

**Uniwersytet Warmińsko–Mazurski w Olsztynie  
Wydział Prawa i Administracji**

**Studia  
Prawnoustrojowe**

**14**



**Wydawnictwo  
Uniwersytetu Warmińsko–Mazurskiego  
w Olsztynie**

KOMITET REDAKCYJNY  
Małgorzata Szwejkowska (redaktor naczelna),  
Robert Dziembowski (zastępca),  
Beata Kędzierska (sekretarz)

RADA NAUKOWA  
Bronisław Sitek, Stanisław Pikulski, Jarosław Dobkowski, Piotr Majer,  
Agnieszka Góra-Błaszczkowska, Sebastiano Tafaro, Egidijus Jarasiunas,  
Pavol Kubiček, Jaime Bonet

ADRES REDAKCJI  
Wydział Prawa i Administracji UWM  
10-702 Olsztyn, ul. Warszawska 98  
tel. 89 524 64 31, fax 89 535 15 97

RECENZENT  
Janina Ciechanowicz-McLean

REDAKCJA NAUKOWA  
Maria Królikowska-Olczak  
Agnieszka Góra-Błaszczkowska  
Mariola Lemonnier

SEKRETARZ TOMU  
Jakub Zięty

PROJEKT OKŁADKI  
Maria Fafińska

REDAKCJA WYDAWNICZA  
Elżbieta Pietraszkiewicz

**PL ISSN 1644-0412**

© Copyright by Wydawnictwo UWM • Olsztyn 2011

Wydawnictwo UWM  
ul. Jana Heweliusza 14, 10-718 Olsztyn  
tel. 89 523 36 61, fax 89 523 34 38  
[www.uwm.edu.pl/wydawnictwo/](http://www.uwm.edu.pl/wydawnictwo/)  
e-mail: [wydawca@uwm.edu.pl](mailto:wydawca@uwm.edu.pl)

---

Nakład: 110 egz.; ark. wyd. 21,8; ark. druk. 18,5  
Druk: Zakład Poligraficzny UWM w Olsztynie, zam. nr 97

## Spis treści

<b>Zbigniew Wrona</b> , <i>Prawo przyjazne przedsiębiorcy – wybrane zagadnienia z działalności legislacyjnej Ministerstwa Sprawiedliwości</i> .....	5
<b>Maria Królikowska-Olczak</b> , <i>Pomoc publiczna na wspieranie rozwoju gospodarczego</i> .....	23
<b>Kazimierz Strzyczkowski</b> , <i>Wolność gospodarcza w świetle konstytucji gospodarczej RP</i> .....	31
<b>Andrzej Powałowski</b> , <i>Cywilnoprawne atrybuty przedsiębiorcy-osoby fizycznej a przepisy o swobodzie działalności gospodarczej</i> .....	47
<b>Mariola Lemonnier</b> , <i>Instrumenty zarządzania ryzykiem przez przedsiębiorców</i> ...	69
<b>Jakub Jan Zięty, Agnieszka Mikulska, Bartosz Pawlak, Marta Mączyńska</b> , <i>Wykluczenia projektanta z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – uwagi na tle art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych</i> .....	85
<b>Paweł Romaniuk</b> , <i>Dobre praktyki aurytu wewnętrznego – możliwości we wszystkich sektorach gospodarki</i> .....	95
<b>Michał Hejbudzki</b> , <i>Reglamentacja działalności gospodarczej domów składowych</i> .....	105
<b>Alicja Wojciechowska</b> , <i>Pojęcie pośrednictwa w prawie cywilnym</i> .....	121
<b>Mariusz Załucki</b> , <i>Ograniczenia w swobodzie rozrządzania przedsiębiorstwem mortis causa</i> .....	131
<b>Aleksy Goettel</b> , <i>Obowiązek podatkowy a realizacja zasady swobody działalności gospodarczej – zagadnienia wybrane</i> .....	141
<b>Joanna Wyporska-Frankiewicz</b> , <i>Przedsiębiorca jako strona postępowania administracyjnego – zagadnienia wybrane</i> .....	151
<b>Anna Górczyńska</b> , <i>Partnerstwo publiczno-prywatne w prawie Unii Europejskiej</i> .....	163
<b>Monika Krakala-Zielińska, Anna Zielińska</b> , <i>Swoboda działalności rzeczoznawców majątkowych w praktyce obrotu gospodarczego – wybrane zagadnienia</i> .....	171
<b>Karolina Kołakowska</b> , <i>Transgraniczne łączenie się spółek kapitałowych jako przejaw swobody przedsiębiorczości w świetle Dziesiątej Dyrektywy</i> .....	183
<b>Michał Mariański</b> , <i>Wpływ zasady swobody umów na koncepcję i teorię papierów wartościowych</i> .....	193
<b>Sylwia Łazarewicz</b> , <i>Charakter prawny świadczenia wykonawcy w umowie o roboty budowlane i jego konsekwencje dla praktyki obrotu gospodarczego</i> .....	207
<b>Paweł Lewandowski</b> , <i>Adwokacki samorząd zawodowy – ograniczenia wolności gospodarczej?</i> .....	221
<b>Miłosz Kaczyński</b> , <i>Zastosowanie elektronicznego postępowania upominawczego z punktu widzenia przedsiębiorcy</i> .....	231
<b>Anna Kobylska</b> , <i>Ograniczenia działalności gospodarczej prowadzonej pod kontrolą Służby Celnej</i> .....	237
<b>Agata Grabowicz</b> , <i>Swoboda działalności gospodarczej a przedmiot opodatkowania podatkiem od nieruchomości</i> .....	249

<b>Agnieszka Balmas</b> , <i>Status prawny podmiotu świadczącego usługi medyczne jako przedsiębiorcy</i> .....	257
<b>Paweł Oleszkiewicz</b> , <i>Szczególny tryb egzekucji wierzytelności w obrocie gospodarczym – egzekucja przez zarząd przymusowy (zarys instytucji)</i> .....	275
<b>Anna Franusz</b> , <i>Wpływ ogłoszenia upadłości przedsiębiorcy na postępowanie arbitrażowe</i> .....	283

**Zbigniew Wrona**

Podsekretarz Stanu w Ministerstwie Sprawiedliwości

## **Prawo przyjazne przedsiębiorcy – wybrane zagadnienia z działalności legislacyjnej Ministerstwa Sprawiedliwości**

### **1. Projekty ułatwiające prowadzenie działalności gospodarczej**

#### **1.1. Nowy rodzaj postępowania upominawczego**

Ustawą z dnia 9 stycznia 2009 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw wprowadzono nowy typ postępowania cywilnego – elektroniczne postępowanie upominawcze (tzw. e-sądy). Najważniejsze przepisy nowelizacyjne weszły w życie z dniem 1 stycznia 2010 r. Ustawa ta rewolucjonizuje postępowanie cywilne i dostosowuje wymiar sprawiedliwości do wymagań rzeczywistości teleinformatycznej.

Elektroniczne postępowanie upominawcze jest skierowane głównie do tzw. powodów masowych, których roszczenia są udowodnione dokumentami, najczęściej fakturami bądź rachunkami, ale nie tylko oni mogą z niego korzystać. Zakres podmiotowy jest bowiem nieograniczony. Z kolei zakres przedmiotowy tego postępowania odrębnego obejmuje roszczenia pieniężne i inne, wskazane przez przepis szczególny, na zasadzie analogicznej do regulacji obowiązującej obecnie w art. 498 § 1 k.p.c.

W elektronicznym postępowaniu upominawczym są rozpatrywane również sprawy gospodarcze, jednakże z wyłączeniem stosowania przepisów kodeksu postępowania cywilnego regulujących postępowanie odrębne w sprawach gospodarczych (zmieniony art. 479<sup>1a</sup> oraz nowy art. 505<sup>16</sup> k.p.c.). Nowe przepisy nie przewidują również ograniczenia wysokości roszczeń, których można dochodzić w elektronicznym postępowaniu upominawczym. Do tego

typu postępowania stosuje się przepisy o „tradycyjnym” postępowaniu upominawczym z odrębnościami wynikającymi z nowo wprowadzonych przepisów.

Do prowadzenia spraw w elektronicznym postępowaniu upominawczym, bez względu na wartość przedmiotu sporu, zostały utworzone e-sądy, będące wydziałami cywilnymi sądu rejonowego. Do rozpatrywania zażaleń na zarządzenia przewodniczącego oraz na orzeczenia sądu elektronicznego (np. na zarządzenie o zwrocie pozwu, postanowienie o odrzuceniu pozwu lub sprzeciwu od nakazu zapłaty) właściwy jest jeden e-sąd (wydział) odwoławczy.

Wprowadzone postępowanie odrębne pociągnęło za sobą także istotne oszczędności budżetowe. Formularze elektroniczne ułatwiają konstruowanie pism procesowych i znacznie eliminują niebezpieczeństwo zaistnienia braków formalnych takich pism, co wiąże się ze zmniejszeniem liczby doręczeń dokonywanych dotychczas w tradycyjny sposób. Elektroniczny obieg informacji pozwala na elektroniczną archiwizację akt sądowych w sprawach rozpatrywanych w elektronicznym postępowaniu upominawczym. Beneficjentem oszczędności jest nie tylko wymiar sprawiedliwości, ale również strony postępowania.

W elektronicznym postępowaniu upominawczym czynności wykonują referendarze sądowi, a ponadto odstąpiono w nim od obowiązku prowadzenia akt sądowych w postaci papierowej. Tym samym wszelkie czynności sądu, referendarza i przewodniczącego zostają utrwalane wyłącznie w systemie teleinformatycznym, zaś wytworzone dane elektroniczne są opatrywane bezpiecznym podpisem elektronicznym w rozumieniu ustawy o podpisie elektronicznym.

Wybór pomiędzy dotychczasowym postępowaniem upominawczym a elektronicznym postępowaniem upominawczym należy wyłącznie do powoda. Pozew w elektronicznym postępowaniu upominawczym musi być wniesiony drogą elektroniczną, zaś pisma procesowe wniesione tą drogą powinny być opatrzone podpisem elektronicznym. Również wszelkie doręczenia są dokonywane za pośrednictwem systemu teleinformatycznego obsługującego elektroniczne postępowanie upominawcze (doręczenie elektroniczne). W sytuacji, gdy pozwany nie wniesie pisma drogą elektroniczną, to jego komunikacja z sądem będzie odbywać się drogą tradycyjną. W razie doręczenia elektronicznego pismo będzie uznane za doręczone z datą wskazaną w elektronicznym potwierdzeniu odbioru korespondencji, a przy braku takiego potwierdzenia – z upływem 14 dni od daty umieszczenia pisma w systemie teleinformatycznym.

Pragnę nadmienić, że powyższa nowelizacja zmieniła również przepisy dotyczące postępowania egzekucyjnego i jeżeli tytułem egzekucyjnym będzie orzeczenie wydane w elektronicznym postępowaniu upominawczym, to klauzula wykonalności będzie pozostawała wyłącznie w systemie teleinformatycznym.

Wniosek o wszczęcie egzekucji na podstawie tytułu wykonawczego będzie można składać do komornika także przez system teleinformatyczny obsługujący elektroniczne postępowanie upominawcze. Na podstawie nakazów zapłaty wydanych w elektronicznym postępowaniu upominawczym, które będą opatrzone elektroniczną klauzulą wykonalności, będzie można dokonywać wpisów w księgach wieczystych.

## **1.2. Gwarancja zapłaty za roboty budowlane**

Dnia 16 kwietnia 2010 r. weszła w życie nowelizacja kodeksu cywilnego, której celem jest realizacja wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 26 listopada 2006 r. (w sprawie o sygn. K 47/04), w którym Trybunał orzekł o niezgodności z Konstytucją przepisów ustawy z dnia 9 lipca 2003 r. o gwarancji zapłaty za roboty budowlane. Celem nowelizacji była także potrzeba zapobiegania negatywnym zjawiskom w gospodarce, w szczególności nieregulowaniu przez inwestorów i wykonawców robót budowlanych należnej zapłaty za prace wykonane przez wykonawców i podwykonawców – w szczególności małych i średnich przedsiębiorców.

Na rynku świadczeń usług budowlanych występują coraz częściej przypadki nieregulowania lub nieterminowego regulowania należności za wykonane świadczenia dotyczące robót budowlanych, w szczególności wykonawcom występującym w procesie inwestowania w charakterze podwykonawców. Odnosi się to często do należności za roboty budowlane wykonywane przez małych i średnich przedsiębiorców, których kontrahentami są inwestorzy i wykonawcy (generalni wykonawcy), na ogół duże przedsiębiorstwa budowlane-spółki akcyjne lub z ograniczoną odpowiedzialnością, przedsiębiorstwa deweloperskie dysponujące znacznym kapitałem zakładowym, wytwórczym i finansowym. Taki status wzbudza zaufanie u mających z nimi współpracować małych i średnich przedsiębiorców. Okazuje się następnie, że potencjał ten jest niekiedy pozorny. Dość często zgłaszane są wnioski o wszczęcie postępowania układowego lub nawet ogłaszana jest upadłość tych inwestorów i wykonawców, a w konsekwencji – małych i średnich przedsiębiorców, którzy występują w realizowaniu robót przez wykonawcę jako podwykonawcy.

Procesy sądowe mające na celu odzyskanie zapłaty, która pokrywa z reguły nie tylko koszty robocizny, ale także materiałów kupionych na ogół z zaciągniętego kredytu bankowego, są długotrwałe, czasochłonne i kosztowne. W wielu wypadkach nie przynoszą spodziewanego efektu ze względu na brak możliwości wyegzekwowania zasądzonych należności. Stąd też nowelizacja ma na celu zapobieganie takim zjawiskom, szkodliwym nie tylko dla podwykonawców, ale także dla gospodarki.

### **1.3. Zwiększenie efektywności postępowania upadłościowego i naprawczego**

Ustawą z dnia 6 marca 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo upadłościowe i naprawcze, ustawy o Bankowym Funduszu Gwarancyjnym oraz ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym (weszła w życie 2 maja 2009 r.), po uwzględnieniu doświadczeń praktyki, w szczególności uściślono przepisy dotyczące zdolności upadłościowej, podstawy ogłoszenia upadłości, postępowania w przedmiocie ogłoszenia upadłości i jej skutków, zmian w przepisach dotyczących syndyka, nadzorcy sądowego i zarządcy masy upadłości oraz uczestników postępowania.

### **1.4. Wykonywanie praw akcjonariuszy**

Ustawą z dnia 5 grudnia 2008 r. o zmianie ustawy – Kodeks spółek handlowych oraz ustawy o obrocie instrumentami finansowymi (weszła w życie w dwóch etapach: 28 lutego i 3 sierpnia 2009 r.) ułatwiono akcjonariuszom spółek publicznym wykonywanie praw korporacyjnych, aktywne uczestnictwo w podejmowaniu decyzji w spółkach, określono też zasady zwoływania walnych zgromadzeń – transpozycja dyrektywy WE 2007/36 z dnia 11 lipca 2007 r. w sprawie wykonywania niektórych praw akcjonariuszy notowanych na rynku regulowanym oraz dyrektywy nr 2007/63/WE zmieniającej dyrektywę 78/855/EWG oraz 82/891/EWG w odniesieniu do wymogu sprawozdania niezależnego biegłego w przypadku łączenia spółek akcyjnych i ich podziału.

### **1.5. Odpowiedzialność sprzedawcy w sprzedaży konsumenckiej**

Ustawą z dnia 21 maja 2009 r. o zmianie ustawy o szczególnych warunkach sprzedaży konsumenckiej oraz o zmianie Kodeksu cywilnego (weszła w życie 21 sierpnia 2009 r.) doprecyzowano przesłanki odpowiedzialności sprzedawcy w sprzedaży konsumenckiej przez określenie momentu, w którym konsument wiedział lub, oceniając rozsądnie powinien wiedzieć o niezgodności towaru z umową, co uwalnia sprzedającego od odpowiedzialności za tę niezgodność.

### **1.6. Nowelizacja kodeksu postępowania cywilnego**

Ustawa z dnia 5 grudnia 2008 r. (weszła w życie z dniem 1 lipca 2009 r.) zawiera uproszczone procedury, które znajdują zastosowanie w sporach o charakterze transgranicznym. Chodzi tu o europejski nakaz zapłaty oraz europejskie postępowanie w sprawie drobnych roszczeń. Wprowadzenie do



prawa polskiego, w tym przede wszystkim do kodeksu postępowania cywilnego, tych postępowań stanowiło wykonanie rozporządzenia (WE) nr 1896/2006 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 12 grudnia 2006 r. i rozporządzenia (WE) nr 861/2007 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 lipca 2007 r. Przepisy ww. rozporządzeń stanowią bezpośrednią podstawę dla sądu polskiego do podejmowania czynności procesowych w postępowaniu w sprawie wydania europejskiego nakazu zapłaty i europejskim postępowaniu w sprawie drobnych roszczeń, w tym czynności następujących po wydaniu orzeczenia. Regulacja tych postępowań nie jest jednak regulacją pełną. W kwestiach nieuregulowanych prawem wspólnotowym mają zastosowanie przepisy wewnętrznego prawa procesowego państw członkowskich (por. art. 26 rozporządzenia nr 1896/2006 i art. 19 rozporządzenia nr 861/2007). Podobnie jak w przypadku rozporządzenia nr 805/2004 zachodziła zatem potrzeba wprowadzenia do polskiego prawa unormowań umożliwiających sprawne funkcjonowanie w Rzeczypospolitej Polskiej obu europejskich postępowań. Dotyczy to w szczególności takich kwestii jak: właściwość sądu, kompetencje referendarza sądowego, „przejście” z postępowania europejskiego na płaszczyznę postępowania krajowego, przeprowadzanie niektórych dowodów, wystawianie przewidzianych w rozporządzeniach zaświadczeń, środki ochrony dłużnika i opłaty sądowe. Należało przy tym uwzględnić nie tylko sytuacje, w których postępowanie w sprawie wydania europejskiego nakazu zapłaty albo europejskie postępowanie w sprawie drobnych roszczeń toczy się przed sądem polskim, lecz także przypadki, w których w Rzeczypospolitej Polskiej mają być wykonane orzeczenia wydane w tych postępowaniach przez sądy innych państw członkowskich.

## **2. Projekty regulacji prawnych ukierunkowane *stricto* na przedsiębiorców**

Należy podkreślić, iż celem tych regulacji jest w głównej mierze potrzeba modernizacji szeroko pojętego prawa cywilnego, a nade wszystko przystosowania go do nowych realiów społeczno-gospodarczych. Omawiając te projekty, nie sposób nie wspomnieć istotnego wkładu wniesionego w ich ukształtowanie przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Cywilnego działającą przy Ministrze Sprawiedliwości. Do zadań Komisji należy bowiem m.in. opracowywanie założeń oraz projektów o podstawowym znaczeniu dla systemu prawa cywilnego, rodzinnego i gospodarczego prywatnego, z uwzględnieniem zadań wynikających z potrzeb harmonizacji prawa polskiego z prawem europejskim.

## 2.1. Projekty regulacji w zakresie prawa spółek

Pierwszy dotyczy **spółki publicznej**. Podstawowym celem projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks spółek handlowych jest wprowadzenie nowej definicji spółki publicznej oraz podstawy do fakultatywnej dematerializacji akcji spółek akcyjnych.

Zamieszczenie definicji spółki publicznej w kodeksie spółek handlowych ma na celu podniesienie normatywnej rangi spółki publicznej przez uznanie, że nie jest to spółka pozakodeksowa (specjalistyczna, nietypowa). W praktyce doszło bowiem do wykształcenia się dwóch podtypów spółki akcyjnej: spółki publicznej o masowym akcjonariacie i spółki niepublicznej (zamkniętej) o niewielkiej liczbie akcjonariuszy.

Drugi projekt dotyczy **prawa holdingowego**. Projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks spółek handlowych i ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym przewiduje wprowadzenie do polskiego prawa spółek handlowych regulacji prawnej tzw. prawa holdingowego (prawa grup spółek, prawa koncernowego), które – w szerokim znaczeniu doktrynalnym – reguluje relacje prywatno-prawne pomiędzy spółką dominującą i jej spółkami zależnymi, w sposób uwzględniający interes wierzycieli, członków organów oraz drobnych wspólników zwłaszcza spółki zależnej.

Potrzeba wprowadzenia powyższej regulacji prawnej wynika z postulatów zgłaszanych przez polskich przedsiębiorców działających w stosunkach dominacji i zależności. Proponowana regulacja zgrupowań spółek jest ograniczona do podstawowych problemów zidentyfikowanych w praktyce obrotu, co jest wynikiem przyjęcia koncepcji ograniczonej regulacji prawa holdingowego w Polsce, zmierzającej do recepcji na grunt prawa polskiego francuskiego precedensu Rozenblum (tj. koncepcji równoważenia interesów uczestników grupy spółek), szeroko przyjmowanej w praktyce państw obcych i zalecanej nawet przez Komisję Europejską jako optymalne rozwiązanie, które nakazuje członkom zgrupowania spółek kojarzyć interesy podmiotów wchodzących w jej skład, a także interesy wspólników i interesariuszy spółek.

Projekt nowelizacji zakłada uchylenie art. 7 k.s.h. odnoszącego się do tzw. holdingów umownych, a więc takich, gdy spółka dominująca i spółka zależna zawierają między sobą umowę o zarządzanie spółką zależną przez spółkę dominującą lub umowę o odprowadzanie zysku spółki zależnej do spółki dominującej. Artykuł 7 k.s.h. nie uwzględnia natomiast unormowania kwestii prawnych dominujących w praktyce gospodarczej tzw. holdingów faktycznych, a więc spółek, pomiędzy którymi powstał stosunek dominacji i zależności (art. 4 § 1 pkt 4 k.s.h.).

Do kodeksu spółek handlowych proponuje się wprowadzić nowy dział zatytułowany „Grupy spółek” (art. 211–215 k.s.h.), dotyczący przede wszystkim tzw. holdingów faktycznych, aczkolwiek mogący mieć zastosowanie do

tw. holdingów umownych. Brak potrzeby tworzenia regulacji dotyczącej tzw. holdingów umownych wynika m.in. z obowiązującej w Polsce zasady wolności umów (art. 353<sup>1</sup> k.c. w zw. z art. 2 k.s.h.).

Projekt oparty jest na założeniu, że należy odróżnić „grupę spółek” (która zasadniczo jest adresatem regulacji prawnej określanej mianem prawa holdingowego) od stosunku dominacji i zależności pomiędzy spółkami, o którym mowa w art. 4 § 1 pkt 4 k.s.h. Grupa spółek jest „kwalifikowanym” stosunkiem dominacji i zależności pomiędzy określonymi spółkami tworzącymi grupę spółek, gdyż spółki te kształtują faktyczne lub umowne trwałe powiązanie organizacyjne, którego uczestnicy mają wspólny interes gospodarczy (tzw. interes grupy spółek). Ponadto przepis ogólny art. 211 § 1 k.s.h. przewiduje, że zarówno spółka dominująca, jak i spółka zależna uczestniczące w grupie spółek powinny się kierować „interesem grupy spółek”, niezależnie od tego, że z istoty prawa spółek powinny one kierować interesem własnej spółki, a więc odpowiednio interesem spółki dominującej albo interesem spółki zależnej.

Zgodnie z założeniami projektu, ograniczona regulacja prawa holdingowego zawarta w proponowanych art. 211–215 k.s.h. nie ma naruszać dotychczasowych przepisów z zakresu stosunku dominacji i zależności, np. takich jak: art. 6 k.s.h. (regulujący kwestie ujawnienia powstania stosunku dominacji i zależności pomiędzy spółkami), czy tzw. przepisów „uszczelniających” normy zakazujące, które to normy przed powstaniem tych przepisów były obchodzone przez „podstawianie” do danego stosunku prawnego spółki zależnej w miejsce spółki dominującej (art. 15 bądź art. 214 § 3 i art. 387 § 3, a także art. 200 § 1 zd. 2 i art. 366–367 k.s.h.).

Zawiązanie grupy spółek nie ma oznaczać obowiązku powstania sformalizowanej struktury organizacyjnej posiadającej własną nazwę, cel, quasi-organy, regulamin oraz powoływanej przez uczestników grupy spółek bądź zapewniającej przystąpienie do niej innym spółkom. Elementem definiującym grupę spółek jest istnienie wspólnego interesu gospodarczego grupy.

Wprowadzony ma zostać obowiązek rejestracji uczestnictwa w grupie, co eliminuje potrzebę tworzenia struktury organizacyjnej grupy spółek, a także może znaleźć zastosowanie do holdingów faktycznych, a nie tylko holdingów umownych. Następuje w ten sposób ujawnienie okoliczności wobec osób trzecich, że spółka dominująca oraz spółki zależne kierują się w swym funkcjonowaniu także interesem grupy spółek, a nadto mają obowiązek uwzględniania uzasadnionego interesu wierzycieli spółki zależnej oraz uzasadnionego interesu wspólników mniejszościowych spółki zależnej.

Stworzona ma być również możliwość pełnienia funkcji spółki dominującej nie tylko spółce osobowej, ale także np. spółdzielniom, przedsiębiorstwom państwowym, fundacjom. Z istoty grupy spółek „rozszerzony” zakres podmiotowy prawa grup spółek nie może odnosić się do spółki zależnej, która zawsze będzie spółką kapitałową.

Trzeci projekt przewiduje wprowadzenie alternatywnego (konkurencyjnego) modelu tworzenia i rejestracji **uproszczonych spółek z o.o.**, określanych potocznie jako **S24**. Projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks spółek handlowych oraz niektórych innych ustaw modyfikuje niektóre obowiązujące wymagania ustawowe w tym zakresie, wprowadzając zmiany m.in. do ustawy z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym i ustawy – Kodeks postępowania cywilnego. Wdrożenie projektowanych zmian powinno doprowadzić do przyspieszenia czynności orzeczniczych sądów (analiza wniosków i załączonych dokumentów w postaci wypełnionego formularza wzorca umowy oraz listy wspólników), a także czynności związanych z administrowaniem sprawami (obiegami spraw).

Proponowana ustawa przewiduje jednodniowy termin (24 godziny) na rozpatrzenie wniosku o zarejestrowanie spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, o ile umowa spółki zostanie sporządzona według wzorca udostępnionego w systemie teleinformatycznym, a następnie przesłana do sądu drogą elektroniczną wraz z elektronicznym formularzem wniosku rejestrowego i listy wspólników. Zgłoszenie takiej spółki do rejestru powinno być opatrzone podpisami elektronicznymi uprawnionych osób, przy czym nie jest konieczny bezpieczny podpis elektroniczny weryfikowany za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Na etapie utworzenia uproszczonej spółki nie będzie wymagana forma aktu notarialnego. Projektodawcy ograniczają możliwość rejestracji podmiotów w trybie on-line wyłącznie do spółek z o.o., gdyż są one najbardziej popularną formą organizacyjno-prawną, w jakiej przedsiębiorcy podejmują działalność gospodarczą, zaś z praktyki innych krajów wynika, że po wdrożeniu takiego sposobu rejestracji korzysta z niego około 70% spółek z o.o.

## 2.2. Zmiany w kodeksie cywilnym

W kontekście zainteresowania przedsiębiorców istotne mogą się okazać projektowane zmiany kodeksu cywilnego w zakresie **dokumentu, formy dokumentowej i formy elektronicznej**. Proponowane zmiany zostały zaczerpnięte z projektu części ogólnej nowego kodeksu cywilnego. Naprzeciw oczekiwaniom praktyki wychodzi propozycja wprowadzenia definicji dokumentu, która byłaby bardzo pojemna i uwzględniała szybki rozwój informatyzacji i telekomunikacji. W tym zakresie proponuje się dodanie art. 77<sup>2</sup> w brzmieniu: „Dokumentem jest nośnik informacji umożliwiający jej odtworzenie”.

Definicja dokumentu umożliwi wprowadzenie dokumentowej formy czynności prawnej, która może mieć wielką doniosłość w obrocie prawnym, a szczególnie między przedsiębiorcami. Zgodnie z projektowanym art. 77<sup>3</sup> k.c., do zachowania dokumentowej formy czynności prawnej wystarczyłoby złożenie oświadczenia woli w postaci dokumentu w sposób umożliwiający ustalenie osoby składającej oświadczenie. Forma dokumentowa obejmowałaby zatem

m.in. tak powszechnie stosowane narzędzie jak fax. Ponadto przewiduje się złagodzenie wymagań formy elektronicznej, które powinno być powiązane ze zmianami w ustawie o podpisach elektronicznych. Zgodnie z projektowanym art. 78<sup>1</sup> § 1 k.c., dla zachowania formy elektronicznej wystarczałoby złożenie oświadczenia woli w postaci danych elektronicznych, do których dołączono lub które logicznie powiązano z podpisem elektronicznym w sposób umożliwiający identyfikację składającego oraz wykrycie każdej późniejszej zmiany treści takiego oświadczenia. Obecnie, zgodnie z art. 78 § 2 k.c., oświadczenie woli złożone w postaci elektronicznej opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu jest równoważne z oświadczeniem woli złożonym w formie pisemnej.

W zakresie prawa rzeczowego szczególną doniosłość mają dwa projekty: **doprecyzowania art. 49 k.c. wraz ze służebnością przesyłu** oraz dotyczący **prawa zabudowy** (oba projekty w trakcie prac rządowych).

Pierwsze doświadczenia wynikające ze stosowania art. 49 k.c. w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 30 maja 2008 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. nr 116, poz. 731) wskazują na konieczność jego uszczegółowienia. W praktyce występują bowiem bardzo zróżnicowane i złożone stany faktyczne, co do których zastosowanie art. 49 k.c. wywołuje wątpliwości. Należało np. rozważyć potrzebę rozszerzenia zakresu stosowania art. 49 § 1 k.c. w odniesieniu do urządzeń linii kolejowych, tramwajowych i trolejbusowych. Ponadto w projekcie proponuje się jednoznacznie uregulować własność urządzeń sfinansowanych przez przedsiębiorcę, własność urządzeń, których koszty budowy poniósł właściciel nieruchomości, z którą trwale je połączono, własność urządzeń, których koszty budowy poniosła inna osoba niż przedsiębiorca lub właściciel nieruchomości.

Proponowane reguły mają działać na przyszłość. Odnośnie do urządzeń, które istnieją w dniu wejścia w życie ustawy, proponuje się w art. 2 § 1 ustawy przesądzić, że urządzenia, których koszty budowy poniósł przedsiębiorca, są jego własnością, natomiast gdy koszty poniosła inna osoba, to może ona żądać nabycia ich własności przez przedsiębiorcę, chyba że w umowie strony postanowiły inaczej. Odrębną regulację proponuje się w odniesieniu do budynków i budowli, które służą wyłącznie do korzystania z urządzeń określonych w art. 49 § 1 k.c.

Jeśli chodzi o **prawo zabudowy**, to podobnie jak ma to miejsce w przypadku użytkowania wieczystego, stanowiłoby ono uprawnienie do korzystania z cudzej nieruchomości. Jednak w przeciwieństwie do użytkowania wieczystego dopuszczalny zakres korzystania przez zabudowcę z obciążonego gruntu jest ściśle ustawowo reglamentowany. Uznano przede wszystkim, że nie ma potrzeby utrzymywać uprawnienia do korzystania z rzeczy w każdym przypadku szerokiego, pokrywającego się z zakresem treści własności. Ta pozornie niewielka różnica ma bardzo istotne znaczenie i konsekwencje

praktyczne. Przyjęcie wskazanego rozwiązania wynika z założenia, iż tym, co powinno decydować o zakresie i dopuszczalnej treści władztwa uprawnionego nad cudzym gruntem, jest prawidłowa eksploatacja zabudowy, a zakres władztwa powinien determinować przede wszystkim usytuowany na lub pod nieruchomością przedmiot stanowiący własność tego, komu przysługuje ograniczone prawo rzeczowe. Z ekonomicznego punktu widzenia sens istnienia prawa zabudowy polega na możliwości swobodnego decydowania przez zabudowcę o eksploatacji tych przedmiotów, których jest właścicielem, a nie samym korzystaniu z gruntu. To ostatnie powinno pozostawać podporządkowane realizacji celów gospodarczych, jakie wiążą się z wykonywaniem własności zabudowy. Z tych wszystkich względów prawo zabudowy powinno być tańsze od użytkowania wieczystego.

Prawo zabudowy, w przeciwieństwie do użytkowania wieczystego, które może być ustanawiane jedynie na gruntach stanowiących własność publiczną, może powstać także na nieruchomościach prywatnych.

Większość z wymienionych propozycji w zakresie cywilnego prawa materialnego jest zaczerpnięta z projektu nowego kodeksu cywilnego. Ukończona już księga 1 „Część ogólna” oraz będąca na ukończeniu część ogólna prawa zobowiązań zawierają z pewnością wiele szczegółowych rozwiązań, które mogłyby zainteresować przedsiębiorców. Niewątpliwie nie mniej istotne będą rozwiązania w części szczegółowej zobowiązań. W tym kontekście warto zauważyć, że rozważa się regulację kodeksową niektórych powszechnie występujących umów, jak np. umowa o podróż czy umowa franchisingu.

### 2.3. Zmiany w obszarze procedury cywilnej

Jeśli chodzi o cywilne prawo procesowe, to na uwagę przedsiębiorców zasługuje szczególnie **uchylenie przepisów regulujących postępowanie w sprawach gospodarczych** (art. 479<sup>1</sup>–479<sup>27</sup> k.p.c.). Oznacza to uchylenie tak krytykowanej surowej prekluzji, która obowiązuje w sprawach gospodarczych. Podkreślić należy, że obecny formalizm postępowania w sprawach gospodarczych w praktyce nie tylko nie służy przyspieszeniu postępowania (z uwagi na prekluzję dowodową strony na wszelki wypadek powołują liczne dowody, które w dalszym toku postępowania okazują się niepotrzebne), ale też niejednokrotnie przyczynia się do pozbawienia ochrony prawnej.

Projekt zakłada likwidację postępowania odrębnego w sprawach gospodarczych i poddanie spraw między przedsiębiorcami w zakresie prowadzonej przez nich działalności gospodarczej regułom ogólnym obowiązującym w procesie. Obecnie nie ma uzasadnionych podstaw do utrzymywania odrębnego postępowania procesowego dla spraw gospodarczych. Sprawy takie nie różnią się rodzajem występujących w nich żądań od „zwykłych” spraw cywilnych w sposób, który uzasadniałby istnienie takiego odrębnego postępowania.

Podnoszony na rzecz istnienia postępowania w sprawach gospodarczych argument, że wymagają one „szybkiego” rozpoznawania i rozstrzygnięcia, jest w ogóle nieprzekonujący, gdyż z jednej strony szybkość i sprawność postępowania nie jest celem samym w sobie, lecz jedynie instrumentem służącym efektywności ochrony prawnej, a z drugiej strony nie ma podstaw do twierdzenia, że akurat sprawy gospodarcze zasługują na jakieś szczególne traktowanie z punktu widzenia szybkości i sprawności postępowania. W postępowaniu cywilnym nie ma bowiem miejsca na różnicowanie spraw według kryterium podmiotowego (sprawy między przedsiębiorcami) na te, które zasługują na szybsze załatwienie, i te, w których szybkość udzielenia ochrony prawnej miałyby mieć mniejsze znaczenie. Nie można także podzielić zapatrywania, że sprawy gospodarcze powinny być poddane odrębnym rygorom proceduralnym, gdyż występujący w nich przedsiębiorcy jako profesjonalści w zakresie działalności gospodarczej powinni wykazywać wyższą staranność w prowadzeniu swych spraw, w tym także sądowych, wobec czego można im stawiać w tym względzie wyższe wymagania. Profesjonalizmu w dziedzinie, którą zajmuje się strona postępowania, w tym także w dziedzinie działalności gospodarczej, nie należy transponować w sferę postępowania cywilnego, gdyż w tym ostatnim wypadku chodzi jednak o profesjonalizm w zakresie wiedzy prawniczej i jej praktycznego stosowania.

Ponadto część tzw. spraw regulacyjnych ma być przekazana do kompetencji sądów administracyjnych. Likwidacja postępowania odrębnego w sprawach gospodarczych obejmuje bowiem nie tylko uchylenie przepisów ogólnych regulujących to postępowanie (art. 479<sup>1</sup>–479<sup>2</sup>, art. 479<sup>4</sup>, art. 479<sup>6</sup>–479<sup>6a</sup>, art. 479<sup>8</sup>, art. 479<sup>9</sup>–479<sup>14b</sup>, art. 479<sup>16</sup>–479<sup>19a</sup>, art. 479<sup>22</sup>) i modyfikację innych przepisów kodeksu związanych ze sprawami gospodarczymi (art. 17 pkt 4, art. 398<sup>2</sup> § 1), lecz także przekazanie do sądów administracyjnych – zgodnie z ich właściwą, materialnoprawną naturą – części spraw regulacyjnych, tj. spraw z zakresu regulacji energetyki, regulacji poczty oraz regulacji transportu kolejowego. We właściwości sądu ochrony konkurencji i konsumentów pozostawione zostaną sprawy z zakresu ochrony konkurencji oraz regulacji telekomunikacji, jednak przepisy normujące te postępowania przeniesione będą, odpowiednio, do ustawy z 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów oraz ustawy z 16 lipca 2004 r. – Prawo telekomunikacyjne. Powyższe rozwiązanie stanowi częściową realizację postulatu od dłuższego czasu prezentowanego w doktrynie postępowania cywilnego, aby sprawy, w których rozpoznawane jest odwołanie od decyzji administracyjnej, należały do sądów administracyjnych, a nie sądów powszechnych.

Projekt nie narusza ustroju sądów, a zatem nie ma wpływu na istnienie wyodrębnionej struktury sądownictwa gospodarczego.

Związana z tym jest propozycja zmiany ustawy z 24 maja 1989 r. o rozpoznawaniu przez sądy spraw gospodarczych polegająca na doprecyzowaniu

zawartej w niej definicji sprawy gospodarczej. Najistotniejsze znaczenie ma wyraźne przesądzenie, że sprawa zachowuje gospodarczy charakter i pozostaje w kognicji sądu gospodarczego, choćby którakolwiek ze stron zaprzestała prowadzenia działalności gospodarczej. Ponadto, nowelizacja w sposób wyraźny przesądza, że sprawami gospodarczymi są, a wobec tego pozostają w kognicji sądu gospodarczego, sprawy o nadanie klauzuli wykonalności tytułowi egzekucyjnemu innemu niż orzeczenie sądu gospodarczego lub ugoda zawarta przed takim sądem, obejmującym roszczenia, które, gdyby były rozpoznawane przez sąd, należałyby do właściwości sądów gospodarczych, sprawy o pozbawienie wykonalności tytułu wykonawczego opartego na prawomocnym lub podlegającym natychmiastowemu wykonaniu orzeczeniu sądu gospodarczego albo ugodzie zawartej przed tym sądem, jak również innego tytułu wykonawczego obejmującego roszczenie, które, gdyby było rozpoznawane przez sąd, należałoby do właściwości sądów gospodarczych, jak również sprawy o ustalenie, że orzeczenie sądu lub rozstrzygnięcie innego organu państwa obcego wydane w sprawie gospodarczej podlega albo nie podlega uznaniu. W ten sposób usunięte zostają wątpliwości powstające w tym zakresie w praktyce.

Projektowane zmiany obejmują także wprowadzenie regulacji w zakresie nałożenia na strony i uczestników postępowania tzw. ciężaru wspierania postępowania w połączeniu z nowym ujęciem reguł dotyczących prezentacji materiału procesowego przez strony. Towarzyszy temu nałożenie na strony ciężaru działania w postępowaniu zgodnie z dobrymi obyczajami.

W projekcie przewidziano także konkretyzację obowiązków sądu w zakresie pozyskiwania od stron i uczestników postępowania materiału procesowego w ramach tzw. informacyjnego słuchania stron.

Jeśli chodzi o postępowanie zabezpieczające, warto wskazać na propozycję zmiany w art. 738 k.p.c., polegającą na pominięciu w jego treści uregulowania zawartego obecnie w zdaniu 2, w którym przewiduje się, że wniosek o zabezpieczenie, który nie odpowiada wymogom formalnym przewidzianym w art. 736 k.p.c., przewodniczący zwraca bez wzywania do jego uzupełnienia. Wskutek pominięcia tej treści do wniosku o zabezpieczenie roszczenia zastosowanie znajdują ogólne reguły określone w art. 130 i n. k.p.c., co przyczyni się do uproszczenia i ujednoczenia regulacji prawnych, a ponadto wyeliminuje zbędny formalizm i rygoryzm dotychczasowego unormowania.

Projekt zawiera też propozycje nowych rozwiązań w zakresie postępowania egzekucyjnego. Na szczególną uwagę zasługuje zmiana regulacji dotyczącej egzekucji świadczeń niepieniężnych. Przewidziane w projekcie zmiany zmierzają w dwóch kierunkach. Po pierwsze, proponuje się wzmocnienie efektywności obowiązującego systemu egzekucji przez znaczące podwyższenie górnej granicy dopuszczalnych grzywien pieniężnych. Dotychczasowe progi kwotowe nie przystają bowiem do dzisiejszych warunków, nie mogą



zapewnić skutecznego prowadzenia egzekucji i odbiegają istotnie od przewidzianych w porównywalnych systemach prawnych. Stosownie do tego założenia przewiduje się, że w jednym postanowieniu sąd będzie mógł wymierzyć grzywnę nie wyższą niż 10 tys. zł, chyba że dwukrotne wymierzenie grzywny okazało się nieskuteczne. Ogólna suma grzywien w tej samej sprawie nie może przekraczać miliona zł (art. 1052 k.p.c.). Ze zmianami tymi związane jest skreślenie zdania czwartego w dotychczasowym art. 1053 k.p.c. Zawarta w tym przepisie treść mogła bowiem błędnie sugerować, że w razie niezapłacenia grzywna podlega ściągnięciu w drodze egzekucji.

Drugi kierunek zmian polega na wprowadzeniu do polskiego systemu prawnego nowego rozwiązania, wzorowanego na romańskich systemach prawnych. Wprowadzając je obok, a nie w miejsce dotychczasowych regulacji, kierowano się przekonaniem, że w chwili obecnej celowe jest stworzenie dla sądu jako organu egzekucyjnego oraz dla wierzyciela dodatkowych możliwości, co pozwoli zwiększyć szanse na skuteczną egzekucję. Całkowita rezygnacja z systemu grzywien byłaby obecnie przedwczesna. Stąd też proponowane przepisy funkcjonować będą na obecnym etapie równoległe z dotychczasowym systemem grzywien stosowanych w celu wymuszenia spełnienia świadczenia. Wybór środka egzekucji należy do sądu, który kierować się będzie wnioskiem wierzyciela, charakterem obowiązku i efektywnością egzekucji. Zgodnie z proponowanym art. 1050<sup>1</sup>, jeżeli dłużnik nie wykonuje czynności, której inna osoba nie może za niego wykonać, a której wykonanie zależy wyłącznie od jego woli, sąd – na wniosek wierzyciela – może zamiast zagrożenia grzywną na wypadek niewykonania czynności w wyznaczonym terminie, zagrozić dłużnikowi nakazaniem zapłaty określonej sumy pieniężnej na rzecz wierzyciela z tytułu zwłoki w wykonaniu czynności. Przepis art. 1050 § 2 stosowany będzie odpowiednio. Suma należna wierzycielowi wskazywana będzie w treści postanowienia sądu w określonej stawce za każdy dzień zwłoki w wykonaniu obowiązku stwierdzonego tytułem wykonawczym. Projekt nie przewiduje w tym zakresie ograniczeń kwotowych, wychodząc z założenia, że określenie wysokości stawek należy do sądu, który dokona oceny uwzględniając okoliczności konkretnego przypadku. Sąd musi jednak każdorazowo wziąć pod uwagę interes stron w takim stopniu, aby z jednej strony zapewnić wykonalność obowiązku, z drugiej zaś, aby nie obciążać dłużnika ponad potrzebę (art. 1050<sup>1</sup> § 4; por. art. 730<sup>1</sup> § 3). Jeżeli dłużnik nie wykona czynności w terminie wyznaczonym w postanowieniu, sąd na wniosek wierzyciela, stosownie do treści uprzedniego postanowienia, określi postanowieniem należną kwotę i nakaze dłużnikowi jej zapłatę na rzecz wierzyciela. W razie dalszej zwłoki, wierzyciel będzie mógł wystąpić ponownie o nakazanie dłużnikowi zapłaty kwoty przypadającej na jego rzecz za następny okres. Przewidziano ponadto, że w takiej sytuacji sąd może – na wniosek wierzyciela – podwyższyć na przyszłość wysokość należnej mu sumy. Dla przyspieszenia postępo-

wania przewiduje się, że prawomocne orzeczenie sądu nakazujące dłużnikowi zapłatę sumy pieniężnej na rzecz wierzyciela stanowić będzie tytuł wykonawczy bez potrzeby nadawania mu klauzuli wykonalności (art. 1050<sup>1</sup> § 2 zdanie 3). Jeżeli dłużnik wykona czynność po upływie terminu, wierzyciel powinien złożyć wniosek o nakazanie dłużnikowi zapłaty sumy pieniężnej należnej wierzycielowi za czas zwłoki w terminie miesiąca od dnia dokonania czynności. Projekt wychodzi bowiem z założenia, że fakt spełnienia świadczenia po upływie terminu nie zwalnia dłużnika z obowiązku zapłaty sum należnych wierzycielowi za czas zwłoki, stosownie do treści postanowienia, w którym zagrożono zapłatą (art. 1050<sup>1</sup> § 3).

Na takich samych zasadach oparte jest rozwiązanie proponowane w art. 1051<sup>1</sup>. W razie naruszenia obowiązku zaniechania lub nieprzeszkadzania czynnościom wierzyciela sąd, w miejsce nałożenia grzywny, może nakazać dłużnikowi zapłatę na rzecz wierzyciela określonej sumy pieniężnej i jednocześnie zagrożić jej nakazaniem za każde kolejne naruszenie obowiązku. Formułując zagrożenie, sąd uwzględni treść obowiązku i dyrektywę wynikającą z odpowiednio stosowanego art. 1050<sup>1</sup> § 4. Jeżeli dłużnik będzie działał wbrew obowiązkowi pomimo dokonanego zagrożenia, sąd na wniosek wierzyciela określi należną mu sumę pieniężną stosownie do orzeczonego zagrożenia i zachowania dłużnika oraz nakaze dłużnikowi jej zapłatę wierzycielowi. Tak samo sąd postąpi w razie dalszego wniosku wierzyciela. Sąd będzie mógł ponadto podwyższyć na przyszłość wysokość sumy należnej wierzycielowi (art. 1050<sup>1</sup> § 2 zd. 4 w zw. z art. 1051<sup>1</sup> § 3). Przepisy art. 1051 § 2 i 3 stosowane będą odpowiednio. Na postanowienia sądu, wydawane zgodnie z art. 1050<sup>1</sup> § 1–3 i art. 1051<sup>1</sup> § 1–2, przysługiwać będzie zażalenie.

#### **2.4. Zmiany w Krajowym Rejestrze Sądowym**

Projekt ustawy o zmianie ustawy z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym zakłada m.in. zrównanie ważności dokumentów i informacji (odpisów, wyciągów i zaświadczeń) wydawanych przez Centralną Informację Krajowego Rejestru Sądowego (KRS) w formie papierowej z dokumentami wydawanymi drogą elektroniczną. Dokumenty takie uzyskają moc dokumentów urzędowych. Przyjęcie rozwiązania pozwoli na posługiwanie się dokumentami uzyskanymi drogą elektroniczną w postępowaniach, w których obecnie tego typu dokumenty mogą być traktowane wyłącznie jako dokumenty prywatne.

Zagwarantowany zostanie również powszechny i bezpłatny dostęp – przy wykorzystaniu Internetu – do wszystkich aktualnych danych wpisanych do Krajowego Rejestru Sądowego, w tym również do rejestru dłużników niewypłacalnych. Jednocześnie umożliwi się zainteresowanym osobom samodzielne

pobieranie z Internetu komputerowych wydruków z aktualnych informacji rejestrowych, które również uzyskają moc dokumentów urzędowych.

## **2.5. Zmiany w zakresie funkcjonowania sądownictwa gospodarczego**

W projektowanej nowelizacji ustawy z dnia 27 lipca 2001 r. – Prawo o ustroju sądów powszechnych oraz niektórych innych ustaw zaproponowano zmiany w strukturze organizacyjnej sądów, zakładające przede wszystkim jej racjonalizację. W tym celu projekt zakłada, że podstawowa struktura każdego sądu rejonowego opierać się będzie na dwóch wydziałach: cywilnym, który mógłby rozpoznawać także sprawy rodzinne i nieletnich, oraz karnym, do którego właściwości należałyby szeroko rozumiane sprawy z zakresu prawa karnego. Projektowana regulacja przewiduje jednocześnie możliwość utworzenia odrębnego wydziału do rozpoznawania danego rodzaju spraw, np. wydziału rodzinnego, wydziału pracy lub ubezpieczeń społecznych, wydziału ksiąg wieczystych czy wydziału gospodarczego (w tym do spraw rejestrowych, upadłościowych i naprawczych) – jeżeli będzie to uzasadnione wpływem takich spraw w danym sądzie. Jeżeli wpływ spraw nie będzie uzasadniał utworzenia odrębnego wydziału, w pierwszej kolejności rozważana będzie możliwość utworzenia odrębnego wydziału np. rodzinnego w jednym z sądów – z powierzeniem mu, na podstawie art. 20 u.s.p., rozpoznawania spraw danego rodzaju z właściwości innych sądów.

W każdym sądzie okręgowym, podobnie jak w sądach rejonowych, tworzone będą (obligatoryjnie) dwa wydziały: cywilny i karny. Sprawy należące obecnie do wydziałów gospodarczych sądów okręgowych oraz wydziałów pracy będą mogły być rozpoznawane w ramach wydziałów cywilnych tych sądów. Podobnie jak w sądach rejonowych, również w sądach okręgowych przewiduje się możliwość tworzenia odrębnych wydziałów do rozpoznawania spraw danego rodzaju.

Dodatkowo warto wskazać, iż w projektowanym art. 22a zawarto regulację, zgodnie z którą prezesi sądów, ustalając w ramach podziału czynności zasady przydziału spraw poszczególnym sędziom, obowiązani są brać pod uwagę ich specjalizację w rozpoznawaniu poszczególnych rodzajów spraw. Tym samym proponowane zmiany w organizacji sądów nie prowadzą do przełamania zasady specjalizacji sędziów w poszczególnych dziedzinach prawa lub rozpoznawaniu poszczególnych rodzajów spraw, wykształconej w istocie wyłącznie w praktyce dużych sądów. Dotychczasowa praktyka małych sądów wskazuje bowiem, że ten sam sędzia orzeka równocześnie w dwóch lub większej liczbie utworzonych w tym sądzie wydziałów, rozpoznając niekiedy nawet wszystkie rodzaje spraw. Obecnie w systemie sądownictwa licznie występują więc sądy, w których – z uwagi na wymóg ustawowy – tworzo-

ne są odrębne wydziały do rozpoznawania poszczególnych rodzajów spraw, pomimo że nie jest to uzasadnione liczbą takich spraw wpływających do tych jednostek i w rezultacie istnieją wydziały, w których limit etatów sędziowskich jest mniejszy od jedności. Samo tylko istnienie w tych sądach wielu wydziałów nie realizuje więc faktycznie zasady specjalizacji i odrębności. Natomiast istnienie odrębnego wydziału pociąga za sobą także konieczność obsadzenia funkcji przewodniczącego wydziału, zapewnienia obsługi administracyjnej i odpowiedniej infrastruktury, będąc tym samym, w bardzo małych sądach, sprzeczne z zasadą efektywnego zarządzania i gospodarowania mie- niem.

Projektowana regulacja zakłada – analogicznie do obecnie obowiązującego art. 19 § 2 u.s.p. – że tworzenie wydziałów następuje w drodze zarządzenia Ministra Sprawiedliwości, przy czym wydziały, których funkcjonowanie nie jest obligatoryjne, będą wyodrębniane w zależności od potrzeb, według ustawowo określonych kryteriów. Ustalenie liczby i wielkości wydziałów w poszczególnych sądach następować ma na poziomie zapewniającym jak najlepszą organizację tych jednostek, gwarantującą z jednej strony prawo obywateli do rozpoznawania spraw w rozsądnym terminie, zaś z drugiej – efektywne wykorzystanie nakładów na sądownictwo i prawidłowe wykonywanie czynności nadzorczych.

Projektowane rozwiązania wprowadzają zatem mechanizmy pozwalające na możliwie najbardziej elastyczne i dostosowane do potrzeb ukształtowanie struktury organizacyjnej sądownictwa.

## **Zakończenie**

Na koniec chciałbym wspomnieć o prowadzonych w Ministerstwie Sprawiedliwości pracach koncepcyjnych w innych szeroko rozumianych dziedzinach prawa cywilnego materialnego i formalnego, które to zmiany w momencie wejścia w życie będą oddziaływać na wszystkie podmioty obrotu prawnego, w tym przedsiębiorców. Opracowywane są bowiem niezbędne zmiany normatywne zmierzające do stworzenia nowego modelu rejestrowania spraw wpływających do sądów oraz modelu akt elektronicznych poprzez utworzenie jednego dla danej jednostki i jednolitego na każdym szczeblu sądów powszechnych repertorium elektronicznego funkcjonującego w centralnym systemie zarządzania informacją. Istotą tego wdrożenia jest zbudowanie całego systemu informatycznego wspomagającego zarządzanie zarówno sprawami poszczególnych sędziów, jak i wydziałami oraz całymi sądami. System pozwoli nie tylko na automatyczną rezerwację sal rozpraw, ale również na stałe monitorowanie biegu spraw w celu zapobiegania przewlekłości postępowania. Model ten oparty będzie na współpracujących repertoriach

sądowych, Ośrodkach Zarządzania Informacją i Centrum Zarządzania Informacją w Departamencie Informatyzacji i Rejestrów Sądowych Ministerstwa Sprawiedliwości.

Wprowadzenie w sądach w całej Polsce elektronicznego repertorium zastąpi w przyszłości tradycyjne papierowe księgi. Docelowo wymiar sprawiedliwości będzie pracował wyłącznie w oparciu o dokument elektroniczny i cyfrowe akta postępowania. W konsekwencji sędzia oraz strony postępowania w każdej chwili będą dysponować możliwością skorzystania z bazy danych, w której wszystkie te dokumenty zostaną zgromadzone. Jednym z najważniejszych etapów tego procesu jest wdrożenie od przyszłego roku protokołu elektronicznego umożliwiającego nagrywanie przebiegu rozpraw, co nie tylko znacząco usprawni postępowanie, ale i przyczyni się do wzrostu zaufania obywateli do sądów. Wdrożenie tego systemu będzie niewątpliwie stanowiło ułatwienie także dla przedsiębiorców.



**Maria Królikowska-Olczak**

Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie

Uniwersytet Łódzki

## **Pomoc publiczna na wspieranie rozwoju gospodarczego**

1. Reguły rynku wewnętrznego i wolnej konkurencji Unii Europejskiej mogą być naruszane przez państwa członkowskie poprzez przyznanie przedsiębiorstwom pomocy publicznej.

Problem dopuszczalności i zasad udzielania pomocy publicznej zmierzającej do wzmocnienia pozycji wybranych przedsiębiorstw czy sektorów gospodarki stanowi wyodrębnioną część prawa konkurencji. Udzielanie bowiem pomocy konkretnym przedsiębiorstwom przez państwa członkowskie może prowadzić do dyskryminacji innych podmiotów, nie będących beneficjentami takiej pomocy, a także zniekształca konkurencję. Z tego względu *acquis communautaire* przewiduje generalny zakaz udzielania pomocy publicznej. Zakaz ten nie posiada charakteru bezwzględny. Przepis art. 107 ust. 1 TFUE nie definiuje pomocy, ale niewątpliwie każe rozumieć ją szeroko – tak co do istoty środków publicznych, jak i ich pochodzenia. Nie forma bowiem, a skutek pomocy publicznej kwalifikuje ją do oceny na gruncie ww. artykułu.

Za zakazaną może być uznana pomoc państwa, która przysparza jej beneficjentowi korzyści gospodarczych, których nie miałyby z normalnej działalności gospodarczej. Różne rodzaje tak rozumianej pomocy publicznej można ująć w dwie kategorie interwencji państwa w gospodarkę:

a) pomoc polegająca na subwencjonowaniu, czyli bezpośrednim transfereowaniu do przedsiębiorstw świadczeń pieniężnych (np. dotacje, dopłaty do odsetek, gwarancje kredytowe na szczególnie korzystnych warunkach) lub rzeczowych (np. bezpłatne lub korzystne cenowo przekazanie działek lub budynków, dostawa dóbr lub świadczenie usług na preferencyjnych warunkach);

b) pomoc polegająca na zmniejszeniu obciążeń przedsiębiorstw (np. zwolnienia lub ulgi podatkowe, zwolnienia od opłat parafiskalnych, pokrycie

strat, umorzenie długów), które normalnie ciążyą na przedsiębiorstwie. Wywierają one takie same skutki jak subwencje.

Wymieniony katalog jest oczywiście niepełny. Analiza działań państw członkowskich UE uwidacznia coraz to nowe środki wspierania przedsiębiorstw.

Zakres pomocy publicznej jest szeroki, ponieważ obejmuje zarówno pomoc przyznaną przez państwo, jak i pochodzącą z zasobów państwa, a więc pomoc przyznaną przez organy centralne, regionalne i lokalne, a także agencje i inne instytucje publiczne<sup>1</sup>. Bez znaczenia jest struktura organów państwowych wynikająca z ustroju państwa i podziału administracyjnego. Istotne natomiast, czy organy udzielające wsparcia zostały powołane do wykonywania podporządkowanych państwu zadań lub prerogatyw. Nie tylko bowiem organy władzy publicznej mogą udzielać pomocy, mogą to czynić wszelkie podmioty publiczne lub prywatne pod warunkiem, że administrują funduszami publicznymi albo udzielają pomocy na zlecenie państwa<sup>2</sup>.

Należy zauważyć, że środki wspierania przedsiębiorstw mają często charakter pośredni albo wręcz ukryty. Warunkiem jest jednak przekazywanie korzyści beneficjentowi ze środków publicznych. Oznacza to, że korzyść musi mieć wymiar finansowy.

Adresatami zakazanej pomocy mogą być zarówno określone przedsiębiorstwa (selektywność indywidualna), jak i przedsiębiorstwa przynależne do określonego sektora gospodarki (selektywność sektorowa) lub określonego regionu (selektywność regionalna). Istotą zakazanej pomocy jest jej selektywność wyrażająca się w różnicowaniu pozycji gospodarczej przedsiębiorstw poprzez przyznanie jednemu, a nieprzyznanie innym określonej korzyści. Zakazem, o którym mowa w art. 107 ust. 1 TFUE, nie są więc objęte środki ogólne (środki polityki gospodarczej i społecznej), które odnoszą się w równym stopniu do wszystkich przedsiębiorstw na rynku i wszystkich gałęzi gospodarki.

Rozróżnienie między środkami selektywnymi a środkami natury ogólnej ma istotne znaczenie. Orzecznictwo ETS nie daje wyraźnej odpowiedzi na

---

<sup>1</sup> S. Dudzik, *Pomoc państwa dla przedsiębiorstw publicznych w prawie Wspólnoty Europejskiej. Między neutralnością a zaangażowaniem*, Zakamycze 2002, s. 99 i n.; I. Postula, A. Werner, *Pomoc publiczna*, Warszawa 2006, s. 49 i n.; U. Płowiec, *Pomoc publiczna dla przedsiębiorstw a krajach Unii Europejskiej – wnioski dla Polski*, [w:] *Polski przemysł w obliczu członkostwa w Unii Europejskiej*, Warszawa 1999.

<sup>2</sup> Trybunał Sprawiedliwości niejednokrotnie wypowiadał się w kwestii kwalifikacji prawnej świadczeń przyznawanych przedsiębiorstwom przez różne fundusze i fundacje (sprawa 173/73 Republika Włosa przeciwko Komisji, Zbiór Orzeczeń ETS 1974, s. 709). Uznał je za zasoby finansowe państwa w świetle art. 87 ust. 1 (obecnie 107 ust. 1 TFUE), ponieważ „instytucje te, rozporządzając środkami własnymi, czynią to na zlecenie państwa”. Szerzej zob. M. Królikowska-Olczak, *Pomoc publiczna w prawie Unii Europejskiej*, „Studia Prawno-Europejskie” Łódź 2002, t. VI, s. 130; eadem, *Problematyka pomocy państwa dla podmiotów gospodarczych w świetle prawa Wspólnoty Europejskiej*, „Studia Prawno-Europejskie” 1996, t. I, s. 115 i n.



pytanie, co jest, a co nie jest środkiem ogólnym<sup>3</sup>. Nie jest również jasne, jak bardzo prawdopodobne musi być wystąpienie danej korzyści, aby można było uznać ją za pomoc państwa.

Pomoc publiczna nie będzie mieć miejsca, jeżeli państwo nie będzie przyznawać żadnej korzyści innym przedsiębiorstwom, zachowując się jak prywatny inwestor lub prywatny wierzyciel. Państwo bowiem poza ingerencją w gospodarkę w ramach określonych funkcji<sup>4</sup> występuje w życiu gospodarczym również jako podmiot prowadzący działalność gospodarczą. Działania te opierają się na wykorzystaniu zasobów państwowych w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE, ale nie oznaczają zastosowania środków pomocowych. Wiąże się to z kwestią rozróżnienia sfery działań państwa jako dysponenta *imperium*, czyli władztwa administracyjnego, oraz jako dysponenta *dominium*, czyli majątku, dzięki któremu państwo prowadzi działalność gospodarczą, konkurując z przedsiębiorstwami prywatnymi. Ze względu na różny charakter działań państwa jego zachowanie porównuje się bądź do zachowania modelowego prywatnego inwestora, prywatnego kredytodawcy, prywatnego wierzyciela czy prywatnego kupującego/sprzedawcy<sup>5</sup>.

Wymiar unijny pomocy nie jest równoznaczny z wymogiem udowodnienia wpływu pomocy na handel między państwami członkowskimi. Wystarczy wykazać, że pomoc może potencjalnie wpływać na taki handel. Nie ma żadnego progu geograficznego, który ograniczałby wpływ na handel między państwami członkowskimi. Jedynie pomoc *de minimis* nie narusza konkurencji i tym samym nie wpływa na handel wewnątrzspółnotowy.

Rozporządzenie KE 1998/2006 z 15 grudnia 2006 r. w sprawie zastosowania art. 87 i 88 TWE do pomocy *de minimis*<sup>6</sup> pozwala państwom członkowskim na szybkie udzielenie dotacji przedsiębiorstwom, w szczególności małym i średnim, w ograniczonej wysokości (pułap pomocy wynosi 200 tys. euro w dowolnym okresie trzech lat podatkowych)<sup>7</sup> bez konieczności zgłaszania takiej pomocy Komisji oraz przystępowania do procedur administracyjnych. Pułap ma zastosowanie do wszystkich rodzajów pomocy, bez względu na formę lub cel pomocy, także bez względu na to, czy wsparcie przyznane państwu członkowskiemu w całości czy w części finansuje UE. Kwoty 200 tys. i 100 tys. euro są dotacjami i wyrażają wartość brutto<sup>8</sup>. Jedyną

<sup>3</sup> B. Kurcz, *Kryterium selektywności w pomocy państwa*, „Państwo i Prawo” 2008, z. 10, s. 95.

<sup>4</sup> Zob. K. Strzyczkowski, *Prawo gospodarcze publiczne*, Warszawa 2011, s. 154 i n.

<sup>5</sup> A. Nykiel-Mateo, *Pomoc państwa a ogólne środki interwencji w europejskim prawie wspólnotowym*, Warszawa 2009, s. 51 i n.

<sup>6</sup> Dz.Urz. L 379 z 28.12.2006.

<sup>7</sup> Jednak dla podmiotów z sektora transportu pułap pomocy pozostał na poziomie 100 tys. euro.

<sup>8</sup> Rozporządzenie 2006/1998/WE stosuje się do takiego wsparcia *de minimis*, do którego wcześniej można wyliczyć ekwiwalent dotacji brutto bez przeprowadzenia oceny ryzyka (tzw. pomoc przejrzysta). Jeśli chodzi o takie formy pomocy jak: gwarancje, pożyczki, dokapitalizowanie spółek to nie będą one w grupie dozwolonej pomocy bagatelnej z powodu trudności we wskazaniu poziomu ryzyka.

pomocą, w odniesieniu do której wyklucza się stosowanie zasady *de minimis*, jest pomoc eksportowa.

Zasada *de minimis* opiera się na założeniu, że w zdecydowanej większości przypadków dotacje w niewielkiej wysokości nie mają wpływu na wymianę handlową i konkurencję między państwami członkowskimi i w związku z tym nie stanowią pomocy państwa w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE.

Przyznanie pomocy wiąże się też z zakresem swobody implementacyjnej państw członkowskich. Nie można przypisać danego działania państwu członkowskiemu, jeżeli wynikało ono z przepisów prawa unijnego, w szczególności norm dyrektywy, która nie pozostawiała państwu członkowskiemu żadnej swobody implementacyjnej. Jeżeli jednak państwo posiadało swobodę implementacyjną, wtedy art. 107 TFUE ma pełne zastosowanie w odniesieniu do rozwiązań, jakie przyjmują państwa członkowskie korzystające z tej swobody<sup>9</sup>.

2. System reguł dopuszczających udzielanie pomocy został zbudowany w prawie UE przez przyzmat możliwych wyjątków. Tym samym pomoc może zostać uznana za zgodną z zasadami rynku wewnętrznego i zaakceptowana w interesie całej Unii, a nie tylko wspieranego przedsiębiorstwa czy wspierającego państwa.

Udzielanie szeroko rozumianych korzyści na rzecz wybranych przedsiębiorstw lub sektorów gospodarki jest jednym ze sposobów realizacji określonej polityki gospodarczej zarówno państw członkowskich, jak i UE jako całości. Pomoc publiczna z jednej strony przyspiesza rozwój gospodarczy, a tym samym społeczny poszczególnych regionów. Powoduje wzrost konkurencyjności i ekspansję przedsiębiorstw na rynku światowym. Z drugiej strony państwowa interwencja w procesy rozwoju gospodarczego ogranicza konkurencję. Nie sposób jednak nie zauważyć, że współczesna rzeczywistość gospodarza stała się na tyle skomplikowana, że trudno sobie wyobrazić funkcjonowanie mechanizmu rynkowego w całkowitej niezależności od instrumentów politycznych, ekonomicznych i prawnych, jakimi dysponuje władza państwowa utożsamiana z państwem.

Obok instrumentów, jakimi państwa członkowskie dysponują na wspieranie konkretnych rodzajów działalności czy przedsiębiorstw, występuje tzw. pomoc regionalna. Pomoc regionalna stanowi wyjątek spod powszechnego zakazu udzielania pomocy publicznej (art. 107 ust. 3 lit. a i c TFUE). Służy ona wspieraniu rozwoju regionów mniej uprzywilejowanych gospodarczo, które charakteryzują się niskim produktem krajowym brutto, wysoką stopą

---

<sup>9</sup> B. Kurcz, *Między ustami a brzegiem pucharu... gdzie jest pomoc państwa? Definicja pomocy państwa w świetle orzecznictwa ETS-u*, [w:] *Pomoc państwa – wybrane zagadnienia*, pod red. B. Kurcza, Warszawa 2009, s. 15–16.

bezrobocia, niskim procentem inwestycji, odległym położeniem, niskim lub malejącym zaludnieniem. W regionach znajdujących się w niekorzystnym położeniu państwa członkowskie mogą przyznać pomoc na podstawie Rozporządzenia Komisji (WE) nr 800/2008 z dnia 6 sierpnia 2008 r., uznającego niektóre rodzaje pomocy za zgodne ze wspólnym rynkiem w zastosowaniu art. 87 i 88 Traktatu (ogólne rozporządzenie w sprawie wyłączeń blokowych<sup>10</sup>) oraz wytycznych w sprawie krajowej pomocy regionalnej na lata 2007–2013, obowiązujących od stycznia 2007 r.<sup>11</sup> Wytyczne obejmują swoim zakresem krajową pomoc regionalną we wszystkich sektorach, z wyjątkiem rybactwa, górnictwa węgla, hutnictwa żelaza i stali, sektora włókien syntetycznych oraz produkcji podstawowych produktów rolnych. W przypadku transportu i budownictwa okrętowego mają zastosowanie szczególne zasady.

Pomoc regionalna nie przysługuje przedsiębiorstwom w trudnej sytuacji ekonomicznej, które nie są w stanie o własnych siłach, przy pomocy własnych środków bądź funduszy uzyskanych od udziałowców lub kredytodawców, powstrzymać strat bez pomocy państwa<sup>12</sup>. Takim podmiotom może być udzielona doraźna pomoc (tzw. pomoc na ratowanie), która ma na celu poprawę ich płynności finansowej i przetrwanie w okresie opracowywania planu restrukturyzacji. Przedsiębiorstwa mogą następnie uzyskać pomoc w celu ich restrukturyzacji, która musi spełniać trzy podstawowe warunki. Po pierwsze, pomoc musi być przeznaczona na realizację wiarygodnego i kompletnego planu restrukturyzacji, prowadzącego do odzyskania przez przedsiębiorstwo długookresowej rentowności. Po drugie, finansowanie procesu restrukturyzacji w istotnej części musi pochodzić ze źródeł prywatnych oraz muszą zostać przewidziane tzw. środki wyrównawcze, których celem jest ograniczenie zakłócenia konkurencji wynikającego z udzielania pomocy. Pomoc regionalna, realizując założenia UE w zakresie dążenia do gospodarczej, społecznej i terytorialnej spójności, ma przyczyniać się do niwelowania różnic strukturalnych pomiędzy poszczególnymi obszarami UE<sup>13</sup>.

Zastosowanie pomocy regionalnej<sup>14</sup> może polegać na tworzeniu zachęt dla przedsiębiorczości w określonych regionach poprzez:

- promowanie inwestycji w zakresie tworzenia nowych przedsiębiorstw,
- poszerzania profilu działalności już istniejących przedsiębiorstw,
- zmianie produktu lub procesu produkcji.

<sup>10</sup> Dz.Urz. UE L 214 z 9 sierpnia 2008, s. 3–47.

<sup>11</sup> Dz.Urz. UE C 54/13 z 4 marca 2006.

<sup>12</sup> Zob. A. Mazurkiewicz-Gorgol, *Jak trwoga to do... państwa po pieniądze. Komu pomaga pomoc państwa na ratowanie i restrukturyzację przedsiębiorstw?* [w:] *Pomoc państwa...*, s. 162 i n.

<sup>13</sup> Art. 2 TUE i art. 158–162 TWE.

<sup>14</sup> Rozporządzenie Komisji (WE) nr 800/2008 z dnia 6 sierpnia 2008 r. uznające niektóre rodzaje pomocy za zgodne ze wspólnym rynkiem w zastosowaniu art. 87 i 88 Traktatu (ogólne rozporządzenie w sprawie wyłączeń blokowych) – Dz.Urz. UE L 214 z 9 sierpnia 2008.

Dotyczy ona również tworzenia nowych miejsc pracy związanych z nową inwestycją.

Pomoc regionalna w regionach o wyjątkowo niekorzystnych uwarunkowaniach jest dopuszczalna także w celu zmniejszenia bieżących wydatków przedsiębiorstwa, polegających np. na dokonywaniu inwestycji odtworzeniowych czy pokrywaniu kosztów płac i transportu. Przyjmuje ona najczęściej formę zwolnień podatkowych lub obniżania wysokości składek na ubezpieczenie społeczne, które nie są związane z kosztami kwalifikowanymi inwestycji. Stanowi ona wtedy tzw. pomoc operacyjną, która jest co do zasady zabroniona. Udzielona może być wyjątkowo – pod warunkiem, że jest uzasadniona ze względu na wkład w rozwój regionalny. Musi być ponadto proporcjonalna do ograniczeń, które ma łagodzić. Pomoc operacyjna powinna mieć charakter przejściowy oraz podlegać stopniowemu zmniejszeniu.

Od 2007 r. zasady dopuszczalności pomocy regionalnej rozszerzono o wspieranie funkcjonowania nowo założonych przedsiębiorstw w pierwszych pięciu latach ich działalności. Warunkiem udzielenia pomocy dla nowoutworzonych przedsiębiorstw jest wykazanie, że wszystkie koszty zostaną rzeczywiście poniesione w tym okresie. Ta forma pomocy sprzyja małemu i średniemu przedsiębiorcy. Może być udzielona dodatkowo do pomocy regionalnej i tym samym podwyższać zakres otrzymanej przez przedsiębiorstwo pomocy.

Dopuszczalność pomocy regionalnej wynika z art. 107 ust. 3 TFUE, który w drodze wyjątku od ogólnego zakazu udzielania pomocy regionalnej zezwala na jej udzielenie, gdy:

- a) sprzyja rozwojowi gospodarczemu regionów o nienormalnie niskim poziomie życia lub poważnym stanie niedostatecznego zatrudnienia;
- b) ułatwia rozwój niektórych działań gospodarczych lub niektórych regionów, o ile nie zmienia to warunków wymiany handlowej w zakresie sprzecznym ze wspólnym interesem.

Szczegółowe kryteria oceny planów pomocy regionalnej zgłaszanych do Komisji są umieszczane w licznych aktach prawnych opracowanych przez KE.

**3. Regiony dopuszczone do udzielenia pomocy regionalnej oraz dozwolona jej wysokość są określane w decyzjach Komisji wydawanych indywidualnie dla każdego kraju. Nazywane są one mapami regionalnymi. Projekty map regionalnych opracowuje się na podstawie warunków ustalonych w wytycznych w sprawie krajowej pomocy regionalnej na lata 2007–2013<sup>15</sup> przez poszczególne państwa członkowskie i zgłaszane KE. Pomoc regionalna może być udzielana w danym państwie jedynie od momentu zatwierdzenia mapy przez Komisję. Elementem wyróżniającym pomoc regionalną na tle pomocy**

---

<sup>15</sup> Zob. też A. Drzewoska, *Przywilej nielicznych? Pomoc regionalna na wspieranie rozwoju gospodarczego niektórych regionów UE*, [w:] *Pomoc państwa...*, s. 49 i n.

horyzontalnej czy sektorowej jest obowiązek przyjęcia krajowej mapy regionalnej. Na podstawie mapy przyznaje się także pomoc dla przedsiębiorstw w kwalifikujących się regionach. Należy podkreślić, że nie wyklucza się możliwości dokonania zmian, ale ich margines jest znacznie ograniczony<sup>16</sup>.

Podsumowując, należy zauważyć, że kształt obecnie obowiązujących wytycznych na lata 2007-2013 jest wynikiem reformy pomocy publicznej. Nastąpiło ukierunkowanie pomocy na cele horyzontalne, które wpisują się w założenia realizacji Strategii Lizbońskiej i Strategii Europa 2020 o spójności, stabilności, wzroście konkurencyjności, zrównoważonego rozwoju oraz poprawy europejskiego modelu społecznego. Zreformowane zasady pomocy regionalnej mają uwzględnić potrzeby regionów o największych problemach strukturalnych. Ich celem jest wspieranie małej i średniej przedsiębiorczości.

---

<sup>16</sup> Jeżeli państwo członkowskie nie wykorzystało przyznanego mu limitu, który może być objęty pomocą regionalną, może w każdej chwili złożyć wniosek do Komisji o uzupełnienie swojej mapy regionalnej. Zob. decyzja N 186/2008 dotycząca poszerzenia o nowe strefy mapy regionalnej dla Francji – Dz.Urz. z 2008 r., C 241/13.



**Kazimierz Strzyczkowski**

Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie  
Uniwersytet Łódzki

## **Wolność gospodarcza w świetle konstytucji gospodarczej RP**

W porządku publicznoprawnym wolność człowieka jest wynikiem odpowiedniej decyzji ustawodawcy konstytucyjnego, który poprzez system praw podstawowych gwarantuje możliwość podejmowania przez każdą jednostkę działania, które uważa za słuszne w stosunku do swoich możliwości i zamierzeń pod warunkiem, że nie narusza ono praw osób trzecich i nie jest sprzeczne z porządkiem konstytucyjnym (wolność w sensie pozytywnym) oraz chroni jednostkę przed działaniami państwa sprzecznymi z ustawą zasadniczą, zagrażającymi prawnej i gospodarczej sferze wolności (wolność w sensie negatywnym).

W najbardziej ogólnym i bezwzględny ujęciu wolność jednostki w sensie pozytywnym oznacza możliwość dokonywania określonego wyboru spośród wielu możliwych działań, co oznacza możliwość podejmowania decyzji w sposób samodzielny, niezwiązany i nieograniczony także przez tzw. warunki obiektywne. Jednostka w ramach swojej wolności winna mieć prawo do działania zgodnie z własnym uznaniem. W ramach tak ujętej wolności istnieje możliwość podejmowania nawet działań nieracjonalnych, pozbawionych sensu.

Wolność w sferze działalności gospodarczej nie oznacza oczywiście samostanowienia bezwzględnego i nieograniczonego. Bez większego ryzyka można, jak się wydaje, wyrazić pogląd, iż treść i granice wolności gospodarczej są inne niż treść i zakres wolności w innych dziedzinach życia społecznego, gdyż wolność w dziedzinie gospodarki nie jest celem samym w sobie, ale wolnością ograniczoną i związaną przez istotę działalności gospodarczej i zasady (reguły) jej organizacji.

Pierwotnym niejako źródłem ograniczenia wolności gospodarczej jest istota gospodarki (działalność gospodarczej) nastawionej na zaspokojenie potrzeb na dobra i usługi większych grup ludności, a nawet całego społeczeństwa. Jest to więc działalność o wyraźnie zorientowanym celu, którego reali-

zacja dokonuje się w procesie wymiany podaży i popytu produktów i usług, koordynowanej przez mechanizm cenowy, w warunkach wolnej konkurencji, tj. na rynku. Rynek, co oczywiste, nie jest jedynym możliwym sposobem koordynacji gospodarki. Zadania koordynacji gospodarki może spełniać także państwo, które może wprost nakazywać, co i jak produkować oraz komu przekazywać wytworzone dobra. W praktyce te dwa sposoby koordynacji gospodarki występują łącznie w różnych proporcjach – bądź to dominującego wpływu mechanizmu rynkowego, bądź dominującego wpływu państwa. A zatem podejmowanie działalności gospodarczej w następstwie uzyskanego dostępu do działalności gospodarczej jest jednocześnie aktem identyfikacji podmiotu podejmującego i wykonującego działalność gospodarczą z gospodarką zorganizowaną w sposób określony przez obowiązujące przepisy prawne i aktem uczestnictwa w gospodarce na zasadach określonych w obowiązującym porządku prawnym. Biorąc pod uwagę szczególnie przedmiot wolności gospodarczej, wyznaczony przez istotne cechy działalności gospodarczej orientowanej w pierwszym rzędzie przez prawa rynku, aksjologia prawnej regulacji gospodarki nie jest autonomiczna, zależy od obiektywnych praw ekonomicznych, które przede wszystkim orientują procesy gospodarcze, od ustaleń nauk ekonomicznych, które formułują zasady dobrego gospodarowania, oraz wypowiedzi normatywnych zawierających wskazówki dotyczące polityki gospodarczej, aby osiągnąć zamierzone cele społeczne. Stąd regulacja prawna w odniesieniu do zakresu i przedmiotu wolności gospodarczej, ograniczona przez paradygmat gospodarki opartej na prawach ekonomicznych, staje się narzędziem realizacji określonych celów publicznych poprzez tworzenie mechanizmów organizujących i funkcjonowania gospodarki wykraczających poza ten paradygmat.

Należy w tym miejscu podkreślić, iż w aksjologii gospodarki nie jest to jedynie źródło ograniczenia wolności gospodarczej, gdyż gospodarka w przyjętym rozumieniu jest elementem określonej sytuacji kulturowej, aczkolwiek jest ona różna od klasycznych dziedzin kultury, takich jak: religia, oświata, sztuka czy nauka. Z tego powodu w dyskusji o gospodarce, działalności gospodarczej nie można unikać konfrontacji z paradygmatami etycznymi i moralnymi. Gospodarka wiąże się ściśle z podstawowymi problemami współżycia społecznego, z „obrazem człowieka”, „społeczeństwa” i – mimo że w obecnym swym ustrojowym kształcie jest zasadniczo wolna – podlega wielu postulatam, np. sprawiedliwości, dobra wspólnego, postępowania etycznego. Wolna gospodarka i uosabiająca tę wolność prawa podmiotowe jednostek i grup społecznych nie odnoszą się zasadniczo do sfery moralności, lecz do sfery legalności, co jednak nie oznacza, że porządek prawny jest wobec postaw etycznych i moralnych indyferentny. Etyka bez reszty nie mieści się w porządku prawnym. Stąd też te dwa kręgi – etyczny i prawny – się nie pokrywają. Istotne i godne podkreślenia jest to, że gospodarka jako pewien



wycinek życia społecznego dotyczy człowieka (jednostki) ukształtowanego określonym stanem kultury, nie zaś stanem naturalnym. A zatem życie gospodarcze jest procesem, który nie jest realizowany w „próżni etycznej”. Działalność gospodarcza nie zawsze poddaje się motywacjom racjonalnym (ekonomicznie). Stąd pozycja jednostki jako uczestnika gospodarki rynkowej nie jest identyczna z pozycją *homo oeconomicus*<sup>1</sup>. Gospodarka (rynek) zależy zatem także od uwarunkowań pozagospodarczych, pozarynkowych, wśród których występują także założenia kulturowe, etyczne, moralne i społeczne. Należy zakładać istnienie norm etycznych, takich jak: poczucie sprawiedliwości i wspólnoty, uczciwości, rzetelności, szacunku dla godności człowieka, które ludzie przynoszą ze sobą, podejmując działalność gospodarczą. Przyjęty w obowiązującym porządku prawnym system aksjologiczny instrumentalizuje gospodarkę, która jest orientowana nie tylko przez cele ekonomiczne, ale także cele społeczne, które są możliwe do osiągnięcia przez działalność gospodarczą. W tych warunkach gospodarka rynkowa jest nie tylko porządkiem ekonomicznym (gospodarczym), ale także ładem społecznym ukształtowanym przez zaakceptowany i przyjęty system wartości.

Uwzględniając powyższe zastrzeżenia, podstawowym ograniczeniem wolności gospodarczej jest więc aktualnie obowiązujący, ukonstytuowany system gospodarczy, który stanowi normatywny zapis ukształtowanego systemu gospodarczego, zawierający gwarancje trwałości jego podstawowych założeń i odpowiadającego tym założeniom sposobu działania. Na gruncie polskiego porządku prawnego jest to zadeklarowany w art. 20 Konstytucji RP ustroj społecznej gospodarki rynkowej, opartej na wolności działalności gospodarczej, własności prywatnej oraz solidarności, dialogu i współpracy partnerów społecznych. W świetle tej zasady wolność gospodarcza oznacza nie tylko i wyłącznie prawo samostanowienia przedsiębiorców, ale stanowi obiektywną zasadę organizującą gospodarkę w sposób zakładający ścisły związek między prywatną autonomią, swobodą umowną, gwarancją własności a mechanizmem konkurencji. Wolność gospodarcza jest więc ze swojej istoty ograniczona, gdyż jej celem jest umożliwienie zasadniczo swobodnego, zgodnie z wolą zainteresowanych podmiotów, podjęcia i prowadzenia działalności gospodarczej, jednakże na zasadach określonych w Konstytucji RP i rozwiniętych w ustawodawstwie gospodarczym.

Z historycznej perspektywy stosunek ustawodawcy konstytucyjnego do kwestii ustroju gospodarczego wyrastał z różnych postaw ideowych. Konstytucje liberalno-demokratyczne na ogół w niewielkim zakresie i w sposób

---

<sup>1</sup> Por. szerzej P. Häberle, „Społeczna gospodarka rynkowa” jako trzecia droga. Konsekwencje dla dzisiejszego prawodawstwa konstytucyjnego, [w:] *Konstytucja i gospodarka*, Warszawa 1995, s. 16 oraz R. Stober, *Allgemeines Wirtschaftsrecht. Grundlagen und Prinzipien. Wirtschaftsverfassungsrecht*, Stuttgart 2000, s. 210.

ogólny wypowiadają się na temat ustroju gospodarczego i polityki gospodarczej, inaczej niż konstytucje, które zawierają szczegółowe i zarazem jednoznaczne postanowienia dotyczące ustroju gospodarczego i polityki gospodarczej państwa<sup>2</sup>. Podstawowym problemem konstytucyjnej regulacji ingerencji organów władzy publicznej w sferę gospodarki i ochrony praw podmiotów gospodarujących jest zakres konstytucyjnoprawnego związania ustanowionym porządkiem gospodarczym z wszystkimi jego konsekwencjami<sup>3</sup>. Ma to szczególne znaczenie dla materialnej konstytucyjności aktów prawnych regulujących procesy gospodarcze, a zwłaszcza dla ingerencyjnej działalności organów władzy publicznej<sup>4</sup>. Chodzi więc o mający znaczenie dla całego konstytucyjnego prawa gospodarczego problem stosunku państwa do gospodarki<sup>5</sup>, o możliwość wpływania na gospodarkę i granice polityczno-gospodarczej działalności państwa, w tym także o granice wolności gospodarczej<sup>6</sup>. Samo pojęcie „konstytucja gospodarcza” jest niejednolite, co wynika z możliwości definiowania go na różnych płaszczyznach. W ujęciu przedmiotowym znaczenie tego terminu wyznaczają pojęcia konstytucji i gospodarki, co oczywiście w państwie konstytucyjnym, w którym gospodarka jest przedmiotem umowy społecznej, i oznacza, że gospodarka została ukonstytuowana, czyli zorganizowana (urządzona), stanowiąc tym samym składnik porządku konstytucyjnego<sup>7</sup>.

Konstytucji gospodarczej można nadać sens empiryczny i normatywny, materialny i formalny<sup>8</sup>. W znaczeniu empirycznym pojęcie to odzwierciedla rzeczywistość (faktyczną) organizację i przebieg procesów gospodarczych oraz

---

<sup>2</sup> W doktrynie prawa konstytucyjnego RFN przybrało to postać sporu o „konstytucję gospodarczą Ustawy Zasadniczej” w okresie budowy republiki federalnej, a więc w latach 50. XX wieku. Spór ten następnie ucichł, po czym zyskał ponownie pożywkę w nowych rozwiązaniach prawnych. Por. szerzej P. Badura, *Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung*, München 1970, s. 17 i n.; R. Schmidt, *Kompendium Öffentliches Wirtschaftsrecht*, Springer 1997, s. 35 i podaną literaturę.

<sup>3</sup> Zob. W. Frotscher, *Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrecht*, München 1999, s. 7.

<sup>4</sup> Według P. Badury (op. cit., s. 18) zagadnienie „konstytucji gospodarczej” rozpatrywane jest w dwóch odmiennych znaczeniach. W znaczeniu wąskim jako konstytucyjnoprawne postanowienia Ustawy Zasadniczej regulujące porządek gospodarczy, np. zasada państwa socjalnego, gospodarka rynkowa i kierownictwo gospodarcze w odniesieniu do praw podstawowych o charakterze gospodarczym. W znaczeniu szerokim jako całokształt przepisów prawnych, które w sposób zasadniczy i trwały określają przebieg procesów gospodarczych, bez względu na range tych przepisów.

<sup>5</sup> W. Frotscher, op. cit., s. 7.

<sup>6</sup> G. Rinck, E. Schwark, *Wirtschaftsrecht*, Berlin – Bonn – München 1986, s. 17 i n.

<sup>7</sup> Zob. P. Häberle, który podkreśla, iż poprzez konstytucjonalizację gospodarka, podobnie jak inne sfery życia społecznego, została przekształcona ze stanu natury w stan kultury (op. cit., s. 13).

<sup>8</sup> Por. H. Maurer, *Staatsrecht I, Grundlagen, Verfassungsorgane, Staatsfunktionen*, München 2003 s. 249 i n.; U. Schliesky, *Öffentliches Wirtschaftsrecht*, Heidelberg 2000, s. 17; R. Schmidt, *Kompendium...*, s. 33.

faktyczne relacje między państwem a gospodarką<sup>9</sup>. Normatywne ujęcie konstytucji gospodarczej jest natomiast uogólnieniem obowiązujących w danym państwie norm prawnych, które organizują życie gospodarcze i określają relacje między państwem a gospodarką<sup>10</sup>. W sensie szerszym i materialnym konstytucja gospodarcza oznacza całokształt norm prawnych o organizacji życia gospodarczego danej społeczności (wspólnoty) jako ogół zasad prawnych regulujących i utrwalających organizację i przebieg procesu gospodarczego bez względu na rangę i charakter aktów prawnych<sup>11</sup>. Konstytucja gospodarcza w sensie materialnym to całokształt norm prawnych regulujących życie gospodarcze na wszystkich poziomach regulacji prawnej<sup>12</sup>, natomiast w sensie węższym, formalnym – całokształt przepisów konstytucyjnych organizujących gospodarkę, czyli przepisów o podstawowym znaczeniu dla określenia mechanizmu koordynacji gospodarki i ochrony podmiotów gospodarujących<sup>13</sup>.

Pojęcie konstytucji gospodarczej nie jest tożsame z pojęciem porządku gospodarczego, gdyż to drugie pojęcie jest szersze i obejmuje także pozaprawne regulacje (organizacji) zachowań gospodarczych<sup>14</sup>. Relację terminów „konstytucja gospodarcza” i „porządek gospodarczy” wyznacza pojęcie konstytucji gospodarczej jako całokształtu konstytucyjnych norm o treści gospodarczej determinujących porządek gospodarczy, tak jak treść Konstytucji jako aktu prawnego najwyższej rangi wyznacza treść ustawodawstwa zwykłego<sup>15</sup>.

Istota problemu konstytucji gospodarczej zasadza się w założeniu, iż nawet jeśli ustawa zasadnicza zawiera postanowienia, które *explicite* lub *implicite* mają znaczenie dla gospodarki, to nie oznacza jeszcze, że jest konstytucją gospodarczą<sup>16</sup>. Termin „konstytucja gospodarcza” jest zarezerwowany dla ustawy zasadniczej, której postanowienia gospodarcze tworzą konstytucyjnoprawne podstawy dla określonego systemu gospodarczego, nie zaś dla ustawy zasadniczej, która porzucza na regulacji tylko niektórych elementów organizacji gospodarki<sup>17</sup>.

Z pojęciem konstytucji gospodarczej, inaczej niż z pojęciem prawa konstytucyjnego gospodarczego, kojarzy się zatem jednolita koncepcja systemu (modelu) gospodarczego. W pojęciu „konstytucja gospodarcza” wyraża się określona koncepcja konstytucji dla porządku gospodarczego jako określone-

<sup>9</sup> G. Rinck, E. Schwark, op. cit., s. 17.

<sup>10</sup> Ibidem.

<sup>11</sup> G. Rinck, E. Schwark, op. cit., s. 17; R. Schmidt, *Kompendium...*, s. 35.

<sup>12</sup> H.D. Jarass, *Wirtschaftsverwaltungsrecht und Wirtschaftsverfassungsrecht*, Berlin 1997, s. 76.

<sup>13</sup> R. Schmidt, *Kompendium...*, s. 18.

<sup>14</sup> H.D. Jarass, op. cit., s. 76.

<sup>15</sup> G. Rinck, E. Schwark, op. cit., s. 18; U. Schliesky, op. cit., s. 17.

<sup>16</sup> U. Karpen, *Wirtschaftsordnung und Grundgesetz*, „Przegląd Prawa i Administracji” 1987, nr 23, s. 30.

<sup>17</sup> H.D. Jarass, op. cit., s. 80.

go systemu relacji między systemami politycznym i gospodarczym<sup>18</sup>. Konstytucję gospodarczą w tym rozumieniu wyraża się nie tyle przez gospodarczo-prawne treści ustawy zasadniczej, ile przez możliwość „wyprowadzenia” z jej postanowień określonego modelu (systemu) gospodarki, w rozumieniu jednolitej metody kierowania gospodarką<sup>19</sup>. Konsekwencją konstytucji gospodarczej, tzn. zawarcia w ustawie zasadniczej określonej koncepcji porządku gospodarczego, jest związanie konstytucyjną koncepcją ustawodawcy, rządu oraz innych aktorów (partnerów taryfowych) życia gospodarczego. Istnieje zatem związanie organów władzy publicznej określonym w ustawie zasadniczej systemem gospodarczym. Jeżeli natomiast ustawodawca konstytucyjny nie podjął decyzji na rzecz określonego systemu gospodarczego, to oznacza, że ustawa zasadnicza ma neutralny (otwarty) charakter w stosunku do ustroju gospodarczego. W tym przypadku ustawy zasadniczej nie można rozdzielić na konstytucję polityczną i konstytucję gospodarczą. Jest to jednak neutralność (otwartość) względna, gdyż ustawa zasadnicza zawiera postanowienia istotne dla organizacji gospodarki. Są to z jednej strony wolności i prawa podstawowe, a z drugiej – społeczne zadania państwa<sup>20</sup>, co tworzy konstytucyjne gwarancje dla zdecentralizowanej organizacji gospodarki opartej na prawach podstawowych<sup>21</sup>.

Neutralność ustawy zasadniczej nie oznacza, że podejmowana przez władze publiczne ingerencja w sferę gospodarki nie jest orientowana przez ustawę zasadniczą. Każdy zastosowany przez władzę publiczną środek ingerencji gospodarczej, odpowiedni do możliwości gospodarki i wyznaczonych celów polityki gospodarczej, musi wykazać się zgodnością z postanowieniami Konstytucji, a zwłaszcza z prawami podmiotowymi o istotnym znaczeniu dla działalności gospodarczej (wolność gospodarcza, gwarancja własności prywatnej, równość i konkurencja), a także z postanowieniami ustawy zasadniczej wyznaczającymi podstawowe zasady ustrojowe, takie jak zasada demokratycznego państwa prawnego i zasada państwa sprawiedliwości społecznej<sup>22</sup>.

<sup>18</sup> Ibidem.

<sup>19</sup> R. Schmidt, *Kompendium...*, s. 35 i n.

<sup>20</sup> R. Schmidt, *Kompendium...*, s. 37; W. Frotscher, op. cit., s. 21.

<sup>21</sup> A. Heinemann, *Grenzen staatlicher Monopol im EG-Vertrag*, München 1996, s. 29.

<sup>22</sup> Neutralność (otwartość) bądź zajęcie określonego stanowiska przez konstytucję w kwestii ustroju gospodarczego w swoim czasie było (i jest nadal: postępująca integracja europejska, zjednoczenie Niemiec) jednym z najbardziej spornych zagadnień w literaturze prawa gospodarczego publicznego RFN. Źródłem sporu jest daleko idąca powściągliwość, w przeciwieństwie do konstytucji weimarskiej, ustawy zasadniczej w kwestiach ustroju gospodarczego. Decydujące w tym zakresie było stanowisko Związkowego Trybunału Konstytucyjnego, który w orzeczeniu wydanym w 1954 r. w sprawie pomocy inwestycyjnej stwierdził, że ustawa zasadnicza wyraźnie nie rozstrzygnęła o ustroju gospodarczym i przyjął tezę o polityczno-gospodarczej neutralności ustawy zasadniczej (Bverf GE 4,7/17). Zdaniem U. Karpna (op. cit., s. 23), Związkowy Trybunał Konstytucyjny przyjął „pośrednią” koncepcję, gdyż ustawa zasadnicza zawiera pewne postanowienia charakterystyczne dla wolnej gospodarki rynkowej, a jednocześnie wyznacza państwu zadania kierowania gospodarką i opracowanie polityki gospodarczej. Jak zaznacza U. Schliesky

Wolność gospodarcza jest zatem ograniczona przez przyjętą koncepcją konstytucjonalizacji gospodarki, które współdziała z przyjętą formułą konstytucji Unii Europejskiej na zasadzie nadrzędności i pierwszeństwa stosowania prawa tej struktury ponadpaństwowej nad prawem krajowym oraz poprzez włączenie unijnego dorobku prawnego do krajowego porządku prawnego. W warunkach członkostwa w Unii Europejskiej należy konsekwentnie przyjąć wieloskładnikowy charakter konstytucji gospodarczej Rzeczypospolitej, na którą składają się nie tylko przepisy (normy) konstytuujące ustroj gospodarki prawa krajowego, ale także przepisy prawa europejskiego odnoszące się do organizacji gospodarki UE, której państwo członkowskie jest częścią.

Konstytucję gospodarczą tworzą normy (postanowienia) Konstytucji o szczególnej doniosłości dla ustroju gospodarczego państwa. Podstawowym kryterium kwalifikacji tych norm jest ich zawartość aksjologiczna, dzięki której normy te zostały podniesione do rangi zasad konstytucji gospodarczej. W przyjętej powszechnie w polskiej doktrynie pojęciowej zasady prawa są normami prawnymi nadrzędnymi aksjologicznie ze względu na wagę zawartych w nich treści oraz doniosłość dla całego systemu prawnego lub jego dostatecznie wyodrębnionej części<sup>23</sup>. Obowiązwanie określonych zasad oddziaływania państwa na gospodarkę, uwzględniające hierarchiczność systemu prawa gospodarczego publicznego, wynika przede wszystkim z postanowień ustawy zasadniczej określających podstawowe cechy ustroju gospodarczego państwa. Normy konstytucyjne (jako nadrzędne w stosunku do całego porządku prawnego gospodarki) wiążą ustawodawcę co do treści stanowionego prawa, stanowią podstawę oceny aktów ustawowych i innych aktów prawnych organów administracji pod względem zgodności z Konstytucją i dyrektywą interpretacyjną norm prawa gospodarczego publicznego.

Wolność gospodarczą kategoryzuje się jako konstytucyjne prawo podstawowe przysługujące każdej osobie fizycznej, które gwarantuje jej prawo do swobodnej działalności gospodarczej<sup>24</sup>. W porównaniu z pozostałymi prawami podmiotowymi jest to prawo o randze konstytucyjnej, którym związana jest władza publiczna. To przede wszystkim, ale nie wyłącznie prawo o charakterze obronnym (tzw. negatywne publiczne prawo podmiotowe w stosun-

(op. cit., s. 18), podkreślona w stanowisku ZTK neutralność ustawy zasadniczej oznacza, że społeczna gospodarka rynkowa, do której nawiązuje Trybunał, jest możliwym ustrojem gospodarczym, ale w żadnym razie nie jedynie możliwym. Na gruncie ustawy zasadniczej istnieje alternatywa dla społecznej gospodarki rynkowej (W. Frotscher, op. cit., s. 21; R. Schmidt, *Kompedium...*, s. 37).

<sup>23</sup> S. Wronkowska, M. Zieliński, *Zasady prawa. Zagadnienia podstawowe*, Warszawa 1974, s. 28; M. Zieliński, *Konstytucyjne zasady prawa*, [w:] *Charakter i struktura norm Konstytucji*, pod red. J. Trzcieskiego, Warszawa 1997, s. 63; K. Opałek, J. Wróblewski, *Zagadnienia teorii prawa*, Warszawa 1969, s. 97; J. Wróblewski, *Prawo obowiązujące a „ogólne zasady prawa”*, Łódź 1965, nr 42.

<sup>24</sup> Zob. B. Pieroth, B. Schlink, *Grundrechte, Staatsrecht II*, Heidelberg 2002, s. 16.

ku do organów władzy publicznej)<sup>25</sup>. Istota tego prawa polega na tym, że uprawnieniu do swobodnej działalności gospodarczej odpowiada skierowany do organów władzy publicznej zakaz jego naruszania w sposób nieuzasadniony ważnym interesem publicznym<sup>26</sup>. Ochrona wolności gospodarczej jest wymagana nie tylko w sytuacjach zagrożenia przez organy państwowe prawnej i gospodarczej sfery wolności, lecz także w sytuacjach faktycznych naruszeń tej sfery<sup>27</sup>. Prawo podmiotowe do wolności gospodarczej wskazuje władzy publicznej jej ograniczenia, gwarantując jego podmiotom przestrzeń samostanowionej wolności jako minimalnego prawa w stosunku do zorganizowanej państwowości<sup>28</sup>. Nawet demokratycznie legitymowana władza publiczna jest upoważniona do ograniczenia wolności gospodarczej wyłącznie w ramach tego, co konieczne do osiągnięcia określonego celu publicznego.

W warunkach państwa prawa sfera wolności jednostek jest zasadniczo pierwotna i nieograniczona, natomiast kompetencja ingerencyjna organów władzy publicznej jest zasadniczo ograniczona. Zakres przedmiotowy wolności gospodarczej wyznacza swobodę podejmowania prawnie dopuszczalnych działań o istotnym prawnie znaczeniu dla działalności gospodarczej, zorganizowanej według ustanowionych prawnie zasad i skierowanej na osiągnięcie określonych celów. Oznacza to, że przedmiotowe granice wolności gospodarczej są zróżnicowane. Można wskazać przykłady działalności gospodarczej (bankowej, ubezpieczeniowej, użyteczności publicznej), dla których przepisy prawne wyznaczyły mniejszy lub większy zakres swobodnego wyboru decyzji dotyczących podjęcia, wykonywania i zakończenia działalności gospodarczej. Wolność gospodarcza w sensie prawnym obejmuje swobodę podejmowania czynności prawnie relewantnych, prawnie dopuszczalnych, zmierzających do realizacji uprawnień wynikających z tego prawa podmiotowego w granicach wyznaczonych przez prawo przedmiotowe (z zachowaniem warunków określonych przepisami prawa – art. 6 u.s.d.g.). Przyjęty sposób rozumienia przedmiotowych granic wolności gospodarczej stanowi podstawę dla ujęcia wolności gospodarczej jako kompleksu wolności (praw podmiotowych) pozostających w związku przyczynowo-skutkowym z działalnością gospodarczą.

---

<sup>25</sup> Zob. szerzej S. Detterbeck, *Öffentliches Recht für Wirtschafts-wissenschaftler*, München 2004, s. 111; J. Ipsen, *Staatsrecht II, Grundrechte*, München 2003, s. 16 i n.; B. Pieroth, B. Schlink, op. cit., s. 46 i n. oraz W. Jakimowicz, *Publiczne prawa podmiotowe*, Kraków 2002, s. 159 i n.

<sup>26</sup> Prawo może być konieczne tylko w celu zagwarantowania wolności i ograniczenia interwencji państwa (M. Zdyb, *Publiczne prawo gospodarcze*, Kraków 1998, s. 76 i n.). Zob. P. Huber, *Miejsce administracji w strukturze podziału władz w warunkach dzisiejszych zadań administracji*, [w:] *Kierunki rozwoju prawa administracyjnego*, Poznań 1999, s. 102; D. Ehlers, *Verwaltung...*, s. 103–105.

<sup>27</sup> Por. P. Huber, *Miejsce administracji w strukturze podziału władz w warunkach dzisiejszych zadań administracji*, [w:] *Theoretische Fragen des Wirtschaftsrechts*, Budapest 1986, s. 188; D. Ehlers, *Verwaltung...*, s. 100.

<sup>28</sup> H. Bethge, *Verfassungsrecht...*, s. 96.

Dla aktywnych uczestników życia gospodarczego wolność gospodarcza wyraża się w wielu prawach podmiotowych, które stanowią konieczne przesłanki realizacji prawa do swobodnej działalności gospodarczej. Należą do nich: prawo własności, wolność miejsca zamieszkania, wolność zrzeszania, prawo równości (niedyskryminacji), wolność konkurencji<sup>29</sup>.

W świetle obowiązujących przepisów prawnych podejmowanie i prowadzenie działalności gospodarczej jest wprawdzie możliwe dla każdego, ale nie oznacza to bezwzględnego powszechnego i nieograniczonego zakresu podmiotowego wolności gospodarczej. Prawo podmiotowe wolnej działalności gospodarczej odnosi się do osób fizycznych i osób prawnych prawa prywatnego<sup>30</sup>. Państwo i jednostki samorządu terytorialnego nie są adresatami konstytucyjnej zasady wolności gospodarczej. Organy te są powołane do wykonywania określonych prawem kompetencji, a nie do korzystania z wolności przysługujących jednostkom i osobom prawa prywatnego. O ile działalność podmiotów prywatnych jest oparta na zasadzie wolności gospodarczej, o tyle działalność podmiotów publicznych jest uwarunkowana zakresem wyznaczonych im zadań, wykonywanych na podstawie i w granicach prawa.

Wyłączenie państwa lub innych podmiotów publicznoprawnych (np. jednostek samorządu terytorialnego) z kręgu adresatów zasady wolności gospodarczej wynika z ochronnej funkcji wolności gospodarczej jako negatywnego publicznego prawa podmiotowego, która jest konieczna tam, gdzie państwo mocą swojej władzy zagraża prawnej i gospodarczej sferze wolności gospodarczej<sup>31</sup>. Państwo i inne podmioty publicznoprawne nie mogą być zatem podmiotami uprawnień chroniących przed ingerencyjnymi działaniami państwa i innych podmiotów publicznoprawnych. Są natomiast adresatami konstytucyjnej zasady wolności gospodarczej zakazującej ograniczania lub wyłączenia wolności gospodarczej w przypadkach nieuzasadnionych ważnym interesem publicznym w sposób uwzględniający zasadę proporcjonalności<sup>32</sup>. Stwierdzenie to wynika z ochronnego charakteru prawa wolności gospodarczej, a tym samym wskazuje władzy państwowej jej ograniczenia i jednocześnie gwarantuje swoim podmiotom (przedsiębiorcom) przestrzeń samostanowionej

<sup>29</sup> Zob. szerzej na ten temat K. Strzyczkowski, *Rola współczesnej administracji w gospodarce. Zagadnienia prawne*, Warszawa 1992, s. 58 i n.

<sup>30</sup> Por. A. Wasilewski, *Działalność gospodarcza a funkcje i zadania gmin*, „Samorząd Terytorialny” 1991, nr 11–12, s. 131; S. Biernat, A. Wasilewski, *Ustawa o działalności gospodarczej. Komentarz*, Kraków 1997, s. 35; S. Dudzik, *Działalność gospodarcza samorządu terytorialnego*, Kraków 1998, s. 88–90; M. Szydło, *Państwo jako przedsiębiorca. Wybrane zagadnienia prawne*, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2002, nr 1–2, s. 149; C. Kosikowski, *Zakres wolności gospodarczej*, PUG 1995, nr 9, s. 4; M. Waligórski, *Administracyjna regulacja działalności gospodarczej. Problemy prawnej reglamentacji*, Poznań 1998, s. 52; C. Żuławska, *Zasady prawa gospodarczego prywatnego*, Warszawa 1995, s. 18 i n.

<sup>31</sup> Zob. D. Ehlers, *Verwaltung...*, s. 100.

<sup>32</sup> Por. R. Stober, op. cit., s. 125; H.D. Jarass, op. cit., s. 212; R. Schmidt, *Kompendium...*, s. 116; W. Frotscher, op. cit., s. 23.

wolności<sup>33</sup>. Zakres podmiotowy zasady wolności działalności gospodarczej obejmuje zatem osoby fizyczne i osoby prawa prywatnego, które zasadniczo mogą samodzielnie decydować o swoim udziale w gospodarce, formach organizacyjno-prawnych, podejmowaniu działań prawnych i faktycznych istotnych dla działalności gospodarczej. Działalność gospodarcza państwa i jednostek samorządu terytorialnego (publiczna działalność gospodarcza) nie jest bezwzględnie niedopuszczalna i może być legitymowana przez inne niż zasada wolności gospodarczej zasady konstytucyjne (zasada państwa sprawiedliwości społecznej, zasada pomocniczości) i przepisy prawne o randze ustawowej. Organy władzy publicznej mogą podejmować i prowadzić działalność gospodarczą tylko w przypadku, gdy stanowi tak wyraźny przepis prawa i tylko w takim zakresie, w jakim jest to uzasadnione ważnym interesem publicznym, np. koniecznością realizacji zadań publicznych, które zostały im powierzone<sup>34</sup>. Relacja między państwem i jednostką (obywatelem) została określona asymetrycznie w sposób odróżniający wolność obywatela i kompetencję państwa i jego organów. Obywatel podejmuje działania w przestrzeni wolności, a organy państwowe w przestrzeni wyznaczonej przez ich kompetencje. Stąd nie jest możliwe ani prawnie dopuszczalne domniemanie na rzecz swobody lub wolności działania w ogóle, w tym także wolności gospodarczej. Państwo i inne podmioty publicznoprawne przy realizacji zadań publicznych występują jako podmioty zobowiązane, a nie uprawnione do swobody działalności gospodarczej<sup>35</sup>. Bezpośredni udział państwa i innych korporacji terytorialnych w obrocie gospodarczym (jako przedsiębiorcy) jest pochodną nie tyle zasady wolności gospodarczej, ile konsekwencją odpowiednich unormowań prawnych dopuszczających tworzenie przez organy państwa bądź jednostek samorządu terytorialnego (gminy) przedsiębiorstw w odpowiednich formach organizacyjnych<sup>36</sup>.

Należy w tym miejscu podnieść, iż prawa podstawowe w ogóle, w tym także prawo do swobodnej działalności gospodarczej spełniają nie tylko funkcję ochronną w stosunku do organów władzy publicznej. Aktualna klasyfikacja funkcji praw podstawowych nawiązuje do klasycznej koncepcji funkcji praw podstawowych dotyczących stosunku między państwem i jednostką autorstwa G. Jellinka, który wprowadził pojęcia statusu negatywnego, statusu pozytywnego i statusu aktywnego jednostki wobec państwa<sup>37</sup>. Konse-

<sup>33</sup> Zob. D. Schmidt, *Unterscheidung von privatem und öffentlichen Recht*, Baden-Baden 1985, s. 287–316.

<sup>34</sup> Zob. S. Biernat, *Podejmowanie i prowadzenie działalności gospodarczej – wolność gospodarcza de lege lata i de lege ferenda*, PPH 1994, nr 9, s. 10.

<sup>35</sup> E. Schmidt-Assmann, *Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee. Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung*, Berlin – Heidelberg 1998, s. 15; S. Biernat, A. Wasilewski, *Ustawa...*, s. 35; R. Schmidt, *Unterscheidung...*, s. 116.

<sup>36</sup> M. Szydło, op. cit., s. 149.

<sup>37</sup> Zob. szerzej K. Strzyczkowski, *Rola współczesnej administracji...*, s. 56 i n.



kwencją przyjęcia tej klasyfikacji jest funkcja praw podstawowych, dająca podstawy aktywizacji jednostek wobec państwa i w ramach państwa. Prawa podstawowe spełniają nadto funkcje obiektywnoprawne. Niektórzy autorzy stwierdzają wprost, iż prawa podstawowe są nie tylko prawami podmiotowymi jednostek, lecz są także prawem obiektywnym, które musi być przez organy władzy publicznej respektowane. Zarówno judykatura, jak i doktryna są zgodne, iż omawiane prawo podstawowe zawiera także treści obiektywnoprawne, ograniczając organy władzy publicznej, negując bądź wyznaczając granice ich kompetencji. Obiektywnoprawna funkcja tego prawa pojmowana jest jako obiektywna wartość wyrażona w obiektywnej zasadzie prawnej, co wyznacza konsekwencje praw podstawowych, wykraczające poza ich klasyczne granice<sup>38</sup>. Podstawowe wartości, do których zaliczone jest prawo podstawowe wolności działalności gospodarczej, stanowią wskazówkę i impuls dla organów prawodawczych, wykonawczych i sądowych.

Prawo podstawowe wolności gospodarczej jest zatem obiektywną zasadą o ustrojowym charakterze, wyznaczającą cechy ustroju gospodarczego, którą przesycony jest obowiązujący porządek prawny będący refleksem tego prawa podmiotowego. Obiektywnoprawne treści prawa podmiotowego wolności gospodarczej można sprowadzić do norm prawnych gwarantujących to prawo poprzez stworzenie przez prawodawcę jego podmiotom warunków prawnych koniecznych do jego aktualizacji w niezbędnym zakresie<sup>39</sup>. Sens instytucjonalnych gwarancji prawa podmiotowego do wolności gospodarczej polega na obowiązywaniu zespołu norm prawnych chroniących to prawo przed jego ograniczeniem. Obiektywnoprawne treści prawa podmiotowego są adresowane przede wszystkim do organów władzy publicznej, zobowiązując je w takim stopniu jak treści subiektywnoprawne. Inaczej rzecz ujmując, podmiot prawa podmiotowego, w omawianym przypadku wolności gospodarczej, może domagać się od prawodawcy tego, do czego uprawnia go to prawo podmiotowe. Tylko w takiej sytuacji prawo to jest efektywne<sup>40</sup>.

Wolność gospodarcza jako konstytucyjne prawo jednostek i osób prawa prywatnego jest urzeczywistniana za pośrednictwem regulacji prawnej, co z jednej strony stwarza przeszkodę dla działań państwa i innych podmiotów prawa prywatnego, ogranicza bądź eliminuje wolności i prawa gospodarcze jednostek, a z drugiej strony tworzy ramy prawne, w jakich realizowana jest autonomia gospodarcza jednostek. Wolność gospodarcza – historycznie wywiedziona z prawa własności i wolności osobistej – przynależy jednostce jako prawo naturalne. Prawo pozytywne nie kreuje zatem wolności gospodar-

<sup>38</sup> S. Detterbeck, op. cit., s. 114; B. Pieroth, B. Schlink, op. cit., s. 20 i n.

