

I. Pojęcie przedsiębiorcy (w świetle art. 4 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej)

Zgodnie z ustawą o swobodzie działalności gospodarczej przedsiębiorcą jest: „osoba fizyczna, osoba prawna i jednostka organizacyjna niebędąca osobą prawną, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną - wykonująca we własnym imieniu działalność gospodarczą”. Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej za przedsiębiorców uznaje się także wspólników spółki cywilnej w zakresie wykonywanej przez nich działalności gospodarczej (art. 4). Rozwiązanie to wskazuje, że:

1) spośród osób fizycznych przedsiębiorcami w rozumieniu ustawy o swobodzie działalności gospodarczej są osoby fizyczne, które wykonują we własnym imieniu działalność gospodarczą, co obejmuje obywateli polskich i cudzoziemców (obywateli państw obcych i bezpaństwowców). Oznacza to, że przedsiębiorcą jest obywatel polski, jak i cudzoziemiec, o ile podmioty te wykonują we własnym imieniu działalność gospodarczą na terytorium RP.

Spśród osób fizycznych przedsiębiorcą w rozumieniu ustawy o swobodzie działalności gospodarczej może być - co do zasady - osoba fizyczna, która ma pełną zdolność do czynności prawnych. W przypadku obywateli polskich zdolność tych osób fizycznych w zakresie bycia przedsiębiorcą na terytorium RP podlega ocenie na podstawie przepisów prawa cywilnego (dotyczących zdolności do czynności prawnych). Natomiast w przypadku osób fizycznych jako cudzoziemców o prawie właściwym w zakresie oceny zdolności bycia przedsiębiorcą na terytorium RP przesądza ustawa - Prawo prywatne międzynarodowe. Regulacja ta wskazuje, że prawem właściwym w tym zakresie jest prawo ojczyste osoby fizycznej, tj. prawo państwa, którego obywatelem jest osoba fizyczna. W przypadku podwójnego (wielokrotnego) obywatelstwa prawem ojczystym jest prawo tego państwa, z którym dana osoba fizyczna jest najściślej związana. Gdy osoba fizyczna jest bezpaństwowcem to prawem właściwym jest prawo państwa, na którego terytorium znajduje się miejsce zamieszkania tej osoby, a jeżeli bezpaństwowiec ma kilka miejsc zamieszkania za granicą, wtedy stosuje się, na zasadzie analogii do rozwiązania o „podwójnym obywatelstwie”, prawo tego państwa, z którego miejscem zamieszkania jest najściślej związany. W przypadku bezpaństwowców, którzy nie mają miejsca zamieszkania, ocena ich zdolności prawnej i zdolności do czynności prawnych na terytorium RP podlega przepisom prawa polskiego.

Zgodnie z ustawą o swobodzie działalności gospodarczej osoba fizyczna jako przedsiębiorca może podjąć i wykonywać działalność gospodarczą w dniu złożenia wniosku o wpis do ewidencji działalności gospodarczej. Nie dotyczy to reglamentowanej działalności gospodarczej (regulowanej działalności gospodarczej i działalności gospodarczej, której podjęcie i wykonywanie zależy od uzyskania koncesji lub zezwolenia, licencji, zgody), gdyż w tej sytuacji jednym z warunków (warunkiem wstępnym) dopuszczalności podjęcia takiej działalności gospodarczej jest **uzyskanie wpisu do ewidencji działalności gospodarczej** jako rejestru podstawowego.

2) **spośród osób prawnych przedsiębiorcami w rozumieniu ustawy o swobodzie działalności gospodarczej są osoby prawne, które wykonują we własnym imieniu działalność gospodarczą**, co obejmuje różne pod względem ustroju osoby prawne (niezależnie od statusu ich założycieli, wspólników, członków). **O dopuszczalności podjęcia i wykonywania działalności gospodarczej przez osoby prawne przesądza z reguły ustawa, która dotyczy tych osób prawnych, a w przypadku milczenia ustawy - decyduje ich status prawny.**

Osoba prawna może podjąć i wykonywać działalność gospodarczą - co do zasady - po uzyskaniu wpisu do rejestru przedsiębiorców w rozumieniu ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym. **Wpis do rejestru przedsiębiorców jako przesłanka dopuszczalności podjęcia i wykonywania działalności gospodarczej nie ma jednak charakteru bezwzględnego.** Niektóre osoby prawne nie podlegają wpisowi do rejestru przedsiębiorców (np. publiczne i niepubliczne szkoły wyższe), a mogą podejmować i wykonywać działalność gospodarczą, o ile statut tych osób prawnych wyraźnie tak stanowi.

Z punktu widzenia kryterium celu tworzenia osób prawnych kategorię osób prawnych możemy podzielić na:

a) **osoby prawne, które są tworzone wyłącznie w celu podjęcia i wykonywania we własnym imieniu działalności gospodarczej.** Zakłada to, że byt tych osób prawnych zależy wyłącznie od wykonywania działalności gospodarczej, która jest tym samym ich działalnością podstawową (statutową). Zaprzestanie działalności gospodarczej przez te osoby prawne każdorazowo skutkuje zakończeniem ich bytu prawnego. Dotyczy to np. spółdzielni, przedsiębiorstw państwowych, zakładów ubezpieczeń;

b) **osoby prawne, które są tworzone w innym celu niż wykonywanie we własnym imieniu działalności gospodarczej.** Dotyczy to np. fundacji, stowarzyszeń (jako osób prawnych), szkół wyższych (publicznych i niepublicznych). W przypadku, **gdy taka osoba prawna wykonuje we własnym imieniu działalność gospodarczą, wtedy jest przedsiębiorcą** w rozumieniu ustawy o swobodzie działalności gospodarczej (w zakresie wykonywanej

działalności gospodarczej). Oznacza to, że działalność gospodarcza takiej osoby prawnej nie jest jej działalnością podstawową, lecz jednym z instrumentów realizacji celu podstawowego (statutowego). W związku z tym jej działalność gospodarcza ma charakter działalności dodatkowej (ubocznej);

3) spośród jednostek organizacyjnych, które nie mają osobowości prawnej, przedsiębiorcami w rozumieniu ustawy o swobodzie działalności gospodarczej są wyłącznie te jednostki organizacyjne, którym odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną, o ile wykonują we własnym imieniu działalność gospodarczą (bez względu na status prawno-państwowy ich założycieli, wspólników, członków). Jednostki organizacyjne, które nie mają osobowości prawnej, a legitymują się zdolnością prawną są określane mianem **niepełnych** (ułamnych) **osób prawnych**. Przykładem przedsiębiorcy jako niepełnej (ułamnej) osoby prawnej są spółki osobowe prawa handlowego (spółka jawna, spółka partnerska, spółka komandytowa i spółka komandytowo-akcyjna), a także mogą być spółki kapitałowe w organizacji (spółka akcyjna w organizacji i spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w organizacji), o ile wykonują we własnym imieniu działalność gospodarczą.

Z punktu widzenia kryterium celu tworzenia **niepełne** (ułamne) **osoby prawne możemy podzielić na te, których wyłącznym celem utworzenia jest wykonywanie we własnym imieniu działalności gospodarczej** (spółki osobowe prawa handlowego) oraz **na te, których celem utworzenia nie jest wykonywanie we własnym imieniu działalności gospodarczej** (spółki kapitałowe w organizacji pod warunkiem, że zostały utworzone nie w celu wykonywania działalności gospodarczej, wspólnoty mieszkaniowe);

Przedsiębiorcami w rozumieniu ustawy o swobodzie działalności gospodarczej są również wspólnicy spółki cywilnej w zakresie wykonywanej przez nich działalności gospodarczej. Statusu takiego nie spółka cywilna, która stanowi wyłącznie umowę określoną przepisami Kodeksu cywilnego.

