

Jerzy Jacyszyn

Przedsiębiorca a wolny zawód

1. Droga do pojęcia „przedsiębiorca”

We współczesnym prawie polskim termin „przedsiębiorca” nie ma zbyt długiej historii, dobrze jednak wpisał się on w okres międzywojenny, gdzie obowiązywała wyraźna legislatura odnosząca się do prawa przemysłowego. Na pojęciu kupca opierała się cała konstrukcja kodeksu handlowego z 1934 r.¹

Return terminu przedsiębiorcy, jaki dokonał się w prawie polskim², miał zapoczątkować renesans tego znaczenia w polskim języku prawnym³, choć proponowane były inne nazwy, takie jak np. kupiec, nawiązujące swoimi korzeniami historycznym do terminologii kupieckiej i jego znaczenia w obrocie gospodarczym⁴.

Z pojęciem kupca wiązała się pewna tradycja handlowa, skala interesów, czyli wielkość obrotów, nie każdy bowiem mógł być kupcem, a jedynie ten, kto spełniał określone prawem i zwyczajem warunki i kryteria

¹ Rozporządzenie Prezydenta RP z dnia 27 czerwca 1934 r. (Dz.U. z 1934 r. Nr 57, poz. 502 ze zm.), które zostało zastąpione ustawą z dnia 8 listopada 2000 r. – Kodeks spółek handlowych (Dz.U. Nr 94, poz. 1037 ze zm.).

² Po raz pierwszy termin (definicja) „przedsiębiorca” został użyty w ustawie z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. Nr 47, poz. 211 ze zm.).

³ J. Szwaja, [w:] *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz*, red. J. Szwaja, Warszawa 2000, s. 84.

⁴ Zob. np. J. Broł, *Spółki prawa handlowego*, Warszawa 1993, s. 25; M. Litwińska, *Kupiec a podmiot gospodarczy*, PPH 1995, nr 3.

organizacyjnoprawne⁵. Kodeks handlowy zawierał szerokie pojęcie kupca, stanowił bowiem, że kupcem jest ten, kto we własnym imieniu prowadzi przedsiębiorstwo zarobkowe. Mimo swego pojemnego zakresu, definicja kupca nie obejmowała wszystkich osób prowadzących działalność gospodarczą. Wyłączone zostały na podstawie odpowiedniego przepisu m.in. wolne zawody, ponieważ uważano, że zawody te mają tradycje zupełnie inne niż pozostałe osoby prowadzące przedsiębiorstwa zarobkowe, odmienne też było ich wykonywanie⁶. Nie przeszkadzało to jednak, aby podmioty wykonujące wolny zawód nabywały status kupca, gdy decydowały się prowadzić swoją działalność w formie (czy też za pośrednictwem) przedsiębiorstwa⁷. W takiej sytuacji zmieniała się ich pozycja prawna i stawali się kupcami, czyli obecnie przedsiębiorcami. Zrezygnować z terminu „kupiec” na rzecz terminu „przedsiębiorca” ustawodawca zdecydował się przy okazji wprowadzania przepisów o Krajowym Rejestrze Sądowym⁸ i jednocześnie pozbył się niezbyt trafnego określenia „podmiot gospodarczy”, znajdującego się w ustawie o działalności gospodarczej⁹ oraz występującego w innych ustawach.

Pojawienie się pojęcia przedsiębiorcy w prawie gospodarczym spowodowało gruntowną zmianę w nazewnictwie podmiotowym, gdyż osobą prowadzącą działalność gospodarczą stawał się przedsiębiorca, a zniknął z regulacji „podmiot gospodarczy”¹⁰. Podmiot ten był przedmiotem ustawicznej krytyki doktryny prawa cywilnego i gospodarczego, która nie mogła zapomnieć, że konstrukcja jego była niedopasowana jurydycznie

⁵ Zob. szerzej S. J a n c z e w s k i, *Prawo handlowe, wekslowe, czekowe*, Warszawa 1946, s. 31 i nast.

⁶ S. J a n c z e w s k i, *op. cit.*, s. 30.

⁷ Zob. np. E. N o r e k, *Przedsiębiorstwo jako przedmiot obrotu gospodarczego*, Warszawa 1997 wraz z podaną tam literaturą; J. W i d ł o, *Rozporządzenie przedsiębiorstwem*, Kraków 2002, z bogatą bibliografią; C. K o s i k o w s k i, *Przedsiębiorca w prawie polskim na tle prawa europejskiego*, Warszawa 2003, s. 27.

⁸ Na mocy art. 19-98 ustawy z dnia 20 sierpnia 1997 r. – Przepisy wprowadzające ustawę o Krajowym Rejestrze Sądowym (Dz.U. Nr 121, poz. 770 ze zm.), zwana dalej ustawą o KRS.

⁹ Ustawa z dnia 23 grudnia 1988 r. (Dz.U. Nr 41, poz. 324 ze zm.).

¹⁰ J. F r a c k o w i a k, *Ustawodawstwo dotyczące przedsiębiorców pod rządami zasady jedności prawa cywilnego*, PPH 2000, nr 11, s. 2; tamże, s. 6 i nast.

zarówno do prawa cywilnego, jak i jeszcze innych regulacji¹¹. Ostateczny kształt definicyjny przedsiębiorcy został ustalony w ustawie – Prawo działalności gospodarczej¹².

W doktrynie oceniono to jednoznacznie, stwierdzając, że fakt zamieszczenia pojęciowego, który dotyczył podmiotów prowadzących działalność gospodarczą, wywołał ten efekt, iż ustawodawca dokonał zabiegu technicznego polegającego na zastąpieniu pojęcia „podmiot gospodarczy” pojęciem „przedsiębiorca”¹³. Tak chyba do końca nie było, bowiem pożegnanie z podmiotem gospodarczym oznaczało zamknięcie pewnej epoki prawa cywilnego gospodarczego, ewoluującego w kierunku pojęć prawa europejskiego, które często utożsamia pojęcie „przedsiębiorca” z przedsiębiorstwem¹⁴, a nawet wolnym zawodem¹⁵, co dla nas niekiedy może być zbyt daleko idące.

Zmiana ta została na ogół przychylnie przyjęta przez naukę¹⁶, choć pojęcie „podmiot gospodarczy” trwale wryło się w nazewnictwo prawne i nadal pojawia się przy różnych okazjach.

Teoria prawa dość zgodnie wymienia cechy konstytutywne pojęcia „przedsiębiorca”¹⁷, co nie oznacza, że wszyscy są skłonni przyjąć kon-

¹¹ Zob. np. J. Frąckowiak, *Podmiot gospodarczy. Kilka uwag o konsekwencjach wyodrębnienia tej kategorii podmiotów w prawie cywilnym*, Acta Universitatis Wratislaviensis, Prawo CCXLII 1995, s. 1 i nast.

¹² Ustawa z dnia 19 listopada 1999 r. (Dz.U. Nr 101, poz. 1178 ze zm.), dalej pr.dz.gosp.

¹³ Szerzej K. Kruczałak, „Podmiot gospodarczy” czy „przedsiębiorca”, [w:] *Studia z prawa gospodarczego i handlowego. Księga pamiątkowa ku czci prof. Stanisława Włodyki*, Kraków 1997 oraz W. Katner, *Kupiec, podmiot gospodarczy, przedsiębiorca*, tamże, s. 178 i nast.

¹⁴ Zob. S. Morawska, *Pojęcie przedsiębiorstwa w prawie europejskim*, [w:] *Europejskie prawo gospodarcze w działalności przedsiębiorstw*, praca zbiorowa pod red K. Sobczaka, Warszawa 2002, s. 58 i nast.

¹⁵ C. Kosikowski, *op. cit.*, s. 28. Warto dodać, że prawo Unii Europejskiej nie definiuje pojęcia „wolny zawód”. Przyjmuje się, że termin ten używany jest w prawie poszczególnych państw członkowskich na tyle jednolicie (?), że nie ma potrzeby ustalania jego treści i zakresu.

¹⁶ M.in. W. Katner, *op. cit.*, s. 178 i nast.; E. Bieniek-Koronkiewicz, J. Sińczyło-Chlabicz, *Działalność gospodarcza i przedsiębiorca na gruncie ustawy – prawo działalności gospodarczej*, PPH 2000, nr 4, s. 13; C. Kosikowski, *op. cit.*, s. 32; szerzej, T. Mróz, E. Bieniek-Koronkiewicz, *Kontrowersje wokół pojęcia „przedsiębiorca”*, PS 2003, nr 6, s. 40.

¹⁷ J. Szwaja, *op. cit.*, s. 85.

sensus co do treści i charakteru tego terminu. Najczęściej za przedsiębiorcę uważa się osobę (podmiot), która zawodowo, a więc profesjonalnie, zarobkowo, dla osiągnięcia zysku, stale, czyli w sposób powtarzalny, a nie okazjonalny, świadczy dla innych jakieś dobro lub usługi, co oznacza, że prowadzi działalność gospodarczą¹⁸. Inni autorzy¹⁹ podkreślają udział przedsiębiorcy w działalności gospodarczej, którą wyróżnia charakter profesjonalny, a więc stały, nie amatorski i nie okazjonalny, podporządkowanie regułom opłacalności i zysku, powtarzalność działań, uczestnictwo w obrocie gospodarczym. Dokonują też (niektórzy) wyłączeń tych pomiotów, które nie są samodzielne gospodarczo, a przez to nie można przypisać im tej tak ważnej i istotnej, zdaniem wielu, cechy kwalifikującej ich do grona przedsiębiorców²⁰.

Pojęcie „przedsiębiorca” w prawie polskim i doktrynie prawa gospodarczego nie zostało uznane za przesądzone i zamknięte²¹, nadal trwa dyskusja wokół tego terminu, co także świadczy i o tym, że termin ten budzi żywe zainteresowanie teoretyków i praktyków prawa.

2. Różnice definicyjne na tle (wybranych) regulacji i doktryny

Mimo powszechnego wprowadzenia i używania pojęcia przedsiębiorcy w wielu aktach prawnych, termin ten ma nieco inne znaczenie w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji²² niż w ustawie o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym²³. W rozumieniu tej ostatniej regulacji, za przedsiębiorców uznano osoby prawne, w tym spółki wodne, osoby

¹⁸ Z. R a d w a ń s k i, *Zobowiązania. Część ogólna*, Warszawa 1998, s. 8.

¹⁹ Podają za S. S z w a j ą, *op. cit.*, s. 85.

