

JACEK KOŁACZ

## SWOBODY CZĄSTKOWE A SWOBODA DZIAŁALNOŚCI GOSPODARCZEJ

### I. UWAGI WPROWADZAJĄCE

Obowiązywanie w Polsce swobody działalności gospodarczej uznać należy obecnie za bezsporne, zasada<sup>1</sup> ta bowiem wyrażona została już przez postanowienia konstytucyjne (zwłaszcza art. 20 i 22 Konstytucji), a doprecyzowana dodatkowo, w ramach ustawodawstwa zwykłego, w ustawie o swobodzie działalności gospodarczej<sup>2</sup>. Poświęcono jej także liczne opracowania doktrynalne<sup>3</sup>, odnosząc się zarówno do istoty, jak i zakresu tej swobody.

Wedle powszechnie przyjętego obecnie w doktrynie poglądu, swoboda ta, nazywana też często wolnością<sup>4</sup>, jest publicznym prawem podmiotowym o charakterze negatywnym<sup>5</sup>. Nie jest więc ona *de facto* kreowana przez porządek prawny danego państwa, a jedynie system ten określa jej granice i zakres<sup>6</sup>. Niewątpliwie bowiem wolność ta, jak zresztą każda inna, nie może się rozciągać *ad infinitum*. Jak stwierdził w jednym z orzeczeń Trybunał Konstytucyjny: „swoboda działalności gospodarczej [...] nie ma charakteru absolutnego – tak jak i inne konstytucyjne prawa i wolności jednostki może być poddawana przez ustawodawcę pewnym ograniczeniom”<sup>7</sup>. W korzystaniu z każdej swobody konieczne jest uwzględnienie wielu czynników, w tym w szczególności interesu innych podmiotów i zakresu przysługujących im

---

<sup>1</sup> Swoboda działalności gospodarczej ujmowana jest w doktrynie często w sposób dwojaki: jako zasada o charakterze ustrojowo-gospodarczym, jak również wolność gwarantowana przez normy rangi konstytucyjnej; zob. A. Agopszowicz, M. Ciepiela, *Wolność gospodarcza jednostek samorządu terytorialnego jako kwestia otwarta*, w: *Rozprawy prawnicze. Księga pamiątkowa Profesora Maksymiliana Pazdana*, red. L. Ogieńko, W. Popiołek, M. Szpunar, Zakamycze, Kraków 2005, s. 782.

<sup>2</sup> Ustawa z 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (tekst jedn.: Dz. U. 2007, Nr 155, poz. 1095), powoływana dalej jako s.d.g.u.

<sup>3</sup> Zob. A. Walaszek-Pyziół, *Swoboda działalności gospodarczej*, Księgarnia Akademicka, Kraków 1994; C. Kosikowski, *Wolność gospodarcza w prawie polskim*, PWE, Warszawa 1995; idem, *Zakres wolności gospodarczej*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 1995, nr 9, s. 2 i n.; S. Biernat, *Podjęmowanie i prowadzenie działalności gospodarczej – wolność gospodarcza de lege lata i de lege ferenda*, „Przegląd Prawa Handlowego” 1994, nr 9, s. 9 i n.

<sup>4</sup> Odnosnie do zasadności dokonania takiego utożsamienia por. jednak uwagi M. Zdyba, *Prawo działalności gospodarczej. Komentarz*, Zakamycze, Kraków 2000, s. 89.

<sup>5</sup> Tak A. Walaszek-Pyziół, op. cit., s. 8 i n.

<sup>6</sup> C. Kosikowski, *Zakres...*, s. 2; idem, *Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. Komentarz*, Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis, Warszawa 2005, teza 4 do art. 6; zob. też S. Biernat, op. cit., s. 10.

<sup>7</sup> Orzeczenie z 26 kwietnia 1995 r., K. 11/94; zob. również uchwałę TK z 2 marca 1994 r., W. 3/93; wyrok TK z 8 kwietnia 1998 r., K. 10/97 oraz wyrok TK z 10 kwietnia 2001 r., U. 7/2000.

wolności<sup>8</sup>. Celem niniejszego artykułu jest zwrócenie uwagi na (wyróżnianą głównie w literaturze niemieckiej<sup>9</sup>) koncepcję swobód częściowych, składających się na wolność gospodarczą. Swobody te pełnią rolę subsydiarną wobec ogólnej zasady, ułatwiając określenie jej granic i zakresu<sup>10</sup>. Ich omówienie może więc być pomocne w precyzyjnej delimitacji zakresu samej wolności, jak również wskazać te z jej obszarów, w których ingerencja ustawodawcy jest największa.

Do podstawowych swobód częściowych zaliczyć można<sup>11</sup>:

- a) swobodę podjęcia decyzji o prowadzeniu działalności gospodarczej,
- b) swobodę wyboru rodzaju prowadzonej działalności gospodarczej,
- c) swobodę wyboru formy organizacyjnej prowadzenia działalności gospodarczej,
- d) swobodę wyboru sposobu prowadzenia danej działalności gospodarczej,
- e) swobodę wyboru form finansowania danej działalności gospodarczej,
- f) swobodę wyboru przestrzennych i czasowych ram prowadzenia działalności gospodarczej,
- g) swobodę konkutowania z innymi podmiotami rynkowymi,
- h) swobodę kontraktowania w ramach prowadzonej przez dany podmiot działalności gospodarczej.

Wymienione wyżej elementy nie mają oczywiście charakteru wyczerpującego, nie stanowią także w pełni samoistnych i odrębnych części. Wywierają one bowiem na siebie wpływ, wzajemnie się ograniczając i dopełniając, tworząc przez to obraz zakresu swobody działalności gospodarczej istniejącej w danych systemie prawnym.

## II. SWOBODA PODJĘCIA DECYZJI O PROWADZENIU DZIAŁALNOŚCI GOSPODARCZEJ

Zgodnie z art. 6 ust. 1 s.d.g.u., „podejmowanie, wykonywanie i zakończenie działalności gospodarczej jest wolne dla każdego na równych prawach”. Swoboda ta może jednak podlegać ograniczeniom bądź też jej wykonywanie może być uzależnione od spełnienia określonych przepisami prawa wymogów<sup>12</sup>. W rezultacie podjęcie przez dany podmiot decyzji o rozpoczęciu prowadzenia określonej działalności gospodarczej jest w pełni swobodne, chociaż jej wprowadzenie w życie może napotkać pewne, niekiedy znaczne przeszkody. Takie restrykcje są jednak w pełni uzasadnione, a ich ustanowienie jest konieczne dla

<sup>8</sup> Zob. wyrok TK z 8 kwietnia 1998 r., K. 10/97.

<sup>9</sup> Zob. R. Breuer, *Freiheit des Berufs*, w: *Handbuch des Staatsrecht BRD*, t. IV, red. J. Isensee, P. Kirchof, 1987, s. 920 i n.; także A. Walaszek-Pyziol, *Wolność gospodarcza w ustawodawstwie Republiki Federalnej Niemiec*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 1992, nr 5-6, s. 107; M. Zdyb, *Działalność gospodarcza i publiczne prawo gospodarcze*, Zakamycze, Kraków 2002, s. 46.