Pojęcie przedsiębiorcy w rozumieniu art. 4 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej znajduje zastosowanie w zakresie obrotu publicznoprawnego. Wynika to z pozycji i znaczenia ustawy o swobodzie działalności gospodarczej jako podstawowej regulacji prawnej dotyczącej działalności gospodarczej. **Posługiwanie się pojęciem przedsiębiorcy przez inne regulacje prawa publicznego bez bliższego określenia oznacza przedsiębiorcę w rozumieniu ustawy o swobodzie działalności gospodarczej.** Wyjątki w tym zakresie mogą stanowić jedynie odrębne ustawy (ustawy szczególne).

Pojęciu „przedsiębiorca” w rozumieniu art. 4 ustawy o swobodzie działalności

gospodarczej odpowiada w sferze języka prawniczego określenie przedsiębiorca prawa polskiego (przedsiębiorca polski). Uzasadnia to jednoznacznie zasada terytorialności, która wskazuje, że ustawa prawa polskiego (w tym przypadku ustawa o swobodzie działalności gospodarczej) obowiązuje wyłącznie na terytorium RP.

II. Pojęcie przedsiębiorcy zagranicznego (w świetle art. 5 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej)

Punktem wyjścia w kwestii wyjaśnienia pojęcia „przedsiębiorca zagraniczny” jest pojęcie osoby zagranicznej. Wynika to z ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, która stanowi, że **przedsiębiorcą zagranicznym jest osoba zagraniczna wykonująca działalność gospodarczą za granicą** (art. 5 pkt 3). Rozwiązanie to wskazuje, że o **statusie danego przedsiębiorcy jako przedsiębiorcy zagranicznego decyduje wykonywanie przez osobę zagraniczną działalności gospodarczej za granicą, tj. na podstawie prawa obcego**. Oznacza to, że **każdy przedsiębiorca zagraniczny jest osobą zagraniczną, lecz nie każda osoba zagraniczna jest przedsiębiorcą zagranicznym**.

Zgodnie ustawą o swobodzie działalności gospodarczej:

a) **osobą zagraniczną jest osoba fizyczna nieposiadająca obywatelstwa polskiego**. Oznacza to, że o uznaniu osoby fizycznej za osobę zagraniczną przesądza fakt nieposiadania obywatelstwa polskiego. **Spośród zatem osób fizycznych status osoby zagranicznej mają wyłącznie cudzoziemcy, tj. obywatele państw obcych oraz bezpaństwowcy**, niezależnie od miejsca zamieszkania tych osób fizycznych (**zagraniczna osoba fizyczna**). **Wykluczona jest tym samym możliwość uznania obywatela polskiego za osobę zagraniczną osobę** (nawet, gdy obywatel polski legitymuje się równocześnie obywatelstwem innego państwa (względnie innych państw). Wynika to z ustawy o obywatelstwie polskim, która stanowi, że obywatel polski w myśl prawa polskiego nie może być równocześnie uznawany za obywatela innego państwa, co nie jest równoznaczne z zakazem posiadania przez obywatela RP obywatelstwa innego państwa;

b) **osobą zagraniczną jest osoba prawna z siedzibą za granicą**. O „zagraniczności” osoby prawnej przesądza miejsce usytuowania (zarejestrowania) jej siedziby, co zakłada, że żadnego znaczenia prawnego w tym zakresie nie ma sposób utworzenia osoby prawnej, forma organizacyjno-prawna czy status prawnopaństwowy założycieli (wspólników, członków). **Spośród zatem osób prawnych statusem osoby zagranicznej w rozumieniu ustawy o**

swobodzie działalności gospodarczej legitymuje się osoba prawna z siedzibą za granicą (tj. osoba prawna utworzona zgodnie z ustawodawstwem obcym (zagraniczna osoba prawna). Wniosek ten potwierdza prawo polskie, które nie przewiduje możliwości utworzenia na jego podstawie osoby prawnej z siedzibą za granicą, podobnie jak nie dopuszcza możliwości zarejestrowania na terytorium RP siedziby osoby prawnej, którą założono zgodnie z ustawodawstwem obcym;

c) osobą zagraniczną jest jednostka organizacyjna z siedzibą za granicą, która nie będąc osobą prawną, posiada zdolność prawną. O statusie danej jednostki organizacyjnej, która nie ma osobowości prawnej, jako osobie zagranicznej przesądzają łącznie miejsce usytuowania (zarejestrowania) siedziby oraz legitymowanie się zdolnością prawną. **Spośród zatem jednostek organizacyjnych z siedzibą za granicą** (tj. utworzonych na podstawie prawa obcego) **i niebędących osobami prawnymi statusem osoby zagranicznej w rozumieniu ustawy o swobodzie działalności gospodarczej legitymują się wyłącznie te jednostki organizacyjne, które posiadają zdolność prawną (zagraniczna niepełna (ułomna) osoba prawna).** Oznacza to, że nie każda jednostka organizacyjna prawa obcego, która nie jest osobą prawną, może być uznana za osobę zagraniczną na terytorium RP, lecz tylko taka, której prawo obce przyznaje zdolność prawną. Jednostka organizacyjna z siedzibą za granicą jest jednostką organizacyjną utworzoną na podstawie prawa obcego, podobnie jak jednostka organizacyjna utworzona na podstawie prawa obcego ma zawsze siedzibę za granicą.

III. Pojęcie działalności gospodarczej (art. 2 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej)

Definicję pojęcia „działalność gospodarcza” zawiera art. 2 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, zgodnie którym działalnością gospodarczą jest zarobkowa działalność wytwórcza, budowlana, handlowa, usługowa oraz poszukiwanie, rozpoznawanie i wydobywanie kopalin ze złóż, a także działalność zawodowa, wykonywana w sposób zorganizowany i ciągły. Z definicji tej wynika, że **przedmiotem działalności gospodarczej może być działalność wytwórcza, budowlana, handlowa, usługowa oraz poszukiwanie, rozpoznawanie i wydobywanie kopalin ze złóż, a także działalność zawodowa.** Przedmiot ten stanowi jeden z elementów, który definiuje pojęcie działalności gospodarczej. Uznanie, że dana działalność należy do działalności wytwórczej, budowlanej, handlowej i usługowej oraz działalności w zakresie poszukiwania, rozpoznawania i wydobywania kopalin ze złóż następuje na podstawie odrębnych przepisów prawnych.

Ustalenie, że dana aktywność jest działalnością gospodarczą wymaga uwzględnienia, obok przedmiotu tej aktywności, dodatkowych cech jej prawnego ukształtowania. Oznacza to, że **działalnością gospodarczą jest przedmiotowo określona działalność, która równocześnie odpowiada łącznie następującym cechom:**

1) **działalność ma charakter zarobkowy.** Cel zarobkowy stanowi cechę każdej działalności gospodarczej, bez tej cechy nie można o działalności gospodarczej. Celem działalności gospodarczej jest przysporzenie zysku. O zarobkowym charakterze działalności gospodarczej nie decyduje fakt osiągnięcia dochodu z tytułu jej wykonywania, lecz zamiar jego osiągnięcia (nawet gdyby działalność gospodarcza nie przyniosła dochodu), przy czym **każda działalność gospodarcza w rozumieniu ustawy o swobodzie działalności gospodarczej ma charakter zarobkowy, lecz nie każda działalność zarobkowa jest działalnością gospodarczą;**

2) **działalność jest wykonywana w sposób zorganizowany i ciągły.** Zorganizowanie jako cecha działalności gospodarczej **wskazuje, że działalność jest wykonywana w określonej przez przepisy prawne formie organizacyjno-prawnej, z wszelkimi tego faktu skutkami prawnymi.** Innymi słowy, **zorganizowanie to prawne uwarunkowania działalności gospodarczej.** Cecha ta w połączeniu z przedmiotem działalności gospodarczej i zarobkowym jej charakterem stanowi element, który kształtuje „naturę” działalności gospodarczej. **Ciągłość działalności gospodarczej to element, który świadczy o względnie stałym zamiarze wykonywania działalności gospodarczej** (co nie wyklucza możliwości wykonywania jej sezonowo lub do czasu osiągnięcia określonego celu). Cecha „ciągłości” podkreśla, że na wykonywanie działalności gospodarczej, nawet gdy ma charakter sezonowy lub jednorazowy, składa się ciąg wzajemnie uwarunkowanych czynności o różnej naturze (działania prawne i działania faktyczne), których realizacja ukierunkowana jest na osiągnięcie założonego celu zarobkowego.

