

Beata Gessel-Kalinowska vel Kalisz

Oświadczenia i zapewnienia
w umowie sprzedaży udziałów
w spółce z ograniczoną
odpowiedzialnością
(w świetle zasady swobody umów)

Beata Gessel-Kalinowska vel Kalisz

Oświadczenia i zapewnienia
w umowie sprzedaży udziałów
w spółce z ograniczoną
odpowiedzialnością
(w świetle zasady swobody umów)



LEX

a Wolters Kluwer business

Warszawa 2010

Wydawca:
Grzegorz Jarecki

Redaktor prowadzący:
Adam Choiński

Opracowanie redakcyjne:
„Littera” Maria Beata Wawrzyńczak-Jędryka

© Copyright by Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o., 2010

ISBN 978-83-264-0343-9
ISSN 1897-4392

Wydane przez:
Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o.

Redakcja Książek
01-231 Warszawa, ul. Płocka 5a
tel. (022) 535 80 00
31-156 Kraków, ul. Zacisze 7
e-mail: ksiazki@wolterskluwer.pl

www.wolterskluwer.pl
Księgarnia internetowa: www.profinfo.pl

Spis treści

Wykaz skrótów	11
Wstęp	15
Rozdział 1	
Wprowadzenie. Uwagi terminologiczne.....	21
1.1. Pojęcie oświadczeń i zapewnień	21
1.2. Model oświadczeń i zapewnień w świetle polskiej praktyki obrotu udziałami	22
1.3. Cel składania oświadczeń i zapewnień przez sprzedającego	24
1.4. Funkcje oświadczeń i zapewnień składanych przez sprzedającego.....	25
1.5. Cel i funkcje zapewnień składanych przez spółkę, w której udziały są nabywane.....	26
1.6. Badania <i>American Bar Association</i> nad częstotliwością występowania oświadczeń i zapewnień w umowach sprzedaży udziałów/akcji	28
1.7. Uwagi terminologiczne.....	29
Rozdział 2	
Zasada swobody umów – zarys problematyki.....	34
2.1. Uwagi wprowadzające	34
2.1.1. Zasada swobody umów jako naczelna zasada prawa zobowiązań.....	34
2.1.2. Zasada swobody umów na gruncie art. 58 k.c.	37
2.1.3. Zasada swobody umów w ujęciu współczesnej doktryny prawa cywilnego w świetle przepisów kodeksu cywilnego.	40
2.2. Ograniczenia zasady swobody umów poprzez ustawę.....	44

2.3. Ograniczenia zasady swobody umów poprzez zasady współżycia społecznego	51
2.4. Ograniczenia zasady swobody umów poprzez naturę stosunku prawnego	56
2.5. Skutki przekroczenia granic zasady swobody umów	71
2.6. Podsumowanie	73

Rozdział 3

Zakres kompetencji stron w kształtowaniu odpowiedzialności

<i>ex contractu</i>	75
3.1. Uwagi wprowadzające	75
3.2. Zasada swobody umów a niewykonanie lub nieprawidłowe wykonanie zobowiązania – wina.....	82
3.3. Zasada swobody umów a szkoda i odszkodowanie	86
3.4. Szczególne przejawy zasady swobody umów w obszarze kreowania zasad odpowiedzialności.....	91
3.4.1. Wyłączenie odpowiedzialności dłużnika	92
3.4.2. Umowne ograniczanie odpowiedzialności	98
3.4.3. Umowy dławiące	100
3.4.4. Przedawnienie roszczeń.....	102
3.5. Ograniczenia swobody umów w zakresie rękojmi i gwarancji	103
3.6. Podsumowanie.....	105

Rozdział 4

Udział jako przedmiot świadczenia w umowie sprzedaży	108
4.1. Uwagi wprowadzające	108
4.2. Pojęcie udziału w odniesieniu do kapitału zakładowego.....	111
4.3. Udział jako prawo podmiotowe.....	114
4.3.1. Ewolucja pojęcia udziału w odniesieniu do instytucji prawa podmiotowego	114
4.3.2. Istota udziału jako prawa podmiotowego w odniesieniu do trzech pochodnych typów normatywnych: uprawnienia, władztwa i kompetencji	121
4.3.3. Udział jako prawo podmiotowe o charakterze majątkowym.....	130
4.4. Udział a uprawnienia związane z udziałem lub osobą	136
4.5. Udział w ujęciu funkcjonalnym	143

4.6. Udział a członkostwo w spółce.....	149
4.6.1. Stosunek członkostwa jako stosunek prawny	149
4.6.2. Cechy zobowiązaniowe stosunku członkostwa	151
4.6.3. Cechy podległości kompetencyjnej stosunku członkostwa ..	156
4.7. Podsumowanie	160

Rozdział 5

Instytucja oświadczeń i zapewnień w międzynarodowej i polskiej praktyce sprzedaży udziałów	163
5.1. Uwagi wprowadzające	163
5.2. Oświadczenia i zapewnienia w praktyce międzynarodowej	164
5.2.1. Uwagi ogólne	164
5.2.2. Zasada <i>caveat emptor</i>	166
5.2.3. Definicja <i>misrepresentation</i>	167
5.2.4. Odpowiedzialność deliktowa i kontraktowa sprzedającego udziały	169
5.2.5. <i>Indemnity</i>	174
5.2.6. Umowne ograniczenia odpowiedzialności z tytułu <i>warranty</i>	177
5.2.7. Wzory umowy kupna udziałów w międzynarodowej praktyce.....	180
5.2.7.1. Wprowadzenie.....	180
5.2.7.2. Umowa Modelowa ABA.....	180
5.2.7.3. <i>ICC Model Mergers & Acquisitions Contract</i>	182
5.3. Uwagi wprowadzające do analizy Modelu oświadczeń i zapewnień	183
5.3.1. Treść oświadczeń i zapewnień – uwagi ogólne	183
5.3.2. Ograniczenia zakresu oświadczeń i zapewnień	185
5.3.3. Oświadczenia i zapewnienia jako realizacja obowiązku udzielania informacji zawartego w art. 546 k.c.	187
5.3.4. Znaczenie punktu 2 Modelu dla analizy zapewnień	189
5.4. Treść zapewnień dotyczących zakresu informacji udzielonych kupującemu	190
5.5. Treść zapewnień składanych w związku z przystąpieniem spółki do umowy sprzedaży udziałów	191
5.6. Treść zapewnień dotyczących zdolności sprzedającego do zawarcia umowy	196

5.7. Treść zapewnień dotyczących stanu prawnego udziału.....	208
5.8. Treść zapewnień związanych z obowiązkami współnika.....	212
5.8.1. Zakres obowiązków współnika.....	213
5.8.2. Wykładnia art. 186 k.s.h.	216
5.8.3. Obowiązki potencjalne.....	219
5.9. Treść zapewnień związanych ze sferą ustrojową spółki.....	221
5.10. Treść zapewnień związanych z przedsiębiorstwem spółki.....	224
5.10.1. Zgodność z prawem, zapewnienia dotyczące koncesji i zezwoleń.....	224
5.10.2. Sprawozdania finansowe.....	231
5.10.3. Wierzytelności i zobowiązania, w tym zobowiązania publicznoprawne.....	238
5.10.4. Inne zapewnienia związane z przedsiębiorstwem.....	240
5.11. Podsumowanie. Podział typologiczny oświadczeń i zapewnień .	245

Rozdział 6

Kwalifikacja prawna oświadczeń i zapewnień; oświadczenia i zapewnienia a zapewnienia sprzedawcy w reżimie rękojmi

(art. 556 k.c.)	248
6.1. Uwagi wprowadzające	248
6.2. Pojęcie oświadczeń i zapewnień według dotychczasowych poglądów doktryny	250
6.3. Oświadczenia i zapewnienia a oświadczenie woli	254
6.3.1. Oświadczenia woli a oświadczenia wiedzy.....	254
6.3.2. Oświadczenia i zapewnienia jako oświadczenia woli	256
6.3.3. Oświadczenia i zapewnienia a przepis art. 546 k.c.	259
6.3.4. Konstrukcja prawna normy zawierającej oświadczenia i zapewnienia	260
6.3.5. Wnioski	261
6.4. Oświadczenia i zapewnienia a podział umów na umowy nazwane i nienazwane	262
6.4.1. Pojęcie umowy nienazwanej.....	262
6.4.2. Umowa sprzedaży jako umowa odniesienia.....	263
6.4.3. Umowa sprzedaży praw jako umowa nazwana.....	264
6.4.4. Reżim prawny właściwy dla umowy sprzedaży udziałów...	265
6.5. Rękojnia za wady w umowie sprzedaży	268
6.5.1. Wprowadzenie.....	268

6.5.2. Przejawy wad fizycznych w odniesieniu do umów sprzedaży rzeczy w doktrynie i orzecznictwie	271
6.5.3. Przejawy wad prawnych w odniesieniu do umów sprzedaży rzeczy w doktrynie i orzecznictwie	272
6.5.4. Przejawy wad w odniesieniu do umów sprzedaży praw w doktrynie i orzecznictwie	275
6.5.5. Wada fizyczna a sprzedaż prawa innego niż własność rzeczy w świetle istniejących poglądów.....	279
6.5.6. Wada fizyczna a sprzedaż prawa innego niż własność rzeczy – zarys stanowiska własnego	283
6.5.7. Podział wad na wady fizyczne i prawne	286
6.6. Wady prawa udziałowego	287
6.6.1. Udział jako przedmiot świadczenia w umowie sprzedaży prawa w kontekście art. 555 k.c.....	287
6.6.2. Wada fizyczna prawa udziałowego.....	289
6.6.3. Wada prawna prawa udziałowego.....	291
6.6.4. Szczególne przejawy wad prawa udziałowego	294
6.6.5. Kwalifikacja przejawów wad prawa udziałowego a zasada swobody umów	301
6.6.6. Prawidłowość terminu „wada fizyczna prawa udziałowego”	303
6.7. Kwalifikacja prawna oświadczeń i zapewnień.....	304
6.7.1. Wstęp	304
6.7.2. Kwalifikacja prawna oświadczeń i zapewnień dotyczących zakresu informacji.....	305
6.7.3. Kwalifikacja prawna oświadczeń i zapewnień dotyczących zdolności sprzedawcy lub innych osób biorących udział w transakcji do zawarcia umowy sprzedaży	308
6.7.4. Kwalifikacja prawna oświadczeń i zapewnień dotyczących stanu prawnego udziałów	311
6.7.5. Kwalifikacja prawna oświadczeń i zapewnień dotyczących sfery ustrojowej spółki	312
6.7.6. Kwalifikacja prawna oświadczeń i zapewnień dotyczących przedsiębiorstwa spółki	312
6.8. Wnioski w zakresie kwalifikacji oświadczeń i zapewnień względem umowy sprzedaży	313
6.8.1. Kwalifikacja prawna oświadczeń i zapewnień	313

6.8.2. Oświadczenia i zapewnienia jako element rękojmi a zasada swobody umów	314
6.8.3. Natura stosunku prawnego	315
6.8.4. Ustawa	316
6.8.5. Zasady współżycia społecznego	316
6.8.6. Oświadczenia i zapewnienia a umowa nienazwana	317
6.8.7. Oświadczenia i zapewnienia a nienazwana umowa o charakterze gwarancyjnym	319
6.9. Kwalifikacja prawna oświadczeń i zapewnień udzielonych przez spółkę. Wzmianka	320
Odpowiedzialność sprzedawcy w przypadku wyłączenia przez strony odpowiedzialności z tytułu rękojmi	322
Rozdział 7	
Skutki prawne nieprawdziwości oświadczeń i zapewnień	323
7.1. Uwagi wprowadzające	323
7.2. Zagadnienia wspólne dla rękojmi	327
7.2.1. Wiedza kupującego jako przesłanka egzoneracyjna	327
7.2.2. Wiedza sprzedawcy a jego odpowiedzialność z tytułu rękojmi...	331
7.2.3. Podstęp sprzedawcy	335
7.2.4. Terminy, akty staranności	337
7.3. Żądanie obniżenia ceny	341
7.4. Uprawnienie do odstąpienia od umowy	344
7.5. Roszczenie o zwrot ceny w warunkach art. 575 k.c.	351
7.6. Odpowiedzialność odszkodowawcza sprzedawcy <i>ex contractu</i>	352
7.7. Pojęcie szkody będącej skutkiem nieprawdziwych oświadczeń i zapewnień	356
7.8. Inne uprawnienia kupującego wynikające z przepisów o niewykonaniu lub nienależytym wykonaniu zobowiązań	366
7.9. Uchylenie się od skutków czynności pod wpływem błędu	369
Podsumowanie	374
Załącznik. Oświadczenia i zapewnienia	379
Akty normatywne	407
Orzecznictwo	409
Bibliografia	415

