

Mirosław Pawełczyk

Prawo działalności gospodarczej – uwagi krytyczne

1. Zagadnienia wstępne

Dnia 19 listopada 1999 r. Sejm uchwalił kluczową dla rozwoju gospodarki wolnorynkowej ustawę – Prawo działalności gospodarczej¹ (dalej: „ustawa”), regulującą ustrojowe aspekty działalności gospodarczej. Jest to akt prawny o zasadniczym znaczeniu dla bezpośrednich uczestników „gry wolnorynkowej”, czyli przedsiębiorców. Kształtuje on prawne ramy dla administracyjnej reglamentacji w sferze gospodarczej², określając „zasady podejmowania i wykonywania działalności gospodarczej na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej oraz zadania organów administracji rządowej i organów jednostek samorządu terytorialnego w zakresie działalności gospodarczej” (art. 1 ustawy). Ustawa propaguje formułę leżącą u podstaw założeń ustawy z dnia 23 grudnia 1988 r. o działalności gospodarczej³: co nie jest prawem zabronione, jest dozwolone. Stanowi to wyraz legislacyjnego konsensusu z przepisami Konstytucji RP, gdzie w art. 22 ustanawia

¹ Ustawa z dnia 19 listopada 1999 r. – Prawo działalności gospodarczej, Dz.U. Nr 101, poz. 1178.

² Szerzej nt. poglądów doktryny w przedmiocie reglamentacji prawnoadministracyjnej w sferze gospodarczej oraz wolności gospodarczej: M. Waligórski, *Administracyjna reglamentacja działalności gospodarczej*, Poznań 1994; C. Kosikowski, *Wolność gospodarcza w prawie polskim*, Warszawa 1995; A. Walaszek-Pyziół, *Swoboda działalności gospodarczej*, Kraków 1994.

³ Ustawa z dnia 23 grudnia 1988 r. o działalności gospodarczej, Dz.U. Nr 41, poz. 324 z późn. zm.

się zasadę wolności gospodarczej, której ograniczenie jest dopuszczalne tylko ze względu na interes publiczny, uwzględniając zasady proporcjonalności. Natomiast ograniczenie to wyrażać może się tylko w drodze ustawy. Świadczy to niewątpliwie o względności idei wolności gospodarczej.

Ustawa zawiera normy o charakterze *lex generalis* w stosunku do innych przepisów, regulujących zasady prowadzenia działalności gospodarczej, a zwłaszcza administracyjnoprawne formy jej reglamentacji.

Ustawodawca, istotnie modyfikując instytucje prawne, umożliwiające administracyjnoprawną reglamentację działalności gospodarczej, jak koncesje czy zezwolenia, dążył do harmonizacji norm ustawy z przepisami Unii Europejskiej czy też normami prawnymi, obowiązującymi w krajach członkowskich (co wynika z postanowień Układu Stowarzyszeniowego zawartego z Unią Europejską z dnia 16 grudnia 1991 r. oraz Konwencji o Organizacji Współpracy Gospodarczej i Rozwoju). Podkreślenia wymaga również dążność ustawodawcy do unifikacji zapisów ustawy z innymi krajowymi aktami prawnymi. Wyraża się to w bardziej kazuistycznym uregulowaniu pewnych zagadnień (np. zezwolenia) bądź poprzez eliminację pewnych konstrukcji (np. zakazu konkurencji uregulowanego w rozdziale 4a ustawy z 1988 r.).

Ustawa zawiera również normy, które nie funkcjonowały dotychczas w obrocie prawnym, jak np. ustawową zasadę wolności gospodarczej w zakresie podejmowania i wykonywania działalności gospodarczej przez przedsiębiorców zagranicznych lub zdefiniowanie małego i średniego przedsiębiorcy.