²⁰ Dotyczy to podmiotów wymienionych w art. 3 pr.dz.gosp., a także osób wymienionych w art. 76 pr.dz.gosp., czyli notariuszy oraz świadczących pomoc prawną (art. 87 pr.dz.gosp.), za których uważa się adwokatów i radców prawnych. Na trudności i wątpliwości natury językowej i juredycznej dotyczącej tej terminologii zwraca uwagę E.J. K r z e ś n i a k, *Spółka partnerska ze szczególnym uwzględnieniem spółek adwokatów i radców prawnych*, Kraków 2002, s. 120.

²¹ Np. C. K o s i k o w s k i, *op. cit.*, s. 32; M. S z y d ł o, *Pojęcie przedsiębiorcy w prawie polskim*, Przegląd Sądowy 2002, nr 7-8, s. 105; T. M r ó z, E. B i e n i e k - K o r o n k i e w i c z, s. 40.

²² Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r., Dz.U. Nr 47, poz. 211 ze zm.

²³ Ustawa z dnia 25 lutego 1990 r., tekst jedn.: Dz.U. z 1999 r. Nr 52, poz. 547 ze zm.; szerzej J. S z w a j a, *op. cit.*, s. 91.

fizyczne, rzemieślników, spółki cywilne, jawne, komandytowe, jak również wspólników tych spółek, a w przypadku spółek komandytowych komplementariuszy posiadających przedsiębiorstwo odrębne od spółki, której są wspólnikami. Do grona przedsiębiorców na tle tej ustawy, wśród innych jeszcze podmiotów, co do których zdania są podzielone (zakłady pomocnicze, podmioty organizacyjne świadczące usługi użyteczności publicznej, które nie są działalnością gospodarczą w rozumieniu prawa działalności gospodarczej itp.), zalicza się osoby fizyczne wykonujące tzw. wolny zawód²⁴. Idąc w tym kierunku, niektórzy przedstawiciele doktryny uznali, że do związków wedle tej regulacji zalicza się rozmaite organizacje zrzeszające przedsiębiorców, organizacje (izby) zrzeszające osoby wykonujące określone zawody lub prowadzące określoną działalność (np. aptekarzy), samorządy zrzeszające osoby wykonujące wolne zawody²⁵. Takie rozumienie doprowadziło do sporu między Urzędem Ochrony Konkurencji i Konsumentów a Krajową Radą Notarialną, i mimo że uznano, iż to notariusze mieli rację w tym konflikcie procesowym, to jednak częściowo sąd przyznał rację UOKiK, uznając że notariusz jest przedsiębiorcą w rozumieniu tej ustawy, świadczy bowiem usługi, a Krajowa Rada Notarialna jest związkiem przedsiębiorców. W moim przekonaniu, takie rozstrzygnięcie jest błędne i fałszuje rzeczywisty obraz statusu prawnego notariuszy, a także samorządu notarialnego, w tym zwłaszcza Krajowej Rady Notarialnej. Jest to jednak temat na osobne rozważania.

Nieprzypadkowo zatem pojęcie „przedsiębiorca”, użyte w regulacji antymonopolowej, uznawane jest za szersze niż w obecnym prawie działalności gospodarczej, jako że ustawa ta nie obejmuje takiego spektrum osób, które wylicza ustawa o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym.

Termin „przedsiębiorca” w rozumieniu wielu aktów prawnych ma elementy konstrukcyjne zbieżne i różniące się od siebie. Pozwalają one ustalić prawny *status quo* polskiego przedsiębiorcy w obowiązującym prawie. Jeżeli konkretny podmiot spełnia przesłanki uznania go za przedsiębiorcę, określone np. w prawie działalności gospodarczej, to mimo że nie ma to znaczenia decydującego dla kwalifikacji tego podmiotu za

²⁴ Zob. J. Sz w a j a, *op. cit.*, s. 90.

²⁵ S. Gronowski, *Ustawa antymonopolowa. Komentarz*, Warszawa 1999, s. 72 i nast.

przedsiębiorcę w rozumieniu np. ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, to jednak stanowi okoliczność, którą należy wziąć pod uwagę przy rozstrzygnięciu o statusie tego podmiotu. Taką filozofią ustalania kręgu podmiotowego przedsiębiorcy kierują się przepisy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji²⁶.

Według art. 2 tej ustawy, przedsiębiorcą jest osoba fizyczna, osoba prawna oraz jednostki organizacyjne nie mające osobowości prawnej, które, prowadząc chociażby ubocznie²⁷ działalność zarobkową lub zawodową, uczestniczą w działalności gospodarczej²⁸. Powoływana ustawa posługuje się terminem przedsiębiorcy, który w znacznym stopniu różni się od zakresu normatywnego określonego w prawie działalności gospodarczej. Na potrzeby tej ustawy termin „przedsiębiorca” zostaje znacznie rozszerzony²⁹ w stosunku do przepisu art. 2 ust. 2 pr. dział. gosp. Takie odczytywanie pojęcia przedsiębiorcy powoduje, że w oparciu o art. 2 nie można utrzymać tezy o uniwersalnym charakterze tego przepisu i zawartej w nim definicji przedsiębiorcy. W przypadku bowiem, gdy pojęcie przedsiębiorcy znajduje się w materii regulowanej ustawą³⁰, to ta jego definicja ma bezpośrednie zastosowanie do obrotu prawnego i gospodarczego. Pozwala to stwierdzić, że poszerzanie pojęcia „przedsiębiorca” może odbywać się w sposób spektakularny, czyli wedle życzenia ustawodawcy.

²⁶ Tradycją tej regulacji, której normatywnym wyrazem była ustawa z dnia 2 sierpnia 1926 r. (Dz.U. Nr 56, poz. 467 ze zm.), było wyłączenie niektórych osób spod pojęcia przedsiębiorcy; zob. A. K r a u s, F. Z o l l, *Polska ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz*, Poznań 1929, s. 39.

²⁷ Pojęcie to na tle ustawy – Prawo działalności gospodarczej już nie istnieje, gdyż ustawodawca zrezygnował z używania tego terminu.

²⁸ Przedsiębiorcą w rozumieniu tej ustawy jest podmiot, który we własnym imieniu i na własny rachunek prowadzi przedsiębiorstwo. Nie oznacza to tylko i wyłącznie, że musi być jego właścicielem. Przy ocenie, jaki charakter ma lub miało działanie tego podmiotu, rozstrzygające znaczenie ma jego ocena ze względu na obiektywne kryteria. One dopiero dają podstawę do kwalifikacji danej osoby (podmiotu) jako przedsiębiorcy; szerzej J. S z w a j a, *op. cit.*, s. 92.

²⁹ Zob. J. S z w a j a, *op. cit.*, s. 86 wraz z przytoczonymi tam poglądami, a także T.M. K n y p l, *Podmiotowy zakres ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji*, Rejent 1998, nr 3, s. 38; A. W a l a s z e k - P y z i o ł, W. P y z i o ł, *Czyn nieuczciwej konkurencji – analiza pojęcia*, PPH 1994, nr 10, s. 7 i nast.

³⁰ K. K r u c z a l a k, *Pojęcie przedsiębiorcy i jego znaczenie w obowiązującym prawie*, Rejent 1998, nr 3, s. 16.

Niestety, nadal można stwierdzić, że ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji operuje otwartym katalogiem rodzajów działalności uznawanej za działalność gospodarczą. Oznacza to, że utrzymuje się tendencja do formułowania poglądu o szerokim zakresie jej stosowania względem pojęcia „przedsiębiorca”, użytego w regulacji rejestrowej, czyli KRS-ie. Obejmuje ona wszystkich przedsiębiorców, niezależnie od tego, czy zostali wpisani do właściwego rejestru, a nawet bez względu na to, czy w ogóle podlegają obowiązkowi wpisu do rejestru lub ewidencji. Jest to zjawisko, w moim przekonaniu, niepokojące, gdyż pozostawia na „łascie” tej ustawy los prawny osób prowadzących działalność gospodarczą lub zawodową, mimo że ich status prawny nie jest do końca jasny i klarowny z punktu widzenia ustawy – Prawo działalności gospodarczej, a nawet i wtedy, gdy dana osoba jest na mocy tej ustawy z pojęcia przedsiębiorcy wyłączona³¹.

Prima facie można przyjąć, że zakres rejestru przedsiębiorców będzie przesądzał o przyznaniu podmiotowi, który uzyskał wpis, statusu przedsiębiorcy. Ten sposób definiowania przedsiębiorcy jest niezgodny z przyjętym w prawie działalności gospodarczej³². Z mocy ustawy rejestr przedsiębiorców obejmuje podmioty, które prowadzą działalność gospodarczą lub są tworzone w celu podjęcia i wykonywania tej działalności. Z drugiej strony, w rejestrze przedsiębiorców mogą znaleźć się podmioty, które nie mają zamiaru ani nie wykonują działalności gospodarczej, gdyż zostały utworzone dla innych celów prawem dopuszczonych (np. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, spółka akcyjna)³³. Mimo że lista podmiotów podlegających wpisowi jest długa, to jednak nie obejmuje ona wszystkich osób, które prowadzą działalność gospodarczą. Nie udało się stworzyć ustawodawcy katalogu zamkniętego polskich (i zagranicznych, np. w postaci ich oddziałów, nie wspominając już o przedstawicielstwach³⁴)

³¹ Takie wykluczenia odnoszą się do notariusza, radcy prawnego i adwokata. Na podstawie odrębnych przepisów wyłączenia spod statusu przedsiębiorcy mają zastosowanie do niektórych wolnych zawodów regulowanych (np. lekarza, biegłego rewidenta, pielęgniarek i położnych, rzeczownika patentowego, komornika sądowego).

³² P. Bielski, *Cel niezarobkowy spółek kapitałowych a status przedsiębiorcy*, Rejent 2001, nr 4, s. 19.

³³ C. Kosikowski, *Pojęcie przedsiębiorcy w prawie polskim*, PiP 2001, nr 4, s. 25; P. Bielski, *op. cit.*, s. 14 i nast.

