



Recenzja

Cezary Kosikowski, *Przedsiębiorca w prawie polskim na tle prawa europejskiego*,

Wydawnictwo Prawnicze „Lexis Nexis”, Warszawa 2003, stron 320

Przedsiębiorca znajduje się w centrum uwagi teoretyków i praktyków prawa od kilku już lat. Nie ma w tym nic dziwnego, skoro jego pozycja prawna, gospodarcza i społeczna wywołuje duże emocje i zainteresowanie w doktrynie krajowej i zagranicznej. Podobne reakcje budzi pojęcie działalności gospodarczej i przedsiębiorstwa. Jak wiadomo, są to kluczowe terminy prawa cywilnego gospodarczego, na które mają wpływ ustalone w sposób naturalny lub przez człowieka zwyczaje, tradycja i kultura, a także przepisy prawa.

Treścią książki *Przedsiębiorca w prawie polskim na tle prawa europejskiego* jest obraz podmiotu, jaki w warunkach polskich podejmuje i prowadzi działalność gospodarczą, stykając się z różnymi regulacjami prawnymi, które w bezpośredni lub pośredni sposób jego dotyczą.

Po raz kolejny w literaturze, Autor, znany autorytet publicznego prawa gospodarczego, ukazuje normatywną pozycję polskiego przedsiębiorcy (a także jego unijnego bliźniaka) w sieci i gąszczu przepisów prawa krajowego i europejskiego, coraz częściej odnoszących się także do naszego rodaka – przedsiębiorcy.

Autor zastrzega się jednak, że nie jest w stanie przedstawić całości regulacji, która kształtuje pozycję prawną przedsiębiorcy, ogranicza się

zatem do pewnej sfery publicznej, jaką wytyczają przepisy prawa polskiego na tle regulacji zawartych w prawie Wspólnot Europejskich, zwanych europejskim prawem gospodarczym. Jest to w pewnym stopniu kierunkowskaz, jaki wytycza przyszłość przedsiębiorców w Polsce. Z tego powodu, że z działalnością przedsiębiorców spotyka się coraz częściej notariusz, pozycja C. Kosikowskiego jest godna zainteresowania i rekomendacji.

Opracowanie składa się z siedmiu rozdziałów. Część merytoryczną poprzedza wykaz skrótów i wstęp Autora, wskazujący na intencje, jakie towarzyszyły napisaniu tej książki.

Rozdział I „Przedsiębiorca” (s. 13-52) ukazuje ekonomiczne i finansowe pojęcie przedsiębiorstwa i przedsiębiorcy, by przejść do jurystycznej części, w której przeprowadza analizę prawną terminów „działalność gospodarcza”, „przedsiębiorstwo” i „przedsiębiorca”. Autor formułuje pogląd, że liczne ustawy posługują się wyrażeniem „działalność gospodarcza”, bez bliższego określenia jego sensu, podejmują też próbę nadania temu pojęciu znaczenia częściowo innego od ogólnego, które znajduje się w ustawie z dnia 19 listopada 1999 r. – Prawo działalności gospodarczej (Dz.U. Nr 101, poz. 1178 ze zm.). Jest to – zdaniem Autora – praktyka naganna, a próby zmiany ogólnej definicji działalności gospodarczej nie należą do udanych posunięć legislacyjnych (s. 19). W pełni zgadzam się z tak wyrażoną opinią, a jednocześnie z oceną ustawodawcy, który poprzez „radosną twórczość” modyfikuje pojęcie działalności gospodarczej. Jak poważne kłopoty z ustaleniem zakresu i treści tego pojęcia miało sądownictwo, dowodzą liczne orzeczenia sądowe. Nie uniknięto także wielu kontrowersyjnych uwag i stanowisk w doktrynie prawa.

