

JAN OLSZEWSKI

## POJĘCIE „PRZEDSIĘBIORCA” W ŚWIECIE USTAWY O OCHRONIE KONKURENCJI I KONSUMENTÓW

### I. UZASADNIENIE PRZEDMIOTU ANALIZY

Jednym z kluczowych problemów stosowania prawa jest właściwe ustalenie przez ustawodawcę zakresu pojęć tworzących to prawo. Gwałtowny rozwój prawa gospodarczego spowodował, że problematyka ustalania pojęć w tym obszarze wymaga bieżącego nadzoru i dużej uwagi.

Zbyt częste zmiany w zakresie definiowania pojęć, które wprowadza ustawodawca, nie zapewniają ciągłości prawnej, nowe zaś definicje, pomimo znaczącego postępu, nadal dalekie są od ideału. Stąd też wiele z nich wymaga doprecyzowania i wyjaśnień. Istotnym problemem jest też narastające różnicowanie się tych samych pojęć w obszarze prywatnoprawnym i publicznoprawnym.

Wśród licznej rzeszy nowych terminów, jakie wykreowała gospodarka rynkowa, do najistotniejszych z różnych względów należy pojęcie „przedsiębiorca”. Wywołuje ono wiele wątpliwości nie tylko na płaszczyźnie prawnej, ale także na styku pojęcia prawnego i ekonomicznego. Stan taki przede wszystkim wynika z podkreślanego już wcześniej nadmiaru definicji<sup>1</sup>.

Celem niniejszego artykułu jest bardzo ogólne przedstawienie rozwoju tego pojęcia w celu wprowadzenia w problematykę i zasygnalizowania historycznych problemów<sup>2</sup>, następnie analiza pojęcia przedsiębiorcy na gruncie ustawy z 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów<sup>3</sup> (dalej: uokik). Wybór właśnie tej ustawy wynika z kilku przyczyn, jest to najbardziej ogólna publicznoprawna ustawa regulująca problematykę konkurencji w prawie polskim. Stąd też akt ten znacząco determinuje zakres nadzoru, jaki wykonuje Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: Prezes UOKiK).

Niewłaściwie „dobrany” zakres podmiotowy może skutkować tym, że interwencja państwa będzie nienależycie realizowana.

Istotnym czynnikiem przemawiającym za analizą pojęcia przedsiębiorcy w ramach tej ustawy jest także szereg uwag krytycznych, które odnoszą się do jego elementów składowych. Ostatecznie warto podkreślić, że

---

<sup>1</sup> J. Olszewski, *Prawo gospodarcze. Kompendium*, wyd. 3, Warszawa 2002, s. 7.

<sup>2</sup> Mają one wpływ na interpretacje współczesnych regulacji.

<sup>3</sup> Dz. U. 2003, Nr 86, poz. 804 z późn. zm.

specyfika celów uokik, polegająca na kreowaniu ochrony prewencyjnej, spowodowała, że „przedsiębiorca” w jej rozumieniu jest jednym z najbardziej rozbudowanych terminów. Tak szerokie pojęcie wynikało z potrzeby objęcia nadzorem przez Prezesa UOKiK teoretycznie wszystkich podmiotów związanych z działalnością gospodarczą. Spowodowało to jednak konieczność zawężenia analiz w ramach tego aktu tylko do nadzoru nad koncentracjami przedsiębiorców. Wybór zaś tego, a nie innego obszaru, wynika z potrzeby wyjaśnienie kwestii najbardziej wątpliwych w przepisach, które z chwilą wejścia w struktury UE mają szczególnie duże znaczenie (gdyż proces integracyjny wymusza szereg działań koncentracyjnych). Wszelkie zaś przepisy nieczytelne lub dyskusyjne stwarzają obawy, poprzez co zniechęcają przedsiębiorców do odważnego konkurowania. Procesy koncentracji są zaś jedną z najefektywniejszych strategii konkurowania, wymagają jednak bardzo dobrych regulacji wymusza, aby uczciwych przedsiębiorców zachęcać, a równocześnie chronić rynek przed ograniczeniem konkurencji.

W ten sposób dalsze badania zapewnią ustalenie, jakie podmioty podlegają nadzorowi. Następnie zaś możliwe będzie stwierdzenie, czy nadzór nad koncentracjami przedsiębiorców obejmuje wszelkie zagrożenia koncentracyjne i czy jest on czytelny dla podmiotów stosujących ustawę.

## II. WAŻNIEJSZE POJĘCIA PRZEDSIĘBIORCY W PRAWIE POLSKIM

Pojęcie „przedsiębiorca” jest to stosunkowo nowy termin, chociaż wcześniej już istniał, ale co innego oznaczał. W przepisach prawnych stosowano inne zwroty, które utożsamiały przedsiębiorcę. Pierwsze szerokie pojęcie przedsiębiorcy, do którego sięga współczesna literatura i orzecznictwo, zawarto w Kodeksie handlowym z 1934 r. Kodeks ten wprowadził do prawa polskiego pojęcie kupca i kupca rejestrowego.

Według uchylonego art. 2 Kodeksu handlowego<sup>4</sup>, kupcem był ten, „kto we własnym imieniu prowadził przedsiębiorstwo zarobkowe”<sup>5</sup>. W ramach tak ujmowanego pojęcia przedsiębiorstwa nie mieściły się gospodarstwa rolne i leśne, a także ogrodnicze, hodowlane, rybne, łowieckie i pszczelarskie. Odrębnie ujmowana była także problematyka wykonywania wolnych zawodów. Taka forma prawna wyjaśniała, jakie elementy są istotne do wyodrębnienia nowego podmiotu prawnego.

Po uchyleniu obu pojęć w socjalistycznej gospodarce planowej terminy „przedsiębiorcy” i „przedsiębiorstwo” nie były definiowane lub pojawiały się ujęcia właściwe dla nowego ustroju.

<sup>4</sup> Nastąpiło to na podstawie art. VI § 1 przepisów wprowadzających Kodeks cywilny (Dz. U. 1964, Nr 16, poz. 94).