³⁴ Zob. np. J. Jacyszyn, S. Krześ, E. Marszałkowska-Krześ, *Działalność gospodarcza osób zagranicznych w Polsce*, Warszawa 2002 wraz z podaną tam literaturą; C. Kosikowski, *Przedsiębiorca w prawie polskim...*, s. 37.

przedsiębiorców. Powodów takiego stanu jest wiele, wskazuje je doktryna, uznając, że stan taki jest niezadowolający³⁵. Jednym z nich jest niejasny status zawodowych organizacji samorządowych, z wyjątkiem wymienionych w art. 76 i nast. tej ustawy. Podlegają one obowiązkowi wpisu do rejestru przedsiębiorców, jeżeli prowadzą działalność gospodarczą³⁶, jeżeli takiej działalności nie prowadzą, to nie ma powodu, dla którego należałoby je zgłaszać do wpisu do tego rejestru. Taki obowiązek, wynikający *ex lege*, nie istnieje. Ustawa o Krajowym Rejestrze Sądowym jest regulacją w pewnym stopniu wyjątkową, rodzi wiele różnych problemów związanych z wpisem do rejestru przedsiębiorcy podmiotów nabywających podmiotowość gospodarczą, dostarcza także licznych przykładów luk, nieścisłości oraz niedopasowania jej przepisów do innych regulacji gospodarczych³⁷.

Definicja przedsiębiorcy znajduje się w ustawie z dnia 14 lutego 2003 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw³⁸. Taka potrzeba istniała już od dawna, gdyż kodeks cywilny od lat posługiwał się terminologią zróżnicowaną, najogólniej mówiąc, w zakresie prowadzenia działalności gospodarczej³⁹. Na brak konsekwencji w korzystaniu z różnych zwrotów (nieostrych) zwracała uwagę doktryna prawa cy-

³⁵ J. Szwałka, *op. cit.*, s. 87 wraz z podaną tam literaturą; szerzej na ten temat m.in. J. Frąckowiak, *Ustawodawstwo dotyczące przedsiębiorców...*, s. 5. Stosowanie przepisów ustawy o KRS budzi w praktyce poważne trudności i wątpliwości, na co m.in. zwracają uwagę T. Mróz, E. Bieniek-Koronkiewicz, *op. cit.*, s. 42 (uzupełnienie – przypis 18).

³⁶ J. Szwałka, *op. cit.*, s. 88.

³⁷ Zauważają tak liczni autorzy, np. C. Kosikowski, *op. cit.*, s. 15; P. Bielski, *Podstawy organizacji i funkcjonowania rejestru przedsiębiorców – zagadnienia wybrane*, Rejent 2000, nr 2, s. 35; tenże, *Spółka kapitałowa w organizacji a status przedsiębiorcy*, PPH 2002, nr 6, s. 1 i nast.; M. Leśniak, W. Łukomski, *Wybrane problemy związane ze stosowaniem ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym i kodeksu spółek handlowych*, PPH 2001, nr 9, s. 11 i nast.; D. Bugajna-Sporczyk, K. Kuć-Kwaśniewicz, *Krajowy Rejestr Sądowy*, Monitor Prawniczy 2001, nr 4, s. 222.

³⁸ Dz.U. Nr 49, poz. 408. Regulacja ta zaczęła obowiązywać po upływie 6 miesięcy od dnia ogłoszenia (art. 10), czyli od 24 września br.; zob. szerzej S. Koroluk, *Zmiany w Kodeksie cywilnym. Przedsiębiorca – działalność gospodarcza – część III*, Edukacja Prawnicza 2003, nr 5, s. 23 i nast.; R. Potrzebszcz, *Wolne zawody w świetle zmian przepisów traktujących o przedsiębiorcach*, Radca Prawny 2003, nr 3, s. 129 i nast.; T. Mróz, E. Bieniek-Koronkiewicz, *op. cit.*, s. 41 i nast.

³⁹ Zwraca na to m.in. uwagę C. Kosikowski, *op. cit.*, s. 38.

wilnego, dlatego też pojawienie się definicji przedsiębiorcy w kodeksie cywilnym uznane zostało za niezwykle istotne, gdyż z racji na jej umiejscowienie nie powinna budzić wątpliwości, że jest właściwa dla ustalenia statusu przedsiębiorcy w stosunkach prywatnoprawnych⁴⁰.

W myśl art. 43¹ k.c., przedsiębiorcą jest osoba fizyczna, osoba prawna i jednostka organizacyjna, o której mowa w art. 33¹ § 1, prowadząca we własnym imieniu działalność gospodarczą lub zawodową⁴¹. Zdaniem ustawodawcy, pojęcie przedsiębiorcy wymagało zdefiniowania w przepisach ogólnych prawa cywilnego, gdyż pojawiało się w szeregu przepisów kodeksu cywilnego, a także w innych normach prywatnoprawnych. W ocenie legislatora definicja tego pojęcia zawarta w ustawie – Prawo działalności gospodarczej jest ograniczona do zakresu działania tej ustawy; stan taki potwierdza doktryna i orzecznictwo, co znajduje dostateczne uzasadnienie, by to zmienić⁴². Trudno nie zgodzić się z tą opinią, choć otwartym pozostaje pytanie, czy rzeczywiście pojęcie „przedsiębiorca”, zdefiniowane w przepisach kodeksu cywilnego, stanie się terminem uniwersalnym, czyli mającym zastosowanie do wszystkich kategorii przedsiębiorców, niezależnie od tego, jakie prawo ich dotyczy, czy prywatne, czy też publiczne, a także czy został spełniony obowiązek rejestracyjny. Ponadto kodeksowa definicja przedsiębiorcy niejako identycznie ujmuje status przedsiębiorcy, zrównując jej elementy, takie jak „działalność gospodarcza” i „działalność zawodowa”, co, zdaniem R. Potrzeusza, rodzi pytanie, czy chodzi tu o objęcie wyłącznie, a może niekoniecznie, wolnych zawodów w ramach tego pojęcia. Czy też ustawodawca poprzez użycie pojęcia „działalność zawodowa” ma wyłącznie na myśli przedstawicieli wolnych zawodów, czy wszystkie te osoby, które prowadzą działalność zawodową, w tym także wolne zawody? Jeżeli bowiem miałyby to odnosić się tylko do wolnych zawodów, to z jakich powodów usta-

⁴⁰ Zob. R. Potrzeusz, *op. cit.*, s. 129.

⁴¹ Szerzej zob. M. Wilejczyk, *Przedsiębiorstwo według projektu nowelizacji kodeksu cywilnego*, PPH 2001, nr 6, s. 27; R. Potrzeusz, *op. cit.*, s. 129; T. Mróz, E. Bieniek-Koronkiewicz, *op. cit.*, s. 45 i nast. Autorzy słusznie zauważają, że przez dodanie „działalności zawodowej” znacznie poszerzone zostało pojęcie przedsiębiorcy w porównaniu chociażby do pr.dz.gosp., a także niektórych ustaw określających zasady wykonywania wolnych zawodów; rodzi to nowe wątpliwości (s. 46).

⁴² Zob. uzasadnienie do projektu ustawy z dnia 14 lutego 2003 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw, s. 21.

wodawca wyraźnie nie wskazał na tę kategorię osób wykonujących wolne zawody w Polsce, bo gdyby wskazał, to wtedy byłoby jasne, że „przez prowadzenie działalności zawodowej ujętej w art. 43¹ k.c. rozumieć należy wykonywanie wolnego zawodu”⁴³.

Na tym tle nasuwają się podstawowe pytania, czy pojęcie przedsiębiorcy sformułowane w kodeksie cywilnym okaże się kolejną próbą ujednolicenia terminologii cywilnoprawnej nie wytrzymującej konfrontacji z innymi potrzebami legislacyjnymi, czy też może uczyni pewien przełom jurydyczny także w odniesieniu do wolnych zawodów, czy przepis art. 43¹ k.c. spełni swoją misję porządkującą pojęcie przedsiębiorcy i stanie się definicją generalną wobec innych terminów przedsiębiorcy rozproszonych po wielu aktach prawnych, czy też może okaże się jurydycznym „niewypałem”.

Takie, a także inne obawy zgłaszają ostatnio w doktrynie m.in. R. Potrzezcz⁴⁴, T. Mróz, E. Bieniek-Koronkiewicz⁴⁵, C. Kosikowski, zauważając, że będzie to prawdopodobnie kolejna definicja ustawowa przedsiębiorcy, przyjmowana, niestety, tylko na potrzeby jednej ustawy⁴⁶. Gdyby tak się miało stać, to by znaczyło, że ustawodawcy nie udało się przełamać dotychczasowej praktyki „segregowania” pojęcia przedsiębiorcy wedle określonych regulacji, a nie według jednej wspólnej definicji prawnej. Pierwsze symptomy już są widoczne, co nie napawa optymizmem.

Wątpliwości bowiem rodzą się już na tle definicji przedsiębiorcy, jaka została sformułowana w nowym prawie upadłościowym i naprawczym⁴⁷. Jest to własna⁴⁸ definicja upadłościowa przedsiębiorcy. Pojawia się pytanie o relacje między tymi terminami z kodeksu cywilnego a prawem upadłościowym i naprawczym, zauważa się zbieżności definicyjne między

⁴³ Takie rozwiązanie sugeruje R. Potrzezcz, *op. cit.*, s. 132.

⁴⁴ R. Potrzezcz, *op. cit.*, s. 130 i nast.

⁴⁵ T. Mróz, E. Bieniek-Koronkiewicz, *op. cit.*, s. 48.

⁴⁶ C. Kosikowski, *op. cit.*, s. 38.

⁴⁷ Ustawa z dnia 28 lutego 2003 r., Dz.U. Nr 60, poz. 535. Ustawa ta weszła w życie z dniem 1 października 2003 r. z wyjątkami, o których stanowi art. 546 pr. upadł. i napr.

⁴⁸ R. Potrzezcz, *op. cit.*, s. 135 nazywa ją „osobną” definicją prawną, dodając że jest ona właściwie identyczna z definicją z art. 43¹ k.c., co dowodzi jej zbędności (s. 135), a nawet rodzi pytanie, czy podstawowe akty prawa cywilnego, gospodarczego są dostatecznie koordynowane, skoro niemalże w tym samym czasie pojawiają się takie same (moim zdaniem – raczej podobne) definicje odnoszące się do „przedsiębiorcy”.

tymi regulacjami⁴⁹, choć z drugiej strony widoczne są też różnice i odmienności, chociażby takie, że prawo upadłościowe i naprawcze ma zastosowanie do takich osób, które przedsiębiorcami – w rozumieniu kodeksowej definicji – nie są.

