętrzne, to spółka cicha niewątpliwie, jako taka spółka wewnętrzna, „prawdziwą” spółką by była. Nie można bowiem odmawiać jej istnienia wspólnego celu (wspólników) czy działania w sposób oznaczony – wniesienia wkładu i własną pracę przedsiębiorcy¹⁰⁰. Wydaje się bowiem, że do umowy spółki cichej przystaje konstatacja uczyniona na tle spółki cywilnej, że wspólny cel odróżnia umowę spółki od innych umów¹⁰¹. Powstaje jednak pytanie, czy w takim razie za spółkę nie należałoby uznać również innych form współdziałania osób w celu prowadzenia działalności gospodarczej¹⁰²? Nie o to chyba chodziło ustawodawcy.

⁹⁸ Można jedynie mówić o pewnych istotnych cechach spółki, różniących ją od innych instytucji, do których powszechnie zalicza się współdziałanie wspólników do osiągnięcia wspólnego celu, na które z kolei składa się prawo i obowiązek wspólników prowadzenia spraw spółki, partycypowania w kosztach prowadzenia działalności spółki oraz w wynikach finansowych działalności spółki – W. Pyziół, A. Szumański, I. Weiss, *Prawo spółek*, Bydgoszcz–Kraków 2006, s. 27; S. Włodyka (red.), *Prawo spółek*, Kraków 1996, s. 45 – dodając jeszcze wydzielenie majątkowe (s. 46).

⁹⁹ Por.: T. Mróz, M. Stec (red.), *op. cit.*, s. 114–115.

¹⁰⁰ A.W. Wiśniewski, *op. cit.*, s. 124. Szeroko: A. Koronkiewicz, *Spółka cicha jako...*, s. 133–140.

¹⁰¹ S. Grzybowski, *Spółka prawa cywilnego a konstrukcja umowy jako źródła zobowiązań*, RPEiS 1968, z. 3 s. 76; T. Mróz, *Niektóre problemy teoretycznej konstrukcji umowy spółki cywilnej i jawnej*, Studia Prawnicze 1986, nr 3–4, s. 201–202. Na relacje wspólnego celu wspólników do podmiotowości prawnej uwagę zwraca M. Litwińska (*op. cit.*, s. 2), podkreślając, że „w im większym stopniu ustawodawca dąży do upodmiotowienia spółek, tym bardziej dyskusyjna staje się aproba tezy, że *differentia specifica* spółek osobowych jest wspólny cel łączący wspólników” i dochodzi do wniosku, że na gruncie k.s.h. nie należy on do ich *differentia specifica*.

¹⁰² Jak na przykład umowy *joint venture*, konsorcjum. Warto ponadto zwrócić uwagę na porównywanie konsorcjum wewnętrznego (cichego, ukrytego) ze spółką cichą, co nie powinno dziwić, zważywszy na podobieństwa obu instytucji i możliwe trudności w ich odróżnieniu w praktyce. Szeroko, wskazując odmienności i przez to odrębność tychże: L. Stecki, *Konsorcjum*, Toruń 1997, zwłaszcza s. 58–60; 66–67; 135–146. Zob. też K. Golał, R. Golał, *Umowy nietypowe w obrocie cywilnoprawnym, praktyczne kompendium*, Warszawa–Jaktorów 2005, s. 212. O charakterze prawnym umowy *joint venture* i konsorcjum również: S. Włodyka, *Strategiczne umowy przedsiębiorców*, C.H. Beck, Warszawa 2000, s. 245–269; S. Włodyka (red.), *Prawo umów handlowych*, C.H. Beck, Kraków 2006, s. 795–812, a o konsorcjum: A.W. Wiśniewski, *op. cit.*, s. 121–122.

Zwolennicy spółkowego charakteru analizowanej instytucji nie zgadzają się jednak co do kwestii *de lege lata* zasadniczej – konsekwencji takiej kwalifikacji. Jedni twierdzą, że spółka cicha podlega całkowitej regulacji spółki cywilnej¹⁰³, a więc również bezwzględnie obowiązującemu przepisowi dotyczącemu odpowiedzialności solidarnej wspólników za zobowiązania, drudzy powołują się na konstrukcję spółki cywilnej o charakterze wewnętrznym¹⁰⁴, w której nie dochodzi do wykształcenia majątku do niepodzielnej ręki¹⁰⁵ i której szczególnym typem jest właśnie spółka cicha¹⁰⁶. Jeżeli pierwszy pogląd ze względu na zachowanie istoty spółki cichej należy zdecydowanie odrzucić¹⁰⁷, to drugi kusić może swą – na gruncie ustawodawstwa polskiego – oryginalnością. Nie wnikając na razie w szczegóły, słuszna wydaje się konstatacja o możliwości zawarcia na gruncie polskim umowy spółki cywilnej jedynie o charakterze wewnętrznym, w sensie „utajnienia” części wspólników, a więc występowania na zewnątrz – wobec osób trzecich – jedynie niektórych wspólników przy zachowaniu anonimowości pozostałych. Jednak zastrzec należy, że nie oznacza to braku wspólności majątkowej

¹⁰³ A.W. Wiśniewski, *op. cit.*, s. 19 – stoi on na stanowisku, że zasada *numerus clausus* spółek w ustawodawstwie polskim skutkuje tym, że ukształtowanie w drodze umowy „spółki cywilnej” innej niż uregulowana w art. 860–875 k.c. jest niedopuszczalne, toteż umowa typu spółki cichej czy też spółki – konsorcjum możliwa jest tylko pod warunkiem potraktowania jej jako podtypu spółki cywilnej, działającej – mimo szczególnych cech – na podstawie przepisów art. 860–875 k.c. Zob. też A.W. Wiśniewski, *op. cit.*, s. 124. Ustosunkowując się do tego wypadu podkreślić, że skoro spółka cicha *de facto* spółką nie jest, to nie powinna odnosić się do niej zasada *numerus clausus*, a ponadto nic nie stoi na przeszkodzie wykreowaniu umowy spółki cichej i to w kształcie uregulowanym w k.h. na podstawie zasady swobody umów. Szerzej: A. Koronkiewicz, *Spółka cicha na tle...*, s. 40–41.