<sup>5</sup> Więcej o pojęciu kupca M. Allerhand, *Kodeks handlowy. Komentarz*, Lwów 1935, s. 5-22; M. Honzatkó, w: T. Dziurzyński, F. Fenichel, M. Honzatkó, *Kodeks handlowy z komentarzem i skorowidzem*, Kraków 1936, s. 8 i n.; S. Janczewski, S. Wróblewski, *Komentarz do kodeksu handlowego*, Kraków 1935, z. I, s. 14 i n.

Wprowadzenie 1 stycznia 1965 r. do polskiego ustawodawstwa zasady jedności prawa cywilnego zaowocowało jednak kilkoma ważnymi następstwami. Przede wszystkim w samym kodeksie znalazły się podstawowe przepisy dotyczące podmiotów prowadzących w sposób trwały i zawodowy działalność gospodarczą. Kodeks cywilny był odtąd wykorzystany do regulacji działalności poszczególnych kategorii nowych podmiotów w ustawach odrębnych lub w aktach prawnych niższego rzędu wydawanych na podstawie art. 2 k.c.<sup>6</sup>

Efektem ówczesnego prawa są niektóre pojęcia związane z działalnością przedsiębiorstw uspołecznionych (np. definicja przedsiębiorstwa państwowego w ustawie z 21 września 1981 r. o przedsiębiorstwach państwowych). Instytucje te mają obecnie coraz mniejsze znaczenie. Nie stworzono też wtedy żadnej uniwersalnej definicji. Te zaś o wycinkowym znaczeniu w związku ze zmianą ustroju gospodarczego w końcu lat osiemdziesiątych przestały obowiązywać.

Z chwilą pojawienia się gospodarki opartej na prawach ekonomicznych, w ustawie z 23 grudnia 1988 r. o działalności gospodarczej (Dz. U. 1988, Nr 41, poz. 324 ze zm.) wprowadzono pojęcie „podmiotu prowadzącego działalność gospodarczą”.

Umieszczenie poza kodeksem cywilnym tak ważnego pojęcia spowodowało pewne konsekwencje. Przede wszystkim z chwilą tą kodeks cywilny przestał być podstawowym aktem prawnym. Sytuacji tej nie zmieniły nowelizacje kodeksu cywilnego dokonywane na początku lat 90-tych, gdyż w interesującej nas sferze sprowadzały się one w zasadzie do uchylecia pojęcia jednostki gospodarki uspołecznionej. J. Frackowiak wskazywał w 2000 r., że „kodeks cywilny, nawet po dwukrotnym dostosowaniu go do nowej sytuacji, nie zawierał nadal żadnych przepisów, które pełniłyby rolę podstawowej regulacji określającej, w jakiej sytuacji mamy do czynienia z podmiotem prowadzącym w sposób trwały i zawodowy działalność gospodarczą oraz jakie są tego konsekwencje”<sup>7</sup>. Ustawodawca od 1988 r. kontynuował zaś próby regulowania pojęcia przedsiębiorcy poza Kodeksem cywilnym zarówno w aspekcie publicznoprawnym, jak i pozaprawnym.

Pierwszą bardzo szeroką ustawową konstrukcją przedsiębiorcy wprowadza art. 2 ustawy z dnia 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. Nr 47, poz. 211 ze zm.; dalej: uznk). Oznaczała ona osoby fizyczne, osoby prawne oraz jednostki organizacyjne nie mające osobowości prawnej, które – prowadząc chociażby ubocznie działalność zarobkową lub zawodową – uczestniczą w działalności gospodarczej (art. 2). Określenie to nie pokrywało się z pojęciem „podmiotu gospodarczego”, które przyjęto w ustawie z 23 grudnia 1988 r. o działalności gospodarczej (dalej: ustawa z 1988 r.) oraz w ślad za nią w licznych innych ustawach o charakterze publicznoprawnym.

<sup>6</sup> J. Frackowiak, *Ustawodawstwo dotyczące przedsiębiorców pod rządami zasady jedności prawa cywilnego*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2000, nr 3, s. 2.

<sup>7</sup> Ibidem, s. 3.

Na podstawie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, doktryna opracowała ogólne i jednocześnie bardzo praktyczne rozwinięcie pojęcia przedsiębiorcy. J. Szwaja wskazywał m.in., że przedsiębiorca jest właścicielem przedsiębiorstwa w znaczeniu podmiotowym<sup>8</sup>.

Brak spójności pomiędzy pojęciem „przedsiębiorca” z uznk a „podmiotem prowadzącym działalność gospodarczą” zaowocował nowelizacją ustawy z 1988 r. o działalności gospodarczej. Została ona zmieniona i w miejsce pojęcia podmiotu gospodarczego wprowadzono do niej i do innych ustaw, zwrot „przedsiębiorca” (art. 2 ust. 2). Zabiegu tego dokonano w ustawie z 20 sierpnia 1997 r. – Przepisy wprowadzające ustawę o Krajowym Rejestrze Sądowym (Dz. U. 1997, Nr 121, poz. 770, zm.: Dz. U. 2000, Nr 114, poz. 1194). Pierwotnie zwrot „przedsiębiorca” oznaczał podmiot wykonujący działalność gospodarczą. Ta zaś – w rozumieniu ustawy z 1988 r. – oznaczała działalność wytwórczą, budowlaną, handlową i usługową, prowadzoną w celach zarobkowych i na własny rachunek podmiotu prowadzącego taką działalność (art. 2 ust. 1). Ustawa z 1988 r. wskazywała ponadto, że przedsiębiorcą może być osoba fizyczna, osoba prawna, a także jednostka organizacyjna niemająca osobowości prawnej, utworzona zgodnie z przepisami prawa, jeżeli jej przedmiot działania obejmuje prowadzenie działalności gospodarczej (art. 2 ust. 2). Pomimo takiej korekty, nowa definicja przedsiębiorcy z art. 2 ust. 2 ustawy o działalności gospodarczej nie tylko nie pokrywała się z pojęciem przedsiębiorcy w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, ale stwarzała także problemy interpretacyjne.