Na marginesie należy dodać, że **ustawa o swobodzie działalności gospodarczej nie znajduje zastosowania w odniesieniu do działalności wytwórczej w rolnictwie w zakresie upraw rolnych oraz chowu i hodowli zwierząt, ogrodnictwa, warzywnictwa, leśnictwa i rybactwa śródlądowego, jak również do działalności usługowej świadczonej przez rolników w gospodarstwach rolnych, a związanej z pobytem turystów, w tym polegającej na wynajmowaniu pokoi i sprzedaży posiłków domowych (art. 3).**

IV. Reglamentowana działalność gospodarcza

Tego rodzaju działalność gospodarcza obejmuje: koncesjonowaną działalność gospodarczą, działalność gospodarczą objętą zezwoleniem (licencją, zgodą) oraz regulowaną działalność gospodarczą.

Koncesjonowana działalność gospodarcza

1) **podstawy prawne koncesjonowanej działalności gospodarczej tworzą ustawa o swobodzie działalności gospodarczej oraz ustawy szczególne (odrębne) dotyczące tej działalności gospodarczej.** W świetle ustawy o swobodzie działalności gospodarczej **koncesjonowaniem objęto siedem obszernych przedmiotowo sfer działalności gospodarczej.** Ustawy szczególne określają przedmiot i szczegółowy zakres i warunki wykonywania koncesjonowanej działalności gospodarczej. Ustawy te mają charakter ustaw szczególnych w stosunku do ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, co sprawia, że **w sprawach nieuregulowanych w ustawach szczególnych w zakresie koncesjonowania stosuje się ustawę o swobodzie działalności gospodarczej;**

2) ze wskazaniem dziedzin działalności gospodarczej poddanych koncesjonowaniu koresponduje generalny **zakaz wprowadzania koncesji w innych dziedzinach działalności gospodarczej niż wskazane w ustawie o swobodzie działalności gospodarczej.** Podstawy prawne tego zakazu tworzy ustawa o swobodzie działalności gospodarczej, z której wynika, że o dopuszczalności wprowadzenia innych koncesji w dziedzinach działalności gospodarczej mających szczególne znaczenie ze względu na bezpieczeństwo państwa lub obywateli albo inny ważny interes publiczny przesądza fakt, że działalność ta nie może być wykonywana jako wolna (niepoddana reglamentacji) lub jako regulowana (wpisana do rejestru działalności regulowanej) bądź jako wymagająca uzyskania zezwolenia (licencji, zgody), przy czym w każdym przypadku wprowadzenia nowej koncesji konieczna jest zmiana ustawy o swobodzie działalności gospodarczej;

3) **organem właściwym w sprawie koncesji (organem koncesyjnym) jest organ administracji publicznej upoważniony na podstawie ustawy do udzielania, odmowy udzielania, zmiany i cofnięcia koncesji, a także ograniczenia jej zakresu.** Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej przyjmuje **domniemanie kompetencji w sprawie koncesji na rzecz ministra właściwego ze względu na przedmiot działalności gospodarczej objętej koncesją.** Oznacza to ustanowienie zasady, w myśl której organem koncesyjnym jest

minister właściwy ze względu na przedmiot koncesjonowanej działalności gospodarczej. Wyjątek w tym zakresie mogą stanowić przepisy odrębnych ustaw, tj. ustaw dotyczących poszczególnych dziedzin koncesjonowanej działalności gospodarczej;

4) **wydanie decyzji w sprawie udzielenia koncesji poprzedza postępowanie koncesyjne**, którego wszczęcie następuje - co do zasady - na wniosek przedsiębiorcy. Elementy wniosku, jako żądania przedsiębiorcy o udzielenie koncesji, określa ustawa o swobodzie działalności gospodarczej oraz przepisy ustaw regulujących działalność gospodarczą wymagającą uzyskania koncesji. **Postępowanie koncesyjne jest postępowaniem administracyjnym**, do którego stosuje się przepisy ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, przepisy ustawy dotyczącej określonej działalności koncesjonowanej, a w zakresie nieuregulowanym - przepisy Kodeksu postępowania administracyjnego;

5) ustawa o swobodzie działalności gospodarczej przewiduje **możliwość udzielenia ograniczonej liczby koncesji**. O realizacji tej możliwości przesądza organ koncesyjny, który obowiązany jest ogłosić ten fakt w Dzienniku Urzędowym Rzeczypospolitej Polskiej „Monitor Polski”. Gdy liczba koncesji przewidzianych do udzielenia jest mniejsza od liczby wnioskodawców spełniających warunki udzielenia koncesji i dających rękojmię prawidłowego wykonywania działalności koncesjonowanej, organ koncesyjny zarządza **przetarg w sprawie udzielenia koncesji** (przetarg koncesyjny), co podlega ogłoszeniu we wskazanym wyżej dzienniku urzędowym. W ogłoszeniu tym określa się min. minimalną opłatę, za którą może być udzielona koncesja (nie niższą niż opłata skarbową albo inna opłata o charakterze publicznoprawnym), termin i miejsce składania ofert oraz szczegółowe warunki, jakie powinna spełniać oferta. Przetarg przeprowadza organ koncesyjny, który dokonuje wyboru ofert w liczbie zgodnej z liczbą koncesji przewidzianych do udzielenia (i publicznie ogłoszonych), kierując się wysokością zadeklarowanych opłat za udzielenie koncesji;

6) **udzielenie koncesji następuje w drodze decyzji administracyjnej, która w tej sferze jest - co do zasady - rozstrzygnięciem o charakterze uznaniowym**. Dotyczy to tych decyzji w sprawie przyznania koncesji, których wydanie nie jest poprzedzone przetargiem koncesyjnym. W przypadku przeprowadzenia przetargu w sprawie udzielenia koncesji organ koncesyjny udziela koncesji przedsiębiorcom, których oferty zostały wybrane, co następuje w drodze decyzji związanej.

7) **udzielenie koncesji oznacza przyznanie konkretnemu podmiotowi (koncesjonariuszowi) uprawnienia (prawa) do wykonywania działalności gospodarczej,**

która podlega koncesjonowaniu. Z przyznaniem koncesji łączy się „obowiązek” wykonywania działalności gospodarczej określonej w decyzji o udzieleniu koncesji. Organ koncesyjny cofa koncesję, gdy przedsiębiorca nie podjął w wyznaczonym terminie działalności gospodarczej objętej koncesją (mimo wezwania) lub trwale zaprzestał wykonywania tej działalności. W tej sytuacji decyzja o cofnięciu koncesji ma charakter decyzji związanej;

8) **koncesji udziela się na czas nieoznaczony**, co stanowi zasadę. Powyższa zasada obowiązuje od dnia wejścia w życie ustawy o świadczeniu usług na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (od 10 kwietnia 2010 r.). Wyjątki w tym zakresie mogą przewidywać ustawy szczególne (odrębne) ze względu na nadrzędny interes publiczny;

9) **odmowa udzielenia, zmiana i cofnięcie koncesji oraz ograniczenie jej zakresu, analogicznie jak udzielenie koncesji, następuje w drodze decyzji administracyjnej, która należy - co do zasady - do decyzji uznaniowych.** Wydanie takiego rozstrzygnięcia zależy od zaistnienia ustawowo określonych przesłanek, które podlegają ocenie organu koncesyjnego;

10) **ustawa o swobodzie działalności gospodarczej przewiduje możliwość ubiegania się o przyrzeczenie wydania koncesji (promesy)** przez przedsiębiorcę, który zamierza podjąć działalność gospodarczą wymagającą uzyskania koncesji. Promesa koncesji na działalność gospodarczą nie jest dopuszczalna, jeżeli wyraźnie tak stanowi ustawa dotycząca działalności gospodarczej objętej koncesją. Gdy ustawa szczególnie milczy w kwestii promesy koncesji, wtedy istnieje możliwość ubiegania się o promesę (koncesji) na podstawie ustawy o swobodzie działalności gospodarczej;