Zasadniczo ustawa obowiązuje od 1 stycznia 2001 r., jednakże z upływem 14 dni od jej ogłoszenia obowiązują m.in. przepisy definiujące osobę zagraniczną, przez którą rozumiemy osobę fizyczną, mającą miejsce zamieszkania za granicą, osobę prawną z siedzibą za granicą oraz spółkę osób wyżej wymienionych z siedzibą za granicą, która nie posiada osobowości prawnej. Wykonywanie za granicą działalności gospodarczej przez wskazane podmioty decyduje o przyznaniu im statusu przedsiębiorcy zagranicznego. Wraz z powyżej wskazanym terminem uzyskały moc obowiązującą przepisy rozdziału 5, dotyczące oddziałów i przedstawicielstw przedsiębiorców zagranicznych oraz rozdziału 6, reglamentującego małego i średniego przedsiębiorcę. Przedstawicielstwa utworzone na podstawie rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 6 lutego 1976 r. w sprawie warunków,

trybu i organów właściwych do wydawania zagranicznym osobom prawnym i fizycznym uprawnień do tworzenia przedstawicielstw na terytorium Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej dla wykonywania działalności gospodarczej⁴ uzyskują status przedstawicielstwa określonego w ustawie, działając do czasu wygaśnięcia udzielonych zezwoleń.

Kolejną temporalną cezurę stanowiło wejście w życie – z upływem 3 miesięcy od dnia ogłoszenia ustawy – przepisu umożliwiającego realizację obowiązków przedsiębiorcy w zakresie posiadania rachunku bankowego oraz dokonywania rozliczeń w spółdzielczej kasie oszczędnościowo-rozliczeniowej.

2. „Powszechna” troska ustawodawcy o małego i średniego przedsiębiorcę?

Kontrowersje wzbudza prawne zdefiniowanie pojęć małego i średniego przedsiębiorcy oraz wskazanie sposobów i metod ich publicznoprawnego wsparcia. Ustawodawca założył w art. 53 ustawy, iż „państwo stwarza, z poszanowaniem zasad równości i konkurencji, korzystne warunki dla funkcjonowania i rozwoju małych i średnich przedsiębiorców, w szczególności poprzez:

- 1) inicjowanie zmian stanu prawnego sprzyjających rozwojowi małych i średnich przedsiębiorców, w tym dotyczących dostępu do środków finansowych pochodzących z kredytów i pożyczek oraz poręczeń kredytowych;
- 2) wspieranie instytucji umożliwiających finansowanie działalności gospodarczej na dogodnych warunkach;
- 3) wyrównywanie warunków wykonywania działalności gospodarczej ze względu na obciążenia publicznoprawne;
- 4) ułatwianie dostępu do informacji, szkoleń oraz doradztwa;
- 5) wspieranie instytucji i organizacji lokalnych oraz regionalnych działających na rzecz małych i średnich przedsiębiorców;
- 6) promowanie współpracy małych i średnich przedsiębiorców z innymi przedsiębiorcami polskimi i zagranicznymi, ze szczególnym uwzględnieniem przedsiębiorczości lokalnej”.

Stworzenie powyższego katalogu – o charakterze otwartym – deklaracji wspierania małej i drobnej przedsiębiorczości stwarza jedynie sytuację o

⁴ Dz.U. z 1976 r. Nr 11, poz. 63 i z 1984 r. Nr 26, poz. 133.

wysokim stopniu iluzoryczności co do faktycznych możliwości ich realizacji.

W art. 54 ustawy przyjęto, iż za „małego przedsiębiorcę uważa się przedsiębiorcę, który w poprzednim roku obrotowym:

- 1) zatrudniał średniorocznie mniej niż 50 pracowników oraz
- 2) osiągnął przychód netto ze sprzedaży towarów, wyrobów i usług oraz operacji finansowych nie przekraczający równowartości w złotych 7 milionów EURO lub suma aktywów jego bilansu sporządzonego na koniec poprzedniego roku obrotowego nie przekroczyła równowartości w złotych 5 milionów EURO⁵.

Zgodnie z art. 55 ustawy, „za średniego przedsiębiorcę uważa się przedsiębiorcę, nie będącego małym przedsiębiorcą, który w poprzednim roku obrotowym:

- 1) zatrudniał średniorocznie mniej niż 250 pracowników oraz
- 2) osiągnął przychód netto ze sprzedaży towarów, wyrobów i usług oraz operacji finansowych nie przekraczający równowartości w złotych 40 milionów EURO lub suma aktywów jego bilansu sporządzonego na koniec poprzedniego roku obrotowego nie przekroczyła równowartości w złotych 27 milionów EURO⁶.