<sup>10</sup> Zob. też R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main 1986, s. 71 i n.

<sup>11</sup> A. Walaszek-Pyziol, *Wolność...*, s. 107-108; por. M. Zdyb, *Prawo...*, s. 90-91.

<sup>12</sup> C. Kosikowski, *Koncesje w prawie polskim*, Kraków 1996, s. 14, wyróżnia w tym względzie wymogi oraz ograniczenia – pierwsze mają charakter powszechny i oparte są na kryteriach obiektywnych, drugie stanowią dopiero właściwe zawężenie zakresu wolności gospodarczej; zob. też orzeczenia TK z 26 kwietnia 1995 r., K. 11/94 oraz z 27 marca 2008 r., SK 17/05.

zapewnienia sprawnego i bezpiecznego funkcjonowania społeczeństwa<sup>13</sup>. Swobodę podjęcia danego rodzaju działalności gospodarczej należy więc widzieć przez pryzmat specyfiki określonej dziedziny. Każdy podmiot może prowadzić działalność w wybranym przez siebie zakresie, pod warunkiem, że spełnia przesłanki ustanowione w danej dziedzinie przez ustawodawcę. Ocena swobody podjęcia decyzji o rozpoczęciu i prowadzeniu określonej działalności musi więc być dokonywana w kontekście zasadności wymogów wprowadzonych przez legislatora. Jeżeli są one uzasadnione i proporcjonalne w stosunku do zamierzonego celu, podjęcie decyzji o wykonywaniu danej działalności nadal należy traktować jako wolne<sup>14</sup>. Przykładowo, trudno byłoby uznać, że ograniczeniem (*sensu largo*) wolności jest wprowadzenie szczególnie wysokich wymogów w zakresie bezpieczeństwa w stosunku do podmiotów, które zamierzają prowadzić działalność w zakresie przetwarzania czy składowania odpadów radioaktywnych – jeśli dany przedsiębiorca spełniałby stawiane mu wymagania, mógłby swobodnie rozpocząć wykonywanie wybranej działalności. Gdyby jednak zastosować to samo kryterium do podmiotu zamierzającego sprzedawać przybory szkolne, niewątpliwie stanowiłoby to naruszenie swobody podjęcia działalności gospodarczej<sup>15</sup>.

Omawiana swoboda cząstkowa ma też aspekt negatywny. Żaden podmiot nie może być zmuszony do rozpoczęcia wykonywania działalności, którą nie jest zainteresowany<sup>16</sup>. Jednostka może swobodnie wybrać, czy zamierza prowadzić działalność gospodarczą niejako „na własną rękę” jako przedsiębiorca, czy też woli pozostawać w stosunku pracy, a nawet – czy w ogóle nie zamierza w jakikolwiek sposób uczestniczyć w życiu gospodarczym (np. tzw. dobrowolni bezrobotni). Normatywny wyraz zasada ta znalazła już w Konstytucji. Zgodnie z art. 64 ustawy zasadniczej ewentualne ograniczenia swobody wyboru sposobu zatrudnienia lub wprowadzenie nakazu pracy przymusowej możliwe jest tylko w drodze ustawy. Ustawa taka podlegać będzie – jako wyjątek od reguły – wskazanemu wyżej ograniczeniu w postaci kryterium proporcjonalności wprowadzonych nakazów. *De lege lata* za przykład posłużyć może art. 34 ustawy o chorobach zakaźnych i zakażeniach<sup>17</sup>, który umożliwia skierowanie w drodze decyzji wojewody albo ministra właściwego do spraw zdrowia pracowników zakładów opieki zdrowotnej, a także innych osób, do pracy przy zwalczaniu epidemii. Wydanie takiej decyzji uzasadnione jest wszelako wystąpieniem nadzwyczajnej okoliczności w postaci epidemii<sup>18</sup>, a dodatkowo

<sup>13</sup> Zob. C. Kosikowski, *Zakres...*, s. 3.

<sup>14</sup> Na proporcjonalność w szerokim znaczeniu składają się 3 wymogi: przydatności ograniczenia, konieczności ograniczenia, proporcjonalności ograniczenia w znaczeniu węższym; zob. A. Walaszek-Pyziół, op. cit., s. 108; idem, *Zasada proporcjonalności w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 1995, nr 1, s. 14 i n.; por. też wyrok TK z 12 stycznia 1999 r., P. 2/98 oraz wyrok TK z 3 października 2000 r., K. 33/99.

<sup>15</sup> Zob. orzeczenie TK z 9 marca 1988 r., U. 7/87, oraz orzeczenie TK z 12 grudnia 1994 r., K. 3/94.

<sup>16</sup> W kwestii aspektu negatywnego zakończenia prowadzonej działalności zob. też uwagi w punkcie VII niniejszego artykułu.

<sup>17</sup> Ustawa z 6 września 2001 r. o chorobach zakaźnych i zakażeniach (Dz. U. 2001, Nr 126, poz. 1384).

<sup>18</sup> Zgodnie z art. 2 pkt 5 ustawy, jest to wystąpienie na danym obszarze zachorowań na chorobę zakaźną w liczbie wyraźnie większej niż w poprzedzającym okresie lub nagłe wystąpienie chorób zakaźnych wcześniej niewystępujących.

– dotyczyć może tylko osób, których skierowanie do pracy przy zwalczaniu epidemii jest celowe. To ostatnie zastrzeżenie nie jest, co prawda, *expressis verbis* wyrażone w ustawie, można je jednak sformułować na podstawie wykładni celowościowej i systemowej. Skoro bowiem instytucja skierowania do pracy na podstawie decyzji administracyjnej ma charakter wyjątkowy, to zgodnie z zasadą proporcjonalności (a ściślej z jednym z jej elementów – przydatnością ograniczenia<sup>19</sup>) powinno się ją stosować tylko w takim zakresie, w jakim jest to niezbędne do osiągnięcia zamierzonego celu (w tym wypadku – zwalczania epidemii). Wysyłanie do pracy osób, które nie będą w stanie (z jakichkolwiek przyczyn, np. zdrowotnych, braku odpowiednich kwalifikacji itp.) pomóc w realizacji postawionego celu, pozbawione jest uzasadnienia. Dodatkowo, art. 34 ust. 2 omawianej ustawy zabrania wprost kierowania do pracy w drodze decyzji administracyjnej m.in. kobiet w ciąży, osób powyżej 60 roku życia i ludzi niepełnosprawnych, a więc takich, których potencjalna przydatność w zwalczaniu epidemii byłaby zapewne mniejsza.

### III. SWOBODA WYBORU RODZAJU PROWADZONEJ DZIAŁALNOŚCI GOSPODARCZEJ

Ta swoboda cząstkowa wiąże się nieodzownie z omówioną wyżej wolnością podjęcia decyzji o prowadzeniu działalności gospodarczej. Podmioty prawa mogą bowiem dowolnie wybierać rodzaj działalności, którą zamierzają wykonywać, pod warunkiem wszelako, że spełniają przewidziane dla danej działalności kryteria. Swoboda podjęcia decyzji o rozpoczęciu wykonywania jakiegokolwiek zajęcia jest ściśle powiązana, a wręcz niejako warunkuje swobodę wyboru typu prowadzonej działalności.