Niezwykle trafna jest uwaga Autora, że pojęcie „działalność gospodarcza” jest coraz częściej używane, a niekiedy wręcz nadużywane w regulacjach szczegółowych, będących w istocie *lex specialis* prawa działalności gospodarczej. Praktyka ustawodawcy w stosowaniu tego pojęcia jest niekiedy dowolna, a nawet spektakularna, co powoduje, że pojęcie działalności gospodarczej, użyte w prawie działalności gospodarczej w przepisach szczególnych, ma cechy pewnej dewaluacji lub spektakularności, co osłabia jego rangę podstawową i charakter prawny. Dla celów podatkowych przyjęto nawet poszerzenie normatywnej definicji działalności gospodarczej, dodając obok tradycyjnego zakresu także

wykonywanie wolnego zawodu i każdą inną działalność zarobkową wykonywaną we własnym imieniu i na własny lub cudzy rachunek, nawet gdy inne ustawy nie zaliczają tej działalności gospodarczej lub osoby wykonującej taką działalność do przedsiębiorców (s. 27). Podzielałam w tym względzie pogląd Autora, że praktyka taka zamiast ułatwiać tylko zaciemnia status prawny podmiotów podatkowych, gdyż do przedsiębiorców zalicza te osoby, które na mocy prawa działalności gospodarczej przedsiębiorcami nie są. Tak się dzieje wobec notariuszy oraz osób świadczących pomoc prawną (a więc adwokatów i w stosunku do radców prawnych). Ten sposób regulacji, odnoszący się do wybranych zawodów prawniczych, wywołuje w praktyce i nauce poważne zastrzeżenia i wątpliwości, jest zbytecznym źródłem potencjalnych konfliktów prawnych, zwłaszcza o charakterze podmiotowym i podatkowym.

Szczególnie interesujące są uwagi C. Kosikowskiego odnoszące się do pojęcia przedsiębiorcy w prawie polskim; na tym tle ukazuje bowiem historyczną ewolucję regulacji prawnych wywodzących się od terminu „kupiec”, jaki znajdował się w art. 2 § 1 k.h. z 1934 r. Dla mnie osobiście termin „kupiec” ma szczególne znaczenie, jako że postulowałam na łamach prasy fachowej restytucję tego pięknego terminu, za co zostałam skrytykowany przez głównego twórcę ustawy – Prawo działalności gospodarczej. Zdając sobie jednak sprawę z pewnej anachroniczności tego terminu, jak i jego zaniku w ustawodawstwie unijnym, uważam, że pojęcie „przedsiębiorca” nie jest wolne od kontrowersyjności, o czym świadczą dyskusje i polemiki, jakie się toczą w dyskusjach naukowych i praktyce gospodarczej. Nie jest pozbawione wątpliwości także orzecznictwo sądowe. Podobnie wiele rozterek teoretyczno-praktycznych przynosi termin „wolny zawód”, o którym C. Kosikowski wspomina jedynie na marginesie swojego opracowania. W tym kontekście uważa bowiem, że działalność gospodarza nie jest świadczeniem pracy najemnej na rzecz pracodawcy, gdyż istnieje potrzeba rozróżnienia tych sfer, a pracą najemną odnosi się zwłaszcza do tzw. wolnych zawodów. Ich wykonywanie jest „wolne” dopóty, dopóki odbywa się we własnym imieniu (s. 32). Oczywiście trudno sobie wyobrazić wykonywanie wolnego zawodu na rzecz i w imieniu pracodawcy, choć i takie przypadki mają miejsce, i wtedy prawo korporacyjne nie odmawia im statusu wolnego zawodu. Inna jest sytuacja notariuszy, którzy wykonują wolny zawód, choć ich

pełna suwerenność jest sprawą dyskusyjną. Coraz częściej jest formułowana opinia, że notariusz jest zawodem publicznoprawnym, a ten jako zawód regulowany nie może być wolnym zawodem. Narastające dyskusje wokół statusu zawodu zaufania publicznego wskazują, że pojęcie to wymaga głębokiej refleksji teoretycznoprawnej.

Trudno natomiast się zgodzić z opinią C. Kosikowskiego, że prawo działalności gospodarczej uporządkowało problem spółek cywilnych jako formy wykonywania działalności gospodarczej. Obecnie nie ma już wątpliwości co do tego, że przedsiębiorcami są wspólnicy spółki cywilnej, nie zaś sama spółka. Jednak rodzi się pytanie, czy rzeczywiście kwestia statusu spółki cywilnej została raz na zawsze rozstrzygnięta w sposób jednoznaczny i bezdyskusyjny.