Wykaz skrótów

Akty normatywne

- k.c. – ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.)
- k.h. – rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 27 czerwca 1934 r. – Kodeks Handlowy (Dz. U. Nr 57, poz. 502 z późn. zm.).
- k.p.c. – ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. Nr 43, poz. 296 z późn. zm.)
- k.s.h. – ustawa z dnia 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych (Dz. U. Nr 94, poz. 1037 z późn. zm.)
- k.z. – rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 27 października 1933 r. – Kodeks zobowiązań (Dz. U. Nr 82, poz. 598 z późn. zm.)
- o.p. – ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa (tekst jedn.: Dz. U. z 2005 r. Nr 8, poz. 60 z późn. zm.)
- u.n.n.c. – ustawa z dnia 24 marca 1920 r. o nabywaniu nieruchomości przez cudzoziemców (tekst jedn.: Dz. U. z 2004 r. Nr 167, poz. 1758 z późn. zm.)
- u.o.k.k. – ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 z późn. zm.)
- u.p.a. – ustawa z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (tekst jedn.: Dz. U. z 2006 r. Nr 90, poz. 631 z późn. zm.)
- u.p.u.n. – ustawa z dnia 28 lutego 2003 r. – Prawo upadłościowe i naprawcze (tekst jedn.: Dz. U. z 2009 r. Nr 175, poz. 1361 z późn. zm.)
- u.p.w.p. – ustawa z dnia 30 czerwca 2000 r. – Prawo własności przemysłowej (tekst jedn.: Dz. U. z 2003 r. Nr 119, poz. 1117 z późn. zm.)

- u.p.z.p. – ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759)
- u.r. – ustawa z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości (tekst jedn.: Dz. U. z 2009 r. Nr 152, poz. 1223 z późn. zm.)
- u.s.d.g. – ustawa z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (tekst jedn.: Dz. U. z 2007 r. Nr 155, poz. 1095 z późn. zm.)
- ustawa o KRS – ustawa z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym (tekst jedn.: Dz. U. z 2007 r. Nr 168, poz. 1186 z późn. zm.)
- ustawa o księgach wieczystych – ustawa z dnia 6 lipca 1982 r. o księgach wieczystych i hipotece (tekst jedn.: Dz. U. z 2001 r. Nr 124, poz. 1361 z późn. zm.)
- ustawa o ofercie publicznej – ustawa z dnia 29 lipca 2005 r. o ofercie publicznej i warunkach wprowadzania instrumentów finansowych do zorganizowanego systemu obrotu oraz o spółkach publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2009 r. Nr 185, poz. 1439)
- ustawa o sprzedaży konsumenckiej – ustawa z dnia 27 lipca 2002 r. o szczególnych warunkach sprzedaży konsumenckiej oraz o zmianie Kodeksu cywilnego (Dz. U. Nr 141, poz. 1176 z późn. zm.)
- u.z.n.k. – ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jedn.: Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.)

Organy orzekające

- NSA – Naczelny Sąd Administracyjny
- SA – sąd apelacyjny
- SN – Sąd Najwyższy
- SW – sąd wojewódzki
- TK – Trybunał Konstytucyjny

Piśmiennictwo

- K.C. Komentarz,
G. Bieniek – *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania*, t. 1–2, red. G. Bieniek, wyd. 7, Warszawa 2007
- K.C. Komentarz,
F. Błahuta – F. Błahuta *et al.*, *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. II, Warszawa 1972
- K.C. Komentarz,
H. Ciepla – H. Ciepla, B. Czech, S. Dąbrowski, *Kodeks cywilny. Praktyczny komentarz z orzecznictwem*, t. I, II, Warszawa 2005
- K.C. Komentarz,
E. Gniewek – *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, wyd. 2, Warszawa 2006
- K.C. Komentarz,
K. Pietrzykowski – *Kodeks cywilny. Komentarz do artykułów 1–449¹¹*, t. I, red. K. Pietrzykowski, wyd. 4, Warszawa 2005;
Kodeks cywilny. Komentarz do artykułów 450–1088, t. II, red. K. Pietrzykowski, wyd. 4, Warszawa 2005
- System Pr.Cyw. – *System Prawa Cywilnego*, red. nac. Witold Czachórski:
t. I, *Część ogólna*, red. Stefan Grzybowski, Wrocław 1984[1985];
t. III, cz. 1, *Prawo zobowiązań – część ogólna*, red. Z. Radwański, Wrocław 1981;
t. III, cz. 2, *Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, red. S. Grzybowski, Wrocław 1976
- System Pr.Pryw. – *System Prawa Prywatnego*, red. nac. Z. Radwański:
t. 1, *Prawo cywilne – część ogólna*, red. M. Safjan, Warszawa 2007;
t. 2, *Prawo cywilne – część ogólna*, red. Z. Radwański, Warszawa 2002;
t. 3, *Prawo rzeczowe*, red. T. Dybowski, wyd. 2, Warszawa 2007;
t. 5, *Prawo zobowiązań – część ogólna*, red. E. Łętowska, Warszawa 2006;
t. 7, *Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, red. J. Rajski, wyd. 2, Warszawa 2004;
t. 19, *Prawo papierów wartościowych*, red. A. Szumański, Warszawa 2006
- W. Czachórski,
Zobowiązania – W. Czachórski, A. Brzozowski, M. Safjan, E. Skowrońska-Boćian, *Zobowiązania. Zarys wykładu*, wyd. 10, Warszawa 2007

Czasopisma

Apel.-W-wa	– Apelacja – Sąd Apelacyjny w Warszawie
KPP	– Kwartalnik Prawa Prywatnego
MP	– Monitor Prawniczy
NP	– Nowe Prawo
OSA	– Orzecznictwo Sądów Apelacyjnych
OSNC	– Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Cywilna
OSNCK	– Orzecznictwo Sądy Najwyższego, Izby Cywilnej i Izby Karnej
OSNCP	– Orzecznictwo Sądu Najwyższego
OSP	– Orzecznictwo Sądów Polskich
OSPiKA	– Orzecznictwo Sądów Polskich i Komisji Arbitrażowych
PG	– Prawo Gospodarcze
PiP	– Państwo i Prawo
PPH	– Przegląd Prawa Handlowego
PS	– Przegląd Sądowy
PUG	– Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego
RPEiS	– Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny

Inne skróty

BGB	– Bürgerliches Gesetzbuch, Ustawa z dnia 18 sierpnia 1896 r., ogólnoniemiecki kodeks cywilny, tekst jedn.: z 2 stycznia 2002 r. (BGBl. [Bundesgesetzblatt] 2002 I S. 42, 2909) z późn. zm.
ICC	– International Chambers of Commerce, Międzynarodowa Izba Handlowa
KRS	– Krajowy Rejestr Sądowy
KRUS	– Kasa Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego
Model	– Oświadczenia i zapewnienia zawarte w załączniku
Umowa	
modelowa ABA	– <i>Model Stock Purchase Agreement with Commentary</i> , American Bar Association, Chicago 1995, www.abanet.org
USA	– the United States of America, Stany Zjednoczone Ameryki Północnej
ZUS	– Zakład Ubezpieczeń Społecznych

Wstęp

Tradycja wykorzystywania oświadczeń i zapewnień w polskiej praktyce obrotu udziałami istnieje poczynawszy od daty powrotu spółek kapitałowych na mapę nowego życia gospodarczego, tj. od 1989 r. Pomimo iż oświadczenia i zapewnienia, w węższym lub szerszym zakresie, spotykamy niemal w każdej umowie sprzedaży udziałów lub akcji, a ich natura prawna budzi liczne kontrowersje, to do tej pory instytucja ta nie doczekała się wnikliwej analizy. Przegląd orzecznictwa prowadzi do wniosku, iż kwestia ta, poza nielicznymi przypadkami, w zasadzie nie była przedmiotem rozstrzygnięć sądowych. Na bazie własnej analizy przypadków praktycznych nasuwa się spostrzeżenie, iż niepewność co do kwalifikacji prawnej tego typu klauzul prowadzi do tworzenia nadmiernie rozbudowanych umów, gdyż strony w sytuacji takiej niepewności dążą do tego, aby przygotowywane przez nich dokumenty posiadały cechę samoregulacji. Proponowane w praktyce i piśmiennictwie rozstrzygnięcia kwalifikacyjne obejmują uznanie oświadczeń i zapewnień m.in. za instytucję rękojmi, gwarancji, umowy nienazwanej. W anglosaskiej tradycji prawnej, skąd oświadczenia i zapewnienia biorą swój rodowód, kwestia ta jest przedmiotem bogatego orzecznictwa i komentarzy, a także badań statystycznych co do częstotliwości ich występowania w różnych typach transakcji, dokonywanych przez profesjonalne organizacje prawnicze (*American Bar Association*), choć jak wynika z analizy przeprowadzonej w rozdziale 5, i tam wciąż w praktyce pojawiają się nowe dylematy do rozstrzygnięcia.

Instytucja oświadczeń i zapewnień jest doskonałym przykładem recepcji obcych wzorów jurydycznych na bazie zasady swobody kontraktowej, wyrażonej w art. 353¹ k.c., dlatego zasada ta jest główną osią rozważań, zarówno w aspekcie kwalifikacji prawnej samej instytucji, jak i skutków prawnych wynikających z przyjęcia takiej kwalifikacji. Od-

niesienia do zasady swobody umów przewijają się w każdym rozdziale pracy.

Oświadczenia i zapewnienia zawierane są w różnych umowach, zarówno związanych ze zbywaniem istniejących tytułów uczestnictwa w spółkach handlowych, jak i w innego typu umowach, wchodzących w obszar zainteresowania szeroko rozumianego prawa handlowego, jak umowy subskrypcyjne czy umowy kredytowe. Dla jasności wywodu w pracy swojej ograniczyłam się wyłącznie do sytuacji, w której oświadczenia i zapewnienia zawarte są w umowie sprzedaży udziałów, natomiast niewątpliwie większa część rozważań będzie aktualna też dla oświadczeń i zapewnień stosowanych w umowie sprzedaży akcji czy udziałów w spółkach osobowych. Różnice będą wynikały głównie ze zróżnicowanego charakteru prawnego tych tytułów oraz reżimu prawnego ich przenoszenia.

Rozważania zawarte w niniejszej pracy nie obejmują też sytuacji, w której obrót udziałami może być zakwalifikowany jako obrót konsumencki w świetle art. 22¹ k.c. oraz art. 1 ust. 1 ustawy o sprzedaży konsumenckiej w związku z art. 555 k.c. Pomimo iż teoretycznie możliwość taka istnieje, kwestie te pomijam jako marginalne¹. Oświadczenia i zapewnienia, co do zasady będą związane z obrotem powszechnym lub gospodarczym. Udziały w spółkach handlowych, z uwagi na funkcję gospodarczą, jaką z reguły pełnią, nie są kojarzone z dobrem konsumpcyjnym. Kwestia, w jakich warunkach sprzedaż udziałów w spółce handlowej będzie zaliczona do sprzedaży konsumenckiej, wymaga oddzielnej analizy.

Praca składa się z trzech części.