Działalność gospodarcza objęta zezwoleniem (licencją, zgodą)

1) **podstawy prawne wykonywania działalności gospodarczej poddanej reglamentacji w formie zezwolenia (licencji, zgody) określają ustawy szczególne.** Znaczenie ustawy o swobodzie działalności gospodarczej w tym zakresie ogranicza się do wskazania okresu ważności zezwolenia (jako zasady) oraz odesłania do przepisów ustaw odrębnych (ustaw szczególnych);

2) **przedmiotem regulacji zawartych w ustawach szczególnych** (tj. ustawach materialnego prawa gospodarczego) są min. **kwestie dotyczące przedmiotu tej działalności gospodarczej, zasad jej wykonywania, organów właściwych do wydawania decyzji w tej sferze**, przy czym w zakresie nieuregulowanym w tych ustawach do postępowania w sprawie zezwolenia (licencji, zgody) na działalność gospodarczą znajdują zastosowanie przepisy Kodeksu postępowania administracyjnego. **Postępowanie w tej sprawie jest postępowaniem**

administracyjnym;

3) **przyznanie zezwolenia na działalność gospodarczą następuje w drodze decyzji administracyjnej**, której wydanie poprzedza postępowanie mające charakter postępowania administracyjnego. Wszczęcie tego postępowania następuje - co do zasady - na wniosek zainteresowanego przedsiębiorcy. Elementy wniosku, jako żądania przedsiębiorcy o wydanie zezwolenia na ściśle określoną działalność gospodarczą, wskazuje każdorazowo ustawa szczególna, która dotyczy konkretnej działalności gospodarczej objętej zezwoleniem. **Innym (niż wniosek) sposobem ubiegania się o zezwolenie na działalność gospodarczą jest oferta przedsiębiorcy.** Rozwiązanie takie przewiduje np. ustawa o specjalnych strefach ekonomicznych, gdyż ustalenie przedsiębiorców, którzy uzyskują zezwolenie, następuje w drodze przetargu lub rokowań podjętych na podstawie publicznego zaproszenia;

4) **zezwolenia są - co do zasady - decyzjami związanymi, a nie uznaniowymi.** Wyjątki w tym zakresie mogą wynikać z ustaw odrębnych normujących działalność gospodarczą objętą zezwoleniem (licencją, zgodą);

5) **zezwolenie na działalność gospodarczą, jako decyzja administracyjna, jest - co do zasady - wydawane na czas nieokreślony.** Zasada ta obowiązuje od dnia wejścia w życie ustawy o świadczeniu usług na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (od 10 kwietnia 2010 r.). Wyjątek w tym zakresie może tworzyć ustawa szczególna (odrębna) dotycząca konkretnej działalności gospodarczej objętej zezwoleniem ze względu na nadrzędny interes publiczny;

6) **odmowa wydania zezwolenia oraz jego cofnięcie również następuje w drodze decyzji administracyjnej.** Przesłanki odmowy i cofnięcia zezwolenia na podjęcie i wykonywanie danej działalności gospodarczej każdorazowo określa ustawa jako regulacja szczególna dotycząca tej działalności. W zależności jednak od konstrukcji tych przesłanek decyzja w tym zakresie może być decyzją związaną bądź decyzją uznaniową;

7) **ustawa o swobodzie działalności gospodarczej nie przewiduje możliwości ubiegania się o przyrzeczenie wydania zezwolenia (promesę) przez przedsiębiorcę, który zamierza podjąć działalność gospodarczą wymagającą uzyskania zezwolenia (licencji, zgody).** **Milczenie ustawodawcy nie oznacza jednak zakazu ubiegania się o promesę, lecz wskazuje, że w tej kwestii rozstrzyga odrębna ustawa jako regulacja, która uzależnia wykonywanie określonej działalności gospodarczej od uzyskania zezwolenia (licencji, zgody).** Oznacza to, że promesa zezwolenia na działalność gospodarczą jest dopuszczalna, jeżeli wyraźnie tak stanowi ustawa dotycząca działalności gospodarczej objętej zezwoleniem. W

przypadku, gdy ustawa milczy w kwestii promesy zezwolenia na działalność gospodarczą, wtedy korzystanie z promesy jest niedopuszczalne;

8) w świetle obowiązującego stanu prawnego uzyskania zezwolenia (licencji, zgody) wymaga działalność gospodarcza w zakresie określonym w kilkudziesięciu ustawach odrębnych (ustawach szczególnych). **Wykaz ustaw, które tworzą podstawy prawne w zakresie podjęcia i wykonywania działalności gospodarczej objętej zezwoleniem (zgoda, licencją) określa ustawa o swobodzie działalności gospodarczej (art. 75).**

Regulowana działalność gospodarcza

1) **podstawy prawne podjęcia i wykonywania regulowanej działalności gospodarczej tworzy każdorazowo odrębna ustawa, która dotyczy tego rodzaju działalności gospodarczej (ustawa szczególna), oraz ustawa o swobodzie działalności gospodarczej, która określa m.in. podstawowe zasady jej wykonywania;**

2) definicję regulowanej działalności gospodarczej zawiera ustawa o swobodzie działalności gospodarczej, która wskazuje, że **działalnością regulowaną jest działalność gospodarcza, której wykonywanie wymaga spełnienia szczególnych warunków określonych przepisami prawa.** Przedsiębiorca może zatem wykonywać tego rodzaju działalność, jeżeli spełnia szczególne warunki jej wykonywania określone w odrębnej (szczególnej) ustawie, która zarazem przesądza, że dany rodzaj działalności gospodarczej jest działalnością regulowaną. Oznacza to, że **nie można domniemywać, że dany rodzaj działalności gospodarczej stanowi działalność regulowaną;**

3) fakt spełniania szczególnych warunków określonych w ustawie szczególnej nie wyczerpuje przesłanek dopuszczalności wykonywania regulowanej działalności gospodarczej. **Podjęcie tej działalności jest możliwe - co do zasady - dopiero po uzyskaniu przez przedsiębiorcę wpisu w rejestrze działalności regulowanej.** Rejestr ten stanowi odrębny rejestr w porównaniu z rejestrem przedsiębiorców i ewidencją działalności gospodarczej. **Wpis do rejestru działalności regulowanej jest wpisem dodatkowym, gdyż jego dokonanie zależy od uzyskania wpisu do rejestru przedsiębiorców, a w przypadku osób fizycznych - wpisu do ewidencji działalności gospodarczej.** Oznacza to, że **przedsiębiorca może podjąć i wykonywać działalność regulowaną, gdy spełnia szczególne warunki jej wykonywania przewidziane w odrębnej ustawie i - co do zasady - uzyska wpis w rejestrze działalności regulowanej;**

4) wykluczona jest dopuszczalność podjęcia i wykonywania regulowanej działalności gospodarczej przez podmioty, które nie są wpisane w rejestrze podstawowym lub nie podlegają wpisowi do takiego rejestru. **Wymóg uzyskania wpisu do rejestru podstawowego (rejestru przedsiębiorców albo ewidencji działalności gospodarczej) nie dotyczy przedsiębiorców jako usługodawców z państw EOG innych niż RP oraz z państw, które zawarły ze Wspólnotą Europejską (obecnie UE) i jej państwami członkowskimi umowy regulujące swobodę świadczenia usług.** Kategoria tych przedsiębiorców zagranicznych może czasowo świadczyć usługi na terytorium RP na zasadach określonych w przepisach Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską (obecnie Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej albo w przepisach umów zawartych ze Wspólnotą Europejską i jej państwami członkowskimi, bez konieczności uzyskiwania wpisu do rejestru przedsiębiorców albo ewidencji działalności gospodarczej, jako rejestrów podstawowych;

5) **przesłanką wpisu do rejestru działalności regulowanej jest wniosek przedsiębiorcy i oświadczenie o spełnianiu warunków wymaganych do wykonywania danej działalności regulowanej.** Treść oświadczenia wynika każdorazowo z ustawy szczególnej dotyczącej danej regulowanej działalności gospodarczej. Wniosek i oświadczenie składa się do organu prowadzącego rejestr działalności regulowanej. W tym jednak zakresie ustawa o swobodzie działalności gospodarczej czyni zastrzeżenie, gdyż przedsiębiorca jako osoba fizyczna może złożyć wniosek wraz z oświadczeniem także do właściwego organu ewidencyjnego, wskazując organ właściwy w zakresie prowadzenia rejestru działalności regulowanej;

6) **wpisu do rejestru działalności regulowanej dokonuje organ prowadzący rejestr.** Organem tym jest organ każdorazowo wskazany w ustawie dotyczącej regulowanej działalności gospodarczej jako ustawie szczególnej. Organ rejestrowy jest obowiązany dokonać wpisu przedsiębiorcy w terminie 7 dni, licząc od dnia wpływu wniosku o wpis łącznie z oświadczeniem o spełnianiu warunków wymaganych do wykonywania danej działalności regulowanej. **Wyjątek w tym zakresie tworzy sytuacja, gdy organ rejestrowy nie dokona wpisu do rejestru w ustawowo określonym terminie, a od dnia wpływu wniosku o wpis (wraz z oświadczeniem) upłynęło 14 dni,** gdyż w tej sytuacji przedsiębiorca może rozpocząć i wykonywać działalność regulowaną bez wpisu do rejestru działalności regulowanej. **Potwierdzeniem dokonania wpisu do rejestru działalności regulowanej jest zaświadczenie,** które wydaje organ rejestrowy z urzędu.

7) organ rejestrowy wydaje na podstawie ustawy o swobodzie działalności

gospodarczej:

a) decyzję administracyjną o zakazie wykonywania przez przedsiębiorcę działalności regulowanej objętej wpisem, jeżeli przedsiębiorca złożył niezgodne ze stanem faktycznym oświadczenie o spełnianiu warunków wymaganych do wykonywania działalności regulowanej bądź nie usunął, w terminie wyznaczonym przez organ rejestrowy, naruszeń warunków wymaganych do wykonywania działalności regulowanej albo organ rejestrowy stwierdził rażące naruszenie przez przedsiębiorcę warunków wymaganych do wykonywania działalności regulowanej. **Wydanie tej decyzji**, która podlega natychmiastowemu wykonaniu, **skutkuje obowiązkiem wykreślenia wpisu przedsiębiorcy** w rejestrze działalności regulowanej, co następuje z urzędu. **Wykreślenie to nie wymaga wydania decyzji administracyjnej**, organ rejestrowy jedynie zawiadamia przedsiębiorcę o wykreśleniu wpisu w rejestrze działalności regulowanej;

b) decyzję administracyjną o odmowie wpisania przedsiębiorcy do rejestru działalności regulowanej, jeżeli pod adresem przedsiębiorcy wydano prawomocne orzeczenie zakazujące wykonywania działalności gospodarczej objętej wpisem albo wykreślono przedsiębiorcę z rejestru działalności regulowanej z powodu złożenia niezgodnego ze stanem faktycznym oświadczenia o spełnianiu warunków wymaganych do wykonywania danej działalności regulowanej bądź nieusunięcia przez przedsiębiorcę, w terminie wyznaczonym przez organ rejestrowy, naruszeń warunków wymaganych do wykonywania działalności regulowanej albo stwierdzenia przez organ rejestrowy rażącego naruszenia przez przedsiębiorcę warunków wymaganych do wykonywania działalności regulowanej. **Przedsiębiorca, którego wykreślono z rejestru działalności regulowanej z tych przyczyn, może ubiegać się o ponowny wpis do rejestru po upływie 3 lat od wydania decyzji o wykreśleniu z tego rejestru.**

8) w zakresie postępowania przed organem rejestrowym stosuje się przepisy ustawy o swobodzie działalności gospodarczej oraz przepisy ustawy szczególnej jako ustawy, która dotyczy określonej działalności regulowanej, a w zakresie nieuregulowanym w tych przepisach - Kodeks postępowania administracyjnego.

9) rejestr działalności regulowanej jest jawny, co oznacza, że każdy ma prawo dostępu do zawartych w nim danych. Sposób prowadzenia tego rejestru, organ właściwy do jego prowadzenia oraz dane podlegające wpisowi do rejestru określają ustawy dotyczące działalności regulowanej (ustawy szczególne).

10) regulowana działalność gospodarcza obejmuje różne dziedziny działalności gospodarczej, którym w świetle obowiązującego stanu prawnego odpowiada 20 ustaw

dotyczących tej działalności gospodarczej (ustawy szczególne).

V. Przekształcenie i podział (połączenie) przedsiębiorcy (jako spółki handlowej) a zezwolenie (koncesja)

Podstawy prawne przekształcenia w przypadku spółek prawa handlowego stanowi Kodeks spółek handlowych. Przekształcenie spółki handlowej polega na zmianie jej dotychczasowej formy organizacyjno-prawnej jako podmiotu prawa, tj. na zastąpieniu jednej formy inną formą organizacyjno-prawną. Oznacza to, że **spółka handlowa, która jako przedsiębiorca przed przekształceniem była zorganizowana w określonej formie prawa handlowego, w wyniku przekształcenia, jako zdarzenia prawnego, nadal jest spółką handlową, z tym że zorganizowaną w innej formie prawa handlowego.**

Zgodnie z Kodeksem spółek handlowych spółka powstała w wyniku przekształcenia wstępuje we wszystkie prawa i obowiązki spółki przekształcanej (zasada kontynuacji praw i obowiązków). Dotyczy to w również uprawnień i obowiązków, które wynikają z decyzji administracyjnych. Oznacza to, że **decyzja w sprawie zezwolenia lub koncesji na działalność gospodarczą, której adresatem była spółka poddana przekształceniu, zachowuje swoją skuteczność prawną, lecz pod warunkiem, że ustawa lub decyzja o przyznaniu zezwolenia lub udzieleniu koncesji nie stanowi inaczej.**

W zakresie łączenia się i podziału spółek Kodeks spółek handlowych wprowadza zasadę pełnej sukcesji praw i obowiązków cywilnoprawnych. Wyrazem tej zasady w przypadku łączenia się spółek jest rozwiązanie, iż spółka przejmująca (łączenie się przez przejęcie) albo spółka nowo zawiązana (łączenie się przez zawiązanie nowej spółki) wstępuje z dniem połączenia (dzień wpisania do rejestru) we wszystkie prawa i obowiązki odpowiednio: spółki przejmowanej i spółek łączących się przez zawiązanie nowej spółki. Identyczna zasada obowiązuje w zakresie podziału spółek handlowych, który jest dopuszczalny wobec spółek kapitałowych, gdyż spółki przejmujące lub spółki nowo zawiązane powstałe w związku z podziałem wstępują z dniem podziału bądź z dniem wydzielenia w prawa i obowiązki spółki dzielonej, które określono w planie podziału spółki.

Zasada sukcesji generalnej w zakresie łączenia i podziału spółek prawa handlowego dotyczy także uprawnień i obowiązków o charakterze administracyjnoprawnym. Stąd, **spółka „powstała” w następstwie połączenia pozostaje podmiotem zezwolenia lub koncesji, jako decyzji administracyjnej, której adresatem była spółka objęta połączeniem. W**

przypadku podziału spółki kapitałowej z koncesji (zezwolenia) „korzysta” spółka, która – zgodnie z planem podziału spółki - „przejmuje” działalność gospodarczą poddaną koncesjonowaniu lub objętą zezwoleniem od spółki dzielonej (poddanej podziałowi). W obu sytuacjach Kodeks spółek handlowych wprowadza zastrzeżenie, gdyż zezwolenie (koncesja) „przechodzi” na „nowo powstałą” spółkę pod warunkiem, że ustawa lub decyzja o udzieleniu zezwolenia (koncesji) nie stanowi inaczej.

VI. Działalność gospodarcza osób zagranicznych, w tym przedsiębiorców zagranicznych

Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej odrębnie reguluje kwestię zasad działalności gospodarczej:

a) osób zagranicznych (w tym przedsiębiorców zagranicznych) z państw EOG, oraz z państw niebędących stroną umowy o EOG, które zawarły stosowne umowy z UE i jej państwami członkowskimi;

b) osób zagranicznych (w tym przedsiębiorców zagranicznych) z innych państw niż państwa wyżej wskazane, tj. z państw trzecich.

Pierwsza grupa podmiotów podlega z mocy prawa traktowaniu narodowemu w zakresie podejmowania i wykonywania działalności gospodarczej na terytorium RP, w przeciwieństwie do drugiej grupy podmiotów, jako podmiotów z państw trzecich (tj. spoza państw EOG).

Działalność gospodarcza osób zagranicznych (przedsiębiorców zagranicznych) z państw Europejskiego Obszaru Gospodarczego

Punktem wyjścia w kwestii prawnej regulacji podejmowania i wykonywania działalności gospodarczej w państwach EOG, co obejmuje także RP, tworzą Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE) i umowa o EOG, które stanowią podstawy prawne korzystania ze swobody przedsiębiorczości i swobody świadczenia usług. Obecnie **państwami EOG jest 30 państw, tj. 27 państw członkowskich UE oraz Islandia, Liechtenstein i Norwegia**, które są państwami członkowskimi Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA), lecz nie należą do UE.

TRAKTATOWA SWOBODA PRZEDSIĘBIORCZOŚCI

1) Swoboda przedsiębiorczości została uregulowana w TFUE i **obejmuje prawo podejmowania i wykonywania działalności na własny rachunek, jak również zakładanie i zarządzanie przedsiębiorstwami, zwłaszcza w formie spółki albo agencji, oddziału lub filii, na warunkach określonych przez ustawodawstwo państwa członkowskiego jako państwa przyjmującego, przy czym ustawodawstwem właściwym w tym zakresie jest ustawodawstwo, które obowiązuje „własnych” obywateli** (art. 49). Tak rozumianej swobodzie przedsiębiorczości odpowiada możliwość podejmowania, wykonywania i zakończenia działalności gospodarczej na terytorium państwa członkowskiego, jako państwa przyjmującego, na zasadzie traktowania narodowego.

2) TFUE nie definiuje pojęcia przedsiębiorczości. W orzecznictwie ETS za przedsiębiorczość uznaje się **„samodzielne i rzeczywiste wykonywanie działalności gospodarczej przy pomocy trwałego urządzenia w innym państwie członkowskim przez czas nieokreślony”**. Oznacza to, że na pojęcie swobody przedsiębiorczości składają się następujące elementy:

- samodzielność działalności gospodarczej, tj. wykonywanie działalności gospodarczej każdego rodzaju, ustanawianie i prowadzenia przedsiębiorstw oraz tworzenie oddziałów, agencji i filii,
- transgraniczny charakter działalności gospodarczej, tj. wykonywanie działalności gospodarczej na terytorium innego państwa EOG,
- stałość działalności gospodarczej.

3) W ramach swobody przedsiębiorczości można wyróżnić:

a) **pierwotną swobodę przedsiębiorczości**, która obejmuje prawo bezpośredniego podejmowania przez uprawnione podmioty jednego państwa UE (EOG) na terytorium innego państwa UE (EOG), jako państwa przyjmującego, samozatrudnienia oraz zakładania i prowadzenia przedsiębiorstw (samodzielne podjęcie działalności gospodarczej w państwie przyjmującym). Realizacja pierwotnej swobody przedsiębiorczości łączy się wprost z utworzeniem (założeniem) na terytorium państwa przyjmującego odrębnego w sensie prawnym podmiotu działalności gospodarczej (przedsiębiorcy), przy czym utworzenie to następuje na podstawie (warunkach) prawa państwa przyjmującego, które obowiązuje jego „własnych” obywateli;

b) **wtórną swobodę przedsiębiorczości**, która obejmuje prawo przeniesienia części przedsiębiorstwa (w sensie przedmiotowym) oraz prawo założenia jednostek organizacyjnych (oddziału, filii) przedsiębiorcy jako podmiotu działalności gospodarczej. Z prawa tego

korzystają przedsiębiorcy z danego państw UE (EOG) na terytorium innego państwa UE (EOG), jako państwa przyjmującego, a jego realizacja następuje na podstawie (warunkach) prawa państwa przyjmującego, które obowiązuje w tym zakresie „własnych” przedsiębiorców.

4) Z traktatowej swobody przedsiębiorczości spośród osób fizycznych korzystają osoby fizyczne, które mają obywatelstwo przynajmniej jednego ze ściśle określonych państw. Są to:

- 1) **obywatele państw członkowskich UE, tj. obywatele UE, przy czym każde państwo członkowskie jest równocześnie stroną umowy o EOG. Statusem obywatela UE legitymują się osoby fizyczne, które mają co najmniej obywatelstwo jednego z państw członkowskich UE (27 państw);**
- 2) **obywatele państw, które nie należą do UE, ale są stroną umowy o EOG.** Dotyczy to obywateli Islandii, Norwegii oraz Lichtensteinu;
- 3) **obywatele innych państw niż wyżej wskazane pod warunkiem, że państwo ich obywatelstwa zawarło stosowną umowę z UE i jej państwami członkowskimi.**

Instytucja „obywatelstwa Unii Europejskiej” została ustanowiona na podstawie Traktatu o utworzeniu Unii Europejskiej z 1992 r., a obecnie jest regulowana postanowieniami art. 20 TFUE. Istota „obywatelstwa UE” polega na istnieniu szczególnego związku prawnego, który łączy obywatela państwa członkowskiego z UE, gdyż **każdy obywatel państwa członkowskiego jest równocześnie obywatelem UE, i odwrotnie, tj. każdy obywatel UE legitymuje się obywatelstwem państwa członkowskiego, bez względu na okoliczność posiadania obywatelstwa państwa trzeciego i niezależnie od miejsca zamieszkania. Oznacza to, że o obywatelstwie UE decyduje wyłącznie posiadanie obywatelstwa przynajmniej jednego państwa członkowskiego.**

Obywatelstwo UE jako instytucja prawna nie istnieje bez instytucji obywatelstwa państwa członkowskiego. Stąd, **obywatelstwo UE nie jest instytucją samodzielną, lecz jedynie autonomiczną, gdyż byt prawny tej instytucji zależy od istnienia obywatelstwa krajowego. Obywatelstwo UE nie tworzy konkurencji wobec obywatelstwa krajowego, istnieje i funkcjonuje równolegle z obywatelstwem państwa członkowskiego. Obywatelstwo UE stanowi obywatelstwo dodatkowe, które nie zastępuje, lecz uzupełnia obywatelstwo państwa członkowskiego.**

Osoba fizyczna, która jest obywatelem państwa członkowskiego, legitymuje się z mocy prawa obywatelstwem UE. Nabycie obywatelstwa UE następuje bezwarunkowo wraz

z nabyciem obywatelstwa państwa członkowskiego, niezależnie od sposobu nabycia obywatelstwa krajowego. Osoba fizyczna, która nie legitymuje się obywatelstwem państwa członkowskiego nie może nabyć obywatelstwa UE. Obywatelstwo UE powstaje więc w wyniku uzyskania (nabycia) obywatelstwa państwa członkowskiego. W związku z tym **obywatelstwa UE nie można się zrzec oraz nie można być jego pozbawionym**, zachowując obywatelstwo państwa członkowskiego. **Obywatelstwo UE jest obywatelstwem zależnym od obywatelstwa państwowego i trwa dopóki istnieje obywatelstwo państwa członkowskiego.** Utrata obywatelstwa państwa członkowskiego, jako obywatelstwa krajowego, powoduje wygaśnięcie z mocy prawa obywatelstwa UE.

Kwestia uznania danej osoby fizycznej za obywatela państwa członkowskiego UE stanowi przedmiot regulacji prawa krajowego, czyli prawa państwa członkowskiego, które określa przesłanki nabycia i utraty (wygaśnięcia) obywatelstwa państwowego (narodowego). Prawo UE pozostaje w tej kwestii neutralne.

5) Z traktatowej swobody przedsiębiorczości spośród osób prawnych i „niepełnych” osób prawnych korzystają te podmioty, które spełniają traktatowe kryteria. Z TFUE (umowy o EOG) wynika, że kategorię tych podmiotów tworzą „spółki” założone (utworzone) zgodnie z ustawodawstwem państwa członkowskiego UE (EOG) i mające statutową siedzibę, zarząd lub główne przedsiębiorstwo w państwie członkowskim (EOG), przy czym spółkami w rozumieniu TFUE (umowy o EOG) są spółki „prawa cywilnego i handlowego, a także spółdzielnie oraz inne osoby prawne prawa publicznego lub prywatnego z wyjątkiem spółek, których działalność nie jest nastawiona na osiągnięcie zysków” (art. 54). Oznacza to, że ze swobody przedsiębiorczości korzystają wyłącznie przedsiębiorcy, którzy legitymują się statusem „przedsiębiorcy państwa UE (EOG)”.

Powyższe kryteria identyfikacji „przedsiębiorcy państwa UE (EOG)” tworzą zamknięty katalog kryteriów, na których podstawie jest dokonywana ocena prawna danego przedsiębiorcy. W zakresie tej oceny nie mają znaczenia tryb utworzenia przedsiębiorcy, forma organizacyjno-prawna prowadzenia działalności gospodarczej czy status prawnopaństwowy jego założycieli (wspólników). W związku z tym ocenie tej nie podlegają oddziały (biura, filie) przedsiębiorcy, gdyż tego rodzaju jednostki organizacyjne stanowią integralną część składową struktury przedsiębiorcy. **Istnienia statusu przedsiębiorcy państwa UE (EOG) nie można domniemywać.** Zakłada to, że do przedsiębiorcy, który powołuje się na taki status należy wykazanie, że posiada status przedsiębiorcy państwa UE

(EOG).

TRAKTATOWA SWOBODA ŚWIADCZENIA (PRZEPLYWU) USŁUG

1) **Swoboda świadczenia (przepływu) usług została uregulowana w TFUE.** Zakresem tych postanowień objęto działalność, która nie podlega regulacjom dotyczącym pozostałych swobód traktatowych. **Zakresem swobody świadczenia usług nie są objęte usługi w dziedzinie transportu,** gdyż swobodę przepływu usług w tej dziedzinie normują postanowienia TFUE dotyczące transportu. Z kolei, **usługi bankowe i ubezpieczeniowe** poddano przepisom regulującym swobodę przepływu kapitału (art. 58).

Zasięg terytorialny swobody świadczenia usług obejmuje państwa EOG (UE) oraz Szwajcarię, którą z UE i jej państwami członkowskimi łączy stosowna umowa.

2) **Pojęcie usługi.** Definicja usługi wynika z TFUE, który stanowi, że „**usługami są świadczenia wykonywane zwykle za wynagrodzeniem w zakresie, w jakim nie są objęte postanowieniami o swobodnym przepływie towarów, kapitału i osób.**” Definicja usługi wskazuje, że **usługę stanowią wszelkie czynności, które są świadczeniami wykonywanymi za wynagrodzeniem w zakresie, w jakim nie są objęte postanowieniami dotyczącymi pozostałych swobód,** przy czym usługi to m.in. działalność o charakterze przemysłowym, handlowym, a także działalność rzemieślnicza i w zakresie wolnych zawodów.

3) Świadczący usługę może, w celu spełnienia świadczenia, wykonywać przejściowo działalność w państwie EOG (Szwajcarii) na tych samych warunkach, jakie państwo nakłada w tym zakresie na własnych obywateli. Z prawnego punktu widzenia oznacza to, że **usługą jest świadczenie odpłatne, które dokonywane jest transgranicznie i ma charakter czasowy.** Uznanie danego świadczenia (danej działalności) za usługę zależy od łącznego zaistnienia następujących elementów:

- **odpłatność** – wymóg odpłatności działalności (świadczenia) **jest koniecznym elementem uznania danego świadczenia za usługę.** Potwierdza to orzecznictwo ETS, gdyż nie jest usługą działalność polegająca na „graniu na ulicy w zamian za datki przechodniów czy nauczaniu w szkołach państwowych, nawet w przypadku pobierania częściowej odpłatności”. przy czym za usługę nie zawsze musi płacić jej bezpośredni odbiorca;

- **transgraniczność** – wymóg transgraniczności wskazuje, że **działalność usługowa jest wykonywana w wymiarze ponadgranicznym, tzn. usługodawca i usługobiorca są podmiotami pochodzącymi z różnych państw Europejskiego Obszaru Gospodarczego (Szwajcarii).** Oznacza to, że **sytuacja o charakterze krajowym nie jest objęta swobodą**

świadczenia usług;

- **czasowość** – działalność jest wykonywana na terytorium innego państwa EOG (Szwajcarii) **czasowo**, co wskazuje na jej charakter przejściowy. Świadczenie usługi trwa ściśle określony czas (element ten nie występuje w zakresie swobody przedsiębiorczości), tj. czas realizacji usługi.

4) Treść swobody świadczenia usług - zgodnie z TFUE (umową o EOG i umowy ze Szwajcarią) ograniczenia w swobodnym świadczeniu usług wewnątrz państw EOG (Szwajcarii) są zakazane w odniesieniu do obywateli państw EOG (Szwajcarii) mających swoje przedsiębiorstwo w innym państwie EOG (Szwajcarii) niż państwo odbiorcy świadczenia (art. 56), przy czym **świadczący usługę (usługodawca) może, w celu spełnienia świadczenia, wykonywać przejściowo działalność w państwie świadczenia wyłącznie na takich samych warunkach, jakie państwo to nakłada na własnych usługodawców.** Oznacza to **zakaz dyskryminacji podmiotów świadczących usługę i nakaz traktowania narodowego, tj. nakaz stosowania nie mniej korzystnych warunków niż te, które obowiązują rodzimych usługodawców.** Obowiązek traktowania usługodawcy w państwie przyjmującym na zasadach, z których korzystają obywatele (inne podmioty) tego państwa, co sugeruje konieczność spełniania wszelkich warunków państwa przyjmującego, a odniesionych do „własnych” obywateli. Stąd, ETS w tym zakresie stwierdził, że **państwo przyjmujące nie może wymagać od usługodawców, aby spełnili wszelkie warunki do podjęcia stałej działalności gospodarczej na jego terytorium, gdyż pozbawiałoby to efektywności swobody świadczenia usług.**

5) Zakres podmiotowy swobody świadczenia usług jest zbliżony do swobody przedsiębiorczości, lecz nie identyczny. Podmiotami (usługodawcami) korzystającymi z traktatowej swobody świadczenia usług są obywatele państw EOG (Szwajcarii), którzy w innym państwie EOG (Szwajcarii) prowadzą przedsiębiorstwo oraz przedsiębiorcy państw EOG (Szwajcarii) jako spółki w rozumieniu TFUE (jako osoby prawne i „niepełne” osoby prawne).

6) Swoboda świadczenia usług ma charakter subsydiarny (nie można powoływać się równocześnie na swobodę przedsiębiorczości i swobodę świadczenia usług). Obecność usługodawcy (świadczącego usługę w ramach swobody świadczenia usług) na terytorium drugiego państwa EOG (Szwajcarii) ma charakter przejściowy, w przeciwieństwie do prowadzącego działalność gospodarczą w ramach swobody przedsiębiorczości.

Działalność gospodarcza osób zagranicznych, w tym przedsiębiorców zagranicznych,

spoza państw EOG (tj. z państw trzecich) w świetle ustawy o swobodzie działalności gospodarczej

Zgodnie z ustawą o swobodzie działalności gospodarczej **osoby zagraniczne, w tym przedsiębiorcy zagraniczni, z innych państw niż państwa EOG i państwa, które zawarły umowę o korzystaniu ze swobody przedsiębiorczości (czyli z państw trzecich), mogą podejmować i wykonywać działalność gospodarczą na terytorium RP wyłącznie w formie spółki komandytowej i spółki komandytowo-akcyjnej, jako spółek osobowych prawa handlowego, oraz spółki z ograniczoną odpowiedzialnością i spółki akcyjnej, jako spółek kapitałowych, a także przystępować do takich spółek, jeżeli umowy międzynarodowe nie stanowią inaczej.** Oznacza to, że osoby zagraniczne (w tym przedsiębiorcy zagraniczni) z państw trzecich dysponują - co do zasady - możliwością podejmowania i wykonywania działalności gospodarczej na terytorium RP w ściśle określonej formie organizacyjno-prawnej. Ustawodawca wprowadza w tym zakresie zastrzeżenia, gdyż:

a) **odwołuje się do umów międzynarodowych,** które mogą stanowić inaczej. Jeżeli umowa taka obowiązuje, wtedy podejmowanie i wykonywanie działalności gospodarczej na terytorium RP następuje według „reguł” określonych w umowie. Umowa międzynarodowa (ratyfikowana) może wprowadzić zasadę wzajemności, której istota wyraża się w tym, że dane państwo, przyznając podmiotom pochodzącym z innego państwa określone prawa, czyni to pod warunkiem, że to inne państwo postąpi w analogiczny sposób, tj. przyzna identyczne prawa podmiotom pochodzącym z pierwszego państwa, przy czym źródłem określającym zakres przyznawanych praw będzie umowa międzynarodowa, chociaż może być to również ustawa krajowa;

b) **zgodnie z ustawą o swobodzie działalności gospodarczej standard narodowy w zakresie podejmowania i wykonywania działalności gospodarczej przez obywateli państw trzecich znajduje zastosowanie w wyniku zaistnienia ustawowo określonego zdarzenia prawnego. W następstwie tego zdarzenia dochodzi w tym zakresie do zrównania pozycji prawnej obywatela państwa trzeciego z pozycją cudzoziemca jako obywatela państwa EOG.** W myśl ustawy o swobodzie działalności gospodarczej obywatele państw trzecich mogą podejmować i wykonywać działalność gospodarczą na takich samych zasadach jak obywatele polscy, pod warunkiem że spełniają jedną z ustawowo określonych przesłanek. Dotyczy to tych obywateli państw trzecich, którzy posiadają w RP np.: zezwolenie na osiedlenie się lub zezwolenie na pobyt rezydenta długoterminowego Wspólnot Europejskich, status uchodźcy,

zgodę na pobyt tolerowany bądź korzystają w RP z ochrony czasowej (art. 13 ust. 2).

Powyższe ustalenia wskazują, że dopiero w następstwie spełnienia jednej z ustawowo określonych przesłanek obywatele państw trzecich są uprawnieni do podejmowania i wykonywania działalności gospodarczej na terytorium RP na zasadzie standardu narodowego, przy czym standard ten, zgodnie z zasadą terytorialności, obowiązuje wyłącznie na terytorium RP. Fakt objęcia tych zagranicznych osób fizycznych standardem narodowym na terytorium RP nie powoduje, że standard ten jest automatycznie stosowany na terytorium innych państw respektujących traktatową swobodą przedsiębiorczości, gdyż o przesłankach jego stosowania decyduje prawo tych państw. Na marginesie należy dodać, że zdecydowana większość z tych rozwiązań prawnych dotyczy również bezpaństwowców.

Oddziały i przedstawicielstwa przedsiębiorców zagranicznych

W celu wykonywania działalności gospodarczej przedsiębiorcy zagraniczni mogą tworzyć oddziały na terytorium RP. Podstawy prawne w tym zakresie kształtuje ustawa o swobodzie działalności gospodarczej, która w zależności od „pochodzenia” przedsiębiorcy zagranicznego kształtuje odrębne zasady tworzenia oddziałów. **Przedsiębiorcy zagraniczni z państw EOG i z państw, które zawarły z UE i jej państwami członkowskimi umowę o korzystaniu ze swobody przedsiębiorczości, są uprawnieni do tworzenia oddziałów na zasadzie traktowania narodowego. Przedsiębiorcy zagraniczni z państw trzecich w celu wykonywania działalności gospodarczej na terytorium RP mogą, na zasadzie wzajemności, jeżeli ratyfikowane umowy międzynarodowe nie stanowią inaczej, tworzyć oddziały z siedzibą na terytorium RP.**

Oddział przedsiębiorcy zagranicznego z siedzibą na terytorium RP nie ma statusu przedsiębiorcy zagranicznego, a tym samym statusu osoby zagranicznej. Oddział wykonuje działalność gospodarczą w ramach przedsiębiorcy zagranicznego. **Oddział przedsiębiorcy zagranicznego z siedzibą na terytorium RP nie jest przedsiębiorcą prawa polskiego,** gdyż status taki mają określone podmioty, które prowadzą we własnym imieniu działalność gospodarczą. Stwierdzenia tego nie podważa rozwiązanie, że przedsiębiorca zagraniczny może rozpocząć działalność w ramach oddziału po uzyskaniu wpisu oddziału do rejestru przedsiębiorców. Przepis ten jedynie wskazuje, że oddział przedsiębiorcy zagranicznego może być traktowany jako przedsiębiorca wyłącznie w rozumieniu przepisów o rejestrze przedsiębiorców.

Oddział przedsiębiorcy zagranicznego stanowi wyodrębnioną względnie samodzielną jednostkę organizacyjną. Celem oddziału jest wykonywanie działalności gospodarczej nie w imieniu własnym, lecz w imieniu i na rzecz przedsiębiorcy zagranicznego. **Oddział, jako jednostka organizacyjna, jest częścią struktury przedsiębiorcy, która nie ma zdolności założycielskiej,** czyli możliwości tworzenia kolejnych przedsiębiorców, a tym bardziej zdolności prawnej, w przeciwieństwie do przedsiębiorcy jako podmiotu prawa. Byt prawny oddziału związany jest z przedsiębiorcą, co wskazuje, że oddział nie może istnieć bez przedsiębiorcy, ale przedsiębiorca może wykonywać działalność gospodarczą, nie tworząc w tym celu oddziału. **Oddział przedsiębiorcy zagranicznego stanowi integralną część działalności gospodarczej, którą wykonuje przedsiębiorca poza siedzibą przedsiębiorstwa lub głównym miejscem jej wykonywania.** Oddział może wykonywać działalność gospodarczą w granicach działalności przedsiębiorcy zagranicznego.

Od oddziału przedsiębiorcy zagranicznego należy odróżnić przedstawicielstwo. Podstawy prawne tworzenia na terytorium RP przedstawicielstw przedsiębiorców zagranicznych określa ustawa o swobodzie działalności gospodarczej, która wskazuje, że **przedstawicielstwa tworzy się nie w celu prowadzenia działalności gospodarczej, lecz w celu promocji i reklamy efektów działalności przedsiębiorcy zagranicznego.** Oznacza to, że przedsiębiorca zagraniczny, który utworzył przedstawicielstwo z siedzibą na terytorium RP, nie może prowadzić działalności gospodarczej za jego pośrednictwem, przy czym przedstawicielstwo może utworzyć każdy przedsiębiorca zagraniczny, bez względu na „pochodzenie”. Utworzenie przedstawicielstwa wymaga wpisu do rejestru przedstawicielstw przedsiębiorców zagranicznych, którą prowadzi minister właściwy do spraw gospodarki. Po dokonaniu wpisu przedstawicielstwa do rejestru przedstawicielstw wydaje się z urzędu zaświadczenie. Odmowa wpisu do rejestru przedstawicielstw, podobnie jak wydanie zakazu wykonywania działalności w ramach przedstawicielstwa oraz wykreślenie przedstawicielstwa z rejestru przedstawicielstw, następuje w drodze decyzji w rozumieniu Kodeksu postępowania administracyjnego.