Niezwykle trafne jest spostrzeżenie uczynione przez C. Kosikowskiego, że wątpliwe jest, by mianem przedsiębiorcy można obejmować działalność przedsiębiorcy zagranicznego w Polsce, wykonywaną w formie przedstawicielstwa, skoro nie podlega ona wpisowi do rejestru przedsiębiorców, a ewidencjonowana jest przez Ministra Gospodarki, Pracy i Polityki Społecznej (s. 37). To prawda, status przedstawicielstw przedsiębiorców zagranicznych w prawie działalności gospodarczej jest nieco dziwny, na co zwracamy uwagę [w:] J. Jacyszyn, S. Krześ, E. Marszałkowska-Krześ, *Działalność gospodarcza osób zagranicznych w Polsce*, Warszawa 2002, (recenzja Rejent 2003, nr 4, s. 205 i nast.). Podobnie obawy i zastrzeżenia Autora budzi regulacja prawna dotycząca nabywania i utraty statusu prawnego przedsiębiorcy (s. 39-49), zwana popularnie systemem rejestrowym.

O tym, że rejestr przedsiębiorców nie jest idealnym instrumentem prawnym można przekonać się w praktyce gospodarczej, jest też niekonsekwentny i niespójny. Zwraca na to uwagę C. Kosikowski (s. 44 i nast.), konstatując, że z tymi „profesorskimi teoriami” nie zgadzają się ci, którzy stosują prawo. A szkoda, może chociażby przydał im się wykład uzupełniający z logiki prawa gospodarczego publicznego.

Rozdział II „Podstawy prawne regulacji statusu przedsiębiorcy” (s. 55-73) koncentruje się na problematyce źródeł prawa przedsiębiorcy, który, przypominając o korzeniach legislacji gospodarczej, omawia współczesne podstawowe akty prawne. Zwraca uwagę ciekawe spostrzeżenie, że polskie prawo przedsiębiorcy nie jest skodyfikowane, co ze względu na niejed-

norodność regulowanych stosunków byłoby zresztą – zdaniem Autora – bardzo trudne i niecelowe (s. 66). Nie zgadzam się z tą opinią. Uważam bowiem, że zróżnicowany charakter polskiego prawa przedsiębiorców jest efektem niewłaściwej praktyki legislacyjnej, a także nadmiernej tolerancji doktryny. Istniały co prawda pomysły, by zamiast tworzyć nowy k.s.h. opracować kodeks przedsiębiorcy, lecz nie zyskały one akceptacji legislatora. Prawo gospodarcze powinno mieć wspólną regulację prawną, chociaż jej trzon można by ująć w ramy jednego aktu prawnego; czas skończyć z prowizorką prawną, z licznymi ustawami zwykłymi, z których kilka (kilkanaście) ma charakter wiodący w stosunku do innych ustaw. Niektórym z nich nadaje się wymiar kodyfikacyjny, choć jednocześnie, gdy nadarza się ku temu okazja, podaje się w wątpliwość ich uniwersalne oddziaływanie. Tak się np. dzieje wobec ustawy – Prawo działalności gospodarczej, co do której panuje przekonanie, że ma charakter *lex generalis* w stosunku do licznych ustaw, które normują poszczególne rodzaje działalności gospodarczej, określając ich warunki podejmowania i wykonywania. Ustawy te mają znaczenie *lex specialis*, a jest ich wiele, i ciągle przybywają następne. Ustawodawca jest w zakresie prawa gospodarczego nadzwyczaj płodny, nie zawsze troszcząc się o losy już uchwalonych ustaw. Nie widać też monitoringu prawnego tych regulacji, a jeśli nawet on jest, to okazuje się mało skuteczny.

Prawem Wspólnot Europejski zajmuje się C. Kosikowski (s. 70 i nast.) nieco w tle polskiego prawa przedsiębiorcy. Ukazuje te rozwiązania, które mają swoje konstrukcje w naszym prawie, lecz jednocześnie zwraca uwagę na braki i luki w tym zakresie. Koncentruje jednak uwagę na podstawowych prawach i obowiązkach przedsiębiorcy, uważa bowiem, że składają się one na jego status (s. 73 i nast.). Dokonuje ciekawego zestawienia polskich i unijnych praw i obowiązków przedsiębiorcy (s. 79 i nast.).