Wybierając określoną dziedzinę, jednostki będą się zazwyczaj kierować głównie osobistymi preferencjami, predyspozycjami, czy też potencjalnymi perspektywami rozwoju, a w konsekwencji – możliwością osiągnięcia zysku. Bardzo istotne znaczenie będą jednak odgrywać wymagania, które obowiązujący system prawny stawia podmiotom działającym w danej branży. Wspomniane wymogi przybrać mogą bardzo zróżnicowaną formę. Przykładowo wskazać można, że pewne rodzaje działalności wymagają uzyskania kwalifikowanych pozwoleń administracyjnych<sup>20</sup>, co już niejako „na wstępie” powoduje, że dana działalność nie może być wykonywana przez każdy podmiot.

Omawiane wymogi mogą przy tym przybrać postać zarówno cech o charakterze osobistym (odnoszących się bezpośrednio do danej, zainteresowanej rozpoczęciem prowadzenia określonej działalności, osoby<sup>21</sup>), jak również

<sup>19</sup> A. Walaszek-Pyziol, *Wolność...*, s. 108.

<sup>20</sup> Zob. katalog dziedzin podlegających koncesjonowaniu z art. 46 ust. 1 s.d.g.u.; także art. 75 s.d.g.u. w zakresie dziedzin objętych zezwoleniem (licencją, zgodą); szerzej zob. C. Kosikowski, *Koncesje i zezwolenia na działalność gospodarczą*, Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis, Warszawa 2002; M. Niezgódka-Mendek, M. Szubiakowski, *Działalność gospodarcza. Spójność systemu prawnego*, „Przegląd Prawa Handlowego”, 1992, nr 2, s. 6 i n.

<sup>21</sup> Przykładowo: wymóg uzyskania odpowiedniego wykształcenia, czy też odbycia uprzedniej praktyki stawiany przedstawicielom tzw. wolnych zawodów (art. 65 pkt 3-4 ustawy – Prawo

sprowadzać się do konieczności posiadania przez potencjalnego przedsiębiorcę określonych składników majątkowych<sup>22</sup>.

Na wybór dziedziny wpływać także może konieczność wypełnienia określonych standardów nie tylko w fazie początkowej, ale także w ciągu całego okresu prowadzenia danej działalności<sup>23</sup>. Może się zatem okazać, że po wypełnieniu rozbudowanych warunków rozpoczęcia danej działalności przedsiębiorca może ją prowadzić swobodnie, podczas gdy w ramach działalności, której rozpoczęcie nie jest obwarowane licznymi wymogami, jej prowadzenie wiąże się z licznymi restrykcjami<sup>24</sup>.

W ramach swobodnego wyboru rodzaju działalności gospodarczej, którą zamierza podjąć dany podmiot konieczne jest uwzględnienie nie tylko jego cech pozytywnych, ale także negatywnych. To rozróżnienie odnosić się będzie zwłaszcza do wskazanych powyżej cech indywidualno-osobowych, niektóre z nich będą bowiem miały charakter dyskwalifikujący w ocenie możliwości podjęcia przez odznaczającą się nimi jednostkę określonej działalności. Przykładowo więc – wcześniejsza karalność za określone przestępstwa będzie w wielu przypadkach uniemożliwiała wykonywanie działalności związanej (choćby pośrednio) z przedmiotem popełnionego uprzednio naruszenia<sup>25</sup>. Podobnie, wystąpienie u danej osoby określonych cech fizycznych (np. choroby zakaźnej, nieodpowiedniego stanu zdrowia) spowoduje, że nie będzie ona mogła ubiegać się o wykonywanie określonych rodzajów zajęć<sup>26</sup>. Do tej kategorii należałoby, jak się zdaje, zaliczyć także ograniczenia swobody prowadzenia działalności gospodarczej dotyczące jednostek samorządu terytorialnego<sup>27</sup>. Obejmują one bowiem te jednostki właśnie ze względu na ich szczególny status podmiotowy, będący niejako odpowiednikiem wskazanych wyżej cech naturalnych u osób fizycznych<sup>28</sup>.

---

o adwokaturze, tekst jedn.: Dz. U. 2002, Nr 123, poz. 1058; art. 24 ust. 1 pkt 1 i pkt 6 ustawy o radcach prawnych, tekst jedn.: Dz. U. 2002, Nr 123, poz. 1059), wymóg posiadania należytego stanu zdrowia (art. 29 ust. 1 pkt 9 ustawy o usługach detektywistycznych, Dz. U. 2002, Nr 12, poz. 110).

<sup>22</sup> Wskazać w tym względzie można np. wymóg legitymowania się stosownym tytułem prawnym do nieruchomości stawiany przed podmiotami prowadzącymi działalność w zakresie obrotu (zarówno hurtowego, jak i detalicznego) napojami alkoholowymi lub wymóg posiadania należytego zaplecza materialno-technicznego, wynikający z art. 30 ust. 1 pkt 1 lit. b prawa bankowego (tekst jedn.: Dz. U. 2002, Nr 72, poz. 665).

<sup>23</sup> Przykładowo, konieczność spełnienia określonych wymogów kapitałowych w ramach prowadzonej działalności nałożona na banki w art. 128 prawa bankowego; zob. też L. Góral, w: *Prawo bankowe. Komentarz*, red. E. Fojcik-Mastalska, Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis, Warszawa 2005, teza 1 i 2 do art. 128.

<sup>24</sup> Tak C. Kosikowski, *Koncesje...*, s. 12.

<sup>25</sup> Zob. np. art. 127 ust. 1 pkt 3 ustawy z 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi (Dz. U. 2005, Nr 183, poz. 1538); art. 12 prawa dewizowego (Dz. U. 2002, Nr 141, poz. 1178).

<sup>26</sup> Zob. rodzaje działalności wymienione w załączniku do rozporządzenia Ministra Zdrowia z 10 lipca 2006 r. w sprawie wykazu prac, przy wykonywaniu których istnieje możliwość przeniesienia zakażenia na inne osoby (Dz. U. 2006, Nr 133, poz. 939).

<sup>27</sup> Zob. C. Kosikowski, *Ustawa o swobodzie...*, teza 6 do art. 6.

<sup>28</sup> Zob. też wyrok TK z 7 maja 2001 r., K. 19/2000. Wskazać jednak należy, że niniejsza uwaga odnosi się wyłącznie do elementu „przypisania” danej cechy do charakteryzującego się nią podmiotu, nie zaś do dopuszczalności i zasad prowadzenia działalności gospodarczej przez podmioty prawa publicznego. W tej kwestii zob. A. Agopszowicz, M. Ciepiera, op. cit., s. 784 i n.; także A. Walaszek-Pyziol, *Zasada subsydiarności, wolność gospodarza a granice dopuszczalności działalności gospodarczej gmin (gminnych osób prawnych)*, „Casus” 2000, nr 15, wkładka, s. 3 i n.; S. Dudzik, *Działalność gospodarza samorządu terytorialnego. Problematyka prawna*, Zakamycze, Kraków 1998.