Uwzględniając fakt, iż powyższe kryteria spełnia 99% wszystkich działających (zarejestrowanych *sensu largo*) w kraju przedsiębiorców (zatrudniających ok. 8 milionów pracowników)⁷, uznać należy, iż wykreowano kolejne konstrukcje prawne – zbliżone swym charakterem do normy prawnej (z uwagi na adresowanie do „prawie” ogółu przedsiębiorców) – nie rokujące szans na ich realizację. Powszechność stosowania powyższych postulatów i pobożnych życzeń ustawodawcy wymagałaby gruntownych i systemowych zmian w większości regulacji prawnych odnoszących się do krajowych przedsiębiorców. *De lege ferenda* ukształtowane w art. 54 ust. 1 pkt 2 oraz art. 55 ust. 1 pkt 2 kryteria należałoby dopasować do realiów

⁵ Nie uważa się jednak za małego przedsiębiorcy, w którym przedsiębiorcy inni niż mali posiadają: 1) więcej niż 25% wkładów, akcji lub udziałów; 2) prawa do ponad 25% udziału w zysku; 3) więcej niż 25% głosów na zgromadzeniu wspólników.

⁶ Nie uważa się jednak za średniego przedsiębiorcy, w którym przedsiębiorcy inni niż mali i średni posiadają: 1) więcej niż 25% wkładów, akcji lub udziałów; 2) prawa do ponad 25% udziału w zysku; 3) więcej niż 25% głosów na zgromadzeniu wspólników.

⁷ Por. dane w: *Syntetyczna informacja o stanie sektora małych i średnich przedsiębiorstw w Polsce w roku 1997 na tle lat 1993-1996*, wyd. Ministerstwa Gospodarki 1999.

gospodarczych kraju, gdzie dominują małe przedsiębiorstwa, często o charakterze rodzinnym.

Uznając, iż zróżnicowane traktowanie przedsiębiorców przez państwo stanowi wyjątek od konstytucyjnej zasady poszanowania równości i konkurencji w sferze gospodarczej, wątpliwości wzbudza postanowienie art. 55 ust. 3 ustawy, zgodnie z którym Rada Ministrów, w drodze rozporządzenia, może podwyższać kwoty, o których mowa art. 54 ust. 1 pkt 2 oraz art. 55 ust. 1 pkt 2. Stwarza to możliwość istotnego ingerowania państwa w funkcjonowanie gospodarki wolnorynkowej. Uznano bowiem – nader optymistycznie – iż krąg podmiotów spełniających powyższe kryteria (tym samym uprawnionych do publicznoprawnego wsparcia, stosownie do dyspozycji art. 53 ustawy) będzie się sukcesywnie zwiększał w związku z rozwojem gospodarczym państwa. Jednakże nie przewidziano możliwości obniżania przedmiotowych kwot. Stwarza to sytuację, kiedy Rada Ministrów może w sposób nieograniczony kreować grupy przedsiębiorców, które mogą liczyć na pomoc państwa w swej działalności. Niewątpliwie koliduje to z podstawowymi założeniami konkurencji w gospodarce wolnorynkowej. *De lege ferenda* powinno się zapewnić Radzie Ministrów nie tylko możliwość podwyższania, lecz również obniżania przedmiotowych kwot, co pełniej dostosuje krajowe ustawodawstwo do wymagań unijnych, w szczególności w zakresie ingerencji państwa w gospodarkę opartą na zasadach wolnorynkowych.

Celem urealnienia kierunków i zadań głoszonych w art. 53 ustawy – mających na celu stwarzanie korzystnych warunków do rozwoju małych i średnich przedsiębiorców – normatywnego przemodelowania wymaga szereg aktów prawnych. Przede wszystkim dotyczy to takich zagadnień, jak np. dostosowanie ustawy o specjalnych strefach ekonomicznych⁸ do założeń małej i średniej przedsiębiorczości, ułatwienie małym i średnim przedsiębiorcom udziału w procesach ubiegania się o zamówienia publiczne⁹–

⁸ Ustawa o specjalnych strefach ekonomicznych z dnia 20 października 1994 r. Dz.U. Nr 123, poz. 600 z późn. zm.