Zgodnie z art. 5 ust. 2 pr. upadł. i napr. przedsiębiorcą w rozumieniu ustawy jest osoba fizyczna, osoba prawna albo jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną, prowadząca we własnym imieniu działalność gospodarczą lub zawodową. Przepisy mają również zastosowanie do spółek z o.o. i s.a. nie prowadzących działalności gospodarczej, wspólników osobowych spółek handlowych ponoszących odpowiedzialność za zobowiązania spółki bez ograniczenia, całym swoim majątkiem⁵⁰, wspólników spółki partnerskiej, oddziałów banków zagranicznych w rozumieniu przepisów prawa bankowego. Co więcej, nowym rozwiązaniem jest dopuszczenie możliwości żądania ogłoszenia upadłości osoby fizycznej, która była przedsiębiorcą, także po zaprzestaniu prowadzenia przez nią działalności gospodarczej, jeżeli od dnia wykreślenia z Krajowego Rejestru Sądowego albo innego właściwego rejestru nie upłynął rok. Ponadto można żądać ogłoszenia upadłości osoby fizycznej, która wprawdzie nie zgłosiła prowadzenia działalności gospodarczej, nie dopełniając obowiązku jej zgłoszenia w Krajowym Rejestrze Sądowym albo innym właściwym rejestrze, ale faktycznie tę działalność prowadziła⁵¹. Już teraz można stwierdzić, że w kolejnym akcie prawnym nastąpiło znaczne poszerzenie grupy osób, których ustawodawca uznaje za przedsiębiorców. To wyraźny dowód braku kompatybilności normatywnej regulacji prawa gospodarczego i jego spektakularnego charakteru. Oczywiście, że można przyjąć, że istniała taka potrzeba, by skutecznie chronić wierzycieli przed nieuczciwymi dłuż-

⁴⁹ T. Mróz, E. Bieniek-Koronkiewicz, *op. cit.*, s. 48.

⁵⁰ Przepis ten wzbudził duże zainteresowanie; zob. np. M. Jasiakiewicz, *Kto za co odpowiada*, Rzeczpospolita z dnia 27 marca 2003 r., nr 73, s. C3; R. Potrzebszcz, *op. cit.*, s. 135 stwierdza wprost: „doprawdy nie wiadomo dlaczego ustawodawca zdecydował się na nadanie takiego kształtu odpowiedzialności osobowym spółkom handlowym, jaki został zawarty w art. 11 ust. 2 pr. upadł. i napr.” Rozwiązanie to – jego zadaniem – jest kuriozalne (s. 136). Trudno nie zgodzić się taką opinią.

⁵¹ Zob. I. Gil, P. Gil, *Wprowadzenie do nowego Prawa upadłościowego i naprawczego*, Bielsko Biała 2003, s. 19.

nikami (przedsiębiorcami), lecz wtedy podważa się zaufanie do uniwersalnego znaczenia ustawy – Prawo działalności gospodarczej, a nawet się je marginalizuje, odwołując się do własnych definicji przedsiębiorcy, skoro ustawodawca tworzy kolejne jego mutacje prawne. Trudno wtedy mówić o jednolitości terminu przy posługiwaniu się nim w obrocie prawnym i gospodarczym.

3. Konstytucyjna definicja przedsiębiorcy a wybrane regulacje

Prawo działalności gospodarczej z racji zakresu regulacji oraz pełnionej funkcji, która została mu przyznana, jest uważane za swoistą konstytucję przedsiębiorczości⁵² o charakterze uniwersalnym⁵³. Czy jednak nie straciło tego wiodącego charakteru, gdy weszły w życie przepisy art. 43¹ k.c. Powstała przecież nowa sytuacja prawna między tymi regulacjami, a także pozostałymi aktami prawa, w których pojęcie „przedsiębiorca” zostało wyraźnie zdefiniowane. Pojawia się pytanie o stopień skorelowania tych przepisów⁵⁴ zarówno w sferze prywatnoprawnej, jak i publicznego prawa gospodarczego, prawa cywilnego i administracyjnego, prawa materialnego i procesowego.

Ocena, czy dany podmiot jest przedsiębiorcą w rozumieniu prawa była w zasadzie dokonywana w oparciu o przepis art. 2 ust. 2 pr. dział. gosp.⁵⁵ W myśl tego przepisu, przedsiębiorcą może być osoba fizyczna, osoba prawna oraz niemająca osobowości prawnej spółka prawa handlowego, która zawodowo, we własnym imieniu, podejmuje i wykonuje działalność gospodarczą⁵⁶ w rozumieniu art. 2 ust. 1 pr. dział. gosp.

⁵² C. Kosikowski, *Nowa ustawa o działalności gospodarczej*, PiP 2001, z. 1, s. 3; K. Kruczałak, *op. cit.*, s. 18.

⁵³ T. Ereciński, J. Gudowski, M. Jędrzejewska, *Komentarz do k.p.c. Część pierwsza. Postępowanie rozpoznawcze*, t. I, Warszawa 2002, s. 1021.

⁵⁴ T. Mróz, E. Bieniek-Koronkiewicz, *op. cit.*, s. 48.

⁵⁵ Z. Kwaśniewski, *Pojęcie przedsiębiorcy w prawie działalności gospodarczej*, [w:] *Studia Iuridica Toruniensia, Przemiany Polskiego Prawa (lata 1989-1999)*, pod red. E. Kustry, Toruń 2001, s. 252; podobnie E. Marszałkowska-Krześ, *Nowelizacja postępowania odrębnego w sprawach gospodarczych*, PPH 2000, nr 10, s. 18.

⁵⁶ Pojęcie działalności gospodarczej doczekało się bogatej literatury przedmiotu; zob. m.in. C. Kosikowski, *Przedsiębiorca w prawie polskim*, s. 18 i nast.

Zakres podmiotowy przedsiębiorcy został przez ustawodawcę doprecyzowany przez zakwalifikowanie do przedsiębiorców w przepisie art. 2 ust. 3 pr.dz.gosp. wspólników spółki cywilnej. Zerwano z dotychczasową konstrukcją podmiotowości gospodarczej spółek cywilnych, uznając ją tylko i wyłącznie za umowę, jaka łączy przedsiębiorców (wspólników tejże spółki)⁵⁷. Wywołało to w praktyce gospodarczej poważną konsternację, a potraktowanie wspólników spółki cywilnej w zakresie wykonywanej przez nich działalności gospodarczej za przedsiębiorców miało uporządkować ich status prawny. Odnośnie do tego zamiaru i celu ustawodawcy spotyka się różne opinie w doktrynie i praktyce gospodarczej.

Ustawa – Prawo działalności gospodarczej wprowadziła nową klasyfikację przedsiębiorców⁵⁸, której nie znało nasze prawo gospodarcze, było to podyktowane koniecznością ustalenia adresatów pomocy państwa (art. 53 pr. dział. gosp.). Na ten cel skierowano bowiem odpowiednie środki finansowe⁵⁹.

Trzeba jednak zaznaczyć, że analiza treści przepisów określających pojęcie przedsiębiorcy jest w pełni uprawniona i skuteczna, gdy w innych ustawach brakuje tego terminu, a posługiwanie się definicją przedsiębiorcy z prawa działalności gospodarczej jest zasadne i właściwe. Elementem rozstrzygającym zatem adaptację pojęcia przedsiębiorcy do innych regulacji jest niezdefiniowanie tego terminu na użytek danej regulacji prawnej. W przeciwnym wypadku w pierwszej kolejności stosuje się definicję przedsiębiorcy, jaka została skonstruowana na potrzeby danego aktu prawnego, nie ma bowiem podstaw do traktowania jednego pojęcia w sposób globalny, czyli w taki sam sposób jak w przypadku ustawy – Prawo działalności gospodarczej. Jeżeli zatem przyjąć za zasadną taką formułę prawną, to wówczas nie dziwi, że narasta zjawisko „klonowania” pojęć przedsiębiorcy nieco zmodyfikowanych czy też „innej generacji”. Rodzi się zjawisko pojęciowego chaosu prawnego wokół terminu „przed-

⁵⁷ Zob. m.in. A. K i d y b a, *Prawo handlowe*, wyd. 3, Warszawa 2002, s. 168 z podaną tam doktryną.

⁵⁸ Zob. np. M. Z a r e b a, *Pojęcie małego i średniego przedsiębiorcy w ustawie prawo działalności gospodarczej*, *Radca Prawny* 2001, nr 5; A. K i d y b a, *Mały i średni przedsiębiorca jako kategoria normatywna*, *PS* 2000, nr 2, s. 15.

⁵⁹ Reguluje to ustawa z dnia 30 czerwca 2000 r. o warunkach dopuszczalności i nadzorowaniu pomocy publicznej dla przedsiębiorców (Dz.U. Nr 60, poz. 704 ze zm.).

siębiorca”, na co wskazuje coraz mocnej doktryna⁶⁰. Trudno bowiem obecny stan uznać za zadawalający⁶¹.

Analiza art. 2. ust. 2 pr. dział. gosp. prowadzi do wniosku, że definicja przedsiębiorcy ma charakter przedmiotowo-podmiotowy⁶², a pojęcie zostało zdefiniowane za pomocą następujących desygnatów: podejmowanie i wykonywanie działalności gospodarczej określające przedmiot i charakter tej działalności przez wymienione podmioty, określając ich status prawny, które wykonują działalność zawodowo i we własnym imieniu⁶³.

Podejmowanie działalności gospodarczej nie może być utożsamiane wyłącznie z grupą czynności, które określają początek prowadzenia działalności gospodarczej. Termin ten ma swoją normatywną treść, jest pojęciem języka prawnego. Oznacza on zespół uprawnień zakreślonych ramami przepisów obowiązujących ustaw, aby w określonym trybie i formach prawnych, odpowiadających danemu rodzajowi aktywności gospodarczej, podjąć działania umożliwiające wykonywanie tej działalności.

Działania prawne podmiotów, określonych w art. 2 ust. 2 pr. dział. gosp. polegają na wykonaniu nałożonych obowiązków rejestracyjnych, podatkowych oraz administracyjnych. Dla fazy podejmowania działalności wystarczy zarejestrowanie podmiotu, który może być przedsiębiorcą. Czynności faktyczne mają na celu zgromadzenie środków pieniężnych na kapitał i powołanie składu osobowego dla stworzenia warunków do wykonywania działalności gospodarczej⁶⁴.