Ustawa z 19 listopada 1999 r. – Prawo działalności gospodarczej (Dz. U. Nr 101, poz. 1178; dalej: p.d.g.), która zastąpiła ustawę o działalności gospodarczej, wprowadziła także nowe pojęcie przedsiębiorcy (art. 2 ust. 2 i 3). Cechy charakterystyczne tego terminu to podejmowanie i wykonywanie działalności gospodarczej (w rozumieniu art. 2 ust. 1 p.d.g.),

- 1) przez osoby fizyczne, osoby prawne oraz niemające osobowości prawnej spółki prawa handlowego, a także przez wspólników spółki cywilnej,
- 2) zawodowo,
- 3) we własnym imieniu.

Dalej wskazano<sup>9</sup>, że pojęcie działalności gospodarczej użyte w p.d.g. opiera się na trzech przesłankach:

- 1) kryterium ekonomicznej klasyfikacji działalności,
- 2) zarobkowych cechach działalności,
- 3) wykonywaniu działalności w sposób zorganizowany i ciągły.

Ten katalog przesłanek pozwalał już na szerokie ujmowanie pojęcia działalności gospodarczej i odnoszenie jej do różnych form aktywności. Posiadał on jednak parę wad. Przede wszystkim podana w p.d.g. definicja

<sup>8</sup> J. Szwaja, *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz*, Warszawa 1994, s. 31. Pojęcie to jest zbliżone do pojęcia przedsiębiorcy w ujęciu ekonomicznym, tzn. że przedsiębiorca jest osobą, która dysponuje kapitałem przedsiębiorstwa i ponosi w głównej mierze ryzyko działalności gospodarczej. W związku z tym przedsiębiorcą będzie każda osoba, która jest właścicielem przedsiębiorstwa lub właścicielem udziałów (akcji) w kapitale przedsiębiorstwa w takiej mierze, że może dzięki temu posiadać decydujący wpływ na losy przedsiębiorstwa. W ujęciu prawnym o statusie przedsiębiorcy decydują w większym stopniu kryteria formalne, które przyznają ten przedmiot nie tylko osobom fizycznym. Szerzej na temat obu ujęć: A. Bierć, *Osoba fizyczna jako przedsiębiorca*, „Studia Prawnicze” 1999, z. 4.

<sup>9</sup> C. Kosikowski, *Polskie publiczne prawo gospodarcze*, Warszawa 2001, s. 19.

działalności gospodarczej jest nieprecyzyjna – na jej podstawie bardzo trudno ustalić, kto jest przedsiębiorcą. Określenia użyte w powyższej definicji pod wieloma względami są sprzeczne z przepisami regulującymi obrót gospodarczy, np. błędem jest wymaganie od działalności gospodarczej ciągłości, gdyż prawo handlowe nie wyklucza możliwości założenia spółki prawa handlowego dla wykonania przez nią jednej tylko czynności handlowej, jak i możliwości rozwiązania spółki po wykonaniu tej czynności. „Dlatego też wydaje się, że wykonywanie działalności gospodarczej w sposób ciągły nie jest cechą, na podstawie której można odróżnić działalność gospodarczą od innej działalności”<sup>10</sup>.

Literatura wskazuje zaś, że wyżej wymienionemu pojęciu brakuje określenia, iż wykonywanie działalności odbywa się na własny rachunek. Zasygnalizowanie<sup>11</sup> w ustawie, że działalność gospodarczą wykonuje się we własnym imieniu, nie oznacza automatycznie, że jest ona wykonywana na własny rachunek. Istotną wadą w definicji z p.d.g. jest wskazanie szeregu wyłączonych zawodów, których przedstawiciele nie uznaje się za przedsiębiorców<sup>12</sup>.

Pojęcie przedsiębiorcy w ujęciu podmiotowym zawarte w p.d.g. jest ponadto skonstruowane zbyt wąsko, tak że wiele faktycznych przedsiębiorców w definicji tej się nie mieści<sup>13</sup>. Po wejściu w życie p.d.g. w literaturze podnoszono także, że najważniejszą wadą stosowanego w niej pojęcia przedsiębiorcy jest umieszczenie go poza Kodeksem cywilnym. Skutkiem tego powstały już i powstają nowe rozbieżności pomiędzy konstrukcjami zawartymi w różnych ustawach. W istocie bowiem nastąpiło rozbitcie podstawowej regulacji odnoszącej się do stosunków z udziałem przedsiębiorców pomiędzy trzy ustawy: Kodeks cywilny, Kodeks spółek handlowych oraz ustawę Prawo działalności gospodarczej. Każda z tych ustaw została pomyślana jako regulacja kompletna a w praktyce tak nie jest, co może stwarzać poważne problemy w stosowaniu przepisów związanych z pojęciem przedsiębiorcy.

<sup>10</sup> Ibidem, s. 7.

<sup>11</sup> Ibidem, s. 20.

<sup>12</sup> Katalog wolnych zawodów, których przedstawiciele wyłączono z pojęcia przedsiębiorcy w rozumieniu p.d.g., rozpoczęła sama ustawa p.d.g. – mowa tu o art. 87 ust. 1 p.d.g. wskazującym, że „podmioty świadczące pomoc prawną nie są przedsiębiorcami”. Co gorsze, dla czytelności p.d.g., poza treścią tej ustawy ustawodawca dokonywał dalszych wyłączeń z zakresu pojęcia „przedsiębiorca”. W szczególności wymienić tu można biegłych rewidentów (na podstawie art. 1 pkt 2 ustawy z 21 września 2000 r. o zmianie ustawy o biegłych rewidentach i ich samorządzie (Dz. U. 2001, Nr 31, poz. 259). W 2001 r. zaś wyłączono świadczenie pomocy w zakresie własności przemysłowej (na podstawie art. 72 ustawy z 11 kwietnia 2001 r. o rzecznikach patentowych (Dz. U. Nr 49, poz. 509). Przykłady dalszych wyłączeń i problemów z tym związanych podaje przede wszystkim P. Lissoń, *Zakres pojęcia 'przedsiębiorca' w ustawie prawo o działalności gospodarczej oraz innych aktach prawnych*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2002, z. 2, s. 56-59.

