

Dr Marcin Podleś
Dr Piotr Marcin Wiórek
Mgr Krzysztof Kulak
Uniwersytet Wrocławski

Pojęcie przedsiębiorcy i kupca w prawie niemieckim i francuskim¹

1. Wprowadzenie

W dyskusji nad instytucjami prawa handlowego w projekcie księgi pierwszej kodeksu cywilnego² kwestią o szczególnym znaczeniu jest z oczywistych względów kształt koncepcji przedsiębiorcy. Projekt, w wielu miejscach inspirowany m.in. holenderskim kodeksem cywilnym, w odniesieniu do pojęcia przedsiębiorcy zdaje się być oryginalną, pozbawioną wyraźnych obcych wpływów propozycją. Warto więc, by ostateczną ocenę projektowanej definicji przedsiębiorcy poprzedzić refleksją nad ewentualną przydatnością rozwiązań znanych innym kontynentalnym systemom prawnym. Niniejsze opracowanie poświęcone zostało koncepcji kupca i przedsiębiorcy w prawie niemieckim, do którego polskie prawo prywatne tradycyjnie wykazuje wiele podobieństw, oraz w prawie francuskim, najbardziej reprezentatywnym dla systemów prawa romańskie-

¹ Zagadnienia dotyczące prawa niemieckiego opracował M. Podleś i P. M. Wiórek, francuskiego – K. Kulak.

² Komisja Kodyfikacyjna Prawa Cywilnego działająca przy Ministrze Sprawiedliwości, *Księga pierwsza Kodeksu cywilnego. Projekt wraz z uzasadnieniem*, Warszawa 2008; dalej: projekt.

go, szczytującym się obowiązującą od ponad 200 lat kodyfikacją prawa handlowego³. Podjęta analiza jest tym ciekawsza, że oba omawiane porządki prawne zasadzają się formalnie – w przeciwieństwie do prawa polskiego – na dualistycznej koncepcji prawa prywatnego⁴, zakładającej systemowy i funkcjonalny rozdział prawa handlowego i prawa cywilnego.

2. Przedsiębiorca

2.1. Uwagi ogólne

Zarówno w Niemczech, jak i we Francji znane jest pojęcie przedsiębiorcy (niem. *Unternehmer*, fr. *entrepreneur*), o innym jednak znaczeniu niż to nadawane mu w prawie polskim. W obu tych państwach kategoria przedsiębiorcy ukształtowała się stosunkowo niedawno obok tradycyjnych, właściwych dla prawa handlowego konstrukcji kupca (niem. *Kaufmann*, fr. *commerçant*). Ponieważ pojęcia te nie mają charakteru zamiennego, istotne jest właściwe ich rozumienie i odróżnianie.

2.2. Niemcy

Ustawodawca niemiecki wprowadza pojęcie przedsiębiorcy w § 14 kodeksu cywilnego (*Bürgerliches Gesetzbuch*, dalej: BGB). Zgodnie z ustępem pierwszym tego przepisu przedsiębiorcą jest osoba fizyczna, osoba prawna lub posiadająca zdolność prawną spółka osobowa, która przy dokonywaniu czynności prawnej działa w wykonywaniu swojej działalności gospodarczej lub zawodowej. W literaturze podkreśla się przy tym, że pojęcie czynności prawnych należy interpretować rozszerzająco i objąć nim również czynności przygotowawcze, podejmowane przed dokonania-

³ Francuski kodeks handlowy – *Code de commerce*, dalej: C.com. – w wyniku reko-dyfikacji z 2000 r. jest formalnie załącznikiem do ordonansu nr 2000-912 z dnia 18 września 2000 r. w sprawie części legislacyjnej kodeksu handlowego (JORF z 21 września 2000 r., NOR: JUSX0000038R).

⁴ W Niemczech prawo handlowe określane jest jako „szczególne prawo prywatne kupców” (*Sonderprivatrecht der Kaufleute*), a nawet jako prawo stanu kupieckiego (*Recht des Handelsstandes*); por. K. H o p t, A. B a u m b a c h, *Handelsgesetzbuch*, Monachium 2008, Einleitung vor § 1, nb. 1; C. W. C a n a r i s, *Handelsrecht*, 24. Aufl., München, § 1 I, nb. 10, s. 4-5. Co do koncepcji francuskich zob. R. D a v i d, *Prawo francuskie: podstawowe dane*, Warszawa 1965, s. 189-193; R. S a v a t i e r, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui*, 3e série, Paris 1959, s. 196-210.

niem czynności prawnych⁵. Ustęp drugi § 14 BGB definiuje posiadającą zdolność prawną spółkę osobową jako spółkę osobową, która wyposażona jest w zdolność nabywania praw i zaciągania zobowiązań. Pojęcie przedsiębiorcy zostało wprowadzone do niemieckiego kodeksu cywilnego w toku europeizacji prawa cywilnego i jest ściśle związane ze wspólnotowym prawem konsumenckim. Stanowi ustawowe „lustrzane odbicie” pojęcia konsumenta i – jak podkreśla się w literaturze niemieckiej – zastępuje ono w prawie konsumenckim zarówno pojęcie kupca (*Kaufmann*), jak i pojęcie przedsiębiorstwa (*Gewerbebetrieb*), którym posługuje się BGB w wybranych przepisach (np. w § 269 ust. 2 BGB – dla oznaczania miejsca spełnienia świadczenia). Pojęcie przedsiębiorcy pokrywa się praktycznie również z pojęciem działalności zarobkowej, rozumianej zarówno funkcjonalnie, jak i przedmiotowo zgodnie z § 1822 pkt 3 BGB, a także z pojęciem przedsiębiorcy w rozumieniu § 84 HGB⁶. Jest to natomiast pojęcie węższe niż pojęcie przedsiębiorcy w umowie o dzieło (§ 631 i nast. BGB), ponieważ na tle tej regulacji przedsiębiorcą jest wytwórca (zleceniobiorca), który może być również konsumentem⁷.

Na tle pojęcia przedsiębiorcy można już w Niemczech odnotować szereg wypowiedzi judykatury. Za przedsiębiorcę uznano każdą osobę fizyczną i prawną, która oferuje na rynku w sposób planowy i trwały świadczenia za wynagrodzeniem⁸. Przedsiębiorcami są zarówno osoby

⁵ H. Heinrichs, J. Ellenberger, [w:] *Bürgerliches Gesetzbuch. Kommentar*, red. O. Palandt, wyd. 67, Monachium 2008, § 14, nb. 4.

⁶ Powołany § 84 HGB dotyczy przedstawiciela handlowego i określa go jako kogoś, kto samodzielnie prowadząc działalność gospodarczą, powołany jest stale do pośredniczenia dla innego przedsiębiorcy (przedsiębiorca) lub do dokonywania (dosłownie: zawierania) w imieniu tegoż innego przedsiębiorcy czynności prawnych. Przedsiębiorcą w rozumieniu przepisów o pośredniku handlowym jest druga strona umowy z owym pośrednikiem i jest to pojęcie szersze od pojęcia kupca. Podobne, szersze od pojęcia kupca, pojęcie przedsiębiorcy spotkać można w innych przepisach niemieckiego kodeksu handlowego (§ 55 ust. 4 HGB), w którym jako przedsiębiorcę określa się mocodawcę pełnomocnika handlowego lub przedstawiciela handlowego; § 406 HGB dotyczącym umowy komisju; § 454 HGB dotyczącym umowy spedycji i wreszcie w § 2 HGB, regulującego uprawnienia przedsiębiorcy, który nie jest kupcem z mocy prawa (*Istkaufmann*), do skorzystania z uprawnienia zostania kupcem poprzez wpis do rejestru handlowego jako kupiec fakultatywny – *Kannkaufmann*).

⁷ H. Heinrichs, J. Ellenberger, [w:] *Bürgerliches Gesetzbuch...*, § 14, nb. 1.

⁸ BGH, NJW 06, s. 2250.

wykonujące wolny zawód, zawodowi opiekunowie⁹, rzemieślnicy oraz rolnicy, jak i osoby prowadzące działalność gospodarczą w niewielkim rozmiarze, niewpisane do rejestru handlowego. Dla uznania za przedsiębiorcę nie jest konieczny zamiar osiągnięcia zysków¹⁰. Dlatego też pod pojęciem przedsiębiorcy mieszczą się również ustawowi zarządcy majątkowi (syndycy, zarządcy w postępowaniu egzekucyjnym, zarządcy masy spadkowej i wykonawcy testamentu), którzy zarządzają przedsiębiorstwem, a także organizacje pożytku publicznego (dokładnie: stowarzyszenia użyteczności publicznej) i jednostki prawa publicznego (zakłady komunalne, baseny) świadczące usługi dla obywateli za wynagrodzeniem, chyba że stosunek prawny, z którego świadczenia te wynikają, zorganizowany jest wyłącznie publicznoprawnie. Osoba podstawiona przez przedsiębiorcę do działania za niego (figurant, niem. *Strohmann*) również jest przedsiębiorcą w rozumieniu § 14 BGB¹¹. Jeżeli dany podmiot oferuje wynajem w warunkach konkurencji rynkowej w sposób planowy i za wynagrodzeniem, jest on przedsiębiorcą¹². Nawet obca branżowo działalność uboczna, jak i pozazawodowe czynności przedsiębiorcze, jak np. eBay-power-seller (tzw. supersprzedawca na internetowym portalu aukcyjnym eBay)¹³, poddane są regulacji § 14 BGB. Natomiast pod pojęciem przedsiębiorcy nie mieści się zarząd majątkiem własnym ani przystąpienie do spółki zarządzającej funduszami, chyba że następuje objęcie funkcji przedsiębiorczej¹⁴. Przepis § 13 BGB definiujący konsumenta obowiązuje wszelako, o ile inwestor zgłasza popyt na świadczenia.

Jak już wyżej wspomniano, przedsiębiorcami w rozumieniu § 14 ust. 2 BGB, mogą być również spółki osobowe, a więc spółka jawna, komandytowa, partnerska, wyposażona w częściową zdolność prawną spółka cywilna oraz europejskie zgrupowanie interesów gospodarczych¹⁵.

⁹ BFH, NJW 05, s. 1005.

¹⁰ BGH, NJW 06, s. 2250.

¹¹ BGH, NJW 02, s. 2030.

¹² H. Heinrichs, J. Ellenberger, [w:] *Bürgerliches Gesetzbuch...*, § 14, nb. 2.

¹³ Ffm, NJW 05, 1438, LG Bln, MMR 07, 401, LG Mainz, NJW 06, 783 i szereg innych orzeczeń. Por. H. Heinrichs, J. Ellenberger, [w:] *Bürgerliches Gesetzbuch...*, § 14, nb. 2.

¹⁴ H. Heinrichs, J. Ellenberger, [w:] *Bürgerliches Gesetzbuch...*, § 14, nb. 2.

¹⁵ Tamże, § 14, nb. 3.

Pojęcie przedsiębiorcy zdefiniowane w § 14 BGB pojawia się we wszystkich tych przepisach niemieckiego kodeksu cywilnego i innych pozakodeksowych przepisach niemieckiego prawa cywilnego, w których występuje on jako druga strona czynności prawnej – obok konsumenta; występuje ono bądź bezpośrednio w treści samego przepisu (obok pojęcia konsumenta)¹⁶, bądź też należy je uznać jako pojęcie definiujące drugą stronę czynności prawnej, a niekiedy faktycznej, dokonywanej z konsumentem, nawet jeżeli dany przepis odnosi się do innego podmiotu, np. spedytora¹⁷.

Poza zawartą w § 14 BGB wyraźną definicją przedsiębiorcy, a także występującym pojedynczo w niektórych przepisach pojęciem przedsiębiorcy (*Unternehmer*), a więc poza sferą języka prawnego, w niemieckim języku prawniczym wyróżnia się ponadto pojęcie przedsiębiorcy (*Unternehmensträger*) rozumianego jako podmiot (potocznie: właściciel) przedsiębiorstwa (w znaczeniu przedmiotowym), a także jako – i to dosłownie – „nośnik” przedsiębiorstwa w znaczeniu funkcjonalnym. Jest nim osoba, w której imieniu prowadzone jest przedsiębiorstwo – będąca bezpośrednio podmiotem praw i obowiązków, związanych z prowadzeniem przedsiębiorstwa¹⁸. Pojęcie to ma objąć i obejmuje szerszy krąg podmiotów cechujących się pewnym stopniem profesjonalizmu niż sami kupcy. Podmiotów określanych w języku prawniczym jako przedsiębiorcy nie można więc utożsamiać z kupcami – tylko bowiem przedsiębiorcy spełniający określone (wskazane niżej) kryteria są jednocześnie kupcami, do których stosuje się przepisy niemieckiego kodeksu handlowego. Natomiast do przedsiębiorców niebędących kupcami, właśnie z uwagi na brak u nich owej kupieckiej podmiotowości, nie stosuje się, co do zasady, przepisów kodeksu handlowego. Takimi przedsiębiorcami są zarówno przedstawiciele wolnych zawodów, która to działalność wyłączona jest z pojęcia działalności gospodarczej, jak i osoby prowadzące działalność gospodarczą w niewielkim rozmiarze (*Kleingewerbetreibende*), niewpisane do rejestru handlowego. Dla tej kategorii podmiotów przepisy niemieckiego

¹⁶ Zob. np. § 241a BGB, § 310 ust. 3 BGB, § 312 BGB, § 355 i 356 BGB, § 474 BGB, § 485 BGB.

¹⁷ Zob. § 455 ust. 3 HGB.

¹⁸ Por. K. S c h m i d t, *Handelsrecht*, Kolonia, Berlin, Bonn, Monachium 2002, s. 92.

kodeksu handlowego znajdują jednakże zastosowanie wprost – jeżeli istnieje w danym zakresie wyraźna podstawa prawna, jak ma to miejsce w stosunku do *Kleingewerbetreibende* w takich przepisach jak § 84 ust. 4, § 93 ust. 3, § 383 ust. 2, § 407 ust. 3 zd. 2, § 453 ust. 3 zd. 2, § 467 ust. 3 zd. 2 HGB, bądź na podstawie reguł o odpowiedzialności za stworzenie pozeru prawnego (*Rechtsscheinhaftung*). Wreszcie istnieje możliwość zastosowania do przedsiębiorców niebędących kupcami pojedynczych przepisów kodeksu handlowego w drodze analogii w sytuacjach określonych przez orzecznictwo sądów niemieckich. Przede wszystkim zaś obowiązuje w stosunku do nich ogólne prawo przedsiębiorców (*Unternehmensrecht*) obejmujące normy z zakresu zbywania przedsiębiorstw i innych umów dotyczących przedsiębiorstw, postępowania egzekucyjnego i upadłościowego, prawa zwalczania nieuczciwej konkurencji i antymonopolowego oraz prawa własności intelektualnej, a także sądownictwa polubownego itd.

Podsumowując rozważania na temat pojęcia przedsiębiorcy w prawie niemieckim, można stwierdzić, że występuje ono zarówno w języku prawnym (definicja przedsiębiorcy zawarta w § 14 BGB, pojęcie przedsiębiorcy zawarte a § 84 HGB), jak i w języku prawniczym, obejmując swoim zakresem szerszą grupę podmiotów niż klasyczne dla niemieckiego prawa handlowego pojęcie kupca. Wyodrębnienie tego pojęcia w § 14 BGB nie miało jednak na celu „zreformowania” definicji kupca, lecz stworzenie odrębnej kategorii pojęciowej dla określenia podmiotów wchodzących w różnorakie relacje prawne z konsumentami.

2.3. Francja

We Francji natomiast pojęcie *entrepreneur*, najczęściej tłumaczone właśnie jako przedsiębiorca, pozostaje przede wszystkim wyrażeniem języka potocznego i prawniczego, a jeśli już pojawia się w tekstach prawnych, oznacza przyjmującego zamówienie w ramach umowy o dzieło (*contrat d'entreprise*) albo jest częścią nazwy określonego zawodu (działalności)¹⁹. W języku potocznym i prawniczym (choć w tym ostatnim przeważa raczej jego funkcja porządkująca) określenie *entrepreneur* jest z kolei

¹⁹ Jak *entrepreneur de remise et de tourisme, entrepreneur de spectacles vivants* czy *entrepreneur du batiment et des travaux publics*.

odnoszone do ogółu podmiotów aktywnych gospodarczo²⁰, rozumianych jako wszystkie osoby wykonujące działalność (przemysłową, handlową, rzemieślniczą) z wykorzystaniem odpłatnej siły roboczej²¹, przy czym działalność ta powinna mieć charakter autonomiczny, powtarzalny (stały) i ekonomiczny²² (w tym znaczeniu wyrażenie *entrepreneur* uznawane jest również za synonim szefa (właściciela) przedsiębiorstwa (*chef d'entreprise*)²³). Przedsiębiorca jest zatem kategorią zbiorczą, obejmującą:

1) kupca (*commerçant*) – prowadzącego działalność handlową (*commerce, activité commerciale*), tj. działalność w zakresie handlu (*distribution, négoce*), przemysłu²⁴ (*industrie*) lub usług (*services*);

²⁰ Nie istnieje w prawie francuskim ogólne pojęcie działalności gospodarczej, które obejmowałoby wszystkie rodzaje aktywności gospodarczej. Przeciwnie, według przedmiotu działalności rozróżnia się np. działalność handlową (*activité commerciale*), rzemieślniczą (*activité artisanale*), rolniczą (*activité agricole*) czy wykonywaną w ramach wolnego zawodu (*activité libérale*). Piśmiennictwo posługuje się niekiedy, jako zbiorczym, określeniem *activité économique* (działalność ekonomiczna, gospodarcza). Stopniowo jednak, przede wszystkim za sprawą prawa wspólnotowego, toruje sobie drogę pojęcie *activité professionnelle* (działalności zawodowej, przy czym nie chodzi o praktykowanie wolnego zawodu).

²¹ Tak G. Cornu, M. Ancel, J. Carbonnier, R. Charlier, H. Desbois, G. Feler, P. Francescakis, B. Goldman, G. Lévassieur, G. Lyon-Caen, P. Malinvaud, R. Paucot, R. Rodière, J.-L. Sourieux, F. Terré, P. Timbal, A. Weill, *Vocabulaire juridique*, red. G. Cornu, 8e édition, Quadriga 2007, s. 363.

²² D. Fasquelle, J.P. Bertrel, M. Bertrel, J. Delga, F. Bien, Ch. Collard, Ch. Roquilly, T. Bonneau, G. Guéry, R. Walter, A. Médina, J.-L. Vallens, M.P. Fenoll-Trousseau, N. Ferry-Maccario, *Droit de l'entreprise*, red. D. Fasquelle, Lamy S.A. 2007, s. 170-171. Warunek ekonomicznego charakteru jest w prawie francuskim rozumiany szeroko, w każdym razie nie jako nastawienie na osiągnięcie zysku, a raczej jako „przedmiot działalności w postaci produkcji i wymiany dóbr i usług na rynku”.

²³ G. Cornu, *Vocabulaire juridique...*, s. 363.

²⁴ Mówi się też czasem o działalności przemysłowej (*activité industrielle*) dla podkreślenia specyfiki jej przedmiotu, tj. wydobywania (*extraction*), przetwarzania (*transformation*) i produkcji (*production*) dóbr nierolniczych – G. Cornu, *Vocabulaire juridique...*, s. 487; nie zmienia to jednak faktu, że jest ona zaliczana do szerszego pojęcia działalności handlowej, przez co podlega prawu handlowemu, a osoba ją wykonująca, zwana przemysłowcem (*industriel*), jest jednocześnie kupcem (*commerçant*) – por. D. Fasquelle, *Droit de l'entreprise...*, s. 171.

²⁵ Działalność rzemieślnicza nie została zaliczona do działalności handlowej, przez co podlega ona odrębnej od prawa handlowego regulacji prawnej, sami zaś rzemieślnicy nie posiadają statusu kupca.

2) rzemieślnika (*artisan*) – prowadzącego działalność rzemieślniczą²⁵ (*artisanat, activité artisanale*);

3) rolnika (*agriculteur*) – prowadzącego działalność rolniczą²⁶ (*agriculture, activité agricole*),

4) przedstawiciela wolnego zawodu (*professionnel libéral*) – wykonującego wolny zawód (*profession libérale, activité libérale*).

Porządkująca funkcja określenia *entrepreneur* przejawia się w tym, że podmioty wymienione w pkt 2-4 tworzą – niejako w opozycji do kupca (*commerçant*) – doktrynalną kategorię *entrepreneurs non-commerçants* (przedsiębiorców niebędących kupcami), podlegającą nie prawu handlowemu, ale prawu cywilnemu. Jedynie w ograniczonym zakresie i to z mocy wyraźnego odesłania możliwe jest stosowanie do nich przepisów pomyślanego przede wszystkim dla kupców prawa handlowego (w pierwszej kolejności C.com.). Dotyczy to m.in.²⁷ możliwości korzystania z instytucji najmu handlowego (*bail commercial*), upadłości (*faillite*), postępowania naprawczego (*redressement judiciaire*), braku ograniczeń dowodowych – co do zasady niedostępnych dla *entrepreneurs non-commerçants*. Przeciwwstawianie tej grupy podmiotów kupcom zdaje się jednak powoli tracić na znaczeniu w obliczu stopniowego rozszerzania przez ustawodawcę francuskiego uprawnień typowo kupieckich na kolejne grupy przedsiębiorców, w szczególności na rzemieślników. Zacieraniu granic sprzyja również działalność prawodawcy europejskiego (zwłaszcza w zakresie wspólnotowego prawa konsumenckiego i konkurencji), zrównującego pod względem praw i obowiązków wszystkich przedsiębiorców (*entrepreneurs*) określaną wspólną nazwą *professionnels*²⁸.

²⁶ Działalność rolnicza jest tradycyjnie uznawana za cywilną. Potwierdza to także regulacja prawna (zob. art. L721-6 C.com., art. 2 al. 2 ustawy n° 88-1202 z 30 grudnia 1988 r.).

²⁷ Reżim prawny właściwy dla kupców omawia szczegółowo G. R i p e r t, *Traité élémentaire de droit commercial*, 11e édition, Paris 1983, s. 222 i nast.

²⁸ Zob. np. art. 2 francuskiej wersji językowej dyrektywy 85/577/EWG z dnia 20 grudnia 1985 r. w sprawie ochrony konsumentów w odniesieniu do umów zawartych poza lokalem przedsiębiorstwa (Dz.Urz. WE L 372 z 31.12.1985), gdzie definiowane na użytek dyrektywy pojęcie *commerçant* obejmuje podmioty prowadzące wszelką działalność zawodową (*activité professionnelle*).

3. Kupiec – konstrukcja prawna

3.1. Uwagi ogólne

W obu omawianych systemach kategorią o donioślejszym znaczeniu, tak prawnym, jak i praktycznym, niż ogólnie pojmowany przedsiębiorca (niem. *Untermehmer*, fr. *entrepreneur*) jest kupiec (niem. *Kaufmann*, fr. *commerçant*). Ponieważ to właśnie instytucja kupca jest treściowo i konstrukcyjnie najbliższa pojęciu przedsiębiorcy, o którym mowa w art. 43¹ k.c.²⁹, powinna ona stanowić punkt odniesienia dla definicji przedsiębiorcy zaproponowanej w art. 57 § 1 projektu.

3.2. Niemcy

Niemiecki kodeks handlowy (*Handelsgesetzbuch*)³⁰ od początku swego istnienia opiera się na koncepcji subiektywnej, czyniąc pojęcie kupca centralną instytucją oddzielającą prawo handlowe od prawa cywilnego, skodyfikowanego w kodeksie cywilnym³¹. Od czasu uchwalenia kodeksu handlowego do chwili obecnej pojęcie kupca uległo jednak pewnej modyfikacji.

Początkowo, na gruncie ówczesnie obowiązujących przepisów kodeksu handlowego, doktryna niemiecka³² dzieliła kupców na trzy grupy. Pierwszą z tych grup stanowiły osoby trudniące się działalnością, nadającą im w świetle § 1 kodeksu handlowego (dalej: HGB) z mocy ustawy przymiot kupca. Przepis § 1 ust. 2 HGB zawierał przy tym wyliczenie określonych rodzajów działalności (*Grundhandelsgewerbe*) – obejmując między innymi czynności bankowe, transportowe, skład, handel towarami. Działalność tę określano mianem „czynności handlowych obiektywnych” (*Grundhandelsgeschäfte*)³³, a osoby prowadzące taką działalność były kupcami bez względu na to, czy dopełniły obowiązku rejestracji w rejestrze handlowym (*Musskaufleute*)³⁴. Do drugiej grupy kupców na-

²⁹ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. Nr 16, poz. 93 ze zm.).

³⁰ Ustawa z dnia 10 maja 1897 r., RGBl. 1897, s. 219.

³¹ Por. G. Roth, *Handels- und Gesellschaftsrecht. Das Recht des kaufmännischen Unternehmens*, Monachium 1998, s. 2.

³² Tak: K. Hopt, A. Baumbach, K. Duden, *Handelsgesetzbuch*, Monachium 1989, s. 32 i nast.; G. Roth, *Handels...*, s. 45 i nast.; K. Schmidt, *Handelsrecht...*, s. 291 i nast.

³³ Tak: A.D. Szczygielski, *Kupiec*, Warszawa 1935, s. 7.

³⁴ G. Roth, *Handels...*, s. 49.

leżały osoby zajmujące się działalnością inną niż wymieniona w § 1 ust. 2 HGB. Prowadzenie takiej działalności mogło skutkować uzyskaniem przymiotu kupca nie z uwagi na sam jej przedmiot, ale jedynie z uwagi na rozmiar i rodzaj przedsiębiorstwa, które wymagało zorganizowania w sposób kupiecki³⁵. Jednakże dana osoba z opisywanej drugiej grupy stawała się kupcem – w świetle § 2 HGB – dopiero po dokonaniu wpisu do rejestru handlowego (*Sollkaufleute*), chociaż wpis ten był obligatoryjny. Inaczej potraktowano osoby prowadzące działalność w zakresie produkcji rolnej, które nie miały obowiązku dokonania wpisu do rejestru handlowego. Jeśli jednak wpis dokonały, to na gruncie § 3 HGB uzyskiwały status kupca (*Kannkaufleute*). Z kolei trzecią grupę kupców tworzyły osoby, uzyskujące – tak jak spółka akcyjna – status kupca z mocy obranej formy działalności, a zatem już przez sam fakt ich utworzenia (*Formkaufleute*).

Dokonane przybliżenie pojęcia kupca ukazuje wyraźnie, że uzyskanie statusu kupca było pierwotnie uzależnione w Niemczech od przedmiotu oraz rodzaju lub formy działalności i dlatego nie było możliwe dla każdej osoby prowadzącej działalność gospodarczą. Mimo to podkreślano, iż przyjęta w Niemczech regulacja objęła określeniem kupca, według kryteriów czysto formalnych, warstwy społeczne nieodpowiadające potoczemu, ekonomicznemu pojęciu kupca³⁶. Z punktu widzenia praw i obowiązków kategoria kupców podzielona została na dwie grupy: kupców podlegających uregulowaniom kodeksu handlowego – „pełnych kupców” (*Vollkaufleute*) oraz kupców, do których szereg przepisów kodeksu handlowego nie miał zastosowania – „niepełnych kupców” (*Minderkaufleute*). Według dawnego § 4 ust. 1 HGB przepisy o firmie, prokurze, księgach handlowych oraz o spółkach handlowych nie miały zastosowania do osób, które prowadziły działalność gospodarczą niewymagającą ze względu na jej rozmiar i rodzaj zorganizowania w sposób kupiecki. Z kolei podmioty prowadzące działalność niewymienioną w § 1 ust. 2 HGB (*Grundhandelsgerwerbe*), które nie skorzystały z możliwości dokonania wpisu do rejestru handlowego na podstawie § 2 HGB, nie były

³⁵ K. Schmidt, *Handelsrecht...*, s. 292.

³⁶ A.D. Szczygielski, *Kupiec...*, s. 7.

uznawane za kupców, nawet „niepełnych” (*Minderkaufleute*), chociażby ich działalność wymagała zorganizowania w sposób kupiecki³⁷.

Pierwotna regulacja kodeksu handlowego dotycząca pojęcia kupca została zmieniona w roku 1998³⁸ i w kształcie tą zmianą nadanym obowiązuje do dnia dzisiejszego. Od tego czasu zgodnie z § 1 HGB kupcem z mocy prawa (*Kaufmann*, określane również jako *Istkaufmann*) jest każdy, kto prowadzi kupiecką działalność gospodarczą (*Handelsgewerbe*)³⁹, przez którą rozumie się każdą działalność gospodarczą, chyba że działalność ta nie wymaga ze względu na swój rodzaj i rozmiar zorganizowania na sposób kupiecki⁴⁰. Po analizie treści nowego § 1 HGB, definiującego pojęcie kupca, można dojść do wniosku, że obecnie w prawie niemieckim zostało zawarte wzruszalne domniemanie prowadzenia kupieckiej działalności gospodarczej, skutkujące obowiązkiem ujawnienia prowadzonej działalności w rejestrze handlowym⁴¹. Pod pojęciem działalności gospodarczej (*Gewerbe*) w doktrynie rozumie się zawodowe i samodzielne prowadzenie działalności z zamiarem stałego osiągania zysku⁴².

³⁷ Taki stan rzeczy był krytykowany w doktrynie i prowokował postulaty stosowania przepisów kodeksu handlowego na zasadzie analogii – por. K. Schmidt, *Handelsrecht...*, s. 292.

³⁸ Por. *Gesetz zur Neuregelung des Kaufmanns- und Firmenrechts und zur Änderung anderer handels- und gesellschaftsrechtlicher Vorschriften (Handelsrechtsreformgesetz)* – ustawa o nowym uregulowaniu prawa kupca oraz prawa firmowego oraz zmieniająca inne przepisy z zakresu prawa handlowego i prawa spółek (ustawa reformująca prawo handlowe) z dnia 22.06.1998 r., BGBl I, s. 1474. Ustawa weszła w życie z dniem 1 lipca 1998 r.

³⁹ Pojęcie *Gewerbe* – tłumaczone jako „proceder zarobkowy” – traktowano w polskiej doktrynie jako równoważne zawartemu w przepisach polskiego kodeksu handlowego pojęciu „przedsiębiorstwa” w znaczeniu funkcjonalnym. Polski prawodawca wybrał jednak pojęcie „przedsiębiorstwo” na określenie zawodowego i stałego zajmowania się czynnościami handlowymi”, ze względu na pejoratywny wydźwięk słowa „proceder” w języku polskim; tak: A. D. Szczęśliwski, *Zasady prawa handlowego*, t. I, Warszawa 1936, s. 130-131. W niniejszym opracowaniu słowo *Gewerbe* jest jednak tłumaczone w postaci uwspółczonej jako „działalność gospodarcza”.

⁴⁰ W doktrynie niemieckiej stosowane jest również pojęcie „przedsiębiorstwo w mniejszym rozmiarze” (*kleinerer Gewerbebetrieb*) jako pojęcie przeciwstawne określeniu „prowadzenie przedsiębiorstwa w większym rozmiarze” (*Betrieb eines größeren Handelsgewerbes*), odnoszącemu się do działalności w znaczeniu funkcjonalnym, która ma być już prowadzona przez kupca według reguł określonych między innymi w HGB; por. S. Habermeyer, *Grundfragen des Gesellschaftsrechts*, JuS 1998, s. 866.

⁴¹ Por. K. Schmidt, *Handelsrecht...*, s. 308.

⁴² Tamże, s. 281 i nast.; G. Roth, *Handels...*, s. 45.

Kupiecka działalność gospodarcza (*Handelsgewerbe*) wyróżniana bywa zaś w konkretnym przypadku na podstawie **sposobu zorganizowania prowadzonej działalności**, w tym w szczególności liczby pracowników, rodzaju działalności, wysokości obrotu, kapitału założycielskiego, ilości oferowanych usług i kontaktów handlowych, korzystania z kredytu oraz udziału w obrocie wekslowym⁴³. Wyłączeniu spod pojęcia działalności gospodarczej (*Gewerbe*) w Niemczech podlega nadal działalność w zakresie wykonywania wolnych zawodów (co znajduje swoje odzwierciedlenie w przepisach szczególnych)⁴⁴, działalność naukowa i artystyczna⁴⁵, a ponadto na podstawie § 3 HGB również działalność w dziedzinie rolnictwa i leśnictwa.

Wpis kupca z mocy prawa (*Istkaufmann*) do rejestru handlowego ma charakter deklaratoryjny, chociaż istnieje obowiązek wpisu do rejestru⁴⁶.

W wyniku dokonanej w Niemczech nowelizacji pojęcia „kupca” również osoby prowadzące działalność gospodarczą, „niewymagającą ze względu na swój rodzaj i rozmiar zorganizowania na sposób kupiecki”, określane w literaturze jako *Kleingewerbetreibende* (podmioty prowadzące działalność gospodarczą w niewielkim rozmiarze), mogą po dokonaniu wpisu do rejestru handlowego prowadzić swoją działalność jako kupcy (tzw. *Kannkaufmann* – § 2 HGB, kupiec fakultatywny, kupiec z wyboru). Przepis § 2 HGB nabiera szczególnego znaczenia w prawie spółek poprzez odpowiadający mu § 105 ust. 2 HGB⁴⁷, zgodnie z którym spółki cywilne, o ile już ze względu na sam rozmiar prowadzonej przez nie działalności gospodarczej nie stały się z mocy prawa spółkami jawnymi⁴⁸, lub spółki

⁴³ Por. K. Schmidt, *Handelsrecht...*, s. 308 i nast. oraz powołane tam orzecznictwo. K. Schmidt podkreśla, że o istnieniu „kupieckiej działalności gospodarczej” decyduwać ma łącznie rodzaj i rozmiar prowadzonej działalności, a nie tylko jeden z tych elementów. Z kolei zgodnie z orzeczeniem Wyższego Sądu Krajowego w Dreźnie (NJW-RR 2002, s. 34) kwalifikowaniu danej działalności jako „kupieckiej działalności gospodarczej” nie stoi na przeszkodzie okoliczność, iż w danym przedsiębiorstwie roczny obrót bądź powierzchnia użytkowa są stosunkowo niewielkie, o ile inne elementy wskazują na określony poziom profesjonalizmu prowadzonej działalności.

⁴⁴ K. Hopt, A. Baumbach, *Handelsgesetzbuch*, Monachium 2008, § 1, nb. 19.

⁴⁵ Tamże, § 1, nb. 19.

⁴⁶ Tamże, § 2, nb. 10.

⁴⁷ Tamże, § 2, nb. 2.

⁴⁸ Zob. § 105 ust. 1 HGB. Ta konstrukcja powstania spółki jawnej automatycznie z chwilą osiągnięcia przez przedsiębiorstwo spółki cywilnej większych rozmiarów odpo-

zarządzające własnym majątkiem stają się po wpisaniu firmy przedsiębiorstwa do rejestru handlowego spółkami jawnymi lub spółkami komandytowymi⁴⁹. Jako szczególną grupę do kategorii *Kannkaufmann* zalicza się również osoby prowadzące działalność w dziedzinie rolnictwa i leśnictwa. Mimo że osobom tym nie przysługuje zgodnie z § 3 ust. 1 HGB status kupca, mogą one wszelako – zgodnie z § 3 ust. 2 HGB i po spełnieniu określonych tam przesłanek⁵⁰ – zostać kupcami na mocy fakultatywnego wpisu do rejestru. W obydwu wypadkach wpis do rejestru handlowego ma charakter konstytutywny.

Oprócz kategorii „kupców z wyboru” (i jak stwierdzono, fakultatywnego, ale zarazem konstytutywnego wpisu), zgodnie z § 6 HGB prawo niemieckie nadal traktuje niektóre podmioty jako kupców, niezależnie od przedmiotu ich działalności. Są to tak zwani „kupcy z mocy formy prawnej” (*Formkaufmann*). Obecnie – obok spółek kapitałowych – także niektóre handlowe spółki osobowe mogą być uznawane za kupców z mocy formy prawnej, skoro mogą być tworzone niezależnie od przedmiotu działalności pod warunkiem dokonania ich wpisu do rejestru handlowego⁵¹. Ta ostatnia uwaga odnosi się w szczególności do spółek zarządzających własnym majątkiem, które są wymienione w § 105 ust. 2 HGB⁵². Nie stanowią natomiast kupców z mocy formy prawnej spółki jawne i spółki komandytowe, które w każdym przypadku prowadzą działalność gospodarczą i są one kupcami bądź to z uwagi na rozmiar prowadzonej przez nie działalności gospodarczej, która właśnie ze względu na ów rozmiar staje się kupiecką działalnością gospodarczą, bądź poprzez wpis do rejestru jako kupcy z wyboru (§ 105 ust. 2 HGB) w przypadku, kiedy ich działalność

wiada konstrukcji kupca z mocy prawa (*Istkaufmann*). W obydwu przypadkach bowiem wpis do rejestru ma charakter deklaratoryjny, chociaż jest obowiązkowy.

⁴⁹ Zob.: § 161 ust. 2 w związku z § 105 ust. 2 HGB. Jednakże niektórzy autorzy nie utożsamiają całkowicie spółki jawnej i komandytovej z mocy wpisu z *Kannkaufmann* (kupcem fakultatywnym) – por. przykładowo K. H o p t, A. B a u m b a c h, *Handelsgesetzbuch...*, § 1, nb. 7.

⁵⁰ Zgodnie z tym przepisem § 2 HGB stosuje się do osób prowadzących działalność rolniczą lub leśną, jeżeli wymaga ze względu na swój rodzaj i rozmiar zorganizowania na sposób kupiecki.

⁵¹ Tak: K. S c h m i d t, *Handelsrecht...*, s. 295 i nast.

⁵² Por. szerzej C.-W. C a n a r i s, *Handelsrecht*, 24. Aufl., München 2006, § 3 II, nb. 46.

gospodarcza nie osiągnęła jeszcze rozmiarów „kupieckich”. Odnośnie tychże spółek przepis § 6 HGB nie ma więc samodzielnego znaczenia, skoro nie przyznaje im podmiotowości kupieckiej niezależnie od przedmiotu ich działalności⁵³.

Istnieje wreszcie pojęcie „kupca z mocy wpisu” (*Kaufmann kraft Eintragung*), związane z wyrażonym w § 5 HGB domniemaniem, zgodnie z którym w przypadku wpisania firmy do rejestru handlowego nie można podnosić wobec osoby, która powołuje się na wpis do rejestru, zarzutu, że wpisana do rejestru działalność nie jest kupiecką działalnością gospodarczą (działalnością handlową). Pojęciem *Kaufmann kraft Eintragung* objęte są zarówno podmioty określane mianem *Kannkaufmann*, jak i tzw. spółki jawne i komandytowe z mocy wpisu, które w istocie stanowią szczególną grupę kupców fakultatywnych⁵⁴. Jest ono jednak o tyle szersze, że obejmuje również podmioty niewymienione w § 2 i § 105 HGB, a które zostały omyłkowo wpisane do rejestru handlowego.

W efekcie zmiany definicji kupca w Niemczech zniesiono zatem rozróżnienie sposobów uzyskania statusu kupca ze względu na rodzaj prowadzonej działalności (*Grundhandelsgewerbe*), a także zlikwidowano pojęcie „kupców niepełnych” (*Minderkaufleute*)⁵⁵. Porównując nową regulację niemieckiego kodeksu handlowego z regulacją pierwotną, można stwierdzić, że pojęcie kupca nadal stanowi centralny punkt odniesienia dla prawa handlowego jako szczególnego prawa prywatnego kupców. Dotychczasowe pojęcia *Mußkaufmann* i *Sollkaufmann* zastąpiło jednolite pojęcie kupca (*Kaufmann*, określane również jako *Istkaufmann*), przy zachowaniu pojęcia działalności gospodarczej. Kupcem jest obecnie każdy prowadzący działalność gospodarczą (niezależnie od branży) poza podmiotami prowadzącymi działalność gospodarczą w niewielkim rozmiarze (*Kleingewerbetreibende*), które jednak mogą wpisać się do rejestru handlowego i zostać dobrowolnie kupcami (tzw. *Kannkaufmann – kupiec z wyboru*), o ile nie są już kupcami z mocy formy prawnej (*Formkaufmann*). W rezultacie wprowadzonych w kodeksie handlowym zmian zbędna stała się kategoria „kupców niepełnych” (*Minderkaufmann*), co dopro-

⁵³ Por. C.-W. Canaris, *Handelsrecht...*, § 3 II, nb. 45-46.

⁵⁴ Por. K. Hopt, A. Baumbach, *Handelsgesetzbuch...*, § 1, nb. 7.

⁵⁵ Por. K. Schmidt, *Handelsrecht...*, s. 293 i nast.

wadziło wszelako do wyjścia szeregu podmiotów poza zakres regulacji niemieckiego kodeksu handlowego⁵⁶. Rozróżnienie między kupcem a osobą prowadzącą działalność gospodarczą w niewielkim rozmiarze następować będzie obecnie – w braku dotychczasowych kryteriów takich jak *Grundhandelsgerberbe* – na podstawie całokształtu okoliczności. W literaturze niemieckiej podkreśla się, że rezygnacji z katalogu podstawowej działalności handlowej (*Grundhandelsgerberbe*) towarzyszy zmniejszenie pewności prawnej, które tylko częściowo łagodzone jest przez to, że poprzez wpis do rejestru każdy prowadzący działalność gospodarczą (*Gewerbetreibende*) zostaje kupcem, a spółka cywilna i spółka zarządzająca majątkiem staje się spółką jawną oraz przez zawarte w § 1 ust. 2 HGB domniemanie przemawiające za prowadzeniem kupieckiej działalności gospodarczej⁵⁷. Warto dodać, że zakresem regulacji niemieckiego kodeksu handlowego została objęta również działalność gospodarcza w przedmiocie poszczególnych rodzajów umów, nawet jeśli prowadzona jest przez podmioty, które na gruncie przepisów kodeksu handlowego nie są kupcami (tak: § 84 ust. 4, § 93 ust. 3, § 383 ust. 2, § 407 ust. 3 zd. 2, § 453 ust. 3 zd. 2, § 467 ust. 3 zd. 2 HGB). Miało to z jednej strony rekompensować zniesienie pojęcia *Minderkaufmann*, z drugiej jednak strony powoduje odejście od klasycznego prawa kupieckiego⁵⁸.

3.3. Francja

Nieco bardziej złożone okazuje się pojęcie kupca w prawie francuskim. Wynika to z przedmiotowego ujęcia francuskiego prawa handlowego⁵⁹, dla którego pojęciem centralnym nie jest przedsiębiorca czy kupiec, ale czynność handlowa (*acte de commerce*)⁶⁰, stanowiąca zarazem najistotniejszy element definicji kupca. Zgodnie bowiem z art. art. L121-1 C.com.

⁵⁶ Por. K. H o p t, A. B a u m b a c h, *Handelsgesetzbuch...*, § 1, nb. 4 i 10.

⁵⁷ Tamże, § 1, nb. 3.

⁵⁸ Tamże, § 1, nb. 4.

⁵⁹ Podkreślił to zresztą ustawodawca francuski, zamieszczając definicję czynności handlowej już w dwóch pierwszych artykułach C.com. (art. L110-1 i L110-2). Coraz częstsze są jednak wypowiedzi upatrujące we francuskim prawie handlowym koncepcji przedmiotowo-podmiotowej (zob. A. V i a n d i e r, J. V a l l a n s a n, *Actes de commerce, commerçants, activité commerciale*, 3e édition, n° 50, Presses Universitaires France 1992; Y. R e i n h a r d, J.-P. C h a z a l, *Droit commercial*, n° 176, 6e édition, Litec 2001).

⁶⁰ Na ukierunkowanie francuskiego prawa handlowego właśnie na czynność handlową, a nie na osobę jej autora, wskazuje G. R i p e r t, *Traité élémentaire...*, s. 1.

kupcem jest każdy, kto dokonuje czynności handlowych i czyni z tego swój stały zawód⁶¹.

Na definicję tę składa się część określająca krąg osób mogących uzyskać status kupca oraz część określająca zachowanie wyróżniające (działalność wyróżniająca), będące wyłącznym i rozstrzygającym kryterium uzyskania statusu kupca. Wpis do właściwego dla wszystkich kupców Rejestru handlu i spółek (*Registre du commerce et des sociétés* – RCS) jest bowiem tylko konsekwencją posiadania tego przymiotu, pełniąc jedynie funkcje dowodowe⁶². Zasada ta odnosi się do osób fizycznych, spółek *ex definitione* cywilnych (np. spółka udziałowa (*société en participation*)) oraz innych jednostek organizacyjnych mających osobowość prawną (stowarzyszeń, fundacji itd.)⁶³, za wyjątkiem jednak spółek handlowych (spółki jawnej, komandytowej, komandytowo-akcyjnej, z ograniczoną odpowiedzialnością i akcyjnej). Te ostatnie bowiem powstają i z mocy prawa nabywają status kupca (z uwagi na swoją formę prawną) z chwilą wpisu do RCS, bez względu na charakter prowadzonej działalności. Z tego względu spółki handlowe pozostają niejako poza zakresem zastosowania definicji kupca z art. L121-1 C.com.⁶⁴

Podmiotowy zakres definicji kupca, zbudowany w oparciu o sformułowanie „każdy, kto”, obejmuje zatem obie wyróżniane we francuskim prawie prywatnym kategorie podmiotów, tj. osoby fizyczne (*personnes physiques*) oraz osoby prawne (*personnes morales*)⁶⁵.

⁶¹ Zawód należy tu rozumieć szeroko – jako wszelkie zajęcie zarobkowe (działalność zarobkowa). Tłumaczenie za A. Kozłowska-Szczerba, [w:] A. Machowska, K. Wojtyczek, *Prawo francuskie*, red. K. Wojtyczek, t. I, Kraków 2004, s. 255. Por. też K. Kruczałak, *Prawo handlowe. Zarys wykładu*, Warszawa 2006, s. 26, z zastrzeżeniem nieaktualności numeracji powoływanych tam przepisów.

⁶² Wpis pociąga za sobą jedynie wzruszalne domniemanie prawne, że dana osoba jest kupcem (F. Dekeuwer-Défossez, É. Blary-Clément, *Droit commercial, Activités commerciales, commerçants, fonds de commerce, consommation*, 9e édition, Paris 2007, s. 51).

⁶³ Osobę fizyczną wykonującą działalność handlową pomimo braku wpisu do RCS określa się mianem kupca faktycznego (*commerçant de fait*). Nie dotyczy to, co do zasady, osób prawnych, które do czasu wpisu do RCS nie istnieją (nie mogą więc posiadać statusu kupca).

⁶⁴ D. Fasquelle, *Droit de l'entreprise...*, s. 115.

⁶⁵ We Francji istnieje dychotomiczny podział podmiotów prawa prywatnego – są to albo osoby fizyczne albo prawne (tymi ostatnimi są m.in. wszystkie spółki handlowe, a także spółki cywilne).

Jako że prowadzenie działalności handlowej polega na dokonywaniu czynności handlowych, będących w istocie czynnościami prawnymi, podstawowym warunkiem do uzyskania statusu kupca przez osobę fizyczną jest posiadanie pełnej zdolności do czynności prawnych⁶⁶. Wskutek więc okoliczności określanych łącznie jako brak zdolności (*incapacités*⁶⁷) kupcem nie może być osoba małoletnia⁶⁸ (nawet upełnoletniona⁶⁹ – na gruncie prawa cywilnego ciesząca się pełną zdolnością do czynności prawnych⁷⁰) oraz osoba pełnoletnia pozostająca pod opieką, kuratelą lub dozorem sądu. Uzyskanie statusu kupca⁷¹ jest także ograniczone ze względu na niedopuszczalność łączenia (*incompatibilités*) działalności handlowej (w tym wykonywanej za pośrednictwem osoby trzeciej) z określonymi zawodami, zajęciami i funkcjami (wykonywaniem zawodu zaufania publicznego (np. notariusz, komornik), wolnego zawodu, sprawowaniem mandatu parlamentarnego itp.), przy czym zakaz łączenia tych zajęć może nie mieć charakteru bezwzględnego, dotycząc tylko określonych rodzajów działalności handlowej albo określonych stanowisk⁷², zaś najczęstszą sankcją za jego naruszenie jest odpowiedzialność dyscyplinarna (skreślenie z listy, zakaz wykonywania danego zawodu), wyjątkowo tylko karna⁷³. Z kolei zakaz wykonywania działalności handlowej (*interdiction professionnelle*) wyklucza możliwość uzyskania statusu kupca przez osoby skazane za zbrodnie i występki określone w art. 1 ustawy n° 47-1635

⁶⁶ D. Fasquelle, *Droit de l'entreprise...*, s. 116; A. Kozłowska-Szczerba, *Prawo francuskie...*, s. 255.

⁶⁷ Por. G. Ripert, *Traité élémentaire...*, s. 159-163.

⁶⁸ Pełnoletność osiąga się we Francji z ukończeniem 18 roku życia.

⁶⁹ Upełnoletnienie we Francji (*émancipation*) następuje z mocy prawa na skutek zawarcia przez małoletniego małżeństwa albo na podstawie decyzji sądu opiekuńczego, podjętej w stosunku do małoletniego, który ukończył 16 rok życia (art. 413-1 i nast. francuskiego kodeksu cywilnego (*Code civil*; dalej: C.civ.). Osoba upełnoletniona może być członkiem organu spółki handlowej oraz wykonywać działalność rzemieślniczą, rolniczą lub wolny zawód.

⁷⁰ Art. L121-2 C.com. i art. 413-8 C.civ.

⁷¹ D. Fasquelle, *Droit de l'entreprise...*, s. 117-119.

⁷² Np. o ile zakazane jest sprawowanie funkcji w organach kierowniczych jednostek organizacyjnych mających status kupca, o tyle dopuszczalne jest bycie ich współnikiem, udziałowcem oraz sprawowanie w nich funkcji nadzorczych.

⁷³ Np. w odniesieniu do urzędników zob. art. 175 i 176 francuskiego kodeksu karnego (*Code pénal*).

z 30 sierpnia 1947 r. dotyczącej uzdrowienia działalności handlowej i przemysłowej – w okresie ustalonym przez sąd, jednak nie krótszym niż 5 lat, oraz przez osoby, w stosunku do których ogłoszono upadłość osobistą (*faillite personnelle*) – art. L625-1 – L625-2 C.com.⁷⁴ Poza tym należy wspomnieć o reglamentacji działalności handlowej obcokrajowców (z wyjątkiem obywateli państw członkowskich Unii Europejskiej), polegającej albo na całkowitym wyłączeniu dostępu do określonych zawodów (np. maklera giełdowego) albo na odesłaniu do umów międzynarodowych (np. na zasadzie wzajemności) z zastrzeżeniem dodatkowych warunków (np. uzyskanie karty kupca zagranicznego⁷⁵), przy czym osobie takiej nigdy nie będzie przysługiwać ani czynne, ani bierne prawo wyborcze do izb handlowych i sądów gospodarczych⁷⁶, ani też prawo do zawierania umów najmu handlowego.

Obok ograniczeń dotyczących bezpośrednio osoby potencjalnego kupca należy mieć na uwadze istnienie szczególnych, reglamentowanych rodzajów działalności, wymagających zgody odpowiedniego organu administracyjnego, z możliwością jej uzależnienia od posiadania odpowiedniego wykształcenia lub gwarancji finansowych⁷⁷, a także monopoli produkcyjnych i usługowych, które jednak, pod wpływem regulacji wspólnotowych, systematycznie tracą na znaczeniu.

Dzięki przyjętej w art. L121-1 C.com. otwartej formule podmiotowej kupcami mogą być również osoby prawne⁷⁸ (*personnes morales*), spośród których najliczniejszą grupę stanowią spółki handlowe (*sociétés commercia-*

⁷⁴ Zgodnie z art. L625-2 C.com. upadłość osobista niesie ze sobą zakaz kierowania, zarządzania, administrowania lub kontrolowania, bezpośrednio lub pośrednio, wszelkiego przedsiębiorstwa (*entreprise*) handlowego, rzemieślniczego, wszelką działalnością rolniczą i jakiegokolwiek osoby prawnej prowadzącej działalność gospodarczą (*activité économique*). Podobne zakazy zawarte są ponadto w przepisach szczególnych, regulujących poszczególne zawody.

⁷⁵ *Carte d'identité de commerçant étranger* nie jest wymagana od obywateli Andory, Monako, Algierii, zaś jej uzyskanie jest ułatwione dla obywateli USA, Szwajcarii i niektórych państw afrykańskich.

⁷⁶ Sądy gospodarcze we Francji mają charakter branżowy i składają się z samych kupców wybieranych w ramach izb handlowych.

⁷⁷ Np. dystrybucja napojów alkoholowych, prowadzenie sal widowiskowych, transport drogowy, agencja nieruchomości.

⁷⁸ Zob. G. R i p e r t, *Traité élémentaire...*, s. 183 i nast.

les)⁷⁹. Poza tym za kupców mogą być uznane także spółki cywilne (*sociétés civiles*) oraz – z zastrzeżeniem niejedności poglądów – podmioty typu *not for profit*, np. stowarzyszenia (*associations déclarées*)⁸⁰ i fundacje (*fondations*). Natomiast przedsiębiorstwom publicznym (państwowym)⁸¹ (*établissements publics*) – choć co do zasady podlegają one regulacji prawa handlowego – z powodu licznych odrębności⁸² odmawia się statusu kupca.

Jak zostało już wyżej wspomniane, definicja kupca wyrażona w art. L121-1 C.com. nie dotyczy spółek handlowych, podlegających odrębnej regulacji art. L210-1 C.com., zgodnie z którym o handlowym charakterze spółki (a w konsekwencji o nabyciu przez nią statusu kupca) decyduje jej forma prawna albo handlowy przedmiot działalności. Ze względu na swoją formę, niezależnie od przedmiotu prowadzonej działalności⁸³, mają charakter handlowy spółki jawne (SNC – *sociétés en nom collectif*), spółki komandytowe (SCS – *sociétés en commandite simple*), spółki o ograniczonej odpowiedzialnością (SARL – *sociétés à responsabilité limitée*) oraz spółki akcyjne⁸⁴ (*sociétés par actions*).

⁷⁹ Zob. F. Dekeuer-Défossez, É. Blary-Clement, *Droit commercial...*, s. 32; A. Kozłowska-Szczerba, *Prawo francuskie...*, s. 254. Szczegółową klasyfikację spółek przedstawia T. Władyka, [w:] L.J. Smith, C. de Cussy, C. Taylor, T. Władyka, *Prawo spółek w Republice Federalnej Niemiec, Wielkiej Brytanii, Francji i Włoszech*, Kraków 2000, s. 138-139.

⁸⁰ Tzw. stowarzyszenia niezgłoszone (*associations non déclarées*) nie mają osobowości prawnej, nie mogą również prowadzić działalności handlowej.

⁸¹ Np. RATP (*Régie autonome des transports Parisiens*) – Niezależny Zarząd Paryskiego Transportu, przedsiębiorstwo państwowe transportu publicznego w Paryżu; EDF (*Électricité de France*) – przedsiębiorstwo państwowe zajmujące się dostarczaniem energii elektrycznej.

⁸² Są np. wpisywane do RCS, ale w odrębnym dziale, podlegają sądownictwu gospodarczemu, ale nie jest możliwe w ich przypadku postępowanie naprawcze.

⁸³ Problem pojawia się w razie konfliktu formy organizacyjnej i przedmiotu działalności, gdy będąca z definicji kupcem spółka handlowa prowadzi działalność o charakterze cywilnym. Przykładem są tu spółki wolnych zawodów (SEL – *société d'exercice libéral, société des professions libérales*), które na podstawie ustawy n° 90-1258 z 31 grudnia 1990 r. mogą przyjmować formę spółki handlowej, podlegającej – jako kupiec – co do zasady prawu handlowemu, a jednocześnie – według cywilnego przedmiotu swojej działalności – sądownictwu cywilnemu (art. L721-5 C.com.).

⁸⁴ Do grupy spółek akcyjnych (*sociétés par actions*) należy „zwykła” spółka akcyjna (SA – *société anonyme*), spółka akcyjna uproszczona (SAS – *société par actions simplifiée*) oraz spółka komandytowo-akcyjna (SCA – *société en commandite par actions*).

Spółka cywilna (art. 1845 i nast. C.civ.) ma natomiast, zgodnie ze swoją nazwą, charakter cywilny i do realizacji działalności cywilnej⁸⁵ została przede wszystkim pomyślana (potwierdza to zresztą mnogość pozako-deksowych typów tej spółki, np. spółka cywilna wolnych zawodów, spółka cywilna zawodów zaufania publicznego, spółka cywilna do prowadzenia działalności rolniczej itd.). Dopiero podjęcie przez spółkę cywilną działalności handlowej skutkuje uznaniem, że niejako obok spółki cywilnej funkcjonuje spółka handlowa, zwana faktyczną spółką handlową (*société commerciale de fait*); jednakże powinien być to co najwyżej etap przejściowy, prowadzący docelowo do przekształcenia spółki cywilnej w spółkę handlową.

Podobnie jest ze spółką udziałową (*société en participation*), która jako jedyna spółka prawa francuskiego nie posiada osobowości prawnej (art. 1871 i nast. C.civ.), stanowiąc wyłącznie umowę wspólników. Inaczej jednak niż w przypadku spółki cywilnej, charakter spółki udziałowej jest całkowicie zależny od przedmiotu jej działalności. Jeśli więc będzie to działalność handlowa, to spółka udziałowa zostanie uznana za spółkę handlową, a do jej funkcjonowania odpowiednie zastosowanie znajdują przepisy o spółce jawnej.

Jeśli zaś chodzi o działalność wyróżniającą kupca spośród ogółu uczestników obrotu prawnego i rozstrzygającą o nabyciu statusu kupca, to można ją w skrócie określić jako zawodową działalność handlową (*activité professionnelle commerciale*)⁸⁶. Oznacza ona, zgodnie z definicją legalną kupca, **dokonywanie czynności handlowych w imieniu własnym i na własny rachunek** (działalność handlowa jest zajęciem niezależnym w sensie prawnym⁸⁷) **jako stałe zajęcie, zawód** (na ten wymóg składają się w istocie dwa elementy: stałość (*habitude*), przez co wykluczone jest nabycie statusu kupca poprzez jednorazowe dokonanie

⁸⁵ Chodzi o dziedziny aktywności niebędące działalnością handlową, w szczególności o rzemiosło, rolnictwo, wykonywanie wolnego zawodu. Bliżej na ten temat T. W ł u d y k a, [w:] L. J. S m i t h, C. de C u s s y, C. T a y l o r, T. W ł u d y k a, *Prawo spółek...*, s. 141.

⁸⁶ Por. F. D e k e u e r - D é f o s s e z, É. B l a r y - C l é m e n t, *Droit commercial...*, s. 46.

⁸⁷ Z tego względu nie stanowi przeszkody w uznaniu za kupca zależność ekonomiczna od innego podmiotu, np. franczyzanta czy koncesjonariusza.

czynności handlowej⁸⁸, oraz zawodowy charakter działalności (*caractère professionnel*), co oznacza wykonywanie działalności w celu uzyskiwania środków niezbędnych do egzystencji⁸⁹⁹⁰.

Warto w tym miejscu zauważyć, że właśnie dzięki wspólnemu dla prawa cywilnego i handlowego pojęciu zawodu, zajęcia (*profession*⁹¹) rozróżnienie na kupców (*commerçants*) oraz przedsiębiorców niebędących kupcami⁹² (*entrepreneurs non-commerçants*) zdaje się obecnie tracić na znaczeniu. Jego miejsce zajmuje bardziej życiowy i uniwersalny podział na profesjonalistów (*professionnels*) i nieprofesjonalistów (*non professionnels*), widoczny już nie tylko we wspólnotowym prawie konsumenckim czy konkurencji⁹³, ale także w nowszym prawodawstwie francuskim. Powoli zaczyna się nawet mówić o scalaniu reżimu prawnego działalności cywilnej i handlowej⁹⁴.

Najistotniejszym elementem działalności wyróżniającej jest jednak dokonywanie **czynności handlowych**, za które art. L110-1 C.com. uznaje (są to tzw. czynności handlowe ze względu na swą naturę – *actes de commerce par nature*): nabywanie rzeczy ruchomych w celu ich odsprzedaży w stanie niezmienionym bądź po ich przetworzeniu lub poddaniu obróbce; nabywanie nieruchomości w celu ich odsprzedaży, pod warunkiem, że nabywca nie działał z zamiarem wzniesienia jednego lub więcej

⁸⁸ Zob. Cour de cassation, Com., 2 oct. 1985, JCP 1985.IV.352, Bull. civ. IV, n° 227.

⁸⁹ Dla uznania za kupca nie wymaga się, by zawód, działalność handlowa (*profession commerciale*) były wyłączną aktywnością danej osoby. Przeciwnie, jedna osoba może np. prowadzić działalność handlową, posiadając w związku z tym status kupca, a jednocześnie wykonywać tradycyjnie cywilną działalność rolniczą. W takim przypadku zawodowa działalność handlowa (*activité professionnelle commerciale*) tej osoby będzie podlegała prawu handlowemu, zaś do zawodowej działalności cywilnej (*activité professionnelle non-commerciale*) zastosowanie znajdują przepisy prawa cywilnego. Sytuację tę określa się mianem *pluri-activité*. Może być ona jednak zakazana przez ustawę, jak np. w przypadku notariusza, który nie może jednocześnie wykonywać czynności bankowych.

⁹⁰ F. Dekeuwer - Défossez, É. Blary - Clément, *Droit commercial...*, s. 46; D. Fasquelle, *Droit de l'entreprise...*, s. 114.

⁹¹ Pojęcie to omawia szczegółowo G. Ripert, *Traité élémentaire...*, s. 101 i nast.

⁹² Czyli wykonujących działalność o charakterze cywilnym.

⁹³ Zasadnie posługującym się jak najszerzą definicją przedsiębiorcy – profesjonalisty, aktualną zarówno w obrocie konsumenckim, jak i profesjonalnym.

⁹⁴ F. Dekeuwer - Défossez, É. Blary - Clément, *Droit commercial...*, s. 50.

budynków i sprzedaży ich w całości lub jako poszczególne lokale⁹⁵; operacje pośrednictwa w kupnie, subskrypcji lub sprzedaży nieruchomości, przedsiębiorstw⁹⁶, akcji lub udziałów w spółkach nieruchomościowych⁹⁷; usługi przedsiębiorstw najmu ruchomości⁹⁸; usługi przedsiębiorstw produkcyjnych, komisowych, transportu naziemnego i wodnego; usługi przedsiębiorstw dostawczych, agencji, biur gospodarczych, przedsiębiorstw sprzedaży licytacyjnej, przedsiębiorstw przedstawień publicznych; operacje wymiany walut, bankowe i brokerskie⁹⁹; operacje banków publicznych; zobowiązania między handlowcami, pośrednikami i bankierami; między wszystkimi osobami – weksle trasowane¹⁰⁰. Wyliczenie to jest kontynuowane w art. L110-2 C.com., jednak dotyczy ono wyłącznie tzw. czynności handlu morskiego (*actes de commerce maritime*).

Otwarty charakter powyższego wyliczenia¹⁰¹ oraz znaczna niejednorodność poszczególnych jego elementów budzi zastrzeżenia francuskiej

⁹⁵ Nabyte nieruchomości muszą być zatem odsprzedane w tym samym stanie, w jakim zostały nabyte; nie będzie więc mieć charakteru handlowego działalność deweloperska.

⁹⁶ Chodzi o przedsiębiorstwa w znaczeniu przedmiotowym (*fonds de commerce*).

⁹⁷ To tzw. spółki specjalnego przeznaczenia – SPV (ang. *special purpose vehicle*), jak np. spółka cywilna nieruchomościowa (SCI – *société civile immobilière*), której głównym lub jedynym celem jest nabycie własności nieruchomości i wynajmowanie jej innym spółkom (najczęściej powiązanym) do prowadzenia ich działalności. Konstrukcja ta z jednej strony czyni ową nieruchomość niedostępną dla wierzycieli spółki prowadzącej właściwą działalność, z drugiej zaś upraszcza ewentualną sprzedaż nieruchomości, jako że obrót udziałami w SCI jest znacznie prostszy od obrotu nieruchomościami.

⁹⁸ Najem nieruchomości ma co do zasady naturę cywilną i podlega przepisom C.civ., nawet jeśli nieruchomość służy prowadzeniu działalności handlowej. Jedyny od tego wyjątek wprowadza tzw. akcesoryjność najmu względem działalności handlowej jednej ze stron, znajdujący wyraz w instytucji najmu handlowego (*bail commercial*), szczegółowo regulowanego przez art. L145-1 – L146-3 C.com.

⁹⁹ W tym operacje na giełdach papierów wartościowych i towarowych, operacje ubezpieczeniowe itd.

¹⁰⁰ Wszelkie zobowiązania z weksla trasowanego (nawet te zaciągnięte w ramach stosunków cywilnych przez osoby niebędące kupcami) są poddane regulacji prawa handlowego, w tym wyłącznej właściwości sądów gospodarczych i rygorystycznemu reżimowi egzekucyjnemu. W odróżnieniu od weksla trasowanego (*lettre de change*), weksel własny (*billet à ordre*) i czek (*chèque*), w zależności od natury zobowiązania głównego, w wykonaniu lub zabezpieczeniu którego zostały wystawione, mogą mieć charakter cywilny albo handlowy, podlegając odpowiednio prawu cywilnemu albo handlowemu.

¹⁰¹ Pomimo przeprowadzonej w 2000 r. rekodyfikacji C.com. (przyjęła ona formę tzw. *codification à droit constant* polegającej na włączeniu dotąd rozproszonych aktów praw-

doktryny, według której w definicji czynności handlowej nastąpiło pomieszanie czynności (operacji) z zawodami (zajęciami), przy jednoczesnym braku jakiegokolwiek ogólnej wskazówki pozwalającej na wyprowadzenie z treści przepisu spójnych, uniwersalnych zasad oceny tego, co jest czynnością handlową, a co nie¹⁰². Podnosi się także, że zastosowana forma wyliczenia, trąca zachowawczością i nielogicznością, prowadzi musi do skostnienia i zamknięcia kategorii czynności handlowej na zmieniające się potrzeby ekonomiczne i społeczne, wymuszając na nauce prawa i orzecznictwie nieustanne dookreślanie zakresu tego pojęcia¹⁰³.

Oprócz czynności handlowych wymienionych w art. L110-1 C.com. (*actes de commerce par nature*) orzecznictwo i doktryna wyróżniają drugą grupę czynności handlowych, tj. czynności handlowe akcesoryjne (*actes de commerce par accessoire*). Będąca podstawą ich wyróżnienia tzw. teoria akcesoryjności (*théorie d'accessoire*) opiera się na ogólnej zasadzie, że to, co akcesoryjne, dzieli losy tego, co główne. Na gruncie prawa handlowego wyraża się ona w uznaniu czynności, która normalnie byłaby czynnością cywilną, za czynność handlową, jeśli tylko została ona dokonana w związku z inną czynnością handlową oraz w stosowaniu do obu czynności (głównej i akcesoryjnej) jednego, wspólnego reżimu prawnego, właściwego dla czynności głównej – w tym wypadku handlowej¹⁰⁴. Wyróżnia się przy tym trzy warianty akcesoryjności: handlową podmiotową (*accessoire commercial subjectif*, zgodnie z którą, choć nie bez wyjątków, wszystkie czynności zdziałane przez kupca na potrzeby jego działalności handlowej są uznawane za czynności handlowe, chociażby miały one charakter cywilny), handlową przedmiotową (*accessoire commercial objectif*, polegającą na uznaniu zobowiązania za handlowe, jeśli jego przedmiot ma charakter handlowy (chodzi najczęściej o zobowiązania

nych do treści C.com. bez dokonywania zmian merytorycznych, a jedynie ze zmianami formalnymi, m.in. przyjęciem nowej numeracji poszczególnych przepisów), nie dostosowano zawartego w art. L110-1 C.com. katalogu czynności handlowych do współczesnych potrzeb.

¹⁰² Zob. G. Ripert, *Traité élémentaire...*, s. 207-208.

¹⁰³ Zob. F. Dekeuwer-Défossez, É. Blary-Clement, *Droit commercial...*, s. 31.

¹⁰⁴ Odwrotny skutek nastąpi w przypadku zastosowania zasady akcesoryjności cywilnej.

ze stosunku spółki handlowej¹⁰⁵ lub mające za przedmiot przedsiębiorstwo [*fonds de commerce*¹⁰⁶] albo jeśli jest ono akcesoryjne w stosunku do czynności handlowej¹⁰⁷) oraz akcesoryjność cywilną (*accessoire civil*), będącą przeciwieństwem zasady akcesoryjności handlowej podmiotowej, zgodnie z którą niektóre czynności wprost wymienione w art. L110-1 C.com. nie są uznawane za czynności handlowe, jeśli zostały zdziałane przez przedsiębiorcę niebędącego kupcem (*entrepreneur non-commerçant, professionnel civil*) w wykonaniu jego cywilnej działalności zawodowej (*activité professionnelle non-commerciale*).

Omawiając działalność handlową, warto odnieść się jeszcze do kwestii działalności przedstawicieli wolnych zawodów i rzemieślników, która w prawie francuskim została rozwiązana w dość osobliwy sposób.

