

Opis istotnych zagadnień dla Komisji Kwalifikacyjnej do zadania polegającego na opracowaniu drugiego projektu aktu notarialnego w dniu 5 września 2018 r.

Przedmiotem zadania jest sporządzenie projektu aktu notarialnego zawierającego umowę spółki, do której zastosowanie ma ustawa z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej. Zdający powinni zwrócić uwagę na następujące zagadnienia:

1. Kwestia wkładów do spółki:

a. Według wspólników, jednym z rozważanych alternatywnie wkładów niepieniężnych ma być know-how, określane przez wspólnika Kajetana Kamińskiego jako polegające na wiedzy dotyczącej zarządzania spółkami prowadzącymi działalność sportową. Przy ocenie możliwości wniesienia takiego know-how, zdający powinien mieć na uwadze, że zgodnie z treścią art. 14 § 1 k.s.h., przedmiotem wkładu nie może być świadczenie pracy bądź usług. Wkład opisany tymczasem jako „wiedza polegająca na zarządzaniu spółkami prowadzącymi działalność sportową”, którą Kajetan Kamiński ma świadczyć spółce, wykonując funkcję członka zarządu przez 5 lat, jest typowym świadczeniem pracy bądź usług i narusza wyraźnie art. 14 § 1 k.s.h. Możliwość wniesienia know-how jest dopuszczona przez doktrynę, o ile jednak polega na wykorzystywaniu przez zarząd spółki i nie znajduje się jedynie w umyśle udziałowca. Know-how powinien mieć zatem wymiar materialny. Przepisy o transferze technologii określają przy tym know-how jako pakiet nieopatentowanych informacji praktycznych, wynikających z doświadczenia i badań, które są:

- 1) niejawne, czyli nie są powszechnie znane lub łatwo dostępne,
- 2) istotne, czyli ważne i użyteczne z punktu widzenia wytwarzania produktów objętych umową,
- 3) zidentyfikowane, czyli opisane w wystarczająco zrozumiały sposób, aby można było sprawdzić, czy spełniają kryteria niejawności i istotności.

Doktryna jako przykład orzecznictwa sądowego dotyczącego know-how przywołuje zwykle postanowienie Sądu Wojewódzkiego w Warszawie z dnia 2 lipca 1990 r. ([XIV GR 1/90](#), OG 1991, Nr 2, poz. 24), w którym Sąd wskazał, że "*wkładem niepieniężnym do spółki mogą być wiadomości i doświadczenia o charakterze technicznym **nadające się bezpośrednio do zastosowania w procesie produkcji (know-how)***". Przedmiotem orzeczenia było know-how dotyczące określonej metody wytwarzania diamentów, a zatem wiadomości techniczne nieopatentowane, zarazem niejawne, jak i zidentyfikowane.

Opisany natomiast w zadaniu przykład know-how nie pozostaje w dyspozycji spółki (zarządu), co nakazuje art. 158 § 3 k.s.h., a jedynie jednej osoby tj. wspólnika (co prawda także członka zarządu, ale w sytuacji, gdy zarząd w spółce ma być trzyosobowy, nie można przyjąć, że

posiadanie wiedzy przez jednego członka zarządu jest oddaniem wkładu do dyspozycji całego zarządu). Nie ma wymiaru materialnego pozwalającego uznać, że jest istotny czy też zidentyfikowany, jak też nie jest niejawnym, a zatem jest powszechnie znany i łatwo dostępny. Tak określony przedmiot wkładu nie jest zatem dopuszczalny, a próba określenia go jako wkładu stanowi próbę obejścia art. 14 § 1 k.s.h., bowiem jest to klasyczne wniesienie pracy bądź usług. Zauważyć należy przy tym, że Kajetan Kamiński ma - według zamiaru wspólników - otrzymywać wynagrodzenie jako Prezes zarządu, co w praktyce oznacza, że w zamian za swój rzekomy wkład ma otrzymywać wynagrodzenie.