Pierwsza część składa się z trzech rozdziałów, które mają charakter wstępnych ustaleń poprzedzających analizę głównego zagadnienia, tj. kwalifikacji prawnej oświadczeń i zapewnień. Rozdział 1 stanowi ogólne wprowadzenie do problematyki oświadczeń i zapewnień, uzupełnione o analizę terminologiczną samego pojęcia „oświadczenia i zapewnienia”. Rozdziały 2 i 3 zajmują się zagadnieniami zasady swobody umów, zakresem tej wolności w świetle granic wyznaczanych przez art. 353¹ k.c., w postaci ustawy, zasad współżycia społecznego oraz natury (właściwo-

¹ Por. rozważania W.J. Katnera, *O rękojmi i gwarancji według kodeksu cywilnego i ustawy o sprzedaży konsumenckiej – słów kilka (w:) Prawo prywatne czasu przemian. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Stanisławowi Soltysieńskiemu*, red. A. Nowicka, Poznań 2005, s. 145.

ści) stosunku prawnego, oraz funkcjonowaniem tej zasady w obrębie instytucji związanych z odpowiedzialnością stron za niewykonanie lub nieprawidłowe wykonanie zobowiązań, w tym odpowiedzialności z tytułu rękojmi, gdyż oświadczenia i zapewnienia są ściśle związane z tą tematyką. Bez tych wstępnych ustaleń niemożliwe byłoby uznanie, lub też przeciwnie odrzucenie tezy, iż system prawa polskiego pozwala na recypowanie takich instytucji prawa obcego jakimi są oświadczenia i zapewnienia. Zasada swobody umów, będąca niewątpliwie fundamentem całego systemu prawa cywilnego, była wielokrotnie omawiana w doktrynie i orzecznictwie. W zależności od nadawanej jej treści, system prawa cywilnego jest w ocenie komentatorów bardziej lub mniej elastyczny, a w związku z tym jest bardziej lub mniej podatny na rozwój. Uznanie bardziej konserwatywnego stanowiska ogranicza możliwość recepcji nowych wzorów postępowania do istniejącego stanu prawnego. Z tej przyczyny celem rozdziału 2 było przedstawienie różnych stanowisk, choć wielokrotnie już omawianych w doktrynie i wykazanie, że przyjęcie określonego stanowiska w tej kluczowej kwestii determinuje w istocie kwalifikację prawną jakiegokolwiek nieznanego uprzednio instytucji. Dalej analizuję pojęcie udziału, jako przedmiotu świadczenia w umowie sprzedaży, w trzech jego zasadniczych płaszczyznach: a więc nie tylko jako część kapitału zakładowego i jako prawo podmiotowe, ale także z punktu widzenia definicji funkcjonalnej oraz istotę stosunku członkostwa w spółce. Analiza istoty prawa udziałowego w tym aspekcie pozwala dopiero zrozumieć sens oświadczeń i zapewnień jako grupy norm charakteryzujących udział jako świadczenie z punktu widzenia interesów nabywcy, gdyż zgodnie z ugruntowanym poglądem w doktrynie, prawidłowe wykonanie zobowiązania polega na zaspokojeniu interesu wierzyciela.

Druga część pracy, rozdział 5, stanowi opis treści oświadczeń i zapewnień. W rozdziale tym opisuję przykładowy wzór oświadczeń i zapewnień polskich jako typ empiryczny, odzwierciedlający istniejącą praktykę, który to wzór jako Model został załączony w załączniku. Celem tego rozdziału jest opisanie, czym są i czemu mają służyć tak rozbudowane normy umowne, jakimi są oświadczenia i zapewnienia, mając na uwadze też ten aspekt praktyki, iż umowy sprzedaży udziałów mogą być alternatywną formą sprzedaży przedsiębiorstwa lub części przedsiębiorstwa. Instytucja swym charakterem najbliższa jest zapewnieniom, składanym przez sprzedającego w umowie sprzedaży rzeczy, których nieprawdzi-

wość stanowi przesłankę odpowiedzialności z tytułu rękojmi. Zakres tych oświadczeń jest jednak o wiele szerszy. Oświadczenia te obejmują kwestie związane nie tylko ze stanem prawnym samych udziałów, ale też stanem prawnym i faktycznym spółki, w której udziały są sprzedawane, przedsiębiorstwa tej spółki czy też samego sprzedającego.

Charakterystyka zawarta w rozdziale 5 obejmuje zarówno aspekt ogólny oświadczeń i zapewnień jako zespołu norm, jak też poszczególne oświadczenia i zapewnienia. Niektóre szczegółowe kwestie związane z treścią i konstrukcją oświadczeń i zapewnień budzą kontrowersje w praktyce, niezależnie od ogólnej wątpliwości co do kwalifikacji prawnej zapewnień jako całości, dlatego też poświęcam im stosunkowo więcej uwagi. Do kwestii tych należy prawne umocowanie spółki, w której nabywa się udziały, do udzielenia oświadczeń i zapewnień w ramach solidarnej odpowiedzialności ze sprzedawcą oraz kwestia, za jakie zobowiązania związane z udziałami odpowiada sprzedawca, gdyż są to zagadnienia istotne z punktu widzenia treści zapewnień, a brak jest jednolitej wykładni norm kodeksu spółek handlowych w tym zakresie. Rozdział ten w zamyśle ma odpowiedzieć na pytanie, jakie jest *ratio legis* oświadczeń i zapewnień.

Analizę polskich rozwiązań poprzedza opis modelu anglosaskiego, który służył za pierwowzór oświadczeń i zapewnień. Nie jest moim zamiarem przeprowadzenie pełnej analizy porównawczej praktyki polskiej i anglosaskiej. Jest to bardziej rzut oka na to, w jaki sposób instytucja ta funkcjonuje w innym obszarze prawnym.

Trzecia część pracy, składająca się z dwóch rozdziałów, to kulminacja rozważań, czyli rozważenie zasadniczej kwestii jaką jest zawarta w rozdziale 6 kwalifikacja prawna oświadczeń i zapewnień opisanych w rozdziale 5, mając na uwadze treść zasady swobody umów, będącej przedmiotem analizy w rozdziale 2 i 3 oraz naturę prawa udziałowego, opisaną w rozdziale 4. Teżą analizowaną w tym rozdziale jest uznanie oświadczeń i zapewnień za zapewnienia w rozumieniu art. 556 § 1 k.c., co umiejscawia przedmiot rozważań w obszarze przepisów o odpowiedzialności sprzedawcy z tytułu rękojmi. Rozdział 7 przedstawia analizę skutków prawnych złożenia nieprawdziwych oświadczeń i zapewnień w świetle przyjętej kwalifikacji.

Wiodącą metodą badawczą zastosowaną w pracy jest z jednej strony analiza dogmatyczna systemu prawa, czemu towarzyszy analiza orzecznictwa mającego za przedmiot ogólne kwestie odpowiedzialności cywil-

noprawnej, a w szczególności odpowiedzialności sprzedawcy z tytułu naruszenia umowy sprzedaży. Jak zostało to zasygnalizowane wcześniej, w opublikowanym orzecznictwie brak w zasadzie przypadków, które wprost odnosiłyby się do badanej problematyki. Z drugiej strony, zastosowałam badanie empiryczne praktyki kontraktowej w tym zakresie, stosowanej przez kancelarie specjalizujące się w dziedzinie fuzji i przejęć. Nie można też pominąć faktu, iż niniejsza praca jest także rezultatem przemyśleń poczynionych w toku prawie 20 lat doświadczeń autorki w tej dziedzinie. Rezultatem tych doświadczeń oraz pracy prawników kancelarii GESSEL jest załączony Model Oświadczeń i Zapewnień. W ramach analizy empirycznej, Model ten został skonfrontowany z funkcjonującymi wzorami umów, stosowanymi przez różne kancelarie. W wyniku analizy zakresu przedmiotowego przedstawionych wzorów, można stwierdzić, iż załączony Model jest reprezentatywny dla praktyki obrotu udziałami w swoim zakresie przedmiotowym. Szczegółowe wnioski wynikające z porównania tych wzorów zostały przedstawione w rozdziale 5. Uzupełniającą metodą badawczą była analiza prawnoporównawcza. W rozdziale 5 została zamieszczona ogólna charakterystyka funkcjonowania omawianej instytucji na gruncie prawa anglosaskiego dla lepszego zrozumienia jej istoty, choć należy podkreślić, iż celem stawianym przed niniejszą pracą nie było przedstawienie pełnego opracowania problematyki prawnoporównawczej.

Niniejsze publikacja jest nieco zmienioną wersją pracy doktorskiej, obronionej na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego pod kierunkiem prof. dr. hab. Marka Michalskiego, któremu szczerze dziękuję za opiekę naukową przy przygotowywaniu rozprawy doktorskiej. Dziękuję też recenzentom – prof. zw. dr. hab. Andrzejowi Kidybie (UMCS) oraz prof. dr. hab. Aleksandrowi Chłopeckiemu (UW), których cenne wskazówki były bardzo pomocne przy przygotowaniu niniejszej publikacji.

Swoje podziękowania kieruję też do zespołu fuzji i przejęć mojej rodzinnej kancelarii GESSEL, gdzie często dyskutowaliśmy wokół zagadnień poruszanych w pracy, oraz do mec. Jarosława Grzesiaka z Dewey & LeBoeuf, mec. Macieja Jamki z Hogan & Hartson, mec. Beaty Kiedrowicz z White & Case, mec. Grzegorza Namiotkiewicza z Clifford Chance, mec. Sylwestra Pieckowskiego z Chadbourne & Parke, mec. Pawła Rymarza z Weil, Gotshal & Manges, dr Rafała Stroińskiego z CMS Came-

ron McKenna, dr. hab. Andrzeja Szlęzaka z kancelarii Sołtysiński Kawecki & Szlęzak oraz mec. Krzysztofa A. Zakrzewskiego z kancelarii Domański Zakrzewski Palinka, którzy nie wahali się podzielić swoimi wzorami umów na potrzeby dokonania analizy porównawczej i ustalenia wiodących trendów w tym obszarze. Prezentowana dysertacja nie powstałaby bez pomocy mgr Moniki Paciorek oraz Doroty Kryszkowskiej, którym również należą się moje serdeczne podziękowania.

Rozdział 1

Wprowadzenie. Uwagi terminologiczne

1.1. Pojęcie oświadczeń i zapewnień

W umowach sprzedaży udziałów bardzo często spotykamy zespoły norm, które zaczynają się od sformułowania: „sprzedający oświadcza i zapewnia, iż...”, po czym następuje cały ciąg różnorodnych wypowiedzi, dotyczących wszelkich możliwych aspektów działalności spółki, jej udziałowców czy stanu prawnego udziałów. Co do samych udziałów, sprzedający zapewnia np., że sprzedawane udziały zostały prawidłowo utworzone, objęte, w całości opłacone, nie są obciążone żadnymi prawami o charakterze rzeczowym czy obligacyjnym. Sprzedający dokonuje też zapewnień dotyczących spółki, w której udziały są sprzedawane. Przykładem jest zapewnienie, iż spółka została prawidłowo utworzona i działa zgodnie z prawem Rzeczypospolitej Polskiej; jej kapitał zakładowy wynosi „X” złotych i dzieli się na „X” udziałów zwykłych, prawidłowo ustanowionych, równych i niepodzielnych, opłaconych w całości. Dalej spotykamy oświadczenia i zapewnienia dotyczące ważności i skuteczności zawarcia samej umowy sprzedaży. Sprzedający może więc zapewniać, że zawarcie i wykonanie danej umowy nie wymaga żadnych zgód ani zezwoleń o charakterze administracyjnym lub wewnątrz korporacyjnym, zarówno jeśli chodzi o wymogi przewidziane umową czy odpowiednio statutem spółki sprzedającego, jak i spółki, w której udziały są sprzedawane. Z tą częścią zapewnień wiążą się zapewnienia dotyczące statusu prawnego samego sprzedającego, który w tym zakresie będzie oświadczał i zapewniał, w przypadku bycia spółką handlową, iż jest spółką prawidłowo utworzoną, nie jest w stanie likwidacji, upadłości czy postępowania naprawczego.