Kolejny rozdział, III, „Organizacja prawna i finansowa oraz zarządzanie działalnością przedsiębiorcy” odnosi się do organizacji prawnej i finansowej oraz zarządzania działalnością przedsiębiorcy (s. 85-165). Część ta jest najobszerniejsza, dotyczy bowiem spraw organizacyjnoprawnych, finansowych, a także sposobów zarządzania strukturami przedsiębiorców. Szeroko omawia prawne możliwości i formy pozyskiwania kapitału, formy organizacyjnoprawne wykonywania działalności przedsiębiorcy,

podstawowe zasady organizacji finansowej przedsiębiorcy, sposoby i formy sprawowania zarządu i administrowania działalnością przedsiębiorcy, w tym także przedsiębiorcy państwowego. W tej bowiem roli występuje państwo oraz jednostki samorządu terytorialnego w naszej praktyce gospodarczej. Takie możliwości organizacyjnoprawne daje współczesne polskie prawo gospodarcze.

Bilans publicznej działalności gospodarczej w ocenie C. Kosikowskiego jest na ogół pozytywny, co nie oznacza, że satysfakcjonuje zarówno Autora, jak i obserwatorów unijnych. Polska powinna rozszerzyć katalog form wykonywania działalności gospodarczej. To celna i trafna uwaga. Zmuszają nas do tego zobowiązania podjęte w ramach Unii Europejskiej, a odnoszące się do ujednoczenia przepisów prawa i wzajemnego respektowania zasad zakładania przedsiębiorstw w Polsce i krajach Unii. Wymaga to jednak inicjatyw legislacyjnych wzbogacających wachlarz form organizacyjnoprawnych, za pomocą których będzie istniała możliwość wykonywania działalności gospodarczej. Obecny zestaw się wyczerpał, choć z drugiej strony zauważa się prawną ostrożność w podejmowaniu działalności gospodarczej w oparciu o istniejące rozwiązania prawne, np. osobowe spółki handlowe wcale nie cieszą się takim powodzeniem, jakie prognozowano, uchwalając nową ich regulację w k.s.h. Najlepszym dowodem są np. spółki partnerskie z udziałem osób wykonujących wolne zawody, w tym zwłaszcza zawody prawnicze. Nieznany jest, jak do tej pory, przypadek utworzenia spółki partnerskiej z udziałem notariuszy czy też adwokatów lub radców prawnych, nie mówiąc już o komornikach sądowych.

Tu kierowanie się bardziej modą niż wiedzą nie ma miejsca, co potwierdza korzystanie ze spółek cywilnych jako form prowadzenia działalności gospodarczej, choć zastosowany reżim prawny skutecznie miał je eliminować z obrotu prawnego i gospodarczego. Niektórzy autorzy uważają, że spółka cywilna powróci do łask ustawodawcy i zajmie należne jej miejsce.

Zarządzenie działalnością przedsiębiorcy to kolejny interesujący fragment tego rozdziału, w ramach którego Autor dokonuje przeglądu sposobów kierowania przedsiębiorstwem. Na pojęcie „zarządzanie” działalnością przedsiębiorcy składa się: planowanie, organizowanie, motywowanie i kontrolowanie. Są to funkcje kierownicze o charakterze uniwersalnym.

Warto o tym pamiętać, gdy jest mowa o zarządzaniu działalnością przedsiębiorcy, niezależnie od tego, w jakiej formie organizacyjnoprawnej podejmuje i prowadzi swoją działalność. Samodzielne zarządzanie przedsiębiorstwem przez przedsiębiorcę, który jest jego właścicielem, należy do standardów, jakie najczęściej spotyka się w praktyce gospodarczej. Takie rozwiązanie ma swoje dobre i złe strony. Pojawiają się przedsiębiorcy „mimo woli” lub „z odzysku”. Nie mają oni najczęściej żadnego lub choćby minimalnego przygotowania do tej roli. Co więcej, prawo nie wymaga od nich żadnych kwalifikacji typu menedżerskiego, chyba że działalność ich firm wiąże się z określonymi wymogami fachowymi.