¹⁰⁴ Przede wszystkim: A. Dyoniak, *op. cit.*, s. 16–17. Na temat spółek wewnętrznych por. A. Jędrzejewska, *Istota spółki cywilnej jako...*, s. 3; teźże, *Reżim majątkowy w spółce o charakterze wewnętrznym*, PPH 1994, nr 11, s. 14–19; teźże, *Typy spółki cywilnej*, PPH 1993, nr 3, s. 10 i n.

¹⁰⁵ Zob. orzeczenie Trybunału Federalnego z dnia 1 kwietnia 1965 r., II ZR 182/62; W. Hadding, *Festgabe Zivilrechtslehrer 1934/1935*, Berlin–Nowy Jork 1999, s. 157; nie jest jednakże wykluczone istnienie w ramach spółki wewnętrznej wspólnego majątku, lecz będzie on stanowił współwłasność wspólników w częściach ułamkowych – K. Schmidt, *Die BGB – Außengesellschaft: rechts – und parteifähig*, NJW 14/2001, 993, s. 1001, za: M. Podleś, *Charakter prawny spółki cywilnej na tle...*, s. 178. Aczkolwiek A. Jędrzejewska (*Reżim...*, s. 19) dopuszcza istnienie wewnętrznych spółek cywilnych ze współwłasnością łączną.

¹⁰⁶ M. Podleś, *Charakter prawny spółki cywilnej na tle...*, s. 178, powołując się na autorów niemieckich, zwraca uwagę, że w doktrynie niemieckiej odróżnia się „cichą” spółkę cywilną od spółki cichej uregulowanej przepisami § 230–236 HGB, przy czym jako kryterium owego rozróżnienia przyjmuje się charakter działalności przedsiębiorstwa głównego wspólnika. W przypadku spółki cichej ma ono bowiem polegać na prowadzeniu działalności gospodarczej w rozumieniu § 1–7. Por. L.J. Smith, C. de Cussy, Ch. Taylor, T. Włudyka, *Prawo spółek w Republice Federalnej Niemiec, Wielkiej Brytanii, Francji i Włoszech*, Kraków 2000, s. 59 – odróżniając spółkę niejawną od cichej. O rodzajach spółek w niemieckim systemie prawnym i źródłach prawa ich dotyczących zob. też A. Całus, *Przewodnik po źródłach i podstawowych instytucjach prawa prywatnego (handlowego) w systemach prawnych Europy kontynentalnej, Wielkiej Brytanii i USA*, Warszawa 1992, s. 227–275.

¹⁰⁷ Skoro *de facto* eliminowałby on spółkę cichą z obrotu prawnego.

w spółce i konsekwencji z tym związanych, co tym samym oznacza zaprzeczenie koncepcji spółki cichej jako spółki wewnętrznej na gruncie prawa polskiego. Należy bowiem zwrócić uwagę, że o ile szerokie ramy niemieckiej regulacji spółki cywilnej¹⁰⁸ „zezwalają” doktrynie na wyodrębnienie obok spółki typowej, jaką jest zewnętrzna spółka cywilna, jej postaci szczególnej – spółki o charakterze tylko wewnętrznym¹⁰⁹, o tyle polskie przepisy bynajmniej na to nie wskazują. Według przeważającego poglądu doktryny niemieckiej zewnętrzna spółka cywilna zawsze musi być spółką opartą na koncepcji wspólności do niepodzielnej ręki, czego nie może mieć już spółka wewnętrzna. Toteż w razie niewykształcenia majątku do niepodzielnej ręki, spółka taka będzie *de facto* spółką tylko wewnętrzną¹¹⁰. W Polsce należy opowiedzieć się za stanowiskiem przeciwnym wprowadzeniu rozróżnienia spółek cywilnych na zewnętrzne i wewnętrzne¹¹¹. W Niemczech bowiem podstawowym kryterium tego podziału jest wykształcenie majątku do niepodzielnej ręki, w Polsce zaś majątek ten uznać należy za element konstytutywny spółki cywilnej¹¹². W doktrynie zwrócono ponadto uwagę, że akcentowanie w Niemczech roli majątku do niepodzielnej ręki przy wyróżnianiu spółek wewnętrznych skutkuje marginalizacją wagi elementów organizacji i identyfikacji spółki¹¹³, gdy tymczasem są one nieodzowne dla istnienia spółki cywilnej w Polsce. Ta ostatnia bowiem wskazuje na nabywanie praw i zaciąganie zobowiązań przez wspólników za pomocą ram organizacyjnych spółki, co potwierdza również kognitywny przepis art. 864 k.c.¹¹⁴, przewidujący solidarną od-

¹⁰⁸ Por. § 705–740 BGB – ustawa z dnia 18 sierpnia 1896 r., RGBI 1896, 195. O niemieckiej spółce cywilnej (§ 705–740 BGB) zob. *Niemiecka ustawa o spółkach z ograniczoną odpowiedzialnością GmbHG, Przepisy kodeksu cywilnego BGB o spółce cywilnej*, Warszawa 1997, w tłumaczeniu R. Janusz, s. 101–115; L.J. Smith, C. de Cussy, Ch. Taylor, T. Włudyka, *op. cit.*, s. 40–43; A. Całus, *op. cit.*, s. 228 i 230; A. Herbet, *op. cit.*, s. 338–341; M. Podleś, *Charakter prawny spółki cywilnej w świetle...*, s. 398–414.

¹⁰⁹ Charakteryzuje się ona tym, że nie występuje w obrocie prawnym „jako spółka”, a czynią to poszczególni jej wspólnicy we własnym imieniu, którzy wedle umowy spółki, pozostają w stosunku wewnętrznym zobowiązani względem wspólników pozostałych – por. orzeczenie Trybunału Federalnego z dnia 23 czerwca 1960 r., II ZR 172/59; K. Schmidt, *Gesellschaftsrecht*, Kolonia, Berlin, Bonn, Monachium 2002, s. 1766 i n.; P. Ulmer (red.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, t. 3, Monachium 1986, s. 513 i n., za: M. Podleś, *Charakter prawny spółki cywilnej na tle...*, s. 177–178.

¹¹⁰ Brak przy tym domniemania istnienia spółki zewnętrznej – szerzej: M. Podleś, *Charakter prawny spółki cywilnej na tle...*, s. 179–180 i przytoczona tam literatura.

¹¹¹ Argumenty świadczące o niewystępowaniu w ramach polskiej regulacji o spółce cywilnej spółek wewnętrznych przedstawił M. Podleś, *Charakter prawny spółki cywilnej w świetle...*, s. 401, przypis 17.

¹¹² Tak też M. Podleś, *Charakter prawny spółki cywilnej na tle...*, s. 180–181.

¹¹³ Mają one jednak niemałe znaczenie przy odróżnianiu zewnętrznych spółek cywilnych mających zdolność prawną od takowych pozbawionych tej zdolności – M. Podleś, *Charakter prawny spółki cywilnej na tle...*, s. 179.

¹¹⁴ Gdy tymczasem w Niemczech brakuje odpowiedniego przepisu art. 864 k.c. – M. Podleś, *Charakter prawny spółki cywilnej w świetle...*, s. 399.

powiedzialność współników za zobowiązania spółki. Wydaje się, że w tak zakreślonych ramach spółki cywilnej nie ma miejsca na stosunek stwarzający tylko podstawę współdziałania między określonymi osobami występującymi wobec osób trzecich jedynie we własnym imieniu, co nie oznacza braku możliwości powołania go na mocy zasady swobody umów. Chyba więc słusznie przeciwnicy¹¹⁵ wyróżniania na tle regulacji polskiej spółek cywilnych zewnętrznych i wewnętrznych powołują się na brak podstawy normatywnej takiego zabiegu, interpretację *contra legem* przepisu art. 864 k.c., a nadto „nadwężenie” zasady *numerus clausus* spółek, skoro taka spółka wewnętrzna byłaby *de facto* nowym – bo nieznanym ustawodawstwu polskiemu – „typem” spółki.

Rodzi się pytanie, czy ewentualna akceptacja możliwości istnienia na gruncie polskim spółek wewnętrznych wystarczyłaby do uzasadnienia fenomenu spółki cichej? Wydaje się, że nie. Wówczas niepotrzebna byłaby odrębna regulacja spółki cichej, skoro owa spółka „wynikałaby” z przepisów o spółce cywilnej i wystarczyłoby jedynie nazwać odpowiednio umowę. W spółce cichej nie chodzi tylko o niewystępowanie współnika cichego w obrocie, lecz właśnie o specyficzne zasady odpowiedzialności czy partycypowania w zysku i stratach. A te są w istocie diametralnie różne od tych w spółce cywilnej. Nie przekonują uzasadnienia zwolenników teorii spółki wewnętrznej o wyłączeniu z niej przepisu dotyczącego odpowiedzialności za zobowiązania spółki (art. 864 k.c.)¹¹⁶, tym bardziej że o elementach konstytutywnych danej instytucji nie decyduje jedynie tzw. definicja ustawowa, lecz rozpatrzyć należy całość odnoszących się do niej przepisów¹¹⁷. *Essentialia negotii* nie zawsze w sposób dostatecznie dokładny pozwalają dokonać prawnej kwalifikacji umowy; „funkcję pomocniczą” pełnić więc mogą *naturalia negotii*¹¹⁸.

¹¹⁵ M.in. W. Kubala, K. Kubala, *Umowa spółki cywilnej*, C.H. Beck, Warszawa 1999, s. 66; D. Pawłyszczke, *Reprezentacja w spółce cywilnej*, PPH 1997, nr 11, s. 28; A.W. Wiśniewski, *op. cit.*, s. 19 i 88–89.

¹¹⁶ Np. według A. Dyonika, *op. cit.*, s. 16, skoro w spółce wewnętrznej nie ma zobowiązań spółki, nie stosuje się do niej art. 864 k.c.

¹¹⁷ Tak w konsekwencji również A.W. Wiśniewski, *op. cit.*, s. 124, uznając, że zarówno przepis art. 863, jak i art. 864 k.c. nie należą do elementów definiujących spółkę cywilną (*essentialia negotii*), lecz stanowią tzw. *naturalia negotii* – przewidziane w ustawie konsekwencje zawarcia umowy spełniającej wymagania określone w art. 860 k.c. Według niego, skoro spółka cicha odpowiada tym wymaganiom, to przepisy dotyczące wspólności majątkowej (możliwy do uchylenia wyrażną umową współników) i solidarnej odpowiedzialności współników muszą się do niej *de lege lata* – przy braku jej normatywnej regulacji – stosować (por. jednak rozdz. III pkt 4 i podsumowanie niniejszej pracy). Zob. też M. Podleś, *Charakter prawny cywilnej na tle...*, s. 181 (przypis 26) oraz Z. Radwański, *Teoria umów*, Warszawa 1977, s. 212 i n. (kryteria kwalifikujące daną umowę do umów nazwanych, metoda typologiczna). Na temat niektórych ujęć typologicznych w doktrynie zob. M. Sośniak, *Zagadnienia typologii i systematyki umów obligacyjnych*, Katowice 1990, s. 24–30.

¹¹⁸ Nie zacierając przy tym różnicy między tymi dwoma elementami umowy – Z. Radwański, *Teoria...*, s. 251. Jako *essentialia negotii* tradycyjnie rozumie on składniki przedmiotowo istotne umowy – *ibidem*, s. 249.