Otóż, działalność polegająca na wykonywaniu wolnego zawodu (*activité libérale*) nie ma charakteru handlowego, przez co i samym przedstawicielom wolnych zawodów nie przysługuje co do zasady status kupca. Dzieje się tak, ponieważ działalność intelektualna, a do takiej zaliczane są wolne zawody, jest ze swej natury uznawana za działalność cywilną. Nie są więc kupcami adwokaci, notariusze, lekarze, architekci, biegli rewidenci, zarządcy sądowi, pełnomocnicy-likwidatorzy itd., gdyż nawet jeśli pobierają oni honorarium, to zgodnie z tradycyjną deontologią zawodową nie działają z zamiarem osiągnięcia zysku, co wyklucza uznanie podejmowanych przez nich czynności za czynności handlowe, a ich samych – za kupców. Niemniej jednak status kupców, pomimo wykonywania wolnego zawodu, posiadają aptekarze, ponieważ w toku ich działalności niezbędne okazuje się dokonywanie licznych zakupów (środków farmaceutycznych i materiałów medycznych) w celu odsprzedaży. Podobnie,

¹⁰⁵ Np. subskrypcja udziałów lub akcji, pomimo że subskrybenci nie są jeszcze udziałowcami, powództwa przeciwko osobom zarządzającym spółką, spory powstałe na tle nabycia udziału lub akcji itd.

¹⁰⁶ Np. czynności mające za przedmiot przedsiębiorstwo, dokonywane przez spadkobierców zmarłego kupca.

¹⁰⁷ W odróżnieniu od weksli trasowanych, które mają charakter czynności handlowych ze względu na formę, zobowiązanie z weksla własnego (*billet à ordre*) i czeku ma charakter zobowiązania handlowego, jeśli tylko zostały one wystawione na zabezpieczenie długu powstałego w związku z działalnością handlową. To samo dotyczy m.in. zastawu lub poręczenia.

jeśli osoby wykonujące wolny zawód, naruszając właściwe dla danej profesji zakazy, dokonują czynności handlowych, mogą być w tym zakresie, niezależnie od odpowiedzialności dyscyplinarnej, uznane za kupców¹⁰⁸.

Jeśli zaś chodzi o działalność rzemieślniczą, to wydawałoby się, iż powinna być ona kwalifikowana jako produkcyjna lub usługowa działalność przemysłowa¹⁰⁹, zyskując przez to status działalności handlowej. Tak jednak nie jest, ponieważ ustanowiony w art. L110-1, 5° C.com. wymóg działania w ramach przedsiębiorstwa (*entreprise de manufactures*) wyklucza z zakresu działalności handlowej rzemiosło. O ile bowiem każdy rzemieślnik pracujący sam lub wraz z czeladnikiem przedsiębiorstwo w rozumieniu potocznym posiada, o tyle francuska judykatura, kierując się kazuistycznymi kryteriami, przyjmuje, że na gruncie art. L110-1 C.com. za kupców mogą być uznani jedynie rzemieślnicy, którzy swój zysk opierają na cudzej pracy, co oznacza, że muszą zatrudniać odpowiednią liczbę pracowników (zazwyczaj przyjmuje się, że dziesięciu), osiągając zysk przede wszystkim dzięki ich pracy, a nie dzięki osobistej działalności¹¹⁰. W określonych przypadkach dopuszczalna jest nawet podwójna rejestracja rzemieślników – we właściwym tylko dla nich Rejestrze zawodów (*Répertoire des métiers*) oraz w „kupieckim” RCS¹¹¹. Jakkolwiek więc można mówić o pewnej „konkurencji między działalnością rzemieślniczą a handlową”, to należy odnotować, że pytanie, czy rzemieślnik jest zarazem kupcem, traci ostatnio na znaczeniu, gdyż reżim prawny rzemiosła stopniowo przejmuje instytucje zarezerwowane dotąd wyłącznie dla kupców, jak: przedsiębiorstwo rzemieślnicze¹¹² (*fonds artisanal*) z możliwością ustanowienia na nim zastawu, najem handlowy (*bail commercial*), spe-

¹⁰⁸ F. De Keuwer - Défossez, É. Blary - Clément, *Droit commercial...*, s. 36.

¹⁰⁹ Rzemieślnikami są bowiem osoby zajmujące się osobiście, zawodowo i w sposób niezależny produkcją, przeróbką, naprawą lub świadczeniem usług. Listę zawodów rzemieślniczych zawiera dekret n° 98-247 z 2 kwietnia 1998 r.

¹¹⁰ Innymi stosowanymi w praktyce orzeczniczej kryteriami jest realizowane przez rzemieślnika w toku jego działalności przyjmowanie, jako akceptant, weksli trasowanych, koordynowanie działalności innych przedsiębiorstw, wykorzystywanie licznych urządzeń, dokonywanie zakupów w celu odsprzedaży – zob. F. De Keuwer - Défossez, É. Blary - Clément, *Droit commercial...*, s. 41.

¹¹¹ Według szacunków, około połowa rzemieślników jest wpisana do obu rejestrów.

¹¹² Chodzi o przedsiębiorstwo w znaczeniu przedmiotowym, na wzór kupieckiego *fonds de commerce*.

cialny status małżonka-współpracownika (*conjoint collaborateur*) czy wreszcie postępowanie naprawcze (*redressement judiciaire*) z właściwością sądów gospodarczych. Najistotniejsze różnice dotyczą zaś nadal: terminów przedawnienia¹¹³, solidarnej odpowiedzialności z mocy prawa¹¹⁴, braku ograniczeń dowodowych¹¹⁵ czy ogólnej właściwości sądów gospodarczych¹¹⁶. I chociaż dalsze zacieranie się tych odrębności wydaje się przesądzone, to z uwagi na fakt, iż nie wszystkie elementy kupieckiego statusu są dla rzemieślników korzystne, można spodziewać się zachowania choć szczątkowego zróżnicowania regulacji obu rodzajów działalności¹¹⁷.

Jak widać, specyfika francuskiego prawa handlowego, w tym także pojęcia kupca, wynika przede wszystkim z przyjmowanego dualizmu prawa prywatnego i przedmiotowego kryterium wyróżnienia prawa handlowego. Wskutek tych założeń prowadzenie „działalności gospodarczej” rządzi się we Francji odmiennymi zasadami w zależności od charakteru tej działalności (cywilnego albo handlowego), ewentualnie – od organizacyjnoprawnej formy jej wykonywania¹¹⁸ (spółki handlowe). Według przedmiotu prowadzonej działalności wyróżnia się więc z jednej strony kupców, objętych regulacją prawa handlowego (przede wszystkim *Code de commerce*), z drugiej zaś – przedsiębiorców niebędących kupcami (rzemieślników, przedstawicieli wolnych zawodów, rolników itd.), których działalność podlega co do zasady francuskiemu kodeksowi cywilnemu (*Code civil*) i odpowiednim przepisom szczególnym.

¹¹³ Z zastrzeżeniem regulacji szczególnych termin przedawnienia roszczeń wynikających z działalności handlowej to 10 lat, a z cywilnej – 30 lat.

¹¹⁴ W stosunkach handlowych obowiązuje domniemanie solidarnej odpowiedzialności kupców za wspólnie zaciągnięte zobowiązania.

¹¹⁵ Czynności handlowych można dowodzić wszelkim środkami dowodowymi, w tym zeznaniami świadków, podczas gdy dowód zawarcia umowy w stosunkach cywilnych powinien być co do zasady dowodem z dokumentu.

¹¹⁶ Sądy gospodarcze rozstrzygają spory między kupcami w pierwszej instancji i składają się z wybranych przedstawicieli samych kupców.

¹¹⁷ F. Dekeuwer-Défossez, É. Blary - Clément, *Droit commercial...*, s. 41-42. Zob. też D. Fasquelle, *Droit de l'entreprise...*, s. 115.

¹¹⁸ A. Kozłowska-Szczerba, *Prawo francuskie...*, s. 254.

4. Podsumowanie

Według przepisów prawa niemieckiego kupcem w rozumieniu § 1 HGB jest „przedsiębiorca” (właściciel przedsiębiorstwa)¹¹⁹, który prowadzi kupiecką działalność gospodarczą (*Handelsgewerbe*). Już sam fakt prowadzenia takiej działalności czyni go kupcem (stąd określenie *Istkaufmann*), a wpis do rejestru handlowego ma charakter deklaratoryjny. Jeżeli zaś nie prowadzi on kupieckiej działalności gospodarczej, może zostać kupcem przez dobrowolny i konstytutywny wpis do rejestru handlowego (*Kannkaufmann*), a nawet w określonych sytuacjach stać się kupcem wbrew swojej woli, np. z mocy nieprawidłowego wpisu (*Kaufmann kraft Eintragung*). Z mocy ustawy prawo kupieckie stosuje się zaś do kategorii kupców wyróżnianej ze względu na formę prowadzonej działalności (*Formkaufmann*) i do spółek handlowych (§ 6 ust. 1 oraz ust. 2 HGB)¹²⁰. Coraz bardziej na znaczeniu w Niemczech zaczyna jednak zyskiwać pojęcie przedsiębiorcy (*Unternehmer*), po jego wprowadzeniu do kodeksu cywilnego (aktualnie § 14 BGB) – to bowiem ono uznawane jest w doktrynie niemieckiej za rozgraniczające obszar regulacji odnoszącej się do podmiotów prowadzących działalność gospodarczą¹²¹. Polski ustawodawca stoi przed zadaniem uporządkowania pojęć, w tym przesądzenia, czy poprzestać na jednolitym ujęciu przedsiębiorcy, zarówno na potrzeby wyznaczania stosunków o charakterze konsumenckim, jak i obszarów prawa tradycyjnie przypisanych kupcom. Czerpanie z doświadczeń niemieckich może być przy tym przydatne w zakresie ustalania istotnej dla obrotu okoliczności posiadania przez dany podmiot statusu przedsiębiorcy, w szczególności w związku domniemaniami wynikającymi z ujawnienia danej osoby w rejestrze w charakterze przedsiębiorcy. Istotną różnicę między porównywanymi prawodawstwami, jak się wydaje na niekorzyść naszego systemu prawnego, stanowi przy tym niewpisywanie w Polsce do rejestru przedsiębiorców osób fizycznych – przedsiębiorców, niezależnie od rodzaju i rozmiaru prowadzonej

¹¹⁹ Pojęcie „przedsiębiorca” (*Unternehmer*) w rozumieniu podmiotu (właściciela) przedsiębiorstwa (*Unternehmensträger*) zostało wyraźnie użyte w § 2 HGB.

¹²⁰ Taką właśnie wyraźną dystynkcję podmiotów przeprowadza się w literaturze niemieckiej. Por. K. Hopt, A. Baumbach, *Handelsgesetzbuch...*, § 6, nb. 1 i nast.

¹²¹ Tak: C. T. Ebenroth, K. Boujong, D. Joost, L. Strohn, *Handelsgesetzbuch. Kommentar*, t. I, wyd. 2, Monachium 2008, Vorbemerkungen, nb. 27.

działalności¹²². Na pierwszy rzut oka prawo niemieckie w mniejszym zakresie jest godne naśladowania, gdy chodzi o materialne kryteria kwalifikowania określonej osoby jako przedsiębiorcy z mocy prawa (*Istkaufmann*), a to przede wszystkim z uwagi na ich bardzo tradycyjne (historyczne) ukształtowanie¹²³ oraz ich nieostrość. Taka nieostrość jest jednakże nie do uniknięcia, a ewentualne wątpliwości co do charakteru danego podmiotu ma przynajmniej pomóc rozwiązać wynikające z § 1 HGB domniemanie prowadzenia kupieckiej działalności gospodarczej. Aktualnie, pod wpływem prawa konsumenckiego oraz w świetle zasady jedności prawa cywilnego, widoczne jest dążenie do bardzo szerokiego ujęcia przedsiębiorcy. Warto przy tym jednak wyrazić spostrzeżenie, że im szersza będzie kategoria przedsiębiorców (podmiotów uznawanych za przedsiębiorców z mocy prawa, niezależnie od wpisu do rejestru – odpowiednik niemieckiej kategorii *Istkaufmann*), tym większe problemy praktyczne stwarzać będzie w konkretnym przypadku ustalenie, czy mamy do czynienia z przedsiębiorcą. W Niemczech problem ten rozwiązać pomaga zaś kategoria *Kannkaufmann* (§ 2 HGB), osób prowadzących działalność gospodarczą w niewielkim rozmiarze, które dopiero po dokonaniu wpisu do rejestru handlowego mogą swoją działalność prowadzić jako kupcy (tzw. *Kannkaufmann* – § 2 HGB)¹²⁴. Wpis do rejestru stanowi bowiem w ich przypadku czytelne kryterium kwalifikacji jako kupców.

Analizując z kolei możliwość wykorzystania doświadczeń francuskich w dyskusji nad kształtem pojęcia przedsiębiorcy w prawie polskim, nie sposób ograniczać się wyłącznie do tamtejszej instytucji kupca, z pominięciem podstawowego jej elementu, jakim jest czynność handlowa.

I tak ewentualne wykorzystanie konstrukcji czynności handlowej w prawie polskim mogłoby być rozważane w odniesieniu do dwóch przy-

¹²² Wprowadzenie domniemania prawdziwości danych ujawnionych w Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej, mające złagodzić istniejące w tym zakresie niedostatki, jest odsuwane w czasie – por. art. 1 pkt 3 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. – Przepisy wprowadzające ustawę o swobodzie działalności gospodarczej (Dz.U. Nr 173, poz. 1808 ze zm.).

¹²³ Zwraca na to uwagę K. Schmidt, [w:] H. Krejci, K. Schmidt, *Vom HGB zum Unternehmensgesetz*, Wiedeń 2002, s. 88. Autor nazywa je „relikami dawnego prawa handlowego“.

¹²⁴ Zob. K. Schmidt, [w:] H. Krejci, K. Schmidt, *Vom HGB...*, Wiedeń 2002, s. 88.

padków – zastąpienia nią pojęcia działalności gospodarczej albo uznania jej za szczególną kategorię czynności prawnej.

Należy bowiem zauważyć, że pojęcie czynności handlowej w prawie francuskim, jako podstawowy wyznacznik¹²⁵ statusu kupca, konstrukcyjnie pełni tę samą rolę, co występujące w polskiej definicji przedsiębiorcy pojęcie działalności gospodarczej. Wydaje się jednak, że polski ustawodawca poradził sobie z jego określeniem o wiele lepiej¹²⁶ od ustawodawcy francuskiego, konstruując ogólną, syntetyczną i raczej odporną na zmieniającą się rzeczywistość, systemową definicję działalności gospodarczej. Niecelowym byłoby zatem zastępowanie tego zakorzenionego już w polskiej terminologii prawnej i prawniczej oraz w świadomości społecznej pojęcia kategorią czynności handlowej, w szczególności w formie przyjętej w art. L110-1 C.com. Byłoby to zresztą rozwiązanie zbyt radykalne, mogące wzbudzać wątpliwości co do rzeczywistie akceptowanej, podmiotowej koncepcji polskiego prawa handlowego.

Drugiej możliwości przywrócenia¹²⁷ do polskiego porządku prawnego kategorii czynności handlowych można upatrywać w wyodrębnieniu jako takich, w oparciu o kryterium podmiotowe¹²⁸, określonej grupy czynności prawnych. Powstaje jednak pytanie o sens ustawowego mnożenia i nazywania kolejnych rodzajów czynności prawnych. Wydaje się, że z racji przyjmowanej w Polsce zasady jedności prawa prywatnego, zabieg ten miałby obecnie wyłącznie znaczenie porządkujące¹²⁹ (bardziej techniczne niż merytoryczne), jako wprowadzający związane, zbiorcze określenie

¹²⁵ Pozostałe elementy to: wymóg uczynienia z dokonywania czynności handlowych stałego zawodu (*profession habituelle*), działanie we własnym imieniu i na własny rachunek oraz ukierunkowanie tej działalności na zysk. Także te warunki znajdują odpowiedniki w art. 43¹ k.c. i art. 2 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz.U. Nr 173, poz. 1807 ze zm.) oraz w projektowanym art. 57 nowego k.c.

¹²⁶ Pomijając np. kwestię dwuznaczności powstającej w odniesieniu do działalności zawodowej na gruncie art. 43¹ *in fine* k.c.

¹²⁷ Zgodnie z art. 498 § 1 rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 27 czerwca 1934 r. – Kodeks handlowy (Dz.U. RP Nr 57, poz. 502), czynnościami handlowymi były czynności prawne kupca związane z prowadzeniem jego przedsiębiorstwa.

¹²⁸ Z uwagi na podmiotowy charakter polskiego prawa handlowego.

¹²⁹ Również wymiar dydaktyczny nie byłby spektakularny, skoro i dziś, nie posługując się pojęciem czynności handlowej, stosuje się takie pojęcia, jak np. umowy gospodarcze czy obrót profesjonalny.

zastępujące czynności dokonywane dotąd „w stosunkach między przedsiębiorcami” (por. art. 66¹ § 4 zd. drugie, art. 66² § 1, art. 68¹ § 1 k.c. czy art. 184 § 1 projektu). Należy zarazem odnotować, że zgodnie z przyjętymi przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Cywilnego założeniami, zagadnienia dotyczące m.in. zawierania umów, w tym w obrocie profesjonalnym, znajdują się nie w części ogólnej nowego kodeksu cywilnego, ale w księdze poświęconej prawu zobowiązań, która publicznej dyskusji nie została jeszcze poddana.

Niedostatki francuskiej konstrukcji czynności handlowej, jako definicji kazuistycznej, a jednocześnie zakresowo niepełnej, wymagającej przez to ciągłych uzupełnień, powodują, że jest ona regulacją mało praktyczną i krytykowaną w samej Francji¹³⁰, przez co trudno postulować, by stanowiła ona podstawę do ewentualnych prac nad wprowadzeniem tego pojęcia do prawa polskiego.

Również porównanie francuskiej definicji kupca z art. L121-1 C.com. z polską definicją przedsiębiorcy z art. 43¹ k.c. oraz z art. 57 § 1 projektu wskazuje na podobieństwo konstrukcyjne, polegające na budowaniu obu pojęć w oparciu o działalność wyróżniającą kupca i przedsiębiorcy, odpowiednio – dokonywanie czynności handlowych i prowadzenie działalności gospodarczej. Niemniej jednak, podczas gdy art. 43¹ k.c. w zw. z art. 2 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej tworzy definicję co do zasady zupełną, art. L121-1 C.com., nawet w zw. z art. L110-1 C.com. (definicja czynności handlowej), wciąż wymaga uzupełniania o niewyrażone wprost w ustawie: warunki działania we własnym imieniu i na własny rachunek oraz kryterium zarobkowości. Najlepiej więc pod tym względem wypada projektowany art. 57 nowego k.c., który w § 1 wyraźnie określa zakres podmiotowy, działanie na własne ryzyko oraz trwałe zorganizowanie, a w § 2 definiuje działalność gospodarczą, stanowiąc o jej stałości i zarobkowości, co czyni zbędnym odwoływanie się do przepisów pozakodeksowych.

Ponadto, skoro definicja kupca opiera się na pojęciu czynności handlowej, którego przydatność w pracach nad nowym kodeksem cywilnym jest istotnie wątpliwa, również sama konstrukcja kupca ma raczej znikomą

¹³⁰ Zob. R. David, *Prawo francuskie...*, s. 190-193; G. Ripert, *Traité élémentaire...*, s. 207-208.

wartość merytoryczną. Możliwość inspirowania się w prawie polskim rozwiązaniami dotyczącymi innych niż kupcy „przedsiębiorców” francuskich (rzemieślników, przedstawiciele wolnych zawodów itd.) jest z kolei znacznie ograniczona, jeśli nie całkowicie wyłączona, ze względu na podstawowe dla nich założenie – dualizm francuskiego prawa prywatnego.

O tym, że obowiązująca regulacja omawianych zagadnień nie zadowala samych Francuzów, najlepiej świadczy wspomniana już rosnąca popularność pojęcia *professionnel*, oznaczającego podmiot aktywny gospodarczo. Nieuzasadnione byłoby więc wzorowanie się na regulacjach, od których odstępuje się, z powodu niskiej efektywności, nawet u ich źródła.

W konsekwencji nie sposób rekomendować francuskiego pojęcia kupca jako punktu wyjścia do dalszych prac nad polskim pojęciem przedsiębiorcy. Instytucja kupca bowiem, w połączeniu z konstrukcją czynności handlowej oraz koncepcją dualizmu prawa prywatnego i przedmiotowego ujęcia prawa handlowego, tworzy we Francji skomplikowany system prawa handlowego, nieustannie konkurujący z prawem cywilnym, trudny do pojęcia w oparciu o treść przepisów, które nierzadko pochodzą z początku XIX w. – system, który bez prawotwórczej w istocie roli orzecznictwa i doktryny byłby po prostu niewydolny¹³¹. Ponieważ z pewnością nie jest to skutek, o jaki chodzi polskiemu ustawodawcy, mającemu ambicje stworzenia europejskiego, nowoczesnego kodeksu cywilnego, wzory francuskie należy uznać za mało użyteczne i niegwarantujące osiągnięcia założonego w ten sposób celu.

5. Zakończenie

Zawarte w niniejszym opracowaniu przedstawienie niemieckich i francuskich regulacji prawnych kształtujących pojęcie kupca i przedsiębiorcy w tych dwóch porządkach prawnych nie rości sobie prawa do miana w pełni wyczerpującego wspomnianą problematykę. Nie było też jego celem przeprowadzenie szczegółowej analizy zmian w pojęciu przedsiębiorcy przewidzianych w projekcie księgi pierwszej nowego kodeksu cywilnego pod kątem ich zbieżności z porządkami prawnymi niemieckim

¹³¹ Stan ten utrzymuje się jednak we Francji od kilkudziesięciu już lat, por. R. D a v i d, *Prawo francuskie...*, s. 196.

i francuskim. Celem niniejszego artykułu jest ukazanie szerszego kontekstu prawa przedsiębiorców w dobie europeizacji poprzez zwrócenie uwagi na rozwój pojęcia przedsiębiorcy w prawodawstwie i orzecznictwie bliskich polskiemu porządków prawnych Niemiec i Francji.

Niezależnie od mającej zostać przyjętą przez polskiego kodyfikatora koncepcji przedsiębiorcy w polskim prawie cywilnym należy mieć na uwadze, że powodzenie tego przedsięwzięcia zależeć będzie nie od takiego czy innego ujęcia przedsiębiorcy, zgodnie z taką lub inną przyjętą przez ustawodawcę definicją legalną, ale od stworzenia w ramach kodeksu cywilnego spójnego i przemyślanego systemu norm regulujących cywilnoprawny obrót z udziałem przedsiębiorców (kupców, profesjonalistów). Dlatego też dyskusji na temat proponowanego w projekcie pojęcia przedsiębiorcy – a więc adresata norm prawa handlowego (prywatnego gospodarczego) – powinna towarzyszyć równie żywa dyskusja na temat materialnoprawnego, przedmiotowego zakresu zastosowania prawa przedsiębiorców (prawa handlowego, gospodarczego prywatnego)¹³².

¹³² Podobny postulat na gruncie niemieckiego prawa handlowego w związku z dążeniami do przekształcenia prawa handlowego z prawa kupców w prawo szerzej pojmowanych przedsiębiorców wyraził C.-W. Canaris. Por. C.-W. C a n a r i s, *Handelsrecht...*, § 1 III, nb. 29, s. 10.