⁹ Projekt nowelizacji ustawy o zamówieniach publicznych, zaakceptowany 15 lutego br. przez Radę Ministrów, przewiduje obniżenie wadium oraz zaliczenie jego kwoty na poczet zabezpieczenia należytego wykonania umowy, co niewątpliwie ułatwi udział w przetargach małym i średnim firmom.

uregulowane w ustawie o zamówieniach publicznych¹⁰, czy też właściwe określenie kryteriów dotowania przedsiębiorców – z uwzględnieniem małych i średnich przedsiębiorców – przez budżet państwa w świetle ustawy o finansach publicznych¹¹ i wydanych na jej podstawie aktach wykonawczych.

3. Radca prawny w spółce partnerskiej przedsiębiorcą?

Zgodnie z art. 2 ust. 2 ustawy, przedsiębiorcą jest „osoba fizyczna, osoba prawna oraz nie posiadająca osobowości prawnej spółka prawa handlowego, która zawodowo, we własnym imieniu podejmuje i wykonuje działalność gospodarczą”, czyli „zarobkową działalność wytwórczą, handlową, usługową oraz poszukiwanie, rozpoznawanie i eksploatację zasobów naturalnych, wykonywane w sposób ciągły i zorganizowany” (art. 2 ust. 1 ustawy). Uwzględniając wyżej wskazaną definicję, wątpliwości wzbudza przepis art. 76 i 87 ustawy, wyłączający podmioty świadczące pomoc prawną (radcowie prawni, adwokaci czy notariusze) z zakresu definicji przedsiębiorcy w rozumieniu art. 2 ust. 2 ustawy, z punktu widzenia rozwiązań kodeksu spółek handlowych¹². W rozdziale II kodeksu spółek handlowych przewidziano prawną egzystencję spółki partnerskiej, tworzonej przez wspólników (partnerów) w celu wykonywania określonego wolnego zawodu. Zgodnie z art. 87 k.s.h., partnerami w spółce partnerskiej mogą być wyłącznie osoby fizyczne, uprawnione do wykonywania wolnych zawodów, enumeratywnie określonych w art. 88 k.s.h. (dotyczy to m.in. wykonywania pomocy prawnej, przez radców prawnych, adwokatów czy też notariuszy). Powstaje więc sytuacja, gdy z jednej strony podmioty powyżej wskazane, świadczące pomoc prawną, nie realizują znamion przedsiębiorcy (co wynika to wprost z dyspozycji art. 76 i 87 ustawy), a z drugiej strony kreuje się podmiot – tj. spółkę partnerską, której prawna egzystencja uzależniona jest od posiadania odpowiednich kwalifikacji jej uczestników –

¹⁰ Ustawa z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych, Dz.U. z 1998 r. Nr 119, poz. 773.

¹¹ Ustawa z dnia 26 listopada 1998 r. o finansach publicznych, Dz.U. Nr 155, poz. 1014 z późn. zm.

¹² Ustawa z dnia 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych, Dz.U. Nr 94, poz. 1037.

któremu jednoznacznie przyznaje się status przedsiębiorcy w świetle art. 2 ust. 2 ustawy. Zatem przedsiębiorcą – po wejściu w życie kodeksu spółek handlowych – stała się spółka partnerska z udziałem radców prawnych, adwokatów bądź notariuszy, natomiast nie będzie nim np. kancelaria radcy prawnego, adwokata czy notariusza (mimo tożsamości przedmiotu działalności obu podmiotów). *De lege ferenda* zastanowić się należy, czy nie dochodzi do kolizji norm prawnym, albowiem tożsama merytorycznie działalność traktowana będzie z jednej strony jako działalność gospodarcza prowadzona przez przedsiębiorcę w rozumieniu ustawy, a z drugiej strony taką działalnością nie będzie.

4. Zezwolenia czy koncesje?

Ustawa w dużym pietyzmie uregulowała zasady udzielania zezwoleń na działalność gospodarczą. O ile ustawa o działalności gospodarczej z 1988 r.¹³ traktowała zagadnienie udzielania zezwoleń na podjęcie i prowadzenie działalności gospodarczej po macoszemu, to obecna normuje omawiane zagadnienie w sposób bardziej rozbudowany (co nie pociąga za sobą rozwiązania szeregu problemów, które powstały na gruncie poprzedniej ustawy).