W świetle tego uznać należy, że zamiarem ustawodawcy polskiego było skierowanie działalności spółki cywilnej na zewnątrz, o czym przekonuje choćby bezwzględnie obowiązujący przepis art. 864 k.c. Polska spółka cywilna może być więc „tylko” spółką zewnętrzną – występującą w obrocie jednostką organizacyjną. Z kolei brak analogicznego zapisu w niemieckiej regulacji pozwala doktrynie na konstruowanie różnych typów spółek mieszczących się w przepisach § 705–740 BGB. Nie wydaje się ponadto nieodzowne – na tle polskiego stanu prawnego – w odniesieniu do spółki cichej przyjęcie koncepcji spółki wewnętrznej jako jedynej pozwalającej na egzystencję instytucji o kształcie spółki cichej uregulowanej w k.h., bowiem zasada swobody umów z powodzeniem pozwala na powołanie do życia takiego bytu.

4. Spółka cicha jako *contractus innominatus*¹¹⁹

Przeciwstawne do przedstawionych stanowisko uznaje spółkę cichą – w jej kształcie kodeksowym – za umowę „jedynie”, a nie spółkę. Tak np. W. Czachórski wskazywał, że jest ona „czymś pośrednim między zwykłą pożyczką a udziałem w cudzym przedsiębiorstwie”, nie będąc najczęściej uznawana za spółkę handlową w rozumieniu przepisów prawa handlowego¹²⁰. Traktowano ją w konsekwencji jako instytucję odrębną, coś pośredniego między klasyczną umową a spółką, a mogącą egzystować po uchyleniu k.h. jako umowa nienazwana. Słusznie zastrzegano, że nie jest ona spółką w sensie prawnym, a co najwyżej gospodarczym; już bowiem założenia spółki cywilnej sprzeciwiałyby się istocie spółki cichej¹²¹. Zbyt radykalne wydają się jednak poglądy dotyczące niemożliwości analogicznego nawet skorzystania z rozwiązań spółki cywilnej¹²². Skutkowałyby one bowiem iluzorycznością samej zasady swobody umów. Jeżeli spółka cicha wykazuje wiele podobieństw do spółki cywilnej, to można wyciągnąć wniosek, że sięgnięcie do tych nie sprzeciwiających się istocie spółki cichej uregulowań może być nawet wskazane.

Argumentacja zwolenników omawianego stanowiska opiera się na wykazaniu odmienności pozostałych spółek wobec spółki cichej, co prowadzi do wniosku, że ta ostatnia jest jedynie umową – i to obecnie nienazwaną. Teza taka – *de*

¹¹⁹ Na temat umów nienazwanych i ich konsekwencji zob. np. B. Gawlik, *Pojęcie umowy nienazwanej*, SC 1971, t. XVIII, s. 5 i n. Ponadto: E. Gniewek (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2006, s. 502–508; R. Longchamps de Bérier, *Polskie prawo cywilne*, Lwów 1939, wyd. anastatyczne, Poznań 1999, s. 148; Z. Radwański, *Teoria...*, Warszawa 1977, s. 242–248; Z. Radwański, J. Panowicz-Lipska, *Zobowiązania, część szczegółowa*, C.H. Beck, Warszawa 2005, s. 9; S. Włodyka (red.), *Prawo umów...*, s. 46 i n. Zob. też w. SN z dnia 27 października 2004 r., III CK 414/03, Lex nr 146346.

¹²⁰ W. Czachórski, *Prawo zobowiązań w zarysie*, Warszawa 1968, s. 645.

¹²¹ S. Grzybowski, [w:] S. Grzybowski (red.), *System...*, s. 887–890.

¹²² A jakkolwiek analogię wykluczał S. Grzybowski, *ibidem*, s. 889.

lege lata przynajmniej – nie budzi wątpliwości, choć nie ze wszystkimi stwierdzeniami jej zwolenników można się zgodzić¹²³. Czy bowiem na pewno spółka cicha jest „jedynie” umową i właściwie nie ma „nic wspólnego” ze spółkami? Wydaje się, że stanowisko takie jest zbyt radykalne. Porównując przy tym spółkę cichą z innymi podobnymi w jakimś stopniu umowami¹²⁴, nie można również uznać, by była ona podtypem czy modyfikacją którejs z nich. Różnice między nimi są bowiem zbyt duże.

Pozostaje uznać, że spółka cicha jest specyficznym, samodzielnym tworem, zasługującym na powtórna zresztą normatywną regulację. Jako stosunek zobowiązaniowy jedynie nie kreuje nowego podmiotu, toteż nie może być uznana za spółkę. Definitywna „cichość” już to zresztą wyklucza. Z kolei istnienie „wspólnego celu” i współdziałania stron do jego realizacji upodabnia ją do spółek. Można więc wyciągnąć wniosek, że jest ona *quasi*-spółką. Bezsprzecznie, *de lege lata*, zasada swobody umów gwarantuje jej gospodarcze funkcjonowanie jako umowy nienazwanej, spełniającej warunek oryginalności wobec umów nazwanych. Co to oznacza w praktyce? Otóż w doktrynie podkreśla się, że prawne konsekwencje umów nienazwanych są określane według ogólnych reguł przewidzianych dla wszelkich umów odrębnych¹²⁵, a różnica polega tylko na ich uboższej ustawowej regulacji w porównaniu z umowami nazwanymi¹²⁶. Pamiętać należy, że to dokonana przez strony regulacja prawna ma pierwszorzędne znaczenie, poza tym treść umowy ustalana jest według obiektywnych reguł art. 56 k.c. Organ stosujący *per analogiam* przepisy dotyczące umów nazwanych powinien uwzględniać, oprócz treści umowy, także cechy stron. Problematiczna jest natomiast kwestia stosowania do umów nienazwanych w drodze *analogia legis* rozstrzygnięć przewidzianych dla umów nazwanych, które modyfikują ogólny reżim umów ustanowiony przepisami *ius cogens*. W doktrynie wskazuje się jednak na dopuszczalność tego w świetle zasady swobody umów¹²⁷, tym bardziej że „na straży” interesów stron stoi przepis art. 58 k.c.