Następna grupa zapewnień, najbardziej obszerna, dotyczy mienia posiadanego przez spółkę i jej przedsiębiorstwa. Kluczowym zapewnieniem w tym zakresie jest zapewnienie, iż księgi rachunkowe spółki są rzetelne, a sprawozdanie finansowe przedstawia pełny, prawdziwy i rzetelny obraz działalności i sytuacji finansowej spółki. Oprócz tych wszystkich zapewnień, spotykamy w umowie sprzedaży udziałów także klauzule o charakterze ogólnym, spinające w całość cały katalog oświadczeń i zapewnień. Zawierają one w szczególności gwarancje co do kompletności i rzetelności udzielonych zapewnień szczegółowych. Liczba udzielanych zapewnień przez sprzedającego waha się od kilku do kilkudziesięciu, w zależności od charakteru transakcji i rodzaju spółki. Obszerny wykaz możliwych oświadczeń i zapewnień znajduje się w załączniku do niniejszego opracowania. Mając na uwadze tak różnorodny zespół klauzul umownych, powstaje pytanie czym one, w sensie jurystycznym, są.

Tytułem wprowadzenia do całości problematyki związanej z określeniem charakteru prawnego omawianych klauzul, oraz bez przesądzania jeszcze w tym miejscu, czy mają one charakter normatywny, a jeśli tak, to jaki, można je wstępnie zdefiniować jako: a) zespół wypowiedzi, b) potwierdzających istnienie (bądź nieistnienie) pewnych stosunków prawnych i faktycznych, c) związanych w sposób bezpośredni lub pośredni z udziałami, będącymi przedmiotem świadczenia w umowie sprzedaży oraz d) zapewniających, iż dane stosunki będą nadal trwały (lub przestały trwać) po przejściu udziałów na kupującego.

1.2. Model oświadczeń i zapewnień w świetle polskiej praktyki obrotu udziałami

Rodowód oświadczeń i zapewnień związany jest z tradycją prawną anglosaską. Podsumowując okres ostatnich dwudziestu lat polskiej praktyki obrotu udziałami można stwierdzić, iż dokonała się swego rodzaju uniformizacja tego rodzaju klauzul. Wyrazem tej uniformizacji jest przedstawiony wzór oświadczeń i zapewnień, zawarty w załączonym Modelu. Wzór ten jest zbudowany na podstawie własnych wieloletnich obserwacji praktyki w obszarze obrotu udziałami. Na potrzeby niniejszej pracy został on skonfrontowany ze wzorami stosowanymi przez kancelarie specjalizujące się w obrocie udziałami, które w tym celu je udostęp-

niły¹. Kancelarie te przekazały na potrzeby analizy porównawczej teksty oświadczeń i zapewnień w wersji możliwie najpełniejszej, tj. tak zwany pierwszy projekt, służący do dalszych negocjacji. Co do zasadniczych treści Model przedstawiony w niniejszej pracy odpowiada przeanalizowanym wzorom. W każdym z nich zawarte są oświadczenia i zapewnienia, dotyczące pięciu zasadniczych grup tematycznych: stanu prawnego udziałów, spraw korporacyjnych spółki, w której udziały są kupowane, stanu prawnego i faktycznego przedsiębiorstwa spółki, w której udziały są kupowane, zdolności sprzedającego do zawarcia umowy sprzedaży, zakresu informacji udzielanych przez sprzedającego i spółkę. Różnice pomiędzy wzorami dotyczyły w zasadzie stopnia szczegółowości udzielanych zapewnień oraz konstrukcji umowy w ten sposób, iż w części umów pakiet oświadczeń i zapewnień był włączony w główną treść umowy, a w części stanowił załącznik do umowy. Umowy różniły się pomiędzy sobą na poziomie poszczególnych oświadczeń: w szczególności sposobem zredagowania oraz kolejnością; pewne szczegółowe zapewnienia występowały tylko w niektórych umowach, np. zapewnienie dotyczące prawidłowości zachowania procedur związanych z otrzymaną pomocą publiczną. Należy też zaznaczyć, iż różna była terminologia używana w umowach: w jednych była mowa o „oświadczeniach”, w innych o „zapewnieniach”, a w niektórych łącznie „oświadczeniach i zapewnieniach”. Nie była przedmiotem badania częstotliwość występowania samej spółki, w której nabywane są udziały, jako podmiotu odpowiedzialnego za prawdziwość oświadczeń i zapewnień.

Mając powyższe na uwadze, można powiedzieć, iż załączony Model jest reprezentatywny dla polskiej praktyki obrotu udziałami.

Dalej należy wskazać, iż analizowany Model obejmuje szeroki zakres zapewnień, stosowany najczęściej w umowach, gdzie przedmiotem sprzedaży jest 100% lub inny relatywnie znaczny pakiet udziałów. W przypadku nieznacznych pakietów, gdzie sprzedający ma z natury znikomą wiedzę na temat przedsiębiorstwa spółki, lub w sytuacji, gdy

¹ Na potrzeby analizy porównawczej następujące kancelarie nadesłały wzory stosowanych przez siebie umów: Clifford Chance, Chadbourne & Parke, CMS Cameron McKenna, Dewey & LeBoeuf, Domański Zakrzewski Palinka, Hogan & Hartson, Sołtysiński Kawecki & Szlęzak, Weil, Gotshal & Manges oraz White & Case. Sześć z tych kancelarii oraz kancelaria Gessel, której wzór oświadczeń i zapewnień został załączony do niniejszej pracy jako Model, jest wymienionych w rankingu Rzeczypospolitej jako wiodące kancelarie w dziedzinie fuzji i przejęć. Por. *Ranking kancelarii prawniczych*, Rzeczpospolita, 16 kwietnia 2008, s. 14.

kupujący przyjmuje na siebie większość ryzyk związanych z przedsiębiorstwem spółki, w której udziały kupuje, zakres zapewnień w części dotyczącej przedsiębiorstwa jest mniejszy lub w ogóle nie występuje. Przykładem takiej praktyki, zarówno polskiej, jak i obcej, są fundusze *private equity* i *venture capital*, które z zasady udzielają zapewnień jedynie co do stanu prawnego posiadanych przez siebie udziałów².

Zakres zapewnień zastosowanych w konkretnym przypadku będzie różnił się od zapewnień modelowych także w zależności od rodzaju przedmiotu przedsiębiorstwa danej spółki. O ile dla umowy sprzedaży udziałów w spółce z branży budowlanej charakterystyczne będą specjalne zapewnienia związane z prowadzonymi projektami budowlanymi, o tyle np. w spółkach leasingowych dodatkowa część zapewnień będzie dotyczyła jakości portfeli umów leasingowych. Ostateczna treść zapewnień będzie wypadkową tego, co w opinii kupującego jest ważne dla przedsiębiorstwa i stanowi nabywaną wartość, a co w konsekwencji przekłada się na ustalenie wysokości ceny za udziały, oraz tego, za co sprzedający jest w stanie w jego opinii przyjąć odpowiedzialność.

1.3. Cel składania oświadczeń i zapewnień przez sprzedającego

Cel oświadczeń i zapewnień jest pochodną celu prawnego i gospodarczego, jaki można wydedukować ze struktury jurydycznej samej umowy sprzedaży. Zgodnie z art. 535 k.c. umowa sprzedaży polega na tym, że sprzedawca zobowiązuje się przenieść na kupującego własność rzeczy i wydać mu rzecz, a kupujący zobowiązuje się rzecz odebrać i zapłacić sprzedawcy cenę. Istotą umowy sprzedaży z punktu widzenia świadczenia sprzedającego jest przewłaszczenie rzeczy ze sprzedawcy na kupującego. A. Klein ujął rzecz nieco inaczej, postrzegając sprzedawcę przede wszystkim jako zobowiązanego do spełnienia świadczenia polegającego na postawieniu kupującego w pewnej, przysługującej mu dotąd sytuacji prawnej (uprawnienia z tytułu własnościowego stosunku prawnego)

² *Sinclair on Warranties and Indemnities on Share and Asset Sales*, general editor R. Thompson, London 2005, s. 9.

i faktycznej³. Takie stwierdzenie zasługuje na szczególne podkreślenie z punktu widzenia niniejszej pracy, gdyż uwypukla cel umowy sprzedaży, istotny z punktu widzenia kupującego. Ważne jest więc, po pierwsze, że tytuł prawny do danej rzeczy zostanie przeniesiony na nabywcę, po drugie, że faktyczna sytuacja rzeczy, tj. jej stan techniczny, związki z innymi przedmiotami lub osobami, pozostaną nienaruszone, po trzecie, sytuacja prawna przedmiotu świadczenia, w tym m.in. brak roszczeń ze strony osób trzecich czy stan roszczeń wobec osób trzecich, także pozostanie bez zmian. Aby sprzedawca mógł odpowiadać za prawidłowe wykonanie swojego świadczenia, umowa sprzedaży musi w jakiś sposób sprecyzować tę przysługującą sprzedawcy sytuację prawną i faktyczną, co można osiągnąć w szczególności poprzez złożone przez niego oświadczenia i zapewnienia. Sprzedawca zatem oświadcza i zapewnia w umowie co do istnienia (lub nieistnienia) pewnej sytuacji prawnej lub faktycznej oraz zapewnia, iż sytuacja taka będzie też istniała (lub nie istniała) w stosunku do kupującego po przejściu na niego własności rzeczy, lub odpowiednio innego prawa. Celem składania oświadczeń i zapewnień jest więc, najogólniej rzecz ujmując, umożliwienie wejścia kupującego w określoną sytuację prawną i faktyczną, wynikającą z zawarcia umowy sprzedaży.

1.4. Funkcje oświadczeń i zapewnień składanych przez sprzedającego

Oświadczenia i zapewnienia pełnią w praktyce różnorakie funkcje. Po pierwsze, precyzują one przedmiot świadczenia, tj. prawo udziałowe, jako część kapitału zakładowego, jako prawo podmiotowe oraz, w sensie funkcjonalnym, jako pośrednią formę prowadzenia działalności. Po drugie, są one podstawą dokonania wyceny spółki, w której udziały są sprzedawane, a na tej bazie służą ustaleniu ceny, jaka ma być zapłacona przez kupującego za udziały. Po trzecie, funkcją składania zapewnień przez sprzedającego jest ustalenie przesłanek jego odpowiedzialności wobec kupującego. Umowa sprzedaży udziałów pozbawiona większości oświadczeń i zapewnień zawartych w Modelu, zawęży odpowiedzialność sprzedającego w sposób nieodpowiadający potrzebom obrotu. Umo-

³ Tak A. Klein, *Elementy zobowiązaniowego stosunku prawnego*, Wrocław 2005, s. 43.

wa taka pomija tak ważne kwestie, jak odpowiedzialność za stan spółki, w której nabywa się udziały, kwestie zakresu przejmowanych zobowiązań, czy wreszcie kwestie ustrojowe, które kształtują treść stosunku prawnego członkostwa wspólnika.

Z zagadnieniem odpowiedzialności wiąże się czwarta funkcja zapewnień, istniejąca w obszarze rozkładu ryzyk transakcyjnych pomiędzy stronami umowy. Treść zapewnień, jeśli nie oparta na wiedzy sprzedającego, w sposób absolutny określa, kto ponosi ryzyko istnienia lub nieistnienia pewnych czynników biznesowych.

Po piąte, oświadczenia i zapewnienia służą ułatwieniu postępowania dowodowego, gdyż pewne fakty zostają przyznane przez sprzedającego w samej umowie (por. art. 575 k.c.).

Po szóste, w obrębie przepisów regulujących odpowiedzialność z tytułu rękojmi, oświadczenia i zapewnienia pełnią istotną rolę dla określenia, czy sprzedający zapewnił o braku wad oraz, czy podstępnie wady zataił (art. 558 § 2, art. 564, 568 § 2 i 3 k.c.), z czym ustawa wiąże szczególne skutki prawne.

Po siódme, ostatnia funkcja zapewnień, to funkcja informacyjna, skoro obowiązek udzielenia informacji wynika wprost z art. 546 k.c. Zgodnie z art. 546 k.c., sprzedawca jest zobowiązany do udzielenia kupującemu potrzebnych wyjaśnień o stosunkach prawnych i faktycznych dotyczących sprzedanej rzeczy. Ze względu na szczególny charakter udziału jako przedmiotu obrotu, co będzie wymagało szerszego omówienia⁴.