Zdający powinien również zwrócić uwagę, że zgodnie z art. 163 pkt 2 k.s.h., warunkiem powstania spółki z o.o. jest wniesienie wkładów. W sytuacji, gdy praca Kajetana Kamińskiego ma być świadczona przez pięć lat, nie można mówić o wniesieniu wkładu przed zarejestrowaniem.

b. Rozważanym alternatywnie przedmiotem wkładu niepieniężnego wspólnika Bartosza Borkowskiego ma być weksel własny wystawiony na rzecz spółki. Zauważyć należy, że wniesienie takiego wkładu nie może być uznane za dopuszczalne przede wszystkim dlatego, że Bartosz Borkowski nie może wystawić weksla wobec podmiotu, który jeszcze nie istnieje. Zachowuje nadal aktualność uchwała 7 sędziów SN z 2 marca 1993 r. (III CZP 123/92), zgodnie z którą *„Zobowiązanie wspólnika do świadczenia w przyszłości określonej sumy pieniężnej na rzecz powstałej spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, nie może stanowić pokrycia udziału w tej spółce”*.

We wcześniejszej uchwale z dnia 20 maja 1992 r. (III CZP 52/92), SN wskazywał co prawda na dopuszczalność - jako przedmiotu wkładu niepieniężnego - weksla własnego z poręczeniem wekslowym, indosowanego in blanco, niemniej jednak zawarto w niej również wyraźne wskazanie, że możliwość taka nie dotyczy weksla własnego, bowiem wniesienie takiego weksla byłoby wniesieniem nie wierzytelności, a długu. Tym samym również, na tle tej uchwały, wniesienie takiego weksla, jak opisano w zadaniu, nie jest możliwe.

Z uzasadnienia uchwały III CZP 52/92

Weksel własny - w przeciwieństwie do weksla trasowanego - opiera się nie na skierowanym do osoby trzeciej poleceniu zapłaty określonej kwoty pieniężnej, lecz na zobowiązaniu się samego wystawcy do jej zapłacenia. Jeśli więc w wekslu trasowanym głównym dłużnikiem staje się trasat - rzecz jasna, po przyjęciu weksla, jako akceptant - to przy wekslu własnym rolę tę przyjmuje od samego początku wystawca. Obu weksli nie różni zatem natura prawna zobowiązania - pozostaje ona identyczna - ale wyłącznie fakt, że przy wekslu własnym zawierającym przyrzeczenie zapłaty wystawca jest jednocześnie akceptantem (art. 101-104 Prawa wekslowego; dalej PrWeksl).

Powyższe stwierdzenia unaocniają, że weksel własny wystawiony przez wspólnika przyrzekającego zapłatę na rzecz spółki oznaczonej kwoty tworzy zobowiązanie - dług wekslowy; wniesienie takiego weksla do spółki

byłoby więc w istocie wniesieniem nie wierzytelności, lecz długu.

Inaczej jednak ma się rzecz w wypadku weksla własnego indosowanego, z poręczeniem wekslowym. Weksel taki nosi już nie tylko przyrzeczenie samego wystawcy, ale także zobowiązanie poręczyciela (art. 32 i art. 47 w związku z art. 103 PrWeksl), a dzięki indosowi blankowemu jeszcze bardziej - podmiotowo - rozszerza zakres odpowiedzialności z weksla (art. 14 w związku z art. 103 PrWeksl). Można więc sformułować wniosek, że weksel własny z poręczeniem wekslowym, indosowany in blanco, jest ucieleśnieniem wierzytelności mogącej stanowić - jako aktyw majątku spółki - element jej kapitału zakładowego.

c. Co do kwestii wniesienia wkładu wspólnika Grzegorza Grzegorzewskiego, nie powinno ująć uwagi zdającego, że zgodnie z treścią art. 163 pkt 2 k.s.h., przed zawiązaniem spółki konieczne jest wniesienie przez wspólnika wkładu na pokrycie całego kapitału, a w razie objęcia udziału za cenę wyższą od wartości nominalnej, także wniesienie nadwyżki nad cenę nominalną. Tym samym nie jest możliwe wniesienie wkładu w proponowany sposób, a konieczne jest wniesienie wkładu w całości. Przyjęcie proponowanego sposobu pokrycia w istocie kolidowałoby przy tym ze stanowiskiem wyrażonym w uchwale 7 sędziów Sądu Najwyższego z 2 marca 1993 r. (III CZP 123/92), zgodnie z którym „Zobowiązanie wspólnika do świadczenia w przyszłości określonej sumy pieniężnej na rzecz powstałej spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, nie może stanowić pokrycia udziału w tej spółce.”.

2. Kwestia szczególnych regulacji ustawy o gospodarce komunalnej

Zdający powinni zwrócić uwagę, że zgodnie z ustawą spółki z udziałem jednostek samorządu terytorialnego podlegają jej regulacji.