#### IV. SWOBODA WYBORU FORMY ORGANIZACYJNEJ PROWADZENIA DZIAŁALNOŚCI GOSPODARCZEJ

Działalność gospodarcza może być zasadniczo wykonywana w dowolnej formie organizacyjnej. Może więc mieć zarówno charakter jednoosobowy (wykonywania działalności przez samego przedsiębiorcę), jak i zrzeszenia kilku podmiotów w celu wspólnego wykonywania określonych czynności<sup>29</sup>. W wielu dziedzinach wybór formy prowadzenia działalności gospodarczej pozostawiony jest samemu przedsiębiorcy, który kierować się będzie w jego dokonaniu bilansem korzyści i strat związanych z ustawową regulacją danej struktury. Istotne będzie przy tym dostosowanie wybranej formy organizacyjno-prawnej do profilu planowanej działalności. W konsekwencji konieczne staje się rozważenie, czy w danej branży istotną rolę odgrywać będą potencjalne zagrożenia, a więc: czy wskazana byłaby forma ograniczenia ryzyka poprzez uzyskanie osobowości prawnej, czy też wręcz przeciwnie – niebezpieczeństwo występujące w danej gałęzi działalności jest nieznaczące i o wiele bardziej istotną rolę odgrywa sprawne i niesformalizowane zarządzanie oraz jednokrotne opodatkowanie podatkiem dochodowym<sup>30</sup>. W wielu dziedzinach dokonanie powyższego rachunku pozostawione jest samemu przedsiębiorcy, istnieją jednak i takie obszary, w których stosowna analiza przeprowadzona została niejako *a priori* przez ustawodawcę. W rezultacie wykonywanie działalności o określonym profilu zastrzeżone jest wyłącznie dla niektórych form organizacyjno-prawnych<sup>31</sup>. W wypadkach, gdy w ramach katalogu przewidzianego przez ustawodawcę wymienionych jest kilka form organizacyjnych, wybór jednej z nich jest dowolny i należy do podmiotu zamierzającego podjąć dany rodzaj działalności<sup>32</sup>.

Ograniczenia w zakresie swobody wyboru formy prawnej powodowane są zazwyczaj szczególnym charakterem danej dziedziny i wynikającymi z tego wymogami bezpieczeństwa obrotu (np. w dziedzinach, w których jedyną dopuszczalną formą jest spółka akcyjna, zapewniony jest minimalny wymóg kapitałowy z art. 308 § 1 k.s.h.<sup>33</sup>). Zakaz stosowania formy spółki kapitałowej prowadzi z kolei do ściślejszej identyfikacji osoby fizycznej z prowadzoną przez nią działalnością<sup>34</sup>, co również w założeniu służyć ma zapewnieniu wzrostu

<sup>29</sup> Uprawnienie to można by próbować wyprowadzić pośrednio także ze statuowanej przez art. 58 Konstytucji swobody zrzeszania się.

<sup>30</sup> Zob. H. Hansmann, R. H. Kraakman, R. C. Squire, *Law and the Rise of the Firm*, „Harvard Law Review” 119, 2006, nr 5, s. 1333 i n.; także Ch. Van der Elst, *Economic View on Corporate Law in Europe w: Economic Analysis of Law: A European Perspective*, red. A. Hatzis, Edward Elgar Publishing, 2007.

<sup>31</sup> Zob. przykładowo art. 12 prawa bankowego; art. 5 ustawy z 22 maja 2003 r. o działalności ubezpieczeniowej (Dz. U. 2003, Nr 124, poz. 1151); art. 2 ustawy z 14 grudnia 1995 r. o spółdzielczych kasach oszczędnościowo-kredytowych (Dz. U. 1996, Nr 1, poz. 2).

<sup>32</sup> C. Kosikowski, *Polskie publiczne prawo gospodarcze*, PWN, Warszawa 1998, s. 22; niekiedy jednak od wyboru którejś z dozwolonych form prowadzenia danej działalności zależy jej zakres – zob. art. 95 ustawy o obrocie instrumentami finansowymi.

<sup>33</sup> Ustawa z 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych (Dz. U. 2000, Nr 94, poz. 1037).

<sup>34</sup> Zob. np. art. 4a prawa o adwokaturze; art. 50a ust. 1 ustawy z 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentystry (tekst jedn.: Dz. U. 2005, Nr 226, poz. 1943).

pewności dokonywanego obrotu gospodarczego. W większości istniejących obecnie przypadków ograniczenia omawianej swobody częściowej, forma organizacyjno-prawna planowanej działalności jest podporządkowana jej charakterowi. Istnieją jednak przypadki, w których to rodzaj planowanej działalności jest niejako pochodną wybranej formy. Z sytuacją taką mamy do czynienia wtedy, gdy w ramach danej formy organizacyjnej możliwe jest prowadzenie tylko określonych rodzajów działalności. Jednym z takich przykładów jest spółka partnerska, która może być zawiązana tylko w celu wykonywania w jej ramach ściśle określonych wolnych zawodów<sup>35</sup>.

Omawiana swoboda częściowa nie ogranicza się jedynie do możliwości dokonania wyboru samej formy organizacyjno-prawnej, w której ma być prowadzona dana działalność. Obejmuje ona także uprawnienie do swobodnego kształtowania tej formy i dostosowywania jej do indywidualnych potrzeb danego przypadku, w granicach przewidzianych przez przepisy prawa. Możliwe jest więc odpowiednie dostosowywanie sposobu zarządzania w ramach struktury wewnętrznej danej jednostki (np. wprowadzenie zarządu w spółce partnerskiej – art. 97 § 1 k.s.h.), czy też ustanawianie niejako „zewnętrznych” podmiotów uprawnionych do uczestniczenia w realizacji celów konkretnego przedsiębiorcy (np. prokurentów). Niekiedy jednak owa swoboda w kształtowaniu wewnętrznych elementów danej formy organizacyjnej prowadzenia działalności gospodarczej napotyka na pewne ograniczenia. Są one w większości przypadków powodowane wymogami bezpieczeństwa obrotu i ustanawiane w celu bardziej sprawnego i przejrzystego uregulowania danej struktury. Dotyczyć mogą na przykład minimalnej liczby członków organu (np. większej niż minimalna wymagana liczba członków tego organu w ramach jego ukształtowania w ustawie „podstawowej”<sup>36</sup>), bądź też konieczności zapewnienia odpowiedniej zależności strukturalno-funkcjonalnej pomiędzy określonymi podmiotami<sup>37</sup>.

Swoboda wyboru formy organizacyjnej zamierzonej działalności obejmuje także możliwość jej późniejszego przekształcenia. Mieć jednak należy na względzie fakt, że w wielu przypadkach takie przekształcenie wiązać się będzie ze zmianami podstawowych elementów wpływających na funkcjonowanie danego przedsiębiorcy, jakimi są: zasady odpowiedzialności oraz wpływu właściciela przedsiębiorstwa (w sensie ekonomicznym, a nie prawnym) na jego zarządzanie<sup>38</sup>. Powyższe okoliczności prowadzą do wyróżnienia dwóch rodzajów restrykcji w ramach swobody dokonania zmiany dotychczasowej formy prowadzonej działalności: z jednej strony – ograniczeniu ulec może prawo

<sup>35</sup> Listę tych zawodów zawiera art. 88 k.s.h., nie jest to jednak katalog wyczerpujący – zob. np. art. 18 ust. 2 ustawy z 8 czerwca 2001 r. o zawodzie psychologa i samorządzie zawodowym psychologów (Dz. U. 2001, Nr 73, poz. 763) w zw. z art. 87 § 1 k.s.h.