<sup>13</sup> Liczne przykłady przytacza C. Kosikowski, op. cit., s. 22-23, np. „podmiotowe ujęcie przedsiębiorcy w przepisach p.d.g. nie uwzględnia faktu wykonywania działalności gospodarczej przez podmioty zbiorowe, będące najczęściej połączeniem co najmniej dwóch spółek prawa handlowego (np. podatkowe grupy kapitałowe przewidziane w art. 1a ustawy z 15 lutego 1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych (Dz. U. 2000, Nr 54, poz. 654) oraz bankowe grupy kapitałowe przewidziane w art. 113-120 ustawy z 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe (Dz. U. Nr 140, poz. 939 ze zm.)”. „Jak się powszechnie uważa, tworzenie, a potem działalność grup kapitałowych powinna być traktowana jako utworzenie nowego podmiotu prawnego, chociażby dla osiągnięcia wskazanych tylko celów, dlatego też należy je traktować jak przedsiębiorców o prawach i obowiązkach odrębnych od praw i obowiązków osób prawnych, które utworzyły grupę kapitałową”. C. Kosikowski sygnalizuje, że wątpliwe jest, czy pojęciem „przedsiębiorcy można objąć działalność przedsiębiorcy zagranicznego wykonywaną w Polsce w formie przedstawicielstwa, skoro nie podlega ona wpisowi do rejestru przedsiębiorców, a jest ewidencjonowana przez Ministra Gospodarki. Ewidencja ta nie ma przecież tego samego charakteru prawnego jak rejestr przedsiębiorców”.

Wszystko to wskazuje, że pojęcie przedsiębiorcy zawarte w p.d.g. jest nadal terminem niedopracowanym. W odniesieniu do tej definicji postulowano daleko idące korekty. W literaturze można dostrzec kilka podstawowych kierunków oceny tego stanu. Pierwszy, reprezentowany przez C. Kosikowskiego<sup>14</sup>, ograniczał się do szeregu poprawek pojęcia przedsiębiorcy, ale nadal w ramach p.d.g. Drugi kierunek – reprezentowany przez J. Frackowiaka<sup>15</sup> – sugerował przede wszystkim konieczność uregulowania w Kodeksie cywilnym pojęcia przedsiębiorcy. Trzeci, najnowszy, przedstawiony przez A. Kidybę sygnalizował potrzebę ujednolicenia pojęcia przedsiębiorcy w sferze prawa prywatnego i publicznego<sup>16</sup>. Na szczególną uwagę zasługują uwagi P. Lissonia, który m.in. proponował, aby w ustawie p.d.g. „zamieścić przepis odpowiadający zasadzie transparentności prawa, który wymieniałby aktualnie ‘wyłączone’ zawody i byłby ‘uzupełniany’ na wypadek poszerzenia tej listy”. Ponadto sugeruje on potrzebę wprowadzenia pojęcia „przedsiębiorca” do aktów prawnych, które używają odmiennych określeń na oznaczenie podmiotu wykonującego działalność gospodarczą<sup>17</sup>.

Z chwilą pojawienia się pojęcia przedsiębiorcy w Kodeksie cywilnym problem wielości pojęć nie został zamknięty.

Ustawa z 14 lutego 2003 r., nowelizująca Kodeks cywilny, włączyła do księgi I tytułu II Kodeksu dział III: „Przedsiębiorcy i ich oznaczenia”. Pierwszy z tej grupy przepisów, a mianowicie art. 43<sup>1</sup> k.c., zawiera następującą definicję przedsiębiorcy: „Przedsiębiorcą jest osoba fizyczna, osoba prawna i jednostka organizacyjna, o której mowa w art. 33<sup>1</sup> § 1, prowadząca we własnym imieniu działalność gospodarczą lub zawodową”.

Podstawową różnicą, jaką dostrzec można po porównaniu definicji z Kodeksu cywilnego i ustawy Prawo działalności gospodarczej, to zawężenie w tej ustawie sensu pojęcia „działalność gospodarcza” do wskazanego tam katalogu (tzn. „wytwórcza, handlowa, budowlana, usługowa oraz poszukiwane, rozpoznane i eksploatacja zasobów naturalnych”). Jednakże, jak zauważa to Z. Radwański, katalog ten zgodnie z wcześniejszym art. 3 p.d.g. powinien być jeszcze bardziej uszczuplony. Chodzi tu o wyłączenie spod zastosowania p.d.g. działalności wytwórczej w rolnictwie w zakresie upraw rolnych oraz chowu i hodowli zwierząt, ogrodnictwa, warzywnictwa, leśnictwa, rybactwa śródlądowego, wynajmowania przez rolników pokoi i miejsc na ustawianie

<sup>14</sup> C. Kosikowski, op. cit., s. 31 i 32; w szczególności proponuje on np. skreślić w obecnej definicji wyraz „ciągi”, wpisać nowe wyrazy „zarobkowy”, „odpłatna”. Ponadto:

- w art. 2 ust. 2 po wyrazach „osoba fizyczna” dodać wyrazy „o pełnej zdolności do czynności prawnych”;
- w art. 2 ust. 3 dodać zdanie drugie w brzmieniu: „Przedsiębiorcą jest również grupa kapitałowa utworzona zgodnie z przepisami prawa”;
- do art. 2 dodać ust. 4 w brzmieniu: „Nie jest przedsiębiorcą podmiot wymieniony w ust. 2 i 3, o ile do wykonywanej przez niego działalności nie stosuje się przepisów ustawy o działalności gospodarczej”;
- w art. 2 dodać także ust. 5 w brzmieniu: „Przepisy ustawy stosuje się odpowiednio do czynności podejmowanych dla zorganizowania działalności gospodarczej (przedsiębiorca w organizacji)”.

<sup>15</sup> J. Frackowiak, op. cit., s. 9.

<sup>16</sup> A. Kidyba podkreśla, że „nie powinno się dopuszczać do modyfikacji tych definicji, a specyfika określonych sfer życia powinna być regulowana w ścisłym związku z tymi definicjami”; A. Kidyba, *Co nowy akt prawny czy jego nowelizacja to inna definicja. Galimatias z przedsiębiorcami*, „Rzeczpospolita” z 18-19 czerwca 2003 r., nr 141.