Dla realizacji drugiej przesłanki konieczne jest wykonywanie któregoś z przedmiotów działalności gospodarczej, wymienionych w przepisie art. 2

⁶⁰ A. K i d y b a, *Co nowy akt prawny czy jego nowelizacja, to inna definicja. Galimatias z przedsiębiorcami*, Rzeczpospolita z dnia 18/19 czerwca, nr 141, s. C3.

⁶¹ J. J a c y s z y n, *Polemika. Warto nałożyć embargo na nowe wersje pojęcia „przedsiębiorca”*. *Festiwal jednego aktora*, Rzeczpospolita z dnia 17 lipca 2003, nr 165, s. C 4.

⁶² E. M a z u r, *Nie istniejący problem, czyli rzecz o nieporozumieniu*, Rzeczpospolita z dnia 30 marca 2000 r. W piśmiennictwie funkcjonuje również podział pojęcia przedsiębiorcy według dwóch kryteriów: 1) przedmiotowego i 2) podmiotowego i na połączeniu tych kryteriów opiera się konstrukcja prawna przedsiębiorcy; Z. K w a ś n i e w s k i, *op. cit.*, s. 252.

⁶³ J. J a c y s z y n, C. K o s i k o w s k i, *Podstawy prawa gospodarczego*, Warszawa 2001, s. 46; C. K o s i k o w s k i, *op. cit.*, s. 17.

⁶⁴ J. J a c y s z y n, C. K o s i k o w s k i, *op. cit.*, s. 75.

ust. 1 pr. dział. gosp. W celu uzyskania statusu przedsiębiorcy należy podjąć chociażby czynności przygotowawcze⁶⁵.

Prawo działalności gospodarczej traktuje działania podejmowane w sposób zawodowy i we własnym imieniu⁶⁶ jako elementy pojęcia przedsiębiorcy⁶⁷. Podkreślenie zawodowego charakteru w funkcjonowaniu podmiotów prowadzących działalność gospodarczą jest *novum* w określaniu przesłanek, których spełnienie przesądza o ich statusie. Określenie to jest zakorzenione w przepisach krajów o rozwiniętej gospodarce rynkowej, które, posługując się nim, podkreślają profesjonalizm podmiotów działających w obrocie gospodarczym. Kwestia zawodowego traktowania działalności jest związana z ochroną interesów konsumenckich⁶⁸.

Zawodowość jest terminem o charakterze nieostrym, jest to pojęcie wieloznaczne. Wyraz ten może być pojmowany jako synonim wyrazu profesjonalny, fachowy, zarobkowy⁶⁹ bądź jako odpowiednik wyrażenia „na własny rachunek”. Ogólnie jest to cecha odnosząca się do profesjonalności w znaczeniu posiadania umiejętności koniecznych do podejmowania i wykonywania określonej działalności gospodarczej. Zawodowość oznacza wykonywanie przez przedsiębiorcę określonej działalności związanej z posiadaniem kwalifikacji, wiedzy, umiejętności praktycznych. Elementy te mają zagwarantować należyte wykonanie i realizację zaciągniętych zobowiązań⁷⁰. Termin zawodowości odnosi się do wszystkich przedsiębiorców, natomiast nie każdy z nich musi posiadać odpowiednie kwalifikacje lub uprawnienia do podjęcia określonej działalności gospodarczej⁷¹. Prawo działalności gospodarczej wymaga od danego podmiotu

⁶⁵ W.J. Katner, *Kupiec*, s. 182 i nast.

⁶⁶ Działanie „we własnym imieniu” jako cecha przedsiębiorcy; zob. szerzej S. Koroluk, *op. cit.*, s. 25, a także C. Kosikowski, *op. cit.*, s. 25; tenże, *Przedsiębiorca w prawie polskim...*, s. 32.

⁶⁷ Poprzednia ustawa o działalności gospodarczej traktowała te terminy jako element definicji działalności gospodarczej.

⁶⁸ Wojciech J. Katner, *op. cit.*, s. 184 i nast.

⁶⁹ Wymóg ten oznacza, że działalność skierowana jest na osiągnięcie zysku w rozumieniu ustawy z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości (Dz.U. Nr 121, poz. 591 ze zm.).

⁷⁰ Wojciech J. Katner, *op. cit.*, s. 184; M. Szydło, *Pojęcie przedsiębiorcy w prawie polskim*, Przegląd Sądowy 2002, nr 7-8, s. 97 wraz z podaną tam literaturą.

⁷¹ Wymagania dotyczące szczególnych kwalifikacji zawodowych nakładane są w drodze przepisów szczególnych, np. wymóg posiadania przez jednego z członków organu

wyłącznie zapewnienia, że działalność gospodarcza będzie wykonywana przez osobę bądź osoby legitymujące się posiadaniem szczególnych uprawnień zawodowych⁷². Przedsiębiorca nie musi wykonywać działalności osobiście. Ze sformułowania przepisów prawa działalności gospodarczej nie wynika, że kwalifikacje nie są wymagane, ale odpowiedzialność za umiejętności wykonującego działalność gospodarczą ciąży na przedsiębiorcy⁷³.

Warto podkreślić, że określenia charakteryzujące działalność gospodarczą, zawarte w art. 2 ust. 2 pr. dział. gosp., występują w orzecznictwie dotyczącym pojęcia przedsiębiorcy⁷⁴. Na gruncie *legis latae* nie dochodzi do dosłownego powtórzenia terminów zaproponowanych w orzecznictwie Sądu Najwyższego, a tylko do ich zbliżenia w celu ustalenia treści. Orzecznictwo Sądu Najwyższego, definiując terminy znajdujące się w różnych aktach prawnych, nadaje im różne treści, dostosowując je do różnorodności działań i charakteru podmiotów występujących w obrocie gospodarczym⁷⁵. Metoda odczytywania intencji ustawodawcy na wokandyzie sądu w odniesieniu do definicji przedsiębiorcy może mieć dość precedensowy charakter, zakłada bowiem uwzględnienie określonej sytuacji faktycznej i prawnej, jaka w danym wypadku ma miejsce. Niekiedy jednak może zamiast rozjaśniać „mroki” tego pojęcia, wprowadzać niezłe zamieszanie wokół terminu przedsiębiorcy. Podobne wrażenia i refleksje można odnieść do doktrynalnych poglądów, jakie formułowane są w odniesieniu do definicji „przedsiębiorca”, znajdującej się w prawie działalności gospodarczej i w innych regulacjach⁷⁶.

4. Pojęcie wolnego zawodu

Wolny zawód jest pojęciem dość często używanym w literaturze i praktyce gospodarczej. Termin ten ma bogatą historię, tradycję i zwy-

zarządzającego certyfikatu kompetencji zawodowych, który jest warunkiem *sine qua non* funkcjonowania firmy transportowej.

⁷² C. Kosikowski, *op. cit.*, s. 19 i nast.

⁷³ W.J. Katner, *op. cit.*, s. 184.

⁷⁴ R. Flejszar, *Pojęcie przedsiębiorcy w świetle przepisów k.p.c.*, Przegląd Sądowy 2000, nr 9, s. 80 i nast.

⁷⁵ R. Flejszar, *op. cit.*, s. 80 i nast.

⁷⁶ Zob. uwagi A. Kidyby, *Co nowy akt prawny...*

czaje. Jest to termin o skomplikowanej strukturze znaczeniowej, na co zwraca uwagę doktryna zagraniczna i coraz częściej literatura krajowa⁷⁷.

Wolny zawód nie ma, jak do tej pory, definicji normatywnej, za pomocą której pojęcie to stałoby się określoną kategorią prawną. Jest to – w moim przekonaniu – poważna luka i mankament prawny, który powoduje, że w różny sposób próbuje się definiować „wolny zawód”. Tworzony jest przy tym terminologiczny chaos oraz powstaje wiele nieporozumień i wątpliwości, co właściwie pojęcie to znaczy, jak je należy definiować, z jakich cech się składa. Zauważa się, że katalog cech typowych dla osób wykonujących wolny zawód ma charakter otwarty⁷⁸, choć coraz częściej na łamach doktryny krajowej podawane są te same (lub zbliżone) cechy identyfikujące wolny zawód. Oznacza to, że ustalony zostaje zespół wymogów formalnoprawnych, za pomocą których można określić normatywny standard wolnego zawodu.

Wydaje się, że narasta potrzeba uporządkowania problematyki wolnych zawodów⁷⁹, zwłaszcza wobec aspiracji osób dążących do przynależenia do tej grupy. Tempa debacie nadaje problem statusu prawnego osób zaufania publicznego, jaki pojawił się stosunkowo niedawno⁸⁰.

Coraz donośniej brzmią pytania odnośnie do charakteru prawnego wolnego zawodu, cech (kryteriów), jakie wyróżniają wolny zawód wśród innych zawodów⁸¹, a także cech przedsiębiorcy, za pomocą których odbywa się świadczenie pracy, wymiana usług czy też zaspokajanie potrzeb społecznych i publicznych. Rosną także różnice między wolnym zawo-

⁷⁷ K. Wojtczak, *Pojęcie wolnego zawodu w świetle prawa*, *Studia Prawnicze* 1998, z. 3-4, s. 139 i nast.; tenże, *Zawód i jego prawna reglamentacja*, Poznań 1999 wraz z podaną tam literaturą; J. Jacyszyn, *Pojęcie wolnego zawodu*, PPH 2000, nr 10, s. 1 i nast.; ostatnio, S. Koroluk, *op. cit.*, s. 23 i nast.

⁷⁸ Zob. J. Jacyszyn, *Spółka partnerska według przepisów KSH*, Bielsko-Biała 2000, s. 77; S. Koroluk, *op. cit.*, s. 24.

⁷⁹ Tak np. K. Wojtczak, *Zawód*, s. 293; J. Jacyszyn, *op. cit.*, s. 91 i nast.; S. Koroluk, *op. cit.*, s. 24 i nast.

⁸⁰ Zob. krytyczne uwagi m.in. J. Jacyszyn, *Piecza i nadzór nad notariuszami*, *Rejent* 2003, nr 1, s. 139 i nast., a także R. Szttyk, *Poszukiwanie nowych form edukacji notarialnej – ciąg dalszy*, *Rejent* 2003, nr 3, s. 175 i nast.; Z. Klątka, *Wokół prac nad projektem ustawy o sprawowaniu...*, *Radca Prawny* 2003, nr 3, s. 6 wraz z zamieszczonym projektem IV wersja z 1 marca 2003 r., s. 7 i nast.