W konsekwencji stwierdzić należy, że poszukując odpowiednich przepisów mogących mieć zastosowanie do spółki cichej, należy zastanowić się, czy można zastosować konkretny przepis. Odpowiednie stosowanie pozwoli przy tym zachować należytą rezerwę, konieczną – jak się wydaje – do niezatrącenia istoty spółki cichej¹²⁸. Powstaje zatem pytanie zasadnicze tak dla tej, jak i poprzedniej koncepcji o przepisy mogące mieć zastosowanie do konstrukcji spół-

¹²³ Np. co do braku wspólnego celu w spółce cichej. Zob. przypis 82.

¹²⁴ Szeroko: K. Żurek, *op. cit.*, s. 98–105.

¹²⁵ Zwłaszcza art. 56, 385, 386 k.c. – Z. Radwański, *Teoria...*, s. 242.

¹²⁶ Przez to, że brakuje dla nich szczególnych norm, które należałoby stosować bezpośrednio – *ibidem*.

¹²⁷ *Ibidem*, s. 245. Autor rozważa dalej doniosłość kognitywnych norm umów nazwanych wobec umów nienazwanych (s. 245–247), dochodząc do wniosku, że każdy przypadek wymaga indywidualnej kwalifikacji (s. 246).

¹²⁸ A. Koronkiewicz, *Spółka cicha jako...*, s. 144.

ki cichej, przy braku pełnej regulacji teźże w umowie stron¹²⁹. Poglądy doktryny w zasadzie są tutaj zbieżne. Do spółki cichej znajdują zastosowanie przepisy części ogólnej prawa cywilnego oraz części ogólnej prawa zobowiązań, a zwłaszcza art. 56 i 65 k.c. oraz dotyczące zawierania i wykonywania umów oraz odpowiedzialności¹³⁰. Ponadto zgodnie ze stanowiskiem, że do umów nienazwanych można stosować „w miarę potrzeby przepisy o umowach nazwanych w drodze analogii lub wprost zależnie od celu umowy i podobieństwa tego celu z celami umów nazwanych”¹³¹, uzasadnione wydaje się stosowanie *per analogiam* przepisów dotyczących spółki cywilnej¹³² przy jednoczesnym zważeniu na zachowanie istoty spółki cichej. Oznacza to, że niektóre z tych przepisów znajdują zastosowanie do spółki cichej wprost, niektóre z modyfikacjami, inne zaś nie znajdują. Nie znajdują więc zastosowania przepisy dotyczące sfery zewnętrznej w spółce cywilnej, czyli regulujące stosunki majątkowe, solidarną odpowiedzialność wspólników, prowadzenie spraw i reprezentację spółki (art. 863, 864, 865, 866 k.c.). Wprost zastosowanie znaleźć mogą natomiast przepisy dotyczące formy umowy spółki, regulujące prawo do wypłaty zysku, przedłużenia umowy i rozwiązania spółki przez sąd (art. 860 § 2, 868, 873, 874 k.c.). I wreszcie, odpowiednio¹³³, to znaczy po dokonaniu niezbędnych modyfikacji, aby pozycja stron nie była „gorsza” niż przewidziana k.h., zastosować można przepisy pozostałe, a więc dotyczące udziału w zyskach i stratach (art. 867 k.c. zważywszy na art. 684 k.h.¹³⁴), możliwości wystąpienia wspólnika ze spółki (art. 869 k.c. „w kontekście” art. 690 § 1 k.h.¹³⁵), sytuacji spadkobierców (art. 872 k.c. przy uwzględnieniu art. 687

¹²⁹ Przy czym skonstruowanie „dobrej” umowy spółki cichej w praktyce nie jest łatwe. Szeroko: A. Koronkiewicz, *Spółka cicha w...*, s. 54–62.

¹³⁰ Skoro dopuszczalność jej zawarcia wynika z zasady swobody umów, zob.: D. Fuchs, *op. cit.*, s. 226; E. Gniewek (red.), *Kodeks...*, s. 1296; T. Iwanek, *op. cit.*, s. 75; W. Jaślan, *Spółki...*, s. 14; także, *Umowy w działalności gospodarczej, wzory, objaśnienia, orzecznictwo*, Warszawa 2000, s. 362; J. Jacyzyn, *Spółka cicha jako...*, s. 94–96; A. Jakubecki, A. Kidyba, J. Mojak, R. Skubisz, *op. cit.*, s. 88; A. Koch, *op. cit.*, s. 2; R. Kołodziejewski, *op. cit.*, s. 53; S. Naruszewicz (red.), *op. cit.*, s. 45; M. Pałtynowicz, *op. cit.*, s. 18–19; M. Rodzynekiewicz, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, Lexis Nexis, Warszawa 2007, s. 10; T. Siemiątkowski, R. Potrzebszcz (red.), *Komentarz do Kodeksu spółek handlowych, spółki osobowe*, Lexis Nexis, Warszawa 2001, s. 21; R. Szczepaniak, M. Rudnicki, M. Knaflewski, *Polskie prawo spółek*, Wyd. Prawo i Praktyka Gospodarcza 2002, s. 70–71.

¹³¹ W. Czachórski (red.), *Zobowiązania. Zarys wykładu*, Lexis Nexis, Warszawa 2003, s. 133.

¹³² Szeroko: K. Żurek, *op. cit.*, s. 76–93. Zob. też: A. Koch, *op. cit.*, s. 2; S. Naruszewicz (red.), *op. cit.*, s. 45; M. Pałtynowicz, *op. cit.*, s. 19; A. Redzik, *op. cit.*, s. 145; K. Załucki, *op. cit.*, s. 220.

¹³³ Znaczenie tegoż – J. Nowacki, „Odpowiednie” stosowanie przepisów prawa, PiP 1964, nr 3, s. 367–376 (zwł. s. 372–373).

¹³⁴ Art. 684 k.h. stanowił: „§ 1. Wspólnik cichy uczestniczy w zysku i stratach w stosunku odpowiadającym słuszności. § 2. W stratach uczestniczy wspólnik cichy do wysokości umówionego wkładu. § 3. Umowa spółki może zwolnić wspólnika cichego od udziału w stratach”.