<sup>39</sup> S. Detterbeck (op. cit., s. 21) stwierdza, iż obiektywno-prawne skutki prawa podstawowego obejmują nie tylko wykładnię i stosowanie tego prawa przez administrację i orzecznictwo, lecz także odpowiednie ukształtowanie tego prawa przez organy prawodawcze.

<sup>40</sup> Ibidem, s. 114 i n.

czej, lecz uznaje (potwierdza) wolność gospodarczą, ustanawia jej gwarancje prawne oraz określa jej granice z wyłączeniem wolności gospodarczej w określonych dziedzinach i wobec określonych podmiotów. Prawo pozytywne nie jest zatem źródłem wolności, lecz gwarantuje jej poszanowanie (respektowanie) przez organy władzy publicznej oraz inne podmioty prawa. Asymetria sytuacji prawnej jednostki i organów państwowych sprawia, że to nie jednostka działająca w przestrzeni wolności gospodarczej powinna wskazać podstawy prawne swojej działalności, lecz organy władzy publicznej są zobowiązane wykazać się prawną kompetencją ograniczenia tej wolności, zawartą w akcie prawnym o randze ustawowej. Stąd istnieje domniemanie swobodnej działalności gospodarczej, jeżeli co innego nie wynika z przepisów ustawowych. Obowiązujący porządek prawny nie przewiduje prawnych instrumentów bezpośredniej ochrony tego prawa podmiotowego. Nie jest bowiem możliwe wytoczenie powództwa sądowego na podstawie samego faktu naruszenia tego prawa przez akt władzy państwowej. Wolność gospodarcza jest chroniona jedynie pośrednio przez Trybunał Konstytucyjny, a ponadto nie jest to ochrona prawa podmiotowego, tylko przedmiotowego (np. sprzeczna z prawem decyzja odmawiająca udzielenia koncesji albo niezgodny z Konstytucją akt prawny). W związku z tym należy swobodę działalności gospodarczej ująć jako prawo podmiotowe, które jest (powinno) być zagwarantowane w prawie przedmiotowym.

Obiektywnoprawne treści prawa podstawowego wolności gospodarczej stworzyły podstawę do tezy o jej podwójnym uwarunkowaniu. Z jednej strony ma ona niewątpliwie cechy publicznego prawa podmiotowego, stanowiącego podstawę wolności wyboru i wykonywania zawodu, a z drugiej stanowi obiektywną zasadę ustroju gospodarczego. Jest to stanowisko przeciwstawne pogładowi, iż w odróżnieniu od uprawnień czy obowiązków wolność gospodarcza nie wynika z prawa w znaczeniu przedmiotowym. Z teoretycznego punktu widzenia kwalifikacja wolności gospodarczej powinna optować za traktowaniem jej jako publicznego prawa podmiotowego o charakterze negatywnym, któremu odpowiada ogólny obowiązek państwa nienaruszania tego prawa w sferze działalności gospodarczej<sup>41</sup>. Koncepcję obiektywnoprawnej funkcji prawa podmiotowego wolności gospodarczej podziela Trybunał Konstytucyjny, według którego wolność działalności gospodarczej określona w art. 20 i 22 Konstytucji RP stanowi zarówno normę prawa w znaczeniu przedmiotowym i zasadę ustroju państwa, jak i podstawę prawa podmiotowego o randze konstytucyjnej<sup>42</sup>. Jest to publiczne prawo podmiotowe o charakterze negatywnym, które oznacza istnienie przestrzeni inicjatyw gospodarczych (zarob-

<sup>41</sup> A. Walaszek-Pyziół, *Swoboda działalności gospodarczej*, Kraków 1994, s. 12 i n.

<sup>42</sup> Wyrok TK z 29 kwietnia 2003 r., SK 24/02, OTK ZU 2003, nr 4A, poz. 33. Zdaniem Trybunału pojęcie wolności gospodarczej powinno być rozumiane w duchu prawa wspólnotowego, ponieważ wolność gospodarcza w Polsce i sposób jej rozumienia oraz normatywnego kształtowania powinny prowadzić do skutków umożliwiających płynne włączenie Polski do systemu wspólnotowego (wyrok z 28 stycznia 2003 r., K 2/02, OTK ZU 2003, nr 1A, poz. 4).

kowych), w tym także pracy najemnej zasadniczo wolnej od ograniczającej ingerencji państwa (dopuszczalnej w drodze ustawy i tylko ze względu na ważny interes publiczny – art. 22 Konstytucji RP). Wynika to wyraźnie z treści art. 65 Konstytucji RP, zgodnie z którym każdemu zapewnia się wolność wyboru i wykonywania zawodu oraz wyboru miejsca pracy. Wyjątki określa ustawa. Podstawową funkcją tego prawa jest ochrona swobody podjęcia i wykonywania działalności gospodarczej osób fizycznych i osób prawnych prawa prywatnego.

Zgodnie z art. 20 Konstytucji RP, deklarującym społeczną gospodarkę rynkową, jej podstawą jest określona wolność (gospodarcza) i prawo (własność prywatna). Oznacza to, że ustroj społecznej gospodarki rynkowej został ukonstytuowany za pośrednictwem praw podmiotowych, stanowiących instytucjonalne podstawy gospodarki rynkowej i wyznaczających podstawowe relacje państwa i gospodarki. Wolność oraz prawa jednostek i osób prawa prywatnego wyznaczają ramy dopuszczalnego oddziaływania państwa na gospodarkę za pomocą środków prawnych, za których pośrednictwem organy państwowe i inne podmioty prawa realizują zadania wobec gospodarki. Stanowią one wyjątki od zasady swobodnej działalności gospodarczej, zagwarantowane przez konstytucyjne wolności i prawa jednostek, i w tym ujęciu stanowią zasady prawa gospodarczego publicznego. Z zasady tej wynika wyraźna i jednoznaczna dyrektywa, że działalność gospodarcza należy do inicjatywy osób fizycznych i osób prawa prywatnego posiadających wolną od ingerencji państwa swobodę podejmowania decyzji istotnych (relewantnych) dla procesu gospodarowania. Z zasady tej wynika także wyraźne ograniczenie kompetencji gospodarczych państwa i innych podmiotów publicznoprawnych do wyjątkowych sytuacji uzasadnionych szczególnie ważnym interesem publicznym. Zasada wolności gospodarczej, której wyłącznym adresatem są jednostki i osoby prawa prywatnego, stanowi więc swego rodzaju sprzeciw wobec praw gospodarczych państwa i innych podmiotów prawa publicznego. Wolność gospodarcza określona w art. 20 Konstytucji RP to norma prawa w znaczeniu przedmiotowym i zasada ustroju gospodarczego. Norma konstytucyjna i ustawowa – deklarująca zasadę wolności gospodarczej w sensie prawnym – oznacza adresowany do organów stanowiących i stosujących prawo obowiązek zapewnienia w najszerszym zakresie swobody działalności gospodarczej. Oznacza to, że obowiązek ten może być zrealizowany w różnym zakresie, gdyż nie jest określony w sposób jednoznaczny i konkretny.

Funkcja prawa podstawowego do swobody gospodarczej jako zasady ustrojowej wiąże ustawodawcę zwykłego w zakresie prowadzenia określonej polityki gospodarczej<sup>43</sup>. W najszerszym zakresie konstytucyjna zasada wolności gospodarczej została skonkretyzowana w licznych przepisach ustawo-

<sup>43</sup> M. Waligórski, *Reglamentacja działalności gospodarczej a ochrona praw jednostki*, [w:] *Rola prawa materialnego a ochrona praw jednostki*, pod red. Z. Leońskiego, Poznań 1998, s. 85 i n.

wych, a podstawowe znaczenie mają przepisy ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, które określają zasady podejmowania i wykonywania działalności gospodarczej na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej oraz zadania organów administracji rządowej i organów jednostek samorządu terytorialnego w zakresie działalności gospodarczej. W obecnie obowiązującym porządku prawnym ustawa ta stanowi najważniejsze rozwinięcie konstytucyjnej zasady wolności gospodarczej. Ma ona charakter ogólnej (*lex generalis*) podstawy prawnej, określającej powszechnie obowiązujące warunki (wymogi) prawne, jakie muszą być spełnione w sytuacji aktualizacji zasady wolnej działalności gospodarczej, z wyłączeniem tych sytuacji, które zostały poddane regulacji za pośrednictwem wyraźnych przepisów szczególnych (*lex specialis*). Wolność gospodarcza w tym ujęciu jest zasadą porządku prawnego, wyrażoną w Konstytucji i skonkretyzowaną w ustawodawstwie zwykłym, przesądzającą o ustroju gospodarczym państwa opartym na zasadach gospodarki rynkowej<sup>44</sup>. Tym samym swobodna działalność gospodarcza uzyskała formalną kwalifikację i ochronę konstytucyjnoprawną. Wszelkie odstępstwa regulacji prawnej w tym zakresie powinny być traktowane jako wyjątki uzasadnione ważnym interesem publicznym.

Z ww. zasady wynikają określone obowiązki organów państwowych: po pierwsze, stworzenie materialnych warunków sprzyjających realizacji wolności gospodarczej (obowiązek pozytywny), po drugie, zakaz wydawania aktów prawnych sprzecznych z zasadą wolności gospodarczej (obowiązek negatywny). Norma zawarta w Konstytucji i ustawach zwykłych, proklamująca wolność gospodarczą, oznacza adresowany do organów stanowiących i stosujących prawo nakaz dążenia do zapewnienia możliwie jak największej swobody podejmowania i prowadzenia działalności przez podmioty gospodarcze<sup>45</sup>. Natomiast w procesie stosowania zasady wolności gospodarczej obowiązuje założenie rozstrzygania wątpliwości na podstawie domniemania swobody działalności gospodarczej (*in dubio pro libertate*) oraz zakaz rozszerzającej interpretacji wyjątków od zasady wolności gospodarczej. Działalność gospodarcza na gruncie rozwiązań konstytucyjnych i ustawodawstwa zwykłego jest wolna, zasadniczo nie jest ani zakazana, ani nakazana, lecz uzależniona od woli danego podmiotu. W jej ramach zainteresowany podmiot ma prawo do podjęcia wszelkich działań zmierzających do realizacji prawa do działalności gospodarczej, jeżeli nie są sprzeczne z obowiązującymi przepisami prawa, zasadami uczciwej konkurencji, dobrych obyczajów oraz słusznym interesem konsumentów.

W świetle rozwiązań konstytucyjnych wolność gospodarcza ma względny charakter i może podlegać ograniczeniom w zakresie wyznaczonym przez regulacje ustawowe i tylko ze względu na ważny interes publiczny (art. 22

<sup>44</sup> S. Biernat, *Podjęcie i prowadzenie działalności gospodarczej...*, s. 11; M. Waligórski, op. cit., s. 87.

<sup>45</sup> S. Biernat, *Podjęcie i prowadzenie działalności gospodarczej...*, s. 11.

Konstytucji RP). Zgodnie ze stanowiskiem Trybunału Konstytucyjnego zasada wolności gospodarczej nie może być rozumiana jako wolność absolutna<sup>46</sup>. Bezwzględny wymóg ograniczenia wolności gospodarczej jest droga ustawy (zasada demokratycznego państwa prawnego). Obejmuje on także nakaz odpowiedniej szczegółowości i kompletności unormowania ustawowego bez uregulowań blankietowych, delegujących ostateczną regulację ograniczenia wolności gospodarczej organom władzy wykonawczej bądź samorządu lokalnego. W płaszczyźnie materialnoprawnej dopuszczalność ograniczenia wolności gospodarczej jest uwarunkowana ważnym interesem publicznym i obowiązkiem uwzględnienia (omówionej wyżej) zasady proporcjonalności, co stanowi niezbędną przesłankę konstytucyjności ingerencji (art. 31 ust. 2 Konstytucji RP). Zgodnie ze stanowiskiem Trybunału Konstytucyjnego wprowadzone ograniczenie jest nie tylko dopuszczalne, lecz także konieczne do ochrony wartości wskazanych w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP<sup>47</sup>. Obowiązująca regulacja konstytucyjna wyznacza także granice dopuszczalnego zakresu korzystania z wolności gospodarczej, który nie może naruszać przyrodzonej i niezbywalnej godności człowieka oraz wolności i praw innych, jak również musi uwzględniać jej ograniczenia wynikające ze społecznego charakteru gospodarki rynkowej orientowanej przez solidarność, dialog i współpracę partnerów społecznych oraz zasady państwa sprawiedliwości społecznej (art. 2, 20, 30 i 31 Konstytucji RP). Ograniczeń zasady wolności nie można domniemywać, gdyż muszą być jasno sprecyzowane w aktach prawnych o randze ustawowej lub w aktach prawnych wydanych na podstawie i w celu wykonania ustawy. Wszelkie wątpliwości wyłaniające się przy wykładni obowiązujących przepisów należy tłumaczyć *in favorem libertatis*.

Podstawą ograniczeń w zakresie swobody działalności gospodarczej jest istnienie innego prawa lub wartości godnej ochrony, zagrożonej wskutek bezwzględnego egzekwowania wolności gospodarczej. Wolność gospodarcza jest silnie związana z interesem innych podmiotów, w tym także interesem publicznym, co może stanowić podstawę do wprowadzenia ograniczeń o szerszym zakresie niż w przypadku np. wolności o charakterze osobistym. Źródłem relatywizacji wolności gospodarczej są przede wszystkim inne wartości, które w świetle przyjętej aksjologii mogą stanowić podstawy ograniczenia wolności gospodarczej. Należy pamiętać, iż wolność gospodarcza w wymiarze obiektywnoprawnym jest jedną z wielu zasad organizujących gospodarkę, wpisanych w aksjologię konstytucji gospodarczej RP. Wiele z tych zasad instrumentalizuje gospodarkę, co skutkuje koniecznością ograniczenia prawa

<sup>46</sup> Zob. wyrok TK z 17 grudnia 2003 r., SK 15/02, OTK ZU 2003, nr 9A, poz. 103.

<sup>47</sup> Ibidem. Por. K. Wojtyczek, *Granice ingerencji ustawodawczej w sferę praw człowieka w Konstytucji RP*, Kraków 1999, s. 81; M. Waligórski, op. cit., s. 90; A. Walaszek-Pyziół, *Swoboda działalności...*, s. 15–16; eadem, *Wolność gospodarcza w ustawodawstwie Republiki Federalnej Niemiec*, PUG 1992, nr 5–6, s. 108.

wolności gospodarczej. Dość wspomnieć, iż w konsekwencji przyjętej aksjologii obowiązków (działań) państwa gospodarka podlega postulatowi sprawiedliwości społecznej<sup>48</sup>. Instrumentalizacja gospodarki jest w tym przypadku uzasadniona koniecznością realizacji celów społecznych państwa, możliwych do osiągnięcia m.in. poprzez działalność gospodarczą. W tych warunkach gospodarka rynkowa jest ładem społecznym, gdyż ma odniesienia społeczne ukształtowane przez zaakceptowany i przyjęty system wartości, w tym sprawiedliwość społeczną<sup>49</sup>.

Gospodarka ma służyć sprawiedliwości społecznej, którą państwo powinno konkretyzować<sup>50</sup>. Z przyjętego pojęcia państwa sprawiedliwości społecznej wynika treść ogólnego nakazu sprawiedliwości społecznej, obejmującego konstytucyjnoprawny obowiązek oddziaływania państwa na procesy gospodarcze, które nie mogą być wyłącznie orientowane przez samoregulujące się mechanizmy rynkowe<sup>51</sup>. W konsekwencji zasada państwa sprawiedliwości społecznej zobowiązuje państwo do prowadzenia aktywnej polityki społecznej i gospodarczej za pomocą środków polityki koniunkturalnej, strukturalnej i konkurencji w celu osiągnięcia warunków zdrowego i stabilnego rozwoju gospodarczej i równowagi budżetowej, co podkreślił w swoim orzeczeniu Trybunał Konstytucyjny<sup>52</sup>. W szczególności nakaz ten obejmuje obowiązek interwencji regulacyjnej w przypadku, gdy procesy rynkowe przebiegają niezgodnie z oczekiwanym – z punktu widzenia aksjologii sprawiedliwości społecznej – kierunkiem rozwoju gospodarki i np. pogłębiają istniejące nierówności społeczne i gospodarcze<sup>53</sup>. Wymaga to jednak sformułowania materialnych warunków dopuszczalnej ingerencji odwołującej się do zasady państwa sprawiedliwości społecznej.

Otwartość formuły państwa sprawiedliwości społecznej stwarza możliwość uwzględnienia przy kształtowaniu porządku społeczno-gospodarczego bardzo różnych kryteriów, wartości i założeń<sup>54</sup>. Państwo nie może ograniczyć się wyłącznie do działalności policyjnej i reglamentacyjnej, gdyż zobowiązane jest co najmniej do takiej działalności świadczącej, która zapewni członkom danej społeczności warunki egzystencji godne człowieka<sup>55</sup>.

<sup>48</sup> Socjalne państwo prawa to nie tylko zagwarantowana przez państwo pewność socjalna, lecz w ogóle regulacja i porządek procesu gospodarczego i stosunków społecznych (P. Badura, op. cit., s. 34; P. Haberle, op. cit., s. 24).

<sup>49</sup> Zob. K. Strzyczkowski, *Publiczne prawo gospodarcze*, Warszawa 2007, s. 63 i podana tam literatura.

<sup>50</sup> R. Stober, op. cit., s. 83.

<sup>51</sup> U. Schliesky, op. cit., s. 92.

<sup>52</sup> Zob. J. Oniszczyk, *Konstytucja Rzeczypospolitej w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, Zakamycze 2004, s. 271.

<sup>53</sup> W tym przypadku ustawodawca kształtuje porządek społeczny i gospodarczy za pośrednictwem tzw. pośrednich środków oddziaływania państwa na gospodarkę, tj. podatków, subwencji, środków infrastruktury (U. Schliesky, op. cit., s. 92; zob. także R. Stober, op. cit., s. 85).

<sup>54</sup> H. Maurer, op. cit., s. 211.

<sup>55</sup> H.J. Wolf, *Verwaltungsrecht III*, München 1973, s. 163.

**Andrzej Powałowski**  
Uniwersytet Gdański

## **Cywilnoprawne atrybuty przedsiębiorcy-osoby fizycznej a przepisy o swobodzie działalności gospodarczej**

### **1. Problem statusu prawnego przedsiębiorcy-osoby fizycznej**

W poszczególnych systemach gospodarczych, tak w przeszłości, jak i obecnie, to człowiek jest najczęściej występującą jednostką działalności gospodarczej, „formą” jej prowadzenia, podmiotem tej działalności. Cechy szczególne osoby fizycznej prowadzącej działalność gospodarczą pozwalają także na stwierdzenie, że klasyfikowana jest ona nie tylko jako osoba prywatna, ale również jako podmiot praw i obowiązków ze sfery gospodarki. Co za tym idzie, osoba fizyczna w obszarze swego statusu prawnego określana jest normami zarówno prawa prywatnego, jak i publicznego.

Uznając kryterium interesu za podstawę rozróżnienia wskazanych dwóch reżimów prawa, należy dostrzegać, że przede wszystkim w prawie gospodarczym delimitacja sfery stosunków prywatnych i stosunków publicznych jest zabiegiem trudnym, jeśli nie niemożliwym. Najdobitniejszym tego przykładem może być regulacja statusu prawnego osoby fizycznej prowadzącej działalność gospodarczą. Ze swej natury osoba fizyczna to zasadniczo podmiot, którego sytuacja na gruncie prawa powinna być poddana reżimowi prawa prywatnego (cywilnego), w szczególności, gdy chodzi o jej relacje rodzinne i majątkowe, jednak gdy osoba ta podejmuje i prowadzi działalność gospodarczą, staje się także „obiektem” unormowań publicznoprawnych mających na względzie interes publiczny i jego ochronę. Charakterystyczne jest przy tym, że ustawodawca, odnosząc się do poszczególnych aspektów funkcjonowania osoby fizycznej w gospodarce, niejednokrotnie w aktach normatywnych kwalifikowanych powszechnie do aktów prawa publicznego (np. w ustawie o swobodzie działalności gospodarczej) czyni to w sposób bardzo lakoniczny, wręcz sygnalizacyjny. Tak jest w przypadkach: wykonywania działalności we

własnym imieniu (jak można sądzić – odpowiednika cechy, jaką jest zdolność do czynności prawnych), a także firmy i przedsiębiorstwa osoby fizycznej. Konieczne staje się wobec tego poszukiwanie treści tych dystynkcji na gruncie norm zaliczanych do prawa prywatnego, które w szeregu przypadków poświęcone są jednak kwestiom mającym istotne znaczenie z punktu widzenia interesu prywatnego i jego ochrony. Charakteryzując status prawny osoby fizycznej prowadzącej działalność gospodarczą, nie sposób zatem pominąć tych kwestii, które łączy sfera stosunków gospodarczych, ale postrzegane są przez prawo w kontekście odrębnych reżimów prawnych.

Cechy charakteryzujące osobę fizyczną i jej działalność gospodarczą, skorelowane z cechami przypisywanymi także innym podmiotom działalności gospodarczej, są modyfikowane w celu przystosowania ich do potrzeb i właściwości osoby fizycznej, co jest w zasadzie zasługą jedynie praktyki obrotu gospodarczego. Powinny one jednak odpowiadać wymogom związanym z określonym przez prawo systemem swobody wykonywania działalności gospodarczej i standardom wolnościowym wypracowanym w szczególności na gruncie ustawy o swobodzie działalności gospodarczej<sup>1</sup>, przede wszystkim zaś potrzebom i realiom obrotu prawnego, uwidaczniającego interesy przedsiębiorców w powiązaniu z potrzebą ochrony interesu publicznego. Zaprezentowana poniżej próba prezentacji niektórych atrybutów przedsiębiorcy-osoby fizycznej powinna umożliwić ustalenie, czy wskazane wymogi są lub mogą być spełnione.

## **2. Zdolność do czynności prawnych osoby fizycznej w związku z jej działalnością gospodarczą**

W formalnoprawnej konstrukcji przedsiębiorcy mieści się bliżej niesprecyzowany element funkcjonalny, jakim jest wymóg działania we własnym imieniu. W odniesieniu do osoby fizycznej-przedsiębiorcy działanie we własnym imieniu wydaje się mieć związek z możliwością samodzielnego występowania w obrocie prawnym i nabywania praw oraz zaciągania zobowiązań za pomocą własnych czynności, a więc ze zdolnością do czynności prawnych<sup>2</sup>.

Działanie we własnym imieniu decyduje o kwalifikacji danego podmiotu do kategorii przedsiębiorców jedynie w sytuacji, gdy dotyczy wykonywania działalności, którą należy z uwagi na jej cechy przedmiotowe i funkcjonalne zaliczyć do działalności gospodarczej. Działający we własnym imieniu może

<sup>1</sup> Ustawa z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (tekst jedn. Dz.U. z 2010 r., nr 220, poz. 1447) – dalej jako u.s.d.g.

<sup>2</sup> W taki sposób zdolność do czynności prawnych definiują S. Grzybowski, *System prawa cywilnego*, t. I: *Część ogólna*, Warszawa 1974, s. 337, a także A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej*, Warszawa 1998, s. 165.



wykonywać działalność gospodarczą zarówno na swój, jak i na cudzy rachunek, choć w tym drugim przypadku – gdy chodzi o osobę fizyczną – jej działalność może nie zostać uznana za działalność gospodarczą w kontekście przepisów podatkowych<sup>3</sup>. Podkreślić trzeba, że przedsiębiorca prowadzący we własnym imieniu działalność gospodarczą jest podmiotem wykazującym się odrębnością i niezależnością od innych<sup>4</sup>, jeśli bowiem funkcjonuje w imieniu własnym, to nie podejmuje – w zakresie danej działalności gospodarczej – działań w cudzym imieniu, chyba że został do tego odpowiednio umocowany i są to działania nie mieszczące się w zakresie jego własnej działalności gospodarczej. Przedsiębiorca podejmuje wówczas czynności jako pełnomocnik, prokurent, ewentualnie przedstawiciel ustawowy.

Należy przy tym wymagać, by czynności przedsiębiorcy bezpośrednio kreowały jego prawa i obowiązki i określały jego sytuację prawną. Czynności te – wykonywane we własnym imieniu – powinny zatem skutkować powstaniem praw i obowiązków, a przedsiębiorca (nie zaś osoba trzecia) w rezultacie swego działania powinien stawać się podmiotem bezpośrednio uprawnionym lub zobowiązanym<sup>5</sup>. Oznacza to, że przedsiębiorca ponosić będzie odpowiedzialność prawną z tytułu wykonywanej działalności gospodarczej, w szczególności związanej z podejmowanymi we własnym imieniu czynnościami i ich skutkiem. Jest to logiczna, ale i formalna oraz merytoryczna konsekwencja działania we własnym imieniu, a jej wystąpienie ma istotne znaczenie dla kontrahentów przedsiębiorcy oraz nabywców jego towarów lub usług.

Wykonywanie działalności gospodarczej we własnym imieniu nie jest bynajmniej związane z koniecznością osobistego działania przedsiębiorcy. Uznać należy bowiem, że w jego imieniu działać może przedstawiciel, którym w przypadku osoby fizycznej-przedsiębiorcy jest pełnomocnik, a wszelkie czynności przez niego dokonane – w granicach jego umocowania – odnoszą skutek bezpośrednio dla reprezentowanego przedsiębiorcy. Przedstawiciel to osoba działająca w cudzym imieniu, a tym samym nie w imieniu własnym, co zarazem oznacza, iż przedsiębiorcą nie jest przedstawiciel, lecz reprezentowany przezeń podmiot. Należy przy tym zwrócić uwagę na okoliczność, że przedstawiciel (pełnomocnik) działa z woli przedsiębiorcy nakierowanej na wykonywanie działalności gospodarczej i choćby nawet dokonywał on czynności obejmujących swoim zakresem całą działalność gospodarczą danego przedsiębiorcy, to nie umniejsza to zamiaru tego przedsiębiorcy co do wyko-

<sup>3</sup> Zob. M. Siwiński, *Samozatrudnienie A.D. 2007 w podatku dochodowym od osób fizycznych*, „Doradztwo Podatkowe” 2006, nr 12, s. 9 i n.

<sup>4</sup> Na aspekt niezależności zwraca uwagę A. Bierć, *Sytuacja prawna przedsiębiorcy. Zagadnienia wybrane*, „Studia Prawnicze” 1998, nr 3, s. 28.

<sup>5</sup> Tak o bezpośredniości działań we własnym imieniu A. Bierć, *Sytuacja prawna przedsiębiorcy...*, s. 28–29; zob. także M. Szydło, *Pojęcie przedsiębiorcy w prawie polskim*, „Przegląd Sądowy” 2002, nr 7–8, s. 93.

nywania działalności gospodarczej, a samo umocowanie pełnomocnika w pewnym sensie jest wyrazem prowadzenia tej działalności.

Przedsiębiorca powierzający wykonywanie działalności gospodarczej pełnomocnikowi nie uniknie jednak samodzielnego podjęcia niektórych czynności inicjujących działalność, odnoszących się do jej zorganizowania, ukierunkowujących tę działalność na zarobkowanie i zapewniających jej ciągłość. Działalność gospodarcza wymaga zaistnienia po stronie osoby fizycznej określonej koncepcji tej działalności oraz woli jej praktycznego wdrożenia. Zarówno sformułowanie koncepcji prowadzenia działalności gospodarczej, jak i jej realizacja – sprowadzająca się do wykonywania określonej działalności gospodarczej – oznacza potrzebę aktywnego zaangażowania się danej osoby<sup>6</sup>.

W świetle powyższych uwag należy zatem przyjąć, że podjęcie i wykonywanie działalności gospodarczej nie może być bez udziału samego przedsiębiorcy, choćby udział ten miał sprowadzać się do zrealizowania niektórych tylko czynności składających się na działalność gospodarczą. Są to czynności zarówno faktyczne, jak i prawne, choć niejednokrotnie trudno jest ich charakter określić w sposób jednoznaczny, gdyż w toku działalności gospodarczej łączą się one ze sobą i wzajemnie przenikają. Zasadne jest jednak przyjęcie, że przedsiębiorca powinien mieć możliwość wykonywania wszystkich tych czynności razem i każdej z osobna, a zatem powinien być wyposażony w swoistą zdolność do wykonywania działalności gospodarczej, obejmującą swoim zakresem zdolność do czynności prawnych.

Z pewnością należy przyjąć, że wykonywanie działalności gospodarczej we własnym imieniu jest atrybutem przedsiębiorcy wytyczającym zakres podmiotowy kategorii „przedsiębiorca”, jako że nie może być uznany za przedsiębiorcę ten, kto wykonuje działalność gospodarczą w imieniu cudzym.

Problematyczne jest natomiast, czy we własnym imieniu działalność gospodarczą może prowadzić przedsiębiorca-osoba fizyczna nie mająca pełnej zdolności do czynności prawnych, a zatem: Czy po stronie przedsiębiorcy wystąpi cecha wykonywania działalności gospodarczej we własnym imieniu, jeśli przedsiębiorca ten jako osoba fizyczna reprezentowany będzie przez opiekuna lub kuratora? Osoba reprezentowana przez opiekuna lub kuratora będzie mogła wprawdzie samodzielnie wykonywać czynności faktyczne mieszczące się w zakresie działalności gospodarczej, to jednak brak – zupełny lub częściowy – zdolności do czynności prawnych uniemożliwi tej osobie występowanie w obrocie prawnym związanym z działalnością gospodarczą. Kwestia możliwości wykonywania działalności gospodarczej przez osoby nie mające pełnej zdolności do czynności prawnych w doktrynie postrzegana jest

---

<sup>6</sup> Potrzeba aktywnego zachowania się podmiotu działalności gospodarczej została zaakcentowana w orzecznictwie, zob. np. uchwały SN: z dnia 14 marca 1995 r., III CZP 6/95, OSNC 1995, nr 5, poz. 72; z dnia 6 sierpnia 1996 r., III CZP 84/96, OSNC 1996, nr 11, poz. 150; z dnia 14 maja 1998 r., III CZP 12.98, OSNC 1998, nr 10, poz. 151.

w sposób trojaki. Prezentowane są zatem poglądy negujące możliwość prowadzenia działalności gospodarczej w warunkach braku zdolności do czynności prawnych, aprobujące taką możliwość oraz uznające możliwość wykonywania działalności gospodarczej przez opiekuna lub kuratora w sytuacjach szczególnych.

Zwolennicy pierwszego stanowiska podkreślają, że przedsiębiorcą może być tylko osoba fizyczna o pełnej zdolności do czynności prawnych. Zgodnie z tym stanowiskiem, czynności prawne dokonane przez osobę bez zdolności do czynności prawnych są nieważne (art. 14 § 1 k.c.). Osoba o ograniczonej zdolności do czynności prawnych nie może podejmować ważnych z punktu widzenia potrzeb działalności gospodarczej czynności prawnych, w tym zaciągać zobowiązań lub rozporządzać swoim prawem bez zgody swego przedstawiciela ustawowego (art. 17 k.c.). Tym samym osoby takie nie mogą podejmować i wykonywać działalności gospodarczej, natomiast przedstawiciele ustawowi (kurator lub opiekun) osób fizycznych nie mających pełnej zdolności do czynności prawnych nie są w oparciu o art. 95 k.c. upoważnieni do wykonywania za nie wszystkich czynności prawnych<sup>7</sup>. Analogicznie, choć z odwołaniem się do treści art. 8–21 k.c., zaznacza się nadto, że osoba nie mająca pełnej zdolności do czynności prawnych nie może samodzielnie, czyli we własnym imieniu dokonywać czynności prawnych, a zatem prowadzić działalności gospodarczej, która polega na wykonywaniu czynności faktycznych, ale przede wszystkim jednak czynności prawnych<sup>8</sup>.

Odmienne stanowisko opiera się na twierdzeniu, że zdolność do czynności prawnych nie jest cechą niezbędną dla uzyskania przez osobę fizyczną statusu przedsiębiorcy, a podejmować i wykonywać działalność gospodarczą może osoba nie mająca tej cechy lub dysponująca ograniczoną tylko zdolnością do czynności prawnych<sup>9</sup>. Argumentem przemawiającym za wskazanym stanowiskiem mógłby być – jak się podaje – brak prawnego wymogu posiadania pełnej zdolności do czynności prawnych przez osobę fizyczną<sup>10</sup>. Twierdzi się także, że brak jest podstawy do konstatacji, iż przedsiębiorcą może być

---

<sup>7</sup> Pogląd taki wypowiada C. Kosikowski, *Pojęcie przedsiębiorcy w prawie polskim*, „Państwo i Prawo” 2001, nr 4, s. 20-21, a następnie w podręczniku: *Publiczne prawo gospodarcze Polski i Unii Europejskiej*, Warszawa 2005, s. 83.

<sup>8</sup> Tak S. Dmowski, [w:] S. Dmowski, S. Rudnicki, *Komentarz do Kodeksu cywilnego. Księga pierwsza. Część ogólna*, Warszawa 2003, s. 146.

<sup>9</sup> Stanowisko takie prezentują: M. Pazdan, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, pod red. K. Pietrzykowskiego, Warszawa 2004, t. I, s. 130; M. Szydło, *Pojęcie przedsiębiorcy w prawie polskim*, „Przegląd Sądowy” 2002, nr 7–8, s. 94 (autor ten dodaje, że charakter czynności dokonywanych w związku z prowadzoną działalnością gospodarczą powoduje wyjątkowe utrudnienia praktyczne takiej działalności dla osób o ograniczonej zdolności do czynności prawnych); Z. Miczek, *Osoba fizyczna jako przedsiębiorca*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Rzeszowskiego”, Prawo I, Rzeszów 2003, s. 249–252 oraz P. Zaporowski, *Czy przedsiębiorcą może być osoba fizyczna nie mająca pełnej zdolności do czynności prawnych*, „Palestra” 2006, nr 7–8, s. 37 i n.

<sup>10</sup> Tak P. Zaporowski, *Czy przedsiębiorcą może być osoba fizyczna...*, s. 37.

jedynie szczególna osoba fizyczna, tj. mająca pełną zdolność do czynności prawnych, jako że wszelkie ograniczenia w kwestii dostępu osób fizycznych do działalności gospodarczej naruszałyby swobodę podejmowania tej działalności, chyba że wynikałyby one z ustawy i wiązały się z realizacją interesu publicznego<sup>11</sup>.

Trzecie stanowisko zaprezentowane w literaturze zdaje się być zbliżone do wcześniej przedstawionego. Sprowadza się ono bowiem do ustalenia istnienia możliwości prowadzenia działalności gospodarczej przez osoby nie mające pełnej zdolności do czynności prawnych, z tym jednak zastrzeżeniem, iż dotyczy to sytuacji nadzwyczajnych, związanych z kontynuacją działalności gospodarczej i dalszym prowadzeniem przedsiębiorstwa<sup>12</sup>. Poczynione zastrzeżenie w ramach tego stanowiska w kwestii dopuszczalności prowadzenia działalności gospodarczej przez osoby nie mające pełnej zdolności do czynności prawnych oparte jest zapewne na przeświadczeniu, że dalsze prowadzenie działalności gospodarczej w pewnych przypadkach zdeterminowane jest okolicznościami niezależnymi od czyjejkolwiek woli. Należą do nich śmierć osoby występującej w obrocie prawnym jako przedsiębiorca oraz utrata (pełna lub częściowa) zdolności do czynności prawnych w związku z ubezwłasnowolnieniem.

Istotą problemu w tej materii jest – jak się wydaje – udzielenie odpowiedzi na dwa pytania:

1) Czy może stać się przedsiębiorcą, a zatem czy może prowadzić działalność gospodarczą osoba nie mająca pełni zdolności do czynności prawnych, jeśli ma to być działalność kontynuowana w oparciu o zorganizowane już przedsiębiorstwo, a dana osoba stała się następcą prawnym przedsiębiorcy w wyniku dziedziczenia?

2) Czy może wykonywać działalność gospodarczą we własnym imieniu osoba, która będąc przedsiębiorcą utraciła (całkowicie lub częściowo) zdolność do czynności prawnych?

Odpowiedź pozytywna, a taka zostaje udzielona w ramach powyżej określonego stanowiska<sup>13</sup>, niewątpliwie oznacza uznanie dla wymogów praktyki w sytuacjach, w których istnieje potrzeba kontynuowania działalności gospo-

---

<sup>11</sup> Tak Z. Mieczek, *Osoba fizyczna jako przedsiębiorca – na tle ustawy o swobodzie działalności gospodarczej i kodeksu cywilnego*, „Przeгляд Prawa Handlowego” 2005, nr 9, s. 26–27.

<sup>12</sup> W ten sposób o zdolności do czynności prawnych przedsiębiorców-osób fizycznych wypowiada się A. Bierć, *Sytuacja prawna przedsiębiorcy...*, s. 29 i obszerniej w: *Osoba fizyczna jako przedsiębiorca*, „Studia Prawnicze” 1999, nr 4, s. 10–11. Autor ten, odnosząc się do kwestii osobistego wykonywania działalności gospodarczej, podkreśla wprawdzie, że działalność wszystkich osób uprawnionych z mocy umowy lub ustawy i występujących w imieniu przedsiębiorcy-osoby fizycznej oznacza, że to przedsiębiorca prowadzi działalność gospodarczą we własnym imieniu; później jednak zaznacza, że przedsiębiorcą może być tylko osoba fizyczna mająca pełną zdolność do czynności prawnych (*Osoba fizyczna...*, s. 10).

<sup>13</sup> Zob. A. Bierć, *Osoba fizyczna...*, s. 10.

darczej, choćby przez niezbyt długi okres niezbędny do faktycznego i formalnego jej zakończenia. Niejednokrotnie kontynuacja sprowadzać powinna się do odpowiedniego zagospodarowania składników majątkowych, spłaty zobowiązań i przyjęcia należności, wykonania wiążących umów czy wreszcie rozwiązania stosownych umów z pracownikami.

Nadto niezbędne może okazać się podjęcie odpowiednich decyzji zmierzających do zachowania efektywności i racjonalności funkcjonowania przedsiębiorstwa, w tym również takich, które pozwoliłyby uniknąć strat i utrzymać składniki rzeczowe majątku w odpowiednim stanie. Dlatego też uzasadnione jest, a niekiedy wręcz konieczne, by działalność gospodarcza, która przez daną osobę – przedsiębiorcę nie może być ze wskazanych względów prowadzona w dalszym ciągu, była kontynuowana przez inne osoby działające w jej imieniu. W przypadku śmierci osoby fizycznej-przedsiębiorcy kontynuacja działalności gospodarczej powinna być dokonywana – co oczywiste – przez następcę prawnego i trzeba przyjąć, że staje się on w wyniku dziedziczenia przedsiębiorcą, w szczególności praw i obowiązków związanych z przedsiębiorstwem. Jeżeli następca nie ma pełnej zdolności do czynności prawnych, działalność w jego imieniu podejmować powinien opiekun lub kurator, następca zaś pozostaje jedynie „biernym przedsiębiorcą”, czyli osobą mającą zdolność do bycia podmiotem praw i obowiązków, lecz nie mającym możliwości prowadzenia działalności gospodarczej we własnym imieniu. Sytuacja taka jest jednak – co należy podkreślić – konsekwencją pewnej „nieuchronności” dziedziczenia, jako że w wielu przypadkach dana osoba zostaje spadkobiercą (następcą prawnym) niezależnie od jej woli (wyjawszy przypadki odrzucenia spadku), a istniejące obiektywnie przedsiębiorstwo i związana z nim działalność gospodarcza wymuszają kontynuację działalności podjętej przez byłego przedsiębiorcę. Analogicznie przedstawia się sytuacja osoby pozbawionej zdolności do czynności prawnych w wyniku orzeczenia o ubezwłasnowolnieniu. Ona również postawiona zostaje w roli przedsiębiorcy „biernego”, bez możliwości czynnego udziału w sferze prowadzenia działalności gospodarczej, zachowuje jednak formalnie status przedsiębiorcy<sup>14</sup>.

Normatywne umocowanie poglądu co do możliwości kontynuacji działalności gospodarczej przez osobę nie mającą pełnej zdolności do czynności prawnych jest zróżnicowane. Dopuszczalność zaistnienia takiej osoby w charakterze przedsiębiorcy „biernego” zdaje się potwierdzać – choć jedynie pośrednio – przepis art. 25 ust. 1 pkt 13 u.s.d.g., wskazujący na obowiązek objęcia wpisem do CEIDG informacji o ograniczeniu lub utracie zdolności do

---

<sup>14</sup> Bürgerliches Gesetzbuch (tekst jedn. BGBL I 2005, 342) w art. 112 przewiduje, że małoletni może być za zgodą sądu rodzinnego upoważniony przez swego przedstawiciela ustawowego do prowadzenia działalności gospodarczej. Zob. w tej kwestii H. Brox, *Allgemeiner Teil des BGB*, Köln – Berlin – München 2004, s. 147.

czynności prawnych, a także ustanowieniu kuratora dla osoby fizycznej-przedsiębiorcy, co oznacza, że osoba taka pozostaje wpisana do ewidencji jako przedsiębiorca, a zmienia się jedynie treść wpisu odnoszącego się do tej osoby. Przepisy dotyczące ewidencji nie pozwalają natomiast na rozwiązanie kwestii podjęcia działalności gospodarczej przez taką osobę i to niezależnie od tego, czy jej działalność miałaby być kontynuacją działalności wcześniej rozpoczętej przez innego przedsiębiorcę-osobę fizyczną, czy byłaby to typowa inicjacja działalności gospodarczej – nie wynikająca z następstwa prawnego. W przypadku dziedziczenia przez osobę nie mającą pełnej zdolności do czynności prawnych co najwyżej odwołać się można do przepisów o spadkach, przewidujących przejście na spadkobiercę praw i obowiązków zmarłego – osoby fizycznej wykonującej działalność gospodarczą i prowadzącej przedsiębiorstwo. Ponieważ przedsiębiorstwo przeznaczone jest zgodnie z art. 55<sup>1</sup> k.c. do prowadzenia działalności gospodarczej, jego nabywca – także i ten, który uzyskał je w drodze dziedziczenia – powinien działalność taką po zmarłym spadkodawcy kontynuować, a zatem powinien mieć możliwość uzyskania statusu przedsiębiorcy.

Aprobata dla stanowiska uznającego możliwość i potrzebę uzyskania podmiotowości w sferze stosunków gospodarczych w sytuacjach szczególnych przez osoby nie mające zdolności do czynności prawnych nie determinuje jednak przekonania o możliwości prowadzenia działalności gospodarczej przez takie osoby. Wskazany wyżej pogląd, według którego osoby małoletnie lub ubezwłasnowolnione mogą uzyskać status przedsiębiorcy, jeśli nawet jest poprawny ze względu na podnoszony brak normatywnego zakazu prowadzenia działalności gospodarczej przez wymienione osoby, jest jednak trudny do zaakceptowania. Wyjąwszy scharakteryzowane sytuacje nadzwyczajne, kiedy podjęcie i prowadzenie działalności gospodarczej na zasadzie kontynuacji jest poniekąd konieczne, o potrzebie posiadania zdolności do czynności prawnych decyduje zakres czynności składających się na działalność gospodarczą, a także wskazany wcześniej atrybut przedsiębiorcy – działanie we własnym imieniu.

Należy bowiem dostrzegać, że działalność gospodarcza osoby fizycznej wykracza poza zakres „zwykłych” czynności faktycznych i prawnych życia osobistego, wymaga szczególnej wiedzy, umiejętności oraz podejmowania decyzji odmiennych treściowo od tych, które podejmuje niezaangażowana gospodarczo jednostka ludzka. Decyzje te dotyczą w szczególności przedmiotu, miejsca i sposobu prowadzenia działalności gospodarczej, utworzenia przedsiębiorstwa, zatrudnienia pracowników, pozyskania lub wydzielenia niezbędnych środków majątkowych oraz ukierunkowania działalności na zarobkowanie i nadanie jej ciągłego charakteru. Mają one zasadnicze znaczenie dla samego przedsiębiorcy-osoby fizycznej i wywierają wpływ na ogół czynności osobistych i zawodowych, a także określają miejsce danej osoby w systemie

społecznym. Wydaje się wobec tego, że decyzje te powinny być podjęte wyłącznie przez osobę będącą (stającą się) podmiotem praw i obowiązków związanych z działalnością gospodarczą, nie zaś przez osobę trzecią, w dodatku powołaną do wykonywania czynności niezależnie od woli osoby reprezentowanej. Rolą opiekuna lub kuratora jest zastępowanie danej osoby w realizowaniu zwykłych spraw życiowych i sprawowanie pieczy nad jej majątkiem, nie zaś wypełnianie funkcji gospodarczej. Jeśli możliwe jest akceptowanie dopuszczenia przedstawiciela ustawowego do spraw gospodarczych, to wyłącznie w warunkach szczególnych, związanych z potrzebą (koniecznością) kontynuowania działalności gospodarczej i w celu jej zakończenia lub przejęcia przez osobę pełnoletnią.

Czym innym jest jednak – ze względu na zakres niezbędnych do wykonania czynności – podjęcie (zainicjowanie) działalności gospodarczej, a następnie jej prowadzenie. Osoba reprezentowana nie ma nawet świadomości co do zakresu oraz charakteru czynności, jakie są i mają być wykonane w jej imieniu oraz konsekwencji tych czynności w postaci nabycia praw i zaciągnięcia zobowiązań. Nie ma ona także możliwości wyrażenia swej woli odnośnie do faktu rozpoczęcia działalności gospodarczej, jej zakresu i charakteru. Należy nadto zauważyć, że przedstawiciel ustawy w wykonywaniu czynności gospodarczych nie mógłby wykazać się wystarczającym na potrzeby działalności gospodarczej zakresem samodzielności, jako że zmuszony byłby w szeregu przypadków uzyskiwać zgodę sądu, co działalność gospodarczą mogłoby szczególnie utrudnić lub nawet uniemożliwić.

Przeciwko uznaniu, iż osoba fizyczna nie mająca pełnej zdolności do czynności prawnych może podjąć i wykonywać działalność gospodarczą i uzyskać status przedsiębiorcy przemawia także jeden z aspektów funkcjonalnej cechy przedsiębiorcy, jaką jest działanie (prowadzenie działalności gospodarczej) we własnym imieniu. Przyjęcie, że skutkiem działania we własnym imieniu jest powstanie praw i obowiązków i związanej z nimi odpowiedzialności podmiotu stosunków gospodarczych, a więc przedsiębiorcy, jest konstatacja istnienia po jego stronie zdolności do bycia przedsiębiorcą i zarazem, nierozłącznie, zdolności do prowadzenia działalności gospodarczej – wszak przedsiębiorcą jest właśnie prowadzący działalność gospodarczą, czyli wykazujący się aktywnością w tej sferze. Można przypuszczać, że gdyby ustawodawca nie chciał wykluczyć ewentualności uzyskania statusu przedsiębiorcy przez osobę nie mającą pełnej zdolności do czynności prawnych, zdecydowałby się na nieco odmienną definicję przedsiębiorcy, a więc taką, która nie wymagałaby od określonego podmiotu wyznaczonego działania (prowadzenia działalności gospodarczej), a jedynie zdolności do bycia podmiotem praw i obowiązków związanych z prowadzoną (przez ten lub inny podmiot) działalnością gospodarczą.

### 3. Firma osoby fizycznej

Firma to specyficzna nazwa, jaką powinny posługiwać się podmioty podejmujące i wykonujące działalność gospodarczą oraz zawodową w sferze stosunków prawnych, w relacjach wzajemnych oraz wobec organów wymiaru sprawiedliwości, administracji i innych instytucji publicznych. Istoty firmy należy upatrywać tym samym w możliwości zidentyfikowania danego podmiotu i wyróżnienia go spośród innych, podobnych co do formy organizacyjno-prawnej, przedmiotu lub miejsca działania, ale także w możliwości szczególnego oznaczenia tego podmiotu przy zastosowaniu elementów treściowych firmy. Ma to zasadnicze znaczenie w obszarze konkurencji gospodarczej, gdzie wyrazistość i indywidualizacja oznaczenia prowadzących działalność jest wymogiem prawidłowego (w tym uczciwego) uczestnictwa w rynku, a przy tym samemu uczestnikowi rozpoznanie go przez potencjalnych nabywców dóbr i usług<sup>15</sup>.

Firma to jednak nazwa przynależna wyłącznie przedsiębiorcy i stanowiąca jego atrybut. Przedsiębiorca bowiem – w myśl art. 43<sup>2</sup> § 1 k.c. – działa pod firmą, a więc wykonuje swe czynności składające się sumarycznie na działalność gospodarczą, będąc w trakcie ich wykonywania identyfikowany i oznaczony firmą<sup>16</sup>.

Zasadniczo przedsiębiorca nie ma możliwości swobodnego ukształtowania treści firmy<sup>17</sup>, konieczne jest bowiem przy jej tworzeniu uwzględnienie elementów potraktowanych przez ustawę (kodeks cywilny) jako obligatoryjnych<sup>18</sup>. Nadto dobór i ustalenie brzmienia firmy powinno odpowiadać sformułowanym w poprzednim stanie prawnym – na gruncie przepisów kodeksu handlowego i przetransponowanym do obecnego prawa firmowego – zasadom prawdziwości oraz wyłączności firmy. Odnoszą się one zresztą

---

<sup>15</sup> Podkreśla się, że firma spełnia w obrocie gospodarczym przede wszystkim funkcję identyfikacyjną, a oprócz tego funkcję reklamową, jako że jest przedmiotem, a zarazem środkiem reklamy. Gwarantuje ona także określoną jakość produktów oferowanych klienteli. Zob. M. Klapczyńska, *Firma i jej ochrona*, Warszawa 2004, s. 30 i n. Podobnie A. Kołodziej zalicza firmę do grupy dóbr ze sfery identyfikacji i kładzie akcent na jej funkcje „zbliżone do nazwy (imienia i nazwiska) oraz do oznaczenia wskazującego na pochodzenie” – idem, *Licencja firmy. O naturze prawa do firmy po nowelizacji kodeksu cywilnego*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2004, nr 1, s. 57.

<sup>16</sup> Por. S. Dmowski, S. Rudnicki, *Komentarz...*, s. 149 oraz P. Zaporowski, *Firma jako dobro osobiste przedsiębiorcy*, „Rejent” 2005, nr 12, s. 115–116.

<sup>17</sup> Odmienny pogląd prezentują na przykładzie spółek kapitałowych K. Kopczeński i R.L. Kwaśnicki, *Autonomia woli w kształtowaniu firmy spółek kapitałowych*, „Monitor Prawniczy” 2003, nr 9, s. 396 i n.

<sup>18</sup> J. Szwaia (*Firma w kodeksie cywilnym*, PS 2004, nr 1, s. 3 i n.) stwierdza, że z przepisów k.c. wynika zasada ograniczonej swobody wyboru (ustalenia brzmienia) firmy. Firma składa się bowiem z dwóch elementów, z których pierwszy – rdzeń (korpus firmy) kształtowany jest według reguł określonych przez prawo, drugi natomiast – dodatkowy – może być (np. w firmie osoby prawnej) potraktowany jako (w części) obowiązkowy.



także do sfery posługiwania się firmą przez przedsiębiorców w stosunkach gospodarczych<sup>19</sup>.

W obecnym stanie prawnym osoba fizyczna – analogicznie do pozostałych przedsiębiorców – występuje pod firmą, jeśli podejmuje i wykonuje działalność gospodarczą. Firmą osoby fizycznej, zgodnie z art. 43<sup>4</sup> k.c., jest imię i nazwisko tej osoby, które stanowią obowiązkowy element treści firmy, a zatem zamieszcza się je w firmie każdej osoby fizycznej będącej przedsiębiorcą. Oprócz imienia i nazwiska dopuszcza się możliwość włączenia do firmy innych elementów, w szczególności pseudonimu oraz określeń wskazujących na podmiot i miejsce działalności przedsiębiorcy, a także innych dowolnie wybranych określeń. Przedsiębiorca może tym samym zdecydować o występowaniu w stosunkach gospodarczych wyłącznie pod swoim imieniem i nazwiskiem lub pod tymi oznaczeniami uzupełnionymi elementami dodatkowymi<sup>20</sup>.

Konstrukcja firmy osoby fizycznej oparta na imieniu i nazwisku jako elementach niezbędnych, a zarazem wystarczających, obarczona jest – co można wykazać – określonymi wadami. Przede wszystkim nieprawidłowe jest ograniczenie, wynikające z literalnego brzmienia art. 43<sup>4</sup> zd. 1 k.c., dotyczące wyszczególniania w firmie tylko jednego imienia<sup>21</sup>. W wielu przypadkach osoby fizyczne posługują się dwoma imionami – takimi, które zostały im nadane, a następnie ujawnione w dowodzie tożsamości<sup>22</sup> – a czynią to m.in. w celu wyraźnego odróżnienia się od innych osób noszących identyczne (jedno) imię oraz nazwisko<sup>23</sup>. Możliwość występowania w stosunkach gospodarczych tylko pod jednym imieniem oznacza z jednej strony ograniczenie w posługiwaniu się należnym dobrem osobistym, z drugiej zaś uzewnętrznienie niepełnego i tym samym nieprawdziwego oznaczenia przedsiębiorcy. Oprócz naruszenia zasady prawdziwości firmy, wystąpi tu nadto kolizja z zasadą wyłączności, zgodnie z którą firma przedsiębiorcy powinna być cechą charakterystyczną danego, konkretnego przedsiębiorcy i pozwalać na

<sup>19</sup> Zasady te wymienia oraz charakteryzuje R. Skubisz, *Zasady prawa firmowego*, „Rejent” 1993, nr 1, s. 9-30 oraz J. Sitko, op. cit., s. 26–32.

<sup>20</sup> M. Kepiński (*Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz*, red. J. Szwaja, Warszawa 2006, s. 268) odnotowuje fakt coraz częstszego posługiwania się przez osoby fizyczne fantazyjną nazwą firmy, np. w celu nadania ich przedsięwzięciu „większej powagi”. Tendencję tę potwierdza cytowane przez autora orzecznictwo.

<sup>21</sup> Zwraca na to uwagę P. Zaporowski, *Imię i nazwisko w firmie osoby fizycznej*, „Państwo i Prawo” 2004, nr 7, s. 59 i n.

<sup>22</sup> Zgodnie z art. 50 ust. 1 ustawy z dnia 29 września 1986 r. – Prawo o aktach stanu cywilnego (tekst jedn. Dz.U. z 2004 r., nr 161, poz. 1688) oraz art. 6 ust. 2 ustawy z dnia 15 listopada 1956 r. o zmianie imion i nazwisk (tekst jedn. Dz.U. z 2005 r., nr 233, poz. 1992) osoba fizyczna może mieć tylko dwa imiona.

<sup>23</sup> Nie można mieć wątpliwości w świetle obowiązujących przepisów (art. 6 ust. 1 ustawy o zmianie imion i nazwisk), że danej osobie przysługuje jedno nazwisko, które może składać się z najwyżej z dwóch części (członów).

odróżnianie go od innych podmiotów działalności gospodarczej. W świetle obydwu zasad nie wydaje się prawidłowe przyjęcie koncepcji uznającej możliwość oznaczenia osoby fizycznej-przedsiębiorcy tylko przy użyciu imienia i nazwiska. Imię i nazwisko służy danej osobie do jej identyfikacji przede wszystkim w sferze stosunków prywatnoprawnych, dla realizacji spraw związanych z życiem osobistym czy wykonywania czynności życia codziennego. Są to trwałe cechy osoby fizycznej, podlegające ewentualnym zmianom zasadniczo tylko w przypadkach uzasadnionych ważnymi względami<sup>24</sup>, dlatego słuszne jest założenie, iż powinny one być włączone do firmy osoby fizycznej, są bowiem gwarancją trwałości rdzenia firmy.

Trzeba przyjąć, że osoba fizyczna, podejmując i wykonując działalność gospodarczą i uzyskując status przedsiębiorcy, staje się szczególnym podmiotem prawa. W stosunkach gospodarczych następuje bowiem swoiste „oderwanie” osoby fizycznej od sfery jej prywatności i przejście do obszaru, którego regulacja prawna sytuuje ją wśród podmiotów działalności gospodarczej. Z tej racji osoba fizyczna wymaga odpowiedniego oznaczenia, odróżniającego ją od innych przedsiębiorców, co dokonuje się poprzez wskazanie w firmie jej imienia i nazwiska, a także oznaczenia umożliwiającego wyróżnienie w obrocie prawnym takich osób fizycznych, które są przedsiębiorcami, od tych, które statusu takiego nie nabyły<sup>25</sup>. Oznaczenie osoby fizycznej powinno przede wszystkim wskazywać na okoliczność, iż występuje ona w charakterze przedsiębiorcy, poprzez użycie np. określenia „przedsiębiorca”. Celowe byłoby także – w sytuacji istnienia wymogu wykonywania działalności gospodarczej przez osoby o określonych kwalifikacjach zawodowych – czynienie w firmie wzmianki, z której wynikałoby, iż dana osoba kwalifikacje takie posiada. Oznaczałoby to, że wykonuje ona działalność gospodarczą jako profesjonalista w danej dziedzinie działalności, w szczególności w sferze działalności zawodowej<sup>26</sup>.

Prawidłowe skonstruowanie firmy i umieszczenie w jej ramach odpowiedniej treści nie zapewnia jednoczesnego respektowania zasady wyłączności firmy. Osoba fizyczna nastawiona na spełnienie minimalnego wymogu podania tylko swego imienia i nazwiska jako firmy nie ma jakiegokolwiek możliwości uczynienia zadość tej zasadzie, nawet gdyby była świadoma, iż inni przedsiębiorcy posługują się firmą tożsamą. Nie ma bowiem – co jest oczywiście zasadne w odniesieniu do imienia i nazwiska – żadnego mechanizmu pozwalającego na dokonanie na potrzeby związane z działalnością gospodarczą korekty tego obligatoryjnego elementu firmy, podobnie jak nie ma

<sup>24</sup> Zob. art. 2 ustawy o zmianie imion i nazwisk.

<sup>25</sup> Pogląd taki prezentuje M. Klapczyńska, op. cit., s. 161.

<sup>26</sup> Warto wskazać, że w prawie niemieckim firma osoby fizycznej obok nazwiska powinna zawierać także oznaczenie *eingetragener Kaufmann* lub skrót tego oznaczenia – zob. H.Oetker, *Haudelsrecht*, Berlin 2006, s. 69 i 81.

możliwości skłonienia przedsiębiorcy-osoby fizycznej do rozszerzenia firmy o dodatkowe oznaczenia, za pomocą których mógłby on dostatecznie odróżnić się<sup>27</sup> od innych – co z kolei nie wydaje się prawidłowe. Możliwości nakłonienia osoby fizycznej do dodania do imienia i nazwiska kolejnych oznaczeń nie ma również organ ewidencyjny, którego zadaniem jest jedynie zapewnienie, by w ewidencji znalazły się dane prawdziwe<sup>28</sup>, a jego dbałość o wyłączność firmy nie jest w ogóle przewidziana przez przepisy.

Posługiwanie się firmą powinno odpowiadać także zasadom jawności, jedności oraz ciągłości firmy<sup>29</sup>. Firma osoby fizycznej podlega ujawnieniu w ewidencjach oraz rejestrach, a w szczególności w ewidencji podatników i płatników, Regonie i rejestrze dłużników niewypłacalnych, jednak wpis firmy do ewidencji działalności gospodarczej ma znaczenie podstawowe, przesądza bowiem o możliwości podjęcia działalności gospodarczej przez osobę fizyczną i określa jej status jako przedsiębiorcy. Ponieważ przedsiębiorca działa pod firmą, niezbędne jest zachowanie jednolitości jego oznaczeń w poszczególnych ewidencjach i rejestrach.

Moment użycia firmy po jej zarejestrowaniu jest trudny, jeśli nie niemożliwy do ustalenia. Użycie może polegać na umieszczeniu firmy na szyldzie, w reklamie, ofercie handlowej, w ramach oznaczenia towaru lub przedsiębiorstwa, ale także może być dokonane poprzez zgłoszenie przedsiębiorcy do Regonu i ewidencji podatników i płatników. Przedsiębiorca natomiast może przy tym oczekiwać, że firma jako jego prawo podmiotowe ujawnione w rejestrze (ewidencji) przypisane jest wyłącznie jemu w efekcie dokonania wpisu. Nawet jeśli nie zdecyduje się zaraz po zarejestrowaniu (zaewidencjonowaniu) lub nawet przez pewien czas od rejestracji podjąć działalności gospodarczej i wobec tego nie występuje pod firmą, czyli nie korzysta z niej, wcześniejsze faktyczne użycie firmy o analogicznej lub zbliżonej treści nie powinno korzystać z ochrony prawnej. W przeciwnym razie deprecjacji uległoby znaczenie samego wpisu do rejestru (ewidencji), który przecież związany jest z ustaleniem brzmienia firmy i podaniem go do wiadomości osób trzecich oraz jest wyrazem zaistnienia określonego interesu prawnego podmiotu wnioskującego o wpis firmy.

<sup>27</sup> W kwestii „dostatecznego odróżniania się” zob. M. Klapczyńska, op. cit., s. 139; J. Szwaja, *Zasada wyłączności firmy*, „Prawo Spółek” 2004, nr 5, s. 11 i n. oraz Ł. Zamojski, *Firma w postępowaniu rejestrowym*, cz. I, „Prawo Spółek” 2006, nr 1, s. 45; zob. także orzeczenie SN z dnia 12 marca 1936 r., C II 2564/35, OSP 1937, poz. 352.

<sup>28</sup> Zgodnie z art. 7f u.s.d.g., organ ewidencyjny może wykreślić z urzędu wpis zawierający dane niezgodne z rzeczywistym stanem rzeczy, a zatem również nieprawdziwą firmę osoby fizycznej.

<sup>29</sup> Katalog zasad prawa firmowego w oparciu o przepisy kodeksu handlowego z 1934 r. podawał R. Skubisz, op. cit., s. 9. J. Szwaja (*Firma...*, s. 2) stwierdza, że zasady te zachowują swą aktualność w obecnym stanie prawnym. Doktryna niemiecka wskazuje na takie zasady prawa firmowego jak prawdziwość, trwałość, wyłączność, jedność i jawność – zob. H. Brox, *Handel- und Wertpapierrechte*, München 2004, s. 52–56.

Przedsiębiorca może przypisać sobie, a następnie używać tylko jednej firmy. *Expressis verbis* nie wyraża tej zasady obowiązujące prawo firmowe, lecz przyjęcie koncepcji zakładającej możliwość korzystania przez przedsiębiorcę z więcej niż jednej firmy prowadziłoby do sytuacji, w której niemożliwa stałaby się realna identyfikacja danego przedsiębiorcy, a to z kolei zagrażałoby bezpieczeństwu obrotu prawnego z udziałem takiego przedsiębiorcy. W przypadku przedsiębiorcy-osoby fizycznej niedopuszczalne wydaje się w szczególności umieszczenie w firmie, obok imienia i nazwiska stanowiących firmę, dodatkowo innego cudzego imienia lub nazwiska, jako że skutkowałoby to nierozpoznawalnością przedsiębiorcy, a nadto naruszałoby cudze dobra osobiste, do jakich należą imiona i nazwiska. Dodatkowo można zauważyć, że kodeks cywilny, jak również ustawa o KRS i ustawa o swobodzie działalności gospodarczej posługują się określeniem „firma” w liczbie pojedynczej, co świadczy o uznaniu zasady jedności<sup>30</sup>. Jedność firmy nie stoi na przeszkodzie używaniu w obrocie gospodarczym odrębnej od firmy nazwy danego przedsiębiorstwa, tudzież stosowaniu innych oznaczeń odnoszących się np. do jego produktów.

Firma podlega wprawdzie zmianie, ale tylko z woli przedsiębiorcy, przy jednoczesnym ujawnieniu tej zmiany we właściwym rejestrze. Uprawnieniem przedsiębiorcy jest korzystanie z firmy w sposób nieprzerwany i ciągły, chyba że wystąpiłaby kolizja w tym zakresie z prawem do firmy innego przedsiębiorcy. Zasada ciągłości (kontynuacji) firmy ma szczególne znaczenie w odniesieniu do firmy osoby fizycznej, ta bowiem nie jest nawet uprawniona do zmiany rdzenia firmy, a więc zmuszona jest w ramach swej firmy umieszczać stale własne imię i nazwisko, natomiast zmianie mogą podlegać jedynie elementy dodatkowe, jeśli zostały one użyte do konstrukcji firmy.

Kontynuację działalności gospodarczej pod firmą dotychczasowego przedsiębiorcy oraz korzystanie z cudzej firmy przez innego przedsiębiorcę uzasadnia potrzeba, a czasem niezbędność oparcia działalności określonego przedsiębiorcy na wypracowanej przez poprzednika renomie, pozycji rynkowej, zaufaniu i akceptacji konsumentów. Z tego punktu widzenia możliwość „przekazania” firmy kojarzonej z takimi wartościami podmiotowi, który używając cudzej firmy zdolny będzie do uzyskania odpowiedniego znaczenia w gospodarce, wydaje się racjonalna<sup>31</sup>. Jest ona jednak trudna do pogodzenia z zasadą prawdziwości firmy, a także z zakazem jej zbywania. Problematyczne jest, w szczególności w przypadku osoby fizycznej-przedsiębiorcy, umożliwienie w trybie art. 43<sup>8</sup> § 1 i 2 k.c. kontynuowania działalności gospodarczej przez następcę prawnego będącego osobą fizyczną i używania w związku

<sup>30</sup> Tak M. Klapczyńska, op. cit., s. 153 oraz Ł. Zamojski, op. cit., s. 41.

<sup>31</sup> Podkreśla się, że przedsiębiorca nie może funkcjonować bez firmy, natomiast firma może w obrocie gospodarczym zaistnieć nie tylko w stałym związku z jednym przedsiębiorcą, A. Kołodziej, *Licencja firmy...*, s. 58.

z tym firmy dotychczasowego przedsiębiorcy. Umożliwienie kontynuowania działalności gospodarczej pod daną firmą wymaga wprawdzie uzyskania pisemnej zgody danej osoby lub w przypadku jej śmierci – zgody bliskich tej osoby<sup>32</sup>, jednak niezaprzeczalnie używanie przez inną osobę firmy będzie prowadziło do błędu po stronie osób trzecich. Nastąpi zatem naruszenie dyspozycji art. 43<sup>3</sup> § 2 k.c., a zachowanie w firmie imienia i nazwiska dotychczasowego przedsiębiorcy będzie sprzeczne z wymogiem art. 43<sup>4</sup> zd. 1. Tym samym kontynuacja pozostawać będzie w opozycji do wskazanej wcześniej zasady prawdziwości firmy<sup>33</sup>.

Dojście do właściwej relacji pomiędzy obiema zasadami mogłoby – jak się wydaje – nastąpić jedynie w sytuacji wprowadzenia obowiązku zaznaczenia w ramach firmy przejętej, że podmiot używający jej jest następcą prawnym dotychczasowego przedsiębiorcy, a nadto ujawnienia faktu przejęcia w odpowiednim rejestrze (ewidencji) przedsiębiorców. Brak takiego obowiązku oznacza *de facto* akceptację możliwości zbywania firmy bez żadnych zastrzeżeń – choć tylko w relacjach między osobami fizycznymi – co wynika z literalnego brzmienia art. 43<sup>8</sup> § 2 k.c., a tym samym dochodzi do wyraźnego naruszenia zakazu jej zbywania wyrażonego *expressis verbis* w art. 43<sup>9</sup> § 1 k.c.<sup>34</sup> Następca prawny jest bowiem nabywcą firmy swego poprzednika, wywodzącym swe prawo z wyrażonej (przez przedsiębiorcę lub jego małżonka i dzieci) zgody na definitywne i całościowe przejęcie przedsiębiorstwa i oznaczenia (firmy) przedsiębiorcy<sup>35</sup>.

Analogicznie do przypadku następstwa prawnego korzystanie z firmy osoby fizycznej nie powinno dotyczyć firm składających się wyłącznie z imienia i nazwiska. Korzystanie z tych indywidualnych oznaczeń i zarazem dóbr osoby fizycznej przez inny podmiot działalności gospodarczej można byłoby uznać za dopuszczalne pod warunkiem dodatkowego oznaczenia podmiotu korzystającego. Wydaje się, że tylko w ten sposób możliwe jest uniknięcie błędu po stronie kontrahentów oraz odbiorców dóbr i usług przedsiębiorcy korzystającego z cudzej firmy.

Kontynuacja działalności pod firmą poprzednika, jak również upoważnienie do korzystania z firmy nie może naruszać zasady wyłączności firmy. Tym

---

<sup>32</sup> Par. 1 art. 438 wskazuje na krąg osób wyrażających zgodę na zachowanie w firmie nazwiska osoby zmarłej, wymieniając małżonka i dzieci, co oznacza, że w przypadku braku którejkolwiek z tych osób niemożliwe jest używanie tego nazwiska w jakiegokolwiek firmie.

<sup>33</sup> Na sprzeczność zasady ciągłości (kontynuacji) z zasadą prawdziwości zwraca uwagę W. Popiołek, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, pod red. K. Pietrzykowskiego, Warszawa 2005, s. 162.

<sup>34</sup> Jak podkreśla W. Popiołek (ibidem, s. 176), czynność sprowadzająca się do zbycia firmy, niezależnie od jej tytułu obligacyjnego, jest bezwzględnie nieważna.

<sup>35</sup> Podnosi się, że przesłanką uprawnienia do korzystania z nazwiska przedsiębiorcy-osoby fizycznej przez jego następcę prawnego, oprócz wymogu uzyskania zgody, jest kontynuowanie dotychczasowej działalności gospodarczej, zaś zmiana przedmiotu tej działalności zobowiązuje następcę do usunięcia nazwiska poprzednika z firmy i to nawet wówczas, gdyby zgoda obejmowała dokonanie takiej zmiany (ibidem, s. 174–175).

samym przedsiębiorcą występujący dotychczas pod daną firmą, ale udostępniający ją swemu następcy prawnemu lub korzystającemu powinien zaniechać działalności gospodarczej pod tą firmą, którą posługuje się już inny podmiot, a więc albo zaprzestać działalności w ogóle, albo działalności na tym samym rynku. Bardziej zasadny byłby wymóg całkowitego zaprzestania działalności, jako że zakres pojęcia „ten sam rynek” (art. 43<sup>3</sup> § 1 k.c.) jest trudny do wytyczenia<sup>36</sup>, a nawet gdyby było to możliwe, np. przy posłużeniu się definicją rynku właściwego, zwartą w przepisach o ochronie konkurencji<sup>37</sup>, to i tak „lokalizacja” osoby fizycznej-przedsiębiorcy na tym rynku byłaby zabiegiem bezużytecznym, w szczególności w sytuacji występowania jej w obrocie gospodarczym pod własnym imieniem i nazwiskiem, które to cechy – jak już wcześniej wskazywano – nie podlegają zmianie. Nadto, nie ma żadnej możliwości nakłonienia takiej osoby do zmiany przedmiotu działalności gospodarczej, a więc do jej „przejścia” w obszar innego rynku niż ten, w którym funkcjonuje aktualnie następcą prawnym lub korzystającym z firmy.

#### 4. Przedsiębiorstwo osoby fizycznej

Zważywszy na okoliczność, iż immanentną cechą działalności gospodarczej jest jej zorganizowanie, można wyrazić przekonanie, że w najszerszym zakresie cechą tę „ucieleśnia” przedsiębiorstwo rozumiane jako zespół składników majątkowych, przy wykorzystaniu i w ramach którego dany podmiot wykonuje działalność gospodarczą. Zespół ten bowiem sam w sobie powinien być zorganizowany, a utworzenie przedsiębiorstwa i utrzymanie go „w ruchu” wymaga podjęcia działań głównie o charakterze organizatorskim.

*De lege lata* żaden przepis nie rozróżnia przedsiębiorców prowadzących przedsiębiorstwo od tych, którzy z przedsiębiorstwa nie korzystają. Dopuszczalna jest jedynie oczywista konstatacja, że funkcjonują przedsiębiorcy prowadzący przedsiębiorstwo oraz przedsiębiorcy wykonujący działalność gospodarczą bez przedsiębiorstwa. Na tym tle pojawia się jednak problem relacji pomiędzy działalnością gospodarczą a możliwością wykreowania przedsiębiorstwa i ustalenia w tym kontekście przesłanek utworzenia przedsiębiorstwa, a następnie konsekwencji posługiwania się przedsiębiorstwem obciążającym przedsiębiorcę. Dotyczy on wyłącznie prowadzących działalność gospodarczą

<sup>36</sup> Jest tak z uwagi na szerokie znaczenie słowa „rynek” – zob. S. Dmowski, S. Rudnicki, *Komentarz...*, s. 154. Ł. Zamojski (op. cit., s. 46) twierdzi, że rynek należy ujmować głównie jako określone terytorium, zaś J. Sitko (op. cit., s. 29–30) opowiada się za koncepcją przedmiotową rynku.

<sup>37</sup> Zob. art. 4 pkt 9 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. nr 50, poz. 331 z późn. zm.). Analogiczną definicję rynku właściwego na tle przepisów poprzednio obowiązującej ustawy omawia E. Modzelewska-Wąchal, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2002, s. 48.

osób fizycznych, bowiem inni przedsiębiorcy – osoby prawne i jednostki organizacyjne nie mające osobowości prawnej – z uwagi na wysoki stopień zorganizowania, wynikający z faktu ich uczestnictwa w gospodarce w określonych formach organizacyjno-prawnych, przedsiębiorstwem posługują się każdorazowo. Osoba fizyczna natomiast działalność gospodarczą może wykonywać osobiście, bez zatrudnienia innych osób, niejednokrotnie – gdy pozwala na to rodzaj tej działalności – także bez spełniających funkcje gospodarcze składników majątkowych. Obserwacja praktyki pozwala przy tym zauważyć, że osoby fizyczne na potrzeby działalności gospodarczej skłonne są przeznaczать zazwyczaj niewielką ilość środków majątkowych – tak w formie rzeczowej, jak i pieniężnej – i to o relatywnie niewysokiej wartości. Decyduje o tym w pewnej mierze ich potencjał ekonomiczno-finansowy, ale również nieograniczona odpowiedzialność osobista za zobowiązania powstałe w związku z działalnością gospodarczą, jak też aktywnością pozagospodarczą oraz brak możliwości prawnego rozdzielenia składników majątku zaangażowanych w działalność gospodarczą i przeznaczonych na zaspokojenie potrzeb osobistych. Angażując swój majątek w działalność gospodarczą, osoba fizyczna naraża się wobec tego na ryzyko jego utraty, co dotyczy także tych składników majątku, które przeznaczone są na potrzeby osobiste, bowiem czynności egzekucyjne nie odnoszą się jedynie do przedsiębiorstwa i jego elementów składowych.

Wydaje się, że prawidłowe określenie związku osoby fizycznej prowadzącej działalność gospodarczą z zespołem składników majątkowych wykorzystywanych przez tę osobę w toku jej działalności wymaga wcześniejszej analizy pojęcia „przedsiębiorstwo”. Jest to zasadne z uwagi na okoliczność, iż istota, konstrukcja prawna i cechy przedsiębiorstwa ujmowane są zarówno na gruncie prawa, jak i w doktrynie w sposób niejednolity, a jednocześnie mało wyrazisty, co skutkuje wyprowadzeniem różnorodnych wniosków w kwestiach dotyczących relacji przedsiębiorca–przedsiębiorstwo. Jest przy tym oczywiste, że relacje te rzutują na status prawny przedsiębiorcy, a w szczególności na status osoby fizycznej prowadzącej działalność gospodarczą, która to zarazem mocą swoich czynności ma możliwość relacje te odpowiednio kształtować.

Pomimo istnienia aktualnie jedynej tylko legalnej definicji przedsiębiorstwa, którą formułuje kodeks cywilny w art. 55<sup>1</sup>, pojęciu temu nadawane są w doktrynie i orzecznictwie różne znaczenia. Jest to spowodowane używaniem przez ustawodawcę terminu „przedsiębiorstwo” w odmiennych kontekstach i dla realizacji różnych celów normatywnych<sup>38</sup>.

---

<sup>38</sup> Pojęcie przedsiębiorstwa w prawie niemieckim charakteryzuje m.in. H. Brox (op. cit., s. 60), zdaniem którego do przedsiębiorstwa należy działalność przedsiębiorcy i jego pracownicy. Na przedsiębiorstwo składają się także wartości niematerialne (np. poufność), wartości materialne oraz prawa.

Ustalenia dotyczące charakteru przedsiębiorstwa, choć istotne przede wszystkim z punktu widzenia potrzeb obrotu prawnego, którego przedmiotem jest przedsiębiorstwo, mają także wpływ na określenie elementów składowych przedsiębiorstwa, a następnie uznania niektórych z nich za podstawowe i w rezultacie pozwalające na zakwalifikowanie danego zespołu środków majątkowych do kategorii przedsiębiorstw, innych zaś za nieprzesądzające o charakterze tego zespołu. Biorąc pod uwagę treść art. 55<sup>1</sup> k.c. i tylko przykładowe wyliczenie składników przedsiębiorstwa, a także ogólne wskazanie na ich przeznaczenie, można zakładać, że ustawodawca opowiedział się za przyjęciem takiego określenia charakteru przedsiębiorstwa, które pozwalałoby na przyjęcie szerokiej formuły tego dobra, obejmującej swoim zakresem nie tylko składniki konkretnie wyliczone, ale w ogóle wszelkie materialne i niematerialne składniki, jeśli tylko służą one prowadzeniu działalności gospodarczej i są ze sobą dla realizacji tego celu odpowiednio połączone. W istocie koncepcja taka umożliwia traktowanie przedsiębiorstwa w sposób przedmiotowo-funkcjonalny, wskazujący na podstawową okoliczność, iż przedsiębiorstwo stanowi czynnik bazowy prowadzenia działalności gospodarczej przez przedsiębiorcę, przy czym możliwość ta wynika z prawa przysługującego przedsiębiorcy w stosunku do przedsiębiorstwa. Ten sposób postrzegania przedsiębiorstwa prowadzi do zaakcentowania okoliczności, iż działalność gospodarcza prowadzona przy wykorzystaniu przedsiębiorstwa jest kwalifikowaną postacią prowadzenia tej działalności, gdyż wykazuje się wyższym stopniem zorganizowania i realizowana jest przy większym udziale składników majątkowych w porównaniu do działalności bez przedsiębiorstwa<sup>39</sup>.

Wyłącznie funkcjonalny aspekt pojęcia „przedsiębiorstwo” podkreślany jest przez cały szereg przepisów kodeksu cywilnego, w tym m.in. art. 109<sup>1</sup>, 358<sup>1</sup> § 4, 554, 583 § 1, 605<sup>1</sup>, 627<sup>1</sup>, 751 pkt 1 i in., które traktują o „prowadzeniu przedsiębiorstwa” oraz o czynnościach dokonywanych w „zakresie działalności przedsiębiorstwa”. Prowadzenie przedsiębiorstwa lub wykonywanie czynności w zakresie działalności przedsiębiorstwa powinno zatem oznaczać prowadzenie działalności gospodarczej<sup>40</sup> i to działalności zarówno w oparciu

<sup>39</sup> P. Bielski, *Pojęcie przedsiębiorcy w systemie prawa polskiego (zagadnienia konstrukcyjne)*, Gdańsk 2005, s. 209. Autor ten twierdzi, że prowadzenie przedsiębiorstwa jest postacią działalności gospodarczej, co w konsekwencji powinno oznaczać, że postacią działalności gospodarczej jest także działalność nie związana z prowadzeniem przedsiębiorstwa.

<sup>40</sup> Jak słusznie zauważa M. Litwińska, odpowiednikiem przedsiębiorstwa w znaczeniu funkcjonalnym jest działalność gospodarcza zdefiniowana w ustawie (wówczas w art. 2 ustawy o działalności gospodarczej z 1988 r.). Jej zdaniem przedsiębiorstwo w aspekcie funkcjonalnym zaistniało na gruncie prawa polskiego w kodeksie handlowym w związku z błędnym tłumaczeniem definicji kupca zawartej w niemieckim kodeksie handlowym, na którym wzorowane były polskie regulacje. W efekcie zamiast określenia prawidłowego „prowadzi działalność o charakterze zarobkowym” użyto zwrotu błędnego: „prowadzi przedsiębiorstwo”. Zob. M. Litwińska, *Pojęcie przedsiębiorstwa w prawie handlowym i cywilnym. Przedsiębiorstwo jako przedmiot obrotu (I)*, „Przegląd Prawa Handlowego” 1993, nr 1, s. 8–9.



o przedsiębiorstwo, jak i działalności bez wykorzystywania przedsiębiorstwa. Gdyby jednak ustawodawca chciał na gruncie prawa wyróżnić działalność gospodarczą wykonywaną pod postacią przedsiębiorstwa, wymagałoby to posłużenia się w odpowiednim przepisie wyrażeniami: „w formie przedsiębiorstwa” lub „przy wykorzystaniu przedsiębiorstwa”, ewentualnie „przy wykorzystaniu składników majątkowych przedsiębiorstwa”<sup>41</sup>. Tego rodzaju adnotacja pozwalałaby na ustalenie, że w danym przypadku chodzi o prowadzenie działalności gospodarczej (a więc *verba legis* – prowadzenie przedsiębiorstwa) przy wykorzystaniu przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 55<sup>1</sup> k.c. (a więc w ujęciu przedmiotowym). Jednak brak wskazania w tym samym przepisie na aspekt funkcjonalny i przedmiotowy przedsiębiorstwa (ściślej: prowadzenia przedsiębiorstwa) nie oznacza, że dana działalność dokonywana jest bez użycia przedsiębiorstwa, lecz jedynie jest przesłanką do – zasadnego na tle obowiązujących przepisów – twierdzenia, że do prowadzenia przedsiębiorstwa (działalności gospodarczej) nie jest niezbędne przedsiębiorstwo, choć prowadzenie działalności gospodarczej może odbywać się z wykorzystaniem przedsiębiorstwa.

Akcentowanie na gruncie prawa przedmiotowego charakteru przedsiębiorstwa, a jednocześnie utożsamianie prowadzenia działalności gospodarczej z prowadzeniem przedsiębiorstwa sugeruje, że ustawodawca niejako *a priori* założył, że każdy przedsiębiorca, w tym osoba fizyczna prowadzi przedsiębiorstwo, a zatem wykonuje działalność gospodarczą przy użyciu przedsiębiorstwa. Założenie to jednak należy zweryfikować, wykorzystując do tego normatywnie wskazane (lecz nieokreślone) cechy przedsiębiorstwa, których analiza wiedzie do konstatacji, iż istnienie przedsiębiorstwa nie zależy bezpośrednio od faktu utworzenia przedsiębiorcy i podjęcia przez niego działalności gospodarczej. Powołanie przedsiębiorcy i podjęcie określonej działalności to jedynie okoliczności uzasadniające kreację przedsiębiorstwa.

W przypadku osoby prawnej i jednostki organizacyjnej bez osobowości prawnej zdeterminowane są one obowiązkiem zorganizowania działalności gospodarczej w stopniu pozwalającym na prowadzenie tej działalności, czyli obowiązkiem utworzenia przedsiębiorstwa. Osoba fizyczna natomiast, decydując się na podjęcie działalności gospodarczej we własnym imieniu, obowiązkowi takiemu nie podlega<sup>42</sup>, ponieważ może czynności gospodarcze wykonywać osobiście i bez wykorzystania do działalności zorganizowanego zespołu składników majątkowych tworzących przedsiębiorstwo. Do osób fizycznych nie tworzących przedsiębiorstw należą w szczególności osoby reali-

<sup>41</sup> Taką sugestię zgłasza J.P. Naworski, *Wykładnia formuły „w zakresie działalności przedsiębiorstwa” zawartej w art. 751 pkt 1 k.c. (glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 14 stycznia 2004 r.)*, „Prawo Spółek” 2006, nr 5, s. 54.

<sup>42</sup> Przeciwnie A. Bierć, *Osoba fizyczna...*, s. 8, zaś P. Bielski (*Pojęcie przedsiębiorcy...*, s. 158) zdaje się prezentować stanowisko, według którego żadna z osób fizycznych prowadzących osobiście działalność gospodarczą nie posługuje się terminem „przedsiębiorstwo”.

zujące tzw. samozatrudnienie, a więc wykonujących działalność gospodarczą zazwyczaj w miejscu ustalonym przez jedyne odbiorcę usług i bez użycia „własnych” składników majątku, a także osoby wykonujące wolne zawody lub świadczące inne usługi niematerialne.

W większości jednak przypadków osoby fizyczne, podejmując działalność gospodarczą, korzystają z przedsiębiorstwa odpowiadającego wymogom art. 55<sup>1</sup> k.c. Przedsiębiorstwo osoby fizycznej jest pod wieloma względami charakterystyczne, a jego szczególność wyrażona w treści więzi z przedsiębiorcą i prowadzoną działalnością.

Z punktu widzenia osoby fizycznej, jej interesów majątkowych (szerzej – ekonomicznych) najistotniejsze jest wydzielenie odpowiednich składników majątkowych w celu powołania przedsiębiorstwa. Powoduje ono tylko w pewnym sensie uszczuplenie środków, które służą zaspokajaniu potrzeb osobistych, choć wydzielenie to nie jest definitywne i nie pozbawia danej osoby możliwości zadysponowania nimi w przyszłości, a w szczególności nie przyczynia się do zmniejszenia wartości jej majątku, a wręcz przeciwnie – stwarza prawdopodobieństwo zwiększenia tej wartości w drodze wypracowania zarobku. Wydzielenie nie jest równoznaczne z wyodrębnieniem prawnym określonej masy majątkowej, nie oznacza zatem naruszenia zasady jedności majątku danej osoby<sup>43</sup>. Wyodrębnienie takie mogłoby nastąpić jedynie na mocy wyraźnego przyzwolenia wynikającego z ustawy, którego jednak w systemie prawa brak. Co najwyżej za pewien – słabo zresztą zaznaczony – przejaw wyodrębnienia przedsiębiorstwa można byłoby uznać występujące na gruncie kodeksu rodzinnego i opiekuńczego przypisanie prawa zarządu przedsiębiorstwem co do zasady jedynie małżonkowi, który prowadzi działalność gospodarczą jako przedsiębiorca, pomimo że przedsiębiorstwo to wchodzi w skład majątku wspólnego obojga małżonków<sup>44</sup>. Można także uznać, że przedsiębiorstwo jest wyodrębnione z majątku osobistego dla potrzeb ewidencyjno-księgowych oraz podatkowych przez co odróżnia się od innych składników majątku osoby fizycznej.

Podobnie jak wydzielenie składników majątkowych, także zespolenie ich i zorganizowanie leży w gestii osoby fizycznej. Czynności te mają charakter kierunkowy i wyraźnie wskazują na zamiar podjęcia działalności gospodarczej w oparciu o przedsiębiorstwo. Określenie, w jakim stopniu i zakresie zostały one dokonane, możliwe jest jedynie *in concreto*, przy czym ocena osiągniętego rezultatu powinna – z racji braku ustaleń normatywnych – polegać na stwierdzeniu, czy dany zespół składników majątkowych może zostać wykorzystany do prowadzenia działalności gospodarczej i czy wykorzystanie to może prowadzić do osiągnięcia efektów ekonomicznych. Dokonuje jej przedsiębiorca-oso-

<sup>43</sup> Zob. w tej kwestii S. Grzybowski, op. cit., s. 463–464.

<sup>44</sup> Tak art. 36 § 3 k.r.i.o. (w wersji wprowadzonej w 2005 r.). Zob. w tej kwestii M. Łączkowski, *Prowadzenie przedsiębiorstwa należącego do majątku wspólnego małżonków w świetle nowych przepisów k.r.i.o.*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2005, nr 4, s. 9.

ba fizyczna w rezultacie wcześniej podjętych decyzji o wydzieleniu środków majątku, ich zespoleniu i zorganizowaniu. Tym samym to sam przedsiębiorca stwierdza istnienie przedsiębiorstwa, a więc byt przedsiębiorstwa zależy od woli i deklaracji przedsiębiorcy, nie jest zatem zobiektywizowany.

W żaden sposób – jak już wcześniej zaznaczono – obiektywizacji przedsiębiorstwa nie umożliwia jego regulacja prawna, nie wynikają z niej bowiem jakiegokolwiek minima lub standardy wydzielenia składników majątku, zespolenia i zorganizowania, a tym bardziej w oparciu o przepisy dotyczące przedsiębiorstwa nie sposób ustalić, jakie wymogi powinny być spełnione, by przedsiębiorstwo pozwalało na realizację funkcji gospodarczych.

Trudno przy tym zaakceptować stanowisko, że cechą osoby fizycznej prowadzącej przedsiębiorstwo jest brak jej osobistego zaangażowania w działalność gospodarczą<sup>45</sup>. Prowadzi to bowiem do ustalenia, zgodnie z którym osobiste wykonywanie działalności gospodarczej wyklucza istnienie przedsiębiorstwa i wykorzystywanie go do celów gospodarczych. Jest faktem, że obiektywna niezdolność osób prawnych i jednostek organizacyjnych bez osobowości prawnej do osobistego prowadzenia działalności wymusza powołanie przedsiębiorstwa i odpowiednie jego zorganizowanie. Jednak zdolność osoby fizycznej do działania osobistego (bezpośredniego) i rzeczywisty udział w działalności gospodarczej nie oznacza wcale potrzeby czy wręcz konieczności rezygnacji z utworzenia przedsiębiorstwa. Nie sposób *a priori* zakładać, że osoby fizyczne wykonujące czynności gospodarcze osobiście, szczególnie rzemieślnicy i prowadzący działalność w zakresie wolnych zawodów, nie posługują się przedsiębiorstwem, gdyż nie znajduje to potwierdzenia w praktyce, a nadto założenie takie nie ma jakiegokolwiek umotywowania prawnego.

Nie wydaje się także właściwe w odniesieniu do osób fizycznych przyjmowanie, że przedsiębiorstwo wykazuje się samoistną zdolnością do samodzielnego występowania w obrocie gospodarczym, niezależnie od osoby przedsiębiorcy<sup>46</sup>. Nawet w sytuacji, gdy charakteryzuje się ono wysokim stopniem zorganizowania, trzeba dostrzegać okoliczność, że przedsiębiorca jest siłą sprawczą jego powstania, prowadzenia lub zaprzestania w ramach przedsiębiorstwa działalności gospodarczej i dokonywania czynności prawnych, których przedmiotem jest przedsiębiorstwo lub jego składniki. Przedsiębiorstwo jako zespół składników majątkowych może powstać tylko wtedy, gdy osoba fizyczna zalegalizuje swój byt prawny jako przedsiębiorca i podejmie działalność gospodarczą, wykorzystując do tego celu ów zespół, który w ten sposób staje się przedsiębiorstwem. Zaprzestanie działalności gospodarczej oznacza,

<sup>45</sup> Tak P. Bielski, *Pojęcie przedsiębiorcy...*, s. 158, 159.

<sup>46</sup> Tak w odniesieniu do przedsiębiorstw państwowych M. Poźniak-Niedzielska, *Dobra niematerialne przedsiębiorstwa państwowego*, Warszawa – Łódź 1990, s. 26. Tak również w kontekście funkcjonowania wszelkich przedsiębiorstw J. Widło, op. cit., s. 10 oraz przedsiębiorstw osób fizycznych P. Bielski, *Pojęcie przedsiębiorcy...*, s. 161.

że przedsiębiorstwo powróci do roli zespołu składników majątkowych, który – jeśli powtórnie nie będzie służył działalności gospodarczej przedsiębiorcy lub jego następcy prawnemu – ulegnie likwidacji, co w przypadku osoby fizycznej oznacza zasilenie składnikami tego zespołu majątku osobistego tej osoby.

Związek osoby fizycznej i jej przedsiębiorstwa jest wyraźnie widoczny także w warunkach dokonywania obrotu przedsiębiorstwem<sup>47</sup>. Wprawdzie czynność prawna dotycząca przedsiębiorstwa obejmuje wszystko, co wchodzi w skład przedsiębiorstwa, to niewyraźnie zaznaczone wydzielenie przedsiębiorstwa w majątku osoby fizycznej jest przesłanką możliwości umownego kształtowania przedmiotu transakcji. Tym samym to przedsiębiorca zbywający decyduje wspólnie z nabywcą, że przedmiotem umowy jest przedsiębiorstwo i co wchodzi w jego skład<sup>48</sup>.

Nabyte przedsiębiorstwo powinno nadawać się do prowadzenia działalności gospodarczej przez nabywcę, ale zarazem nabywca powinien mieć możliwość prowadzenia działalności gospodarczej. Samo nabycie przedsiębiorstwa nie powoduje uzyskania przez osobę fizyczną statusu przedsiębiorcy<sup>49</sup>. Osoba nie będąca przedsiębiorcą powinna zatem status taki uzyskać i w konsekwencji sprawić, by nabyty zespół składników mógł stać się „czynnym” przedsiębiorstwem, w ramach którego prowadzona będzie działalność gospodarcza. Nabycie przedsiębiorstwa funkcjonującego („w ruchu”) niejako wymusza na nabywcy podjęcie czynności zmierzających do zalegalizowania działalności gospodarczej, gdyż jeśli to nie nastąpi, przedsiębiorstwo stanie się niefunkcjonalnym zespołem składników majątkowych.

Można zauważyć, że związek przedsiębiorcy-osoby fizycznej z przedsiębiorstwem i prowadzoną przy jego wykorzystaniu działalnością gospodarczą charakteryzowany może być głównie w oparciu o obserwacje praktyki gospodarczej. Regulacje prawne w tym zakresie są bowiem jedynie fragmentaryczne i dotyczą przede wszystkim problematyki obrotu przedsiębiorstwem i jego skutków o charakterze cywilnoprawnym. Prawo publiczne natomiast poza nielicznymi wyjątkami kwestię tego związku pomija, co nie wydaje się zasadne dlatego, że posługiwanie się przedsiębiorstwem przez przedsiębiorcę rodzi także skutki publicznoprawne, w szczególności w sferze praw i obowiązków podatkowych, ochrony przed nieuczciwą konkurencją, zarządzania, a także sukcesji praw i obowiązków wynikających z decyzji administracyjnych. Skutków tych, jak zresztą i innych implikacji wykorzystywania przedsiębiorstwa w działalności gospodarczej nie można dokładnie ustalić z uwagi na niedostatki przyjętej w kodeksie cywilnym konstrukcji przedsiębiorstwa i zupełny brak definicji przedsiębiorstwa w prawie publicznym.

<sup>47</sup> W kwestii obrotu przedsiębiorstwem zob. w szczególności E. Norek, *Przedsiębiorstwo w obrocie gospodarczym*, Warszawa 2007, s. 127 i n. i powołana tam literatura.

<sup>48</sup> P. Bielski (*Przedsiębiorstwo...*, s. 48) zwraca uwagę na funkcjonalność przedsiębiorstwa, której nie należy pomijać, określając przedmiot umowy.

<sup>49</sup> Inaczej, P. Bielski, *Pojęcie przedsiębiorcy...*, s. 163, także s. 215.

**Mariola Lemonnier**

Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie

## **Instrumenty zarządzania ryzykiem przez przedsiębiorców**

Instrumenty finansowe, w szczególności instrumenty pochodne, służą przede wszystkim do przenoszenia lub zamiany ryzyka w nich zawartego. Można je podzielić ze względu na rodzaj zobowiązania na instrumenty z zobowiązaniem ostatecznym i warunkowym<sup>1</sup>. Wyodrębnia się instrumenty ze względu na kierunek ryzyka – czy jest to zaciąganie, czy pozbywanie się go – i z tego powodu dzieli się transakcje na zabezpieczające i tzw. spekulacyjne (choć te ostatnie oznaczają transakcje zawierane w celu osiągnięcia nadzwyczajnych zysków). Inną cechą instrumentów jest rodzaj i wartość aktywów podstawowych, na którym oparty jest instrument pochodny. Inne cechy nie są już cechami specyficznymi, mam tu na myśli określony czas realizacji lub daty realizacji, możliwość zawierania transakcji przeciwnej i wygasanie zobowiązań z transakcji, możliwość dostarczania instrumentu podstawowego albo wypłatę różnicy cen (*cash settlement*), standaryzowane lub nie, liczbę przepływów pieniężnych, możliwość dostawy instrumentu bazowego. Pochodne są źródłem praw i obowiązków i służą przeniesieniu ryzyka charakterystycznego dla instrumentu podstawowego (pierwotnego). Wartość instrumentu pochodnego odzwierciedla zmiany wartości instrumentów podstawowych (bazowych)<sup>2</sup>. Obserwuje się także zależność odwrotną. Można wyciągnąć wniosek, że instrument finansowy pochodny nie służy przede wszystkim finansowaniu potrzeb wystawcy czy zbywającego, lecz zarządzaniu ryzykiem.

Pochodne instrumenty finansowe charakteryzują się tym, że obowiązek dostarczenia lub przyjęcia przedmiotu transakcji bądź zapłaty różnicy cen

---

<sup>1</sup> D. Dziawgo, *Rynek finansowy i jego mechanizmy*, Stowarzyszenie Księgowych w Polsce 2007, s. 163.

<sup>2</sup> K. Jajuga, *Instrumenty pochodne*, [w:] K. Jajuga, E. Kania, P. Rosiński, E. Gospodarowicz, W. Ronka-Chmielowiec, T. Jajuga, *Zarządzanie ryzykiem*, PWN, Warszawa 2007, s. 71.

powstaje w terminie przyszłym i/lub pod warunkiem<sup>3</sup>. Dla zaistnienia transakcji terminowej najczęściej potrzebna jest umowa, przez którą strona zobowiązuje się do dostarczenia lub przyjęcia przedmiotu świadczenia lub do przyjęcia tzw. *cash settlement*, czyli różnicy cen pomiędzy ceną uzgodnioną przez strony i ceną rynkową z dnia wykonania transakcji<sup>4</sup>. Dostarczenie lub przyjęcie przedmiotu świadczenia, a także zapłata czy przyjęcie zapłaty dokonywane jest w momencie określonym przez warunki umowy lub do czasu wygaśnięcia zobowiązań. Transakcje na instrumentach pochodnych nie mają na celu głównie dostarczenia instrumentu podstawowego w momencie realizacji umowy, nie ma też zwykle takiego obowiązku, gdy dochodzi do wygaśnięcia zobowiązań, czyli tzw. terminu wygaśnięcia kontraktu terminowego.

Instrumenty finansowe definiuje Międzynarodowy Komitet Standardów Księgowych (IASC) jako instrumenty służące przeniesieniu ryzyka lub ryzyk finansowych wynikających ze zmian cen lub wartości instrumentów podstawowych. Jest to ujęcie funkcjonalne instrumentów, które są źródłem praw i obowiązków dla uczestników transakcji. Inną cechą omawianych instrumentów jest związek między instrumentem podstawowym i pochodnym. Wartość instrumentu pochodnego odzwierciedla zwykle zmiany wartości instrumentu podstawowego. Istnieje też odwrotna zależność, a zmiany cen instrumentów pochodnych wpływają na ceny instrumentów podstawowych.

Instrumenty pochodne, będące przedmiotem obrotu na giełdzie, pozwalają na zabezpieczenie się przed ryzykiem finansowym rynku<sup>5</sup>. Jeśli inwestorzy stracą część swego wkładu, mogą odrobić część lub całość poniesionej straty poprzez zajęcie pozycji przeciwnej<sup>6</sup>. W rezultacie to, co na samym początku było sposobem na uniknięcie straty pieniędzy, czyli zawieranie transakcji pochodnych, staje się z czasem potencjalnym sposobem na ich zarabianie. Niebezpieczne jest to iż wielu inwestorów spekuluje na ewolucji kursu instrumentu bazowego, nie posiadając nawet odpowiednich aktywów na depozyt podstawowy<sup>7</sup>. Dodajmy, że takie instrumenty spełniają od niedawna jeszcze jedną funkcję: ochrony przed ryzykiem kredytowym, nazywanym także ryzykiem kontrahenta<sup>8</sup>. W przeciwieństwie do ryzyka rynkowego,

<sup>3</sup> M. Iwanowicz-Drozdowska, Z. Zawadzka, *Operacje instrumentami pochodnymi*, [w:] M. Iwanowicz-Drozdowska, W. Jaworski, Z. Zawadzka, *Bankowość. Zagadnienia podstawowe*, Podtekst, Warszawa 2008, s. 166.

<sup>4</sup> M. Lemonnier, *Operacje instrumentami pochodnymi*, [w:] A. Nowak, B. Kosiński (red.), *Bank depozytowo-kredytowy*, Wydział Zarządzania UW, Warszawa 2004, s. 121.

<sup>5</sup> W. Tarczyński, *Instrumenty pochodne na rynku kapitałowym*, PWE, Warszawa 2003, s. 108.

<sup>6</sup> P. Didier, *Droit commercial*, t. III: *Le marché financier; les groupes de société*, Ed. PUF, Coll. Thémis droit privé 1999, s. 266; Th. Bonneau, *Typologie des marchés boursiers*, [w:] *Le droit boursier en mouvement*, Colloque organisé le 15 juin 2003 par l'association Droit et commerce, Rev. Jur. Com., novembre 2003, nr 9, s. 11.

<sup>7</sup> F. Peltier, *Marchés financiers et droit commun*, Thèse. Lyon III, Ed. Banque, 1997, nr 32, s. 29.

<sup>8</sup> S. Agbayissah, *Aspects juridiques des produits dérivés négociés sur les marchés de gré à gré*, Mélanges A.E.B.D.F.-France, 1999, s. 15 i 25.

związanego z ewolucją stóp procentowych lub kursu przeliczeniowego, ryzyko to jest bezpośrednio związane z indywidualną sytuacją każdego z emitentów (pożyczkobiorców) oraz jego strukturą finansową<sup>9</sup>.

## Ogólna charakterystyka instrumentów pochodnych

Legalna definicja instrumentu pochodnego w polskich regulacjach rachunkowych obejmuje trzy elementy: pierwszym jest zależność od wartości instrumentu bazowego; drugim – fakt, że nabycie instrumentu finansowego nie powoduje żadnych wydatków początkowych lub wartość netto tych wydatków jest niska w porównaniu do wartości innych rodzajów kontraktów, których cena zależy od zmiany warunków rynkowych; trzecim – rozliczenie transakcji w przyszłości. O ile wystąpią wszystkie elementy i to niezależnie od nazwy instrumentu, można powiedzieć, że mamy do czynienia z instrumentem pochodnym<sup>10</sup>.

W wielu regulacjach krajowych, podobnie jak w podanej wyżej regulacji polskiej, można zauważyć pewne niedokładności<sup>11</sup>. Dochodzi do tego, iż nie określa się definicji instrumentów pochodnych, lecz tylko poszczególne ich rodzaje, dlatego też istnieją sprzeczne ze sobą klasyfikacje. Regulacje europejskie również nie doprowadziły do ujednoczenia pojęcia, zajmując się przede wszystkim organizacją rynku pochodnych i jego funkcjonowaniem.

Ustawa o obrocie instrumentami finansowymi<sup>12</sup> wprowadza pojęcie instrumentów pochodnych, tj. opcji, kontraktów terminowych, swapów, umów forward i innych praw majątkowych, których cena zależy bezpośrednio lub pośrednio od ceny wartości instrumentów finansowych, walut, stóp procentowych, rentowności, indeksów finansowych, wskaźników finansowych, towarów, zmian klimatycznych, stawek frachtowych, poziomów emisji, stawek inflacji lub innych oficjalnych danych statystycznych, a także innych aktywów, praw, zobowiązań, indeksów lub wskaźników (instrumentów bazowych) oraz instrumentów pochodnych dotyczących przenoszenia ryzyka kredytowego. Polska ustawa o podatku dochodowym od osób fizycznych w art. 17 ust. 1 podaje definicję instrumentów finansowych pochodnych: są to prawa majątkowe, których cena zależy bezpośrednio lub pośrednio od ceny towarów, walut obcych, waluty polskiej, złota dewizowego, platyny dewizowej lub pa-

<sup>9</sup> A. Gauvin, *Droit des dérivés de crédit*, Ed. Banque, 2003, s. 13.

<sup>10</sup> M. Lemonnier, *Operacje instrumentami pochodnymi...*, s. 123.

<sup>11</sup> Na przykład definicja z art. 2 pkt 18 ustawy z 27 maja 2004 r. o funduszach inwestycyjnych (Dz.U. nr 146, poz. 1546 z późn. zm.).

<sup>12</sup> Ustawa z dnia 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi (Dz.U. nr 183, poz. 1538).

pierów wartościowych, albo od wysokości stóp procentowych lub indeksów, a w szczególności opcje i kontrakty terminowe. Nie ma w tej definicji innych elementów koniecznych do powstania praw pochodnych, a mianowicie odroczenia płatności, stosunku do ponoszonych kosztów. Stąd możliwe jest włączenie do instrumentów pochodnych np. także kwitów depozytowych.

W przypadku instrumentów pochodnych mamy do czynienia bardziej z dominacją rozwiązań rynkowych i delikatną próbą ich regulacji. Podkreśla się rolę funkcji pełnionych przez pochodne w praktyce i konieczność ich rozwoju<sup>13</sup>. Część pochodnych to papiery wartościowe, o ile powstają w wyniku emisji i inkorporują uprawnienia do nabycia lub objęcia papierów wartościowych udziałowych lub dłużnych wymienionych w ustawie. Także w tym przypadku nie mamy do czynienia z listą instrumentów pochodnych, ale nie z ich definicją.

Wcześniej wspomniana ustawa o funduszach inwestycyjnych wskazuje na instrumenty pochodne, posługując się ustawą o obrocie instrumentami finansowymi, ale wprowadza także niewystandaryzowane pochodne, które są przedmiotem obrotu poza rynkiem zorganizowanym, a ich treść jest lub może być przedmiotem negocjacji między stronami. Ustawa o rachunkowości instrumentów, na których są oparte pochodne, nie definiuje, zaś w ustawie o funduszach inwestycyjnych określa się bazę instrumentów pochodnych podobnie jak w ustawie o obrocie instrumentami finansowymi. Bazą instrumentów pochodnych są papiery wartościowe, instrumenty rynku pieniężnego lub inne prawa majątkowe, jak również określone indeksy, kursy walut, stopy procentowe stanowiące podstawę do ustalenia ceny lub wartości instrumentu pochodnego lub niewystandaryzowanego instrumentu pochodnego<sup>14</sup>. Specyfika pochodnych polega na tym, iż często instrumenty bazowe są nieistniejące lub quasi-nieistniejące, nie ma woli dostarczenia instrumentu bazowego ani związku synallagmatycznego między zobowiązaniami stron transakcji, trudno także znaleźć wolę stron oprócz woli przeniesienia ryzyka.

Od dawna próbowano kwalifikować transakcje pochodne. Niewątpliwie są to umowy zawierające element losowy, pomimo iż w stosunku do derywatów nie stosuje się przepisów o grach i zakładach losowych. Próbowano kwalifikować transakcje terminowe jako fikcyjną sprzedaż czy zbywalną umowę sprzedaży, ewentualnie fikcyjną pożyczkę. Podobnie jak przypadku opcji chodziłoby tu o przyrzeczenie sprzedaży czy nawet przyrzeczenie umowy. Opcja bywa także kwalifikowana jako umowa jednostronnie zobowiązująca, umowa przedwstępna, sprzedaż pod warunkiem zawieszającym bądź rozwiązującym, sprzedaż z prawem odstąpienia, prawo przyjęcia oferty pod warun-

<sup>13</sup> M. Lemonnier, *Instrumenty pochodne i ich klasyfikacja*, „Biuletyn Bankowy” 1998, nr 65.

<sup>14</sup> D. Dziawgo, op. cit., s. 163.



kiem ciągłym, umowa ofertowa<sup>15</sup>, uprawnienie prawnokształtujące. Jednak właściwie żadna z tych koncepcji nie jest wystarczająca ze względu na nietypowość transakcji<sup>16</sup>. Pozostaje kwalifikacja jako umowy nienazwanej, która dominuje, gdy bierze się pod uwagę przede wszystkim elementy *sui generis* transakcji.

Jeśli chodzi o transakcje swapowe, można zbliżyć ich konstrukcję do umowy zamiany, ale ze względu na przepływy finansowe różnic w kursach czy swapach procentowych różnic w oprocentowaniu w stosunku do fikcyjnych kredytów również nie można spodziewać się innej kwalifikacji prawnej transakcji niż umowa nienazwana. Ogólnie instrumenty pochodne są tak specyficzną transakcją, iż najczęstszym sposobem ich ujęcia jest teoria umów, kontraktów w prawie cywilnym<sup>17</sup>.

Instrumenty pochodne dzielimy zasadniczo na transakcje terminowe typu futures i forward, opcje i warranty, a także swapy. Transakcje na instrumentach pochodnych mogą być wykonane poprzez dostawę z instrumentu podstawowego lub wypłatę różnicy cen. W pierwszej kategorii chodzi o dostarczenie określonych i istniejących instrumentów bazowych, a w drugiej o rozliczenie różnicy pomiędzy ceną negocjowaną przez strony transakcji i ceną rynkową z momentu wykonania transakcji, chociaż rozliczenia częściej opierają się na różnicy między ceną początkową futures (forward), po której została zawarta transakcja, a bieżącą ceną futures w momencie zawarcia transakcji. Transakcje bez dostawy dotyczą w zasadzie większości operacji dokonywanych na rynkach terminowych. Przykładem instrumentu podstawowego, w którym dostarczenie instrumentu bazowego jest niemożliwe lub znacznie skomplikowane, jest indeks danego rynku czy pochodne na nie istniejące, w danym momencie pochodne obligacje czy inne papiery wartościowe, których wartość jest obliczana na podstawie modeli matematycznych uwzględniających istniejące papiery wartościowe. Ze względu na złożoność instrumentu wyróżnia się instrumenty o wypłatach zależnych od realizacji zdarzenia, a nie od czasu wykupu, zaś ze względu na miejsce dokonywania transakcji pochodne można podzielić na pochodne na rynku regulowanym, rynku OTC – rynku bilateralnym, rynku alternatywnym czy nieregulowanym bilateralnym. Wystawiającymi pochodne na rynku są giełdy, banki, spółki prywatne, rządy i instytucje rządowe.

Rodzaj ryzyka zabezpieczanego pozwala podzielić pochodne na zabezpieczające od ryzyka zmiany ceny-kursu, od ryzyka kredytowego czy ryzyka dywersyfikującego ryzyko umów ubezpieczeniowych.

<sup>15</sup> A. Chłopecki, *Opcje i transakcje terminowe. Zagadnienia prawne*, Dom Wydawniczy ABC 2001; także M. Romanowski, *Charakter prawny kontraktu opcyjnego*, PPH 1999, nr 11.

<sup>16</sup> K. Franken, *Das Recht des Terminhandels*, Duncer & Humblot, Berlin 1997, s. 53 i n.

<sup>17</sup> B. Bossak-Rutkowska, *Prawa pochodne jako papier wartościowy w prawie polskim*, „Bankier” 2003, nr 1.

Instrumentem bazowym, czy inaczej podstawowym, na którym oparte są pochodne instrumenty, może być – oprócz wcześniej wspomnianych – stopa procentowa, cena papieru wartościowego lub towaru, kurs wymiany walut, indeks cen lub stóp, ocena wiarygodności kredytowej lub indeksu kredytowego, a także indeksy pogodowe, cena roboczogodziny i inne.

Instrumenty pochodne można podzielić na instrumenty o symetrycznym ryzyku i instrumenty o niesymetrycznym ryzyku. Instrument o symetrycznym ryzyku naraża obie strony transakcji na ryzyko w takim samym stopniu. Przykładem są forwardy, futures, swap<sup>18</sup>. Instrumenty o niesymetrycznym ryzyku są to instrumenty warunkowe na zwykłą – jak opcje kupna i na zniżkę czy opcje sprzedaży<sup>19</sup>. Nabywca kontraktu zajmuje tzw. długą pozycję w danym kontrakcie (transakcji), która polega na zobowiązaniu do kupna w przyszłości. Natomiast sprzedawca kontraktu zajmuje krótką pozycję, to znaczy przyjmuje zobowiązanie sprzedaży, czyli ewentualnej dostawy przedmiotu kontraktu w przyszłości. Jeżeli wartość rynkowa instrumentu bazowego jest niższa niż cena umówiona w kontrakcie, posiadacz długiej pozycji (nabywca kontraktu) płaci różnicę posiadaczowi krótkiej pozycji (zbywcy kontraktu)<sup>20</sup>. Jeżeli wartość instrumentu bazowego jest wyższa niż cena umówiona w kontrakcie, to posiadacz krótkiej pozycji płaci różnicę posiadaczowi długiej pozycji. Zajęcie pozycji na rynku określa się mianem otwarcia pozycji. Zajęcie pozycji przeciwstawnej do kontraktu wcześniej zawartego oznacza zamknięcie pozycji, tj. zajęcie pozycji krótkiej wobec wcześniejszej długiej pozycji<sup>21</sup>.

## Kontrakty terminowe, futures i forward

Wśród cech charakterystycznych transakcji futures można wymienić fakt, że ich obrót odbywa się na rynku regulowanym, co gwarantuje jednako-  
wy dostęp do rynku dla każdego uczestnika<sup>22</sup>. Na rynku regulowanym codziennie rozlicza się gotówkowe zmiany wartości we wszystkich pozycjach futures. Odmiennie niż w dwustronnych transakcjach terminowych typu forward, w którym cena i warunki kontraktu podlegają negocjacjom, na rynku aukcyjnym panuje zasada najlepszej ceny. W transakcjach forward oddzielnie rozlicza się transakcje dla każdej strony kontraktu. W transakcjach futures powinno się rozliczać w sposób łączny dla skumulowanej wartości portfe-

<sup>18</sup> M. Lemonnier, *Operacje instrumentami pochodnymi...*, s. 122.