⁸¹ Zob. S. Koroluk, *op. cit.*, s. 23; M. Szydło, *Pojęcie przedsiębiorcy*, s. 101; szerzej, K. Wojtczak, *op. cit.*, s. 84 i nast.; J. Jacyszyn, *op. cit.*, s. 77 i nast.

dem a działalnością gospodarczą⁸², powiększa się skala problemów, jakie występują w zakresie wolnych zawodów, w ich ramach i na zewnątrz.

Linia demarkacyjna między wolnym zawodem a przedsiębiorcą jest niekiedy dość wąska⁸³, a staje się wyraźna, wówczas gdy zostanie przeprowadzona analiza organizacyjnoprawna wiążąca się z wykonywaniem wolnego zawodu⁸⁴. Niekiedy wręcz się zacierza lub jako przedmiot orzeczenia sądowego jest podawana do publicznej wiadomości⁸⁵. Nie zawsze zresztą ustalenia sądu odnośnie do statusu osób wykonujących wolny zawód i uznania ich za przedsiębiorców są w doktrynie uznawane i akceptowane⁸⁶, co świadczy o potrzebie ustalenia i określenia pojęcia normatywnego wolnego zawodu w odniesieniu do osób wykonujących wolny zawód w różnych formach organizacyjnoprawnych.

5. Ocena pojęcia przedsiębiorcy na tle wolnych zawodów

Czy termin „przedsiębiorca” spełnia pokładane w nim nadzieje, czy dobrze wpisuje się do polskiego prawa, doktryny i orzecznictwa, to problem ocen, jakich dokonuje się w tych dziedzinach. Coraz częściej słyszy się krytyczne głosy, potęguje się opinia o nietrafnym ujęciu definicji przedsiębiorcy na tle prawa działalności gospodarczej i padają wnioski *de lege ferenda* o koniecznej korekcie ustawowej tego pojęcia. Proponuje się także teoretyczną analizę tego terminu⁸⁷, której nigdy za dużo, gdy powala na ulepszenie językowe danego terminu, a także odnosi się do praktyki gospodarczej.

⁸² Zob. co do różnic między działalnością a wolnym zawodem A. Kempłiński, *Działalność gospodarcza. Co nią jest, co nie*, Rzeczpospolita 1994, nr 187, a także K. Wojtczak, *Wykonywanie zawodu a prowadzenie działalności gospodarczej*, Zeszyty Naukowe WSZiB, Poznań 1998, nr 1/3, s. 153 i nast.

⁸³ M. Szydło, *op. cit.*, s. 100.

⁸⁴ A. Bierć, [w:] M. Bączyk, A. Bierć, K. Kruczałaki in., *Podstawy prawa przedsiębiorstw*, Warszawa 1999, s. 32; M. Szydło, *op. cit.*, s. 101; S. Koroluk, *op. cit.*, s. 25.

⁸⁵ J. Kotłowska-Rudnik, *NSA zasiał wątpliwość. Czy lekarz jest przedsiębiorcą*, Gazeta Prawna, s. 25.

⁸⁶ Zob. szersze uwagi na ten temat J. Jacyszyn, *Głosa do uchwały NSA z dnia 24 września 2000 r. OPK 13/01*, Rejent 2002, nr 4, s. 142-155.

⁸⁷ M. Szydło, *op. cit.*, s. 105.

Trzeba też przyznać, że aktualne pojęcie „przedsiębiorca” ma swoich zwolenników, którzy przestrzegają przed ponowną dyskusją nad nim, przypominając o trudnościach i sporach, jakie toczyły się na łamach doktryny i ustawodawstwa, gdy dyskutowano nad projektem ustawy – Prawo działalności gospodarczej.

Wiele zawodów może być i jest wykonywanych w ramach działalności gospodarczej; stają się one wtedy elementem składowym pojęcia „przedsiębiorca”, i jako takie podlegają wymogom prawa działalności gospodarczej, a także przepisom szczegółowym⁸⁸. W pewnym stopniu dotyczy to także tych wolnych zawodów, które są wykonywane we własnym imieniu i na własny rachunek, lecz nie mają odrębnej regulacji prawnej, która by wyłączała te osoby spod reżimu prawa działalności gospodarczej. A nawet gdy istnieje regulacja dotycząca danej działalności, np. ubezpieczeniowej, która w zakresie spraw nie uregulowanych w tej ustawie, np. jeżeli chodzi o agentów ubezpieczeniowych, stosuje przepisy prawa działalności gospodarczej⁸⁹. Jest to zatem czytelna reguła, która pozwala w odniesieniu do osób wykonujących wolny zawód stosować przepisy odsyłające wprost do przepisów prawa działalności gospodarczej. Taka praktyka może mieć charakter trwały, tak jak i przejściowy, co wskazuje na możliwości ewolucyjnego traktowania tego rozwiązania prawnego. Tak bowiem było w odniesieniu do adwokatów oraz radców prawnych w warunkach obowiązywania ustawy z dnia 23 grudnia 1998 r. – Prawo o działalności gospodarczej⁹⁰, którą, jak wiadomo, zastąpiła ustawa z 1999 r. – Prawo działalności gospodarczej. Zgodnie z art. 24 ówczesnej regulacji, pomoc prawna świadczona przez adwokatów i radców prawnych działających w formie spółek i spółdzielni była kwalifikowana wprost jako działalność gospodarcza. Nie było zatem żadnych wątpliwości, że mamy do czynienia z adwokatem (radcą prawnym) – przedsiębiorcą. Dopiero zmiana ustawy – Prawo o adwokaturze, ustawy o radcach prawnych oraz niektórych innych ustaw⁹¹ przywróciła właściwe miejsce

⁸⁸ Dotyczy to np. osób wykonujących usługi detektywistyczne czy też doradztwo podatkowe; zob. S. K o r o l u k, *op. cit.*, s. 25.

⁸⁹ Zob. K. W o j t c z a k, *op. cit.*, s. 224, przypis 120.

⁹⁰ Dz.U. Nr 41, poz. 325 ze zm.

⁹¹ Dz.U. z 1997 r. Nr 75, poz. 471 ze zm.

tym zawodom w grupie wolnych zawodów prawniczych. Choć i tu pojawiają się pewne wątpliwości⁹².

Taki sposób odesłań do prawa działalności gospodarczej można uznać za system mieszany, w którym osoba wykonująca wolny zawód jest podporządkowywana prawu działalności gospodarczej w zakresie wykonywania tego zawodu.

Na łamach doktryny i praktyki gospodarczej stawiane są pytania, czy jest możliwe wykonywanie wolnego zawodu w ramach prowadzenia działalności gospodarczej, czy takie połączenie dwóch różnych statusów prawnych – wolnego zawodu i przedsiębiorcy należy uznać za zasadne i racjonalne z punktu widzenia obowiązującego prawa, czy też taki organizacyjny mariaż należy traktować jako hybrydę organizacyjnoprawną⁹³, czyli pomieszczenie różnych elementów w ramach jednej osoby (podmiotu prawa) będącej pewną mutacją podmiotów, których pozycja prawna jest odmiennie lub też częściowo regulowana.

O ile w pewnym stopniu zrozumiałe było jeszcze pod rządami dawnej ustawy o działalności gospodarczej prowadzenie działalności w zakresie wolnych zawodów w tym reżimie prawnym, w sytuacji gdy odnośnie do tych zawodów nie istniały odrębne regulacje prawne, o tyle współcześnie taka praktyka wydaje się niewłaściwa. Choć trzeba także zauważyć, że w obecnym stanie prawnym problematyka wykonywania wolnego zawodu nie jest jednolicie uregulowana. Nie wszystkie bowiem wolne zawody mają odrębną, właściwą dla siebie regulację prawną. Stan taki krytycznie oceniany jest przez przedstawicieli doktryny, którzy zauważają, że niektóre wolne zawody, nie budząc wątpliwości co do swojego statusu prawnego, tak jak np. tłumacze przysięgli czy księgowi, nie mają wskazanych form organizacyjnoprawnych, za pomocą których wykonywanie ich zawodu jest określone w regulacjach prawnych. Inaczej natomiast jest postrzegana sprawa tzw. ograniczonych⁹⁴ czy też mieszanych wolnych zawodów lub *quasi*-wolnych zawodów, które wykonują swój za-

⁹² M. Szydło, *op. cit.*, s. 101.

⁹³ Zob. A. Szumański, *Hybrydalne typy spółek handlowych*, PPH 2000, nr 6, s. 19 i nast.

⁹⁴ W tzw. grupie zawodów prawniczych umieszczani są polscy notariusze; zob. np. W. Salągierski, *Pozycja notariusza w systemie organów ochrony prawnej*, Rejent 2001, nr 7-8, s. 96 i nast.

wód w ramach prawa działalności gospodarczej, stając się tym samym przedsiębiorcami.

Utrzymywanie takiego dualizmu normatywnego – w moim przekonaniu – prowadzi do wielu różnych nieporozumień i wątpliwości teoretycznoprawnych, podważających sens konserwowania statusu podmiotowego osób, które są jednocześnie osobami wolnych zawodów (lub *quasi*-wolnych zawodów) i przedsiębiorcami. To zróżnicowanie zaciera faktyczny obraz charakteru działalności polegającej na wykonywaniu wolnych zawodów. Nie dziwią zatem postulaty apelujące o większą konsekwencję ustawodawcy w tym względzie⁹⁵.

Rodzi się pytanie, czy nie mamy w tym przypadku do czynienia z pewnym rodzajem *quasi*-przedsiębiorców, czy też mieszanym typem przedsiębiorcy, występującym w naszym obrocie prawnym i gospodarczym. Taki stan zdaje się potwierdzać doktryna oraz orzecznictwo, które raz przyznaje, innym razem odmawia statusu wolnego zawodu, w zależności od tego, w jakiej formie wolny zawód jest wykonywany⁹⁶.

Problem odpowiedzi na pytanie, czy mamy do czynienia z przedsiębiorcą nie ominął innych dyscyplin prawa, które podobnie dostrzegają trudności i wątpliwości, jakie wokół pojęcia przedsiębiorcy w praktyce (i doktrynie) się pojawiają. Coraz częściej dochodzi do konfrontacji pojęcia przedsiębiorcy na tle prawa działalności gospodarczej, ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz ustaw szczegółowych dotyczących wolnych zawodów. I wtedy okazuje się, że nie ma zgody co do jednolitego traktowania przedsiębiorcy, każda bowiem z tych regulacji definiuje przedsiębiorcę pod własne potrzeby i użytek prawny. Czy taki stan może zadawać? Uważam, że nie powinien, niepotrzebnie wnoszą bowiem do praktyki gospodarczej element niepewności (a nawet chaosu) co do trafnego odczytywania terminów jurystycznych, uznawanych za podstawowe pojęcia prawa gospodarczego.