<sup>36</sup> Np. art. 22a ust. 1 prawa bankowego w stosunku do art. 368 § 2 k.s.h.

<sup>37</sup> Sytuacja taka ma miejsce w wypadku funduszy inwestycyjnych, których organem muszą być towarzystwa funduszy inwestycyjnych działające w formie spółek akcyjnych – zob. art. 3 ust. 1, art. 4, art. 38 ust. 1 ustawy z 27 maja 2004 r. o funduszach inwestycyjnych (Dz. U. 2004, Nr 146, poz. 1546).

<sup>38</sup> C. Kosikowski, *Polskie...*, s. 264.

dowolnego przekształcenia danej jednostki w inną formę działalności<sup>39</sup>, z drugiej zaś wręcz przeciwnie – przedsiębiorca może zostać zmuszony do dokonania przekształcenia formy prowadzonej działalności gospodarczej<sup>40</sup>.

## V. SWOBODA WYBORU SPOSOBU PROWADZENIA DANEJ DZIAŁALNOŚCI GOSPODARCZEJ

Przedsiębiorca korzysta także z wolności określenia sposobu prowadzenia wybranej przez siebie działalności gospodarczej. Jego uznaniu pozostawione zostały wszelkie czynności związane z określeniem metod, jakie stosowane będą w ramach wykonywania poszczególnych czynności. Sposób prowadzenia danej działalności obejmuje zwłaszcza podejmowanie decyzji w zakresie rozmiarów produkcji, wykonywania jej w ramach jednego lub wielu punktów, określenie stopnia ryzyka, jakie jest w stanie zaakceptować dany podmiot w ramach wykonywania poszczególnych działań, a także sposobów zabezpieczenia się przed potencjalnymi stratami. Przedsiębiorca może też zdecydować, czy zamierza prowadzić określoną działalność sam, czy też zatrudni do pomocy dodatkowych pracowników, a jeśli tak, to na jakich warunkach.

Ograniczenia omawianej swobody związane są zazwyczaj z koniecznością ochrony grup zależnych od danego przedsiębiorcy (np. pracowników), bądź też z potrzebą zabezpieczenia szerszego interesu społecznego. Niejednokrotnie bowiem dążność danego podmiotu do maksymalizacji zysku dokonywać się będzie kosztem innych jednostek funkcjonujących w obrocie. Rolą ingerencji państwa staje się w takich przypadkach wyłączenie, a przynajmniej zminimalizowanie tego rodzaju agresywnej i szkodliwej na większą skalę działalności. W wielu wypadkach ograniczenia mają również na celu zapewnienie należytego poziomu bezpieczeństwa w ramach wykonywanej przez przedsiębiorcę działalności. Nadmierne ryzyko, na które często godzi się podmiot w nadziei na osiągnięcie znaczących zysków, może doprowadzić do jego upadłości, co w wielu przypadkach skutkuje pogorszeniem sytuacji ekonomicznej tych wszystkich uczestników obrotu, którzy byli w określony sposób powiązani z upadłym przedsiębiorcą. Co do zasady, większość z nich, jako podmiotów profesjonalnych, powinna bronić się przed taką możliwością sama. Niekiedy jednak ustawodawca wprowadza w sposób władczy dodatkowe uregulowania dotyczące zapewnienia ochrony na wypadek nagłej niewypłacalności danego podmiotu. Rozwiązania takie przybierają najczęściej formę obligatoryjnych systemów zabezpieczenia majątkowego<sup>41</sup>. Do tej grupy należałoby też zaliczyć obowiązkowe ubezpieczenia w zakresie odpowiedzialności cywilnej<sup>42</sup>.

<sup>39</sup> Np. z oczywistych względów spółka akcyjna, której akcje są dopuszczone do obrotu na rynku regulowanym, nie może się przekształcić w spółkę jawną pozostawiając jednocześnie swoje akcje w obrocie na tym rynku.

<sup>40</sup> Np. obligatoryjne przekształcenie spółki cywilnej w spółkę jawną, zgodnie z art. 26 § 4 k.s.h.

<sup>41</sup> Zob. np. obowiązkowy system gwarantowania wypłaty określonych środków pieniężnych – ustawa z 14 grudnia 1994 r. o Bankowym Funduszu Gwarancyjnym (tekst jedn.: Dz. U. 2007, Nr 70, poz. 474); obowiązkowy system rekompensat – dział V ustawy o obrocie instrumentami finansowymi.

<sup>42</sup> Przykładowo, art. 8a prawa o adwokataturze; art. 22<sup>7</sup> ustawy o radcach prawnych.

W pewnych sytuacjach ograniczeniu ulega także rozmiar prowadzonej przez przedsiębiorcę działalności. W większości wypadków limit ten ma na celu zapewnienie bezpieczeństwa kontrahentom i klientom danego podmiotu, poprzez dostosowanie rozmiarów wykonywanych przez niego czynności do posiadanych zasobów finansowych<sup>43</sup>. Regulacja rozmiarów produkcji może mieć również na celu zapewnienie możliwości działania większej ilości podmiotów w ramach danej branży w sytuacji, gdy wyroby wytworzone przez nielicznych producentów mogłyby w zasadzie zaspokoić potrzeby rynku<sup>44</sup>.

Ograniczenia rozmiaru prowadzonej przez przedsiębiorcę działalności przyjmują niekiedy także bardziej zawoalowaną formę. Do takich skutków prowadzić mogą regulacje prawa podatkowego, bądź w zakresie innych danin publicznych<sup>45</sup>. W takich sytuacjach – w celu uniknięcia zarzutu nieuzasadnionego ograniczania wolności gospodarczej – szczególnie istotne staje się odpowiednie wyważenie interesu ogólnego i potrzeb danego, objętego ograniczeniem przedsiębiorcy.

## VI. SWOBODA WYBORU FORM FINANSOWANIA DANEJ DZIAŁALNOŚCI GOSPODARCZEJ

Określenie sposobu finansowania zamierzonej działalności należy do jednego z podstawowych problemów, jakie napotyka na swej drodze przedsiębiorca. Jest on również w wielu aspektach powiązany ze wskazaną wyżej swobodą wyboru sposobu prowadzenia wybranej aktywności gospodarczej, będąc często funkcjonalnie podporządkowany rozmiarom i metodom prowadzonej działalności. Podobnie jak w wypadku wcześniejszych rozważań, także i w tej sferze, pomimo potencjalnej swobody, ustanowione zostały pewne restrykcje. Rozwiązanie takie jest w pełni zrozumiałe, gdyż określenie zasad i źródeł finansowania jest w wielu dziedzinach warunkiem *sine qua non* zapewnienia bezpiecznego i sprawnego funkcjonowania danego sektora.