¹³⁵ Art. 690 § 1 k.h. stanowił: „§ 1. Spółkę, zawartą na czas nieoznaczony, może wspólnik wypowiedzieć na sześć miesięcy przed końcem roku obrotowego. § 2. Spółkę, zawartą na czas życia wspólnika, uważa się za zawartą na czas nieoznaczony”.

i 688 pkt 5 k.h.¹³⁶), stosunków między wspólnikami po wystąpieniu wspólnika lub rozwiązaniu spółki (art. 871 i 875 k.c.) oraz wypowiedzenia przez wierzyciela osobistego (art. 870 k.c.), aczkolwiek ten ostatni przepis przy zastrzeżeniu, że odnosić się to będzie tylko do wspólnika cichego¹³⁷. Ponadto w doktrynie słusznie wskazuje się na obowiązek wypłaty wspólnikowi cichemu zysku przypadającego na niego w chwili wystąpienia ze spółki czy też jej rozwiązania, skoro wynika on z istoty spółki cichej. Toteż brak w k.c. przepisu analogicznego do art. 693 § 1 k.h.¹³⁸ nie może stać temu na przeszkodzie¹³⁹.

Stwierdzenie możliwości egzystowania spółki cichej w obrocie gospodarczym na podstawie zasady swobody umów pieczętuje tym samym kontraktowy charakter tej instytucji¹⁴⁰. Strony mogą skonstruować umowę indywidualną, opierając się na wybranych przepisach k.c., a nawet uchylonego k.h. W ostatnim przypadku wyraźna treść umowy, a nie jedynie klauzula powołująca się na k.h., powinna uzyskać odpowiednie brzmienie, choć w doktrynie opinie na ten temat są podzielone¹⁴¹. Drugie rozwiązanie przeczyłoby jednak zasadzie pewności obrotu prawnego, a nawet byłoby „sprzeczne z prawem i nieważne *ex lege*”¹⁴². Jednocześnie zdawać sobie należy sprawę z niebezpieczeństwa wypływającego z braku normatywnej regulacji spółki cichej. Skoro strony na podstawie zasady swobody umów mają prawo ukształtować wybrane kwestie tak jak one „wyglądały” w k.h., to rodzi się pytanie – co w sytuacji niedostatecznej znajomości tych przepisów, a właściwie ich skutków¹⁴³? Takie pytania można mnożyć, a odpowiedzi nie są proste. Wydaje się więc, że najlepszym rozwiązaniem byłyby normatywna petryfikacja umowy spółki cichej.

¹³⁶ Art. 687 k.h. stanowił: „Spadkobiercy wspólnika cichego powinni wskazać kupcowi jedną osobę do wykonywania praw zmarłego wspólnika”, a art. 688 pkt 5 k.h.: „Rozwiązanie umowy spółki cichej powodują: [...] śmierć kupca”.

¹³⁷ Niezbędne modyfikacje omawia szeroko K. Żurek, *op. cit.*, s. 87–93.

¹³⁸ Art. 693 § 1 k.h. stanowił: „§ 1. Po rozwiązaniu spółki powinien kupiec dokonać rozliczenia ze wspólnikiem cichym na podstawie osobnego bilansu i wypłacić mu należność jego w gotówce”.

¹³⁹ *Ibidem*, s. 93.

¹⁴⁰ A. Koronkiewicz, *Spółka cicha na...*, s. 41.

¹⁴¹ Według W. Jaśłana, *Spółki...*, s. 14, można powoływać się wprost na stosowane przepisy uchylonego k.h., ale strony w umowie spółki musiałyby wyraźnie zaznaczyć, że zawierają ją według regulacji k.h. Wykluczył taką możliwość m.in. S. Grzybowski, [w:] S. Grzybowski (red.), *System...*, s. 888, według którego treść umowy spółki cichej, oprócz postanowień art. 56 i 58 k.c., wyznaczona jest także innymi ogólnymi przepisami zawartymi w k.c. Ponadto na kształt prawny spółki cichej wpływ powinny mieć obowiązujące w tej materii praktyki i ustalone zwyczaje.

¹⁴² M. Pałynowicz, *op. cit.*, s. 19.

¹⁴³ J. Jacyszyn, *Spółka cicha...*, s. 116, radzi w takiej sytuacji załączać dodatkowe klauzule zawierające postanowienia o znajomości rozwiązań kodeksowych, razem z deklaracją ponoszenia skutków prawnych związanych z treścią umów spółek cichych.

IV. Podsumowanie

Regulacja kodeksowa spółki cichej w Polsce oraz przegląd stanowisk doktryny na jej temat uprawniają do wniosku, że uznać ją należy zarówno w czasie normatywnej regulacji, jak i *de lege lata* za twór szczególny, umowę *sui generis* nietworzącą spółki, ale jednocześnie niebędącą klasycznym stosunkiem zobowiązaniowym, mogącą zaś pretendować do miana „quasi-spółek” („bytu spółkowego”). Jeśli bowiem przyjąć, że o „zaliczeniu” konkretnej instytucji do „bytów spółkowych” decyduje jej podobieństwo do spółek¹⁴⁴, to spółka cicha za taki „byt” czy też rodzaj spółki atypowej¹⁴⁵ może być uznana¹⁴⁶. Ponadto, skoro ustawodawca – i to również „zagraniczny”¹⁴⁷ – nazwał ją spółką, to chyba nie bez powodu. Co prawda znalazła ona swe uregulowanie w przepisach dotyczących czynności handlowych, a nie spółek, ale świadczy to co najwyżej o tym, że nie była ona spółką, co nie przeszkadza, by miała ona pewne cechy „spółkowe”¹⁴⁸. Warto zauważyć, że w dużej mierze od woli stron zależało – i tym bardziej zależy obecnie¹⁴⁹ – ukształtowanie „charakteru prawnego” spółki cichej. One to bowiem decydując się na zwiększenie uprawnień wspólnika cichego w stosunku do minimum, jakie gwarantował mu Kodeks, zbliżały tak zawartą umowę do spółek. Z kolei przyjęcie klasycznej regulacji kodeksowej oznaczało, zwłaszcza przy jednoczesnej „biernej”¹⁵⁰ postawie wspólnika cichego, powołanie do życia typowej spółki cichej, czyli mającej większość cech świadczących raczej o umowie „tylko” niż „również” o spółce. Konsekwentnie jednak należy stwierdzić, że zarówno za czasów normatywnej regulacji, obecnie, jak i *de lege ferenda* jest spółka ci-

¹⁴⁴ Przez wypełnienie choćby jednego istotnego dla „definicji” spółki elementu.