⁹⁵ S. Koroluk, *op. cit.*, s. 25. Zwraca na to także uwagę M. Szydło, *op. cit.*, s. 101, natomiast J. Jacyszyn, *op. cit.*, uważa, że ze względu na szczególne walory osób wykonujących wolny zawód dobrze by było, aby nasz legislator docenił rolę, znaczenie i funkcje tych osób w krajowym obrocie prawnym i gospodarczym (s. 94).

⁹⁶ Zob. J. Jacyszyn, *Glosa do uchwały NSA z dnia 24 września 2000 r. OPK 13/01*, Rejent 2002, nr 4, s. 142 i nast.

Ustawowa definicja przedsiębiorcy, jaka jest przedstawiona w prawie działalności gospodarczej, nie wytrzymuje presji praktyki gospodarczej, dostrzega się bowiem w niej poważne mankamenty organizacyjnoprawne, luki i nieścisłości, jakie zgłasza doktryna prawa. Dochodzi do tego kwestia wyłączeń osób wolnych zawodów z kategorii przedsiębiorcy czy też wprowadzenie w niektórych regulacjach niezdefiniowanego terminu „wolny zawód”. Potęguje to zamęt pojęciowy i znaczeniowy, jurydyczny i doktrynalny. Wydaje się, nadszedł czas na uporządkowanie tych kwestii, a co najmniej zachodzi konieczność dokonania przeglądu teoretycznoprawnego, by na tej podstawie ocenić podstawowe terminy prawa gospodarczego i handlowego, konfrontując je z orzecznictwem sądowym oraz praktyką gospodarczą. Na tym tle powinna być uwypuklona normatywna istota wolnego zawodu, której miejsce znajdzie się w ramach legalnej definicji prawnej. Posługiwanie się bowiem pustym, bo nie definiowanym normatywnie pojęciem wolnego zawodu coraz częściej odbywa się w odrębnych przepisach odnoszących się do wolnych zawodów. Jest to praktyka unikania czy też omijania ważnego, z punktu widzenia normatywnego i gospodarczego, terminu prawnego, który stał się pojęciem normatywnym o charakterze bezdeficyjnym. Taki stan prawny budzi niepokój o czytelny charakter przepisów prawa i jego komunikatywność w obrocie gospodarczym.

Postulowanie zdefiniowania pojęcia wolnego zawodu jest ze wszelkich miar uzasadnione⁹⁷, gdyż dalsze utrzymywanie takiego stanu przynieść może niekorzystne skutki prawne, a co gorsza, może wymknąć się spod kontroli ustawodawcy.

Wykonywanie niektórych wolnych zawodów może się odbywać w różny sposób, a więc np. samodzielnie i na własny rachunek, i wtedy przybiera to postać wykonywania wolnego zawodu, a także w ramach prowadzenia działalności gospodarczej we własnym imieniu i na własny rachunek, i wówczas mamy do czynienia z przedsiębiorcą⁹⁸. W doktrynie J. Szwaja wyraźnie zajmuje podobne stanowisko, twierdząc, że przedsiębiorcami w zakresie prowadzonej przez nich działalności gospodarczej

⁹⁷ Co zgłosiła m.in. K. Wojcik *z a k*, *op. cit.*, s. 109 i nast., które w pełni podtrzymuje w: J. Jacyzyn, *Pojęcie wolnego zawodu*, s. 1 i nast.

⁹⁸ Taki kierunek podzielało orzecznictwo NSA, które w wyroku z dnia 23 kwietnia 1993 r. III S.A. 850/92, *Prawo Gospodarcze* 1993, nr 5.

są osoby wykonujące tzw. wolny zawód, czyli taki, który wykonują osobiście i samodzielnie, zawodowo lub zawodowo świadczą klientom różne usługi, nawet jeżeli nie posiadają wyodrębnionego przedsiębiorstwa w znaczeniu przedmiotowym⁹⁹. Idąc w tym kierunku, J. Szwaja wymienia, kto – jego zdaniem – jest osobą wykonującą wolny zawód. Na liście wolnych zawodów, co do których nie ma żadnych wątpliwości, pojawiają się osoby o zadziwiającej profesji. Warto też zauważyć, że tak skonstruowany katalog wolnych zawodów nie ma (lub niewiele ma) do czynienia z kryteriami, jakie cechują wolne zawody, a uznawane są powszechnie przez doktrynę prawa krajowego i zagranicznego.

Ustawę o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji można stosować do takich tzw. wolnych zawodów, jak adwokat, architekt, lekarz, notariusz, doradca podatkowy, w takim zakresie, w jakim oni sami lub spółki, w których uczestniczą, występują w działalności gospodarczej w charakterze przedsiębiorców¹⁰⁰. Do osób tych dołączają radcy prawni, rzecznicy patentowi, biegli rewidenci, inżynierowie miernictwa (geometry), osoby samodzielnie wykonujące działalność rzeczoznawców z różnych dziedzin, tłumacze, samodzielnie zarobkujący nauczyciele (np. korepetytorzy), artyści plastycy, muzycy i aktorzy, pisarze, agenci ubezpieczeniowi i handlowi, pośrednicy, stomatolodzy, weterynarze, położne, masażyści. Wykaz osób tzw. wolnych zawodów przytacza T. Knypl¹⁰¹. Co do niektórych z wymienionych problem ich przynależności do tej grupy nie budzi większych zastrzeżeń, są na niej jednak takie wolne zawody, które nie spełniają większości kryteriów, by uznać je za wolny zawód w znaczeniu prawnym i środowiskowym. Nie wspominając już o wymogach doktrynalnych.

Stan pewnej dowolności w ustalaniu pojęcia wolnego zawodu pozwala sformułować wniosek, że nie jest możliwe (i celowe) sporządzenie listy osób wykonujących wolny zawód, bez uwzględniania zestawu kryteriów, za pomocą których identyfikuje się wolny zawód, gdyż taka swoboda w tym zakresie jest dość spektakularna. Jest też niebezpieczna dla obowiązującego stosowania prawa, w tym prawa o zwalczaniu nieuczciwej

⁹⁹ J. Sz w a j a, *op. cit.*, s. 104.

¹⁰⁰ J. Sz w a j a, *op. cit.*, s. 103.

¹⁰¹ T. K n y p l, *Podmiotowy zakres ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji*, Rejent 1998, nr 3, a. 434- 45; przytacza ją J. Sz w a j a, *op. cit.*, s. 104.

konkurencji, powoduje bowiem wrażenie, że wolny zawód może być wykonywany w każdy sposób i w obojętnej formie organizacyjnoprawnej, a tak przecież w świetle prawa nie jest, skoro formy wykonywania wolnego zawodu wyraźnie reglamentują regulacje szczegółowe.

Gdyby tak było, że wykonywanie wolnego zawodu staje się nieczytelne w ramach obowiązującego prawa, to wydaje się, że problem dojrzał do zajęcia wyraźnego stanowiska w tej kwestii poprzez zaproponowanie określonych rozwiązań legislacyjnych porządkujących sferę osób o mieszanym charakterze (wolnych zawodów lub przedsiębiorców)¹⁰². W takiej sytuacji zachodziłaby konieczność wydzielenia normatywnego typu przedsiębiorcy o cechach osób wykonujących wolny zawód lub też do ustawowego wygenerowania wolnego zawodu wykonywanego w ramach statusu przedsiębiorcy. Wymagałoby to wtedy poszerzenia pojęcia przedsiębiorcy o tego typu osoby, by tym samym umiejscowić je w ramach przepisów prawa działalności gospodarczej lub przemodelować termin działalności zawodowej użyty w art. 43¹ k.c. Tak jak proponuje R. Potrzeszcz¹⁰³.

Jednym z powodów poszukiwań takich rozwiązań normatywnych jest specyfika wykonywania wolnego zawodu, a zwłaszcza kryteria identyfikujące wolny zawód, których odnajdywanie w statusie przedsiębiorcy jest nadaremne lub wyraźnie utrudnione. Inna jest bowiem istota wolnego zawodu, jego charakter organizacyjnoprawny, zasady wykonywania i wiele różnych cech wyróżniających jego status prawny od definicji przedsiębiorcy, jaka została zdefiniowana w prawie działalności gospodarczej (czy też innych regulacjach, w tym również w kodeksie cywilnym), a która też nie jest – co warto zauważyć – pozbawiona wątpliwości i zastrzeżeń. Podobnie jak zakres stosowania prawa działalności gospodarczej do wykonywania wolnych zawodów, uważana jest w doktrynie za kwestię otwartą i polemiczną. Należy bowiem zgodzić się z poglądem, że stosowanie prawa działalności gospodarczej do wykonywania wolnych zawodów zależy w dużej mierze od tego, w jaki sposób uregulowane są zakresy działania poszczególnych wolnych zawodów¹⁰⁴. Inaczej mówiąc, prawo działalności gospodarczej wchodzi w miejsce w odniesieniu do osób wy-

¹⁰² Ostatnio S. Koroluk, *op. cit.*, s. 25.

¹⁰³ R. Potrzeszcz, *op. cit.*, s. 130.

¹⁰⁴ Zob. K. Wojtczak, *op. cit.*, s. 228.

konujących wolny zawód zwłaszcza wtedy, gdy brak jest (lub też istnieje ona, lecz w stopniu niewystarczającym) odrębnej regulacji prawnej. Wyposażenie osób wykonujących wolny zawód w odpowiednie instrumentarium prawne to zadanie dla ustawodawcy.

Jest też grupa zawodów, które w ramach prowadzonej działalności gospodarczej nie mogą być wykonywane, gdyż są z zasięgu działania tej regulacji wyłączone. Powstaje wówczas pytanie, jak kwalifikować wykonywanie wolnego zawodu, gdy jedna regulacja prawna wyłącza działalność danej osoby spod statusu przedsiębiorcy, a inne akty prawne nadają wykonywanej działalności charakter gospodarczy, sytuując jej pozycję w zakresie pojęcia przedsiębiorcy. Takie przypadki coraz częściej będą miały miejsce, bowiem daje się zauważyć sprzeczność między regulacjami typu ogólnego, jakim jest prawo działalności gospodarczej, a aktami typu *lex specialis*, do których należą ustawy odnoszące się do wolnych zawodów regulowanych.