- a. Tym samym zdający powinien uwzględnić, że zgodnie z art. 10a tej ustawy, w spółkach takich działać powinna rada nadzorcza, co powoduje konieczność przewidzenia w umowie spółki istnienia takiego organu.
- b. Zauważyć należy, że wspólnikiem zawiązywanej spółki jest inna spółka będąca spółką w organizacji, ale również podlegającą regułom ustawy o gospodarce komunalnej. Zdający powinien zwrócić uwagę, że zgodnie z art. 10a ust. 6 ustawy o gospodarce komunalnej, członków zarządu powołuje rada nadzorcza. O ile wydaje się dopuszczalne powołanie pierwszych władz spółki z udziałem samorządu w akcie notarialnym kreującym spółkę, co wynika z art. 167 § 1 pkt 3 k.s.h., to zdający powinien zauważyć, że pierwszy zarząd spółki będącej wspólnikiem zawiązywanej spółki zrezygnował i dlatego też dla ewentualnego umocowywania członka zarządu tej spółki, konieczne jest przywołanie jako podstawy wykazania jego umocowania uchwały rady nadzorczej, bowiem taki organ działający w spółce władny był do powołania członka zarządu, a skoro spółka nie jest zarejestrowana, nie może umocowania wykazać odpis z Krajowego Rejestru Sądowego.

3. Kwestie wynikające z zastosowania przepisów Kodeksu spółek handlowych

- a. Należy zwrócić uwagę, że Kajetan Kamiński jest członkiem zarządu spółki w organizacji, która ma być współnikiem nowozawiaływanej spółki, a tym samym do zawarcia umowy spółki z jego udziałem ma zastosowanie art. 210 k.s.h. W ocenie Zespołu, nie ma żadnych podstaw do przyjmowania, że zawierana umowa spółki jest umową podobną do umowy kredytu, pożyczki bądź poręczenia i zastosowania art. 15 § 2 k.s.h. Zdający powinien zwrócić uwagę, że zgodnie z art. 161 § 2 k.s.h., spółka z o.o. w organizacji reprezentowana jest przez zarząd bądź pełnomocnika powołanego uchwałą wspólników. W tej sytuacji, Spółka Parking Miejski powinna być reprezentowana przez pełnomocnika powołanego przez uchwałę wspólników. Z uwagi jednak na rozbieżności co do stosunku *lex specialis* między art. 161 § 2 k.s.h. i 210 § 1 k.s.h, nie wydaje się zasadne obniżanie zdającemu oceny w razie przyjęcia reprezentacji przez radę nadzorczą.
- b. Zdający powinni dostrzec, że przedmiotem wkładu spółki Parking Miejski w Miasteczku spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w organizacji jest nieruchomość. Tym samym ma mieć miejsce zbycie nieruchomości na rzecz zawiązywanej spółki, co wymaga zwrócenia przez zdającego uwagi na treść art. 228 pkt 4 k.s.h. i powołanie uchwały wspólników spółki Parking Miejski bądź zaznaczenie, że umowa tej spółki nie wymaga uchwały wspólników.
- c. Z uwagi na rozbieżności co do tego, czy umowa sp. z o.o. ma charakter zobowiązująco-rozporządzający (Przeгляд Prawa Handlowego nr 4 z 2014 r., Jarosław Grykiel, „Wniesienie aportu do spółki z o.o.”), nie powinno wpływać na ocenę ani przyjęcie charakteru zobowiązującego, ani zobowiązująco-rozporządzającego umowy spółki co do przeniesienia własności nieruchomości na jej rzecz.
- d. Zdający powinien zwrócić również uwagę na konieczność zaliczenia nadwyżki ponad kapitał zakładowy na kapitał zapasowy spółki.
- e. Nie ma podstaw do stawiania wymogu opisanego przez zdającego przedmiotu działalności spółki z zastosowaniem PKD.

4. Kwestie zastosowania ustawy o samorządzie gminnym.

Zdający powinien dostrzec, że do wyłącznej właściwości rady gminy należy podejmowanie uchwał w sprawach majątkowych gminy, przekraczających zakres zwykłego zarządu, a dotyczących, między innymi, zasad nabywania, zbywania i obciążania nieruchomości oraz tworzenia i przystępowania do spółek. Wymagane jest zatem wskazanie uchwał rady gminy w tej sprawie (art. 18 ust. 2 pkt 9 lit. a i f ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym).