

dr Karol Dąbrowski (Collegium Varsoviense w Warszawie)

Wolność działalności gospodarczej a publicznoprawna reglamentacja

tekst opublikowany w: ***Wolność działalności gospodarczej i jej ograniczenia. Problematyka prawna i aksjologiczna***, red. Mirosław Karpiuk, AlmaMer Szkoła Wyższa, Warszawa 2011, ISBN: 978-83-62644-09-7, s. 61-82.

opracowany do wersji on line przez Karola Dąbrowskiego 28 maja 2013 roku, na licencji na licencji Creative Commons: Uznanie autorstwa-Użycie niekomercyjne-Bez utworów zależnych 3.0 Polska (CC BY-NC-ND 3.0)

1. Pojęcie działalności gospodarczej

Aktywność ludzka na polu ekonomii podlega we współczesnych czasach różnorodnym unormowaniom. Przepisy obowiązującego prawa zarówno wspierają, jak i ograniczają prowadzenie działalności gospodarczej. W niniejszym tekście opisano relacje między zasadą wolności działalności gospodarczej a jej publicznoprawną reglamentacją.

Warto więc na wstępie zaprezentować pojęcie "działalności gospodarczej". W tym celu odwołać się należy przede wszystkim do przepisów ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej¹, ponieważ ustawa zawiera jedną z wielu definicji legalnych działalności gospodarczej używanych przez ustawodawcę². Jednakże zawarta w niej definicja uznawana jest za podstawową w polskim systemie prawnym³.

Zgodnie z art. 2 wspomnianej ustawy „działalnością gospodarczą jest zarobkowa działalność wytwórcza, budowlana, handlowa, usługowa oraz poszukiwanie, rozpoznawanie

¹ Ustawa z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (t.j. DzU 2010 nr 220 poz. 1447 ze zm.), dalej jako u.s.d.g. Zob. celne artykuły na temat ustawy: M. Etel, *Regulowana działalność gospodarcza a zasada wolności gospodarczej*, „Państwo i Prawo” 2007, nr 2, s. 41 oraz W.J. Katner, *Podstawowe zagadnienia prawne nowej ustawy o swobodzie działalności gospodarczej*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2004, nr 12, s. 4.

² Por. np. art. 15 ust. 2 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (DzU 2004 nr 54, poz. 535 ze zm.)

³ Por. M. Brożyna i in., *Komentarz do ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej*, LEX 2005 [online]; C. Kosikowski, *Kolejne nowelizacje ustawy o swobodzie działalności gospodarczej (cz. I)*, PUG 2009, nr 10, s. 19.

i wydobywanie kopalin ze złóż, a także działalność zawodowa, wykonywana w sposób zorganizowany i ciągły”⁴.

W doktrynie i orzecznictwie ustalono, iż aby można było daną działalność uznać za gospodarczą - co do zasady - powinny zostać spełnione przesłanki zarobkowości, zorganizowania i ciągłości. Ponadto działalność taka powinna być: prowadzona w sposób zawodowy, w celu osiągnięcia zysku, profesjonalna, odpłatna, powtarzalna, nacechowana racjonalnością, powiązana z uczestnictwem w obrocie gospodarczym i świadczona na rzecz osób trzecich⁵. Dlatego też działalność ukierunkowana tylko i wyłącznie na potrzeby własne, bez związku z innymi osobami lub podmiotami nie będzie uznawana za działalność gospodarczą. Dotyczy to, na przykład lokowania własnych środków finansowych na swoich rachunkach bankowych⁶ czy niezarobkowego wydobywania piasku z własnego gruntu dla urządzenia sobie stawu do hodowli ryb⁷. Jednakże systematyczne udzielanie pożyczek różnym osobom⁸; czy obrót nieruchomościami będą już uznawane za działalność gospodarczą⁹.

Pamiętać również należy, iż mimo niestosowania – na mocy art. 3 u.s.d.g., przepisów – tej ustawy do działalności rolniczej, ogrodniczej, warzywnictwa, leśnictwa i rybactwa taka działalność jest działalnością gospodarczą; szczególnie w kontekście ograniczeń nałożonych na członków organów władz publicznych (np. radnych)¹⁰. W polskim systemie prawnym istnieją również takie instytucje, które mimo prowadzenia działalności zarobkowej, zorganizowanej i ciągłej, z mocy samego prawa nie są traktowane jako podmioty prowadzące działalność gospodarczą. Przykładem są spółdzielcze kasy oszczędnościowo-kredytowe¹¹.

⁴ Ustawa z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej, dz. cyt.

⁵ Por. S. Koroluk, *Pojęcie działalności gospodarczej. Uwagi na tle projektu ustawy o swobodzie działalności gospodarczej*, „Radca Prawny” 2004, nr 2, s. 6; J. Odachowski, *Ciągłość działalności gospodarczej*, „Głosa” 2003, nr 10, s. 30; A. Powalowski (red.), *Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. Komentarz*, ABC 2007 [online]; T. Szancilo, *Przedsiębiorca w prawie polskim*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2005, nr 3, s. 4; M. Szydło, *Pojęcie działalności gospodarczej na gruncie nowej ustawy o swobodzie działalności gospodarczej*, „Przegląd Sądowy” 2005, nr 2, s. 25 oraz A. Walaszek-Pyziół, *Status przedsiębiorcy w świetle projektu ustawy - Prawo działalności gospodarczej*, PUG 1999, nr 5, s. 4.

⁶ Zob. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 2 marca 1994 r., sygn. akt III SA 1433/93, LEX.

⁷ Zob. wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Poznaniu z dnia 28 kwietnia 2009 r., sygn. akt III SA/Po 374/08, LEX nr 550514.

⁸ Zob. wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gliwicach z dnia 14 stycznia 2010 r., sygn. akt I SA/GI 421/09, LEX nr 559423.

⁹ Zob. wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gliwicach z dnia 28 lipca 2009 r., sygn. akt I SA/GI 914/08, LEX nr 512652 oraz wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Poznaniu z dnia 25 października 2007 r., sygn. akt I SA/Po 833/07, LEX nr 466115.

¹⁰ Zob. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 29 sierpnia 2007 r., sygn. akt II OSK 1618/06, LEX nr 364703.

¹¹ Zob. art. 3 ust. 2 ustawy z dnia 14 grudnia 2005 r. o spółdzielczych kasach oszczędnościowo-kredytowych (DzU 1996, nr 1, poz. 2 ze zm.).

Poza tym, dla oceny, czy dany podmiot prowadzi działalność gospodarczą, nie ma znaczenia wpis do ewidencji działalności gospodarczej, czy w Krajowym Rejestrze Sądowym. Organy administracji publicznej samodzielnie (pod kontrolą sądu administracyjnego) mogą ustalić początek i koniec prowadzenia działalności. Inaczej swój status może więc oceniać przedsiębiorca, a inaczej ów przedsiębiorca może zostać potraktowany przez władze gminy, Narodowy Fundusz Zdrowia czy Zakład Ubezpieczeń Społecznych¹².

W literaturze podkreśla się także potrzebę – w przypadku uznawania danej działalności za gospodarczą i kwalifikowania jej do określonego rodzaju działalności (wytwórczej, budowlanej, handlowej, usługowej czy związanej z kopaliniami) – posiłkowania się przepisami Polskiej Klasyfikacji Działalności (PKD)¹³. Jednakże porównanie definicji z u.s.d.g. ze schematem PKD¹⁴ pokazuje, iż definicja działalności gospodarczej nie jest skorelowana z klasyfikacją stworzoną na potrzeby państwowej statystyki, na bazie uregulowań międzynarodowych. Jak wynika z uzasadnienia projektu rozporządzenia Rady Ministrów w sprawie PKD z 2007 r., jej tworzenie też nie wynikało z potrzeby uwzględnienia przepisów u.s.d.g.¹⁵.

PKD grupuje bowiem działalności w następujące sekcje:

- rolnictwo, leśnictwo, łowiectwo i rybactwo (sekcja A);
- uprawy rolne, chów, hodowla, łowiectwo; górnictwo i wydobywanie (sekcja B);
- przetwórstwo przemysłowe (sekcja C);
- wytwarzanie i zaopatrywanie w energię (sekcja D);
- gospodarowanie wodą, ściekami i odpadami (sekcja E);
- budownictwo (sekcja F);
- handel hurtowy i detaliczny oraz naprawa pojazdów (sekcja G);
- transport i magazynowanie (sekcja H);
- hotelarstwo i gastronomia (sekcja I);
- informacja i komunikacja (sekcja J);
- finanse i ubezpieczenia (sekcja K);

¹² Zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 listopada 2005 r., sygn. akt I UK 80/05, LEX oraz wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 26 lipca 2006 r., sygn. akt VII SA/Wa 686/06, LEX nr 258495.

¹³ Por. M. Brożyna i in., *Komentarz do ustawy...*, dz. cyt.

¹⁴ Por. Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 24 grudnia 2007 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Działalności (PKD) (DzU 2007 nr 251 poz. 1885).

¹⁵ Zob. Zasady budowy schematu Polskiej Klasyfikacji Działalności (PKD). Dostępne w Internecie: <http://www.epodatnik.pl> oraz <http://biblioteka.inforlex.pl>.

- nieruchomości (sekcja L);
- działalność profesjonalna, naukowa i techniczna (sekcja M);
- usługi i administrowanie (sekcja N);
- administracja publiczna, obrona narodowa, zabezpieczenie społeczne (sekcja O); edukacja (sekcja P);
- opieka zdrowotna i pomoc społeczna (sekcja Q);
- kultura, rozrywka, rekreacja (sekcja R);
- usługi pozostałe (sekcja S - mieszcząca obok siebie m.in. działalność związków zawodowych, naprawę komputerów, fryzjerstwo i usługi pogrzebowe)
- gospodarstwa domowe (sekcja T).

W PKD sfery produkcji, handlu i usług są wymieszane. Ponadto orzecznictwo, uznając daną działalność za gospodarczą, dokonuje przede wszystkim wykładni przesłanek ustawowych zawartych w u.s.d.g. Co więcej, sami przedstawiciele doktryny przyznają, iż „ocena, czy dany rodzaj działalności jest działalnością gospodarczą w rozumieniu tego przepisu, powinna być dokonana *in concreto*”¹⁶. Prowadzi to do sytuacji – omawianej w literaturze – że powszechnie uprawiany przez Polaków najem lokali lub ich części (np. studentom), z punktu widzenia zasady legalizmu, może być traktowany jako prowadzenie działalności gospodarczej¹⁷. Zbliża to nasz kontynentalny system prawny na obszarze publicznego prawa gospodarczego do systemu prawa precedensowego. Zjawisko to jest wyraźnie widoczne wówczas, gdy dochodzi do zbiegu przepisów wielu ustaw z różnych gałęzi prawa (np. rolnego, ubezpieczeniowego, podatkowego, gospodarczego, drogowego), które muszą być uwzględniane w procesie wykładni prawa. Tezę tę potwierdził wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gdańsku z 2 października 2007 roku¹⁸.

Komentatorzy przyznają również, iż z punktu widzenia u.s.d.g. „nie ma znaczenia, do jakiego rodzaju działalności – zarówno tego wymienionego w art. 2 u.s.d.g. (np. handel czy produkcja), jak i niewymienionego w tym przepisie (np. zawodowa działalność artystyczna) – zakwalifikujemy określoną działalność. Jeśli tylko spełnia ona warunki wymienione w komentowanym przepisie [...] stanowi ona działalność gospodarczą w rozumieniu art. 2

¹⁶ M. Brożyna i in., *Komentarz do ustawy...*, dz. cyt.

¹⁷ Por. I. Lewandowska, *Najem także działalnością gospodarczą*, "Rzeczpospolita" z 20.02.1999 [online]. Dostępny w Internecie: <http://new-arch.rp.pl>.

¹⁸ Zob. Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gdańsku z 2 października 2007 r., sygn. akt I SA/Gd 383/07, LEX nr 360275.

u.s.d.g.”¹⁹. Dlatego też nieodparcie nasuwa się wniosek, iż wyliczenie rodzajów działalności w art. 2 u.s.d.g. może nie mieć związku zarówno z praktyką administracyjną, jak i orzeczniczą. Tym bardziej, że – jak napisał Piotr Kubiński – „przedmiotem działalności gospodarczej może być każdego rodzaju aktywność człowieka, pod warunkiem, że nie jest sprzeczna z obowiązującym prawem, jak również z dobrymi obyczajami i zasadami współżycia społecznego”²⁰. Pewne są jednakże wyżej omówione cechy normatywne działalności gospodarczej, które pozwalają odróżnić ją od innych przejawów ludzkiej aktywności regulowanej prawem.

2. Pojęcie reglamentacji

Nauka prawa odróżnia od siebie pojęcia „reglamentacja” i „regulacja”. Wedle słownikowej definicji regulacja (łac. *regulo* – porządkuję) to ujmowanie czegoś w określone normy, porządkowanie, normowanie; reglamentacja (fr. *reglementation*) zaś to ograniczanie danej działalności poprzez podporządkowanie jej normom²¹. Reglamentacja kojarzy się z limitowaniem, ograniczaniem, racjonowaniem, utrudnianiem i wydzielaniem²². Regulacja nie musi więc nieść za sobą reglamentacji. Niemniej jednak – na gruncie prawnym – reglamentacja występuje tylko na obszarze regulowanym przez normy prawne. Regulacja wyprzedza zatem reglamentację lub jej towarzyszy. Dzieje się tak, gdy na przykład jednym aktem prawnym organ administracji publicznej, regulując dany wycinek życia społecznego, jednocześnie go reglamentuje.

Reglamentacja nierozzerwalnie związana ze zjawiskiem władzy. Władza – w sensie podmiotowym – korzystając ze swej "władzy" (swego *imperium*), reglamentuje działalność obywateli. Oznacza to, że z jednej strony ogranicza swobodę obywateli w prowadzeniu określonej działalności. Z drugiej jednak strony pozwala i zezwala na jej podejmowanie, zachowując nad nią kontrolę, właśnie dzięki zastosowaniu mechanizmu reglamentacji. W ten sposób chroni interesy państwa i grup obywateli (konsumentów, pracowników itp.)²³.

¹⁹ M. Brożyna i in., *Komentarz do ustawy...*, dz. cyt.

²⁰ P. Kubiński, *Działalność gospodarcza w zakresie ochrony osób i mienia i jej koncesjonowanie*, LEX 2008 [online].

²¹ Zob. J. Tokarski (red.), *Słownik wyrazów obcych PWN*, Warszawa 1980, s. 634.

²² Por. A. Dąbrówka, E. Geller, R. Turczyn, *Słownik synonimów*, Warszawa 1995, s. 19 i 106.

²³ Por. R.W. Kaszubski, K. Radzikowski, *Wolność gospodarcza i warunki dopuszczalności jej ograniczeń (cz. I)*, „Glosa” 2000, nr 3, s. 4.

Co do zasady reglamentacja powinna występować w dziedzinach ważnych dla Państwa i chronić interes publiczny (dobro ogółu, słuszny interes obywateli). Ważne jest zatem zachowanie równowagi między „ilością” reglamentacji a zakresem swobody obywateli. Jeśli zostanie ona zachwiana, to nastąpi nadmierne zbiurokratyzowanie państwa, pociągające za sobą szkodliwe hamowanie rozwoju społeczeństwa.

Wbrew pozorom zjawisko reglamentacji jest mierzalne. Wystarczy sprawdzić, jakich działań obywatele nie mogą podjąć bez zgody władz; ewentualnie na jakie działania muszą uzyskać zezwolenie. Jest to ciekawe pole badawcze dla socjologii administracji²⁴. Próby tego rodzaju przeprowadziła zresztą sama administracja, np. polskie Ministerstwo Gospodarki²⁵. Można w ten sposób zobaczyć, jak wiele przepisów prawa administracyjnego jest codziennie łamanych przez przeciętnego obywatela. Niewątpliwie warto postawić pytanie o sens takowych uregulowań, powody i motywy postępowania ludzi uwikłanych w system administracji publicznej. Przypomina to również sięganie do koncepcji zwolenników realizmu prawnego i szkół socjologicznych w prawoznawstwie²⁶. Niepokojącym jest również zaobserwowany fakt stosowania większej liczby ograniczeń reglamentacyjnych w krajach uboższych i słabiej rozwiniętych w sytuacji, gdy właśnie takie państwa winny wspierać potencjał swoich obywateli²⁷. Politolodzy dostrzegają również korelację między skrepowaniem gospodarki a wolnością polityczną²⁸.

Reglamentację uważa się za działalność kreatywną państwa, podejmowaną dla świadomego kształtowania oblicza gospodarki. Związana jest ona z realizacją bieżących celów politycznych danej ekipy rządzącej. Posiada dwa skrajne, acz uzupełniające się oblicza: wyraża ingerencję władz w gospodarke, ale i zakreśla granice dla takiej ingerencji. Istotne jest, iż ustawodawca, sięgając po środki reglamentacyjne, ma obowiązek wskazania dobra, które zamierza chronić. Powinien też działać zgodnie z zasadą proporcjonalności. Nie powinien nakładać obostrzeń nadmiernych i powinien dążyć do realizacji swoich celów za pomocą środków jak najmniej uciążliwymi dla obywateli. Winien także przestrzegać zasady

²⁴ O socjologii administracji por. S. Pilipec, P. Szreniawski, *Socjologia administracji*, Lublin 2008.

²⁵ Por. T. Chauvin, T. Stawecki, P. Winczorek, *Wstęp do prawoznawstwa*, Warszawa 2009, s. 211.

²⁶ Zob. dokumenty związane z pomiarem obciążeń administracyjnych w ramach projektu systemowego EFS-PO KL. Dostępne w Internecie: <http://www.efs.gov.pl>; Projekt *Reforma procesu stanowienia prawa i uproszczenie obowiązujących przepisów* [dostęp 04.12.2010]. Dostępny w Internecie: http://www.mg.gov.pl/files/upload/8668/publikacja_3.pdf.

²⁷ Zob. M. Waligórski, *Nowe prawo działalności gospodarczej. Podręcznik akademicki*, Poznań 2001, s. 215.

²⁸ Zob. B. Szmulik, M. Zmigrodzki (red.), *Wprowadzenie do nauki o państwie i polityce*, Lublin 2007, s. 313.

równości²⁹. Ciekawym więc przykładem reglamentacji ukierunkowanej na ochronę konkurencji i konsumentów są ograniczenia nakładane na reklamodawców³⁰.

Nawet w XXI wieku reglamentacja gospodarki może przypominać racjonowanie dostępu do określonych dóbr. Dzieje się tak, np. w przepisach prawa ochrony środowiska. Ograniczają one korzystanie z zasobów naturalnych (np. wód gruntowych). Chronią je przed nadmierną eksploatacją. Nakładają na przedsiębiorców obowiązek racjonalnego nimi gospodarowania³¹. Podobnie dzieje się na gruncie prawa geologicznego i górniczego³². Wymogi poszanowania zasady zrównoważonego rozwoju, prawa człowieka do życia w czystym środowisku mogą zaś stanowić przesłanki do ograniczania swobody działalności gospodarczej w imię propagowania wykorzystania energii odnawialnej³³. Objawia się w ten sposób pierwotna natura reglamentacji, ale już na zupełnie innym obszarze – wymuszonym przez zmiany cywilizacyjne.

Skoro już wiemy na czym polega reglamentacja, to na zakończenie tego wątku warto wspomnieć o współczesnym rozumieniu regulacji przez naukę administracji. Treściowo jest ono osadzone w kapitalistycznej rzeczywistości rynków regulowanych przez państwo i podmioty międzynarodowe. Przypomina tym samym podejście ekonomiczne³⁴. Jak stwierdził Hubert Izdebski, przez regulację rozumie się jako „zespół instrumentów władczego i niewładczego oddziaływania na przedsiębiorców działających na specyficznie ważnym rynku, który nie wytworzył mechanizmów dojrzałej konkurencji, zwłaszcza ze względu na

²⁹ Por. A. Borkowski i in., *Administracyjne prawo gospodarcze*, Wrocław 2009, s. 399 i 478; J. Dobkowski, *Pojęcie policji administracyjnej*, [w:] J. Zimmermann (red.), *Koncepcja systemu prawa administracyjnego. Zjazd Katedr Prawa Administracyjnego i Postępowania Administracyjnego. Zakopane 24-27 września 2006 r.*, Warszawa 2007, s. 154; T. Kocowski, *Stanowienie i stosowanie norm prawa administracyjnego w obszarze reglamentacji działalności gospodarczej*, ActaUWr. nr 1900. Prawo nr 253, s. 115; S. Koroluk, A. Powalowski, *Podjęmowanie działalności gospodarczej w świetle regulacji prawnych*, Bydgoszcz-Gdańsk 2005, s. 22; C. Kosikowski, *Zasady reglamentacji działalności gospodarczej w projekcie ustawy - Prawo działalności gospodarczej*, PUG 1999, nr 5, s. 8; T. Sokółska, *Pojęcie reglamentacji administracyjnej i jej stosunek do policji administracyjnej*, „Wiek XXI” 2005, nr 2/3, s. 125 oraz R. Stasikowski, *O istocie funkcji reglamentacyjnej administracji publicznej*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2009, nr 9, s. 13.

³⁰ Por. K. Kiljan, D. Sylwestrzak, *Reklama gospodarcza i jej reglamentacja*, [w:] H. Nowicki, W. Szwajdler (red.), *Księga jubileuszowa Profesora Stanisława Jędrzejewskiego*, Toruń 2009, s. 245.

³¹ Por. W. Radecki, *Prawna ochrona przyrody w Polsce, Czechach i Słowacji. Studium prawno-porównawcze*, Oficyna, Warszawa 2010 [online]; M. Szwejkowska, E. Zębek, *Pozwolenia i koncesje jako prawne instrumenty ochrony zasobów środowiska naturalnego*, „Prawo i środowisko” 2007, nr 4, s. 65 oraz E. Zębek, *Pozwolenia i koncesje jako prawne instrumenty ochrony zasobów środowiska naturalnego - Sprostowanie*, „Prawo i środowisko” 2008, nr 1, s. 57.