6. Relacje między pojęciem przedsiębiorcy a wolnym zawodem

Określenie pojęcia wolnego zawodu, jego istoty i charakteru jest niezwykle przydatne dla podkreślenia różnic, odmienności i specyfiki osób wykonujących wolny zawód. Rozdzielenie terminu wolny zawód od przedsiębiorcy uczyniłoby prawnie krąg osób wolny zawód wykonujących. Różnice bowiem między wolnym zawodem a osobą prowadzącą działalność gospodarczą (przedsiębiorca) są widoczne i można je sprowadzić do następujących odmienności:

Po pierwsze, wykonywanie wolnego zawodu jest świadczeniem usług w obszarze odpowiadającym zakresowi czynności składających się na określony wolny zawód. Zakres ten ma charakter przedmiotowy, normatywnie opisany w przepisach szczegółowych, co sprawia, że mamy do czynienia z wolnymi zawodami regulowanymi¹⁰⁵. Wykonywanie wol-

¹⁰⁵ Zawodem regulowanym jest zawód, którego wykonywanie jest uzależnione od spełnienia wymagań kwalifikacyjnych i warunków określonych w odrębnych przepisach. Status zawodów regulowanych jest określony w ustawie o zasadach uznawania nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej kwalifikacji do wykonywania zawodów regulowanych. Tak stanowi art. 1 ust. 2 tej regulacji. Ustawa ta wchodzi w życie z dniem uzyskania przez Rzeczpospolitą członkostwa w Unii Europejskiej, z wyjątkiem art. 20, który wszedł w życie z dniem ogłoszenia (Dz.U. Nr 87, poz. 595).

nych zawodów odbywa się na podstawie regulacji szczegółowych, one bowiem stanowią normatywne instrumentarium wykonywania wolnego zawodu, wskazując przy tym formy organizacyjnoprawne, za pomocą których wolne zawody świadczą swoje usługi.

Po drugie, wykonywanie wolnego zawodu ma charakter usługowy, jest to jednak taki typ usługi, który różni się od pojęcia usług wymienionych w definicji działalności gospodarczej, opisaney w prawie działalności gospodarczej. Świadczenie usług w zakresie wolnych zawodów ma węższe znaczenie niż to, o którym jest mowa w art. 2 ust. 1 pr. dział. gosp. Usługi świadczone przez osoby wykonujące wolne zawody mogą mieć, i najczęściej mają, charakter niematerialny.

Wolne zawody nie mieszczą się w grupie zawodów świadczących usługi materialne, choć kryterium rodzaju czynności nie jest wystarczającym wymogiem pozwalającym precyzyjnie oddzielić wolne zawody od innych zawodów, które także posługują się czynnościami o charakterze umysłowym oraz wolne zawody i inne zawody świadczące usługi o charakterze niematerialnym. Wykonywanie wolnych zawodów odbiega swoimi zasadami od prowadzenia działalności gospodarczej, a relacje między osobami wykonującymi wolne zawody a ich klientami są inne niż między przedsiębiorcami a ich kontrahentami. Wykonywanie wolnych zawodów odznacza się niezależnością intelektualną i ekonomiczną, a prowadzenie działalności gospodarczej opiera się na korzyści i celach gospodarczych, jakie ma do osiągnięcia każdy przedsiębiorca.

Po trzecie, celem wykonywania wolnego zawodu nie jest cel zarobkowy, jaki występuje przy działalności gospodarczej, którą prowadzą przedsiębiorcy. Przepisy, które ich dotyczą, ujmują charakter zarobkowy jako niezbędny składnik terminu „działalność gospodarcza”. Osiąganie celów gospodarczych jest także domeną spółki cywilnej i spółek handlowych, stąd też ich status jako przedsiębiorców nie budzi większych zastrzeżeń, natomiast wolne zawody są wykonywane nie dla korzyści majątkowych, lecz dla wartości wyższego rzędu, takich jak np. ochrona zdrowia człowieka, jego bezpieczeństwa prawnego itp. Osiąganie korzyści majątkowych nie jest celem wykonywania wolnego zawodu, jest jedynie środkiem do realizacji jego istoty.

Po czwarte, określenie zasad wykonywania wolnego zawodu jest domeną odrębnych regulacji (*lex specialis*), które formułują warunki

materialne i formalne, które trzeba spełnić, by uzyskać status wolnego zawodu¹⁰⁶, a także prawa i obowiązki (indywidualne i korporacyjne) związane z jego pozycją i zadaniami, jakie pełni dany wolny zawód we współczesnym państwie i społeczeństwie. Potęgują się one, gdy osoby wolnych zawodów są zawodami zaufania publicznego (np. art. 1 ust. 2 ustawy z dnia 11 kwietnia 2001 r. o rzecznikach patentowych, Dz.U. Nr 49, poz. 509, stwierdza, że zawód rzecznika patentowego jest zawodem zaufania publicznego). Takiej wyjątkowej pozycji nie mają osoby prowadzące działalność gospodarczą (przedsiębiorcy), pomimo że ich status także wymaga wypełnienia szczególnych obowiązków, o których mowa w art. 7, 10, 11, 12, 13 pr. dział. gosp.

Po piąte, wykonywanie wolnych zawodów ma wybitnie reglamentowany charakter, co oznacza, że odbywa się pod ścisłą kontrolą (pieczęcią) ustawodawcy i samorządów zawodowych. Wolne zawody podlegają bardziej rygorystycznemu porządkowi prawnemu, aniżeli zawody nie będące nimi. Podobnie jest z przedsiębiorcą, który podejmuje i prowadzi działalność gospodarczą w ramach wszystkich dostępnych przez prawo formach organizacyjnych, gdy wykonywanie wolnego zawodu w niektórych przypadkach jest ściśle związaną z daną formą organizacyjną lub alternatywnie z kilkoma takimi formami.

Po szóste, istota wolnych zawodów jest szeroko opisana w doktrynie prawa i innych nauk społecznych, składa się z wielu desygnatów (cech), które identyfikują to pojęcie poprzez zespół składników, jakich spełnienie ma decydujący wpływ na ich kwalifikację. Pojęcie „przedsiębiorca” jest co prawda zdefiniowane w prawie, lecz niejednolicie i nie ma wspólnej uniwersalnej terminologii normatywnej, chyba żeby za taką uznać definicję przedsiębiorcy zawartą w art. 43¹ k.c., co wydaje się pożądane i nad wyraz potrzebne. Choć utrzymywanie wieloznaczności pojęcia przedsiębiorcy jest tłumaczone naturalną potrzebą klasyfikacji adresatów przepisów według określonych kryteriów uzasadnianych zwykle treścią normowanych stosunków prawnych; sens tolerowania odmian definicyjnych przedsiębiorcy uważa się za konieczność legislacyjną i racjonalność ustawową. Teza ta, mimo że wydaje się kontrowersyjna, ma w doktrynie

¹⁰⁶ Zob. m.in. K. Wojtczak, *op. cit.*, s. 112; M. Szydło, *Nabywanie uprawnień do wykonywania wolnych zawodów*, PiP 2002, z. 7, s. 51 i nast.

licznych zwolenników. Ma też poważnych oponentów i krytyków istniejącego stanu normatywnego.

Po siódme, bezpośrednie wykonywanie wolnego zawodu jest samodzielne, osobiste, o charakterze intelektualnym, nie może być wykonywane w imieniu tej osoby, na jej rzecz i rachunek, natomiast prowadzenie działalności gospodarczej przez przedsiębiorcę, mimo że jest działaniem we własnym imieniu, to jednak może korzystać z pomocy innych osób, którzy podejmują i wykonują działania na rzecz przedsiębiorcy.

Po ósme, wolne zawody mają własny systemem samorządowy; są objęte organizacją korporacyjną. Tego typu struktur organizacji wewnętrznej nie mają przedsiębiorcy, choć prawo daje im możliwości zrzeszania się w odpowiednie izby i ognia grupujące przedsiębiorców.

Po dziewiąte, wolne zawody są pojęciem zbiorczym, przez wolny zawód rozumie się zarówno określoną osobę, która mieści się w tym statusie, jak i to, czym się ta osoba zajmuje oraz w jaki sposób wykonuje swój wolny zawód. Zarówno w teorii, jak i przepisach prawa nie ma rodzajów (typów) wolnych zawodów, gdy tymczasem w regulacjach dotyczących przedsiębiorcy występuje ich zróżnicowanie. Przepisy bowiem określają, kto jest przedsiębiorcą, przedsiębiorcą małym, przedsiębiorcą średnim. Każdy z nich ma cechy wspólne, a także odznacza się wyraźnymi odrębnościami opisanymi w odpowiednich aktach prawnych.

Po dziesiąte, wśród wolnych zawodów występuje grupa takich zawodów, co do których nie ma wątpliwości, że spełniają wszystkie cechy i kryteria składające się na pojęcie wolnego zawodu. Poważną jednak kategorię stanowią osoby o mieszanym charakterze, czy też takie, które zakwalifikować można do *quasi*-wolnych zawodów. Spotyka się również osoby, co do których są poważne wątpliwości odnoszące się do ich statusu zawodowego. W grupie przedsiębiorców podziały i klasyfikacje są bardziej czytelne i spójne, choć odnośnie do niektórych osób istnieją zastrzeżenia, co do ich umieszczenia w grupie przedsiębiorców.

Konkludując, dostrzeżenie różnic między wolnym zawodem a przedsiębiorcą wydaje się widoczne, i jest oczywiste na gruncie teorii prawa. Respektowanie tych, jak i innych jeszcze cech odmiennych między tymi pojęciami przyczyniłoby się, w moim przekonaniu, także do uporządkowanie kwestii podmiotowych świadczących usługi na rynku prawnym i gospodarczym. Bez interwencji ustawodawcy może okazać się to jednak

niemożliwe, chyba że stan obecny ocenić można jako zadawalający i nikomu nie wadzący. A tak przecież nie jest, skoro coraz to wynikają problemy i konflikty z tytułu nieczytelnych zakresów pojęciowych przedsiębiorcy i wolnego zawodu, stanowiąc dostateczny dowód, że zagadnienie to dojrzało do zmiany legislacyjnej, której oczekiwać można i należy od racjonalnego ustawodawcy. Może się jednak okazać, że obecnego legislatora to przerasta, co nie napawa optymizmem.