¹⁴⁵ Za taką też uznaje ją S. Włodyka, *Kodeksowe spółki atypowe*, C.H. Beck, Warszawa 2004, s. X, przyjmując jako kryterium sposób ujawniania wspólnika. Przez spółki atypowe rozumie on spółki odbiegające swym kształtem od typowego, ustawowego ich kształtu, ze względu na jeden z elementów ich struktury organizacyjno-prawnej. Toteż tak powstała spółka atypowa „stanowi poniekąd pewien przekrój poprzez wszystkie lub niektóre normatywne typy spółek [...] ze względu na jeden z elementów organizacyjno-prawnych”. Do wyróżnionego tak katalogu zalicza oprócz spółki cichej: spółkę jednoosobową, spółkę w organizacji, spółkę koncernową lub holdingową, spółkę pracowniczą itd. Szeroko na temat spółek atypowych również: A. Kidyba, *Atypowe spółki handlowe*, Zakamycze 2006.

¹⁴⁶ Posiadając choćby *affectio societatis*. O wypełnianiu w pewnym stopniu przez spółkę cichą cech „prawdziwych spółek” szeroko: A. Koronkiewicz, *Spółka cicha jako...*, s. 127–144. Odmiennie: O. Grzesiok, *Spółka cicha na tle...*, s. 76–90.

¹⁴⁷ Na temat spółki cichej w innych państwach m.in.: S. Machalski, *Spółka...*, s. 32 i n.; M. Pałtynowicz, *op. cit.*, s. 22–23; A. Redzik, *op. cit.*, s. 137–144; K. Załucki, *op. cit.*, s. 203–223.

¹⁴⁸ A. Koronkiewicz, *Spółka cicha jako umowa...*, s. 132–133.

¹⁴⁹ Zwracając uwagę oczywiście na granice zasady swobody umów (art. 353¹ k.c.) i zachowanie istoty spółki cichej, która wynika z przepisów k.h.

¹⁵⁰ Czyli brak zainteresowania z jego strony losami wniesionego do majątku przedsiębiorcy wkładu.

cha odseparowana od „rzeczywistych spółek gęstym kordonem”¹⁵¹, co wszelkie rozważania o ewentualnej jej podmiotowości czyni bezprzedmiotowymi. To też nawet próby uznania spółki cichej za rodzaj spółki prawa cywilnego zmienić tego nie mogą, skoro *de lege lata* przesądzony został przez ustawodawcę brak podmiotowości cywilnoprawnej spółki cywilnej. Co prawda jeszcze w latach 90. XX w. jej charakter prawny budził wątpliwości. Mimo braku podmiotowości cywilnoprawnej była ona uważana za podmiot gospodarczy¹⁵², dysponujący zdolnością upadłościową¹⁵³, układową¹⁵⁴ oraz zdolnością sądową w sprawach gospodarczych¹⁵⁵, cech charakterystycznych właśnie dla podmiotów prawa. W doktrynie podkreślano jednak, że podmiotowość w prawie prywatnym gospodarczym nie może pozostawać w oderwaniu od takiej w prawie cywilnym¹⁵⁶. W obecnym stanie prawnym nie ma wątpliwości, że spółka ta nie jest podmiotem prawa cywilnego, a umową zawieraną między wspólnikami, choć – ze względu na istnienie sfery stosunków zewnętrznych – specyficzną¹⁵⁷. Toteż nawet jeśli uznać, jak tego

¹⁵¹ J. Litaeur, *op. cit.*, s. 172–173.

¹⁵² Szeroko o kontrowersjach wokół podmiotowości gospodarczej spółki cywilnej – J. Frąckowiak, *Pojęcie, powstanie...*, s. 37–42; M. Litwińska, *op. cit.*, s. 7 i n.; M. Modrzejewska, *W sprawie podmiotowości prawnej i gospodarczej spółki cywilnej*, PPH 1995, nr 6, s. 27 i n. Analiza stanowiska SN – W.J. Katner, *Kupiec, podmiot gospodarczy, przedsiębiorca – ewolucja pojęciowa*, [w:] *Księga pamiątkowa dla uczczenia pracy naukowej Profesora Kazimierza Kruczałaka*, GSP 1999, t. 5, s. 175–178. K. Korzan uznał ją za byt odrębny, wyposażony w przymiot podmiotowości prawnej, mogący występować w obrocie cywilnym jako samodzielny kontrahent stosunków materialnoprawnych i jako samodzielna strona procesowa w postępowaniu cywilnym – K. Korzan, *Współuczestnictwo wspólników w sprawie odpowiedzialności za długi spółki cywilnej zewnętrznej i wewnętrznej*, Rejent 2000, nr 1, s. 14 i 18.

¹⁵³ Zob. np. uchwała SN z dnia 27 maja 1993 r., III CzP 61/93, OSNC 1994, nr 1, poz. 7, Lex nr 3946; postanowienie SN z dnia 21 lutego 1995 r., I CRN 6/95, OSNC 1995, nr 6, poz. 102, Lex Polonica nr 303687.

¹⁵⁴ Zob. np. uchwała SN z dnia 28 lipca 1993 r., III CzP 97/93, OSNC 1994, nr 1, poz. 20, Lex Polonica nr 236732.