³² Por. J. Grabowski, *Modele prawne koncesji geologicznych i górniczych*, [w:] H. Nowicki, W. Szwajdler (red.), *Księga jubileuszowa...*, dz. cyt., Toruń 2009, s. 159; R. Mikosz, *Granice koncesjonowania działalności regulowanej prawem geologicznym i górnictwem*, „Przegląd Prawa Ochrony Środowiska” 2009, nr 2, s. 39.

³³ Por. L. Karski, *Ograniczenie wolności gospodarczej a rozwój energetyki odnawialnej*, PUG 2004, nr 2, s. 2.

³⁴ Por. *Nowa encyklopedia powszechna PWN*, Warszawa 1996, s. 482.

długo istniejący monopol prawny lub naturalny (telekomunikacja, poczta, kolejnictwo, energetyka) i zastępujących nieistniejące jeszcze lub zbyt słabe mechanizmy samoregulacji rynkowej³⁵.

3. Wolność działalności gospodarczej

Działalność gospodarcza tak jak każde ludzkie działanie przebiega w określonej grupie społecznej, na danym terytorium, zgodnie z pewnymi normami, czyli – jak można by rzec – zawsze występuje w związku z organizmem państwowym i władzą publiczną. Owszem, dość nietypowym wyjątkiem byłby handel prowadzony przez osoby o statusie bezpaństwowców na terytorium wyjętym spod zwierzchnictwa terytorialnego jakiegokolwiek z państw. W każdym jednak przypadku działalność ta posiada wymiar normatywny i doktrynalny.

Problematyka działalności gospodarczej została unormowana w pierwszych konstytucjach, kiedy swobodę jej prowadzenia podniesiono do rangi zasady ustrojowej. Nastąpiło to w opozycji do feudalizmu, gdy prawo do wykonywania działalności gospodarczej przysługiwało formalnie jedynie stanowi kupieckiemu i to pod nieograniczoną kontrolą ze strony monarszego absolutyzmu. Wówczas pojawiła się w porządku normatywnym zasada wolności działalności gospodarczej. U schyłku XVIII wieku wiązano ją z zasadą nienaruszalności własności prywatnej, wyrażoną na przykład w art. 17 Deklaracji Praw Człowieka i Obywatela z 1789 roku. Skonkretyzowano ją w art. 16 i 17 późniejszej Deklaracji z 1793 roku. Art. 17 stwierdzał, iż żaden rodzaj pracy i handlu nie mógł być zabroniony obywatelom zajmującym się działalnością gospodarczą (czyli jak to wówczas określano – przemysłem)³⁶. Argument niweczenia handlu był zaś jednym z zarzutów podniesionych przeciwko brytyjskiemu królowi Jerzemu III w Deklaracji Niepodległości Stanów Zjednoczonych Ameryki Północnej.

Zasada wolności działalności gospodarczej weszła do kanonu swobód burżuazyjnego XIX-wiecznego liberalizmu. Wywodzą ją również z konstytucji oktrojowanych. Konstytucja Wirtembergii z 25 września 1819 r. nadana przez króla Wilhelma I przewidywała

³⁵ H. Izdebski, *Badania nad administracją publiczną*, [w:] J. Hauser (red.), *Administracja publiczna*, Warszawa 2005, s. 20. Por. też W. Hoff, *Recepcja pojęcia regulacji i organu regulacyjnego na przykładzie prawa polskiego*, „Państwo i Prawo” 2005, nr 8, s. 37.

³⁶ Zob. Deklaracja Praw Człowieka i Obywatela z 24 czerwca 1793 r., [w:] M. Kinstler, M.J. Ptak (red.), *Powszechna historia państwa i prawa. Wybór tekstów źródłowych*, Wrocław 1996, s. 75.

w § 24 wolność osobistą, sumienia, własności prywatnej, poruszania się i wyjazdu z kraju, a w § 29 statuowała swobodę kształcenia i wyboru zawodu³⁷. Na gruncie polskim nietykalność własności prywatnej przewidywał zaś art. 26 Konstytucji Królestwa Polskiego z 27 listopada 1815 roku.

Współcześnie omawiana zasada stanowi typowy element treści ustaw zasadniczych. W prawie wspólnotowym określana jest jako prawo do przedsiębiorczości. Łączona jest ze swobodami przepływu kapitału, osób, towarów i usług, które kształtują wspólny rynek Unii Europejskiej³⁸.

Wolność ta nie posiada charakteru absolutnego i nie tworzy stanu dowolności. Zawsze mieści się w normach prawnych, zakreślających jej granice, choćby z punktu widzenia wolności innych jednostek. Stanowi swobodę prawnie chronioną porządkiem konstytucyjnym. Posiada wymiar negatywny i pozytywny. Ten pierwszy wiąże się z obowiązkiem państwa do nienaruszania swobody obywateli w zakresie podejmowania działalności gospodarczej. Drugi zaś oznacza domniemanie swobody jej podejmowania³⁹.

W ten sposób kładzie się nacisk na prawa i obowiązki zarówno państwa, jak i obywateli. Państwo ma obowiązek przestrzegania zasady wolności działalności gospodarczej, a jednocześnie prawo do jej regulowania; obywatele zaś mają prawo do swobodnego podejmowania działalności na wybranym przez siebie obszarze, ale i obowiązek przestrzegania reguł ustalonych przez państwo celem ochrony tej swobody. Wynika z tego wielostronność stosunków między państwem a obywatelami.

Wolność działalności gospodarczej ujmuje się również w wymiarze ekonomicznym, politycznym i prawnym⁴⁰. Chociaż – jak napisał Rafał Biskup – „wolność gospodarcza z zasady nie jest prawem. Jest naturalnym stanem przydanym człowiekowi z racji jego człowieczeństwa⁴¹”. Cezary Kosikowski zaś dodawał: „System prawny danego państwa nie kreuje wolności gospodarczej ani też nie przyznaje jej podmiotom gospodarczym. Zakreśla

³⁷ Konstytucja Wirtembergii z 25 września 1819 r. [dostęp 04.12.2010]. Dostępna w Internecie: <http://www.documentarchiv.de/>.

³⁸ Zob. H. Izdebski, *Fundamenty współczesnych państw*, Warszawa 2007, s. 147.

³⁹ Por. S. Biernat, A. Wasilewski, *Wolność gospodarcza w Europie*, Kraków 2000, s. 177; K. Kiczka, *Uwagi o wolności działalności gospodarczej*, [w:] H. Nowicki, *Księga jubileuszowa...*, dz. cyt., s. 239; T. Szanciło, *Koncesje i zezwolenia w działalności gospodarczej*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2002, nr 7, s. 34.

⁴⁰ Zob. C. Kosikowski, *Zakres wolności gospodarczej*, PUG 1995, nr 9, s. 2.

⁴¹ R. Biskup, *Czy mamy już europejską wolność gospodarczą? Kilka uwag na tle niektórych instytucji ustawy o swobodzie działalności gospodarczej*, [w:] Z. Janku i in. (red.), *Europeizacja polskiego prawa administracyjnego*, Wrocław 2005, s. 589.

natomiast jej granice, wskazując na ograniczenia swobody korzystania z tej wolności, a także ustanawia jej prawne gwarancje⁴².