Podstawowym problemem w ramach określenia sposobu finansowania danego przedsięwzięcia jest wskazanie źródła, z którego będą pozyskiwane środki majątkowe. Mogą mieć one bowiem charakter zewnętrzny bądź też wręcz przeciwnie – pochodzić od samego przedsiębiorcy. Następstwem wskazanego podziału jest wyróżnienie tzw. finansowania długiem (*debt financing*) lub kapitałem (*equity financing*). Wybór pierwszego z nich nie angażuje, co prawda, własnych środków przedsiębiorcy<sup>46</sup>, jednakże wymaga dokonania zwrotu zainwestowanego przez podmioty zewnętrzne kapitału.

<sup>43</sup> Np. tzw. limity koncentracji zaangażowań w działalności banków – zob. art. 8 i art. 71 prawa bankowego; por. art. 24 i art. 25a ustawy o spółdzielczych kasach oszczędnościowo-kredytowych.

<sup>44</sup> Jest to szczególnie widoczne w działalności związanej z produkcją żywności – np. tzw. kwoty mleczne (ustawa z 20 kwietnia 2004 r. o organizacji rynku mleka i przetworów mlecznych; tekst jedn.: Dz. U. 2005, Nr 244, poz. 2081).

<sup>45</sup> Np. gdy możliwe jest nieznaczne przekroczenie danego progu podatkowego, przedsiębiorca nie będzie dążył do zwiększenia produkcji, czy też zakresu świadczonych przez niego usług, gdyż nie przyniesie mu to faktycznie znaczących korzyści.

<sup>46</sup> Wyjątkowo możliwe jest jednak takie zaangażowanie w sensie ekonomicznym – np. pożyczki udzielane spółce kapitałowej przez jej wspólników. W sensie prawnym wspólnik występuje w takich sytuacjach w charakterze osoby trzeciej, choć traktowanej w sposób specyficzny – zob. np. art. 14 § 3 k.s.h.

W drugim wypadku dochodzi do związania własnych środków danego podmiotu, co uniemożliwia w praktyce dalsze ich wykorzystanie, nie powoduje jednak uzależnienia przedsiębiorcy od osób trzecich. Ustawodawca nie określa w zasadzie generalnych proporcji, w jakich finansowanie ma nastąpić ze źródeł własnych i obcych. Wskazówki w tym zakresie można jednak znaleźć w aktach prawnych regulujących poszczególne rodzaje działalności gospodarczej.

W zakresie finansowania za pomocą środków pochodzących od podmiotów trzecich (np. pożyczki, kredyty, dłużne papiery wartościowe) ogólną zasadę można wyprowadzić z przepisów prawa upadłościowego i naprawczego<sup>47</sup>. W czasie prowadzenia działalności przedsiębiorca powinien bowiem unikać nadmiernego korzystania ze środków powierzonych mu pod jakimkolwiek tytułem zwrotnym, gdyż ich przewaga może doprowadzić do jego niewypłacalności, a w konsekwencji – wszczęcia postępowania na podstawie wspomnianej ustawy. Należy przy tym wskazać, że już samo nadmierne korzystanie z finansowania długiem może w wypadku pewnych kategorii podmiotów wywierać bardzo negatywne skutki<sup>48</sup>. Konieczne staje się więc odpowiednie wyważenie proporcji w stosowaniu własnych i obcych źródeł finansowania.

Innym przykładem ograniczeń w zakresie wyboru form pozyskiwania kapitału zewnętrznego jest art. 2 ustawy o obligacjach<sup>49</sup>, który wprowadza katalog podmiotów mogących dokonywać emisji tych papierów wartościowych. Przedsiębiorcy będą mogli skorzystać z tej formy pozyskiwania środków finansowych tylko wtedy, gdy wybiorą jedną z form organizacyjnych prowadzenia działalności, która wyposażona jest w przymiot osobowości prawnej (ewentualnie spółkę komandytowo-akcyjną). Tym samym dokonany uprzednio wybór formy prawnej prowadzenia danej działalności rzutował będzie na potencjalne źródła pozyskiwania kapitału.

Pewne ograniczenia dotyczą także zasad finansowania prowadzonej działalności gospodarczej za pomocą kapitału (np. podwyższenie kapitału zakładowego w spółce akcyjnej). Odnoszą się one zwłaszcza do źródeł, z których pochodzić będą wnoszone środki, co ma na celu zapewnienie bezpieczeństwa i stabilności danej instytucji (dotyczy to zwłaszcza zakazu obejmowania lub nabywania akcji za środki obciążone obowiązkiem zwrotu) oraz uniknięcie ewentualnych wątpliwości, co do legalności pochodzenia takiego kapitału<sup>50</sup>. Jak więc widać, także w kwestii wyboru przez przedsiębiorcę sposobów sfinansowania planowanej lub dokapitalizowania już prowadzonej działalności brak jest pełnej swobody.

<sup>47</sup> Ustawa z 28 lutego 2003 r. – Prawo upadłościowe i naprawcze (Dz. U. 2003, Nr 60, poz. 535).

<sup>48</sup> Art. 11 ust. 2 wspomnianej ustawy; zob. także Z. Świeboda, *Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz*, Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis, Warszawa 2003, teza 4 do art. 11; por. jednak M. Allerhand, *Prawo upadłościowe. Komentarz*, Elinex, Warszawa 1991, s. 16 i n. (w odniesieniu do poprzednio obowiązującego stanu prawnego).

<sup>49</sup> Ustawa z 29 czerwca 1995 r. (tekst jedn.: Dz. U. 2001, Nr 120, poz. 1300).

<sup>50</sup> Zob. art. 30 ust. 5 prawa bankowego; art. 33 ust. 3 i ust. 4 ustawy o działalności ubezpieczeniowej; art. 6 ust. 2 ustawy z 26 października 2000 r. o giełdach towarowych (tekst jedn.: Dz. U. 2005, Nr 121, poz. 1019).

## VII. SWOBODA WYBORU PRZESTRZENNYCH I CZASOWYCH RAM PROWADZENIA DZIAŁALNOŚCI GOSPODARCZEJ

Rozpoczynając działalność gospodarczą, przedsiębiorca może decydować zarówno o tym, w jakim miejscu, jak i kiedy zamierza ją prowadzić. *Prima facie* mogłoby się wydawać, że wolności te nie powinny podlegać zbyt dużym ograniczeniom. Można bowiem przypuszczać, że zawężenie przestrzennych i czasowych ram danej działalności tylko w nielicznych przypadkach znajdując będzie uzasadnienie w przywołanej powyżej zasadzie proporcjonalności w znaczeniu szerokim. Niekiedy jednak specyfika danego sektora powoduje, że konieczne staje się ograniczenie obszaru bądź okresu, przez jaki działalność gospodarcza jest wykonywana. Ingerencja taka dotyczyć może wszystkich wykonywanych przez dany podmiot czynności bądź tylko niektórych z nich.

Ograniczenia omawianej swobody odnoszą się będą zazwyczaj do tych dziedzin, które mają potencjalnie znaczną możliwość wywierania negatywnego wpływu społecznego. Dlatego też pożądane staje się wskazanie miejsc, w których działalność taka nie może być prowadzona, jak również czasu, który powinien być wolny od określonego rodzaju zachowań<sup>51</sup>. Przykładem takich restrykcji może być zakaz sprzedaży napojów alkoholowych w określonych miejscach<sup>52</sup>, czy też zakaz umieszczania punktów gry na automatach o niskich wygranych w bezpośrednim sąsiedztwie szkół, placówek oświatowo-wychowawczych lub ośrodków kultury religijnej<sup>53</sup>.