<sup>19</sup> D. Dziawgo, op. cit., s. 163.

<sup>20</sup> Instrument o niesymetrycznym ryzyku naraża inwestora zajmującego krótką pozycję na większe ryzyko.

<sup>21</sup> M. Lemonnier, *Operacje instrumentami pochodnymi...*, s. 122.

<sup>22</sup> G. Crawford, B. Sen, *Instrumenty pochodne. Narzędzie podejmowania decyzji finansowych*, Liber, Warszawa 1998, s. 12.

la. Forward naraża na ryzyka kredytowe każdego partnera, z którym zawiera się transakcje, podczas gdy na rynku futures występuje ryzyko kredytowe izby rozliczeniowej<sup>23</sup>. Kontrakty terminowe ułatwiają zarządzanie ryzykiem i pozwalają osiągnąć duże obroty na rynku. Do portfela wprowadzają elementy dywersyfikacyjne po niższym koszcie, wreszcie pozwalają osiągnąć wyższą dochodowość ze względu na efekt dźwigni finansowej.

## Opcje i warranty

Opcja jest prawem do zakupu (opcja call) bądź prawem do sprzedaży (opcja put) przedmiotu kontraktu w czasie realizacji opcji po cenie ustalonej (*strike price*). Nabywca opcji call kupuje ją od sprzedającego lub wystawiającego opcję, natomiast nabywca opcji put – od sprzedającego lub wystawiającego opcję<sup>24</sup>. Kupno opcji call oznacza nabycie prawa sprzedaży instrumentu podstawowego po cenie strike, a sprzedaż opcji call jest zobowiązaniem się do sprzedaży opcji na żądanie posiadacza opcji (kupującego) po cenie z góry ustalonej<sup>25</sup>. Kupno opcji put oznacza nabycie prawa sprzedaży instrumentu podstawowego po cenie strike, podczas gdy sprzedaż opcji put oznacza zobowiązanie się do zakupu na żądanie posiadacza opcji (kupującego), instrumentu po cenie strike. Rynek opcji call jest oderwany od rynku opcji put. Nabywca opcji (call lub put) płaci premię, która jest pierwotnym kosztem opcji. Kupujący opcję nie musi składać depozytu gwarancyjnego, jego najwyższą stratą jest premia płacona sprzedającemu opcję. Wystawiający opcję wpłaca depozyt gwarancyjny, gdyż jego ryzyko jest takie samo w przypadku opcji call jak sprzedającego futures, a przy opcji put jak kupującego futures<sup>26</sup>. Uprawniony do opcji po zapłaceniu premii nie ma codziennych rozliczeń z izbą rozliczeniową, wystawca opcji jest zobowiązany do codziennego rozliczenia zysków i strat z izbą do czasu zamknięcia pozycji. Nabywca opcji może wykorzystać prawo zakupu lub sprzedaży i zrealizować opcję (kupić lub sprzedać przedmiot kontraktu). Nabywca opcji może także sprzedać posiadaną opcję po cenie rynkowej, może także nie realizować opcji – traci wtedy premię.

Zamknięcie pozycji w nabytych opcjach następuje przez realizację opcji lub jej odsprzedaż. Tylko posiadacz opcji może zrealizować uprawnienia zakupu bądź sprzedaży instrumentu podstawowego. Wystawiający opcje ma obowiązek sprzedaży bądź zakupu instrumentu bazowego. Może on zamknąć pozycję wyłącznie przez wykup wystawionej opcji. Opcja jest tania, jeśli cena

<sup>23</sup> M. Lemonnier, *Operacje instrumentami pochodnymi...*, s. 122.

<sup>24</sup> A. Fierla, *Opcje na akcje*, Difin, Warszawa 2004, s. 56.

<sup>25</sup> R.W. Kolb, *Wszystko o instrumentach pochodnych*, Wig-Press, Warszawa 1997, s. 5.

<sup>26</sup> J. Hull, *Kontrakty terminowe i opcje. Wprowadzenie*, Wig-Press, Warszawa 1999, s. 203.

instrumentu podstawowego charakteryzuje się małą zmiennością. Opłacalność opcji zależy od porównania premii opcyjnej płaconej w stosunku do obliczonej na podstawie modelu wyceny opcji.

Warrant jest instrumentem pochodnym emitowanym w dwóch rodzajach. Pierwszy to warrant subskrypcyjny emitowany przez spółki akcyjne na akcje własne przyszłej emisji, a drugi to warrant opcyjny, którego emisja może być dokonana przez różne podmioty na akcje innych spółek znajdujące się w obrocie<sup>27</sup>. Warrant na rynku regulowanym, w swojej konstrukcji podobny do prawa poboru, jest rodzajem opcji na pojedyncze papiery wartościowe. To instrument pochodny o charakterze długoterminowym, emitowany szczególnie przez banki na rynku giełdowym<sup>28</sup>. Warrant put stanowi prawo przysługujące nabywcy warrantu wobec emitenta do nabycia akcji przyszłej emisji po z góry określonej cenie (warrant subskrypcyjny) albo do żądania zapłaty w ustalonym terminie różnicy cen pomiędzy ceną wykonania a ceną rynkową instrumentu bazowego. W przypadku warrantu opcyjnego call żądanie zapłaty dotyczy różnicy cen pomiędzy ceną rynkową instrumentu a ceną wykonania.

Warranty spełniają podobne funkcje jak opcje, ale pozwalają też na stopniowanie negatywnych skutków opcji<sup>29</sup>. Wystawienie warrantu jako papieru wartościowego na rynku regulowanym zależy od spełnienia szeregu kryteriów. Wystawienie opcji na rynku międzybankowym, opartej na nie będącym papierem wartościowym instrumencie podstawowym, obwarowane jest mniejszymi rygorami. Realizacja transakcji warrantu może nastąpić przez dostawę lub rozliczenie pieniężne. W tym ostatnim przypadku warrant jest bezwarunkowym nieodwołalnym zobowiązaniem do wypłacenia uprawnionemu z warrantu kwoty rozliczenia. Podobnie jak opcje wyróżnia się warranty typu europejskiego i typu amerykańskiego.

Wykonanie warrantu zależy od decyzji inwestora, który uwzględni opłacalność transakcji. Pierwsza możliwość inwestycyjna, nazywana klasycznie *in-the-money*, występuje, gdy kurs instrumentu podstawowego jest wyższy od rynkowego kursu albo niższy w przypadku warrantu sprzedaży. Jeżeli różnica kursów albo stóp procentowych jest większa niż wysokość premii, to realizacja warrantu przynosi korzyść. Gdy poziom indeksu lub stopy procentowej jest równy wartości rynkowej, warrant nie przynosi zysków ani nie powoduje strat poza zapłatę premii. Mówi się wtedy, że warrant jest *at-the-money*. Wykonanie warrantu jest nieopłacalne np. gdy stopa procentowa warrantu kupna jest niższa od bieżącej stopy procentowej lub – dla warrantu sprzedaży – wyższa. Wtedy warrant jest *out-of-the-money*.

<sup>27</sup> Ibidem, s. 216.

<sup>28</sup> M. Montoussé, *100 fiches pour comprendre la bourse et les marchés financiers*, Bréal 2009, s. 133.

<sup>29</sup> Ibidem.

Model wyceny opcji i warrantu opiera się na następujących czynnikach: cenie wykonania warrantu, cenie (kursie) instrumentu pierwotnego, czasie do terminu wygaśnięcia, zmienności cen instrumentu podstawowego lub zmienności stóp zwrotu, stopy procentowej wolnej od ryzyka. Czynniki wpływające na cenę opcji (warrantów) zostały opisane w modelu F. Blacka, M. Scholesa i R. Mertona z 1973 r.<sup>30</sup> W modelu wyceny opcji (warrantu) określa się prawdopodobieństwo rozliczenia opcji (warrantu). Wspomniana metoda wskazuje, jakie proporcje zachować pomiędzy ilością instrumentu w kontrakcie a ilością posiadaną, aby pokryć ryzyko. Jeśli znamy wartości powyżej określonych pięciu czynników, to możemy według modelu Blacka-Scholesa obliczyć teoretyczną cenę opcji (warrantu). Teoria wyceny opcji (warrantów) jest wyjątkowo dobrze rozwinięta, a cenę opcji (warrantu) da się oszacować z dużą dokładnością.

Instrumenty pochodne służące do zabezpieczenia od ryzyka coraz bardziej się odróżniają i stają się kompleksowe, a opisane powyżej dwa instrumenty są coraz bardziej powszechne i służą często celom spekulacyjnym.

## Swapy

Umowy zamiany stóp procentowych czy walut (swap procentowy, walutowy) są korzystne dla stron wtedy, gdy jedna z nich ma przewagę na jednym rynku, podczas gdy druga ma tę przewagę na rynku drugim w stosunku do uzgodnionego instrumentu podstawowego (stopa procentowa, waluty). Gdy jeden partner transakcji ma przewagę na obu rynkach, oznacza to, że może się on finansować taniej. Swap nazywany jest także kredytami wzajemnymi<sup>31</sup>. Oprócz poziomów cen może on wykorzystywać zróżnicowane premie za ryzyko dla danego przedsiębiorcy na różnych rynkach lub różnice w opodatkowaniu między rynkami, jak także różne oczekiwania uczestników rynków w zakresie stóp procentowych czy kursów walut. Swap procentowy to transakcja zamiany odsetek wyznaczonych do hipotetycznego kredytu. Dla jednej ze stron odsetki są obliczane według stałej stopy procentowej, a dla drugiej – według stopy zmiennej. W swapie procentowym pozycja długa oznacza, że strona zobowiązuje się do płatności według stałej stopy procentowej. Pozycja krótka zaś to zobowiązanie się do płatności na podstawie zmiennej stopy procentowej. Umownie można powiedzieć, że zmienna stopa procentowa w swapie procentowym jest traktowana jakby była towarem, a stopa stała jakby była zapłatą. Tym samym negocjowanie warunków swapu procentowego oznacza negocjowanie stałej stopy procentowej.

<sup>30</sup> G. Crawford, B. Sen, op. cit.

W odróżnieniu od swapu procentowego w swapie walutowym kwoty nominalnych kredytów są przekazywane w momencie zawarcia umowy oraz w momencie wykonania umowy. Stąd też nie ma rozliczenia netto. Strumienie kredytów są wymieniane według aktualnego kursu spot przy zawarciu transakcji. W czasie trwania transakcji następuje wymiana płatności odsetkowych od ustalonych kwot kapitału, na koniec transakcji – ponowna wymiana kwot kapitału na bazie pierwotnego kursu wymiany.

Dzięki swapowi spółki mogą, każda na swoim rynku, płacić odsetki według niższej stopy procentowej i eliminować nierówny dostęp do rynku dewiz. Początkowo zresztą swapy służyły eliminacji ograniczeń dewizowych<sup>32</sup>. W umowie swapu procentowego, która najczęściej jest umową pomiędzy dwoma bankami, pomimo że jest to umowa typowa, ustala się wartość hipotetycznego kredytu, poziom stałej stopy procentowej, oznaczenie stopy zmiennej, waluty strumieni pieniężnych, daty rozliczeń i zabezpieczeń. Podobnie jest w klasycznej umowie swapu walutowego, choć tutaj istnieje kwestia przepływu strumieni pieniądza pomiędzy stronami, co w klasycznym swapie procentowym nie występuje<sup>33</sup>.

W ocenie swapu na rynkach zagranicznych i w Polsce przeważają opinie, że jest to umowa zamiany lub umowa nienazwana. Nie traktuje się go jako wzajemne przejście długów czy powiązane umowy sprzedaży. Nie jest to transakcja, którą zawiera się za pośrednictwem giełdy. Należy się też zastanowić, czy w swapie dochodzi do pożyczania środków finansowych, czy nie. Wiąże się to z możliwością dokonywania transakcji przez podmioty, a także pociąga za sobą inne konsekwencje, w tym podatkowe. Wycena swapu obejmuje wiele czynników. Są nimi m.in. wypłacalność drugiej strony transakcji, dostępność innych możliwości zawierania transakcji swapowych, struktura czasowa stóp procentowych<sup>34</sup>.

## Pochodne kredytowe

Pochodne kredytowe to jedna z ważniejszych innowacji na światowym rynku finansowym lat dziewięćdziesiątych. Nazwane zostały egzotycznymi instrumentami, a powstały po to, aby uniknąć zastosowania do nich przepi-

<sup>31</sup> M. Montoussé, op. cit., s. 144.

<sup>32</sup> W swapie może dojść do różnych możliwych transakcji: zamiany stałej stopy procentowej waluty obcej na stałą stopę procentową waluty krajowej, zamianę stałej stopy waluty obcej na zmienną stopę waluty krajowej, zamiany zmiennej stopy waluty obcej na stałą stopę waluty krajowej czy do zamiany zmiennej stopy procentowej waluty obcej na zmienną stopę procentową waluty krajowej.

<sup>33</sup> D. Wolniak, *Zarządzanie ryzykiem procentowym przy wykorzystaniu instrumentów pochodnych*, Biblioteka Menedżera i Bankowca, Warszawa 1997, s. 37.

<sup>34</sup> M. Montoussé, op. cit., s. 145.

sów o swapach, opcjach czy transakcjach terminowych<sup>35</sup>. Swapy są wykorzystywane do tego rodzaju instrumentów, w których dochodzi do konstruowania instrumentów zabezpieczenia spłat kredytów czy zabezpieczenia wobec pogorszenia się warunków kredytowych. Pochodne kredytowe mogą być stosowane również do zmiany struktury portfela pod względem terminu, jakości, ratingu<sup>36</sup>.

Zasadniczym elementem pochodnych kredytowych jest przejście, uniknięcie lub zmniejszenie ryzyka kredytowego, czyli zabezpieczenie od ryzyka wynikającego z wiarygodności lub innych aktywów, w zamian za wynagrodzenie uzależnione od stopy procentowej lub w zamian za premię opcyjną. Nowym elementem w pochodnych kredytowych jest wydzielenie ryzyka kredytowego lub innych ryzyk wynikających z aktywów instytucji kredytowych i transfer ryzyka bez transferu aktywów. Zabezpieczanie się od ryzyka poprzez jego transfer jest charakterystyczne dla instrumentów pochodnych, stąd ryzyko kredytowe stało się przedmiotem transakcji, które do tego czasu było zabezpieczane np. poprzez dywersyfikację portfela, ustalanie limitów kredytowych czy gwarancje.

Śśród licznej grupy pochodnych kredytowych można wymienić swap całkowitego zwrotu (*total return swap*) lub opcje kredytowe (*credit default option*), porozumienia odszkodowawcze (*indemnity agreement*), swapy kredytowe (*loan swap*), produkty spreadowe (*credit spread*), produkty kapitałowe z wbudowanymi elementami ryzyka spłaty wartości nominalnej lub odsetek (*credit linked note*)<sup>37</sup>. Nowym instrumentem pochodnym jest instrument oparty na transferze ryzyka utraty oceny wiarygodności kredytowej, czyli zmian ratingu kredytowego podmiotu poniżej pewnego poziomu.

W zakresie pojęcia pochodnych kredytowych nie istnieją precyzyjne kryteria przedmiotowe. Pochodne kredytowe, których wartość zależna jest od jakości kredytowej aktywów, nie obejmują swapów typu *total return*, gdyż są one uzależnione od ryzyka rynkowego, a nie ryzyka zmiany jakości aktywów, na których są oparte pochodne. Stąd do pochodnych kredytowych można zaliczyć tylko pewną część pochodnych, opartych na aktywach pozbawionych ryzyka podstawowego, chociaż jest to raczej klasyfikacja o zmiennym kryterium, bez argumentów prawnych<sup>38</sup>.

Inne problemy w zakresie pochodnych kredytowych stanowi ich konstrukcja umowna, budząca wiele zastrzeżeń prawnych.

Pochodne kredytowe (typu *loan*, *default swap*) przenoszą ryzyko kredytowe pewnych grup kredytobiorców<sup>39</sup>. Bank otrzymuje premię będącą procen-

<sup>35</sup> Ibidem.

<sup>36</sup> K. Jackowicz, *Pochodne instrumenty kredytowe*, „Bank i Kredyt” 2000, nr 3.

<sup>37</sup> A. Kasapi, *Kredytowe instrumenty pochodne*, Oficyna Ekonomiczna, Kraków 2002, s. 14.

<sup>38</sup> Ibidem.

<sup>39</sup> Ibidem.

tem od wartości nominalnej kontraktu za np. bankructwo, niewypłacalność, zaniechanie płatności spłat przez dłużnika. Druga strona transakcji swapowej otrzymuje procent nominału wartości zadłużenia objętego transakcją swapową za przejęcie ryzyka.

Swap całkowitego zwrotu (*total return swap*) polega na zamianie płatności odsetkowych z tytułu kredytu w zamian za gwarantowane płatności oparte na wartości nominalnej powiększonej np. o LIBOR. Tego rodzaju transakcje są podobne do swapów procentowych, chociaż w swapie kredytowym dochodzi do okresowego przekazywania płatności odsetkowych i prowizji płatonych przez kredytobiorcę. Inną odmianą swapów jest zamiana terminów spłaty na terminy syntetyczne niedostępne na rynku. Ogólne ryzyka swapów wiążą się z tym, że swapy są transakcjami dwustronnie zobowiązującymi, a niewypłacalność jednej ze stron transakcji wpływa na stan zobowiązań drugiej strony.

W pochodnych kredytowych oprócz swapu wykorzystuje się także instrumenty opcyjne. Opcja kredytowa jest oparta na ryzyku pogorszenia się sytuacji spłacającego kredyt lub emitenta papieru wartościowego. Gdy emitent papieru nie spłaca lub opóźnia się ze spłatą długu, posiadacz opcji otrzymuje określoną kwotę od wystawcy opcji. Inne rodzaje współczesnych opcji egzotycznych, np. lookback, chooser czy baskets, pozwalają na zabezpieczenia o różnych parametrach<sup>40</sup>.

Typowym ryzykiem występującym w transakcjach swapowych, podobnie jak w przypadku transakcji pochodnych, jest ryzyko cenowe niekorzystnej zmiany stóp procentowych lub kursów walut czy ryzyko rozliczeniowe. Ryzyko może wynikać także ze zmian regulacji prawnych, zważywszy, że większość umów swapowych stanowią umowy międzynarodowe. Oprócz ryzyka kredytowego, prawnego, rynkowego czy ryzyka rozliczeniowego, na rynku swapów pojawiają się także ryzyka techniczne – wynikające z błędów lub awarii systemów informatycznych.

Podstawowym i pierwotnym celem transakcji na rynku instrumentów pochodnych jest wycena ryzyka związanego z instrumentem podstawowym, a także zabezpieczenie przed ryzykiem (*hedging*)<sup>41</sup>. Poza tymi funkcjami nie można pominąć chęci uzyskania zysków, powiększenia kapitałów. W związku z powyższymi funkcjami wyróżnia się transakcje zabezpieczające i spekulacyjne, a także wykorzystujące różnice cen instrumentów pochodnych w tym samym czasie transakcje arbitrażowe<sup>42</sup>.

Zabezpieczenia dokonuje się poprzez zawarcie transakcji, której efekt w przypadku niekorzystnej zmiany wartości instrumentu podstawowego zapewni dochód wyrównujący lub zmniejszający straty z pozycji zabezpiecza-

<sup>40</sup> M. Montoussé, op. cit., s. 151.

<sup>41</sup> W. Małcki, *Terminowe rynki finansowe*, Instytut Finansów, Warszawa 1992.

<sup>42</sup> R.W. Kolb, op. cit., s. 37.



nych. Wyróżnia się zabezpieczenie przed ryzykiem spadku cen (*short hedge*) i zabezpieczenie od wzrostu cen (*long hedge*). Przykładem zabezpieczenia przed spadkiem cen jest terminowa sprzedaż instrumentów bazowych (sprzedaż futures na instrument bazowy zabezpieczany) w celu zabezpieczenia posiadanych aktywów przed utratą wartości. *Long hedge* polega na terminowym kupnie instrumentu bazowego (np. kupno futures opartego na instrumencie zabezpieczanym) w celu uniknięcia wzrostu cen instrumentu bazowego, który planuje się kupić w przyszłości. W hedgingu pochodne służą zmniejszeniu bądź eliminacji ryzyka i unikaniu niekorzystnych zmian cen instrumentów podstawowych przez inwestorów. W spekulacji inwestor próbuje przewidzieć i wykorzystać zmiany cen instrumentu bazowego.

Zabezpieczenie się przed ryzykiem zmiany ceny aktywów (instrumentu podstawowego) oznacza zabezpieczenie wysokości wpływów uczestnika rynku. Ten cel jest realizowany na rynkach finansowych niezależnie od sposobu organizacji rynku. Podmioty uczestniczące w transakcjach zabezpieczają się przed zwiększonym ryzykiem lub jego określonym wymiarem<sup>43</sup>.

Polskie prawo podatkowe nie zawiera regulacji szczególnych odnoszących się do opodatkowania instrumentów pochodnych i dlatego stosuje się do nich ogólne zasady opodatkowania przewidziane w przepisach prawa podatkowego. Z punktu widzenia prawa podatkowego cel zawarcia transakcji terminowej jest relatywnie mało istotny, ważne natomiast kiedy transakcja przynosi przychód i jakie są koszty poniesione w celu uzyskania przychodu. Wśród kosztów można znaleźć opłaty giełdowe i prowizje pośredników, pomimo że transakcja zostanie wykonana w przyszłości. Wydatki zalicza się do kosztów w roku podatkowym, którego dotyczą. Opodatkowuje się przychód w momencie realizacji transakcji.

Transakcje spekulacyjne z punktu widzenia rynku są nieodzowne z tego względu, że przejęcie wysokiego ryzyka od zabezpieczających się na rynku umożliwia dojście transakcji do skutku. Gdyby na rynku instrumentów pochodnych byli tylko ci, którzy zabezpieczaliby się od wahań cen, płynność rynku byłaby niska i w ostateczności zabezpieczenie nie mogłoby dojść do skutku. Spekulant przenosząc ryzyko staje się niejako pośrednikiem (*traderem*), sam zresztą kumuluje ryzyko i konstruuje swój portfel. Ponadto spekulacja – rozumiana jako chęć nadzwyczajnych czy ponadprzeciętnych zysków – jest pojęciem charakterystycznym dla działalności gospodarczej i poprawia efektywność rynku. Inwestor na rynku instrumentów pochodnych jest zobowiązany do wpłacania kwot odzwierciedlających poziom ryzyka zawartych przez niego transakcji<sup>44</sup>. Im wyższe ryzyko cenowe z dnia na dzień, tym

<sup>43</sup> M. Biegański, A. Janc, *Hedging i nowoczesne usługi finansowe*, Wyd. Akademii Ekonomicznej, Poznań 2001, s. 25.

<sup>44</sup> A. Szopa (red.), *An introduction to derivatives*, Reuters Limited 1999, Oficyna Ekonomiczna, Kraków 2001, s. 134.

wyższy poziom wpłaconego depozytu (margin) uczestnika rynku. Zarówno spekulanci, jak i zabezpieczający swoje aktywa muszą się liczyć ze wzrostem lub spadkiem ryzyka i koniecznością wpłacenia środków depozytu gwarancyjnego. Monitorowanie ryzyka na regulowanym rynku instrumentów pochodnych ogranicza, chociaż nie eliminuje spekulacyjnych inicjatyw inwestorów.

O spekulacji na rynku instrumentów pochodnych mówi się z punktu widzenia technik zawierania transakcji. Naturę transakcji spekulacyjnej można próbować obserwować, porównując warunki lub kryteria wpływające na kształtowanie się cen w transakcji z analizą teoretyczną. Tendencje spekulacyjne może zaobserwować analityk dokonujący analizy transakcji na rynku.

Arbitraż, chociaż nie jest wyłącznie związany z instrumentami pochodnymi, polega na zawieraniu w tym samym czasie i przez ten sam podmiot dwóch lub więcej transakcji gwarantujących zysk, gdyż są to transakcje wykorzystujące różne ceny na te same instrumenty na różnych rynkach. Arbitraż może dotyczyć rynku kasowego i terminowego tego samego instrumentu bazowego (arbitraż *cash and carry*), choć można go też zastosować, gdy kurs kontraktu odchyli się od kursu teoretycznego. Na rozwiniętych rynkach cena terminowa nie różni się zbyt od ceny teoretycznej właśnie dzięki działaniom arbitrażystów. Występowanie dużych odchylenia kursu kontraktów na WIG 20 od wartości teoretycznej na polskiej giełdzie papierów wartościowych nie jest przejawem dobrej sytuacji, ponieważ przyczyną odchylenia wartości jest m.in. niska płynność rynku krótkiej sprzedaży akcji.

Arbitraż może być dokonywany także między różnymi cenami instrumentów pochodnych, tak jak w przypadku ceny futures i ceny realizacji opcji na futures (nazywane paritetem *put-call*). W klasycznych transakcjach arbitrażowych ryzyko straty nie występuje, a inwestor nie musi przewidywać zmian cen instrumentu. Transakcje te wymagają jednak dużego zaangażowania kapitału, gdyż zobowiązują do obecności na wielu rynkach, które oferują pochodne<sup>45</sup>. Wiąże się to z dużymi kosztami i odrębną strategią na rynku finansowym w ogólności. Arbitraż pozwala ponadto na spłaszczanie różnic cenowych między rynkami.

Rynek instrumentów finansowych, a w szczególności rynek instrumentów pochodnych to forum, na którym dokonuje się dyslokacji kapitałów, ale też generuje kapitały. Jest to ważna funkcja rynku instrumentów pochodnych, o której nie należy zapominać przy okazji analizy funkcji tego rynku. W klasycznym ujęciu – jak wcześniej wspomniano – instrumenty pochodne wypełniają funkcję zabezpieczającą i spekulacyjną. Funkcje instrumentów pochodnych są także określane w związku z funkcjami inwestycyjnymi klasycznych instrumentów finansowych. Transakcja na instrumentach pochod-

---

<sup>45</sup> M. Lemonnier, *Instrumenty zarządzania finansowego. Wybrane zagadnienia prawne*, Wyd. Akademii Podlaskiej, Siedlce 2003, s. 64 i n.

nych może być traktowana przez inwestora jako swoistego rodzaju substytut inwestycji w aktywach i służyć dywersyfikacji ryzyka w portfelu. Przy zastosowaniu efektu dźwigni transakcja daje możliwość uzyskania dużego zysku przy niewielkim zaangażowaniu finansowym. Możliwość tworzenia nowych aktywów opartych na instrumentach pochodnych jest ich nowym ważnym zastosowaniem. Aktywa podstawowe (bazowe) są rozdzielane na części i oferowane na rynku w postaci różnych instrumentów opartych na różnych elementach aktywów. Transakcje i strategie na rozwiniętym rynku finansowym są jednak na tyle skomplikowane, że trudno często rozgraniczyć funkcje pełnione przez instrumenty pochodne. Teoretycznie, jeśli inwestor redukuje ryzyko, to zabezpiecza się, a gdy nie redukuje ryzyka, to powinien pełnić rolę spekulującego na rynku. Ponadto inwestor może zabezpieczyć jeden papier wartościowy albo cały portfel. W tym ostatnim przypadku stopień, w jakim instrumenty pochodne stanowią zabezpieczenie, może być efektem proporcji instrumentów pochodnych zawartych w portfelu do reszty portfela<sup>46</sup>.

Instrumenty pochodne poza zasadniczą swoją funkcją zabezpieczającą nie powinny redukować całego ryzyka wynikającego z działalności gospodarczej. Wśród celów transakcji terminowych znajdujemy zarządzanie podatkami, chociaż nie jest to uznawane za cel dominujący. Przykładem tego mogą być transakcje opcyjne. Opcje pracownicze w systemie amerykańskim w momencie realizacji mogły przynieść podwyższenie kosztów dla spółki emitenta opcji. Gdy pracownik realizował opcję, różnicę między ceną, jaką zapłacił za akcje, a ich kursem giełdowym spółka mogła potrącić z podatku<sup>47</sup>. Inne cele realizowane przez instrumenty pochodne to wykorzystanie możliwości finansowego rynku globalnego, uwidocznienie się na rynku międzynarodowym, wzbogacenie produktów oferowanych klientom korporacyjnym.

W związku z ewidencją transakcji na instrumentach pochodnych istotne jest zakwalifikowanie pochodnych do określonych celów: spekulacyjnego lub zabezpieczającego. Cel spekulacyjny wiąże się z chęcią osiągnięcia przez inwestora zysku wyłącznie na zmianie cen. Spekulujący jest jednak narażony na duże i teoretycznie nieograniczone straty. Zarabia nie tylko na zdolności do ponoszenia ryzyka, gdyż jego strategia wynika ze znajomości rynku, a szczególnie z przewidywania przyszłych relacji cenowych. Jeśli spekulujący przewiduje, że nastąpi wzrost ceny towaru A w stosunku do ceny towaru B, to zajmie pozycję krótką na rynku towaru A (sprzedaje na rynku futures) i pozycję długą na rynku towaru B (czyli kupuje na rynku futures). Cel zabezpieczający związany jest z obawą inwestorów przed niekorzystnymi

<sup>46</sup> K. Jajuga, T. Jajuga, *Inwestycje, instrumenty finansowe...*, s. 132.

<sup>47</sup> Takiego potrącenia podatku o 9,2 mld dolarów dokonał Microsoft w latach 2000–2002. Opcje menedżerskie (pracownicze) w Polsce stanowią także sposób wynagradzania pracowników, chociaż częściej jest stosowana umowa menedżerska jako sposób zabezpieczenia interesów członków władz spółki.

zmianami cen instrumentów bazowych. Aby ująć w księgach transakcję na instrumentach pochodnych jako zabezpieczającą, należy wziąć pod uwagę wystąpienie koniecznych uwarunkowań.

Zabezpieczane ryzyko musi być związane z aktywami lub pasywami, a transakcja jest dokonywana w celu ograniczenia ryzyka związanego z działalnością podmiotu pod pewnymi warunkami. Zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Finansów z 12 grudnia 2001 r. w sprawie szczególnych zasad uznawania, metod wyceny, zakresu ujawniania i sposobu prezentacji instrumentów finansowych, przed rozpoczęciem zabezpieczenia sporządza się dokumentację, w której określa się cel i strategię zarządzania ryzykiem, instrument zabezpieczany, zabezpieczane składniki aktywów i pasywów lub planowaną transakcję zabezpieczaną. Należy również określić ryzyko związane z zabezpieczaną pozycją lub transakcją oraz okres zabezpieczenia, opisać metody pomiaru efektywności zabezpieczenia zmian wartości godziwej lub przepływów pieniężnych pozycji zabezpieczanej związanej z ryzykiem zabezpieczanym. Zabezpieczanie wymaga wyznaczenia jednej lub kilku pozycji zabezpieczających, tak aby kompensowały w całości lub w części zmiany wartości godziwej instrumentów zabezpieczanych. Inny rodzaj zabezpieczenia dotyczy zabezpieczenia zmian przepływów pieniężnych wynikających z określonego ryzyka (*cash flow hedge*) lub zabezpieczenia udziałów w aktywach netto jednostki zagranicznej.

Nabywający kontrakty spekulują na wzrost kursu, a zbywający kontrakty spekulują na spadek kursu. Spekulacja na zniżkę polega na sprzedaży kontraktów terminowych, licząc na spadek kursu. Spekulacja na wyżkę kursu polega na zakupie kontraktów terminowych w oczekiwaniu wzrostu kursu.

W ostatnich latach francuskie samorządy terytorialne zaczęły masowo stosować instrumenty pochodne, w szczególności pochodne kredytowe, do zabezpieczenia wypłacalności należności bez liczenia się z ryzykami instrumentów i koniecznymi procedurami kontrolnymi instrumentów pochodnych. Taka praktyka stała się przedmiotem krytyki ze strony ekonomistów. Podobny problem spotkał polskich przedsiębiorców z opcjami walutowymi. Kryzys finansowy 2007–2009 doprowadził do zahamowania transakcji na pochodnych także tych egzotycznych, zostawiając ich rozwój inwestorom kwalifikowanym.

**Jakub Jan Zięty**

Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie

**Agnieszka Mikulska**

„Sikorski, Zięty. Kancelaria Radców Prawnych” Spółka Partnerska w Olsztynie

**Bartosz Pawlak**

Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie

**Marta Mączyńska**

Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie

## **Wykluczenia projektanta z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – uwagi na tle art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych**

### **Zagadnienia wstępne**

W praktyce planowania i przeprowadzania inwestycji budowlanych przez podmioty obowiązane do stosowania ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych<sup>1</sup> niejednokrotnie zdarza się, że proces inwestycyjny przeprowadzany jest w dwóch etapach. Pierwszy z nich to wykonanie dokumentacji projektowej, zaś drugi obejmuje realizację obiektu budowlanego na podstawie uzyskanego projektu. Taki sposób prowadzenia inwestycji jest zapewne dłuższy niż w przypadku procedury „zaprojektuj i wybuduj”, jednak pozostawia zamawiającemu większy wpływ na rezultaty etapu projektowania. W przypadku wielu inwestycji pozwala również na wieloletnie planowanie realizacji inwestycji bez konieczności ich rozpoczynania. Umożliwia to także zamawiającemu efektywniejsze planowanie wydatków w budżecie na samą inwestycję.

Podział procesu inwestycyjnego na dwa etapy skutkuje koniecznością przeprowadzenia dwóch postępowań o udzielenie zamówienia publicznego.

---

<sup>1</sup> Tekst jedn.: Dz.U. z 2010 r., nr 113, poz. 759 (dalej cytowana jako p.z.p.).

Przedmiotem pierwszego z nich jest sporządzenie dokumentacji projektowej (projektu budowlanego i projektu wykonawczego), natomiast drugiego – wykonanie robót budowlanych zgodnie z dokumentacją projektową. Na gruncie obowiązujących przepisów mogą pojawić się wątpliwości, czy zarówno w pierwszym, jak i drugim postępowaniu wykonawcą może być ten sam podmiot. Osoba, której udzielono zamówienia publicznego na wykonanie dokumentacji projektowej, może podlegać wyłączeniu z postępowania na roboty budowlane w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 1 p.z.p. Przedmiotem niniejszego artykułu jest analiza przesłanek wyłączenia projektanta w przypadku zaistnienia wyżej opisanej sytuacji<sup>2</sup>.

### **1. Przesłanki wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego osoby, która wykonywała bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania**

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 1 p.z.p., z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy wykonywali bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania lub posługiwali się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności, chyba że udział tych wykonawców w postępowaniu nie utrudni uczciwej konkurencji.

Na wstępie trzeba zauważyć, że w oparciu o przepisy działu II rozdziału 2 p.z.p. wykonanie dokumentacji projektowej jest dokonywaniem czynności związanych z przygotowaniem prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego<sup>3</sup>. W związku z powyższym nie powinno budzić wątpliwości, iż w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane art. 24 ust. 2 pkt 1 p.z.p. będzie mieć zastosowanie do osób wykonujących dokumentację projektową.

W doktrynie przeważa pogląd, że celem omawianego przepisu jest realizacja zasady uczciwej konkurencji<sup>4</sup>. Nie bez znaczenia dla analizy zagadnienia poruszanego w niniejszym artykule jest prześledzenie zmian dokonywanych w treści art. 24 ust. 2 pkt 1 p.z.p. Do 2006 r. przepis ten przewidywał, że każda osoba<sup>5</sup>, która wykonywała czynności związane z przygotowaniem

<sup>2</sup> Rozważania zawarte w niniejszym artykule nie będą dotyczyły zamówień udzielanych w trybie negocjacji bez ogłoszenia oraz z wolnej ręki, jako że w tych trybach art. 24 ust. 2 pkt 1 p.z.p. nie stosuje się.

<sup>3</sup> Patrz: art. 31 p.z.p.

<sup>4</sup> Patrz: M. Stachowiak, [w:] M. Stachowiak, J. Jurzykowski, W. Dzierżanowski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Kraków 2004, s. 124.

<sup>5</sup> Z wyjątkiem autorów miejscowych planów zagospodarowania przestrzennego w ściśle określonych wypadkach.

prowadzonego postępowania podlegała wykluczeniu<sup>6</sup>. Należy zatem dojść do wniosku, że do czasu wejścia w życie nowelizacji art. 24 ust. 2 pkt 1 p.z.p.<sup>7</sup> ustawodawca przyjmował, że za każdym razem, gdy w postępowaniu o udzielenie zamówienia bierze udział osoba, która wykonywała czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania, to taki stan bezwzględnie narusza zasadę uczciwej konkurencji. Prawdopodobnie takiego stanowiska na tle wcześniejszego brzmienia art. 24 p.z.p. potwierdził Prezes Urzędu Zamówień Publicznych w odpowiedzi na zapytanie poselskie z dnia 19 marca 2004 r.<sup>8</sup> Wskazano tam, że „sporządzenie dokumentacji projektowej oraz kosztorysu inwestorskiego będzie niewątpliwie faworyzowało jego wykonawcę, bowiem inni wykonawcy nie będą posiadali wiedzy o ustalonej wartości zamówienia, co może mieć wpływ na wynik postępowania”.

Wspomniana nowelizacja p.z.p. z 2006 r. ograniczyła, jak się wydaje, bezwzględny obowiązek wykluczenia podmiotów, które wykonywały bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania. Wniosek taki może sugerować dodanie zwrotu: „chyba że udział tych wykonawców w postępowaniu nie utrudni uczciwej konkurencji”. Analiza właśnie tej zmiany jest niezwykle istotna z punktu tematu niniejszego opracowania. Ustawodawca uznał bowiem, że mogą zaistnieć takie okoliczności faktyczne, które spowodują, iż ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego przez osoby wykonujące czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania nie będzie mogło być uznane za naruszenie zasady uczciwej konkurencji<sup>9</sup>.

<sup>6</sup> W doktrynie wskazywano nawet, że osoba decydująca się na powzięcie czynności, o których mowa w art. 24 ust. 2 pkt 1 p.z.p., podejmowała tym samym decyzję o nieuczestniczeniu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Patrz: M. Stachowiak [w:] M. Stachowiak, J. Jurzykowski, W. Dzierżanowski, *Prawo zamówień publicznych...*, s. 124–125.

<sup>7</sup> Przepis ten został zmieniony na mocy art. 1 ustawy z dnia 7 kwietnia 2006 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz.U. nr 79, poz. 551 ze zm.).

<sup>8</sup> Odpowiedź Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych na zapytanie nr 2787 w sprawie interpretacji zapisów ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczących jednostek projektowania, [online] <<http://orka2.sejm.gov.pl/IZ4.nsf?Open>>, dostęp: 3.11.2010. Stanowisko to, jako aktualne, znajduje się obecnie w opinii prawnej „Wykluczenie z postępowania wykonawców, którzy wykonywali czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania”, opublikowanej na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych, mimo nowelizacji art. 24 ust. 2 pkt 1 p.z.p.

<sup>9</sup> W tym miejscu podkreślić należy, iż jak wynika z treści uzasadnienia rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (druk sejmowy nr 127), zmiana art. 24 ust. 2 pkt 1 p.z.p. spowodowana była przede wszystkim zamiarem uwzględnienia też z orzeczenia wydanego w dniu 3 marca 2005 r. przez Europejski Trybunał Sprawiedliwości w sprawach C-21/03 i C-34/03 *Fabricom SA p. Belgii* (na temat przedmiotowego orzeczenia ETS czytaj w dalszej części artykułu). Słusznie zauważa W. Stodolak, iż głównym celem nowelizacji przedmiotowego artykułu było umożliwienie wykonawcy wykazania tego, że jego udział w postępowaniu nie naruszy zasady uczciwej konkurencji. Patrz: W. M. Stodolak, [w:] W. Hartung, P. Laudański, W. M. Stodolak, M. Stręciwilk, M. Winiarz, *Zamówienia publiczne po nowelizacji*, Wrocław 2007, s. 172.

## **2. Przesłanki uzasadniające, że udział wykonawcy-projektanta w postępowaniu nie naruszy zasady uczciwej konkurencji**

Mając na względzie poczynione wcześniej uwagi, niezbędne staje się wskazanie, jakie okoliczności faktyczne mogą przesądzać o tym, że projektant nie zostanie wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 1 p.z.p. Możliwość precyzyjnego określenia tychże okoliczności wydaje się być niezwykle istotna z praktycznego punktu widzenia. Brak pewności wykonawców-projektantów w zakresie możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane może skutkować podejmowaniem przez te podmioty prób ominięcia przepisów ustawowych<sup>10</sup>. Nie powinno przy tym budzić wątpliwości, iż przesłanki wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego powinny być tak określone, by każdy wykonawca przed złożeniem oferty mógł samodzielnie ocenić, czy podlega wykluczeniu.

Przed omawianą nowelizacją p.z.p. kwestia wykluczenia projektanta w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 1 nie powinna rodzić większych kontrowersji. Na tej podstawie osoba taka każdorazowo podlegała wykluczeniu<sup>11</sup>. Obecna treść omawianego przepisu może natomiast być przyczyną sporów pomiędzy zamawiającym a wykonawcą<sup>12</sup>. Wprowadzenie postanowień mogących rodzić takie właśnie konsekwencje nie jest dobrym rozwiązaniem dla praktyki stosowania przepisów p.z.p. Dlatego konieczne wydaje się zasygnalizowanie kilku okoliczności, które mogłyby stanowić podstawę do uwzględnienia oferty składanej przez wykonawcę posługującego się osobą projektanta. Wskazanie takich okoliczności należy poprzedzić analizą przyczyn, jakie skłoniły ustawodawcę do wprowadzenia art. 24 ust. 2 pkt 1 do p.z.p. Jak podkreślano wcześniej, główną tego przyczyną była chęć realizacji zasady uczciwej konkurencji. Jak się wydaje, realizacja tejże zasady na mocy omawianego przepisu była dla ustawodawcy istotna.

Wykonawcy, którzy wykonywali czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania, znajdują się w lepszej sytuacji niż ci, którzy o postępowaniu dowiadują się z ogłoszenia. W szczególności mają oni wcześniej informację o tym, że postępowanie o udzielenie konkretnego postępowania będzie wszczynane. Niewątpliwie projektant ma dogłębną wiedzę na temat przedmiotu zamówienia i może wcześniej poczynić przygotowania

<sup>10</sup> Np. poprzez występowanie w jednym z postępowań pod szyldem innej osoby. Należy zaznaczyć, że dotyczy to zarówno sytuacji, gdy wykonawca jest jednocześnie projektantem, jak również gdy posługuje się osobami wykonującymi projekt, nawet jeżeli były pracownikami lub podwykonawcami u projektanta.

<sup>11</sup> Por. M. Stachowiak, [w:] M. Stachowiak, J. Jurzykowski, W. Dzierżanowski, *Prawo zamówień publicznych...*, s. 124-125,

<sup>12</sup> M. Płużański, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 265.



zmierzające do tego, by jego oferta była najkorzystniejsza. W szczególności może on nabyć niezbędne maszyny i urządzenia, wprowadzić zmiany organizacyjne w przedsiębiorstwie ułatwiające realizację zadania. Ponadto oferowana przez niego cena i termin wykonania nie będą musiały uwzględniać konieczności zapoznania się z dokumentacją projektową w takim zakresie, jak będą to musieli uczynić pozostali wykonawcy. Omawiane okoliczności mogą powodować znaczne wątpliwości, czy udział projektanta w postępowaniu o udzieleniu zamówienia publicznego na roboty budowlane w ogóle mógłby kiedykolwiek nie naruszać zasady uczciwej konkurencji. Wydaje się bowiem, że osoba, która wykonała całą dokumentację projektową, może mieć większą wiedzę na temat przedmiotu zamówienia niż sam zamawiający.

Zdaniem autorów możliwość taka pomimo wyżej wskazanych uwag istnieje, choć w bardzo ograniczonym spektrum. Dopuszczenie projektanta wymaga każdorazowo dogłębnej analizy konkretnych okoliczności danego zamówienia oraz poprzedzającego go zlecenia na roboty projektowe<sup>13</sup>. Szczególnie wiele uwagi należy poświęcić analizie przedmiotu zamówienia, w tym jego opisowi w SIWZ oraz dołączonym do specyfikacji dokumentom. Dokładna analiza powinna pomóc ustalić, czy wykonawca posługujący się projektantem miał lepszą wiedzę niż inni wykonawcy. Jeżeli zatem udział w postępowaniu przygotowawczym nie dał przewagi jednemu z podmiotów starających się o zamówienie, poprzez np. dłuższy czas na pozyskanie środków finansowych lub innego wykorzystania wiedzy o postępowaniu, której nie mieli inni wykonawcy, to podmiot ten nie powinien zostać wykluczony z tego postępowania. Taka sytuacja mogłaby wystąpić, gdyby przedmiot zamówienia był zbieżny z przedmiotem działalności wykonawcy na ogół przez niego wykonywanej, a możliwość wykonania zamówienia nie pociągała dla tego podmiotu potrzeby przeprowadzania zmian w organizacji przedsiębiorstwa, konieczności nabycia określonych maszyn i urządzeń itp.<sup>14</sup> Taki sam wniosek można wywieść, gdy informacje konieczne do spełnienia wymogów zamawiającego, w szczególności do określenia ceny, są ogólnie dostępne.

<sup>13</sup> Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 października 2008 r. (KIO/UZP 986/08).

<sup>14</sup> P. Wiśniewski wskazuje, iż przesłanką uzasadniającą brak konieczności wykluczenia wykonawców w oparciu o omawianym przepis (w zakresie nie naruszenia zasady uczciwej konkurencji) jest niedokonanie przez takiego wykonawcę czynności lub nienabycie wiedzy, „która pozwoliłaby mu na uzyskanie zamówienia publicznego przy pomocy środków niezajdujących usprawiedliwienia w mechanizmie konkurencji” (P. Wiśniewski [w:] G. Wicik, P. Wiśniewski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 185). Trudno jednak zgodzić się ze stanowiskiem, jakoby już sam fakt nabycia określonej wiedzy, która jedynie teoretycznie mogłaby przesądzić o udzieleniu wykonawcy zamówienia publicznego, mógłby naruszać zasadę uczciwej konkurencji. Okoliczności te należy oceniać przede wszystkim w sposób realny. Często już sam przedmiot zamówienia powoduje, że przedsiębiorcy zajmujący się działalnością zbieżną z tymże przedmiotem nie muszą podejmować żadnych nadzwyczajnych czynności, które miałyby umożliwić im złożenie oferty czy wykonanie zamówienia.

Nie bez znaczenia jest również sam sposób wykonania dokumentacji projektowej. Jeżeli bowiem okazałoby się, że dokumentacja ta budzi duże wątpliwości interpretacyjne wśród innych wykonawców, niewątpliwie podmiot taki byłby w pozycji uprzywilejowanej w stosunku do nich. Z drugiej jednak strony wykonawcy ci mogą celowo zgłaszać wątpliwości interpretacyjne, tak aby spowodować jego wykluczenie<sup>15</sup>.

Podkreślić raz jeszcze należy, iż to konkretne okoliczności pojawiające się w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego winny przesądzać o tym, czy udział wykonawcy nie utrudni uczciwej konkurencji. Przedstawiony powyżej jedynie przykładowy katalog takich okoliczności z pewnością nie może być uznany za uniwersalny, tj. właściwy w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Problem, jaki wyłania się w związku ze stosowaniem omawianych przepisów i zaprezentowanym w artykule stanowiskiem, to uzależnienie, wobec braku ugruntowanych poglądów doktryny i orzecznictwa w przedmiotowym zakresie, wykluczenia wykonawcy od poglądów zamawiającego i zachowania pozostałych wykonawców. Taką sytuację należy ocenić negatywnie. O ile w art. 24 ust. 2 pkt 1 p.z.p. słusznie przewidziano, że udział wykonawców, którzy wykonywali bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem postępowania, nie zawsze będzie naruszać zasadę uczciwej konkurencji, o tyle w praktyce jego treść rodzi niepewność po stronie takiego wykonawcy w kluczowej kwestii, tj. możliwości udziału w postępowaniu.

Zauważyć również trzeba, że bez większego znaczenia dla omawianego problemu jest to, iż zasadą staje się<sup>16</sup>, że na mocy umowy o prace projektowe projektant zobowiązany jest nie tylko do wykonania dokumentacji projektowej, ale również sprawowania nadzoru autorskiego<sup>17</sup>. Trudno wyobrazić sobie, by już tylko z tego powodu udział projektanta w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane miał naruszać zasadę uczciwej konkurencji i skutkować koniecznością wyłączenia tego podmiotu z postępowania. Zobowiązanie do pełnienia nadzoru autorskiego pozostaje bez wpływu na samo postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego.

---

<sup>15</sup> Teoretycznie żądanie wykluczenia wykonawcy (projektanta lub posługującego się osobami biorącymi udział w projektowaniu) na skutek takiego zachowania pozostałych wykonawców mogłoby zostać uznane za sprzeczne z zasadami współżycia społecznego czy dobrych obyczajów. Z praktycznego punktu widzenia udowodnienie tego, że wykonawcy celowo zgłaszają uwagi odnośnie do dokumentacji, jest znacznie utrudnione.

<sup>16</sup> A. Kidyba, *Prawo handlowe*, Warszawa 2009, s. 889.

<sup>17</sup> Por. art. 18 ust. 3 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane (tekst jedn. Dz.U. z 2010 r., nr 243, poz. 1623).

### **3. Określenie podmiotu, na którym spoczywa ciężar dowodu w zakresie wykazania nienaruszenia lub naruszenia zasady uczciwej konkurencji przez udział w postępowaniu wykonawcy, o którym mowa w art. 24 ust. 2 pkt 1 p.z.p.**

Treść komentowanego artykułu budzi również wątpliwości co do wskazania podmiotu, na którym spoczywa ciężar dowodu w zakresie wykazania, że udział konkretnego wykonawcy w postępowaniu nie będzie naruszał zasady uczciwej konkurencji.

W doktrynie podkreśla się, że ciężar dowodu w takim przypadku spoczywa na wykonawcy, natomiast zamawiający winien twierdzenia te poddać rzetelnej weryfikacji celem ustalenia, czy udział wykonawcy nie utrudni uczciwej konkurencji<sup>18</sup>. W tym zakresie zastosowanie ma przede wszystkim art. 6 kodeksu cywilnego. Zgodnie z tym przepisem to wykonawca składający ofertę byłby zobowiązany do wykazania, że nie podlega wykluczeniu. Taka interpretacja powoduje jednak, że w zasadzie art. 24 ust. 2 pkt 1 p.z.p. tworzy wzruszalne domniemanie prawne. Wykonawca mógłby przekonać zamawiającego, że jego wcześniejsze uczestnictwo w projektowaniu nie narusza zasady konkurencji, a tym samym nie powinien on być wykluczony z postępowania. Wydaje się, że podobne stanowisko prezentuje P. Wiśniewski, wskazując jednoznacznie że „zasadą jest wykluczenie z postępowania wykonawców, którzy wykonywali pewne czynności związane z jego przygotowaniem, wyjątkiem, który nie może być interpretowany rozszerzająco, jest możliwość udziału tych wykonawców w postępowaniu”<sup>19</sup>. Wioski powyższe potwierdza także wykładnia językowa art. 24 ust 2 pkt 1 p.z.p. wraz z jego nowelizacją z 2006 r.

Zaprezentowane wyżej poglądy zostały w znaczny sposób zakwestionowane w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 stycznia 2008 r.<sup>20</sup> Podniesiono tam, że z samego udziału wykonawcy w przygotowywaniu postępowania i to w sposób bezpośredni, czyli przez opracowanie dokumentacji projektowej i kosztorysu inwestorskiego, nie wynika domniemanie prawne, że wykonawca taki ma przewagę konkurencyjną nad innymi uczestnikami postępowania. W związku z powyższym to dopiero odwołujący powinien udowodnić, że w konkretnym przypadku zachodzi naruszenie zasady uczciwej konkurencji. Ponadto powołano tam wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 3 marca 2005 r., w którym zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej stwierdzono, że jednostka zamawiająca nie może odmówić uczest-

<sup>18</sup> P. Wiśniewski, [w:] G. Wicik, P. Wiśniewski, *Prawo zamówień publicznych...*, s. 184 (podobnie I. Skubiszak-Kalinowska, Zam.Pub.Dor.2008.8.20).

<sup>19</sup> P. Wiśniewski, [w:] G. Wicik, P. Wiśniewski, *Prawo zamówień publicznych...*, s. 184.

<sup>20</sup> Sygn. akt KIO/UZP 120/07.

nictwa w postępowaniu wykonawcy realizującemu określone prace badawcze, dające informacje na temat zamówienia, chyba że wykáže, iż przedsiębiorca odniósł z tego tytułu nieuzasadnione korzyści mogące zniekształcić normalne warunki konkurencji. Orzeczenie to jest korzystne tak dla wykonawców składających ofertę, jak i zamawiających. Nie ma już bowiem potrzeby badania, czy oferta złożona przez projektanta lub podmiot korzystający z usług takiej osoby podlega wykluczeniu, czy też nie. Mając jednak na uwadze obowiązującą treść art. 24 ust. 2 pkt 1 p.z.p., ze wskazanym wyrokiem nie sposób się zgodzić. Przede wszystkim zauważyć należy, iż Krajowa Izba Odwoławcza, uzasadniając swój pogląd stanowiskiem Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, nie zwróciła uwagi, że tenże wyrok w ogóle nie dotyczył kwestii, której przedmiotem było postępowanie toczące się pod sygnaturą KIO/UZP 120/07. Trybunał wypowiadał się w przedmiocie ustalenia, czy przepisy prawa wspólnotowego stoją na przeszkodzie zasadzie przewidzianej w art. 26 dekretu królewskiego z dnia 25 marca 1999 r., zmieniającego dekret królewski z dnia 10 stycznia 1996 r. oraz art. 32 dekretu królewskiego z dnia 25 marca 1999 r., zmieniającego dekret królewski z dnia 8 stycznia 1996 r., zgodnie z którą nie dopuszcza się do złożenia wniosku o udział lub złożenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane, dostawy lub usługi przez osobę, na której spoczywał obowiązek wykonania prac o celach badawczych, eksperymentalnych, naukowych lub rozwojowych w zakresie tych robót budowlanych, dostaw i usług, bez umożliwienia tej osobie wykazania, że w danym przypadku zdobyte przez nią doświadczenia nie mogły zakłócić konkurencji. Na podstawie wskazanych przepisów zamawiający mógł w ogóle nie dopuścić tychże podmiotów do udziału w postępowaniu, i to bez analizowania okoliczności powodujących naruszenie zasady uczciwej konkurencji<sup>21</sup>.

Niewątpliwie w obowiązującym w Polsce stanie prawnym powyższy problem nie istnieje w związku z faktem, że wykonawca może udowadniać przed zamawiającym, że jego udział w postępowaniu nie narusza zasady uczciwej konkurencji. To zamawiający musi ocenić w oparciu o dostarczone przez oferenta wyjaśnienia i dowody, że jego udział w postępowaniu nie narusza zasady uczciwej konkurencji. To zamawiający ma ocenić stan zagrożenia dla konkurencyjności w związku z uczestnictwem wykonawcy w postępowaniu<sup>22</sup>. Weryfikacja prawidłowości podjętej przez zamawiającego w tym zakresie decyzji może być dokonana przez Krajową Izbę Odwoławczą, a później ewentualnie przez sąd powszechny na podstawie skargi. Jednak w tych przypadkach skarżący musiałby udowodnić, że w danej sprawie doszło do naru-

<sup>21</sup> Powoływany wyrok ETS był jedną z przyczyn nowelizacji art. 24 ust. 2 pkt 1 p.z.p. i jego obecne brzmienie jest zgodne z treścią przedmiotowego orzeczenia.

<sup>22</sup> Tak słusznie A. Szyszkowski, [w:] A. Szyszkowski, A. Trześniewska-Markowicz, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz dla praktyków*, Gdańsk 2008, s. 64.

szenia zasady uczciwej konkurencji. Nie sposób przy tym przyjąć, że dopiero na tym etapie istnieje potrzeba weryfikacji, czy doszło do naruszenia zasady uczciwej konkurencji przez udział konkretnego wykonawcy w postępowaniu. Jak wcześniej wskazano, zamawiający sam musi dokonać oceny, czy zaistniały przesłanki skutkujące brakiem wykluczenia zamawiającego już na etapie dopuszczenia do postępowania. Organy odwoławcze będą ewentualnie weryfikować decyzje zamawiającego, nie mogą natomiast go zastępować. Warto zaznaczyć, że zgodnie z przyjętą w art. 24 ust. 2 pkt 1 p.z.p. zasadą, w większości przypadków zamawiający podejmie decyzje o wykluczeniu oferenta, gdy ten nie dostarczy mu żadnych dowodów. Trudno bowiem wyobrazić sobie sytuację, by to zamawiający udowadniał, że udział konkretnego wykonawcy nie naruszy zasady uczciwej konkurencji. Z istoty rzeczy jego rola ogranicza się jedynie do analizy okoliczności wskazanych przez wykonawcę, który co do zasady podlegałby wykluczeniu. Oczywiście analiza ta nie może pomijać tych okoliczności, o których zamawiający wie, czy też polegać na bezkrytycznym przyjmowaniu oświadczeń wykonawcy.

W związku z powyższym, zdaniem autorów, ubiegający się o udzielenie zamówienia wykonawca, który wcześniej wykonywał czynności, o których mowa w art. 24 ust. 2 pkt 1 p.z.p., winien zgodnie z art. 6 k.c. udowodnić, że jego udział w postępowaniu nie naruszy zasady uczciwej konkurencji. Oczywiście w przypadku, gdyby takiemu wykonawcy udzielono zamówienia publicznego, wówczas na odwołującym się od rozstrzygnięcia postępowania będzie ciążył obowiązek udowodnienia, że wybór wykonawcy w postępowaniu naruszył zasadę uczciwej konkurencji. Nie ulega bowiem wątpliwości, iż to odwołujący w toku postępowania odwoławczego będzie wywodził skutki prawne ze zgłaszanego zarzutu naruszenia omawianej zasady.

#### **4. Uwagi *de lege lata* i *de lege ferenda***

*De lege lata* należałoby zauważyć, iż uelastycznienie art. 24 ust 2 pkt 1 p.z.p. poprzez dodanie zwrotu „chyba że udział tych wykonawców w postępowaniu nie utrudni uczciwej konkurencji” nie może być ocenione w sposób bezkrytyczny. O ile bowiem przepis ten pozwala na to, by osoba, której udzielono zamówienia publicznego na wykonanie dokumentacji projektowej, mogła ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie robót budowlanych, oraz dowodzić, że jej udział w postępowaniu nie utrudni uczciwej konkurencji, nakłada na wykonawców ryzyko niekorzystnego dla nich interpretowania przepisów przez zamawiających (posiadających lub nieposiadających odpowiedniej wiedzy z zakresu zamówień publicznych), skutkującego wyłączeniem ich z postępowania lub jego przedłużeniem. Zwrot „chyba że udział tych wykonawców w postępowaniu nie utrudni uczciwej konkurencji”

nie pozwala na wskazanie precyzyjnych granic stosowania art. 24 ust. 2 pkt 1 p.z.p., co z kolei powoduje, iż oferenci starając się uniknąć niepewności swojej sytuacji prawnej, często decydują się na przedsięwzięcie czynności, których skutkiem jest ominięcie prawa, np. występując o udzielenie zamówienia publicznego poprzez inny podmiot. W rzeczywistości zarówno dokumentacja projektowa, jak i wykonanie jej powierzone jest tej samej osobie (w dwóch postępowaniach), natomiast formalnie występują dwie różne osoby.

Wydaje się, iż obecna regulacja nie realizuje celu, jaki powinien spełniać art. 24 ust. 2 pkt 1 p.z.p. *De lege ferenda* należy postulować, by przesłanki wyłączenia osób, o których mowa w tym przepisie, zostały na tyle sprecyzowane, by osoba, której udzielono zamówienia publicznego na wykonanie dokumentacji projektowej, mogła przed przystąpieniem do kolejnego postępowania w sposób precyzyjny ocenić, czy może podlegać wyłączeniu na podstawie omawianego przepisu.

## **Podsumowanie**

Na zakończenie należy podkreślić, iż zdaniem autorów analiza badanego przepisu prowadzi do wniosku, że w obowiązującym stanie prawnym zasadą jest wykluczenie oferenta, który projektował obiekty wchodzące w przedmiot zamówienia lub posługuje się taką osobą. Brak konieczności wykluczenia takiego oferenta jest jedynie odstępstwem od ogólnej zasady. Dlatego też jeżeli osoba, która wykonywała dokumentację projektową, nie udowodni, że w danym konkretnym przypadku jej udział w postępowaniu nie narusza zasady uczciwej konkurencji, winna zostać wykluczona z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 1 p.z.p. Decyzja zamawiającego w zakresie wykluczenia każdorazowo powinna uwzględniać okoliczności konkretnej sprawy.

**Paweł Romaniuk**

Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie

## **Dobre praktyki audytu wewnętrznego – możliwości we wszystkich sektorach gospodarki**

Audyt wewnętrzny w jednostce samorządu terytorialnego, a także w rozwiniętym sektorze prywatnym ma za zadanie realizację wszelkich zaplanowanych celów i działań. Czynności te mają dać kierownictwu jednostki pewność, że działania te są zgodne z prawem i w konsekwencji zmierzają do osiągania celów. Liczba tych celów jest określona w przepisach kompetencyjnych wyodrębniających zadania. Może się zdarzyć, że nie wszystkie cele będą mogły zostać zrealizowane. Taka sytuacja może być spowodowana nieprecyzyjnymi i nieoszacowanymi pomiarami dokonanyymi przez komórkę kontroli wewnętrznej. Zapobiegać takim przypadkom ma dobrze skonstruowany, opisany i prawidłowo działający w administracji terytorialnej i firmach prywatnych system audytu wewnętrznego. Jednak i on może być narażony na wiele negatywnych czynników – zależnych, a czasami niezależnych od samych audytorów. Lista takich sytuacji może być nieograniczona, jednak najistotniejsze i najważniejsze, z którymi jednostki publiczne i prywatne mogą się zetknąć, to:

- podejmowanie przez kierownictwo jednostki niesłusznych decyzji, chociażby na podstawie złych ustaleń audytowych;
- niepoważne traktowanie komórki audytu wewnętrznego przez kierownictwo jednostki;
- brak profesjonalizmu, odpowiedzialnego podejścia do swoich obowiązków przez audytorów, ewentualnie zwyczajne przemęczenie;
- niedozwolone praktyki ukrywania przez pracowników nieprawidłowych działań bądź nieinformowanie kierownictwa o popełnieniu przez pracowników czynów mających charakter działań niedozwolonych.

Można stąd wysunąć wnioski, iż komórki audytu wewnętrznego, odpowiednio skonstruowane i zmotywowane, mogą z powodzeniem wykrywać wszelkie nieprawidłowości i nie pozwolić na dotkliwe konsekwencje świadomych lub nieświadomych błędów. Kierownicy jednostek coraz częściej po-

strzegają komórki audytowe jako swoich „sojuszników”, którzy w odpowiednim czasie i za pomocą odpowiednich narzędzi prawnych – funkcjonalnych i organizacyjnych – są w stanie „ochronić” jednostkę przed przykrymi zdarzeniami. Mogą także stanowić swoistego rodzaju parasol ochronny dla kierownictwa jednostki przed przykrymi konsekwencjami wykrycia nieprawidłowości przez zewnętrzne jednostki kontroli bądź audytu.

Funkcjonowanie współczesnej administracji publicznej musi bezwzględnie wiązać się z audytem jej działalności. W polskim systemie prawnym wyróżnia się następujące kryteria, ze względu na które dokonuje się tego systemu nadzoru, a mianowicie: legalność, gospodarność, rzetelność i celowość<sup>1</sup>. Wymienione kryteria mają swoje odzwierciedlenie w zapisach ustawowych. Należy jednak bezwzględnie zaznaczyć, że nie każdy organ administracji publicznej jest lub będzie kontrolowany według tych czterech przesłanek. Zakres kontroli wyznacza ustawa i to ona określa prawa i obowiązki zarówno podmiotu, który kontroluje, jak i podmiotu, który jest kontrolowany. Każdy organ administracji publicznej musi zdawać sobie sprawę, że głównym jego celem jest realizacja przypisanych prawem zadań, a co za tym idzie – wyeliminowanie wszelkich ewentualnych nieprawidłowości i uchybień, które zawsze mogą się pojawić. Stąd wielki nacisk kładzie się obecnie na wewnętrzne komórki kontroli wewnętrznej, a przede wszystkim na komórki audytu wewnętrznego.

W 2009 r. Departament Audytu Sektora Finansów Publicznych Ministerstwa Finansów w znowelizowanej ustawie o finansach publicznych wprowadził zmiany<sup>2</sup> w zakresie funkcjonowania audytu wewnętrznego w jednostkach sektora finansów publicznych. Minister Finansów podjął się ważnego zadania, jakim było przetłumaczenie znowelizowanej wersji dotyczącej standardów audytu wewnętrznego w jednostkach sektora finansów publicznych<sup>3</sup>. Praktycy zajmujący się na co dzień audytem zauważyli, iż nowe uregulowanie prawne obejmuje wiele nowości zarówno w treści samych standardów, jak i nowych rozwiązań prawnych. Audytorzy standardów przymierzali się do określenia nowych działań, obszarów i elementów w ramach audytu, jak również zrewidowali stare odniesienia dla każdego działania i przyporządkowali im zreformowane i czasami zupełnie nowe znaczenia pojęciowe i interpretacyjne.

Konieczne będzie przywołanie w tym miejscu ważnych działań Sejmu. Najważniejszym dokumentem, który zmienił wiele w obszarze finansów pu-

<sup>1</sup> J. Jagielski, *Kontrola w administracji publicznej*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 2006, s. 67–75.

<sup>2</sup> Ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz.U. nr 157, poz. 1240 z późn. zm.).

<sup>3</sup> Patrz Komunikat Ministra Finansów nr 1 z dnia 19 lutego 2009 r. w sprawie standardów audytu wewnętrznego (Dz. Urz. MF nr 2, poz. 12).



blicznych i samego audytu, jest znowelizowana ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych<sup>4</sup>. Ustawa ta weszła w życie dopiero 1 stycznia 2010 r. Co ciekawe, zgodnie ze znowelizowaną ustawą o finansach publicznych, ustawodawca nałożył na wszystkie organy administracji publicznej, obowiązek posiadania (z dniem 1 stycznia 2010) procedur kontroli zarządczej. Jak wiadomo, spora część instytucji publicznych nie poradziła sobie z ustawowym obowiązkiem opracowania tych procedur. Jednak dużo zrozumienia wykazały zarówno kontrole zewnętrzne (Najwyższa Izba Kontroli, Regionalna Izba Obrachunkowa czy Urząd Kontroli Skarbowej), jak i wewnętrzne komórki audytu wewnętrznego, które pomagały w opracowywaniu procedur kontroli zarządczej. Sama ustawa o finansach publicznych w zestawieniu z jej poprzedniczką z roku 2005 wykazała nowe uregulowania w niektórych obszarach funkcjonowania audytu wewnętrznego jako część składową struktury organizacyjnej organów administracji publicznej.

Warto w tym miejscu wspomnieć o zmianach. Najważniejsze dotyczyły przede wszystkim:

- zmiany znaczenia definicyjnego samego audytu wewnętrznego,
- zmiany zakresu podmiotowego podmiotów, które będą poddane działaniom audytowym (taka lista w porównaniu z poprzednim wykazem w ustawie z 2005 r. została wydłużona),
- nowych obowiązków odnośnie do realizacji kontroli zarządczej oraz jej monitorowania i sprawozdawczości,
- wprowadzenia pojęcia kontroli zarządczej i jej głównych uwarunkowań,
- wyznaczenia nowych okresów do przygotowania i zatwierdzania sprawozdań z wykonania planu audytu za ubiegły rok budżetowy (wcześniej były inne terminy dotyczące realizacji tego obowiązku – teraz tym terminem jest ostatni dzień stycznia nowego roku budżetowego),
- obowiązku powołania do życia komitetu audytu, jak również wskazania jego zadań i kompetencji,
- zmiany zakresu kompetencji osób ubiegających się o prawo do wykonywania zadań audytowych (katalog tych praw został zwiększony i uszczegółowiony),
- rozszerzenia katalogu podmiotów mogących realizować zadania audytowe w jednostce sektora finansów publicznych (wcześniej była to tylko komórka audytu wewnętrznego) – obecnie takie zadania może zrealizować tzw. usługodawca, który nie jest zatrudniony w organie publicznym, lecz realizuje zadania na zasadzie umowy o dzieło lub umowy zlecenia<sup>5</sup>.

<sup>4</sup> Ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz.U. nr 157, poz. 1240 z późn. zm.).

<sup>5</sup> Patrz rozdział VI „Audyt wewnętrzny oraz koordynacja audytu wewnętrznego w jednostkach sektora finansów publicznych” ustawy o finansach publicznych, gdzie te uprawnienia zostały wyodrębnione.

Omawiając pozycję audytu wewnętrznego w kształtowaniu polityki kontroli i nadzoru, należy określić pojęcie audytu. Audyt wewnętrzny jest działalnością niezależną i obiektywną, której celem jest wspieranie ministra kierującego działem lub kierownika jednostki w realizacji celów i zadań przez systematyczną ocenę kontroli zarządczej oraz czynności doradcze. Ocena ta dotyczy w szczególności adekwatności, skuteczności i efektywności kontroli zarządczej w dziale administracji rządowej lub jednostce samorządu terytorialnego.

Audyt wewnętrzny prowadzi się m.in. w Kancelarii Prezesa Rady Ministrów, ministerstwach, urzędach wojewódzkich, izbach celnych, izbach skarbowych czy Narodowym Funduszu Zdrowia, a także w:

1) państwowych jednostkach budżetowych, jeżeli kwota ujętych w planie finansowym jednostki budżetowej dochodów lub kwota wydatków przekroczyła wysokość 40 000 tys. zł;

2) uczelniach publicznych, jeżeli kwota ujętych w planie rzeczowo-finansowym przychodów lub kosztów przekroczyła wysokość 40 000 tys. zł;

3) samodzielnych publicznych zakładach opieki zdrowotnej, które nie zostały utworzone przez jednostki samorządu terytorialnego, jeżeli kwota ujętych w planie finansowym przychodów lub kosztów przekroczyła wysokość 40 000 tys. zł;

4) agencjach wykonawczych, jeżeli kwota ujętych w planie finansowym przychodów lub kosztów przekroczyła wysokość 40 000 tys. zł;

5) państwowych funduszach celowych, jeżeli kwota ujętych w planie finansowym przychodów lub kosztów przekroczyła wysokość 40 000 tys. zł<sup>6</sup>.

Audyt wewnętrzny w jednostce prowadzi audytor wewnętrzny zatrudniony w jednostce albo usługodawca niezatrudniony w jednostce, zwany dalej „usługodawcą”.

W jednostce samorządu terytorialnego zadania przypisane kierownikowi jednostki związane z audytem wewnętrznym wykonują odpowiednio: wójt, burmistrz, prezydent miasta, przewodniczący zarządu jednostki samorządu terytorialnego. Bardzo jednak często komórki audytu wewnętrznego są tworzone w firmach prywatnych, by obok funkcjonującego systemu kontroli wewnętrznej zwiększyć ochronę posiadanych zasobów i skutecznie przeciwdziałać różnym nieprawidłowościom i błędom.

Kierownik jednostki, a w urzędzie administracji rządowej, w którym tworzy się stanowisko dyrektora generalnego urzędu, dyrektor generalny zapewnia warunki niezbędne do niezależnego, obiektywnego i efektywnego prowadzenia audytu wewnętrznego, w tym organizacyjną odrębność komórki audytu wewnętrznego oraz ciągłość prowadzenia audytu wewnętrznego w jednostce.

<sup>6</sup> Art. 274 ust. 2 ustawy o finansach publicznych.

Audytor wewnętrzny posiada prawo wstępu do pomieszczeń jednostki oraz wglądu do wszelkich dokumentów, informacji i danych oraz innych materiałów związanych z funkcjonowaniem jednostki, w tym utrwalonych na elektronicznych nośnikach danych, jak również do sporządzania ich kopii, odpisów, wyciągów, zestawień lub wydruków, z zachowaniem przepisów o tajemnicy ustawowo chronionej<sup>7</sup>. Pracownicy jednostki są zobowiązani udzielać informacji i wyjaśnień, a także sporządzać i potwierdzać kopie, odpisy, wyciągi lub zestawienia.

Audyt wewnętrzny przeprowadza się na podstawie rocznego planu audytu wewnętrznego, zwanego dalej „planem audytu”, a w uzasadnionych przypadkach także poza planem audytu. Do końca roku kierownik komórki audytu wewnętrznego w porozumieniu z kierownikiem jednostki przygotowuje na podstawie analizy ryzyka plan audytu na następny rok. Kierownik komórki audytu wewnętrznego, przeprowadzając analizę ryzyka, bierze pod uwagę w szczególności zadania wynikające z planu działalności, a także wytyczne ministra kierującego działem, komitetu audytu oraz szczegółowe wytyczne Ministra Finansów. Do końca stycznia każdego roku kierownik komórki audytu wewnętrznego sporządza sprawozdanie z wykonania planu audytu za rok poprzedni. Plan audytu oraz sprawozdanie z wykonania planu audytu stanowią, udostępnianą na wniosek, informację publiczną w rozumieniu ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej<sup>8</sup>. Informacji publicznej nie stanowią inne dokumenty wytworzone przez audytora wewnętrznego w trakcie prowadzenia audytu wewnętrznego.

Do przeprowadzania audytu wewnętrznego w jednostce samorządu terytorialnego, w tym w jej jednostkach organizacyjnych, audytora wewnętrznego zatrudnionego w urzędzie jednostki samorządu terytorialnego upoważnia odpowiednio: wójt, burmistrz, prezydent miasta, przewodniczący zarządu jednostki samorządu terytorialnego. W przypadku, gdy do przeprowadzenia audytu wewnętrznego konieczne jest dokonanie czynności w innych jednostkach w dziale, minister kierujący działem może upoważnić audytora wewnętrznego zatrudnionego w ministerstwie do ich dokonania. Natomiast w przypadku, gdy do przeprowadzenia audytu wewnętrznego konieczne jest dokonanie czynności w jednostce podległej lub nadzorowanej, kierownik jednostki nadrzędnej lub nadzorującej może upoważnić audytora wewnętrznego zatrudnionego w tej jednostce do ich dokonania. Jednak w przypadku, gdy do przeprowadzenia audytu wewnętrznego konieczne jest dokonanie czynności w jednostkach organizacyjnych stanowiących aparat pomocniczy kierowników zespolonych służb, inspekcji i straży wojewódzkich, wojewoda może upo-

<sup>7</sup> Ustawa z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (Dz.U. nr 182, poz. 1228).

<sup>8</sup> Ustawa z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (Dz.U. nr 112, poz. 1198 z późn. zm.).

ważniac audytora wewnętrznego zatrudnionego w urzędzie wojewódzkim do ich dokonania.

Kadra kierownicza prywatnej firmy korzystająca z doświadczeń organów administracji publicznej, chcąc efektywnie obniżyć ryzyko własnej działalności i chronić przedsiębiorstwo przed stratami, powinna poddawać okresowej kontroli procesy biznesowe, funkcjonowanie systemów i jednostek organizacyjnych w strukturze podmiotu oraz mechanizmy kontroli wewnętrznej. Aby wyniki mogły właściwie służyć doskonaleniu procesów wewnętrznych przedsiębiorstwa i poprawie efektywności mechanizmów kontroli, badania powinny być przeprowadzane przez profesjonalnego i niezależnego audytora.

Rola audytu w firmach prywatnych, podobnej jak w instytucjach publicznych ma za zadanie monitorować i doskonalić mechanizmy systemu kontroli wewnętrznej oraz oceniać zarządzanie ryzykiem. Pomocna w monitorowaniu zadań i określaniu potencjalnych zagrożeń i niebezpieczeństw, które czyhają na podmioty sektora prywatnego, jest prawidłowa analiza ryzyka, dokonana przez audyt wewnętrzny firmy. Dzięki takim działaniom kierownicy firm wiedzą, jakie obszary są najbardziej narażone na niebezpieczeństwo prawdopodobieństwa ich wystąpienia i jakich działań muszą dokonać, aby te sytuacje ograniczyć bądź umiejętnie je neutralizować. Stąd duży nacisk na możliwość włączenia komórki audytu wewnętrznego w struktury organizacyjne firmy prywatnej. Badania pokazują, że coraz więcej firm korzysta z takiej możliwości, gdyż dobrze działająca komórka audytu wewnętrznego potrafi w odpowiedni sposób zareagować na zagrożenia i zapewnić kierownictwo firmy, że dany podmiot działa prawidłowo i – co najważniejsze – jest pod pełną kontrolą prawną i funkcjonalną komórki audytu wewnętrznego. Utworzona w przedsiębiorstwie jednostka organizacyjna audytu wewnętrznego ma możliwość systematycznego identyfikowania obszarów ryzyka, szczególnie w trakcie wprowadzania do jednostki różnorodnych zmian, innowacji, nowych rozwiązań prawnych i funkcjonalnych<sup>9</sup>.

Warto w tym miejscu omówić zasadę bezstronności i obiektywizmu działań audytora. W komórce audytu wewnętrznego powinny być zatrudnione osoby, które posiadają dostateczną wiedzę na temat funkcjonowania firmy i ewentualnych trudności w sposobie realizacji zadań. W praktyce przyjęło się, iż w skład komórki audytu wewnętrznego nie wchodzi osoby ze strategicznego kierownictwa firmy. Firma, która chce posiadać wyspecjalizowaną komórkę audytu wewnętrznego, nie powinna wyznaczać osób ze ścisłego zarządu do obsady w komórce audytu. Konieczny jest bowiem dystans i obiektywizm. Trudno pełnić jednocześnie funkcje kierownicze w jednostce, a później ją samemu oceniać. Takie praktyki nie miałyby również uzasadnienia

<sup>9</sup> Patrz J. Marciniak, *Audyt funkcji personalnej w przedsiębiorstwie*, Oficyna Ekonomiczna, Kraków 2005, s. 45–87.

prawnego w instytucjach publicznych, gdyż złamana zostałaby zasada bezstronności, obiektywizmu osądu oraz niezależności funkcjonalnej. Są jednak pewne możliwości prawne, które potrafią zaradzić podobnej sytuacji. Do życia powołane zostały dwie instytucje: outsourcing i co-sourcing.

Outsourcing polega na powierzaniu specjalistycznym firmom zewnętrznym obsługi niektórych procesów biznesowych i funkcji wewnętrznych przedsiębiorstwa, które nie są kluczowe dla jego działalności, lecz wspomagają działalność podstawową. Specjalistyczne usługi outsourcingowe obejmują swym zakresem wiele płaszczyzn funkcjonowania przedsiębiorstwa. W ramach zawieranych umów najczęściej realizowane są usługi w zakresie informatyki, organizowania specjalistycznych szkoleń, doradztwa personalnego, rachunkowości, finansów i analizy finansowej przedsiębiorstw, doradztwa prawnego, organizacji i zarządzania, marketingu, projektowania, technologii i produkcji, logistyki, funkcji administracyjnych i innych<sup>10</sup>.

Pomioty prywatne coraz częściej powierzają część swoich zadań, funkcji i kompetencji niezależnym od siebie instytucjom zewnętrznym. Wyodrębnia się kilka przyczyn takich zachowań:

- lepsza jakość funkcjonowania firmy dzięki nowym rozwiązaniom,
- nowe kierunki zarządzania firmą po wprowadzeniu innowacyjnych technik kierowania ludźmi, procesami i obszarami zadań,
- korzystanie z nowych umiejętności firm zewnętrznych,
- wykorzystanie innych rozwiązań do ulepszenia procesu produkcji czy usług,
- zastosowanie nowinek z zakresu informatyki, programistki czy kultury organizacyjnej,
- minimalizacja kosztów realizowanych zadań,
- redukcja zbędnych etatów,
- współpraca z najlepszymi ekspertami i specjalistami z zakresu funkcjonowania danej firmy.

Co-sourcing także polega na zleceniu firmie z zewnątrz wykonania pewnych prac, do których przedsiębiorstwo prywatne nie posiada wyspecjalizowanej kadry lub dostatecznych środków finansowych czy technologicznych. Podczas gdy outsourcing wykorzystuje wszystkie swoje narzędzia (zasoby ludzkie, prawne, technologiczne) dla dobra przedsiębiorstwa, czasami je nawet zastępując, co-sourcing ogranicza się do etapowej, cząstkowej realizacji przedsiębiorstwa, wprowadzając swoje działania w wąskiej specjalizacji lub wyodrębnionej sekwencji. Coraz więcej firm chcących generować zysk i minimalizować straty powierza całość bądź część swoich zadań firmom niezależnym, profesjonalnie świadczącym swoje usługi. Takie praktyki w Europie

---

<sup>10</sup> Patrz K. Knedler (red.), M. Stasik, *Audyt wewnętrzny w praktyce. Audyt operacyjny i finansowy*, Polska Akademia Rachunkowości S.A., Łódź 2005, s. 102–131.

Zachodniej czy Stanach Zjednoczonych są normą, czymś, co można spotkać w każdym mieście i w każdym czasie.

Są jednak pewne oczekiwania przedsiębiorców korzystających w usług zarówno outsourcingu, jak i co-sourcingu. Szefowie firm dążą do sytuacji, w której działania podmiotów zewnętrznych spowodują wzrost efektywności pracy, przyczynią się do większego zaangażowania pracowników oraz pogłębienia ich wiedzy, umiejętności i doświadczenia. Chodzi tu o skutek wartości dodanej poprzez wykorzystanie nowych możliwości i rozwiązań w realizacji zadań i osiąganiu coraz wyższych celów. W sytuacji współpracy przedsiębiorstw z firmami zewnętrznymi kadra zarządzająca może powierzyć część swoich obowiązków specjalistom, a sama zająć się nowymi, priorytetowymi obszarami działalności przedsiębiorstwa.

Każde z tych rozwiązań powoduje, że nie traci się najważniejszego elementu wkomponowanego w sferę biznesu, jakim jest czas. Dobre zarządzanie czasem, umiejętne wykorzystanie potencjału tkwiącego zarówno w samym przedsiębiorstwie, jak i w firmach zewnętrznych przyczynia się do poprawy jakości świadczonych usług, a tym samym rozszerza krąg potencjalnych klientów i podmiotów zainteresowanych współpracą.

Każda jednostka publiczna posiadająca w swoich zasobach komórkę audytu wewnętrznego może mieć przekonanie, że dobrze inwestuje swoje pieniądze i pomysły. Audyt wewnętrzny pełni coraz ważniejszą rolę w dostarczaniu ścisłemu kierownictwu wiedzy i informacji z zakresu funkcjonowania zarządzanej jednostki. W sektorze publicznym dokonuje analizy ryzyka i na tej podstawie wyodrębnia najbardziej prawdopodobne ryzyka. Audytorzy wewnętrzni kontrolują większość istotnych procesów, które są realizowane w jednostkach publicznych. Sprawiedliwy, rzetelny, obiektywny osąd takich działań daje zapewnienie, że wszystkie procesy realizowane są przy minimalnym poziomie ryzyka. Nie zawsze się to udaje. Trzeba pamiętać, że wszędzie pracują ludzie, możliwe są zatem różne pokusy, zaniedbania bądź celowe działania wymierzone przeciwko danej jednostce. Wszystkiego nie uda się przewidzieć, dlatego tak ważną rolę odgrywa prawidłowy proces rekrutacji audytorów wewnętrznych w podmiotach publicznych. Nic dziwnego, że sektor prywatny bardzo chętnie korzysta z doświadczeń audytorów wewnętrznych zatrudnionych w instytucjach publicznych. Warto jednak przypomnieć, iż to najpierw w sektorze prywatnym pojawiło się m.in. zarządzanie ryzykiem, identyfikacja tego pojęcia i wdrażanie go w działalność gospodarczą. Kolejną ważną sprawą będzie poziom zarobków i motywacji pracowników. Duże firmy korporacyjne, które realizują zadania, by generować zyski, potrafią tak uszczelnić system kontroli i audytu (zatrudnić najlepszych i zapłacić najwięcej), aby wypracowany czasami z wielkim wysiłkiem zysk nie był roztrwoniony po wystąpieniu ryzyka, które nie zostało na czas dostrzeżone oraz zidentyfikowane. Jednak nie zawsze wynagrodzenie jest najważniejsze. Cza-

sem prestiż, uzyskanie doświadczenia czy nowej wiedzy daje audytorom wiele satysfakcji i przygotowuje ich do zmierzenia się z nowymi, sukcesywnie wprowadzanymi zmianami w zakresie audytu wewnętrznego.

Przedsiębiorcy są otwarci na nowe wyzwania. Oczekują od rządu, a także jednostek samorządu terytorialnego zachęty do współpracy i lepszych warunków do prowadzonej działalności gospodarczej. Wielu z tych ludzi nie korzysta z możliwości nawiązania jakiegokolwiek współpracy. Każdy jednak wie, że w warunkach gospodarki rynkowej jest się silnie uzależnionym od sektora publicznego. Należy zatem dążyć do wypracowywania wspólnych mechanizmów tej współpracy i jak najlepszych wzajemnych relacji.

Przedsiębiorcy Warmii i Mazur to ludzie pozytywnie nastawieni do nowych wyzwań i pomysłów. Trzeba dać im tylko zachętę, w postaci chociażby ulg podatkowych, a zacząć inwestować i wprowadzać nowe technologie. Jednak nigdy nie uniknie się konfliktów czy nieporozumień. Trzeba zwrócić przede wszystkim uwagę na utrudnienia prawne w prowadzeniu własnej działalności gospodarczej. Mimo to wielu przedsiębiorców jest zdeterminowanych i nadal widzi swoje szanse i możliwości rozwoju.

W ciągu ostatnich kilku lat pozycja audytu wewnętrznego bardzo wzrosła. Jego możliwości stają się coraz bardziej przydatne w prawidłowo funkcjonujących jednostkach zarówno sektora publicznego, jak i prywatnego. Coraz częściej mówi się, że dobre zarządzanie musi być obwarowane dobrze funkcjonującą w danej jednostce komórką audytu wewnętrznego. I to jest prawda<sup>11</sup>. Audyt wspiera kierownictwo jednostki, wspiera też wszystkich pracowników. Zapobiega wystąpieniu nieprawidłowości, a w sytuacji ich zdefiniowania stara się nie tylko je zminimalizować, ale też często je eliminuje. Takie działania stają się sukcesem każdej jednostki, bez względu na branżę i sektora działania.

Każda organizacja ma pewne oczekiwania względem audytu wewnętrznego<sup>12</sup>. Ostatnie wydarzenia gospodarcze, polityczne i społeczne wykazały, że każdemu zależy na dobrze funkcjonującej komórce audytu. Rośnie świadomość, iż dobrze prosperujący audyt stanowi wartość dodaną, nakreśla wszelkie korzyści i niezbędne potrzeby oparte na nowoczesnych technikach realizowania audytu wewnętrznego<sup>13</sup>.

<sup>11</sup> Por. T. Kiziukiewicz (red.), *Audyt wewnętrzny w jednostkach sektora finansów publicznych*, Wydawnictwo Difin, Warszawa 2009.

<sup>12</sup> Audyt wewnętrzny, według definicji Międzynarodowego Stowarzyszenia Audytorów Wewnętrznych, to działalność niezależna, obiektywnie zapewniająca (ang. *assurance*) i doradcza, której celem jest przysporzenie wartości i usprawnienie działalności operacyjnej przedsiębiorstwa. Działanie audytu wewnętrznego pomaga organizacji w osiągnięciu jej celów poprzez systematyczne i konsekwentne podejście do oceny i doskonalenia skuteczności procesów zarządzania ryzykiem, kontroli wewnętrznej i ładu korporacyjnego.

<sup>13</sup> Por. R. Czerniawski, A. Rapacka, *Pomiędzy prawem a finansami. Poradnik członka rady nadzorczej spółki akcyjnej*, Wolters Kluwer, Warszawa 2007, s. 232–265.

Audyt oparty przede wszystkim na procesie oceny i analizy ryzyka jest dużo bardziej wydajny i skuteczny, ogranicza bowiem w znaczący sposób zaangażowanie środków, dostarczając dużo bardziej wartościowych i aktualnych informacji wspomagających bieżące procesy zarządcze i decyzyjne w jednostce. Każdy kierownik sektora publicznego czy prywatnego musi jednak wiedzieć, iż władcze oddziaływanie kierownictwa jednostki na audytorów jest w dużym stopniu ograniczone<sup>14</sup>. Dotyczy to przede wszystkim konieczności zapewnienia im niezależności, swobody oceny zaistniałych faktów i braku możliwości wpływania na wyniki ustaleń. Spełniając dopiero te przesłanki, przedsiębiorcy i instytucje publiczne będą pewni, że mechanizmy funkcjonowania audytu są zgodne z międzynarodowymi praktykami audytu wewnętrznego.

Warte jest jeszcze rozważenie problemu ograniczenia audytu w prace na rzecz działań mających charakter operacyjny. Należy w tym miejscu przywołać dokument obrazujący stanowisko w zakresie roli audytu wewnętrznego w przedsiębiorstwie obejmującym zarządzanie ryzykiem – *Position Statement: The Role of Internal Audit in the Enterprise-wide Risk Management II A*<sup>15</sup>. Na tej podstawie komórka audytu wewnętrznego w przedsiębiorstwie nie powinna sterować procesami związanymi z zarządzaniem ryzykiem w jednostce, nie powinna też być decyzyjnie związana ze zwalczaniem ryzyk w organizacji (jest to rola kierownictwa), a także pod żadnym pozorem brać na siebie ciężaru odpowiedzialności za procesy zarządzania ryzykiem w firmie. Jednak pomijawszy te charakterystyczne ograniczenia, przedsiębiorcy powinni uzmysłowić sobie, jak ważną rolę pełni audyt, jak wiele dobrego może zrobić i jak bardzo chroni kierownictwo firmy przed utratą zaufania publicznego, a przede wszystkim daje możliwości pełnego rozwoju w coraz to trudniejszych czasach.

---

<sup>14</sup> Badania przeprowadzone przez międzynarodowe konsorcjum McKinsey & Company w 2002 r., powtarzane również cyklicznie w następnych latach.

<sup>15</sup> Definicja według *The Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission*.



**Michał Hejbudzki**

Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie

## **Reglamentacja działalności gospodarczej domów składowych**

### **Wprowadzenie**

Restytucja instytucji domów składowych do polskiego porządku prawnego nastąpiła ustawą z dnia 16 listopada 2000 r. o domach składowych oraz o zmianie Kodeksu cywilnego, Kodeksu postępowania cywilnego i innych ustaw (dalej: u.d.s.)<sup>1</sup>. Rozwiązania prawne przyjęte w przepisach u.d.s. co do zasady powieliły polskie unormowania z okresu międzywojennego<sup>2</sup> oraz obowiązujące na ziemiach polskich w okresie zaborów<sup>3</sup>, jak również w głównych zarysach pozostają zgodne z aktualnymi unormowaniami występującymi w wielu państwach<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Dz.U. nr 114, poz. 1191 ze zm.

<sup>2</sup> Zob. rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 28 grudnia 1924 r. o prawie o domach składowych (Dz.U. nr 114, poz. 1020) oraz art. 647–681 rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 27 czerwca 1934 r. – Kodeks handlowy (Dz.U. nr 57, poz. 502).

<sup>3</sup> W zaborze austriackim obowiązywała ustawa z 28 kwietnia 1889 r. o zakładaniu i prowadzeniu publicznych domów składowych i o dowodach składowych, które domy takie wystawiają (pełny tekst ustawy zob. w: *Ustawa handlowa wraz z ustawami dodatkowymi w tłumaczeniu Prof. Dra Józefa Rosenblata*. Wydanie trzecie z objaśnieniami Prof. Dr. Stanisława Wróblewskiego, t. II, *Ustawy dodatkowe*, Kraków 1917, s. 278 i n.); w zaborze niemieckim obowiązywały art. 416–424 niemieckiego *Handelsgesetzbuch* (HGB) z 10 maja 1897 r. (pełny tekst zob. T. Zborowski, *Niemiecki kodeks handlowy z dnia 10 maja 1897 r. z uwzględnieniem ustaw uzupełniających, na język polski przełożył i wydał Tadeusz Zborowski radzca sądu okręgowego w Inowrocławiu*, Poznań 1912, s. 118 i n. oraz *Kodeks handlowy obowiązujący na ziemiach zachodnich Rzeczypospolitej Polskiej*, przekład urzędowy z uwzględnieniem ustawodawstwa polskiego, Poznań 1924, s. 143 i n.); natomiast w zaborze rosyjskim ustawa z 1888 r. o składach towarowych (omówienie ustawy zob. W. Andrychiewicz, *Studia Władysława Andrychiewicza poprzedzone wspomnieniem o nim, skreślone przez Adolfa Suligowskiego*, Warszawa 1903, s. 241 i n. oraz W. Andrychiewicz, *Składy towarowe i warranty*, [w:] *Encyklopedia handlowa*, Warszawa 1891, s. 766 i n.), choć obowiązywanie tej ustawy w Królestwie Polskim było kwestią sporną.

<sup>4</sup> Tytułem przykładu można wskazać Francję (art. L 522-1-L 522-40 francuskiego k.h.), Włochy (art. 1787–1797 włoskiego k.c. oraz przepisy rozporządzenia z dnia 1 lipca 1926 r. O organizacji domów składowych), Niemcy (§ 475b–475g niemieckiego k.h.) oraz USA (przepisy części 7 *Uniform Commercial Code*, jednakże zastosowanie tych regulacji do rolnych domów składowych jest ograniczone przez prawo federalne, czego wyrazem jest *United States Warehouse Act* z 2000 r. oraz *Regulations for the United States Warehouse Act*).

Przepisy art. 2 pkt 1 i 2 u.d.s. definiują dom składowy jako przedsiębiorcę uprawnionego do prowadzenia przedsiębiorstwa składowego w sposób określony w u.d.s. Z kolei określenie „przedsiębiorstwo składowe” oznacza przedsiębiorstwo służące świadczeniu usług składu w sposób określony w u.d.s. Jednocześnie szczegółowa analiza unormowań u.d.s. wskazuje, że domy składowe są kwalifikowanymi przedsiębiorcami składowymi, o czym świadczy podporządkowanie ich aktywności regułem działalności regulowanej oraz wyposażenie ich w atrybut zbywania przez licytację publiczną rzeczy złożonych na skład, a zwłaszcza uprawnienie do wystawiania dowodów składowych. Stosownie zaś do przepisu art. 2 pkt 3 u.d.s. dowód składowy oznacza zbywalny przez indos dokument wydany przez dom składowy, składający się z dwóch części, z których jedna (rewers) stwierdza posiadanie rzeczy złożonych na skład, a druga (warrant) stwierdza ustanowienie zastawu na rzeczach złożonych na skład.

Całokszaft unormowań dotyczących domów składowych, analiza przesłanek przywrócenia instytucji domów składowych oraz zadania i cele, które wiążą się z ich działalnością, prowadzą do wniosku, że celem działalności domów składowych jest pełnienie określonych funkcji na rynku. Możliwe i zasadne jest kreowanie trzech podstawowych funkcji domów składowych, z których pierwsza wiąże się z przechowywaniem towarów, druga dotyczy usprawnienia obrotu towarowego, natomiast trzecia polega na wprowadzeniu nowej podstawy udzielania kredytu, którego zabezpieczeniem są towary.

Badania empiryczne dotyczące działalności domów składowych w Polsce po 2001 r. pozwoliły na wyodrębnienie dwóch okresów.

Pierwszy z nich to lata 2002–2004, gdy wzrost liczby domów składowych był odwrotnie proporcjonalny do wystawianych przez nie dowodów składowych. Jak wynika z danych z tego okresu, w 2002 r. 20 istniejących wówczas domów składowych wystawiło łącznie 1014 dowodów składowych<sup>5</sup>, w 2003 r. 32 domy składowe wystawiły 900 dowodów składowych<sup>6</sup>, natomiast w 2004 r. 33 domy składowe wystawiły zaledwie 14 dowodów składowych<sup>7</sup>.

Drugi okres przypada na lata 2005–2008 i charakteryzuje się gwałtownym załamaniem funkcjonowania domów składowych w Polsce przy jednoczesnym drastycznym spadku zainteresowania dowodami składowymi ze strony składających. Przekonują o tym dane z lat 2005–2008<sup>8</sup>, z których wynika, że w okresie tym w ogóle nie doszło do wystawienia w naszym kraju

<sup>5</sup> Sprawozdanie z działalności Składowego Funduszu Gwarancyjnego za 2002 r., s. 1 i 2.

<sup>6</sup> Sprawozdanie z działalności Składowego Funduszu Gwarancyjnego za 2003 r., s. 1 i 2.

<sup>7</sup> Sprawozdanie z działalności Składowego Funduszu Gwarancyjnego za 2004 r., s. 1 i 2.

<sup>8</sup> Sprawozdanie z działalności Składowego Funduszu Gwarancyjnego z lat 2005, 2006.

W 2007 r. w rejestrze przedsiębiorstw składowych było wpisanych osiem domów składowych, chociaż żaden z nich faktycznie nie prowadził działalności. W marcu 2008 r. z rejestru przedsiębiorstw składowych został wykreślony ostatni dom składowy.

dowodów składowych. W praktyce oznacza to, że w latach 2005–2008 w Polsce nie istniał zdematerializowany obrót składowanymi rzeczami przy użyciu rewersów, a co za tym idzie, domy składowe nie pełniły jednej z właściwych im funkcji.

## **Zakres i przedmiot rozważań**

Przepisy u.d.s. pozwalają na podział wszystkich domów składowych na dwie kategorie w oparciu o kryterium rodzaju składowanych rzeczy, tj. domy składowe przyjmujące na skład towary rolne albo przemysłowe, przy czym regulacja każdego z wymienionych rodzajów domów składowych charakteryzuje się pewnymi odmiennosaciami.

Zakres rozważań w niniejszym artykule został ograniczony do działalności rolnych domów składowych z uwagi na znaczenie, jakie zostało nadane tej instytucji.

Po pierwsze, prawodawca powierzył rolnym domom składowym pełnienie pewnych zadań o charakterze nadrzędnym, istotnym z punktu widzenia realizacji polityki społeczno-gospodarczej i rolnej państwa, np. redukcjonowanie sezonowości nadpodaży mającej miejsce zwykle w każdym roku i okresowego spadku cen, w dłuższej zaś perspektywie eliminowanie negatywnych konsekwencji powodowanych cyklicznymi okresami nadwyżek i niedoborów. Wykorzystywanie zapasów zgromadzonych uprzednio w rolnych domach składowych miało uniezależnić gospodarkę państwa od klęski nieurodzaju i związanego z nią zmniejszenia ilości produktów rolnych.

Po drugie, w oparciu o działalność rolnych domów składowych realizowane miały być zadania polegające na budowie nowoczesnego rynku towarowego, w tym zorganizowanie odpowiedniego zaplecza magazynowego dla giełd towarowych oraz utrzymywanie płynności rynkowej w ramach poszczególnych segmentów rynku.

Po trzecie, instytucja domów składowych miała służyć stworzeniu warunków, w których producenci rolni mogliby uczestniczyć w wymianie rynkowej jako równorzędni partnerzy, którym przysługuje wybór między sprzedażą, skorzystaniem z usług domu składowego oraz przechowaniem produktów rolnych we własnych magazynach. Poza tym działalność domów składowych miała poprawić kondycję finansową rolników poprzez dodatkową formę finansowania rolnictwa za pomocą kredytu warrantowego. Intencją państwa było także usprawnienie monitorowania stanu zapasów i zwiększenie stopnia transparentności transakcji rynkowych.

Ponadto przy wyborze zakresu rozważań niemałe znacznie miała okoliczność, iż poza sektorem rolnym rola domów składowych na innych rynkach branżowych do tej pory w ogóle się nie ujawniła. Z uwagi na powyższe

przedmiotem niniejszego opracowania zostały uczynione prawne regulacje dotyczące reglamentacji działalności gospodarczej rolnych domów składowych.

## **Reglamentacja działalności domów składowych w ujęciu ogólnym**

Cechą charakterystyczną towarzyszącą aktywności domów składowych w porządkach prawnych wielu państw jest reglamentacja ich działalności. Jednakże stopień i zakres ingerencji państwa w sferę zastrzeżoną dla działalności domów składowych jest różny. Wybór najwłaściwszej formy prawnej reglamentacji działalności domów składowych albo zupełna z niej rezygnacja jest zadaniem skomplikowanym. Wymaga nie tylko znajomości specyfiki domów składowych, ale również otoczenia, w którym powinny funkcjonować, zwłaszcza sektora giełd towarowych oraz rynku towarowo-kredytowego, a przede wszystkim mentalności i świadomości społeczności, której przedstawiciele są beneficjentami tej instytucji. Warianty możliwych rozwiązań, przyjmowane w różnych okresach obowiązywania w Polsce regulacji instytucji domów składowych, były odpowiedzią na istniejący stan prawny i gospodarczy oraz uwarunkowania polityczne. Stąd działania nowatorskie, niewątpliwie wskazane i często uzasadnione, powinny być poprzedzone bilansem korzyści i szkód, które mogą przynieść w finalnym rachunku. W zależności od przybranej formy reglamentacja może w różnym stopniu wpływać na istnienie i rozwój domów składowych. Regulacje prawne zawsze powinny uwzględniać istniejące stosunki, zwłaszcza społeczne i gospodarcze. Nie bez znaczenia pozostaje tu czynnik zaufania do instytucji domów składowych, wyraz społecznej akceptacji dla ich aktywności i zasadności funkcjonowania, jak również realia gospodarcze. Stąd ocena przyjętych przez ustawodawcę rozwiązań nie może od tych elementów abstrahować.

Przyjęty w Polsce model reglamentacji działalności gospodarczej domów składowych, polegający na uznaniu jej za działalność regulowaną, znajduje bogaty materiał prawnoporównawczy. Stanowią go przede wszystkim rozwiązania przyjęte w dotychczas obowiązujących w kraju regulacjach. Urzeczywistnione przez prawodawcę koncepcje posiadają tę zaletę, że mogą podlegać ocenie poprzez pryzmat wywołanych skutków. Równie ważne są rozwiązania występujące w prawodawstwach państw obcych, ponieważ pozwalają zaobserwować utrzymujące się tendencje, zwłaszcza w tych krajach, w których działalność domów składowych występuje na większą skalę.

## Polskie koncepcje reglamentacji działalności domów składowych

Stanowisko ustawodawcy w kwestii wyboru formy reglamentacji działalności gospodarczej domów składowych ewoluowało, co pozwala z perspektywy chwili obecnej wyróżnić trzy koncepcje realizowane w różnych okresach.

Pierwsza z nich charakteryzowała się najdalej posuniętą ingerencją państwa, dostrzegalną w stadium tworzenia i funkcjonowania domów składowych, polegającą na obowiązku uzyskania koncesji i obecna była w regulacjach przedwojennych. Pomysł wprowadzenia koncesji na prowadzenie publicznego przedsiębiorstwa składowego, a zatem wyposażonego w prawo wydawania zbywalnych przez indos dowodów składowych oraz dokonywania publicznego przetargu złożonych przedmiotów wyrażał już przepis art. 3 projektu ustawy o domach składowych z 1921 r.<sup>9</sup>

Kontynuację tej idei stanowiły przepisy art. 17–21 rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 28 grudnia 1924 r. o prawie o domach składowych<sup>10</sup> (dalej: rozp. z 1924 r.). Zgodnie z nimi dom składowy publiczny mógł powstać tylko na mocy koncesji rządowej wydanej na czas oznaczony i udzielanej przez Ministra Przemysłu i Handlu w porozumieniu z Ministrem Skarbu i innymi zainteresowanymi ministrami. Otrzymanie koncesji nakładało na dom składowy publiczny obowiązek stałego bez przerw prowadzenia przedsiębiorstwa. W koncesji można było szczegółowo wymienić towary dopuszczone do składu lub wyłączyć niektóre z towarów od przechowywania. Odmowa koncesji lub jej ograniczenie następowało bez podania uzasadnienia.

Z kolei przepisy rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 27 czerwca 1934 r. — Kodeks handlowy<sup>11</sup> (dalej: k.h.) ograniczały się do ogólnie sformułowanej zasady, iż do otwarcia i prowadzenia domu składowego potrzebna jest koncesja, natomiast warunki i sposób koncesjonowania domów składowych określone zostały w rozporządzeniu Rady Ministrów z 1936 r.<sup>12</sup> wydanym na podstawie delegacji zawartej w przepisie art. 648 § 2 k.h. Co do zasady zawarte w nim unormowania odpowiadały przepisom rozp. z 1924 r. Do istotniejszych różnic należało m.in. sprecyzowanie, iż koncesję na otwarcie i prowadzenie domu składowego, który ma przyjmować na skład wytwory

<sup>9</sup> Szerzej zob. A. Górski, *Projekt ustawy o domach składowych zredagowany w myśl wskazówek Sekcji prawa handlowego Komisji Kodyfikacyjnej na posiedzeniu czerwcowym 1921 r. przez dra Antoniego Górskiego*, „Czasopismo Prawnicze i Ekonomiczne”, R. XIX, Kraków 1921.

<sup>10</sup> Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 28 grudnia 1924 r. o prawie o domach składowych (Dz.U. nr 114, poz. 1020).

<sup>11</sup> Rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 27 czerwca 1934 r. — Kodeks handlowy (Dz.U. nr 57, poz. 502).

<sup>12</sup> Zob. Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 25 lipca 1936 r. o warunkach i sposobie koncesjonowania domów składowych (Dz.U. z 1936 r., nr 59, poz. 434) oraz Projekt rozporządzenia Rady Ministrów w sprawie warunków i sposobu koncesjonowania domów składowych, Biuletyn Izby Przemysłowo-Handlowej w Warszawie 1934, z. 10, s. 21.

gospodarstw wiejskich i przemysłu rolnego, udziela, zawiesza lub cofa Minister Przemysłu i Handlu w porozumieniu z Ministrem Rolnictwa i Reform Rolnych oraz to, że koncesja mogła być udzielona także na czas nieokreślony.

Drugi okres rozpoczął się w latach 90. ubiegłego wieku, a wyznaczył go początek prac nad przywróceniem instytucji domów składowych. Pod względem nomenklatury w największym stopniu do rozwiązań przedwojennych zdawał się nawiązywać poselski projekt ustawy o składowaniu artykułów rolnych<sup>13</sup>, który przewidywał wymóg uzyskania koncesji zwanej zezwoleniem (co świadczyło o zupełnym pomieszeniu pojęć) dla prowadzenia przedsiębiorstwa składowego. Warty uwagi był w szczególności przepis art. 8 tego projektu, który zawierał enumeratywny katalog podstaw odrzucenia wniosku o wydanie koncesji (zezwolenia) oraz obowiązek uzasadnienia faktycznego i merytorycznego tego odrzucenia. Odrzucenie wniosku o zezwolenie przyjmowało charakter decyzji Ministra Rolnictwa i Gospodarki Żywnościowej, która miała podlegać kontroli instancyjnej. Natomiast dwa rządowe projekty ustaw traktujące o domach składowych operowały wyłącznie sformułowaniem „zezwolenie”.

Pierwszy z nich, tj. projekt z 1997 r. o giełdach towarowych i domach składowych<sup>14</sup>, w przepisie art. 60 stanowił, że prowadzenie domu składowego wymaga zezwolenia. Charakterystyczne w tym projekcie było przyznanie kompetencji do udzielania zezwolenia Komisji Papierów Wartościowych i Giełd. W przypadku domu składowego przyjmującego na skład artykuły rolno-spożywcze wydanie takiej decyzji musiało się odbyć w porozumieniu z Ministrem Rolnictwa i Gospodarki Żywnościowej. Zastrzeżenia w doktrynie wywołał nie sam fakt poddania domów składowych obowiązkowi uzyskania zezwolenia, lecz powierzenie nadzoru nad ich tworzeniem Komisji Papierów Wartościowych i Giełd<sup>15</sup>.

Ważniejsze zdają się być regulacje zawarte w rządowym projekcie z 1997 r. O domach składowych oraz o zmianie Kodeksu cywilnego, Kodeksu postępowania cywilnego i innych ustaw<sup>16</sup>, ponieważ stały się prawem obowiązującym. Zgodnie z przepisami rozdziału 2 tego projektu, zezwolenie na prowadzenie przedsiębiorstwa składowego przyjmującego na skład towary rolne miał wydawać minister właściwy do spraw rolnictwa.

Trzecia koncepcja została wprowadzona w życie wraz z nowelizacją u.d.s.<sup>17</sup>, w świetle której działalność gospodarcza w zakresie prowadzenia

<sup>13</sup> Zob. Druk Sejmowy nr 615 z 11 września 1998 r.

<sup>14</sup> Zob. Druk Sejmowy nr 2137 z 22 stycznia 1997 r.

<sup>15</sup> A. Szajkowski, *Opinia o projekcie ustawy o giełdach towarowych i domach składowych (projekt ustawy z dnia 8 maja 1998 r.)*, PL 1998, nr 1–2, s. 260.

<sup>16</sup> Zob. Druk Sejmowy nr 890 z dnia 22 stycznia 1999 r.

<sup>17</sup> Zob. przepis art. 34 ustawy – Przepisy wprowadzające ustawę o swobodzie działalności gospodarczej (Dz.U. z 2004 r., nr 173, poz. 1808).

przedsiębiorstwa składowego stała się działalnością regulowaną w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. O swobodzie działalności gospodarczej<sup>18</sup>. Zmiana spowodowała, że obecnie do podjęcia działalności gospodarczej przez dom składowy wymagane jest jedynie złożenie wniosku o wpis do rejestru przedsiębiorstw składowych prowadzonego przez ministra właściwego do spraw rynków rolnych<sup>19</sup> wraz z oświadczeniem przedsiębiorcy, iż dane zawarte we wniosku o wpis są kompletne i zgodne z prawdą oraz zna i spełnia warunki wykonywania działalności określone w u.d.s.

### **Reglamentacja działalności domów składowych w systemach normatywnych wybranych państw**

Zmiana stanowiska polskiego prawodawcy w kwestii będącej przedmiotem rozważań zmusza do refleksji. Pomocna w sformułowaniu ostatecznej konkluzji może okazać się analiza unormowań istniejących w tym względzie w porządkach prawnych państw, w których obserwuje się intensywniejszy rozwój instytucji domów składowych.

W Stanach Zjednoczonych instytucja domów składowych była regulowana początkowo wyłącznie przez prawa poszczególnych stanów jako działalność wolna. Kwestia reglamentacji nie została poruszona także w pierwszym ujednoczonym prawie stanowym, tj. w *Uniform Warehouse Receipts Act* z 1906 r. System licencjonowanych domów składowych na płaszczyźnie prawa federalnego stworzył dopiero uchwalony 11 sierpnia 1916 r. *United States Warehouse Act*. Zakres przedmiotowy tego aktu początkowo odnosił się tylko do domów składowych przechowujących bawełnę, zboża, tytoń i wełnę. Zmieniła to nowelizacja z lutego 1923 r., która powierzyła ministrowi rolnictwa kompetencje w zakresie podejmowania decyzji dotyczących produktów, których przechowywanie w domach składowych wiązało się z obowiązkiem uzyskania na podstawie tego aktu licencji. Odbywało się to przez publikację odpowiedniej listy wymieniającej takie produkty<sup>20</sup>.

W sytuacji, gdy jakiś produkt rolny nie znajdował się na liście, dom składowy przyjmujący na skład taki produkt nie podlegał prawu federalnemu. Niemniej jednak należy odnotować, że w pierwszej połowie XX w. w szeregu stanów doszło do uchwalenia przepisów prawnych dotyczących zasad funkcjonowania domów składowych, które także przewidywały wymóg posiadania licencji np. w Północnej Karolinie, Luizjanie, New Hampshire,

<sup>18</sup> Dz.U. z 2004 r., nr 173, poz. 1807.

<sup>19</sup> Z uwagi na to, że ostatni dom składowy został wykreślony z rejestru przedsiębiorstw składowych w marcu 2008 r., rejestr ten obecnie jest raczej instytucją martwą.

<sup>20</sup> J. Hanna, *The protection of holder of a warehouse receipt*, 15 *Minnesota Law Review* 1930–1931, s. 295.

Oregonie, Południowej Dakocie, Teksasie. Uzyskanie licencji było tam traktowane jako niezbędny wymóg, oprócz stosownego zabezpieczenia, do posługiwania się przez domy składowe mianem „stanowych licencjonowanych domów składowych”. Licencji udzielali urzędnicy, którzy dzielili się na dwie kategorie. Pierwsza z nich obejmowała wybieranych lub mianowanych urzędników (np. gubernator, sekretarz stanu, okręgu, sędzieja rejonowy, urzędnik sądowy). Drugą kategorię tworzyli urzędnicy mianowani wyłącznie do stosowania prawa o domach składowych albo urzędnicy o zbliżonych kompetencjach. Jeżeli licencja była udzielana przez osobę z pierwszej grupy, wówczas jej wydanie nie było uzależnione od uprzedniej inspekcji. Jednakże w większości stanów licencja była odwoływana na skutek pisemnej skargi osoby, która stwierdziła naruszenie prawa i przedstawiła zadowalający dowód. Szczegółowe regulacje poszczególnych stanów znacznie się niekiedy od siebie różniły. Przykładem tego jest kwestia odpowiedzialności za udzielenie licencji. I tak w Nebrasce gubernator brał na siebie osobiście odpowiedzialność za udzielenie licencji, podczas gdy w Alabamie licencję wydawał sędzia, ale jego obowiązek w tym względzie był raczej formalny. W pozostałych stanach, które wprowadziły system licencjonowania, sprawy udzielania licencji pozostawione zostały urzędnikom lub zarządom, którzy sprawowali nadzór nad działalnością domów składowych. Niektóre stany, np. Kalifornia, Alabama, Illinois i Minnesota, wymagały gruntownego sprawdzenia domu składowego przed udzieleniem licencji, co zbliżało tę procedurę do wymagań *United States Warehouse Act*. Przepisy prawa stanowego poszczególnych stanów przewidywały także odwołanie albo zawieszenie licencji po otrzymaniu sygnałów o nieprzestrzeganiu prawa. W kilku stanach, np. Kansas i Minesocie, warunkiem odnowienia licencji było przedstawienie odpowiedniego raportu.

Licencja była zwykle udzielana na rok, z tym że istniała możliwość jej przedłużania. W niektórych stanach uzyskanie licencji było nakazane prawem, a w innych fakultatywne. Jednakże tam, gdzie istniał taki obowiązek, jego niewykonanie powodowało nałożenie grzywny za każdy dzień działalności bez licencji. Massachusetts i New Hampshire nakładały obowiązek publikowania w co najmniej jednej gazecie przez co najmniej dziesięć dni ogłoszenie o licencji, kwalifikacjach, ilości zabezpieczenia i wygaśnięciu licencji<sup>21</sup>.

Aktualnie problematykę reglamentacji domów składowych regulują zasadniczo dwa akty prawne. Pierwszym z nich jest *United States Warehouse Act* z 2000 r.<sup>22</sup> (dalej: USWA). Przepis art. 3 (j) USWA jest podstawą prawną dla Ministra Rolnictwa do wydania licencji na działalność domu składowego zgodnie z przepisami USWA. Warunkiem przyznania licencji jest uprzednie podjęcie ustaleń, że dom składowy jest właściwie przygotowany do należyte-

<sup>21</sup> Ibidem, s. 301–305.

<sup>22</sup> Zob. 7 *United State Code* 241–256.



go przechowywania produktów rolnych i że przedsiębiorca pragnący prowadzić działalność w tym zakresie zgadza się wypełniać warunki zawarte w USWA. Z kolei w świetle przepisu art. 13 USWA Minister Rolnictwa ma prawo zawiesić, czasowo zawiesić albo cofnąć licencję za naruszenie lub zaniedbanie w stosowaniu przepisów USWA po uprzednim stworzeniu przedsiębiorcy możliwości wypowiedzenia się. Dodatkową przesłanką do zawieszenia lub cofnięcia licencji są nieuzasadnione albo wygórowane opłaty nakładane przez dom składowy za świadczone usługi.

Drugim aktem prawnym jest wydany na podstawie przepisu art. 1 USWA *Regulations for the United States Warehouse Act* (dalej: RUSWA), którego przepisy ustanawiają warunki, na podstawie których Minister Rolnictwa stosuje przy pomocy *Farm Service Agency*<sup>23</sup> (dalej: FSA) przepisy USWA oraz wprowadza standardy i warunki, które uczestnicy muszą spełnić, aby działać na podstawie USWA. Z kolei FSA stosuje normy USWA pod ogólnym kierunkiem i nadzorem *Deputy Administrator Commodity Operations*<sup>24</sup> (dalej: DACO) albo osoby przez niego wyznaczonej. Postanowienia RUSWA, bardziej restrykcyjne albo łagodnie wobec identycznej działalności regulowanej prawem stanowym, mają przed nim pierwszeństwo, co oznacza, że regulacjom prawa stanowego został nadany w tym względzie charakter subsydiarny. Na mocy przepisów RUSWA także DACO przysługuje prawo zawieszenia, cofnięcia albo likwidacji licencji za naruszenie postanowień zawartych w RUSWA albo w licencji, w szczególności m.in. za niewykonywanie wskazanej w RUSWA albo w licencji działalności, naruszenie utrzymania minimum wymagań finansowych wskazanych w licencji albo specjalnym porozumieniu, zaniechanie przedłożenia odpowiedniego bieżącego oświadczenia finansowego w ustalonym terminie. Niemniej jednak podmiot niezadowolony z takiego rozstrzygnięcia ma prawo się odwołać.

Składający podanie o licencję zobowiązany jest przedłożyć DACO wskazane przez niego informacje i dokumenty, które pozwolą na ustalenie, że spełnia postanowienia USWA. Dokumenty takie muszą zawierać m.in. oświadczenie w zakresie kondycji finansowej wnioskodawcy sporządzone zgodnie z ogólnie przyjętymi standardami rachunkowości podanymi przez *American Institute of Certified Public Accountants*<sup>25</sup>.

W prawie francuskim kwestię reglamentacji domów składowych normują przepisy art. L 522-1-n. k.h., a także przepisy dekretu wykonawczego z 1945 r. Prowadzenie domu składowego wymaga uzyskania zezwolenia od prefekta. Wnioski o zezwolenie składa się w prefekturze. Interesujący jest fakt, że wnioskodawca, który już prowadzi działalność handlową, zobowiązany jest

<sup>23</sup> W wolnym tłumaczeniu: Agencja ds. Farm (Gospodarstw Rolnych).

<sup>24</sup> W wolnym tłumaczeniu: Zastępca Administratora ds. Przepływu (Obrotu) Towarów.

<sup>25</sup> W wolnym tłumaczeniu: Amerykański Instytut Urzędowych Zaświadczeń Rachunkowości.

do przedstawienia m.in. planu lokalu przeznaczonego na działalność ze wskazaniem rodzaju praw przysługujących przedsiębiorcy do tego lokalu oraz notatki informującej o umiejscowieniu zakładu, jego wyposażeniu, sposobach dojazdu oraz rodzaju i wielkości przewidywanego obrotu handlowego. Prefekt ma prawo zażądać wszelkich dokumentów właściwych do udowodnienia tożsamości, moralności i sytuacji finansowej przedsiębiorcy. W sytuacji naruszenia przez właściciela domu składowego przepisów k.h. o domach składowych lub dekretu Rady Stanu przyjętego w celu ich zastosowania, prefekt może po wysłuchaniu właściciela i po konsultacji z organizacjami zawodowymi i międzyzawodowymi orzec czasowe lub definitywne odebranie zezwolenia. W takim przypadku prezes sądu postanowieniem tymczasowym na wniosek prokuratury wyznacza zarządcę tymczasowego i określa jego uprawnienia w zakresie prowadzenia przedsiębiorstwa. W przypadku definitywnego odebrania zezwolenia i jeżeli interes handlu lokalnego wymaga utrzymania domu składowego, uprawnienia zarządcy tymczasowego mogą obejmować wystawianie na przetarg publiczny przedsiębiorstwa handlowego i sprzętu koniecznego do jego użytkowania. Definitywne odebranie zezwolenia może również zostać orzeczone po konsultacji z organizacjami zawodowymi i międzyzawodowymi wobec przedsiębiorstw, które przestały działać jako domy składowe lub jako magazyny od co najmniej dwóch lat.

We Włoszech zasadniczym w tej kwestii aktem prawnym jest rozporządzenie królewskie z mocą ustawy z 1926 r. o organizacji domów składowych<sup>26</sup>. Zezwolenie na utworzenie i prowadzenie domu składowego leży w zakresie kompetencji ministra właściwego do spraw gospodarki narodowej. Minister zachowuje prawo do wycofania zezwolenia ze względu na interes publiczny, w przypadku poważnego i trwałego nieprzestrzegania przepisów prawnych lub regulaminu. Decyzja o cofnięciu zezwolenia podlega zaskarżeniu do organu odwoławczego.

Kwestia reglamentacji działalności domów składowych została potraktowana w sposób odmienny w ustawodawstwie niemieckim. Do czasu wejścia w życie rozporządzenia z 16 grudnia 1931 r. o kwitach składowych na zlecenie<sup>27</sup> działalność domów składowych była wolna, ponieważ ani ADHGB z 1861 r., ani HGB z 1897 r. nie wprowadzały obowiązku ubiegania się o zezwolenie władzy państwowej. Rozporządzenie z 1931 r. przewidywało upoważnienie państwowe na prawo do wystawiania przez domy składowe dowodów składowych na zlecenie. W aktualnym stanie prawnym przepisy rozporządzenia zostały uchylone. Powodem rezygnacji z postępowania mającego na celu uzyskanie upoważnienia do wystawiania dowodów składowych

<sup>26</sup> Opublikowano w Dz.U. nr 39 z 17 lutego 1927 r. ze zm.

<sup>27</sup> Zob. § 38 ust. 3 Die Verordnung über Orderlagerscheine wurde am 16. Dezember 1931 im Deutschen Reichsgesetzblatt (DRGBl. 1931 I 763).

stał się fakt, że regulacja ta straciła na swojej aktualności i generowała niepotrzebne koszty postępowania administracyjnego dla krajów związkowych. Praktyka wykazała, że w większości krajów związkowych od pewnego czasu nie były wystawiane kwity składowe na zlecenie. Ponadto zmiany uległy motywy leżące u podstaw wnioskowania przez przedsiębiorstwa składowe o udzielenie takiego zezwolenia, ponieważ podania o wydanie upoważnienia do wystawiania kwitów składowych wnoszone były przede wszystkim ze względu na to, aby udowodnić bankom, na giełdzie i urzędom gospodarczym wymaganą solidność. W ten sposób upoważnienie do wystawiania kwitów składowych na zlecenie straciło swoją pierwotną funkcję i stało się potwierdzeniem gospodarczej niezawodności przedsiębiorców składowych<sup>28</sup>. Konkludując, zmiany, jakie dokonały się pod rządami rozporządzenia z 1931 r., przekonały ustawodawcę niemieckiego o konieczności powrotu do pierwotnej koncepcji regulacji działalności domów składowych jako wolnej.

### **Propozycje *de lege ferenda***

W warunkach polskich za najbezpieczniejsze rozwiązanie mające służyć budowaniu zaufania do domów składowych należałoby uznać objęcie ich działalności wymogiem uzyskania koncesji. Propozycja ta idzie jednak zbyt daleko na tle aktualnie obowiązującego prawa. Koncesja mogła się sprawdzić w warunkach Polski międzywojennej, w której sporo miejsca, w tym także na obszarze stanowienia prawa, wypełniały zadania związane z odbudową państwa. Wówczas to mniej rygorystyczne wymogi w zakresie podejmowania działalności przez domy składowe zwiększały ryzyko destabilizacji i tak słabej sytuacji w rolnictwie. Jednakże współcześnie próby podniesienia bezpieczeństwa działalności domów składowych w drodze wprowadzenia obowiązku uzyskania koncesji należy uznać za środek zbyt radykalny. Potwierdza to obserwowana od blisko 20 lat tendencja do ograniczania dziedzin działalności gospodarczej, której podjęcie i wykonywanie obciążone jest obowiązkiem uzyskania koncesji. Stawianie działalności prowadzonej przez domy składowe pod względem znaczenia dla państwa na równi m.in. z wytwarzaniem i obrotem bronią, wytwarzaniem i obrotem paliwami, rozpowszechnianiem programów telewizyjnych czy przewozami lotniczymi byłoby wysoce niefortunne. Aktualna sytuacja gospodarcza kraju nie wymaga wprowadzania aż tak daleko posuniętej reglamentacji dla działalności domów składowych. Być może inaczej należałoby tę kwestię oceniać w okresie początku transformacji prawnoustrojowej i gospodarczej Polski w latach 90. XX w., jednak normy

<sup>28</sup> Zob. Druk Bundestagu 13/8445 z dnia 29 sierpnia 1997 r.

u.d.s. regulujące domy składowe weszły w życie po ponad 10 latach od najważniejszych pod tym względem wydarzeń<sup>29</sup>.

Poddanie domów składowych reżimowi prawnemu działalności regulowanej nosi wszelkie cechy oryginalności, aczkolwiek słuszność takiego posunięcia budzi daleko idące zastrzeżenia.

Podkreślaną przez ustawodawcę<sup>30</sup> zaletą tego rozwiązania jest zwolnienie podejmujących tę działalność przedsiębiorców z przedkładania organowi regulacyjnemu często obszernej dokumentacji związanej z uzyskaniem zezwolenia. Temu celowi służy także doprecyzowanie w u.d.s. warunków podjęcia działalności. Uściślenie i przejrzyste określenie warunków wykonywania działalności gospodarczej pozwala przedsiębiorcy otrzymać jasno sformułowane ramy wykonywania tej działalności.

W oparciu o powyższe, stosując wykładnię historyczną, należy dojść do wniosku, że głównymi beneficjentami wprowadzonej nowelizacji miały być domy składowe. Zmusza to do zadania pytania o słuszność obranego przez prawodawcę kierunku. Troska o domy składowe nie może przesłaniać elementów, które realnie wpływają na ich rozwój. Jednym z głównych czynników decydujących o powodzeniu tej instytucji jest zaufanie do niej, ponieważ ono właśnie leży u podstaw sprawnej realizacji wszystkich trzech zasadniczych funkcji domów składowych. Podporządkowanie funkcjonowania domów składowych normom działalności regulowanej otworzyło niebezpieczeństwo związane z tym, że przedsiębiorca występujący o wpis nie będzie spełniał wszystkich niezbędnych warunków do prowadzenia takiej działalności. Samo tylko oświadczenie przedsiębiorcy w tym względzie wydaje się co najmniej niedostateczne, skoro funkcje domów składowych nie ograniczają się tylko do przechowywania towarów rolnych, lecz również służą do wydawania dowodów składowych stanowiących podstawę obrotu towarowego oraz stosunków kredytowych.

Charakterystyczna dla działalności regulowanej kontrola *ex post* nie jest wystarczająca z punktu widzenia potrzeb, które domy składowe mają zaspokajać. Oczywiście za zbyt daleko idący i nadmiernie uproszczony, a przez to nieuzasadniony należałoby uznać pogląd, iż wyłącznie zmiana formy reglamentacji działalności domów składowych spowodowała gwałtowny spadek ich liczby. Niemniej jednak zmiana ta powinna być postrzegana w kategoriach jednego z czynników mających na to wpływ. Ponadto nic nie przemawia za uznaniem, że przeobrażenia w życiu społeczno-gospodarczym w okresie niepełna 4 lat od wejścia w życie ustawy o domach składowych były na tyle znaczące, aby uzasadniały wprowadzenie tak daleko posuniętej liberalizacji w zakresie prawnej reglamentacji działalności domów składowych.

<sup>29</sup> Przepisy ustawy o domach składowych zaczęły obowiązywać od dnia 4 stycznia 2001 r.

<sup>30</sup> Zob. Druk Sejmowy 2004, nr 2496.

Dlatego wydaje się, że w przypadku działalności domów składowych właściwszy jest system zezwoleń wydawanych w drodze decyzji na wniosek zainteresowanego przedsiębiorcy. Wstępna kontrola, polegająca na uprzednim zbadaniu formalnej strony złożonego wniosku i, co ważniejsze, przeprowadzeniu weryfikacji przedsiębiorstwa pod kątem jego prawidłowego wyposażenia i przygotowania do bezpiecznego i profesjonalnego składowania rzeczy, we właściwym stopniu minimalizowałaby niebezpieczeństwo nienależytego prowadzenia przedsiębiorstwa składowego. Zasadny wydawałby się także obowiązek wnioskodawcy przedstawienia analizy ekonomiczno-finansowej, która wskazywałaby na możliwości prowadzenia działalności będącej przedmiotem zezwolenia.

Znamienne są przy tym wnioski płynące z rozwiązań przyjętych w regulacjach prawnych innych państw przedstawionych w poprzednim punkcie. Wskazane tam kraje nie zrezygnowały z reglamentacji działalności domów składowych polegającej na obowiązku uzyskania zezwolenia. Paradoksalnie tezę o zasadności utrzymania w naszym prawie zezwolenia na działalność domów składowych wspiera przykład Niemiec. Praktyka, która ukształtowała się w tym kraju, wyraźnie dowodzi, iż upoważnienie państwowe pełniło rolę swego rodzaju atestu, który przedsiębiorcy składowi wykorzystywali dla podnoszenia swojej wiarygodności wobec banków, giełdy itp. Słusznie zauważono, iż w ten sposób pierwotna idea upoważnienia państwowego uległa wypaczeniu<sup>31</sup>. Niemniej jednak w warunkach polskich tego rodzaju funkcja zezwolenia, polegająca na podnoszeniu wiarygodności domów składowych, byłaby niezwykle pożądana.

Istotne znaczenie dla zabezpieczenia prawidłowej działalności domów składowych miałyby wyposażenie ministra właściwego do spraw rynków rolnych w atrybut wydawania decyzji o cofnięciu albo zawieszeniu zezwolenia w przypadku, gdy dom składowy rażąco naruszyłby przepisy u.d.s., nie wypełniałby warunków określonych w zezwoleniu lub nie rozpoczęły działalności w terminie wskazanym w zezwoleniu, mimo wyznaczenia przez ministra dodatkowego terminu. W celu zapewnienia domowi składowemu przedstawienia swojego stanowiska wydawanie powyższych decyzji powinno następować po przeprowadzeniu postępowania wyjaśniającego. Z uwagi jednak na możliwość odwołania się przez dom składowy od niekorzystnej dla niego decyzji do sądu administracyjnego decyzjom ministra powinien być nadawany rygor natychmiastowej wykonalności. W przeciwnym bowiem razie dom składowy mógłby swoją działalnością dodatkowo narazić interesy posiadaczy dowodów składowych. Rozważyć należałoby także wprowadzenie obowiązku podawania do publicznej wiadomości informacji o cofnięciu albo zawieszeniu zezwolenia.

<sup>31</sup> Zob. Druk Bundestag 13/8445 z dnia 29 sierpnia 1997 r.

Wzorem dla proponowanego *de lege ferenda* powrotu do koncepcji obowiązkowego uzyskania zezwolenia mogłyby się stać w pewnym stopniu uchylone przepisy: art. 6 ust. 3 i art. 9 u.d.s. Pierwszy z nich uprawniał ministra właściwego do spraw rynków rolnych do żądania przedstawienia innych danych niż określone w przepisie art. 6 ust. 1 i 2 u.d.s., dotyczących sytuacji finansowej i prawnej wnioskodawcy lub jego akcjonariuszy (wspólników lub członków) posiadających co najmniej 5% głosów na walnym zgromadzeniu (zgromadzeniu wspólników) w celu ustalenia, czy wnioskodawca daje rękojmię należytego prowadzenia przedsiębiorstwa składowego<sup>32</sup>. W aktualnym stanie prawnym przepis ten należałoby skonfrontować z przepisem art. 6 ust. 2 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. O swobodzie działalności gospodarczej stanowiącym, że organ administracji publicznej nie może żądać ani uzależnić swojej decyzji w sprawie podjęcia, wykonywania lub zakończenia działalności gospodarczej przez zainteresowaną osobę od spełnienia przez nią dodatkowych warunków, w szczególności przedłożenia dokumentów lub ujawnienia danych nieprzewidzianych przepisami prawa. W pierwszej kolejności należałoby rozważyć, czy dawny przepis art. 6 ust. 3 u.d.s. stanowiłby dostateczną podstawę prawną do żądania przez organ państwowy dodatkowych informacji oraz czy w tym przypadku zastosowanie znalazłaby reguła kolizyjna *lex specialis derogat legi generali*.

Z kolei uchylony przepis art. 9 u.d.s. uprawniał ministra właściwego do spraw rynków rolnych do wydania decyzji o odmowie udzielenia zezwolenia w przypadku, gdy wnioskodawca nie dawał rękojmi należytego prowadzenia przedsiębiorstwa składowego. Wprawdzie przepis wymieniał cztery przypadki, w których było to dopuszczalne, niemniej jednak katalog ten nie posiadał charakteru enumeratywnego, co niezwykle rozszerzało kompetencje ministra. Zachowanie go w aktualnym stanie prawnym spowodowałoby, iż zezwolenie na prowadzenie działalności przez dom składowy miałoby charakter bardziej uznaniowy aniżeli koncesja. Jak wynika bowiem z przepisu art. 56 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, przesłanka rękojmi należytego wykonywania działalności gospodarczej nie została wymieniona wśród podstaw do odmowy udzielenia koncesji. Jedynie przepisy art. 50 pkt 2 i 52 ust. 1 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej stanowią o rękojmi prawidłowego wykonywania działalności objętej koncesją, aczkolwiek przesłanka ta – jak się wydaje – posiada znaczenie tylko w procedurze związanej z udzieleniem ograniczonej liczby koncesji.

<sup>32</sup> Podobny przepis obowiązuje we Francji, zob. art. 1 *in fine* dekretu przyjętego w celu zastosowania rozporządzenia z 1945 r. o domach składowych, zmieniony rozporządzeniem 2000-912 z dnia 18 września 2004 r. (Dz.U. RF z dnia 21 września 2000 r.).

## **Wnioski**

Materia prawna mająca za przedmiot regulację działalności domów składowych jest skomplikowana i wywołuje szereg wątpliwości. Właściwa ocena przyjętych rozwiązań jest zadaniem trudnym, albowiem wymaga uwzględnienia nie tylko aspektów jurydycznych, ale także uwarunkowań ekonomicznych oraz specyfiki rynku rolnego, na którym domy składowe miały prowadzić działalność gospodarczą. Przytoczone dane pokazują, że domy składowe w chwili obecnej są w Polsce instytucją martwą. Wydaje się, że jedną z przyczyn (aczkolwiek ani nie jedyną, ani nie najważniejszą) takiego stanu rzeczy jest wadliwa regulacja w zakresie prawnej reglamentacji działalności domów składowych. Należy bowiem pamiętać, że z uwagi na doniosłość powierzonych domom składowym funkcji przepisy prawne powinny kreować je jako instytucję zaufania publicznego, zaś nie miały wpływu na taki wizerunek domów składowych ma kwestia prawnych unormowań dotyczących reglamentacji ich działalności. Dlatego wydaje się, że przywrócenie wymogu uzyskania przez domy składowe zezwolenia na prowadzenie działalności gospodarczej przynajmniej w jakimś stopniu (poza innymi zmianami o charakterze systemowym) przyczyniłoby się do budowy pozytywnego ich wizerunku jako instytucji zaufania publicznego.





**Alicja Wojciechowska**

Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie

## **Pojęcie pośrednictwa w prawie cywilnym**

### **Wprowadzenie**

Zagadnienie pośrednictwa jest niezmiernie ważne w naszym kraju, zwłaszcza w nowym układzie stosunków politycznych, społecznych i gospodarczych. W ostatnich latach można w Polsce zaobserwować rozwój różnych form pośrednictwa. Temu intensywnemu rozwojowi nie towarzyszy jednak rozwój regulacji prawnej, jako że polskie prawo cywilne nie zawiera obecnie regulacji pośrednictwa ogólnego. Obowiązujące przepisy kodeksu cywilnego w zakresie pośrednictwa nie nawiązały do rozwiązań przyjętych w kodeksie zobowiązań z 1933 r., które były wzorowane na regulacji zawartej w niemieckim kodeksie cywilnym, stanowiącej model dla wielu ustawodawstw, w szczególności szwajcarskiego i włoskiego. Braku unormowania w kodeksie cywilnym nie są w stanie zastąpić poszczególne regulacje pozakodeksowe, które zajmują się unormowaniem wyspecjalizowanych rodzajów pośrednictwa. W tym zakresie należy zwrócić uwagę na przepisy kodeksu morskiego, regulujące instytucję agenta i maklera morskiego. Ustawa z 28 lipca 1990 r. o działalności ubezpieczeniowej zawiera regulację prawną w zakresie pośrednictwa ubezpieczeniowego, zaś ustawa z 21 sierpnia 1997 r. Prawo o publicznym obrocie papierami wartościowymi wprowadziła instytucję maklera giełdowego. Ponadto instytucja prawna pośrednictwa jest przedmiotem regulacji w ustawie o gospodarce nieruchomościami.

### **1. Rodzaje pośrednictwa**

#### **1.1. Pośrednictwo cywilne**

W celu wyjaśnienia podstawowej konstrukcji prawnej pośrednictwa należy odwołać się do polskiego kodeksu zobowiązań z 1933 r. (dalej: d.k.z.). Kodeks ten w art. 517–522 ukształtował pojęcie pośrednictwa cywilnego

(ogólnego). Artykuł 517 d.k.z. podawał definicję pośrednictwa: „kto przyrzeka wynagrodzenie za następczenie sposobności do zawarcia umowy z inną osobą, albo za pośredniczenie przy zawarciu takiej umowy z inną osobą, obowiązany jest zapłacić wynagrodzenie tylko wtedy, gdy umowa zostanie zawarta wskutek zabiegów pośrednika”. Taka redakcja przedstawionego przepisu wzorowana była na niemal identycznym sformułowaniu prawa niemieckiego<sup>1</sup>.

Pośrednictwo należy zaliczyć do stosunków prawnych, których przedmiotem jest świadczenie usług. W szerokim tego słowa znaczeniu to działalność zmierzająca do doprowadzenia do wymiany gospodarczej świadczeń pomiędzy dwiema stronami. Może to nastąpić poprzez spowodowanie, że zainteresowane strony zawrą umowę bezpośrednio ze sobą wskutek starań pośrednika albo poprzez wykorzystanie pośrednika jako zastępcy pośredniego. Pośrednik może także działać na rzecz jednej ze stron jako pełnomocnik. W każdym jednak przypadku skutki gospodarcze transakcji dotyczą stron, pomiędzy którymi działał pośrednik<sup>2</sup>.

Brak regulacji umowy pośrednictwa w kodeksie cywilnym może wywoływać różne spory co do wynagrodzenia pośrednika. Skoro wynagrodzenie (provizja) zależy od rezultatu (czyli zawarcia umowy), to brak tego rezultatu – nieważność lub inna wadliwość umowy – powinien pociągać za sobą obowiązek zwrotu pobranego przez pośrednika wynagrodzenia<sup>3</sup>. Pośrednik powinien przestrzegać interesów przyrzekającego wynagrodzenie, albowiem ciąży na nim obowiązek lojalności. Zgodnie z art. 521 d.k.z., pośrednik tracił prawo do wynagrodzenia oraz do zwrotu wydatków, jeżeli pośredniczył także na korzyść drugiej strony, mimo zakazu zawartego w umowie, albo w sposób sprzeczny z wymaganiami dobrej wiary i zwyczajami uczciwego obrotu. Sankcją za niewykonanie tych obowiązków była odpowiedzialność za szkodę wynikłą z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania<sup>4</sup>.

## 1.2. Pośrednictwo handlowe

Pojęcie pośrednictwa handlowego wykształciło się na tle art. 568 d.k.h. Przepis ten zawierał definicję umowy agencyjnej, w ramach której kupiec (agent) podejmował się stałego pośredniczenia w zawieraniu umów na rzecz dającego polecenie lub zawierania ich w jego imieniu. Instytucja agencji sta-

---

<sup>1</sup> Zob. Kodeks cywilny niemiecki - *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) z 1896 r., w którym odrębny rozdział o pośrednictwie (*Mäklervertrag* § 652–656) następuje zaraz po umowach o usługi (*Dienstvertrag*) i o dzieło (*Werkvertrag*).

<sup>2</sup> Zob. T. Świerczyński, *Charakter prawny umowy o pośrednictwo*, PPH 1999, nr 1, s. 15.

<sup>3</sup> Por. M. Nesterowicz, *Glosa do uchwały SN z 18 XII 1990 r.*, III CZP 67/90, OSP 1991, z. 10, poz. 230.

<sup>4</sup> Zob. art. 239 k.z. i art. 471 k.c.

nowiła wyodrębnioną instytucję prawną, zbliżoną z jednej strony do umowy pośrednictwa, a z drugiej do umowy zlecenia<sup>5</sup>.

Obecnie obowiązujący kodeks cywilny nie zawiera przepisów regulujących umowę agencyjną. Podobieństwa do tej umowy można doszukiwać się w umowie agencyjnej uregulowanej w art. 758–764<sup>9</sup> k.c. Umowa agencyjna ma na względzie usprawnienie obrotu gospodarczego poprzez korzystanie z usług podmiotów pośredniczących w zawieraniu umów<sup>6</sup>. Ustawową definicję umowy agencyjnej zawiera przepis art. 758 § 1 k.c., zgodnie z którym „przez umowę agencyjną przyjmujący zlecenie (agent) zobowiązuje się w zakresie działalności swego przedsiębiorstwa do stałego pośredniczenia, za wynagrodzeniem, przy zawieraniu z klientami umów na rzecz dającego zlecenie przedsiębiorcy albo do zawierania ich w jego imieniu”.

Szczególnym rodzajem pośrednictwa handlowego jest stosunek prawny komisju. Obecnie instytucja prawna komisju jest uregulowana w kodeksie cywilnym – części szczegółowej prawa zobowiązań (art. 765–773). Cechą charakterystyczną instytucji komisju jest wymiana ekonomiczna między dwoma partnerami. Przedmiotem tej umowy może być rzecz, usługa lub prawo, które przechodzi z jednej strony na drugą poprzez pośrednika zwanego komisantem<sup>7</sup>. Należy podkreślić, że czynności komisanta będą zawsze wykonywane tylko zawodowo i mogą dotyczyć jedynie określonych indywidualnie lub rodzajowo rzeczy ruchomych. W świetle obowiązujących przepisów prawa cywilnego nie może być żadnych wątpliwości co do tego, że zlecenie komisowe sprowadza się również do kupna i sprzedaży papierów wartościowych, czego podejmują się podmioty prowadzące przedsiębiorstwa maklerskie oraz banki<sup>8</sup>.

Do istotnych elementów (*essentialia negotii*) umowy komisju należy zobowiązanie się komisanta w zakresie działalności swego przedsiębiorstwa do kupna lub sprzedaży rzeczy ruchomych na rachunek komitenta, lecz w imieniu własnym i za wynagrodzeniem, przyjmującym postać prowizji<sup>9</sup>. W świetle przepisów kodeksu cywilnego umowa komisju sprowadza się do stosunku zobowiązaniowego, w którym występują dwie strony, a mianowicie komisant i komitent. Stosunek ten jest kluczowy dla pojęcia umowy komisju. Zawiera on podstawowy mechanizm charakteryzujący komis i wiążący funkcjonalnie trzy możliwe do wyodrębnienia relacje pomiędzy komisantem, komitentem i osobą trzecią<sup>10</sup>.

<sup>5</sup> Por. A. Ohanowicz, J. Górski, *Zobowiązania. Część szczegółowa*, Warszawa – Poznań 1970, s. 84.

<sup>6</sup> Zob. Z. Radwański, J. Panowicz-Lipska, *Zobowiązania, część szczegółowa*, Warszawa 2001, s. 158.

<sup>7</sup> Por. J. Frąckowiak, *Komis w eksporcie według prawa polskiego*, Wrocław 1985, s. 16.

<sup>8</sup> Zob. ustawa z 22 marca 1991 r. – Prawo o publicznym obrocie i funduszach powierniczych (Dz.U. z 1994 r., nr 58, poz. 155 z późn. zm.) i por. W. Czachórski, *Zobowiązania, zarys wykładu*, Warszawa 2002, s. 356.

<sup>9</sup> Por. art. 765 k.c.

<sup>10</sup> Zob. J. Frąckowiak, op. cit., s. 17.

Komisantem może zostać wyłącznie osoba (fizyczna lub prawna), dla której czynności komisowe mają charakter profesjonalny, dlatego że umowę komisnu zawiera się w zakresie działalności swego przedsiębiorstwa<sup>11</sup>. Natomiast komitentem (dającym zlecenie) może być każda osoba fizyczna lub prawna.

Do pośrednictwa handlowego należy również zaliczyć spedycję (art. 794–804 k.c.). Istotnego podobieństwa tych umów dopatrywano się w fakcie, że zarówno przy umowie komisnu jak i spedycji na plan pierwszy wysuwa się zasada, że komisant i spedytor działają we własnym imieniu, lecz na rachunek zlecającego<sup>12</sup>. Wypływa stąd samodzielność ich pozycji prawnej względem osób trzecich, przy istnieniu zależności gospodarczej i więzi obligacyjno-prawnej z dającym zlecenie<sup>13</sup>.

Umowa spedycji, znajdująca swoje unormowanie w przepisach kodeksu cywilnego, ma charakter prawny zbliżony do umowy ekspedycji uregulowanej w kodeksie handlowym z 1934 r. (art. 598–612). Umowa spedycji w ujęciu kodeksu cywilnego stanowi zobowiązanie, na mocy którego spedytor zobowiązuje się za wynagrodzeniem do wysłania lub odbioru przesyłki albo do dokonania innych usług związanych z jej przewozem (art. 794 § 1 k.c.). Spedytor może występować w imieniu własnym albo w imieniu dającego zlecenie (art. 794 § 2 k.c.). Czynności spedytora nie mają jednorodnego charakteru, lecz łączy je funkcja związana z przewozem. Ułatwiają one i usprawniają transport na etapie poprzedzającym przewóz i po jego zakończeniu. Dokonując czynności prawnych, spedytor może występować zarówno w imieniu dającego zlecenie, jak i we własnym, działając wówczas – podobnie jak komisant – jako zastępca pośredni. Natomiast w stosunku do spedycji posiłkowo stosuje się odpowiednio przepisy o umowie zlecenia<sup>14</sup>.

Do pośredników handlowych należy także zaliczyć maklerów giełdowych, jednakże w stosunku do nich nie można odnieść przepisu art. 569 k.h., choćby maklerowi udzielono stałego polecenia do pośrednictwa, bo makler giełdowy jest wprawdzie pośrednikiem, ale urzędowo upoważnionym, dlatego nie można w stosunku do niego stosować przepisów ogólnych o pośrednictwie lub agencji<sup>15</sup>. Ich prawa i obowiązki regulowały osobne przepisy<sup>16</sup>.

Obecnie obrót papierami wartościowymi przedstawia się zupełnie inaczej niż w chwili wejścia w życie kodeksu cywilnego. Przede wszystkim papiery wartościowe jako dokumenty stwierdzające lub mające stwierdzić istnienie

<sup>11</sup> Ibidem, s. 34–35.

<sup>12</sup> Zob. J. Namitkiewicz, *Kodeks zobowiązań*, Łódź 1949, s. 204.

<sup>13</sup> J. Rajski, *Umowa spedycji w ujęciu kodeksu cywilnego*, „Studia Cywilistyczne” 1976, t. XXVII, s. 111–112.

<sup>14</sup> Zob. Z. Radwański, J. Panowicz-Lipska, op. cit. s. 178–179.

<sup>15</sup> Zob. M. Allerhand, *Kodeks handlowy*, Bielsko Biała 1992.

<sup>16</sup> Por. § 32 rozporządzenia Prezydenta o organizacji giełd; rozporządzenie Ministra Przemysłu i Handlu z 7 marca 1938 r., poz. 203; rozporządzenie Ministra Skarbu z 26 listopada 1938 r., poz. 203.

określonego prawa majątkowego stanowią samodzielny przedmiot obrotu publicznego. Makler giełdowy jest pośrednikiem handlowym<sup>17</sup>, albowiem podmiot prowadzący przedsiębiorstwo maklerskie zobowiązuje się wobec dającego zlecenie do sprzedaży lub zakupu oznaczonych papierów wartościowych. Podmiotem prowadzącym przedsiębiorstwo maklerskie może być osoba prawna, a także jednostka organizacyjna nie posiadająca osobowości prawnej (np. spółka jawna, cywilna), z wyłączeniem osób fizycznych<sup>18</sup>. Bank też może podejmować się działalności maklerskiej po uzyskaniu zezwolenia Komisji Papierów Wartościowych<sup>19</sup>.

Czynności składające się na stosunek zlecenia są, używając terminologii uchylonych przepisów kodeksu handlowego, czynnościami handlowymi<sup>20</sup>. Po stronie podmiotowej jako przyjmujący zlecenie maklerskie może występować tylko i wyłącznie podmiot trudniący się zawodowo załatwianiem czynności określonego rodzaju dla drugich. Co więcej - przedsiębiorstwo maklerskie nie może w ramach swojej działalności prowadzić jednocześnie działalności w innej dziedzinie. Instytucja zlecenia maklerskiego powinna być traktowana jako *sui generis* pośrednictwo handlowe. Dom maklerski dokonuje czynności prawnej w imieniu własnym, ale na rachunek inwestora. Stąd wynika następnie obowiązek domu maklerskiego do przeniesienia własności nabytych papierów wartościowych bądź uzyskanego świadczenia pieniężnego na rzecz inwestora. Inwestor nie występuje bezpośrednio jako strona w transakcji sprzedaży lub kupna papierów wartościowych. Zbywca lub nabywca nie wie, kto stanie się beneficjentem<sup>21</sup>.

Należy podzielić pogląd przyjęty w literaturze, że przedsiębiorstwo maklerskie występuje względem dającego zlecenie jako rodzaj komisanta *del credere*, który działa w imieniu własnym, ale na rachunek inwestora, odpowiadając za zapłatę ceny przez nabywcę papierów wartościowych oraz na podstawie wniosku *a contrario*, nie ponosząc odpowiedzialności za dostarczenie papierów wartościowych<sup>22</sup>.

Szczególnym rodzajem pośrednictwa handlowego jest pośrednictwo w obrocie nieruchomościami<sup>23</sup>. Pośrednikiem w obrocie nieruchomościami

<sup>17</sup> Zob. art. 22 ustawy – Prawo o publicznym obrocie papierami wartościowymi i funduszach powierniczych.

<sup>18</sup> Por. M. Romanowski, *Zlecenie maklerskie a umowy pokrewne*, PPH 1996, nr 1, s. 10.

<sup>19</sup> Zob. art. 18 § 1 i art. 24 § 1 ustawy – Prawo o publicznym obrocie papierami wartościowymi i funduszach powierniczych.

<sup>20</sup> Zob. M. Allerhand, op. cit., s. 718–724. Uchylony art. 498 d.k.h., który stanowił, iż czynności prawne kupca związane z prowadzeniem jego przedsiębiorstwa są czynnościami handlowymi.

<sup>21</sup> Zob. M. Romanowski, op. cit., s. 9.

<sup>22</sup> Zob. A. Minkiewicz, *Publiczny obrót papierami wartościowymi w świetle ustawy z 22 marca 1991*, PUG 1991, nr 8–9, s. 139–140.

<sup>23</sup> Zob. ustawa z 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami (Dz.U. nr 115, poz. 741 ze zm.).

jest osoba fizyczna posiadająca licencję nadaną przez Prezesa Urzędu Mieszkalnictwa i Rozwoju Miast na podstawie postępowania kwalifikacyjnego zakończonego wynikiem pozytywnym. Osoby, którym nadano licencje zawodowe, podlegają wpisowi do Centralnego Rejestru Pośredników w obrocie nieruchomościami. Podmioty gospodarcze mogą prowadzić działalność w zakresie pośrednictwa w obrocie nieruchomościami, jeżeli pośrednictwo będzie wykonywane przez osoby posiadające licencje zawodowe. Pośrednictwo w obrocie nieruchomościami polega na wykonywaniu czynności zmierzających do zawarcia umów: nabycia lub zbycia praw do nieruchomości, własnościowego spółdzielczego prawa do lokalu mieszkalnego, spółdzielczego prawa do lokalu mieszkalnego lub prawa do domu jednorodzinnego w spółdzielni mieszkaniowej, najmu lub dzierżawy nieruchomości. Pośrednictwo w obrocie nieruchomościami zaliczamy również do pośrednictwa handlowego.

### 1.3. Pośrednictwo ubezpieczeniowe

Zakres pośrednictwa ubezpieczeniowego wykracza poza zakres pojęciowy pośrednictwa cywilnego i handlowego<sup>24</sup>. Przepisy prawne o pośrednictwie ogólnym i handlowym należy traktować jako *lex generalis* w stosunku do przepisów odnoszących się do pośrednictwa ubezpieczeniowego<sup>25</sup>. W naszym ustawodawstwie instytucja prawna pośrednictwa ubezpieczeniowego jest unormowana przepisami dwukrotnie nowelizowanej ustawy z 28 lipca 1990 r. o działalności ubezpieczeniowej<sup>26</sup>.

Pośrednictwo ubezpieczeniowe polega na prowadzeniu czynności faktycznych lub prawnych związanych z zawarciem lub wykonywaniem umów ubezpieczenia lub reasekuracji. Jest ono wykonywane wyłącznie przez agentów ubezpieczeniowych lub brokerów ubezpieczeniowych, a w zakresie reasekuracji wyłącznie przez brokerów reasekuracyjnych.

## 2. Charakter prawny umowy o pośrednictwo

Umowa pośrednictwa należy do umów *uberrimae fidei*, opartych na zaufaniu stron. Poszczególne umowy o pośrednictwo mają istotny wspólny element, a mianowicie przedmiot umowy, którym jest reprezentowanie interesów klienta wobec innych osób. W związku z tym doktryna określa je

<sup>24</sup> Zob. E. Kowalewski, *Pośrednictwo ubezpieczeniowe*, [w:] *Ubezpieczenia w gospodarce rynkowej*, red. A. Wąsiewicz, t. 1, Bydgoszcz 1994, s. 146.

<sup>25</sup> Według art. 522 d.k.z. przepisy dotyczące szczególnych rodzajów pośrednictwa mają pierwszeństwo przed przepisami k.z. Zob. też R. Logchamps de Berier, *Zobowiązania*, Poznań 1948, s. 573–574.

<sup>26</sup> Dz.U. nr 41, poz. 365.

jako umowy o zastępstwo. Umowa zastępstwa może być albo umową zastępstwa bezpośredniego (pośrednictwo typu przedstawicielskiego), w której zastępca (przedstawiciel) działa w imieniu i na rachunek reprezentowanej osoby, albo umową zastępstwa pośredniego (pośrednictwo *sensu stricto*), w której zastępca działa wprawdzie na rachunek reprezentowanego, ale w imieniu własnym.

Najwęższą, a zarazem najbardziej wyodrębnioną grupę umów stanowią te umowy, w których pośrednik działa jako zastępca pośredni, co oznacza, że działa w imieniu własnym, ale na rzecz dającego zlecenie. Klasycznym przykładem będzie tu umowa komisju, w ramach której komisant zobowiązuje się do kupna lub sprzedaży rzeczy ruchomych na rachunek dającego zlecenie (komitenta), lecz w imieniu własnym<sup>27</sup>. Ten sam rodzaj umocowania przysługuje maklerowi papierów wartościowych<sup>28</sup>.

Ustawodawstwo naszego kraju w zakresie prawa zobowiązań nie zawiera unormowania umowy pośrednictwa ogólnego (cywilnego). Doktryna definiuje umowę nienazwaną jako umowę nieuregulowaną przepisami kodeksu cywilnego<sup>29</sup>.

Umowa pośrednictwa jest umową nienazwaną o świadczenie usług, jeśli przez to pojęcie rozumiemy wszelkie czynności, do których wykonania jedna ze stron zobowiązuje się wobec drugiej strony<sup>30</sup>. Umowa pośrednictwa cywilnego jest jednocześnie umową nienazwaną i mieszaną, która nie została uregulowana przepisami ustawy jako odrębny typ zobowiązania<sup>31</sup>.

Do grupy nazwanych umów o pośrednictwo, tj. takich, które (zgodnie z klasycznym rozumieniem tego terminu) posiadają swoją bezpośrednią odrębną regulację ustawową<sup>32</sup>, należy zaliczyć umowę agencji, komisju, spedycji, umowy z agentem morskim lub maklerem morskim<sup>33</sup>.

Kryterium podziału stanowi tu liczba umów, które mają być przedmiotem pośredniczenia<sup>34</sup>. Jeżeli pośrednik zobowiązuje się pośredniczyć w zawarciu bliżej nieokreślonej liczby umów z udziałem lub na rzecz dającego zlecenie, będzie to umowa o pośrednictwo stałe. Typową umową o pośrednictwo stałe jest umowa agencji. Umowę z agentem ubezpieczeniowym zaliczymy także do umów o pośrednictwo stałe. Również umowę o pośrednictwo z agentem morskim zakwalifikujemy jako typ umowy o pośrednictwo stałe.

<sup>27</sup> Por. art. 765 k.c.

<sup>28</sup> Por. art. 34 ust. 3 ustawy – Prawo o publicznym obrocie papierami wartościowymi i funduszach powierniczych.

<sup>29</sup> Zob. B. Gawlik, *Pojęcie umowy nienazwanej*, „Studia Cywilistyczne” 1971, t. XVII, s. 11; R. Logchamps de Berier, op. cit., s. 152.

<sup>30</sup> Z. Radwański, op. cit., s. 242 i n.; por. też B. Gawlik, op. cit., s. 5, 32, 33.

<sup>31</sup> Por. R. Logchamps de Berier, op. cit., s. 152–153.

<sup>32</sup> Zob. Z. Radwański, op. cit., s. 208 i n.

<sup>33</sup> Por. T. Świerczyński, op. cit., s. 16.

Jeżeli strony przewidują zawarcie tylko jednej umowy lub oznaczonej liczby umów, mamy do czynienia z umową o pośrednictwo doraźne<sup>35</sup>. Umową o pośrednictwo doraźne jest umowa z maklerem morskim, albowiem podejmuje się on za wynagrodzeniem na podstawie każdorazowego zlecenia pośredniczenia w zawieraniu umów kupna i sprzedaży statków, umów przewozu, czarteru na czas, umów holowniczych i umów ubezpieczenia morskiego.

Należy zauważyć, że rozróżnienie umów o pośrednictwo stałe i doraźne nie ma charakteru czysto formalnego. Przede wszystkim należące do obu grup umowy pełnią odmienne funkcje gospodarcze. Przedmiotem zlecenia w ramach pośrednictwa stałego są usługi związane z działalnością zleceniodawcy, który jest profesjonalnym przedsiębiorcą (np. zakład ubezpieczeń, armator, producent towarów) i poprzez zwiększenie liczby zawieranych umów zyskuje wzrost gospodarczy. W przypadku pośrednictwa doraźnego zleceniodawca nie jest profesjonalistą zwiększającym swój udział na rynku, lecz zazwyczaj osobą zamierzającą zawrzeć korzystniejszą transakcję w dziedzinie mało znanej na rynku. Profesjonalistą jest natomiast pośrednik, do zadań którego należy wyszukanie stosownego kontrahenta, zadbanie i zabezpieczenie interesów zleceniodawcy. Działa on raczej tam, gdzie wymagane są specyficzne kwalifikacje, a także znajomość wyspecjalizowanego sektora rynku<sup>36</sup>.

Do tej kategorii nie można zakwalifikować umowy komisju, albowiem komisant może zobowiązać się zarówno do jednorazowego kupna lub sprzedaży rzeczy ruchomych na rachunek komitenta, jak i do stałego zawierania umów. Umowa komisju należy do grupy wyspecjalizowanych umów o świadczenie usług w sferze pośrednictwa, które może przybrać postać zobowiązania jednorazowego lub trwałego. Umowa komisju może zatem dotyczyć zarówno zawarcia pojedynczej transakcji w celu zaspokojenia indywidualnych potrzeb komitenta, jak i służyć wymianie towarowej w ramach profesjonalnego obrotu handlowego<sup>37</sup>.

Przedmiotem umowy o pośrednictwo ogólne jest doprowadzenie do zawarcia dowolnej dozwolonej prawem umowy. Przykładem takiej umowy o pośrednictwo ogólne jest umowa agencji. Natomiast przedmiotem umowy o pośrednictwo szczególne jest doprowadzenie do zawarcia określonego rodzaju umowy<sup>38</sup>. Określenia tego dokonuje ustawodawca w ramach bezpośredniej regulacji takiego typu umowy. W ramach tej kwalifikacji będą znaj-

<sup>34</sup> Ibidem.

<sup>35</sup> Ibidem

<sup>36</sup> Ibidem.

<sup>37</sup> Z. Radwański, J. Panowicz-Lipska, op. cit., s. 189.

<sup>38</sup> Zob. T. Świerczyński, op. cit., s. 16.



dowały się umowy o pośrednictwo, które posiadają regulację ustawową. Umowa komisju jest umową pośrednictwa szczególnego, przedmiotem której jest nabycie lub zbycie rzeczy ruchomych. Taki charakter prawny mają umowy o pośrednictwo w obrocie nieruchomościami i dotyczące agentów ubezpieczeniowych.

### 3. Odpowiedzialność cywilna pośrednika

Pośrednik odpowiada *ex contractu* zgodnie z art. 471 k.c. Odpowiedzialność kontraktowa pośrednika powstaje w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Odpowiedzialność cywilna może wystąpić jedynie w fazie następczenia sposobności do zawarcia umowy lub pośredniczeniu w jej zawarciu, zaś nie ponosi on odpowiedzialności za wykonanie umowy, do której zawarcia doszło dzięki jego zabiegom.

W doktrynie przyjęto, że w umowie pośrednictwa można zawrzeć klauzulę *del credere*, na podstawie której pośrednik przyjąłby odpowiedzialność za wykonanie zobowiązania spoczywającego na osobie trzeciej<sup>39</sup>. Wtedy też kontrahent może domagać się od pośrednika nie tylko wypełnienia zobowiązania, ale też odszkodowania<sup>40</sup>. W świetle przepisów kodeksu handlowego komisant mógł przyjąć na siebie odpowiedzialność za wykonanie zobowiązania przez kontrahenta (odpowiedzialność *del credere*). W razie wątpliwości komisantowi należała się osobna prowizja z tytułu *del credere*.

Obecnie obowiązujące przepisy kodeksu cywilnego pominęły zasadę odpowiedzialności komisanta z tytułu *del credere*. Jednakże mając na względzie zasadę swobody umów, należy przyjąć, że możliwe jest zawarcie w umowie klauzuli *del credere*, stosownie do której komisant będzie w każdym wypadku odpowiadał względem komitenta za nienależyte wykonanie zobowiązania przez osobę trzecią. Może to łączyć się ze zwiększeniem prowizji<sup>41</sup>.

W granicach zakreślonych ramami swobody umów pośrednik, zawierając umowę, może rozszerzyć zakres swojej odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania na okoliczności, które nie stanowią o uchybieniu obowiązkowi lojalności, a są następstwem przyjętych w umowie obowiązków, polegających na czynieniu.

Pośrednikowi w takim samym zakresie jak osobie przyrzekającej wynagrodzenie będzie przysługiwało roszczenie odszkodowawcze w stosunku do osoby trzeciej, jeżeli swoim zachowaniem wypełnią oni przesłankę określoną przepisem art. 415 k.c. Pośrednik i przyrzekający wynagrodzenie będą mogli

<sup>39</sup> Por. M. Allerhand, op. cit., s. 879.

<sup>40</sup> Na zasadzie art. 471 k.c.

<sup>41</sup> Por. uchylony art. 591 § 1 i 2 d.k.h.

wystąpić z takim roszczeniem, jeżeli poniesiona została przez nich szkoda w wyniku niezgodnego z ustawą, zasadami współżycia społecznego lub ustalonymi zwyczajami zachowania się osoby trzeciej<sup>42</sup>.

## Zakończenie

Institucja pośrednictwa ze względu na ekonomiczne uzasadnienie oraz duże zapotrzebowanie na tę formę usług odgrywa zasadniczą rolę w kształtowaniu obrotu gospodarczego. Stale wzrasta liczba i różnorodność spraw prowadzonych przy pomocy pośredników. Istotne znaczenie ma pośrednictwo: ubezpieczeniowe, w handlu nieruchomościami, samochodowe, agencje wynajmu lokali i różnego rodzaju agencje pośredniczące w świadczeniu usług. W celu wykonania usług pośrednictwa zawierane są na rynku różnego rodzaju umowy o pośrednictwo, np. umowa agencji, komisju, umowa o pośrednictwo w obrocie z nieruchomościami, umowa z brokerem lub agentem ubezpieczeniowym, umowa z maklerem lub agentem morskim. Do grupy tej zalicza się umowy o pośrednictwo w zbyciu lub nabyciu papierów wartościowych, które wykonują maklerzy giełdowi.

Wobec rosnącego znaczenia pośrednictwa (przy sprzedaży mieszkań, samochodów, innych towarów) umowa pośrednictwa powinna zostać jak najszybciej unormowana w kodeksie cywilnym. Konstruowany na podstawie art. 750 k.c. reżim prawny tej umowy jako umowy nienazwanej świadczy o niedoskonałości naszego prawa, albowiem aktualnie powstają liczne spory na tle umów o pośrednictwo. Wywody przedstawione w niniejszym artykule na temat pozycji prawnej pośrednictwa cywilnego, charakteru prawnego umowy pośrednictwa oraz odpowiedzialności cywilnej pośrednika dostarczają zapewne dodatkowych argumentów na poparcie słusznego postulatu przywrócenia polskiemu prawu instytucji pośrednictwa<sup>43</sup>.

<sup>43</sup> Por. A. Burzak, op. cit., s. 11–12.

<sup>44</sup> Przywrócenie pośrednictwa postulują M. Nesterowicz, op. cit., s. 444; A. Burzak, op. cit., s. 12.

**Mariusz Załucki**  
Uniwersytet Rzeszowski

## **Ograniczenia w swobodzie rozrządzania przedsiębiorstwem *mortis causa***

### **Wprowadzenie**

Osoba fizyczna, prowadząc działalność gospodarczą, prowadzi przedsiębiorstwo. Jako przedsiębiorca w obrocie cywilnoprawnym może dokonywać i zazwyczaj dokonuje szeregu czynności prawnych *inter vivos*. W tym zakresie nie różni się więc zasadniczo od innych osób prowadzących przedsiębiorstwo, tj. osób prawnych i jednostek organizacyjnych o których mowa w art. 33[1] k.c.

Regułą obrotu cywilnoprawnego jest to, że prowadzący działalność gospodarczą mają dowolność tak w doborze swoich kontrahentów, jak i w zakresie ułożenia stosunku prawnego według własnego uznania. Jest to konsekwencja przyjmowanej w prawie prywatnym zasady autonomii woli stron, na której oparte są stosunki prawne o charakterze cywilnoprawnym. W związku z tym mogą oni m.in. dokonać czynności prawnej obejmującej całe prowadzone przez siebie przedsiębiorstwo bądź jego część.

W zasadzie ograniczenia swobody dokonywania czynności prawnych *inter vivos* nie są częste i – o ile występują – na ogół nie demobilizują przedsiębiorcy do gromadzenia składników majątkowych<sup>1</sup>. Tymczasem czynności prawne *mortis causa*, które z samej natury dotyczą tylko przedsiębiorców będących osobami fizycznymi, mogą kreować rzeczywistość przyszłego spadkodawcy na wypadek jego śmierci w sposób nieodpowiadający jego woli, wyrażając tym samym określoną koncepcję ustawodawcy w zakresie kształtowania stosunków społecznych *mortis causa*. Wówczas może nie być on zainteresowany prowadzeniem przedsiębiorstwa aż do swojej śmierci i nieja-

---

<sup>1</sup> Chodzi np. o sprzeczność danej czynności z prawem czy zasadami współżycia społecznego, jak również o przepisy administracyjne ograniczające możliwość koncentracji przedsiębiorstw. Zob. w tym ostatnim zakresie np. J. Olszewski, *Nadzór nad koncentracją przedsiębiorców jako forma prewencyjnej ochrony konkurencji*, Rzeszów 2004, s. 121 i n.

ko pozbywać się wypracowanego majątku za życia, tak by odbyło się to zgodnie z jego wolą. Stan taki nie pozwala zaś na rozwój przedsiębiorstw.

W związku z tym pojawia się pytanie, czy aktualne rozwiązania przyjęte w prawie polskim w jakikolwiek sposób ograniczają swobodę przedsiębiorców w rozrządzaniu ich majątkiem na wypadek śmierci, czy pozwalają na ochronę bytu przedsiębiorstwa w postępowaniu spadkowym.

## 1. Dziedziczenie ustawowe

Stosownie do treści art. 924 k.c. spadek otwiera się z chwilą śmierci spadkodawcy. Prawo polskie zna obecnie dwa tytuły powołania do dziedziczenia (ustawa i testament – art. 926 § 1 k.c.). Dopuszczalność darowizny *mortis causa* jest dyskusyjna<sup>2</sup>. W skład spadku – stosownie do treści art. 922 k.c. – wchodzi zaś wszystkie cywilnoprawne prawa i obowiązki zmarłego, w tym przedsiębiorstwo w rozumieniu art. 55[1] k.c. Przedsiębiorstwo rozumiane jako zorganizowany zespół składników niematerialnych i materialnych przeznaczony do prowadzenia działalności gospodarczej jest więc przedmiotem spadkobrania.

W przypadku, gdy spadkodawca nie pozostawi po sobie testamentu, powołanie do spadku wynika z ustawy. Wówczas spadkobiercy dziedziczą według określonych grup spadkowych. Nabywają oni spadek w określonych przez ustawę częściach. Z punktu widzenia możliwości dalszego prowadzenia przedsiębiorstwa uregulowanie to jest problematyczne. Interes spadkobierców może bowiem być odmienny. Nie każdy z nich będzie przecież chciał nadal prowadzić przedsiębiorstwo, co więcej – nie każdy będzie to potrafił. Ustawa nie zawiera zaś żadnych wymogów odnośnie do kwalifikacji podmiotowych przyszłego spadkobiercy. Przepisy prawa nie chronią w żaden sposób dalszego bytu przedsiębiorstwa. Dotychczas w prawie polskim tego rodzaju regulacja występowała jedynie przy dziedziczeniu gospodarstw rolnych.

Stosownie do treści art. 1059 k.c. – uznanego wyrokiem Trybunału Konstytucyjnego za niezgodny z Konstytucją<sup>3</sup> – spadkobiercy dziedziczyli z ustawy gospodarstwo rolne, jeżeli w chwili otwarcia spadku: 1) stale pracowali bezpośrednio przy produkcji rolnej, albo 2) mieli przygotowanie zawodowe do prowadzenia produkcji rolnej, albo 3) byli małoletni bądź pobierali naukę zawodu lub uczęszczali do szkół, albo 4) byli trwale niezdolni do pracy. Jak widać, krąg spadkobierców ustawowych gospodarstwa rolnego mógł być węższy od kręgu spadkobierców dziedziczących dany spadek na zasadach ogól-

<sup>2</sup> Zob. E. Drozd, *Darowizna na wypadek śmierci*, „Rejent” 1992, nr 1, s. 74 i n.; J. Górecki, *Umowa darowizny na wypadek śmierci*, „Rejent” 2006, nr 2, s. 29 i n.

<sup>3</sup> Wyrok TK z dnia 31 stycznia 2001 r. w sprawie P 4/99, OTK 2001, nr 1, poz. 5.

nych, mógł także obejmować osoby niepowołane do dziedziczenia ustawowego pozostałej części danego spadku – ze względu na uzupełniającą treść tego przepisu normy art. 1060 i 1062 k.c.<sup>4</sup> Oznaczało to, że ustawodawca tworzy dwie kategorie spadkobierców ustawowych po osobie, która pozostawiła spadek obejmujący gospodarstwo rolne, tj. spadkobierców nabywających gospodarstwo rolne i spadkobierców nabywających tylko pozostałą część spadku. Według Trybunału idea taka nie była jeszcze sama w sobie nie do pogodzenia z Konstytucją, ale realizując ją ustawodawca przede wszystkim nie powinien naruszać zasady równej ochrony prawnej wszystkich spadkobierców. Tworząc porządek dziedziczenia ustawowego, ustawodawca może się kierować różnymi dyrektywami, a założenie powołania do dziedziczenia członków najbliższej rodziny osoby zmarłej – mimo swego podstawowego znaczenia – jest tylko jedną z nich. Dlatego samo powołanie do dziedziczenia gospodarstwa rolnego innych osób niż co do reszty majątku spadkowego, zważywszy na to, że powołanymi byli również członkowie rodziny spadkodawcy, nie mogły być uznane za naruszenie art. 64 ust. 1 i art. 21 ust. 1 Konstytucji.

Według Trybunału regulacja przyjęta w kwestionowanych przepisach nie spełniała jednak wymagań wynikających z art. 64 ust. 2 Konstytucji – i to z kilku przyczyn. Po pierwsze, widoczne na pierwszy rzut oka było rażąco nierówne traktowanie spadkobierców, tak w grupie spadkobierców powołanych do dziedziczenia z ustawy, jak i spadkobierców ustawowych w stosunku do spadkobierców testamentowych. W tym drugim przypadku zabrakło jakichkolwiek ograniczeń tego rodzaju, jak w art. 1059 k.c. Dowodziło to, że sam ustawodawca nie traktował ustanowionych przez siebie ograniczeń jako koniecznych do osiągnięcia założonego celu (niezależnie od tego, czy cel ten był legitymowany konstytucyjnie). Zresztą – jak wskazał Trybunał – także obrót gospodarstwami rolnymi w drodze czynności *inter vivos* nie był poddany tego rodzaju ograniczeniom. Po drugie, wyznaczony przez ustawodawcę krąg osób, mający charakter ograniczający w stosunku do kręgu spadkobierców na zasadach ogólnych, nie był oparty na przesłankach w sposób racjonalny prowadzących do celów, które byłyby zgodne z Konstytucją. O ile względy prawidłowej gospodarki rolnej mogłyby uzasadniać dwie pierwsze kategorie (art. 1059 pkt 1 i 2 k.c.), o tyle grupy trzecia i czwarta (art. 1059 pkt 3 i 4 k.c.) zostały wprowadzone – jak można przypuszczać – wyłącznie z przyczyn społecznych. Trybunał zwrócił uwagę, iż art. 1059 wraz z art. 1060 i 1062 k.c. w brzmieniu wówczas obowiązującym nie prowadziły do celu, który miałyby uzasadnienie konstytucyjne, a mianowicie do zapewnienia gospodarstwu rol-

---

<sup>4</sup> Pierwszy art. 1060 k.c. przewidywał, że wnuki spadkodawcy bądź dalsi zstępni, którzy w chwili otwarcia spadku odpowiadają warunkom przewidzianym w art. 1059 k.c. pkt 1 i 2, dziedziczą gospodarstwo rolne także wtedy, gdy ich ojciec lub matka nie mogą gospodarstwa dziedziczyć z powodu braku warunków przewidzianych w art. 1059 k.c. Z kolei przepis art. 1062 k.c. zawierał podobną regulację odnośnie do rodzeństwa spadkodawcy i jego dzieci.

nemu określonej wielkości, pozwalającej na właściwe i ekonomiczne „rodzinne” gospodarowanie. Więcej nawet – dopuszczenie do dziedziczenia ustawowego gospodarstwa rolnego wyłącznie osób określonych w art. 1059 pkt 3 k.c. mogłoby uniemożliwić osiągnięcie tego celu. Natomiast wyeliminowanie danego spadkobiercy ustawowego z kręgu osób dziedziczących gospodarstwo rolne z powodu niespełnienia żadnego z warunków określonych w art. 1059 k.c. wyłączało go z możliwości otrzymania tego gospodarstwa w wyniku działu spadku, nawet gdyby w okresie między otwarciem i działem spadku spełnił on warunek określony w art. 1059 pkt 1 lub 2 k.c. Inaczej mówiąc, kwestionowane przepisy nie gwarantowały ani niepodzielności gospodarstwa rolnego, ani objęcia go przez jedną najbardziej do tego zawodowo i fachowo predystynowaną osobę<sup>5</sup>. Trybunał uznał więc pośrednio, że tego rodzaju regulacja byłaby dopuszczalna. Jako że art. 1059 k.c. wymogów konstytucyjnych w tym zakresie nie spełniała, Trybunał uznał ten przepis za niezgodny z Konstytucją. W swoim orzeczeniu dał jednak podstawy do wprowadzenia regulacji dziedziczenia ustawowego mającej na celu ochronę gospodarstwa rolnego w przyszłości, co odpowiednio można odnieść do przedsiębiorstwa. Za ochroną przedsiębiorstwa *mortis causa* przemawiają bowiem podobne względy. Do dnia dzisiejszego takiej regulacji jednak nie ma. Gdy w skład spadku wchodzi przedsiębiorstwo, a powołanie do dziedziczenia następuje wyłącznie z ustawy, dalszy byt przedsiębiorstwa może być zagrożony.

## 2. Dziedziczenie testamentowe

Jak się wydaje, spadkodawca mógłby temu przeciwdziałać, sporządzając testament. Czy jednak na pewno? Zacząć trzeba od tego, że polski ustawodawca przewiduje zasadę swobody rozrządzenia majątkiem na wypadek śmierci. Poprzez tę zasadę należy rozumieć zakres uprawnień spadkodawcy w dokonywaniu dyspozycji swoim majątkiem na wypadek śmierci<sup>6</sup>. Jest to więc chroniona prawnie możliwość realizowania skutecznych rozrządzeń majątkiem na wypadek śmierci<sup>7</sup>.

Na ogół chodzi tutaj o wszelkie czynności prawne dopuszczalne *mortis causa*. Czynności te mają służyć dysponowaniu majątkiem przez uprawnionego i wywierać skutki prawne po jego śmierci. Problematyka swobody rozrządzenia majątkiem na wypadek śmierci jest zaś związana z podstawową zasadą obowiązującą na tle prawa cywilnego, tj. zasadą autonomii woli pod-

<sup>5</sup> Zob. uzasadnienie wyroku TK z dnia 31 stycznia 2001 r. w sprawie P 4/99, OTK 2001, nr 1, poz. 5.

<sup>6</sup> Por. B. Kordasiewicz, *Testamentowe dziedziczenie gospodarstw rolnych*, Wrocław – Warszawa – Kraków – Gdańsk 1978, s. 58.

<sup>7</sup> T. Kipp, H. Coing, *Erbrecht*, Tübingen 1990, s. 109.

miotów prawa cywilnego, która wyraża przysługującą tym podmiotom kompetencję do swobodnego kształtowania stosunków cywilnoprawnych<sup>8</sup>. Autonomia woli stron należy bowiem do tradycyjnych zasad prawa cywilnego. Składają się na nią m.in. swoboda dokonania lub niedokonania pewnej czynności prawnej oraz dowolność ukształtowania treści tej czynności<sup>9</sup>.

Obowiązujące prawo polskie pozwala na urzeczywistnienie woli spadkodawcy w decydowaniu o losach swojego majątku także po jego śmierci. Kodeks cywilny przewiduje możliwość rozrządzenia przez spadkodawcę swoim majątkiem na wypadek śmierci, jednak ta kompetencja znajduje pewne ograniczenia. Podstawowy jest przepis art. 941 k.c., który stanowi, że rozrządzić majątkiem na wypadek śmierci można jedynie przez testament. Ustawa przewiduje różne rodzaje form testamentów, jednak żadna z nich nie pozwala spadkodawcy na wskazanie, jaki składnik majątkowy winien uzyskać powołany przez niego spadkobierca, w przypadku powołania do dziedziczenia kilku spadkobierców. Testator nie może więc przesądzić tego, aby wskazana przez niego osoba nabyła z chwilą jego śmierci konkretny wymieniony w testamencie składnik majątkowy; nie może także przesądzić o sposobie podziału majątku spadkowego pomiędzy kilku spadkobierców. Prawo polskie nie przewiduje bowiem choćby tzw. testamentu działowego. W sytuacji postępowania o stwierdzenie nabycia spadku, gdy testator przeznaczył poszczególnym osobom konkretne składniki majątku spadkowego, sąd nie będzie merytorycznie rozstrzygał tych kwestii. Korzystając z reguł wykładni określonych w art. 961 k.c., orzeknie nabycie majątku spadkowego w udziałach przypadających poszczególnym spadkobiercom. Przykładowo, gdy spadkodawca w testamencie jednemu ze spadkobierców przeznaczył działające przedsiębiorstwo rodzinne, a drugiemu nieruchomości, to spadkobiercy naberą wszystkie wchodzące do spadku przedmioty majątkowe, a udział każdego z nich, zarówno w całości masy majątkowej, jak i w poszczególnych składnikach tego majątku, określony będzie za pomocą ułamka. Również wówczas byt przedsiębiorstwa może być zagrożony.

### 3. Umowy o spadek

W świetle prawa polskiego niedopuszczalne są umowy o spadek po osobie żyjącej (art. 1047 k.c.), chyba że przepisy szczególne stanowią inaczej. Takim przepisem jest obecnie tylko przepis art. 1048 k.c., który dopuszcza możliwość zawarcia umowy o zrzeczenie się dziedziczenia<sup>10</sup>. Według tego

<sup>8</sup> Z. Radwański, *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 1999, s. 19.

<sup>9</sup> Por. S. Grzybowski, [w:] *System prawa cywilnego. Część ogólna*, t. 1, red. S. Grzybowski, Wrocław – Warszawa – Kraków – Gdańsk – Łódź 1985, s. 52.

<sup>10</sup> I. Kozak, *Umowa o zrzeczenie się dziedziczenia*, PSD 2004, nr 11–12, s. 74 i n.

przepisu, spadkobierca ustawowy może przez umowę z przyszłym spadkodawcą zrzec się dziedziczenia po nim. Dla poruszanego tu problemu możliwość zawarcia takiej umowy ma duże znaczenie praktyczne. Jak zauważa doktryna, instytucja ta pozwala bowiem uniknąć sporów między spadkobiercami czy osobami uprawnionymi do zachowku lub zapisu. Zapobiega także podziałowi majątku spadkowego. Poza problemem „rozdrobienia” przedsiębiorstwa na skutek dziedziczenia ustawowego bądź testamentowego podkreśla się więc problem realizacji roszczeń majątkowych z tytułu zapisów czy zachowku, który może utrudniać dalsze funkcjonowanie przedsiębiorstwa. Doktryna twierdzi np., że konieczność realizacji roszczeń o zachówek w krańcowych wypadkach może doprowadzić do upadku przedsiębiorstwo lub gospodarstwo rolne wchodzące w skład spadku, jeżeli spadkobierca nie dysponuje innym majątkiem, z którego mógłby zaspokoić uprawnionych do zachowku. Temu przeciwdziałać może właśnie zrzeczenie się dziedziczenia, które co prawda występuje zazwyczaj za wynagrodzeniem na rzecz zrzekającego się, jednak odpowiednie ukształtowanie umowy pozwala rozłożyć spadkodawcy ciężar zapłaty owego wynagrodzenia na lata<sup>11</sup>.

Jednym z celów umowy zrzeczenia się dziedziczenia może być zatem przeciwdziałanie rozdrobnieniu przedsiębiorstwa, które wchodziłoby w skład majątku spadkowego. Spadkodawca za życia wyposaża swojego spadkobiercę, czyniąc to na poczet przyszłego spadku w przekonaniu, że z powodu tego wyposażenia spadkobierca ten nie będzie już dziedziczyć z ustawy po nim, a jednocześnie to wcześniejsze wyposażenie uchroni przedsiębiorstwo przed podziałem i nie zaszkodzi pozostałym spadkobiercom<sup>12</sup>, dla których spadkodawca przewidział inne składniki swojego majątku. Stąd najczęściej umowa ta połączona jest z darowizną na rzecz zrzekającego się, która ma być niejako właśnie ekwiwalentem za akt zrzeczenia się dziedziczenia<sup>13</sup>. Pozwala to na zachowanie przedsiębiorstwa w jednych rękach.

Zrzeczenie dziedziczenia jest zatem dopuszczonym przez prawo negatywnym kontraktem dziedziczenia, który nie stanowi tytułu powołania do dziedziczenia<sup>14</sup>. Treścią tego kontraktu jest zrzeczenie się dziedziczenia po przyszłym spadkodawcy przez spadkobiercę<sup>15</sup>. Wykorzystanie tej instytucji może pozwolić na ochronę bytu przedsiębiorstwa *mortis causa*.

<sup>11</sup> Tak: J. Pisuliński, *Zrzeczenie się dziedziczenia w prawie niemieckim*, „Rejent” 1999, nr 12, s. 64.

<sup>12</sup> Tak: S. Wójcik, *Podstawy prawa cywilnego. Prawo spadkowe*, Warszawa 2002, s. 31.

<sup>13</sup> A. Malinowski, *Umowa o zrzeczenie się dziedziczenia w ujęciu kodeksu cywilnego*, NPN 2004, nr 4, s. 35.

<sup>14</sup> J. Kosik, [w:] *System prawa cywilnego. Prawo spadkowe*, t. 4, red. S. Grzybowski, Wrocław – Warszawa – Kraków – Gdańsk – Łódź 1985, s. 584 i n.

<sup>15</sup> M. Pazdan, *Umowa o zrzeczenie się dziedziczenia w polskim prawie spadkowym*, „Rejent” 1997, nr 4, s. 186.



#### 4. Darowizna *mortis causa*

Jak zaś wspomniano, dyskusyjne jest, czy w świetle obowiązującego stanu prawnego dopuszczalne są darowizny *mortis causa*<sup>16</sup>. Chodzi tutaj bowiem o darowiznę uczynioną z zastrzeżeniem warunku zawieszającego w postaci śmierci darczyńcy i istnieje wątpliwość, czy czynność taką można kwalifikować właśnie jako czynność prawną *mortis causa*. Dochodzi ona bowiem do skutku już za życia uczestniczących w jej zawarciu stron i już wówczas powstają z niej skutki prawne, podczas gdy cechą czynności prawnych *mortis causa* jest to, że wszystkie skutki prawne wywołują dopiero po śmierci strony dokonującej tej czynności<sup>17</sup>. Ostatnio w literaturze coraz częściej wyrażany jest pogląd, że darowizna, której skuteczność zależy od śmierci darczyńcy, jest *de lege lata* dopuszczalna<sup>18</sup>. Pogląd ten, z uwagi na treść art. 941 k.c. jest jednak dyskusyjny<sup>19</sup>. Stąd pożądana wydaje się tutaj ingerencja ustawodawcy, który przesądziłby ostatecznie tę kwestię<sup>20</sup>. Mogłoby to mieć istotne znaczenie dla spadków, w których skład wchodzi przedsiębiorstwo.

W tym kierunku zmierza projekt zmiany kodeksu cywilnego przygotowany przez grupę senatorów, przyjęty przez Senat w dniu 28 maja 2009 r. Stosownie do proponowanego przepisu art. 888[1] § 1 k.c., jeżeli darczyńca zobowiązał się do bezpłatnego świadczenia na wypadek śmierci, obdarowany nabywa przedmiot darowizny z chwilą śmierci darczyńcy, o ile przeżył darczyńcę (darowizna na wypadek śmierci)<sup>21</sup>. W uzasadnieniu dla tego projektu wskazano, iż dla uszanowania woli spadkodawcy sporządzenie testamentu nie zawsze będzie zabiegiem wystarczającym. Zdaniem projektodawców zasada sukcesji uniwersalnej jest często niezrozumiała dla osoby, która w testamencie pragnie podzielić (rozpisać) swój majątek na spadkobierców w sposób uznany przez siebie za najlepszy. Zadysponowanie w testamencie określony-

<sup>16</sup> Zob. np. Z. Radwański, [w:] *System prawa prywatnego. Prawo cywilne – część ogólna*, t. 2, red. Z. Radwański, Warszawa 2008, s. 217; M. Pazdan, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 2, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2000, s. 983; J. Kremis, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz do artykułów 535–1088*, t. 2, red. E. Gniewek, Warszawa 2004, s. 1025.

<sup>17</sup> Tak: S. Wójcik, F. Zoll, [w:] *System prawa prywatnego. Prawo spadkowe*, t. 10, red. B. Kordasiewicz, Warszawa 2010, s. 273.

<sup>18</sup> Zob. np. M. Niedośpiał, *Darowizna na wypadek śmierci*, PiP 1987, nr 11, s. 53; E. Drozd, op. cit., s. 74 i n.; J. Górecki, op. cit., s. 35 i n.

<sup>19</sup> Zob. E. Skowrońska-Bocian, *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga czwarta. Spadki*, Warszawa 2006, s. 71 i 252.

<sup>20</sup> Jak się wydaje, zdaniem ustawodawcy taka darowizna jest niedopuszczalna, o czym świadczy choćby senacki projekt ustawy o zmianie kodeksu cywilnego oraz niektórych innych ustaw (Druk Senacki nr 495), gdzie proponuje się wprowadzenie do prawa polskiego konstrukcji darowizny na wypadek śmierci. Pomysł ten spotkał się jednak z krytyką, wedle której taka figura prawna może być uznana za sprzeczną z normami konstytucyjnymi (!). Zob. P. Telenga, *Opinia do projektu grupy senatorów ustawy o zmianie ustawy kodeks cywilny i niektórych innych ustaw*, Ośrodek Badań Studiów i Legislacji, Lublin 14 kwietnia 2009, s. 1 i n.

<sup>21</sup> Druk Senacki nr 495, s. 2.

mi składnikami spadku ma dla spadkodawcy w pierwszej kolejności wydzźwięk gospodarczy i nie dba on o czystość konstrukcji prawnej zawartej w treści testamentu.

Nadto – według autorów projektu – jest jeszcze drugi aspekt obowiązującej regulacji spadkowej. W obecnym stanie prawnym, gdy majątek spadkowy dziedziczy kilku spadkobierców, muszą oni najpierw przeprowadzić postępowanie o stwierdzenie nabycia spadku, a następnie dokonać działu spadku i określić, któremu z nich przypadną na własność poszczególne składniki majątkowe. W wypadku sporu pomiędzy nimi, nawet przy sporządzonym testamencie, postępowanie może toczyć się latami, a nabyte w spadku składniki często o znacznej wartości mogą przestać istnieć. Niejednokrotnie, gdy spadkobiercy stają się współwłaścicielami przedsiębiorstwa, trudności w jego funkcjonowaniu mogą pojawić się już na tle bieżącego zarządu, wypłat wynagrodzeń czy nawet prostego wypełnienia deklaracji podatkowych i współodpowiedzialności fiskalnej za jego działanie. Nie trzeba dodawać, że tylko niektórzy z nich mogą być zainteresowani regulacją spraw spadkowych i prowadzeniem przedsiębiorstwa, a pozostali nie wykazywać żadnej aktywności. Nie wolno zapomnieć, że do czasu zakończenia postępowań spadkowych, potwierdzających ich prawa spadkowe względem np. kontrahentów czy pracowników, spadkobiercy nie będą mogli legitymować się dokumentem potwierdzającym uprawnienia do prowadzenia przedsiębiorstwa, a więc takim, który w efekcie pozwoli na w pełni skuteczne podpisywanie podstawowych dokumentów. W przeszłości dochodziło w takiej sytuacji do likwidacji prawidłowo działających przedsiębiorstw rodzinnych. Jak zaś zauważyli autorzy projektu – nie jest to zjawisko pożądane. Stąd wprowadzenie konstrukcji prawnej darowizny na wypadek śmierci mogłoby umożliwić spadkodawcy dysponowanie poszczególnymi składnikami majątku, tak by w chwili śmierci przechodziły one automatycznie na własność beneficjenta<sup>22</sup>. Najwyraźniej ustawodawca dostrzegł potrzebę ochrony przedsiębiorstw przed „rozdrobieniem” *mortis causa*.

Podstawowym zarzutem przeciwko tej konstrukcji jest wskazanie, że pozbawia ona wierzycieli spadkodawcy możliwości „ściągnięcia” długów z rozdysponowanego mienia. Skoro bowiem mienie, którego dotyczy darowizna, nie wchodzi w skład spadku, obdarowany nie będzie odpowiadał za długi spadkowe<sup>23</sup>. Być może w tym zakresie projekt ten należałoby uzupełnić. Sam pomysł jest jednak godny uwagi. Pozwoli na ochronę bytu przedsiębiorstwa na wypadek śmierci spadkodawcy.

<sup>22</sup> Por. M. Domagalski, *Biznes chce swobody w spadkobranii firm*, „Rzeczpospolita” z dnia 5 października 2010, s. C2.

<sup>23</sup> Por. wypowiedź M. Pazdana, [w:] *ibidem*, s. C2.

## 5. Zapis windykacyjny

Komisja Kodyfikacyjna Prawa Cywilnego, niejako w opozycji do projektu senackiego, przygotowała projekt innej konstrukcji, która ma spełnić podobne cele. Chodzi o instytucję tzw. zapisu windykacyjnego. Stosownie do projektowanego przepisu art. 981[1] § 1 k.c., w testamencie sporządzonym w formie aktu notarialnego spadkodawca może postanowić, że oznaczona osoba nabywa przedmiot zapisu z chwilą otwarcia spadku (zapis windykacyjny). Wedle § 2 tego przepisu, przedmiotem zapisu windykacyjnego może być: 1) rzecz oznaczona co do tożsamości, 2) zbywalne prawo majątkowe, 3) przedsiębiorstwo lub gospodarstwo rolne, 4) ustanowienie na rzecz zapisobiercy użytkowania lub służebności<sup>24</sup>.

Zapis windykacyjny pozwala więc na przekazanie przedsiębiorstwa na rzecz danej osoby *mortis causa*. Zaletą tej konstrukcji jest prostota i zgodność z wolą testatora. Powoduje ona nabycie przedmiotu zapisu przez zapisobiercę już w chwili śmierci testatora, bez konieczności podejmowania dodatkowych działań<sup>25</sup>. Dopuszczalny obecnie zapis (art. 968 k.c.) dla wywołania skutków rzeczowych wymaga zawarcia umowy stanowiącej jego wykonanie. Projekt zmienia ten stan rzeczy i wprowadza nową postać zapisu. Jako że rozdysponowanie przez testatora znaczną częścią swego majątku w drodze zapisów windykacyjnych i wyłączenie tych przedmiotów ze spadku ograniczałoby zakres odpowiedzialności za długi spadkowe spadkobierców przyjmujących spadek z dobrodziejstwem inwentarza, a tym samym pogarszało sytuację wierzycieli spadkowych, projekt obciąża odpowiedzialnością za długi spadkowe także osoby otrzymujące przysporzenia w drodze zapisu windykacyjnego. Przepisy regulujące tę odpowiedzialność zamieszczono po przepisach statuujących odpowiedzialność spadkobierców za długi spadkowe (art. 1034<sup>1</sup>–1034<sup>3</sup> k.c.).

W projekcie przyjęto, iż do działu spadku spadkobiercy i zapisobiercy odpowiadają solidarnie za długi spadkowe (art. 1034<sup>1</sup> § 1 k.c.). Ewentualne rozliczenia (regresy) pomiędzy spadkobiercami i zapisobiercami powinny następować przy uwzględnieniu wartości otrzymanych przez nich przysporzeń (art. 1034<sup>1</sup> § 2 k.c.). Po działu spadku osoba, na której rzecz uczyniono zapis windykacyjny, odpowiadałaby za długi spadkowe proporcjonalnie do wartości otrzymanego przez niego przedmiotu zapisu (art. 1034<sup>2</sup> k.c.). Odpowiedzialność tej osoby za długi spadkowe ograniczona jest w projekcie do wartości

<sup>24</sup> Zob. *Projekt o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw z dnia 2 czerwca 2009 r.*, dostępny na stronie Ministerstwa Sprawiedliwości: <<http://bip.ms.gov.pl/pl/dzialalnosc/komisje-kodyfikacyjne/komisja-kodyfikacyjna-prawa-cywilnego/>>, dostęp: 19.10.2010.

<sup>25</sup> J. Górecki, *Zapis windykacyjny – uwagi de lege ferenda*, [w:] *Rozprawy z prawa prywatnego, prawa o notariacie i prawa europejskiego – ofiarowane Panu Rejentowi Romualdowi Szytkowi*, Kluczbork 2007, s. 129 i n.

otrzymanego przez nią przedmiotu zapisu windykacyjnego według stanu i cen z chwili otwarcia spadku (art. 1034<sup>3</sup> k.c.).

Konstrukcja zapisu windykacyjnego jest więc jedną z figur, które mogą chronić ostatnią wolę spadkodawcy w zakresie rozrządzeń przedsiębiorstwem<sup>26</sup>. Jednak i ona jest obciążona pewną wadą. Korzyści z tytułu zapisu będą bowiem podlegać rozliczeniom z tytułu zachowku. To zaś – jak uprzednio wskazano – jest pewnym zagrożeniem dla bytu przedsiębiorstwa.

## Wnioski

W świetle obecnych przepisów kodeksu cywilnego brak jest podstaw do skutecznego przesądzenia przez spadkodawcę o sposobie podziału spadku, w tym spadku, w którego skład wchodzi przedsiębiorstwo. Nie może on w sposób wiążący spadkobierców wskazać, jakie przedmioty mają przyspaść po jego śmierci poszczególnym osobom. Osłabia to w istotny sposób swobodę testowania. Tymczasem stworzenie spadkodawcy takiej sposobności wydaje się koniecznością. W tym kierunku zmierzają projekty zmian naszego prawa, proponujące konstrukcję darowizny *mortis causa* czy zapisu windykacyjnego. Mimo tego, że konstrukcje te wywołują pewne kontrowersje, w przyszłym polskim prawie spadkowym jest miejsce dla każdej z nich. Szczegóły każdej z tych konstrukcji winny być na obecnym etapie dyskutowane, tak by wykorzystać moment legislacyjny. Nie ulega bowiem wątpliwości, że wkrótce powstanie w Polsce projekt nowego kodeksu cywilnego. Trwające dyskusje na temat jego kształtu winny uwzględniać także obie instytucje. Każda z nich będzie poszerzeniem uprawnień spadkodawcy związanych ze swobodą dysponowania majątkiem na wypadek śmierci. Pozwoli także do ochronę bytu przedsiębiorstwa w postępowaniu spadkowym.

---

<sup>26</sup> Zob. A. Grebieniow, *Zapis windykacyjny – w sprawie nowelizacji kodeksu cywilnego*, „Wiedza Prawnicza” 2010, nr 3, s. 45 i n.

**Aleksy Goettel**

Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie

## **Obowiązek podatkowy a realizacja zasady swobody działalności gospodarczej – zagadnienia wybrane**

1. Zasada swobody działalności gospodarczej niewątpliwie stanowi nieocenione osiągnięcie myśli prawno-ekonomicznej, u podstaw której leży przekonanie, iż ingerencja państwa w procesy gospodarcze musi mieć swoje granice<sup>1</sup>. Nie wchodząc w nieistotne z punktu widzenia dalszych rozważań aspekty polityczne, ekonomiczne oraz jurydyczne<sup>2</sup> interesującej nas koncepcji, wyjaśnić należy, że przez swobodę działalności gospodarczej rozumiemy możemy *sui generis* „wiązkę praw i wolności”<sup>3</sup> umożliwiającą zainteresowanym podmiotom czerpanie korzyści ekonomicznych z realizowanego na własny rachunek procesu gospodarowania<sup>4</sup>.

Mającą swe umocowanie w Konstytucji oraz innych aktach normatywnych swoboda działalności gospodarczej – co ma niemałe znaczenie z punktu widzenia przedmiotu niniejszej pracy – powinna być rozumiana jak najszerszej, tj. nie tylko jako wolność w zakresie wyboru działalności gospodarczej oraz jej wykonywania, lecz także jako swoboda w wyborze formy organizacyjno-prawnej, swoboda w konkurowaniu z innymi podmiotami, swoboda w zakresie decydowania o sposobie inwestowania kapitału, swoboda w zakresie zatrudniania pracowników itd.<sup>5</sup> Powyższe wyliczenie nie jest rzecz jasna pełne, jednak świadczy o złożoności analizowanego zagadnienia. Jednocześnie daje asumpt do stwierdzenia, że również ograniczenia swobody działalności gospodarczej – z różnych powodów niezbędne – mają niejednorodną naturę. Okoliczność ta została zresztą dostrzeżona w doktrynie, gdzie zauważa się

<sup>1</sup> Por.: A. Walaszek-Pyziół, *Swoboda działalności gospodarczej*, Kraków 1994, s. 12 i n.

<sup>2</sup> Ich charakterystykę prezentuje m.in. C. Kosikowski, *Publiczne prawo gospodarcze Polski i Unii Europejskiej*, Warszawa 2010, s. 63–64.

<sup>3</sup> *Ibidem*, s. 64.

<sup>4</sup> W. Jakimowicz, *Publiczne prawo podmiotowe*, Kraków 2002, s. 280.

<sup>5</sup> M. Brożyna, M. Chudzik, K. Kohutek, J. Molis, S. Szuster, *Komentarz do art. 6 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz.U.04.173.1807)*, LEX/el. 2005.

m.in., iż ograniczenia te mogą być rozumiane tak wąsko, jak i szeroko<sup>6</sup>. Inny podział ograniczeń swobody działalności gospodarczej zakłada istnienie względnych oraz bezwzględnych form jej delimitacji<sup>7</sup>.

Z punktu widzenia niniejszych rozważań za szczególnie przydatną należy uznać koncepcję ograniczeń swobody działalności gospodarczej w znaczeniu szerokim. Otwiera ona drogę do dyskusji na temat wszelkich uregulowanych ustawowo czynników, determinujących działalność gospodarczą jako taką. Wśród nich istotne znaczenie – co wyraźnie podkreśla się w literaturze publicznego prawa gospodarczego – posiadają obciążenia publicznoprawne, w tym przymusowe daniny pieniężne o charakterze publicznoprawnym<sup>8</sup>. Wydaje się, że dla pełności obrazu nie warto rezygnować z próby konfrontacji implikacji opodatkowania względem tych filarów swobody działalności gospodarczej, które mają charakter prywatnoprawny. Swoista wiązka praw i wolności wyrażająca treść analizowanej zasady funkcjonuje dzięki licznym regulacjom rozproszonym na przestrzeni całego systemu prawnego. Część z nich ma wprawdzie naturę publicznoprawną, inne jednak wywodzą się właśnie z prawa prywatnego<sup>9</sup>. W związku z powyższym wpływ unormowań prawnopodatkowych na realizację zasady swobody działalności gospodarczej winniśmy prześledzić także przez pryzmat niektórych zasad gospodarczego prawa prywatnego. Chodzi bowiem o ustalenie, w jakim zakresie opodatkowanie godzi w funkcję zasady swobody działalności gospodarczej we wszystkich jej wymiarach.

**2.** Jest faktem niebudzącym wątpliwości, że istota działalności gospodarczej polega na generowaniu zysku będącego źródłem dochodu przedsiębiorcy. Trzeba jednak zdawać sobie sprawę, że nie tylko ów podmiot gospodarczy zainteresowany jest osiągnięciem powyższego rezultatu. Także związki publicznoprawne, przede wszystkim państwo, wykazują zainteresowanie obrotem gospodarczym, gdyż stanowi on dla nich źródło m.in. dochodów podatkowych<sup>10</sup>. Jeśli więc stanowiona przez państwo swoboda działalności gospodarczej ma chronić i stymulować (choć nie gwarantować) wypracowywanie zysku przez podmiot gospodarczy, to interesująco w tej sytuacji przedstawia się koncepcja polegająca na przejmowaniu części tegoż przychodu przez samo państwo. A właśnie takie fiskalne założenia leżą u podstaw systemu podatkowego<sup>11</sup>. Mechanizm ten ma swoją normatywną podstawę w art. 22 i 64 Konstytucji.

Według Konstytucji społeczna gospodarka rynkowa oparta jest na własności prywatnej, zaś każdy ma prawo do własności oraz innych praw mająt-

<sup>6</sup> C. Kosikowski, *Publiczne prawo gospodarcze...*, s. 68.

<sup>7</sup> *Ibidem*, s. 69–70.

<sup>8</sup> *Ibidem*, s. 68

<sup>9</sup> Zob.: J. Jabłońska-Bonca, *Podstawy prawa dla ekonomistów*, Warszawa 2004, s. 417.

<sup>10</sup> Z. Ofiarski, *Ogólne prawo podatkowe. Zagadnienia materialnoprawne i proceduralne*, Warszawa 2010, s. 21.

<sup>11</sup> S. Owsiak, *Finanse publiczne*, Warszawa 2001, s. 147–151.

kowych. Jednak na mocy dalszych uregulowań zawartych w ustawie zasadniczej możliwie jest ograniczenie własności oraz wolności działalności gospodarczej. Wprawdzie Konstytucja zastrzega, że ograniczenie wolności działalności gospodarczej jest dopuszczalne tylko w drodze ustawy i tylko ze względu na ważny interes publiczny, zaś własność może być ograniczona tylko w drodze ustawy i tylko w zakresie, w jakim nie narusza ona istoty prawa własności, jednak wolność ekonomiczna – jeden z filarów swobody działalności gospodarczej – nie jest pełna. Można więc ogólnie skonstatować, że w majestacie prawa realizowany jest ciągły proces zasilania budżetów związków prawa publicznego w drodze pozbawiania (w pewnym zakresie) podmiotów gospodarczych wypracowanego przez nie zysku w imię realizacji interesu publicznego.

W tym miejscu warto przypomnieć, że ten oczywisty skutek poboru podatku – jakim jest utrata części dochodu i tym samym osłabienie siły nabywczej podatnika – może być, choć nie musi i nie powinien, destrukcyjny. W ten sposób znaczenia nabiera zjawisko fiskalizmu, czyli – ogólnie rzecz ujmując – takiej polityki centralnych ośrodków decyzyjnych, która poprzez maksymalizację dochodów podatkowych prowadzi do tzw. konfiskacyjnego opodatkowania<sup>12</sup>. Trudno tu nie dostrzec potencjalnego zagrożenia dla swobody działalności gospodarczej. Wydaje się zatem, że dla podmiotów wyznaczających kierunek polityki podatkowej bardziej przekonującym niż teoria neutralnego opodatkowania (która jest zagadnieniem wysoce kontrowersyjnym<sup>13</sup>) powinny być wnioski płynące z analizy tzw. krzywej *Laffera*, według której wzrost opodatkowania może prowadzić do zaniku źródła podatku<sup>14</sup>. Fenomen opodatkowania – z punktu widzenia interesującej nas zasady – polega na więc na tym, że może ono (głównie poprzez redystrybucję finansową) tworzyć odpowiednie warunki do prowadzenia działalności gospodarczej (warunkiem jest właściwa postawa państwa oraz jednostek samorządu terytorialnego w zakresie zarządzania finansami publicznymi), jednocześnie jednak (zwłaszcza w obliczu nadmiernego ucisku podatkowego) wywołuje niekiedy niekorzystne implikacje względem procesu gospodarowania.

Podsumowując tę część rozważań można więc sformułować tezę, iż opodatkowanie determinuje realizację zasady swobody działalności gospodarczej za sprawą ekonomicznych skutków, które wywołuje. Wpływ ten jednak może być korzystny lub destrukcyjny.

**3.** W ramach powyższych rozważań starano się wykazać, że opodatkowanie samo w sobie zawsze wywołuje pewne następstwa ekonomiczne w odniesieniu do obciążonego określoną daniną przedsiębiorcy. Bliższa analiza intere-

<sup>12</sup> O zjawisku fiskalizmu piszą m.in. A. Gomułowicz, J. Małecki, *Podatki i prawo podatkowe*, Poznań 2000, s. 30.

<sup>13</sup> R. Mastalski, *Prawo podatkowe*, Warszawa 2001, s. 9–10.

<sup>14</sup> J. Ciak, *Polityka budżetowa*, Toruń 2002, s. 35–36.

sującego nas zjawiska prowadzi do wniosku, że nie mniej istotne – z punktu widzenia efektywności zasady swobody działalności gospodarczej – jest równomierne rozłożenie ciężarów fiskalnych pomiędzy podatników-przedsiębiorców. Problem ten jest dyskutowany zarówno na gruncie literatury prawa podatkowego (jednakże przede wszystkim w odniesieniu do ogółu podatników), jak i w doktrynie prawa gospodarczego publicznego.

Podatkowe zasady powszechności oraz równości opodatkowania, stanowiące komponenty zasady sprawiedliwości podatkowej, wymagają przyjęcia przez ustawodawcę takiej metody konstruowania systemu podatkowego, aby podmioty będące w analogicznej sytuacji faktycznej podlegały zbliżonym obciążeniom fiskalnym. Nie kwestionując istotnego znaczenia tak wyrażonej idei względem ogółu podatników, stwierdzić wypada, iż w wypadku podmiotów prowadzących działalność gospodarczą wspomniane zasady nabierają jeszcze głębszego wymiaru. Jeśli przyjmujemy, że swoboda działalności gospodarczej zapewniona ma być m.in. w drodze ochrony wolnej konkurencji, to staje się oczywiste, że wyjście naprzeciw powyższej koncepcji wymaga uwzględnienia aspektów podatkowych. Rezygnacja z realizacji zasady powszechności i równości opodatkowania względem przedsiębiorców jest bowiem jednoznaczna ze zróżnicowaniem ich sytuacji ekonomicznej, co bezpośrednio prowadzi do zaburzenia wolnej konkurencji. Wolna konkurencja oznacza przecież – jak już wspomniano – m.in. liczenie się przez podmioty gospodarcze z istnieniem pewnych ograniczeń fiskalnych, jednak ich wpływ powinien w jednakowym stopniu determinować efektywność procesu gospodarowania u każdego z nich.

Obserwacja działalności legislacyjnej oraz praktyki stosowania prawa podatkowego może niestety prowadzić do wniosku, że powszechność i równość opodatkowania bywa ignorowana. Te wymagające negatywnej oceny działania w niemałym stopniu pośrednio niweczą skuteczność zasady swobody działalności gospodarczej.

4. Odrębnego omówienia wymaga funkcjonowanie przywilejów podatkowych w kontekście urzeczywistnienia swobody działalności gospodarczej, choć problem ten pozostaje w zasadniczym związku z zasygnalizowaną powyżej zasadą sprawiedliwości podatkowej. W doktrynie prawa podatkowego niekiedy prezentowany jest pogląd wskazujący, iż powszechność oraz równość opodatkowania nie jest rygorystycznie przestrzegana z uwagi na – stosowane na masową skalę – przywileje podatkowe (przede wszystkim ulgi oraz zwolnienia podatkowe)<sup>15</sup>. Abstrahując od niebudzącego wątpliwości za-

<sup>15</sup> Por. orzeczenie TK z 29 maja 1996 r., K 22/95, „Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego” 1996, nr 3, poz. 21. Problem ulg i zwolnień podatkowych w kontekście konstytucyjnej zasady równości oraz zasady sprawiedliwości społecznej omawia obszernie W. Morawski, *Ułgi i zwolnienia w prawie podatkowym*, Gdańsk 2003, s. 98–104.



gadnienia, jakim są prawno-ekonomiczne implikacje realizacji ulg i zwolnień podatkowych (redukcja obciążenia podatkowego w wypadku ulg oraz jego zniesienie odnośnie do zwolnień), zgodzić się należy, iż pierwotnie wyznaczony zakres obowiązku zapłaty podatku bywa – właśnie za sprawą zwolnienia lub ulgi – zawężany. Tego rodzaju zabieg, choć rzeczywiście prowadzi do różnicowania sytuacji prawno-ekonomicznej przedsiębiorców w drodze odmiennego kształtowania ich statusu prawnopodatkowego, posiada zdecydowanie inny charakter niż typowe, niemające wystarczającego uzasadnienia aksjologicznego formy naruszania zasad powszechności oraz równości opodatkowania. W tym wypadku chodzi bowiem o zamierzony skutek w postaci uprzywilejowanego ukształtowania stosunku prawno-podatkowego z uwagi na respektowanie szczególnego rodzaju wartości mających istotne znaczenie z punktu widzenia ogółu procesów społeczno-gospodarczych<sup>16</sup>. O ile więc niezamierzone (będące często następstwem przeoczenia ustawodawcy) odstępstwa od powszechności i równości opodatkowania zasługują na krytykę, gdyż godzą w swobodę działalności gospodarczej, o tyle wyjątki od wspomnianych zasad ustanawiane rozmyślnie – w ramach świadomej polityki podatkowej – należy zasadniczo ocenić pozytywnie, albowiem nierzadko działają stymulująco na działalność gospodarczą.

Idee leżące u podstaw przywilejów podatkowych nawiązują do różnych aspektów życia społeczno-gospodarczego. Należą do nich problemy rodzinno-socjalne, edukacyjne, związane z ochroną środowiska naturalnego itp.<sup>17</sup> Nie mała część przywilejów podatkowych – jak już zauważono – traktowana jest jako instrument oddziaływania na szeroko pojęte procesy gospodarcze, spełniająca funkcję swoistej zachęty prawno-ekonomicznej. W konsekwencji tego rodzaju progospodarcze preferencje podatkowe korespondują z założeniami zasady swobody działalności gospodarczej, korzystnie wpływając na jej efektywność. Warto jednak mieć na uwadze, że przedstawione racje uzasadniające posługiwanie się przywilejami podatkowymi nie mogą prowadzić do utraty z pola widzenia okoliczności, iż z uwagi na daleko idące skutki ekonomiczne przywileje podatkowe winny być stosowane z umiarem.

Normatywnym wyrazem i jednocześnie przykładem swego rodzaju kompromisu między postulatem ochrony wolnej konkurencji a potrzebą stosowania w pewnych wypadkach preferencji podatkowych jest zespół unormowań zawartych w art. 67b Ordynacji podatkowej. Wynika z nich, że jeśli udzielenie ulgi podatkowej będzie zrównane z udzieleniem pomocy publicznej podmiotowi gospodarczemu, to cała taka operacja zasadniczo nie dojdzie do skutku. Jedynie w enumeratywnie wskazanych przypadkach zastosowanie

<sup>16</sup> Ibidem, s. 99–100.

<sup>17</sup> J. Głuchowski, *Podatki ekologiczne*, Warszawa 2002, s. 12.

ulgi w spłacie zobowiązań podatkowych, będącej *de facto* i *de iure* pomocą publiczną (np. w celu promowania i wspierania kultury, dziedzictwa narodowego, nauki i oświaty), będzie dopuszczalne<sup>18</sup>.

5. Zaprezentowane powyżej uwagi mają wspólny mianownik, jakim jest analiza wpływu opodatkowania na zasadę swobody działalności gospodarczej w nawiązaniu do ekonomicznych następstw poboru podatku. Jednak ingerencyjny charakter prawa podatkowego w interesującej nas materii na tym się nie kończy. Niekiedy bowiem instytucje prawa podatkowego determinują działalność gospodarczą z innych powodów niż *stricte* ekonomiczne. Truizmem będzie stwierdzenie, iż prowadzenie działalności gospodarczej związane jest m.in. z nawiązywaniem stosunków handlowych. Trudno się zatem dziwić, że w doktrynie zwraca się uwagę na doniosłość zasady swobody zawierania umów w odniesieniu do działalności gospodarczej, gdyż zasada ta w istocie jest warunkiem *sine qua non* wolnego obrotu cywilnoprawnego<sup>19</sup>. Dzięki przywołanej zasadzie podmiot prowadzący działalność gospodarczą ma zagwarantowaną swobodę w wielu obszarach aktywności handlowej. Jednocześnie jednak czynności cywilnoprawne warunkujące ów obrót mieszczą się w polu obowiązku podatkowego<sup>20</sup>. Związane jest to niejako z wtórnym charakterem prawa podatkowego względem prawa prywatnego, gdyż istnienie konstrukcji prawa podatkowego uzależnione jest w dużym stopniu od stanowiących podstawę obrotu prawnego instytucji prawa cywilnego. Można więc przyjąć, że ustawodawca podatkowy w pewnym sensie wykorzystuje fakt, iż z działalnością gospodarczą immanentnie związane jest dokonywanie czynności cywilnoprawnych. To właśnie one – jak wyjaśniono – stanowią przedmiot opodatkowania.

Wracając jednak do głównego nurtu rozważań, trzeba podkreślić, że pewne działania podmiotu prowadzącego działalność gospodarczą – będące jednocześnie czynnościami prawa cywilnego realizowanymi dzięki swobodzie zawierania umów – mogą się spotkać z negatywną oceną organów podatkowych. Taki skutek może wystąpić w sytuacji, gdy w ocenie organów podatkowych określone postępowanie przedsiębiorcy – spełniające standardy określone w prawie cywilnym – jest przejawem dążenia do uniknięcia lub redukcji obciążenia fiskalnego. Zjawisko to, określane mianem obejścia prawa podat-

<sup>18</sup> L. Etel, *Komentarz do art. 67(b) ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (Dz.U.05.8.60)*, [w:] C. Kosikowski, L. Etel, R. Dowgier, P. Pietrasz, S. Presnarowicz, M. Poławski, *Ordynacja podatkowa. Komentarz*, LEX 2009, wyd. III.

<sup>19</sup> C. Kosikowski, *Publiczne prawo gospodarcze...*, s. 255.

<sup>20</sup> W wypadku niektórych danin, także tych, które nie są związane z działalnością gospodarczą, czynności cywilnoprawne niekiedy całkowicie wypełniają przedmiotowy zakres opodatkowania. Najbardziej spektakularnym tego przykładem jest podatek od czynności cywilnoprawnych – por.: M. Goettel, A. Goettel, *Podatek od czynności cywilnoprawnych – komentarz*, Warszawa 2007, s. 30–39.

kowego<sup>21</sup>, polega w uproszczeniu na wyborze takich działań, które nie mając uzasadnienia z gospodarczego punktu widzenia gwarantują podatnikowi najkorzystniejsze spośród wszystkich możliwych sposobów ukształtowanie stosunku prawnopodatkowego (uzyskanie jak najmniejszego obciążenia fiskalnego). Wprawdzie na gruncie obecnego stanu prawnego brak jest normatywnej klauzuli obejścia prawa podatkowego, jednak uprawnienia, w które wyposaża organ podatkowy art. 199a Ordynacji podatkowej, zwłaszcza przewidziany w jego § 3 środek szczególny, polegający na możliwości wystąpienia do sądu o ustalenie istnienia lub nieistnienia stosunku prawnego lub prawa, mogą być wykorzystane do przeciwdziałania temu zjawisku<sup>22</sup>. Mechanizm ten powoduje, że autonomia przedsiębiorcy w zakresie podejmowanych przez niego decyzji gospodarczych ulega w pewnym stopniu ograniczeniu.

Powyższe rozwiązania, skądinąd słuszne z punktu widzenia ochrony interesu fiskalnego państwa, mogą stanowić „kij o dwóch końcach”. Mianowicie, przedsiębiorca w obawie przed negatywnymi konsekwencjami podatkowymi może dokonywać wyborów nieracjonalnych z punktu widzenia działalności gospodarczej. Co więcej, w skrajnych przypadkach może dochodzić do świadomego działania na własną niekorzyść, aby tylko ustała obawa co do zaistnienia sporu między przedsiębiorcą a organem podatkowym. W ten oto sposób organ podatkowy staje się *sui generis* weryfikatorem poczynań przedsiębiorcy, zaś swoboda prowadzenia działalności gospodarczej ulega znacznej atrofii.

W tym miejscu warto nawiązać do bardzo istotnego komponentu zasady swobody działalności gospodarczej, jakim jest wolność w zakresie wyboru formy prawno-organizacyjnej przyszłego podmiotu gospodarczego<sup>23</sup>. W świetle powyższych rozważań można zauważyć, że także i tego rodzaju swobodę może ograniczać czynnik podatkowy. Jeśli o wyborze tejże formy miałyby decydować jedynie analiza skutków podatkowych, nie zaś względy prakseologiczne, związane choćby z potrzebą skorelowania formy działalności gospodarczej z jej przedmiotem, to podatek jawi się jako nie tylko istotny, lecz

---

<sup>21</sup> Obszernie omawia je m.in.: P. Karwat, *Obejście prawa podatkowego*, Warszawa 2002, s. 18–22 oraz J. Głuchowski, *Międzynarodowe zapobieganie unikaniu i uchylaniu się od podatków w Konwencji Strasburskiej*, [w:] *W kręgu prawa finansowego i finansów publicznych. Księga dedykowana Profesorowi Cezaremu Kosikowskiemu w 40-lecie pracy naukowej*, pod red. H. Dzwonkowskiego, J. Głuchowskiego, A. Pomorskiej, J. Szolno-Koguc, Lublin 2005, s. 144–145.

<sup>22</sup> Zob.: P. Pietrasz, *Komentarz do art. 199(a) ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (Dz.U.05.8.60)*, [w:] C. Kosikowski, L. Etel, R. Dowgier, P. Pietrasz, S. Presnarowicz, M. Popławski, op. cit.

<sup>23</sup> W doktrynie zauważono, że np. regulacje podatkowe mogą być przyczyną – w zależności od sfery gospodarowania – bądź małej popularności, bądź zwiększonego zainteresowania w podejmowaniu działalności gospodarczej w formie spółki komandytowo-akcyjnej – zob. Ł. Franczak, *Wpływ prawa podatkowego na popularność i zastosowanie spółki komandytowo-akcyjnej w Polsce*, „Transformacje Prawa Prywatnego” 2009, nr 3–4, s. 26 i n.

również szkodliwy determinant aktywności gospodarczej<sup>24</sup>. Trudno wprowadzić w powyższym wypadku mówić o jakimkolwiek obejściu prawa podatkowego, jednak zaprezentowana sytuacja stwarza niebezpieczeństwo w postaci podejmowania nieracjonalnych gospodarczo decyzji za sprawą czynnika podatkowego.

6. Istotną właściwością swobodnej działalności gospodarczej powinno być niewątpliwie bezpieczeństwo i pewność obrotu. Aby obrót był bezpieczny i pewny, określone działania muszą być podjęte przez samych kontrahentów, jednak nie sposób nie dostrzec, że starania wiodące do osiągnięcia pożądanego stanu rzeczy w omawianym zakresie powinny stać również udziałem państwa. I nie chodzi tu wyłącznie o regulacyjne, czy też kontrolne funkcje organów państwowych. O bezpiecznym, a także pewnym obrocie będzie można mówić m.in. dopiero wówczas, gdy polityka fiskalna państwa wyjdzie naprzeciw dość dawno już sformułowanym standardom<sup>25</sup>. Niektóre z nich mają postać ogólnych postulatów co do organizacji procesu tworzenia prawa podatkowego, inne zaś przyjmują formę mniej lub bardziej szczegółowych reguł dotyczących jego stosowania, np. w zakresie wykładni.

Z całą pewnością istotne znaczenie dla swobody działalności gospodarczej ma świadomość, że legislator uwzględnia zasadę zaufania do państwa i stanowionego przezeń prawa podatkowego<sup>26</sup>. W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego można spotkać się z ważną dla przedsiębiorców tezą, iż w kategoriach konieczności należy traktować postulat „zagwarantowania adresatom unormowań prawnopodatkowych maksymalnej przewidywalności i obliczalności rozstrzygnięć podejmowanych wobec podatników przez organy skarbowe”<sup>27</sup>. Jest faktem bezspornym, że prowadzenie działalności gospodarczej oparte jest na ryzyku, zaś ewentualny zysk, choć oczywiście pożądanym, ma charakter przyszły i niepewny. Stąd bierze się istotne znaczenie wszelkich aktów planistycznych oraz prognoz co do rozwoju tendencji rynkowych.

Jednym z elementów odpowiedzialnej polityki gospodarczej jest, rzecz jasna, uwzględnienie podatkowych aspektów procesu gospodarowania. Przy czym operacja taka ma sens tym większy, im szerszy jest horyzont czasowy, w którym można dokonywać pewnych przewidywań. Dlatego też dla bezpieczeństwa oraz pewności obrotu gospodarczego fundamentalne znaczenie będą

---

<sup>24</sup> Zjawisko to omawia obszerniej H. Litwińczuk, *Prawo podatkowe przedsiębiorców*, Warszawa 2001, s. 57–62.

<sup>25</sup> Szerzej na temat wpływu zasad podatkowych na tworzenia prawa podatkowego pisze C. Kosikowski, *Podatki. Problem władzy publicznej i podatników*, Warszawa 2007, s. 86.

<sup>26</sup> A. Gomułowicz, *Zasady podatkowe*, [w:] *System prawa finansowego*, t. III: *Prawo daninowe*, pod red. L. Etela, Warszawa 2010, s. 111–116.

<sup>27</sup> Wyrok TK z 11 maja 2004 r., K 4/03, OTK 2004, nr 5, poz. 41

niewątpliwie miały także zakazy retroaktywności prawa podatkowego<sup>28</sup> oraz dokonywania zmian podatków wymierzanych w skali roku w trakcie roku podatkowego<sup>29</sup>. W wypadku obydwu wskazanych zasad chodzi o zapewnienie względnego bezpieczeństwa podatkowego z uwzględnieniem czynnika czasu. Jak już wspomniano, istotnym instrumentem stymulowania działalności gospodarczej są ulgi i zwolnienia podatkowe. Jednak ich efektywność będzie wyższa, jeśli zostanie uwzględniona zasada trwałości uprawnień podatnika do korzystania z ulg i zwolnień podatkowych<sup>30</sup>. Niemalże znaczenie ma także zasada ochrony praw podmiotowych w zakresie prawa podatkowego.

Nie można w tym miejscu nie wspomnieć o pewnych regułach interpretacji prawa podatkowego, które również determinują swobodę działalności gospodarczej w zakresie bezpieczeństwa oraz pewności. Największe znaczenie pod tym względem mają – jak się wydaje – dyrektywa interpretacyjna *in dubio pro tributario* (orzekanie na korzyść podatnika)<sup>31</sup> oraz zakaz analogii prowadzącej do rozszerzenia obowiązku podatkowego<sup>32</sup>. Powyższe reguły należy uzupełnić o wykładnię gospodarczą, która – jak trafnie konkluduje B. Brzeziński – „służy wyborowi tej możliwości rozumienia przepisu, która bardziej odpowiada realiom gospodarczym, w których działa podatnik”<sup>33</sup>.

Trzeba wreszcie zauważyć, że pewność i bezpieczeństwo obrotu gospodarczego nabrały nowego wymiaru wraz z wejściem Polski do Unii Europejskiej. Gdy chodzi o implikacje dotyczące interpretacji prawa podatkowego, warto zwrócić uwagę na wzrost znaczenia wykładni celowościowej<sup>34</sup> oraz systemowej, co związane jest z tym, że wykładnia pozajęzykowa pozwala skuteczniej realizować idee integracji europejskiej<sup>35</sup>. Jedną z tych idei jest – jak wiadomo – tworzenie wspólnego rynku. Zamierzenie takie może się jednak powieść o tyle, o ile pewność i bezpieczeństwo obrotu wewnątrz całej Unii Europejskiej będzie właściwie chroniona. Można zatem ogólnie zauważyć, że tzw. wykładnia prowsolidarystyczna<sup>36</sup>, uwzględniająca założenia prawa wspólnotowego, będzie jednocześnie pełniła funkcje wykładni progospodarczej, m.in. urzeczywistniającej analizowaną pewność i bezpieczeństwo obrotu.

<sup>28</sup> Obszernie zasadę tę omawia A. Gomułowicz, *Zasady podatkowe...*, s. 110–111.

<sup>29</sup> A. Gomułowicz, J. Małecki, op. cit., s. 78.

<sup>30</sup> B. Brzeziński, *Wykładnia prawa podatkowego*, [w:] *Prawo podatkowe. Teoria. Instytucje. Funkcjonowanie*, Toruń 2009, s. 143.

<sup>31</sup> R. Mastalski, *Stosowanie prawa podatkowego*, Warszawa 2008, s. 148.

<sup>32</sup> *Ibidem*, s. 124–125.

<sup>33</sup> B. Brzeziński, op. cit., s. 451.

<sup>34</sup> R. Mastalski, *Stosowanie prawa...*, s. 95.

<sup>35</sup> D. Antonów, *Wykładnia prawa podatkowego po wstąpieniu Polski do Unii Europejskiej*, Warszawa 2009, s. 234 i n. oraz L. Morawski, *Zasady wykładni prawa*, Toruń 2010, s. 310.

<sup>36</sup> Szerzej na temat wykładni prowsolidarystycznej: D. Antonów, op. cit., s. 84–85.



**Joanna Wyporska-Frankiewicz**

Uniwersytet Łódzki

## **Przedsiębiorca jako strona postępowania administracyjnego – zagadnienia wybrane**

1. Konstytucja RP<sup>1</sup> w treści art. 20 gwarantuje, że podstawę ustroju gospodarczego Rzeczypospolitej Polskiej stanowi społeczna gospodarka rynkowa oparta na wolności działalności gospodarczej, własności prywatnej oraz solidarności, dialogu i współpracy partnerów społecznych. Podmiotami korzystającymi z owej swobody działalności gospodarczej są przedsiębiorcy. Pojęciem tym posługuje się prawodawca w wielu aktach prawnych, zasadnicze jednak znaczenie wydają się mieć tutaj przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. kodeks cywilny<sup>2</sup> i ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej<sup>3</sup>. W regulacjach tych możemy bowiem odnaleźć definicję przedsiębiorcy.

Zgodnie z treścią art. 43<sup>1</sup> k.c. „przedsiębiorcą jest osoba fizyczna, osoba prawna i jednostka organizacyjna, o której mowa w art. 33<sup>1</sup> § 1, prowadząca działalność gospodarczą lub zawodową”. Z przepisów kodeksu cywilnego wynika nadto, że „przedsiębiorca działa pod firmą”, a „firmę ujawnia się we właściwym rejestrze, chyba że przepisy odrębne stanowią inaczej” (art. 43<sup>2</sup> § 1 i 2)<sup>4</sup>. Z kolei w treści art. 4 u.s.dz.g. ustawodawca zaznaczył, że „przedsiębiorcą w rozumieniu ustawy jest osoba fizyczna, osoba prawna i jednostka

<sup>1</sup> Ustawa z dnia 2 kwietnia 1997 r. Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. nr 78, poz. 483 ze zm.).

<sup>2</sup> Dz.U. nr 16, poz. 93 ze zm. (dalej jako k.c.). Dział III pt. „Przedsiębiorcy i ich oznaczenia” w tytule II, księgi pierwszej ustawodawca poświęcił problematyce przedsiębiorcy.

<sup>3</sup> Tekst jedn. Dz.U. z 2007 r., nr 155, poz. 1095 ze zm. (dalej jako u.s.dz.g.).

<sup>4</sup> Należy zaznaczyć, że zgodnie z treścią art. 43<sup>4</sup> k.c. „firmą osoby fizycznej jest jej imię i nazwisko. Nie wyklucza to włączenia do firmy pseudonimu lub określeń wskazujących na przedmiot działalności przedsiębiorcy, miejsce jej prowadzenia oraz innych określeń dowolnie dobranych”. Z kolei „firmą osoby prawnej jest jej nazwa” (art. 43<sup>5</sup> § 1 k.c.), przy czym „firma zawiera określenie formy prawnej osoby prawnej, które może być podane w skrócie, a ponadto może wskazywać na przedmiot działalności, siedzibę tej osoby oraz inne określenia dowolnie obrane” (art. 43<sup>5</sup> § 2 k.c.).

organizacyjna niebędąca osobą prawną, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną – wykonująca we własnym imieniu działalność gospodarczą” (ust. 1), nadto „za przedsiębiorców uznaje się także wspólników spółki cywilnej w zakresie wykonywanej przez nich działalności gospodarczej” (ust. 2). Przy czym działalnością gospodarczą jest – w myśl art. 2 u.s.dz.g. – „zarobkowa działalność wytwórcza, budowlana, handlowa, usługowa oraz poszukiwanie, rozpoznawanie i wydobywanie kopalin ze złóż, a także działalność zawodowa, wykonywana w sposób zorganizowany i ciągły”. Wprawdzie możemy mówić o gwarantowanej konstytucyjnie swobodzie przedsiębiorców w obrocie gospodarczym, niemniej jednak ma ona również swoje granice. Są one widoczne zwłaszcza w sferze prawa publicznego, które pozwala w sposób władczy i jednostronny ingerować w sferę owej swobody.

Z administracją, a co za tym idzie z prawem i postępowaniem administracyjnym spotykamy się na co dzień. Jej ingerencja w funkcjonowanie jednostki jest we współczesnym świecie bardzo duża, gdyż kontroluje ona już praktycznie wszystkie sfery życia. Można nawet zaryzykować twierdzenie, że bez administracji właściwie nie da się dzisiaj funkcjonować. Działania administracji to z reguły działania o charakterze władczym i jednostronnym, a podstawową prawną formą, w jakiej wykonuje ona nałożone nań zadania, ciągle jest, i pewnie pozostanie, decyzja administracyjna. Co do zasady trudno więc tutaj o jakąkolwiek swobodę – administracja, będąc związana zasadą praworządności, musi bowiem działać na podstawie i w granicach przepisów prawa<sup>5</sup>. Nadto dysponuje środkami przymusu państwowego w postaci konkretnych środków egzekucyjnych<sup>6</sup>, a będąc związana zasadą ogólną prawnego obowiązku prowadzenia egzekucji<sup>7</sup>, musi w razie uchylania się zobowiązanego od dobrowolnego wykonania ciężącego na nim obowiązku o charakterze publicznoprawnym podjąć czynności zmierzające do zastosowania środków egzekucyjnych.

Podejmując konkretne działanie w formie decyzji, administracja jest związana przepisami k.p.a. Te z kolei szczegółowo normują tryb wydawania decyzji oraz jej weryfikacji<sup>8</sup>, a także definiują pojęcie strony postępowania. Bez wątpienia dla postępowania administracyjnego pojęcie to ma pierwszoplanowe znaczenie. Brak strony to brak podmiotu, o którego prawach bądź obowiązkach może orzekać organ administracji, a co za tym idzie – postępo-

---

<sup>5</sup> Zob. art. 7 Konstytucji, a także art. 6 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (tekst jedn. Dz.U. z 2000 r., nr 98, poz. 1071 ze zm.) – dalej jako k.p.a.

<sup>6</sup> Zob. art. 1a pkt 12 ustawy z dnia 17 czerwca 1966 r. o postępowaniu egzekucyjnym w administracji (tekst jedn. Dz.U. z 2005 r., nr 229, poz. 1954 ze zm.).

<sup>7</sup> Zob. art. 6 ww. ustawy.

<sup>8</sup> Należy pamiętać, że w kodeksie postępowania administracyjnego unormowano również tzw. postępowania uproszczone, tj. postępowanie w sprawach wydawania zaświadczeń (Dział VII), a także postępowanie w sprawach skarg i wniosków (Dział VIII).



wanie administracyjne nie może się toczyć. Skoro więc administracja w sposób władczy i jednostronny może ingerować w sferę praw i wolności strony, w tym również przedsiębiorcy, a przepisy k.p.a. zawierają szereg chroniących ją gwarancji, to znaczenie procedury trudno przecenić. Wprawdzie w literaturze przedmiotu postawiono pytanie o to, czy „konieczne jest stworzenie nowej instytucji prawnej w postaci specjalistycznej gospodarczej procedury administracyjnej”, z uwagi chociażby na to, że „w przypadku podmiotów prowadzących działalność gospodarczą jasnym jest, że odpowiednia procedura zabezpiecza i gwarantuje realizację zasady wolności gospodarczej w jej materialnej postaci” – niemniej jednak udzielono nań odpowiedzi negatywnej<sup>9</sup>. Z poglądem tym należy się zgodzić, nie ma bowiem potrzeby dokonywania kolejnej dekodyfikacji, gdyż k.p.a. w wystarczającym stopniu chroni stronę postępowania, również tę będącą przedsiębiorcą.

Ustawodawca zdefiniował pojęcie strony w treści art. 28 k.p.a. stanowiąc, że „stroną jest każdy, czyjego interesu prawnego lub obowiązku dotyczy postępowanie albo kto żąda czynności organu ze względu na swój interes prawny lub obowiązek”. To kluczowe dla postępowania administracyjnego pojęcie od lat jest przedmiotem żywego zainteresowania zarówno doktryny<sup>10</sup>, jak i orzecznictwa<sup>11</sup>. Już od dawna nie budzi wątpliwości fakt, że o tym, czy konkretny podmiot jest stroną postępowania, decyduje nie sama wola zainteresowanego, lecz przepis prawa materialnego<sup>12</sup>.

Dla prawidłowego określenia pojęcia strony postępowania podstawowe znaczenie ma wyjaśnienie pojęć: „interes prawny” i „obowiązek”. W literaturze przedmiotu wskazuje się, że treścią pojęcia „interes prawny” będzie „publiczne prawo podmiotowe, rozumiane jako przyznanie przez przepis prawa jednostce konkretnych korzyści, które można realizować w postępowaniu administracyjnym, bo orzeka się o nich przez wydanie decyzji administracyjnej. Cechami tego interesu będzie to, że jest on indywidualny, konkretny, aktual-

<sup>9</sup> R. Biskup, M. Ganczar, *Przedsiębiorca jako strona postępowania administracyjnego – uwagi na tle ustawy o swobodzie działalności gospodarczej*, [w:] *Kodyfikacja postępowania administracyjnego na 50-lecie K.P.A.*, pod red. J. Niczyporuka, Lublin 2010, s. 32 (cytaty również z tej strony).

<sup>10</sup> Zob. np. J. Borkowski, [w:] B. Adamiak, J. Borkowski, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 172–187 (dalej jako *Komentarz 2009*); W. Klonowicki, *Strona w postępowaniu administracyjnym*, Lublin 1938, passim; M. Zimmermann, *Z rozważań nad postępowaniem jurysdykcyjnym i pojęciem strony w kodeksie postępowania administracyjnego*, [w:] *Księga pamiątkowa ku czci Kamila Stefki*, Warszawa – Wrocław 1967, s. 433 i n.

<sup>11</sup> Bez trudu można wskazać szereg orzeczeń sądowych, w których przewija się pojęcie strony postępowania, zob. np. te wybrane przez J. Borkowskiego, [w:] B. Adamiak, J. Borkowski, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 234–237 (dalej jako *Komentarz 2008*).

<sup>12</sup> Na fakt ten zwracał już uwagę Najwyższy Trybunał Administracyjny w wyroku z dnia 13 lutego 1931 r., 1. rej. 4018/29, cytowany przez E. Iserzona, [w:] *Postępowanie administracyjne. Komentarz*, Kraków 1937, s. 28 – podaje za J. Borkowskim [w:] *Komentarz 2009*, s. 173.

ny i sprawdzalny obiektywnie, a jego istnienie znajduje potwierdzenie w okolicznościach faktycznych, będących przesłankami zastosowania przepisu prawa materialnego”<sup>13</sup>. Z kolei gdy chodzi o obowiązek to jest on również stanowiony przepisem prawa materialnego, a nadto powinien być „indywidualny, konkretny, aktualny, obiektywnie sprawdzalny, wsparty okolicznościami faktycznymi będącymi przesłankami stosowania przepisu prawa materialnego, a orzekać o nim, aby go stwierdzić, trzeba w postępowaniu administracyjnym przez wydanie decyzji administracyjnej”<sup>14</sup>. Za J. Borkowskim należy powtórzyć, że „w postępowaniu administracyjnym poddanym zasadzie oficjalności [...] każdy podmiot, który ma interes prawny lub obowiązek wymagający konkretyzacji w drodze decyzji stosowania prawa właściwego i kompetentnego organu administracyjnego, jest stroną postępowania o tej samej pozycji procesowej”<sup>15</sup>.

W doktrynie wskazuje się zarówno na obiektywne<sup>16</sup>, jak i subiektywne ujęcie legitymacji strony<sup>17</sup>. Zwolennicy pierwszego z ujęć – obiektywnego – wskazują, że „interes prawny określonego podmiotu, wynikający z prawa materialnego, jest konstytutywnym elementem sprawy administracyjnej, przeto jego brak oznacza, że sprawa taka nie istnieje, a ewentualne postępowanie byłoby od samego początku bezprzedmiotowe”<sup>18</sup>. Z kolei zgodnie z ujęciem subiektywnym, to w samym postępowaniu trzeba zbadać, czy interes jest oparty na prawie, nie można tego bowiem czynić przed wszczęciem postępowania. Na marginesie należy zwrócić uwagę na fakt, że w dniu 11 kwietnia 2011 r. weszła w życie nowelizacja k.p.a.<sup>19</sup>, która m.in. dodaje art. 61a, zgodnie z którym „gdy żądanie, o którym mowa w art. 61, zostało wniesione przez osobę niebędącą stroną lub z innych uzasadnionych przyczyn postępowanie nie może być wszczęte, organ administracji publicznej wydaje postanowienie o odmowie wszczęcia postępowania” (§ 1), a na postanowienie to służy zażalenie<sup>20</sup>. W Chróścielewski opiniując projekt zmian k.p.a. wskazał<sup>21</sup>, iż propozycja dodania do kodeksu art. 61a jest jedną z naj-

<sup>13</sup> Poglądy W. Klonowieckiego podają za J. Borkowskim, [w:] *Komentarz 2008*, s. 231.

<sup>14</sup> *Ibidem*, s. 232.

<sup>15</sup> *Ibidem*, s. 233.

<sup>16</sup> Zob. np. Z. Kmiecik, J. P. Tarno, *Postępowanie administracyjne oraz postępowanie przed Naczelnym Sądem Administracyjnym (w świetle orzecznictwa NSA)*, Warszawa 1988, s. 62; E. Ochendowski, *Postępowanie administracyjne ogólne i egzekucyjne*, Toruń 2003, s. 78–80; T. Kiełkowski, *Sprawa administracyjna*, Kraków 2004, s. 51–52 i 115–116.

<sup>17</sup> Przedstawiciele tych poglądów prezentuje J. Borkowski, [w:] *Komentarz 2009*, s. 176–177.

<sup>18</sup> T. Kiełkowski, *Sprawa administracyjna*, Kraków 2004, s. 115.

<sup>19</sup> Ustawa z dnia 3 grudnia 2010 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania administracyjnego oraz ustawy – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (Dz.U. z 2011 r., nr 6, poz. 18).

<sup>20</sup> Bez wątplenia przepis ten jest wzorowany na art. 165a ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (tekst jedn. Dz.U. z 2005 r., nr 8, poz. 60 ze zm.).

<sup>21</sup> W. Chróścielewski, *Opinia dotycząca projektu ustawy – Kodeks postępowania administracyjnego oraz ustawy – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (druk sejmowy nr 2987)*, Biuro Analiz Sejmowych. Opinia Zlecona, s. 6–7 (maszynopis powielony).

ważniejszych kwestii. Przyjmowany na gruncie obowiązującego stanu prawnego pogląd, iż złożenie wniosku o wszczęcie postępowania przez osobę, która nie ma interesu prawnego w danym postępowaniu, powinno spowodować wydanie decyzji o umorzeniu postępowania, jest – jak słusznie wskazuje autor opinii – dotknięte błędem logicznym<sup>22</sup>. Tym samym „jedynie wtedy, gdy w chwili złożenia wniosku nie można precyzyjnie ustalić, czy podmiot występujący z żądaniem posiada, czy nie posiada przymiotu strony w rozumieniu art. 28 k.p.a., można przyjąć, iż należy wszcząć postępowanie administracyjne i w jego toku wyjaśnić wątpliwości dotyczące istnienia interesu prawnego wnoszącego podanie. W przypadku jego braku wszczęte postępowanie musi być umorzone”<sup>23</sup>.

Stronami postępowania administracyjnego mogą być osoby fizyczne i osoby prawne, gdy zaś chodzi o państwowe i samorządowe jednostki organizacyjne i organizacje społeczne – również jednostki nie posiadające osobowości prawnej (art. 29 k.p.a.). Zdolność prawną i zdolność do czynności prawnych stron ocenia się – co do zasady – według przepisów prawa cywilnego. Przy czym, zgodnie z treścią art. 30 § 2 i 3 k.p.a., osoby fizyczne nie posiadające zdolności do czynności prawnych działają przez swych ustawowych przedstawicieli, natomiast strony nie będące osobami fizycznymi działają przez swych ustawowych lub statutowych przedstawicieli.

Patrząc na sprawę z punktu widzenia przedsiębiorcy, należy zaznaczyć, że spółki osobowe nie mają wprawdzie osobowości prawnej, niemniej jednak jako podmioty prawa mają zdolność prawną – mogą być zatem stronami postępowania administracyjnego z mocy przepisów odrębnych, z kolei spółki kapitałowe mają osobowość prawną i z tej racji mogą być stronami postępowania w każdej sprawie<sup>24</sup>. Należy jednak pamiętać, że spółki handlowe są wpisywane do rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego (KRS)<sup>25</sup>, a gdy prowadzą działalność gospodarczą określoną w treści art. 2 u.s.dz.g., to – zgodnie z treścią art. 4 u.s.dz.g. – są przedsiębiorcami także wtedy, gdy nie mają osobowości prawnej. Tym samym w zakresie spraw administracyjnych dotyczących działalności gospodarczej każdy przedsiębiorca może być stroną czy to postępowania koncesyjnego, czy też dotyczącego zezwolenia na określony rodzaj działalności regulowanej<sup>26</sup>. Bez wątpienia więc przedsiębiorca będzie w pierwszej kolejności stroną postępowania w różnego rodzaju sprawach z zakresu działalności gospodarczej. Należy również zwrócić uwagę na podnoszony w literaturze fakt, że „w szeregu

<sup>22</sup> Ibidem, s. 6.

<sup>23</sup> Ibidem, s. 6–7 oraz podana tam literatura.

<sup>24</sup> J. Borkowski, [w:] *Komentarz 2008*, s. 243.

<sup>25</sup> Ustawa z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym (tekst jedn. Dz.U. z 2007 r., nr 168, poz. 1186 ze zm.).

<sup>26</sup> J. Borkowski, [w:] *Komentarz 2008*, s. 243–244.

przepisów ustawy o swobodzie działalności gospodarczej do przedsiębiorców odnosi się uregulowania prawne, w tym także dotyczące postępowania koncesyjnego oraz w sprawach zezwoleń na działalność gospodarczą regulowaną, te więc podmioty, które są przedsiębiorcami, a nie zostały wymienione w art. 29 k.p.a., w tych sprawach będą stronami postępowania. W innych sprawach administracyjnych niezbędna będzie już odrębna podstawa prawna do tego, ażeby jednostka organizacyjna niewymieniona w art. 29 mogła być stroną postępowania administracyjnego ogólnego<sup>27</sup>.

Za R. Biskupem i M. Ganczar należy przyjąć, że skoro stroną postępowania w sprawach gospodarczych jest przedsiębiorca bądź też były przedsiębiorca (gdy wynika to w sposób wyraźny z przepisów prawa), o ile tylko sprawa dotyczy prowadzonej przez niego działalności gospodarczej, to definicja strony z art. 28 k.p.a. powinna zostać uzupełniona przez definicję przedsiębiorcy. Zatem „stroną postępowania w sprawach gospodarczych będzie albo przedsiębiorca, który żąda podjęcia czynności organu w związku z prowadzoną przez siebie działalnością gospodarczą, o ile taka możliwość wynika z przepisów prawa, albo wobec którego jest prowadzone postępowanie administracyjne zmierzające do określenia zakresu jego obowiązków, wynikających z przepisów prawa i związanych bezpośrednio z prowadzoną przez niego działalnością gospodarczą”<sup>28</sup>.

W toczącym się postępowaniu administracyjnym strona może działać osobiście bądź też ustanowić pełnomocnika – z wyjątkiem takich sytuacji gdzie charakter czynności wymaga jej osobistego działania (art. 32 k.p.a.). W sytuacji, gdy pełnomocnictwa udziela przedsiębiorca, szczególnie ważne jest, aby podpisała je osoba umocowana do reprezentacji przedsiębiorcy, równocześnie załączając do niego dokument potwierdzający ten fakt, przykładowo w postaci odpisu z KRS<sup>29</sup>.

**2. Pytanie zasadnicze: od kiedy możemy mówić, że dany podmiot posiada przymiot przedsiębiorcy? Wprawdzie ustawodawca zaznaczył, że podejmowanie, wykonywanie, jak również zakończenie działalności gospodarczej jest wolne dla każdego na równych prawach, niemniej jednak z zachowaniem warunków określonych przepisami prawa (art. 6 ust. 1 u.s.dz.g.). Szczegółowe zasady podejmowania i wykonywania działalności gospodarczej normuje ustawodawca w rozdziale 2 u.s.dz.g. W myśl art. 14 ust. 1 u.s.dz.g. „przedsiębiorca może podjąć działalność gospodarczą w dniu złożenia wniosku o wpis**

<sup>27</sup> Ibidem, s. 245. J. Borkowski jako przykład wskazał sprawy regulowane ustawą z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. nr 50, poz. 331 ze zm.).

<sup>28</sup> R. Biskup, M. Ganczar, op. cit., s. 33 (cytat również z tej strony).

<sup>29</sup> Jednym z najczęstszych uchybień formalnych, które można zaobserwować w praktyce Samorządowych Kolegiów Odwoławczych, jest brak załączonego do odwołania pełnomocnictwa bądź odpisu z KRS, co skutkuje koniecznością wezwania do usunięcia braków formalnych w trybie art. 64 § 2 k.p.a.

do ewidencji działalności gospodarczej albo po uzyskaniu wpisu do rejestru przedsiębiorców w Krajowym Rejestrze Sądowym”, ma on jednak prawo określić we wniosku o wpis do ewidencji późniejszy dzień podjęcia działalności gospodarczej niż dzień złożenia wniosku (art. 14 ust. 3 u.s.dz.g.). Przy czym wpisowi do ewidencji podlegają przedsiębiorcy będący osobami fizycznymi. Z kolei zgodnie z art. 1 ust. 2 pkt 1 ustawy o KRS, rejestr ten składa się m.in. z rejestru przedsiębiorców, który stosuje się do podmiotów wskazanych w treści art. 36 ustawy o KRS<sup>30</sup>. Należy jednak podkreślić, że zgodnie z treścią art. 14 ust. 5 u.s.dz.g. reguły określonej w treści art. 14 ust. 1 u.s.dz.g. nie stosuje się w przypadku, gdy ustawy uzależniają podejmowanie i wykonywanie działalności gospodarczej od obowiązku uzyskania przez przedsiębiorcę koncesji albo zezwolenia, o którym mowa w art. 75 (przepis ten zawiera szczegółowy katalog rodzajów działalności gospodarczej, które wymagają uzyskania zezwolenia<sup>31</sup>). Nadto w myśl art. 14 ust. 6 u.s.dz.g., do przedsiębiorców będących osobami fizycznymi podejmującymi działalność gospodarczą, wiążącą się z obowiązkiem uzyskania wpisu w rejestrze działalności regulowanej, stosuje się przepis art. 65 ust. 3 u.s.dz.g.<sup>32</sup> Zatem osoby fizyczne stają się przedsiębiorcami w wyniku złożenia wniosku o dokonanie wpisu w ewidencji i rozpoczęciu działalności gospodarczej (z wyjątkiem podejmowania działalności reglamentowanej), a w przypadku jednostek organizacyjnych (zarówno tych posiadających, jak i nie posiadających osobowości prawnej) wpis do rejestru przedsiębiorców KRS ma skutek konstytutywny, tzn. podjęcie działalności gospodarczej jest możliwe dopiero po uzyskaniu wpisu

<sup>30</sup> Rejestr przedsiębiorców, zgodnie z art. 36 ustawy o KRS, stosuje się do następujących podmiotów: spółek jawnych; europejskich zgrupowań interesów gospodarczych; spółek partnerskich; spółek komandytowych; spółek komandytowo-akcyjnych; spółek z ograniczoną odpowiedzialnością; spółek akcyjnych; spółek europejskich; spółdzielni; spółdzielni europejskich; przedsiębiorstw państwowych; instytutów badawczych; przedsiębiorców określonych w przepisach o zasadach prowadzenia na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej działalności gospodarczej w zakresie drobnej wytwórczości przez zagraniczne osoby prawne i fizyczne, zwane dalej przedsiębiorstwami zagranicznymi; towarzystw ubezpieczeń wzajemnych; towarzystw reasekuracji wzajemnej; innych osób prawnych, jeżeli wykonują działalność na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej; głównych oddziałów zagranicznych zakładów ubezpieczeń; głównych oddziałów zagranicznych zakładów reasekuracji; instytucji gospodarki budżetowej.

<sup>31</sup> W treści art. 75 u.s.dz.g. ustawodawca wymienił 29 aktów prawnych, które określają rodzaje działalności gospodarczej wymagającej uzyskania zezwolenia.

<sup>32</sup> Zgodnie z treścią art. 65 u.s.dz.g.: „Organ prowadzący, na podstawie przepisów regulujących daną działalność gospodarczą, rejestr działalności regulowanej dokonuje wpisu na wniosek przedsiębiorcy, po złożeniu przez przedsiębiorcę oświadczenia o spełnieniu warunków wymaganych do wykonywania tej działalności” (ust. 1); przy czym „oświadczenie składa się na piśmie do organu prowadzącego rejestr działalności regulowanej” (ust. 2); a „przedsiębiorca podlegający wpisowi do ewidencji może złożyć wniosek wraz z oświadczeniem również we właściwym organie ewidencyjnym, wskazując organ prowadzący rejestr działalności regulowanej” (ust. 3). Ustawodawca zaznaczył nadto, że treść oświadczenia, sposób prowadzenia rejestru oraz dane podlegające wpisowi do rejestru określają przepisy ustaw regulujących daną działalność (ust. 4), a organ prowadzący rejestr działalności regulowanej wydaje z urzędu zaświadczenie o dokonaniu wpisu do rejestru.

do rejestru przedsiębiorców, chyba że jest to działalność reglamentowana bądź regulowana<sup>33</sup>.

Jak widać, ustawodawca zdecydowanie odróżnia przedsiębiorcę będącego osobą fizyczną od będącego jednostką organizacyjną – co nie do końca wydaje się być właściwe. Fakt ten potwierdza również regulacja, która weszła w życie w lipcu 2011 r.<sup>34</sup>, wprowadzająca nową formę ewidencji działalności gospodarczej, tj. Centralną Ewidencję i Informację o Działalności Gospodarczej, która będzie ewidencjonowała jedynie przedsiębiorców będących osobami fizycznymi<sup>35</sup>.

Biorąc pod uwagę przepisy obowiązującego prawa można wyróżnić: działalność gospodarczą wolną, koncesjonowaną i regulowaną. Do podjęcia pierwszej z wyróżnionych wystarczy – co do zasady – złożenie wniosku o dokonanie wpisu do ewidencji działalności gospodarczej. Analiza przepisów pozwala na stwierdzenie, iż zasadą jest, że przedsiębiorca może podjąć działalność gospodarczą w dniu złożenia wniosku o wpis do ewidencji działalności gospodarczej albo po uzyskaniu wpisu do rejestru przedsiębiorców w KRS (art. 14 ust. 1 u.s.dz.g.).

Reguła powyższa nie ma jednak zastosowania w przypadku obowiązku uzyskania przez przedsiębiorcę koncesji albo zezwolenia, o których mowa w treści art. 75 u.s.dz.g. Jak już wskazano, ustawodawca uzależnił możliwość podjęcia określonych rodzajów działalności gospodarczej od uzyskania stosownej koncesji albo zezwolenia i tym samym działalność koncesjonowana została objęta obostrzeniami. Na gruncie przepisów u.s.dz.g. ustawodawca zdefiniował pojęcie organu koncesyjnego, wskazując w treści art. 5 pkt 1, że jest to „organ administracji publicznej upoważniony na podstawie ustawy do udzielania, odmowy udzielania, zmiany i cofania koncesji”. Za przykład regulacji prawnej, której podjęcie wymaga zgodnie z treścią art. 75 u.s.dz.g. stosownego zezwolenia mogą posłużyć chociażby przepisy ustawy o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi<sup>36</sup>.

<sup>33</sup> Zob. R. Biskup, M. Ganczar, op. cit., s. 34–36.

<sup>34</sup> Zgodnie z treścią art. 1 pkt 3 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. – Przepisy wprowadzające ustawę o swobodzie działalności gospodarczej (Dz.U. nr 173, poz. 1808 ze zm.), rozdział 3 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, zatytułowany „Centralna Ewidencja i Informacja o Działalności Gospodarczej” wchodzi w życie z dniem 1 lipca 2011 r.

<sup>35</sup> Wątpliwości dotyczące utrzymywania oddzielnego systemu ewidencji dla osób fizycznych oraz dla pozostałych przedsiębiorców (którzy nie są osobami fizycznymi) zgłaszano już w literaturze, wskazując przy tym, że „celowym byłoby umieszczenie danych i informacji o przedsiębiorcach w jednym, wspólnym rejestrze, prowadzonym przez jeden i ten sam podmiot”. Zaproponowano też, aby zamiast tworzyć Centralną Ewidencję i Informację Działalności Gospodarczej „skorzystać z już funkcjonującego rozwiązania i zamieścić wszystkie dane i informacje o przedsiębiorcach – osobach fizycznych w Centralnej Informacji KRS”. Zob. R. Biskup, M. Ganczar, op. cit., s. 39 (cytat również z tej strony).

<sup>36</sup> Zob. np. art. 9 czy art. 18 ustawy z dnia 26 października 1982 r. o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi (tekst jedn. Dz.U. z 2007 r., nr 70, poz. 473 ze zm.).

Nie mniej skomplikowane jest podjęcie działalności regulowanej. W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę na fakt, że ustawodawca zdefiniował ten rodzaj działalności gospodarczej, wskazując w treści art. 5 pkt 5 u.s.dz.g., że działalność regulowana to taka „działalność gospodarcza, której wykonywanie wymaga spełnienia szczegółowych warunków, określonych przepisami prawa”. Ustawodawca zaznaczył przy tym, iż „organ prowadzący, na podstawie przepisów regulujących daną działalność gospodarczą, rejestr działalności regulowanej dokonuje wpisu na wniosek przedsiębiorcy, po złożeniu przez przedsiębiorcę oświadczenia o spełnieniu warunków wymaganych do wykonywania tej działalności” (art. 65 ust. 1 u.s.dz.g.). Oświadczenie takie przedsiębiorca powinien złożyć na piśmie do organu prowadzącego rejestr działalności regulowanej, a organ ten jest zobligowany wydać z urzędu zaświadczenie o dokonaniu wpisu do rejestru. Warunki, jakie należy spełniać, aby podjąć działalność regulowaną, szczegółowo normują przepisy prawa. Jako przykład mogą tutaj posłużyć chociażby przepisy ustawy z dnia 5 lipca 1996 r. o zawodach pielęgniarki i położnej<sup>37</sup>, ustawy z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentystry<sup>38</sup> czy ustawy z dnia 18 października 2006 r. o wyrobieniu napojów spirytusowych oraz o rejestracji i ochronie oznaczeń geograficznych napojów spirytusowych<sup>39</sup>.

**3.** Należy podkreślić, że przedsiębiorca jako uczestnik obrotu gospodarczego szczególnie często może być stroną postępowania administracyjnego i to nie tylko związanego z podjęciem określonej działalności gospodarczej<sup>40</sup>. Szereg regulacji prawnych z zakresu prawa administracyjnego dotyczy go w sposób bezpośredni, z reguły normując obowiązki ciążące na osobach prowadzących działalność gospodarczą<sup>41</sup>, a co więcej – w znaczący sposób wpływa nie tylko na funkcjonowanie przedsiębiorstwa, ale często przesądza o jego bycie na rynku. Należy również zwrócić uwagę na fakt, że duża część przepi-

<sup>37</sup> Tekst jedn. Dz.U. z 2009 r., nr 151, poz. 1217 ze zm. – zob. np. art. 25.

<sup>38</sup> Tekst jedn. Dz.U. z 2008 r., nr 136, poz. 857 ze zm. – zob. np. art. 50.

<sup>39</sup> Dz. U. nr 208, poz. 1539 ze zm.

<sup>40</sup> Chociaż ze *Zbiorczej informacji z działalności Samorządowych Kolegiów Odwoławczych i Krajowej Reprezentacji Samorządowych Kolegiów Odwoławczych w 2009 r.* (Kraków 2010, s. 29–30 i 114) wynika, że w przeważającej części kolegia zajmowały się sprawami dotyczącymi zmiany wpisów oraz wykreślenia z ewidencji działalności gospodarczej prowadzonej przez gminy w oparciu o przepisy ustawy z dnia 19 listopada 1999 r. – Prawo działalności gospodarczej (Dz.U. nr 101, poz. 1178 ze zm.).

<sup>41</sup> Zob. przykładowo: ustawa z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach (tekst jedn. Dz.U. z 2010 r., nr 185, poz. 1243 ze zm.); ustawa z dnia 26 października 1982 r. o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi (tekst jedn. Dz.U. z 2007 r., nr 70, poz. 473 ze zm.); ustawa z dnia 4 lutego 1994 r. – Prawo geologiczne i górnicze (tekst jedn. Dz.U. z 2005 r., nr 228, poz. 1947 ze zm.); ustawa z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami (tekst jedn. Dz.U. z 2010 r., nr 102, poz. 651 ze zm.); ustawa z dnia 27 kwietnia 2001 r. – Prawo ochrony środowiska (tekst jedn. Dz.U. z 2008 r., nr 25, poz. 150 ze zm.).

sów prawa administracyjnego to przepisy nakładające różnego rodzaju sankcje, które obciążają – nieraz znacznie – podmioty administrowane.

Przykładem szczególnie dotkliwej regulacji prawnej jest art. 79c ust. 3 ustawy o odpadach, w myśl którego „jeżeli posiadacz odpadów lub transportujący odpady, będąc obowiązany do prowadzenia ewidencji odpadów lub przekazywania wymaganych informacji lub sporządzania i przekazywania zbiorczego zestawienia danych lub sporządzania podstawowej charakterystyki odpadów lub przeprowadzania testów zgodności, nie wykonuje tego obowiązku albo wykonuje go nieterminowo lub niezgodnie ze stanem rzeczywistym podlega karze pieniężnej w wysokości 10 000 zł”. Kara ta jest niezwykle dotkliwa, a jak pokazuje treść rozpatrywanych przez Samorządowe Kolegium Odwoławcze w Łodzi odwołań od decyzji wydawanych w tych sprawach, często przesądza o konieczności likwidacji działalności gospodarczej. Bez wątplenia krytycznie należy ocenić sposób wprowadzenia tej kary do ustawy o odpadach (przepis wszedł w życie tuż przed końcem okresu sprawozdawczego), jak również to, że ustawodawca decydując się na tak wysoką karę nie przewidział możliwości jej miarkowania czy też odstąpienia od jej wymierzania w nadzwyczajnych sytuacjach, takich chociażby jak niemożność złożenia zestawienia z uwagi na powódź.

Skoro zatem stan prawa administracyjnego, a co za tym idzie codzienne funkcjonowanie administracji ma – i to niemałe – znaczenie dla funkcjonowania przedsiębiorcy w praktyce obrotu gospodarczego, to ważne jest to, aby był on należyty. Przy czym uwadze nie może umknąć fakt, że za stan prawa odpowiedzialność ponosi ustawodawca. A gdy dodamy, że jego działania często nie noszą oznak spójności, jak też trudno wielokrotnie dostrzec racjonalność jego poczynań – to wyłoni się obraz co najmniej groźny i to nie tylko dla podmiotów prowadzących działalność gospodarczą, ale dla każdej potencjalnej strony postępowania, tudzież dla samej administracji, która jest przecież związana przepisami obowiązującego prawa.

4. Przedsiębiorca będący stroną postępowania administracyjnego korzysta z wszelkich wynikających z k.p.a. gwarancji przybierających w pierwszej kolejności postać zasad ogólnych. Służą one w przeważającej mierze ograniczeniu swobody administracji, nakładając nań różnego rodzaju obowiązki. Odpowiednikiem tych obowiązków jest możliwość żądania przez stronę postępowania określonego zachowania się organu administracji. Jedną z podstawowych zasad rządzących postępowaniem administracyjnym, która ma również przymiot zasady konstytucyjnej, jest zasada dwuinstancyjności – unormowana w art. 15 k.p.a. Postępowanie administracyjne co do zasady jest postępowaniem dwuinstancyjnym<sup>42</sup>, a zatem strona niezadowolona

<sup>42</sup> Należy zaznaczyć, że już ustawodawca konstytucyjny przewidział możliwość wprowadzenia wyjątków od tej zasady.



z decyzji wydanej przez organ pierwszej instancji może złożyć odwołanie, a w konsekwencji spowodować, że sprawa będzie jeszcze raz przedmiotem rozpoznania i rozstrzygnięcia, tym razem przez organ wyższego stopnia. Nadto, zgodnie z treścią art. 128 k.p.a. „odwołanie nie wymaga szczegółowego uzasadnienia. Wystarczy, jeżeli z odwołania wynika, że strona nie jest zadowolona z wydanej decyzji”<sup>43</sup>. Zatem w zasadzie bez żadnego wysiłku można uruchomić postępowanie przed organem drugiej instancji, a tym samym spowodować powtórne rozpoznanie i rozstrzygnięcie sprawy.

Organem odwoławczym, który wyróżnia się na tle innych, jest samorządowe kolegium odwoławcze<sup>44</sup>. W doktrynie wskazuje się, że kolegia są organami quasi-sądowymi<sup>45</sup>, mimo iż funkcjonują w systemie administracji publicznej. Ze względu na organizację, sposób rozstrzygania spraw w trzysobowych składach, a także status członków orzekających, są one organami szczególnymi i bardzo zbliżonymi do sądów. Dlatego też wyróżniają się – i to zdecydowanie pozytywnie – na tle innych organów administracji. Z uwagi na fachowy skład<sup>46</sup>, sposób wyłaniania kandydatów na członków kolegiów<sup>47</sup>, a także fakt, że przy orzekaniu członkowie składów orzekających są związani wyłącznie przepisami powszechnie obowiązującego prawa, zaś kontrolę orzecznictwa kolegiów sprawuje sąd administracyjny<sup>48</sup> – po rozstrzygnięciu kolegium można oczekiwać najwyższej jakości, a co za tym idzie prawidłowości. To z kolei jest istotną gwarancją dla stron postępowania, w szczególności tych

<sup>43</sup> Ustawodawca zaznaczył przy tym, że przepisy szczególne mogą ustalać inne wymogi co do treści odwołania.

<sup>44</sup> Zob. art. 1 ust. 1 ustawy z dnia 12 października 1994 r. o samorządowych kolegiach odwoławczych (tekst jedn. Dz.U. z 2001 r., nr 79, poz. 856 ze zm.) – dalej jako u.s.k.o., zgodnie z którym „samorządowe kolegia odwoławcze, [...] są organami wyższego stopnia, w rozumieniu przepisów Kodeksu postępowania administracyjnego i ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa [...], w indywidualnych sprawach z zakresu administracji publicznej należących do właściwości jednostek samorządu terytorialnego, jeżeli przepisy szczególne nie stanowią inaczej”. Podobna reguła została powtórzona przez ustawodawcę w treści art. 17 pkt 1 k.p.a., który stanowi, że organami wyższego stopnia w rozumieniu kodeksu postępowania administracyjnego w stosunku do jednostek samorządu terytorialnego są samorządowe kolegia odwoławcze, chyba że ustawy szczególne stanowią inaczej. Należy zaznaczyć, że w myśl art. 1 ust. 2 u.s.k.o., na zasadach określonych w odrębnych ustawach kolegia orzekają w innych sprawach niż wymienione w art. 1 ust. 1 u.s.k.o.

<sup>45</sup> Zob. np. A. Korzeniowska, *Postępowanie przed Samorządowym Kolegium Odwoławczym*, Zakamycze 2002, s. 286–326, a w szczególności s. 318.

<sup>46</sup> Ustawodawca wprost przewidział, że wszyscy etatowi członkowie orzekający muszą mieć ukończone magisterskie studia prawnicze lub administracyjne. Zob. art. 7 u.s.k.o. Zob. również zestawienie dotyczące obsady kadrowej w kolegiach, ze wskazaniem ilu członków ma wykształcenie prawnicze, ilu administracyjne, ilu legitymuje się uprawnieniami radcy prawnego, adwokata, sędziego notariusza, czy tytułem naukowym profesora, bądź stopniem naukowym doktora habilitowanego czy doktora [w:] *Zbiornica informacji roczna z działalności Samorządowych Kolegiów Odwoławczych i Krajowej Reprezentacji Samorządowych Kolegiów Odwoławczych w 2009 roku*, Kraków 2010, s. 128–129.

<sup>47</sup> Zob. art. 8 u.s.k.o.

<sup>48</sup> Zob. art. 21 ust. 1 i 2 u.s.k.o.

będących przedsiębiorcami, gdyż prawidłowość rozstrzygnięcia wpływa często nie tylko na kondycję, ale i na byt prowadzonej działalności gospodarczej. Z punktu widzenia strony postępowania, a w szczególności tej, która prowadzi działalność gospodarczą, możliwość złożenia odwołania do fachowego i tak naprawdę niezależnego podmiotu ma duże znaczenie. Tym bardziej że kolegia, załatwiając w drugiej instancji należące doń sprawy, nie są w żaden sposób uzależnione ani od organów administracji samorządowej, ani od organów administracji rządowej, gwarantując w ten sposób prawidłowe i niezależne rozstrzygnięcie. Mimo to, zgodnie z wyrażoną w treści art. 16 § 2 k.p.a. zasadą sądowej kontroli decyzji administracyjnych, strona, w tym również strona będąca przedsiębiorcą, może uruchomić kontrolę legalności działań administracji, którą sprawuje sądownictwo administracyjne.

Na zakończenia rozważań należałoby zwrócić uwagę na treść art. 6 ust. 2 u.s.dz.g. Przepis ten stanowi, że „właściwy organ nie może żądać ani uzależniać swojej decyzji w sprawie podjęcia, wykonywania i zakończenia działalności gospodarczej przez zainteresowaną osobę od spełnienia przez nią dodatkowych warunków, w szczególności od przedłożenia dokumentów lub ujawnienia danych, nieprzewidzianych przepisami prawa”. W literaturze wskazano, że przepis ten powinien być traktowany jako rozwinięcie konstytucyjnej zasady wolności gospodarczej<sup>49</sup>, niemniej jednak z uwagi na obowiązywanie – również konstytucyjnej – zasady praworządności zapis ten wydaje się być zbędny<sup>50</sup>.

<sup>49</sup> Zob. R. Biskup, M. Ganczar, op. cit., s. 39.

<sup>50</sup> Na marginesie należałoby jeszcze zwrócić uwagę na treść art. 220 § 2 k.p.a. zgodnie z którym „organ administracji publicznej żądający od strony zaświadczenia na potwierdzenie faktów lub stanu prawnego jest obowiązany wskazać przepis prawa wymagający urzędowego potwierdzenia tych faktów lub stanu prawnego w drodze zaświadczenia”.

**Anna Górczyńska**  
Uniwersytet Łódzki

## **Partnerstwo publiczno-prywatne w prawie Unii Europejskiej**

Pojęcie partnerstwa publiczno-prywatnego (PPP) odnosi się do długoterminowej współpracy pomiędzy partnerem publicznym, czyli jednostkami administracji różnych szczebli, a podmiotami prywatnymi, mającej na celu realizację przedsięwzięć lub świadczenie usług tradycyjnie dostarczanych przez sektor publiczny. Współpraca opiera się na optymalnym podziale zadań, odpowiedzialności oraz ryzyka – zgodnie z założeniem zwiększenia efektywności tworzonej infrastruktury i dostarczania usług. PPP nie jest tożsame z prywatyzacją, gdyż nie przenosi na partnera prywatnego własności eksploatowanych obiektów, a po wygaśnięciu umowy gwarantuje przekazanie składników majątkowych stronie publicznej<sup>1</sup>.

Analizując partnerstwo publiczno-prywatne, podnosi się także jego znaczenie dla realizacji zasady *value for money* (najlepsza jakość za najkorzystniejszą cenę) rozumianej jako wskaźnik korzyści odnoszonych przez sektor publiczny. Odpowiednio wysoki poziom tego wskaźnika, rozpatrywany w kontraktach długoterminowych, jest jedną z głównych przesłanek zaangażowania podmiotów publicznych we współpracę z partnerami prywatnymi. Umowa w sprawie PPP powinna każdorazowo jasno określać cele i zadania każdego z partnerów, jak również podział ryzyka i zaangażowanych własnych zasobów. Strony winny więc uzupełniać się w działaniach, w których mogą okazać się najbardziej efektywne. Każda ze nich musi ponieść pewien określony w umowie stopień ryzyka, gdyż przeniesienie całości ryzyka na partnera prywatnego może okazać się nieopłacalne dla partnera publicznego ze względu na nadmierne koszty gratyfikacji finansowej partnera prywatne-

---

<sup>1</sup> E. Yescombe, *Project Finance. Wybrane elementy finansowania strukturalnego*, Wolters Kluwer, Kraków 2007, s. 19; B. Korbus (red.), *Partnerstwo publiczno-prywatne. Poradnik*, UZP, Warszawa 2010, s. 22.

go adekwatne do zakresu ponoszonego ryzyka, a nawet niemożliwe ze względów formalnoprawnych<sup>2</sup>.

Wartość zrealizowanych projektów PPP na świecie w latach 1994–2007 przekroczyła 290 mld euro i odnosiła się do ponad 1 200 umów realizowanych głównie w takich sektorach, jak drogownictwo i transport, ochrona zdrowia, edukacja, obronność, gospodarka wodno-kanalizacyjna i utylizacja odpadów<sup>3</sup>. W wielu państwach Unii Europejskiej PPP stało się popularną formą realizacji zadań publicznych, szczególnie w Wielkiej Brytanii (15% inwestycji publicznych), Francji, Hiszpanii i Portugalii<sup>4</sup>.

W prawie Unii Europejskiej nie zostały przyjęte żadne wiążące państwa członkowskie akty prawa wtórnego odnoszące się do partnerstwa publiczno-prywatnego. Unijne regulacje PPP to akty tzw. prawa miękkiego, wyznaczające kierunki przyszłych rozwiązań prawnych i ich interpretacji oraz stanowiące swoiste przewodniki dla podmiotów zainteresowanych realizacją PPP. Najważniejszymi dokumentami są:

- Wytyczne dotyczące udanego partnerstwa publiczno-prywatnego z 2003 r.<sup>5</sup>;
- Zielona Księga PPP z 2004 r.<sup>6</sup>,
- Komunikat Komisji dotyczący partnerstwa publiczno-prywatnego oraz prawa wspólnotowego w zakresie zamówień publicznych i koncesji z 2005 r.<sup>7</sup>,
- Komunikat wyjaśniający Komisji dotyczący zinstytucjonalizowanego PPP z 2008 r.<sup>8</sup>,
- Komunikat wyjaśniający Komisji dotyczący koncesji w prawie wspólnotowym z 2000 r.<sup>9</sup>

Powyższe dokumenty nie tworzą nowych norm prawnych, a jedynie zawierają wyjaśnienie sposobu interpretacji przez Komisję traktatu oraz uregulowań dotyczących zamówień publicznych i koncesji oraz orzecznictwo Try-

---

<sup>2</sup> B. Korbus, M. Strawiński, *Partnerstwo publiczno-prywatne. Nowa forma realizacji zadań publicznych*, LexisNexis, Warszawa 2009, s. 52–53.

<sup>3</sup> Dane cytowane według Instytutu Partnerstwa Publiczno-Prywatnego, zob. [online] <[www.ippp.pl](http://www.ippp.pl)>.

<sup>4</sup> PPP w UE poświęcone są m.in. publikacje: E. Yescombe, *Principles of Project Finance*, Academic Press, London 2002; A. Gajewska-Jedwabny (red.), *Partnerstwo publiczno-prywatne*, PWC, Warszawa 2007; B. Korbus, M. Strawiński, *Partnerstwo publiczno-prywatne. Nowa forma realizacji zadań publicznych*, LexisNexis, Warszawa 2009.

<sup>5</sup> Komisja Europejska, Wytyczne dotyczące udanego partnerstwa publiczno-prywatnego, EC (2003), Bruksela 2003.

<sup>6</sup> Zielona Księga w sprawie partnerstw publiczno-prywatnych i prawa wspólnotowego w zakresie zamówień publicznych i koncesji, COM (2004) 327, Bruksela 2004.

<sup>7</sup> Komunikat Komisji dotyczący partnerstwa publiczno-prywatnego oraz prawa wspólnotowego w zakresie zamówień publicznych i koncesji, COM (2005) 569, Bruksela 2005.

<sup>8</sup> Komunikat wyjaśniający Komisji w sprawie stosowania prawa wspólnotowego dotyczącego zamówień publicznych i koncesji w odniesieniu do zinstytucjonalizowanego partnerstwa publiczno-prywatnego, COM (2007) 6661, Bruksela 2008.

<sup>9</sup> Komunikat wyjaśniający Komisji dotyczący koncesji w prawie wspólnotowym (*Commission interpretative communication on concessions under Community Law*), OJ C 121/02, Bruksela 2000.

bunału Sprawiedliwości, do którego kompetencji należy wykładnia prawa unijnego.

Należy jednakże podkreślić, że w odniesieniu do PPP znajdują zastosowanie najważniejsze zasady zamówień publicznych<sup>10</sup> w związku z wydatkowaniem środków publicznych poprzez powierzanie wykonywania działalności osobom trzecim. Wśród katalogu zasad rządzących PPP w szczególności należy wyróżnić zasady równego traktowania, zakazu dyskryminacji ze względu na przynależność państwową, swobodnego świadczenia usług oraz przedsiębiorczości<sup>11</sup>.

Najistotniejszą rolę w prezentacji założeń instytucji PPP odgrywają *Wytyczne dotyczące udanego partnerstwa publiczno-prywatnego*. Opracowane na zlecenie Dyrekcji Generalnej Polityki Regionalnej wytyczne nie są aktami wiążącymi państwa członkowskie, a jedynie zbiorem wskazówek i zaleceń odnoszących się do interpretacji prawa wspólnotowego. Opracowanie wytycznych miało na celu przybliżenie zasad współpracy pomiędzy partnerami publicznymi i prywatnymi. Wytyczne wskazują podstawowe problemy i kierunki przyszłych rozwiązań prawnych i stanowią zachętę do podejmowania realizacji PPP.

Komisja zwróciła uwagę, iż współpraca pomiędzy partnerami publicznymi i prywatnymi nasiliła się w związku z ograniczonymi środkami pozostającymi w dyspozycji administracji i koniecznością podejmowania działań na rzecz poprawy jakości i efektywności ich wydatkowania. Określono więc cztery podstawowe zadania dla partnerów prywatnych uczestniczących w umowach PPP, a mianowicie: zapewnienie dodatkowego kapitału, umiejętności w zakresie wdrażania i zarządzania, lepszego określenia potrzeb i optymalnego wykorzystania zasobów. Wytyczne koncentrują się na zapewnieniu otwartego dostępu do rynku i uczciwej konkurencji, ochronie interesu publicznego i maksymalizacji efektywności użyteczności, określeniu optymalnego poziomu dofinansowania dotacyjnego w celu realizacji trwałego i wykonalnego projektu oraz zapobiegania nadużyciom w wykorzystywaniu środków publicznych, jak również ocenie najbardziej efektywnego PPP dla danego rodzaju projektu<sup>12</sup>. Zdaniem Komisji PPP umożliwia realizację wielu projektów w sytuacji ograniczonych zasobów finansowych administracji, a także szybsze wdrożenie inwestycji ze względu na doświadczenie i know-how

<sup>10</sup> Dyrektywa Parlamentu i Rady 2004/18/WE z 31 marca 2004 r. dotycząca koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (OJ L 134); Dyrektywa Parlamentu i Rady 2004/17/WE z 31 marca 2004 r. dotycząca koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych przez podmioty udzielające zamówień publicznych w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (OJ L 134).

<sup>11</sup> A. Górczyńska, *Zasady zamówień publicznych*, [w:] M. Królikowska-Olczak (red.), *Prawo Unii Europejskiej w systemie polskiej gospodarki*, Difin 2006, s. 23 i n.

<sup>12</sup> Komisja Europejska, Dyrekcja Polityki Regionalnej, *Wytyczne dotyczące udanego partnerstwa publiczno-prywatnego*, s. 2–3.

przedsiębiorców. Ideą partnerstwa publiczno-prywatnego jest także jak najlepsza dla obu stron alokacja ryzyka, a mianowicie obarczenie ryzykiem strony, która ma największe możliwości zarządzania nim przy wykorzystaniu jak najniższych kosztów<sup>13</sup>.

Wytyczne przedstawiają etapy wdrażania PPP, podkreślając znaczenie analizy efektywności poprzedzającej jego wdrożenie oraz założeń polityki realizacji PPP. Analizują także proces decyzyjny poprzedzający ostateczną decyzję o realizacji przedsięwzięcia w formule PPP oraz formy, w jakich partnerstwo może być realizowane. Przedstawiono także trzy koncepcje powierzenia sektorowi prywatnemu funkcji uprzednio pełnionych przez sektor publiczny: umowy o świadczenie usług, umowy o obsługę i zarządzanie oraz leasing. Wytyczne charakteryzują rodzaje partnerstwa publiczno-prywatnego. PPP może być zawierane w formie umów ze stroną prywatną obejmującą konkretne przedsięwzięcie, np. budowę obiektu użyteczności publicznej. Inwestycja jest finansowana przez sektor publiczny i stanowi jego własność, natomiast na partnera prywatnego przenoszone jest ryzyko związane z pracami projektowymi i budowlanymi. Powyższa forma współpracy regulowanej umową zalecana jest w przypadku inwestycji o niskich wymaganiach technologicznych i wydaje się być najmniej atrakcyjna dla partnerów prywatnych w porównaniu z innymi rodzajami PPP.

Kolejny rodzaj PPP to opracowanie zintegrowanego projektu i możliwości obsługi, czyli tzw. formuła BOT (buduj-obsługuj-przełącz). Koncepcja BOT zakłada połączenie w ramach jednego podmiotu odpowiedzialności za zaprojektowanie, konstrukcję i utrzymanie przedmiotu inwestycji, co wiąże się z uzyskaniem znacznego wynagrodzenia od partnera publicznego. Wykonawca jest więc zobowiązany do przygotowania długoterminowego projektu realizacji i utrzymania inwestycji wraz z oszacowaniem związanych z tym kosztów, a przez to winien zapewnić optymalizację wykorzystywanych środków finansowych. Sektor publiczny udziela zamówień BOT w oparciu o konkurs ofert poprzedzony przejrzystym postępowaniem przetargowym. Obiekt jest finansowany przez sektor publiczny i pozostaje jego własnością przez cały czas trwania umowy. Partner publiczny w podejściu BOT zrzeka się jednak wielu funkcji kontrolnych, stąd bardzo istotne jest precyzyjne opracowanie w procedurze przetargowej potrzeb i wymagań związanych z przedsięwzięciem. Umowy BOT według *Wytycznych* mogą trwać do 20 lat lub dłużej, przykładowo obejmując obsługę takich systemów infrastruktury, jak oczyszczalnie ścieków lub systemu transportowe.

Innym zalecanym modelem PPP jest tzw. koncesja na projekt-konstrukcję-finansowanie-obsługę (DBFO). Porozumienia te umożliwiają prywatnemu partnerowi finansowanie, konstrukcję i obsługę infrastruktury w zamian

<sup>13</sup> B. Korbus (red.), op. cit., s. 23.

za prawo do pobierania przez pewien czas dochodów związanych z inwestycją. Istnieje możliwość udzielania koncesji na wytworzenie nowego majątku na modernizację, unowocześnienie lub rozwój istniejących urządzeń. Obiekt jest własnością sektora prywatnego przez okres trwania umowy oraz odzyskania kosztów przez subwencje publiczne. Wybór partnera prywatnego następuje także w drodze często długotrwałego postępowania przetargowego. Umowy w DBFO są jednakże znacznie bardziej złożone niż w przypadku BOT i zawierane na średnio 25-30 lat. *Wytyczne* zalecają DBFO w projektach budowy dróg, gospodarki wodno-ściekowej i utylizacji odpadów.

*Wytyczne* wskazują także zasady wdrażania PPP, w szczególności opracowanie standardów technicznych: oszacowanie i podział ryzyka, analizy finansowe i socjoekonomiczne. Wśród potencjalnych ryzyk wymieniono: ryzyko związane z dochodem, ryzyko wyboru partnera prywatnego, ryzyko związane z pracami budowlanymi, ryzyko walutowe, ryzyko umowne/regulacyjne, ryzyko polityczne, ryzyko środowiskowe/archeologiczne, ryzyko ukrytych wad, ryzyko związane ze społeczną akceptacją, ryzyko utraty trwałości oraz ukryty protekcyjizm. Kolejnym ważnym aspektem jest wybór procedury przetargowej i kryteriów oceny ofert, jak również wybór najlepszego partnera prywatnego. Ukazane są także zasady przygotowania planu wdrożenia PPP oraz przygotowanie i realizacja umowy o PPP.

Zielona Księga *Partnerstwo Publiczno-Prywatne a prawo wspólnotowe, zamówienia publiczne i koncesje* z 2004 r. jest efektem debaty organów UE w sprawie zastosowania prawa unijnego w PPP w zakresie zamówień publicznych i koncesji regulowanych dyrektywami 2004/18/WE i 2004/17/WE<sup>14</sup>. Definiując zamówienia publiczne zazwyczaj wskazuje się, iż są to umowy o charakterze majątkowym zawierane pomiędzy partnerem publicznym a prywatnym, których przedmiotem są roboty budowlane, dostawy i usługi, natomiast koncesje na roboty budowlane odróżnia od typowych zamówień sposób wynagradzania wykonawcy, który w przypadku koncesji jest wyłącznym prawem do eksploatacji obiektu budowlanego albo takim prawem wraz z płatnością.

W Zielonej Księdze zostało również wprowadzone rozróżnienie dwóch podstawowych rodzajów PPP – umowne oraz instytucjonalne (zinstytucjonalizowane). Przykładem umownego PPP jest model koncesyjny, w którym podmiot prywatny po otrzymaniu koncesji zajmuje się świadczeniem określonych usług publicznych i otrzymuje wynagrodzenie bezpośrednio od użytkowników udzielonych usług. PPP koncesyjne może dopuszczać przekazywanie pewnych środków pieniężnych przez podmiot publiczny, jeżeli chce on wpłynąć

<sup>14</sup> Dyrektywa Parlamentu i Rady 2004/18/WE z 31 marca 2004 r. dotycząca koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (OJ L 134) oraz Dyrektywa Parlamentu i Rady 2004/17/WE z 31 marca 2004 r. dotycząca koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych przez podmioty udzielające zamówień publicznych w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (OJ L 134).

na wysokość lub stałość opłat pobieranych przez koncesjonariusza przez użytkowników. Innym przykładem umownego PPP są umowy typu *Public Finance Initiative* (PFI), w których podmiot prywatny podejmuje się realizacji, a następnie zarządzania określonym obiektem lub infrastrukturą (np. szpitalem, parkingiem, więzieniem, szkołą), a podmiot publiczny zobowiązuje się do regularnego przekazywania płatności tytułem wynagrodzenia<sup>15</sup>. Wysokość wynagrodzenia może zależeć od zakresu wykorzystania obiektu lub rodzaju świadczonych usług<sup>16</sup>.

Drugi rodzaj partnerstwa, czyli PPP instytucjonalne, zakłada stworzenie podmiotu zarządzanego łącznie przez partnera publicznego i prywatnego i powołanego w celu realizacji zadań publicznych. W praktyce forma ta jest stosowana w celu realizacji inwestycji wodno-kanalizacyjnych oraz segregacji i utylizacji odpadów. Instytucjonalne PPP może być realizowane albo przez stworzenie nowego podmiotu wspólnie zarządzanego przez obu partnerów, albo przez przejęcie przez partnera prywatnego udziałów w istniejącym już przedsięwzięciu publicznym. W *Komunikacie dotyczącym zinstytucjonalizowanego partnerstwa publiczno-prywatnego z 2008 r.*<sup>17</sup> wskazano, że pojęcie zinstytucjonalizowanego PPP według Komisji oznacza współpracę partnerów publicznych i prywatnych, którzy tworzą wspólnie podmiot z kapitałem mieszanym w celu wykonywania zamówień publicznych lub koncesji<sup>18</sup>. Partner prywatny wnosi obok kapitału lub innych aktywów także czynny udział w wykonywaniu zadań powierzonych powołanemu podmiotowi i/albo w zarządzaniu tym podmiotem. Celem przyjętego Komunikatu Komisji było wyjaśnienie wątpliwości prawnych odnoszących się do stosowania przepisów dotyczących zamówień publicznych i koncesji<sup>19</sup>. Komisja podkreśliła, że do omawianego typu PPP znajdują zastosowanie uregulowania prawa zamówień publicznych. Komunikat ukazuje proces tworzenia partnerstwa, wybór partnerów prywatnych, procedurę udzielania zamówień oraz zasady funkcyj-

<sup>15</sup> R. Craven, *Procurement procedures under the Private Finance Initiative: the operation of the new legal framework*, Public Procurement Research Group (materiały niepubl.).

<sup>16</sup> A. Sołtysińska, *Europejskie Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz*, Zakamycze 2006, s. 69; D. Piasta, *Partnerstwo Publiczno-Prywatne – najnowsze inicjatywy unijne*, „Wspólnoty Europejskie” 2004, nr 12, s. 15 oraz orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości w sprawach C-324/98 Tele Austria Verlags GmbH and Telephonadress GmbH v. Telekom Austria and Herold Business Data AG (ECR 2000, s. I-10745); C-258/00 Buchhandler Vereinigung GmbH v. Saur Verlag GmbH&Co and Die Deutsche Bibliothek (ECR 2002, s. I-4685); C-458/03 Parking Brixen GmbH v. Gemeinde Brixen and Stadtwerke Brixen AG (ECR 2005, s. I-8612); C-26/03 Stadt Halle v. Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna (C-26/03) [2005] ECR I-1 (ECJ 1st Chamber).

<sup>17</sup> Komunikat wyjaśniający Komisji w sprawie stosowania prawa wspólnotowego dotyczącego zamówień publicznych i koncesji w odniesieniu do zinstytucjonalizowanego partnerstwa publiczno-prywatnego, COM (2007) 6661, Bruksela 2008.

<sup>18</sup> W państwach UE stosuje się takie pojęcia, jak *Kooperationsmodell*, *joint venture*, *Sociétés d'Economie Mixte*.

<sup>19</sup> Ch. Tvarno, *A critique of the Commission's interpretative communication on Institutionalised Public-Private Partnerships*, „Public Procurement Law Review” 2009, NA 11-23.



nowania. Odwołuje się także do orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, który stwierdził, że spółki o kapitale mieszanym nie mogą być uznawane za wewnętrzne struktury zarządzające usługami w imieniu podmiotów zamawiających mających w nich udziały<sup>20</sup>. Z tego powodu zinstytucjonalizowane PPP nie powinny zmieniać pierwotnego celu działalności, a nowe zamówienia mają także co do zasady uzyskiwać w ramach postępowania przetargowego. Zmiany istotnych postanowień umowy wymagają przeprowadzenia nowego postępowania przetargowego w sytuacji, gdy zmiany te pozwalałyby oferentom na przedstawienie znacząco odmiennej oferty<sup>21</sup>.

W Polsce PPP zostało współcześnie po raz pierwszy uregulowane w ustawie z 28 lipca 2005 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym<sup>22</sup>, a następnie w nowej i obecnie obowiązującej ustawie z 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym<sup>23</sup>. Przyjęcie nowego aktu prawnego było konieczne z powodu problemów implementacyjnych pierwszej ustawy, związanych m.in. z definicją partnerstwa w kontekście systemu prawa polskiego, wymogiem tworzenia PPP jedynie w celu realizacji zadania publicznego, narzucania przedmiotu partnerstwa oraz zakresu i treści umowy o PPP oraz koniecznością sporządzania kosztownych analiz ekonomicznych. Ustawa z 2008 r. uwzględnia zalecenia dokumentów unijnych, jednakże jest aktem o charakterze ogólnym, wprowadzającym jedynie podstawowe założenia PPP. Z tego powodu istotne znaczenie interpretacyjne mają akty wtórnego prawa unijnego, nawet o nie wiążącym charakterze, jak również dorobek doktryny<sup>24</sup> i orzecznictwo odnoszące się do PPP.

Reasumując, należy podjąć próbę odpowiedzi na pytanie, czy istnieje potrzeba regulacji partnerstwa publiczno-prawnego na poziomie Unii Europejskiej w formie wiążącego aktu prawnego. Brak uregulowań prawnych umożliwia wprowadzanie na poziomie państw członkowskich regulacji prawnych adekwatnych do potrzeb życia gospodarczego danego państwa oraz koncepcji roli państwa w realizacji zadań publicznych i współpracy z podmiotami prywatnymi (np. koncepcja *Public Financed Initiative* w Wielkiej Brytanii). Pozostawia więc znaczny margines swobody państwom członkowskim, które same decydują o przyjęciu lub nie krajowej regulacji prawnej. Można stwierdzić, iż obecnie – zgodnie z zasadą subsydiarności – PPP jest regulowane na

<sup>20</sup> Sprawa C-231/03 Coname (ECR 2005, s. I-7287); sprawa C-410/04 ANAV (ECR 2006, s. I-3303).

<sup>21</sup> Sprawa C-496/99 Komisja v. CAS Succhidi Frutta (ECR 2004, s. I-3801).

<sup>22</sup> Dz.U. z 2005 r., nr 169, poz. 1420.

<sup>23</sup> Dz.U. z 2009 r., nr 19, poz. 100.

<sup>24</sup> Zob. m.in. B. Korbus (red.), op. cit.; B. Korbus, M. Strawiński, op. cit.; J. Ciechanowicz-McLean, *Spoleczno-prawne aspekty funkcjonowania ustawy o partnerstwie publiczno-prawnym*, [w:] *Partnerstwo publiczno-prywatne. Materiały pokonferencyjne*, Gdańsk 2009; M. Bitner, A. Kozłowska, M. Kulesza, *Komentarz do ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym*, ABC, Warszawa 2006; M. Moszoro, *Partnerstwo publiczno-prywatne w sferze użyteczności publicznej*, Wolters Kluwer 2010.

poziomie prawa krajowego. Rozwój krajowych uregulowań dotyczących PPP i przyjęcie aktów prawnych m.in. w Niemczech, Republice Czeskiej czy Polsce świadczy o wzroście znaczenia omawianej problematyki dla rozwoju gospodarczego UE.

W okresie przemian społeczno-ustrojowych oraz kryzysu gospodarczego wzrasta rola administracji. Jednocześnie administracja nie jest w stanie sama realizować wszystkich nałożonych na nią zadań ze względu na ograniczenia budżetowe. Pojawia się więc problem zrównoważenia możliwości administracji z oczekiwaniami społeczeństwa<sup>25</sup>. W tym kontekście PPP może zapewnić dodatkowy dopływ kapitału i wiedzy oraz zwiększyć efektywność zarządzania inwestycją. W związku z długim okresem trwania umowy w sprawie PPP powinny być także ograniczane koszty całkowite inwestycji. Ponadto realizacja dużych projektów inwestycyjnych może mieć charakter międzynarodowy (np. budowa stadionów olimpijskich czy inwestycji w odnawialne źródła energii). Komisja dopuszcza również wykorzystanie w PPP środków finansowych pochodzących z funduszy unijnych jako wkładu własnego instytucji publicznych, co dodatkowo może zwiększyć możliwości inwestycyjne administracji.

Obok wymienionych powyżej korzyści związanych z realizacją partnerstwa publiczno-prywatnego nie można jednakże pominąć zagrożeń z nim związanych, np. naruszeń prawidłowości w procesie realizacji inwestycji czy świadczenia usług w związku z nieodpowiednią alokacją ryzyka, utraty kontroli partnera publicznego nad procesem świadczenia usług, skutkujących np. wzrostem kosztów usługobiorców czy niższą jakością świadczonych usług, jak również ryzyka zmian politycznych oddziałujących na umowy z partnerami prywatnymi. Ryzyka te powinny być eliminowane przez maksymalnie precyzyjne uregulowania umowy w sprawie PPP, jednakże nie mogą zostać całkowicie wyeliminowane przy perspektywie umowy zawieranej na zazwyczaj kilkadziesiąt lat.

Zachętą dla państw członkowskich do zwiększenia liczby inwestycji realizowanych w formule PPP oraz wprowadzenia wspólnych zasad realizacji partnerstwa zwiększających pewność prawną byłoby przygotowanie wspólnotowego aktu prawnego. Z tego powodu jako zasadne jawi się przyjęcie dyrektywy o PPP określającej zespół minimalnych wspólnych reguł odnoszących się do przygotowania i realizacji PPP w celu zapewnienia rzeczywistej konkurencyjności podmiotów prywatnych ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz ochrony przed dyskryminacją np. ze względu na przynależność państwową. Istotną rolę odgrywać także powinny unijne zachęty do wymiany doświadczeń przy realizacji umów w sprawie PPP poprzez np. opracowania wzorów umów czy zbiorów dobrych praktyk.

<sup>25</sup> A. Panasiuk, *Słowo wstępne*, [w:] B. Korbus (red.), op. cit., s. 16.

**Monika Krakąła-Zielińska**

Uniwersytet Łódzki

**Anna Zielińska**

Rzecznawca majątkowy

## **Swoboda działalności rzeczoznawców majątkowych w praktyce obrotu gospodarczego – wybrane zagadnienia**

Rzecznawcy majątkowi podlegają swobodzie działalności gospodarczej na zasadach ogólnych. Ustawa o gospodarce nieruchomościami stanowi bowiem, że rzeczoznawca majątkowy może wykonywać zawód, prowadząc m.in. we własnym imieniu działalność gospodarczą jednoosobowo lub w ramach spółki osobowej w zakresie szacowania nieruchomości. Przy czym na faktyczny zakres swobody działania duży wpływ ma okoliczność, czy należy on do organizacji zawodowej rzeczoznawców majątkowych. Członkostwo w takiej organizacji wiąże się bowiem z obowiązkiem stosowania standardów zawodowych. Obowiązkiem tym nie są objęci rzeczoznawcy, którzy nie są zrzeszeni, ale rozwiązanie takie, umożliwiające niepodporządkowanie się standardom zawodowym wypracowanym przez to środowisko, jest szeroko krytykowane z uwagi na zagrożenie jakości i rzetelności świadczonych usług. Przyczyny takiego stanu rzeczy oraz możliwe rozwiązania są przedmiotem niniejszego opracowania.

### **1. Rzecznawca majątkowy jako zawód regulowany**

Rzecznawstwo majątkowe jest działalnością zawodową wykonywaną przez rzeczoznawców majątkowych na zasadach określonych w ustawie o gospodarce nieruchomościami z 1997 r.<sup>1</sup> Rzecznawca majątkowy<sup>2</sup> to, zgodnie z tą ustawą, osoba fizyczna posiadająca uprawnienia zawodowe

<sup>1</sup> Tekst jednolity Dz.U. z 2010 r., nr 102, poz. 651.

<sup>2</sup> Dalej zamiennie: rzeczoznawca.

w zakresie szacowania nieruchomości (art. 174 ust. 2), tj. czynności związanych z określaniem wartości nieruchomości (art. 4 pkt 8). Z tego względu w literaturze zwraca się uwagę, że określenie „rzeczoznawca majątkowy” jest zbyt szerokie, ponieważ nieruchomości są jednym z wielu składników majątkowych<sup>3</sup>. Wydaje się, że bardziej odpowiednie byłoby określenie „rzeczoznawca nieruchomości”. Postępowanie, w wyniku którego dokonuje się określenia wartości nieruchomości, to wycena nieruchomości (art. 4 ust. 6). Rzecznawca majątkowy sporządza na piśmie opinię o wartości nieruchomości w formie operatu szacunkowego (art. 156 ust. 1). Operat szacunkowy jest opinią autorską rzeczoznawcy majątkowego<sup>4</sup>.

Ustanowienie zawodu rzeczoznawcy majątkowego związane było przede wszystkim z potrzebą obsługi mienia Skarbu Państwa i mienia samorządowego (tzw. komunalnego). Powstała ona w wyniku przyjęcia (uchylonej obecnie) ustawy o gospodarce gruntami i wywłaszczeniu nieruchomości z dnia 29 kwietnia 1985 r. Nadawanie uprawnień zawodowych odbywało się na podstawie ustawy – Prawo geodezyjne i kartograficzne z 17 maja 1989 r. Ustawa ta powoływała komisję ds. nadawania uprawnień z zakresu geodezji i kartografii, co pozwoliło w łatwy legislacyjny sposób powołać przy niej podkomisję ds. uprawnień zawodowych z zakresu szacowania nieruchomości<sup>5</sup>. Ten początkowy i przejściowy stan trwał do 21 sierpnia 1997 r., tj. do czasu przyjęcia ustawy o gospodarce nieruchomościami, która w kompleksowy sposób uregulowała m.in. tryb nadawania uprawnień oraz zasady wykonywania i oceny działalności zawodowej.

Zawód rzeczoznawcy majątkowego należy do grupy zawodów regulowanych. Najogólniej są to zawody, których podjęcie i wykonywanie jest podporządkowane mającym różnorodne źródło regulacjom ustawowym, administracyjnym lub korporacyjnym<sup>6</sup>. Definicja tego pojęcia zawarta jest w ustawie o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej. Zawód regulowany oznacza tam zespół czynności zawodowych, których wykonywanie jest uzależnione od spełnienia wymagań kwalifikacyjnych i warunków określonych w odrębnych przepisach (art. 2 ust. 1 pkt 1). Zatem, jak w przypadku każdego zawodu regulowanego, możliwość podjęcia i wykonywania zawodu rzeczoznawcy majątkowego nie ogranicza się jedynie do wykazania się stosowym wykształceniem. Uzyskanie prawa wykonywania zawodu uzależnione jest od spełnienia wielu dodatkowych wymogów, dotyczących zwłaszcza praktyki i egzaminu zawodowego.

<sup>3</sup> W.J. Brzeski, G. Dobrowolski, Sz. Sędek, *Vademecum pośrednika nieruchomości*, Krakowski Instytut Nieruchomości, Kraków 1996, s. 25.

<sup>4</sup> Wyrok z 12 lutego 2008 r., Wojewódzki Sąd Administracyjny w Łodzi, II SA/Łd 770/07.

<sup>5</sup> A. Hopper, S. Żróbek, *Rzeczoznawstwo majątkowe w Polsce i wybranych krajach Europejskich*, Warszawa 2001, s. 13.

<sup>6</sup> A. Cieśliński, *Wspólnotowe prawo gospodarcze*, t. II, Warszawa 2007, s. 30.

Przy czym w odróżnieniu od większości zawodów regulowanych wykonywanie zawodu rzeczoznawcy nie jest powiązane z wymogiem członkostwa w organizacji zawodowej. Na etapie organizowania się środowiska rzeczoznawców majątkowych przyjęto bowiem formę prawną stowarzyszenia. W efekcie w Polsce prawo do wykonywania zawodu oraz używania tytułu zawodowego „rzeczoznawca majątkowy” nabywa się z dniem wpisu do centralnego rejestru rzeczoznawców majątkowych (art. 174 ust. 3b), natomiast uprawnienia zawodowe (tzw. uprawnienia państwowe) nadaje się osobie fizycznej, która, zgodnie z art. 177 ust. 1:

- 1) posiada pełną zdolność do czynności prawnych;
- 2) nie była karana za przestępstwa przeciwko mieniu, dokumentom, za przestępstwa gospodarcze, za fałszowanie pieniędzy, papierów wartościowych, znaków urzędowych, za składanie fałszywych zeznań oraz za przestępstwa skarbowe;
- 3) posiada wyższe wykształcenie magisterskie;
- 4) ukończyła studia podyplomowe w zakresie wyceny nieruchomości;
- 5) odbyła praktykę zawodową w zakresie wyceny nieruchomości;
- 6) przeszła z wynikiem pozytywnym postępowanie kwalifikacyjne, w tym złożyła egzamin dający uprawnienia w zakresie szacowania nieruchomości.

Ogólnie, ograniczenia dostępu do zawodu mają na celu zapewnienie, że będzie on wykonywany przez profesjonalistów, którzy rzeczywiście dysponują odpowiednią wiedzą i kwalifikacjami. W ten sposób konsumenci są chronieni przed osobami o niewystarczających umiejętnościach oraz zachowywany jest minimalny poziom jakości świadczonych usług<sup>7</sup>. Ograniczenie dostępu do zawodu rzeczoznawcy majątkowego dodatkowo uzasadnia doniosłość prowadzonej działalności, albowiem wykonywanie czynności przez rzeczoznawcę łączy się zazwyczaj z gospodarowaniem mieniem o znacznej wartości. Jak wskazuje S. Kalus, zawód ten jest ściśle związany z bardzo poważną rolą, jaką odgrywa gospodarka nieruchomościami w całym systemie gospodarki rynkowej. Stąd też problemem ogromnej wagi jest troska o to, aby przez brak zainteresowania funkcjonowaniem tego zawodu i osobami go wykonującymi nie podważać zaufania społeczeństwa do systemu gospodarczego, którego istotnym elementem są tacy profesjonalści. Skoro ustawa kreuje tak szeroko ich wyłączne kompetencje w przedmiocie określania wartości nieruchomości, to zważywszy na społeczno-gospodarcze przeznaczenie nieruchomości, należy traktować te osoby, wyposażone zresztą w szczególne uprawnienia nadane przez naczelny organ administracji, jako rzeczników ochrony interesu publicznego<sup>8</sup>.

<sup>7</sup> Raport Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, Departament Analiz Rynku Analiza ograniczeń konkurencji w sektorze wolnych zawodów, Warszawa 2004, s. 32.

<sup>8</sup> S. Klaus, *Prawnokarne aspekty odpowiedzialności rzeczoznawcy majątkowego*, [w:] *Rozważania o prawie karnym, księga pamiątkowa z okazji siedemdziesięciolecia urodzin profesora Aleksandra Ratajczaka*, pod red. A.J. Szwarca, Poznań 1999, s. 187.

Co ciekawe, pomimo rangi zawodu dopiero w 2010 r. rzeczoznawcy majątkowi zostali wyodrębnieni jako osobna grupa zawodowa. Na podstawie rozporządzenia Ministra Pracy i Polityki Społecznej z dnia 27 kwietnia 2010 r. w sprawie klasyfikacji zawodów i specjalności na potrzeby rynku pracy oraz jej stosowania rzeczoznawcy majątkowi są zaliczani do kategorii nr 2441 – specjaliści do spraw rynku nieruchomości<sup>9</sup>.

## 2. Działalność zawodowa rzeczoznawców majątkowych

Rzeczoznawstwo majątkowe jest działalnością zawodową wykonywaną przez rzeczoznawców na zasadach określonych w ustawie o gospodarce nieruchomościami. Zgodnie z art. 174 ust. 2 ww. ustawy, tytułem rzeczoznawcy majątkowego może się posługiwać jedynie osoba fizyczna. Działalność zawodową może jednak wykonywać w dwojaki sposób: we własnym imieniu i na własny rachunek bądź w ramach stosunku prawnego łączącego go z przedsiębiorcą, o którym mowa w art. 174 ust. 6 ustawy.

Zawód rzeczoznawcy majątkowego jest zaliczany do tzw. wolnych zawodów. Dla przykładu kodeks spółek handlowych<sup>10</sup> w art. 88 wymienia rzeczoznawców majątkowych jako wolny zawód w odniesieniu do spółki partnerskiej. W odniesieniu do wolnych zawodów treścią wolności wykonywania zawodu jest stworzenie sytuacji prawnej, w której po pierwsze, każdy mieć będzie swobodny dostęp do wykonywania zawodu, warunkowany tylko talentami i kwalifikacjami; po drugie, będzie mieć rzeczywistą możliwość wykonywania swojego zawodu oraz po trzecie, nie będzie przy wykonywaniu zawodu poddany rygorom podporządkowania, które charakteryzują świadczenie pracy. Jest jednak rzeczą oczywistą, że wolność wykonywania zawodu nie może mieć charakteru absolutnego i może być poddana reglamentacji prawnej, w szczególności gdy chodzi o uzyskanie prawa wykonywania określonego zawodu, wyznaczenie sposobów i metod (ram) wykonywania zawodu, a także określenie powinności wobec państwa czy samorządu zawodowego<sup>11</sup>.

W działalności zawodowej rzeczoznawców szczególne znaczenie ma art. 175 ust. 1 ustawy o gospodarce nieruchomościami, który stanowi o obowiązku wykonywania czynności przyznaných na mocy ustawy<sup>12</sup> „zgodnie z zasa-

<sup>9</sup> Dz.U. z 2010 r., nr 82 poz. 537. Więcej nt. omawianej grupy zawodowej zob. m.in.: A. Borowicz, *Bariery funkcjonowania i rozwoju środowiska zawodowego rzeczoznawców majątkowych*, [w:] *Bariery rozwoju rynku nieruchomości*, pod red. E. Kucharskiej-Stasiak, Łódź 2001, s. 151–163.

<sup>10</sup> Ustawa z 15 września 2000 r. – Kodeks Spółek Handlowych (Dz.U. nr 94, poz. 1037, ze zm.).

<sup>11</sup> Wyrok TK z 19 października 1999 r., sygn. SK 4/99, OTK ZU 1999, nr 6, s. 675–676.

<sup>12</sup> Na podstawie art. 174 ust. 3a, oprócz szacowania nieruchomości, rzeczoznawcy mogą także sporządzać opracowania i ekspertyzy, które nie stanowią operatu szacunkowego, a doty-

dami wynikającymi z przepisów prawa i standardami zawodowymi”. Standardy zawodowe to reguły postępowania przy wykonywaniu zawodu rzeczoznawcy majątkowego, ustalone zgodnie z przepisami prawa (art. 4 pkt 14). Standardy zawodowe ustalają organizacje zawodowe rzeczoznawców majątkowych w uzgodnieniu z ministrem właściwym do spraw budownictwa, gospodarki przestrzennej i mieszkaniowej, tj. Ministrem Infrastruktury. Komunikat o uzgodnieniu standardów zawodowych zamieszcza się w Dzienniku Urzędowym Ministra.

Waga standardów jest nie do przecenienia – dostarczają wskazówek praktycznych dla poszczególnych rodzajów wyceny oraz służą ujednoczeniu metodyki podejmowanych czynności w takim zakresie szczegółowości, jaki nie został unormowany przepisami powszechnie obowiązującego prawa<sup>13</sup>. Istotną cechą standardów jest elastyczność. Są one zmieniane i udoskonalane stosownie do zmian prawnych, ekonomicznych oraz stanu wiedzy o metodach i sposobach wyceny<sup>14</sup>. Ponadto są często przygotowywane w powiązaniu ze standardami wyceny wypracowanymi przez ponadnarodowe organizacje rzeczoznawców, w szczególności TEGoVA (*The European Group of Valuers Association*) – Europejską Grupę Stowarzyszeń Rzeczoznawców<sup>15</sup>, co pozwala na zbliżanie metod i technik wyceny stosowanych w poszczególnych państwach europejskich.

Problem ze standardami zawodowymi rzeczoznawców majątkowych związany jest z faktem, że obowiązek ich stosowania dotyczy tylko standardów uzgodnionych z ministrem. Na dzień dzisiejszy obowiązuje tylko jeden taki uzgodniony standard – „Wycena dla zabezpieczenia wierzytelności”. Został on przygotowany przez Polską Federację Stowarzyszeń Rzeczoznawców Majątkowych (PFSRM) we współpracy ze Związkiem Banków Polskich i uzyskał pozytywną opinię Komisji Nadzoru Finansowego. Projekt standardu był

---

czą rynku nieruchomości oraz doradztwa w zakresie tego rynku; efektywności inwestowania w nieruchomości i ich rozwoju; skutków finansowych uchwalania lub zmiany planów miejscowych; oznaczania przedmiotu odrębnej własności lokali; bankowo-hipotecnej wartości nieruchomości; określania wartości nieruchomości na potrzeby indywidualnego inwestora; wyceny nieruchomości zaliczanych do inwestycji w rozumieniu przepisów o rachunkowości; wyceny nieruchomości jako środków trwałych jednostek w rozumieniu ustawy o rachunkowości.

<sup>13</sup> J. Jaworski, A. Prusaczek, A. Tułodziecki, M. Wolanin, *Ustawa o gospodarce nieruchomościami. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 33.

<sup>14</sup> Propozycja kolejnej zmiany standardów zawodowych zawarta jest w dokumencie opracowanym przez zespół pod kierunkiem Z. Lendzion-Trojanowskiej (Rada Programowa PFSRM, *Kierunki rozwoju zawodu rzeczoznawcy majątkowego*) i wskazuje się w nim, że normy zawodowe (standardy, zasady, noty) nie powinny wskazywać rzeczoznawcy majątkowemu jedynie procedur wyceny, ale stanowić narzędzie służące do dochodzenia do wartości nieruchomości.

<sup>15</sup> Chcąc zapewnić najwyższą jakość świadczonych usług wyceny i wyróżnić ponadprzeciętnych rzeczoznawców majątkowych, TEGoVA wprowadziła system uznania zawodowego Rzeczoznawcy, którzy są odpowiednio wykwalifikowani, prowadzą regularną praktykę zawodową, ustawicznie się kształcą oraz przestrzegają obowiązującego w tym zawodzie kodeksu etycznego, mogą wystąpić z wnioskiem o otrzymanie dyplomu. Dyplom ten upoważnia ich do korzystania z tytułu „Recognised European Valuer” i skrótu „REV” używanych po imieniu uprawnionej osoby.

przedmiotem konsultacji społecznych przeprowadzonych przez Ministra Infrastruktury. Komunikat o uzgodnieniu standardu zawodowego został opublikowany w Dzienniku Urzędowym Ministra Infrastruktury<sup>16</sup> i od tego dnia istnieje obowiązek jego stosowania przez wszystkich rzeczoznawców majątkowych.

Trzeba jednak zauważyć, że standard wyceny dla sektora bankowego jest jednym z wielu, jakie zostały wypracowane przez środowisko rzeczoznawców. Podstawowa organizacja zawodowa rzeczoznawców – Polska Federacja Stowarzyszeń Rzeczoznawców Majątkowych – przygotowała Powszechne Krajowe Zasady Wyceny (PKZW), które obejmują kilkanaście standardów i not interpretacyjnych pogrupowanych tematycznie. W zasadzie powinny one wszystkie lub w przeważającej większości zostać poddane procedurze uzgadniania. Jednak rozbieżności w stanowiskach rzeczoznawców oraz ministra powodują, że uzgodnienia standardów to proces bardzo żmudny i nierzadko trwający latami. Z tego względu, Rada Krajowa PFSRM podjęła w dniu 7 kwietnia 2009 r. uchwałę nr 13/09, mającą na celu wyjaśnienie statusu standardów w okresie pomiędzy datą ich opracowania i przyjęcia przez RK PFSRM a datą uzgodnienia z ministrem. Uchwała wskazuje, że do czasu uzgodnienia wszystkie standardy i noty uchwalone przez Radą Krajową PFSRM obowiązują członków stowarzyszeń tworzących PFSRM, tzn. są obowiązkowymi regułami postępowania przy wykonywaniu zawodu rzeczoznawcy majątkowego. Jednocześnie, PFSRM udostępnia dorobek metodyczny PKZW do dobrowolnego stosowania rzeczoznawcom majątkowym, którzy działają poza strukturami federacji.

Standardy zawodowe są zatem obowiązkowe tylko dla rzeczoznawców zrzeszonych w stowarzyszeniach tworzących Federację. Pozostali rzeczoznawcy dysponują większą dowolnością w zakresie dochodzenia do wartości nieruchomości. W efekcie utrzymująca się od kilku lat sytuacja braku prawnego obowiązku stosowania jednolitych standardów zawodowych powoduje niezamierzony efekt obniżenia minimalnych wymogów jakości usług świadczonych przez rzeczoznawców majątkowych. W ocenie Komisji Standardów PFSRM bardzo ogólny poziom regulacji metodyki wyceny nieruchomości w przepisach prawa, bez zapewnienia możliwości korzystania z jednolitych standardów zawodowych, nie daje gwarancji utrzymania wymaganego poziomu usług wyceny nieruchomości, co jest szczególnie istotne w czasie dużej zmienności rynku związanej z kryzysem gospodarczym<sup>17</sup>.

<sup>16</sup> Dz.Urz. dnia 8 stycznia 2010 r., nr 1, poz. 1.

<sup>17</sup> Informacja Komisji Standardów o zasadach stosowania od 1 czerwca w 2009 r. Powszechnych Krajowych Zasad Wyceny (PKZW) przez rzeczoznawców zrzeszonych w stowarzyszeniach tworzących Polską Federację Stowarzyszeń Rzeczoznawców Majątkowych (PFSRM) zob. [online] <[www.pfva.com.pl/upload/zasady.pdf](http://www.pfva.com.pl/upload/zasady.pdf)>.



Pojawia się pytanie, czy istnieje możliwość innego wyjścia z sytuacji, w której nadmiernie przedłużający się okres uzgadniania standardów zawodowych negatywnie wpływa na jakość usług wyceny? Wydaje się, że drugim rozwiązaniem może być utworzenie samorządu zawodowego, którego charakter w automatyczny sposób wymusiłby stosowanie standardów przez wszystkich rzeczoznawców majątkowych.

### 3. Droga do samorządu zawodowego?

Zgodnie z ustawą o gospodarce nieruchomościami, standardy zawodowe ustalają organizacje zawodowe rzeczoznawców majątkowych (art. 175 ust. 6). Organizacje zawodowe to utworzone zgodnie z przepisami<sup>18</sup> stowarzyszenia i związki stowarzyszeń zrzeszające osoby zawodowo wykonujące czynności rzeczoznawcy majątkowego (art. 4 ust. 15). Zatem organizacjami zawodowymi rzeczoznawców majątkowych są stowarzyszenia<sup>19</sup>. Stowarzyszeń takich jest w Polsce 23, w tym Polskie Stowarzyszenie Rzeczoznawców Wycen Nieruchomości posiadające 16 oddziałów terenowych (razem 39 jednostek organizacyjnych). Stowarzyszenia należą do wspomnianej Polskiej Federacji Stowarzyszeń Rzeczoznawców Majątkowych, która pełni funkcję ogólnopolskiej reprezentacji tego zawodu, czyli zbliżona jest do pojęcia korporacji zawodowej. „Jest zbliżona”, co oznacza, że jej funkcja związana z reprezentowaniem zawodu nie jest w pełni umocowana prawnie i nie reprezentuje wszystkich rzeczoznawców, gdyż sfederowane stowarzyszenia liczą w sumie 3354 członków, a to stanowi jedynie ok. 80% osób posiadających uprawnienia rzeczoznawcy majątkowego<sup>20</sup>.

Federacja działa na podstawie ustawy – Prawo o stowarzyszeniach, więc członkowie stowarzyszeń zrzeszonych w Federacji nie są członkami tej Federacji. Właściwość PFSRM ogranicza się do reprezentowania swoich członków – stowarzyszeń, a wszelkie formy reprezentowania rzeczoznawców nie mają jednoznacznej podstawy prawnej. Ponadto forma prawna stowarzyszenia nie zapewnia wystarczająco skutecznego wpływu środowiska na rozstrzygnięcia prawne dotyczące tej grupy zawodowej. Co więcej, zarówno stowarzyszenia, jak i PFSRM nie mają skutecznych instrumentów pozwalających na przeciwdziałanie zjawiskom obniżającym autorytet zawodu, takim jak dumping ceno-

<sup>18</sup> Ustawa z dnia 7 kwietnia 1989 r. prawo o stowarzyszeniach (tekst jedn. Dz.U. z 2001 r. nr 79, poz. 855, ze zm.)

<sup>19</sup> Legalną definicję stowarzyszenia zawiera art. 2 ustawy – Prawo o stowarzyszeniach. Jest to dobrowolne, samorządne, trwałe zrzeszenie o celach niezarobkowych.

<sup>20</sup> S. Kolanowski, *Izba Samorządu Zawodowego Rzeczoznawców Majątkowych – marzenie bliskie realizacji*, „Nieruchomości C.H. Beck” 2008, nr 3, s. 1–3, [online] <[www.nieruchomosci.beck.pl](http://www.nieruchomosci.beck.pl)>.

wy, podporządkowywanie się żądaniom zleceniodawcy, łamanie solidarności zawodowej (np. udział w tzw. ustawionych przetargach) czy nieprzestrzeganie zasad etyki zawodowej. Kolejnym negatywnym czynnikiem, który wynika z faktu zrzeszania się rzeczoznawców w formie stowarzyszenia, jest wspomniany brak możliwości narzucenia wszystkim przedstawicielom zawodu obowiązku stosowania jednolitych standardów zawodowych. Dobrowolność organizacyjna powoduje, że ok. 20% rzeczoznawców majątkowych nie należy do żadnych organizacji zawodowych (stowarzyszeń), co uniemożliwia stosowanie nawet ograniczonych bodźców dyscyplinujących, jak presja środowiska, orzekanie w sprawach naruszeń Kodeksu Etyki Zawodowej czy stosowanie sankcji wewnątrzorganizacyjnych. Stan taki sprzyja (i powoduje) obniżaniu jakości oferowanych usług i skutkuje obniżaniem autorytetu zawodu w odbiorze społecznym<sup>21</sup>.

Z uwagi na szereg negatywnych elementów związanych z funkcjonowaniem organizacji zawodowej rzeczoznawców w formie stowarzyszenia od wielu lat pojawiają się propozycje utworzenia samorządu zawodowego rzeczoznawców majątkowych. Zgodnie z art. 17 ust. 1 Konstytucji RP, w drodze ustawy można tworzyć samorzady zawodowe reprezentujące osoby wykonujące zawody zaufania publicznego i sprawujące pieczę nad należyтым wykonywaniem tych zawodów w granicach interesu publicznego i dla jego ochrony. Pojawiło się pytanie, czy zawód rzeczoznawcy majątkowego jest zawodem zaufania publicznego? Twierdzącej odpowiedzi udzielili zarówno przedstawiciele doktryny, jak i Trybunał Konstytucyjny. Zawód zaufania publicznego to zawód polegający na obsłudze osobistych potrzeb ludzkich, wiążący się z przyjmowaniem informacji dotyczących życia osobistego i zorganizowany w sposób uzasadniający przekonanie społeczne o właściwym dla interesów jednostki wykorzystywaniu tych informacji przez świadczących usługi<sup>22</sup>. Pozycja prawna rzeczoznawcy majątkowego, którego ustawa o gospodarce nieruchomościami, standardy zawodowe oraz kodeks etyki obciążają takimi obowiązkami, w istocie jest zbliżona do pozycji osób zaufania publicznego<sup>23</sup>. W orzeczeniu z 2 grudnia 2002 r. Trybunał Konstytucyjny poparł powyższe stanowisko. Uznał, że ukształtowane w ustawie warunki uzyskania kwalifi-

<sup>21</sup> Wskazuje się ponadto na istniejącą jednoinstancyjność orzekania w sprawach dotyczących indywidualnego rzeczoznawcy (brak możliwości odwoławczych, co jest sprzeczne z art. 78 Konstytucji RP), brak odczuwalnego wpływu każdego członka stowarzyszenia na konstrukcję i skład personalny władz PFSRM, kształtowanie programu jej działania, realizowanie zadań programowych, jak również na ocenę właściwości tej realizacji (ibidem).

<sup>22</sup> P. Sarnecki, *Pojęcie zawodu zaufania publicznego (art. 17 Konstytucji) na przykładzie adwokatury*, [w:] *Konstytucja, wybory, parlament. Studia ofiarowane Zdzisławowi Jaroszowi*, Liber, Warszawa 2000, s. 155.

<sup>23</sup> E. Mzyk, [w:] G. Bieniek, A. Hopfer, Z. Marmaj, E. Mzyk, R. Żróbek, *Komentarz do ustawy o gospodarce nieruchomościami*, Zielona Góra 2000, t. II, s. 268; S. Kalus, *Status prawny osób zajmujących się zawodowo rynkiem nieruchomości*, Lexis Nexis, Warszawa 2002, s. 85.

kacji do wykonywania zawodu świadczą o tym, że ustawodawca przywiązuje szczególną wagę do roli, jaką pełnią rzeczoznawcy majątkowi. W efekcie ocena pozycji prawnej rzeczoznawców majątkowych jako osób zaufania publicznego jest uzasadniona<sup>24</sup>. Orzeczenie to ma fundamentalne znaczenie dla środowiska rzeczoznawców, otworzyło im bowiem drogę do stworzenia samorządu zawodowego.

Samorzady zawodowe od stowarzyszeń odróżniają dwie cechy – powstają one w drodze ustawy, a członkostwo w nich jest obowiązkowe dla osób, które chcą wykonywać określony zawód. Samorzady zawodowe przybierają zwykle nazwę „izba”<sup>25</sup>. Zgodnie z założeniami, jakie przedstawił S. Kolanowski, Samorząd Zawodowy Rzeczoznawców Majątkowych będzie skupiać wyłącznie rzeczoznawców majątkowych posiadających uprawnienia nadane w trybie ustawy o gospodarce nieruchomościami. Zawód rzeczoznawcy majątkowego wykonywać będą mogły wyłącznie osoby należące do Izby Samorządu Zawodowego Rzeczoznawców Majątkowych. Wykonywanie czynności rzeczoznawcy majątkowego przez osobę, która nie jest członkiem Izby, będzie zabronione i podlegać będzie karze. Jedynym formalnym kryterium członkostwa w samorządzie zawodowym będzie posiadanie uprawnień państwowych rzeczoznawcy majątkowego. Izba więc nie będzie stanowić korporacji zamkniętej, a przynależność do niej będzie uprawniać, lecz nie zobowiązywać do wykonywania czynności zawodowych rzeczoznawcy majątkowego. Izba Samorządu Zawodowego Rzeczoznawców Majątkowych stanowić będzie jedyną organizację zawodową rzeczoznawców majątkowych w rozumieniu przepisów ustawy o gospodarce nieruchomościami. Samorząd dysponować będzie również skutecznymi elementami egzekucji przestrzegania zasad etyki zawodowej i solidarności środowiskowej. Wyposażenie Izby w kompetencje dwuinstancyjnego orzekania w sprawach zawodowych i etycznych jej członków, a także w kompetencje mediacyjne w relacjach zarówno pomiędzy członkami, jak i podmiotami zewnętrznymi istotnie zmniejszy liczbę spraw z tej dziedziny kierowanych do sądów powszechnych lub administracyjnych organów egzekucyjnych<sup>26</sup>.

Wśród korzyści, jakie wymienia się w związku z powołaniem samorządu zawodowego, najczęściej pojawiają się te związane ze skuteczną ochroną interesów zawodowych jego członków, skutecznym wpływem na stan uregulowań prawnych dotyczących rzeczoznawców (obowiązek zasięgania opinii izby o projektach regulacji), a także przeciwdziałaniem występującym szkodliwym zjawiskom, zarówno wewnątrz środowiska, jak i w kręgach odbiorców usług wyceny, obniżającym autorytet zawodu rzeczoznawcy majątkowego<sup>27</sup>. Powołanie Izby

<sup>24</sup> Wyrok TK z 2 grudnia 2002 r., sygn. SK 4/99, OTK ZU 1999, nr 6, s. 675–676.

<sup>25</sup> P. Suski, *Stowarzyszenia i fundacje*, Warszawa 2005, s. 60.

<sup>26</sup> S. Kolanowski, op. cit., s. 1–3.

<sup>27</sup> Ibidem.

umożliwiłoby zniesienie zbyt dużej zależności od organów administracji publicznej. Powszechny jest bowiem opór przeciwko nadawaniu jakimkolwiek standardom zawodowym rzeczoznawców majątkowych rangi prawa państwowego w drodze uzgadniania ich z właściwym ministrem. Procedura taka stoi w sprzeczności zwłaszcza z możliwością stosowania w praktyce polskich rzeczoznawców majątkowych istniejących już i uznanych na świecie Międzynarodowych Standardów Wyceny (MSW) opracowanych przez *International Standards Committee (IVSC)*<sup>28</sup>.

Pomimo niewątpliwych korzyści, jakie wiążą się z powstaniem Izby, w szczególności z możliwością samoregulacji zawodu (w tym samostanowienia standardów zawodowych), rzeczoznawcy nie są zgodni w sprawie powołania samorządu zawodowego. Obawy budzą przede wszystkim koszty funkcjonowania izby<sup>29</sup> oraz immanentna cecha każdej izby – obowiązek przynależności do niej jako warunek wykonywania zawodu. Może stworzyć to pokusę zamykania się środowiska zawodowego, jak ma to miejsce np. w zawodach prawniczych<sup>30</sup>. Dlatego niektórzy przedstawiciele postulują utrzymanie wolnego zawodu eksperckiego, opartego na formule swobodnego samoorganizowania się rzeczoznawców majątkowych w organizację zawodowe o zróżnicowanym statusie prawnym<sup>31</sup>. Inni natomiast proponują przeprowadzenie reform istniejących struktur, np. przekształcenie Federacji Stowarzyszeń w Federację Rzeczoznawców<sup>32</sup>.

Nie negując obaw przeciwników utworzenia samorządu, należy podkreślić, że brak kompromisu nie służy zawodowi. Jednym z najbardziej widocznych efektów takiego stanu rzeczy jest powstawanie szeregu nowych organizacji zawodowych, np. Polskiej Izby Rzeczoznawstwa Majątkowego czy Polskiego Towarzystwa Rzeczoznawców Majątkowych. Powoduje to rozdrobnienie środowiska rzeczoznawców i osłabienie ich jako grupy zawodowej, i to nie tylko na forum krajowym. Nie jest to korzystne zjawisko szczególnie w dobie globalizacji.

---

<sup>28</sup> Zob. np. uchwałę nr 2 zjazdu założycielskiego Polskiej Izby Rzeczoznawstwa Majątkowego, [online] <<http://pirm.pl/wypowiedzi-ekspertow-pirm/89-powstaa-polska-izba-rzeczoznawstwa-majtkowego.html>>.

<sup>29</sup> Aczkolwiek równocześnie krytykuje się dotychczasowy, społeczny charakter zaangażowania większości rzeczoznawców w pracę lokalnych organizacji zawodowych. Podkreśla się, że jest on mało efektywny i trudny do egzekwowania. Stwierdza się zatem, że wypełnienie przez nową organizację jej zadań musi się wiązać z wyposażeniem tejże organizacji w środki finansowe w postaci konkretnych składek członkowskich. Relację z Kongresu Rzeczoznawców Majątkowych w Kiekrzu k. Poznań, 5-6 czerwca 2007 r. zob. [online] <[www.msrm.pl/?st=igrm\\_pr](http://www.msrm.pl/?st=igrm_pr)>.

<sup>30</sup> W. Nurek, *Kierunki rozwoju zawodu rzeczoznawcy majątkowego*, cz. III, „Nieruchomości C.H. Beck” 2006, nr 5.

<sup>31</sup> Uchwała nr 1 zjazdu założycielskiego Polskiej Izby Rzeczoznawstwa Majątkowego [online] <<http://pirm.pl/wypowiedzi-ekspertow-pirm/89-powstaa-polska-izba-rzeczoznawstwa-majtkowego.html>>.

<sup>32</sup> Zob. Relacja z Kongresu Rzeczoznawców Majątkowych w Kiekrzu...

## **Podsumowanie**

Wolność wyboru i wykonywania zawodu nie ma w polskim porządku prawnym charakteru absolutnego. Stwierdzenie to dotyczy również zawodu rzeczoznawcy majątkowego, tym bardziej że profesja ta jest uznawana za zawód zaufania publicznego. W przypadku zawodów zaufania publicznego główną formą regulacji jest samoregulacja, tj. określanie reguł danego zawodu przez wykonujące go osoby. Zazwyczaj odbywa się to za pośrednictwem samorządu zawodowego. Próby stworzenia Izby Samorządu Zawodowego Rzeczoznawców Majątkowych napotykają jednak na opór także w ramach samego środowiska rzeczoznawców. Jako powód podawana jest m.in. pożądana swoboda/ dobrowolność wyboru przez rzeczoznawcę majątkowego standardów zawodowych. Z wagi na znaczenie usług szacowania wartości nieruchomości wydaje się, że źle rozumiana swoboda przynosi więcej szkody niż pozytywnych efektów temu zawodowi.



**Karolina Kołakowska**  
Uniwersytet Łódzki

## **Transgraniczne łączenie się spółek kapitałowych jako przejaw swobody przedsiębiorczości w świetle Dziesiątej Dyrektywy\***

### **1. Prawo przedsiębiorczości jako podstawa prawna transgranicznego łączenia się spółek kapitałowych**

Rynek wewnętrzny, jako obszar bez granic wewnętrznych, w którym jest zapewniony swobodny przepływ towarów, osób, usług i kapitału – zgodnie z postanowieniami Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej<sup>1</sup> (TFUE) – stanowi jednocześnie cel i środek realizacji tzw. swobód wspólnotowych (*Community Rights, Gemainschaftsfreiheiten, Grundfreiheiten*)<sup>2</sup>. Kompetencje w zakresie rynku wewnętrznego, a w konsekwencji również swobód, dzielone są między Unię Europejską oraz państwa członkowskie. W związku z tym oraz z faktem, iż Traktat nie wskazuje adresata przepisów będących podstawą „wolności traktatowych”, przyjmuje się, że są one, w sensie obiektywnym i przedmiotowym, nakazami i zakazami skierowanymi do państw członkowskich, a nie do jednostek. Jedną ze swobód, której realizację mają zapewnić wspólnie Unia oraz jej członkowie, jest swoboda przedsiębiorczości (swoboda zakładania przedsiębiorstw) uregulowana w Tytule IV („Swobodny przepływ osób, usług i kapitału”) rozdział 2 („Prawo przedsiębiorczości”) w art. 49–55 TFUE. Przepisy tego rozdziału, będąc źródłem prawa pierwotnego<sup>3</sup>, są pod-

---

\* Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2005/56/WE w sprawie transgranicznego łączenia się spółek kapitałowych.

<sup>1</sup> Dz.Urz. UE C 115 z 9 maja 2008.

<sup>2</sup> A. Wróbel, *Pojęcie wspólnego rynku i rynku wewnętrznego a swobody wspólnotowe*, [w:] *Prawo Unii Europejskiej – prawo materialne i polityki*, pod red. J. Barcza, Warszawa, 2005, s. 6–10.

<sup>3</sup> Prawo pierwotne – stanowione przez państwa członkowskie (traktaty założycielskie Wspólnot Europejskich oraz Unii Europejskiej oraz tzw. ogólne zasady prawa); prawo wtórne – prawo stanowione przez organy WE i UE.

stawą prawną do przeprowadzania transgranicznego łączenia spółek kapitałowych<sup>4</sup>.

Swoboda przedsiębiorczości obejmuje podejmowanie i wykonywanie działalności prowadzonej na własny rachunek, jak również zakładanie i zarządzanie przedsiębiorstwami, a zwłaszcza spółkami w rozumieniu art. 54 akapit drugi, na warunkach określonych przez ustawodawstwo państwa przyjmującego dla własnych obywateli (art. 49 TFUE). Oznacza to, że prawo przedsiębiorczości (*right of establishment, le droit d'établissement*) pozwala na prowadzenie działalności gospodarczej na zasadzie traktowania narodowego<sup>5</sup>. Osoba fizyczna prowadząca przedsiębiorstwo, a także spółka mogą nabywać własność, być stroną umów, zaciągać kredyty czy mieć zdolność sądową poza granicami państwa pochodzenia, w innym państwie członkowskim. Rolą organów państwowych jest niedyskryminacyjne traktowanie tych podmiotów, co umożliwia im rozwijanie działalności, zarówno pod względem organizacyjnym, jak i merytorycznym. Stają się one takimi sami uczestnikami życia gospodarczego kraju, jak podmioty krajowe.

## 2. Spółka jako podmiot swobody przedsiębiorczości

Zgodnie z art. 54 TFUE, ze swobody przedsiębiorczości mogą korzystać spółki założone zgodnie z ustawodawstwem państwa członkowskiego i mające swoją statutową siedzibę, zarząd lub główne przedsiębiorstwo wewnątrz Unii. Jeżeli ta podwójna więź prawna jest spełniona, spółka traktowana jest jak osoba fizyczna mająca przynależność państwa członkowskiego. Obie przesłanki muszą być spełnione łącznie, jednak spełnienie drugiej nie wymaga zsumowania wszystkich jej elementów, inaczej niż jest to w prawie międzynarodowym<sup>6</sup>. Oznacza to, że wystarczy, aby podmiot spełniał tylko jedną z nich, tj. posiadał statutową siedzibę lub siedzibę zarządu albo główne przedsiębiorstwo (*principal place of business, die Hauptniederlassung*) na terenie jednego z państw członkowskich (przy jednoczesnym spełnieniu przesłanki dotyczącej założenia spółki zgodnie z ustawodawstwem jednego z państw Unii). Konsekwencją takiej wykładni jest fakt, iż spółka może powstać zgodnie z regulacjami jednego z państw członkowskich, ale prowadzić działalność gospodarczą wyłącznie na terytorium innego państwa Unii, co zostało potwierdzone w orzecznictwie ETS<sup>7</sup>.

<sup>4</sup> E. Skibińska, M. Żuk, A. Lankamer-Prasolek, *Transgraniczne łączenie się spółek kapitałowych*, Warszawa 2008, s. 3.

<sup>5</sup> C. Mik, *Podstawy europejskiego prawa wspólnotowego*, Toruń 1995, s. 253.

<sup>6</sup> E. Skibińska, M. Żuk, A. Lankamer-Prasolek, op. cit., s. 6.

<sup>7</sup> Orzeczenie w sprawie Centros Ltd. v. Dania C – 212/97, Zb. Orz. 1999, s. 1459.



Podnoszone są jednak wątpliwości co do tego, czy organom państwowym pozostawiono wybór jednego z tych trzech elementów przy uznawaniu spółki<sup>8</sup>. Wykładnia językowa prowadzi do wniosku, że spełnienie któregokolwiek z tych warunków jest wystarczające do korzystania ze swobody przedsiębiorczości. Z drugiej jednak strony, jeśli za kryterium zostanie przyjęte rzeczywiste powiązanie z życiem gospodarczym Unii (co stanowi jeden z celów swobód unijnych), to należy zastanowić się, czy zbyt elastyczne rozumienie tego przepisu nie doprowadzi do sytuacji, w której podmiot prawa, na przykład, ma siedzibę zarządu na terytorium Unii i został utworzony zgodnie z ustawodawstwem jednego z jej państw, ale rozstrzygające decyzje dotyczące funkcjonowania przedsiębiorstwa zapadają poza Unią Europejską.

W europejskim prawie spółek wykształciły się dwa pojęcia, które oddają sens działań Unii Europejskiej, tendencji oraz oczekiwań związanych z jego rozwojem. Coraz częściej mówi się o europeizacji prawa spółek, która „polega na stopniowym zbliżaniu i ujednocnianiu przepisów dotyczących spółek”<sup>9</sup>. Proces ten jednak nie mógłby przebiegać bez blokujących przeszkód, gdyby regulacje prawne nie podlegały ewolucji i gdyby państwa członkowskie wraz z Unią Europejską nie byłyby świadome konieczności ich modernizacji<sup>10</sup>. Komunikat z 21 maja 2003 r. dla Rady i Parlamentu Europejskiego „Modernizacja prawa spółek oraz polepszenie *Corporate Governance*”<sup>11</sup> Unii Europejskiej – plan działania<sup>12</sup> przedstawiał kwestie, które według Komisji wymagały priorytetowego rozwiązania, rozłożonego na trzy etapy: do końca 2005 r., lata 2006–2008 oraz po 2009 r. Poza zagadnieniami związanymi z *Corporate Governance* Komisja skoncentrowała się w planie również na restrukturyzacji spółek (przede wszystkim na transgranicznym przeniesieniu siedziby oraz transgranicznej fuzji), zgrupowaniu spółek oraz na nowych formach ponadgranicznych korporacji. Komitet Ekonomiczno-Społeczny, wydając opinię<sup>13</sup> o projekcie dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie transgranicznego łączenia się spółek kapitałowych, podkreślił, że projekt ten znalazł się w planie Komisji jako element krótkoterminowych działań, przewidzianych na lata 2003–2005. Wynika stąd, że plan Komisji szybko zaczęto reali-

<sup>8</sup> S. Sołtysiński, *Prawo spółek*, [w:] *Prawo Unii Europejskiej – prawo materialne...*, s. 235–236.

<sup>9</sup> S. Sołtysiński, op. cit., s. 236.

<sup>10</sup> J. Napierała, *Europejskie prawo spółek*, [w:] *Prawo spółek handlowych*, pod red. A. Kocha, J. Napierały, Kraków 2005, s. 738.

<sup>11</sup> *Corporate Governance* – ład korporacyjny; w planie Komisji nacisk położono na ujawnianie danych, wzmocnienie praw akcjonariuszy, system organów spółki.

<sup>12</sup> Communication from the Commission to the Council and the European Parliament – Modernizing Company Law and Enhancing Corporate Governance in the European Union – A plan to move forward – KOM (2003) 284 z dnia 21 maja 2003.

<sup>13</sup> Opinion of the European Economic and Social Committee on the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on cross – border mergers of companies with share capital, Dz.U. C 117 z 30 kwietnia 2004, s. 43, teza 1.4.

zować, dążąc tym samym do stworzenia nowoczesnego i elastycznego europejskiego prawa spółek, które odpowiadałoby zmieniającym się warunkom rynku wewnętrznego.

Podstawą prawną do wydawania dyrektyw, głównego narzędzia służącego harmonizacji prawa, w zakresie prawa spółek jest art. 50, ust. 2, lit. g TFUE (dawny art. 44 TWE). Na jego podstawie wydano wszystkie dyrektywy dotyczące prawa spółek, w tym regulujące rachunkowość spółek oraz ich transgraniczne łączenie się. Zdarza się tak, że dyrektywa reguluje zagadnienia z różnych dziedzin prawa, np. jednocześnie z zakresu prawa spółek, prawa podatkowego i prawa pracy, a dla tych zagadnień Traktat może przewidywać inną podstawę. W takiej sytuacji, w ostateczności, normy uchwalane są na podstawie art. 352 TFUE (dawny art. 308), jak zdarzyło się w przypadku rozporządzenia w sprawie statutu spółki europejskiej<sup>14</sup> oraz dyrektywy<sup>15</sup> o udziale pracowników w zarządzaniu SE<sup>16</sup>.

Harmonizacja prawa spółek ze względu na międzynarodowy obrót na rynku wewnętrznym jest bardzo korzystna<sup>17</sup>. W ten sposób kontakt między spółkami różnych państw członkowskich zostaje zintensyfikowany, ponieważ zwiększa się pewność obrotu. Jego uczestnicy mogą być pewni, że nawet jeśli zachodzą różnice między poszczególnymi porządkami prawnymi, to podmioty im podległe rzeczywiście istnieją i funkcjonują. Zmniejszają się koszty transakcji, gdyż nie ma konieczności wprowadzania wielu zabezpieczeń czy konsultacji prawnych. Zabezpieczenie wierzycieli czy akcjonariuszy jest celem Unii Europejskiej, co często podkreślane jest w preambułach dyrektyw (np. Pierwszej Dyrektywy<sup>18</sup>). Na tym tle właśnie wydanie Dziesiątej Dyrektywy w sprawie transgranicznego łączenia się spółek kapitałowych zostało uznane za zadanie priorytetowe.

Konieczność wydania aktu, który regulowałby transgraniczne połączenia spółek kapitałowych, rozważano już w latach siedemdziesiątych ubiegłego wieku. 17 grudnia 1973 r. przedstawiciele rządów państw członkowskich wydali oświadczenie, w którym stwierdzili, że: „zrobią co tylko możliwe, aby jak najszybciej ukończyć prace nad specjalną konwencją dotyczącą łączeń trans-

<sup>14</sup> Rozporządzenie Rady WE nr 2157/2001 z 8 października 2001 w sprawie statutu spółki europejskiej (SE), Dz.Urz. WE z 10 listopada 2001, nr L 294, s. 1.

<sup>15</sup> Dyrektywa Rady 2001/86/EG w sprawie uzupełnienia statutu spółki europejskiej odnośnie do zaangażowania pracowników, Dz.Urz. WE z 10 listopada 2001, nr L 294, s. 22.

<sup>16</sup> J. Napierała, *Dyrektywa jako instrument integracji prawa spółek*, [w:] *Instytucje prawne dyrektywy kapitałowej*, pod red. M. Cejmera, J. Napierały, T. Sójki, Kraków 2004, s. 80.

<sup>17</sup> T. Drygala, *Ewolucja, stan obecny i perspektywy rozwoju europejskiego prawa spółek*, [w:] *ibidem*, s. 19.

<sup>18</sup> Pierwsza dyrektywa Rady 68/151/EWG z dnia 9 marca 1968 r. w sprawie koordynacji gwarancji, jakie są wymagane w Państwach Członkowskich od spółek w rozumieniu art. 58 akapit drugi Traktatu, w celu uzyskania ich równoważności w całej Wspólnocie, dla zapewnienia ochrony interesów zarówno wspólników, jak i osób trzecich, Dz.U. L 65 z 14 marca 1968.

granicznych”<sup>19</sup>. Nie doszło jednak do uchwalenia takiego aktu<sup>20</sup>. W 1985 r. Komisja Europejska przedstawiła projekt<sup>21</sup> dyrektywy w tym zakresie, ale nie przeszedł on procedury legislacyjnej poza pierwszym czytaniem w Parlamencie Europejskim. Dalszym pracom przeszkodziły kontrowersje polityczne. Najwięcej wątpliwości wzbudzał niemiecki system pracowniczego współdecydowania. Obawiano się, że na podstawie dyrektyw w sprawie transgranicznego łączenia się spółek kapitałowych czy transgranicznego przeniesienia siedziby niemieckie przedsiębiorstwa będą starały się ominąć restrykcyjne przepisy niemieckie<sup>22</sup>. Dopiero kompromis, jaki udało się osiągnąć w kwestiach pracowniczych przy okazji uchwalenia rozporządzenia w sprawie statutu spółki europejskiej i dyrektywy uzupełniającej statut spółki europejskiej w odniesieniu do zaangażowania pracowników, umożliwiły kontynuowanie prac nad Dziesiątą Dyrektywą<sup>23</sup>.

W rozporządzeniu dotyczącym statutu spółki europejskiej po raz pierwsze prawo unijne wprost odniosło się do transgranicznego połączenia spółek (przypomnijmy, że Trzecia Dyrektywa z 1978 r. dotyczy jedynie połączeń krajowych<sup>24</sup>) jako sposobu na utworzenie spółki europejskiej. Sprzyjające okoliczności doprowadziły do powstania kolejnego projektu<sup>25</sup> Dziesiątej Dyrektywy. Podstawowa różnica między projektem z 2003 r. i 1985 r. dotyczy podmiotów objętych zastosowaniem dyrektywy. Projekt z 1985 r. dotyczył wyłącznie spółek akcyjnych, późniejszy zaś objął spółki kapitałowe w ogóle, co pozwala na szersze wykorzystanie harmonizacyjnej roli dyrektywy do różnych form organizacyjnych spółek kapitałowych. Po drugie, akt z lat osiemdziesiątych konsekwentnie odwoływał się do uregulowań Trzeciej Dyrektywy, a nowszy co do zasady odwołuje się do rozwiązań krajowych, regulując szczegółowo tylko aspekty transgraniczne. Komitet Ekonomiczno-Społeczny ocenił takie rozwiązanie pozytywnie, ponieważ przepisy państw członkowskich dotyczące połączeń krajowych zostały już zharmonizowane właśnie na podstawie Trzeciej Dyrektywy<sup>26</sup>. Trzecia i najbardziej znacząca

<sup>19</sup> Statement by the representatives of the governments of the Member States of 17 December 1973 concerning the removal of legal barriers to the linking – up of undertakings, Dz.Urz. WE C 117/15 z 1973 r.

<sup>20</sup> M. Szydło, *Transgraniczne łączenie się spółek kapitałowych na rynku wewnętrznym w Unii Europejskiej*, „Rejent” 2006, nr 12, s. 115.

<sup>21</sup> Proposal for a tenth directive of the Council based on a art. 54 (3) (g) of the Treaty concerning cross – border mergers of public limited companies, Dz.Urz. WE C 23/11 z 1985 r.

<sup>22</sup> T. Drygala, op. cit., s. 27.

<sup>23</sup> K. Oplustil, M. Spyra, *Fuzja transgraniczna z udziałem polskich spółek kapitałowych w świetle prawa europejskiego i polskiego*, [w:] *Europejskie prawo spółek*, t. IV: *Spółki zagraniczne w Polsce*, pod red. M. Cejmera, J. Napierały, T. Sójki, Warszawa 2008, s. 264–265.

<sup>24</sup> Trzecia Dyrektywa Rady z dnia 9 października 1978 dotycząca łączenia się spółek akcyjnych, Dz.U. L 295 z 20 października 1978, s. 36–43.

<sup>25</sup> Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on cross – order mergers of companies with share capital, COM (2003) 703 final.

<sup>26</sup> Opinion of the European Economic and Social Committee..., tezy 1.3.1, 1.3.2, i 1.3.3.

różnica odnosi się do kwestii udziału pracowników w procedurze połączenia spółek, którego w pierwszym projekcie w ogóle nie przewidziano, a został uregulowany w drugim.

Ostatecznie Komitet Ekonomiczno-Społeczny wydał pozytywną opinię o projekcie i dyrektywa została uchwalona 26 października 2005 r. jako dyrektywa nr 2005/56/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie transgranicznego łączenia się spółek kapitałowych<sup>27</sup>, zgodnie z procedurą art. 251 TWE (art. 294 TFUE)<sup>28</sup>. Uchwalenie tej tzw. Dziesiątej Dyrektywy zakończyło wieloletni spór dotyczący międzynarodowych fuzji w ramach Unii Europejskiej i zostało uznane za kolejny krok na drodze budowania silnego rynku wewnętrznego, na którym spółki mogą bez przeszkód korzystać ze swojej mobilności.

### 3. Zakres podmiotowy stosowania Dziesiątej Dyrektywy

Preambuła dyrektywy wprost określa jej zadanie (pkt 2), jakim jest ułatwienie transgranicznych połączeń, ale z poszanowaniem regulacji krajowych. Jeżeli prawo krajowe dopuszcza łączenie się spółek kapitałowych, to nie może uniemożliwiać fuzji międzynarodowej. Należy zwrócić uwagę na to, że jeżeli dyrektywa nie stanowi inaczej, to każda spółka uczestnicząca w transakcji i każda osoba trzecia, której to dotyczy, podlegają przepisom i formalnościom prawa krajowego, które nie mogą jednak ograniczać swobody przedsiębiorczości lub swobodnego przepływu kapitału. Jedyne ograniczenia, jakie są dopuszczalne, to te, które można potwierdzić w dotychczasowym orzecznictwie ETS, w szczególności uzasadnić wymogami dobra ogólnego „i są one jednocześnie niezbędne i proporcjonalne do osiągnięcia tego rodzaju wymogów nadrzędnych” (pkt 3 preambuły)<sup>29</sup>. Wiąże się to z faktem, iż dyrektywa wprowadza standard maksymalny, co oznacza, że porządki krajowe nie mogą wprowadzać surowszych wymogów w zakresie procedur połączeniowych, niż przewidują przepisy unijne.

Zgodnie z art. 1 Dziesiątej Dyrektywy, jej regulacjom podlegają spółki kapitałowe, które spełniają w sumie trzy warunki, przy czym dwa pierwsze są zbieżne z warunkami stawianymi przedsiębiorstwom, aby mogły korzystać ze swobody przedsiębiorczości, a trzeci stanowi przesłankę uznania przekształcenia za transgraniczne. Spółka musi być utworzona zgodnie z prawem państwa członkowskiego i mieć siedzibę statutową, zarząd główny lub główny zakład na terenie Unii Europejskiej. Przesłanką transgraniczności

<sup>27</sup> Dz.Urz. UE L 310/1 z 2005 r.

<sup>28</sup> Procedura współdecydowania Rady i Parlamentu Europejskiego.

<sup>29</sup> Zobacz także uzasadnienia do wyroków w sprawach Inspire Art. (pkt 132), Überseering (pkt 92) oraz orzeczenie w sprawie Kraus.

jest fakt podlegania co najmniej dwóch spółek uczestniczących w transakcji prawu różnych państw członkowskich. Dyrektywa w art. 2 definiuje kluczowe dla jej stosowania pojęcia: „spółka kapitałowa” oraz „połączenie”, przy czym jeśli chodzi o spółkę kapitałową, to akt wprowadza własną definicję do wykorzystywania na jego gruncie. Ustawodawca unijny w pierwszej kolejności odwołuje się do art. 1 dyrektywy 68/151/EWG, który wprost wymienia spółki z poszczególnych państw członkowskich będące podmiotami Pierwszej Dyrektywy. Po drugie, wskazuje na spółki kapitałowe posiadające osobowość prawną i wydzielony majątek, którym wyłącznie odpowiadają za swoje zobowiązania, oraz które zgodnie z właściwym dla nich prawem krajowym podlegają warunkom dotyczącym gwarancji określonych dyrektywą 68/151/EWG dla zapewnienia ochrony interesów wspólników i osób trzecich.

Podmiotowy zakres Dziesiątej Dyrektywy w odniesieniu do swobody przedsiębiorczości w rozumieniu art. 54 TFUE (dawny art. 48 TWE) jest wąski. Nie uwzględnia bowiem spółek osobowych, spółdzielni oraz innych osób prawa prywatnego lub publicznego prowadzących działalność nastawioną na zysk<sup>30</sup>. Jeżeli jednak odwołamy się do art. 1 Pierwszej Dyrektywy, uzupełnionego w art. 2 ust. 1 lit. b Dziesiątej Dyrektywy o kolejną grupę spółek, to okazuje się, że zastosowanie regulacji dotyczących transgranicznego łączenia jest bardzo szerokie. Dzięki takiemu ujęciu zakresem Dziesiątej Dyrektywy objęte są nie tylko spółki akcyjne i spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, które stanowią najpowszechniejsze formy spółek kapitałowych w Europie<sup>31</sup>, ale także inne podmioty prawa posiadające kapitał zakładowy<sup>32</sup>. Muszą one jednak odpowiadać gwarancjom określonym dyrektywą 68/151/EWG, co ma „istotne znaczenie dla realizacji zasady bezpieczeństwa prawnego oraz ochrony uczestników obrotu związanego z funkcjonowaniem spółek”<sup>33</sup>. Gwarancje dotyczą w szczególności jawności, ważności zobowiązań spółek oraz nieważności spółek. Wśród najbardziej istotnych uwagę należy zwrócić na postanowienia dyrektywy w zakresie prowadzenia dokumentacji spółki w centralnym rejestrze, rejestrze handlowym lub rejestrze spółek (art. 3 Pierwszej Dyrektywy), ważności czynności podjętych przez organy spółki (art. 9) czy przyczyn nieważności spółki (art. 11). Odwołanie do Pierwszej Dyrektywy należy uznać za słuszne, ponieważ jest ona jednym z podstawowych aktów harmonizacji prawa spółek. Dziś nie budzi już wielu kontrowersji, ale w przeszłości przyczyniła się m.in. do istotnych zmian w prawie Wielkiej Brytanii i Irlandii, gdzie system *common law* istotnie różnił się od

<sup>30</sup> Tak samo K. Oplustil, M. Spyra, *Fuzja transgraniczna...*, s. 265; zob. także A. Zabłocka, *Pojęcie spółki w prawie europejskim*, „Studia Prawnicze” 2003, nr 4, s. 5.

<sup>31</sup> A. Kidyba, *Prawo handlowe*, Warszawa 2008, s. 348 i 436.

<sup>32</sup> Uzasadnienie projektu Dyrektywy w sprawie transgranicznego łączenia się spółek kapitałowych z 18 listopada 2003 r., COD 2003/0277.

<sup>33</sup> M. Safjan, *Wprowadzenie*, [w:] *Prawo Wspólnot Europejskich a prawo polskie – prawo spółek*, Warszawa 1996, s. 16.

systemów kontynentalnych w zakresie ochrony osób trzecich<sup>34</sup>. Znaczenie tego aktu potwierdza również aktualne orzecznictwo ETS, które rozstrzyga np. kwestie sporne związane z ujawnianiem danych a ochroną tajemnicy przedsiębiorstwa<sup>35</sup>.

Można stwierdzić, że Dziesiąta Dyrektywa wyznacza minimalny zakres podmiotowy i państwa członkowskie mogą poprzez implementację rozszerzyć krąg podmiotów poddanych jej stosowaniu<sup>36</sup>. W tym miejscu warto zwrócić uwagę na polską regulację dotyczącą spółki komandytowo-akcyjnej. Zgodnie z art. 491 § 1<sup>1</sup> kodeksu spółek handlowych<sup>37</sup>, spółka komandytowo-akcyjna może uczestniczyć w transgranicznym łączeniu się spółek, jednak nie może być spółką przejmującą albo spółką nowo zawiązaną, a przepisy o transgranicznym łączeniu się spółek będą stosowane jedynie odpowiednio (art. 516<sup>19</sup> k.s.h.). Ograniczenia te wynikają pośrednio z art. 4 § 1 pkt 1 k.s.h., który definiuje ten podmiot jako spółkę osobową, nie dotyczy jednak zagranicznych spółek komandytowo-akcyjnych, jeśli tylko prawo państwa ich statutowej siedziby dopuszcza udział tej spółki w połączeniu transgranicznym. Państwa członkowskie różnie klasyfikują spółkę komandytowo-akcyjną. W Niemczech, Francji i we Włoszech<sup>38</sup> jest to spółka kapitałowa, natomiast w Belgii, Rumunii czy Bułgarii<sup>39</sup> spółka osobowa. Przy takiej różnorodności rozwiązań może dojść do sytuacji, w której na podstawie Dziesiątej Dyrektywy połączą się dwie spółki osobowe, o ile tylko spełniają warunki określone w art. 2 ust. 1 lit. b Dyrektywy.

Spółka musi być poddana testowi zdolności do uczestnictwa w połączeniu, który określają art. 3 i 4. Jeśli prawo co najmniej jednego państwa członkowskiego dopuszcza dopłatę w gotówce, o której mowa w art. 2 ust. 2 lit. a i b, która przekracza 10% wartości nominalnej, wartości księgowej papierów wartościowych lub udziałów lub akcji spółki powstającej w wyniku połączenia transgranicznego, przepisy Dyrektywy również mają zastosowanie (art. 3 ust. 1). Może zdarzyć się tak, że warunkom określonym w art. 2 ust. 1 będzie odpowiadać spółdzielnia. Dyrektywa w takim wypadku pozostawia państwom członkowskim swobodę w decyzji o stosowaniu jej przepisów (art. 3 ust. 2). Akt wprost stanowi, że nie stosuje się go do połączeń transgranicznych, w których uczestniczy spółka, której celem jest zbiorowe inwesto-

<sup>34</sup> I. Łykawy, *Komentarz do Pierwszej Dyrektywy Rady Wspólnot Europejskich*, [w:] ibidem, s. 54.

<sup>35</sup> Np. wyrok sądu pierwszej instancji z dnia 21 czerwca 2006 r. w sprawie Manfred Danser i Hannelore Danser v. Rada Unii Europejskiej T-47/02, Zb. Orz. ETS 2006 s. II-01779.

<sup>36</sup> M. Koralewski, *Transgraniczne łączenie się spółek kapitałowych na tle połączeń krajowych*, Warszawa 2009, s. 164.

<sup>37</sup> Ustawa z dnia 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych (Dz.U. nr 94, poz. 1037).

<sup>38</sup> L.J. Smith, C. de Cussy, C. Taylor, T. Włodyka, *Prawo spółek w Republice Federalnej Niemiec, Wielkiej Brytanii, Francji i Włoszech*, Kraków 2000, s. 153 i 229.

<sup>39</sup> M. Koralewski, op. cit., s. 163–164.

wanie kapitału pozyskanego w drodze publicznej i która działa na zasadzie dywersyfikacji ryzyka<sup>40</sup> oraz której jednostki uczestnictwa są na żądanie ich posiadaczy odkupywane lub umarzane bezpośrednio lub pośrednio z aktywów tej spółki. Regulacja ta dotyczy przede wszystkim funduszy inwestycyjnych, które działają jako spółka akcyjna o zmiennym kapitale. Państwa członkowskie mogą uregulować fuzję tych podmiotów samodzielnie, jednak nie mogą pozbawić ich zdolności połączeniowej, która wynika z prawa pierwotnego<sup>41</sup>.

Prawo krajowe określa wymogi oraz formalności, które musi spełnić spółka, chcąc uczestniczyć w połączeniu transgranicznym. Dotyczy to przede wszystkim procedury połączeniowej, jak również ochrony wierzycieli łączących się spółek, obligatariuszy, posiadaczy papierów wartościowych lub udziałów, lub akcji oraz pracowników. Dopuszczalne jest także przyjęcie przepisów chroniących wspólników mniejszościowych, którzy zgłosili sprzeciw wobec połączenia. Państwo członkowskie może zgłosić swój sprzeciw ze względu na interes publiczny, jeśli przynajmniej jedna ze spółek uczestniczących w połączeniu podlega jego prawu (art. 4 ust. 1 lit. b). Przepis ten nie będzie miał zastosowania w zakresie, w jakim rozporządzenie nr 139/2004<sup>42</sup> w art. 21 reguluje dopuszczalności podejmowania przez państwa członkowskie środków zmierzających do ochrony ich uzasadnionych interesów.

## **Podsumowanie**

Swoboda przedsiębiorczości, w ocenie autorki, jest podstawowym narzędziem w realizacji celów, jakie stawia przed sobą Unia Europejska – stanowi naturalne uzupełnienie pozostałych swobód i jest jednocześnie podstawą do podejmowania działalności gospodarczej poza rynkiem krajowym, a w ramach rynku wewnętrznego. Transgraniczne przekształcenia spółek są jednym ze środków realizacji swobody przedsiębiorczości, który umożliwia wykorzystywanie przez spółki kapitałowe możliwości, jakie daje im jeden rynek europejski. Możliwe jest zatem nie tylko swobodne eksportowanie towarów poza granice państwa, ale także poszukiwanie inwestorów i silnych partnerów gospodarczych. Transgraniczne łączenie się spółek kapitałowych jest szansą również dla polskich przedsiębiorstw – sposobem na dokapitalizowanie, zdobycie nowych rynków zbytu, a także wymianę doświadczeń. Obecny stan prawny umożliwia wykorzystanie tych korzyści i zminimalizowanie ryzyka transakcyjnego, a tym samym zapewnia realizację zasad rynku wewnętrznego.

<sup>40</sup> Dywersyfikacja ryzyka – fundusze mają obowiązek różnicowania swoich inwestycji w celu zmniejszenia ich ryzyka.

<sup>41</sup> K. Oplustil, M. Spyra, *Fuzja transgraniczna...*, s. 266.

<sup>42</sup> Rozporządzenie Rady (WE) nr 139/2004 z dnia 20 stycznia 2004 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw, Dz.U. L 24 z 29 stycznia 2004, s. 1–22.





**Michał Mariański**

Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie

## **Wpływ zasady swobody umów na koncepcję i teorię papierów wartościowych**

### **Wstęp**

Niniejszy artykuł stanowi próbę analizy teorii i koncepcji papieru wartościowego przez pryzmat umownej koncepcji tej instytucji. Logiczną konsekwencją definiowania papieru wartościowego jako umowy jest stosowanie doń większości zasad prawa zobowiązań, w tym także, a może przede wszystkim zasady swobody umów. Wielość elementów, jakie wchodzi w skład zbiorczej kategorii papierów wartościowych, sprawia, że ustawodawca zamiast definiować omawianą instytucję, ogranicza się do stworzenia przykładowej, enumeratywnej ich listy. Z uwagi na powyższe zasadne staje się pytanie, czy mamy do czynienia z zasadą *numerus clausus* papierów wartościowych, czy też nie? Dodatkowo po dzień dzisiejszy jesteśmy świadkami doktrynalnego sporu o moment powstania zobowiązania z papierów wartościowych. Czy zatem przyjęcie umownej koncepcji tych instrumentów może wpłynąć na rozwiązanie chociaż części z powyższych problemów, czy też wygeneruje tylko nowe pytania, prowadząc do tzw. błędnego koła? Czy możliwe jest, aby w oparciu o zasadę swobody umów wytworzył się swoisty rodzaj empirycznej umowy nienazwanej, której przedmiotem byłby papier wartościowy? Na te i inne pytania autor będzie się starał udzielić odpowiedzi w niniejszym artykule, zdając sobie jednocześnie sprawę iż podjęta problematyka znacznie wykracza poza ramy jednej publikacji, pozwalając jedynie na przedstawienie zarysu problemu.

### **1. Definicja papieru wartościowego**

Polski system prawny nie zna legalnej definicji papieru wartościowego. Sytuacja ta w świetle ustawodawstwa europejskiego, jak i światowego nie jest jednak czymś wyjątkowym. Niewiele jest bowiem krajów, których usta-

wodawstwa zawierają jego legalne określenie. Do takich państw zalicza się m.in. Szwajcarię, gdzie zdefiniowano papier wartościowy rynku kapitałowego jako ujednoczone i mogące być przedmiotem masowego obrotu papiery wartościowe, prawa dokumentowe o takiej samej funkcji oraz prawa pochodne<sup>1</sup>.

Warto zaznaczyć, iż w polskim prawie nie tylko próżno szukać ogólnej definicji papieru wartościowego, rzadkością pozostają nawet ustawowe definicje poszczególnych rodzajów tych papierów<sup>2</sup>. Warto też odnotować recypowaną niedawno do prawa polskiego przez F. Zolla<sup>3</sup> szwajcarską koncepcję klauzul dokumentowych, traktującą papiery wartościowe jako podzbiór szerszej kategorii dokumentów dłużnych, oraz koncepcję J. Jastrzębskiego<sup>4</sup> upatrującą jego istoty we wpływie mechanizmu ujawnienia praw (funkcji legitymacyjnej) na zasady ich przenoszenia (funkcja obiegu).

### 1.1. Pojęcie papieru wartościowego w kodeksie cywilnym

Nowelizacja kodeksu cywilnego z dnia 28 lipca 1990 r. wprowadziła m.in. do księgi III „Zobowiązania” tytuł XXXVII „Przekaz i papiery wartościowe”. W art. 921<sup>6</sup> zapisano: „jeżeli zobowiązanie wynika z wystawionego papieru wartościowego, dłużnik jest obowiązany do świadczenia za zwrotem dokumentu albo udostępnieniem go dłużnikowi celem pozbawienia dokumentu jego mocy prawnej w sposób zwyczajowo przyjęty”<sup>5</sup>. Sposób zredagowania powyższego przepisu mógłby świadczyć o tym, iż ustawodawca, rezygnując z definiowania papieru wartościowego, a koncentrując się na jego charakterystycznych cechach, pozostawił tzw. system otwarty<sup>6</sup>, aby ułatwić procesy tworzenia nowych typów papierów wartościowych. Funkcjonowanie owego systemu zostało jednak skutecznie ograniczone wskutek ukształtowania się poglądu postulującego zasadę *numerus clausus* papierów wartościowych. Powyższe zapisy kodeksu cywilnego pozwalają jednak przyjąć, iż polski system prawny skłania się ku koncepcji papierów wartościowych koncentrującej się

<sup>1</sup> Art. 2 lit a ustawy z dnia 24 marca 1994 r. Bundesgesetz uber die borsen und den Effektenhandel.

<sup>2</sup> Wyjątkiem pozostają definicje obligacji – zob. art. 4 ustawy o obligacjach z dnia 29 czerwca 1995 (tekst jedn. Dz.U. z 2001 r., nr 120 poz. 1300) czy konosamentu – zob. art. 131 ustawy z dnia 18 września 2001 r. – Prawo morskie (Dz.U. nr 138 poz. 1545).

<sup>3</sup> F. Zoll, *Klauzule dokumentowe. Prawo dokumentów dłużnych ze szczególnym uwzględnieniem papierów wartościowych*, wyd. 2, Warszawa 2004, s. 110.

<sup>4</sup> J. Jastrzębski, *Pojęcie papieru wartościowego wobec dematerializacji*, Wolters Kluwer 2009, s. 178.

<sup>5</sup> Zgodnie z wyrokiem SN z dnia 4 czerwca 2003 r. (ICKN 428/01), przelew wierzytelności, poza wierzytelnościami wynikającymi z papierów wartościowych lub zbywalnymi przez indos, nie może nastąpić wówczas, gdy wierzytelność będąca przedmiotem cesji nie istnieje. W takim przypadku przepisy nie chronią nawet nabywcy działającego w dobrej wierze, gdyż uczynienie w tej mierze wyjątku mogłoby nastąpić jedynie kosztem osoby będącej rzekomym dłużnikiem.

<sup>6</sup> G. Bieniek, *Komentarz do kodeksu cywilnego*, Lexis Nexis 2007, s. 831.

na fakcie posiadania dokumentu jako przesłance koniecznej do realizacji zawartego w tym dokumencie prawa<sup>7</sup>.

W literaturze trafnie podnosi się, iż w zakresie nieunormowanym przez dział II tytułu XXXVII k.c. funkcję swoistej części ogólnej dla papierów wartościowych na zlecenie pełni ustawa – Prawo wekslowe<sup>8</sup>. Jest to najpełniej rozbudowana regulacja dotycząca papierów wartościowych na zlecenie. Przyznając prawu wekslowemu tak rozległą funkcję, nie można jednak nie dostrzegać faktu, że zostało ono stworzone dla ściśle określonego papieru wartościowego, jakim jest weksel. Dlatego badając możliwość zastosowania przepisu tego prawa w drodze analogii, należy zastanowić się, czy jego funkcja nie jest specyficznie wekslowa, gdyż stwierdzenie takie eliminowałoby możliwość przeprowadzenia analogii. Dla przykładu, doktryna upatruje w wekslowej regulacji indosu instytucję zdatną do prowadzenia z niej wnioskowań w stosunku do innych papierów wartościowych na zlecenie<sup>9</sup>.

## 1.2. Pojęcie papieru wartościowego w ustawie o obrocie instrumentami finansowymi

W kontekście obecnej regulacji papierów wartościowych w ustawie o obrocie instrumentami finansowymi warto zwrócić uwagę na subtelne zmiany, jakie zaszły od czasu wprowadzenia wspomnianej wcześniej nowelizacji do kodeksu cywilnego w sposobie pojmowania pojęcia papieru wartościowego. W coraz większym stopniu podlegało ono modyfikacjom wynikającym z rozwiązań technicznych funkcjonujących w obrocie. W szczególności praktycznie nie ma już znaczenia podstawowy komponent tego pojęcia, tj. sam dokument, inkorporujący w swoim klasycznym rozumieniu określone prawa. W uchylonej ustawie z 22 marca 1991 r. – Prawo o publicznym obrocie papierami wartościowymi i funduszach powierniczych<sup>10</sup> znajdowała się definicja przystosowana tylko do celów tej ustawy, a określająca papier wartościowy jako „dokument mający stwierdzić lub stwierdzający istnienie określonego prawa majątkowego, utrwalony w takim brzmieniu i w taki sposób, że może stanowić samodzielny przedmiot obrotu publicznego”. Obowiązująca do 23 października 2005 r. ustawa z 21 sierpnia 1997 r. – Prawo o publicznym obrocie papierami wartościowymi<sup>11</sup> nie zawierała definicji papieru wartościowego, lecz ich listę. W podobny sposób kwestię tę reguluje art. 3 pkt 1 obecnie obowiązującej ustawy z 29 lipca 2005 r. o obrocie instru-

<sup>7</sup> T. Komosa, *Papiery wartościowe*, PPH 1995 (wkładka), s. 2.

<sup>8</sup> Tekst jedn. Dz.U. z 1936 r., nr 37, poz. 282 ze zm.

<sup>9</sup> A. Szpunar, *Podstawowe problemy papierów wartościowych*, PiP 1991, nr 2, s. 20.

<sup>10</sup> Tekst jedn. Dz.U. z 1994 r., nr 58, poz. 239 ze zm.

<sup>11</sup> Tekst jedn. Dz.U. z 2005 r., nr 111, poz. 937 ze zm.

mentami finansowymi<sup>12</sup>, według którego papierami wartościowymi są: a) akcje, prawa poboru w rozumieniu przepisów kodeksu spółek handlowych<sup>13</sup>, prawa do akcji, warranty subskrypcyjne, kwity depozytowe, obligacje, listy zastawne, certyfikaty inwestycyjne i inne zbywalne papiery wartościowe, w tym inkorporujące prawa majątkowe odpowiadające prawom wynikającym z akcji lub z zaciągnięcia długu, wyemitowane na podstawie właściwych przepisów prawa polskiego lub obcego; b) inne zbywalne prawa majątkowe, które powstają w wyniku emisji, inkorporujące uprawnienie do nabycia lub objęcia papierów wartościowych określonych w lit. a, lub wykorzystywane przez dokonanie rozliczenia pieniężnego (prawa pochodne).

Dokument to instrument prawny wyrażony za pomocą pisma lub na jakimś nośniku, najczęściej na papierze, chociaż równie dobrze nośnikiem tym może być inny materiał, np. tabliczka gliniana czy papirus. Należy zwrócić uwagę na fakt, że rewolucja informatyczna znacznie oddaliła dokument od jego klasycznej formy. Mowa tutaj o zjawisku tzw. dematerializacji papierów wartościowych, niejako wymuszonej z jednej strony przez dynamiczny rozwój technik komputerowego zapisu danych, a z drugiej przez masowość i skalę obrotu niektórymi papierami wartościowymi (jak akcje, obligacje czy bony skarbowe). Przykładem może być tu art. 7 ust. 1 Prawa bankowego<sup>14</sup>, który stanowi, iż oświadczenie woli składane w związku z dokonywaniem czynności bankowych może być wyrażone za pomocą elektronicznych nośników informacji, jeżeli dokumenty te zostaną w sposób należyty utrwalone i zabezpieczone. Rozporządzeniem Ministra Finansów z dnia 2 grudnia 2005 r. w sprawie postępowania z dokumentami związanymi z dokonywaniem niektórych czynności regulowanych ustawą o obrocie instrumentami finansowymi<sup>15</sup> określono ponadto sposób tworzenia, utrwalania, przekazywania, przechowywania i zabezpieczania na elektronicznych nośnikach informacji, dokumentów związanych z dokonywaniem czynności dotyczących obrotu papierami wartościowymi lub innymi instrumentami finansowymi w zakresie regulowanym ustawą o obrocie instrumentami finansowymi. W myśl § 3 powyższego rozporządzenia utworzenie dokumentu polega na zapisaniu na elektronicznym nośniku informacji sekwencji danych związanych z czynnością dotyczącą obrotu papierami wartościowymi lub innymi instrumentami finansowymi albo inną czynnością dokonywaną w ramach działalności podmiotów w zakresie regulowanym ustawą.

F. Zoll podkreśla, iż brak jest zatem przeszkód do uznania za dokument zapisu elektronicznego, uważając za pozbawiony znaczenia fakt, że dla jego odczytania potrzebne jest korzystanie z urządzeń technicznych<sup>16</sup>.

<sup>12</sup> Tekst jedn. Dz.U. z 2005 r., nr 183, poz. 1538 ze zm.

<sup>13</sup> Tekst jedn. Dz.U. z 2000 r., nr 94, poz. 1037 ze zm.

<sup>14</sup> Dz.U. z 2002 r., nr 72, poz. 665 ze zm.

<sup>15</sup> Dz.U. z 2005 r., nr 242, poz. 2041 ze zm.

<sup>16</sup> F. Zoll, op. cit., s. 28.

## 2. Teoria papierów wartościowych

Rozważania na temat istoty papieru wartościowego sprowadzają się w pierwszej kolejności do określenia chwili, z jaką zobowiązanie to powstaje. W doktrynie prawa cywilnego bezsporne jest, iż owo zobowiązanie wiąże się ze sporządzeniem dokumentu o ściśle przez prawo określonej treści. Dokument taki powinien być podpisany przez dłużnika, choć w świetle art. 921<sup>10</sup> § 2 k.c. podpis dłużnika może być odbity w sposób mechaniczny, chyba że przepisy szczególne stanowią inaczej<sup>17</sup>.

Z powyższego można wysnuć wniosek, iż papier wartościowy powstaje w momencie wystawienia odpowiedniego dokumentu zgodnie z przepisami prawa. Takie stanowisko określane jest mianem **teorii kreacyjnej papierów wartościowych**<sup>18</sup>. Przyjmuje się, iż zobowiązanie powstaje tutaj w drodze czynności prawnej jednostronnej, sama zaś czynność prawna posiada charakter abstrakcyjny, tzn. oderwany od swojej gospodarczej przyczyny. Istnienie *causa* i jej ważność nie przekłada się w żaden sposób na istnienie i ważność zobowiązania z papieru wartościowego.

W pewnych przypadkach konsekwentne stosowanie teorii kreacyjnej może prowadzić do uznania za ważne zobowiązania z papieru wartościowego nawet wówczas, gdy np. wystawca należycie wypełnionego weksla własnego zapomni o nim i nie poinformuje o fakcie wystawienia osoby wymienionej w jego treści jako remitenta (wierzyciela). Z uwagi na powyższe skrajna teoria kreacyjna – podobnie zresztą jak jeszcze bardziej radykalna teoria personifikacyjna<sup>19</sup> – uważane są za archaiczne i nieaktualne.

Oczywiste słabości teorii kreacyjnej próbowano naprawić, uzupełniając ją o dodatkowe warunki, jakie musiały być spełnione, aby powstało prawnie skuteczne zobowiązanie z papieru wartościowego. Tym właśnie sposobem w nauce prawa narodziły się inne teorie papierów wartościowych, z których najważniejszymi są: teoria emisyjna oraz teoria dobrej wiary.

**Teoria emisyjna** zakłada, iż momentem początkowym, od którego możemy mówić o istnieniu zobowiązania z papieru wartościowego, jest chwila jego wydania czy też emisji przez dłużnika osobie trzeciej.

**Teoria dobrej wiary** upatruje tego momentu w chwili, w której dokument znalazł się w rękach osoby, która go nabyła w dobrej wierze albo od której wystawca nie może już prawnie skutecznie domagać się wydania tegoż dokumentu.

W sposób dalece odmienny powyższe zagadnienie interpretowane jest z punktu widzenia **teorii umownej**, zwanej również kontraktową. Dla zwolenników tej koncepcji powstanie zobowiązania z papieru wartościowego wy-

<sup>17</sup> Oryginalny podpis dłużnika wymagany dla weksla, czeku oraz konosamentu.

<sup>18</sup> Teoria ta pochodzi od Kuntzego *Die Lehre von den Inhaberpapieren* (1857).

<sup>19</sup> Historycznie najstarsza, upatrywała ona wierzyciela w samym papierze (dokumencie).

maga nie tylko wystawienia samego dokumentu (jednostronnej czynności prawnej), ale również i umowy między wystawcą a odbiorcą dokumentu, której to przedmiotem jest właśnie owo wydanie dokumentu. Umowa taka jako czynność kazualna podlega ogólnym zasadom prawa cywilnego. Jednak na dalszych etapach obiegu dokumentu zobowiązanie w nim zawarte stopniowo odrywa się od swojej gospodarczej przyczyny, stając się tym samym zobowiązaniem typu abstrakcyjnego.

Swoistym wariantem teorii umownej jest **koncepcja tzw. pozoru prawnego**, której celem jest ochrona nabywcy w dobrej wierze przed skutkami nieważności umowy poprzez przyjęcie założenia, że w takiej sytuacji wystawca stworzył pozór prawny skutecznego wystawienia dokumentu.

Aktualne brzmienie przepisów kodeksu cywilnego dotyczących papierów wartościowych nie rozstrzyga w sposób jednoznaczny momentu powstania zobowiązania z papieru wartościowego. Część przedstawicieli polskiej doktryny, zwłaszcza w odniesieniu do publicznych papierów wartościowych, skłania się ku teorii emisyjnej<sup>20</sup>. Jako wyraz tej teorii postrzegają oni m.in. normę prawną zawartą w art. 921<sup>13</sup> k.c., która stanowi, iż dłużnik może powołać się względem wierzyciela na zarzuty, które dotyczą ważności dokumentu lub wynikają z jego treści albo służą mu osobiście przeciw wierzycielowi. Dłużnik może powołać się nadto na zarzuty, które służą mu względem poprzedniego wierzyciela, jeżeli nabywca dokumentu działał świadomie na szkodę dłużnika. Powyższe twierdzenia spotykają się jednak niekiedy z krytyką współczesnej doktryny prawa cywilnego<sup>21</sup>.

Wydaje się jednak, iż biorąc pod uwagę stanowisko doktryny niektórych krajów Europy Zachodniej, tudzież zapisy ustawy o rachunkowości<sup>22</sup> mówiące o „umowach z papierów wartościowych”, zasadne jest uznanie teorii umownej za właściwą dla zobowiązania powstałego z papierów wartościowych. Doktryna francuska<sup>23</sup> stoi na stanowisku, iż to właśnie różnorodność papierów wartościowych niejako wymusza ich analizę przez pryzmat teorii umownej. Pozwala to nie tylko na dogłębne zrozumienie istoty papierów wartościowych, ale także na pogodzenie ich charakteru z naturą aktu będącego podstawą ich tworzenia. Powyższa teoria wychodzi bowiem z założenia, iż źródło zobowiązania z papierów wartościowych tkwi we wzajemnych relacjach między stronami, które go tworzą (koncept *contrat négociable*).

Dodatkowo wskazuje się, iż z uwagi na postępującą dematerializację papierów wartościowych teoria emisyjna staje się coraz bardziej niewystarczająca<sup>24</sup>. Ciągłe trzymanie się i poprawianie koncepcji związku treści prawa

<sup>20</sup> T. Komosa, op. cit., s. 3.

<sup>21</sup> A. Szpunar, *Komentarz do prawa wekslowego i czekowego*, LexisNexis 2003, s. 16 i n.

<sup>22</sup> Dz.U. z 1994 r., nr 121, poz. 591 ze zm.

<sup>23</sup> H. Causse, *Les titres négociables*, Litec 1993, s. 25 i n.

<sup>24</sup> Ibidem, s. 26.

zawartego w papierze wartościowym i dokumentu, zwłaszcza w dobie swobody przepływu kapitałów i płatności, jest czynnikiem hamującym rozwój papierów wartościowych<sup>25</sup>. Przypomnieć można w tym miejscu głoszony od dawna pogląd, że w przyszłości wartości zastąpią rzeczy, tak jak obrót bezgotówkowy zastępuje obrót gotówkowy, co otworzy możliwość wymiany wartości na szeroką skalę. Emisja przez zwolenników teorii kontraktowej traktowana jest jako oferta wymagająca akceptacji drugiej strony. Zakładając bowiem brak materialnego nośnika (*instrumentum*)<sup>26</sup>, dowodu zobowiązania wynikającego z papieru wartościowego należałoby szukać w akcie prawnym, który go stworzył, a nie w dokumencie stwierdzającym jego istnienie. Coraz częściej również i w doktrynie polskiej<sup>27</sup> wskazuje się na dopuszczalność umownego kreowania abstrakcyjnych czynności prawnych, co wiąże się nierozdzielnie z liberalnym podejściem do zasady *numerus clausus* papierów wartościowych.

Cywiliistyka dawno już przywykła do postrzegania wierzytelności jako samodzielnego przedmiotu obrotu, oderwanego od swojego materialnego substratu. Papier wartościowy jest bowiem aktem prawnym o charakterze co najmniej dwustronnym, poprzez który strony zmierzają do osiągnięcia określonych skutków prawnych. H. Causse wskazuje, że nawet tak emisyjny papier wartościowy jak akcja oparty jest na umowie, jaką jest umowa spółki.

Reasumując, zdaniem autora, teoria umowna zapewnia nie tylko najlepsze wyważenie i pogodzenie interesów uczestników obrotu, jest także najwłaściwsza z uwagi na postępującą konstrukcję zdematerializowanego systemu papierów wartościowych oraz koresponduje z pochodnym charakterem nabycia praw zeń wynikających

### 3. Zasada swobody umów

#### 3.1. Istota zasady swobody umów

Z uwagi na przedstawione powyżej poglądy autora przemawiające za umowną koncepcją papieru wartościowego, zasadna staje się analiza zasady swobody umów jako jednego z czynników kształtujących treść stosunków obligacyjnych do tego dokumentu się odnoszących.

---

<sup>25</sup> Założeniem dosyć radykalnej dematerializacji w tym kraju nie było jednak całkowite oderwanie się od tradycyjnego prawa papierów wartościowych, lecz dostosowanie go do współczesnych możliwości związanych z rozwojem techniki.

<sup>26</sup> We Francji od 1984 r. papiery wartościowe nie są już materializowane w formie papierowej – wprowadzone to zostało ustawą z 30 grudnia 1981 r. (*Loi de finance* nr 81-1160) oraz dekretem z 2 maja 1983 r. (*décret* 83-359).

<sup>27</sup> A. Chłopecki, *Czy w prawie polskim obowiązuje zasada numerus clausus papierów wartościowych*, PS 1994, nr 2, s. 39.

Zasada swobody umów, zwana także swobodą kontraktowania (fr. *liberté contractuelle*), wyrażona została w art. 353<sup>1</sup> k.c. Przepis ten został wprowadzony nowelą z dnia 28 lipca 1990 r.<sup>28</sup> i stanowi, że „strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny<sup>29</sup> według swojego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego”. Unormowanie to – oparte na założeniu, że wszystko, co nie jest zakazane jest prawnie dozwolone – z uwagi na swoje umiejscowienie i treść nie dotyczy czynności prawnych jednostronnych<sup>30</sup>. Dlatego też przyjęcie jakiegokolwiek koncepcji papieru wartościowego bazującej na jednostronnym oświadczeniu woli (jak np. teoria emisyjna czy kreacyjna) wyklucza analizę istoty papieru wartościowego w sposób zaproponowany przez autora. O tym, czy stronom danego stosunku prawnego przysługuje kompetencja do określonego kształtowania treści tego stosunku, decyduje zawsze zakres swobody kontraktowej przyznanej im w tej mierze przez ustawodawcę. Tym samym swoboda umów w odniesieniu do papierów wartościowych nie będących przedmiotem obrotu na rynku regulowanym oznacza daleko posunięte uwolnienie stron od formalizmu prawnego. W stosunkach umownych przeważa reguła, że prawnie skuteczne jest samo porozumienie stron (*consensus*) nie wymagające szczególnej formy. Czasem kwalifikuje się pojęcie swobody umów jako uprawnienie lub prawo podmiotowe. Dodatkowo za możliwością odniesienia tej zasady do szeroko rozumianych papierów wartościowych przemawia, zdaniem autora, fakt, iż jest ona ściśle związana ze swobodą działalności gospodarczej, stanowiącą przesłankę gospodarki rynkowej.

Jeśli chodzi o treść umowy, to przez treść stosunku prawnego rozumie się powszechnie uprawnienia i obowiązki stron. Strony umowy mogą układać łączące je stosunki kontraktowe w dowolny sposób, mogą je przekształcać według swojego uznania, a także powoływać do życia stosunki kontraktowe nie przewidziane w żadnym przepisie, jeśli odpowiada to ich potrzebom i ich woli. A zatem strony mają do swobodnego wyboru trzy możliwości: mogą zawrzeć umowę nazwaną na zasadach określonych w kodeksie, mogą zawrzeć umowę nazwaną wprowadzając do niej pewne zmiany<sup>31</sup> lub też mogą zawrzeć umowę nienazwaną, której treść ukształtują całkowicie według swojego uznania z zachowaniem ograniczeń wynikających z art. 353<sup>1</sup> k.c.<sup>32</sup>

<sup>28</sup> Dz.U. z 1990 r., nr 55, poz. 321.

<sup>29</sup> Przez stosunek prawny należy rozumieć stosunek zobowiązaniowy, a swoboda umów stanowi w istocie swobodę kształtowania treści stosunku zobowiązaniowego przez umowę.

<sup>30</sup> M. Safjan, *Zasada swobody umów (uwagi wstępne na tle wykładni art. 353<sup>1</sup> k.c.)*, PiP 1993, nr 4, s. 12.

<sup>31</sup> Np. klauzule, dodatkowe zastrzeżenia umowne, zadatek, umowne prawo odstąpienia, kary umowne. Mogą też zawrzeć tzw. umowę mieszaną, polegającą na połączeniu kilku cech umów nazwanych.

<sup>32</sup> J. Rajski, *Prawo o kontraktach w obrocie gospodarczym*, PWN, Warszawa 1994, s. 37–39.



W odniesieniu do zawierania umów wystarczy, że umowa zostanie zawarta przez zgodne oświadczenie woli stron wyrażone przez jakiegokolwiek zachowanie się każdej z nich, które ujawnia tę wolę w sposób dostateczny (tj. w zw. z art. 60 k.c.).

Należy pamiętać, że treść określonego stosunku umownego określa nie tylko sama umowa, chociaż to ona jest zasadniczym źródłem kształtowania tej treści, ale również przepisy ustawy o charakterze bezwzględnie obowiązującym, a także zasady współzycia społecznego i ustalone zwyczaje (art. 56 k.c.). Dlatego też autor dopuszcza powoływanie się na zasadę swobody umów li tylko w odniesieniu do papierów wartościowych (czy też instrumentów finansowych) nie będących przedmiotem publicznego obrotu. Z art. 353<sup>1</sup> k.c. można wyprowadzić wniosek, że zasada swobody umów wiąże się z czterema zasadniczymi cechami dotyczącymi: swobodnego decydowania o zawarciu lub niezawarciu kontraktu, swobodnego wyboru kontrahenta, ukształtowania treści umowy oraz swobodnego wyboru formy umowy<sup>33</sup>.

Za cel umowy uznać należy stan rzeczy, który ma być spełniony w następstwie zrealizowanej umowy, stan będący przedmiotem czyjegoś dążenia, gdzie można przypisać stronom zamiar osiągnięcia pewnego stanu rzeczy. Mówiąc o celu ma się na myśli cel stron zawierających umowę, cel ich działania polegającego na stanowieniu norm postępowania. Chodzi zatem o taki stan rzeczy, jaki ma zostać osiągnięty przez wykonanie zobowiązania (realizację uprawnień i obowiązków stron).

### 3.2. Ograniczenia zasady swobody kontraktowania

Zasada swobody umów nie ma charakteru absolutnego. Zarówno polski, jak i szwajcarski kodeks zobowiązań, wypowiadając zasadę, że „strony swobodnie kształtują treść stosunku zobowiązaniowego, który ma ich dotyczyć”, akcentują granice tej swobody wyraźniej niż kodeks Napoleona, na którym oba akty prawne były wzorowane, a który w art. 1134 w rozdz. III (o skutkach umów) księgi trzeciej stanowił, że „umowy legalnie zawarte stają się prawem dla tych, którzy je zawarli”<sup>34</sup>.

Obecnie z treści obowiązującego art. 353<sup>1</sup> k.c. wynika, że swoboda stron w określeniu treści umowy nie jest absolutna, lecz ograniczona co do treści i co do celu. Treść lub cel umowy nie mogą być sprzeczne z właściwością (naturą) stosunku, ustawą oraz z zasadami współzycia społecznego. Zgodność z **właściwością (naturą) stosunku** można postrzegać w sposób szeroki

<sup>33</sup> G. Bieniek, H. Ciepla, S. Dmowski, J. Gudowski, K. Kołakowski, M. Sychowicz, T. Wiśniewski, *Komentarz do Kodeksu Cywilnego. Zobowiązania*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1996, s. 12 i n.

<sup>34</sup> E. Łętowska (red.), *System prawa prywatnego. Prawo zobowiązań – część ogólna*, t. 5, C.H. Beck Instytut Nauk Prawnych PAN, Warszawa 2006, s. 432 i n.

bądź też wąski. W znaczeniu szerszym dyrektywa ta rozumiana jest jako nakaz respektowania podstawowych cech stosunku obligacyjnego, a więc tych jego elementów, których brak może prowadzić do podważenia istoty nawiązywanej więzi prawnej. Znaczenie węższe odwołuje się natomiast do nakazu respektowania przez strony tych elementów danego stosunku obligacyjnego, których modyfikacja lub pominięcie prowadziłyby do zniekształcenia zakładanego modelu więzi prawnej związanej z danym typem stosunku. Model ten powinien być zrekonstruowany na podstawie minimalnych (koniecznych) elementów danego stosunku obligacyjnego, bez których traciłby on swój sens gospodarczy albo wewnętrzną równowagę aksjologiczną<sup>35</sup>.

Powyższe rozróżnienie wydaje się być istotne dla umownej koncepcji papieru wartościowego, zwłaszcza w dobie wzrostu znaczenia nowych, nienazwanych stosunków prawnych. Dyskusyjny bowiem jest wpływ, jaki mogłyby wywierać ukształtowane zwyczajowo przez praktykę swoiste wzorce umów (papier wartościowy) pozwalające na określenie ich natury oraz tworzące kryterium limitujące autonomię stron w ramach ustalania treści umowy. Wydaje się zatem, iż opieranie się na wszelkich stosunkach nienazwanych, bez względu na stopień ich utrwalenia w praktyce obrotu, jest mocno dyskusyjne – co jednak nie zamykałoby drogi przed kreowaniem nowych umów o papier wartościowy. Jeżeli jednak do kryteriów ogólnych natury zobowiązania zaliczyć kryterium sensu gospodarczego danego stosunku determinowanego przez empirycznie utrwalony przez praktykę obrotu rozkład praw i obowiązków stron danego stosunku prawnego, to stałaby się możliwa rekonstrukcja natury tego stosunku (związanego np. z nowym rodzajem papieru wartościowego). Zabieg taki nie może jednak prowadzić do swoistej petryfikacji praktyki, która w skrajnych przypadkach urosnąć mogłaby do rangi prawa zwyczajowego silnie ograniczającego autonomię woli stron.

Zdaniem autora, zwłaszcza owo wąskie ujęcie mogłoby być konstrukcją służącą ocenie umów opiewających na dane papiery wartościowe, których konieczne (minimalne) elementy określałaby praktyka obrotu gospodarczego.

Zgodność z **ustawą** oznacza, iż niedopuszczalne jest ustalenie treści lub celu stosunku zobowiązaniowego, w wyniku którego dochodziłoby do naruszenia przepisów o charakterze bezwzględnie obowiązującym (*iuris cogentis*). W kontekście wpływu zasady swobody umów na teorię papierów wartościowych warto odnotować, iż pojęcie przepisów bezwzględnie obowiązujących nie powinno być ograniczane li tylko do unormowań zawierających regulacje prawa cywilnego<sup>36</sup>. Dodatkowo podkreśla się, iż sprzeczność z ustawą związana jest z charakterystyczną dla prawa prywatnego międzynarodowego

<sup>35</sup> M. Safjan, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, pod red. K. Pietrzykowskiego, t. I, C.H. Beck 2002, s. 668 i n.

<sup>36</sup> *Ibidem*, s. 666–667.

klauzulą porządku publicznego, zawartą już w kodeksie zobowiązań (art. 55), a obecnie charakterystyczną dla wielu systemów prawnych. Sprzeczność treści lub celu stosunku z ustawą prowadzi do nieważności umowy, chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek (art. 58 k.c.). Tym samym „przepisy względnie obowiązujące (*ius dispositivi*) nie stanowią [...] ram swobody kontraktowej w świetle art. 353<sup>1</sup> k.c. Regulacja dyspozytywna tworzy wzorcowy i optymalny z punktu widzenia prawa model, służący jako punkt odniesienia przy interpretowaniu umowy i ocenie jej odmiennych uzgodnień z punktu widzenia natury tej umowy i zasad współżycia społecznego. Tylko te kryteria będą zatem brane pod uwagę”<sup>37</sup>.

Co do zgodności z **zasadami współżycia społecznego**, nurt doktryny uznaje to wyrażenie za rodzaj klauzuli generalnej, przez którą rozumie się zwrot niedookreślony, oznaczający pewne oceny funkcjonujące w jakiejś grupie społecznej. Ocena moralna to przeżycie polegające na udzieleniu aprobaty lub dezaprobaty jakiemuś czynowi ludzkiemu, biorąc pod uwagę to, w jakim stopniu przyczynia się on do sprawiedliwego dobra innych ludzi. Spośród podstawowych wartości, ze względu na które dokonuje się ocen moralnych, należy wymienić wolność człowieka. Nieakceptowane są umowy odbierające czy ograniczające wolność poruszania się, ingerujące w wolność sumienia czy religii, wolność wyrażania poglądów, kształcenia się, rozwijania swojej osobowości<sup>38</sup>. Zasady współżycia społecznego nawiązują ponadto do tzw. słuszności kontraktowej, uczciwości kupieckiej, równej pozycji stron umowy czy też do przestrzegania zasad lojalnego, opartego na zaufaniu postępowania wobec kontrahenta. Dodatkowo, trafnie zwraca się uwagę na fakt, że kryteria słuszności kontraktowej powinny być różnicowane, a w konsekwencji w niejednakowym stopniu limitować autonomię stron w kształtowaniu treści umowy w zależności od tego, czy umowa zawierana jest między profesjonalistami, czy też nie<sup>39</sup>.

Powyższe rozważania na temat wpływu zasady swobody umów na teorię i koncepcję papierów wartościowych warto uzupełnić o dwie dodatkowe kwestie. Po pierwsze, mowa tu o art. 387 k.c., który stanowi, że „umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna”. Niemożność świadczenia musi istnieć w chwili zawarcia kontraktu, a świadczenie musi być niemożliwe do spełnienia obiektywnie, a więc nie tylko dla danego kontrahenta (dłużnika), lecz także dla każdej innej osoby. Uznać należy za niemożliwe świadczenie, które mogłoby polegać na wywołaniu skutku prawnego wyłączono przez ustawę (np. przeniesienie prawa według ustawy niezbywalnego). Po drugie,

<sup>37</sup> K. Bączyk, *Glosa do wyroku SN z dnia 16 lutego 2001 r., IV CKN 244/00, teza 3*, OSP 2002, nr 3, poz. 39.

<sup>38</sup> Szerzej pisze o tym M. Safjan, *Zasada swobody umów (Uwagi wstępne na tle wykładni art. 353 k.c.)*, PiP 1993.

<sup>39</sup> M. Safjan, [w:] *Kodeks cywilny...*, s. 671.

art. 388 k.c. pozwala dodatkowo kontrolować treść umowy (o papier wartościowy) w razie wyzysku. Mowa tu o sytuacji, gdy jedna ze stron wykorzystuje przymusowe położenie (najczęściej trudna sytuacja materialna lub zdrowotna), niedoświadczenie (najczęściej wynika z podeszłego wieku) lub niedoświadczenie drugiego kontrahenta (najczęściej wynika z młodego wieku) i w zamian za swoje świadczenie przyjmuje albo zastrzega dla siebie lub dla osoby trzeciej świadczenie, którego wartość w chwili zawarcia umowy przewyższa w rażącym stopniu wartość jego własnego świadczenia. Jest to uznawane za sprzeczne z przepisami prawa i zasadami uczciwego obrotu. Dominujący pogląd trafnie przyjmuje, że wyzysk należy uznać za wadliwość treści czynności prawnej, a nie za jedną z wad oświadczenia woli. Legislador przyznaje pokrzywdzonemu prawo żądania dokonania zmiany treści umowy, która może polegać na zmniejszeniu świadczenia uzyskanego, zwiększeniu świadczenia uzyskanego bądź też na równoczesnym zmniejszeniu świadczeń obu stron<sup>40</sup>.

#### 4. Teoria umowna a zasada *numerus clausus* papierów wartościowych

Powyższa analiza koncepcji i teorii papierów wartościowych uwidacznia doktrynalne trudności w przyjęciu jednej ogólnej definicji tej instytucji, czego efektem jest postawa ustawodawcy zmierzająca do tworzenia w przypadku obrotu publicznego zamkniętego katalogu omawianych dokumentów. Z uwagi na przyjęcie przez autora umownej koncepcji papierów wartościowych, takie podejście nie mogło się sprawdzić – zwłaszcza w dobie globalizacji rynków kapitałowych oraz wzrastającego znaczenia swobody przepływu kapitałów i płatności. Dopuszczenie do emisji na rynku regulowanym papierów wartościowych powstałych na gruncie prawa innych państw członkowskich powoduje, że w tym zakresie nie można już mówić o zasadzie *numerus clausus*<sup>41</sup>.

Do powyższego zagadnienia można też podejść w zgoła odmienny, aczkolwiek kompromisowy sposób. O ile generalnie można mówić o zasadzie zamkniętego katalogu papierów wartościowych opartych na polskich przepisach, a dopuszczonych do publicznego obrotu, i tyle nie można zastosować tej zasady do papierów wartościowych, których źródeł należy upatrywać w przepisach państw trzecich. Właśnie ten ostatni argument powoduje, że nie można mówić o zamkniętym katalogu papierów wartościowych dopuszczonych do publicznego obrotu.

<sup>40</sup> Szerzej o tym J. Rajska, op. cit., s. 42 i n.

<sup>41</sup> Na temat poglądów dotyczących obowiązywania obecnie zasady *numerus clausus* papierów wartościowych zob. szerzej M. Romanowski, op. cit., s. 130 i n.

Kolejnym wartym uwagi zagadnieniem są skutki objęcia pojęciem papierów wartościowych praw pochodnych powstałych w wyniku emisji, a inkorporujących uprawnienie do nabycia lub objęcia papierów wartościowych wymienionych w art. 3 ust. 1 lit. a ustawy o obrocie instrumentami lub wykonywanych poprzez dokonanie rozliczenia pieniężnego<sup>42</sup>. Tak określony katalog instrumentów pochodnych daje w zasadzie nieograniczone możliwości tworzenia nowych papierów wartościowych (np. po zastosowaniu różnych sposobów rozliczenia finansowego).

W efekcie można wysnuć wniosek, że choć nie ma zamkniętego katalogu instrumentów pochodnych, to opierają się one na instrumentach bazowych stanowiących pewien zamknięty (przynajmniej w prawie polskim) katalog. *De facto* uprawnione wydaje się być twierdzenie o zasadzie *numerus clausus* polskich papierów wartościowych dopuszczonych do obrotu na rynku regulowanym, zaznaczając jednocześnie, iż reguła listy zamkniętej nie dotyczy papierów emitowanych na podstawie przepisów prawa innego państwa, a dopuszczonych do obrotu. Rozważania te są tym bardziej interesujące, że w wielu państwach Europy Zachodniej przyjęto umowną koncepcję papieru wartościowego pod wpływem prawa francuskiego.

Wracając natomiast do kwestii charakteru przyjętej w prawie publicznym definicji papierów wartościowych, należy uznać, że ustawodawca w zasadzie omija ten problem poprzez zastosowanie wyliczeń. Przyjęcie takiej konstrukcji powoduje, że definicja ta nie jest tożsama z określeniem papierów wartościowych w kodeksie cywilnym<sup>43</sup>. Co więcej, szczegółowa analiza poszczególnych instrumentów finansowych zaliczonych w ustawie o obrocie instrumentami finansowymi do powyższej grupy prowadzi do wniosku, że wykazują one niekiedy odmienne cechy niż klasyczne papiery wartościowe w rozumieniu kodeksu cywilnego<sup>44</sup>. Sama dematerializacja nie powoduje jednak, że mamy do czynienia z inną instytucją niż papier wartościowy w rozumieniu k.c., lecz jedynie ze zmianą nośnika materialnego. Inną natomiast kwestią jest rozszerzenie klasycznego papieru wartościowego w ustawie o obrocie instrumentami na dodatkowe kategorie instrumentów finansowych. Wydaje się zatem, że przyjęcie umownej koncepcji instrumentu finansowego winno skutkować podobnym jego traktowaniem jak w ustawie o obrocie instrumentami finansowymi traktowane są papiery wartościowe. Brak takiego zabiegu powoduje, że definicja papieru wartościowego w rozumieniu ostatniej z wymienionych ustaw jest zdecydowanie szersza niż

---

<sup>42</sup> Papiery wartościowe, które stanowią podstawę prawa pochodnego, będą również określone mianem bazy lub instrumenty bazowego.

<sup>43</sup> Zob. F. Zoll, op. cit., s. 207 i n.

<sup>44</sup> Takim przykładem są prawa pochodne od papierów wartościowych, których instrumentem bazowym jest papier wartościowy, czy zaliczane do kategorii papierów wartościowych prawa do akcji.

w przypadku kodeksu cywilnego. Można nawet postawić tezę, że w prawie polskim mamy dwie definicje papieru wartościowego – cywilistyczną (kodeks cywilny) oraz finansową (ustawa o obrocie instrumentami finansowymi), których zakres pojęciowy wspólny jest jedynie w pewnym fragmencie. Definicja zawarta w ustawie o obrocie instrumentami finansowymi obejmuje jedynie te papiery wartościowe w rozumieniu kodeksu cywilnego, które ustawodawca dopuścił do obrotu regulowanego<sup>45</sup>.

Wydaje się jednak, że w przypadku papierów wartościowych emitowanych na giełdzie prym wiedzie teoria umowna lub jej zmodyfikowana postać. W myśl tej teorii źródła powstania papierów wartościowych należy poszukiwać w podstawowym stosunku prawnym, np. umowie spółki akcyjnej. Kreacja nie następuje więc na podstawie jednostronnego oświadczenia woli, bowiem musi istnieć porozumienie co do jego powstania, a następnie wydania uprawnionemu, nawet jeżeli wydanie następuje jedynie poprzez wpis na właściwym rachunku. O ile w wypadku klasycznych papierów wartościowych ich źródłem jest umowa, a następnie porozumienie co do ich emisji, o tyle przy prawach pochodnych dopiero z chwilą powstania stosunku prawnego możemy mówić o papierze wartościowym.

## Podsumowanie

Wydaje się iż przyjęcie umownej koncepcji papierów wartościowych, a tym samym próba przeniesienia na ich grunt zasady swobody umów może doprowadzić do definitywnego zerwania z zasadą zamkniętego katalogu tych instrumentów. Autor celowo w niniejszej pracy starał się zastępować słowo „papier” określeniem „instrument”, a niekiedy też „tytuł”, ponieważ w dobie dematerializacji obrotu oraz szerokiej swobody przepływu kapitałów i płatności mówienie o „papierze wartościowym” wydaje się być językowym anachronizmem. Wzorem doktryny francuskiej należałoby wręcz mówić o „tytule wartościowym” albo „tytule zbywalnym” (*titre négociable*). Prowadzić by to mogło do powstania swoistej umowy o tytuł, stanowiącej (podobnie jak kiedyś leasing) rodzaj empirycznej umowy nienazwanej, której rozwój determinowany byłby m.in. przez zasadę swobody umów.

---

<sup>45</sup> Poza tą grupą można wyróżnić dodatkowo dwie inne kategorie, tj. prawa pochodne oraz prawa do akcji.

**Sylwia Łazarewicz**

Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie

## **Charakter prawny świadczenia wykonawcy w umowie o roboty budowlane i jego konsekwencje dla praktyki obrotu gospodarczego**

### **Uwagi wprowadzające**

Kwestia charakteru prawnego świadczenia w umowie o roboty budowlane od wielu już lat jest przedmiotem sporów zarówno w doktrynie, jak i orzecznictwie sądowym. Przyczyną tego stanu rzeczy jest przede wszystkim szczątkowa oraz nieprecyzyjna regulacja samej umowy o roboty budowlane w kodeksie cywilnym, ale również niekonsekwencja sądów cywilnych co do ustalania charakteru prawnego omawianego świadczenia. Choć problem ten ma istotne znaczenie dla praktyki obrotu gospodarczego, na gruncie orzeczeń Sądu Najwyższego oraz sądów apelacyjnych obserwować można brak ustabilizowanych poglądów oraz znaczne rozbieżności przy rozstrzyganiu sporów pomiędzy stronami umów o roboty budowlane. Wbrew pozorom kwestia charakteru prawnego świadczenia w umowie o roboty budowlane nie ma znaczenia wyłącznie teoretycznego, wprost przeciwnie – przyjęcie jego niepodzielności, względnie podzielności powoduje istotne konsekwencje praktyczne w stosunkach pomiędzy wykonawcą a inwestorem, rzutując przede wszystkim na:

- odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania, w tym skutki odstąpienia od umowy;
- określenie relacji między rozliczeniami częściowymi a rozliczeniem końcowym pomiędzy stronami;
- określenie rozpoczęcia biegu terminów przedawnienia dla roszczeń z odpowiedzialności kontraktowej oraz biegu terminów dla roszczeń z tytułu rękojmi i gwarancji<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> A. Damasiewicz, *Umowa o roboty budowlane z wzorami*, Warszawa 2010, s. 85.

Zatem ustalenie charakteru prawnego świadczenia wykonawcy budowlanego pociąga za sobą szereg daleko idących skutków prawnych dla stron umowy. Dlatego wypracowanie spójnych poglądów oraz zasad rozstrzygania sporów, których zarzewiem jest niejednokrotnie właśnie charakter omawianego świadczenia, pozwoli na zmniejszenie niepewności zarówno przedsiębiorców, jak i konsumentów – podmiotów umów o roboty budowlane.

Celem publikacji jest próba udzielenia odpowiedzi na fundamentalne pytanie o charakter świadczenia wykonawcy w umowie o roboty budowlane poprzez dokonanie analizy zaprezentowanych w literaturze poglądów przedstawicieli nauki oraz istniejącego orzecznictwa sądowego. Pozwoli to na ustalenie i wskazanie praktycznych konsekwencji przyjęcia podzielnego, względnie niepodzielnego charakteru tegoż świadczenia. Nie mniej ważnym aspektem jest też odpowiedź na pytanie o dopuszczalność przesądzenia przez strony (już w samej umowie), czy świadczenie wykonawcy ma charakter podzielnego, czy niepodzielnego.

## **1. Konsekwencje przyjęcia podzielności bądź niepodzielności świadczenia wykonawcy w umowie o roboty budowlane**

Jak wzmiankowano powyżej, przyjęcie określonego charakteru prawnego świadczenia wykonawcy w umowie o roboty budowlane pociąga za sobą daleko idące konsekwencje prawne, przede wszystkim co do określenia wzajemnych praw i obowiązków stron umowy. Zgodnie z ogólnymi przepisami kodeksu cywilnego dotyczącymi wykonywania zobowiązań, ustalenie, że świadczenie ma charakter podzielnego, powoduje, że w myśl art. 450 k.c.: „wierzyciel nie może odmówić przyjęcia świadczenia częściowego, chociażby cała wierzytelność nie była już wymagalna, chyba że przyjęcie takiego świadczenia narusza jego uzasadniony interes”. Przyjęcie przez wierzyciela świadczenia częściowego powoduje zatem zwolnienie dłużnika z zobowiązania w tym zakresie. Skutki takie nie powstają w sytuacji, gdy uznamy, że świadczenie wykonawcy jest niepodzielne.

Na gruncie regulacji umowy o roboty budowlane problem komplikuje art. 654 k.c., w myśl którego: „w braku odmiennego postanowienia umowy inwestor zobowiązany jest na żądanie wykonawcy przyjmować wykonane roboty częściowo, w miarę ich ukończenia, za zapłatą odpowiedniej części wynagrodzenia”. Co ciekawe – samo istnienie obowiązku dokonywania odbiorów częściowych w ramach umowy o roboty budowlane było podnoszone zarówno jako argument, który wzmacnia pogląd o jednorazowym świadczeniu wykonawcy, jak i taki, który wskazuje na podzielność świadczenia. Należy jednak zdecydowanie podzielić ocenę Sądu Najwyższego, który kilkukrot-



nie wskazywał, że dokonywane przez inwestora na podstawie art. 654 k.c. odbiory częściowe i zapłata części wynagrodzenia nie powodują wygaśnięcia zobowiązania w tej części<sup>2</sup>. Oznacza to, że końcowe rozliczenie robót może obejmować prace już odebrane i rozliczone, a strony mogą korygować swoje wcześniejsze stanowiska. Czym innym jest zatem finansowanie w miarę postępu robót, a czym innym częściowe wykonywanie świadczenia.

Kolejną istotną konsekwencją określonego zakwalifikowania świadczenia wykonawcy w umowie o roboty budowlane jest możliwość zastosowania zasad solidarnej odpowiedzialności stron tej umowy. W zależności od przyjętego (podzielного bądź niepodzielного) charakteru świadczenia odmiennie przedstawia się możliwość zastosowania przepisu art. 380 § 1 k.c., zgodnie z którym: „dłużnicy zobowiązani do świadczenia niepodzielного są odpowiedzialni za spełnienie świadczenia jak dłużnicy solidarni”. Zatem w razie przyjęcia, że świadczenie wykonawcy jest niepodzielne, a jest ich kilku, to odpowiadają oni solidarnie wobec inwestora za całość świadczenia. Przepis ten nie miałby jednak zastosowania, gdyby przyjąć dzielny charakter świadczenia wykonawcy. W grę wchodziłby wówczas art. 379 § 1 k.c., który nakazuje podział świadczenia wykonawców na tyle części, ilu jest wykonawców. Powstaje pytanie: jakich świadczeń inwestor mógłby dochodzić od poszczególnych wykonawców?<sup>3</sup>

Jest i druga strona medalu. Jeżeli świadczenie wykonawcy uznane będzie za świadczenie niepodzielne, wówczas stosuje się art. 380 § 2 k.c., zgodnie z którym: „w braku odmiennej umowy dłużnicy zobowiązani do świadczenia dzielного są odpowiedzialni za jego spełnienie solidarnie, jeżeli wzajemne świadczenie wierzyciela jest niepodzielne”. Zatem inwestorzy będą odpowiedzialni solidarnie za zapłatę wynagrodzenia wykonawcy<sup>4</sup>.

Kwestia charakteru prawnego świadczenia w umowie o roboty budowlane ma jednak przede wszystkim znaczenie dla możliwości odstąpienia od umowy oraz związanych z tym zasad wzajemnego rozliczenia wykonawcy z inwestorem. W razie odstąpienia od umowy inaczej bowiem kształtują się ich prawa i obowiązki w sytuacji, gdy świadczenia obu stron umowy wzajemnej uznamy za dzielne, a inaczej gdy za niepodzielne.

Uprawnienie wierzyciela do odstąpienia od umowy w przypadku zwłoki dłużnika przewiduje m.in. art. 491 k.c. Zgodnie z treścią § 2 dzielność świadczenia umożliwia odstąpienie od umowy ze skutkiem *ex nunc*, co pozwala na utrzymanie umowy co do części już wykonanej<sup>5</sup>. Art. 491 § 2 zd. 1 k.c.

<sup>2</sup> Zob. wyroki SN: z dnia 4 września 2002 r., I CK 1/02, Lex 75261; z dnia 23 stycznia 2007 r., III CSK 275/06, Lex 277283; z dnia 26 kwietnia 2007 r., III CSK 366/06, Lex 274211.

<sup>3</sup> E. Strzépka-Frania, W. Białończyk, *Przedmiot świadczenia wykonawcy (generalnego wykonawcy) w umowie o roboty budowlane*, MoP 2006, nr 15, s. 812.

<sup>4</sup> A. Damasiewicz, op. cit., s. 86–87.

<sup>5</sup> T. Sokółowski, [w:] A. Kidyba (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. III: *Zobowiązania – część szczególna*, Warszawa 2010, s. 306.

stanowi: „Jeżeli bowiem jedna ze stron dopuszcza się zwłoki tylko co do części świadczenia, uprawnienie do odstąpienia od umowy przysługujące drugiej stronie ogranicza się, według jej wyboru, albo do tej części, albo do całej reszty niespełnionego jeszcze świadczenia”. W tej sytuacji spełnione przez wykonawcę w części świadczenie podlega rozliczeniu według umowy, rozliczenia właściwe dla reżimu odstąpienia od umowy dotyczą jedynie tej części świadczenia, co do której nastąpiło odstąpienie<sup>6</sup>. Jeżeli natomiast świadczenie jest niepodzielne, odstąpienie od umowy następuje ze skutkiem *ex tunc*, czyli dotyczy zarówno już zbudowanej części obiektu, jak i części jeszcze niezrealizowanej<sup>7</sup>. Powstaje zatem stan, jakby umowa w ogóle nie była zawarta<sup>8</sup>. Co oznacza, że strony zwracają sobie to, co do momentu odstąpienia sobie świadczyły.

Obowiązek zwrotu spełnionych świadczeń zasadniczo powinien być dokonany w naturze. Nie zawsze jednak jest to fizycznie możliwe, zwłaszcza w przypadku umowy o roboty budowlane, co wynika z charakteru samego oddziaływania wykonawcy robót budowlanych. Obowiązek zwrotu świadczenia wykonawcy przybiera więc postać zwrotu wartości częściowo wykonanego obiektu. Nie ma zatem wtedy znaczenia wysokość uzgodnionego przez strony wynagrodzenia z tytułu wykonania robót, co bez wątpienia jest dla wykonawcy drastyczną konsekwencją<sup>9</sup>.

Poszukując remedium na powyższe następstwa, wyrażono nawet pogląd, że dopuszczalne jest zastosowanie art. 491 § 2 k.c. także w sytuacji, gdy świadczenie wykonawcy uznamy za niepodzielne i to pomimo tego, że przepis rozpoczyna *passus*: „jeżeli świadczenia obu stron są podzielne”. Wywodzono w drodze wykładni *a simili*, że art. 491 § 2 k.c. odnosi się nie tylko do zobowiązań podzielnych w rozumieniu art. 379 § 2 k.c., ale także do świadczeń podlegających podziałowi ze względu na ich częściowe spełnianie w czasie<sup>10</sup>. Choć jest bezsporne, że zezwolenie wierzycielowi na odstąpienie

<sup>6</sup> M. Gutowski, *Odstąpienie od umowy o roboty budowlane*, PiP 2005, nr 9, s. 76; tak również SN w wyroku z dnia 23 stycznia 2008 r., V CSK 379/2007, LexPolonica 1806420.

<sup>7</sup> T. Sokołowski, [w:] A. Kidyba (red.), *Kodeks cywilny...*, s. 306.

<sup>8</sup> Poza zakresem rozważań pozostaje tu kwestia kontrowersji związanych ze wskazaniem skutków odstąpienia od umowy w odniesieniu do odstąpienia umownego i ustawowego. Skutki odstąpienia umownego określa art. 395 § 2 k.c., stanowiąc, że „w razie wykonania prawa odstąpienia umowa uważana jest za niezawartą. To, co strony już świadczyły, ulega zwrotowi w stanie niezmiennym, chyba że zmiana była konieczna w granicach zwykłego zarządu. Za świadczone usługi oraz korzystanie z rzeczy należy się drugiej stronie odpowiednie wynagrodzenie”. Co do określenia skutków odstąpienia ustawowego art. 494 k.c. przewiduje: „strona, która odstępuje od umowy wzajemnej, obowiązana jest zwrócić drugiej stronie wszystko, co otrzymała od niej na mocy umowy; może żądać nie tylko zwrotu tego, co świadczyła, lecz również naprawienia szkody wynikłej z niewykonania zobowiązania”. Co znamienne, art. 494 k.c. nie powtarza sformułowania zawartego w art. 395 § 2 k.c. – „umowa uważana jest za niezawartą”.

<sup>9</sup> M. Gutowski, *op. cit.*, s. 74–75.

<sup>10</sup> M. Lemkowski, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z dnia 19 III 2004 r., IV CK 172/03, „Rejent” 2006, nr 1, s. 140–141.*

od całości umowy w sytuacji, gdy znaczna część zobowiązania została przez dłużnika wykonana, stanowi bardzo daleko idącą konsekwencję zwłoki, to zaproponowana wykładnia art. 491 § 2 k.c. nie wydaje się jednak przekonująca.

Analizując konsekwencje odstąpienia od umowy o roboty budowlane, należy również uwzględnić regulację art. 635 k.c., stosowaną do umowy o roboty budowlane na mocy odesłania zawartego w art. 656 § 1 k.c. Przenosząc jego treść na grunt umowy o roboty budowlane, przyznaje on inwestorowi prawo odstąpienia od umowy przed upływem terminu do wykonania obiektu w przypadku takiego opóźnienia wykonawcy, które czyni nieprawdopodobnym ukończenie obiektu w czasie umówionym. Zatem art. 635 k.c. jako przepis szczególny w stosunku do ogólnych przepisów dotyczących niewykonania umów wzajemnych wyłącza określone w art. 491 § 1 k.c. warunki odstąpienia od umowy w postaci popadnięcia przez wykonawcę w zwłokę i wyznaczania mu dodatkowego terminu do rozpoczęcia lub kontynuowania i ukończenia obiektu<sup>11</sup>.

## 2. Charakter świadczenia wykonawcy w orzecznictwie sądowym

W orzecznictwie zarówno Sądu Najwyższego, jak i sądów apelacyjnych istnieją rozbieżności co do charakteru prawnego świadczenia wykonawcy w umowie o roboty budowlane. Analizując poszczególne rozstrzygnięcia, można jednak dostrzec znamiennej ewolucję. Starsza judykatura opowiada się zdecydowanie za niepodzielnością świadczenia wykonawcy, nowsza natomiast dość stanowczo za podzielnością. Niemniej jednak nadal pojawiają się orzeczenia odbiegające od tak zarysowanego podziału, stąd i problem wciąż pozostaje aktualny.

Początkowo sądy konsekwentnie przyjmowały niepodzielny charakter świadczenia wykonawcy w umowie o roboty budowlane, co znalazło wyraz w kilku znamienych orzeczeniach. Sąd Apelacyjny w Warszawie 7 marca 2001 r. orzekł, że skuteczne odstąpienie od umowy o roboty budowlane powoduje, że stosunek prawny wygasa *ex tunc*<sup>12</sup>. W uzasadnieniu wskazano, że ze względu na niepodzielność świadczenia nie jest możliwe zastosowanie regulacji art. 491 § 2 k.c., czyli odstąpienie tylko od tej części zobowiązania, która nie została spełniona. Również Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 14 marca 2002 r.<sup>13</sup>, opierając się na ustawowej definicji świadczenia podzielnego z art. 379 § 2 k.c., przyjął niepodzielność przedmiotu świadczenia umowy o roboty

<sup>11</sup> Wyrok SN z dnia 14 listopada 2008 r., V CSK 182/08, Lex 619662.

<sup>12</sup> Wyrok SA w Warszawie z dnia 7 marca 2001 r., ACa 512/00, „Prawo Gospodarcze” 2002, nr 5.

<sup>13</sup> Wyrok SN z dnia 14 marca 2002 r., IV CKN 821/00, Lex 54375.

budowlane. Sąd uzasadniał, że choć przy robotach budowlanych na ogół da się wyodrębnić poszczególne etapy prac, a także ocenić na każdym z nich wartość robocizny i zużytych materiałów, to nie znaczy to, że przedmiot świadczenia jest podzielny w rozumieniu art. 379 § 2 k.c. Każda z części, traktowana osobno, ma bowiem zupełnie inne właściwości niż całość. Wskazał przy tym, że świadczenie wykonawcy w umowie o roboty budowlane jest oznaczone co do tożsamości (w rozstrzyganym przypadku świadczenie obejmujące wybudowanie oczyszczalni), a wskutek tego zawsze niepodzielne. Taką linię orzeczniczą Sąd podtrzymał jeszcze w wydanym niespełna sześć miesięcy później wyroku z 4 września 2002 r.<sup>14</sup>, orzekając, że przyjęcie w umowie częściowego sposobu rozliczania robót (art. 654 k.c.) nie zmienia charakteru zobowiązań stron.

To wydawałoby się ugruntowane już stanowisko uległo jednak zmianie w przełomowym wyroku z 19 marca 2004 r.<sup>15</sup>, w którym wbrew wcześniejszym twierdzeniom SN przyjął, że świadczenie wykonawcy wynikające z umowy o roboty budowlane jest jednak podzielne w rozumieniu art. 379 § 2 k.c. Sąd dokonał tu rozłącznej oceny charakteru przedmiotu świadczenia oraz samego świadczenia wykonawcy. W uzasadnieniu wskazał, że przedmiot świadczenia jest oznaczony co do tożsamości, a w związku z tym, tak jak przyjmowano wcześniej, w zasadzie niepodzielny, co nie może być jednak utożsamiane z niepodzielnością samego świadczenia. W przypadku umowy o roboty budowlane polega ono na wykonaniu określonych robót, których efektem jest wytworzenie oznaczonego w umowie obiektu. Czym innym jest to, że inwestor zainteresowany jest otrzymaniem określonego co do tożsamości przedmiotu, jakim jest obiekt, czym innym zaś możliwość wykonywania częściami robót niezbędnych do tego, aby taki obiekt powstał. Takie częściowe wykonywanie robót jest właśnie częściowym spełnianiem świadczenia w rozumieniu art. 379 § 2 k.c., gdyż możliwe jest bez istotnej zmiany tego obiektu. Sąd doszedł zatem do konkluzji, że choć przedmiot świadczenia, tzn. obiekt jest niepodzielny, to świadczenie z tej umowy, tj. wykonywanie robót budowlanych jest podzielne. W kolejnym wyroku (z 16 listopada 2005 r.<sup>16</sup>) SN, podtrzymując co do zasady tezę o podzielności świadczenia wykonawcy, uzupełnił wcześniejszą wypowiedź stwierdzeniem, że przesądzenie jego podzielnego lub niepodzielnego charakteru zależeć będzie przede wszystkim od postaci przedmiotu świadczenia, a w każdym razie – od woli stron wyrażonej w umowie. To stanowisko SN konsekwentnie potwierdził w kolejnych orzeczeniach. W tezie wyroku z 20 kwietnia 2006 r.<sup>17</sup> ponownie przyjął, że niepodzielność przedmiotu świadczenia nie może być utożsamiana z niepodzielnością

<sup>14</sup> Wyrok SN z dnia 4 września 2002 r., I CK 1/02, Lex 75261.

<sup>15</sup> Wyrok SN z dnia 19 marca 2004 r., IV CK 172/03, OSP 2006/2/18.

<sup>16</sup> Wyrok SN z dnia 16 listopada 2005 r., V CK 350/05, Lex 176353.

<sup>17</sup> Wyrok SN z dnia 20 kwietnia 2006 r., III CSK 11/06, LexPolonica nr 2059595.

świadczenia. Podzielności takiej nie wykluczają cechy prawne charakteryzujące świadczenie wykonawcy robót, a mianowicie samo określenie przedmiotu świadczenia jako obiektu zindywidualizowanego (*species*) i jednorazowy charakter świadczenia wykonawcy. Ponadto SN kategorięcznie opowiedział się za prymatem woli stron co do przyjęcia określonego charakteru świadczenia wykonawcy. Stwierdził bowiem, że zagadnienie prawnej kwalifikacji omawianego świadczenia nie powstaje wówczas, gdy same strony umowy o roboty budowlane wprost lub pośrednio przewidują jego podzielność. Podobne konkluzje znalazły się również w tezie wyroku z 5 listopada 2008 r.<sup>18</sup>, gdzie SN wskazał, że odstąpienie od umowy może działać ze skutkiem *ex nunc* tylko wtedy, gdy świadczenie wykonawcy robót budowlanych ma charakter podzielny w rozumieniu art. 379 § 2 k.c., co należy ocenić przez pryzmat regulacji zawartej w art. 647 k.c. oraz treści regulacji zawartej w samej umowie. Za podzielnością świadczenia wykonawcy wynikającego z umowy o roboty budowlane, choć bez bliższego uzasadnienia, powołując się jedynie na argumentację przedstawioną w wyroku z 19 marca 2004 r., opowiedział się SN również w wyroku z 14 listopada 2008 r.<sup>19</sup> i w wyroku z 9 lipca 2009 r.<sup>20</sup> W wyroku z 4 czerwca 2009 r.<sup>21</sup> jednakże powrócił do kategorięcznego stwierdzenia, że o tym, czy świadczenie niepieniężne przewidziane w umowie o roboty budowlane jest podzielne, czy niepodzielne, w rozumieniu art. 491 § 2 w związku z art. 379 § 2 k.c., decydują przede wszystkim postanowienia umowy interpretowane zgodnie z art. 65 § 2 k.c.<sup>22</sup>

Zaprezentowane tu stanowisko judykatury nie jest jednak tak konsekwentne jakby się początkowo wydawało. Sąd Apelacyjny w Poznaniu w wyroku z 11 stycznia 2006 r.<sup>23</sup> jednoznacznie przyjął bowiem, że przedmiotem umowy o roboty budowlane jest końcowy obiekt o pełnej integralności składowych elementów. Nie można zatem tylko z racji sukcesywnej budowy (montażu) tego obiektu mówić o podzielności świadczenia w rozumieniu art. 379 § 2 k.c. Również Sąd Apelacyjny w Katowicach w wyroku z 30 marca 2006 r.<sup>24</sup> przyjął, że umowa o roboty budowlane charakteryzuje się zobowiązaniem osiągnięcia materialnego rezultatu w postaci końcowego efektu przewidzianego w umowie. Ponadto SN w wyroku z 27 marca 2008 r.<sup>25</sup> wskazał, że odstąpienie od umowy o roboty budowlane wywiera skutek *ex tunc*, tj. stwarza taki stan prawny, jakby umowa nie została w ogóle zawarta. Zatem wydaje się, że w ten sposób powrócił do poglądu o niepodzielności świadcze-

<sup>18</sup> Wyrok SN z dnia 5 listopada 2008 r., I CSK 198/08, Lex 483312.

<sup>19</sup> Wyrok SN z dnia 14 listopada 2008 r., V CSK 182/08, Lex 619662.

<sup>20</sup> Wyrok SN z dnia 9 lipca 2009 r., III CSK 341/08, Lex 584753.

<sup>21</sup> Wyrok SN z dnia 4 czerwca 2009 r., III CSK 337/08, Lex 512064.

<sup>22</sup> T. Sokołowski, [w:] A. Kidyba (red.), *Kodeks cywilny...*, s. 306–307.

<sup>23</sup> Wyrok SA w Poznaniu z dnia 11 stycznia 2006 r., I ACa 761/05, Lex 186159.

<sup>24</sup> Wyrok SA w Katowicach z dnia 30 marca 2006 r., I ACa 1900/05, Lex 217197.

<sup>25</sup> Wyrok SN z dnia 27 marca 2008 r., II CSK 477/07, Lex 385595.

nia wykonawcy. Przy czym w uzasadnieniu znalazło się również stwierdzenie, zgodnie z którym przesądzenie podzielnego lub niepodzielnego charakteru świadczenia wykonawcy zależy od postaci przedmiotu świadczenia wykonawcy, a w każdym razie od woli stron wyrażonej w umowie.

### 3. Poglądy doktryny co do charakteru świadczenia wykonawcy

Wyrażony przez Sąd Najwyższy pogląd o podzielności świadczenia wykonawcy spotkał się z krytyką doktryny. M. Lemkowski wskazał, że świadczenie wykonawcy w umowie o roboty budowlane nie jest świadczeniem podzielnym w rozumieniu art. 379 § 1 k.c. O takim możemy bowiem mówić jedynie wówczas, gdy są to czynności jednorodne, trwające w czasie lub powtarzające się<sup>26</sup>, a poszczególne jego części muszą mieć wszystkie istotne właściwości całego świadczenia<sup>27</sup>. Takich cech nie ma świadczenie wykonawcy. Wykonanie robót budowlanych nie stanowi bowiem działań jednorodnych. Mają one charakter złożony, prowadzą do osiągnięcia oznaczonego w umowie rezultatu, którym jest rzecz oznaczona co do tożsamości, zupełnie nie dająca się podzielić pomiędzy strony stosunku zobowiązaniowego<sup>28</sup>.

Przesłanki przemawiające za przyjęciem niepodzielności świadczenia wykonawcy w umowie o roboty budowlane wskazali również E. Strzępka-Frania i W. Białończyk, argumentując, że choć właściwości fizyczne obiektu pozwalają na wyodrębnienie z niego pewnych części, to jednak spowoduje to istotną zmianę zarówno przedmiotu świadczenia, jak i wartości świadczenia. Co więcej, wydawanie obiektu częściami nie jest przedmiotem świadczenia wykonawcy z umowy o roboty budowlane, nie spełnia bowiem celu umowy, jakim jest wybudowanie obiektu i przekazanie go inwestorowi. Uznanie świadczenia wykonawcy za podzielne nie zaspokaja zatem wynikającego z umowy interesu zarówno jego, jak i inwestora<sup>29</sup>.

Podobne stanowisko zajął również M. Jamka, który stwierdził, że podzielność świadczenia związana jest z obiektywnymi właściwościami przedmiotu świadczenia. To powoduje, że co do zasady świadczenie wykonawcy ma charakter niepodzielny. Autor ten nie wykluczył jednak *a priori* podzielności, przyjmując, że wskazane w art. 379 § 2 k.c. przesłanki mogą być w konkretnych okolicznościach spełnione. Odnosząc się do kwestii woli stron co do określenia charakteru świadczenia, uznał, że decydujące o tym właściwości świadczenia nie mogą być przedmiotem uzgodnienia stron. Doprowadzi to

<sup>26</sup> T. Dybowski, [w:] *System prawa cywilnego*, t. III, cz. 1, Wrocław i in. 1981, s. 109–110.

<sup>27</sup> Wyrok SN z dnia 14 marca 2002 r., IV CKN 821/00, Lex 54375.

<sup>28</sup> M. Lemkowski, op. cit., s. 138.

<sup>29</sup> E. Strzępka-Frania, W. Białończyk, op. cit., s. 809–813.

bowiem co najwyżej do nadania świadczeniu charakteru spełnianego częściowo, a nie charakteru podzielnego<sup>30</sup>.

T. Sokołowski, opowiadając się co do zasady za niepodzielnością świadczenia w umowie o roboty budowlane, nie wykluczył jednak istnienia świadczeń o odmiennym charakterze. Analizując przesłanki decydujące o podzielnym charakterze świadczenia wykonawcy, wyróżnił przesłanki subiektywne oraz obiektywne. Jako że postanowienia umowy stanowią element subiektywny, nie mają dowolnego charakteru i muszą być skorelowane z elementem obiektywnym, czyli cechami technicznymi obiektu lub cechami technologicznymi procesu budowlanego<sup>31</sup>.

Akceptując najnowsze orzecznictwo SN, za swobodą stron w określaniu podzielności lub niepodzielności świadczenia wykonawcy opowiedziała się A. Damasiewicz. Dopiero przy braku takich regulacji w umowie ocena charakteru świadczenia powinna następować przy uwzględnieniu kodeksowych zasad regulujących wykonywanie zobowiązań<sup>32</sup>.

## 4. Kryteria oceny charakteru świadczenia wykonawcy

### 4.1. Pojęcie świadczenia podzielnego oraz świadczenia częściowego

Pojęcie świadczenia podzielnego zostało zdefiniowane w art. 379 § 2 k.c. Zgodnie z jego treścią: „świadczenie jest podzielne, jeżeli może być spełnione częściowo bez istotnej zmiany przedmiotu lub wartości”. Z definicji tej wynika, że podzielność świadczenia zachodzi wówczas, gdy przy jego spełnianiu częściami występują kumulatywnie dwie przesłanki. Po pierwsze, zachowany musi być bez istotnej zmiany przedmiot świadczenia, co oznacza, że poszczególne części muszą mieć wszystkie istotne właściwości świadczenia. Przy czym, jak słusznie podniesiono, ocena tego powinna uwzględniać właściwości fizyczne przedmiotu świadczenia. Po drugie, wartość świadczenia nie może ulec istotnej zmianie, co nakazuje wziąć pod uwagę wynikający z treści zobowiązania cel świadczenia oraz interes wierzyciela<sup>33</sup>.

Kodeks wyróżnia również kategorię świadczeń częściowych, czyli takich, które mogą być spełniane sukcesywnie, tj. w określonych odstępach czasowych. Ze swej natury większość świadczeń może być w ten sposób spełniana, a treść art. 450 k.c. pozwala przyjąć, że ustawodawca dopuszcza taką możliwość w odniesieniu zarówno do świadczeń podzielnych, jak i niepodzielnych.

<sup>30</sup> M. Jamka, *Przedwczesne zakończenie umowy o roboty budowlane*, MoP 2007, nr 16, s. 891.

<sup>31</sup> T. Sokołowski, [w:] A. Kidyba (red.), *Kodeks cywilny...*, s. 308–309.

<sup>32</sup> A. Damasiewicz, op. cit., s. 96.

<sup>33</sup> Wyrok SN z dnia 14 marca 2002 r., IV CKN 821/00, Lex 54375; K. Zawada, [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. I, Warszawa 2005, s. 962.

Co do umowy o roboty budowlane potwierdza to dodatkowo art. 654 k.c. odnoszący się do obowiązku dokonywania odbiorów częściowych<sup>34</sup>.

Niestety Sąd Najwyższy zdaje się utożsamiać pojęcie świadczenia podzielnego ze świadczeniem częściowym, mimo że są to terminy o znaczeniu odmiennym. Z samego faktu sukcesywnego spełniania świadczenia w pewnym odcinku czasowym nie można wnioskować o jego podzielności<sup>35</sup>, ta bowiem wymaga nie tylko etapowego spełniania świadczenia, ale również zachowania jednorodności zarówno jego przedmiotu, jak i wartości świadczenia. Większość obiektów może być, co prawda, wykonywana etapami, ale nie jest to równoznaczne z wykonywaniem samodzielnie częściami<sup>36</sup>. Mamy tu zatem do czynienia z pomieszaniem dwóch kwestii – świadczenia spełnianego częściowo i świadczenia podzielnego.

Strony mogą również rozbić jedną umowę o roboty budowlane na szereg mniejszych, opisując przedmiot świadczenia osobno dla każdej z nich<sup>37</sup>. Wówczas inwestor, powierzając wykonawcy wykonanie części obiektu, powierza mu do wykonania pewną całość pod względem technicznym, chociażby to był tylko fragment obiektu budowlanego. Przedmiotem świadczenia jest wówczas umówiony obiekt, tj. konkretne roboty objęte umową stron<sup>38</sup>. Możliwość zawarcia umowy o roboty budowlane, której przedmiotem będzie wybudowanie obiektu budowlanego tylko w określonej części lub stanie zaawansowania robót, nie przeczy jednak niepodzielności przedmiotu świadczenia. Rezultat określony w umowie stanowi wówczas przedmiot świadczenia niepodzielnego, choć i w tym wypadku może ono być wykonywane etapami<sup>39</sup>.

#### 4.2. Przedmiot umowy (zobowiązania) a przedmiot świadczenia

Dla ustalenia charakteru prawnego świadczenia wykonawcy w umowie o roboty budowlane niezbędne jest precyzyjne zdefiniowanie pojęć „świadczenie wykonawcy” i „przedmiot świadczenia”. Jak słusznie dostrzeżono, zarówno doktryna, jak i orzecznictwo niekonsekwentnie posługują się wskazanymi terminami<sup>40</sup>.

Przedmiotem umowy o roboty budowlane jest świadczenie wykonawcy, tj. zachowanie dłużnika zgodne z treścią zobowiązania. Podstawowe znaczenie ma więc wykonywanie robót budowlanych, a nie wyłącznie osiągnięty w wyniku tego rezultat. Od przedmiotu umowy odróżnia się pojęcie przedmiotu świadczenia, tj. rzeczy, dobra, prawa, których dotyczy zachowanie

<sup>34</sup> M. Lemkowski, op. cit., s. 137–139.

<sup>35</sup> Ibidem, s. 137

<sup>36</sup> T. Sokołowski, [w:] A. Kidyba (red.), *Kodeks cywilny...*, s. 307.

<sup>37</sup> M. Jamka, op. cit., s. 891.

<sup>38</sup> E. Strzępka-Frania, W. Białończyk, op. cit., s. 813.

<sup>39</sup> T. Sokołowski, [w:] A. Kidyba (red.), *Kodeks cywilny...*, s. 309.

<sup>40</sup> E. Strzępka-Frania, W. Białończyk, op. cit., s. 803.



dłużnika. Zgodnie z art. 647 k.c., w umowie o roboty budowlane przedmiotem świadczenia wykonawcy jest obiekt<sup>41</sup>. Choć na gruncie przepisów kodeksu cywilnego brak jest jego definicji<sup>42</sup>, za obiekt należy uznać określony rezultat robót budowlanych, który w dokumentacji projektowej stanowi samoistną całość, dającą się wyodrębnić co najmniej pod względem technicznym lub technologicznym<sup>43</sup>.

Sąd Najwyższy w przełomowym orzeczeniu z 19 marca 2004 r.<sup>44</sup> uznał, że niepodzielność obiektu (przedmiotu świadczenia) nie jest równoznaczna z niepodzielnością samego świadczenia. Stanowisko to trudno jednak zaakceptować. Nie można bowiem rozstrzygać o charakterze świadczenia w oderwaniu od jego przedmiotu. W doktrynie powszechnie przyjmuje się, że przedmiot świadczenia w umowie o roboty budowlane, czyli rodzaj i charakter obiektu, przesądza o charakterze świadczenia wykonawcy<sup>45</sup>. Zatem charakter robót jest pochodną charakteru obiektu, a o podzielności świadczenia decyduje w znacznej mierze charakter materialnego rezultatu robót<sup>46</sup>.

Odpowiedzi na pytanie o dopuszczalność zaakceptowania podzielnego charakteru świadczenia wykonawcy należy w związku z tym poszukiwać poprzez ustalenie dopuszczalności podzielenia samego obiektu. Przy czym ocena tego powinna być dokonywana nie tylko w oparciu o możliwości technologiczne podziału na poszczególne typy czy etapy robót. Należy również brać pod uwagę przeznaczenie i użyteczność samego obiektu oraz interes ekonomiczny inwestora<sup>47</sup>.

Zróznicowanie obiektów na podzielne i niepodzielne zostało w doktrynie dokonane. Słusznie wskazano, że w odniesieniu do niektórych obiektów istnieje możliwość podzielenia na części, mogące także stanowić przedmiot odrębnych umów. Jednak sposób takiego podziału nie jest dowolny. Przesądzają o tym możliwości technologiczne oraz przepisy Prawa budowlanego. Obiekty realizowane w umowie o roboty budowlane podlegają bowiem przepisom Prawa budowlanego, które to o takiej podzielności decydują ostatecznie. Nie jest to zatem możliwe w odniesieniu do tych obiektów, które z zasady należy wykonywać w ramach jednolitego procesu technologicznego, a odbiór techniczny dotyczy całości<sup>48</sup>.

<sup>41</sup> Ibidem, s. 803–805.

<sup>42</sup> Nie należy utożsamiać pojęcia obiektu, o którym mowa w art. 647 k.c., z pojęciem obiektu budowlanego, zdefiniowanego w art. 3 pkt 1 ustawy z 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane (Dz.U. z 2010 r., nr 243, poz. 1623).

<sup>43</sup> J. Strzępka, [w:] J. Rajski (red.), *System prawa prywatnego. Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, t. 7, wyd. 2, Warszawa 2004, s. 391.

<sup>44</sup> Wyrok SN z dnia 19 marca 2004 r., IV CK 172/03, OSP 2006/2/18.

<sup>45</sup> E. Strzępka-Frania, W. Białończyk, op. cit., s. 809–810.

<sup>46</sup> T. Sokołowski, [w:] A. Kidyba (red.), *Kodeks cywilny...*, s. 308.

<sup>47</sup> W. Białończyk, *Glosa do wyroku SN z 19 marca 2004 r., IV CK 172/03*, OSP 2006, nr 2, poz. 18, s. 86.

<sup>48</sup> T. Sokołowski, [w:] A. Kidyba (red.), *Kodeks cywilny...*, s. 308–309.

Słusznie zatem Sąd Najwyższy dopuszcza możliwość uznania świadczenia wykonawcy w umowie o roboty budowlane za podzielne, co nie znaczy, że będzie tak w każdym przypadku. Niepodzielność omawianego świadczenia wynikać może bowiem z technicznej niepodzielności obiektu, jak również z technologicznej niepodzielności robót budowlanych służących jego realizacji.

### 4.3. Znaczenie woli stron dla określenia charakteru świadczenia

Trafnie wskazuje się w najnowszej judykaturze Sądu Najwyższego na znaczenie woli stron dla ustalenia podzielnego albo niepodzielnego charakteru świadczenia wykonawcy. We wskazanych wcześniej orzeczeniach SN zdaje się jednak przypisywać jej znaczenie nadrzędne – przesądzające, przyjmując, że to umowa decyduje ostatecznie o podzielności świadczenia wykonywanego w jej ramach. Choć niewątpliwie strony mogą w treści umowy przyjąć podzielny charakter świadczenia, to należy zaaprobować wyrażony w doktrynie pogląd, że dopuszczalność tego ogranicza się tylko do obiektów i robót, które z punktu widzenia reguł technicznych i regulacji Prawa budowlanego są podzielne<sup>49</sup>. Decydujące o podzielności właściwości świadczenia nie mogą być bowiem przedmiotem uzgodnienia stron. Doprowadzi to co najwyżej do nadania świadczeniu charakteru spełnianego częściowo, a nie charakteru podzielnego<sup>50</sup>. Przyjęcie przez strony podzielności świadczenia wymagać zatem będzie zawsze badania technicznej podzielności zarówno samego obiektu, jak i badania samego świadczenia, czyli technologicznej podzielności robót mających doprowadzić do zrealizowania obiektu.

Postanowienia umowy są więc tylko jednym z elementów dookreślających charakter świadczeń. Choć kwestia podzielności lub niepodzielności może stanowić dla stron umowy istotny miernik ich odpowiedzialności, to jednak charakter nadrzędny mają reżimy technologiczne oraz regulacje zawarte w Prawie budowlanym<sup>51</sup>. Wola stron rozstrzyga o tym, czy z punktu widzenia ich interesów niekompletne świadczenie nie traci znaczenia i wartości, tudzież jak w razie odstąpienia od umowy będzie ono rozliczane.

## Podsumowanie

Obserwowane w najnowszym orzecznictwie Sądu Najwyższego odejście od wydawałoby się ugruntowanej wcześniej koncepcji niepodzielności świadczenia wykonawcy w umowie o roboty budowlane należy ocenić sceptycznie. Poszukiwanie uzasadnienia dla uznania świadczeń za podzielne w poszcze-

<sup>49</sup> Ibidem, s. 308.

<sup>50</sup> M. Jamka, op. cit., s. 891.

<sup>51</sup> T. Sokołowski, [w:] A. Kidyba (red.), *Kodeks cywilny...*, s. 308–309.

gólnych rozstrzyganych sporach – jak się wydaje – podyktowane było potrzebą ochrony wykonawców. Bezsporne bowiem jest, że przyjęcie podzielnosci ich świadczenia w lepszym stopniu zabezpiecza ich interesy, szczególnie w przypadku odstąpienia przez inwestora od umowy. Trudno uznać za racjonalny, podyktowany art. 491 § 2 k.c., wymóg odstępowania w całości od częściowo już wykonanej umowy o roboty budowlane, tym bardziej że najczęściej dalsze wykonywanie zobowiązania może być bez większych przeszkód powierzone innej osobie, przez co częściowo spełnione świadczenie zachowuje dla wierzyciela znaczenie. W takiej sytuacji przyjęcie podzielnosci świadczenia powoduje, że odstąpienie od umowy o roboty budowlane *ex tunc* wydaje się być możliwe tylko w nielicznych przypadkach.

Podsumowując należy też zauważyć, że uzależnienie skutku odstąpienia od umowy wyłącznie od woli stron nie wydaje się być właściwym rozwiązaniem. Zarówno w orzecznictwie, jak i doktrynie dopuszczono jednak możliwość zastrzeżenia, że odstąpienie będzie odstąpieniem od umowy wyłącznie w części niewykonanej. Możliwe zatem jest uregulowanie w umowie kwestii wzajemnego rozliczenia stron na wypadek odstąpienia, w szczególności poprzez ustalenie, że odstąpienie od umowy niweczy ją jedynie ze skutkiem *pro futuro*. Takie remedium nie rozwiązuje jednak wszystkich problemów. Wprawdzie w doktrynie wyrażono pogląd o dopuszczalności przyjęcia wskazanego powyżej zastrzeżenia na wypadek odstąpienia od umowy na jakiegokolwiek podstawie (w tym dla ustawowego prawa odstąpienia)<sup>52</sup>, ale Sąd Najwyższy wydaje się dopuszczać takie uzgodnienie tylko w odniesieniu do umownego odstąpienia od umowy przewidzianego w art. 395 k.c. W uzasadnieniu wyroku z 23 stycznia 2008 r.<sup>53</sup> wskazano, że przepis art. 395 § 2 k.c. nie może być rozumiany jako *ius cogens*. Skoro bowiem strony, w zależności od ich woli, mogą zastrzec prawo odstąpienia od umowy, mogą też określić skutki odstąpienia, a w szczególności, że ma ono skutek *ex nunc*. Takie oderwane od charakteru świadczenia ustalenie przez strony skutków odstąpienia od umowy nie jest jednak możliwe w odniesieniu do ustawowego prawa odstąpienia. Treść art. 491 § 2 k.c. uzależnia bowiem zakres skutków odstąpienia od umowy od tego, czy świadczenia obu stron są podzielne.

<sup>52</sup> M. Jamka, op. cit., s. 892.

<sup>53</sup> Wyrok SN z dnia 23 stycznia 2008 r., V CSK 379/07, LexPolonica 1806420.



**Paweł Lewandowski**

Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie

## **Adwokacki samorząd zawodowy – ograniczenia wolności gospodarczej?**

Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 1997 r. za obowiązujący ustrój gospodarczy uznała społeczną gospodarkę rynkową. Zgodnie z założeniami jej twórców, miała ona w sobie łączyć wolność gospodarczą z jednoczesnym wyrównywaniem różnic powstających między podmiotami w wolnorynkowej gospodarce pozbawionej pieczy ze strony państwa, tzn. w gospodarkę rynkową miał być wpisany porządek społeczny<sup>1</sup>. Polski ustrojodawca oparł ją na trzech równorzędnych „filarach”: własności prywatnej, wolności działalności gospodarczej oraz elemencie społecznym w postaci solidarności, dialogu i współpracy partnerów społecznych.

Kluczowe znaczenie dla niniejszych rozważań ma zasada wolności działalności gospodarczej. Powszechnie przyjmuje się, iż jest ona z jednej strony zasadą prawną, a z drugiej prawem podmiotowym przysługującym jej beneficjentom<sup>2</sup>. Jak podaje K. Strzyczkowski, wolność gospodarcza jest zasadą prawną wyrażoną w Konstytucji i skonkretyzowaną w ustawodawstwie zwykłym<sup>3</sup>. Z faktu tego wynikają dla organów państwa obowiązki tworzenia regulacji prawnych urzeczywistniających tę wolność, a także zakaz wydawania jakichkolwiek regulacji sprzecznych z tą dyrektywą. Zasada ta ma również, a może przede wszystkim, zastosowanie na etapie stosowania prawa, tzn. uznać należy, iż istnieje domniemanie prawne na rzecz wolności gospodarczej, z którego to wynika dyrektywa interpretacyjna, stosownie do której wszelkie wątpliwości wyłaniające się przy wykładni obowiązujących przepisów należy tłumaczyć *in favorem libertatis*<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> K. Strzyczkowski, *Prawo gospodarcze publiczne*, Warszawa 2007, s. 62 i n.

<sup>2</sup> Cz. Żóławska, [w:] *Prawo handlowe – część ogólna*, red. S. Włodyka, Warszawa 2009, s. 322.

<sup>3</sup> K. Strzyczkowski, op. cit., s. 74 i n.

<sup>4</sup> Zob. uchwała SN z dnia 10 stycznia 1990 r., sygn. III CZP 97/89; a także wyrok NSA w Warszawie z 21 grudnia 1992 r. Sąd uznał, iż przy wykładni przepisów ustawy o działalności gospodarczej w kwestii wydawania zezwoleń na wykonywanie działalności gospodarczej dominować winna interpretacja realizująca normę art. 6 Konstytucji RP (z 1952 r., ale po zmianach), natomiast w sytuacji, gdy jest dopuszczalnych kilka rozwiązań – to, które uwzględnią tę normę najpełniej.

Konkretyzacją konstytucyjnego zapisu o wolności działalności gospodarczej jest norma art. 6 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej<sup>5</sup>, który zezwala na podejmowanie, prowadzenie i zakończenie działalności gospodarczej w sposób wolny i na równych prawach dla wszystkich przedsiębiorców oraz podmiotów ubiegających się o ten status. Z zapisu tego wynika, iż nie można zmusić do podjęcia bądź zakończenia wykonywania działalności gospodarczej. Wolność działalności gospodarczej jest także rozumiana jako prawo podmiotowe<sup>6</sup> głównie o charakterze negatywnym, stwarzającym przedsiębiorcom pewną przestrzeń wolną od ingerencji państwa i jego organów. Jak podnosi K. Klecha<sup>7</sup>, wolność gospodarza ma charakter roszczeniowy, co nakłada na państwo działające za pomocą swoich organów obowiązek podjęcia stosownych zachowań gwarantujących jej realizację. Głównym narzędziem zmierzającym do zagwarantowania przestrzegania tegoż prawa jest roszczenie, czyli możliwość domagania się od konkretnego podmiotu konkretnego zachowania<sup>8</sup>. Ponadto – jak podkreśla dalej A. Wolter – jego cechą charakterystyczną jest konkretny adresat obowiązku oraz to, iż przez normę prawną wyznaczone są konkretnie określone zachowania, które wyznaczają sferę możliwości postępowania osoby uprawnionej. Porządek prawny zna szereg instytucji i podmiotów mogących zapewnić skuteczność tych zachowań, jak chociażby możliwość zwrócenia się ze stosownym wnioskiem do Rzecznika Praw Obywatelskich<sup>9</sup> stojącego na straży wolności i praw człowieka i obywatela określonych w Konstytucji oraz w innych aktach normatywnych, szeroko rozumiane prawo do sądu i inne.

Warto w tym miejscu podnieść, iż zasada wolności działalności gospodarczej nie ma charakteru absolutnego. W art. 22 Konstytucji wymieniono przesłanki, których łączne spełnienie dopuszcza ograniczenie tej wolności. Jedną z nich jest materialna przesłanka wystąpienia ważnego interesu publicznego, druga – bardziej precyzyjna – to przesłanka formalnoprawna w postaci wymogu ograniczenia wolności w drodze ustawy. Przesłanka ważnego interesu publicznego ma postać klauzuli generalnej, która przybierając formę zwrotu niedookreślonego, pozwala na indywidualne potraktowanie konkretnej sytuacji, eliminując niepotrzebną kazuistykę. Dopuszczalność ich stosowania potwierdzał także wielokrotnie Trybunał Konstytucyjny, orzekając m.in., iż pojęcia nieostre, do których odwołuje się ustawodawca, nie mają charakteru

<sup>5</sup> Dz.U. nr 173, poz. 1807 ze zm.

<sup>6</sup> B. Banaszak w *Małej encyklopedia prawa* (Warszawa 2005) uznaje za publiczne prawo podmiotowe sytuację prawną podmiotu, w której w oparciu o chroniące jego interesy prawne normach prawnych może w sposób skuteczny żądać czegoś od państwa lub też w sposób niekwestionowany przez państwo coś zdziałać.

<sup>7</sup> K. Klecha, *Wolność działalności gospodarczej w Konstytucji RP*, Warszawa 2009, s. 54.

<sup>8</sup> A. Wolter, *Prawo cywilne – zarys części ogólnej*, Warszawa 1968, s. 111.

<sup>9</sup> Art. 208 i n. Konstytucji RP oraz ustawa z dnia 15 lipca 1987 r. o Rzeczniku Praw Obywatelskich (tekst jedn. Dz.U. z 2001 r., nr 14, poz. 147 ze zm.).

blankietowego i nie dają podstaw do dowolnego kształtowania ich treści<sup>10</sup>. Wartościami, które mogą być objęte tą klauzulą, są chociażby bezpieczeństwo państwa, porządek publiczny, moralność publiczna, ochrona środowiska czy też ochrona życia i zdrowia.

Legalną definicję działalności gospodarczej na obszarze obecnie obowiązującego porządku prawnego zawiera ustawa o swobodzie działalności gospodarczej, według której jest to zarobkowa działalność wytwórcza, budowlana, handlowa, usługowa oraz poszukiwanie, rozpoznawanie i wydobywanie kopalin ze złóż, a także działalność zawodowa wykonywana w sposób zorganizowany i ciągły. Przedmiotowe kryterium definicji wyczerpuje wszelkie rodzaje możliwej ludzkiej aktywności. W związku z powyższym wyliczenie to nie wnosi wiele do charakterystyki działalności gospodarczej. Istotniejsze są cechy, które musi spełniać działalność, aby można jej było przypisać przymiot gospodarczej. Warto zaznaczyć, iż wszystkie te właściwości muszą być spełnione łącznie, ale nie wszystkie mają jednakowe znaczenie dla korzystania z wolności gospodarczej. Zarobkowość działalności gospodarczej, zgodnie z przeważającym stanowiskiem<sup>11</sup>, oznacza, iż podmiotowi towarzyszy subiektywny zamiar osiągnięcia nadwyżki wpływów nad wydatkami związanymi z podjętym przedsięwzięciem. Mamy więc do czynienia z subiektywnym nastawieniem przedsiębiorcy zmierzającego do realizacji wytyczonego sobie celu. Zaistnienie obiektywnej przesłanki w postaci wystąpienia straty, wkalikulowanej przecież w prowadzenie działalności gospodarczej, nie pozbawia jej zatem charakteru zarobkowego. W uchwale z 6 grudnia 1991 r.<sup>12</sup> Sąd Najwyższy wskazał, iż cecha zarobkowości oznacza podporządkowanie zasadzie racjonalnego gospodarowania i wiąże się z uczestnictwem w obrocie gospodarczym poprzez zawieranie odpłatnych umów związanych z zaspokajaniem cudzych potrzeb. Nastawienie na osiągnięcie nadwyżki nie musi zatem być, zdaniem SN, konieczną przesłanką uznania działalności za gospodarczą i zależy także od rodzaju prowadzonej działalności gospodarczej.

Cecha zorganizowania, podobnie jak pozostałe, nie została zdefiniowana w ustawie i jest niejednolicie rozumiana w doktrynie<sup>13</sup>. Jako przykłady zorganizowania działalności gospodarczej podaje się wybór formy organizacyjno-prawnej, uzyskanie wpisu do odpowiedniego rejestru czy też uzyskanie, w sytuacjach wymaganych przez prawo, koncesji lub zezwolenia. Nie może być mowy o wykonywaniu działalności zarobkowej bez jej wcześniejszego zorganizowania, sporny pozostaje jedynie zakres tego zorganizowania. Dlatego pojawiają się głosy o konieczności usunięcia tej przesłanki z definicji działalności

<sup>10</sup> Zob. np. wyrok TK z dnia 15 września 1999 r., sygn. K. 11/99.

<sup>11</sup> Zob. m.in. M. Waligórski, [w:] *Prawo handlowe...*, s. 383.

<sup>12</sup> Por. uchwałę SN z 6 grudnia 1991 r., sygn. III CZP 117/91.

<sup>13</sup> C. Kosikowski, *Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 26 i n.

gospodarczej<sup>14</sup>. Jako drugie – materialne – rozumienie zorganizowania podaje się czasem posiadanie przez przedsiębiorcę przedsiębiorstwa w znaczeniu przedmiotowym, o którym wspomina art. 55<sup>1</sup> k.c. Nie wszystkie jednak rodzaje działalności wymagają posiadania zorganizowanych w taki sposób składników niematerialnych i materialnych, dlatego nie jest to element niezbędny do mówienia o zorganizowanej formie prowadzenia działalności gospodarczej.

Cecha ciągłości oznacza natomiast subiektywny zamiar wykonywania działań we względnie trwały sposób<sup>15</sup>. Trudno jednak wskazać odcinek czasu czy wykonane czynności, które świadczyć będą niezbicie o istnieniu tejże cechy. Występowanie przerw czy wręcz działalność sezonowa nie niweczy zamiaru prowadzenia działalności gospodarczej<sup>16</sup>. Dlatego cecha ciągłości działalności gospodarczej jest najbardziej kontrowersyjna i niejednoznaczna przy definiowaniu działalności gospodarczej.

Kluczowe znaczenie dla omawianego zagadnienia ma zawodowy charakter działalności gospodarczej. Cechę tę traktować można jako obowiązek profesjonalnego i fachowego wykonywania działalności gospodarczej. Odpowiednie zastosowanie znajdzie tu art. 355 § 2 k.c., który należyta staranność przy wykonywaniu działalności gospodarczej nakazuje odnosić do jej zawodowego charakteru. Jest ona zatem oparta na wiedzy i umiejętnościach niezbędnych do wykonywania danego rodzaju działalności<sup>17</sup>. Drugim rozumieniem tejże cechy jest wykonywanie działalności zawodowej przez przedstawicieli tzw. wolnych zawodów<sup>18</sup>. A. Kidyba definiuje wolny zawód jako zawód wykonywany profesjonalnie i zawodowo przez świadczenie usług typowych, gdy działalność ta wykonywana jest na własny rachunek i wymaga szczególnego wykształcenia lub umiejętności niezbędnych do jego wykonywania, prowadzona jest samodzielnie i osobiście, przy ewentualnej pomocy osób podporządkowanych<sup>19</sup>. Pogląd, iż przedstawiciele wolnych zawodów są przedsiębiorcami, wyrazili m.in. S. Czepita i Z. Kuniewicz<sup>20</sup>. Również A. Kidyba uznaje na gruncie kodeksu cywilnego oraz ustawy o swobodzie działalności gospodarczej przedstawicieli wolnych zawodów za przedsiębiorców<sup>21</sup>. Cezary Kosikowski z uwagi na specyfikę wolnych zawodów dostrzega różnice pomię-

<sup>14</sup> M. Waligórski, [w:] *Prawo handlowe...*, s. 385.

<sup>15</sup> J. Odachowski, *Ciągłość działalności gospodarczej*, „Glosa” 2003, nr 9, s. 30 i n.

<sup>16</sup> Por. art. 14a ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, zezwalający na zawieszenie działalności gospodarczej na czas od 1 do 24 miesięcy.

<sup>17</sup> P. Machnikowski, [w:] *Kodeks cywilny – komentarz*, red. E. Gniewek, Warszawa 2006, s. 512–513.

<sup>18</sup> Katalog wolnych zawodów, dla których świadczenia dopuszczalne jest zawiązanie spółki partnerskiej, zawiera art. 88 ustawy – Kodeks spółek handlowych (Dz.U. nr 94, poz. 1037 ze zm.), ale nie ma tam definicji legalnej wolnego zawodu.

<sup>19</sup> A. Kidyba, *Handlowe spółki osobowe*, Kraków 2005, s. 217–218.

<sup>20</sup> S. Czepita, Z. Kuniewicz, *Wybrane problemy definiowania określenia „przedsiębiorca” w prawie polskim*, [w:] *Działalność gospodarcza – kluczowe problemy*, red. K. Sławik, Warszawa 2007, s. 66.

<sup>21</sup> A. Kidyba, *Prawo handlowe*, Warszawa 2005, s. 16.



dzy działalnością przedsiębiorcy a wykonywaniem wolnego zawodu<sup>22</sup>. Stanowisko takie zdaje się również podzielać J. Okolski, wskazujący na odmienności występujące pomiędzy przedsiębiorcami a przedstawicielami wolnych zawodów, dotyczące chociażby relacji łączących przedsiębiorców z kontrahentami oraz przedstawicieli wolnych zawodów z klientami, jak też wykonywanie usług przez przedstawicieli wolnych zawodów pod wpływem i nadzorem samorządów zawodowych. Wskazuje on jednocześnie, iż jeżeli osoby wykonujące wolne zawody prowadzą działalność gospodarczą, to są przedsiębiorcami w myśl ustawy o swobodzie działalności gospodarczej<sup>23</sup>. Jarosław Grykiel uważa, iż wykonywanie wolnego zawodu można zdefiniować jako nie mające charakteru działalności gospodarczej osobiste i samodzielne świadczenie usług ściśle związanych z kwalifikacjami wymaganymi od podmiotu świadczącego. Stoi więc na stanowisku, iż przedstawiciele wolnych zawodów nie mogą być uznawani za przedsiębiorców, gdyż ich poczynaniom brak cechy zarobkowości, która jest jedynie środkiem w realizacji celu podstawowego, a mianowicie interesu klienta<sup>24</sup>. Również P. Marquardt twierdzi, iż jedynie instynktownie działalność zawodowa jest łączona z wykonywaniem wolnych zawodów, mimo iż nie istnieją ku temu żadne przesłanki o charakterze prawnym<sup>25</sup>.

Gołym przeciwnikiem uznawania adwokatów za przedsiębiorców na podstawie ustawy o działalności gospodarczej z 1988 r., był P. Sarnecki, który twierdził, że to zawód zaufania publicznego i ma mu w związku z tym inne zadania i przywileje. Zdaniem tego autora, celem korporacji adwokackiej jest piecza nad należytym wykonywaniem zawodu w granicach interesu publicznego, udzielanie pomocy prawnej, współdziałanie w ochronie praw i wolności obywatelskich, a więc głównie sprawowanie pewnej doniosłej funkcji publicznej. Faktu tego nie niweczy nawet wykonywanie zawodu na własny rachunek za wynagrodzeniem w warunkach konkurencji rynkowej<sup>26</sup>. Autor ten ponadto wskazuje na wyraźny zamiar ustawodawcy pozbawienia adwokatów przymiotu przedsiębiorcy, przejawiający się w uchyleniu art. 24 ustawy o działalności gospodarczej<sup>27</sup> poprzez ustawę zmieniającą ustawę – Prawo o adwokaturze w 1997 r.<sup>28</sup> Artykuł ten przed uchyleniem stanowił, iż działalnością gospodarczą w rozumieniu ustawy jest również świadczenie pomocy

<sup>22</sup> C. Kosikowski, op. cit., s. 29.

<sup>23</sup> J. Okolski, D. Wajda, [w:] *Prawo handlowe*, red. J. Okolski, Warszawa 2008, s. 55.

<sup>24</sup> J. Grykiel, *Pojęcie działalności gospodarczej i zawodowej w rozumieniu art. 43<sup>1</sup> k.c.*, „Studia Prawnicze” 2005, nr 4, s. 44.

<sup>25</sup> P. Marquardt, *Notariusz – przedsiębiorca*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2004, nr 11, przyp. 32.

<sup>26</sup> P. Sarnecki, *Pojęcie zawodu zaufania publicznego (art. 17 ust. 1 Konstytucji) na przykładzie adwokatury*, [w:] *Konstytucja. Wybory. Parlament. Studia ofiarowane Z. Jaroszowi*, red. L. Garlicki, Warszawa 2000, s. 160 i n.

<sup>27</sup> Dz.U. z 1988 r., nr 41, poz. 324 ze zm.

<sup>28</sup> Ustawa z dnia 22 maja 1997 r. o zmianie ustawy – Prawo o adwokaturze, ustawy o radcach prawnych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. nr 57, poz. 471).

prawnej (obsługi prawnej) podmiotom gospodarczym w zakresie ich działalności gospodarczej przez adwokatów lub radców prawnych oraz przez spółki i spółdzielnie z ich udziałem. NSA w Warszawie w wyroku z dnia 28 lutego 2001 r.<sup>29</sup> wskazał, iż w rozumieniu ustawy działalnością gospodarczą jest świadczenie pomocy prawnej, chociaż owo świadczenie mogłoby się mieścić w szeroko pojętej działalności usługowej, o której mowa w art. 2 ust. 1 ustawy z 1988 r., a więc również bez niego działalność taka mogła być uznana za działalność gospodarczą.

W związku ze zmianą stanu prawnego na skutek wejścia w życie ustawy o swobodzie działalności gospodarczej autor niniejszego opracowania stoi na stanowisku, iż wykonywanie działalności polegającej na świadczeniu pomocy prawnej jest działalnością gospodarczą, o ile spełnione są wszelkie przesłanki z art. 2 ww. ustawy. Argumentem potwierdzającym to stanowisko jest literalna wykładnia art. 2, który jako działalność gospodarczą traktuje działalność usługową. Ponadto w uzasadnieniu do projektu Prawa działalności gospodarczej czytamy, iż z zakresu obowiązywania ustawy nie wyłączono przedstawicieli wolnych zawodów, a w tym zakresie odpowiednie zastosowanie znajdują ustawy regulujące wykonywanie poszczególnych zawodów<sup>30</sup>. Argument ten jest tym bardziej zasadny, iż ustawa o swobodzie działalności gospodarczej wprost mówi o działalności zawodowej jako działalności gospodarczej. Adwokaci są przedsiębiorcami bez względu na przypisanie im przymiotu zawodu zaufania publicznego, który nakłada na nich dodatkowe obowiązki. Każda aktywność spełniająca ww. kryteria z art. 2 jest działalnością gospodarczą, o ile przepisy szczególne nie stanowią inaczej. Z uwagi na wykonywanie wolnego zawodu w formie świadczenia usług zachodzi konieczność rozpatrzenia aktywności adwokata w oparciu o ustawę z dnia 4 marca 2010 r. o świadczeniu usług na terytorium RP<sup>31</sup>. Kluczowym pojęciem jest definicja usługi, którą jest świadczenie wykonywane przez usługodawcę na własny rachunek zwykle za wynagrodzeniem, w szczególności usługi budowlane, handlowe oraz usługi w ramach wykonywanego zawodu. O ile pod względem przedmiotowym definicje działalności gospodarczej i usługi są identyczne, o tyle usługa może być wykonywana także w sposób nieodpłatny. Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej nie przewiduje w tej kwestii wyjątków<sup>32</sup>. Zdaniem autora ustawa ta nie znajduje zastosowania do przedstawiciela wolnego zawodu wykonującego działalność gospodarczą. Artykuł 2 ust. 1 pkt 2 lit. c cyt. ustawy wskazuje, iż usługodawcą jest osoba fizyczna niepro-

<sup>29</sup> Sygn. II SA 255/00.

<sup>30</sup> Uzasadnienie projektu ustawy – Prawo działalności gospodarczej, s. 5; również M. Szydło, *Pojęcie przedsiębiorcy w prawie polskim*, „Przegląd Sądowy” 2002, nr 7–8, s. 100 i n.

<sup>31</sup> Dz.U. nr 47, poz. 278.

<sup>32</sup> Patrz uzasadnienie projektu ustawy o świadczeniu usług na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, druk sejmowy nr 2590, [online] <<http://sejm.gov.pl>>, <<http://senat.gov.pl>>.

wadząca działalności gospodarczej oferująca lub świadcząca usługę. Przyjęcie, iż adwokat wykonuje działalność gospodarczą, zamyka drogę do osiągnięcia statusu usługodawcy.

Każdy podmiot prawa cywilnego, wymieniony w art. 1 oraz 33<sup>1</sup> k.c., który wykonuje działalność gospodarczą, jest przedsiębiorcą. Jedną z cech wykonywania wolnego zawodu jest osobiste jego świadczenie. Prawo o adwokaturze przewiduje jednak możliwość wykonywania zawodu w kancelarii indywidualnej jako tzw. przedsiębiorca jednoosobowy, w zespole adwokackim posiadającym osobowość prawną, a także w spółce cywilnej, jawnej partnerskiej lub komandytowej, której wyłącznym przedmiotem działalności może być świadczenie pomocy prawnej. Wydaje się, iż w przypadku wykonywania zawodu w formie indywidualnej kancelarii oraz spółki cywilnej adwokat będzie przedsiębiorcą z wszelkimi tego konsekwencjami. W pozostałych przypadkach przedsiębiorcą będzie spółka świadcząca taką działalność.

Jedną ze specyficznych cech wolnego zawodu zaufania publicznego jest jego zorganizowanie na zasadzie samorządu zawodowego. Samorząd zawodowy poszczególnych zawodów mających przymiot wolnych zorganizowany jest na wzór samorządu terytorialnego, który został wyposażony w samodzielność oraz w pewną dozę władztwa, mocą którego uprawniony jest do rozstrzygania o prawach i obowiązkach całej zbiorowości, tudzież poszczególnych jego członków na podstawie rozstrzygnięć adresowanych do konkretnych, indywidualnych podmiotów. Samorząd określany jest jako grupa społeczna i jej reprezentacja, która została powołana przez przepisy prawa celem sprawowania funkcji administracji publicznej w formach zdecentralizowanych<sup>33</sup>. B. Zawadzka wskazuje na samodzielność wykonywania zadań publicznych także przy wykorzystaniu przejawów władztwa administracyjnego, gdyż bez tych elementów nie można rozważać jakiegokolwiek samorządu<sup>34</sup>. B. Banaszak definiuje samorząd zawodowy jako rodzaj samorządu obejmującego osoby wykonujące pewien zawód i powołany do realizacji określonych prawem celów<sup>35</sup>. Podobną definicję samorządu zawodowego podaje H. Zięba-Załucka, dla której jest to organizacyjna forma zrzeszania się obywateli, ukształtowana na zasadzie więzi zawodowej powstałej celem reprezentowania ich interesów wobec instytucji państwa<sup>36</sup>.

Podstawowym zadaniem spoczywającym na samorządzie zawodowym jest sprawowanie pieczy nad należytym wykonywaniem zawodu w granicach interesu publicznego oraz dla jego ochrony. Oznacza to, iż samorząd zawodo-

<sup>33</sup> Z. Leński, *Samorząd terytorialny w RP*, Warszawa 2002, s. 5.

<sup>34</sup> B. Zawadzka, *Zasada udziału samorządu w sprawowaniu władzy*, [w:] *Zasady podstawowe polskiej Konstytucji*, red. W. Sokolewicz, Warszawa 1998, s. 205.

<sup>35</sup> B. Banaszak, op. cit., s. 523.

<sup>36</sup> H. Zięba-Załucka, *Samorząd zawodowy w świetle Konstytucji RP*, „Monitor Prawniczy” 2005, nr 10, s. 493.

wy winien nie tylko troszczyć się o interes członków korporacji, ale także dążyć do jego pogodzenia i uzgodnienia z interesem publicznym. Konstytucja RP rozróżnia dwa rodzaje samorządów zawodowych. Pierwszy z nich stworzony jest dla reprezentowania interesów przedstawicieli zawodów zaufania publicznego, drugi dla pozostałych zawodów, nie posiadających tego przymiotu. Zawód adwokata bezsprzecznie uznać należy za zawód zaufania publicznego, co przejawia się głównie w powierzaniu adwokatom tajemnic życia prywatnego z jednoczesnym oczekiwaniem nieujawniania tych informacji. Z obowiązkiem zachowania nieograniczonej w czasie tajemnicy zawodowej ściśle sprzężony jest immunitet pozwalający na odmowę wyjawienia tych informacji przed stosownymi organami. O charakterze tym decydują także szczególne zasady etyczne obowiązujące przedstawicieli tegoż zawodu oraz konieczność posiadania rozległej specjalistycznej wiedzy i umiejętności.

Kluczowe znaczenie dla zakwalifikowania danego samorządu do określonej kategorii ma przyznanie mu pewnych kompetencji władczych. Art. 2 ustawy – Prawo o adwokaturze<sup>37</sup> stanowi, że adwokatura zorganizowana jest na zasadzie samorządu zawodowego. Jednocześnie art. 3 tejże ustawy wskazuje na zadania samorządu, m.in. reprezentowanie adwokatury i ochronę jej praw, sprawowanie nadzoru nad prawidłowym wykonywaniem zawodu, doskonalenie zawodowe adwokatów i kształcenie aplikantów czy też ustalanie i krzewienie zasad etyki zawodowej. Bez wątplenia część z tych kompetencji, jak chociażby rozstrzyganie o trwałej niezdolności do wykonywania zawodu, skreślenie z listy adwokatów na skutek orzeczenia dyscyplinarnego, wpisanie aplikanta adwokackiego na listę aplikantów adwokackich, można uznać za wykonywanie w imieniu państwa zdecentralizowanej administracji w zakresie spraw publicznych związanych z należytą pomocą prawną świadczoną obywatelom. Przymiot ten można przyznać uprawnieniom samorządu adwokackiego w zakresie kontroli predyspozycji i kwalifikacji zarówno osób świadczących zawód, jak i zgłaszających dopiero akces do wykonywania go, nadzoru nad należytym wykonywaniem zawodu czy dbania o przestrzeganie zasad etycznych poprzez tworzenie odpowiednich norm z zabezpieczeniem jego przestrzegania w postaci niezależnego sądownictwa dyscyplinarnego. Samorząd adwokacki spełnia zatem wszelkie kryteria samorządu zawodowego, o którym mowa w § 1 art. 17 Konstytucji. Z takiego zaszeregowania wynika uprawnienie konstytucyjne do ograniczania wolności gospodarczej z racji wyższej wartości w postaci ochrony interesu publicznego. Samorząd zawodowy zawodów zaufania publicznego z uwagi właśnie na ochronę tegoż interesu charakteryzuje się powszechnością członków wykonujących dany zawód. Przynależność do niego jest obowiązkowa i powstaje z mocy samego

<sup>37</sup> Ustawa z 26 maja 1982 r. – Prawo o adwokaturze (tekst jedn. Dz.U. z 2009 r., nr 146, poz. 1188 ze zm.).

prawa, tj. od momentu uzyskania uprawnień do wykonywania zawodu. Pojawia się w związku z tym pytanie: czy obowiązkowy charakter przynależności do samorządu, bez możliwości pozostawienia jego członkom wyboru, może być uznany za ograniczenie wolności działalności gospodarczej?

Zdaniem autora obowiązkowy charakter przynależności do samorządu zawodowego nie może świadczyć o ograniczeniu wolności działalności gospodarczej. Jak już wspomniano, podstawową rolą samorządu zawodowego jest kontrola należytego wykonywania zawodu w myśl ochrony interesu publicznego. Sytuacja dowolności wyboru przynależności mogłaby wręcz rodzić sytuację nierówności podmiotów znajdujących się w podobnej sytuacji prawnej. Osoby świadczące te same usługi i korzystające z tych samych przywilejów znalazłyby się w odmiennej sytuacji, czego przejawem mogłoby być podleganie bądź nie odpowiedzialności dyscyplinarnej, ponoszenie lub nie kosztów związanych z funkcjonowaniem samorządu. Kwestię tę w odniesieniu do samorządu lekarzy weterynarii, aczkolwiek mogącą znaleźć zastosowanie także do samorządu adwokackiego, podniósł Trybunał Konstytucyjny. Stwierdził on, iż skoro w interesie publicznym i dla ochrony danej korporacji zawodowej samorząd ma sprawować kontrolę nad prawidłowością wykonywania zawodu i czyni to jak gdyby w imieniu władzy publicznej, to nie można się zgodzić z postulatem, ażeby część osób wykonujących określony zawód była poza strukturami samorządowymi i nie podlegała kontroli<sup>38</sup>. Istnienie samorządu jest nierozzerwalnie związane ze specyfiką wolnego zawodu i wartościami, które winien on reprezentować, takimi jak wysokie kwalifikacje czy deontologia zawodowa. Nikt inny prócz samorządu zawodowego nie zrealizowałby tych postulatów w taki sposób poprzez osobisty kontakt członków korporacji czy też np. zgromadzeń izby<sup>39</sup>. Samorząd dzięki ustalonym i obowiązującym wszystkim członków regułom postępowania (np. Zbiór zasad etyki adwokackiej i godności zawodu<sup>40</sup>) ma możliwość wpływania na postawę członków. Stanie na straży podstawowych dla adwokatury wartości nie może być, zdaniem autora, poczytane za ograniczanie wolności działalności gospodarczej. Postulaty głoszące potrzebę przeszczerpienia modelu amerykańskiego z całkowitym wyeliminowaniem samorządu zawodowego mogą się przyczynić do pogorszenia jakości obsługi prawnej, a ta ma przecież kluczowe znaczenie dla gospodarki i państwa jako organizacji. Nie sposób bowiem traktować obowiązków administracyjnych nałożonych na przedsiębiorców (np. obowiązek uzyskania wpisu do Rejestru Przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego lub Ewidencji Działalności Gospodarczej, obowiązek uzyskania numeru sta-

<sup>38</sup> Zob. uzasadnienie wyroku TK z dnia 22 maja 2001 r., sygn. K 37/00.

<sup>39</sup> Zob. A. Zwara, *Dzisiejsze zadania samorządu adwokackiego*, „Palestra” 2006, nr 3–4, s. 90 i n.

<sup>40</sup> Uchwała Naczelnej Rady Adwokackiej z dnia 10 października 1998 r., nr 2/XVIII/98 ze zm. wprowadzonymi uchwałą Naczelnej Rady Adwokackiej nr 32/2005 z 19 listopada 2005 r.

tystycznego REGON) jako przejawu ograniczenia wolności działalności gospodarczej. Państwo winno mieć pewną dozę informacji o przedsiębiorcach, a w pewnych sytuacjach także wpływ na należyte wykonywanie działalności.

Wszystkie podmioty po spełnieniu przesłanek, od których ustawa uzależnia wykonywanie działalności gospodarczej, mogą ją podejmować na tożsamy sposób z poszanowaniem zasady równości. Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej w art. 19 nakłada na przedsiębiorców obowiązek wykonywania czynności zawodowych przez osoby legitymujące się posiadaniem odpowiednich kwalifikacji i uprawnień zawodowych. Jest rzeczą oczywistą, iż w sytuacji indywidualnej praktyki to na osobie wykonującej wolny zawód spoczywa obowiązek posiadania stosownych kwalifikacji i uprawnień. Jak podaje C. Kosikowski, obowiązek ten nakłada na różnego rodzaju organy, w tym organy samorządu zawodowego dysponujące w imieniu państwa władztwem administracyjnym, zobowiązanie do weryfikacji posiadania odpowiednich kwalifikacji zawodowych czy też legitymowania się odpowiednimi dokumentami je potwierdzającymi<sup>41</sup>. Nie może być to jednak poczytane za przejaw ograniczania wolności działalności gospodarczej, a jest jedynie następstwem specyfiki związanej z rodzajem świadczonych usług.

Trudno także za przejaw ograniczania wolności gospodarczej uznać obowiązek ponoszenia przez członków korporacji pewnych kosztów związanych z funkcjonowaniem samorządu zawodowego. Koszty te porównać bowiem można do podatku na rzecz Skarbu Państwa lub jednostki samorządu terytorialnego, co z samej definicji legalnej jest świadczeniem przymusowym, a obowiązek ten w żadnej mierze nie jest poczytywany za przejaw reglamentacji działalności gospodarczej<sup>42</sup>. Wskazać także należy, iż to podmioty reprezentowane na zewnątrz przez samorząd zawodowy winny ponosić koszty jego działania, tym bardziej że państwo w żaden sposób samorządu nie dotuje, mimo sprawowania w jego imieniu wycinka administracji publicznej.

Reasumując, zdaniem autora, adwokacki samorząd zawodowy i obowiązek przynależności do niego wszystkich członków palestry nie stanowi przejawu ograniczenia działalności gospodarczej. Kontrolowanie jakości wykonywania zawodu i przestrzegania zasad etycznych przez członków samorządu wiąże się ze specyfiką zawodów zaufania publicznego i nie może być poczytywane w kategoriach reglamentacji działalności gospodarczej. Przyszłość oraz wciąż prowadzone prace legislacyjne pokażą i zdecydują o dalszym losie samorządu adwokackiego, jego kompetencjach i wpływie na wykonywaną przez adwokatów działalność gospodarczą.

<sup>41</sup> C. Kosikowski op. cit., s. 107.

<sup>42</sup> T. Kocowski twierdzi, iż reglamentacja to bezpośrednia administracyjnoprawna ingerencja państwa w gospodarkę, nie obejmująca jednak podatków i danin publicznych. Zob. idem, *Reglamentacja działalności gospodarczej w polskim administracyjnym prawie gospodarczym*, Kolonia Limited 2009.

**Miłosz Kaczyński**

Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie

## **Zastosowanie elektronicznego postępowania upominawczego z punktu widzenia przedsiębiorcy**

Ustawa z dnia 9 stycznia 2009 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego i innych ustaw<sup>1</sup>, wchodząc w życie 1 stycznia 2010 r., wprowadziła do polskiej procedury cywilnej elektroniczne postępowanie upominawcze (EPU). Głównym celem tej regulacji było podniesienie sprawności postępowania w sprawach cywilnych, gospodarczych i pracowniczych poprzez wprowadzenie nowoczesnego, informatycznego systemu, umożliwiającego sprawne rozpoznawanie pozwów i podniesienie jakości obsługi stron w postępowaniu cywilnym<sup>2</sup>. Przedsiębiorcy często dochodzą swych roszczeń na drodze sądowej, a właśnie omawiana nowelizacja odzwierciedla zastosowanie nowych technik i nowych możliwości komunikacji elektronicznej w wymiarze sprawiedliwości<sup>3</sup>.

Po przerwaniu na e-sąd części spraw drobnych, w których stan faktyczny nie jest skomplikowany i nie wymaga przeprowadzenia postępowania dowodowego<sup>4</sup>, zaobserwowano odciążenie sądów powszechnych. Rocznie sądy powszechne rozpatrują około 1,2 miliona „zwykłych” postępowań upominawczych<sup>5</sup>. Nowo powstały e-sąd, którym zgodnie z rozporządzeniem Ministra Sprawiedliwości<sup>6</sup> został XVI Wydział Cywilny Sądu Rejonowego w Lublinie<sup>7</sup>,

<sup>1</sup> Dz.U. nr 26, poz. 156.

<sup>2</sup> Uzasadnienie do projektu ustawy o zmianie ustawy Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw wraz z projektami aktów wykonawczych. Druk sejmowy z 31 lipca 2008 r., nr 859, [online] <www.sejm.gov.pl>, s. 1.

<sup>3</sup> K. Weitz, [w:] T. Ereciński (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, cz. 1: *Postępowanie rozpoznawcze*, t. 2, Warszawa 2009, s. 863.

<sup>4</sup> K. Flaga-Gieruszyńska, [w:] A. Zieliński (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 956.

<sup>5</sup> M. Domagalski, *Elektroniczne pozwy załatw e-sąd*, „Rzeczpospolita” z 25 stycznia 2010.

<sup>6</sup> Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z 15 grudnia 2009 r. w sprawie ustalenia sądu rejonowego, któremu przekazuje się rozpoznawanie spraw w elektronicznym postępowaniu upominawczym należącym do właściwości innych sądów rejonowych (Dz.U. nr 220, poz. 1728).

<sup>7</sup> S. Cieślak, *Elektroniczne postępowanie upominawcze*, MoP 2010, nr 7, s. 361.

rozpatrzy w ciągu roku więcej spraw niż przewidywano w trakcie wprowadzania nowelizacji kodeksu postępowania cywilnego. Planowano, że e-sąd w ciągu pierwszego roku swojej działalności rozpatrzy 400 tys. spraw w EPU, zaś według najnowszych informacji Ministerstwo Sprawiedliwości szacuje, że do końca 2010 r. do e-sądu wpłynie około pół miliona pozwów<sup>8</sup>.

Jak na razie w Polsce podobnie jak w Wielkiej Brytanii funkcjonuje tylko jeden e-sąd, ponieważ łatwiej utrzymać infrastrukturę techniczną systemu teleinformatycznego w jednym sądzie<sup>9</sup>. Nie jest to jednak warunkiem *sine qua non*<sup>10</sup>, dlatego też niewykluczone, że w wypadku zbyt dużego obciążenia e-sądu, w celu uniknięcia jego niewydolności zbyt dużą liczbą pracowników, powstanie drugi analogiczny e-sąd<sup>11</sup>.

Ministerstwo Sprawiedliwości, kontynuując pozytywne przyjęcie EPU w prawie polskim, planuje nadać rangę dokumentów urzędowych wydrukowi z domowej drukarki. Gdy sąd będzie miał do czynienia z wydrukiem dokumentu, zobligowany będzie do sprawdzenia zawartych w nim informacji. Zbliżona regulacja istnieje już w wypadku złożenia wniosku o wszczęcie egzekucji na podstawie tytułu wykonawczego, którym jest zaopatrzone w klauzulę wykonalności orzeczenie wydane w elektronicznym postępowaniu upominawczym. Jeśli strona zdecyduje się na złożenie ww. wniosku drogą tradycyjną (na papierze), a nie poprzez system teleinformatyczny obsługujący EPU, komornik jest zobligowany m.in. do zweryfikowania treści przedstawionego mu dokumentu<sup>12</sup>.

Istotnym zamierzeniem Ministerstwa jest ograniczenie liczby składanych do sądu dokumentów. Przejawiałoby się to przykładowo tym, że spółka z o.o. nie musiałaby wraz z pozwem dołączać odpisu z Krajowego Rejestru Sądowego, a jedynie napisać, że jest spółką z o.o. Prezes spółki wskazywałby podstawę umocowania zawartą w umowie spółki znajdującej się w KRS, podając numer rejestru i żądając przy tym, by sąd sam ustalił powyższe okoliczności w KRS<sup>13</sup>.

Konto w e-sądzie zakłada się na stronie internetowej [www.e-sad.gov.pl](http://www.e-sad.gov.pl). Założenie konta nie powinno sprawiać trudności, ponieważ przypomina za-

---

<sup>8</sup> M. Domagalski, *Kadrowe i finansowe wsparcie dla e-sądów*, „Rzeczpospolita” z 6 września 2010.

<sup>9</sup> Ł. Goździaszek, *Informatyczny przełom w postępowaniu cywilnym? Rozważania nad elektronicznym postępowaniem upominawczym*, „Palestra” 2009, nr 9–10, s. 82.

<sup>10</sup> J. Gołaczyński, Ł. Goździaszek, *Elektroniczne postępowanie upominawcze*, [w:] M. Barczewski, K. Grajewski, J. Warylewski (red.), *Prawne problemy wykorzystywania nowych technologii w administracji publicznej i wymiarze sprawiedliwości*, Warszawa 2009, s. 14.

<sup>11</sup> Uzasadnienie do projektu ustawy..., s. 1.

<sup>12</sup> J. Jodłowski, [w:] J. Jodłowski, Z. Resich, J. Lapierre, T. Misiuk-Jodłowska, K. Weitz, *Postępowanie cywilne*, Warszawa 2009, s. 537.

<sup>13</sup> R. Krupa-Dąbrowska, *Elektronika śmieiej wkracza do sądów*, „Rzeczpospolita” z 20 września 2010.



kładanie kont e-mailowych, kont w sklepach internetowych bądź elektronicznych kont bankowych<sup>14</sup>. Konto EPU przeznaczone jest dla trzech kategorii podmiotów:

- 1) zwykłych użytkowników, czyli osób fizycznych;
- 2) pełnomocników profesjonalnych – radców prawnych, adwokatów, rzeczników patentowych, oraz radców Prokuratury Generalnej;
- 3) użytkowników masowych i pod tym pojęciem ustawodawca rozumie użytkowników komunikujących się z e-sądem za pomocą przeznaczonego jedynie do tego celu własnego oprogramowania<sup>15</sup>.

Różnica przy rejestracji polega na tym, że osoby fizyczne podają dane osobowe i adres. Powodowie masowi zobligowani zostali do podania swojej nazwy, nr NIP, nr wpisu w rejestrze, którym najczęściej będzie nr z KRS, ale w przypadku jego braku – nr w innym właściwym rejestrze lub ewidencji. Natomiast pełnomocnicy zawodowi podają zajmowane przez nich stanowisko, funkcję, oraz nr wpisu na listę. W przeciągu 48 godzin od rejestracji na podany w jej trakcie e-mail zostaje przesłany link aktywujący konto oraz indywidualna nazwa użytkownika.

Kolejnym niezbędnym etapem do korzystania w pełni z EPU, czyli składania pozwów i pism procesowych, jest uzyskanie podpisu elektronicznego zgodnie z art. 3 pkt 1 ustawy z 18 września 2001 r. o podpisie elektronicznym<sup>16</sup>, rozumianym jako dane w postaci elektronicznej, które wraz z innymi danymi, do których zostały dołączone lub z którymi są logicznie powiązane, służą do identyfikacji osoby składającej podpis elektroniczny (art. 126 § 5 k.p.c.)<sup>17</sup>. Sposób uzyskania podpisu elektronicznego na potrzeby EPU zależy od rodzaju podmiotu ubiegającego się o niego. Adwokaci, radcowie prawni zobligowani są do złożenia wniosków o przydzielenie im podpisu dostępowego do e-sądu za pośrednictwem właściwego organu samorządowego. Natomiast powodowie masowi zyskują niezbędny podpis elektroniczny poprzez udostępnienie im odpowiedniego oprogramowania od e-sądu<sup>18</sup>.

Także mechanizm uzyskania podpisu elektronicznego do wykorzystania w EPU dla osoby fizycznej jest bardzo prosty i szybki. Po zalogowaniu się na własne konto w e-sądzie składa się wniosek o jego wydanie do Centrum Certyfikacji Elektronicznego Postępowania Upominawczego. Po złożeniu wniosku zainteresowany otrzymuje hasło niezbędne do prawidłowej instalacji certyfikatu w systemie operacyjnym wykorzystywanym przez jego kompu-

<sup>14</sup> B. Draniewicz, *Elektroniczne postępowanie upominawcze*, EP 2010, nr 5, s. 6.

<sup>15</sup> *Ibidem*, s. 6.

<sup>16</sup> Dz.U. nr 130, poz. 1450 z późn zm.

<sup>17</sup> Obieg sprawy w elektronicznym postępowaniu upominawczym, Warszawa 30 grudnia 2009, [online] <www.ms.gov.pl>, s. 3.

<sup>18</sup> H. Pietrzkowski, *Czynności procesowe zawodowego pełnomocnika w sprawach cywilnych*, Warszawa 2010, s. 297.

ter. Okres oczekiwania na hasło wynosi do 2 godzin (autor artykułu po złożeniu wniosku otrzymał hasło w tej samej minucie). Certyfikat zwykłego podpisu elektronicznego można stosować w EPU przez 1 rok<sup>19</sup>. Regulacja ta jest pewnym novum, odejściem od zasady obligatoryjnego korzystania z bezpiecznego podpisu elektronicznego weryfikowanego za pomocą kwalifikowanego certyfikatu (art. 3 pkt 2 ustawy o podpisie elektronicznym). Mimo to niewykluczone, by wszystkie podmioty, dla których przeznaczony jest EPU, posługiwały się posiadany już przez nich bezpiecznym podpisem elektronicznym. Nadal jednak niska popularność bezpiecznego podpisu elektronicznego wpływa na jego znikome wykorzystywanie w elektronicznych instytucjach prawnych<sup>20</sup>. Przykładem powyższego problemu jest oparcie nowych przepisów o postępowaniu rejestrowym (art. 694<sup>3</sup> § 3 i 4 k.p.c. oraz 694<sup>4</sup> § 2 i 3 k.p.c.) na niezbyt rozpowszechnionym bezpiecznym podpisie elektronicznym, co nie przyczyniło się do ich sukcesu<sup>21</sup>.

Pozostając przy zagadnieniu rejestracji przedsiębiorców, należy wskazać art. 19 ust. 2b ustawy z dnia 20 sierpnia 1997 o Krajowym Rejestrze Sądowym<sup>22</sup>, który stanowi, że wnioski składane drogą elektroniczną powinny być opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym, weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Można przyjąć, że ustawodawca w uzasadnieniu do nowelizacji sam przyznaje się do błędu, ponieważ wprowadzenie powyższych regulacji przyczyniło się jedynie do pojedynczych przypadków składania wniosków o wpis w Rejestrze drogą elektroniczną. Tymczasem w Wielkiej Brytanii, na wzór której tworzono polskie EPU, już od kilku lat niemal 50% rejestracji spółek było dokonywanych online, ponieważ wykorzystywany jest zwykły podpis elektroniczny<sup>23</sup>. Dlatego też głównym postulatem autora jest wprowadzenie w postępowaniu rejestrowym – na zasadzie analogii z EPU – Centrum Certyfikacji Krajowego Rejestru Sądowego. Rezygnacja z ograniczenia katalogu rejestrów jedynie do KRS przy rejestracji w e-sądzie powodów masowych, a także odejście od obowiązkowego posługiwania się bezpiecznym podpisem elektronicznym jest uzasadnione tym, że nowelizacja nie wyklucza wnoszenia pozwów do e-sądu przez podmioty zagraniczne<sup>24</sup>.

Innymi odrębnościami charakteryzującymi EPU jest odejście od zasady miejscowej i rzeczowej właściwości sądu. Także umowa prorogacyjna jest

<sup>19</sup> B. Draniewicz, op. cit., s. 7.

<sup>20</sup> J. Gołaczyński, Ł. Goździaszek, op. cit., s. 20.

<sup>21</sup> Ł. Goździaszek, *Elektroniczna rewolucja w postępowaniu cywilnym*, „Jurysta” 2009, nr 1, s. 12.

<sup>22</sup> Dz.U. nr 121, poz. 769 z późn. zm.

<sup>23</sup> Uzasadnienie do projektu ustawy..., s. 3.

<sup>24</sup> A. Harast, *Elektroniczne postępowanie upominawcze (sądowe) w wybranych państwach Unii Europejskiej*, MoP 2009, nr 20, s. 1094.

irrelevantna dla EPU<sup>25</sup>. Zakres przedmiotowy omawianego postępowania obejmuje jedynie roszczenia pieniężne, ponieważ dotychczas nie istnieją żadne przepisy szczególne rozszerzające dany zakres. Ustawodawca postanowił nie ograniczać wysokości roszczeń pieniężnych rozpatrywanych przez e-sąd. Dlatego też może dojść do sytuacji, gdy powód wnosi pozew o kwotę 120 tys. zł, a sprawę – pomimo tego, że powinna być rozpatrywana jako sprawa gospodarcza – rozpatruje sąd rejonowy, a nie okręgowy<sup>26</sup>. Warto zaznaczyć, że EPU jest autonomiczne wobec innych postępowań odrębnych i choć np. sprawa kwalifikuje się do rozpatrzenia w postępowaniu gospodarczym, wniesienie pozwu przez system teleinformatyczny e-sądu powoduje, że strona nie jest obciążona prekluzją dowodową powiązaną z postępowaniem gospodarczym<sup>27</sup>. Odmienność EPU wyraża się również wprowadzeniem zasady niedołączania odpisów pism, załączników i pełnomocnictwa<sup>28</sup>.

Po udanej rejestracji oraz uzyskaniu niezbędnego podpisu elektronicznego strona zainteresowana może zacząć wnosić pozwy. Interfejs dostępu do systemu teleinformatycznego e-sądu zawiera wszelkie pouczenia mające zapobiegać zaistnieniu braków formalnych pism oraz ułatwia ich konstruowanie. Dla potrzebujących pomocy w sprawach technicznych oraz dotyczących zasad funkcjonowania systemu stworzono *call center*, czyli możliwość skontaktowania się z osobami kompetentnymi do udzielania wskazówek zarówno drogą telefoniczną, jak i mailową<sup>29</sup>.

Na podkreślenie zasługuje fakt, że EPU jest przeznaczone głównie dla powodów masowych, takich jak usługodawcy bądź sprzedawcy. Składają oni wiele pozwów opartych na podobnych stanach faktycznych udowodnionych dokumentami, najczęściej fakturami bądź rachunkami. Opisując dokładnie dowód, na podstawie którego opiera swoje roszczenie, powód winien m.in. podać numer faktury, wysokość należnej kwoty, a tym samym ułatwić pozwanemu weryfikację zaległej opłaty<sup>30</sup>. Argumentem przemawiającym za atrakcyjnością wykorzystywania EPU są również przesłanki finansowe, ponieważ powód uiszcza jedynie czwartą część opłaty i nie jest zobligowany do uzupełnienia reszty opłaty w przeciwieństwie do postępowania nakazowego<sup>31</sup>. Należy zaakcentować również możliwość ułatwienia, usprawnienia i zaoszczędze-

<sup>25</sup> Ł. Goździaszek, *Informatyczny przelot...*, s. 82.

<sup>26</sup> B. Draniewicz, op. cit., s. 7.

<sup>27</sup> Ł. Goździaszek, *Informatyczny przelot...*, s. 82 i n.

<sup>28</sup> Uzasadnienie do projektu ustawy..., s. 3.

<sup>29</sup> S. Kotecka, *Informatyzacja postępowania cywilnego w prawie polskim*, [w:] J. Gołaczyński (red.), *Informatyzacja postępowania sądowego w prawie polskim i wybranych państwach*, Warszawa 2009, s. 201 i n.

<sup>30</sup> Ibidem, s. 202.

<sup>31</sup> T. Zembruski, Biuro Analiz Sejmowych, *Opinia prawna do projektu ustawy o zmianie ustawy – kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw (druk sejmowy nr 859)*, [online] <[www.orka.sejm.gov.pl](http://www.orka.sejm.gov.pl)>, s. 12.

nia czasu przez powodów masowych korzystających z e-sądu. Używając odpowiednich technik i programów komputerowych, mogą oni wносить nawet po kilka tysięcy pozwów dziennie, posługując się tzw. paczkami pozwów<sup>32</sup>.

Możliwość skorzystania z EPU przez osoby fizyczne i osoby prawne jest fakultatywna, dlatego też pozostawiono zwykle postępowanie upominawcze oraz postępowanie w sprawach gospodarczych dla stron, które nie chcą korzystać z sądenia się drogą elektroniczną. Jako że podmioty w postępowaniu gospodarczym występują głównie z roszczeniami pieniężnymi, a działalność e-sądu wpływa na przyspieszenie ich rozpatrywania, należy spodziewać się jego pozytywnego wpływu na warunki funkcjonowania przedsiębiorczości w kraju<sup>33</sup>. Korzystanie z wciąż rozwijających się i coraz bardziej doskonalszych technologii komunikacyjnych jest zjawiskiem koniecznym, nieodwracalnym, jak również wymagającym ciągłej troski o doskonalenie.

---

<sup>32</sup> G. Tylec, P. Telusiewicz, *Elektroniczne postępowanie upominawcze – pierwsze 3 miesiące. Uwagi dotyczące praktyki funkcjonowania*, MoP 2010, nr 14, s. 814.

<sup>33</sup> Uzasadnienie do projektu ustawy..., s. 13.

**Anna Kobylska**

Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu

## **Ograniczenia działalności gospodarczej prowadzonej pod kontrolą Służby Celnej**

Punktem wyjścia do rozważań nad ograniczeniami działalności gospodarczej jest aktywność państwa oraz oddziaływanie jego organów na tę działalność. Zgodnie z art. 22 Konstytucji RP<sup>1</sup> ograniczenia takie są dopuszczalne tylko w drodze ustawy i tylko ze względu na ważny interes publiczny. Do podstawowych zaliczamy: reglamentację działalności gospodarczej, działalność regulowaną oraz zobowiązania publicznoprawne, jakimi są podatki i daniny publiczne, a także kontrolę i nadzór nad działalnością gospodarczą. Na gruncie obowiązujących przepisów prawa działalność ta podlega kontroli przez różne organy państwa, do których niewątpliwie należy Służba Celna. Kontrola działalności gospodarczej wykonywana przez organy Służby Celnej polega na sprawdzaniu prawidłowości przestrzegania przepisów prawa przez zobowiązane do tego podmioty.

Uwzględniając powyższe uwagi, trzeba zaznaczyć, że działalność gospodarcza opiera się na ogólnych zasadach ukształtowanych przez system prawny państwa, które określają funkcjonowanie podmiotów na rynku gospodarczym. Oczywiście jest, że działalność gospodarcza wymaga wolności w działaniu i swobody w urzeczywistnianiu inicjatyw gospodarczych.

Celem niniejszej analizy będzie scharakteryzowanie działalności gospodarczej oraz kontroli wykonywanej przez Służbę Celną, a także wynikających z niej ograniczeń w prowadzeniu tej działalności. Charakter opracowania nie pozwala jednakże na szersze omówienie wszystkich istniejących problemów.

---

<sup>1</sup> Ustawa z dnia 2 kwietnia 1997 r. Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. nr 78, poz. 483 z późn. zm.).

## 1. Działalność gospodarcza

Zgodnie z art. 2 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej<sup>2</sup>, działalnością gospodarczą jest zarobkowa działalność wytwórcza, budowlana, handlowa, usługowa oraz poszukiwanie, rozpoznawanie i wydobywanie kopalin ze złóż, a także działalność zawodowa wykonywana w sposób zorganizowany i ciągły. Materia prawna dotycząca tej działalności wskazuje na jej typy, które określono w sposób tak ogólny, że stwarza to możliwość objęcia nimi różnych dziedzin aktywności. W wyroku z dnia 24 maja 1991 r. Naczelny Sąd Administracyjny stwierdził, że działalności gospodarczej nie sprowadza się tylko do procesów technologicznych i zjawisk ekonomicznych zachodzących w toku tej działalności, ale również do czynności faktycznych i prawnych związanych z uzyskiwaniem efektów w jej prowadzeniu<sup>3</sup>.

Zagadnieniem nierozzerwalnie związanym z działalnością gospodarczą jest pojęcie przedsiębiorcy. Zgodnie z art. 4 pkt 1 ww. ustawy przedsiębiorcą jest osoba fizyczna, osoba prawna oraz jednostka organizacyjna niemająca osobowości prawnej, która na mocy innych ustaw uzyskuje zdolność prawną. Natomiast art. 4 pkt 2 tejże ustawy uzupełnia zbiór tych osób o wspólników spółek cywilnych w zakresie wykonywanej przez nich działalności gospodarczej. Na uwagę zasługuje fakt, że przedsiębiorcą nie jest spółka prawa cywilnego, lecz jej wspólnicy jako osoby fizyczne<sup>4</sup>.

**Osoba fizyczna** to każda osoba, która ma prawo do podjęcia i prowadzenia działalności gospodarczej. Osoby fizyczne o ograniczonej zdolności do czynności prawnych mogą być reprezentowane przez pełnomocnika lub przedstawiciela. Osoby zastępujące przedsiębiorcę przy dokonywaniu czynności prawnych są zobowiązane do uzyskania umocowania ustawowego lub wynikającego z orzeczenia sądu. Jednak należy stwierdzić, że przedsiębiorcą może być osoba fizyczna o pełnej zdolności do czynności prawnej. Powodem takiego twierdzenia jest przepis art. 11 kodeksu cywilnego<sup>5</sup>, w którym osoby małoletnie i częściowo ubezwłasnowolnione nie mogą bez zgody przedstawiciela ustawowego podejmować żadnych czynności prawnych<sup>6</sup>. Biorąc powyższe pod uwagę, należy wskazać, że działanie za pośrednictwem przedstawiciela jest sprzeczne z ustawową definicją przedsiębiorcy zawartą w art. 4 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, gdyż przy uzyskiwaniu koncesji przeszkodą jest ograniczona zdolności do czynności prawnych. W wyroku

<sup>2</sup> Ustawa z dnia 2 lipca 2004 o swobodzie działalności gospodarczej (tekst jedn. Dz.U. z 2007 r., nr 155, poz. 1095).

<sup>3</sup> Wyrok NSA z dnia 24 maja 1991 r., SA 294/91 NSA we Wrocławiu [online] <<http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/BAC05D5D38>>.

<sup>4</sup> J. Sieńczyło-Chlabicz, E. Bieniek-Koronkiewicz, *Podjęcie i wykonywanie działalności gospodarczej*, Warszawa 2002, s. 54.

<sup>5</sup> Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. nr 16, poz. 93 ze zm.).

<sup>6</sup> C. Kosikowski, *Publiczne prawo gospodarcze Polski i Unii Europejskiej*, Warszawa 2005, s. 83.

z dnia 19 stycznia 1998 r. Naczelny Sąd Administracyjny stwierdził, że niemożliwe jest udzielenie koncesji małoletniemu na prowadzenie działalności określonego rodzaju<sup>7</sup>.

**Osobą prawną** nazywamy jednostkę organizacyjną, która z mocy obowiązującego prawa może być podmiotem praw i obowiązków, zwłaszcza o charakterze majątkowym<sup>8</sup>. Celem tworzenia jednostek organizacyjnych posiadających osobowość prawną i wykonujących działalność gospodarczą jest oddzielenie majątku przedsiębiorstwa od majątków osób organizujących i kierujących działaniami przedsiębiorstwa. W działalności gospodarczej osób prawnych majątek przedsiębiorstwa stanowi określony kapitał założycielski oraz to co przedsiębiorstwo wypracowało dzięki działalności gospodarczej.

**Jednostki organizacyjne niemające osobowości prawnej**, które na mocy innej ustawy uzyskały zdolność prawną do prowadzenia działalności gospodarczej, to np. spółki osobowe.

Wobec powyższego należy wskazać, że działalność gospodarcza oraz jej prowadzenie odbywa się w przestrzeni wzajemnych oddziaływań państwa, przedsiębiorców oraz społeczeństwa. Relacje między tymi podmiotami zostały określone w przepisach prawa, które wskazują m.in. zasady działalności gospodarczej, swobodę co do jej podejmowania, formy organizacyjno-prawnej oraz zorganizowania przedsiębiorstwa<sup>9</sup>. Wolność ta przejawia się również w wyborze jej rodzaju, miejsca prowadzenia, zawierania umów, a także w rywalizacji z innymi podmiotami gospodarczymi.

Należy jednak zaznaczyć, że w złożonym systemie organizacyjnym, jakim jest państwo oraz składające się na nie systemy społeczno-gospodarcze, trudno wyobrazić sobie absolutnie wolne funkcjonowanie gospodarki. Wymaga ona bowiem kierowania i prowadzenia w sposób powiązany z ogólnonarodowym interesem publicznym<sup>10</sup>. Prawidłowe funkcjonowanie aparatów administracyjnych państwa nie jest możliwe bez wprowadzenia prawnych ograniczeń. Właściwe ich rozumienie odnajdujemy w orzeczeniu Trybunału Konstytucyjnego z dnia 26 kwietnia 1995 r., gdzie do ograniczeń działalności gospodarczej zaliczono m.in. przymus płacenia podatków<sup>11</sup>. Konstruowanie tych ograniczeń jest zadaniem ustawodawcy i służy kierowaniu gospodarką jako całością poprzez reagowanie na zmieniające się potrzeby państwa oraz zagrożenia mogące destabilizować równowagę gospodarczą<sup>12</sup>. Biorąc powyż-

<sup>7</sup> Wyrok NSA z 19 stycznia 1998 r., II S.A. 1238/97, Pr. Gosp. 1998, nr 11, s. 22–25.

<sup>8</sup> E. Łętowska, *Podstawy prawa cywilnego*, Warszawa 1993, s. 82 i n.; J. Gajda, Z. Gawlik, *Podstawy prawa cywilnego. Część ogólna*, Warszawa 1999, s. 75 i n.

<sup>9</sup> M. Zdyb, *Prawo działalności gospodarczej. Komentarz do ustawy z dnia 19 listopada 1999 r.*, Kraków 2000, s. 71–89.

<sup>10</sup> C. Kosikowski, *Wolność gospodarcza w prawie polskim*, Warszawa 1995, s. 19 i n.

<sup>11</sup> Orzeczenie TK z 26 kwietnia 1995 r., K11/94, OKT 1995, nr 1, poz. 12.

<sup>12</sup> R.W. Kaszubski, K. Radzikowski, *Wolność gospodarcza i warunki dopuszczalności jej ograniczeń*, „Glosa” 2000, s. 1–3.

sze pod uwagę, można stwierdzić, że kontrola wykonywana przez Służbę Celną niewątpliwie należy do katalogu ograniczeń działalności gospodarczej, a także jest przejawem interwencjonizmu państwa w gospodarkę.

## 2. Kontrola działalności gospodarczej wykonywana przez Służbę Celną

W myśl art. 2 ustawy o Służbie Celnej<sup>13</sup> organy Służby Celnej realizują politykę celną w części dotyczącej przewozu i wywozu towarów oraz wykonują inne zadania wynikające z przepisów odrębnych. Należą do nich czynności związane z nadawaniem towarom przeznaczeń celnych, wymiar i pobór należności celnych i innych opłat związanych z przewozem i wywozem towarów, podatku od towarów i usług z tytułu importu oraz podatku akcyzowego, a także podatku od gier oraz opłat i dopłat, o których mowa w ustawie o grach hazardowych<sup>14</sup>. Ponadto Służba Celną zajmuje się wykonywaniem zadań wynikających z przepisów wspólnotowych regulujących statystykę dotyczącą obrotu towarowego, rozpoznawaniem, wykrywaniem, zapobieganiem i zwalczaniem przestępstw związanych z tym obrotem. Zgodnie z przepisami ustawy, do zadań Służby Celnej należy również wykrywanie przestępstw skarbowych i wykroczeń skarbowych oraz ściganie sprawców w zakresie określonym w kodeksie karnym skarbowym<sup>15</sup>, a także zwalczanie przestępstw i wykroczeń przeciwko m.in. zdrowiu<sup>16</sup>, dobrom kultury<sup>17</sup>, prawom własności intelektualnej<sup>18</sup>.

Omawiana regulacja nakłada na Służbę Celną wykonywanie kontroli, która jest prowadzona w oparciu o analizę ryzyka. Celem przedmiotowej analizy jest rozpoznawanie i oszacowanie wielkości ryzyka oraz ustalenie środków niezbędnych do jego ograniczenia. Ryzyko oznacza prawdopodobieństwo wystąpienia naruszenia przepisów prawa. Należy wyjaśnić, że do organów Służby Celnej zaliczamy ministra właściwego do spraw finansów publicznych, Szefa Służby Celnej, dyrektorów izb celnych oraz naczelników urzędów celnych.

<sup>13</sup> Ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. o Służbie Celnej (Dz.U. nr 168, poz. 1323 z późn. zm.).

<sup>14</sup> Ustawa z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (Dz.U. nr 201, poz. 1540 z późn. zm.).

<sup>15</sup> Ustawa z dnia 10 września 1999 r. – Kodeks karny skarbowy (Dz.U. z 2007 r., nr 111, poz. 765 z późn. zm.).

<sup>16</sup> Ustawa z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz.U. nr 179, poz. 1485 z późn. zm.).

<sup>17</sup> Ustawa z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami (Dz.U. nr 162, poz. 1568 z późn. zm.).

<sup>18</sup> Ustawa z 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz.U. z 2006 r., nr 90, poz. 631 z późn. zm.).



W art. 30 ustawy o Służbie Celnej określony został zakres przedmiotowy kontroli polegającej na sprawdzeniu prawidłowości przestrzegania przepisów prawa przez zobowiązane do tego osoby fizyczne, osoby prawne oraz jednostki organizacyjne niemające osobowości prawnej. Podmioty te są zobowiązane do przestrzegania przepisów prawa celnego określającego wymiar i pobór należności celnych oraz nadawanie towarom przeznaczeń celnych, a także respektowania prawa podatkowego w zakresie produkcji, przemieszczania i zużywania wyrobów akcyzowych, w szczególności ich wytwarzania, uszlachetniania, przerabiania, skażania, rozlewu, przyjmowania, magazynowania, wydawania, przewozu i niszczenia oraz w zakresie stosowania i oznaczania tych wyrobów znakami akcyzy, a także przestrzeganie przepisów regulujących urządzenie oraz prowadzenie gier i zakładów wzajemnych. Na podstawie delegacji ustawowej z art. 50 ust. 1 pkt 1 tejże ustawy minister właściwy do spraw finansów publicznych określa w drodze rozporządzenia szczegółowy zakres i sposób kontroli niektórych wyrobów akcyzowych<sup>19</sup>.

Uwzględniając powyższe, należy dokonać analizy uprawnień funkcjonariuszy celnych do żądania udostępnienia akt, ksiąg i wszelkiego rodzaju ewidencji oraz dokumentów związanych z przedmiotem kontroli. W toku przeprowadzania czynności kontrolnych posiadają oni prawo do legitymowania lub ustalania tożsamości osób, przeszukiwania osób i pomieszczeń oraz przesłuchiwania świadków, a także badania towarów, zasięgania opinii biegłych i nakładania zamknięć urzędowych<sup>20</sup>. W myśl art. 32 ustawy o Służbie Celnej, funkcjonariusza zostali uprawnieni do wstępu oraz poruszania się po terenie podmiotu, który podlega kontroli, bez potrzeby uzyskania przepustki, a także do wydawania osobom poleceń określonych zachowań w granicach niezbędnych do wykonywania czynności albo w celu uniknięcia bezpośredniego zagrożenia bezpieczeństwa osób lub mienia.

Zgodnie z art. 64 omawianej ustawy, podmioty gospodarcze podlegają urzędowemu sprawdzeniu przed rozpoczęciem działalności oraz po przerwie w jej prowadzeniu trwającej dłużej niż trzy miesiące. W myśl omawianego przepisu urzędowe sprawdzenie polega na wykonywaniu czynności w celu ustalenia, czy są zapewnione warunki i środki do sprawnego przeprowadzania kontroli. Na okoliczność tych czynności sprawdzających podmioty gospodarcze są zobowiązane do przedłożenia właściwemu naczelnikowi urzędu celnego zgłoszenia, które zostało określone w rozporządzeniu w sprawie urzędowego sprawdzenia<sup>21</sup>, wraz z załączoną dokumentacją.

---

<sup>19</sup> Rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 7 maja 2010 r. w sprawie kontroli niektórych wyrobów akcyzowych (Dz.U. nr 86, poz. 555 z późn. zm.).

<sup>20</sup> Rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 23 listopada 2009 r. w sprawie zamknięć urzędowych (Dz.U. nr 202, poz. 1563).

<sup>21</sup> Rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 14 grudnia 2009 r. w sprawie urzędowego sprawdzenia (Dz.U. nr 222, poz. 1757).

Specyfika kontroli prowadzonej przez Służbę Celną polega na tym, że w sposób stały lub doraźnie nadzorowane są urzędowo istotne operacje gospodarcze wykonywane przez podmioty gospodarcze. Stałe przeprowadzanie kontroli związane jest z bezpośrednim uczestnictwem funkcjonariuszy celnych w czynnościach związanych z działalnością wytwarzania, oczyszczania, odwadniania alkoholu etylowego oraz produkcją napojów alkoholowych. Doraźne wykonywanie kontroli wynika z czynności prowadzonych okresowo przez podmioty gospodarcze, których weryfikacji dokonuje właściwy naczelnik urzędu celnego. Należy wskazać, że kontrola działalności gospodarczej wykonywana jest na podstawie imiennego upoważnienia do kontroli oraz legitymacji służbowej.

### **3. Ograniczenia działalności gospodarczej prowadzonej pod kontrolą Służby Celnej**

Ograniczenia działalności gospodarczej wykonywanej pod kontrolą Służby Celnej znajdują swoje odzwierciedlenie w przepisach ustawy o Służbie Celnej oraz ustawy o podatku akcyzowym<sup>22</sup>. Dotyczą zapewnienia przez podmioty gospodarcze warunków i środków do sprawnego przeprowadzania kontroli, dopełnienia formalności, spełnienia wymogów określonej formy organizacyjnej, wyjawienia tajemnicy handlowej przedsiębiorcy, receptur oraz procesów technologicznych, złożenia zabezpieczenia akcyzowego, a także korzystania z rzeczy przez podmioty gospodarcze.

#### **3.1. Warunki oraz środki do wykonywania kontroli**

Obowiązek zapewnienia warunków i środków przez podmioty gospodarcze został określony w art. 33 i 34 ustawy o Służbie Celnej. Podmioty podlegające kontroli zobowiązane są m.in. umożliwić wgląd do dokumentacji i ewidencji objętych kontrolą, udzielić niezbędnej pomocy technicznej, udostępnić towary, urządzenia, środki transportu, a także umożliwić przeprowadzanie inwentaryzacji oraz zapewnić warunki do wykonywania czynności kontrolnych poprzez wyznaczenie samodzielnego pomieszczenia odpowiedniego do rodzaju wykonywanych czynności i liczby funkcjonariuszy je wykonujących oraz miejsca do przechowywania dokumentów. W celu zapewnienia ww. warunków i środków podmioty gospodarcze przygotowują i oznaczają urządzenia, pomieszczenia i naczynia służące do wykonywania działalności oraz dostosowują te urządzenia i pomieszczenia do nakładania zamknięć

---

<sup>22</sup> Ustawa z dnia 6 grudnia 2008 r. o podatku akcyzowym (Dz.U z 2009 r., nr 3, poz. 11 z późn. zm.).

urzędowych. Na podstawie art. 64 ustawy o Służbie Celnej wszystkie te czynności podlegają weryfikacji oraz zatwierdzeniu przez właściwego naczelnika urzędu celnego w toku urzędowego sprawdzenia. Rozstrzygnięcie w przedmiotowej sprawie wydaje właściwy naczelnik urzędu celnego w drodze decyzji, jeżeli podmiot rozpoczyna działalność pod kontrolą lub postanowienia w przypadku zgłoszenia zmian do urzędowego sprawdzenia.

Należy wskazać, że zgłoszenie wraz z załączoną dokumentacją i protokołem z czynności sprawdzających składa się na akta weryfikacyjne podmiotu, które są sporządzane w dwóch egzemplarzach. Jeden egzemplarz akt pozostaje u właściwego naczelnika urzędu celnego, a drugi podmiot podlegający weryfikacji przechowuje w miejscu, w którym ją przeprowadzono. Akta weryfikacyjne zabezpieczone są urzędowo pieczęciami właściwego naczelnika urzędu celnego z kolejno ponumerowanymi kartami.

### **3.2. Dopełnienie formalności**

Problematyka dopełniania formalności jest związana z obowiązkiem zgłaszania właściwemu naczelnikowi urzędu celnego w określonych terminach czynności podejmowanych przez podmioty prowadzące działalność gospodarczą. Terminy zgłoszeń są różne i wynikają z ustawy o Służbie Celnej oraz z ustawy o podatku akcyzowym, a także aktów wykonawczych do tych ustaw. Dotyczą one bezpośredniego uczestnictwa funkcjonariuszy celnych w czynnościach związanych z działalnością podmiotu gospodarczego, który przesyła właściwemu naczelnikowi urzędu celnego lub komórce stałej kontroli, co najmniej na dzień przed zamierzonym wykonywaniem czynności, pisemną informację zawierającą dane dotyczące terminu, rodzaju wyrobu akcyzowego oraz jego ilości.

W przypadku urzędowego sprawdzenia podmiot przesyła właściwemu naczelnikowi urzędu celnego, co najmniej na 14 dni przed rozpoczęciem działalności, zgłoszenie oraz dokumentację dotyczącą tej działalności, natomiast zmiany w zakresie ww. sprawdzenia w terminie co najmniej 7 dni przed planowanym dokonaniem zmian lub nie później niż w terminie 7 dni od dnia uzyskania dokumentu podlegającego zgłoszeniu. Jeżeli zgłoszenie dotyczy wznowienia działalności po przerwie trwającej dłużej niż 3 miesiące, podmiot ma obowiązek co najmniej na 14 dni przesać właściwemu naczelnikowi urzędu celnego owo zgłoszenie w zakresie jej wznowienia.

Wobec powyższego na uwagę zasługuje fakt, że każda czynność zamierzona przez podmiot gospodarczy podlega zgłoszeniu w formie pisemnej do właściwego naczelnika urzędu celnego, co może rodzić ograniczenia w wykonywaniu działalności gospodarczej przez ten podmiot.

### 3.3. Formy organizacyjne

Wymóg, który nakłada ustawa o podatku akcyzowym, nie dotyczy *stricte* wyboru formy organizacyjno-prawnej, którą jest prowadzenie działalności gospodarczej jako osoba fizyczna, osoba prawna lub jednostka niemająca osobowości prawnej. Przedsiębiorca, decydując się na wykonywanie działalności pod kontrolą Służby Celnej w zakresie obrotu wyrobami akcyzowymi, podejmuje już wcześniej czynności związane z wyborem formy organizacyjno-prawnej. Omawiana regulacja ze swej istoty wymaga prowadzenia działalności gospodarczej w formach organizacyjnych podmiotu prowadzącego skład podatkowy, zarejestrowanego odbierającego lub zarejestrowanego wysyłającego, podmiotu pośredniczącego oraz podmiotu zużywającego.

Ograniczenie wynikające z określenia wyboru formy organizacyjnej przejawia się w uzyskaniu zgody właściwego naczelnika urzędu celnego na wykonywanie owej działalności. Oprócz przedstawienia wpisu do ewidencji działalności gospodarczej lub rejestru przedsiębiorców, koncesji oraz zezwoleń na wykonywanie działalności reglamentowanej, numeru identyfikacji podatkowej, a także numeru REGON, podmiot gospodarczy ma obowiązek wybrać formę organizacyjną, pod którą będzie wykonywał działalność podlegającą kontroli Służby Celnej. Zatem przy dopełnieniu wszystkich formalności ewidencyjnych, które są uciążliwe i złożone, podmiot gospodarczy jest obowiązany podjąć decyzję w zakresie wyboru jednej z form organizacyjnych, co pociąga za sobą poddanie się rejestracji jako podatnik podatku akcyzowego, ocenie miejsca prowadzenia działalności oraz weryfikacji. Powoduje to ograniczenia w działaniu i wykonywaniu zamierzonych czynności, a nawet odmowie prowadzenia działalności gospodarczej pod kontrolą Służby Celnej.

### 3.4. Tajemnica handlowa, receptury oraz procesy technologiczne

Wymóg wyjawienia tajemnicy handlowej, receptur oraz procesu technologicznego jest związany z uzyskaniem zezwolenia w zakresie produkcji i obrotu wyrobami akcyzowymi. Na podstawie art. 33 ust. 1 pkt 1 ustawy o Służbie Celnej podmioty podlegające kontroli są obowiązane umożliwić wgląd w dokumenty i ewidencje objęte kontrolą, a zwłaszcza dokumenty handlowe, księgowo i finansowe, nawet jeżeli mają one charakter poufny.

Zgodnie z § 4 ust. 3 rozporządzenia w sprawie urzędowego sprawdzenia, do zgłoszenia przesłanego przed rozpoczęciem działalności dołącza się szkic sytuacyjny miejsca prowadzenia działalności, wykaz urządzeń i zakres ich użytkowania, opis procesu technologicznego i postępowania technicznego oraz instrukcję wewnętrznego obiegu dokumentacji produkcyjnej i magazynowej, również dotyczącej przeprowadzania inwentaryzacji wyrobów, wykaz upoważnionych przez podmiot osób odpowiedzialnych za wykonywanie

powierzonych im obowiązków w zakresie objętym kontrolą oraz dokumenty wymagane na podstawie przepisów odrębnych związanych z działalnością gospodarczą podlegającą kontroli. Podmioty gospodarcze zobowiązane zostały do wyjawienia receptur oraz procesów technologicznych organom Służby Celnej, które chronią powierzone im tajemnice. W art. 72<sup>1</sup> § 1 k.c. określona została podstawa do ochrony tajemnicy handlowej, procesu technologicznego oraz receptur, gdyż stanowią one tajemnicę handlową przedsiębiorcy. Zgodnie ze wskazanym przepisem, jeżeli w toku negocjacji strona udostępni informacje z zastrzeżeniem „poufne”, druga strona jest obowiązana do nieujawniania i nieprzekazywania ich innym osobom oraz do niewykorzystywania tych informacji dla własnych celów, chyba że strony uzgodniły inaczej. W przypadku naruszenia warunków uprawniony może żądać od drugiej strony naprawienia szkody. Prawo cywilne wyraża ogólną normę ochrony, nawet nie tyle tajemnicy handlowej, co informacji. Natomiast ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji<sup>23</sup> w art. 11 ust. 4 wskazuje na ochronę informacji posiadającej wartość gospodarczą, która obejmuje różne tajemnice, w tym tajemnicę handlową<sup>24</sup>.

Na tle powyższych uwag należy wyjaśnić, że receptura to tajemnica przedsiębiorstwa rozumiana jako nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne (art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji). Przez recepturę rozumie się wzór, formułę, przepis normujący proporcje określonych składników przypadających na produkt.

Z kolei proces technologiczny to uporządkowany ilościowo i jakościowo zbiór czynności zmieniających właściwości fizyczne (kształt, wielkość) lub chemiczne określonej substancji. Proces wraz z czynnościami pomocniczymi (przemieszczeniem materiału) stanowi produkcję, w wyniku której otrzymuje się produkt. Do przedłożenia właściwemu naczelnikowi urzędu celnego procesu produkcyjnego są zobowiązane wszystkie podmioty gospodarcze, które dokonują produkcji wyrobów akcyzowych oraz ich zużycia.

### 3.5. Zabezpieczenie akcyzowe

Zgodnie z art. 63 ustawy o podatku akcyzowym, obowiązek złożenia zabezpieczenia akcyzowego spoczywa na przedsiębiorcach niepodlegających zwolnieniu ze złożenia tego zabezpieczenia, które stanowi pokrycie w określonej kwocie powstałego albo mogącego powstać zobowiązania podatkowego. Składane jest na czas oznaczony albo nieoznaczony dla zagwarantowania

<sup>23</sup> Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jedn. Dz.U. z 2003 r., nr 153, poz. 1503 ze zm.).

<sup>24</sup> Zob. [online] <[www.monitorprawniczy.pl](http://www.monitorprawniczy.pl)>.

pokrycia jednego albo wielu zobowiązań podatkowych. Na wniosek podmiotu zobowiązanego do złożenia zabezpieczenia akcyzowego właściwy naczelnik urzędu celnego przyjmuje zabezpieczenie akcyzowe w formie depozytu w gotówce, gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej, czeku, weksla własnego oraz innego dokumentu mającego wartość płatniczą.

Złożenie zabezpieczenia akcyzowego ogranicza podjęcie działalności w zakresie wyrobów akcyzowych, gdyż podmioty gospodarcze część swoich środków finansowych przeznaczają na zabezpieczenie powstałych albo mogących powstać zobowiązań podatkowych. Należy wskazać, że ww. środki mogłyby zostać wprowadzone do obrotu gospodarczego, co umożliwiłoby ich lepsze wykorzystywanie.

### **3.6. Korzystanie z rzeczy**

Ograniczenie dotyczące korzystania z rzeczy przez podmioty gospodarcze wynika z art. 42 ustawy o Służbie Celnej, który określa nakładanie zamknięć urzędowych przez funkcjonariuszy celnych na pomieszczenia, urządzenia i naczynia wykorzystywane do prowadzenia działalności podlegającej kontroli. W art. 140 k.c. zostało określone prawo korzystania z rzeczy. Przepis ten wskazuje na możliwość pełnego rozporządzania jakąś rzeczą, a właściciel ma uprawnienie do jej posiadania, użytkowania, pobierania pożytków i innych dochodów z rzeczy, zbycia, przetwarzania, zużycia lub zniszczenia. Należy wyjaśnić, że podmioty gospodarcze do ww. praw mają pełny dostęp, gdyż są właścicielem lub dzierżawcą rzeczy, nawet jeśli wykonują działalność pod kontrolą Służby Celnej. Jednak warunkiem koniecznym jest zgłoszenie właścicielowi naczelnikowi urzędu celnego korzystania z rzeczy, w której znajdują się wyroby akcyzowe. Zgodnie z art. 279 k.k.<sup>25</sup> brak takiego zgłoszenia skutkuje odpowiedzialnością karną za przestępstwo kradzieży z włamaniem. Podkreślenia wymaga, fakt że przedsiębiorca na własnym terenie nie może wejść do pomieszczenia, na które zostały nałożone zamknięcia urzędowe, naprawić urządzeń zabezpieczonych tymi zamknięciami, co w efekcie skutkuje ograniczeniem korzystania z rzeczy.

### **Uwagi końcowe**

Poddając analizie ograniczenia działalności gospodarczej wykonywanej pod kontrolą Służby Celnej, należy stwierdzić, że bez wątplenia omawiane przepisy ograniczają swobodę i wolność prowadzenia owej działalności. Imperatywne formy działania państwa (zakazy i nakazy) ograniczają podmioty

<sup>25</sup> Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz. U. nr 88, poz. 553 z późn. zm.).

gospodarcze w celu wymuszenia wykonania obowiązków określonych w porządku prawnym. Jednocześnie działania państwa mają charakter ingerencji w sferę gospodarki na rzecz rozwoju gospodarczego. Wydaje się, że są to działania o charakterze wspierającym i niewładczym.

Działalność organów władzy publicznej, będących podmiotami prowadzenia polityki rozwoju gospodarczego, jest działalnością kreatywną i perspektywiczną<sup>26</sup>. Administracja celna również pełni rolę służebną wobec obywateli i przedsiębiorców, dąży do tego, aby legalna działalność gospodarcza, która nie rodzi ryzyka powstawania strat w budżecie państwa oraz nie zagraża w inny sposób społeczeństwu, była prowadzona w oparciu o ową kreatywność, swobodę oraz wolność, a nade wszystko współpracę z organami Służby Celnej. W tym miejscu należy wskazać, że w aktualnie następującej redukcji ograniczeń działalności gospodarczej prowadzonej w zakresie objętym przez Służbę Celną, jednak przy stosowaniu skutecznych systemów kontroli przez wprowadzanie elektronicznych systemów do obrotu gospodarczego. Co więcej, nowoczesna administracja celna stwarza sprzyjające warunki rozwoju legalnej działalności gospodarczej, choć pozostaje wymagająca wobec podmiotów gospodarczych.

Niniejsze opracowanie oczywiście nie wyczerpuje tematyki związanej z ograniczeniami działalności gospodarczej prowadzonej pod kontrolą Służby Celnej, stanowi jedynie przyczynek do dalszych rozważań nad owymi ograniczeniami, swobodą oraz wolnością gospodarczą, a także wykonywaną kontrolą.

---

<sup>26</sup> K. Kokocińska, *Wolność gospodarcza w dokumentach programowych rządu*, [w:] B. Guzik, N. Buchowska, P. Wiliński (red.), *Prawo wobec wyzwań współczesności*, t. V, Poznań 2008. C. Kosikowski wskazuje, że działalność państwa to nie tylko udzielanie ochrony prawnej, ale także działalność kreatywna – tworzenie polityki gospodarczej, strategii, programów oddziałujących w skali makroekonomicznej – idem, *Publiczne prawo gospodarcze...*, s. 12.





Agata Grabowicz  
Uniwersytet Łódzki

## Swoboda działalności gospodarczej a przedmiot opodatkowania podatkiem od nieruchomości

Jednym z warunków swobody działalności gospodarczej jest precyzyjne i stabilne prawo podatkowe. Niejasność i zmienność prawa podatkowego podważa pewność planowania i działalności podmiotów gospodarczych. Skutki niepewności wynikającej z prawa podatkowego może ograniczyć jednolite orzecznictwo sądowe. Jeśli jednak orzecznictwo sądów jest niespójne, ograniczanie swobody działalności gospodarczej pogłębia się. Z taką negatywną sytuacją mamy do czynienia na gruncie regulacji prawnej zakresu przedmiotowego podatku od nieruchomości<sup>1</sup>. Najwięcej kontrowersji powstało w związku z opo-

---

<sup>1</sup> Na temat przedmiotu opodatkowania podatku od nieruchomości patrz szerzej: L. Etel, *Podatki od nieruchomości*, C.H. Beck, Warszawa 2009, s. 51–103; W. Morawski, [w:] *Ustawa o podatkach i opłatach lokalnych. Komentarz*, pod red. W. Morawskiego, ODDK, Gdańsk 2009, s. 283–311; W. Krok, *Budowla w podatku od nieruchomości*, ABC Wolters Kluwer, Warszawa 2010, s. 33–40; L. Etel, *Podatek od nieruchomości, rolny, leśny*, C.H. Beck, Warszawa 2005, s. 64–67; L. Etel, *Reforma opodatkowania nieruchomości w Polsce*, Temida 2, Białystok 1998, s. 33–35; *Europejskie systemy opodatkowania nieruchomości*, pod red. L. Etela, Kancelaria Sejmu, Biuro Studiów i Ekspertyz, Warszawa 2003, s. 188–190; L. Etel, E. Ruśkowski, *Komentarz do ustawy o podatkach i opłatach lokalnych*, Dom Wydawniczy ABC, Warszawa 1996, s. 61–81; M. Bartosiewicz, R. Kubacki, *Opodatkowanie nieruchomości 2002 r.*, Difin, Warszawa 2002, s. 140–147; L. Etel, *Opodatkowanie nieruchomości, problemy praktyczne*, Temida 2, Białystok 2001, s. 38–41; L. Etel, S. Presnarowicz, *Podatki i opłaty samorządowe*, Dom Wydawniczy ABC, Warszawa 2003, s. 45–82; E. Kornberger-Sokołowska, *Problemy dotyczące zakresu przedmiotowego i przedmiotowego podatku od nieruchomości*, [w:] *Księga jubileuszowa Profesora Ryszarda Mastalskiego. Stanowienie i stosowanie prawa podatkowego*, Unimex, Wrocław 2009, s. 236 i n.; B. Dauter, A. Jankowski, *Podatki i opłaty samorządowe w orzecznictwie Naczelnego Sądu Administracyjnego*, Difin, Warszawa 2001, s. 43 i n.; N. Gajl, *Modele podatkowe. Podatki majątkowe*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 1996, s. 35 i n.; L. Etel, M. Popławski, S. Presnarowicz, *Podatki i opłaty samorządowe w pytaniach i odpowiedziach*, Municipium, Warszawa 2000, s. 98–102; B. Brzeziński, W. Morawski, *Kable telekomunikacyjne znajdujące się w kanalizacji kablowej a podatek od nieruchomości*, „Przegląd Podatkowy” 2008, nr 10, s. 20 i n.; F. Switała, *Budowle w energetyce i telekomunikacji a podatek od nieruchomości w świetle orzecznictwa podatkowego*, „Przegląd Podatkowy” 2008, nr 2, s. 29 i n.; B. Pahl, *Problematyka opodatkowania budowli usytuowanych w wyrobiskach górniczych*, [w:] *Podatki i opłaty lokalne w praktyce*, pod red. M. Popławskiego, Taxpress, Warszawa 2008, s. 75 i n.; B. Pahl, *Opodatkowanie*

datkowaniem budowli. Konstrukcja przepisu jest tak niejasna, a orzecznictwo tak niejednolite, że nie jest obecnie możliwe do przewidzenia, które z obiektów będą podlegały opodatkowaniu i w jakim zakresie.

Problem nabiera szczególnej wagi w przypadku przedsiębiorstw branży energetycznej i telekomunikacyjnej, ze względu na bardzo dużą wartość obiektów, które potencjalnie mogą zostać włączone do podstawy opodatkowania. Najprościej rzecz ujmując, problem polega na tym, czy należy uznać za budowlę i w związku z tym opodatkować elektrownię wiatrową w całości, czy wyłącznie jej fundament? Czy należy opodatkować wyłącznie kanalizację techniczną, czy także kable telekomunikacyjne w niej umieszczone? Czy opodatkowaniu podlega wyłącznie maszt telefonicznej stacji bazowej, czy także umieszczone na nim urządzenia techniczne? W związku z tym, że podstawą opodatkowania budowli jest ich wartość, uwzględnienie wymienionych urządzeń w istotny sposób wpłynie na wysokość podatku.

Obecnie nie można w sposób jednoznaczny ustalić, wartość których z tych obiektów zostanie włączona do podstawy opodatkowania. Istnieją dwie przyczyny tego stanu rzeczy: po pierwsze, wadliwość regulacji prawnej; po drugie, wadliwość orzecznictwa sądów administracyjnych.

## Wadliwość regulacji prawnej

Budowlą, zgodnie z art. 1a ustawy o podatkach i opłatach lokalnych<sup>2</sup>, jest „obiekt budowlany w rozumieniu przepisów Prawa budowlanego niebędący budynkiem lub obiektem małej architektury, a także urządzenie budowlane w rozumieniu przepisów Prawa budowlanego związane z obiektem budowlanym, które zapewnia możliwość użytkowania obiektu zgodnie z jego przeznaczeniem”. Ustawodawca odsyła zatem do definicji obiektu budowlanego w prawie budowlanym.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy – Prawo budowlane<sup>3</sup>, ilekroć w ustawie jest mowa o obiekcie budowlanym, należy przez to rozumieć m.in. budowlę stanowiącą całość techniczno-użytkową wraz z instalacjami i urządzeniami. Art. 3 ust. 3 pr. bud. jako budowlę traktuje każdy obiekt budowlany niebędący budynkiem lub obiektem małej architektury, jak: obiekty liniowe, lotniska,

---

*obiektów wykorzystywanych w górnictwie*, „Finanse Komunalne” 2009, nr 12, s. 45 i n.; W. Morawski, *Znaczenie przykładowego wyliczenia budowli zawartego w art. 3 pkt 3 PrBud – kasus opodatkowania podatkiem od nieruchomości stacji bazowych telefonii komórkowej*, „Monitor Podatkowy” 2010, nr 2; B. Brzeziński, W. Morawski, *Urządzenia techniczne a podatek od nieruchomości*, „Przegląd Podatkowy” 2007 nr 10, s. 41 i n.

<sup>2</sup> Ustawa z dnia 12 stycznia 1991 r. o podatkach i opłatach lokalnych (tekst jedn. Dz.U. z 2010 r., nr 95, poz. 613); dalej: u.p.o.l.

<sup>3</sup> Ustawa z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane (tekst. jedn. Dz.U. z 2006 r., nr 156, poz. 118 ze zm.); dalej: pr. bud.

mosty, wiadukty, estakady, tunele, przepusty, sieci techniczne, wolno stojące maszty antenowe, wolno stojące trwale związane z gruntem urządzenia reklamowe, budowle ziemne, obronne (fortyfikacje), ochronne, hydrotechniczne, zbiorniki, wolno stojące instalacje przemysłowe lub urządzenia techniczne, oczyszczalnie ścieków, składowiska odpadów, stacje uzdatniania wody, konstrukcje oporowe, nadziemne i podziemne przejścia dla pieszych, sieci uzbrojenia terenu, budowle sportowe, cmentarze, pomniki, a także części budowlane urządzeń technicznych (kotłów, pieców przemysłowych, elektrowni wiatrowych i innych urządzeń) oraz fundamenty pod maszyny i urządzenia jako odrębne pod względem technicznym części przedmiotów składających się na całość użytkową.

Tej pozornie nieskomplikowanej konstrukcji normatywnej można postawić szereg zarzutów:

1. Ustawodawca stworzył definicję w ustawie podatkowej przez odesłanie do Prawa budowlanego, mimo że każda z ustaw realizuje inne cele.

2. W wyniku zmian Prawa budowlanego następują jednocześnie, bez woli ustawodawcy w tym zakresie, zmiany zakresu przedmiotowego podatku od nieruchomości, niezależnie od tego, czy w konstrukcji podatkowej jest to potrzebne, czy nie, czy jest to właściwe, czy niewłaściwe.

3. Wieloznaczność pojęć stosowanych w definicji budowlanej w Prawie budowlanym powoduje, że zakres obowiązku podatkowego nie jest ograniczony.

4. Definicja budowlanej w Prawie budowlanym jest sprzeczna wewnętrznie.

**Ad. 1.** Prawodawca nie uwzględnił, że ustawa o podatkach i opłatach lokalnych oraz ustawa Prawo budowlane mają różny przedmiot regulacji i w związku z tym różne są funkcje definicji i norm w nich zawartych. Prawo budowlane normuje działalność obejmującą sprawy projektowania, budowy, utrzymania i rozbiórki obiektów budowlanych oraz określa zasady działania organów administracji publicznej w tych dziedzinach (art. 1 pr. bud.). Cel tej regulacji można ogólnie określić jako zagwarantowanie bezpieczeństwa procesu budowlanego oraz późniejszego użytkowania obiektów. Ustawa o podatkach i opłatach lokalnych realizuje natomiast cel polityki podatkowej. Klasyfikacja obiektów w Prawie budowlanym wyróżnia je ze względu na ich cechy budowlane. Nie jest podporządkowana temu, czy mają one być opodatkowane, czy nieopodatkowane, objęte wyższą czy niższą stawką, zwolnione od podatku czy też mają one korzystać z ulg podatkowych. Przy kształtowaniu Prawa budowlanego, w tym definicji, ustawodawca nie uwzględnił działania tych rozwiązań na gruncie prawa podatkowego. Wskutek odesłania do Prawa budowlanego, o opodatkowaniu bądź nieopodatkowaniu danego obiektu decyduje to, czy jest on całością techniczno-użytkową, czy jest obiektem wolnostojącym, czy jest trwale związany z gruntem, czy jest obiektem tymczasowym, czy jest umieszczony bezpośrednio w ziemi, czy też w kanalizacji technicznej.

Takie różnicowanie ma uzasadnienie na gruncie Prawa budowlanego. Są to jednak kryteria nieistotne w prawie podatkowym. W efekcie definicje nieruchomości z Prawa budowlanego nie mogą prawidłowo realizować funkcji prawa podatkowego. W prawie podatkowym powoduje to powstawanie sprzeczności i niekonsekwencji.

**Ad. 2.** Zmiany ustawy – Prawo budowlane pociągają za sobą skutki w prawie podatkowym. Rozwiązanie to należy ocenić krytycznie z trzech powodów. Przede wszystkim, dokonując zmian Prawa budowlanego, nie bierze się pod uwagę następstw, jakie to wywoła w prawie podatkowym. Zmiany uzasadnione względami budowlanymi wywołują konsekwencje niezamierzone i nieprzewidywalne z punktu widzenia opodatkowania. Ponadto ustawodawca nie uwzględnił, że zmiany w prawie podatkowym wymagają odpowiedniego *vacatio legis* dla przygotowania się przedsiębiorców do nowych sytuacji.

Zgodnie ze stanowiskiem Trybunału Konstytucyjnego, zasada pewności prawa wymaga, aby zmian podatków płaconych w skali rocznej, do których należy podatek od nieruchomości, nie wprowadzać w toku danego roku podatkowego, lecz w roku poprzednim<sup>4</sup>. Zmiany w przepisach Prawa budowlanego wchodzi natomiast w życie w dowolnym momencie roku. Odesłanie do przepisów Prawa budowlanego w ustawie o podatkach i opłatach lokalnych może zatem prowadzić do naruszenia pewności prawa i w konsekwencji swobody działalności gospodarczej przedsiębiorców.

**Ad. 3.** Ustawodawca uzależnia zakres przedmiotowy podatku od pojęć nieprecyzyjnych i nieobiektywnych. Jest to niezgodne z art. 217 Konstytucji RP. Z przepisu tego wynika obowiązek określania elementów konstrukcji podatku w drodze ustawy, a także kwalifikowane wymaganie dostatecznej określoności i czytelności normy podatkowej<sup>5</sup>.

Przykładowo, zgodnie z treścią przepisu art. 3 ust. 1 pr. bud., obiektem budowlanym jest budowla stanowiąca całość techniczno-użytkową. Pojęcie całości techniczno-użytkowej jest jednak względne. Decydujące znaczenie ma bowiem przypisana danemu obiektowi funkcja, która może być różna zależnie od woli interpretatora. Przykładowo, całością techniczno-użytkową mogą być zarówno same fundamenty, jak i cały obiekt. Zależy to od określenia funkcji, jaką obiekt ma pełnić. Skoro to funkcja techniczno-użytkowa ma decydować o kwalifikacji podatkowoprawnej, to granice przedmiotowe podatku od nieruchomości nie są w żaden sposób zakreślone. Jest to sprzeczne

<sup>4</sup> Orzeczenie TK z dnia 29 marca 1994 r., K 13/93, Legalis.

<sup>5</sup> T. Dębowska-Romanowska, *Prawo finansowe. Część konstytucyjna wraz z częścią ogólną*, C.H. Beck, Warszawa 2010, s. 154.

z konstytucyjnymi wymogami określania elementów konstrukcyjnych podatku w drodze ustawy oraz z wymogiem dostatecznej określoności przepisów.

**Ad. 4.** Kolejną wadą regulacji prawnej jest wewnętrzna sprzeczność definicji budowli w Prawie budowlanym. Zgodnie z tą definicją, budowlą jest z jednej strony obiekt budowlany stanowiący całość techniczno-użytkową. Z drugiej strony są nią części budowlane urządzeń technicznych (kotłów, pieców przemysłowych, elektrowni wiatrowych i innych urządzeń) oraz fundamenty pod maszyny i urządzenia, jako odrębne pod względem technicznym części przedmiotów składających się na całość użytkową.

Pojęcie całości techniczno-użytkowej i pojęcie części (części budowlanej, części przedmiotu), którymi prawodawca posługuje się w ramach tej samej definicji, są pojęciami o znaczeniu przeciwstawnym. Taka konstrukcja definicji uprawnia do traktowania każdego obiektu o niejednorodnej budowie w dwojaki sposób: albo jako całość techniczno-użytkową, albo jako zespół części, z których jedynie części o charakterze budowlanym podlegają opodatkowaniu. Tymczasem przyjęcie jednej bądź drugiej interpretacji powoduje odmienne skutki w zakresie wysokości podatku, ponieważ zmienia się wartość podstawy opodatkowania. W efekcie na gruncie treści tego samego przepisu można obliczyć dwie kwoty należnego podatku: albo kwotę wyższą, obliczoną w wyniku włączenia do podstawy opodatkowania wszystkich elementów całości techniczno-użytkowej albo kwotę niższą, w razie wyłączenia z podstawy opodatkowania części o charakterze „niebudowlanym”. Jest to sprzeczne z wymogiem wynikającymi z art. 217 Konstytucji, zgodnie z którym ustawa podatkowa powinna być tak skonstruowana, by dla wszystkich podmiotów objętych jej działaniem kwota podatku w tych samych warunkach podmiotowych i przy takiej samej podstawie, była taka sama – ani wyższa, ani niższa<sup>6</sup>.

## Wadliwość orzecznictwa sądów administracyjnych

Skutki niedoskonałości regulacji prawnej potęguje niejednorodność orzecznictwa. Można było bowiem oczekiwać, że to sądy administracyjne przejmą ciężar naprawienia błędów ustawodawcy i wypracują jednolitą linię w przedmiocie opodatkowania poszczególnych obiektów. Tak się jednak nie stało. Rozstrzygnięcia sądów są zróżnicowane i niespójne. Sądy niejednakowo traktują obiekty budowlane o takich samych cechach.

W ostatnich latach dokonywano skrajnie różnych kwalifikacji podatkowoprawnej poszczególnych obiektów. W konsekwencji z takich samych sytu-

<sup>6</sup> Ibidem, s. 144.

acji faktycznych lub prawnych wywodzono różne skutki prawne. Na przykład część składów orzekających uznawała, że funkcję elektrowni wiatrowej może pełnić wyłącznie całość elementów elektrowni, zarówno części budowlane, jak i generator – dlatego też całość powinna podlegać opodatkowaniu<sup>7</sup>. Ale zapadały też rozstrzygnięcia, że podatek od nieruchomości powinien być naliczany tylko od fundamentów i masztu urządzenia technicznego<sup>8</sup>. Analogiczne rozbieżności powstawały w sprawach opodatkowania stacji bazowych telefonii komórkowych<sup>9</sup>. Jednak do rangi symbolu problemu przedmiotu opodatkowania podatku od nieruchomości urósł spór dotyczący podatkowoprawnej kwalifikacji telekomunikacyjnych linii kablowych. Niekiedy bywały one kwalifikowane jako sieć techniczna<sup>10</sup>, niekiedy jako sieć uzbrojenia terenu<sup>11</sup> albo nawet jako urządzenia budowlane umożliwiające użytkowanie kanalizacji kablowej<sup>12</sup>. W jednym z wyroków NSA uznał nawet, że kable znajdujące się w kanalizacji technicznej stanowią budowlę umieszczoną w budowli<sup>13</sup>.

Wydawać by się mogło, że z czasem orzecznictwo wypracuje spójne stanowisko w przedmiocie opodatkowania poszczególnych obiektów. Rozstrzygnięcia korzystne dla podatników zapadają bowiem np. w sprawach opodatkowania elektrowni wiatrowych – opodatkowaniu podlegają obecnie jedynie fundamenty. Podobnie w wypadku telefonicznych stacji bazowych – opodatkowany jest wyłącznie maszt, a nie umieszczone na nim urządzenia techniczne. Natomiast stanowisko profiskalne dominuje w sprawach opodatkowania sieci telekomunikacyjnych – opodatkowana jest w całości kanalizacja techniczna i biegnące w niej linie kablowe.

Rozstrzygnięcia są jednak tylko pozornie spójne. Sądy niejednakowo traktują obiekty budowlane o takich samych cechach. Rozbieżności, jakie istnieją w orzecznictwie, ilustruje następujący przykład. Takie urządzenia elektrowni jak „generator, rotor z gondolą, wirnik, generator, skrzynia bie-

<sup>7</sup> Wyrok WSA w Szczecinie z dnia 13 września 2007 r., I SA/Sz 126/07, LEX 397323; wyrok NSA z dnia 18 stycznia 2007 r., II FSK 51/06, LEX 283947; wyrok WSA w Szczecinie z dnia 26 maja 2006 r., I SA/Sz 882/05, Centralna Baza Orzeczeń Sądów Administracyjnych.

<sup>8</sup> Wyrok NSA z dnia 30 lipca 2009 r., II FSK 202/08, Legalis; wyrok NSA z dnia 5 stycznia 2010 r., II FSK 1101/08, Legalis; wyrok NSA z dnia 16 grudnia 2009 r., II FSK 1184/08, Centralna Baza Orzeczeń Sądów Administracyjnych; wyrok WSA w Białymstoku dnia 5 maja 2010 r., I SA/Bk 17/10, Centralna Baza Orzeczeń Sądów Administracyjnych; wyrok WSA z dnia 7 października 2009 r., II FSK 635/08, Centralna Baza Orzeczeń Sądów Administracyjnych.

<sup>9</sup> Wyrok NSA z dnia 7 października 2009 r., II FSK 635/08, Legalis; wyrok WSA w Lublinie z dnia 30 maja 2008 r., I SA/Lu 174/08, Legalis.

<sup>10</sup> Wyrok NSA z dnia 27 stycznia 2006 r., FSK 2316/04, Legalis; wyrok WSA we Wrocławiu z dnia 6 listopada 2009 r., I SA/Wr 1428/09, Legalis; wyrok WSA we Wrocławiu z dnia 4 listopada 2009 r., I SA/Wr 1034/09, Legalis; wyrok WSA we Wrocławiu z dnia 26 sierpnia 2009 r., I SA/Wr 599/09, Legalis.

<sup>11</sup> Wyrok WSA w Olsztynie z dnia 26 maja 2004 r., III SA 2939/03, Centralna Baza Orzeczeń Sądów Administracyjnych.

<sup>12</sup> Wyrok WSA w Bydgoszczy z dnia 1 lipca 2008 r., I SA/Bd 223/08, Legalis.

<sup>13</sup> Wyrok NSA z dnia 23 maja 2010 r., II FSK 1931/09, Centralna Baza Orzeczeń Sądów Administracyjnych.

gów, komputer sterujący, transformator, rozdzielnia energetyczna, instalacja alarmowa zdalnego sterowania” nie podlegają opodatkowaniu. Natomiast pomimo że również linie kablowe położone w kanalizacji kablowej spełniają funkcję zbliżoną do urządzeń elektrowni wiatrowych, tj. dokonują przesyłu sygnału telekomunikacyjnego (analogicznie jak urządzenia elektrowni wiatrowej, które wytwarzają i przesyłają energię elektryczną) i pod względem technicznym stanowią obiekt odrębny od samej kanalizacji, są już kwalifikowane odmiennie, tj. jako składnik budowlany i opodatkowane.

Ponadto w odniesieniu do różnych obiektów wykładnia tego samego przepisu dokonywana jest w skrajnie różny sposób. Ilustrują to poniższe fragmenty tez wyroków. W odniesieniu do elektrowni wiatrowych WSA w Poznaniu orzekł, że intencją prawodawcy nie jest traktowanie każdego obiektu budowlanego jako całości, ale wyróżnienie w nim części budowlanych i niebudowlanych<sup>14</sup>. Ale już w odniesieniu do linii telekomunikacyjnych, zdaniem NSA „nie znajduje [...] żadnego uzasadnienia »rozdzielanie« każdej budowlany, również sieci kablowej, od przepustu technicznego na poszczególne elementy, gdyż są one budowlą jako całość”<sup>15</sup>.

Te przykłady ujawniają, że sądy podporządkowują rozstrzygnięcie wcześniej założonej tezie o opodatkowaniu bądź nieopodatkowaniu obiektu danej kategorii. Nie wypracowały natomiast uniwersalnego wzorca wykładni tych przepisów.

## **Wnioski i postulaty *de lege ferenda***

Orzecznictwo nie jest jednolite, ponieważ sądy indywidualnie, w zależności od konstrukcji obiektu, rozstrzygają o jego opodatkowaniu albo nieopodatkowaniu. Przyczyną jest to, że wskutek braku jednoznacznej definicji uprawnione są różne interpretacje wypracowane przez orzecznictwo, w tym także całkowicie przeciwstawne. Jeśli uprawnione są różne interpretacje, to przyjąć należy, że mamy tu do czynienia z klinicznym przykładem braku dostatecznej określoności przepisu. To zaś wymaga interwencji ustawodawcy, a w przypadku jej braku – interwencji Trybunału Konstytucyjnego.

Ponieważ jednak wnioski kierowane do TK oczekują na rozstrzygnięcie, to pojawia się postulat wobec orzecznictwa sądów administracyjnych. Wydaje się, że w sytuacji, gdy uprawnione są zarówno interpretacje maksymalizujące, jak i minimalizujące wymiar, sądy powinny wybierać opodatkowanie na poziomie koniecznego minimum. Wina w zakresie złego prawodawstwa spoczywa bowiem niewątpliwie na państwie, któremu w takiej sytuacji nie po-

<sup>14</sup> Wyrok NSA z dnia 30 lipca 2009 r., II FSK 202/08, Legalis.

<sup>15</sup> Wyrok WSA w Poznaniu z dnia 24 czerwca 2009 r., III SA/Po243/09, Legalis.

winno się przyznawać wątpliwych należności i ograniczać własności podatników ponad minimum, jakie wynika z przepisów.

Ustawodawca powinien podjąć decyzję, które z obiektów chce opodatkować, a następnie wprowadzić odpowiednią regulację. Niezbędna jest jednoznaczna decyzja prawodawcy, czy jego wolą jest opodatkowanie wyłącznie fundamentów obiektu, czy także wszystkich tworzących go urządzeń technicznych o wielokrotnie większej wartości niż sam fundament.

Należy stworzyć autonomiczną definicję podatkowoprawną nieruchomości. Pojęcia ustawy podatkowej należy uniezależnić od przepisów Prawa budowlanego.

Przedmiot opodatkowania powinien być określony w sposób generalny, poprzez wskazanie cech ogólnych nieruchomości podlegających opodatkowaniu. Będzie to zapewne wymagało wyróżnienia kilku kategorii nieruchomości i ustalenia nie tylko, jakie one mają być, jakie mają mieć cechy, ale też – dlaczego mają podlegać opodatkowaniu.



**Agnieszka Balmas**  
Uniwersytet Gdański

## **Status prawny podmiotu świadczącego usługi medyczne jako przedsiębiorcy**

Konstytucja RP<sup>1</sup> w art. 20 konstytuuje zasadę ustrojową społecznej gospodarki rynkowej opartej na wolności gospodarczej oraz własności prywatnej. Wolność oraz prawa jednostek i osób prawa prywatnego wyznaczają ramy dopuszczalnego oddziaływania państwa na gospodarkę za pomocą środków prawnych, za których pośrednictwem organy państwowe i inne podmioty prawa realizują zadania wobec gospodarki. Stanowią one wyjątki od zasady swobodnej działalności gospodarczej, zagwarantowanej przez konstytucyjne wolności i prawa, i w tym ujęciu stanowią zasady prawa gospodarczego publicznego.

Z zasady wolności gospodarczej wynika wyraźna i jednoznaczna dyrektywa, że działalność gospodarcza może być inicjowana przez osoby fizyczne i osoby prawa prywatnego posiadające wolną od ingerencji państwa swobodę podejmowania decyzji istotnych (relewantnych) dla procesu gospodarowania<sup>2</sup>. Z zasady tej wynika także wyraźne ograniczenie kompetencji gospodarczych państwa i innych podmiotów publicznoprawnych do wyjątkowych sytuacji uzasadnionych szczególnie ważnym interesem publicznym<sup>3</sup>.

Podjęcie próby analizy regulacji prawnych w odniesieniu do realizacji zasady swobody działalności gospodarczej w praktyce obrotu gospodarczego w zakresie świadczenia usług medycznych uzależnione jest na wstępie od ustalenia, czy podmioty świadczące te usługi zostały wyłączone przez ustawodawcę spod działania tejże zasady (art. 22 Konstytucji). Ze względu na obszerność zagadnienia, opracowanie niniejsze zostanie zawężone do kwestii

<sup>1</sup> Konstytucja RP z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. nr 78, poz. 483).

<sup>2</sup> Por. K. Pawłowicz, *Wolność gospodarcza w kręgu mitów*, [w:] *Konstytucyjna zasada wolności gospodarczej*, red. W. Sz wajdler, H. Nowicki, Toruń 2009, s. 323–331.

<sup>3</sup> Zob. K. Strzyczkowski, *Prawo gospodarcze publiczne*, Warszawa 2009, s. 85.

podstawowej, tj. ustalenia, czy podmioty świadczące usługi medyczne były, są i będą przedsiębiorcami w odniesieniu do uchylonego, obecnego oraz przyszłego stanu prawnego. Odpowiedź na pytanie, czy działalność podmiotów świadczących usługi medyczne jest działalnością gospodarczą, wymagać będzie krótkiego scharakteryzowania podmiotów uprawnionych do świadczenia tych usług, zasad ich tworzenia, organizacji, zasad finansowania, a także rejestracji.

Podmiotami uprawnionymi do świadczenia usług medycznych są zakłady opieki zdrowotnej (z.o.z.-y), które dzielą się na publiczne oraz niepubliczne. Powyższa różnica wynika z odmienności podmiotów uprawnionych do założenia zakładu opieki zdrowotnej – zgodnie z art. 8 ust. 2 i 3 ustawy z dnia 30 sierpnia 1991 r. o zakładach opieki zdrowotnej<sup>4</sup> (dalej: u.z.o.z.), a także ze źródeł finansowania udzielanych usług medycznych. Publiczny z.o.z. udziela świadczeń zdrowotnych finansowanych ze środków publicznych osobom ubezpieczonym oraz innym osobom uprawnionym do tych świadczeń na podstawie odrębnych przepisów nieodpłatnie, za częściową odpłatnością lub całkowitą odpłatnością (art. 33 ust. 1 u.z.o.z.). Podstawy finansowania udzielania usług medycznych przez publiczne z.o.z.-y z budżetu państwa reguluje ustawa z dnia 27 sierpnia 2004 r., o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych<sup>5</sup> (dalej: u.ś.o.z.). Świadczenie zdrowotne zawiera się w pojęciu świadczeń gwarantowanych, tj. świadczeń opieki zdrowotnej finansowanych w całości lub współfinansowanych ze środków publicznych na zasadach i w zakresie określonych w ustawie (art. 5 pkt 35 u.ś.o.z.). Niepubliczne z.o.z.-y świadczą usługi medyczne finansowane ze środków publicznych w takim zakresie, w jakim zostało im udzielone zamówienie na świadczenie tych usług (art. 35 i 35a u.z.o.z.). W innym przypadku koszt usługi ponosi pacjent osobiście. Uwaga dotycząca finansowania usług medycznych świadczonych przez niepubliczne z.o.z.-y odnosi się również do udzielania świadczeń zdrowotnych przez inne uprawnione podmioty, o których mowa w art. 35 ust. 1 pkt 2-3 u.z.o.z. Funkcję ochronną i zabezpieczającą przed skutkami świadczenia usług medycznych w oparciu o udzielone zamówienie pełni art. 35 ust. 8 u.z.o.z., zgodnie z którym podmioty przyjmujące zamówienie na świadczenia zdrowotne, o których mowa w art. 35 ust. 1 u.z.o.z., podlegają obowiązkowemu ubezpieczeniu cywilnemu za szkody wyrządzone przy udzielaniu tych świadczeń<sup>6</sup>.

<sup>4</sup> Tekst jedn. Dz.U. z 2007 r., nr 14, poz. 89 ze zm.

<sup>5</sup> Tekst jedn.: Dz.U. z 2008 r., nr 164, poz. 1027 ze zm.

<sup>6</sup> Por. Rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 23 grudnia 2004 r. w sprawie obowiązkowego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej podmiotu przyjmującego zamówienie na świadczenia zdrowotne (Dz.U. nr 283, poz. 2825); Rozporządzenie Ministra Zdrowia i Opieki Społecznej z dnia 13 lipca 1998 r. w sprawie umowy o udzielenie zamówienia na świadczenia zdrowotne (Dz.U. nr 93, poz. 592).

Publiczne z.o.z.-y działają zasadniczo jako samodzielne publiczne zakłady opieki zdrowotnej i uzyskują osobowość prawną z chwilą wpisu do Krajowego Rejestru Sądowego<sup>7</sup>, wyjątkowo zaś w formie jednostki budżetowej lub zakładu budżetowego (art. 35b-c u.z.o.z.). Niezależnie jednak od publicznej lub niepublicznej formy zakłady te udzielają świadczeń zdrowotnych (usług medycznych) bezpłatnie, za częściową odpłatnością lub odpłatnie na zasadach określonych w ustawie, w przepisach odrębnych lub w umowie cywilnoprawnej (art. 6 u.z.o.z.). Obecnie nie budzi wątpliwości, że niepubliczne z.o.z.-y wykonują działalność gospodarczą<sup>8</sup>. Ewentualne zastrzeżenia budzi jedynie status samodzielnego publicznego z.o.z.-u, któremu niektórzy odmawiają statusu przedsiębiorcy, a wykonywanej działalności – cech działalności gospodarczej.

Normatywną definicję usług medycznych zawiera art. 32e ust. 1 u.z.o.z. Zgodnie z tym przepisem, usługami medycznymi są świadczenia zdrowotne i związane z ich udzielaniem usługi świadczone w publicznych zakładach opieki zdrowotnej oraz przez podmioty, którym odpowiedni minister lub centralny organ administracji rządowej, wojewoda lub jednostka samorządu terytorialnego albo samodzielny publiczny zakład opieki zdrowotnej udzielił zamówienia na świadczenia zdrowotne (art. 8 pkt 1–3 u.z.o.z.). Podmiotami uprawnionymi do świadczenia usług medycznych w wyniku udzielonego zamówienia są: niepubliczny zakład opieki zdrowotnej (w zakresie zadań określonych w statucie tego zakładu), osoba wykonująca zawód medyczny w ramach indywidualnej praktyki lub indywidualnej specjalistycznej praktyki lekarskiej, grupowa praktyka lekarska i grupowa praktyka pielęgniarek lub położnych, a także osoba legitymującej się nabyciem fachowych kwalifikacji do udzielania świadczeń zdrowotnych w określonym zakresie lub w określonej dziedzinie medycyny, która dysponuje lokalem oraz aparaturą i sprzętem medycznym, odpowiadającymi wymaganiom przewidzianym dla zakładów opieki zdrowotnej, oraz spełnia warunki określone w przepisach o działalności gospodarczej.