Ukształtowanie granic działalności gospodarczej, której podjęcie i prowadzenie wymaga uzyskania zezwolenia, wskazanie organów zezwalających, warunki wykonywania działalności objętej zezwoleniami, tryb wydawania, odmowy wydania i cofania zezwoleń określają przepisy odrębnych ustaw, o ile ustawa nie stanowi inaczej. Zatem przepisy ustawy w zakresie zezwoleń mają charakter subsydiarny w stosunku do przepisów szczególnych, które stanowią materialnoprawną podstawę do wydawania zezwoleń, znajdują więc zastosowanie w przypadku zaistnienia kolizji prawnej w związku z stosowaniem przepisów odrębnych ustaw bądź ich niepełną regulacją¹⁴.

Na uwagę zasługuje próba ujednoczenia terminologii form publicznoprawnej reglamentacji działalności gospodarczej poprzez zastąpienie ter-

¹³ Ustawa z dnia 23 grudnia 1988 r. o działalności gospodarczej, Dz.U. Nr 41, poz. 324.

¹⁴ K. S t r z y c z k o w s k i, *Instytucje prawa działalności gospodarczej. Uwagi o projekcie ustawy – Prawo działalności gospodarczej*, Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego 1999, nr 4.

minów „upoważnienie”, „pozwolenie”, „zgoda”, „licencja” jednolitym terminem „zezwoenie”¹⁵.

Mankamentem ustawy jest brak legalnej definicji zezwolenia (również dotyczy to koncesji) na podjęcie i prowadzenie działalności gospodarczej. Nie rozwiązuje to – istotnej z punktu widzenia ochrony interesów obywateli – kwestii precyzyjnego rozróżnienia instytucji „koncesji” i „zezwoenie”, czyli aktów administracyjnych uprawniających do podjęcia i prowadzenia działalności gospodarczej. Nie ma wątpliwości co do tego, iż zezwolenie jest aktem administracyjnym o charakterze związanym, co skutkuje istnieniem prawa podmiotowego ubiegającego się o wydanie zezwolenia, jeśli spełnia ustawowo określone warunki¹⁶. Natomiast koncesja jest postacią aktu administracyjnego uznaniowego, gdzie realizacja wszystkich warunków przez ubiegającego się o wydanie koncesji nie gwarantuje pozytywnego rozstrzygnięcia toczącego się postępowania administracyjnego o jej udzielenie¹⁷. Przyjęcie powyższego stanowiska stawia pod znakiem zapytania zasadność art. 30 ustawy, kreującego instytucję promesy zezwolenia. Jeśli *ratio legis* promesy koncesji (przrzeczenia wydania koncesji) znajduje zastosowanie w szeregu stanów faktycznych, gdzie zagwarantowanie wydania koncesji warunkuje podjęcie dalszych inwestycji, to rozważyć należy celowość przepisu art. 30 ustawy. Dochodzi bowiem do sytuacji, iż ubiegający się o wydanie promesy zezwolenia uzyskuje potwierdzenie uprawnienia do przyznania zezwolenia. Niezbędnym jest zatem *de facto* prowadzenie dwóch postępowań, kończących się wydaniem decyzji administracyjnych o zasadniczo tożsamym przedmiocie. Koliduje to z podstawowymi zasadami ekonomii procesowej. *De lege ferenda* zastanowić

¹⁵ Por. art. 85 ustawy.

¹⁶ Por. wyrok NSA z dnia 13 października 1984 r. II SA 306/86, ONSA 1986, nr 2, poz. 59, gdzie podkreśla się, że „jeśli obywatel mający odpowiednie kwalifikacje i warunki zamierza prowadzić działalność gospodarczą (...) właściwy organ administracji państwowej ma obowiązek wydać mu stosowne zezwolenie, chyba że szczególnie przepis prawa powszechnie obowiązującego stoi temu na przeszkodzie”.