1.5. Cel i funkcje zapewnień składanych przez spółkę, w której udziały są nabywane

Bywa w praktyce i tak, że stroną umowy udzielającą oświadczeń i zapewnień, obok sprzedającego, jest też spółka, w której udziały są nabywane i wydaje się, iż wymaga to krótkiej refleksji, czemu mają służyć zapewnienia składane przez ten podmiot. Uwagi co do kwalifikacji

⁴ W niniejszej pracy zostały pominięte kwestie prawne związane z sytuacją, gdy transakcja jest zawierana w wyniku dwóch umów: warunkowej, zawierającej listę oświadczeń i zapewnień, oraz umowy ostatecznej, zawieranej po ziszczeniu się warunku, iż wszystkie oświadczenia i zapewnienia są prawdziwe na dzień tzw. *closingu*. W takiej sytuacji oświadczenia i zapewnienia pełnią dodatkową rolę, jako warunek zawarcia umowy.

prawnej takiej umowy będą przedmiotem dalszych rozważań w dalszych rozdziałach, aczkolwiek w tym miejscu należy wskazać, iż rozwiązanie takie w praktyce spotyka się w dwóch sytuacjach: po pierwsze, gdy zapewnienia składane przez spółkę nie są powiązane z roszczeniami ze strony kupującego i sprzedającego i mają w pewnym sensie charakter zobowiązania niezupełnego, służąc sprzedającemu jedynie dla upewnienia się, iż oświadczenia i zapewnienia składane przez niego w umowie są potwierdzone przez osoby pełniące funkcje zarządu w spółce. Po drugie, zapewnienia spółki, składane obok sprzedającego, służą kupującemu dla poszerzenia kręgu osób odpowiadających za szkodę, w przypadku gdy kupujący odstępuje od umowy sprzedaży w związku z nieprawdziwością złożonych w umowie oświadczeń i zapewnień. W innych wypadkach, gdy kupujący nie odstępuje od umowy sprzedaży, a poszukuje zaspokojenia swoich roszczeń, nielogiczne byłoby kierowanie ich do majątku spółki, w której kupujący został współlnikiem, jako że powodowałoby to jednoczesny spadek wartości jego własnych udziałów⁵. Wyjątkiem od tej zasady są umowy, gdzie przenoszone są niewielkie procentowo pakiety.

Od powyższej sytuacji należy odróżnić stan, w którym członkowie zarządu jako osoby fizyczne w swoim imieniu, a nie jako zarząd spółki, są stroną umowy. Z reguły sytuacja taka zdarza się, gdy udziały są przedmiotem tzw. wykupu menedżerskiego. Transakcje takie, nazywane potocznie *mbo/lbo* (ang. *management buy-out* lub *leveraged buy-out*)⁶ polegają na tym, iż osoby pełniące funkcje członków zarządu są jednocześnie nabywcami udziałów, samodzielnie, najczęściej poprzez specjalnie do tego celu utworzoną spółkę, lub wspólnie z innymi inwestorami współfinansującymi nabycie.

⁵ Przy konstruowaniu umowy sprzedaży z udziałem spółki, kupujący musi zwrócić uwagę na to, aby uniemożliwić sprzedającemu roszczenia regresowe w stosunku do spółki w przypadku poniesienia odpowiedzialności z tytułu nieprawdziwości zapewnień, po dacie przeniesienia tytułu do udziałów. Z reguły odpowiednie klauzule są zamieszczane w umowie sprzedaży w części dotyczącej odpowiedzialności sprzedającego z tytułu naruszenia umowy.

⁶ Szerzej na temat struktury transakcji i problemów prawnych z nimi związanych M. Wrzesiński, *Fuzje i przejęcia. Wykup lewarowany (LBO) i menedżerski (MBO). Uwarunkowania rozwoju w Polsce*, Warszawa 2000, s. 1–15.

1.6. Badania *American Bar Association* nad częstotliwością występowania oświadczeń i zapewnień w umowach sprzedaży udziałów/akcji

Ciekawe badania nad strukturą i częstotliwością występowania poszczególnych klauzul w umowach z dziedziny fuzji i przejęć (tzw. *Mergers and Acquisition*) prowadzi od kilku lat jedna z sekcji *American Bar Association*, to jest *Business Law Section*. Badania dotyczą różnych grup umów, w tym: umów sprzedaży akcji spółek publicznych, gdzie kupującym są fundusze *private equity*⁷; umów sprzedaży akcji spółek publicznych, gdzie kupującym jest inwestor strategiczny⁸. Z punktu widzenia tematyki niniejszej pracy, najbardziej interesujące są analizy umów, gdzie przedmiotem świadczenia są udziały w spółkach prywatnych, które to analizy przeprowadzane były nie tylko dla umów zawieranych na terenie USA⁹, ale też dodatkowo na bazie doświadczeń krajów Europy kontynentalnej, w tym Polski¹⁰. Przedmiotem badania były cztery kategorie oświadczeń i zapewnień, dotyczących jedynie działalności i przedsiębiorstwa spółki, w której udziały były zbywane. Te kategorie to: prawidłowość i rzetelność sprawozdań finansowych spółki, brak zobowiązań innych niż ujawnione w sprawozdaniach finansowych lub inny sposób uzgodniony między stronami, kompletność i rzetelność udzielanych oświadczeń i zapewnień oraz zgodność działalności spółki z prawem, przy czym ostatnia kategoria nie dotyczyła transakcji europejskich.

Należy stwierdzić, że znakomita większość umów była wyposażona we wszystkie rodzaje zapewnień. W USA nie ujawniono ani jednej umowy, która by nie posiadała zapewnienia dotyczącego sprawozdań finansowych¹¹, jedynie 3% umów zostało zawartych bez zapewnień dotyczących nieujawnionych zobowiązań finansowych¹² i 32% bez zapew-

⁷ 2007 *Private Equity Buyer/ Public Target, Mergers & Acquisitions Deal Points Study*, www.abanet.org/dch/committee.cfm?com+CL560003.

⁸ 2009 *Strategic Buyer/ Public Target, Mergers & Acquisitions Deal Points Study*, www.abanet.org/dch/committee.cfm?com+CL560003.

⁹ Por. ostatnie badanie dotyczące umów zawieranych w 2008 roku, 2009 *Private Target Mergers & Acquisitions Deal Points Study*, www.abanet.org/dch/committee.cfm?com+CL560003.

¹⁰ 2008 *Continental Europe Private Target, Mergers & Acquisitions Deal Points Study*, www.abanet.org/dch/committee.cfm?com+CL560003.

¹¹ Por. 2009 *Private Target...*, slide 45.

¹² Por. *ibidem*, slide 47.

nień dotyczących kompletności i rzetelności oświadczeń i zapewnień¹³. Dla europejskich umów ten odsetek wynosił odpowiednio: 15%, 55% i 52%¹⁴. Analizując różnice, jakie występują w praktyce amerykańskiego i europejskiego obrotu udziałami, należy mieć na uwadze, iż inna była metodologia badania w jednym i drugim przypadku. O ile w badaniach amerykańskich posłużono się próbą obejmującą 106 umów, dostępnych publicznie, gdzie kupującym były spółki publiczne¹⁵, o tyle w badaniach europejskich, w braku ujawnianych publicznie danych, badania oparto na umowach zawieranych przez pojedyncze kancelarie, reprezentujące daną jurysdykcję, przez co statystyki te są mniej reprezentatywne¹⁶. Niemniej jednak, rezultaty statystyczne dla obydwu regionów pokazują pewną ich spójność. W przypadku umów amerykańskich, skąd oświadczenia i zapewnienia biorą swój rodowód, częstotliwość występowania omawianych klauzul jest bardzo wysoka, a w niektórych przypadkach stuprocentowa lub prawie stuprocentowa. Należy przy tym pamiętać, iż treść tych klauzul nie jest identyczna. Różnią się one między sobą nieraz znacznie, poprzez ograniczenia zapewnień, jakie są wynegocjowane między stronami. Ograniczenia te mogą być związane w szczególności z wiedzą sprzedającego. W przypadku umów europejskich, odsetek umów zawierających poszczególne klauzule jest wyraźnie niższy, jednak nadal znaczący dla praktyki obrotu udziałami: w zasadzie większość umów posiada co najmniej dwa z trzech badanych zapewnień.

Warto dodać na koniec, iż co do zapewnienia dotyczącego zgodności działania spółki z prawem, zapewnienie to występowało w 100% umów zawartych na terenie USA¹⁷.

1.7. Uwagi terminologiczne

Na koniec uwag wprowadzających warto zastanowić się nad racjonalnością samego terminu „oświadczenia i zapewnienia”. Geneza tego pojęcia jest związana z systemem prawa anglosaskiego, w związku z czym

¹³ Por. *ibidem*, slide 51.

¹⁴ Por. 2008 *Continental Europe Private Target...*, slide 18.

¹⁵ Por. 2009 *Private Target...*, slide 6.

¹⁶ Por. 2008 *Continental Europe Private Target...*, slide 5.

¹⁷ Por. 2009 *Private Target...*, slide 49.

sam termin jest luźnym tłumaczeniem ang. *representations and warranties*. Jak wynika z analizy prawa amerykańskiego i angielskiego¹⁸, zasadnicza różnica pomiędzy tymi pojęciami w uproszczeniu polega na tym, że *representation* jest oświadczeniem wiedzy, mającym na celu skłonienie drugiej osoby do zawarcia umowy, natomiast *warranty* to nie tylko oświadczenie wiedzy, mające na celu skłonienie drugiej strony do zawarcia umowy, ale też przyjęcie na siebie jednoznacznej odpowiedzialności kontraktowej w przypadku, gdy oświadczenie jest niezgodne z rzeczywistością. Szczególnie ostro widać różnice pomiędzy obydwooma instytucjami na przykładzie amerykańskiego orzeczenia *Ziff-Davis*, gdzie sąd wprost przychylił się do następującego poglądu: „(...) Problemem kluczowym nie jest kwestia, czy kupujący ufał w prawdziwość informacji, co do której *Ziff-Davis* zapewniał, ale czy ufał, że kupuje zapewnienie [sprzedającego] [co do jej prawdziwości]”¹⁹ (tłum. własne). W odniesieniu do jurydycznej konstrukcji *representation* i *warranty*, prawo anglosaskie kwalifikuje, najogólniej biorąc, nieprawdliwość *representation* jako czyn niedozwolony, a naruszenie *warranty*, jako nieprawidłowe wykonanie zobowiązania. Na marginesie należy dodać, iż w związku z rozwojem orzecznictwa, a co za tym idzie nowym podejściem do pewnych instytucji, kwestia terminologii angielskiej budzi kontrowersje też na rodzimym gruncie. Trwa dyskusja, jaka terminologia powinna być poprawnie używana w umowach: czy łącznie, czy też jedynie *representation*, czy jedynie *warranty*²⁰. W tym świetle należy rozpatrywać pewną ciekawą niekonsekwencję terminologiczną zawartą w Modelowej Umowie ICC. Otóż w tekście umowy autorzy posługują się wyłącznie pojęciem *warranty*, pomijając w ogóle *representation*, co jak się wydaje, może wynikać z problemów definicyjnych tego ostatniego na gruncie prawa kontynentalnego. Jak wynika z definicji tego pojęcia zamieszczonej w art. 1, przez *warranty* rozumie się wszystkie zapewnienia dane w załączniku A, i tam dopiero, w załączniku A, w tytule pojawia się termin łączny *representations and warranties*²¹.

¹⁸ Szerzej na ten temat por. rozdział 6.

¹⁹ Por. *CBS Inc. v Ziff-Davis Publishing Co.*, 75 NY2d 496 (1990).

²⁰ Por. *Model Stock Purchase Agreement with Commentary*, American Bar Association, Chicago 1995, s. 46, www.abanet.org; K.A. Adams, *A lesson in drafting contracts: What's up with representations and warranties*, *Business Law Today*, Nov/Dec. 2005; T.L. Stark, *Another view on reps and warranties*, *Business Law Today* Jan/Feb 2006.

²¹ ICC *Model Mergers & Acquisition Contract I, Share Purchase Agreement*, Paryż, International Chamber of Commerce 2004, s. 17 i 38.

Rozważając możliwość przyjęcia takiego *argumentum divisionis*, jaki mógłby się nasuwać w związku ze sprawą Ziff-Davis, należy zastanowić się, czy na gruncie prawa polskiego możemy podobnie zdefiniować „oświadczenie” jako oświadczenie wiedzy, którego nieprawidłowość może być rozważana w kategoriach czynu niedozwolonego w świetle art. 415 i n. k.c., natomiast „zapewnienie” jako oświadczenie woli, którego nieprawidłowość postrzegana jest jako nieprawidłowe wykonanie zobowiązania. W związku z tym jedną z propozycji terminologicznych może być delimitacja pojęć „oświadczenie” i „zapewnienie”, podobnie jak w systemie *common law*, w zależności od tego, czy skutków naruszenia poszukujemy w obszarze reżimu deliktowego, czy kontraktowego. Trzeba jednak podkreślić, iż pojęciom tym nigdy do tej pory nie towarzyszyły w polskim prawie takie konotacje.

W obszarze analizy językowej można przedmiotowe terminy rozpatrywać w kategoriach obiektywnych i subiektywnych. „Oświadczenie”, zgodnie z jego pierwotnym znaczeniem językowym, to „oficjalna wypowiedź wyrażająca czyjeś stanowisko w jakiejś sprawie; też: pismo zawierające taką wypowiedź”²². „Zapewnienie” natomiast to „wypowiedź przekonująca kogoś, że coś jest albo będzie na pewno”²³. Jak wynika z przytoczonych definicji, ponieważ oświadczenie dotyczy stanowiska danej osoby w jakiejś sprawie, to ma ono zatem charakter subiektywny, czyli odnosi się do stanu wiedzy czy przemyśleń tej osoby. Zapewnienie zaś ma charakter obiektywny, nie odnoszący się do wiedzy osoby dającej zapewnienie. W tym kontekście można powiedzieć, iż łączne posługiwanie się pojęciem oświadczenia i zapewnienia oddaje ich intencję, gdyż przedmiotowe klauzule mają lub mogą mieć, charakter zarówno obiektywny, jak i subiektywny. Sprzedający może zapewnić (choć nie oświadczyć), iż sprawozdania finansowe spółki, w której udziały są sprzedawane, są niewadliwe i rzetelne, bez względu na stan jego wiedzy, lub też oświadczyć (lecz nie zapewnić), iż sprawozdania finansowe spółki są, zgodnie ze stanem jego wiedzy na daną chwilę, niewadliwe i rzetelne, co nie oznacza, iż takie bezwzględnie są.

²² Por. L. Drabik, A. Kubiak-Sokół, E. Sobol, L. Wiśniakowska, *Słownik języka polskiego*, Warszawa 2006, s. 601.

²³ *Ibidem*, s. 1272.

Dalej można sobie wyobrazić, iż zgodnie ze stanem wiedzy sprzedającego sprawozdania finansowe są wadliwe i nierzetelne, ale na potrzeby umowy zapewnia on, iż jest inaczej, ze świadomością lub nie skutków prawnych takiego zapewnienia. Inaczej mówiąc, można coś oświadczyć, ale nie zapewnić, można coś zapewnić, ale nie oświadczyć, lub można coś i oświadczyć, i zapewnić.

W takim kontekście, nasuwa się następująca propozycja: pojęcia „oświadczenie” należy używać wtedy, gdy wypowiedź jest uzależniona od wiedzy składającego, a „zapewnienie” wtedy, gdy mamy do czynienia z wypowiedzią składaną na zasadzie obiektywnej, podobnie jak zapewnienie z tytułu rękoi. Taki podział terminologiczny nie odpowiada jednak wykładni „oświadczeń i zapewnień” w świetle wskazówek zawartych w art. 65 § 2 k.c. Dla osiągnięcia efektu ograniczenia odpowiedzialności sprzedawcy za nieprawdziwe oświadczenia i zapewnienia do przypadków, gdzie sprzedawca wiedział o nieprawdziwości, w praktyce używa się słów „zgodnie z wiedzą” lub „zgodnie z najlepszą wiedzą”.

Myśląc o kwestiach definicyjnych, można też rozważyć użycie nieobecnego w praktyce terminu „gwarancje”. Jak będzie to wynikać z dalszych rozważań, jedną z potencjalnych możliwości zakwalifikowania oświadczeń i zapewnień jest nienazwana umowa o charakterze gwarancyjnym.

Niektórzy autorzy wprost posługują się pojęciem odpowiedzialności o charakterze gwarancyjnym za nieprawidłowe zapewnienia²⁴. W związku z tym, wydaje się, iż wszędzie tam, gdzie chcemy efekt odpowiedzialności gwarancyjnej osiągnąć, można pokusić się o użycie terminu „gwarancje”, czy „gwarancje sprzedawcy”. Pewną niedogodnością jest kojarzenie pojęcia gwarancji z czynnościami wyłącznie bankowymi lub gwarancją jakości, określoną w art. 577 i n. k.c. Teoretycznie nie powinno jednak to mieć wpływu na prawidłowe kwalifikowanie instytucji jako takiej, gdyż kwestie odpowiedzialności gwarancyjnej i umów gwarancyjnych są dobrze rozpoznane w polskiej doktrynie²⁵, a zgodnie z art. 65 § 2

²⁴ Tak np. P. Drapała, *Wybrane problemy cywilnoprawne w transakcjach typu asset deal i share deal*, MP 2002, nr 23, dodatek: Fuzje i przejęcia, s. 11, a także A. Szlezak, *Representations and warranties w umowach poddanych polskiemu prawu*, PPH 2007, nr 10, s. 6.

²⁵ Por. m.in. Z. Radwański (w:) *System Pr.Cyw.*, t. III, cz. 1, s. 452, a także K. Zawada, *Odpowiedzialność zbywcy wierzytelności za wady prawne i za wypłacalność dłużnika* (art. 516), *Krakowskie Studia Prawnicze*, 1990, Rok XXIII, s. 134, który pisze, iż przyjęcie na siebie przez zbywcę wierzytelności

k.c. należy raczej badać, jaki był zamiar stron, a nie opierać się jedynie na dosłownym brzmieniu umowy. Użycie terminu „gwarancja” może też doprowadzić do usunięcia wątpliwości, czy oświadczenia i zapewnienia, którym nie towarzyszy w umowie określenie sankcji za ich nieprawdziwość, mają charakter oświadczenia woli i w związku z tym wywołują określone skutki prawne.

Należy jednak podkreślić, iż w polskiej praktyce obrotu udziałami ustaliła się terminologia łączna, tj. „oświadczenia i zapewnienia”, choć jest ona technicznie dość uciążliwa z punktu widzenia potrzeb obrotu. Strony, negocjując umowę sprzedaży, z reguły aprobuje tę tradycyjną terminologię w tym celu, aby nie narazić się w przyszłości na zarzut, iż użycie innego terminu zawęzi zakres zjawisk podlegających regulacji. W świetle rezultatów niniejszej analizy wydaje się to być nieuzasadnione.

W niniejszej pracy, aby uniknąć nieporozumień co do przedmiotu rozważań, posługuję się utrwaloną w praktyce terminologią, to jest łącznym terminem „oświadczenia i zapewnienia”, choć używam go zamiennie z terminem „zapewnienie”, gdyż stoję na stanowisku, iż to pojęcie w pełni oddaje istotę omawianej instytucji.

odpowiedzialność za niewypłacalność dłużnika następuje na podstawie umowy gwarancyjnej, którą należy odróżnić od umowy poręczenia.

Rozdział 2

Zasada swobody umów – zarys problematyki

2.1. Uwagi wprowadzające

2.1.1. Zasada swobody umów jako naczelna zasada prawa zobowiązań

Omówienie natury prawnej oświadczeń i zapewnień w kontekście polskich przepisów prawa cywilnego, mając na uwadze iż instytucja ta ma swój rodowód anglosaski, musi być poprzedzone analiza treści zasady swobody umów. To dzięki przyjęciu tej zasady jako naczelnej zasady prawa cywilnego możliwa jest recepcja obcych wzorów do systemu rodzimego prawa. Granice swobody kontraktowej, przyjęte w systemie prawa cywilnego, będą decydowały, które instytucje obce zostaną zaakceptowane jako dozwolone, oraz, co jest niezwykle istotne, jakie skutki prawne wywołają w ramach stosunków prawnych, gdzie konstruktem są te instytucje.

Zasada swobody umów była wielokrotnie przedmiotem zainteresowania doktryny prawa cywilnego¹, co nie oznacza iż jest pojmowana jednolicie. Jako pochodna ogólniejszej zasady autonomii woli stron stanowi ona bezsprzecznie jedną z fundamentalnych zasad prawa prywatnego.

¹ W ostatnim czasie zostały opublikowane dwie obszerne monografie, traktujące o problemie zasady swobody umów, które wyczerpująco prezentują zagadnienia oraz dotychczasowe poglądy doktryny i orzecznictwa: P. Machnikowski, *Swoboda umów według art. 353¹ KC. Konstrukcja prawna*, Warszawa 2005 oraz R. Trzaskowski, *Granice swobody kształtowania treści i celu umów obligacyjnych. Art. 353¹ K.C.*, Kraków 2005. W niniejszym rozdziale odniesienia więc będą czynione najczęściej w stosunku do tych dwóch publikacji.

Aby oddać prawdziwy sens tej zasady, należy przeanalizować samą normę kompetencyjną oraz brak norm nakazujących lub zakazujących, które co do zasady ograniczałyby lub wręcz unicestwiały normę podstawową². Z tego powodu zagadnienie ograniczeń swobody kontraktowania będzie stanowiło centralny punkt tej części rozważań. Dokonanie takich ustaleń jest nieodzowne dla analizy dopuszczalności stosowania nowych instytucji, nieznanych wcześniej naszemu porządkowi prawnemu, czym niewątpliwie jest instytucja oświadczeń i zapewnień stosowana w umowie sprzedaży udziałów.

W ujęciu modelowym w literaturze przedmiotu³ wyróżnia się następujące elementy zasady swobody umów: swoboda decydowania co do samego zamiaru zawarcia umowy, swoboda decydowania co do treści umowy, swoboda decydowania co do wyboru drugiej strony umowy, swoboda wyboru formy.

Dla celów niniejszej pracy istotna jest druga z wymienionych swobód. Sfera tej wolności obejmuje dwie podstawowe kompetencje stron, a mianowicie do wyboru określonego rodzaju umowy (nazwanej lub nienazwanej) oraz do kształtowania treści stosunku prawnego w ramach umowy typowej, ale zmodyfikowanej do własnych potrzeb w granicach wyznaczonych ustawą⁴.

W sensie funkcjonalnym, swoboda umów jest narzędziem nieodzownym przy tworzeniu nowoczesnych stosunków prawnych w sferze prawa prywatnego, w tym również prawa handlowego⁵. Współczesny obrót gospodarczy charakteryzuje się masowością, szybkością oraz typowością (seryjnością) w tworzeniu wszelakich instytucji prawnych, także na bazie wzorów wypracowanych pod rządami obcego prawa. K. Kruczałak⁶

² Por. P. Machnikowski, *Swoboda...*, s. 160.

³ Por. W. Czachórski, *Zobowiązania*, s. 160–161.

⁴ Por. M. Safjan, *Zasada swobody umów (Uwagi wstępne na tle wykładni art. 353¹ k.c.)*, PiP 1993, z. 4, s. 14.

⁵ W stosunkach międzynarodowych zasada swobody umów została m.in. wyrażona w Zasadach Europejskiego Prawa (PECL), które będąc efektem prac prawnoporównawczych są reprezentatywne dla różnych porządków prawnych krajów Europy. W świetle art. 1:102. PECL strony mogą swobodnie kształtować treść umów w granicach dobrej wiary, uczciwego obrotu oraz bezwzględnych postanowień zawartych w PECL. Wyraźnie też została sformułowana zasada dyspozycyjności norm tam zawartych. Strony mogą inaczej kształtować swój stosunek prawny, o ile inaczej nie stanowi konkretna Zasada oraz o ile PECL jako zespół norm o charakterze prawa właściwego ma zastosowanie do danego stosunku prawnego na mocy art. 1:101. Por. szerzej komentarz E. Wieczorek, *Zasady europejskiego prawa umów*, Gdańsk 2005, s. 10–11 oraz 16.

⁶ K. Kruczałak, *Prawo handlowe. Zarys wykładu*, wyd. 7, Warszawa 2006, s. 74.

pisze wprost o „amerykanizacji” umów w Europie kontynentalnej, czego przykładem jest też omawiana instytucja oświadczeń i zapewnień. Zgłaszany w związku z tym w zakresie prawa handlowego postulat minimum formalizmu prawnego, zarówno co do treści, jak i formy, jest związany z takimi właśnie potrzebami obrotu.

Zasada swobody umów bierze swój początek w art. 31 ust. 1 i 2 Konstytucji RP. Swobody zdefiniowane w tym artykule mają zastosowanie nie tylko do relacji obywatela z państwem, ale także do stosunków pomiędzy jednostkami, co wyraźnie podkreślił Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 29 kwietnia 2003 r.⁷ Jak stwierdził Trybunał Konstytucyjny, z przepisu tego wynika, że nie wolno nikogo zmuszać do zawarcia umowy lub zakazywać mu zawarcia umowy, ani zmuszać do wyboru określonego kontrahenta, ani narzucać mu jej konkretnych postanowień, o ile przepisy prawa nie stanowią inaczej. Treść tego wyroku może też stanowić dyrektywę interpretacyjną przy kwalifikacji norm prawnych, regulujących umowne stosunki prawne jako normy dyspozytywne. Swoboda umów jest też, w zakresie stosunków pomiędzy przedsiębiorcami, pochodną zasady swobody działalności gospodarczej wyrażonej w art. 20 i 22 Konstytucji RP. Artykuł 20 Konstytucji RP stanowi bowiem, że społeczna gospodarka rynkowa oparta na wolności działalności gospodarczej oraz solidarności, dialogu i współpracy partnerów społecznych stanowi podstawę ustroju gospodarczego Rzeczypospolitej Polskiej. Konkretyzacją tej wolności w sferze cywilnoprawnej jest przede wszystkim art. 353¹ k.c., natomiast w sferze relacji przedsiębiorca–państwo są to głównie normy zawarte w ustawie o swobodzie działalności gospodarczej⁸.

Zasada swobody była też znana przedwojennemu systemowi prawa. Na gruncie art. 55 k.z., strony mogły swój stosunek prawny ułożyć dowolnie, o ile treść i cel umowy nie sprzeciwiały się porządkowi publicznemu, ustawie ani dobremu obyczajom⁹. Przez sprzeczność z porządkiem publicznym rozumiano sprzeczność z „ustrojem skarbowym, sądowym, rodzinnym, z zasadą wolności osobistej, wolności zarobkowania, równości wszystkich

⁷ SK 24/02, opubl. OTK-A 2003, z. 4, poz. 33.

⁸ Z wyłączeniem jednakże art. 17, zgodnie z którym przedsiębiorca powinien wykonywać działalność gospodarczą na zasadach uczciwej konkurencji i poszanowania dobrych obyczajów oraz słusznych interesów konsumenta, który *expressis verbis* nie odnosi się do sfery publicznoprawnej.

⁹ Przepis ten, zgodnie z zasadami ustrojowymi rządzącymi w Polsce powojennej, nie został recypowany do kodeksu cywilnego, aż do roku 1990, w zmienionej postaci obecnego art. 353¹ k.c.

wobec prawa, z obowiązkami obywatelskimi, itp.”¹⁰. Sprzeczność z ustawą dotyczyła sytuacji, gdzie zakazy zawierania pewnych umów lub uzgadniania pewnych zapisów wynikały z przepisów ustawy o charakterze bezwzględny, przy czym o bezwzględny charakterze przepisu decydowało jego dosłowne brzmienie lub jeśli z treści przepisu wynikał leżący u jego podstaw motyw etyczny, socjalny, lub porządku publicznego. Sprzeczność z dobrymi obyczajami była w zasadzie związana z pojmowaniem przez sędziego wartości istotnych dla społeczeństwa. Jak pisał R. Longchamps de Bérier: „O tym, czy umowa sprzeciwia się dobrym obyczajom, rozstrzyga sędzia, kierując się zapatrywaniem swojej epoki i swojego społeczeństwa. Jak z jednej strony nie może oceniać sprawy wyłącznie z punktu widzenia osobistych zapatrywań etycznych, tak z drugiej strony nie może brać pod uwagę ani zapatrywań etycznych ludzi o zbyt przeczulonej etyce, ani też poglądów panujących w sferach, pod względem etycznym nisko stojących (...). Chodzi o to, co uczciwy obrót faktycznie uważa za dozwolone, a co za niedozwolone”, a niektóre dyrektywy interpretacyjne i w tym zakresie można znaleźć w judykaturze sądów najwyższych¹¹. Zgodnie z art. 156 k.z., umowy sprzeczne z ustawą, porządkiem publicznym lub dobrymi obyczajami były nieważne z mocy samego prawa.

2.1.2. Zasada swobody umów na gruncie art. 58 k.c.

Z punktu widzenia dzisiejszego rozumienia zasady swobody kontraktowej warto przyrzeć się jej interpretacji w ramach systemu prawa pozbawionego aktualnej treści art. 353¹ k.c., gdyż pewne elementy tej interpretacji są bezrefleksyjnie przenoszone dla uzasadnienia ograniczeń omawianej zasady w dzisiejszych stosunkach prawnych. Zanim ustawodawca wyartykułował zasadę swobody umów w brzmieniu art. 353¹ k.c.¹², w doktrynie prawa zasadę tę wywodzono *a contrario* z art. 58 k.c. i przyjmowano, iż swoboda umów oznacza dowolność kształtowania ich treści, o ile treść ta nie jest sprzeczna z ustawą lub zasadami współzycia społecz-

¹⁰ Por. R. Longchamps de Bérier, *Polskie prawo cywilne. Zobowiązania*. Wydanie anastatyczne, Poznań 1999, s. 150.

¹¹ *Ibidem*, s. 151.

¹² Art. 353¹ k.c. został dodany ustawą z dnia 28 lipca 1990 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 55, poz. 321 z późn. zm.).

nego¹³. Teoretyczne podstawy zasady swobody umów, opracowane przez Z. Radwańskiego na gruncie art. 58 k.c. nadal w dużej części zachowują swoją aktualność w obecnym stanie prawnym i dlatego warto uznać je za punkt wyjścia dla dalszych rozważań i pokrótce przedstawić¹⁴.

Z punktu widzenia pozytywistycznej doktryny prawa, sens swobody kontraktowej utożsamiany jest z zasadą autonomii woli stron, przez co rozumie się taką sytuację podmiotu prawa, w której z mocy prawa oraz w granicach przez to prawo wyznaczonych, może on sam kształtować swoje prywatnoprawne stosunki. Zasada swobody umów, w jej wymiarze dyrektywalnym, oznacza też normę, nakazującą interpretować oraz stosować przepisy określające kompetencję stron do kształtowania umów, na rzecz tej kompetencji. Nie można zatem aprobować wykładni rozszerzającej przepisów ograniczających autonomię stron. Z. Radwański opowiedział się za wykładnią prawa idącą w kierunku uznania, iż polski system prawa cywilnego, posiada wbudowaną zasadę swobody kontraktowej. Stwierdził jednak, że interpretacja na zasadzie *argumentum a contrario* z art. 58 k.c., sprowadzająca się do konstatacji, iż skoro nieważne są czynności prawne sprzeczne z ustawą, zasadami współżycia społecznego albo mające na celu obejście ustawy, to należy wnosić, iż czynności prawne o innej treści są ważne, ma w tej kwestii znaczenie drugorzędne. Decydujące znaczenie przyznawał on treści art. 56 k.c., a dokładnie frazie, że „czynność prawna wywołuje skutki (...) w niej wyrażone”, z czego należy wnosić, iż przepis ten statuuje kompetencję generalną stron w zakresie treści czynności prawnych, a dalsza część tego przepisu jedynie wskazuje, iż skutki danej czynności mogą mieć inne lub bogatsze treści, niż strony zamierzały. Sprzeczność czynności prawnej z ustawą lub zasadami współżycia jako granica swobody umów, dotyczy zarówno treści, jak i celu umowy. O ile nie budzi wątpliwości kwestia treści, o tyle kontrowersyjne było ustalenie, czy, a jeśli tak, to na jakiej zasadzie, cel umowy powinien być badany w świetle ograniczeń swobody umów. Z. Radwański opowiedział się za tym, iż cel umowy sprzeczny z ustawą, a więc pośrednio z zasadami współżycia społecznego, powinien być uznany za przesłankę nieważności umowy, co wynika z art. 58 § 1 k.c., który na równi z czynnością prawną

¹³ Por. m.in. Z. Radwański (w:) *System Pr.Cyw.*, t. III, cz. 1, s. 360 i n. oraz M. Niedośpiał, *Swoboda czynności prawnych*, Bielsko-Biała 2004, s. 32 i n.

¹⁴ Por. Z. Radwański, *Teoria umów*, Warszawa 1977, s. 95–184.

sprzeczną z ustawą traktuje czynność „mającą na celu obejście ustawy”. Poza ogólnymi ograniczeniami, mieszczącymi się w pojęciu sprzeczności z ustawą lub zasadami współżycia społecznego, treść zasady swobody umów w ówczesnym systemie prawnym podlegała ograniczeniom wynikającym z ograniczeń ustrojowych, w tym zakazów zbywania państwowych środków produkcji, reglamentacji związanej z gospodarką planowaną centralnie, w zakresie choćby ustalania cen i jakości sprzedawanych towarów. Szczególną treść nadawano pojęciu „słuszność kontraktowa”, gdzie obok ustawowo zdefiniowanej instytucji wyzysku (por. art. 488 k.c.), Z. Radwański bierze pod uwagę takie postulaty, jak szczególna ochrona osoby świadczącej pracę, ochrona konsumenta w stosunku do jednostki gospodarki uspołecznionej, ochrona mienia uspołecznionego. W większości postulatów powyższe straciły swoją aktualność, ze względu na zmiany ustrojowe, jakie dokonały się po 1989 roku, choć kwestia obrony interesów konsumentów znalazła swój wyraz we współczesnym ustawodawstwie w pełnym zakresie. Jeden z postulatów, o jakim pisze wspomniany Autor, tj. zasada słuszności kontraktowej w stosunkach pomiędzy jednostkami gospodarki uspołecznionej, wymaga odniesienia do rzeczywistości dzisiejszej. Otóż na podstawie dawnego art. 386 k.c., który stanowił, iż jednostki gospodarki uspołecznionej powinny ze sobą współdziałać zarówno przy zawieraniu umów, jak i przy ich wykonywaniu, mając na względzie obowiązki wynikające z narodowych planów gospodarczych, ekonomiczność produkcji i obrotu oraz zabezpieczenie gospodarki narodowej przed stratami, przekroczeniem swobody umów było takie kształtowanie treści umów, które zapewniało jednej ze stron korzyści nieuzasadnione z punktu widzenia ekonomicznego. Pogląd ten był o tyle wówczas uzasadniony, że w systemie nakazowo-rozdzielczym trudno było twierdzić, iż jednostki gospodarki uspołecznionej posiadały autonomię woli. W dzisiejszej rzeczywistości, problem braku autonomii woli podmiotów gospodarczych nie istnieje, a w związku z tym gdy strony stosunków cywilnoprawnych swobodnie mogły kalkulować ryzyka i związane z nimi korzyści, przyjęcie na siebie warunków, które w ocenie obiektywnej mogły prowadzić do wniosku, iż jedna ze stron dokonała niekorzystnego rozporządzenia, nie stanowi przekroczenia granic swobody umów¹⁵.