Wolność ta obejmuje nie tylko prawo do podjęcia, prowadzenia i zakończenia działalności gospodarczej, ale także prawo do swobodnego wyboru formy organizacyjnej swego przedsiębiorstwa; przedmiotu działalności; siedziby i terytorium; ustalania cen; zatrudniania pracowników; czy sposobu zarządzania swym ekonomicznym przedsięwzięciem⁴³.

Na gruncie katolickiej nauki społecznej wiąże się ją z prawem każdego człowieka do autonomii, rozwoju własnej osobowości i poszerzania dobrobytu własnego oraz ogólnego. Prowadzenie działalności gospodarczej jest również pracą. Uwidacznia się to szczególnie w przypadku rzemieślników, przedsiębiorców jednoosobowych lub właścicieli mikroprzedsiębiorstw. Dzięki pracy, będącej zarazem działalnością gospodarczą, mają bowiem okazję spełniania swoich aspiracji, obcowania z twórczym wymiarem pracy z korzyścią dla siebie, swojej rodziny i społeczeństwa⁴⁴.

4. Konstytucyjne podstawy wolności działalności gospodarczej

Polska konstytucja z 1997 r.⁴⁵ zawiera postanowienia odwołujące się do zasady wolności działalności gospodarczej. Art. 20 konstytucji mówi, iż podstawą ustroju gospodarczego Rzeczypospolitej Polskiej jest społeczna gospodarka rynkowa, oparta na wolności działalności gospodarczej, własności prywatnej, solidarności, dialogu i współpracy partnerów społecznych; a art. 22 stanowi, iż ograniczenie wolności działalności gospodarczej jest dopuszczalne tylko w drodze ustawy i tylko ze względu na ważny interes publiczny. Nie można więc nakładać na przedsiębiorców dodatkowych obowiązków nieznanymi ustawom w drodze uchwały rady miasta czy gminy⁴⁶.

Omawiane artykuły niosą ze sobą bogatą treść i należy je traktować łącznie. Na równi stawiają zasady wolności działalności gospodarczej, nienaruszalności własności prywatnej oraz zasady solidarności społecznej, solidaryzmu i dialogu społecznego. Pierwsze

⁴² C. Kosikowski, *Zezwolenia na działalność gospodarczą w prawie polskim*, Warszawa 1997, s. 23.

⁴³ Por. S. Koroluk, A. Powałowski, dz. cyt., s. 15.

⁴⁴ Por. K. Chojnicka, W. Kozub-Ciembroziewicz (red.), *Doktryny polityczne XIX i XX wieku*, Kraków 2000, s. 318; A. Sylwestrzak, *Historia doktryn politycznych i prawnych*, Warszawa 2009, s. 439.

⁴⁵ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (DzU 1997 nr y78, poz. 483).

⁴⁶ Por. decyzję wojewody łódzkiego z dnia 29 listopada 2007 r. w sprawie zakazu korzystania z jednorazowych torebek foliowych, LEX nr 317765.

z wymienionych wyrażają klasyczne koncepcje liberalne, ostatnie zaś zawierają treści ordoliberalizmu, socjalizmu, komunitaryzmu, korporacjonizmu i społecznej nauki Kościoła⁴⁷.

Uzupełnione są art. 31 Konstytucji stwierdzającym, iż ograniczenia w korzystaniu z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanawiane tylko w ustawie i tylko wówczas, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej albo wolności i praw innych osób, a także nie mogą naruszać istoty wolności i praw. Ograniczenia wolności działalności gospodarczej, które formalnie lub faktycznie zakazywałyby jej prowadzenia bez związku ze wspomnianymi wartościami, mogłyby więc zostać uznane za sprzeczne z Konstytucją⁴⁸.

Z art. 22 konstytucji wynika też jasno, iż reglamentacja działalności gospodarczej przez organy administracji publicznej powinna następować tylko i wyłącznie ze względu na ważny interes publiczny, zgodnie z zasadą proporcjonalności i równości. Woli ustawodawcy pozostawiono decyzję o tym, na czym ów interes polega, jak ocenić jego „wagę” w danym konkretnym przypadku i jak go skonkretyzować. Warto więc obserwować, czy i na ile instrumenty powierzone rzecznikowi praw obywatelskich oraz Trybunałowi Konstytucyjnemu okazują się skuteczne, aby uchronić obywateli przed nadużywaniem możliwości danych prawodawcy przez Konstytucję.

Ciekawym tego przykładem był wyrok Trybunału wydany, właśnie na wniosek rzecznika praw obywatelskich, w sprawie ustawy z dnia 11 maja 2007 r. o tworzeniu i działaniu wielkopowierzchniowych obiektów handlowych⁴⁹. W jego uzasadnieniu Trybunał podkreślił, iż za ograniczeniem wolności gospodarczej powinien stać „ważny” interes publiczny. Wskazał ponadto – jakże celnie – iż reglamentacja wolności działalności gospodarczej (inaczej mówiąc: możliwość korzystania z tej wolności) nie powinna być zależna

⁴⁷ Por. J. Ciapała, *Konstytucyjna zasada wolności gospodarczej*, RPEiS 2001, nr 4, s. 29; H. Gronkiewicz-Waltz, M. Wierzbowski (red.), *Prawo gospodarcze. Zagadnienia administracyjnoprawne*, Warszawa 2007, s. 56; H. Izdebski, *Fundamenty współczesnych...*, dz. cyt., s. 49 i 128; R.M. Kaszubski, J. Kołkowski, *Wolność gospodarcza w świetle Konstytucji RP*, „Glosa” 2000, nr 6, s. 6; R.W. Kaszubski, A. Koniewicz, *Zasady działalności gospodarczej w świetle Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, „Glosa” 2000, nr 7, s. 5; M. Mazuryk, *Ordoliberalizm a społeczna gospodarka rynkowa w Konstytucji RP*, „Myśl Ekonomiczna i Prawna” 2008, nr 2, s. 29; B. Sagan, R. Szmaj, *Zasady prowadzenia działalności gospodarczej. Uwagi na tle ustawy o swobodzie działalności gospodarczej*, „Ius et Administratio” 2006, nr 1, s. 146 oraz M. Zdyb, *Etyka w gospodarce w perspektywie orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego i optymalizacji prawa (zagadnienia wybrane)*, [w:] H. Nowicki, W. Szwajdler (red.), *Księga jubileuszowa...*, dz. cyt., s. 537.

⁴⁸ Por. D. Sześciło, *Glosa do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 8 lipca 2008 r.* [dostęp 07.11.2010]. Dostępny w Internecie: <http://www.prawaczlowieka.edu.pl/index.php?dzial=komentarze&komentarz=cfa2ed2aac6d61f44ca9cba73e1e8946b7cd7d22-c0>.

⁴⁹ Ustawa z dnia 11 maja 2007 r. o tworzeniu i działaniu wielkopowierzchniowych obiektów handlowych (DzU 2007 nr 127 poz. 880).

„od decyzji administracyjnej, wydawanej w skomplikowanym trybie, z wykorzystaniem analiz, o ponoszeniu kosztów których ustawa nie przesądza, po zasięgnięciu opinii opartej na licznych niejasnych, a niekiedy wadliwych przesłankach oraz po uiszczeniu wysokiej opłaty skarbowej”⁵⁰.