<sup>17</sup> P. Lisson, op. cit., s. 66.

namiotów, sprzedaży posiłków domowych i świadczenia w gospodarstwach rolnych innych usług związanych z pobytem turystów. „Należy w związku z tym podkreślić, że owe wyłączenia nie tylko ograniczają zastosowanie przepisów prawa działalności gospodarczej, ale zarazem modyfikują treść sformułowanego w dalszych przepisach pojęcia przedsiębiorcy”<sup>18</sup>.

Istnieją także dalsze różnice pomiędzy Kodeksem cywilnym a ustawą p.d.g., związane z ograniczeniami, które narzuca ta ustawa. Wskazują one cechy, jakimi powinna charakteryzować się działalność gospodarcza (chodzi tu o zarobkowość, działalność w sposób zorganizowany, ciągły). W Kodeksie cywilnym dwóch pierwszych cech zupełnie brakuje. Istnieją także dalsze różnice, które podkreślała już literatura<sup>19</sup>. Istnienie tak znaczących różnic, pomimo odmienności sfer publicznoprawnej i prywatnoprawnej, było nieuzasadnione aksjologicznie. Tworzenie w aktach o charakterze generalnym odmiennych znacząco pojęć utrudnia i tak już nadmiernie skomplikowane regulacje obrotu gospodarczego. Zaprezentowany w tym miejscu pogląd o potrzebie ujednolicenia pojęć generalnych nie wyklucza jednak możliwości stosowania w specyficznych regulacjach publicznoprawnych pojęć specjalnie rozszerzanych lub zawężanych. Takim przykładem uzasadnionego rozbudowania pojęcia przedsiębiorcy jest ustawa z 15 grudnia o ochronie konkurencji i konsumentów. Cele i wartości, jakie ma chronić Prezes UOKiK, wymagają wnikliwej obserwacji rynku i właściwie wszelkich podmiotów determinujących istnienie na nim konkurencji. Stąd też ustawodawca prawidłowo dostrzega, że zagrożenie istotnego ograniczenia konkurencji może pojawić się nawet ze strony osób fizycznych niebędących przedsiębiorcami w rozumieniu p.d.g. Wydaje się jednak, że katalog źródeł jako potencjalnego zagrożenia konkurencji jest szerszy, stąd też wątpić należy, że obecne pojęcie przedsiębiorcy z uokik zapewni już w pełni skuteczną obronę. Stąd też dalszerozważania dotyczyć będą odnalezienia takich zagrożeń poprzez ustalenie obecnego zakresu pojęcia przedsiębiorcy.

### III. POJĘCIE „PRZEDSIĘBIORCA” W UOKiK

W uokik pojęcie przedsiębiorcy wyjaśnione jest w definicjach odnoszących się wprost i pośrednio do przedsiębiorcy lub przedsiębiorców. Do pierwszej grupy należą definicje:

- przedsiębiorcy (art. 4 pkt 1),
- związku przedsiębiorców (art. 4 pkt 2),
- przedsiębiorcy dominującego (art. 4 pkt 3).

Pośrednio przedsiębiorca pojawia się jako element w wielu innych definicjach zawartych w tej ustawie, np. art. 4 pkt 9, art. 4 pkt 10 i innych<sup>20</sup>.

<sup>18</sup> Z. Radwański, *Podmioty prawa cywilnego w świetle zmian kodeksu cywilnego przeprowadzonych ustawą z dnia 14 lutego 2003 r.*, „Przegląd Sądowy” 2003, nr 7-8, s. 16.

<sup>19</sup> M.in. ibidem, s. 19. M. Szydło, *Pojęcie przedsiębiorcy w prawie polskim*, „Przegląd Sądowy” 2002, nr 7-8, s. 86 i n.

<sup>20</sup> Pojęcie przedsiębiorcy pojawia się także w definicjach: pozycji dominującej (art. 4 pkt 9), konkurenta (art. 4 pkt 10), konsumenta (art. 4 pkt 11), organizacji konsumenckiej (art. 4 pkt 12), kontroli (art. 4 pkt 13), grupy kapitałowej (art. 4 pkt 14), przychodu (art. 4 pkt 15), przeciętnego wynagrodzenia (art. 4 pkt 16 uokik).

W prewencyjnym nadzorze nad koncentracjami przedsiębiorcy jako uczestnik postępowań może pojawić się w kilku sytuacjach. Podstawowe zasady regulujące postępowanie w sprawach koncentracji mieszczą się w art. 94-100 uokik. W przepisach tam zawartych, przedsiębiorca jest kluczowym podmiotem poddanym nadzorowi. Oddziaływanie prewencyjne na przedsiębiorców w uokik ma sens, jeśli będzie kompleksowe. Stan taki uzasadnia bardzo szczegółowe uwzględnienie zagrożeń. Należy tu zaznaczyć, że potrzebę szerokiego ujęcia definicji przedsiębiorstwa dostrzeżono znacznie wcześniej w niemieckiej ustawie kartelowej<sup>21</sup>.

Analiza definicji przedsiębiorcy z art. 4 uokik wskazuje, że ustawodawca rozszerzył to pojęcia znacznie ponad sformułowania z ustawy z 19 listopada 1999 r. – Prawo o działalności gospodarczej, gdyż obejmuje ono trzy nowe formy, czyli:

- osobę fizyczną, osobę prawną, a także jednostkę organizacyjną niemającą osobowości prawnej, organizującą lub świadczącą usługi o charakterze użyteczności publicznej, które nie są działalnością gospodarczą w rozumieniu prawa gospodarczego;
- osobę fizyczną wykonującą zawód we własnym imieniu i na własny rachunek lub prowadzącą działalność w ramach wykonywania takiego zawodu;
- osobę fizyczną posiadającą akcje lub udziały zapewniające co najmniej 25% głosów w organach u co najmniej jednego przedsiębiorcy lub posiadającą kontrolę nad co najmniej jednym przedsiębiorcą, choćby nie prowadziła działalności gospodarczej w rozumieniu prawa gospodarczego, jeżeli podejmuje dalsze działania podlegające kontroli koncentracji, o której mowa w art. 12 prawa gospodarczego.