¹⁷ Szerzej nt. charakteru prawnego koncesji: B. A d a m i a k, J. B o r k o w s k i, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 1996; B. J a w o r s k a - D ę b s k a, *Charakter prawny koncesji na działalność gospodarczą*, cz. 1-2, Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego 1994, nr 3-4; C. K o s i k o w s k i, *Koncesje w prawie polskim* Kraków 1996; t e n ż e, *Wolność gospodarcza w prawie polskim*, Warszawa 1995.

się należy nad podjęciem działań legislacyjnych, mających na celu usunięcie z porządku prawnego bezprzedmiotowych instytucji.

Brak normatywnego rozróżnienia koncesji od zezwolenia komplikuje art. 28 ust. 3 ustawy. Stwierdza on, iż w przypadku gdy wydanie zezwolenia na wykonywanie działalności gospodarczej wszystkim wnioskodawcom spełniającym warunki nie jest możliwe zgodnie z obowiązującymi przepisami regulującymi wykonywanie danego rodzaju działalności gospodarczej organ zezwalający przeprowadza rozprawę administracyjną. W sytuacji gdy organ zezwalający przewiduje udzielenie ograniczonej liczby zezwoleń, o możliwości uzyskania zezwolenia ogłasza się w Monitorze Sądowym i Gospodarczym oraz w dzienniku o zasięgu ogólnokrajowym. Jeśli wnioski o udzielenie zezwolenia złożyło kilku przedsiębiorców, organ zezwalający – czyli organ administracji rządowej lub organ jednostki samorządu terytorialnego upoważniony na podstawie właściwych przepisów do wydawania, odmowy udzielania, zmiany i cofania zezwolenia – prowadzi jedno postępowanie, w ramach którego przeprowadza rozprawę administracyjną (art. 28 ust. 3 w zw. z art. 19 ustawy). Skutkuje to złamaniem zasady związania aktu administracyjnego w przedmiocie zezwolenia na rzecz uznaniowości, charakterystycznej dla aktów koncesyjnych. Tym samym ustawodawca wytyczył nowy kierunek badań doktrynalnych nad stworzeniem cezury pomiędzy instytucją koncesji i zezwolenia. Zdaniem moim, można pokusić się o stwierdzenie, iż w aspekcie art. 28 ust. 3 ustawy mamy do czynienia z *quasi*- zezwoleniami. Mimo iż pozostają w dalszym ciągu w sferze terminologii pojęcia zezwolenia, to z uwagi na uprawnienie organu zezwalającego do wydania decyzji uznaniowej – opartej na subiektywnym stanowisku organu prowadzącego postępowanie – zbliżają się swym charakterem do koncesji. Powstaje więc pośrednie zagrożenie złamania zasady określonej w art. 14 ust. 2 ustawy, iż wprowadzenie innych – niż określone w art. 14 ust. 1 – koncesji (bądź aktów administracyjnych o zbliżonym w skutkach charakterze, jest dopuszczalne tylko w dziedzinach działalności gospodarczej mających szczególne znaczenie ze względu na bezpieczeństwo państwa lub obywateli albo inny ważny interes publiczny.

5. „Moralność publiczna” organów administracji?

W rozdziale 8 ustawy określone zostały zadania i uprawnienia organów administracji rządowej i organów jednostek samorządu terytorialnego w zakresie działalności gospodarczej. Zadaniem tych podmiotów jest wspieranie lokalnej przedsiębiorczości poprzez: promowanie przedsiębiorczości na terenie gminy, powiatu i województwa; prowadzenie działalności informacyjnej i oświatowej, w tym organizowanie szkoleń w zakresie rozwoju przedsiębiorczości; współdziałanie z samorządem gospodarczym, organizacjami pracodawców oraz innymi organizacjami przedsiębiorców. Zdaniem moim, stworzono kolejny katalog postulatów, będących odzwierciedleniem już istniejących – w ustrojowych aktach prawnych administracji samorządowej – założeń dotyczących m.in. wspierania lokalnej przedsiębiorczości na wszystkich płaszczyznach, w tym gospodarczej.