Pomijamy w tym miejscu – przez wzgląd na skromne rozmiary opracowania – inny interesujący problem, a mianowicie kwestię działalności zawodów zaufania publicznego⁵¹. Owszem reglamentacja (czy państwowa, czy samorządowa, ale zawsze publiczna) wpływa na dany obszar rynku. Warto więc postawić pytanie, czy w każdym wypadku ogranicza konkurencję. Otóż nie zawsze, gdyż zależy to od sytuacji faktycznej w jakiej znajduje się gospodarka. Jeśli bowiem dany wycinek życia gospodarczego był poddany całkowicie monopolowi państwa, to reglamentacja pozwala na dopuszczenie nań podmiotów prywatnych. Jeżeli zaś taki rynek reglamentowany będzie coraz mocniej poddawany deregulacji⁵², to konkurencja na nim wzrośnie; co może doprowadzić do pełnej deregulacji i stworzenia rynku wolnego. Jeśli natomiast reglamentacji poddawany jest rynek wolny, to w jej wyniku obszar konkurencji ulega ograniczeniu, co może finalnie doprowadzić do zaprowadzenia monopolu państwowego (albo też oligopolu, lub faktycznego monopolu spółek państwowych), a co za tym idzie całkowitego wyłączenia konkurencji. Sektor telekomunikacyjny jest przykładem przejścia od rynku zmonopolizowanego do regulowanego⁵³.

Rozważania powyższe zakończmy cytatem Waltera Euckena⁵⁴: „Oferenci i nabywcy próbują nieustannie – gdzie tylko jest to możliwe – unikać konkurencji i zdobywać bądź chronić pozycje monopolistyczne”⁵⁵. Pamiętać jednak należy, iż zarówno oferentem, jak i nabywcą wielu rodzajów usług jest państwo, od którego rządów my, obywatele, jesteśmy uzależnieni.

⁵⁰ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 8 lipca 2008 r., sygn. akt K 46/07 (DzU 2008 nr 123, poz. 803) oraz D. Sześciło, *Glosa do wyroku Trybunału Konstytucyjnego...*, dz. cyt.

⁵¹ Por. Wniosek rzecznika praw obywatelskich nr RPO-598261-I/08/AK z 12 stycznia 2009 r. do Trybunału Konstytucyjnego w sprawie korporacji zawodowych oraz stanowisko Prezydium Krajowej Rady Doradców Podatkowych z dnia 9 lutego 2009 r. Dostępny w Internecie: <http://www.rpo.gov.pl> oraz <http://www.krdp.pl/>.

⁵² Nie „deregulacji”, ponieważ to nadal będzie rynek „regulowany” określonymi normami prawnymi, lecz właśnie „deregulacji”.

⁵³ Por. B. Rzeszotarski, *Wpływ europejskiego modelu regulacji sektora telekomunikacyjnego na kształtowanie zasad dostępu do sieci telekomunikacyjnych w Polsce*, [w:] *Europeizacja administracji publicznej. Zbiór studiów*, red. I. Lipowicz, Wydawnictwo UKSW, Warszawa 2008, s. 263. Por. też A. Krasuski, *Reglamentacja działalności telekomunikacyjnej w Niemczech*, PUG 2004, nr 2, s. 13; id., *Reglamentacja działalności telekomunikacyjnej - rozważania de lege lata i de lege ferenda*, PUG 2004, nr 4, s. 2.

⁵⁴ Walter Eucken (1891-1950) – ekonomista niemiecki, znany przedstawiciel niemieckiego ordoliberalizmu, współtwórca koncepcji społecznej gospodarki rynkowej.

⁵⁵ W. Eucken, *Podstawy polityki gospodarczej*, Poznań 2005, s. 73.

5. Koncesja i zezwolenie

Środkiem reglamentacji działalności gospodarczej w Polsce są między innymi instytucje koncesji i zezwoleń. Występują oprócz, np. nakazu prowadzenia działalności w określonej formie, posiadania kapitału początkowego w odpowiedniej wysokości, prowadzenia wyłącznie prawnie określonego przedmiotu przedsiębiorstwa, tudzież narzucania terminu zakończenia działalności. Różnią się od warunków ogólnych, jakie muszą spełnić osoby chcące rozpocząć działalność gospodarczą (zostać przedsiębiorcami), czyli rejestracji, posiadania rachunku bankowego, oznaczania towarów, przestrzegania norm bhp czy też opłacania podatków. Należy je także odróżniać od działalności regulowanej, o której jest mowa w przepisach u.s.d.g.⁵⁶.

Koncesją nazywa się decyzję administracyjną wydaną na wniosek przedsiębiorcy; wyrażającą zgodę oraz określającą warunki prowadzenia działalności gospodarczej w zakresie wskazanym przez u.s.d.g. i ustawy szczególne⁵⁷.

W klasycznym ujęciu koncesja stanowi akt administracyjny o charakterze konstytutywnym i uznaniowym, wydawany przez centralne organy administracji państwowej, na czas oznaczony – długookresowy, na podstawie uznania administracyjnego, którego treść kształtowana jest z użyciem zwrotów niedookreślonych. W literaturze uznawano ją za akt zgody władz publicznych na podjęcie działalności w obszarze zastrzeżonym na rzecz państwa lub objętym jego monopolem przez podmioty niepaństwowe albo też mającym znaczenie dla bezpieczeństwa państwa i obywateli, związanym z ważnym interesem publicznym. Oznaczać miała uchylenie zakazu podejmowania działalności gospodarczej w określonej dziedzinie. Rozróżniano również koncesje typu francuskiego oraz austro-niemieckiego. Wiązano ją z wykonywaniem przez koncesjonariusza zadań z zakresu administracji publicznej, prywatyzacją zadań publicznych, zaspokajaniem potrzeb społeczności, tudzież monopolem na wykonywanie działalności na danym terenie⁵⁸.

⁵⁶ Por. M. Karpiuk, *Zakres regulowanej działalności gospodarczej*, „Orzecznictwo Sądów w Sprawach Gospodarczych” 2009, nr 11, s. 74; E. Przeszło, *Działalność regulowana jako forma reglamentacji działalności gospodarczej*, „Ius et Administratio” 2006, nr 1, s. 161; M. Strzelbicki, *Wpis do rejestru działalności regulowanej*, RPEiS 2005, z. 4, s. 67 oraz M. Szydło, *Działalność gospodarcza regulowana*, „Prawo Spółek” 2005, nr 1, s. 41.

⁵⁷ Por. S. Koroluk, A. Powałowski, dz. cyt., s. 100 oraz K. Strzyczkowski, *Prawo gospodarcze publiczne*, Warszawa 2005, s. 261.

⁵⁸ Por. E. Bieniek-Koronkiewicz, J. Sieńczyło-Chlabicz, *Działalność gospodarcza i jej koncesjonowanie na gruncie ustawy Prawo działalności gospodarczej*, „Rejent” 2001, nr 4, s. 68; id., *Podjęcie i*

Jak udowodniał Marek Szydło, mimo zacierania się różnic między koncesjami a zezwoleniami, wprowadzeniem nowych unormowań przez u.s.d.g. i ustawy szczególne tradycyjne ujęcie koncesji nadal może być przydatne do analizy charakteru tego środka reglamentacji⁵⁹.

Jednakże według Zdzisława Murasa z Urzędu Regulacji Energetyki, w polskim prawie energetycznym⁶⁰ system koncesyjny nie jest oparty o zasadę swobodnego uznania. Prezes URE udziela bowiem koncesji na podstawie obiektywnych kryteriów każdemu wnioskodawcy, który spełnia warunki ustawowe i w stosunku do którego nie zachodzą okoliczności uzasadniające odmowę jej udzielenia. Organ koncesyjny zaś został sprowadzony do funkcji urzędu ewidencyjnego, którego zadaniem jest jedynie identyfikowanie podmiotów koncesjonowanych i prowadzenie bazy teleadresowej⁶¹.

Przy okazji poszukiwania odpowiedzi na pytanie, czy osoba nieposiadająca pełnej zdolności do czynności prawnej może być przedsiębiorcą, pojawił się w literaturze ciekawy problem ubiegania się o koncesje przez takie osoby. Interesujące argumenty na ten temat przedstawił Zbigniew Miczek⁶². Analizując przepisy wskazał, iż ustawodawca nie wyraził w u.s.d.g. obowiązku posiadania pełnej zdolności do czynności prawnych jako obligatoryjnej przesłanki uzyskania koncesji. Wymóg ten nie był też zawsze wymagany przez wszystkie przepisy szczególne, lecz tylko wybrane. Jako przykład podał art. 17 ust. 1 w zw. z art. 27 ust.

wykonywanie działalności gospodarczej, Warszawa 2002, s. 29; B. Chludziński, *Pojęcie działalności gospodarczej i formy jej reglamentacji*, „Studia Iuridica Toruniensia” 2006, t. 3, s. 52; K. Czech, *Koncesje i zezwolenia jako składniki przedsiębiorstwa*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2006, nr 6, s. 43; B. Jaworska-Dębska, *Charakter prawny koncesji na działalność gospodarczą (cz. I)*, PUG 1994, nr 3, s. 7 oraz tejże, *Charakter prawny koncesji na działalność gospodarczą (cz. II)*, PUG 1994, nr 4, s. 18; J. Gospodarek, *Koncesjonowanie działalności gospodarczej*, „Studia i Prace Kolegium Zarządzania i Finansów” 1997, z. 3, s. 78; R.W. Kaszubski, M. Olszak, *Koncesje a zasada wolności gospodarczej*, „Głosa” 1998, nr 7, s. 7; K. Kohutek, *Instytucja koncesji w ustawie o swobodzie działalności gospodarczej – wybrane zagadnienia*, PUG 2005, nr 5, s. 2; C. Kosikowski, *Nowe prawo działalności gospodarczej*, PUG 1999, nr 2, s. 2; S. Krygier, *Koncesja i zezwolenie – następstwo prawne*, „Głosa” 2003, nr 8, s. 25; W. Kubala, *Koncesje w prawie działalności gospodarczej*, „Prawo Spółek” 2000, nr 7/8, s. 80; tenże, *Koncesjonowanie działalności gospodarczej*, „Rejent” 2000, nr 11, s. 32; B. Nadzieja, *Koncesje typu francuskiego, austro-niemieckiego i w prawie polskim*, „Głosa” 1999, nr 9, s. 13; K. Sobczak, *Działalność gospodarcza. Uregulowania prawne*, Warszawa 2004, s. 226 (z pochlebną recenzją C. Kosikowskiego, [w:] „Państwo i Prawo” 2001, z. 3, s. 91) oraz A. Trela, *Nowe zasady koncesjonowania działalności gospodarczej*, RPEiS 2002, z. 2, s. 98. Nowatorskie ujęcie koncesji zaprezentował A. Szablewski, [w:] *Instytucja koncesjonowania w sferze infrastrukturalnej*, „Samorząd Terytorialny” 1991, nr 3, s. 11.

⁵⁹ Zob. M. Szydło, *Koncepcja koncesji w ujęciu klasycznym i jej recepcja w prawie polskim*, „Państwo i Prawo” 2004, z. 1, s. 56. Polemicznie pisał A. Lipiński, [w:] *W sprawie prawnego charakteru koncesji – Polemika*, „Państwo i Prawo” 2004, z. 6, s. 99. Por. też M. Szydło, *Reglamentacja podejmowania działalności gospodarczej w nowej ustawie o swobodzie działalności gospodarczej*, PUG 2004, nr 12, s. 3.

⁶⁰ Por. art. 33 ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 r. – Prawo energetyczne (t.j. DzU 2006 nr 89 poz. 625 ze zm.).

⁶¹ Por. Z. Muras, *Koncesje w Prawie energetycznym – zakres dominium państwowego* [dostęp 12.12.2010]. Dostępny w Internecie: http://www.cire.pl/pokaz-pdf-%252Fpliki%252F2%252FZMuras_Koncesje.pdf.

⁶² Por. Z. Miczek, *Osoba fizyczna jako przedsiębiorca – na tle ustawy o swobodzie działalności gospodarczej i kodeksu cywilnego*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2005 nr 9, s. 26.

2 oraz art. 26 ust. 2 ustawy z dnia 22 sierpnia 1997 r. o ochronie osób i mienia⁶³. Zgodnie z nią o koncesję może się ubiegać osoba, która „ma pełną zdolność do czynności prawnych, stwierdzoną własnym oświadczeniem”⁶⁴, a ponadto „posiada nienaganną opinię wydaną przez komendanta komisariatu Policji właściwego ze względu na jej miejsce zamieszkania”⁶⁵. Wskazany autor, posługując się metodami wykładni, dowodził iż, skoro ustawodawca tylko w wyjątkowych przypadkach sformułował wymóg posiadania przez koncesjonariusza pełnej zdolności do czynności prawnej, to *a contrario* (i zgodnie z regułą racjonalnego prawodawcy) w pozostałych przypadkach wymóg ten nie obowiązuje. Co za tym idzie o koncesję co do zasady może ubiegać się każda osoba posiadająca zdolność prawną (abstrahujemy w tym momencie od argumentów odrzucających możliwość prowadzenia działalności gospodarczej przez osoby nieposiadające zdolności do czynności prawnych oraz posiadające ograniczoną zdolność do czynności prawnych)⁶⁶.

Wedle zaś art. 17a wspomnianej ustawy odmowa koncesji może nastąpić ze względu na zagrożenie obronności i bezpieczeństwa państwa oraz bezpieczeństwa lub dóbr osobistych obywateli. Widać zatem, iż konstrukcja koncesji na działalność gospodarczą w zakresie usług ochrony osób i mienia wykorzystuje zwroty niedookreślone i opiera się na uznaniu administracyjnym.

Zezwolenie traktuje się jako decyzję administracyjną o charakterze deklaratoryjnym – akt administracyjny związany, wydawany na wniosek przedsiębiorcy, który spełnia ustawowe warunki do prowadzenia działalności określonego rodzaju⁶⁷.

Ten środek reglamentacji uważa się za akt zgody organu administracji publicznej, wydawany na czas nieokreślony, mający formę decyzji administracyjnej; udzielany przedsiębiorcy chcącemu podjąć działalność gospodarczą określonego rodzaju, który uchyla zakaz jej wykonywania w tej dziedzinie⁶⁸.

Pomijając doktrynalne rozróżnienia między koncesją a zezwoleniem, wystarczy stwierdzić (co powinno być sednem problemu), iż koncesje winny być stosowane w

⁶³ Ustawa z dnia 22 sierpnia 1997 r. o ochronie osób i mienia (t.j. DzU 2005 nr 145 poz. 1221 ze zm.).

⁶⁴ Tamże.

⁶⁵ Tamże.

⁶⁶ Por. Z. Miczek, *Osoba fizyczna...*, dz. cyt., s. 26.