Szczegółowe ustalenia pojęcia przedsiębiorcy z uokik powinno w ten sposób zawsze objąć wszystkie elementy definicji z art. 4 pkt 1 uokik. Jednak ze względu, że wcześniej już przedstawiliśmy kilka ważniejszych uwag co do wad pojęcia przedsiębiorcy w p.g.d., a problematykę tę omawia dawna literatura, stąd też dalszą uwagę skierujemy na specyficznych „przedsiębiorców” w uokik.

#### IV. NIEZDEFINIOWANE ASPEKTY POJĘCIA „PRZEDSIĘBIORCA” W UOKIK

W pojęciu przedsiębiorcy mieszczącym się w uokik uściśleń wymaga (lub usunięcia) przede wszystkim instytucja finansowa<sup>22</sup>, która jest przykładem przedsiębiorcy nadal<sup>23</sup> niezidentyfikowanego. Brak jest także w ustawie jakiegokolwiek delegacji<sup>24</sup> w tym zakresie. Ponadto ustawodawca odnosi

<sup>21</sup> R. Janusz, T. Skoczny, *Niemiecka ustawa kartelowa*, Warszawa 1995, s. 13.

<sup>22</sup> W szczególności art. 4 uokik, zawierający słowniczek pojęć stosowanych w ustawie, nie określa pojęcia instytucji finansowej.

<sup>23</sup> Pojęcie instytucji finansowych istniało już na gruncie ustawy z 1990 r., w art. 11 ust. 2 pkt 4, ale i tam brak było wyjaśnień co do charakteru działalności gospodarczej tych instytucji. S. Gronowski wskazuje w tej sytuacji na posiłkowe korzystanie z klasyfikacji GUS w celu ustalenia tej kategorii podmiotów tam zawartych; S. Gronowski, *Ustawa antymonopolowa, Komentarz*, Warszawa 1996, s. 236.

<sup>24</sup> Właściwym przykładem rozwiązania tego problemu byłaby delegacja podobna do zawartej w art. 16 uokik.

się do instytucji finansowej w dwu znaczeniach: jako do przedsiębiorcy (art. 94 ust. 2 pkt 6 uokik w związku z art. 12 pkt 3 uokik), w art. 13 pkt 3 wskazuje zaś niektóre instytucje finansowe. Chodzi tu o te, których przedmiotem działalności jest inwestowanie w akcje lub udziały innych przedsiębiorstw. Na podstawie dalszych objaśnień do tego przepisu można jedynie wyliczyć, że chodzi tu w szczególności o banki, zakłady ubezpieczeń, narodowe fundusze inwestycyjne, towarzystwa funduszy inwestycyjnych lub powierniczych, towarzystwa emerytalne i domy maklerskie<sup>25</sup>.

To ostatnie, rozszerzające pojęcie zostało dostrzeżone w literaturze<sup>26</sup>. Istnieją też postulaty adaptacji na użytek uokik pojęć z Kodeksu spółek handlowych<sup>27</sup>. Dla lepszego wyjaśnienia przedsiębiorcy warto się zastanowić, czy istnieją określone podmioty, które nie podlegają przepisom uokik, pomimo nabywania znacznego majątku. Poszukiwania należałoby rozpocząć od potencjalnie najszerzego podmiotowo przepisu, który zawiera art. 4 pkt 1c. Obejmuje on kilka rodzajów osób fizycznych. Są to osoby fizyczne posiadające „akcje lub udziały zapewniające im co najmniej 25% głosów w organach co najmniej jednego przedsiębiorcy” itd. Druga część dyspozycji z art. 4 ust. 1 pkt 1c wskazuje na „osobę fizyczną posiadającą kontrolę”, w rozumieniu pkt 13, nad co najmniej jednym przedsiębiorcą, choćby nie prowadziła działalności gospodarczej w rozumieniu przepisów o działalności gospodarczej, jeżeli podejmuje dalsze działania podlegające kontroli koncentracji, o której mowa w art. 12.

Szeroki zakres pojęcia przedsiębiorcy umożliwia objęcie kontrolą koncentracyjną osób fizycznych, co następuje na podstawie przepisu z art. 12 ust. 2 pkt 2, wskazując, że przedsiębiorca nabywający całość lub część majątku lub w jakikolwiek inny sposób, bezpośrednią lub pośrednią kontrolę nad całością lub częścią jednego lub więcej przedsiębiorców, podlega obowiązkowi zgłoszenia koncentracji. W przypadkach osób fizycznych możliwe jest uwzględnienie sytuacji, gdy nabywane są nie tylko elementy typowe dla przedsiębiorstwa, ale wszelki inny majątek, który nabywa przedsiębiorca. Przedsiębiorcą z art. 4 pkt 1c uokik może być właściciel przedsiębiorstwa, ale może nim być także osoba fizyczna nieprowadząca działalności gospodarczej, jednak posiadająca szeroko pojętą kontrolę. Zawarte w art. 4 pkt 13 uokik wyjaśnienie ustawodawcy, że przejęcie kontroli nie odnosi się wyłącznie do przedsiębiorstwa, gdyż może wynikać z prawa do całego lub części mienia przedsiębiorcy (art. 4 pkt 13a), ma określone następstwa prawne.

<sup>25</sup> T. Skoczny, *Postępowanie antymonopolowe jako szczególne...*, s. 266 i n., E. Modzelewska-Wachal, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów, komentarz*, Warszawa 2002, s. 155.

<sup>26</sup> Przedsiębiorcy mieszczący się w tej grupie określonej zostali jako tzw. wolni gracze; szerzej na ten temat: R. L. Kwaśnicki, P. Pietrzak, *Transakcje M&A*, cz. II, „Monitor Prawniczy” 2002, nr 6, s. 260.