¹⁵ Por. np. wyrok SN z dnia 4 października 2001 r., I CKN 328/99, Lex nr 52695, w którym Sąd stwierdził, iż przyjęcie zwiększonego ryzyka prawnego przez powodów nie stanowi dostatecznej

Na koniec należy wspomnieć, iż według poglądów Z. Radwańskiego, system prawa socjalistycznego oraz wynikający z niego system preferencji społecznych nie dawał podstaw do sformułowania generalnej normy, nakazującej interpretować oraz stosować przepisy określające kompetencję stron do kształtowania umów, na rzecz tej kompetencji, czyli stosowania formuły *exceptiones non sunt excendendae*, bez przejścia dawnej klauzuli art. 55 k.z. W związku z włączeniem do porządku prawnego art. 353¹, będącego co do istoty odpowiednikiem art. 55 k.z., pogląd ten też stracił swoją aktualność.

2.1.3. Zasada swobody umów w ujęciu współczesnej doktryny prawa cywilnego w świetle przepisów kodeksu cywilnego

Współczesna doktryna prawa definiuje swobodę kontraktową za pomocą pojęcia kompetencji. Za P. Machnikowskim¹⁶ można stwierdzić, iż norma kompetencyjna zawarta w art. 353¹ k.c. przyznaje podmiotom prawa cywilnego, z mocy prawa, kompetencję normodawczą, czyli możliwość ustanawiania indywidualnych i konkretnych norm postępowania. Inaczej mówiąc, kompetencja normodawcza, jako pochodna sytuacja (modalność) normatywna, polega na możliwości wymienionych w tej kompetencji podmiotów do ustanawiania, uchylania i zmiany umownych stosunków prawnych.

Kompetencja stron obejmuje uprawnienie do tworzenia umów odpowiadających typom skodyfikowanym w kodeksie cywilnym, jak i umów nienazwanych czy mieszanych, tworzenia związków i zależności pomiędzy nimi, ustalania dodatkowych obowiązków związanych ze świadczeniem głównym oraz modyfikacji zasad odpowiedzialności, o czym szerzej w następnym rozdziale.

Z zagadnieniem zakresu kompetencji normodawczej łączy się problem minimalnej treści umowy, koniecznej, aby wywarła ona zamierzony skutek prawny. Minimalna treść umowy obejmuje określenie lub stworzenie podstaw do określenia podmiotów występujących w charakterze

przesłanki uznania za sprzeczną z zasadami współzycia społecznego umowy zawartej na postawie przesłanek (w tym spodziewanych korzyści) kalkulowanych swobodnie przez obie strony.

¹⁶ Por. P. Machnikowski, *Swoboda...*, s. 136.

dłużnika i wierzyciela oraz oznaczenie lub stworzenie podstaw do określenia treści świadczenia i jego przedmiotu¹⁷. Ważne jest, moim zdaniem, aby z tych wszystkich skonkretyzowanych elementów wynikał cel społeczno-gospodarczy zawartej umowy, gdyż bez tego elementu nie jest możliwe ustalenie ważności oraz treści umowy, w tym elementów istotnych, koniecznych do kwalifikacji umowy w ramach umów nazwanych i nienazwanych.

Kompetencja normodawcza przyznana określonym podmiotom nie jest jednak nieograniczona. Granicami swobody umów są ustawa, zasady współżycia społecznego oraz natura stosunku prawnego. Treść i cel umowy nie mogą być zatem sprzeczne z tymi trzema kategoriami.

Należy zgodzić się ze stanowiskiem, iż uzasadnienia dla wprowadzenia ograniczeń swobody umów powinno szukać się w obszarze argumentacji właściwym dla uzasadniania samej zasady swobody umów. Dla stosunków cywilnoprawnych ważna jest nie tylko prawna, ale i faktyczna równorzędność stron umowy, osiągalna w warunkach wolnej konkurencji. Brak takiej równości uchyla realne zastosowanie zasady swobody umów. Tym samym swoboda kontraktowania musi dotyczyć obydwu stron umowy¹⁸. Ograniczenia swobody umów idące w kierunku zbudowania autonomicznej pozycji strony są więc aksjologicznie w pełni akceptowalne. Przykładem tak uzasadnionych ograniczeń są m.in. przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Działanie w warunkach konkurencji pozwala podmiotom działającym na danym rynku na swobodne podejmowanie decyzji, w jakim zakresie i z kim zawierać umowy. Brak konkurencji ogranicza ich faktyczną swobodę. Dlatego też, zgodnie z art. 1 ust. 2 u.o.k.k. normy prawne regulują zasady i tryb przeciwdziałania praktykom ograniczającym konkurencję oraz praktykom naruszającym zbiorowe interesy konsumentów, a także antykonkurencyjnym koncentracjom przedsiębiorców i ich związków.

Trudne do zaakceptowania są ograniczenia swobody umów, uzasadnione ochroną dogmatycznych założeń instytucji stypizowanych w przepisach, w szczególności umów nazwanych¹⁹. Takie uzasadnienie przeważa przy interpretacji ograniczeń związanych z naturą stosunku prawnego,

¹⁷ A. Klein, *Pojęcie umowy i stosunku zobowiązaniowego kontraktacji według kodeksu cywilnego*, Studia Cywilistyczne 1972, t. XIX, s. 139.

¹⁸ Tak R. Trzaskowski, *Granice...*, s. 64 i n.

¹⁹ Tak m.in. M. Safjan, *Zasada...*, s. 16.

o czym będzie dalej. Należy však przyjąć, iż u podstaw zasady swobody umów leży możliwość swobodnego kreowania stosunków prawnych, odpowiadających konkretnym potrzebom uczestników obrotu, a instytucje typowe mają służyć ułatwieniu obrotu prawnego, a nie jego ograniczeniu.

Zgodnie z art. 353¹ k.c., ograniczenia swobody umów dotyczą zarówno treści, jak i celu umowy. Przez treść stosunku prawnego ogólnie rozumie się uprawnienia i obowiązki stron²⁰.

W przypadku treści stosunku prawnego istotna jest więc relacja art. 353¹ do art. 56 k.c. W literaturze przedmiotu został mianowicie wyrażony pogląd²¹, iż zasada swobody umów dotyczy nie tylko swobody kształtowania umowy, ale całego stosunku zobowiązaniowego, jaki z niej wynika; jest on bowiem pojęciem szerszym, gdyż obejmuje prawa i obowiązki rekonstruowane nie tylko z umowy, ale też z ustawy, zasad współżycia społecznego oraz ustalonych zwyczajów. W związku z tym proponuje się objęcie kontrolą zgodności umowy ze wszystkimi elementami wymienionymi w art. 56 k.c. Uwzględnienie ogółu tych czynników prowadziłoby w efekcie do czwartego ograniczenia swobody umów, tj. poprzez zwyczaj, ponieważ strony, tworząc normy indywidualne w obrębie zawieranych umów, ograniczone byłyby w swojej kompetencji istniejącym zwyczajem. Taka wykładnia przepisu nie może się jednak obronić. Zarówno zdaniem P. Machnikowskiego, jak i R. Trzaskowskiego, jest to pogląd nieprawidłowy²². Wspomniani Autorzy twierdzą, że nie ma konkurencji pomiędzy tymi przepisami, gdyż art. 56 k.c., mówiąc o skutkach czynności prawnej odsyła do ustawy, a więc m.in. do art. 353¹ k.c. Ponadto, ustalony zwyczaj, o którym mowa w art. 56 k.c., to tylko zwyczaj zgodny z prawem i zasadami współżycia społecznego. Dlatego objęcie kontrolą treści i celu stosunku prawnego jako kategorii szerszej niż cel i treść umowy, nie wnosi nic nowego. Kwestię tę można rozważać moim zdaniem także z innego punktu widzenia. Analizując elementy składo-

²⁰ Dla potrzeb niniejszego wywodu, o ile nic innego nie wynika z kontekstu, posługuję się wymiennie pojęciem treści stosunku prawnego i treści umowy, ponieważ różnice jakie występują pomiędzy tymi pojęciami nie powodują odmiennych wniosków w zakresie omawianych zagadnień. Por. także uwagi na ten temat R. Trzaskowski, *Granice...*, s. 179 i n.

²¹ Por. K. Bączyk, *Zasada swobody umów w prawie polskim*, Studia Iuridica Toruniensia. Przemiany Prawa Polskiego, t. 2, Toruń 2002, s. 48 i n.; M. Chajda, *Ograniczenia zasady swobody umów (w:) Iustitia civitatis fundamentum. Księga pamiątkowa ku czci profesora Wiesława Chrzanowskiego*, red. H. Cioch, A. Dębiński, J. Chaciński, Lublin 2003, s. 269.

²² Por. P. Machnikowski, *Swoboda...*, s. 176; R. Trzaskowski, *Granice...*, s. 179 i n.

we obydwu norm należy zauważyć, iż inne są hipotezy tych przepisów: art. 56 k.c. dotyczy czynności już dokonanych, a art. 353¹ k.c. – czynności zamierzonych. Planując jakąś czynność prawną, podmiot prawa nie musi rozważać jej zgodności ze zwyczajem. W ramach kompetencji generalnej mogą więc być tworzone stosunki nieznane zwyczajowo przyjętym dotychczasowym stosunkom i skutki czynności prawnych kreujących te czynności nie będą wtedy odnoszone do sfery zwyczaju, gdyż nie będzie dla nich właściwego punktu odniesienia. Jeśli jednak w ramach swojej kompetencji normotwórczej strony wybiorą dokonanie czynności konwencyjnej, która w kulturze prawnej jest mocno związana z konotacją zwyczajową, to muszą się liczyć z tym, że taka czynność prawna może, choć nie musi, być interpretowana oraz wywrze skutki zgodnie z ustalonym zwyczajem²³.

Ograniczenia swobody umów obejmują nie tylko treść, ale i cel umowy. Definicja celu umowy jest istotna również w świetle przepisu art. 58 k.c., który odnosi się do celu czynności prawnej w ogólności. Generalnie rzecz ujmując, cel czynności prawnej to taki stan faktyczny, który dopiero w następstwie wykonanej czynności prawnej ma być zrealizowany, a jest albo zamierzony przez obie strony, albo co najmniej im znany, lecz nie wyrażony wprost w treści czynności prawnej²⁴. Zgodnie z taką definicją, termin „cel” odnosi się zawsze do konkretnej osoby, a w przypadku umowy – do jej stron. Chodzi więc o ich wspólny cel, zamierzony lub co najmniej znany, przy czym co do ustalania konkretnego zamiaru będą miały zastosowanie ogólne zasady wykładni oświadczeń woli (por. art. 65 k.c.).

P. Machnikowski²⁵ twierdzi, iż przez cel świadczenia (a więc i zobowiązania) powszechnie rozumie się zaspokojenie interesu wierzyciela, co jest zbieżne z przyjętą przez niego koncepcją normy prawnej nakładającej na adresata obowiązki zachowania standardowo korzystnego dla recipienta świadczenia. Tym samym cel powinien być ujmowany jak najszerzej, obejmując wszelkie, nawet pośrednie i odległe, następstwa

²³ W tym duchu wypowiadał się też SN, twierdząc wprost, iż strony mogą się umawiać wedle swojej woli, niekoniecznie zgodnie z panującymi zwyczajami. Por. wyrok SN z dnia 19 marca 2003 r., I CKN 174/01, Lex nr 78852.

²⁴ Por. Z. Radwański (w:) *System Pr.Pryw.*, t. 2, s. 222. Podobnie wypowiedział się SN, uznając, iż cel nie musi być wspólny dla stron, a wystarczy, że jedna strona dąży do realizacji jakiegoś celu, a druga jest tego świadoma, por. wyrok SN z dnia 26 marca 2002 r., III CKN 801/00, OSNC 2003, nr 3, poz. 41.

²⁵ P. Machnikowski, *Swoboda...*, s. 77 i n. oraz 175 i n. Podobnie M. Safjan, *Zasada...*, s. 19.