⁶⁷ Por. K. Majewska-Otawska, *Zezwolenia w świetle Prawa o działalności gospodarczej*, RPEiS 2002, z. 2, s. 107 oraz B. Popowska, *Zezwolenia a swoboda działalności gospodarczej*, RPEiS 2005, z. 4, s. 23.

⁶⁸ Por. W. Kubala, *Zezwolenie na wykonywanie działalności gospodarczej*, „Monitor Prawniczy” 2000, nr 7 [dostęp 02.11.2010]. Dostępny w Internecie: http://www.monitorprawniczy.pl/index.php?mod=m_artykuly&cid=20&id=1682.

sytuacjach wyjątkowych, ze względu na ważny interes publiczny; zezwolenia zaś wówczas, gdy istnieje potrzeba skontrolowania, czy dany przedsiębiorca spełnia warunki szczególnie nakładane przez obowiązujące przepisy prawa⁶⁹.

Do takiego wniosku można zresztą dojść analizując przepisy u.s.d.g. Art. 46 tej ustawy wskazuje siedem rodzajów działalności objętych koncesjonowaniem, ale – jak mówi ust. 3 tegoż artykułu – wprowadzenie innych koncesji jest dopuszczalne w dziedzinach działalności gospodarczej mających szczególne znaczenie ze względu na bezpieczeństwo państwa lub obywateli, albo inny ważny interes publiczny i tylko w przypadku, gdy działalność ta nie może być wykonywana jako wolna (tj. ewidencjonowana wedle art. 14) lub po uzyskaniu wpisu do rejestru działalności regulowanej albo zezwolenia (na podstawie ustaw szczególnych wymienionych w art. 75). Zaprowadzanie nowych koncesji wymaga nowelizacji u.s.d.g., co – jak się powinno wydawać – utrudnia proceduralnie rozszerzenie reglamentacji i zmusza ustawodawcę do większej refleksji. Z drugiej strony jest wyrazem – jak pisał Jan Olszewski – iluzji samoograniczania się ustawodawcy w przedmiocie koncesjonowania gospodarki⁷⁰.

Udzielenie koncesji następuje w drodze decyzji administracyjnej (art. 47 ust. 2)⁷¹. Jej cechą charakterystyczną jest przyznane prawem uprawnienie organu administracji publicznej do określenia w jej treści warunków szczególnych wykonywania działalności gospodarczej danego rodzaju (art. 48 ust. 1). Jest to typowy przepis kompetencyjny przyznający organowi luz decyzyjny ograniczony postanowieniami ustaw koncesyjnych oraz obowiązkiem informacyjnym wobec przedsiębiorcy (art. 48 ust. 2).

Wprawdzie, biorąc pod uwagę postanowienia przepisów szczególnych wprowadzających system zezwoleń do naszego porządku prawnego oraz fakt, iż zarówno koncesja, jak i zezwolenie są wydawane co do zasady na czas nieokreślony (art. 75), można twierdzić, iż tak naprawdę praktyczna różnica między zezwoleniem a koncesją sprowadza się do stosowania tych instrumentów do różnych i w rzeczywistości wymiennych rodzajów

⁶⁹ Por. R.W. Kaszubski, K. Radzikowski, *Wolność gospodarcza i warunki dopuszczalności jej ograniczeń (cz. II)*, „Glosa” 2000, nr 4, s. 8; M. Pawełczyk, *Prawo działalności gospodarczej – uwagi krytyczne*, „Rejent” 2001, nr 3, s. 95 oraz M. Zdyb, *Działalność gospodarcza i publiczne prawo gospodarcze*, Kraków 2001, s. 144.

⁷⁰ Por. J. Olszewski, *Wolność gospodarcza w ustawie o swobodzie działalności gospodarczej*, „Ius et Administratio” 2005 nr 1, s. 39.

⁷¹ Trudno zaakceptować argument K. Strzyczkowskiego, jakoby koncesja była udzielana w drodze (bliżej nieokreślonej) „decyzji”, a nie „decyzji administracyjnej”, jako sięgający do metod wykładni literalnej, a pomijający zasadę wnioskowania na rzecz spójności prawa (*argumentum a coherentia*), należy go zatem odrzucić. Por. K. Strzyczkowski, *Prawo gospodarcze...*, dz. cyt., s. 263.

działalności gospodarczej. Zezwolenia formalnie nie muszą być zaprowadzane ze względu na bezpieczeństwo państwa lub obywateli, albo inny ważny interes publiczny. W praktyce jednak są, skoro koncesją jest objęte prowadzenie kasyna gry, a organizowanie gier hazardowych już nie.

Być może więc należy przyznać rację Stanisławowi Biernatowi, który mówił, iż nie da się „znaleźć merytorycznych różnic między koncesjami a zezwoleniami. Występuje tu zasadniczo ta sama konstrukcja: generalny zakaz prowadzenia pewnej działalności z możliwością uchylenia go w drodze indywidualnego aktu prawnego”⁷².

Wśród przyczyn stosowania powyższych instrumentów reglamentacyjnych wymienia się przesłanki obiektywne i subiektywne. Obiektywne dotyczą zagrożeń dóbr jednostkowych oraz interesu publicznego, np. ochrony życia i zdrowia obywateli, bezpieczeństwa państwa, porządku publicznego, środowiska naturalnego. Subiektywne zaś odzwierciedlają decyzje polityczne, zobowiązania międzynarodowe, a także interesy fiskalne Skarbu Państwa⁷³.

Coraz krytyczniej na system reglamentacji działalności gospodarczej w Polsce spogląda Cezary Kosikowski i cytatem z jednej z jego publikacji zakończmy niniejsze opracowanie: „Gdyby więc nie konformizm polityczny projektodawcy, to katalog koncesji w Polsce mógłby być szerszy i obejmować wszystkie te dziedziny działalności gospodarczej, które są reglamentowane w prawie europejskim (...). Przyjmując szerszy katalog koncesji, można byłoby natomiast całkowicie zrezygnować z reglamentacji w formie zezwolenia, licencji, zgody itp., zwłaszcza że jednocześnie wprowadzono kategorię działalności regulowanej. Tymczasem (...) mamy obecnie w regulacji działalności gospodarczej wszystko, tzn. koncesje, zezwolenia, licencje, zgody, upoważnienia, pozwolenia oraz dodatkowo działalność regulowaną. Taki jest rzeczywisty efekt zabiegów o poszerzenie wolności gospodarczej w Polsce!”⁷⁴.

⁷² S. Biernat, *Podjęmowanie i prowadzenie działalności gospodarczej – wolność gospodarcza de lege lata i de lege ferenda*, „Przegląd Prawa Handlowego” 1994, nr 9, s. 13.

⁷³ Por. C. Kosikowski, *Koncesje i zezwolenia na działalność gospodarczą*, Warszawa 2002, s. 42; tenże, *Publiczne prawo gospodarcze Polski i Unii Europejskiej*, Warszawa 2007, s. 187 oraz tenże, *Problemy reglamentacji działalności gospodarczej w Polsce*, [w:] I Skrzydło-Niżnik i in. (red.), *Instytucje współczesnego prawa administracyjnego. Księga jubileuszowa Profesora zw. dra hab. Józefa Filipka*, Kraków 2001, s. 363.

⁷⁴ C. Kosikowski, *Nowe regulacje prawne w zakresie swobody działalności gospodarczej*, „Państwo i Prawo” 2010, z. 10, s. 12.