Ograniczenie ram czasowych działalności gospodarczej rozpatrywać można w dwóch płaszczyznach. Dotyczyć one mogą – po pierwsze – poszczególnych czynności wykonywanych w ramach już prowadzonej przez dany podmiot działalności gospodarczej. Jako przykład można tu wskazać limitowany okres dopuszczalności emisji reklam telewizyjnych<sup>54</sup>. Drugi rodzaj ingerencji wiąże się z samym prowadzeniem wybranej działalności jako pewnej całości. Co do zasady bowiem, zgodnie z art. 6 s.d.g.u., wolna dla każdego podmiotu jest także decyzja o zakończeniu wykonywania takiej działalności. Ograniczenia tej swobody powinny być poddane szczególnie wnikliwej kontroli, gdyż ingerują one w samą istotę wolności gospodarczej, a nie – jak wskazane powyżej restrykcje w zakresie czasu czy miejsca wykonywania poszczególnych czynności – wyłącznie w jej pojedyncze elementy składowe. Niekiedy jednak władcze zapewnienie przez organ publiczny kontynuacji prowadzonej przez podmiot prywatny działalności, nawet wbrew woli samego przedsiębiorcy, staje się koniecznością, gdyż ewentualne zawieszenie lub wręcz zakończenie

<sup>51</sup> Wskazać jednak należy, że w tych wypadkach, w których ustawa dopuszcza wprowadzenie restrykcji o charakterze terytorialnym, nie oznacza to automatycznie „rozciągnięcia” tego uprawnienia na aspekt temporalny prowadzonej przez przedsiębiorcę działalności – zob. wyrok NSA z 17 listopada 1998 r., II SA 1394/98.

<sup>52</sup> Art. 14 ustawy z 26 października 1982 r. o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi (tekst jedn.: Dz. U. 2007, Nr 70, poz. 473).

<sup>53</sup> Art. 30 ustawy z 29 lipca 1992 r. o grach i zakładach wzajemnych (tekst jedn.: Dz. U. 2004, Nr 4, poz. 27).

<sup>54</sup> Zob. art. 16 ustawy z 29 grudnia 1992 r. o radiofonii i telewizji (tekst jedn.: Dz. U. 2004, Nr 253, poz. 2531).

określonych procesów mogłoby spowodować niepowetowane straty dla społeczeństwa. Tego rodzaju sytuacje mają najczęściej miejsce w ramach sektorów masowych (sieciowych), dostarczających dóbr lub usług niezbędnych do codziennego funkcjonowania poszczególnych jednostek. Przykładem takiego nakazu jest uprawnienie Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki do nakazania przedsiębiorstwu energetycznemu, mimo wygaśnięcia koncesji, dalszego prowadzenia objętej nią uprzednio działalności przez okres do 2 lat, o ile jest to uzasadnione interesem społecznym<sup>55</sup>.

## VIII. SWOBODA KONKUROWANIA Z INNYMI PODMIOTAMI RYNKOWYMI

Swoboda ta obejmuje różnorakie działania, które mogą być podejmowane przez przedsiębiorców w celu przyciągnięcia potencjalnych klientów<sup>56</sup>. Mają one zazwyczaj na celu wykazanie wyższości danego podmiotu nad innymi uczestnikami rynku, mogą jednak obejmować niekiedy także próby pogorszenia wizerunku konkurentów. Wprowadzone ograniczenia mają przede wszystkim na względzie dobro podmiotów, do których adresowane są tego typu zachowania (konsumentów), uwzględniać jednak muszą także interesy innych przedsiębiorców. W rezultacie wprowadzone zostały zarówno regulacje o charakterze ogólnym<sup>57</sup>, odnoszące się zasadniczo do wszelkiego rodzaju działalności w zakresie konkurencji rynkowej, jak i szczegółowe przepisy sektorowe, uwzględniające potrzeby danej branży.

Za podstawowy w ramach omawianego zagadnienia uznać należy, wypływający z art. 17 s.d.g.u., wymóg przestrzegania przez przedsiębiorcę zasad uczciwej konkurencji oraz poszanowania dobrych obyczajów. Przepis ten ma charakter ogólny i powinien być uwzględniany w ocenie wszelkich aspektów działalności danego podmiotu. Doprecyzowanie wynikającego z niego nakazu możliwe jest przy zastosowaniu postanowień ustaw odrębnych. Kluczową rolę odgrywać tu będą ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji<sup>58</sup> oraz o ochronie konkurencji i konsumentów<sup>59</sup>. Ich celem nie jest bynajmniej ograniczenie samej konkurencji jako zjawiska niepożądanego przez ustawodawcę, gdyż współzawodnictwo pomiędzy przedsiębiorcami jest zjawiskiem jak najbardziej pozytywnym i leży w sposób oczywisty w interesie konsumentów.

<sup>55</sup> Art. 40 ust. 1 prawa energetycznego (tekst jedn.: Dz. U. 2006, Nr 89, poz. 625); A. Walaszek-Pyziół, W. Pyziół, *Prawo energetyczne. Komentarz*, PWN, Warszawa 1999, teza 2 do art. 40; zob. też art. 102 ust. 2 prawa telekomunikacyjnego (Dz. U. 2004, Nr 171, poz. 1800). Co jednak istotne – w wypadku przymusowej kontynuacji przez przedsiębiorcę prowadzenia danej działalności, ustanawiane są szczególne mechanizmy pokrywania potencjalnych strat, które mógłby on ponieść – zob. art. 40 ust. 2 i ust. 3 prawa energetycznego.

<sup>56</sup> A. Walaszek-Pyziół, *Wolność...*, s. 108; zob. także uzasadnienie wyroku SN z 20 maja 1991 r., II CR 445/90.

<sup>57</sup> Np. ustawa z 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym (Dz. U. 2007, Nr 171, poz. 1206).

<sup>58</sup> Ustawa z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jedn.: Dz. U. 2003, Nr 153, poz. 1503).

<sup>59</sup> Ustawa z 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. 2007, Nr 50, poz. 331).

Konieczne jest tylko stworzenie odpowiednich ram, które zapewnią prawidłową i nienaruszającą interesów innych podmiotów walkę rynkową.

Swoboda konkurencji obejmuje nie tylko aspekt pozytywny, przejawiający się w możliwości przyciągania klientów przez danego przedsiębiorcę z zastosowaniem różnorodnych technik (reklam, promocji, konkurencji cenowej itp.), ale także aspekt negatywny, obejmujący różnorodne zakazy w zakresie monopolizacji, zdominowania rynku i wyłączenia konkurencji. Oceniając wolność gospodarczą danego podmiotu, należy uwzględnić interes innych podmiotów, które w wielu wypadkach mogą prowadzić do jej ograniczenia.