Usługi medyczne podlegają rejestrowaniu i monitorowaniu w systemie ewidencyjno-informatycznym, zwanym rejestrem usług medycznych. Wyróżnia się centralny i wojewódzki rejestr usług medycznych oraz terenowe rejestry usług medycznych (art. 32e ust. 2 u.z.o.z.). Podmioty udzielające usług medycznych zobowiązane są dokumentować udzielenie usługi medycznej w książeczce usług medycznych lub kuponie wolnym (art. 32e ust. 4–7 u.z.o.z.). W rejestrach usług medycznych zamieszcza się wykaz osób objętych reje-

<sup>7</sup> Zob. art. 49–54 ustawy z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym (tekst jedn. Dz.U. z 2007 r., nr 168, poz. 1186 ze zm.).

<sup>8</sup> Por. wyrok WSA we Wrocławiu z dnia 6 października 2009 r., sygn. akt III SA/Wr 333/09; uchwała NSA w Warszawie z dnia 24 września 2001 r., sygn. akt OPK 13/01; uchwała SN z dnia 22 września 1995 r., sygn. akt III CZP 115/95.

strem, podmiotów udzielających usług medycznych oraz wykaz osób zlecających te usługi (art. 32e ust. 8 u.z.o.z.). Dane i informacje gromadzone w rejestrach usług medycznych, przekazywane przez podmioty udzielające usług medycznych, udostępniane są organom administracji rządowej, organom jednostek samorządu terytorialnego, podmiotom, które utworzyły publiczne z.o.z.-y oraz podmiotom finansującym udzielanie tych usług, a także samorządom zawodów medycznych. Do przekazywania danych dotyczących dokumentacji medycznej stosuje się przepisy ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta<sup>9</sup> (art. 32f u.z.o.z.).

Zgodnie z art. 4 u.z.o.z., świadczenia zdrowotne mogą być udzielane przez zakłady opieki zdrowotnej oraz przez osoby fizyczne wykonujące zawód medyczny lub przez grupową praktykę lekarską, grupową praktykę pielęgniariek, położnych na zasadach określonych w odrębnych przepisach. W zakładzie opieki zdrowotnej świadczenia zdrowotne udzielane są wyłącznie przez osoby wykonujące zawód medyczny oraz spełniające wymagania zdrowotne, określone w odrębnych przepisach (art. 10 ust. 1 u.z.o.z.).

Zgodnie z art. 1 u.z.o.z., zakład opieki zdrowotnej jest wyodrębnionym organizacyjnie zespołem osób i środków majątkowych utworzonym i utrzymywanym w celu udzielania świadczeń zdrowotnych i promocji zdrowia, utworzonym przez podmioty wymienione w art. 8 u.z.o.z. Może być on również utworzony i utrzymywany w celu prowadzenia badań naukowych i prac badawczo-rozwojowych w powiązaniu z udzielaniem świadczeń zdrowotnych i promocją zdrowia, a także realizacji zadań dydaktycznych i badawczych w powiązaniu z udzielaniem świadczeń zdrowotnych i promocją zdrowia. Zgodnie z art. 2 u.z.o.z., zakładem opieki zdrowotnej jest: szpital, zakład opiekuńczo-leczniczy, zakład pielęgnacyjno-opiekuńczy, sanatorium, prewentyrium, hospicjum stacjonarne, inny niewymieniony z nazwy zakład przeznaczony dla osób, których stan zdrowia wymaga udzielania całodobowych lub całodziennych świadczeń zdrowotnych w odpowiednio urządzonym, stałym pomieszczeniu, przychodnia, ośrodek zdrowia, poradnia, ambulatorium, pogotowie ratunkowe, medyczne laboratorium diagnostyczne, pracownia protetyki stomatologicznej i ortodoncji, zakład rehabilitacji leczniczej, żłobek, ambulatorium lub ambulatorium z izbą chorych jednostki wojskowej, Policji, Straży Granicznej, Państwowej Straży Pożarnej, Biura Ochrony Rządu, Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz jednostki organizacyjnej Służby Więziennej, stacja sanitarno-epidemiologiczna, wojskowy ośrodek medycyny prewencyjnej, jednostka organizacyjna publicznej służby krwi, a także inny zakład spełniający warunki określone w ustawie.

---

<sup>9</sup> Ustawa z dnia 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta (Dz.U. z 2009 r., nr 52, poz. 417 ze zm.).

Świadczeniem zdrowotnym są działania służące zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia oraz inne działania medyczne wynikające z procesu leczenia lub przepisów odrębnych regulujących zasady ich wykonywania (art. 3 u.z.o.z.). Do katalogu świadczeń zdrowotnych należą w szczególności świadczenia związane z badaniem i poradą lekarską, leczeniem, badaniem i terapią psychologiczną, rehabilitacją leczniczą, opieką nad kobietą ciężarną i jej płodem, porodem, położeniem oraz nad noworodkiem, opieką nad zdrowym dzieckiem, badaniem diagnostycznym, w tym z analityką medyczną, pielęgnacją chorych oraz pielęgnacją niepełnosprawnych i opieką nad nimi. Do katalogu tego zalicza się również opieką paliatywno-hospicyjną, orzekanie i opiniowanie o stanie zdrowia, zapobieganie powstawaniu urazów i chorób poprzez działania profilaktyczne oraz szczepienia ochronne, czynności techniczne z zakresu protetyki i ortodoncji oraz czynności z zakresu zaopatrzenia w przedmioty ortopedyczne i środki pomocnicze. Przyjęta definicja świadczenia zdrowotnego wydatnie podkreśla jego biomedyczny charakter i wyłącza z zakresu tego pojęcia te świadczenia, które mogą być udzielane przez osoby niewykonyjące zawodu medycznego<sup>10</sup>.

Podobnie definicję świadczenia zdrowotnego ujmuje ustawa o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych. Zgodnie z art. 4 pkt 40 tej ustawy, świadczeniem zdrowotnym jest działanie służące profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu lub poprawie zdrowia oraz inne działanie medyczne wynikające z procesu leczenia lub przepisów odrębnych regulujących zasady ich udzielania. Na marginesie wskazać należy, że w zakresie pojęcia świadczeń opieki zdrowotnej mieszczą się świadczenia zdrowotne (art. 4 pkt 40 u.ś.o.z.), świadczenia zdrowotne rzeczowe i świadczenia towarzyszące. Świadczenie zdrowotne rzeczowe związane jest z procesem leczenia, a także lekami, wyrobami medycznymi, w tym przedmiotami ortopedycznymi i środkami pomocniczymi (art. 5 pkt 37 u.ś.o.z.). Świadczenie towarzyszące dotyczą zakwaterowania i wyżywienia w zakładzie opieki zdrowotnej całodobowej lub całodziennej oraz usług transportu sanitarnego (art. 5 pkt 38 u.ś.o.z.). Z tak przyjętej definicji świadczenia opieki zdrowotnej wynika, że ma ono charakter kompleksowy i nie można go ograniczać wyłącznie do usług ściśle medycznych<sup>11</sup>.

Z art. 4 u.z.o.z. wynika wprost, że usługi medyczne mogą być wykonywane w różnych reżimach prawnych: albo w formie zakładów opieki zdrowotnej, albo przez osoby fizyczne wykonujące zawód medyczny lub przez grupową praktykę lekarską, grupową praktykę pielęgniarek, położnych na zasadach określonych w odrębnych przepisach.

<sup>10</sup> Tak: D. Karkowska, *Prawa pacjenta*, Warszawa 2009, s. 271.

<sup>11</sup> Tak: T. Zimna, *Zawieranie umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej*, Warszawa 2007, s. 70; por. D. Karkowska, op. cit., s. 264.

Osobą wykonującą zawód medyczny jest osoba, która na podstawie odrębnych przepisów<sup>12</sup> uprawniona jest do udzielania świadczeń zdrowotnych oraz osoba legitymująca się nabyciem fachowych kwalifikacji do udzielania świadczeń zdrowotnych w określonym zakresie lub w określonej dziedzinie medycyny (art. 18d ust. 1 pkt 1 u.z.o.z.). Nadmieniam, że konsumentem usług medycznych jest pacjent, który korzysta z tych usług w celu bezpośrednio niezwiązanym z jego działalnością gospodarczą lub zawodową (art. 22<sup>1</sup> k.c.). Zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 4 ustawy o prawach pacjenta, pacjentem jest osoba zwracająca się o udzielenie świadczeń zdrowotnych lub korzystająca ze świadczeń zdrowotnych udzielanych przez podmiot udzielający świadczeń zdrowotnych lub osobę wykonującą zawód medyczny.

Świadczeniem zdrowotnym jest omówione wyżej świadczenie zdrowotne w rozumieniu art. 3 u.z.o.z., zaś podmiotem udzielającym świadczeń zdrowotnych jest zakład opieki zdrowotnej, indywidualna praktyka lekarska, indywidualna specjalistyczna praktyka lekarska, grupowa praktyka lekarska, indywidualna praktyka pielęgniarek, położnych, indywidualna specjalistyczna praktyka pielęgniarek, położnych albo grupowa praktyka pielęgniarek, położnych. Wśród osób uprawnionych do udzielania usług medycznych oprócz lekarzy znajdują się również dentyści oraz felczerzy (zob. art. 3 ust. 2 ustawy o prawach pacjenta). Pomimo iż formy świadczenia usług medycznych są zróżnicowane (zob. art. 4 u.z.o.z.), każda tego rodzaju działalność polega na udzielaniu świadczeń zdrowotnych w rozumieniu art. 3 u.z.o.z., niezależnie od tego, czy świadczenia udzielane są w ramach ubezpieczenia zdrowotnego, czy prywatnie i całkowicie na koszt pacjenta. Tak też orzekł Sąd Najwyższy, stwierdzając, że prowadzenie działalności leczniczej jest świadczeniem zdrowotnym w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 30 sierpnia 1991 r. o zakładach opieki zdrowotnej, a według art. 4 tej ustawy działalność lecznicza może być prowadzona przez zakłady opieki zdrowotnej lub przez osoby fizyczne<sup>13</sup>.

Wskazuję, że podmiotem udzielającym świadczeń zdrowotnych oraz usług z nimi związanych (usług medycznych) jest przedsiębiorca<sup>14</sup>, z wyjąt-

<sup>12</sup> Odrębnymi przepisami w tym zakresie są przepisy m.in.: ustawy z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentyisty (tekst jedn. Dz.U. z 2008 r., nr 136, poz. 857 ze zm.), ustawy z dnia 5 lipca 1996 r. o zawodach pielęgniarki i położnej (tekst jedn. Dz.U. z 2009 r., nr 151, poz. 1217 ze zm.), ustawy z dnia 20 lipca 1950 r. o zawodzie felczera (tekst jedn. Dz.U. z 2004 r., nr 53, poz. 531 ze zm.), Rozporządzenia Ministra Zdrowia i Opieki Społecznej z dnia 11 marca 2005 r. w sprawie szczegółowych uprawnień zawodowych felczera (Dz.U. nr 45, poz. 434), przepisy dekretu z dnia 5 lipca 1946 r. o wykonywaniu czynności techniczno-dentystycznych (Dz.U. z 1947 r., nr 27, poz. 104 ze zm.), a także Rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 15 maja 1951 r. w sprawie szczegółowego zakresu uprawnień uprawnionych techników dentystycznych (Dz.U. nr 28, poz. 222).

<sup>13</sup> Uchwała SN z dnia 22 września 1995 r., sygn. akt: SN III CZP 115/95.

<sup>14</sup> Por. M. Dercz, T. Rek, *Ustawa o zakładach opieki zdrowotnej. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 230–231.

kiem przydania tego statusu jednostkom budżetowym. Teza ta wynika z uznania aspektu aktywności gospodarczej samodzielnych publicznych z.o.z.-ów jako działalności gospodarczej w rozumieniu art. 2 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej<sup>15</sup> (dalej: u.s.d.g.). Pogląd ten uzasadniam poniżej przywołanymi argumentami.

W stosunku do aktywności gospodarczej samodzielnych publicznych z.o.z.-ów, Sąd Najwyższy uznał status przedsiębiorcy samodzielnych publicznych z.o.z.-ów jeszcze pod rządami ustawy o działalności gospodarczej z dnia 23 grudnia 1988 r. oraz w stanie prawnym, w którym obowiązywał art. 8a u.z.o.z., który wyłączał możliwość stosowania do zakładów opieki zdrowotnej przepisów ustawy z dnia 23 grudnia 1988 r. o działalności gospodarczej<sup>16</sup>. Obowiązująca wówczas ustawa o działalności gospodarczej stanowiła w art. 2, że działalnością gospodarczą jest działalność wytwórcza, budowlana, handlowa i usługowa, prowadzona w celach zarobkowych i na własny rachunek podmiotu prowadzącego taką działalność, zaś podmiotem prowadzącym działalność gospodarczą, zwanym „przedsiębiorcą”, mogła być osoba fizyczna, osoba prawna, a także jednostka organizacyjna niemająca osobowości prawnej, utworzona zgodnie z przepisami prawa, jeżeli jej przedmiot działania obejmuje prowadzenie działalności gospodarczej. Pomimo iż ustawa o działalności gospodarczej nie miała zastosowania do zakładów opieki zdrowotnej, bowiem wyłączał taką możliwość ww. art. 8a, Sąd Najwyższy w powyższym postanowieniu wyjaśnił: „Wyłączenie to nie oznacza jednak, że podmiot, którego działalność regulują przepisy innej ustawy, nie może być uznany za przedsiębiorcę. Wyłączenie stosowania ustawy o działalności gospodarczej oznacza tylko tyle, że podmiot ten nie jest przedsiębiorcą w jej rozumieniu i działalności tego podmiotu nie regulują jej przepisy”. Uznał też, że samodzielny publiczny z.o.z. może być przedsiębiorcą, albowiem jego działalność charakteryzuje się profesjonalnym charakterem, podporządkowaniem regułom opłacalności i racjonalnego gospodarowania, działaniem na własny rachunek, powtarzalnością działań i uczestnictwem w obrocie gospodarczym.

W uzasadnieniu powołanego postanowienia Sąd Najwyższy wskazał, że o możliwości zaliczenia takiego zakładu do kategorii przedsiębiorców świadczą liczne przepisy ustawy o zakładach opieki zdrowotnej. Podstawowym celem prowadzenia działalności przez zakład jest co prawda udzielanie świadczeń zdrowotnych i promocja zdrowia (art. 1 ust. 1) i zakład taki podlega kontroli Ministra Zdrowia oraz wojewody (art. 66), jednak działalność jego ma charakter usługowy i prowadzona jest na zasadach rachunku ekonomicznego (art. 34, 35b ust. 1 i 2, art. 50, 53, 54, 55), a wiele świadczeń udzielanych jest odpłatnie (art. 6 i 33). „Niezależnie od tego, zakład jako świadcze-

<sup>15</sup> Tekst jedn. Dz.U. z 2007 r., nr 155, poz. 1095 z późn. zm.

<sup>16</sup> Postanowienie SN z dnia 26 kwietnia 2002 r., sygn. akt IV CKN 1667/00.

niodawca w rozumieniu ustawy z dnia 6 lutego 1997 r. o powszechnym ubezpieczeniu zdrowotnym zawiera umowy o świadczenia zdrowotne z kasą chorych, których przedmiotem jest finansowanie tych świadczeń. Prowadząc szeroko rozumiane usługi, może zawierać on umowy, których przedmiotem jest udzielanie zamówień na świadczenia zdrowotne (art. 35). Uczestniczy też w obrocie gospodarczym, zawierając samodzielnie umowy cywilnoprawne z innymi przedsiębiorcami (np. umowy sprzedaży sprzętu medycznego)". Ponadto, Sąd Najwyższy wskazał, że skoro prowadzenie działalności leczniczej w ramach niepublicznego zakładu opieki zdrowotnej jest działalnością gospodarczą<sup>17</sup>, to z przytoczonych względów „również publiczny zakład opieki zdrowotnej, którego działalność reguluje ta sama ustawa o zakładach opieki zdrowotnej, prowadzi działalność gospodarczą polegającą na świadczeniu szeroko rozumianych usług zdrowotnych". Uznając za trafne powyższe wnioski, w pełni podzielam również pogląd wyrażony w uchwale pięciu sędziów Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 24 marca 1997 r.<sup>18</sup>, że definicja sformułowana w akcie prawnym, mającym na celu uporządkowanie pojęć i zasad regulujących prowadzenie działalności gospodarczej, powinna przesądzać o sposobie rozumienia tego pojęcia w całym porządku prawnym.

Uznaję zatem, że wyłączenie w art. 8a u.z.o.z. możliwości stosowania do zakładu opieki zdrowotnej (tak publicznego, jak i niepublicznego) przepisów o działalności gospodarczej nie przesądziło o tym, iż działalność takiego zakładu nie mogła być uznana za „gospodarczą”. W tym miejscu zwracam uwagę na pogląd NSA wyrażony w uchwale z dnia 2 kwietnia 2007 r.<sup>19</sup>, który w całości popieram, a który odnosi się do wykładni systemowej art. 3 u.s.d.g., zgodnie z którym przepisów ustawy o swobodzie działalności gospodarczej nie stosuje się do działalności wytwórczej w rolnictwie oraz chowu i hodowli zwierząt, ogrodnictwa, warzywnictwa, leśnictwa i rybactwa śródlądowego, a także wynajmowania przez rolników pokoi, sprzedaży posiłków domowych i świadczenia w gospodarstwach rolnych innych usług związanych z pobytem turystów. Jak słusznie wskazał NSA: „Dokonane w art. 3 wyłączenie jednak nie przesądza, że prowadzenie gospodarstwa rolnego nie jest działalnością gospodarczą, lecz jedynie o tym, że działalność ta nie podlega określonej w art. 1 tej ustawy regulacji w zakresie podejmowania, wykonywania i zakończenia działalności gospodarczej. Prowadzenie gospodarstwa rolnego nie wymaga wpisu do rejestru przedsiębiorców czy do ewidencji działalności gospodarczej ani też jej zakończenie nie podlega wykreśleniu,

<sup>17</sup> Por. uchwała SN z dnia 22 września 1995 r., III CZP 115/95, OSNC 1996, nr 1, poz. 6; wyrok NSA z dnia 17 czerwca 1997 r., SA/Ł 3246/95, „Prawo Gospodarcze” 1997, nr 10, s. 29; uchwała NSA z dnia 24 września 2001 r., OPK 13/01, ONSA 2002, nr 1, poz. 12.

<sup>18</sup> Sygn. akt. FPK 1/97. W podobny sposób wypowiedział się w tej kwestii Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 18 grudnia 1992 r. sygn. akt AZP 25/92.

<sup>19</sup> Zob. uchwała NSA z dnia 2 kwietnia 2007 r., sygn. akt: II OPS 1/07.



nie podlega również innym rygorom wynikającym z ustawy o swobodzie działalności gospodarczej (posługiwanie się określonymi w niej dokumentami, kontrola wykonywania działalności prowadzonej na podstawie jej przepisów itd.). Działalność wytwórcza w rolnictwie natomiast mieści się w definicji działalności gospodarczej określonej w art. 2. Działalność gospodarczą przepis ten charakteryzuje jako zarobkową oraz wykonywaną w sposób zorganizowany i ciągły. Cechy te ma prowadzenie gospodarstwa rolnego. Działalność ta nie różni się niczym od wykonywania innej indywidualnej działalności zawodowej, która jest wyłączona spod działania przepisów ustawy (np. lekarza, pielęgniarki czy adwokata) i jest objęta inną regulacją prawną, choć co do charakteru działalności tych grup zawodowych nie ma wątpliwości, że jest to działalność gospodarcza. Czynienie zatem różnicy pomiędzy prowadzeniem gospodarstwa rolnego a działalnością zawodową, skoro obie charakteryzują się tymi samymi cechami (zarobkowa, zorganizowana i ciągła), nie ma uzasadnienia z uwagi na art. 3 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej. Przewidziane w art. 3 tej ustawy wyłączenie zatem nie może prowadzić do wniosku, że działalność wytwórcza w rolnictwie nie jest działalnością gospodarczą, o której mowa w art. 2 tej ustawy, lecz jedynie że działalność ta nie podlega reżimom tej ustawy. Sposób ujęcia przepisów ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, polegający na tym, że najpierw w art. 2 określa się, co jest działalnością gospodarczą, a następnie w art. 3 stanowi się, że przepisów tej ustawy nie stosuje się do działalności wymienionej w tym artykule, wyraźnie wskazuje, że działalność wytwórcza w rolnictwie (prowadzenie gospodarstwa rolnego) jest działalnością gospodarczą w rozumieniu art. 2 tej ustawy, jednakże do tej działalności nie stosuje się pozostałych jej przepisów. Prowadzenie gospodarstwa rolnego więc, charakteryzujące się przymiotami wskazanymi w art. 2 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej”.

Wykładni systemowej art. 8a u.z.o.z. w zakresie wyłączenia stosowania przepisów ustawy o działalności gospodarczej z 1988 r. do działalności samodzielnych publicznych z.o.z.-ów dokonał Naczelny Sąd Administracyjny, stwierdzając, że „z samego faktu wyłączenia stosowania ustawy o działalności gospodarczej z 1988 r. do zakładów opieki zdrowotnej można już było wyprowadzić wniosek, iż działalność zakładów opieki zdrowotnej, którą ustawa określa jako udzielanie świadczeń zdrowotnych, mogła być działalnością gospodarczą. Była to działalność gospodarcza, choć nieobjęta przepisami ustawy o działalności gospodarczej z 1988 r. Tym tylko można tłumaczyć wyłączenie stosowania ustawy o działalności gospodarczej do zakładów opieki zdrowotnej”<sup>20</sup>. W uchwale z dnia 17 grudnia 2001 r.<sup>21</sup> NSA stwierdził, że wszystkie przesłanki wymienione w art. 2 ust. 1 ustawy o działalności gospo-

<sup>20</sup> Uchwała NSA z dnia 24 września 2001 r. sygn. akt: OPK 13/01.

<sup>21</sup> Sygn. akt: FPK 13/01.

darczej z 1988 r. spełniają publiczne zakłady opieki zdrowotnej prowadzące działalność gospodarczą w rozumieniu tej ustawy, kwalifikowaną jako usługi. Nie podlegały one jedynie wpisowi do ewidencji działalności gospodarczej, gdyż z mocy wyłączenia ustawowego (art. 8a u.z.o.z.) nie stosowało się do tych zakładów przepisów ustawy o działalności gospodarczej z 1988 r. W literaturze stanowisko takie zajął również L. Etel, który uważa, że skoro samodzielny publiczny z.o.z. uzyskuje środki finansowe z „odpłatnych świadczeń zdrowotnych”, to tym samym działalność ta powinna być traktowana jak działalność gospodarcza. Zdaniem tego autora, art. 8a dotyczy jedynie zasad rejestracji tych zakładów, a nie charakteru ich działalności. Pogląd ten uznają za trafny<sup>22</sup>.

Na aspekt samodzielności omawianych z.o.z.-ów zwrócił uwagę również Trybunał Konstytucyjny, który stwierdził: „Poprzez określenie zakładów opieki zdrowotnej mianem »publiczny« ustawodawca uznał, że ich znaczenie jest doniosłe z punktu widzenia interesu publicznego. Na tyle ważne, aby uznać konieczność ich podporządkowania rządowym lub samorządowym organom państwa, chociaż przez nadanie im osobowości prawnej uzyskały one duży stopień samodzielności oraz niezależną od Skarbu Państwa i jednostek samorządu terytorialnego podmiotowość prawną (w sferze stosunków majątkowych). Okoliczność, iż w odniesieniu do publicznych, samodzielnych zakładów opieki zdrowotnej organami tworzącymi są organy administracji rządowej lub jednostki samorządu terytorialnego, stwarza gwarancję i zabezpieczenie, że zakłady te będą mogły realizować cele, dla których je utworzono. Wiąże się z tym – w określonych ustawowo sytuacjach – zobowiązanie do ponoszenia konsekwencji majątkowych związanych z ich działalnością. Ani organ administracji rządowej, ani jednostka samorządu terytorialnego nie może uwolnić się od tego rodzaju obowiązków bez stosownego ustawowego przyzwolenia. W ten sposób zabezpiecza się możliwość realizowania celów publicznych związanych z ochroną zdrowia, o których mowa w art. 68 Konstytucji”. Samodzielne zakłady pokrywają z posiadanych środków i uzyskiwanych przychodów koszty działalności oraz zaciągnięte zobowiązania. „Obowiązuje je zasada samodzielnego pokrywania kosztów działalności, w tym ujemnego wyniku finansowego (art. 35b w związku z art. 60 ustawy o zakładach opieki zdrowotnej) i m.in. od racjonalnej gospodarki uzyskanymi środkami zależy ich wynik finansowy. [...] Zakłady te posiadają osobowość prawną, niezależną od osobowości Skarbu Państwa, a przez to także zdolność do tego aby być samodzielnym podmiotem praw i obowiązków majątkowych. Gospodarują samodzielnie przekazanymi im nieodpłatnie nieruchomościami i majątkiem Skarbu Państwa lub komunalnym”. Cechuje je zatem samodzielność oraz samofinansowanie. „Ustawodawca przewiduje, że tylko wyjątkowo

<sup>22</sup> Zob. L. Etel, *Opodatkowanie nieruchomości. Problematyka praktyczna*, Białystok 2001.

publiczny zakład opieki zdrowotnej może być prowadzony w formie jednostki lub zakładu budżetowego. Dotyczy to sytuacji, kiedy prowadzenie takiego zakładu jako samodzielnego publicznego zakładu opieki zdrowotnej byłoby niecelowe lub przedwczesne (art. 35c ust. 1 *in fine* ustawy o zakładach opieki zdrowotnej). Zakład lub jednostka budżetowa prowadzi gospodarkę finansową na zasadach określonych w prawie budżetowym (art. 35c ust. 2 ustawy o zakładach opieki zdrowotnej)<sup>23</sup>.

W uchwale z dnia 11 maja 2005 r.<sup>24</sup> Sąd Najwyższy wskazał, że działalność samodzielnych publicznych z.o.z.-ów prowadzona jest stale, w sposób zawodowy, zorganizowany i planowy, a także realizowana na własny rachunek i we własnym imieniu. Nie jest to wprawdzie działalność nastawiona na zysk, niemniej jej racjonalizację zapewnia poddanie jej zasadom rachunku ekonomicznego (art. 34, 35b ust. 1 i 2, art. 50, 53, 54 i 55 u.z.o.z.), co w innych wypadkach uznawano w orzecznictwie za kryterium wystarczające do przypisania działalności cech gospodarczych<sup>25</sup>. Sąd Najwyższy w powołanej uchwale zaznaczył, że samodzielny publiczny z.o.z. uczestniczy w obrocie gospodarczym przez realizację odpłatnych, ekwiwalentnych świadczeń wzajemnych, głównie finansowanych ze środków publicznych, które powinny stanowić z założenia należyta zapłatę za wykonane usługi medyczne. Wskazując zatem, że działalność samodzielnych publicznych z.o.z.-ów, oceniana według reguł stosowanych w obrocie, jest działalnością gospodarczą, co nie sprzeciwia się konkluzji, iż jako jednostki organizacyjne będące ogniwem wykonującym zadania państwa w zakresie zapewnienia obywatelom opieki zdrowotnej są silnie uzależnione ekonomicznie od systemu, w którym funkcjonują. Ewentualny brak zysku z prowadzonej działalności nie wyklucza jednak jej gospodarczego charakteru<sup>26</sup>.

Wynika z powyższego, że stanowisko orzecznictwa w kwestii kwalifikowania działalności polegającej na świadczeniu usług medycznych przez samodzielne publiczne z.o.z.-y jest jednoznaczne<sup>27</sup>. Pogląd ten jest aktualny również w obecnym stanie prawnym. Ustawą z dnia 14 lipca 2006 r. o zmianie ustawy o zakładach opieki zdrowotnej oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. nr 143, poz. 1032) ustawodawca uchylił treść art. 8a i obecnie żaden przepis ustawy o z.o.z.-ach nie wyłącza wprost stosowania do działalności z.o.z.-ów ustawy o swobodzie działalności gospodarczej. Regulacja budzi jednak wątpliwości praktyków, które są w moim przekonaniu pozorne. Uważam bowiem, że pomimo kompleksowego uregulowania działalności samo-

<sup>23</sup> Orzeczenie TK z dnia 27 czerwca 2000 r., sygn. akt K 20/99.

<sup>24</sup> Sygn. akt III CZP 11/05, OSNC 2006, nr 3, poz. 48.

<sup>25</sup> Por. np. uchwała SN z dnia 9 marca 1993 r., sygn. akt III CZP 156/92.

<sup>26</sup> Por. uchwała SN z dnia 17 września 2008 r., sygn. akt III CZP 82/08.

<sup>27</sup> Zob. inaczej: R. Kołodziejcki, *Głosa do Postanowienia SN z dnia 22 kwietnia 2002 r., IV CKN 1667/00*, „Prawo Spółek” 2003, nr 7–8, s. 99.

dzielnych publicznych z.o.z.-ów w odrębnej ustawie, w tym w szczególności zasad ich tworzenia, organizacji i rejestracji, nie oznacza to, że uprawnione jest kwalifikowanie ich działalności wyłącznie pod kątem przedmiotowego zakresu zadań, o których mowa w art. 1 u.z.o.z. Uważam, że kwalifikowanie działalności tych zakładów w aspekcie rodzajowym należy rozpatrywać w kontekście stworzonej przez ustawodawcę – jako uniwersalnej dla całego systemu prawa – definicji działalności gospodarczej (art. 2 u.s.d.g.). Pogląd taki wyraził również w swym orzeczeniu z dnia 6 listopada 2008 r. WSA w Szczecinie<sup>28</sup>, który stwierdził, że działalność samodzielnych publicznych z.o.z.-ów odpowiada cechom działalności gospodarczej zarówno pod rządami ustawy – Prawo działalności gospodarczej z dnia 19 listopada 1999 r. (Dz.U. nr 101, poz. 1178 z późn. zm.), jak i obecnie obowiązującej ustawy o swobodzie działalności gospodarczej. W uzasadnieniu wskazanego orzeczenia WSA wskazał w szczególności, że „świadczenia nieodpłatne udzielone przez zakład opieki zdrowotnej są nieodpłatnymi dla ubezpieczonego świadczeniobiorcy, czyli osoby korzystającej z usług medycznych, jednak zakład opieki zdrowotnej otrzymuje zapłatę ze środków publicznych. Publiczny zakład opieki zdrowotnej podlega obowiązkowi rejestracji w Krajowym Rejestrze Sądowym, przy czym wpis ten może być dokonany po wcześniejszej rejestracji przez Wojewodę lub Ministra Zdrowia i Opieki Społecznej (art. 35 ust. 3 i 4 ustawy) i po uzyskaniu wpisu prowadzi gospodarkę finansową na zasadach określonych w ustawie, czyli samodzielnie gospodaruje przekazanymi w nieodpłatne użytkowanie nieruchomościami oraz majątkiem własnym (otrzymanym lub zakupionym). Podstawą jego gospodarki musiał być plan finansowy ustalony przez kierownika zakładu (art. 53 ust.1 i ust. 3). Z kolei z art. 54 ust. 1 pkt 1 i pkt 3 ustawy o zakładach opieki zdrowotnej pozwala na wyprowadzenie wniosku, że udzielanie świadczeń zdrowotnych jest działalnością gospodarczą. Pierwszy z tych przepisów wskazuje jako jedno ze źródeł środków finansowych zakładu odpłatnie świadczenia zdrowotne, drugi zaś dopuszcza prowadzenie jeszcze innej działalności gospodarczej przez takie zakłady. Jeżeli chodzi o prezentowane stanowisko w literaturze, że celem działalności gospodarczej ma być przysparzanie zysku podmiotowi gospodarczemu, należy zwrócić uwagę, iż z ustawy o zakładach opieki zdrowotnej nie wynika, aby ich działalność z założenia była prowadzona *non profit*. Ponieważ nie każda działalność nastawiona na zysk taki zysk przynosi, to z kolei art. 60 ust. 1 zobowiązuje samodzielny publiczny zakład zdrowotny do pokrycia we własnym zakresie ujemnego wyniku finansowego”. Konkludując, WSA stwierdził: „Analiza przytoczonych przepisów pozwala na stwierdzenie, że samodzielny publiczny zakład opieki zdrowotnej niebędący jednostką budżetową prowadzi działalność usługową w zakresie świadczenia usług medycznych

<sup>28</sup> Sygn. akt: I SA/Sz 440/08.

w celach zarobkowych i na własny rachunek. Ponadto prowadzi tę działalność w sposób ciągły zorganizowany. Jest to zatem działalność gospodarcza”. W wyroku z dnia 15 lipca 2010 r.<sup>29</sup> NSA podtrzymał wyżej przytoczone orzeczenie i wskazał, że „niebędący jednostką budżetową, samodzielny publiczny zakład opieki zdrowotnej prowadzi – odpłatnie i na własny rachunek – działalność usługową w zakresie świadczenia usług medycznych, stąd istnieją podstawy prawne, aby kwalifikować ją jako działalność gospodarczą”.

Nadmieniam, że pomimo powyższego samodzielne publiczne z.o.z.-y wciąż podlegają wpisowi do rejestru stowarzyszeń, innych organizacji społecznych i zawodowych, fundacji oraz publicznych zakładów opieki zdrowotnej KRS (art. 49 ust. 1 ustawy o KRS). Poprzez wpis do tego rejestru uzyskują osobowość prawną (art. 35b ust. 3 u.z.o.z.). Ustawodawca nie uwzględnił zatem gospodarczego rodzaju prowadzonej przez samodzielne publiczne z.o.z.-y działalności. Budzi zatem oczywiste zastrzeżenia fakt, że do rejestru przedsiębiorców KRS podlegają wpisowi osoby prawne, choćby działalności gospodarczej nie wykonywały (np. spółki z ograniczoną odpowiedzialnością nieprowadzące działalności gospodarczej), zaś samodzielne publiczne z.o.z.-y jako wykonujące tę działalność zostały błędnie zakwalifikowane do grupy podmiotów, które działalności gospodarczej nie wykonują lub które prowadzą ją jedynie ubocznie. Kontrowersje potęguje fakt, że zgodnie z art. 50 ustawy o KRS, wyłączona jest w ogóle możliwość wpisu samodzielnych publicznych z.o.z.-ów do rejestru przedsiębiorców, nawet w przypadku „podjęcia działalności gospodarczej”, jak to określił ustawodawca<sup>30</sup>.

Wskazuję, że działalność publicznych podmiotów w zakresie świadczenia usług medycznych również na gruncie prawa europejskiego została uznana za działalność gospodarczą, albowiem Europejski Trybunał Sprawiedliwości przesądził, że usługi medyczne są działalnością gospodarczą niezależnie od tego, czy koszty świadczonych usług są pokrywane bezpośrednio przez pacjenta, czy też przez władze publiczne bądź fundusze zdrowia<sup>31</sup>. Ponadto działalność samodzielnych publicznych z.o.z.-ów została objęta zasadą przedsiębiorczości, albowiem podmioty te zakwalifikowano do kategorii przedsiębiorców<sup>32</sup>, zgodnie z traktatem akcesyjnym do Unii Europejskiej<sup>33</sup>.

<sup>29</sup> Sygn. akt: II FSK 317/09.

<sup>30</sup> Podobnie: I. Wrześniewska-Wal, [w:] *Publiczna czy niepubliczna opieka zdrowotna?*, red. K. Ryć, A. Sobczak, Warszawa 2010, s. 70; H. Izbeński, W. Masłowski, *Przyszłość samodzielnych Publicznych Zakładów Opieki Zdrowotnej*, Instytut Spraw Publicznych „Analizy i Opinie”, 2003, nr 6, s. 5.

<sup>31</sup> Zob. wyrok ETS z dnia 12 lipca 20001 r., w sprawie B.M.S. Gerates- Smits/Stichting Ziekenfonds, sprawa C 157/99, zob. OETS 2001, s. I-5473.

<sup>32</sup> Por. M. Dercz, T. Rek, *Ustawa...*, op. cit., s. 231.

<sup>33</sup> Zob. Traktat podpisany w Atenach w dniu 16 kwietnia 2004 r., Dz.U. z 2004, nr, 90, poz. 864.

W kontekście powyższych rozważań konieczne jest zasygnalizowanie niepoprawności legislacyjnej w rządowym projekcie ustawy o działalności leczniczej<sup>34</sup>. Projektowana ustawa ma zastąpić obecnie obowiązującą ustawę o zakładach opieki zdrowotnej oraz zmienić wiele innych. Ma regulować zasady wykonywania działalności leczniczej, zasady funkcjonowania podmiotów wykonujących działalność leczniczą niebędących przedsiębiorcami, zasady prowadzenia rejestru podmiotów wykonujących działalność leczniczą, normy czasu pracy pracowników podmiotów leczniczych oraz zasady sprawowania nadzoru nad wykonywaniem działalności leczniczej oraz podmiotami wykonującymi działalność leczniczą. Projektowana ustawa w art. 16 wprowadza nowy rodzaj regulowanej działalności gospodarczej pod nazwą „działalność lecznicza”, która polegać będzie na udzielaniu świadczeń zdrowotnych, a także na promocji zdrowia lub realizacji zadań dydaktycznych i badawczych w powiązaniu z udzielaniem świadczeń zdrowotnych i promocją zdrowia, w tym wdrażaniem nowych technologii medycznych oraz metod leczenia (art. 3).

Zgodnie z art. 4 projektowanej ustawy, działalność leczniczą mogą wykonywać „podmioty lecznicze” wpisane do rejestru podmiotów wykonujących działalność leczniczą, o którym mowa w art. 96 projektowanej ustawy, a do których zaliczają się:

1) przedsiębiorcy w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej we wszelkich formach przewidzianych dla wykonywania działalności gospodarczej, jeżeli ustawa nie stanowi inaczej;

2) samodzielne publiczne zakłady opieki zdrowotnej;

3) jednostki budżetowe, w tym państwowe jednostki budżetowe tworzone i nadzorowane przez Ministra Obrony Narodowej, ministra właściwego do spraw wewnętrznych, Ministra Sprawiedliwości lub Szefa Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego, posiadające w strukturze organizacyjnej ambulatorium, ambulatorium z izbą chorych lub lekarza podstawowej opieki zdrowotnej;

4) instytuty badawcze, o których mowa w art. 3 ustawy z dnia 30 kwietnia 2010 r. o instytutach badawczych (Dz.U. nr 96, poz. 618);

5) fundacje i stowarzyszenia, których celem statutowym jest wykonywanie zadań w zakresie ochrony zdrowia i których statut dopuszcza prowadzenie działalności leczniczej;

6) kościoły lub związki wyznaniowe.

Podmiotem wykonującym działalność leczniczą będzie również „praktyka zawodowa” wykonywana przez lekarzy i pielęgniarki. Projekt w art. 5 przyjmuje, że wykonywanie zawodu w ramach praktyki zawodowej nie jest prowadzeniem podmiotu leczniczego.

---

<sup>34</sup> Zob. druk sejmowy VI kadencji nr 3489, [online] <<http://orka.sejm.gov.pl/Druki6ka.nsf/wgdruk/3489>>.

W zakresie statusu prawnego podmiotów wykonujących działalność leczniczą wprowadza się podział na podmioty będące przedsiębiorcami oraz podmioty niebędące przedsiębiorcami. Do tej drugiej kategorii zalicza się samodzielne publiczne zakłady opieki zdrowotnej oraz jednostki budżetowe, w tym państwowe jednostki budżetowe (art. 2 ust. 1 pkt 4 projektu). Pozostałe podmioty lecznicze posiadają w myśl projektowanej ustawy status przedsiębiorcy, zgodnie z art. 2 i 4 u.s.d.g. Założenie to wynika z przyjęcia, że podmioty wykonujące działalność leczniczą niebędące przedsiębiorcami nie wykonują działalności gospodarczej w zakresie udzielania świadczeń zdrowotnych w rozumieniu art. 2 u.s.d.g, zaś pozostałe podmioty w zakresie tej samej przedmiotowo określonej działalności – działalność gospodarczą w rozumieniu teże ustawy wykonują.

W uzasadnieniu projektu ustawy dowiadujemy się, że powyższy podział wprowadza się z uwagi na fakt, że „w dotychczasowej judykaturze szukano wyjścia poprzez przyjęcie, że w ujęciu cywilistycznym zakłady opieki zdrowotnej są przedsiębiorcami wykonującymi działalność gospodarczą bez względu na formę. W konsekwencji przyjmuje się w projektowanej ustawie – czytelny z cywilistycznego punktu widzenia – zespół norm, zgodnie z którym: podmioty wykonujące działalność leczniczą mają status przedsiębiorcy w rozumieniu art. 43<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego, w ramach tej grupy znajdują się również przedsiębiorcy w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej, a więc te podmioty, które podlegają wpisowi do rejestru przedsiębiorców. [...] Należy podkreślić, że w odniesieniu do jednostek sektora finansów publicznych wykonujących działalność leczniczą ich status prawny będzie co do zasady zbliżony do statusu innych podmiotów wykonujących działalność leczniczą, poza tym podmioty te będą przedsiębiorcami w rozumieniu Kodeksu cywilnego, lecz nie przedsiębiorcami w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej, co umożliwi im funkcjonowanie bez konieczności dokonywania wpisu do rejestru przedsiębiorców i spełniania obowiązków wynikających z przepisów o swobodzie działalności gospodarczej. Należy podkreślić, że podmioty wykonujące działalność leczniczą będą w pełni poddane reżimowi ustawy o finansach publicznych, a ustawa o swobodzie działalności gospodarczej nie znajdzie do nich zastosowania w żadnym zakresie”. Zgodnie z projektem, działalność lecznicza może być wykonywana we wszystkich formach przewidzianych dla wykonywania działalności gospodarczej, przy czym szczególne regulacje dotyczą prowadzenia działalności szpitalnej. Może ją prowadzić samodzielny publiczny zakład opieki zdrowotnej, jednostka budżetowa albo spółka kapitałowa.

W kontekście powyższego należy poddać krytyce założenie autorów projektu omawianej ustawy w zakresie uznania, że samodzielne publiczne z.o.z.-y uzyskają status przedsiębiorcy na podstawie art. 43<sup>1</sup> k.c. z uwagi na cechę zawodowego charakteru świadczonych usług. Krytyce należy również poddać

niczym nie uzasadniony podział na podmioty wykonujące oraz niewykonujące działalności gospodarczej w rozumieniu art. 2 u.s.d.g. W uzasadnieniu projektowanej ustawy brak jest bowiem wskazania jakichkolwiek argumentów uzasadniających i motywujących ustawodawcę do wprowadzenia proponowanych rozwiązań prawnych. Brak jest wskazania na zasadność przyjęcia, że ten sam przedmiot świadczonych usług jedne podmioty będzie kwalifikował jako przedsiębiorców, a pozostałe nie. Autorzy projektu powołują się dość oględnie na brak sprecyzowanego statusu prawnego samodzielnych publicznych z.o.z.-ów.

Wskazuję, że w obserwowanej dobie inflacji prawa oraz łamania zasady „racjonalnego ustawodawcy” do ustalenia statusu prawnego samodzielnych publicznych z.o.z.-ów przyczyniła się doktryna, a zwłaszcza judykatura, dokonując wykładni zarówno funkcjonalnej, jak i systemowej prawa, a następnie wyprowadzając wniosek, że brak jest jakichkolwiek przeszkód w przeszłym i obecnym stanie prawnym, aby odmawiać samodzielnym publicznym z.o.z.-om statusu przedsiębiorcy na gruncie ustaw gospodarczych – poczynając od ustawy o działalności gospodarczej, przez Prawo działalności gospodarczej po obecnie obowiązującą ustawę o swobodzie działalności gospodarczej. Zaznaczyć należy, iż z uwagi na uregulowanie w przestrzeni czasu zasad tworzenia, organizacji, rejestracji, a także przedmiotu świadczonych usług na kanwie odrębnej od ustaw gospodarczych ustawy o zakładach opieki zdrowotnej przyjmowano, że przedmiotem tychże podmiotów jest świadczenie usług medycznych, które niezależnie od formy finansowania mają charakter działalności usługowej wykonywanej w oparciu o rachunek ekonomiczny i zasadę rozsądnego gospodarowania i świadczone są w zamian za świadczenie pieniężne, mimo że uzyskiwane od podmiotu publicznego<sup>35</sup>. W uzasadnieniu do ustawy brak jest wskazania przyczyn ewentualnych zmian w zakresie rodzaju działalności lub zasad gospodarowania mieniem, odpowiedzialności finansowej czy zmian organizacyjnych, ze względu na które należy tym podmiotom odmówić cechy samodzielności i samofinansowania, a także uznania ich działalności za działalność niebędącą działalnością gospodarczą. Wskazuję, że proponowane rozwiązanie jest podziałem sztucznym, swoistą fikcją, która wbrew założeniom autorów projektu może przyczynić się do złamania zasady pewności oraz jasności prawa, tudzież spowodować chaos w praktyce gospodarczej podmiotów świadczących usługi medyczne. Jak zaznaczyłam wcześniej, wobec akceptacji poglądu, że samodzielne publiczne z.o.z.-y są podmiotami gospodarczymi, uzasadnione zastrzeżenia budzi fakt, iż nie podlegają one wpisowi do rejestru przedsiębiorców KRS. Sytuacja ta nie ulegnie zmianie, albowiem projekt omawianej ustawy ponownie zakłada, że wyłączo-  
na jest możliwość wpisu tych podmiotów do rejestru przedsiębiorców, zaś

<sup>35</sup> Por. R. Kubiak, *Prawo medyczne*, Warszawa 2010, s. 120.



podmioty te będą podlegały wpisowi do „rejestrów stowarzyszeń, innych organizacji społecznych i zawodowych, fundacji oraz samodzielnych publicznych zakładów opieki zdrowotnej” (art. 149 projektu ustawy o działalności leczniczej).

Wskazuję, że założenie, iż samodzielne publiczne z.o.z.-y uzyskają status przedsiębiorcy na gruncie art. 43<sup>1</sup> k.c. z uwagi na zawodowy charakter wykonywanej działalności jest chybione. Zgodnie z brzmieniem tego przepisu, przedsiębiorcą jest osoba fizyczna, osoba prawna i jednostka organizacyjna, o której mowa w art. 33<sup>1</sup> § 1 k.c., prowadząca we własnym imieniu działalność gospodarczą lub zawodową. Zgodnie z art. 4 u.s.d.g., przedsiębiorcą w rozumieniu ustawy jest osoba fizyczna, osoba prawna i jednostka organizacyjna niebędąca osobą prawną, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną, wykonująca we własnym imieniu działalność gospodarczą. Za przedsiębiorców uznaje się także wspólników spółki cywilnej w zakresie wykonywanej przez nich działalności gospodarczej. W zakresie ustalenia normatywnej treści pojęcia „działalność gospodarcza” kodeks cywilny odsyła do definicji o znaczeniu uniwersalnym w systemie prawa, zawartej w art. 2 u.s.d.g., zgodnie z którą działalnością gospodarczą jest zarobkowa działalność wytwórcza, budowlana, handlowa, usługowa oraz poszukiwanie, rozpoznawanie i wydobywanie kopalin ze złóż, a także działalność zawodowa, wykonywana w sposób zorganizowany i ciągły. Uważam zatem, że autorzy projektu błędnie założyli, że działalność zawodowa, o której mowa w art. 43<sup>1</sup> k.c., kwalifikuje określony podmiot jako przedsiębiorcę bez względu na fakt, czy prowadzi on działalność gospodarczą w rozumieniu art. 2 u.s.d.g. Doktryna już dawno stanęła na stanowisku, że pojęcie działalności zawodowej z art. 43<sup>1</sup> k.c. uznaje się za swoiste superfluum ustawowe i dlatego nie ma to pojęcie żadnego desygnatu. Uważam za słuszny pogląd opierający się na wykładni systemowej art. 43<sup>1</sup> k.c., zgodnie z którym „przy interpretacji art. 43<sup>1</sup> k.c. nie należy przywiązywać nadmiernej wagi do faktu, że wymienia on działalność zawodową obok działalności gospodarczej. Wskazanie w tym przepisie na działalność zawodową jako cechę pojęcia przedsiębiorcy miało na celu przeciwstawienie się koncepcji przyjętej na gruncie obowiązującej wówczas ustawy z dnia 19 listopada 1999 r. – Prawo działalności gospodarczej, w której działalność zawodową, w tym wykonywanie wolnych zawodów, wyłączono z pojęcia »przedsiębiorca«. Takiego ograniczenia nie przyjmuje już obecnie obowiązująca ustawa z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej, która uznaje działalność zawodową wykonywaną w sposób zorganizowany i ciągły za jedną z postaci działalności gospodarczej”<sup>36</sup>.

<sup>36</sup> Zob. Z. Radwański (red.), *Zielona księga. Optymalna wizja Kodeksu cywilnego w Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 2006, s. 49.

Pomimo odmiennej redakcji stosownych przepisów, zakres pojęcia „przedsiębiorca” jest więc obecnie ten sam na tle ustawy o swobodzie działalności gospodarczej oraz kodeksu cywilnego. Przeciwwstawianie sobie działalności zawodowej i działalności gospodarczej na gruncie prawa cywilnego nie ma uzasadnienia<sup>37</sup>. W doktrynie słusznie podniesiono, że przedsiębiorca, jako podmiot wykonujący działalność gospodarczą, musi być profesjonalistą, czyli musi mieć odpowiednie kwalifikacje, zależne od przedmiotu tej działalności<sup>38</sup>. Potwierdza to także art. 355 § 2 k.c., który stanowi, że należyta staranność przedsiębiorcy przy wykonywaniu zobowiązania w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej należy oceniać z uwzględnieniem zawodowego charakteru tej działalności, „dlatego podzielić trzeba pogląd, że wykładnia systemowa i celowościowa art. 43<sup>1</sup> k.c. prowadzi do wniosku, że działalność zawodowa jest rodzajem działalności gospodarczej”<sup>39</sup>.

Ponadto wskazując, że działalność zawodową<sup>40</sup> mogą wykonywać wyłącznie osoby fizyczne<sup>41</sup> kwalifikujące się uprawnieniami do wykonywania zawodu, w tym wolnego zawodu<sup>42</sup>, który polega „na osobistym i samodzielnym wykonywaniu wewnątrznie spójnego zbioru czynności (zadań) wymagających określonych kwalifikacji (wiedzy lub umiejętności), systematycznie i odpłatnie oraz w granicach obowiązującego porządku prawnego”<sup>43</sup>. Autorzy projektu pominieli zatem tak oczywisty fakt, jak to, że samodzielny publiczny z.o.z. oraz jednostka budżetowa wykonująca działalność leczniczą nie są osobami fizycznymi uprawnionymi do wykonywania zawodu, stąd też nigdy nie nabędą statusu przedsiębiorcy na gruncie art. 43<sup>1</sup> k.c. w oparciu wyłącznie o cechę „wykonywania działalności zawodowej”. Uważam, że działalność tych podmiotów nadal będzie kwalifikowana jako odpowiadająca przesłankom uznania jej za działalność gospodarczą w rozumieniu art. 2 u.s.d.g., stąd też ingerencja państwa w zasady funkcjonowania samodzielnych publicznych zakładów opieki zdrowotnej powinna być rozpatrywana z uwzględnieniem brzmienia art. 22 Konstytucji RP.

<sup>37</sup> Por. A. Powałowski, *Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 29.

<sup>38</sup> Zob. W.J. Katner, *Podstawowe zagadnienia prawne nowej ustawy o swobodzie działalności gospodarczej*, PPH 2004, nr 12, s. 6 i n.; W.J. Katner (red.), *Prawo cywilne i handlowe w zarysie*, Kraków 2006, s. 47.

<sup>39</sup> Zob. *Komentarz do art. 431 k.c.*, [w:] A. Kidyba (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. I: *Część ogólna*, LEX 2009.

<sup>40</sup> Por. A. Powałowski, *Ustawa o swobodzie... Komentarz* (2009), s. 28.

<sup>41</sup> Tak: C. Kosikowski, [w:] A. Powałowski, *Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 27; A. Powałowski, [w:] A. Powałowski, *Ustawa o swobodzie... Komentarz* (2009), s. 25.

<sup>42</sup> Zob. art. 88 kodeksu spółek handlowych (Dz.U. nr 94, poz. 1037 z późn. zm.).

<sup>43</sup> Tak: K. Wojtczak, *Zawód i jego prawna regulacja. Studium z zakresu materialnego prawa administracyjnego*, Poznań 1999, s. 50.

**Paweł Oleszkiewicz**  
Sąd Rejonowy w Szczytnie

## **Szczególny tryb egzekucji wierzytelności w obrocie gospodarczym – egzekucja przez zarząd przymusowy (zarys instytucji)**

Zmiany gospodarcze, które nastąpiły w Polsce po roku 1989, doprowadziły do gwałtownego wzrostu liczby przedsiębiorstw sektora prywatnego, czego skutkiem jest permanentnie zwiększająca się wymiana towarowo- pieniężna pomiędzy tymi podmiotami. Kryzys ekonomiczny, nieuczciwi kontrahenci, jak również nierozsądne lokowanie kapitałów prowadzą do zadłużania firm, utraty ich płynności finansowej, a w konsekwencji do niewywiązywania się z zawieranych umów pomiędzy podmiotami obrotu gospodarczego, w szczególności do niespłacania wierzytelności przez podmioty zobowiązane. Sytuacja taka prowadzi do swoistego „efektu domina”, polegającego na tym, że wierzyciele, nie uzyskując należnych im środków, sami muszą się zadłużać bądź zwlekają z płatnościami. To natomiast skłania wierzycieli stron obrotu gospodarczego do wszczęcia postępowania egzekucyjnego. Dążą oni do urzeczywistnienia konkretnej normy prawnej ustalonej w tytule egzekucyjnym poprzez doprowadzenie za pomocą środków przymusu do uzyskania przez wierzyciela świadczenia należnego mu od dłużnika<sup>1</sup>. Postępowanie to jest podstawowym elementem każdego systemu prawnego (w szczególności państwa prawa) i spełnia bardzo ważną rolę w stabilizacji ładu prawnego i właściwego funkcjonowania obrotu gospodarczego.

Na wstępie należy zaznaczyć, iż dochodzone wierzytelności w obrocie gospodarczym dotyczą głównie egzekucji świadczeń pieniężnych. Wielość możliwości prowadzenia egzekucji świadczeń pieniężnych prowadzi do ich ciągłej ewolucji, wprowadzania nowych elementów prawnych, jednak mimo wszystko najczęściej wierzyciele korzystają z utartych szlaków, prowadząc

---

<sup>1</sup> *Kodeks postępowania cywilnego. Postępowanie zabezpieczające i egzekucyjne. Komentarz*, pod red. Z. Szczurka, Sopot 2005, s. 76.

egzekucję z rachunku bankowego, ruchomości, nieruchomości – co stosunkowo często na dalszym etapie prowadzi do upadłości przedsiębiorstwa dłużnika. Wierzyciele bardzo rzadko uciekają się do stosowania innych prawem przewidzianych możliwości egzekucji z dochodów uzyskiwanych przez przedsiębiorstwo dłużnika. Warto zatem zaprezentować stosunkowo młodą instytucję postępowania egzekucyjnego możliwą do stosowania w obrocie gospodarczym – egzekucję przez zarząd przymusowy. Jest to szczególnie sposób egzekucji świadczeń pieniężnych, wprowadzony do polskiego systemu prawnego już w roku 1990, kiedy to znowelizowano art. 1062 k.p.c.<sup>2</sup>, jednak w sposób pełny została wprowadzona nowelizacją z dnia 2 lipca 2004 r. Ten odrębny sposób egzekucji może być skierowany tylko przeciwko dłużnikowi prowadzącemu działalność gospodarczą w formie przedsiębiorstwa lub gospodarstwa rolnego i jest dopuszczalny z dochodów uzyskiwanych z tej działalności przez ustanowienie zarządu przymusowego nad przedsiębiorstwem lub gospodarstwem rolnym<sup>3</sup>.

Do pełnego przedstawienia ww. rozwiązania istotne wydaje się sięgnięcie do zbliżonych rozwiązań istniejących już w przedwojennym kodeksie postępowania cywilnego, zwłaszcza że przedwojenna doktryna jak również orzecznictwo zawierają wiele cennych rozwiązań i postulatów dotyczących egzekucji z pożytków i dochodów z nieruchomości przez zarząd przymusowy.

Wprowadzona w 2004 r. nowelizacja uchyliła dotychczas istniejący art. 1062 k.p.c. i wprowadziła w jego miejsce nowe, szczegółowe regulacje<sup>4</sup>, które zostały ujęte w odrębnym rozdziale działu II, tytułu III kodeksu postępowania cywilnego. Sądowa egzekucja przez zarząd przymusowy uregulowana jest w przepisach art. 1064<sup>1</sup>–1064<sup>23</sup> k.p.c. i może być prowadzona w dwóch trybach: jako egzekucja z dochodów przedsiębiorstwa lub jego wyspecjalizowanej części lub jako egzekucja przez sprzedaż przedsiębiorstwa lub jego wydzielonej części. Niniejsze opracowanie dotyczyć będzie jedynie najbardziej korzystnego trybu dla dłużnika, mianowicie egzekucji z dochodów przedsiębiorstwa. Świadomie pominięte zostaną kwestie prowadzenia egzekucji w tym trybie w stosunku do dłużnika będącego właścicielem gospodarstwa rolnego.

Do wszczęcia egzekucji w omawianym trybie konieczna jest inicjatywa wierzyciela, gdyż składany przez niego wniosek egzekucyjny ma istotne znaczenie dla przebiegu postępowania egzekucyjnego. Organ egzekucyjny związany jest bowiem wnioskiem wierzyciela<sup>5</sup>. Wniosek ten winien spełniać wymogi art. 797 k.p.c.

<sup>2</sup> Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. nr 43, poz. 296).

<sup>3</sup> A. Marciniak, *Postępowanie egzekucyjne w sprawach cywilnych*, Warszawa 2005, s. 299.

<sup>4</sup> T. Ereciński, *Wprowadzenie*, [w:] *Kodeks postępowania cywilnego*, Warszawa 2005, s. 338 i n.

<sup>5</sup> Z. Knypl, [w:] *Egzekucja sądowa w sprawach cywilnych*, pod red. Z. Szczurka, Sopot 1995, s. 107.

Zgodnie z treścią art. 1064<sup>1</sup> § 1 k.p.c., egzekucja może być skierowana przeciwko dłużnikowi prowadzącemu działalność gospodarczą w formie przedsiębiorstwa lub gospodarstwa rolnego, na co wskazuje również systematyka kodeksu postępowania cywilnego, gdyż przepisy dotyczące tej instytucji znalazły się w ramach przepisów szczególnych dotyczących egzekucji z udziałem Skarbu Państwa oraz przedsiębiorców.

W tym miejscu powstaje pytanie: w jaki sposób należy rozumieć przedsiębiorstwo i czy norma art. 55<sup>1</sup> k.c.<sup>6</sup> jest wystarczająca, aby właściwie zdefiniować przedsiębiorcę i skutecznie prowadzić czynności prawne zmierzające do zaspokojenia wierzyciela? Istotne jest to również ze względu na zakreslenie granic przedmiotowych zarządu. Ostatnia zmiana dotycząca tego przepisu weszła w życie 25 września 2003 r. i wprowadziła definicję legalną, zgodnie z którą przedsiębiorstwo jest zorganizowanym zespołem składników niematerialnych i materialnych, przeznaczonym do prowadzenia działalności gospodarczej, obejmującej w szczególności: oznaczenie indywidualizujące przedsiębiorstwo lub jego wyodrębnione części (nazwa przedsiębiorstwa); własność nieruchomości lub ruchomości, w tym urządzeń, materiałów, towarów i wyrobów, oraz inne prawa rzeczowe do nieruchomości lub ruchomości i wiele innych składników (art. 55<sup>1</sup> k.c.).

Wydawać by się mogło, że bardziej właściwą definicją, która winna być stosowana w celu prowadzenia postępowania egzekucyjnego w niniejszym trybie, jest definicja ujęta w normie art. 43<sup>1</sup> k.c., ponieważ nie ogranicza się ona do regulacji ujętej w kodeksie cywilnym, a co więcej – odnosi do wszelkich stosunków prywatnoprawnych. Zgodnie z art. 43<sup>1</sup> k.c., przedsiębiorcą jest osoba fizyczna, osoba prawna i jednostka organizacyjna, o której mowa w art. 33<sup>1</sup> k.c., prowadząca we własnym imieniu działalność gospodarczą lub zawodową<sup>7</sup>. Ponadto wykładnia art. 43<sup>1</sup> k.c. pozwala rozumieć pojęcie przedsiębiorcy szeroko: to zarówno osoba prowadząca działalność zawodową, mimo niespełniania przez nią kryteriów działalności gospodarczej, jak i osoba wykonująca taką działalność zawodową, która nosi zarazem cechy działalności gospodarczej. Jednak mimo powyższego właściwe jest stosowanie definicji ujętej w art. 55<sup>1</sup> k.c. jako definicji uniwersalnej, stworzonej na potrzeby prawa cywilnego. Zgodnie z nią, przedsiębiorstwo w znaczeniu przedmiotowo-funkcjonalnym to zorganizowany kompleks majątkowy przeznaczony do prowadzenia działalności produkcyjnej, handlowej lub usługowej, w której decydującą rolę odgrywają więzi funkcjonalne i organizacyjne łączące poszczególne składniki w jednolitą całość<sup>8</sup>.

<sup>6</sup> Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. nr 16, poz. 93).

<sup>7</sup> O. Marcewicz, [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, pod red. A. Jakubeckiego, Warszawa 2008, s. 1432.

<sup>8</sup> M. Bednarek, *Komentarz do art. 44–53<sup>3</sup> Kodeksu cywilnego*, Warszawa 1997.

Do dokonania pełnej analizy art. 1064<sup>1</sup> § 1 k.p.c., potrzebne też będzie wskazanie legalnej definicji pojęcia „działalność gospodarcza”. Działalność gospodarczą należy rozumieć stosownie do art. 2 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej<sup>9</sup>, tj. jako zarobkową działalność wytwórczą, budowlaną, handlową, usługową oraz poszukiwanie, rozpoznawanie i wydobywanie kopalin ze złóż, a także działalność zawodową, wykonywaną w sposób zorganizowany i ciągły. Dyspozycja art. 1064<sup>1</sup> § 1 k.p.c. wyraźnie wskazuje, iż wszczęcie i prowadzenie postępowania egzekucyjnego poprzez zarząd przymusowy wymaga prowadzenia przez dłużnika działalności gospodarczej poprzez eksploatację przedsiębiorstwa. Jest to wymagane w celu faktycznej możliwości sprawowania zarządu przez zarządcę przymusowego. Jak słusznie wskazała O. Marcewicz, w innym przypadku trudno sobie wyobrazić prowadzenie egzekucji w tym trybie, np. gdy dłużnik prowadzi działalność gospodarczą, nie wykorzystując do tego celu przedsiębiorstwa, brak jest możliwości wszczęcia egzekucji w omawianym trybie<sup>10</sup>.

Zarząd nad przedsiębiorstwem dłużnika rozumiany jest tutaj jako podejmowanie przez osobę ustanowioną zarządcą wszelkich decyzji oraz czynności prawnych, faktycznych oraz polegających na załatwianiu spraw urzędowych, dotyczących bezpośrednio lub pośrednio przedmiotu gospodarczego, nad którym został ustanowiony, koniecznych zarówno w toku normalnej eksploatacji, jak i za zgodą stron, a w jej braku za zezwoleniem sądu w sytuacjach nietypowych<sup>11</sup>. Podstawowym obowiązkiem zarządcy jest prowadzenie prawidłowej gospodarki mieszczącej się w zakresie zwykłego zarządu przedsiębiorstwem<sup>12</sup>. Sąd, określając granice działania zarządcy, wskazuje, że wolno mu zaciągać tylko gospodarczo uzasadnione zobowiązania, a w sytuacji przekroczenia tego zakresu działania zarządca naraża się na odpowiedzialność odszkodowawczą.

Treść wniosku o wszczęcie egzekucji określa dyspozycja art. 1064<sup>2</sup> § 1 k.p.c. Ustawodawca w przepisie tym formułuje dodatkowe wymogi, jakie winien spełniać wniosek o wszczęcie egzekucji przez zarząd przymusowy. We wniosku, który musi być złożony do właściwego sądu w trybie art. 797 k.p.c., należy dodatkowo w sposób pełny określić przedsiębiorstwo lub gospodarstwo rolne albo ich część, w stosunku do których ma być prowadzone postępowanie egzekucyjne, należy również dołączyć informację komornika o wszystkich postępowaniach egzekucyjnych prowadzonych z mienia wchodzącego w skład przedsiębiorstwa.

<sup>9</sup> Ustawa z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz.U. nr 173, poz. 1807).

<sup>10</sup> O. Marcewicz, op. cit., s. 1433.

<sup>11</sup> *Kodeks postępowania cywilnego. Postępowanie zabezpieczające...*, s. 300.

<sup>12</sup> H. Pietrzkowski, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz, cz. III: Postępowanie egzekucyjne*, pod red. T. Erecińskiego, Warszawa 2009, s. 657.

Precyzyjne określenie przedmiotu egzekucji jest bardzo istotne w sytuacji prowadzenia egzekucji z wyodrębnionej części przedsiębiorstwa lub gospodarstwa rolnego, gdyż umożliwia sądowi ustalenie organizacyjnej samodzielności wyodrębnionej części<sup>13</sup>. Ponadto dokładne określenie przedsiębiorstwa dłużnika ma istotne znaczenie dla ustalenia właściwości miejscowej sądu właściwego do rozpoznania wniosku. Natomiast informacja komornika o prowadzonych egzekucjach świadczeń pieniężnych ze składników majątku przedsiębiorstwa jest na tyle istotna, że w przypadku prowadzenia takiej egzekucji, co do zasady, nie ma możliwości wszczęcia egzekucji w omawianym trybie<sup>14</sup>. Wniosku o wszczęcie egzekucji przez zarząd przymusowy nie można łączyć z wnioskami o wszczęcie egzekucji innymi sposobami, z zastrzeżeniem art. 1064<sup>6</sup> k.p.c., o czym w dalszej części. Jednak aby sąd rozpoznający wniosek miał możliwość zbadania okoliczności związanych z ewentualnie prowadzonymi innymi egzekucjami, musi dysponować informacjami o postępowaniach egzekucyjnych prowadzonych w stosunku do danego dłużnika. Uzyskanie tych danych może stwarzać problem dla wierzyciela<sup>15</sup>, gdyż niekiedy wielu komorników może prowadzić postępowanie w stosunku do jednego dłużnika. Wynikać to może z różnorodności składników majątkowych objętych przedsiębiorstwem, gospodarstwem rolnym oraz właściwością miejscową organów egzekucyjnych kompetentnych do prowadzenia egzekucji.

Sąd rozpoznaje wniosek o wszczęcie egzekucji zgodnie z art. 1064<sup>3</sup> § 1 k.p.c., tj. na posiedzeniu niejawnym, nawet gdy zachodzi potrzeba wysłuchania stron lub innych osób. Należy się w tym miejscu zgodzić z O. Marcewicz, iż stanowcze brzmienie art. 1064<sup>3</sup> § 1 k.p.c. prezentuje w tym zakresie regulację wyczerpującą i zupełną, nie ma w tym przypadku zastosowania art. 766 k.p.c.<sup>16</sup> Ponadto przesądza to o jednoosobowym składzie orzekającym w tym przedmiocie. Sądem właściwym do rozpoznania wniosku jest sąd, w którego okręgu znajduje się siedziba przedsiębiorstwa lub w okręgu, którego położone jest gospodarstwo rolne, natomiast w przypadku egzekucji ograniczonej do części przedsiębiorstwa albo gospodarstwa rolnego decyduje miejsce położenia tej części. Wydane po rozpoznaniu wniosku postanowienie doręcza się wierzycielowi, ewentualnie wierzycielom, którzy zostali wskazani we wniosku jako prowadzący egzekucję z tego mienia.

Sąd na posiedzeniu niejawnym bada wniosek o wszczęcie egzekucji pod kątem spełnienia warunków formalnych, zasadności i dopuszczalności żądania. Postanowienie rozstrzygające o wszczęciu lub odmowie wszczęcia egze-

<sup>13</sup> K. Flaga-Gieruszyńska, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz do artykułów 506–1217*, pod red. A. Zielińskiego, Warszawa 2006, s. 1282.

<sup>14</sup> O. Marcewicz, *op. cit.*, s. 1437.

<sup>15</sup> Wierzyciel może uzyskać stosowne informacje w trybie art. 760<sup>1</sup> k.p.c.

<sup>16</sup> Art. 766 k.p.c.: „Sąd rozpoznaje sprawy egzekucyjne na posiedzeniu niejawnym, chyba że zachodzi potrzeba wyznaczenia rozprawy albo wysłuchania na posiedzeniu stron lub innych osób. W sprawach tych sąd wydaje orzeczenia w formie postanowień”.

kucji w omawianym trybie jest zaskarżalne przez dłużnika, wierzyciela, a także wierzycieli, którzy prowadzą egzekucję z mienia wchodzącego w skład przedsiębiorstwa, z tym, że termin do wniesienia zażalenia przez wierzycieli niewskazanych we wniosku biegnie dopiero od dnia powzięcia przez nich wiadomości o wszczęciu egzekucji. Postanowienie wydane przez sąd egzekucyjny o wszczęciu egzekucji przez zarząd przymusowy daje możliwość dokonania wpisu w księdze wieczystej lub zbiorze dokumentów o ustanowieniu takiego zarządu. Nie jest to jednak konieczne, ponieważ jeśli dłużnik dokona jakiś czynności prawnych po ustanowieniu zarządu przymusowego, a rozporządzających zarządzanym mieniem, to czynności takie – w tym sprzedaż nieruchomości – są nieważne<sup>17</sup>. Jest to nieważność o charakterze bezwzględnym. Na nieważność czynności prawnych podjętych przez dłużnika po wszczęciu egzekucji przez zarząd przymusowy może powoływać się każdy, kto ma w tym interes prawny. W tym miejscu należy uściślić, od jakiej daty powstają skutki wszczęcia egzekucji w prezentowanym trybie. Zgodnie z art. 1064<sup>9</sup> k.p.c., datę tę ustala się w oparciu o art. 910 k.p.c., który określa chwilę zajęcia innych praw majątkowych. Tym samym należy stwierdzić, że skutki prawne dla dłużnika następują z chwilą doręczenia mu zawiadomienia o wszczęciu egzekucji. W stosunku do osób trzecich zobowiązanych w stosunku do dłużnika skutki prawne powstają od chwili doręczenia im zawiadomienia, aby świadczenia uiszczały do rąk zarządcy, natomiast w stosunku do każdej innej osoby, która wiedziała o wszczęciu egzekucji, od chwili, gdy powzięła taką wiadomość.

Jak już wspomniano, egzekucja przez zarząd przymusowy może być ograniczona do części przedsiębiorstwa lub gospodarstwa rolnego. Warunkiem takiego ograniczenia jest gospodarcze wyodrębnienie takiej części przedsiębiorstwa lub gospodarstwa rolnego, a dochód, jaki przynosi wyodrębniona część, jest wystarczający na zaspokojenie wierzyciela egzekwującego. Pierwszy z warunków jest spełniony wtedy, gdy określona część przedsiębiorstwa lub gospodarstwa rolnego pod względem technicznym, ekonomicznym i organizacyjnym jest na tyle wyodrębniona z całości przedsiębiorstwa lub gospodarstwa rolnego, że ma możliwość samodzielnego funkcjonowania w oderwaniu od całości. Odnosząc się natomiast do drugiego z warunków, tj. możliwości uzyskania dochodu wystarczającego na zaspokojenie wierzyciela egzekwującego z wyodrębnionej części przedsiębiorstwa lub gospodarstwa rolnego, zaznaczenia wymaga, że wierzyciel nie ma obowiązku wykazywania takiej możliwości. W literaturze spotykać można pogląd, iż to właśnie wierzyciel ma wykazać możliwość zaspokojenia z wyodrębnionej części przedsiębiorstwa lub gospodarstwa rolnego<sup>18</sup>. Trudno zgodzić się z takim poglądem, gdyż wierzyciel przed wszczęciem egzekucji w omawianym trybie nie ma możliwości

<sup>17</sup> A. Damasiewicz, *Komentarz do art. 1064<sup>8</sup> kodeksu postępowania cywilnego*, LEX/el. 2005.

<sup>18</sup> O. Marcewicz, *op. cit.*, s. 1442.



wglądu do ksiąg rachunkowych przedsiębiorstwa czy też poznania kondycji finansowej danego przedsiębiorstwa lub gospodarstwa rolnego. Należy zatem zgodzić się z twierdzeniami H. Pietrkowskiego, iż wierzyciel ma tylko obowiązek wskazać na istnienie wyodrębnionej gospodarczo części przedsiębiorstwa lub gospodarstwa rolnego, a sąd rozpatrujący wniosek, korzystając z instytucji wyjaśnień przewidzianych w art. 761 k.p.c., stwierdza te przesłanki<sup>19</sup>. W tym miejscu istotne jest zaprezentowanie okoliczności, gdy do prowadzonej już egzekucji z wyodrębnionej części przedsiębiorstwa lub gospodarstwa rolnego przyłączają się kolejni wierzyciele i nastąpi taka zmiana okoliczności, iż dochody ze zorganizowanej części przedsiębiorstwa lub gospodarstwa rolnego nie wystarczą na pokrycie wszystkich roszczeń. W takiej sytuacji wierzyciel może złożyć wniosek do sądu właściwego o rozszerzenie zakresu zarządu przymusowego<sup>20</sup>.

Powracając do art. 1064<sup>6</sup> k.p.c., o zbiegu wcześniej wszczętej egzekucji z poszczególnych składników wchodzących w skład przedsiębiorstwa lub gospodarstwa rolnego i egzekucji przez zarząd przymusowy tego przedsiębiorstwa lub gospodarstwa należy stwierdzić, iż prowadzenie obu egzekucji jest dopuszczalne w sytuacji, gdy wnosi o to wierzyciel dotychczas prowadzący egzekucję albo jeżeli w chwili wszczęcia egzekucji w omawianym trybie jest oczywiste, że wierzyciel prowadzący egzekucję zostanie w toku egzekucji zaspokojony w okresie 6 miesięcy od daty jej wszczęcia<sup>21</sup>.

Kolejną istotną kwestią wymagającą wyjaśnienia jest osoba zarządcy oraz jego uprawnienia. Artykuł 1064<sup>10</sup> k.p.c. określa kwalifikacje wymagane od kandydata na zarządcę, którym może być zarówno osoba fizyczna, jak i prawna, o ile spełnia wymagania określone w § 1 art. 1064<sup>10</sup> k.p.c. Przepis ten stanowi, iż zarządcą może być podmiot, który posiada licencję do wykonywania obowiązków syndyka, nadzorcy lub zarządcy w postępowaniu upadłościowym lub naprawczym<sup>22</sup>, ponadto kandydat na zarządcę przymusowego winien być zaakceptowany przez strony postępowania egzekucyjnego. Sprzeciw jednej ze stron uniemożliwia powołanie danej osoby na zarządcę, nawet jeśli spełnia ona wszystkie wymagania i w takiej sytuacji to do sądu należy wybór osoby zarządcy przymusowego<sup>23</sup>.

Uprawnienia przysługujące zarządcy w ramach pełnionej przez niego funkcji, co do zasady, ograniczają się do czynności zwykłego zarządu, jednak ustawodawca w art. 1064<sup>11</sup> k.p.c. przewidział szczególne przypadki, kiedy zarządcą przymusowy, uzyskując zgodę sądu, może dokonać czynności przekraczających zwykły zarząd. W uzasadnionych przypadkach zarządcą może: sprzedać nieruchomość, ruchomości lub prawa wchodzące w skład zarządzanego przedsiębiorstwa lub gospodarstwa rolnego, ewentualnie oddać je

<sup>19</sup> H. Pietrkowski, op. cit., s. 661.

<sup>20</sup> K. Flaga-Gieruszyńska, op. cit., s. 1287.

<sup>21</sup> Ibidem.

<sup>22</sup> *Kodeks postępowania cywilnego. Postępowanie zabezpieczające...*, s. 230.

<sup>23</sup> Patrz art. 1064<sup>10</sup> § 2 k.p.c.

w najem lub dzierżawę. Jednak zanim sąd wyrazi zgodę na podjęcie takich czynności, musi zbadać, czy dana czynność ma związek z zarządem oraz czy jest uzasadniona gospodarczo i ekonomicznie. Czynność dokonana za zezwoleniem sądu będzie skuteczna wobec wierzycieli, dłużnika, jak również w stosunku do osób trzecich<sup>24</sup>.

Roszczenia wierzycieli zostają pokryte z nadwyżki dochodów uzyskiwanych z przedmiotu zarządu przymusowego nad przedsiębiorstwem lub gospodarstwem rolnym, jaka pozostaje po uregulowaniu wszystkich należności, zgodnie z kolejnością zaspokajania wynikającą z art. 940 k.p.c. Ciekawostką omawianej instytucji jest to, że zarządca sporządza również plan podziału sumy uzyskanej z dochodów przedsiębiorstwa lub gospodarstwa rolnego. Jest to szczególne i zarazem nietypowe rozwiązanie, gdyż w innych postępowaniach robi to organ egzekucyjny. W planie podziału sumy uzyskanej z egzekucji zarządca bierze pod uwagę tylko nadwyżkę środków uzyskanych w ramach zarządu. Do podziału sumy uzyskanej w wyniku egzekucji prowadzonej w omawianym trybie stosuje się przepisy ogólne o podziale sumy uzyskanej z egzekucji<sup>25</sup>. W przypadku, gdy plan podziału został sporządzony wadliwie lub jest krzywdzący dla stron, mają one możliwość w trybie art. 1064<sup>13</sup> § 2 k.p.c. złożyć skargę, do której stosuje się odpowiednio przepisy o skardze na czynność komornika.

Wskazać również należy pewien prymat egzekucji przez zarząd przymusowy nad egzekucją sądową i administracyjną świadczeń pieniężnych prowadzonych w inny sposób. Wynika to stąd, że w przypadku skierowania egzekucji do majątku przedsiębiorstwa lub gospodarstwa rolnego objętego zarządem przymusowym postępowanie takie jest niedopuszczalne, a jeżeli już zostanie wszczęte, jest niezwłocznie umarżane. Wyjątkiem jest prowadzenie egzekucji mimo wcześniejszego objęcia danego składnika zarządem przymusowym, egzekucji należności niepieniężnych oraz mających na celu zniesienie współwłasności w drodze sprzedaży publicznej. Natomiast gdy w toku egzekucji dłużnik zobowiązany jest do wydania ruchomości, statku lub nieruchomości, albo opróżnienia pomieszczeń znajdujących się we władaniu zarządcy, obowiązki te ciążyą na zarządcy.

Instytucja egzekucji przez zarząd przymusowy jest interesującym trybem egzekucji należności w polskim systemie prawnym. Daje przedsiębiorcom nowe metody zaspokajania roszczeń, które wydają się być mniej uciążliwe dla dłużnika, nie prowadzą do upadłości przedsiębiorstwa czy też gospodarstwa rolnego dłużnika, a to z kolei ma mniejsze negatywne konsekwencje społeczne. Omawiana instytucja – przedstawiona w niniejszym artykule tylko w zarysie – prezentuje nowe, mniej znane sposoby egzekwowania należności, daje również inne perspektywy zarówno dłużnikowi, jak i wierzycielowi.

<sup>24</sup> O. Marcewicz, op. cit., s. 1458.

<sup>25</sup> Patrz art. 1023–1028 k.p.c. oraz 1035–1040 k.p.c.

**Anna Franusz**

Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie

## **Wpływ ogłoszenia upadłości przedsiębiorcy na postępowanie arbitrażowe**

### **Uwagi wstępne**

Zasada swobody prowadzenia działalności gospodarczej stanowi jeden z fundamentów społecznej gospodarki rynkowej, który stosownie do art. 20 Konstytucji RP jest podstawą ustroju gospodarczego kraju. Ową swobodę postrzegać niewątpliwie należy jako jedno z założeń ustrojowych państwa. Z aksjologicznego punktu widzenia przedstawia ona wartość instrumentalną względem wolności człowieka, prawa do samorealizacji, także w sferze gospodarczej. Niestety, z funkcjonowaniem gospodarki rynkowej związane są pewne negatywne konsekwencje, np. niewypłacalność. Brak zdolności organizacyjnych, niedbalstwo czy wypadki losowe przyczyniają się do wszczęcia procedury upadłościowej wobec przedsiębiorców. Z punktu widzenia wierzycieli ogłoszenie upadłości jest oczywiście pożądane, zmierza bowiem do zaspokojenia w jak najwyższym stopniu ich roszczeń. Jednak w szerszym kontekście upadłość przedsiębiorcy, który pozostaje w stosunkach cywilnoprawnych z innymi podmiotami, jest zjawiskiem niewątpliwie negatywnym<sup>1</sup>.

Z działalnością gospodarczą wiąże się też inne zagrożenie, polegające na możliwości wchodzenia w spory prywatnoprawne. Jednym z podstawowych mechanizmów rozstrzygania tychże sporów, oprócz tradycyjnego procesu przed sądem państwowym, jest sądownictwo polubowne, zwane arbitrażem. Arbitraż jest realizowany właśnie w sporach gospodarczych, ze szczególnym uwzględnieniem sporów o charakterze międzynarodowym. Za jego popularnością przemawia kilka cech. Założenia postępowanie przed sądem polubownym ma cechować się szybkością i poufnością (z uwagi na dbałość o dobre imię właściwość ta nabiera dla przedsiębiorców szczególnej wagi). Pierwszorzędne znaczenie ma również jego efektywność, bowiem wyrok sądu polu-

<sup>1</sup> Z. Świeboda, *Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz*, Warszawa 2004, s. 11.

bownego lub ugoda przed nim zawarta, po wyrażonej w odpowiedniej formie aprobachie sądu państwowego, mają taką samą moc prawną jak wyrok sądu państwowego lub ugoda sądowa. Kolejnym i zarazem niespotykanym w innych adjudykacyjnych trybach eliminowania kontrowersji prawnych przedmiotem arbitrażu jest jego elastyczność. Kształt arbitrażu zależy od autonomicznej woli stron. Autonomia ta znajduje swój wyraz przede wszystkim w treści zapisu na sąd polubowny (umowy o arbitraż). Rozstrzygając spór, sąd arbitrażowy nie ma obowiązku stosowania prawa, może bowiem posłużyć się regułami słuszności.

Stosowanie interesującego nas instrumentu rozstrzygania sporów rodzi jednak pewne ryzyko. Otóż okoliczność niewypłacalności przedsiębiorców, będąca podstawą ogłoszenia upadłości, może wystąpić paralelnie względem pozostawania przez podmiot gospodarczy stroną umowy arbitrażowej. Stan ten generuje wiele konsekwencji prawnych. Celem niniejszego opracowania jest przedstawienie skutków prawnych ogłoszenia upadłości przedsiębiorcy na gruncie postępowania polubownego. W ramach tychże rozważań należy poddać analizie kwestię wpływu ogłoszenia upadłości na moc zapisu (na tle prawa polskiego oraz przykładowych rozwiązań spotykanych w innych krajach), w tym także w kontekście koncepcji związanych z międzynarodowym arbitrażem handlowym. Następnie kilka uwag zostanie poświęconych procedurze przed sądem polubownym, która została wszczęta przed ogłoszeniem upadłości przedsiębiorcy. Wreszcie omówienia wymaga problematyka wpływu faktu upadłości na wyrok arbitrażowy.

## Wpływ ogłoszenia upadłości na zapis na sąd polubowny

W polskiej i zagranicznej literaturze przedmiotu podkreśla się odmienną naturę i rozbieżne cele obydwu procedur<sup>2</sup>. Postępowanie upadłościowe, skierowane na równe zaspokojenie wierzycieli, charakteryzuje się wysokim poziomem kontroli państwa sprawowanej przez sądy, prowadzonej w oparciu o sztywne normy prawne regulujące pozycję upadłego. Tymczasem arbitraż osadzony jest we wspomnianej już szeroko rozumianej idei autonomii woli jego stron. Strony, korzystając z tego, że przepisy ustawy z 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego<sup>3</sup> w części regulującej arbitraż (część piąta)

<sup>2</sup> M. Porzycki, *Upadłość strony postępowania arbitrażowego*, [w:] *Arbitraż handlowy*, t. VIII, Warszawa 2010, s. 204. W literaturze obcej: D. Baizeau, *Arbitration and insolvency: issues of applicable law*, [w:] C. Müller, A. Rigozzi (red.), *New developments in international commercial arbitration 2009*, Schulthess, Zurich – Basel – Geneva, 2009, s. 98.; P. Kirgis, *Arbitration, bankruptcy, and public policy: a contractarian analysis*, "American Bankr. Inst. L. Rev." 2009, nr 503, s. 25, 45.

<sup>3</sup> Dz.U. z 1965 r., nr 43 poz. 296 ze zm.

mają zasadniczo charakter dyspozytywny, samodzielnie w formie kontraktowej kreują swoją sytuację prawną. Dokonuje się to właściwie bez udziału czynnika państwowego. W polskim porządku jurydycznym procedura upadłościowa, nacechowana w większym stopniu troską o interes publiczny, zyskała pozycję nadrzędną względem procedury arbitrażowej<sup>4</sup>.

Normatywnego odzwierciedlenia tak postawionej tezy należy szukać w art. 142 i 147 ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. – Prawo upadłościowe i naprawcze<sup>5</sup> (dalej jako p.u.n.). Przepisy ustawy stanowią bowiem, że **z dniem ogłoszenia upadłości** (w tym zarówno upadłości zmierzającej do likwidacji, jak i upadłości z możliwością zawarcia układu) **zapis na sąd polubowny, którego stroną jest upadły, traci moc, a toczące się postępowania ulegają umorzeniu**. To dość restrykcyjne na tle zagranicznych uregulowań rozwiązanie stanowić będzie punkt wyjścia do dalszych rozważań.

Zgodnie z art. 1161 k.p.c., zapis na sąd polubowny to umowa<sup>6</sup>, na mocy której strony poddają spór istniejący lub przyszły wynikły z istniejącego między nimi stosunku prawnego pod orzeczenie sądu polubownego (arbitrażowego). Zapis może przybrać formę samodzielnej umowy, noszącej w doktrynie miano kompromisu, bądź klauzuli zawartej w umowie głównej łączącej np. przedsiębiorców, czyli tzw. klauzuli arbitrażowej. Ważność i skuteczność zapisu dla funkcjonowania arbitrażu ma znaczenie fundamentalne. Zapis jest bowiem jego podstawą, a także warunkiem *sine qua non* ukonstytuowania się sądu polubownego oraz ważnego przeprowadzenia postępowania. Bez istnienia umowy arbitrażowej arbitraż nie ma racji bytu. Jego kontraktowa natura wyrażona jest właśnie w zapisie, w którym strony zgodną wolą wyrażają pragnienie rozstrzygnięcia sporu w drodze arbitrażu.

Paradoksalnie to właśnie specyficzna natura arbitrażu (umowna właściwość sądu prywatnego, możliwość orzekania według zasad słuszności z pominięciem norm prawnych) spowodowała, iż w uzasadnieniu do rządowego projektu ustawy – Prawo upadłościowe i naprawcze jego autorzy uznali, iż w przypadku ogłoszenia upadłości w celu ochrony praw wierzycieli należy zapewnić kompetencję sądom państwowym do rozpoznania sporów z udziałem upadłego<sup>7</sup>. Istnienie ważnego zapisu na sąd polubowny uniemożliwia

<sup>4</sup> Por. M. Porzycki, op. cit., s. 204 i n.

<sup>5</sup> Dz.U. z 2003 r., nr 60 poz. 535 ze zm.

<sup>6</sup> W związku z kształtem polskiego prawa arbitrażowego, w doktrynie i w judykaturze zasadniczo nie przewiduje się innych niż umowa form zapisu na sąd polubowny. Przeciwnego zdania jest F. Zedler, który sformułował pogląd, iż polskie prawo dopuszcza sporządzenie zapisu nie będącego umową, a zawartego w statucie jednoosobowej spółki z ograniczoną odpowiedzialnością. F. Zedler, *Zapis na sąd polubowny*, [w:] A. Koch, J. Napierała (red.), *Umowy w obrocie gospodarczym*, Kraków 2006, s. 388 i n.

<sup>7</sup> Nowe uzasadnienie do rządowego projektu ustawy – Prawo upadłościowe i naprawcze, jako uzupełnienie Druku Sejmowego nr 809 z 22 sierpnia 2002 r., s. 21, dostępne na oficjalnej stronie Sejmu RP.

rozpoznanie sprawy państwowym organom wymiaru sprawiedliwości. Stąd normatywny skutek w postaci wygaśnięcia mocy zapisu z chwilą ogłoszenia upadłości. Konsekwencją utraty przez umowę arbitrażową mocy jurydycznej jest umorzenie postępowania arbitrażowego toczącego się przed organem, który w obliczu zaistniałego faktu stracił źródło swojego umocowania. Stosownie do wspomnianego uzasadnienia to rada wierzycieli jest podmiotem właściwym do podjęcia decyzji o ewentualnym zastosowaniu arbitrażu. Wygaśnięcie mocy prawnej umowy arbitrażowej uniemożliwia podniesienie zarzutu w postaci istnienia przedmiotowej umowy przed sądem państwowym, co w odwrotnej sytuacji skutkowałoby obowiązkiem odrzucenia przez ten sąd pozwu lub wniosku o wszczęcie postępowania nieprocesowego i skierowaniem stron do arbitrażu (art. 1165 § 1 i 2 k.p.c.)<sup>8</sup>.

W literaturze przedmiotu słusznie zwraca się uwagę na to, iż moc prawna zapisu na sąd polubowny, którego stroną jest upadły, nie zawsze wygaśnie<sup>9</sup>. Wszak skutek ten przewidziany jest w celu „recepcji” przez sąd państwowy spraw toczących się przed sądami polubownymi bez względu na to, czy ogłoszono upadłość z likwidacją majątku, czy z możliwością zawarcia układu (choćby upadły nie został pozbawiony nad nim zarządu). Założono, iż z tą chwilą zmieniają się priorytety i na pierwszy plan wysuwa się interes prawny wierzycieli kosztem interesu prawnego upadłego jako podmiotu umowy czy też postępowania arbitrażowego. Jednakże, zgodnie z interpretacją celowościową, normy art. 142 oraz art. 147 p.u.n., gwarantujące ochronę wierzycieli, dotyczyć mogą wyłącznie tych zapisów na sąd polubowny, które przewidują arbitraż w sporach ze stosunków prawnych pozostających w bezpośrednim związku z majątkiem upadłego tworzącym masę upadłości<sup>10</sup>. Wydaje się, iż próżno doszukiwać się interesu prawnego wierzycieli w wygaśnięciu umowy arbitrażowej, która jest podstawą rozpoznania przez sąd polubowny sporu o naruszenie dóbr osobistych upadłego w postaci np. pomówienia.

Ta nad wyraz restrykcyjna regulacja (art. 142 i art. 147 p.u.n.) spotyka się w doktrynie z negatywną oceną<sup>11</sup>. Wyróżnia się ona także na tle unormowań innych europejskich państw: “the provision of Polish insolvency law, as it is drafted, is apparently rather unique, at least within EU. Certain insolvency laws are more restrictive than others when it comes to arbitration, but they do not appear to affect issues of capacity”<sup>12</sup>. Polska ustawa jest

<sup>8</sup> Tak A. Jakubecki, F. Zedler, *Komentarz do art. 142 ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. Prawo upadłościowe i naprawcze*, [w:] *Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz*, Zakamycze, 2003, LEX 2003.

<sup>9</sup> J. Broll, *Klauzula arbitrażowa w świetle prawa upadłościowego*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 1999, nr 3, s. 15; Z. Świeboda, *Prawo upadłościowe...*, s. 206 (Komentarz do art. 147, teza 4.)

<sup>10</sup> Ibidem.

<sup>11</sup> M. Porzycki, op. cit., s. 206, 208.

<sup>12</sup> D. Baizeau, op. cit., s. 14.

powoływana na łamach obcego piśmiennictwa zawsze, ilekroć pragnie się wskazać najbardziej rażąco normatywny wyraz konfliktu między prawem arbitrażowym i upadłościowym<sup>13</sup>. W pozostałych krajach UE ogłoszenie upadłości nie wywołuje tak daleko idących konsekwencji, jak utrata mocy przez zapis i nakaz umorzenia postępowania. Znakomita większość praw insolwencyjnych odbiera co najwyżej upadłemu prawo do dokonywania czynności w arbitrażu, nie zaś podmiotowość arbitrażową<sup>14</sup>. Dość w tym miejscu wspomnieć niemieckie prawo upadłościowe, zgodnie z którym zapis na sąd polubowny jest wiążący dla syndyka, a jego zmiana uzależniona od zgody komitetu wierzycieli (§ 160 ust. 2 pkt 3 niemieckiego prawa upadłościowego)<sup>15</sup>. Z kolei w angielskiej regulacji uzależniono byt prawny zapisu od losów umowy regulującej stosunek prawny, którego zapis dotyczy (art. 349A)<sup>16</sup>. Większość z tych ustaw (Holandia, Francja, Szwajcaria, USA, Włochy) nie nakazuje także umorzenia arbitrażu, lecz jedynie zawieszenie go pod groźbą (wynika to z praktyki orzeczniczej) uchylecia wyroku jako sprzecznego z klauzulą porządku publicznego (oprócz Niemiec i Szwajcarii)<sup>17</sup>. Stąd uważa się, że model polskiego prawa upadłościowego godzi w ideę arbitrażu<sup>18</sup>.

Duże zainteresowanie wśród przedstawicieli doktryny prawa arbitrażowego wzbudziło słynne orzeczenie Międzynarodowego Sądu Arbitrażowego przy Międzynarodowej Izbie Handlu (*International Chamber of Commerce* – ICC) w sprawie *Vivendi v. Elektrim*. Sprawa dotyczyła Elektrimu – polskiej spółki, która z powodu upadłości w sierpniu 2007 r., zgodnie z polskim prawem przestała być – co potwierdziła ta najbardziej prestiżowa instytucja arbitrażowa na świecie – podmiotem umowy arbitrażowej (umowa wygasła)<sup>19</sup>. Sąd przy ICC, zastosowawszy polskie prawo upadłościowe, nie stwierdził swej właściwości i pomimo sprzeciwu drugiej strony (*Vivendi*) orzekł, iż nie może być mowy o arbitrażowym rozpoznaniu sporu. Tym samym kształt ustawy *de facto* neguje faktyczną „alternatywność” arbitrażu względem sądownictwa państwowego, co pozostaje w konflikcie z interesem przedsiębiorców tak licznie korzystających z jego walorów. Zmusza to do zastanowienia się w kategoriach hipotetycznych, co działałoby się z zapisem w przypadku nieprzewidzenia przez prawodawcę powołanych powyżej konsekwencji prawnych. Wydaje się, iż zastosowanie mógłby tu mieć art. 98 p.u.n., który przy-

<sup>13</sup> P.K. Wagner, *When international insolvency law meets international arbitration*, “Dispute Resolution International” 2009, nr 1, s. 60.

<sup>14</sup> Ibidem, s. 113.

<sup>15</sup> *Insolvenzordnung* (1999), tekst aktu w języku niemieckim [online] <[www.jusline.de/Insolvenzordnung\\_%28InsO%29\\_Langversion.html](http://www.jusline.de/Insolvenzordnung_%28InsO%29_Langversion.html)>.

<sup>16</sup> *Insolvency Act* (1986), tekst aktu w języku angielskim [online] <[www.insolvency.gov.uk/insolvencyprofessionandlegislation/legislation/uk/insolvencyact.pdf](http://www.insolvency.gov.uk/insolvencyprofessionandlegislation/legislation/uk/insolvencyact.pdf)>.

<sup>17</sup> Por. D. Baizeau, op. cit., s. 101 i n.; P. Kirgis, op. cit., s. 39.

<sup>18</sup> Por. D. Baizeau, op. cit., s. 113.

<sup>19</sup> Ibidem; P.K. Wagner, op. cit., s. 60.

znaje prawo syndykowi masy upadłości do wykonania zobowiązania z umowy wzajemnej bądź żądania wykonania zobowiązania z takiej umowy. Ma on również możliwość odstąpienia od niej. Jeśli w umowie tej zawarta jest klauzula arbitrażowa bądź kontrakt arbitrażowy ma charakter samodzielny, wydaje się, iż losy zapisu uzależnione będą od woli syndyka i istoty stosunku zobowiązaniowego wynikającego z umów wzajemnych. W obecnym stanie prawnym stanowisko syndyka względem umowy posiadającej klauzulę arbitrażową jest z punktu widzenia samej klauzuli, z przyczyn oczywistych, bez znaczenia.

Sceptycznie oceniane bywa też funkcjonujące w Polsce rozwiązanie, zgodnie z którym podtrzymany jest skutek prawny wygaśnięcia zapisu pomimo umorzenia, zakończenia oraz uchylecia postępowania upadłościowego (art. 372 ust. 1 i 2 p.u.n.<sup>20</sup>). Krytyka sprowadza się tu nie do brzmienia powołanego przepisu, ale do nieumieszczenia przez ustawodawcę w treści ustawy, normy przywracającej moc prawną umowie arbitrażowej w sytuacji uchylecia tegoż postępowania przez sąd drugiej instancji. W zasadzie jedynym proarbitrażowym unormowaniem w prawie insolwencyjnym jest art. 206 ust. 1 pkt 7, który umożliwia syndykowi, nadzorcy sądowemu lub zarządcy poddanie pod rozstrzygnięcie sądu polubownego sporu dotyczącego masy upadłości (za zgodą wierzycieli). Regulacja ta może być jedynym wyjściem w sytuacji wygaśnięcia mocy prawnej zapisu dokonanego przez upadłego, gdy charakter sporu, w który zaangażowany był upadły, niezwykle utrudnia dochodzenie praw przed sądem państwowym (np. spór o charakterze międzynarodowym). Wtedy wola syndyka i wierzycieli mogłaby być niejako wykonaniem woli upadłego.

### **Wpływ ogłoszenia upadłości na toczące się postępowanie arbitrażowe**

Przepis przesadzający o wygaśnięciu mocy umowy arbitrażowej i obowiązku umorzenia postępowania przed sądem polubownym wydaje się mieć charakter bezwzględnie obowiązujący. Za budzące kontrowersje uchodzi jednak zagadnienie związania sądu arbitrażowego (powołanego do życia umową i działającego wedle jej zasad) nie tylko przepisami procedury cywilnej, lecz również innymi przepisami prawa krajowego. Zabieg mający za celu doprowadzenie do związania strony i sądu polubownego przepisami prawa krajowego polega na znalezieniu łącznika między jakimkolwiek elementem arbitrażu a prawem konkretnego kraju. Dokonuje się tego w taki sposób, żeby

---

<sup>20</sup> Art. 372 ust. 1: „Zmiany stosunków prawnych dokonane na podstawie przepisów ustawy obowiązują upadłego i drugą stronę również po umorzeniu lub zakończeniu oraz uchyleciu postępowania upadłościowego”. Art. 372 ust. 2: „Przepis ust. 1 stosuje się odpowiednio w razie uchylecia postępowania upadłościowego”.



z jednej strony zobowiązać sąd polubowny do przestrzegania norm prawnych o charakterze *iuris cogentis*, z drugiej natomiast, zachowując istotę arbitrażu, pozostawić stronom i arbitrom swobodę w kwestiach ustalenia reguł postępowania polubownego.

Najbardziej oczywistym i powszechnie stosowanym rozwiązaniem (w tym również w Polsce – art. 1154 k.p.c.) jest miejsce arbitrażu (ang. *seat of arbitration*)<sup>21</sup>. Oznacza to, że strony i sąd arbitrażowy winne podporządkować się kogentnym normom prawnym w kraju, na terytorium którego toczy się postępowanie arbitrażowe. Jest to niezbędne, jeśli strony będą chciały, aby sąd państwowy pozytywnie ustosunkował się do wniosku o uznanie lub stwierdzenie wykonalności wyroku sądu polubownego lub ugody przed nim zawartej. Wyrażona przez sąd państwowy aprobata orzeczenia arbitrażowego jest warunkiem zrównania jego mocy z wyrokiem sądu państwowego, a ugody z mocą ugody sądowej. W sytuacji sprzeniewierzenia się bezwzględnie obowiązującemu prawu sąd państwowy, jak podkreśla się w doktrynie, w majestacie prawa odmówi uznania orzeczenia arbitrażowego jako sprzecznego z podstawowymi zasadami porządku prawnego (1214 § 32 pkt 2 k.p.c.)<sup>22</sup>. W grę wchodzi również ryzyko uchylecia tego wyroku w postępowaniu wszczętym wskutek wniesienia odpowiedniej skargi (art. 1205 k.p.c.).

Jednakże nie można nie zauważyć, iż nie zawsze czynności stron zmierzają do uzyskania postanowienia o uznaniu wyroku bądź stwierdzeniu jego wykonalności. Wszak zrównanie mocy orzeczenia arbitrażowego z mocą orzeczenia państwowego organu wymiaru sprawiedliwości zmierza przede wszystkim do uzyskania tytułu egzekucyjnego i w rezultacie do przymusowej realizacji wierzytelności. Abstrahując od celowości i sensowności tego rodzaju działania, arbitraż można przeprowadzić w zupełnym oderwaniu od prawa materialnego i procesowego państwa, na terytorium którego miał on miejsce. Arbitraż można także zastosować bez najmniejszego zaangażowania aparatu państwowego. Strony mogą wybrać *lex fori* innego porządku prawnego, choć muszą liczyć się z niepewnością w zakresie uznania wyroku arbitrażowego. Niezastosowanie przepisów prawa polskiego, wskutek wyboru innego prawa właściwego, mogłoby oznaczać brak implikacji w postaci wygaśnięcia umowy arbitrażowej i obowiązku umorzenia postępowania w sytuacji ogłoszenia upadłości strony zapisu, jeżeli taki skutek nie byłby prawem tym (np. angielskim czy niemieckim) przewidziany (podobne wyroki zapadły w Sądzie Arbitrażo-

<sup>21</sup> Por. T. Ereciński, K. Weitz, *Sąd arbitrażowy*, LexisNexis 2008, s. 75 i n.; J. Poczobutt, *Zagadnienia kolizyjno-prawne w międzynarodowym arbitrażu handlowym*, [w:] *Arbitraż handlowy...*, t. VIII, s. 141 i n.; D. Baizeau, op. cit., s. 100; P.K. Wagner, op. cit., s. 61.

<sup>22</sup> A. Hrycaj, *Wpływ postępowania upadłościowego na wszczynanie i dalsze prowadzenie postępowania cywilnego*, „HUK. Czasopismo Kwartalne Całego Prawa Handlowego, Upadłościowego oraz Rynku Kapitałowego” 2008, nr 2, s. 211 i n.; M. Porzycki, op. cit., s. 209.

wym przy ICC)<sup>23</sup>. Rzecz jasna, podejmując decyzję o przeprowadzeniu postępowania polubownego w Polsce oraz o nieuwzględnieniu bezwzględnie obowiązujących reguł prawnych, strony muszą być świadome ryzyka odmowy uznania tego orzeczenia przez sąd państwowy, choć i tu w doktrynie spotkać można sceptyczne głosy, czy odmowa uznania lub stwierdzenia wykonalności wyroku arbitrażowego może zostać zasadnie oparta na klauzuli porządku publicznego<sup>24</sup>. Zdaniem niektórych przedstawicieli doktryny, o czym będzie mowa poniżej, okoliczność ta nie stanowi tak rażącego naruszenia porządku prawnego<sup>25</sup>.

Odnośnie do wpływu ogłoszenia upadłości na postępowanie polubowne wszczęte jeszcze przed tym momentem – mając na uwadze art. 142 i 147 p.u.n. stanowiące, iż z dniem ogłoszenia upadłości postępowanie ulega umorzeniu – warto przytoczyć funkcjonującą na łamach piśmiennictwa wątpliwość względem tego, co należy rozumieć przez stwierdzenie „ulega umorzeniu”. Nieprecyzyjne sformułowanie ustawodawcy zrodziło pytanie o to, czy zawieszenie postępowania następuje z mocy prawa czy wskutek postanowienia sądu arbitrażowego. Z uwagi na brak określenia, iż „postępowanie ulega zawieszeniu z *mocy prawa*”, większość przedstawicieli doktryny opowiedziało się za drugą możliwością. Postanowienie sądu polubownego o umorzeniu postępowania ma charakter *ex tunc*, tj. umorzenie następuje od dnia ogłoszenia upadłości. Oczywiście obowiązek ten istnieje pod warunkiem, że przedmiot sporu, którego dotyczy postępowanie, należy do masy spadkowej<sup>26</sup>.

## Ogłoszenie upadłości a wyrok arbitrażowy

Zasygnalizowano już, iż jeśli pomimo powinności umorzenia postępowania arbitrażowego, sąd arbitrażowy będzie kontynuował postępowanie (teoretycznie możliwa jest także sytuacja, iż organ ten nie posiadał żadnej informacji odnośnie do ogłoszenia upadłości strony) i wyda wyrok arbitrażowy bądź zawarta zostanie przed nim ugoda, to – zdaniem części przedstawicieli doktryny – orzeczenie to (ugoda) nie zostanie najprawdopodobniej uznane przez sąd państwowy ani nie zostanie mu nadana klauzula wykonalności<sup>27</sup>. Przyczyną odmowy miałyby być okoliczność (brana z urzędu pod uwagę przez sąd), iż jego uznanie lub wykonanie byłoby sprzeczne z klauzulą

<sup>23</sup> Orzeczenia ICC 6057/1991; 4415/1984; 5996/1991; 11028/2002. Por. D. Baizeau, op. cit., s. 103.

<sup>24</sup> M. Porzycki, op. cit., s. 209.

<sup>25</sup> Ibidem, s. 208.

<sup>26</sup> Tak, A. Jakubecki, F. Zedler, *Prawo upadłościowe...*; M. Porzycki, op. cit., s. 209; Z. Świeboda, *Prawo upadłościowe...*, s. 206 (Komentarz do art. 147, teza 3).

<sup>27</sup> A. Hrycaj, op. cit., s. 211 i n.; M. Porzycki, op. cit., s. 209.

porządku prawnego RP. Nie ma przy tym znaczenia, czy wyrok wydany został na terytorium Polski, czy poza nim, bowiem regulujący podstawę odmowy art. 1214 § 3 pkt 2 k.p.c. ma zastosowanie do obydwu typów orzeczeń i ugód. Wydanie wyroku arbitrażowego w warunkach ogłoszenia upadłości strony (wygaśnięcia mocy zapisu) jest również uzasadnieniem jego uchylenia (art. 1206).

W obecnym, w istocie restrykcyjnym kształcie prawnym sądy państwowe nie mogą ustosunkować się inaczej do wyroku arbitrażowego (jeśli zastosowano tzw. arbitraż prawa, a procedurę przeprowadzono według unormowań polskich), który zawiera rozstrzygnięcie sporu między upadłym a stroną przeciwną, niż poprzez odmowę uznania/ stwierdzenia wykonalności czy uchylenie go. Ustawa wygasza moc prawną zapisu, którego byt prawny jest warunkiem rozpoznania sprawy przez sąd arbitrażowy. Inaczej należy jednak spojrzeć na arbitraż międzynarodowy, gdzie zastosowanie powinna mieć zasada, w myśl której sądy polubowne związane są prawem miejsca arbitrażu, a nie prawem państwa uznającego<sup>28</sup>. Ponownego podkreślenia wymaga, iż zdaniem autorki sąd państwowy nie może uchylić wyroku czy też odmówić jego uznania (stwierdzenia wykonalności) z powodu utraty przez zapis mocy według prawa dla niego właściwego (art. 1206 § 1 pkt 1; art. 1215 § 2 pkt 1 k.p.c.), jeśli miejscem arbitrażu jest państwo, którego prawo insolwencyjne w żadnym razie nie przesądza o wygaśnięciu mocy prawnej zapisu na sąd polubowny, którego stroną jest upadły. Skąd zatem idea powołania się przez sądy na klauzulę porządku prawnego?

W literaturze przedmiotu wskazuje się, iż naruszenie podstawowych zasad porządku prawnego RP w kontekście arbitrażu będzie miało miejsce wtedy, gdy istnienie takiego orzeczenia godziłoby w zasady konstytucyjne, zasady podstawowych gałęzi prawa materialnego lub procesowego państwa uznającego<sup>29</sup>. Jako przykłady T. Ereciński i K. Weitz wskazują uchybienia w ukonstytuowaniu się sądu polubownego, złamanie zasady bezstronności arbitrów lub równości stron w postępowaniu, nieprawidłowe zastosowanie reguł lub praw odnoszących się do arbitrażu, uchybienia formalne wyroku (jeśli ich waga narusza istotę sprawiedliwego procesu). Powołani autorzy skonstatowali, iż „samo formalne naruszenie reguł postępowania lub wyrokowania nie powinno prowadzić do zastosowania klauzuli, jeśli naruszenia te nie dotyczą istoty tych zasad i nie powodują ujemnych konsekwencji”<sup>30</sup>. Zakładając, iż postępowanie polubowne nie było dotknięte żadnymi błędami natury formalnej, jedynym zarzutem mogłaby być okoliczność, iż stroną arbi-

<sup>28</sup> Por. D. Baizeau, op. cit., s. 118, 120.

<sup>29</sup> Por. Ł. Błaszczak, M. Ludwik, *Sądownictwo polubowne (arbitrażowe)*, Warszawa 2007, s. 281 i n.; T. Ereciński, K. Weitz, op. cit., s. 370; M. Łaszczuk, J. Szpara, *Postępowania postarbitrażowe*, [w:] *Arbitraż handlowy...*, t. VIII, s. 607 i n.

<sup>30</sup> T. Ereciński, K. Weitz, op. cit., s. 370.

trażu jest upadły, a prawo państwa uznającego (nie państwa arbitrażu) odbiera moc prawną zapisowi na sąd polubowny z powodu ogłoszenia upadłości jednej z jego stron.

Zdaniem autorki, nie jest to wystarczający powód, aby każdorazowo uchylać wyrok czy odmawiać stronom uznania go. Oceniając tę sprawę, sąd państwowy winien odnieść się do *ratio legis* przepisu art. 142 i 147 p.u.n. Ustawodawca, co wydaje się zrozumiałe, za sprawę pierwszorzędną uznał ochronę wierzycieli. Niemniej nie należy postępowania przed sądem polubownym utożsamiać *prima facie* z pogorszeniem się sytuacji prawnej wierzycieli upadłego, a wygaśnięcia mocy zapisu i umorzenia procedury arbitrażowej uznawać za gwarancję zabezpieczenia ich interesów. Taki *sui generis* automatyzm jest błędny, bowiem sytuacja może ukształtować się zupełnie inaczej. Hipotetycznie można bowiem przyjąć, że upadły od jakiegoś czasu zaangażowany jest w międzynarodowe postępowanie arbitrażowe, w związku z którym poniósł już (niepotrzebnie – jak ma się okazać) określone (niemałe) koszty. Według prawa miejsca arbitrażu, zapis pomimo upadłości zachowuje moc prawną. Wszak nie jest rzeczą niezwykłą, że wynik arbitrażu może być nadzwyczaj korzystny dla upadłego, a jego wykonanie przez stronę przeciwną może *de facto* zwiększyć szanse na zaspokojenie wierzycieli. Trudno nie odnieść wrażenia, iż powołanie się w tym miejscu na złamanie klauzuli porządku publicznego byłoby nieuzasadnione i nie pozostawałoby z pożytkiem dla wierzycieli.

## Wnioski

Restrykcyjne przepisy ustawy – Prawo upadłościowe i naprawcze, które uniemożliwiają wszczęcie postępowania arbitrażowego, a wszczęte nakazują umorzyć, są – jak wskazano – przedmiotem krytyki i w tym zakresie postulowana jest ich zmiana. Ustawodawca wyszedł z założenia, iż rozpoznanie sprawy upadłego w specyficznym z natury arbitrażu stanowi zagrożenie dla interesów wierzycieli upadłego, a w każdym razie nie daje gwarancji, że sytuacja upadłego, zatem pośrednio i wierzycieli, nie ulegnie pogorszeniu. Sprzeniewierzenie się normie art. 142 i 147 i kontynuowanie procedury wbrew nakazowi umorzenia może skutkować odmową uznania wyroku czy też ugody (stwierdzenia ich wykonalności) bądź ich uchyleniem. Wydanie wyroku arbitrażowego nie zawsze może wiązać się z zagrożeniem interesów majątkowych wierzycieli. W przypadku arbitrażu krajowego pozostaje zatem formułowanie jedynie wniosków *de lege ferenda*, aby wzorem ustaw insolwencyjnych innych państw pozostawić decyzję w przedmiocie bytu prawnego umowy arbitrażowej syndykowi i wierzycielom. Tymczasem jurydyczne *status quo* nie pozwala sądom polskim na utrzymanie takiego wyroku czy ugody

w mocy (brak mocy prawnej zapisu to brak kompetencji sądu polubownego do rozpoznania sprawy).

Jeśli zaś chodzi o arbitraż międzynarodowy, to postulat umiarkowanego „unicestwiania wyroku w sferze prawno-procesowej” wydaje się być słuszny. Postuluje się zatem „wstrzemięźliwość”<sup>31</sup> w korzystaniu z klauzuli porządku publicznego, która wydaje się być miernikiem proarbitrażowego nastawienia sądów państwowych. Wszak ich stosunek do sądownictwa polubownego ma niebagatelny wpływ na efektywność tej alternatywnej formy rozstrzygania sporów, zarówno w wymiarze krajowym, jak i międzynarodowym.

---

<sup>31</sup> Ibidem.