<sup>27</sup> Definicja instytucji finansowej zawarta w art. 4 pkt 7 Kodeksu spółek handlowych, zgodnie z którą za instytucję finansową uznawać należy bank, fundusz inwestycyjny, towarzystwo funduszy inwestycyjnych lub powierniczych, narodowy fundusz inwestycyjny, zakład ubezpieczeń, fundusz powierniczy, towarzystwo emerytalne, fundusz emerytalny lub dom maklerski, mające siedzibę w Rzeczypospolitej Polskiej albo w państwie należącym do OECD; E. Modzelewska-Wachal uważa, że dla potrzeb stosowania prawa antymonopolowego celowe jest posiłkowanie się tą definicją, jednakże z jednym wyjątkiem: nie jest uzasadnione ograniczenie stosowania wyłączenia z art. 13 pkt 3 do instytucji mającej siedzibę w krajach OECD. U podstaw omawianego wyłączenia leży bowiem rodzaj prowadzonej przez tych przedsiębiorców działalności i możliwy jej wpływ na konkurencję, nie zaś siedziba lub główny obszar prowadzonej działalności; E. Modzelewska-Wachal, op. cit., s. 155.

Przede wszystkim powyższe rozważania nakazują objęcie kontrolą prewencyjną nie tylko nabywania typowych składników przedsiębiorstwa, ale także wszystkich innych elementów<sup>28</sup>, które mogłyby oddziaływać na przedsiębiorcę, co oznacza też, że nie muszą one oddziaływać ściśle i bezpośrednio na przedsiębiorstwa. Przyjęcie takiej konstrukcji umożliwiałoby Prezesowi UOKiK wykonywanie jeszcze szerszego nadzoru nad osobami fizycznymi, które posiadają taki „wpływ”, tzn. które same już posiadają kontrolę (tak szeroko ujętą) nad innym przedsiębiorcą i następnie zdobędą kontrolę nad kolejnym przedsiębiorcą.

Wydaje się jednak, że zakres podmiotowy przedsiębiorcy nadal nie będzie jednak obejmował pewnych sytuacji, np. gdy osoba fizyczna nie będzie posiadać pierwotnej kontroli (w rozumieniu pkt 13) nad jakimkolwiek przedsiębiorcą. Takim przykładem będzie nabywanie w znacznych rozmiarach nieruchomości przez osoby fizyczne.

To hipotetyczne zagrożenie od osób, które nie są przedsiębiorcami w rozumieniu art. 4 ust. 1 uokik, w procesie koncentracji polega na możliwości nabywania przez nie różnych części majątkowych (np. nieruchomości), co dopiero w przyszłości skutkować będzie kontrolą. Wydaje się, że niedostrzeżenie zagrożenia w koncentracji majątkowej w postaci nabywania nieruchomości, która może po pewnym czasie zagrozić konkurencji, wynika z założenia, że problem ten powinny regulować przepisy tzw. prawa rolnego. Zagrożenie to jest tym bardziej zasadne, że wiele nieruchomości (szczególnie obecnie) jest gromadzonych w związku z ich nadal niską ceną, a ta zaś wynika z pewnej stagnacji rolnictwa i określonych uwarunkowań ekonomicznych. Zasadne jest tu podkreślenie, że szereg nieruchomości rolnych należy analizować nie tylko w aspekcie ekonomiki rolniczej. Dlatego też wskazane byłoby notyfikowanie Prezesowi UOKiK nabywania istotnych dla określonego rynku nieruchomości także przez osoby fizyczne niespełniające wymagań – art. 4 pkt 13. Uznanie za przedsiębiorców w rozumieniu tego przepisu także osób nabywających takie obszary spowodowałoby ocenianie ich działań w aspekcie, czy ewentualnie pierwsze nabycie, które daje podstawę do kontroli, nie doprowadzi do istotnego ograniczenia konkurencji na tym rynku. Obecna zaś dyspozycja z art. 12 ust. 2 pkt 2 obliguje do takiego zgłoszenia tylko część osób fizycznych, czyli dopiero gdy osiągną kontrolę. Pominięcie przez ustawodawcę opisanej sytuacji może być oceniane na dwa sposoby.

W pierwszym jest ono usprawiedliwione, gdyż istnieją już inne rodzaje kontroli w tym zakresie, np. sprawują ją organa skarbowe czy też agencje rolnicze<sup>29</sup>. Ponadto nadmierne rozszerzenie pojęcia „przedsiębiorca” także jest niepotrzebne, gdyż stałoby się zbyt oddalone od praktycznego rozumienia. Stąd też o ile nadzór koncentracyjny byłby rozszerzony, powinno się tu używać pojęć adekwatnych do sytuacji. Druga koncepcja wskazuje na po-

<sup>28</sup> Dlatego też uważam, że majątek przedsiębiorcy obejmować będzie nie tylko różnego rodzaju dobra związane z działalnością gospodarczą, ale także i elementy majątku prywatnego, jeśli mogą w przyszłości determinować konkurencję na rynku.

<sup>29</sup> Takim przykładem jest kontrola na podstawie ustawy z 11 kwietnia 2003 r. o kształtowaniu ustroju rolnego (Dz.U. Nr 64, poz. 592).

trzebę objęcia nadzorem Prezesa UOKiK nie tylko przedsiębiorców, ale także niektórych osób fizycznych (które nie posiadają jeszcze kontroli nad co najmniej jednym przedsiębiorcą w rozumieniu art. 4 pkt 13), w sytuacjach gdy stwarzają zagrożenie dla konkurencji poprzez znaczną koncentrację majątku. Chodziłoby tu o realne zagrożenie, jakie może nastąpić przy nabywaniach spekulacyjnych dokonywanych jednorazowo<sup>30</sup> (w sytuacjach wielokrotnego nabywania problem nie powstałby, gdyż pojawiłby się w pewnym momencie stan podlegający nadzorowi).

Należy sądzić, że pominięcie tej kwestii w uokik wynikało z braku takiego rozwiązania w prawie WE w chwili tworzenia tej ustawy. Warunki, jakie musi spełniać osoba fizyczna, aby być poddana nadzorowi, w uokik reguluje art. 4 pkt 1c i pkt 13, natomiast w Rozporządzeniu Rady EWG 4064 z 21 grudnia 1989 r.<sup>31</sup> problematykę tę regulował art. 3 pkt 1, 3 i 4. Porównując obie instytucje, można stwierdzić ich znaczne podobieństwo, które ma swoje zalety. Wadą jest jednak brak realnego podobieństwa rynku polskiego z rynkiem wspólnotowym. Zdecydowanie większe są zagrożenia na polskim rynku i to także ze strony osób fizycznych, które nie posiadają jeszcze kontroli nad co najmniej jednym przedsiębiorcą.