Również przepisy szczególne zawierają liczne regulacje zawężające swobodę konkurencji, z uwzględnieniem obu wskazanych wyżej aspektów. Dotyczą one zwłaszcza zakazu reklamy określonych produktów i usług<sup>60</sup> lub środków i metod stosowanych w takiej reklamie<sup>61</sup>. Doprecyzowaniu podlegają także ogólnosystemowe zasady dotyczące koncentracji i dominacji rynkowej określonego przedsiębiorcy, głównie poprzez uwzględnienie szczególnych zależności i powiązań występujących w ramach danej branży (np. zakaz prowadzenia przez jeden podmiot hurtowni farmaceutycznej i apteki ogólnodostępnej<sup>62</sup>).

## IX. SWOBODA KONTRAKTOWANIA W RAMACH PROWADZONEJ PRZEZ DANY PODMIOT DZIAŁALNOŚCI GOSPODARCZEJ

Swoboda kontraktowania, jako element składowy wolności gospodarczej, znajduje dodatkowe potwierdzenie w regulacji art. 353<sup>1</sup> k.c. Obejmuje ona w szczególności możliwość wolnego podjęcia decyzji o zawarciu lub niezawarciu umowy, sposobie postępowania na etapie przedkontraktowym, wyborze kontrahenta (kontrahentów), kształtowaniu poszczególnych warunków kontraktu, w tym jego formy, a nawet prawa właściwego do rozstrzygnięcia ewentualnych sporów<sup>63</sup>. Elementy te zostały jednak poddane ograniczeniom wynikającym bądź to z zasad ogólnych (np. treść umowy nie może sprzeciwiać się właściwości stosunku prawnego, zasadom współżycia społecznego czy postanowieniom Kodeksu cywilnego o charakterze *iuris cogentis*), bądź to z wymogów szczególnych wynikających ze specyfiki dziedziny, w której zawierane są umowy. Wynikać też mogą z charakteru samego kontraktu, w tym również z cech indywidualnych kontraktujących podmiotów (np. konieczność stosowania przepisów o zamówieniach publicznych w związku z zawieraniem

<sup>60</sup> Zob. art. 13<sup>1</sup> ustawy o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi; art. 8 ustawy o grach i zakładach wzajemnych.

<sup>61</sup> Zob. art. 80 prawa ochrony środowiska (tekst jedn.: Dz. U. 2006, Nr 129, poz. 902); art. 55 prawa farmaceutycznego.

<sup>62</sup> Art. 101 pkt 3 prawa farmaceutycznego.

<sup>63</sup> Zob. T. Wiśniewski, w: G. Bieniek, H. Ciepla, S. Dmowski, J. Gudowski, K. Kołakowski, M. Sychowicz, T. Wiśniewski, Cz. Żuławska, *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania*, t. I, Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis, Warszawa 2005, teza 2 do art. 353<sup>1</sup>; także C. Kosikowski, *Polskie...*, s. 275; *The Nature of Contracts: Definitions and Principles*, Semple, Piggot, Rochez, Oxford, s. 6-7.

umów przez określone jednostki). Dzięki takiej regulacji możliwe jest wprowadzenie do „standardowych” warunków danej umowy dodatkowych składników, odpowiadających wymogom danego sektora.

Do podstawowych ograniczeń swobody kontraktowania zaliczyć można przykładowo: restrykcje wynikające z wprowadzenia ceny: sztywnej, minimalnej, maksymalnej; taryf; przymus kontraktowania<sup>64</sup>, nakładany zwłaszcza na podmioty działające w sektorach sieciowych, w których występuje często monopol naturalny; zakazy wynikające z ochrony strony potencjalnie słabszej – zazwyczaj konsumentów, np. klauzule abuzywne, ustalenie wysokości odsetek maksymalnych (np. art. 359 § 2<sup>1</sup> k.c.). Ograniczenia mogą więc dotyczyć w zasadzie każdego z elementów składowych zasady swobody kontraktowania.

## X. PODSUMOWANIE

Omawiane w niniejszym opracowaniu zagadnienie swobód częściowych pozostaje w ścisłym związku ze swobodą działalności gospodarczej i powinno być rozpatrywane właśnie w jej kontekście. Analiza dających się wyróżnić na gruncie *legis latae* swobód częściowych prowadzi bowiem do wniosku, że w wielu wypadkach występujące w ich ramach restrykcje w istotny sposób ingerują w zakres samej wolności gospodarczej. Zagadnienie to uwidaczniać się będzie zwłaszcza w tych sytuacjach, gdy stosowane w ramach danej swobody częściowej środki prawne przybierają formę ograniczeń<sup>65</sup>. *De lege ferenda* należałoby postulować zastąpienie części z nich wymogami. Obecnie w parlamencie trwają prace legislacyjne mające na celu wprowadzenie ułatwień w rozpoczynaniu i prowadzeniu działalności gospodarczej. W związku z tym warto byłoby rozważyć możliwość całkowitego lub choćby częściowego zniesienia co najmniej pewnych z nich (np. ograniczenie swobody wyboru formy finansowania działalności przedsiębiorcy przez dość ściśle zakreślenie w art. 2 ustawy o obligacjach kręgu potencjalnych emitentów tych papierów dłużnych). Wydaje się to szczególnie zasadne w kontekście dającego się zauważyć trendu liberalizacyjnego w prawodawstwie wspólnotowym<sup>66</sup>. Koncepcja swobód częściowych wskazuje bowiem w sposób wyraźny na różnorodność funkcjonujących w danym systemie prawnym instrumentów ingerencji publicznej w działalność gospodarczą, ułatwiając uwypuklenie zwłaszcza tych z nich, które *prima facie* sprawiać mogą wrażenie regulacji w tej mierze neutralnych. Dzięki temu stać się ona może wartościowym narzędziem w dokonywaniu oceny zarówno zakresu, jak i stopnia takiej ingerencji – zwłaszcza w świetle zamierzonej przez prawodawcę reformy wielu z odnoszących się do działalności gospodarczej ustaw.

*Mgr Jacek Kołacz jest doktorantem  
Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie.  
jacek.kolacz@uj.edu.pl*

<sup>64</sup> Art. 86 prawa telekomunikacyjnego; art. 48 Prawa pocztowego (Dz. U. 2003, Nr 130, poz. 1188); art. 199 Prawa lotniczego (tekst jedn.: Dz. U. 2006, Nr 100, poz. 696).

<sup>65</sup> Zob. przypis 12.

<sup>66</sup> Zob. przykładowo zmiany wprowadzone w dyrektywie 2006/68/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 6 września 2006 r. zmieniającej dyrektywę Rady 77/91/EWG w sprawie tworzenia spółek akcyjnych i utrzymywania oraz zmian wysokości ich kapitału (O. J. L 264 z 25 września 2006 r., s. 32 i n.).

## PARTIAL FREEDOMS VS FREEDOM OF ECONOMIC ACTIVITY

## Summary

The main issue discussed in the paper are the so-called "partial freedoms", treated as components of the constitutional freedom to carry out economic activities. The focus of the analysis is on the following aspects: freedom of establishment; freedom of choice regarding to the kind of business; freedom of choice of the legal form of the enterprise; freedom of choice of the mode of performing activities; freedom of determination of temporal and spatial frames of business; freedom of financing; freedom of competition; freedom of contracting.

The paper is an attempt of clarification and delimitation of the inner boundaries of the freedom of economic activities – the question that could be a useful device in the assessment of legal limitations of that freedom arising from the national legal system.