Artykuł 63 ustawy uprawnia wójta, burmistrza lub prezydenta miasta do sprawdzenia, czy przedsiębiorca spełnia obowiązki związane z posiadaniem odpowiednich kwalifikacji zawodowych, czy należycie wywiązuje się z obowiązków w zakresie m.in. oznaczenia na zewnątrz miejsca wykonywania działalności gospodarczej i należytego informowania klientów w przypadku oferowania usług lub towarów w sprzedaży bezpośredniej lub wysyłkowej za pośrednictwem środków masowego przekazu, sieci informatycznych lub druków bezadresowych. Przyznano również tym podmiotom uprawnienia, jakie przysługują organowi koncesyjnemu w zakresie m.in. dokonywania kontroli w drodze oględzin, żądania złożenia wyjaśnień, okazania dokumentów czy udostępnienia danych, mających związek z przedmiotem kontroli¹⁸. Natomiast – zgodnie z art. 64 ustawy – w razie powzięcia wiadomości o wykonywaniu działalności gospodarczej niezgodnie z przepisami ustawy, a także w razie stwierdzenia zagrożenia życia, zdrowia ludzkiego i moralności publicznej, niebezpieczeństwa powstania szkód w znacznych rozmiarach lub naruszenia środowiska w wyniku wykonywania tej działalności, wójt, burmistrz lub prezydent niezwłocznie zawiadamia właściwe organy administracji rządowej lub właściwe organy jednostek samorządu terytorialnego (te zaś zawiadamiają wójta, burmistrza lub prezydenta o podjętych działaniach). W przypadku braku powyższej możliwości zawiadomienia, wójt, burmistrz lub prezydent może wydać

¹⁸ Patrz art. 21 ust. 2-5 w zw. z art. 63 ustawy.

decyzję – z rygiorem natychmiastowej wykonalności – nakazującą wstrzymanie wykonywania działalności na czas niezbędny, nie dłuższy jednak niż 3 dni.

Pewne kontrowersje mogą tu budzić trzy zagadnienia.

Pierwszym jest pojęcie moralności publicznej. Jest to niewątpliwie klauzula generalna i jako taka powinna być stosowana z daleko posuniętą ostrożnością, zważywszy na fakt, iż stanowić może podstawę do wydawania decyzji administracyjnych, ingerujących w konstytucyjną zasadę wolności gospodarczej. Jej istnienie stanowi przejaw szafowania przez ustawodawcę konstrukcjami zasadniczo nie znajdującymi odpowiednika w innych obowiązujących aktach prawnych. Trudno również doszukać się norm pozaprawnych, które wytyczyłyby uznany przez ogół społeczeństwa kierunek interpretacji pojęcia „moralność publiczna”, co nie sprzyja zapewnieniu przejrzystości i stabilności krajowego systemu prawnego.

Drugim spornym zagadnieniem o „policyjnym” charakterze jest tryb wydawania przedmiotowej decyzji, a w szczególności brak precyzyjnego określenia możliwości powtórnego wydania podobnej decyzji. Ustawa nie wprowadza zakazu wydawania np. przez wójta wielokrotnie decyzji w tej samej sprawie. Stwarza to możliwość ingerencji organów samorządowych w sferę wolnej przedsiębiorczości, w szczególności mając na względzie fakt, iż decyzjom tym nadaje się rygor natychmiastowej wykonalności.

Trzecim kontrowersyjnym zagadnieniem jest zapis art. 64 ust. 3 ustawy, wprowadzający pojęcie decyzji administracyjnej wydanej na „czas niezbędny”. Stanowi to przejaw braku samodyscypliny ustawodawcy w zakresie terminologii pojęciowej. Właściwszy – *de lege ferenda* – byłoby zapis odsyłający do sprawdzonego pojęcia decyzji administracyjnej wydanej na „czas oznaczony”, jak ma to miejsce w przypadku koncesji czy zezwolenia.

6. Oddziały przedsiębiorców zagranicznych w okresie przejściowym

Mankamentem ustawy – dobitnie podniesionym w literaturze przedmiotu¹⁹ – jest uregulowanie zagadnień intertemporalnych, związanych z wej-

¹⁹ L. Żyłewski, R. Rykowski, *Nasz oddział w Warszawie*, Rzeczpospolita nr 115 z dnia 18 maja 2000 r.