Wykonywanie działalności gospodarczej może odbywać się przez organy, czyli struktury, jakie prawo przewiduje dla określonego typu formy organizacyjnoprawnej. Najlepszym przykładem są spółki kapitałowe, w których zarząd (lub rada nadzorcza) pełni wyznaczone przez prawo funkcje i zadania decyzyjne i kontrolne. Uwagi C. Kosikowskiego odnoszące się do nich są ciekawe i przydatne dla praktyków prawa gospodarczego, jako że przypominają o roli tych organów, ich kompetencjach i odpowiedzialności. Na ten ostatni zwłaszcza temat warto dużo wiedzieć, bowiem sfera odpowiedzialności prawnej przedsiębiorcy znaczenie się zwiększyła. Ustawa z dnia 28 października 2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod karą grzyby (Dz.U. Nr 197, poz. 166), która weszła w życie 28 listopada 2003 r., obejmuje swym zasięgiem szeroki krąg adresatów, wśród których znajdują się zarówno osoby prawne, jak i jednostki organizacyjne nie mające osobowości prawnej, spółki handlowe z udziałem Skarbu Państwa i jednostek samorządu terytorialnego, zagraniczne jednostki organizacyjne, obejmują także każdego przedsiębiorcę nie będącego osobą fizyczną (s. 248).

Rozdział IV „Podejmowanie działalności gospodarczej na terytorium Polski” (s. 167-211) przypomina zasady ogólne, porusza problematykę reglamentacyjną, zwłaszcza koncesjonowanie działalności gospodarczej, specyfikę zezwoleń na prowadzenie działalności, a wreszcie udział podmiotów zagranicznych w obrocie gospodarczym.

Kontrola i nadzór nad działalnością przedsiębiorców jest przedmiotem rozdziału V książki C. Kosikowskiego. Istota, przyczyny i zakres kontroli oraz nadzoru działalności przedsiębiorców, kontrola podejmowania działalności przez przedsiębiorcę, który w ramach np. zasady wolności

gospodarczej ma możliwość swobodnego kształtowania stosunków umownych, jakie łączą go z odbiorcami i klientami, znalazły się w kręgu zainteresowania autora. Niektóre umowy – co podkreśla C. Kosikowski – są kontrolowane przez sąd rejestrowy w związku z tworzeniem np. spółek handlowych. Część umów natomiast wymaga formy aktu notarialnego, co nakłada na notariusza obowiązek przestrzegania ustawowych wymagań stawianych danemu typowi umowy (s. 228). Tu jednak nasuwa się uwaga, że to nie tylko notariusz ma przestrzegać ustawowych wymagań, jakie wynikają z przepisów prawa, ale to strona umowy, będąc podmiotem kontraktu, jest do tego zobowiązana. Notariusz jako osoba zaufania publicznego odmawia dokonania czynności notarialnej sprzecznej z prawem (art. 81 pr. o not.), a czynić to będzie zawsze wtedy, gdy czynność notarialna kłóci się z obowiązującą normą prawa, a także gdy narusza wymogi art. 353¹ k.c.

Ochronie prawnej przedsiębiorców na tle zasad ochrony konkurencji i rynku krajowego poświęcony jest rozdział VI „Ochrona prawna przedsiębiorców w świetle zasad ochrony konkurencji i rynku krajowego” (s. 251-278). W części tej przedstawione zostały szerokie formy ochrony prawnej, jaka dotyczy przedsiębiorców oraz rynku krajowego przed napływem towarów i usług z zagranicy.

Rozdział VII „Aspekty prawne zakończenia działalności przedsiębiorcy” to ostatnia część książki C. Kosikowskiego. Ukazuje aspekty prawne zakończenia działalności przedsiębiorcy, która odbywa się w różny sposób, korzystając ze specyficznych trybów i procedur likwidacyjnych i upadłościowych. Generalnie jednak upadłością przedsiębiorców zajmuje się prawo upadłościowe, które C. Kosikowski omawia ogólnie. Nie wiem zresztą, czy jest to konieczne, gdyż już od 1 października 2003 r. zaczęło obowiązywać nowe prawo upadłościowe i naprawcze, uregulowane ustawą z dnia 28 lutego 2003 r. (Dz.U. Nr 60, poz. 535), i ono będzie wytyczać współczesne standardy upadłości krajowych i zagranicznych przedsiębiorców działających w Polsce.

Książkę zamyka wykaz podstawowych aktów prawnych oraz bibliografia.

Jerzy Jacyszyn