Na podstawie przeprowadzonych analiz dwu omówionych wyżej aspektów generalnego pojęcia przedsiębiorcy na gruncie uokik wynikają dwa wnioski. Pierwszy to potrzeba wypracowania uniwersalnej definicji pojęcia przedsiębiorcy. Skutkiem jedności pojęciowej będzie jednocześnie zwiększenie bezpieczeństwa obrotu, a także jego uproszczenie. Ujednolicenie generalnie nie oznacza jednak, aby zupełnie zakazać rozszerzenia lub zawężenia pojęcia przedsiębiorcy na użytek ściśle określonych sytuacji. Wszelkie działania w tym zakresie powinny być jednak proporcjonalne do zagrożeń, a przede wszystkim czytelne (chodzi tu m.in. o dotychczasowe wyłączenia wolnych zawodów).

Analiza uokik, która wykazała potrzebę rozszerzania zawartego tam pojęcia przedsiębiorcy, powinna, skłonić ustawodawcę do przyjęcia słusznego postulatu P. Lissonia<sup>32</sup>, aby w akcie tym odstąpić od pojęcia „przedsiębiorca”, a używać określenia „strona postępowania”. Uzasadnieniem takiej zmiany jest fakt deformacji pojęcia „przedsiębiorca” w tym akcie. Obecnie pojęcie to jest nadmiernie rozbudowane i nieczytelne. Dalsze reformy w uokik, które – jak można sądzić – niebawem nastąpią, będą prowadzić do stworzenia swojej „fikcji” tego pojęcia.

Z pewną satysfakcją mogą jednak zaznaczyć, że sygnalizowany w artykule, a także w kilku wcześniejszych publikacjach<sup>33</sup> postulat ujednolicenia

<sup>30</sup> Przykładową przesłanką do powstania takiej kontroli byłoby nabycie istotnych dla rynku nieruchomości, np. wzdłuż przyszłego szlaku komunikacyjnego (autostrady) w centrach miast, w optymalnych miejscach do budowy elektrowni wiatrowych czy dla przyszłych ciągów komunikacyjnych, przesyłowych doprowadzających lub blokujących dopływy wód itp. Obecnie nabycie majątku w wielu z takich miejsc nie tworzy jeszcze stanu kontroli, ale uwzględniając tu perspektywiczną rolę planistów, koncentracja pewnych nieruchomości uzyskuje szczególny wymiar. I właśnie o możliwość takiej oceny należy uzupełnić przepisy uokik.

<sup>31</sup> Należy tu zaznaczyć, że od 1 maja 2004 r. weszło w życie nowe rozporządzenie Rady WE nr 139/2004 z 20 stycznia 2004 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (OJ L 24, 29.01.2004).

<sup>32</sup> P. Lissoń, op. cit., s. 66.

<sup>33</sup> J. Olszewski, *Nadzór nad koncentracją przedsiębiorców jako forma prewencyjnej ochrony konkurencji*, Rzeszów 2004.

pojęcia przedsiębiorcy zostanie prawdopodobnie sfinalizowany w przyszłej ustawie o swobodzie działalności gospodarczej. Taka nadzieja wynika z analizy projektu tej ustawy<sup>34</sup>.

Projekt w art. 2 i 4 powtarza sformułowania art. 41<sup>1</sup> i pośrednio art. 55<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego. Przyjęcie takiego rozwiązania spełnia oczekiwania sygnalizowane w niniejszym artykule, stąd też zasługuje na akceptację i poparcie.

Przykładem aktu prawnego, w którym, pomimo rozszerzenia nadzoru, zasada proporcjonalności została zachowana, jest uokik. Analiza zawartego tam pojęcia przedsiębiorcy wykazała, że pojęcie to – mimo że ma pewne niedoskonałości a nawet, że hipotetycznie mogłoby być jeszcze rozszerzone (np. aby zapewnić nadzór nad koncentracjami niektórych nieruchomości) – jest znacznie lepsze od pojęć wcześniejszych. Obecne poszerzenie tego pojęcia jest przykładem dążenia ustawodawcy do stworzenia kompleksowej ochrony. Stan ten należy ocenić pozytywnie, gdyż znacznie lepiej zabezpiecza główny cel ustawy, jakim jest ochrona konkurencji. Zabezpieczenie to następuje w związku z objęciem nadzoru nad wszystkimi etapami gospodarowania i w ramach różnorodnych przejawów działalności gospodarczej.

#### NOTION 'ENTREPRENEUR' IN THE LIGHT OF POLISH COMPETITION AND CONSUMER PROTECTION ACT

##### Summary

There are an increasing number of various definitions of entrepreneur in the Polish law. This situation raises doubts not only of a purely legal nature but also at the interface between law and economics. This paper intends to present the development of the term "entrepreneur" from a historical perspective and then to provide a detailed analysis of this term as understood by the Act of 15 December 2000 on Competition and Customer Protection. The importance of this Act is a good justification of why it was selected for this analysis. It is the main legal act on competition in Poland. For this reason it is often referenced by other regulations on competition. Moreover, the term of "entrepreneur" is very broadly understood in the Act, which is due to the specifics of preventive protection provision contained therein.

The author makes a number of innovative findings that allow the conclusion that the term "entrepreneur" should be construed in a comprehensive manner in the competition law so as to include potential threats to the free market. Generally speaking, however, this situation should constitute rather an exception than a principle.

---

<sup>34</sup> 8 października 2003 r. Rada Ministrów przyjęła projekt ustawy o swobodzie działalności gospodarczej (treść projektu: strony internetowe Sejmu RP, [www.gov.pl](http://www.gov.pl)). Komentarz do projektu podaje m.in. E. Mazur, *Działalność gospodarcza w nowej ustawie. Swoboda dobrze pojęta*, „Rzeczpospolita” z 22 października 2003 r., nr 247 (6627).