ściem w życie przepisów regulujących działalność oddziałów i przedstawicielstw przedsiębiorców zagranicznych²⁰. Artykuł 90 ustawy nakazuje dokonywanie wpisów oddziałów przedsiębiorców zagranicznych, utworzonych na podstawie przepisów art. 35 i nast., do rejestru handlowego²¹ w dziale C, do czasu wejścia w życie ustawy z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym²² oraz wydanych na jej podstawie przepisów wykonawczych. Powstaje więc normatywna luka, albowiem ustawodawca, lakonicznie regulując powyższy problem, nie wskazał procedury właściwej do dokonywania przedmiotowych wpisów, w szczególności dotyczy to m.in. tak istotnych spraw, jak wymagania formalne co do wniosku o dokonanie wpisu, określenie dokumentów czy też informacji przedkładanych sądowi rejestrowemu. Uwzględniając założenia wykładni literalnej, zastosowanie znajdują przepisy art. 39 ustawy. Budzi to jednak istotne wątpliwości z punktu widzenia praktyki. Dlatego należy uznać za słuszny pogląd, iż w przedmiotowym okresie znajdują zastosowanie przepisy rozporządzenia o rejestrze handlowym, albowiem tylko takie stanowisko gwarantuje rejestrację oddziałów przedsiębiorców zagranicznych – w okresie przejściowym – w sposób bezkolizyjny²³.

²⁰ Przepisy rozdziału 5 ustawy weszły w miejsce przepisów rozporządzenia Rady Ministrów z 1976 r. w sprawie warunków, trybu i organów właściwych do wydawania zagranicznym osobom prawnym i fizycznym uprawnień do tworzenia przedstawicielstw na terytorium RP dla wykonywania działalności gospodarczej oraz rozporządzeń Rady Ministrów z 1928 i 1934 r., normujących warunki dopuszczenia zagranicznych spółek z ograniczoną odpowiedzialnością, akcyjnych i komandytowo-akcyjnych do działalności na obszarze RP. Z dniem 1 stycznia 2001 r. wejdzie w życie art. 91 ustawy, w świetle którego podmioty zagraniczne działające na podstawie ustawy z 1982 r. o zasadach prowadzenia na terytorium PRL działalności gospodarczej w zakresie drobnej wytwórczości przez zagraniczne osoby prawne i fizyczne mogą wnieść dotychczas prowadzone przedsiębiorstwo jako wkład do spółki utworzonej na podstawie art. 6 ustawy. Również z dniem 1 stycznia 2001 r. traci moc ustawa z 1991 r. o spółkach z udziałem zagranicznym.

²¹ Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z 1 lipca 1934 r. o rejestrze handlowym, Dz.U. Nr 59, poz. 511 z późn. zm.

²² Ustawa z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym, Dz.U. Nr 121, poz. 769 i z 1998 r. Nr 155, poz. 1015.

²³ Szerzej: L. Ż y ł e w s k i, R. R y k o w s k i, *Nasz oddział...*, jw. Tamże ciekawie przedstawione wątpliwości nt. zasadności obowiązywania art. 161 i 310 kodeksu handlowego.

7. Uwagi końcowe

Przedstawione uwagi stanowią próbę krytycznej analizy wybranych rozwiązań ustawy – Prawo działalności gospodarczej z 1999 r. Niewątpliwie wymagają one dalszych badań prawnych, co wykracza poza ramy niniejszego opracowania. Wypuklają one brak klarowności i systemowego podejścia ustawodawcy do ustrojowego – z punktu widzenia zasad prowadzenia działalności gospodarczej – aktu prawnego, będącego „konstytucją przedsiębiorców”. Jednakże mimo podniesionych krytycznych uwag ustawa zawiera szereg pozytywnie uregulowanych konstrukcji prawnych. Wierzyć należy, iż wydane na jej podstawie akty wykonawcze pozbawione będą podobnych mankamentów i stworzą przejrzyste ramy dla dalszego rozwoju przedsiębiorczości w Polsce²⁴.

²⁴ W przedmiocie uwag do nowego prawa działalności gospodarczej zob. m.in. A. Wasilek - Pzyoł, *Status prawny przedsiębiorcy w świetle projektu ustawy – Prawo działalności gospodarczej*, Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego 1999, nr 5; C. Kosickowski, *Zasady reglamentacji działalności gospodarczej w projekcie ustawy – Prawo działalności gospodarczej*, Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego 1999, nr 5.