¹⁵⁵ E. Gniewek, *O skutkach przyznania zdolności sądowej spółkom cywilnym w postępowaniu przed sądami gospodarczymi*, Przegląd Sądowy 1995, nr 11–12, s. 22 i n. Ewolucję stanowiska SN w tej kwestii analizuje m.in. K. Konieczny, *op. cit.*, s. 31–32. Krytykę uchwały składu 7 sędziów SN z dnia 26 stycznia 1996 r., III CzP 111/95, OSNC 1996, nr 5, poz. 63, w której SN uznał, że spółka cywilna nie ma zdolności prawnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej, ale ma tu zdolność sądową, przeprowadził m.in. H. Mądrzak, *op. cit.*, s. 182–183. O zdolności sądowej z perspektywy teorii prawa szeroko: T. Kaczmarek, *op. cit.*, zwłaszcza s. 44–48: zdolność sądowa jako procesowy odpowiednik zdolności prawnej oraz jako konsekwencja posiadania zdolności prawnej; roz. V: ogólna zdolność sądowa i jej odmiany – s. 135 i n.

¹⁵⁶ J. Frąckowiak, *Podmiot gospodarczy. Kilka uwag o konsekwencjach wyodrębnienia tej kategorii podmiotów w prawie cywilnym*, Prawo CCXLII, Wyd. Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 1995, s. 9. Jako podstawę uznania podmiotowości spółki cywilnej wskazywał przepis art. 2 ust. 2 ustawy o działalności gospodarczej będący *lex specialis*, wprowadzający bądź podkreślający istnienie w prawie cywilnym trzeciej kategorii podmiotów prawa (o liczbie kategorii podmiotów gospodarczych – s. 14 i n.; problematyka spółki cywilnej – s. 18 i n.).

¹⁵⁷ Czyniącą z niej *de facto* organizację – jednostkę organizacyjną.

chęcą niektórzy, spółkę cichą za rodzaj, typ spółki cywilnej, abstrahując przy tym od dopuszczalności takiego zabiegu na gruncie ustawodawstwa polskiego, to i tak wszystko „zamknie się” jedynie w nazwie spółki cichej jako spółki, podczas gdy charakter prawny, czyli uznanie spółki cichej *de facto* za stosunek zobowiązaniowy, pozostanie niezmieniony. Wydawać by się mogło, że rozbieżności wyniknąć mogą w kwestii stosowania odpowiednich przepisów k.c., w tym przepisów o spółce cywilnej. Zwolennicy teorii spółki cichej jako rodzaju cywilnej spółki wewnętrznej zwykle owe przepisy dopuszczają. Nie widać jednak przeszkód, by i przedstawiciele stanowiska tylko „zobowiązaniowego” charakteru prawnej spółki cichej skorzystali z tych rozwiązań. Toteż można wysnuć wniosek, że niezależnie od przyjętej koncepcji konsekwencje prawne obu stanowisk są zbliżone – możliwość stosowania do spółki cichej niektórych przepisów k.c. dotyczących spółki. *De lege ferenda* natomiast należałoby postulować jak najszybszą interwencję ustawodawcy, albowiem stan aktualny, czyli normatywny niebył spółki cichej, budzi niedosyt, wpływając ponadto negatywnie na bezpieczeństwo obrotu prawnego-gospodarczego¹⁵⁸. Reaktywacja prawna spółki cichej rozwiązałaby przy najmniej część wątpliwości, w tym dotyczących najistotniejszej w praktyce kwestii odpowiedzialności wspólnika cichego za zobowiązania przedsiębiorcy, skoro niektórzy nakazują stosować przepisy o spółce cywilnej, zaprzeczając tym samym niepowtarzalność konstrukcji spółki cichej.

Pierwszym krokiem legislatury będzie zadecydowanie o kształcie prawnym spółki cichej, przy czym mając na uwadze zachowanie istoty tej instytucji, nie-realne byłoby uregulowanie jej na wzór spółek handlowych, a nawet spółki cywilnej. Wydaje się, że nie pozostaje nic innego jak stworzenie czy w pewnym stopniu reaktywowanie kolejnej w ustawodawstwie cywilnym umowy. Najwłaściwszym zaś dla niej miejscem wydaje się k.c.¹⁵⁹ Próżno ponadto „szukać” podmiotowości spółki cichej w porządkach prawnych innych państw, w tym przede wszystkim w będącym wzorem dla polskiej regulacji modelu niemieckim, co utwierdza jedynie w przekonaniu o adekwatności zarówno dawnego, jak i obecnego *status quo* w tym zakresie¹⁶⁰.

¹⁵⁸ Szerzej: A. Koronkiewicz, *Reaktywacja...*, s. 56–58.

¹⁵⁹ Możliwe byłoby również uregulowanie jej w odrębnej ustawie, aczkolwiek k.c. wydaje się miejscem odpowiedniejszym. Szeroko o różnych wariantach postaci i miejsca regulacji spółki cichej *de lege ferenda*: A. Koronkiewicz, *Spółka cicha na tle...*, s. 41–42. Warto ponadto zwrócić uwagę, że w uzasadnieniu projektu k.s.h. stwierdzono, iż „otwartą [...] pozostaje kwestia ewentualnego uregulowania umowy spółki cichej jako umowy zobowiązaniowej [...] w k.c.” – S. Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, *Uzasadnienie projektu ustawy – Prawo spółek handlowych*, Studia Prawnicze 1998, nr 1–2, s. 154. Por. S. Sołtysiński, A. Szajkowski, J. Szwaja, *Założenia reformy prawa spółek handlowych (z prac Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego)*, Prawo Spółek 1997, nr 6, s. 5. Zob. też spostrzeżenia A. Kappesa, *op. cit.*, s. 11–12.

¹⁶⁰ Mając na uwadze, że i tak na skutek braku normatywnej regulacji spółki cichej *de lege lata* uznanie jej za podmiot prawa byłoby niemożliwe.